

**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>	
<b>Theoretische Grundlagen und Terminologie</b>	<b>3</b>
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>	
<b>Der Unterlassungsanspruch des Vermieters in Deutschland</b>	
	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 Bestandesobjektes .....	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) Präcedenzwirkung 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
<b>Judikaturverzeichnis</b> .....	<b>283</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>317</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	<b>330</b>



## 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,<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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

---

<sup>1</sup> Geschichtlicher Überblick etwa bei *Duvigneau*, Entwicklung (1969).

<sup>2</sup> 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 selbst<sup>1</sup>, 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.“<sup>2</sup> Eine herkömmliche Definition<sup>3</sup> sieht das

---

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

<sup>2</sup> *Larenz/M. Wolf*, AT<sup>8</sup> (1997) § 15 Rn. 1 (S. 284).

<sup>3</sup> 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 I<sup>15</sup> (1959) § 72 (S. 428 f.) Fn. 1.