

Schriften zum Internationalen Recht

Band 113

Unterlassungsansprüche aus mietvertraglichen Verboten

**Dogmatische Grundlagen mit Beispielen
aus Deutschland und Österreich
im Vergleich mit den USA**

Von

Bernhard A. Koch



Duncker & Humblot · Berlin

BERNHARD A. KOCH

Unterlassungsansprüche aus mietvertraglichen Verboten

Schriften zum Internationalen Recht

Band 113

Unterlassungsansprüche aus mietvertraglichen Verboten

Dogmatische Grundlagen mit Beispielen
aus Deutschland und Österreich
im Vergleich mit den USA

Von
Bernhard A. Koch



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Koch, Bernhard A.:

Unterlassungsansprüche aus mietvertraglichen Verboten : dogmatische Grundlagen mit Beispielen aus Deutschland und Österreich im Vergleich mit den USA / von Bernhard A. Koch. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zum Internationalen Recht ; Bd. 113)

Zugl.: Innsbruck, Univ., Habil.-Schr., 1998

ISBN 3-428-09678-9

Alle Rechte vorbehalten
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7646
ISBN 3-428-09678-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

*Meinem Lehrer
Fritz Raber*

Vorwort

Diese Arbeit wäre ohne die Hilfe und Unterstützung vieler Kollegen und Freunde nicht zustande gekommen.

Zu danken habe ich vor allem meinem Lehrer, Prof. Fritz Raber, Universität Innsbruck, dem dieses Buch gewidmet ist. Eine derart umfassende Unterstützung, wie er sie mir bei Studium, Forschung und Lehre geboten hat, erhalten wohl nur wenige Assistentenkollegen.

Entstanden ist der Text am Institut für Römisches Recht der Universität Innsbruck, dessen Mitarbeiter mir stets ein freundschaftliches und konstruktives Zusammenarbeiten ermöglichen. Dafür sei ihnen herzlich gedankt.

Dieses Buch basiert auf einer Arbeit, die im Herbst 1998 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck als Habilitationsschrift angenommen wurde. Den Mitgliedern der Habilitationskommission danke ich an dieser Stelle für die zügige Abwicklung des Verfahrens. Insbesondere sei Herrn Prof. Dr. Ernst A. Kramer von der Universität Basel Dank ausgesprochen, dessen Gutachten wertvolle Anregungen geliefert hat.

Meiner Frau Andrea danke ich für ihre Hilfe, vor allem aber auch für ihre Geduld beim Entstehen dieser Arbeit.

Die hier verarbeitete Literatur und Judikatur ist auf dem Stand vom Dezember 1998, soweit zugänglich und in Innsbruck verfügbar.

Innsbruck, im März 1999

Bernhard A. Koch

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
<i>1. Kapitel</i>	
Theoretische Grundlagen und Terminologie	3
A. Grundbegriffe	3
I. Subjektives Recht	3
II. Anspruch	4
III. Schuldverhältnis	6
IV. Pflichten im Schuldverhältnis	10
1. Das Verhältnis von Rechten und Pflichten zueinander	10
2. Einordnung der Pflichten in den Zusammenhang des Schuldverhältnisses	12
3. Primär- und Sekundärpflichten	14
V. Die Gliederung der subjektiven Rechte nach Funktionen	16
B. Unterlassungspflichten	18
I. Die Pflicht zur „Unterlassung“	18
II. Unterlassungspflichten aus absoluten Rechten	21
III. Vertragliche Unterlassungspflichten	26
1. Grundsätzliche Bemerkungen	26
2. Die Einteilung der vertraglichen Unterlassungspflichten	26
3. Die sogenannte Leistungstreuepflicht	28
IV. Konkretisierung der Pflicht als Voraussetzung eines Anspruches	31
V. Zwischenergebnis	33
C. Unterlassungsansprüche	33
I. Vom Recht zum Anspruch	33
1. Vom absoluten Recht zum dinglichen Anspruch	33
2. Vertragliche Unterlassungsansprüche im allgemeinen	36
II. Von der Ermittlung der Pflicht zur Bejahung des Anspruchs	38
1. Begehungsgefahr als erste Voraussetzung der Anspruchsgewährung ...	38
2. Interessenabwägung als eigentliche Hürde	40
III. Prämissen	41
1. Materiellrechtlicher Anspruch oder prozessualer Rechtsbehelf?	41
2. Rechtsschutzziel: Klage auf künftige Leistung?	42
D. Überleitung	45

<i>2. Kapitel</i>	
Der Unterlassungsanspruch des Vermieters in Deutschland	48
A. Allgemeiner Überblick	48
B. Tierhaltung	51
I. Ausmaß der vertraglichen Regelung	51
1. Ausdrückliches Verbot der Tierhaltung	52
2. Vertraglicher Vorbehalt der Genehmigung durch den Vermieter	53
3. Schweigen des Mietvertrages zur Tierhaltung	58
4. Ausdrückliche Erlaubnis der Tierhaltung	61
II. Grenzen des vertraglichen Unterlassungsanspruches	65
1. Verfassungsrechtliche Argumente	65
a) Das Gleichbehandlungsgebot	65
b) Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit	67
2. Argumente aus der Sphäre des Mieters	69
3. Argumente aus der Sphäre des Vermieters	71
a) Beschädigung oder Gefährdung des Mietobjektes	71
b) Schweigen des Vermieters zu andauernder vertragswidriger Tierhaltung	72
c) Andere Tiere im Haus	76
d) Präcedenzwirkung einer einmaligen Genehmigung	78
4. Interessen Dritter	79
5. Das Tier betreffende Argumente	82
a) Möglichkeit einer artgerechten Tierhaltung	82
b) Tierart oder Rasse unabhängig von den Eigenschaften des konkreten Tieres	84
c) Eigenschaften des konkreten Tieres	88
d) Besondere Funktion des Tieres	89
6. Eigenschaften des Bestandobjektes	89
C. Außenantennen	90
I. Ausmaß der vertraglichen Regelung	91
1. Ausdrückliches Verbot von Außenantennen	92
2. Vertraglicher Vorbehalt der Genehmigung durch den Vermieter	93
3. Schweigen des Mietvertrages zu Außenantennen	94
4. Ausdrückliche Erlaubnis von Außenantennen	96
II. Grenzen des vertraglichen Unterlassungsanspruches	97
1. Verfassungsrechtliche Argumente	98
a) Die Informationsfreiheit	98
b) Eigentumsfreiheit	103
c) Das Gleichbehandlungsgebot	104
d) Freiheit der Berufsausübung	107
e) Schutz der Familie	108
2. Argumente aus der Sphäre des Mieters	109
a) Staatsangehörigkeit und Heimat	109
b) Muttersprache und Sprachbeherrschung	111

c) Beruf	113
d) Behinderung	113
3. Argumente aus der Sphäre des Vermieters	114
a) Beschädigung oder Gefährdung des Mietobjektes	114
b) Ästhetische Gründe	118
c) Schweigen des Vermieters zu vertragswidriger Installation	121
d) Andere Antennen im Haus	121
e) Präcedenzwirkung einer einmaligen Genehmigung	122
4. Interessen Dritter	124
5. Eigenschaften des Bestandobjektes	125
a) Art und Gestaltung des Hauses	126
b) Lage des Mietobjektes	126
c) Vorhandene Installationen für den Fernsehempfang	127
6. Eigenschaften der Antenne	130
a) Größe der Antenne	130
b) Art der Antenne	132
c) Ort der Installation	134
d) Art der Verankerung	137
e) Installation durch Fachmann	138
7. Öffentliche Interessen	138
a) Denkmalschutz	138
b) Baurecht	140
8. Andere Argumente	141
a) Kostentragung durch Mieter	141
b) Sicherheitsleistung für potentielle Schäden	143
c) Alternative Informationsquellen	144
d) Qualität des Fernsehprogramms	145
D. Benutzung von Wohnräumen zur Berufsausübung	146
I. Ausmaß der vertraglichen Regelung	147
II. Grenzen des vertraglichen Unterlassungsanspruches	150
1. Öffentliche Interessen	151
2. Argumente aus der Sphäre des Mieters	152
3. Argumente aus der Sphäre des Vermieters	152
4. Interessen Dritter	153
5. Eigenschaften des Bestandobjektes	154
6. Art der Tätigkeit	155
E. Überleitung	156

3. Kapitel

Der Unterlassungsanspruch des Vermieters in Österreich 159

A. Allgemeiner Überblick	159
I. Der Grundsatz von Treu und Glauben in Österreich	159
1. Treu und Glauben im ABGB?	159
2. Verwirkung im besonderen	161

II. Mietvertragliche Unterlassungsansprüche im allgemeinen	164
1. Unterlassungsklage statt Kündigung	164
2. Unterlassungspflichten des Mieters	165
3. Durchsetzung eines mietvertraglichen Verbotes nur bei besonderem Interesse?	166
4. Eingriffsgefahr als Voraussetzung des Unterlassungsanspruches	167
5. Ansprüche des Vermieters als Eigentümer	168
B. Tierhaltung	169
I. Ausmaß der vertraglichen Regelung	169
1. Ausdrückliches Verbot der Tierhaltung	169
2. Vertraglicher Vorbehalt der Genehmigung durch den Vermieter	171
3. Schweigen des Mietvertrages zur Tierhaltung	172
4. Ausdrückliche Erlaubnis der Tierhaltung	173
II. Grenzen des vertraglichen Unterlassungsanspruches	177
1. Verfassungsrechtliche Argumente	177
2. Argumente aus der Sphäre des Mieters	178
3. Argumente aus der Sphäre des Vermieters	179
a) Beschädigung oder Gefährdung des Mietobjektes	179
b) Schweigen des Vermieters zu andauernder vertragswidriger Tierhaltung	180
c) Andere Tiere im Haus	180
4. Interessen Dritter	181
5. Das Tier betreffende Argumente	182
a) Tierart oder Rasse unabhängig von den Eigenschaften des konkreten Tieres	182
b) Eigenschaften des konkreten Tieres	183
6. Eigenschaften des Bestandobjektes	184
C. Außenantennen	185
I. Das Recht des Mieters zur Antenneninstallation nach MRG	185
II. Ausmaß der vertraglichen Regelung	188
1. Ausdrückliche Vereinbarungen zu Außenantennen	188
2. Schweigen des Mietvertrages zu Außenantennen	189
III. Grenzen des vertraglichen Unterlassungsanspruches	191
1. Verfassungsrechtliche Argumente	191
2. Argumente aus der Sphäre des Mieters	192
3. Argumente aus der Sphäre des Vermieters	193
a) Beschädigung oder Gefährdung des Mietobjektes	193
b) Ästhetische Gründe	194
c) Schweigen des Vermieters zu vertragswidriger Installation	195
d) Andere Antennen im Haus	196
e) Präzedenzwirkung einer einmaligen Genehmigung	197
4. Interessen Dritter	197
5. Eigenschaften des Bestandobjektes	197
6. Eigenschaften der Antenne	198
a) Größe der Antenne	198

b) Art der Antenne	199
c) Ort der Installation	199
d) Art der Verankerung	200
e) Installation durch Fachmann	200
7. Öffentliche Interessen	201
8. Andere Argumente	203
a) Kostentragung durch Mieter	203
b) Alternative Informationsquellen	204
D. Benutzung von Wohnräumen zur Berufsausübung	205
I. Ausmaß der vertraglichen Regelung	205
II. Grenzen des vertraglichen Unterlassungsanspruches	207
1. Argumente aus der Sphäre des Mieters	207
2. Argumente aus der Sphäre des Vermieters	208
3. Interessen Dritter	208
4. Eigenschaften des Bestandobjektes	208
5. Art der Tätigkeit	209
E. Überleitung	210

4. Kapitel

Zum Vergleich: Der Unterlassungsanspruch des Vermieters in den USA 212

A. Die Durchsetzung vertraglicher Verbote im allgemeinen	212
I. Vorbemerkungen	212
II. Vertragliche Ansprüche im allgemeinen	213
1. Vertragsverletzung (Breach of Contract)	213
2. Arten von Contract Remedies	214
III. Grundsätze der Equitable Remedies	215
1. Der „Adequacy Test“	215
a) Inhalt und Kritik in den amerikanischen Rechten	215
b) Argumentation mit Rechtsschutz-Alternativen in Deutschland?	217
2. Sonstige Argumente	219
a) Öffentliche Interessen	219
aa) Public Policy	219
bb) Berücksichtigung von Grundrechten	219
cc) Befürchtete Probleme bei der Vollstreckung der Unterlassungs- urteile	220
b) Billigkeitserwägungen	221
aa) Unfairness	221
bb) Equitable Estoppel	222
cc) Unclean hands	223
dd) Laches	224
ee) Unverhältnismäßige Härte	225
ff) Bestimmtheit der Vertragspflichten	226
gg) Mutuality of Remedies	227
3. Richterliches Ermessen	227

B. Beispiele aus dem Mietrecht	228
I. Vorbemerkungen zum amerikanischen Mietrecht	228
II. Tierhaltung	232
1. Ausmaß der vertraglichen Regelung	232
2. Grenzen des vertraglichen Unterlassungsanspruches	237
a) Öffentliche Interessen	237
b) Argumente aus der Sphäre des Mieters	238
c) Argumente aus der Sphäre des Vermieters	240
aa) Beschädigung oder Gefährdung des Mietobjektes	240
bb) Schweigen des Vermieters zu andauernder vertragswidriger Tierhaltung	240
cc) Andere Tiere im Haus	244
d) Interessen Dritter	244
e) Equity-Argumente	245
III. Außenantennen	246
1. Vorbemerkungen	246
2. Ausmaß der vertraglichen Regelung	249
3. Grenzen des vertraglichen Unterlassungsanspruches	252
a) Öffentliche Interessen	253
b) Argumente aus der Sphäre des Mieters	253
c) Argumente aus der Sphäre des Vermieters	253
d) Equity-Argumente	255
IV. Benutzung von Wohnräumen zur Berufsausübung	255
1. Ausmaß der vertraglichen Regelung	255
2. Grenzen des vertraglichen Unterlassungsanspruches	258
a) Öffentliche Interessen	258
b) Argumente aus der Sphäre des Mieters	259
c) Argumente aus der Sphäre des Vermieters	259
d) Art der Tätigkeit	260
e) Equity-Argumente	261
C. Überleitung	262

5. Kapitel

Die Durchsetzbarkeit von mietvertraglichen Unterlassungsansprüchen 263

A. Rückblick	263
I. Grundlegende Voraussetzungen eines vertraglichen Unterlassungsan- spruches	264
II. Katalog der zu berücksichtigenden Argumente	265
1. Ausmaß der vertraglichen Regelung	266
2. Wahrscheinlichkeit des Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht	267
3. Interessen der Beteiligten	268
a) Interessen des Berechtigten	268
b) Interessen des Verpflichteten	270
c) Interessen Dritter	271

d) Öffentliche Interessen	272
aa) Verfassungsrechtliche Argumente	272
bb) Sonstige öffentliche Interessen	275
III. Abwägung der wechselseitigen Interessen	276
1. Vorgaben	276
2. Berücksichtigung schon bei Ermittlung des Vertragsinhaltes oder erst bei Erfüllung?	277
3. Grobe Grenzziehung	278
B. Ausblick	279
Judikaturverzeichnis	283
Literaturverzeichnis	317
Stichwortverzeichnis	330

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungen folgen dem Werk von Hildebert *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache (4. Aufl. 1993), soweit im folgenden nicht anders angegeben.

A.2d	Atlantic Reporter (2nd Series)
A.D.	Appellate Division Reports
A.D.2d	Appellate Division Reports (2nd Series)
AfP	Archiv für Presserecht
Ala.	Alabama Reports
Am. Jur.	American Jurisprudence
AnwBl	Anwaltsblatt
AnwZ	Österreichische Anwalts-Zeitung
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArchPT	Zeitschrift für Rechtsfragen des Postwesens, des Postbankbereichs und der Telekommunikation
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Zivilsachen
BB	Der Betriebs-Berater
BGHWarn	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, als Fortsetzung der von <i>Otto Warneyer</i> hrsg. Rechtsprechung des Reichsgerichts
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIfGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cal. 4th	California Reports (4th Series)
Cal. App. 2d	California Appellate Reports (2nd Series)
Cal. App. 3d	California Appellate Reports (3rd Series)
Cal. App. 4th	California Appellate Reports (4th Series)
Cal. Rptr.	West's California Reporter
Cal. Rptr. 2d	West's California Reporter (2nd Series)
Conn. App.	Connecticut Reports
CR	Computer und Recht
Daily Journal DAR	Daily Journal DAR
DAVorm	Deutscher Amtsvormund
DB	Der Betrieb

Del. Ch.	Delaware Chancery Reports
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DWE	Der Wohnungseigentümer
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
ecolex	Ecolex. Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWr	Entscheidungen Wohnrecht
F.2d	Federal Reporter (2nd Series)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fla. L. Weekly	Florida Law Weekly
Ga. App.	Georgia Appeals Reports
GE	Das Grundeigentum. Zeitschrift für die gesamte Grundstücks-, Haus- und Wohnungswirtschaft
Glaser	Rechtsprechung aus dem Miet- und Wohnungsrecht, bearb. v. <i>Glaser</i>
GIU	Sammlung von zivilrechtl. Entscheidungen des K.K. Obersten Gerichtshofes, hrsg. von <i>Glaser</i> und <i>Unger</i>
GIUNF	Sammlung von zivilrechtl. Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, Neue Folge; begonnen von <i>Glaser</i> und <i>Unger</i> , fortgeführt von <i>Pfaff et al.</i>
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GW	Gemeinnütziges Wohnungswesen
HambGE	Hamburger Grundeigentum
HBZ	Hausbesitzer-Zeitung
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
HuW	Haus und Wohnung
Ill. App.	Illinois Appellate Court Reports
Ill. App. 2d	Illinois Appellate Court Reports (2nd Series)
Ill. App. 3d	Illinois Appellate Court Reports (3rd Series)
ImmZ	Österreichische Immobilien-Zeitung
Ind. App.	Indiana Court of Appeals Reports
JA	Juristische Arbeitsblätter
JB1	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung

LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, hrsg. von Lindenmaier, Möhring u. a.
Mass.	Massachusetts Reports
Mass. App. Ct.	Massachusetts Appeals Court Reports
Md.	Maryland Reports
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich.	Michigan Reports
Mich. App.	Michigan Appeals Reports
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Miet	Mietrechtliche Entscheidungen
Mieter	Der Mieter
Misc.	New York Miscellaneous Reports
Misc. 2d	New York Miscellaneous Reports (2nd Series)
MM	Mieter-Magazin: Organ des Berliner Mietervereins e. V.
Mo.	Missouri Reports
Mont.	Montana Reports
MR	Medien + Recht
N.C. App.	North Carolina Court of Appeals Reports
N.E.	North Eastern Reporter
N.E.2d	North Eastern Reporter (2nd Series)
N.J. Eq.	New Jersey Equity Reports
N.J. Super.	New Jersey Superior Court Reports
N.W.2d	North Western Reporter (2nd Series)
N.Y.	New York Reports
N.Y.2d	New York Reports (2nd Series)
N.Y.S.2d	West's New York Supplement (2nd Series)
Neb.	Nebraska Reports
Neb. App.	Nebraska Appellate Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NJWE-MietR	NJW-Entscheidungen Mietrecht
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖHB	Der österreichische Hausbesitz
Ohio App. 3d	Ohio Appellate Reports (3rd Series)

Ohio L. Abs.	Ohio Law Abstracts
Ohio Op. 2d	Ohio Opinions (2nd Series)
Ohio St.	Ohio State Reports
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Or. App.	Oregon Reports, Court of Appeals
P.2d	Pacific Reporter (2nd Series)
Pa.	Pennsylvania State Reports
Pa. Super.	Pennsylvania Superior Court Reports
RdW	Recht der Wirtschaft
RES	Sammlung der Rechtsentscheide in Wohnraummietsachen (Rechtsentscheid-Sammlung)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RZ	Österreichische Richterzeitung
S.C.	South Carolina Reports
S.E.2d	South Eastern Reporter (2nd Series)
S.W.2d	South Western Reporter (2nd Series)
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
So. 2d	Southern Reporter (2nd Series)
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
VersR	Versicherungsrecht
W. Va.	West Virginia Reports
Wash. App.	Washington Appellate Reports
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WoBl	Wohnrechtliche Blätter
WoM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WPM	Wertpapier-Mitteilungen
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZfVB	Die administrativrechtlichen Entscheidungen des VwGH und die verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH in lückenloser Folge (Beilage zur Zeitschrift für Verwaltung)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Einleitung

Kann ein Schuldner im Vorhinein daran gehindert werden, gegen eine vertragliche Verhaltenspflicht zu verstoßen? Abgesehen von den prozessualen Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes bietet das materielle Recht dazu den Unterlassungsanspruch als Handhabe. Lehre und Rechtsprechung haben sich vor allem in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts um die Begründung dieser Anspruchsart bemüht,¹ eine Diskussion ist aber auch danach immer wieder stärker geführt worden. Größere Streitfragen der jüngeren Vergangenheit waren etwa, ob es sich bei der Unterlassungsklage um die Geltendmachung eines materiellen Anspruches handle oder nur um einen prozessualen Rechtsbehelf, sowie das damit zusammenhängende Problem von Definition und Einordnung der sogenannten Wiederholungsgefahr als Anspruchsvoraussetzung.²

Während letztere Kontroversen zugunsten der materiell-rechtlichen Lösung als entschieden erachtet werden müssen, bleibt es in einem anderen, allgemeineren Bereich derzeit wohl bei einer Pattstellung. Zwar gibt es – abgesehen von Unterschieden bei der Benennung – letztlich keine Differenzen bei der Unterscheidung der Vertragspflichten in Haupt- und Nebenpflichten, verblieben ist aber die Grundsatzfrage, ob etwa die sogenannten Leistungstreuepflichten mit direktem Zwang durchgesetzt werden können, oder ob bereits die bloße Einordnung einer vertraglichen Verhaltensanordnung in diese Untergruppe der Nebenpflichten bewirkt, daß ein selbständiger Anspruch auf ihre Erfüllung ausgeschlossen ist.

Derartige Überlegungen und Abgrenzungen lassen sich in der Praxis jedoch nicht finden. Entscheidungen werden vor allem nie von einer Katalogisierung der durchzusetzenden Pflichten bestimmt, maßgeblich ist stets die aktuelle Interessenlage, die aber freilich von der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien vorgeprägt ist.

Demzufolge basieren die Überlegungen in dieser Arbeit auf der Überzeugung, daß alle vertraglichen Pflichten, und mögen sie auch nur einer anderen, im Zentrum des Parteieninteresses stehenden Pflicht dienen, ausreichende

¹ Geschichtlicher Überblick etwa bei *Duvigneau*, Entwicklung (1969).

² Dazu unten S. 41 (Materialität) und 38 ff. (Wiederholungsgefahr).

Grundlage für einen direkten Erfüllungsanspruch sein können. An jedes Verbot sollte ein Unterlassungsanspruch geknüpft werden können. Eine Entscheidung darüber, ob diese Ansprüche auch im konkreten Streitfall durchsetzbar sind, hat sich nicht primär an einer Einstufung der zugrundeliegenden Pflicht zu orientieren, sondern an einem Vergleich der von beiden Seiten dargelegten Positionen, wie sie jeweils im Vertrag geplant waren und sich nunmehr beim Konflikt darstellen.

Daher werden zunächst am Beispiel von drei konkreten Vertragspflichten die in der deutschen Judikatur zu findenden Argumente gesammelt, mit denen die wechselseitigen Interessen bestimmt und gegeneinander abgewogen werden. Dabei handelt es sich um Unterlassungsklagen über mietvertragliche Nebenpflichten, die nach § 550 BGB entschieden wurden, der immer wieder als Beispiel einer ausdrücklich im Gesetz verankerten Regelung von vertraglichen Unterlassungsansprüchen herangezogen wird. Die grundsätzlich verwandte, durch sondergesetzliche Regelungen allerdings beeinflusste Rechtslage in Österreich wird in einem eigenen Abschnitt gesondert dargestellt.

In einem rechtsvergleichenden Exkurs wird auf die Rechte der USA verwiesen, die vertragliche Ansprüche in einen anderen systematischen Zusammenhang stellen, dabei aber dennoch im wesentlichen zu ähnlichen Ergebnissen führen. Die dazu zitierten amerikanischen Entscheidungen wurden schon deshalb ausgewählt, weil dort eine offene, aber keineswegs ungeordnete Interessenabwägung vorgenommen wird, die auch die Dogmatik nicht auf davon unabhängige Kategorien zurückzuführen versucht.

Nach einer zusammenfassenden Ordnung der zu den drei Fallgruppen gefundenen Argumente wird zur Diskussion gestellt, inwieweit das darauf aufzubauende Modell einer Interessenabwägung zur Entscheidung über mietvertragliche Unterlassungsansprüche verallgemeinert werden kann.

1. Kapitel

Theoretische Grundlagen und Terminologie

Im folgenden sollen einige Grundpositionen klargestellt werden, was angesichts der in der bisherigen Diskussion völlig uneinheitlich verwendeten Terminologie unerlässlich erscheint. So manche scheinbare Streitfrage hätte sich der Sache nach wohl gar nicht gestellt, wenn die zu ihrer Formulierung verwendeten Worte in Übereinstimmung mit jenen des vermeintlichen Gegners gebracht worden wären. Dies gilt nicht nur für die Bezeichnung von Unterlassungsansprüchen selbst¹, sondern um so mehr für grundlegendere Begriffe wie „subjektives Recht“ oder „Anspruch“.

Wer in einer Einleitung derart zentrale *termini technici* für den weiteren Gebrauch in seiner Arbeit bestimmt, setzt sich zwangsläufig dem Vorwurf aus, Grundprobleme zu bagatellisieren, anstatt sie auf fundierter Analyse darzustellen. Zwar kann dieser berechtigten Kritik hier nicht Folge getragen werden, doch sei dies mit der erwähnten Unklarheit der Wortwahl zumindest begründet, wenn auch nicht gerechtfertigt. Es erscheint müßig, gegen überkommene Definitionen anzukämpfen, die sich in Gesetzessprache und Lehre gefestigt haben. Deshalb ist es aber unabdingbar, die eigenen Grundpositionen im Gefüge der traditionellen Terminologie aufzuzeigen, um allfälligen Mißverständnissen vorzubeugen.

A. Grundbegriffe

I. Subjektives Recht

„Der Begriff des subjektiven Rechts ist ein allgemeiner Begriff, der für alle individuellen Berechtigungen gilt.“² Eine herkömmliche Definition³ sieht das

¹ Dazu zunächst nur *F. Baur*, Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der „vorbeugenden Unterlassungsklage“, *JZ* 1966, 381.

² *Larenz/M. Wolf*, AT⁸ (1997) § 15 Rn. 1 (S. 284).

³ Siehe zur Entwicklung nur *L. Raiser*, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, *JZ* 1961, 465. Ausführliche Nachweise bei *Enneccerus/Nipperdey*, AT I¹⁵ (1959) § 72 (S. 428 f.) Fn. 1.