

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur **Gerhard Hopf**

Redaktion **Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer**

Evidenzblatt **Helge Hoch, Erich Kodek, Eckart Ratz, Ronald Rohrer**

MRK-Entscheidungen **Wolf Okresek, Susanne Pfanner**

Jänner 2010

01

1 – 48

Aktuelles

**EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit beim Zugang
zu Rechtsberufen** ➔ 1

Festbeiträge für Attila Fenyves

Miteigentümer im Zivilprozess

Stefan Perner ➔ 5

Das Verhältnis

Eigentümer – Untermieter *Martin Spitzer* ➔ 10

Beitrag

Die neue österreichische Wiederverurteilungsstatistik

Veronika Hofinger und Arno Pilgram ➔ 15

Evidenzblatt

**Identifizierung des schädigenden
Arbeitskollegen durch den
Dienstgeber** ➔ 26

Wiederaufnahmsklage nach prozessuaalem Anerkenntnis ➔ 42

Telefonische Aufforderung zu geschlechtlicher Handlung ➔ 39

Forum

Haftungsprivileg des DG und des DN – ein unlösbarer Widerspruch?

Felix Kernbichler ➔ 43

Bonitätsprüfung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie

Bernhard Koch ➔ 45

Das Verhältnis Eigentümer – Mieter^{*)}

Alte Strukturfragen zum abgeleiteten Recht zum Besitz

ÖJZ 2010/3

§§ 366, 375, 1098
ABGB;
§§ 22, 23 ZPO

Recht zum Besitz;
Mieter;
Eigentümer-
Besitzer-
Verhältnis

Der Beitrag hinterfragt, wann der Eigentümer Rechtsschutz gegen einen Mieter hat. Vor der Analyse der Fälle der verbotenen Mieter und des mangelhaften Mietverhältnisses steht eine kritische Beschäftigung mit den gängigen Begründungsansätzen zum Recht zum Besitz.

Von Martin Spitzer

Inhaltsübersicht:

- A. Der Idealfall
- B. Rechtsnatur
 - 1. Obligatorische Konstruktion
 - 2. Dingliche Konstruktion
 - 3. Vergleich
- C. Dreieck
 - 1. Obligatorisch
 - 2. Dinglich
- D. Mängel
 - 1. Mängel B–C
 - 2. Mietverbot
- E. Zusammenfassung

A. Der Idealfall

Vermietet ein Eigentümer A seine Sache an B und gibt dieser sie (mit Einverständnis des Eigentümers) an C in Unterbestand, hat A keine rei vindicatio gegen C. Das ist in teleologischer und ökonomischer Hinsicht auffallend richtig, wäre es doch seltsam, A bei C vindizieren zu lassen, damit B ihm die Sache (auf Grund seines Vertrags mit A) gleich wieder abfordert und sie seinerseits (auf Grund seines Vertrags mit C) gleich wieder an C zurückstellen muss. So würde ein nicht enden wollender Zirkel geschaffen, bei dem man sich an die „*dolo agit*“-Parömie erinnert fühlt. Die „Unentbehrlichkeit“⁽¹⁾ des Ausschlusses der rei vindicatio ist daher einhellig anerkannt,⁽²⁾ bei ihr endet das Einvernehmen aber auch wieder.

Während in Deutschland nämlich § 986 Abs 1 BGB normiert, dass C die Herausgabe verweigern kann, „wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet,⁽³⁾ dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist“, bedarf es dazu in Österreich erst einigen doktrinen Erfindungsgeistes. Die verschiedenen Lösungsmodelle sind oft unvereinbar, wie sich abseits des Idealzustandes zeigt, also zB bei ungültigen Mietverhältnissen (D.1.) oder Mietverboten (D.2.). Obwohl die Auffassungsunterschiede erst im Dreieck virulent werden, muss bei der Rechtsnatur und damit im zweiseitigen Verhältnis begonnen werden (B.).

B. Rechtsnatur

1. Obligatorische Konstruktion

Es liegt nahe, ein vertragliches Recht zum Besitz als schuldrechtliche Verpflichtung des Eigentümers zu verstehen, die Sache beim Inhaber zu belassen und damit als Spiegelbild der schuldrechtlichen Berechtigung des Inhabers die Sache zu behalten.⁽⁴⁾ Anschaulich wird das schon in einer Entscheidung des Reichsgerichts formuliert, nach der es keinen Unterlassungsanspruch gibt, „wenn der Berechtigte zur Duldung verpflichtet ist, [sodass] der Beklagte ein subjektives Recht zur Störung für sich in Anspruch nimmt“.⁽⁵⁾

2. Dingliche Konstruktion

Diese Auffassung hat freilich in Deutschland und Österreich gleichermaßen Kritik erfahren; Wegbereiter war Leo Raape, der ein grundlegend anderes Verständnis des Rechts zum Besitz vorgeschlagen hat: Wer Besitz oder Gebrauch gestatte, verzichte dadurch teilweise auf sein Recht. „Die Erlaubnis wirkt mithin sowohl positiv als negativ; sie gibt und nimmt zu gleicher Zeit.“⁽⁶⁾ Diese „lebenswahre“ Erklärung „geht von der einfachen Wahrheit aus, daß die Erlaubnis Befreiung von einem Verbot ist und das Verbot aufhebt“. Damit trete an die Stelle des obligatorischen Duldungsversprechens ein dinglich wirkender Verzicht auf den Unterlassungsanspruch.

Einen rechtstheoretischen Unterbau dieser These hat Ludwig Raiser nachgeliefert,⁽⁷⁾ der dem Eigentum

^{*)} o. Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves will seinen 65. Geburtstag mit dem ihm eigenen Understatement ohne besondere Feierlichkeiten verbringen. Das haben seine Schüler zu respektieren, auch wenn sie der Jubilar bisweilen als *Max und Moritz* bezeichnet, die nicht gerade für ihre „Normtreue“ bekannt sind. Unsere Beiträge möge man daher nicht als Gratulation missverstehen, sondern als gemeinsames Zeichen der Dankbarkeit und des Respekts gegenüber unserem akademischen Lehrer. St. Pernert, M. Spitzer, 5. 1. 2010.

¹⁾ Wilburg, ZfR 1936, 528.

²⁾ Vgl nur Iro, Sachenrecht³ (2008) Rz 7/3.

³⁾ Das BGB geht bekanntlich von einem anderen Besitzbegriff als das ABGB aus. Während § 309 ABGB – in römisch-rechtlicher Tradition – animus und corpus für den Besitz verlangt, genügt § 854 BGB für den Besitz schon die Gewahrsame. Wer eine Sache ohne Besitzwillen in seiner Gewahrsame hat, ist daher in Deutschland unmittelbarer Besitzer, in Österreich Inhaber.

⁴⁾ Vgl zur Rechtsnatur Rappaport, Einrede 197 f.

⁵⁾ RGZ 144, 271.

⁶⁾ Raape, JherJB 71, 105; vgl aber auch schon Scherk, Die Einrede aus dem Recht zum Besitz, JherJB 67 (1917), 301.

⁷⁾ Dies im Gefolge von Siber, Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz (1907) 227, 237 ff.

nicht länger eine „abstrakte, sich stets gleichbleibende [und nur durch andere dingliche Rechte beschränkbare] Natur“ zumessen will.⁸⁾ Das Eigentum sei vielmehr ein Organismus vieler – auch schuldrechtlicher – Rechte und Pflichten. Durch die Einräumung eines Rechts zum Besitz soll es gegenüber dem Vertragspartner um die Vindikation reduziert werden. So verschwimmt die klassische Trennung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, den vielfachen Zweckbindungen des Eigentums sei in der Gestaltung des Eigentumsbegriffes Rechnung zu tragen.⁹⁾

Diese Position wurde von *Diederichsen*¹⁰⁾ und für das österr. Recht von *Spielbüchler* aufgegriffen,¹¹⁾ der meint, es widerstrebe überhaupt „einer begrifflichen Erfassung, daß ein unmittelbar auf die Beherrschung der Sache gerichtetes Recht (das Eigentum) durch das Recht auf ein nur mittelbar sachbezogenes Verhalten des Anderen (das obligatorische Recht auf Übergabe oder ‚Belassen‘ der Sache) beeinflusst werden soll.“¹²⁾ Das Eigentumsrecht „wird durch die Begründung eines sachbezogenen Schuldverhältnisses [durch eine Verfügung] in seinem Inhalt für den Verpflichteten verändert. [...] Damit ist der Bannkreis des Eigentums endgültig durchbrochen und bleibt solange lückenhaft, als das Schuldverhältnis andauert.“¹³⁾

3. Vergleich

Hier können diese Thesen nicht annähernd umfassend gewürdigt werden. Man könnte sich aber die Frage stellen, ob nicht statt des Eigentums der Rechtsträger maßgebend sein könnte. Die betonte Einbettung des Eigentums in seine Rechtsstellung könnte auch ans Ziel führen, ist doch Bezugspunkt aller Rechte und Pflichten dasselbe Rechtssubjekt. Vielleicht wäre dort ein geeigneter Punkt, um das obligatorische Recht zum Besitz zum Ausgleich mit dem Eigentum zu bringen.

Die sachenrechtliche Lösung wirft freilich auch Fragen auf, deren Behandlung hier nicht dahinstehen kann. Schon der Rückgriff auf das „aufgelockerte Verständnis des Eigentumsbegriffes“, das *Raiser* attestiert wird,¹⁴⁾ rührt – zumindest prima vista – an den Grundfesten der Dichotomie von Sachenrecht und Schuldrecht. Dass diese im österr. und deutschen Recht besteht, wird niemand bezweifeln. Es mag wegen funktionaler Notwendigkeiten Zwischenbereiche geben (vgl. zB die quasi-dingliche Rechtsstellung des Mieters),¹⁵⁾ dass aber gleich ganz die „kategoriale Geschiedenheit von dinglichen und obligatorischen Rechten“ zugunsten einer „undoktrinellen Sicht der Eigentümerstellung“¹⁶⁾ überwunden werden sollte, scheint doch recht hoch gegriffen. Weder wird hinreichend klar, wieso das zulässig noch wofür das notwendig sein soll. Schon an der von manchen angeführten Prämisse, dass dingliches Recht und obligatorisches Gegenrecht zwei unvereinbare Gebilde seien,¹⁷⁾ könnte man zweifeln.

Das brennendste Problem und die potentiell größte Neuerung könnte aber darin liegen, dass der Typenzwang außer Kraft gesetzt scheint. Eine privatautonome Gestaltung von Sachenrechten ist unmöglich,¹⁸⁾ der Rechtsunterworfenen hat mit dem das Auslangen zu finden, was ihm das Privatrecht anbietet. Demgegenüber würden alle Vertreter der Dinglichkeitsthese zu beliebigen

Modifikationen des Eigentums im Einzelfall kommen, weil jede schuldrechtliche Verpflichtung eines Eigentümers den Inhalt des Eigentumsrechts verändern würde. Dass das dem gesetzlichen Grundmodell entspricht, ist mE zu bezweifeln. Wenn jede Miete schon eine Modifikation des Eigentumsrechts wäre, stellte sich die Frage, wofür das Gesetz überhaupt dingliche Nutzungsrechte positiviert hat.

Natürlich haben die Vertreter der dinglichen Theorie diesen Einwand nicht übersehen. Die Antwort gibt die von ihnen ausnahmslos postulierte „relative Wirkung“, fassen doch – offenkundig gerade um dem Argument des Typenzwangs zu begegnen – alle die Verfügung über das Eigentumsrecht als nur inter partes wirkend auf. Deshalb soll auch ein Erwerber der Sache nicht an die Verfügung gebunden sein, das volle Eigentum lebt bei einer Veräußerung auf. „Die Konstanz der Sachenrechte erheischt neue unversehrte Ansprüche in der Hand des neuen Eigentümers“, es gelte: „neuer Eigentümer, neue Ansprüche“,¹⁹⁾ die Umgestaltung erfolge „regelmäßig nur für den Partner des Schuldverhältnisses“.²⁰⁾ Immer wenn die Dinglichkeit durchschlagen würde, soll sie also eigentlich nicht gelten: Dritte Erwerber sind nicht daran gebunden, hat der Nicht-Berechtigte verfügt, wird offenbar auch kein gutgläubiger Erwerb befürwortet; dass eine solche Berechtigung konkursfest wäre, wird ebenfalls nicht behauptet.

Worin liegt dann aber der Vorteil, ja worin überhaupt die materielle Neuerung? Bisher ist das dingliche Modell nur eine Begründung für den anerkannt notwendigen Ausschluss der Vindikation durch ein Besitzrecht.²¹⁾ Freilich ist das nicht der Endpunkt. Alle Proponenten dieser Lösung haben spezielle Probleme im Hinterkopf, für die sie nun eine Lösung im neuen Bild finden.²²⁾ *Spielbüchler* denkt – beim „Dritten im Schuldverhältnis“ nicht überraschend – an die Probleme im Dreieck. „Ein bestehender persönlicher Anspruch gegen den Eigentümer läßt sich [...] ohne weiteres als Entkräftung [...] des Eigentumsrechtes selbst deuten, ist also einfach die Konsequenz des Prinzips *dolo facit, qui petit quod redditurus est*.“ Im zweipersonalen Verhältnis ist demnach offenbar gar keine Notwendigkeit für die Verfügungslösung zu erkennen, aber „einen Ausschluss der Eigentumsklage gegen den Dritten, der

8) *Raiser* in FS Wolff 137.

9) *Raiser* in FS Wolff 123 ff, 137 ff.

10) Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen (1965).

11) *Spielbüchler*, Dritter 196.

12) Auch für *Rappaport*, Einrede 196 haben „der dingliche Anspruch [§ 366] und die obligatorische Einrede immer etwas von einer *contradictio in adjecto an sich*“. Die obligatorische Einrede enthalte daher ein Element absoluter Natur, „welches das obligatorische Recht gegen das dingliche hindrängt“.

13) *Spielbüchler*, Dritter 202 f. Das ist freilich nicht unumstritten, *Raiser* in FS Wolff 140.

14) *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB (1970) 126.

15) Vgl. nur *Apathy*, Publizianische Klage 71 ff; *Apathy/Riedler*, SBT³ (2008) Rz 8/21.

16) *Köbl*, E-B-V 118, 129.

17) *Spielbüchler*, Dritter 196.

18) Vgl. *Iro*, Sachenrecht³ Rz 1/5; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht¹⁸ § 1 Rz 7.

19) *Raape*, JherJB 71, 122.

20) *Spielbüchler*, Dritter 204; vgl. auch schon *Raiser* in FS Wolff 138.

21) *Köbl*, E-B-V 127 in Bezug auf *Raiser*.

22) Bei *Raape* Fälle, in denen nur eine Erlaubnis, aber kein schuldrechtlicher Anspruch besteht. *Raiser* beschäftigt die Konkurrenz zwischen rei vindicatio und schuldrechtlichem Herausgabeanspruch.

sein Recht von einem Berechtigten ableitet, scheint sie nicht begründen zu können: dem Dritten fehlt gerade dieser Gegenanspruch“.²³⁾

C. Dreieck

1. Obligatorisch

Tatsächlich hat die Lehre vom Gegenrecht damit gewisse Probleme. Der prägende Ansatz von *Wilburg* folgt im Wesentlichen *Martin Wolff*. Er stützt den Ausschluss der rei vindicatio auf die Zusammenziehung einer bestehenden Schuldkette (A – B, B – C).²⁴⁾ Wirtschaftlich und rechtlich zusammengehörige Rechtsverhältnisse werden zur Vereinfachung der Rechtslage verbunden, dies sei aus einem praktischen Bedürfnis gerechtfertigt.²⁵⁾

Problematisch könnte dabei freilich die Abstraktion vom positiven Recht sein. Verbindet man zwei Schuldverhältnisse aus „praktischem Bedürfnis“ zu einem, mag die Deduktion daraus schon leichter von der Hand gehen, allein es bleibt die Frage, wo das positive Recht dies vorgibt. *Rappaport* kritisiert überhaupt, „juristische Begriffe lassen sich aber doch nicht wie Zahlen addieren, [das könne daher] nur ein Bild sein, hinter dem der wahre juristische Vorgang hervorzuholen ist“.²⁶⁾

2. Dinglich

Spielbüchler kritisiert, dass „weder die Vorstellung der Zusammenziehung einer Schuldkette noch jene einer Summierung der beiden Besitzrechte hinreichend erkennen [läßt], daß der schuldrechtliche Anspruch des C als solcher bedeutungslos bleibt, denn beide bringen den wesentlichen Unterschied zwischen Deckung und Zuwendung nicht zum Ausdruck“.²⁷⁾

Ihm weist das Bild der Einschränkung des Eigentums den Weg. Entscheidend sei C gegenüber, ob nur A's Partner B zur Sachinhabung befugt sein soll oder auch ein Dritter. Die schuldrechtliche Verpflichtung des Eigentümers soll auch hier als Modifikation des Eigentumsrechts wirken. Davon soll es drei Arten geben: die Verfügung nur zugunsten des Empfängers, die Verfügung explizit (auch) zugunsten des Dritten C, die Verfügung zugunsten des B, die eine Weitergabe an C nicht ausschließt. Nur in den letzten beiden Fällen werde die rei vindicatio gegenüber C ausgeschaltet. „Ist das aber nicht der Fall, so bleibt der Eigentümer dem Dritten gegenüber unbeschränkt und kann die Herausgabe der Sache (die Räumung) ohne weiteres begehren.“²⁸⁾

Dies aktualisiert zunächst die Bedenken hinsichtlich des Typenzwangs. Oben wurde bereits ausgeführt, dass die Verfügung über das Eigentum nur relative Wirkung „regelmäßig nur für den Partner des Schuldverhältnisses“²⁹⁾ haben solle. Wie lässt sich dann aber eine Wirkung zugunsten Dritter erklären? Manchen Dritten gegenüber ist der Typenzwang dann offenbar doch durchbrochen.³⁰⁾

Die sachenrechtliche Verfügungslösung bietet mE kein durchgängiges Erklärungsmuster. Letztlich stellen sich dieselben Probleme wie bei der schuldrechtlichen Lösung, nur ist die sachenrechtliche Lösung wohl schon

in ihrem Ausgangspunkt weiter vom gesetzgeberischen Grundkonzept entfernt.

D. Mängel

Das eigentliche Problem liegt darin, dass aus beiden Erklärungsmodellen abgeleitet wird, was zu gelten hat, wenn der Idealzustand verfehlt wird, also bei Mängeln im Verhältnis B – C (s D.1.) und verbotener Untervermietung (s D.2.). Das ist gefährlich, mag auch etwa das Zusammenziehen der Schuldverhältnisse eine Beschreibung für den Vindikationsausschluss im Idealzustand darstellen, beantwortet es für sich noch nicht, wann „das Zusammengezogene“ genug Substrat hergibt. So meint *Rappaport* – ganz anders als *Wilburg* – für den Fall der verbotenen Untermiete, dass bei einer Summierung von Besitzrechten die rei vindicatio ausgeschlossen sein müsste.³¹⁾ Hinzu kommt eine offene Divergenz zur Rsp, die zwar in der Diktion, nicht aber im Ergebnis bei *Spielbüchler* Anleihen nimmt.

1. Mängel B – C

Die Unterschiede zwischen den Positionen zeigen sich sofort, wenn man Mängel im Verhältnis B – C annimmt.

Wilburg macht bei der Untermiete die Rechtsposition des Untermieters davon abhängig, ob er die Sache „ohne ein Recht gegen den Mieter, sei es auch nur ein Gefälligkeitsrecht, innehat“. Das folgt für ihn notwendig aus dem Aufbau und dem Zweck der Einrede: „Da C sein Recht nur auf dem Umweg über die Stellung des B herleitet, so entscheidet der Inhalt dessen Rechtsstellung auch über ihn.“³²⁾

Spielbüchler konzentriert sich demgegenüber darauf, dass der Gebrauchswert nicht mehr dem Eigentümer, sondern B zustehe, nur B sei zur Rückforderung legitimiert. Daher spiele es keine Rolle, ob B diesen Vorteil dem Dritten C „mit oder ohne Rechtsgrund überläßt“.³³⁾ Dabei zeigt sich freilich, dass die selbst auferlegte Beschränkung auf das Deckungsverhältnis nicht durchgehalten werden kann. So gewährt *Spielbüchler* eine rei vindicatio des A gegen C, wenn die Sache B nur abhanden gekommen ist und C sie – als Dieb oder Finder – titellos bei sich hat.³⁴⁾ Der Unterschied kann freilich nur darin liegen, dass es im einen Fall zumin-

23) *Spielbüchler*, Dritter 197 f.

24) *Wilburg*, ZBl 1936, 529.

25) Letztlich verfolgt *Wilburg* einen ähnlichen – in beiden Fällen stark von *Wellspacher* inspirierten – Ansatz wie in seiner fast zeitgleich entstandenen grundlegenden Arbeit zum Bereicherungsrecht (dort zur Versionsklage): „Ihre Eigenart liegt [...] darin, daß sie zwei miteinander zusammenhängende Rechtsverhältnisse zwischen A – M und M – B verbindet und einen direkten Anspruch schafft.“ (*Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung [1934] 76).

26) *Rappaport*, Einrede 203.

27) *Spielbüchler*, Dritter 211.

28) *Spielbüchler*, Dritter 208 f.

29) *Spielbüchler*, Dritter 204.

30) Dabei fällt auf, dass sich der von *Spielbüchler* bei der schuldrechtlichen Lösung als „zu Recht nicht gezogene“ Konsequenz abgelehnte Vertrag zugunsten Dritter versteckt auch in seiner Lösung wiederfindet. Bei ihm wird der Vertrag zugunsten Dritter nur zu einer Art Verfügung zugunsten Dritter auf Basis des Rechtsverhältnisses A-B.

31) *Rappaport*, Einrede 206, wenn auch gegen die deutsche Position von *Martin Wolff*.

32) *Wilburg*, ZBl 1936, 530.

33) *Spielbüchler*, Dritter 212; so auch OGH 26. 1. 2005, immolex 2005/69 (krit. Iby).

34) *Spielbüchler*, Dritter 204.

dest irgendeine – wenn auch mangelhafte – Verfügung des B (gedeckt durch die Verfügung des A) gibt, im anderen Fall aber nicht.³⁵⁾ Wie kann sich die Verfügung des B beim ungültigen Rechtsverhältnis aber den rechtsgeschäftlichen Regeln entziehen? Was rechtfertigt das Behalten des C gegenüber A, wenn es keine gültige Überlassung gibt?³⁶⁾

Einigkeit lässt sich mE nur darüber erzielen, dass bei einer Überlassung an C – ob aus Gefälligkeit oder nicht – die rei vindicatio ausgeschlossen ist, wenn und weil dann C am Recht des B partizipiert. Eine solche Weiterleitung des Rechts kann nicht außerhalb der Rechtsgelehrtslehre stehen.³⁷⁾ Es stellte sich auch die Frage, wie C sich gegen die rei vindicatio mit dem Hinweis auf das Recht des B wehren könnte. Ihm bliebe nur die Berufung auf ein fremdes Recht und damit eine nach hA unzulässige exceptio iure tertii.³⁸⁾ Dieser Eindruck wird durch einen Blick in die Rsp überwiegend bestätigt.³⁹⁾ Dort wird ein Vorgehen des A gegen C immer dann ausgeschlossen, wenn C sein Recht von B ableitet, „gleichgültig, ob dieses Recht in Untermiete, Leihe oder widerruflicher Bittleihe oder irgendeinem partiarischen Verhältnis besteht“. Dementsprechend sei „die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses“ ohne jede Bedeutung.⁴⁰⁾ Dass es aber ganz ohne Vertrag geht, scheint auch nach dem OGH unwahrscheinlich.

Nimmt man die Relativität der Verfügung mit den wesentlichen Proponenten der sachenrechtlichen Lösung ernst, würde sich dort dasselbe Problem stellen. Der OGH hat vereinzelt in 3 Ob 278/04k festgehalten, dass der obligatorische Vertrag eine Verfügung über das Eigentum bilde. Solange die B gegebene Benützungserlaubnis aufrecht sei, gebe es keine rei vindicatio, das Zuwendungsverhältnis spiele keine Rolle.⁴¹⁾ Dem ist aus den oben angeführten Gründen mE nicht zu folgen: Der OGH beruft sich auch (nur) auf zwei Quellen, die das Ergebnis nicht stützen.

Die Berufung auf die E 9 Ob 508/95⁴²⁾ geht fehl, weil dort das Hauptmietverhältnis bereits beendet, der Räumungsanspruch mithin unproblematisch war. Die Berufung auf *Klicka* hilft auch nicht, weil die verwiesene Stelle nur die Rsp wiedergibt, sodass das Zitat letztlich selbstreferentiell ist. Einige Randziffern weiter findet sich eine eigene Stellungnahme: „Der Eigentümer einer Sache [kann] die Sache von jedem Dritten zurückfordern, der weder selbst der Bestandnehmer ist noch seine Berechtigung zur Benützung der Sache von den Rechten des Bestandnehmers abzuleiten vermag. [...] Der Dritte kann jedoch nach unzut. Rsp auch dann nicht auf Räumung geklagt werden, wenn die ihm vom Vertragspartner des Klägers erteilte Benützungserlaubnis erloschen ist.“

Diese Rsp des OGH scheint in neuerer Zeit auf dem Rückzug zu sein. So heißt es in der E 11. 12. 2007, 4 Ob 207/07f, die unmittelbare Klage des Eigentümers gegen den Dritten sei grundsätzlich unzulässig, wenn dieser sein Recht auf Benützung vom Mieter ableitet. „Anders verhält es sich aber, wenn die Einräumung des Rechts an den dritten Benutzer gegenüber dem Vermieter unwirksam ist. Dies ist insb der Fall, wenn (auch) dem Dritten – wie hier – eine (versuchte) sittenwidrige Schädigung des Vermieters zur Last fällt.“⁴³⁾ Über die Bedeutung dieser Entscheidung mag man vor ihrem spezifi-

schon Hintergrund der kollusiven Schädigung geteilter Meinung sein, dass eine unwirksame Einräumung des Rechts gegenüber dem Vermieter unwirksam ist, ist mE jedenfalls die einzige systemkonforme Lösung.

Aus diesem Grund ist bei einem ungültigen oder beendeten Zuwendungsverhältnis von einer rei vindicatio des A auszugehen.⁴⁴⁾

2. Untermietverbot

Die gravierendste Meinungsdivergenz besteht allerdings über das Untermietverbot. Zumindest die neuere Lehre ist sich einig, dass A bei verbotener Weitergabe die rei vindicatio gegen C hat.⁴⁵⁾ Für *Wilburg* folgt das aus dem Zusammenziehen der Schuldverhältnisse,⁴⁶⁾ das eine Innehabung des C dann eben nicht rechtfertigt. *Spielbühler* rekurriert auf das Deckungsverhältnis, in dem A sein Eigentumsrecht nicht gegenüber C eingeschränkt habe.⁴⁷⁾

Als gemeinsamen Gegner hat man die stRsp, die den Herausgabeanspruch verneint. „Solange ein das freie Eigentumsrecht beschränkendes Rechtsverhältnis aufrecht ist, kann der Eigentümer nicht unmittelbar gegen Personen mit Räumungsklage vorgehen, die ihr Benützungsrecht aus dem Recht seines Vertragspartners abzuleiten in der Lage sind und mit dessen Zustimmung das Objekt benützen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Vertragspartner des Eigentümers berechtigt war, die Sache dem Dritten zur Benützung zu überlassen.“⁴⁸⁾ Der OGH bedient sich der Diktion *Spielbühlers*, nicht aber seiner Begründung. Dieses Bild bestätigt sich in vielen Entscheidungen.⁴⁹⁾ Ist das so falsch? →

35) Vielleicht denkt *Spielbühler* – ausweislich des Verweises auf *Wilburg* (212 FN 83) – selbst eher an Gefälligkeitsrechte.

36) Wahrscheinlicher großzügiger *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 346.

37) Vgl *Gursky* in *Staudinger* (2006) § 986 BGB Rz 38.

38) Darin liegt auch der Unterschied zur Verteidigung nach § 375 ABGB (s unten).

39) Vgl aber OGH 26. 1. 2005, immolex 2005/69 (krit *Iby*) und dazu gleich unten.

40) OGH 8. 4. 2003, 10 Ob 2/03 x; vgl auch 12. 10. 1989, 6 Ob 622/89; 9. 12. 2008, 5 Ob 168/08 d.

41) immolex 2005/69 (krit *Iby*). Obiter auch 3 Ob 532/94 wobl 1996/2 (allerdings bei erloschenem Hauptmietvertrag, sodass für alle das Recht zum Besitz weggefallen ist).

42) 1 Ob 1543/96 wobl 1997, 40; dies war auch bei 3 Ob 532/94 wobl 1996/2 der Fall;

43) 11. 12. 2007, 4 Ob 207/07 f.

44) Diese soll in Deutschland auf Herausgabe an B gehen (§ 986 analog), vgl *Baur/Stürner*, Sachenrecht¹⁸ § 11 Rz 39; *Gursky* in *Staudinger* (2006) § 986 Rz 38.

45) *Iro* in *KBB*² § 1098 Rz 8. Keine Einigkeit besteht freilich über den Inhalt des Herausgabeanspruchs. *Wilburg* vertritt das österreichische Modell – Anspruch des A auf Herausgabe an B – auch für Österreich. Er tut dies freilich auch unter Berufung auf § 986 BGB (*Wilburg*, ZBl 1936, 531). *Spielbühler* sieht demgegenüber – anders als § 986 Abs 1 Satz 2 BGB – keinen Anlass für eine solche Einschränkung des Herausgabebegehrens, weil B's Recht „nur im obligatorischen Anspruch gegenüber dem Eigentümer verkörpert ist und von C nicht geltend gemacht werden kann“ (*Spielbühler*, Dritter 209).

46) *Wilburg*, ZBl 1936, 529 f.

47) Dass trotz der dem Eigentümer gegenüber rechtsgrundlosen Benutzung durch C Bereicherungsansprüche ausgeschlossen werden (*Spielbühler*, Dritter 259), ist dabei durchaus bemerkenswert, kann aber hier nicht vertieft werden.

48) Vgl die übersichtliche Zusammenfassung in 4 Ob 75/01 k immolex 2001/184 (krit *Iby*); Parallelen gibt es zur Frage der Bereicherung nach beendetem Hauptmietverhältnis, vgl 8 Ob 300/98 w JBl 1999, 736 (*Apathy*) = *ecolex* 1999, 684 (*Wilhelm*); s aber 26. 1. 2005, 3 Ob 278/04 k immolex 2005/69.

49) Vgl schon Obl 20/25 SZ 7/15 und die Nachweise in OGH 3. 4. 2001, 4 Ob 75/01 k. Demgegenüber gibt es nur ganz vereinzelt gegenteilige Ausreißer aus der älteren Rsp wie 4 Ob 517/60 MietSlg 7.796.

Große Arbeiten wie jene von *Wilburg* und *Spielbühler* bewirken fast zwangsläufig eine gewisse Kanalisation der Diskussion und überlagern frühere Meinungen. Geht man in der Geschichte zurück, stößt man auf interessante Erklärungsmodelle, die nie wirklich widerlegt wurden. Ihnen ist gemeinsam, dass die Ableitung des Rechts zum Besitz im Vordergrund steht.

Dazu gehört die viel gescholtene Auffassung von *Klang*, der die Räumungsklage verneint, weil sich der Untermieter nicht grundlos, „sondern auf Grund seines Vertrages mit dem Hauptmieter in der Wohnung befindet“.⁵⁰⁾ Damit redet *Klang* keiner gänzlichen Abstraktion vom Hauptmietverhältnis das Wort, was tatsächlich problematisch wäre. Für ihn ergibt sich die Lösung der „*eigenartigen Rechtsfragen*“⁵¹⁾ im Verhältnis zwischen Untermieter und Eigentümer vielmehr daraus, dass der Untermieter seine Rechtsstellung vom Hauptmieter ableite. Während nämlich das Untermietverbot ohne Auswirkungen bleiben soll, kann der Eigentümer sehr wohl gegen den Untermieter vorgehen, wenn er die Grenzen des Gebrauchs der Mietsache, „die ihm durch den Hauptmietvertrag [...] gezogen sind“, überschreitet. *Wilburg* stört an dieser Auffassung, dass sich der Eigentümer zwar auf die umfänglichen Grenzen des Hauptmietvertrags berufen könne, nicht aber darauf, dass der Hauptmietvertrag überhaupt keinen Gebrauch durch einen Untermieter vorsehe. „Es wäre weder begründet noch angemessen, wenn der Mieter durch sein rechtswidriges Handeln Rechte gegen den Eigentümer schaffen könnte.“⁵²⁾

Tatsächlich vermutet man einen Größenschluss. Wenn der Eigentümer sogar einwenden kann, dass der konkrete Gebrauch nicht erlaubt sei, müsste er umso mehr einwenden können, dass überhaupt kein Gebrauch zulässig sei. Bedenkt man aber, dass der Position von *Klang* die Weiterleitung des Rechts zum Besitz zugrunde liegt, sind die von ihm vertretenen Einschränkungen konsequent und beide Ausdruck des Prinzips des § 442 ABGB. Auch *Wilburg* spricht an anderer Stelle davon, dass C „sein Recht nur auf dem Umweg über die Stellung des B herleitet, [sodass] der Inhalt dessen Rechtsstellung auch über ihn [entscheidet]“.⁵³⁾ Dass der Hauptmietvertrag die Grenzen des Gebrauchs im Untermietverhältnis zieht, ist dann nicht seltsam, sondern folgerichtig, weil der Hauptmieter/Untermieter nicht mehr an Gebrauch weiterleiten kann, als er selbst hat. Dass ein Untermietverbot dem Dritten gegenüber nicht wirkt, ist bei einem abgeleiteten Recht zum Besitz aber kein Hindernis, wenn man nicht die absolute Wirkung eines solchen Verbots bejaht.⁵⁴⁾

Damit bleibt die Frage, wie der Untermieter in den Genuss des abgeleiteten Rechts kommt. *Klang* sagt dazu nichts, *Krainz* begründet die Geltendmachung eines solchen Rechts mit einer Zession,⁵⁵⁾ was durch eine liberale Handhabung des Zessionsverbots (§ 1396a ABGB) sogar begünstigt würde. Von besonderem Interesse ist allerdings der fast in Vergessenheit geratene Ansatz von *Rappaport*, mit dem sich auch *Klang* identifizieren dürfte.⁵⁶⁾ Es wird „keinem Anstand unterliegen, [den Beklagten] als bloßen Stellvertreter in der Inhabung seines Vormannes gegenüber dem Eigentümer zu betrachten und demgemäß auf Grund der Rechtsstellung jenes zu schützen“.⁵⁷⁾ Ihm ist „die Ver-

wendung aller Einreden und Einwendungen gestattet, die sich aus der Rechtsstellung seines Gewährsmannes zum Kläger ergeben“.⁵⁸⁾ Daraus zieht *Rappaport* die Konsequenz, dass die unbefugte Überlassung für sich genommen noch keine Eigentumsklage gegen C rechtfertigt.

Dass bei der Herausgabeklage gegen C Verteidigungsmittel des B eine Rolle spielen sollen, ist sinnvoll und findet eine Entsprechung im Institut der Auktorbenennung (§ 375 ABGB; §§ 22 ff ZPO). Wer als Besitzer einer Sache geklagt wird, kann denjenigen zur Übernahme des Verfahrens auffordern, für den er besitzt. Erkennt dieser Auktor das Rechtsverhältnis an, tritt er an Stelle des Beklagten in das Verfahren ein (§ 23 ZPO) und kann dort natürlich alle Verteidigungsmittel verwenden, die ihm zur Verfügung stehen.⁵⁹⁾ Es ist daher durchaus konsequent, auch dem unmittelbar Beklagten das Recht einzuräumen, Verteidigungsmittel des Auktors zu verwenden, wenn es nicht zur Auktorbenennung oder zumindest nicht zur Verfahrensübernahme kommt, weil dieses verfahrensrechtliche Problem für die materielle Rechtslage nicht maßgebend sein soll.

Damit ist aber auch der Weg vorgezeichnet, wie der Eigentümer sein Interesse an der Vertragszuhaltung (und damit das Unterbleiben der Unterbestandgabe) geltend machen kann. Er hat einerseits Unterlassungsansprüche gegen seinen Vertragspartner,⁶⁰⁾ andererseits kann er bei Vorliegen der Voraussetzungen den (Haupt-)Mietvertrag auflösen.⁶¹⁾ Damit fällt für alle Beteiligten ein (eigenes oder abgeleitetes) Recht zum Besitz weg und der rei vindicatio steht nichts mehr im Wege.⁶²⁾ Hierin findet sich wiederum eine Parallele zu *Rappaport*, der die rei vindicatio ebenfalls ausschließt, „es wäre denn, daß solche Überlassung nach gesetzlicher oder vertragsmäßiger Bestimmung ein Auflösungsgrund des Hauptvertrags ist, mit dem dann auch der Einredeschutz des Inhabers dahinfällt“.⁶³⁾

Es sprechen daher gute Gründe dafür, mit dem OGH – und entgegen der hL – die rei vindicatio bei aufrechtem Deckungsverhältnis auch dann auszuschließen, wenn die Überlassung an C verboten war.

E. Zusammenfassung

1. Eine allgemein akzeptierte Lehre vom (abgeleiteten) Recht zum Besitz lässt sich nach dem bisher Gesagten

50) *Klang*, ZBl 1926, 351; SZ 7/15.

51) *Klang*, ZBl 1926, 351.

52) *Wilburg*, ZBl 1936, 530.

53) *Wilburg*, ZBl 1936, 530.

54) Vgl auch die Andeutung bei *Spielbühler*, Dritter 210.

55) *Krainz*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1 (1889) § 224; ausführlicher dann in der Folgeauflage.

56) Er tut dies zumindest in seiner Kommentierung zu § 375 ABGB, *Klang* II², 237.

57) *Rappaport*, Einrede 228.

58) *Klang* in *Klang* II², 237.

59) Vgl *Kodek*, Die Besitzstörung (2002) 399 ff.

60) Für den Fall der Pflichtenkollision vgl jüngst OGH 7 Ob 142/08 w EvBl 2009/30 (*Parapatits*) = wobl 2009/84 (*Schauer*).

61) Ein Kündigungsrecht wird freilich nicht stets zustehen.

62) Steht eine Vertragsauflösung nicht zu, gäbe es auch im zweipersonalen Verhältnis keine Möglichkeit, die Sache auf Grund des Zuwiderhandelns des Vertragspartners herauszubekommen.

63) *Rappaport*, Einrede 228 f.

nicht identifizieren. Zu verschieden sind schon die Standpunkte über die Rechtsnatur im zweipersonalen Verhältnis, die bei der Frage der Partizipation eines Dritten endgültig unvereinbar werden. Dabei dürfen die gängigen Erklärungsmodelle nicht zum Selbstzweck gemacht werden, eine Deduktion aus ihnen bedarf stets kritischer Überprüfung.

2. Die Diskussion über die Bedeutung des Zuwendungsverhältnisses B–C ist mE mit *Wilburg* und der neueren Rsp dahin zu entscheiden, dass es eines gültigen Verhältnisses bedarf, um C eine Teilhabe am Recht

des B zu verschaffen. Gibt es kein gültiges Rechtsverhältnis (mehr), steht einer rei vindicatio des A nichts entgegen.

3. Die Auffassung des OGH, dass C ein abgeleitetes Verteidigungsrecht gegen die rei vindicatio auch dann erwerben kann, wenn die Weitergabe an ihn unzulässig war, hat mehr für sich, als ihr die Lehre zutraut. Eine „absolute Wirkung“ von Untermietverboten ist keineswegs zwingend, bejaht man sie nicht, steht der Auffassung des OGH aber nichts entgegen, wie historische Vorbilder zeigen.

→ In Kürze

Der Beitrag liefert im jahrelangen Streit der Lehre mit der Rsp Argumente für die Ansicht des OGH, wann ein Untermieter gegen die rei vindicatio des Eigentümers geschützt wird. Dabei wird die Fülle unwirksamer oder beendeter Untermietverhältnisse ebenso untersucht wie die überaus strittige Frage der rei indicatio bei Untermietverboten.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Ass.-Prof. Dr. Martin Spitzer ist am Institut für Zivilrecht der Universität Wien tätig. Kontakt: Schottenbastei 10–16, 1010 Wien; martin.spitzer@univie.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht² (2008);
Spitzer, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004).

Literatur:

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis (1904);
Raape, Gebrauchs- und Besitzüberlassung, JherJB 71 (1922) 97;
Klang, Der Rechtsschutz des Mieters gegen Dritte, ZBl 1926, 324;
Wilburg, Die Abwehr unzulässiger Untermiete, ZBl 1936, 524;
Raiser, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, FS Martin Wolff (1952) 123;
Spielbühler, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973).

