

# **Exposé zur Dissertation**

Vorläufiger Arbeitstitel

**„Die Leihe“**

Verfasserin

**Mag. iur. Clara Baumgartner**

01204841

Angestrebter akademischer Grad

**Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)**

Wien, Juni 2021

Studienkennzahl laut Studienblatt:

UA 783 101

Dissertationsgebiet laut Studienblatt:

Zivilrecht

Betreuerin:

Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud

## I. Inhaltliche Beschreibung des Dissertationsvorhabens

§ 971 ABGB definiert die Leihe wie folgt: *Wenn jemanden eine unverbrauchbare Sache bloß zum unentgeltlichen Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben wird; so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man jemanden eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag.* Der Vertrag über die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer unverbrauchbaren Sache auf eine bestimmte Zeit ist gem § 971 ABGB also nur dann ein Leihvertrag, wenn die Sache übergeben wird. Die Leihe ist damit nach dem ABGB ein sog Realvertrag<sup>1</sup>. Sie lässt sich durch ihre Unentgeltlichkeit vom Bestandvertrag<sup>2</sup> abgrenzen, durch das Gebrauchsrecht vom Verwahrungsvertrag<sup>3</sup> und durch den Verbleib der Eigentümereigenschaft beim Verleiher vom Darlehensvertrag<sup>4</sup>.

Bereits im klassischen römischen Recht war die Leihe als *commodatum*<sup>5</sup> bekannt. Das ABGB widmet der Leihe die §§ 971 – 982. Diese wurden bis dato nicht novelliert und entsprechen der Stammfassung<sup>6</sup>. Trotz ihres langen Bestehens existiert aber bisher keine monografische Untersuchung der Leihe und ihrer Rechtsprobleme im österreichischen Recht. Diese Lücke soll durch die angestrebte Dissertationsarbeit geschlossen werden. Vorrangiges Ziel ist daher die systematische Erfassung und Herausarbeitung der dogmatischen Grundlagen der Leihe, um auf Basis der gewonnenen Ergebnisse auch anwendungsorientierte Lösungen für die Praxis zu finden.

---

<sup>1</sup> Allg siehe *Schubert in Rummel*<sup>3</sup> § 971 ABGB ff; *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 971 ff; *Parapatits in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 971 ff; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 903 f; *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT<sup>6</sup> 97 ff; *Karner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 971 ff; *Griss/Weixelbraun-Mohr* in KBB<sup>6</sup>, 1217 ff.

<sup>2</sup> § 1090 ABGB; *Pesek in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1090 Rz 32 ff; *Lovrek in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1090 Rz 16 ff; RIS-Justiz RS0025348; RIS-Justiz RS0019086.

<sup>3</sup> *Karner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 971 Rz 2; 2 Ob 309/57 EvBl 1957/398.

<sup>4</sup> *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 971 Rz 1; *Karner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 971 Rz 2.

<sup>5</sup> *Hausmaninger*, Römisches Privatrecht<sup>9</sup> 216 ff, *Kaser/Knützel/Lohsse*, Römisches Privatrecht<sup>22</sup> 292.

<sup>6</sup> JGS 1811/946.

## II. Ausgewählte Forschungsfragen

### A. Klare Abgrenzung

In einem ersten Schritt soll die Leihe iSd § 971 ABGB von verwandten und/oder ähnlichen Vertragstypen oder Phänomenen abgegrenzt und die Unterschiede und Gemeinsamkeiten herausgearbeitet werden:

Die entgeltliche Gebrauchsüberlassung auf eine bestimmte Zeit nennt das Gesetz Bestandvertrag<sup>7</sup>, wobei das ABGB zwischen Miete und Pacht unterscheidet (§ 1091). Das MRG, welches auf Mieten von Wohnungen und Geschäftsräumen Anwendung findet<sup>8</sup>, sieht besondere Regelungen für Erhaltungskosten und Kündigungsschutz vor<sup>9</sup>. Gerade aufgrund dieser zwingenden Schutzbestimmungen des MRG ist zu klären, wann eine Leihe zur Miete wird<sup>10</sup>, bei welchen Vereinbarungen von Leistungspflichten also noch keine Entgeltlichkeit vorliegt. Vor diesem Hintergrund sind die im Gesetz nicht erwähnten ordentlichen Erhaltungskosten und ihr eventueller Entgeltcharakter genauer zu behandeln. Unter anderem soll die von *Ladner*<sup>11</sup> aufgeworfene Frage beurteilt werden, ob es auch anteilige Kosten der ordentlichen Erhaltung an allgemeinen Teilen der Liegenschaft gibt, die nicht als Entgelt zu betrachten sind und deren Übernahme durch den Entlehner somit noch kein Bestandverhältnis begründen würden.

Wenngleich etwa das OLG Innsbruck die kostenlose Überlassung eines PKWs zu Werbezwecken als unentgeltlichen Leihvertrag einstuft<sup>12</sup>, scheint mE die Überlegung, ob man

---

<sup>7</sup> Unterscheidungsmerkmal zur Leihe ist die Entgeltlichkeit, wobei bspw ein bloßer Anerkennungszins ebenso wenig schadet (vgl *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 905; *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT<sup>6</sup> Rz 7/1; RIS-Justiz RS0020541; RIS-Justiz RS0019053) wie die Übernahme von Kosten, die von ihrer Natur nach aus dem Gebrauch resultieren (RS0020551; vgl *Prader*, Abgrenzung von Leihe und Miete, immolex 2009/31, 82), sowie die Absicht der Parteien (vgl *Riss/Garai*, Zur Abgrenzung von Leihe und Miete (Anerkennungszins), wobl 2009/22, 129 – 132).

<sup>8</sup> Vgl Anwendungsbereich in § 1 MRG.

<sup>9</sup> Siehe §§ 3 f und 30 f MRG.

<sup>10</sup> *Parapatits* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 971 Rz 13; RIS-Justiz RS0016001.

<sup>11</sup> *Ladner*, Die Abgrenzung zwischen Leihe und Miete, immolex 2015, 298.

<sup>12</sup> OLG Innsbruck 2.12.1992, 3 R 308/92 ZVR 1994/28; *Binder* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 971 Rz 24; *Ertl* in *Klang*<sup>3</sup> § 971 Rz 19 Fn 64, wonach Unentgeltlichkeit nicht zwangsweise Uneigennützigkeit bedeuten muss.

diese Bewerbung aufgrund ihres wirtschaftlichen Wertes doch als Entgelt verstehen sollte, sinnvoll<sup>13</sup>.

Aufgrund der Vertragsfreiheit im österreichischen Schuldrecht stellt sich überdies die Frage nach einer gemischten Leihe<sup>14</sup>. Von Teilen der Lehre wird ins Treffen geführt, dass Leihe und Bestandvertrag nach zu unterschiedlichen Regeln zu behandeln wären<sup>15</sup>. Die Zusammensetzung gestaltet sich gerade durch die Unterscheidung hinsichtlich der (Un-)Entgeltlichkeit als schwierig.<sup>16</sup> Von der Rsp wurden jedoch bereits Verträge mit Elementen der Leihe den sog Innominatverträgen zugeordnet, also Verträgen, die das Gesetz als Typus nicht kennt<sup>17</sup>. Dies betrifft ua Musik- oder Spielautomaten-Aufstellungsverträge<sup>18</sup>, Gestattungsverträge<sup>19</sup> sowie das sog „entgeltlichen Prekarium“<sup>20</sup>. Die Einordnung und vor allem deren Rechtsfolgen erfordern eine genauere Untersuchung. Inwieweit die Kombinationstheorie<sup>21</sup> hier anwendbar ist, gilt es zu überprüfen.

*Bloße Gefälligkeiten, bei denen an eine vertragliche Bindung nicht gedacht wird, begründen kein Vertragsverhältnis*<sup>22</sup>. Das Verhältnis der Leihe/Bittleihe zu

---

<sup>13</sup> Vgl 3 Ob 601/79 MietSlg 31.159: Leistung ist nur dann Entgelt, wenn sie aus rechtlicher Verpflichtung für die Überlassung des Objekts stammt; nicht jedoch, wenn es im Belieben des Gebrauchsberechtigten steht, die Leistungen zu erbringen; Was aber, wenn – im Hinblick auf 3 R 308/92 ZVR 1994/28 - das Umherfahren mit dem PKW und damit die Werbung für den Entlehner aufgrund des Zweckes der Leihe gar nicht optional ist?

<sup>14</sup> Rummel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 859 Rz 35; gemischte Leihe verneinend Parapatits in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 971 Rz 13; aA H. Böhm, Rechtsprobleme des studentischen Wohnens, ÖJZ 1983, 57 (64).

<sup>15</sup> Binder in Schwimann<sup>3</sup> § 971 Rz 22.

<sup>16</sup> Rummel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 859 Rz 35.

<sup>17</sup> Vgl Rummel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 859 Rz 29; zur Abgrenzung: RIS-Justiz RS0025348.

<sup>18</sup> Verträge über die Aufstellung von Automaten in Kaffeehäusern mit wechselseitigen Verpflichtungen hinsichtlich Betrieb bzw Kostenübernahme, die keine eindeutige Einordnung in einen gesetzlichen Vertragstyp zuließen, siehe Ertl in Klang<sup>3</sup> § 971 Rz 19; 6 Ob 204/58 SZ 31/116; OGH 7 Ob 596/57 SZ 31/7; 6 Ob 831/82 SZ 31/116; Binder in Schwimann<sup>3</sup> § 971 Rz 32; Schubert in Rummel<sup>3</sup> § 971 Rz 5.

<sup>19</sup> Über die Gestattung der Aufstellung von Warenständern auf öffentlichem Gut, vgl 6 Ob 191/05i.

<sup>20</sup> Binder in Schwimann<sup>3</sup> § 974 Rz 32, LGZ Wien EvBl 1949/120; OGH 2 Ob 512/37 SZ 19/238; auch bei der prekaristischen Überlassung könne ein Benützungsentgelt bezahlt werden ohne dass ein Bestandvertrag vorliege.

<sup>21</sup> Vgl Gschnitzer in Klang IV/1<sup>2</sup>, 18 f; Rummel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 859 Rz 33; Welser/Zöchling-Jud Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 57.

<sup>22</sup> Schubert in Rummel<sup>3</sup> § 971 Rz 1; zum Begriff Gefälligkeitsverhältnis siehe Kolbitsch, Die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis (2020) 9 ff.

Gefälligkeitsverhältnissen<sup>23</sup> soll ebenfalls einen Teil des Kapitels über Abgrenzungsfragen ausmachen, insbesondere die Frage nach einer möglichen analogen Anwendung der Vorschriften über den Leihvertrag auf diese<sup>24</sup>.

## B. Bittleihe

Ein Schwerpunkt der Arbeit soll auch darauf gelegt werden, wann eine Bittleihe vorliegt, welche Besonderheiten sich daraus ergeben und wie diese rechtlich zu qualifizieren ist. All dies ist nach aktuellem Stand der Lehre und Rsp nicht eindeutig:

Eine Bittleihe – oder *Prekarium* – wird zwar nach der Lehre<sup>25</sup> sowie nach der Judikatur<sup>26</sup> dann angenommen, wenn die Kriterien der unbestimmten Zeitspanne und der freien (jederzeitigen) Widerruflichkeit erfüllt sind<sup>27</sup>. § 974 ABGB sagt aber nichts von der (vorausgesetzten) Vereinbarung des jederzeitigen Widerrufs. Vielmehr ist die Widerrufsmöglichkeit offenbar nur eine Folge, lautet § 974 ABGB doch wie folgt: *Hat man weder die Dauer, noch die Absicht des Gebrauches bestimmt; so entsteht [...] ein unverbindliches Bittleihen (Precarium), und der Verleiher kann die entlehnte Sache nach Willkühr zurückfordern.* Daher ist zu klären, ob das Kriterium, das eine Leihe zur Bittleihe macht, tatsächlich die Vereinbarung eines jederzeitigen Widerrufsrechts ist. Ob das Vorliegen

---

<sup>23</sup> Vgl. *Schubert in Rummel*<sup>3</sup> § 971 Rz 1; *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 971 Rz 5; *Parapatits in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 971 Rz 2; *Karner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 971 Rz 1; 2 Ob 153/98 h JBl 1999, 47; 7 Ob 233/03w SZ 2003/155.

<sup>24</sup> Vgl. *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 974 Rz 2 Fn 3 (OGH 1 Ob 682/55 JBl 1956, 340 anführend) sieht Verschiedenbehandlung von vertraglicher Leihe und bloßer Gefälligkeit ohne Rechtsfolgewillen nicht gerechtfertigt; vgl. *Johannsen in Bruck/Moeller*<sup>8</sup>, IV G 194; gegen eine Gleichbehandlung 7 Ob 233/03w SZ 2003/155 = *ecolex* 2005, 425 (abl. *Ertl*) im Hinblick auf die Anwendung der Ausschlussklausel des Art 7.10.1. AHVB; vgl. *Voit/Knappmann in Prössl/Martin*<sup>27</sup> Rz 40 zu § 4 AHB.

<sup>25</sup> *Cerha*, Zur Vertragsgestaltung beim Prekarium, *immolex* 2015, 302.

<sup>26</sup> RIS-Justiz RS0020524.

<sup>27</sup> *Schubert in Rummel*<sup>3</sup> § 974 Rz 1; *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 974 Rz 8; *Parapatits in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 974 Rz 1 ff; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 907; *Karner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 974 Rz 6; RIS-Justiz RS0019212; RIS-Justiz RS0019221; RIS-Justiz RS0020524.

einer Kündigungsfrist einer Bittleihe tatsächlich entgegensteht<sup>28</sup>, soll hier aber ebenso thematisiert werden wie die Frage nach einem nur teilweisen Widerruf<sup>29</sup>.

Die Unklarheitenregel nach § 975 ABGB besagt, dass *bey einem Streite über die Dauer des Gebrauches [...] der Entlehner das Recht auf den längern Gebrauch beweisen [muss]*. Die Lehre geht davon aus, dass diese mildere Belastung des Verleihers ebenso auf die Abgrenzung zwischen Leihe und Bittleihe anzuwenden ist<sup>30</sup>. *Binder* und *Ertl* nehmen dies auch für die Art des Gebrauches oder der Auswahl des Leihobjektes an<sup>31</sup>. Diese Ansicht ist va im Hinblick auf den Wortlaut und Zweck der Bestimmung näher zu untersuchen<sup>32</sup>.

### C. Vorvertrag und Konsensualvertrag

Die hA geht aufgrund des Wortlauts des § 971 S 2 ABGB davon aus, dass es sich bei der Leihe um einen Realvertrag handelt – also zur Wirksamkeit die Übergabe der geliehenen Sache notwendig ist –, da das bloße Versprechen nur einen Vorvertrag (§ 936 ABGB) darstellen kann<sup>33</sup>. *Böhm* hingegen vertritt die Möglichkeit eines Leih-Konsensualvertrages<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> *Gschnitzer*, JherJB 76 (1926) 317 (354 f) für eine angemessene Frist bei Rückgabe und Rückforderung, sich auf Treu und Glauben berufend; *Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis (1982) 257, freie Widerruflichkeit als ordentliche Kündigung verstehend; *Karner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 974 Rz 7 für Einräumung einer angemessenen Frist zur Rückgabe.

<sup>29</sup> *Ertl* in *Klang*<sup>3</sup> § 974 Rz 11, dies führe zu einem abgeänderten Vertrag, der in vielen Fällen dem Gebrauchsinteresse des Prekaristen entgegenstehen dürfte.

<sup>30</sup> *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 975 Rz 2; *Griss/Weixelbraun-Mohr* in *KBB*<sup>5</sup> § 975 Rz 2; *Karner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 975.

<sup>31</sup> Siehe *Ertl* in *Klang*<sup>3</sup> § 975 Rz 2, verweisend auf *Binder* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 975 Rz 1; vgl *Ehrenzweig* System II/1<sup>2</sup> (1928) 395 spricht nur von Dauer und Zweck der Leihe.

<sup>32</sup> Vgl auch *Ofner*, Ur-Entwurf II. 38, 39 § 90: Hier wird der Fall geschildert, in dem der Besitzer eine Schenkung der Sache vorgibt, der Eigentümer allerdings einwendet, es würde sich nur um eine Leihe handeln.

<sup>33</sup> *Ertl* in *Klang*<sup>3</sup> § 971 Rz 1; *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 971 Rz 2, 11; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 904; *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT<sup>6</sup> Rz 7/1; *Karner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 971 Rz 1; OGH 1 Ob 831/82 SZ 56/12.

<sup>34</sup> *H. Böhm*, Rechtsprobleme studentischen Wohnens, ÖJZ 1983, 57 (63); Dabei biete sich vor allem ein Vergleich mit Lehre und Rechtsprechung aus Deutschland an, vgl § 598 BGB; *Häublein*, MüKoBGB<sup>8</sup> § 598 Rz 1, aufgrund der Vertragsfreiheit hM für Konsensualvertragstheorie, nach der sowohl Handleihe als auch Versprechensleihe möglich ist.

Ziel des vorliegenden Dissertationsvorhaben ist daher auch zu untersuchen, ob es einen Leih-Konsensualvertrag gibt und/oder ob und inwieweit Verleiher und Entlehner bei einem Leih-Vorvertrag verpflichtet und gebunden sind<sup>35</sup>.

#### **D. Form**

Ein weiteres Kapitel soll die Frage nach Formvorschriften für die Leihe einnehmen. Als Realvertrag ist die Leihe zwar grundsätzlich keinen Formvorschriften außer der Übergabe unterworfen. Doch stellt sich dennoch die Frage, ob bestimmte Formvorschriften durchgreifen und daher ein Leih-Vorvertrag oder Leih-Konsensualvertrag formbedürftig wird.

Durch eine Novelle in jüngerer Zeit wurde § 984 Abs 2 ABGB geändert, sodass ein unentgeltliches Darlehen nur dann ohne Übergabe wirksam ist, wenn dieses schriftlich geschlossen wurde<sup>36</sup>. Damit kann überlegt werden, ob in der Formfreiheit bei der Leihe eine nachträgliche Lücke entstanden ist.

#### **E. Beendigung**

Einen weiteren Schwerpunkt der Arbeit soll die Beendigung der Leihe bilden. Gem § 978 ABGB ist der Verleiher grundsätzlich berechtigt, die Sache zurückzufordern, wenn der *Entlehner die geliehene Sache anders gebraucht, als es bedungen war, oder den Gebrauch derselben eigenmächtig einem Dritten gestattet*. Wenn jedoch die Sache bloß *vor Verlauf der Zeit und vor geendigtem Gebrauche dem Verleiher selbst unentbehrlich wird*, darf er die Sache ohne vorherige Abrede hierüber nicht vorzeitig zurückfordern<sup>37</sup>. In diesem Zusammenhang soll

---

<sup>35</sup> H. Böhm, ÖJZ 1983, 57 (63); Parapatits in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 971 Rz 11; Reischauer in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 936 Rz 55; für eine unmittelbare obligatorische Verpflichtung kraft Privatautonomie Karner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 971 Rz 1; eine bloße Verpflichtung zum Abschluss annehmend: *Gschnitzer* in *Klang IV/1*<sup>2</sup>, 573; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> Rz 454 mit Verweis auf RIS-Justiz RS0019079.

<sup>36</sup> Diese Formpflicht resultierte aus der Abschaffung der Realvertragskonstruktion des Darlehensvertrages, siehe *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 984 Rz 6 ff, weshalb diese Fragestellung eng mit der Forschungsfrage unter C zur Realvertragsqualität zusammenhängt.

<sup>37</sup> § 976 ABGB; allg *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 914; für eine teleologische Reduktion des § 976 in Fällen von Unvorhersehbarkeit des Eigenbedarfs *Fenyves*, Erbenhaftung 258; auch laut *Karner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 976 Rz 1 biete sich hier eine rechtsvergleichende Betrachtung va im Hinblick auf § 605 Z 1 dBGB und § 309 (2) schwOR an, welche eine vorzeitige Rückforderung zumindest bei Unvorhersehbarkeit erlauben. Vor allem da § 30 Abs 2 Z 8 und 9 MRG Eigenbedarf trotz Entgeltlichkeit als Kündigungsgrund vorsehen, stehe § 976 in einem Spannungsverhältnis zu den allgemeinen Regeln; statt auf eine teleologische Reduktion verweisen manche jedoch auf die Möglichkeit einer Resolutivbedingung, siehe *Binder* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 976 Rz 1.

einerseits der Wegfall der Geschäftsgrundlage<sup>38</sup> und andererseits die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit des Leihvertrages aufgrund seiner Beschaffenheit als Dauerschuldverhältnis untersucht werden<sup>39</sup>.

In diesem Kapitel soll ebenso untersucht werden, ob eine Leihe wegen groben Undanks nach § 948 ABGB widerrufen werden kann und/oder hier eine Lücke besteht<sup>40</sup>.

Geklärt werden soll auch, welche Auswirkungen der Tod des Entlehners oder Verleihers auf die Wirksamkeit des Vertrages hat oder haben kann<sup>41</sup>.

## **F. Petitorischer Schutz**

Es ist nach wie vor strittig, inwiefern dem Entlehner petitorischer Schutz zusteht<sup>42</sup>. Gem § 972 ABGB erwirbt er *das Recht, den ordentlichen oder näher bestimmten Gebrauch von der Sache zu machen*. Ob der petitorische Schutz nur gegenüber dem Verleiher<sup>43</sup> oder auch gegenüber Dritten<sup>44</sup> besteht sowie inwieweit eine Unterscheidung aufgrund der (Un-)Beweglichkeit der Sache zu machen ist<sup>45</sup>, soll daher grundlegend untersucht werden.

---

<sup>38</sup> Vgl *Kletečka/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>15</sup> Rz 510 ff; *Doralt*, Wegfall der Geschäftsgrundlage, JBl 2020, 491.

<sup>39</sup> Vgl *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 973 Rz 6; *Parapatits in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 973 Rz 3; *Karner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 973 Rz 3; OGH 6 Ob 695/80 MietSlg 32.125.

<sup>40</sup> Siehe *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 971 Rz 18 zur Dauerleihe von Kunstgegenständen.

<sup>41</sup> Siehe dazu *Fenyves*, Erbenhaftung 328; *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 976 Rz 2; *Parapatits in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 976 Rz 5; *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT<sup>6</sup> Rz 7/9.

<sup>42</sup> *Riedler*, Reformbedarf bei Schenkungs-, Verwahrungs-, Leih- und Darlehensvertrag? ÖJZ 2008/65, 624 (627); *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 972 Rz 4; *Griss/Weixelbraun-Mohr in KBB*<sup>6</sup> § 972 Rz 2.

<sup>43</sup> Laut *Binder in Schwimann*<sup>3</sup> § 972 Rz 7 wäre eine Ausdehnung auf Dritte problematisch; *Ertl in Klang*<sup>3</sup> § 973 Rz 5, Die Unterscheidung zwischen Miete und Leihe betreffe Dritte nicht und eine Ungleichbehandlung sei nicht zweckmäßig.

<sup>44</sup> *Schubert in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 972 Rz 2, befürwortet Erstreckung des Schutzes in Analogie zu § 372 mit Verweis auf *Apathy*, Die publizianische Klage 76; ebenso *Karner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 972 Rz 3; *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT<sup>6</sup> Rz 7/6; *F. Bydlinski*, wobl 1993, 1; gegen die Anwendung von §§ 372 ff *Spielbüchler in Rummel*<sup>3</sup> I § 372 Rz 5 in Bezug auf Streit zwischen mehreren (voll berechtigten) Bestandnehmern.

<sup>45</sup> Vgl *Stanzl in Klang*<sup>2</sup> IV/1, 681 mit Verweis auf OGH 1 Ob 340/52 SZ 25/124; *ders.*, Der Schutz des Mieters gegen Dritte, ÖJZ 1952, 169.

### **III. Methodische Zugänge und aktueller Forschungsstand**

Wie bereits ausgeführt existiert bisher keine umfassende monografische Darstellung der Leihe und ihrer Rechtsprobleme. Die Behandlung diverser Fragen zu diesem Rechtsinstitut finden sich nur vereinzelt in einschlägigen Artikeln, beinahe ausschließlich in Kommentaren sowie Lehrbüchern zum Bürgerlichen Recht.

Zunächst soll für das vorliegende Dissertationsprojekt eine umfassende Literaturrecherche und Materialsammlung zu den einschlägigen Normen des ABGB erfolgen, anschließend die Interpretation der vorhandenen Gesetzesbestimmungen. Insofern ist anhand der wörtlichen, historischen, systematischen und teleologischen Interpretation der Normgehalt insbesondere der §§ 971 – 982 ABGB zu klären. Sollte sich ergeben, dass die gesetzlichen Bestimmungen planwidrig lückenhaft sind, ist zu untersuchen, ob und inwieweit auf diese eine Gesetzesanalogie und/oder Rechtsanalogie anzuwenden ist.

Insbesondere sollen auch verwandte Rechtsordnungen, namentlich das deutsche BGB und das schweizerische OR, mitberücksichtigt werden.

## **IV. Vorläufige Gliederung**

- I. Einleitung
- II. Allgemeines und Wissensstand
- III. Abgrenzungsfragen
  - A. Bestandvertrag
  - B. Die gemischte Leihe
  - C. Gefälligkeitsverhältnisse
- IV. Die Bittleihe
  - A. Freie Widerruflichkeit
    - 1. Angemessene Kündigungsfrist
    - 2. Teilweiser Widerruf
  - B. Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 975 ABGB
- V. Zur Realvertragsqualität der Leihe
  - A. Der Leih-Konsensualvertrag
  - B. Pflichten und Rechte aus dem Leih-Vorvertrag
- VI. Formvorschriften
  - A. Analoge Anwendung des § 984 (2) ABGB?
- VII. Beendigung
  - A. Wegfall der Geschäftsgrundlage
  - B. Außerordentliche Kündigung
  - C. Analoge Anwendung des § 948 ABGB?
  - D. Auswirkungen des Todes des Entlehners oder des Verleihers
- VIII. Petitorischer Schutz des Entlehners
- IX. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

## **V. Vorläufiger Zeitplan**

<b>SS 2021</b>	Verfassen des Kurzexposés und Recherchearbeit Lehrveranstaltung gem § 5 Abs 2 lit b
<b>WS 2021/22</b>	Verfassen der Dissertation SE Seminar aus Dissertationsfach gem § 5 Abs 2 lit c
<b>SS 2022</b>	Verfassen der Dissertation SE Seminar aus Dissertationsfach gem § 5 Abs 2 lit c
<b>WS 2022/23</b>	Verfassen der Dissertation SE Seminar aus Dissertationsfach gem § 5 Abs 2 lit c
<b>SS 2023</b>	Verfassen der Dissertation
<b>WS 2023/24</b>	Verfassen der Dissertation
<b>SS 2024</b>	Verfassen der Dissertation Einreichen der Dissertation und Defensio

## VI. Vorläufiges Literaturverzeichnis

*Apathy, Peter*, Die publizianische Klage: das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers (1981)

*Böhm, Helmut*, Rechtsprobleme studentischen Wohnens, ÖJZ 1983, 57

*Bruck, Ernst und Möller, Hans*, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechtes. : Vierter Band, : Allgemeine Haftpflichtversicherung ([Abschnitte] 149-158a VVG) ohne Kraftverkehrsversicherung und andere Pflichtversicherungen, 8. Auflage (1970)

*Bydlinski, Franz*, Der negatorische Schutz des Mieters gegen Dritte und das Rechtssystem, wobl 1993/1, 1

*Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage (2011)

*Cerha, Matthias*, Zur Vertragsgestaltung beim Prekarium, immolex 2015, 302

*Doralt, Walter*, Wegfall der Geschäftsgrundlage, JBl 2020, 491

*Dullinger, Silvia*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage (2017)

*Ehrenzweig, Armin*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II, 1. Hälfte, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage (1928)

*Ellinger, Joseph Ritter von*, Handbuch des österreichischen allgemeinen Civil-Rechts, 7. Auflage (1877)

*Endemann, Friedrich*, Römisches Privatrecht (1925)

*Fenyves, Attila*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis. Zur Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen anlässlich des Todes einer Vertragspartei (1982)

*Fenyves, Attila, Kerschner, Ferdinand und Vonkilch, Andreas* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – 3. Auflage des von Heinrich Klang begründeten Kommentars, Teilband §§ 938 – 1001 (2013)

- Gschnitzer, Franz*, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 76 (1926) 317
- Gschnitzer, Franz*, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Schuldrecht Allgemeiner Teil (1965)
- Gschnitzer, Franz*, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz (1963)
- Hausmaninger, Herbert*, Römisches Privatrecht, 9. Auflage (2001)
- Hoening, Heinrich*, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, Erster Band: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen (1910)
- Iro, Gert* und *Riss, Olaf*, Sachenrecht, 7. Auflage (2019)
- Kaser, Max, Knütel, Rolf* und *Lohsse, Sebastian*, Römisches Privatrecht, 22. Auflage (2021)
- Kirchstetter, Ludwig Ritter von*, Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 5. Auflage (1894)
- Klang, Heinrich* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, IV. Band, 1. Teilband (1968)
- Kletečka, Andreas* und *Schauer, Martin* (Hrsg), ABGB-ON (seit 2010)
- Kolbitsch, Lena*, Die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis (2020)
- Kovanyi, Peter, Würth, Helmut* und *Zingher Madeleine*, Miet- und Wohnrecht Band I, 23. Auflage (2015)
- Koziol, Helmut, Bydlinski, Peter* und *Bollenberger, Raimund* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB, 6. Auflage (2020)
- Ladner, Klaus*, Die Abgrenzung zwischen Leihe und Miete, immolex 2015, 298

*Leenen, Detlef*, Typus und Rechtsfindung – Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB (1971)

Münchener Kommentar zum BGB, Band 5, 8. Auflage (2020)

*Nippel, Franz Xaver*, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie: mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses, Band VI, enthaltend die §§ 859 bis einschließlich 982 (1833)

*Ofner, Julius*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, II. Band (1889)

*Prader, Christian*, Abgrenzung von Leihe und Miete, immolex 2009/31, 82

*Prader, Christian*, Mietrechtsgesetz und ABGB-Mietrecht, 6. Auflage (2021)

*Prössl, Erich R. und Martin, Anton*, Versicherungsvertragsgesetz : Kommentar zu VVG und EGVVG sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen - unter Berücksichtigung des ÖVVG und österreichischer Rechtsprechung, 27. Auflage (2004)

*Rabl, Christian und Riedler, Andreas*, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Auflage (2017)

*Riedler, Andreas*, Reformbedarf bei Schenkungs-, Verwahrungs-, Leih- und Darlehensvertrag? (FN ) Studien zum Reformbedarf der §§ 938 bis 1001 ABGB aus Anlass des 200-jährigen Jubiläums des ABGB im Jahr 2011, ÖJZ 2008/65

*Riss und Garai, Peter*, Zur Abgrenzung von Leihe und Miete (Anerkennungszins), wobl 2009/22, 129 – 132

*Rummel, Peter* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, I. Band (2000)

*Rummel, Peter und Lukas, Meinhard* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage (2014)

*Schwimann, Michael* und *Kodek, Georg* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 4. Auflage (2014)

*Schwimann, Michael* und *Kodek, Georg* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 4. Auflage (2014)

*Schwimann, Michael* und *Neumayr, Matthias* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar, 5. Auflage (2020)

*Schwimann, Michael*, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 3. Auflage (2006)

*Stanzl, Gustav*, Der Schutz des Mieters gegen Dritte, ÖJZ 1952, 169

*Stubenrauch, Moriz von*, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band II, 8. Auflage (1903)

*Welser, Rudolf* und *Kletečka, Andreas*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I, 15. Auflage (2018)

*Welser, Rudolf* und *Zöchling-Jud, Brigitta*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, 14. Auflage (2015)

*Winiwarter, Joseph von*, Das persönliche Sachenrecht nach dem Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche, zweite Abtheilung, 2. Auflage (1844)

*Zeiller, Franz Edlen von*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Dritter Band, Erste Abteilung (1812)

*Zemen, Herbert*, Im Zweifel Darlehen oder Leihe statt Schenkung? JBl 1986, 205