



GERHARD THÜR

OPERA OMNIA<http://epub.oeaw.ac.at/gerhard-thuer>Nr. 7 (Entscheidungsbesprechung / *Sentence Review*, 1971)

**Entscheidungen. Zivilrecht: §§ 1052, 1440, 471, 521, 292
ABGB, § 391 Abs 3 ZPO, §§ 36, 37 ABGB, § 1 Z 8
DevisenG, § 3 dWährungsG 1948. OGH 20.10.1969**

Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV) 12, 1971, 32–45© MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (Wien) mit freundlicher
Genehmigung<http://www.manz.at/produkte/Zeitschriften/Fachzeitschriften-ueberblick.html?isbn=2078-1059-1>Schlagwörter: §§ 1052, 1440, 471 östABGB – Retentionsrecht – Darlehen –
Dienstbarkeit – Devisenrecht*Key Words: §§ 1052, 1440, 471 Austrian ABGB – right of retention – loan – servitude –
foreign currency regulations*gerhard.thuer@oeaw.ac.at<http://www.oeaw.ac.at/antike/index.php?id=292>Dieses Dokument darf ausschließlich für wissenschaftliche Zwecke genutzt werden (Lizenz CC BY-NC-ND),
gewerbliche Nutzung wird urheberrechtlich verfolgt.*This document is for scientific use only (license CC BY-NC-ND), commercial use of copyrighted material will be prosecuted.*

Entscheidungen

Zivilrecht:

§§ 1052, 1440, 471, 521, 292 ABGB, § 391 Abs 3 ZPO, §§ 36, 37 ABGB, § 1 Z 8 DevisenG, § 3 dWährungsG 1948.

1. Zur Frage der Zulässigkeit von dinglicher Zurückbehaltung und obligatorischer Leistungsverweigerung bei Rückabwicklung eines aus Darlehen und Dienstbarkeit der Wohnung zusammengesetzten Vertragsverhältnisses.
2. Die Erlassung eines Teilurteiles ist schon dann unzulässig, wenn die Gegenforderung mit der Klagsforderung gemeinsam aus einem einheitlichen Rechtsverhältnis oder einem einheitlichen unter gleichen rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilenden Lebenssachverhalt entspringt.
3. Zum im Kleinen Walsertal geltenden Währungs- und Devisenrecht. Genehmigungspflicht einer Wertsicherungsklausel durch eine deutsche Devisenstelle?

OGH 29. 10. 1969, 5 Ob 134, 135/69 (OLG Innsbruck 1 R 243/68, LG Feldkirch 1 Cg 112/66).

Die Klägerin begehrt die Rückzahlung eines der Beklagten gewährten und hinsichtlich des Kapitals auf der Liegenschaft der Beklagten pfandrechtlich sichergestellten Darlehens. In der Klage erklärte sich die Klägerin bereit, Zug um Zug gegen Bezahlung der geltend gemachten Forderung einer Löschungsquittung für dieses Pfandrecht auszustellen. Die Beklagte wendete mangelnde Fälligkeit ein. Es sei vereinbart worden, daß die Rückzahlung des Darlehens nur verlangt werden könne, wenn die Klägerin gleichzeitig eine Wohnung im Hause der Beklagten, an der ihr ein Wohnungsrecht eingeräumt worden sei, der Beklagten geräumt zurückstelle. Die Klägerin habe zwar den Dienstbarkeitsvertrag für Ende August 1966 aufgekündigt, sie sei auch ausgezogen, weigere sich aber, den Schlüssel zu dieser Wohnung der Beklagten herauszugeben. Außerdem sei der Darlehensvertrag nichtig, weil darin eine Wertsicherung des Kapitals vereinbart worden sei, die nach den maßgeblichen Bestimmungen des deutschen Währungsgesetzes nichtig sei. Der Vertrag sei auch deshalb sittenwidrig und nichtig, weil in dem der Beklagten angeblich gewährten Darlehen ein Betrag von 6.500 DM enthalten sei, den die Klägerin selbst für Investitionen in ihrer Wohnung aufgewendet habe. Diese Investitionen seien für die Beklagte wertlos. Keinesfalls unterliege dieser Teilbetrag der vereinbarten Aufwertung. Die Beklagte habe der Klägerin mehrmals vor dem 1. 9. 1966 die Rückzahlung eines Betrages von 30.000 DM in bar und hinsichtlich des noch strittigen Betrages eine Bankgarantie sowie die Garantie des Käufers ihrer Liegenschaft angeboten, die Klägerin habe jedoch dieses Angebot abgelehnt und sich geweigert, eine Löschungsquittung auszustellen. Im Jahr 1957 hätten die Parteien vereinbart, daß im Falle der Rückstellung der Wohnung der Klägerin nur jener Betrag zu bezahlen sei, der dem Wert der Wohnung im Zeitpunkt der Zurückstellung entspreche. Gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sei der Wert der Wohnung um mehr als die Hälfte gefallen und betrage höchstens 22.500 DM. Selbst wenn die vereinbarte Wertsicherung wirksam sei, sei die Aufwertung von der Klägerin unrichtig berechnet worden. Schließlich machte die Beklagte gegenüber der Klagsforderung aufrechnungsweise eine Gegenforderung von 27.325 DM aus dem Titel des Schadenersatzes wegen der Weigerung der Klägerin, die Wohnung mit 1. 9. 1966 zurückzustellen, geltend.

In seinem Urteil sprach das Erstgericht aus, daß die Klagsforderung mit dem geltend gemachten Betrag zurecht, die Gegenforderung nicht zurecht bestehe und daß die Beklagte schuldig sei, der Klägerin den Betrag von 41.659 DM samt 9 % Zinsen seit 1. 9. 1966 zu bezahlen. Es stellte fest: Die Klägerin bezahlte der Beklagten laut Kaufvertrag vom 24. 11. 1957 für die Überlassung einer Eigentumswohnung im Haus der Beklagten in Riezlern 28.000 DM. Da sich die Beklagte weigerte, diesen Vertrag zuzuhalten, kam es zwischen den Streitparteien darüber zu einem Rechtsstreit. In diesem vereinbarten die Parteien Ruhen des Verfahrens, nachdem über Vorschlag der Klägerin folgende Einigung zustande gekommen war:

Die Beklagte räumte der Klägerin gegen ein jährliches Entgelt von 1.350 DM an der strittigen Wohnung die Dienstbarkeit der Wohnung ein und unterfertigte eine Schuld- und Pfandbestellungsurkunde, wonach sie bestätigte, ein Darlehen von 34.500 DM erhalten zu haben. Bezüglich der Rückzahlung und Verzinsung dieses Darlehens wurde vereinbart, daß das Darlehen auf unbestimmte Zeit gewährt und von der Klägerin unter Einhaltung einer viermonatigen Kündigungsfrist aufgekündigt werden könne, jedoch nur unter gleichzeitiger Aufkündigung des Dienstbarkeitsrechtes der Wohnung. Eine Rückzahlung des Darlehens gegen den Willen der Klägerin sollte unzulässig sein. Das Darlehen sei mit 4 % zu verzinsen, die Zinsen werden jedoch für die Dauer des Wohnungsrechtes mit dem Dienstbarkeitsentgelt verrechnet. Im Verzugsfalle seien 9 % Verzugszinsen zu bezahlen. Zur Sicherstellung des Darlehens verpfändete die Beklagte ihre Liegenschaft. Kapital und Verzugszinsen sollten vereinbarungsgemäß wertgesichert zurückbezahlt werden. Als Wertmesser wurde der vom bayrischen statistischen Landesamt verlautbarte Preisindex für die gesamten Lebenshaltungskosten eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushaltes mit der Basiszahl des Durchschnittsindex für das Jahr 1958 vereinbart. Die Schuld- und Pfandbestellungsurkunde und der Dienstbarkeitsbestellungsvertrag wurde von den Streitparteien am 21. 5. und 4. 6. 1965 unterfertigt. Mit Schreiben vom 25. 4. 1966 kündigte die Klägerin den Darlehensbetrag zum 31. 8. 1966 auf und erklärte gleichzeitig den Dienstbarkeitsvertrag als aufgekündigt. In diesem Schreiben überließ die Klägerin der Beklagten die Berechnung des aufgewerteten Darlehenskapitals. Mit Schreiben vom 22. 6. 1966 versprach die Beklagte der Klägerin die pünktliche Rückzahlung. Mit Schreiben vom 24. 8. 1966 übermittelte der Klagsvertreter der Beklagten eine Auskunft der Landeshauptstadt München über die Indexsteigerung und forderte sie auf, den aufgekündigten Darlehensbetrag von 34.500 DM samt 22,2 % Werterhöhung zu bezahlen. Mit Schreiben vom 11. 1. 1967 teilte der Klagsvertreter der Beklagten mit, daß er der Klägerin empfohlen habe, die Schlüssel der Dienstbarkeitswohnung an die Beklagte zurückzustellen, obwohl sie hierzu nicht verpflichtet sei, weil die Beklagte auf das aufgekündigte und fällige Darlehen noch keine Zahlung geleistet habe. Darüber, ob und wann die Klägerin nach Klagsbringung die Wohnung der Beklagten tatsächlich zurückstellte, sind dem Urteil der ersten Instanz keine Feststellungen zu entnehmen. Die geltendgemachte Kapitalsforderung beruht auf folgender Berechnung der Klägerin:

Darlehensbetrag	DM 34.500.—
dazu 22,2 % aus 34.500 DM laut Wertsicherungsklausel	DM 7.659.—
zusammen	DM 42.159.—
abzüglich anerkannter Gegenforderung der Beklagten	DM 500.—
Rest	DM 41.659.—

Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil der ersten Instanz in seinem Ausspruch über den Bestand der Klagsforderung im Betrag von 41.659.— DM samt 9 % Zinsen seit 1. 9. 1966 und hinsichtlich des Leistungszuspruches von 14.334.— DM samt 9 % Zinsen seit 1. 9. 1966; im übrigen wurde das Urteil jedoch unter Rechtskraftvorbehalt aufgehoben und die Sache im Umfange der Aufhebung an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Das Erstgericht habe mit Recht die Gültigkeit der Wertsicherungsklausel bejaht. Nach österreichischem Recht bestehe kein Zweifel an der Rechtswirksamkeit dieser Vereinbarung. Deutsches Recht habe nicht zur Anwendung zu kommen, da die vorliegenden Anknüpfungspunkte nicht auf den Willen der Parteien hinweisen, ein anderes als österreichisches Recht anzuwenden. Allerdings liege der Ort des Vertragsabschlusses im Zollausschlußgebiet. Dort seien zwar die deutschen Zollgesetze, im übrigen aber österreichisches Recht, also auch die österreichischen Devisenvorschriften in Geltung. Nach § 1 Z 8 DevisenG gelte das Zollausschlußgebiet als Ausland, weshalb die devisa-rechtlichen Beschränkungen für den Verkehr mit ausländischen Zahlungsmitteln in diesem Gebiet nicht anzuwenden seien. Obwohl im Zollausschlußgebiet die Zahlungsmittel der DM-Währung de facto im Umlauf sind, sei mangels einer Ausnahmeregelung im Schillinggesetz doch auch hier der österreichische Schilling gesetzliches Zahlungsmittel. Das deutsche Währungsgesetz sei jedenfalls im Zollausschlußgebiet nie in Kraft getreten, es sei auch von den Parteien

nicht als verbindlich dem Rechtsgeschäft zugrundegelegt worden. Das Erstgericht habe schließlich zutreffend erkannt, daß die Klägerin die ihr angebotene Teilzahlung der Beklagten nicht habe annehmen müssen. Keinesfalls könne gesagt werden, daß die Annahme der Teilzahlung schikanös verweigert worden sei, weil die Beklagte nicht einmal behauptet habe, daß die Klägerin insofern ohne rechtliches Interesse bzw. in Schädigungsabsicht gehandelt habe. Es könne jedoch der Auffassung des Erstgerichtes nicht beigetreten werden, daß die vertraglichen Leistungen beider Parteien Zug um Zug zu erfüllen waren und daß die Klägerin deshalb, weil die Beklagte nicht rechtzeitig bezahlt habe, berechtigt gewesen sei, die Übergabe der Wohnung und deren Besichtigung durch die Beklagte zu verweigern. Allerdings habe nach dem Wortlaut der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde die Aufkündigung des Darlehens gleichzeitig mit der Aufkündigung des Dienstbarkeitsrechtes der Klägerin erfolgen müssen. Dies sei aber geschehen. Damit sei die Klägerin verpflichtet gewesen, am 31. 8. 1966 die Wohnung zu räumen und der Beklagten zu übergeben, und zwar unabhängig davon, ob die Beklagte das Darlehen zurückbezahle. Es sei weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart worden, daß die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug erbracht hätten werden müssen. Der Dienstbarkeits- und Darlehensvertrag seien zwar aus dem gleichen Anlaß abgeschlossen worden, es liege jedoch kein Anhaltspunkt für die Annahme vor, daß es sich hierbei um einen einheitlichen gemischten Vertrag handle. Nach dem Inhalt des Darlehensvertrages habe die Rückzahlung des Darlehens auch mit Zustimmung der Klägerin erfolgen können, ohne daß deshalb das Wohnungsrecht der Klägerin sein Ende gefunden hätte. In einem solchen Fall wäre bloß die Verrechnung des Dienstbarkeitsentgeltes mit den Darlehenszinsen nicht mehr möglich gewesen. Die Vereinbarung der Verzugszinsen gelte auch für die Darlehenszinsen, diesbezüglich sei ein Verzug aber nur denkbar, wenn keine Verrechnung mit dem Dienstbarkeitsentgelt erfolgen konnte. Ebenso hätte die Klägerin auf ihr Wohnungsrecht verzichten können, ohne daß deshalb eine Verpflichtung der Beklagten zur Rückzahlung des Darlehens entstanden wäre. Die Klägerin könne sich zur Begründung ihrer Weigerung, die Wohnung rechtzeitig zurückzustellen, nicht auf § 1052 ABGB berufen, da diese Vorschrift nur auf gegenseitige Verträge angewendet werden dürfe. Es sei schließlich nicht einmal behauptet worden, daß der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des Darlehens durch die schlechten Vermögensverhältnisse der Beklagten gefährdet gewesen sei. Ein schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht der Klägerin sei daher zu verneinen. Daß die Voraussetzungen für ein sachenrechtliches Zurückbehaltungsrecht der Dienstbarkeitswohnung gegeben waren, sei nicht einmal behauptet worden. Daher seien beide Parteien ab 1. 9. 1966 im Verzug gewesen. Daraus folge aber, daß die Beklagte neben dem Kapital die vereinbarten Verzugszinsen zu bezahlen, die Klägerin aber der Beklagten jenen Schaden zu ersetzen habe, den sie ihr durch die nicht rechtzeitige Erfüllung ihrer Verpflichtung verursachte. Da das Erstgericht hierüber keine Feststellungen getroffen habe, sei die Sache insoweit noch nicht spruchreif, als eine Gegenforderung geltend gemacht worden sei. Dagegen sei das Urteil der ersten Instanz im Auspruch über den Bestand der Klagsforderung und im Zuspruch des Differenzbetrages zwischen der Klagsforderung und der Gegenforderung zu bestätigen.

Die Entscheidung der zweiten Instanz wird von beiden Parteien angefochten.

Zum Rekurs der Klägerin:

Die Klägerin bekämpft lediglich die Auffassung des Berufungsgerichtes, daß zwischen dem Dienstbarkeitsvertrag und der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde kein solcher Zusammenhang bestehe, der auf das Vorliegen eines einheitlichen gemischten Vertrages hinweise. Tatsächlich liege ein solcher einheitlicher Vertrag vor, weshalb die Klägerin berechtigt gewesen sei, die Zurückstellung der Wohnung bis zur Bezahlung der Darlehensschuld zu verweigern.

Demgegenüber ist zu beachten: Das im § 1052 ABGB normierte Leistungsverweigerungsrecht ist nach Lehre und Rechtsprechung auf alle gegenseitigen (synallagmatischen) Verträge anzuwenden, bei denen nicht eine Vorleistung vereinbart oder eine Sonderregelung gesetzlich vorgesehen ist (vgl. *Wahle in Klang*² 68). Es muß also bei gegenseitigen Geschäften derjenige, der die Gegenleistung begehrt, seine Leistung erbracht haben oder wenigstens bereit sein, sie zu erbringen. Die gegenseitigen Geschäfte müssen nicht in einem Vertrag geregelt sein, es genügt vielmehr, wenn nach dem ausdrücklich oder stillschweigend

erklärten Vertragswillen ein solcher Zusammenhang zwischen den Verträgen besteht, daß die Zurückhaltung der Leistung aus dem einen Vertrag bei Nichterfüllung des anderen gerechtfertigt sein soll (vgl. *Wahle in Klang*² IV/2, 77; SZ 27/248). Gemäß § 1440 ABGB sind eigenmächtig oder listig entzogene, entlehnte, in Verwahrung oder Bestand genommene Stücke jedoch überhaupt kein Gegenstand der Zurückbehaltung. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob dieses Verbot der Zurückhaltung auch für den Wohnungsberechtigten gilt, der nach Erlöschen der Dienstbarkeit die Wohnung zurückzustellen verpflichtet ist, da im vorliegenden Fall, wie das Berufungsgericht richtig erkannte, ein solcher Zusammenhang der beiderseitigen Leistungen aus der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde und dem Dienstbarkeitsvertrag weder ausdrücklich vereinbart wurde noch auf Grund des von den Untergerichten festgestellten Sachverhaltes eine dahingehende stillschweigende Vereinbarung angenommen werden kann. Die Rekurswerberin beruft sich zu Unrecht auf den Inhalt des Vergleichsvorschlages ihres Vertreters, da dieser Vorschlag nicht zum Vertragsinhalt erhoben wurde. Insbesondere fehlt in den schließlich abgeschlossenen Verträgen die zunächst vorgesehene Bestimmung, daß das Darlehenskapital auch im Falle des Todes der Klägerin sofort zur Rückzahlung fällig sei. Die in der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde vereinbarte Beschränkung des Kündigungsrechtes der Klägerin bezüglich des Darlehens, nämlich daß diese nur bei gleichzeitiger Aufkündigung des Dienstbarkeitsrechtes erklärt werden dürfe, läßt noch nicht zweifelsfrei (§ 863 ABGB) erkennen, daß nach dem Willen der Parteien die Klägerin zur Zurückhaltung der Wohnung berechtigt sein sollte, wenn die Beklagte ihre Darlehenschuld nicht rechtzeitig erfülle. Im Gegenteil: Die vom Berufungsgericht aufgezeigte aus den Verträgen abgeleitete Möglichkeit des zeitlichen Auseinanderfallens der beiderseitigen Leistungen macht es deutlich, daß die beiden Verträge nicht als ein gegenseitiges Geschäft angesehen werden können. Damit hat die im Aufhebungsbeschluß des Berufungsgerichtes ONr. 11 zum Ausdruck gebrachte Auffassung, daß der Darlehens- und der Dienstbarkeitsvertrag ein einheitlicher Vertrag seien, und daß es sich bei der Klagsforderung und der Gegenforderung um Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis handelt, nichts zu tun. Aus § 471 ABGB kann die Klägerin keinesfalls ein Zurückbehaltungsrecht wegen des für ihre Wohnung, also zu deren Erhaltung, Verbesserung oder Erlangung gemachten Aufwandes ableiten, weil diese Vorschrift nur das Zurückbehaltungsrecht an körperlichen Sachen zum Gegenstand hat (vgl. *Klang in Klang*² II, 455), die Dienstbarkeit der Wohnung (§ 521 ABGB), aber keine körperliche Sache ist (vgl. § 292 ABGB und dazu *Klang in Klang*² II, 10).

Der Rekurs der Klägerin erweist sich damit als nicht begründet.

Zur Revision der Beklagten:

Wohl mit Recht wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht durch die Bestätigung des Ersturteils über den Bestand der Klagsforderung und hinsichtlich des Zuspuches eines Betrages von 14.334 DM samt Anhang ein Teilurteil erließ. Gemäß § 391 Abs 3 ZPO kann im Falle der Erhebung einer Gegenforderung, welche mit der in der Klage geltendgemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht, über den Klagsanspruch mit Teilurteil erkannt werden, wenn nur die Verhandlung über den Klagsanspruch zur Entscheidung reif ist. Ein Teilurteil über die Klagsforderung kommt also nur in Betracht, wenn der Beklagte nicht gegen diese im Prozeß eine konnexe und gleichartige Gegenforderung aufrechnet, für die der Rechtsweg zulässig und die inländische Gerichtsbarkeit gegeben ist (vgl. SZ 31/119; *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen III 578). Zweck der Erlassung eines Teilurteiles ist es, durch die endgültige Erledigung eines Teiles des Rechtsstreites das Verfahren zu konzentrieren und zu beschleunigen. Ob die prozessualen Voraussetzungen für die Erlassung des Teilurteiles gegeben sind, ist nach der Lage des Einzelfalles zu beurteilen. Ein Verstoß gegen diesen gesetzlichen Rahmen ist anfechtbar und in höherer Instanz überprüfbar (*Fasching*, III 570). Damit ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Gegenforderung und Klagsforderung gegeben ist, müssen beide Forderungen nicht notwendig aus einem einheitlichen Vertrag hergeleitet werden. Es genügt, wenn ihnen ein einheitliches Rechtsverhältnis (vgl. GH 1933, 6) oder ein einheitlicher unter gleichen rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilender Lebenssachverhalt zugrundeliegt (*Fasching*, III 583). Im Hinblick auf die diesfalls vereinbarte Koppelung des Darlehensvertrages mit dem Dienstbarkeitsvertrag beruht das vorliegende Rechtsverhältnis der Streitteile zwar nicht auf

einem einheitlichen Vertrag (siehe die vorstehenden Ausführungen zum Rekurs der Klägerin), es ist jedoch unter gleichen rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Die Erlassung eines Teilverurteils in bezug auf die Klagsforderung ist daher ausgeschlossen.

Abgesehen davon liegt das Schwergewicht der Revision in ihrer Rechtsrüge, diese ist auch begründet.

Die Behauptung der Revision, daß vor allem die Auffassung der Untergerichte bekämpft werde, es sei die vereinbarte Wertsicherung im vollen Umfang rechtsunwirksam, beruht offenbar auf einem Schreibfehler, da beide Untergerichte die gegenteilige Auffassung vertraten und diese von der Revision tatsächlich bekämpft wird.

Soweit die Beklagte in erster Instanz aus anderen Gründen als wegen der ihrer Meinung nach auf Grund der maßgeblichen deutschen Währungsgesetze rechtsunwirksamen Wertsicherungsklausel der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde eine Nichtigkeit des Vertrages geltend machte, hält sie diese Einwendungen in der Revision nicht mehr aufrecht.

Die Revision bestreitet die Berechtigung der Klagsforderung wegen der vermeintlichen Nichtigkeit der vereinbarten Wertsicherungsklausel nur insoweit, als die Aufwertung der Darlehenssumme geltend gemacht wird, also hinsichtlich eines Betrages von 7.159.— DM SA.

Nach den Feststellungen der Untergerichte wurde die Schuld- und Pfandbestellungsurkunde in Riezlern, Ortsgemeinde Mittelberg im Kleinen Walsertal, somit im Inland errichtet. Nach österreichischem Recht sind im Inland abgeschlossene Verträge in der Regel nach den österreichischen Gesetzen zu beurteilen. Es steht jedoch den Parteien frei, bei Abschluß des Vertrages auf ein anderes Recht Bedacht zu nehmen, soweit nicht zwingende Normen entgegenstehen (EvBl 1967/109). Falls eine solche ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung, daß ein anderes Recht auf die Beziehungen der Parteien anzuwenden sei, nicht bewiesen werden kann, sind im Inland abgeschlossene Verträge, durch die wechselseitige Rechte und Pflichten auferlegt werden, nach österreichischem Recht zu beurteilen. Dies gilt auch für den Fall, daß beide Parteien Ausländer sind. Nur solche Verträge, welche Ausländer in Österreich mit In- oder Ausländern abschließen und mit welchen sie diesen bloß Rechte und Vorteile gewähren, also bei unentgeltlichen Verträgen, ist nach § 35 ABGB entweder das österreichische oder das heimatliche Recht des Ausländers maßgebend, je nachdem ob das eine oder das andere die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes am meisten begünstigt (Walker, Verdroß, Satter in Klang²/I/1, 237). Der der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde zugrundeliegende Vertrag ist keineswegs als ein Vertrag der letztgenannten Art zu erkennen. Im vorliegenden Fall ist die Prüfung der Frage, ob beide Streitparteien, wie die Beklagte behauptet, deutsche Staatsbürger sind und ob sie bei Abschluß des Vertrages auf deutsches Recht Bedacht genommen haben — die Vereinbarung eines anderen ausländischen Rechtes wurde von keiner Seite behauptet — entbehrlich, weil die hier allenfalls maßgeblichen Vorschriften des deutschen Rechtes aus nachstehenden Erwägungen als inländisches Recht anzusehen sind und daher auf jeden Fall Anwendung zu finden haben:

Die Ortsgemeinde Mittelberg gehörte am 1. 1. 1938 zum Gebiete der Republik Österreich. Die während der Besetzung Österreichs durch das Deutsche Reich verfügte Änderung in der Grenzziehung zwischen Österreich und dem Deutschen Reich (Bayern) in Ansehung der Gemeinde Mittelberg verloren mit dem Wiedererstehen Österreichs ihre Wirksamkeit, seither gehört dieses Gebiet wieder zum Bundesland Vorarlberg (FN 2 zu Art 3 B-VG in MGA Band 1, 65). Mit BG 21. 6. 1950, BGBl 129, wurden mit dem Ablauf des 29. 8. 1950 jene Rechtsvorschriften, die bis dahin für die Gemeinde Mittelberg in Geltung standen (Kundm GBlÖ 1939/700) außer Kraft gesetzt. Gleichzeitig wurde das im Bundesland Vorarlberg bisher in Anwendung gestandene Recht auch für das Gebiet der Gemeinde Mittelberg in Wirksamkeit gesetzt. Gemäß § 2 Abs 2 des BG 21. 6. 1950, BGBl 129, wurden durch die Wiedereinführung der österreichischen Vorschriften die zwischenstaatlichen Vereinbarungen nicht berührt. Durch den Vertrag zwischen Österreich-Ungarn und dem Deutschen Reich vom 2. 12. 1890, RGBl 1891/41 war die Gemeinde Mittelberg „unbeschadet der landesherrlichen Hoheitsrechte seiner kaiserlichen und königlichen apostolischen Majestät“ in das Zollsystem des Deutschen Reiches angeschlossen worden, „wie dasselbe gegenwärtig besteht oder sich in Zukunft gestalten möchte“. Gleichzeitig mit diesem Zollanschluß sollte in diesem Gebietsteil bezüglich der Besteuerung gewisser Waren Übereinstimmung mit den im deutschen Zoll-

gebiet geltenden Bestimmungen eintreten. Hierzu diente im einzelnen das Übereinkommen RGBl 1891/42. Im Schlußprotokoll des zuerst genannten Vertrages wird das Einverständnis der Vertragsteile darüber festgestellt, daß in der Gemeinde Mittelberg auch die für das Deutsche Reich geltenden Bestimmungen über Ein-, Aus- und Durchfuhrverbote, und zwar sowohl diejenigen, welche aus der Zollgesetzgebung als auch diejenigen, welche auf sanitäts- oder veterinärpolizeilichen Bestimmungen beruhen, ebenso wie in Bayern zur Anwendung zu bringen sind. Nach Art 8 des Vertrages erfolgt die Erhebung und Verwaltung der Zölle und der vorbezeichneten Steuern sowie allfälliger weiterer zur Einführung gelangter Verbrauchssteuern im Gebiet der Ortsgemeinde Mittelberg durch bayrische Zoll- und Steuerbehörden. Die Abgaben sind in deutscher Währung zu entrichten. Die Beitreibung erfolgt auf Ersuchen durch österreichische Behörden. Nach P III Z 2 des Schlußprotokolls werden die Anordnungen der bayrischen Zoll- und Steuerverwaltung auf Ersuchen durch die zuständigen österreichischen Behörden zur Veröffentlichung gebracht.

Nach § 2 Abs 2 SchillingG StGBI 1945/231 idF BGBl 1946/108 1947/25 sind vom 21. 12. 1945 angefangen in der Republik Österreich die von der Österreichischen Nationalbank auszugebenden auf Schilling lautenden Banknoten gesetzliches Zahlungsmittel. Weder dieses Gesetz noch das Notenbank-ÜberleitungG, StGBI 1945/45 idF BGBl 1946/122, oder das NationalbankG 1955 BGBl 184 bzw das WährungsschutzG BGBl 1947/250 kennen Ausnahmebestimmungen für das Gebiet der Gemeinde Mittelberg. Es ist also davon auszugehen, daß auch in diesem Gebiet der österreichische Schilling gesetzliches Zahlungsmittel ist.

Allerdings wird im § 1 Z 8 des DevisenG 1946 idF BGBl 1955/87 der Begriff Ausland für den Bereich dieses Gesetzes dahin definiert, daß die durch Staatsverträge oder Übereinkommen einem ausländischen Zollgebiet angegliederten Zollausschlüsse als Ausland gelten.

Daraus ergibt sich, daß auf das vorliegende Rechtsverhältnis zwar österreichisches Recht Anwendung zu finden hat, daß aber mit Rücksicht auf den Anschluß des Gebietes der Gemeinde Mittelberg an das deutsche Zollsystem hier nicht die österreichischen Zollvorschriften, sondern jene der Bundesrepublik Deutschland, jedoch als inländisches Recht maßgebend sind. In gleicher Weise sind auch die Vorschriften des deutschen Devisenrechtes hier als inländisches Recht anzuwenden. Im Gebiet der Gemeinde Mittelberg sind daher nicht bloß die Zahlungsmittel der DM-Währung de facto im Umlauf, sondern es gehört diese Gemeinde auch zum deutschen Zoll- und Devisengebiet (FN 1 zu § 1 Z 8 DevisenG, MGA Band 36 a 343). Als eine in Mittelberg wie inländisches Recht anzuwendende Vorschrift des deutschen Devisenrechtes ist die Bestimmung des § 3 dWährungsG vom 20. 6. 1948, Beil 5, 1 zum Gesetz- und Verordnungsblatt des vereinigten Wirtschaftsgebietes anzusehen, wonach (Gold-) Schulden, deren Betrag (in DM) durch den Preis oder eine Menge von Feingold oder von anderen Gütern und Leistungen (also auch durch Preisindizes) bestimmt werden, nur mit Genehmigung der für die Erteilung von Devisengenehmigungen zuständigen Stellen eingegangen werden dürfen. Die Frage, wie diese Vorschrift zu verstehen ist und welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen § 3 des dWährungsG hat, ist nach der (deutschen) Rechtslehre und der Judikatur des Deutschen Bundesgerichtshofes dahin zu beantworten, daß § 3 dWährungsG ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt enthält, dh also, daß ein Verstoß gegen diese Vorschrift nicht von allem Anfang an die Nichtigkeit der Vereinbarung, allenfalls nur der Klausel, sondern nur deren schwebende Unwirksamkeit bis zur Erteilung der erforderlichen Genehmigung zur Folge hat (Werner Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁵ 116, und die dort in FN 3 a und 4 angeführte weitere Literatur und Rechtsprechung). Es bestehen keine Bedenken, § 3 dWährungsG auch für den österreichischen Rechtsbereich, also so weit diese Vorschrift als inländisches Recht anzuwenden ist, im gleichen Sinn zu beurteilen. Ebenso sind die von der deutschen Rechtslehre und Judikatur im Zusammenhalt mit der auf den Richtlinien der Deutschen Bundesbank (Mitteilung 1009/58 vom 12. 12. 1958 — s Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁵ 147) beruhenden Praxis der für die Genehmigung zuständigen Landeszentralbank entwickelten Grundsätze für die Frage maßgebend, in welchen Fällen die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel der devisenrechtlichen Genehmigung bedarf und welche Folgen das Fehlen dieser Genehmigung für die Verbindlichkeit der übrigen Vereinbarung hat. Danach ist aber die Eingehung einer Geldschuld in DM, deren Betrag unmittelbar und zwangsläufig abhängig sein soll, von einem künftigen Preis oder dem Wert

bestimmter Güter oder Leistungen, sofern diese Güter und Leistungen nicht gleichartig mit der Gegenleistung des Gläubigers sind oder sofern es sich nicht um bereits ihrem Wesen nach, also um von Natur aus und damit um zwangsläufig „wert“-abhängige Geldschulden handelt, genehmigungspflichtig (Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁵ 19). Da im vorliegenden Fall die Aufwertung der Darlehensschuld der Beklagten nach einem solchen Index erfolgen sollte, erscheint die diesbezügliche Vereinbarung der Streitteile jedenfalls im Sinn des § 3 dWährungsG genehmigungspflichtig. Daß im vorliegenden Fall die für die Genehmigung zuständige Landeszentralbank bereits entschieden habe, das zwischen den Parteien zustandgekommene Rechtsgeschäft falle nach ihrer Auffassung nicht unter § 3 dWährungsG und bedürfe daher keiner Genehmigung („Negativbescheinigung“; Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁵ 118) wurde nicht behauptet. Im übrigen ergibt sich aus der angeführten Mitteilung der Deutschen Bundesbank 1009/58, daß die Genehmigung zur Eingehung von kurs- oder sachwertabhängigen Zahlungsverpflichtungen in DM unter anderem dann nicht erteilt wird, wenn die Zahlungsverpflichtungen aus Darlehen bzw aus in Darlehen umgewandelten Schuldverhältnissen anderer Art stammen oder auch bei anderen Verträgen, wenn der geschuldete Betrag von der Entwicklung der Lebenshaltungskosten oder dem Durchschnittspreis mehrerer anderer Güter oder Leistungen (Preis-, Lohn- oder Kostenindex) abhängig sein soll.

Die Forderung der Klägerin könnte daher, soweit sie auf die vereinbarte Wertsicherungsklausel gestützt ist, mit Erfolg nur dann geltend gemacht werden, wenn bis zum Schluß der Verhandlung die erforderliche Genehmigung der zuständigen Landeszentralbank vorliegt und beigebracht wird. Welche Folgen das Fehlen dieser Genehmigung auf die Wirksamkeit der übrigen Vereinbarungen der Streitteile hat, bedarf diesfalls keiner Prüfung, weil die Beklagte, wie oben ausgeführt, wegen der „Nichtigkeit“ der vereinbarten Wertsicherungsklausel die Berechtigung der Klagsforderung nur mehr insoweit verneinte, als die Aufwertung der Darlehenssumme geltend gemacht wird.

Da aus den aufgezeigten Erwägungen über den Bestand der Klagsforderung und deren teilweisen Zuspruch ein Teilurteil nicht gefällt werden kann, war die Entscheidung des Berufungsgerichtes, soweit diese zu einer Bestätigung des Ersturteils gelangte, aufzuheben. In diesem Umfang war die Rechtssache an das Erstgericht zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen. Darüber hinaus wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren entsprechend dem Aufhebungsbeschluß des Berufungsgerichtes die Gegenforderung der Beklagten zu prüfen und sodann unter Bedachtnahme auf die hier dargestellte Rechtslage über den Bestand der beiderseitigen Forderungen und das Klagebegehren neuerlich abzusprechen haben.

* *
*

Der entschiedene Sachverhalt ist wegen seiner über ein österreichisches Zoll-ausschlußgebiet gegebenen Beziehung auf ausländisches Recht nicht alltäglich. Von besonderem Interesse sind zwei Fragen: War die nach einem Lebenshaltungskostenindex des bayrischen statistischen Landesamtes zu bemessende Wertsicherung des Darlehens gültig vereinbart worden — der OGH wendet darauf im Ergebnis richtig § 3 des deutschen Währungsgesetzes 1948 an —, und stand der Klägerin bis zur Rückzahlung des Darlehens durch die Beklagte ein Retentionsrecht an der Dienstbarkeitswohnung zu? Die zweite Frage wird im Gegensatz zur Entscheidung zu bejahen sein.

I

1. Der Vergleich, auf Grund dessen die Beklagte den Kaufpreis als Darlehen schuldete, war im Inland, in Riezlern (Ortsgemeinde Mittelberg, Kleines Walsertal), ab-

geschlossen worden¹⁾. Die Parteien — ob sie deutsche oder österreichische Staatsbürger sind, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen — hatten dem Rechtsverhältnis, soweit die getroffenen Feststellungen das erkennen lassen, kein ausländisches Recht zugrunde gelegt. Nach § 36 ABGB ist daher österreichisches Recht anzuwenden. Gegen die Gültigkeit einer Wertsicherungsklausel in der vorliegenden Form bestehen nach österreichischem bürgerlichen Recht keine Bedenken. Sie verstößt weder gegen ein gesetzliches Verbot, noch fällt sie wegen Sittenwidrigkeit unter die Sanktion des § 879 ABGB²⁾.

Die Frage nach dem anzuwendenden Privatrecht durfte der OGH allerdings nicht als unerheblich dahingestellt lassen. Unberührt von der Diskussion über die Anwendung ausländischen Devisenrechts herrscht in der neueren Literatur Einigkeit darüber, daß für die Beurteilung devisen- und währungsrechtlicher Sachverhalte eines Rechtsverhältnisses jedenfalls vom Schuldstatut getrennt anzuknüpfen ist³⁾. Besteht für die Wertsicherungsklausel, wie sich herausstellen wird, nach anzuwendendem deutschen Währungsrecht Genehmigungspflicht durch eine deutsche Devisenstelle, ist es daher unerlässlich, gesondert zu prüfen, nach welchem Recht die Folgen eines Verstoßes dagegen zu beurteilen sind. Diese richten sich im vorliegenden Fall nach dem österreichischen Privatrecht, auf welches das Vertragsstatut verweist.

2. Bei der Prüfung der Frage, ob das deutsche WährungsG 1948, dessen § 3 die Genehmigung von Wertsicherungsklauseln generell vorschreibt, im Kleinen Walsertal gilt, geht die Entscheidung richtigerweise von dem am 2. 12. 1890 zwischen Österreich-Ungarn und dem Deutschen Reich geschlossenen Vertrag (RGBl 1891/41) aus, durch welchen jenes Gebiet dem deutschen Zollverband angeschlossen wurde⁴⁾. Dieses Abkommen enthält außer der Bestimmung, daß die durch bayrische Behörden einzuhebenden Abgaben in deutscher Währung zu entrichten sind (Art 8), keine Vorschriften währungs- oder devisenrechtlichen Inhalts. Solche finden sich aber in einem weiteren, in der Entscheidung nicht berücksichtigten Vertrag zwischen dem Bundesstaat Österreich und dem Deutschen Reich vom 27. 5. 1936 (BGBl 1936/175), worin der Geld- und Devisenverkehr mit den an das deutsche Zollgebiet angeschlossen österreichischen Gebietsteilen geregelt wurde⁵⁾. Für den Postverkehr ist die Anwendung der deutschen Devisengesetzgebung, angepaßt an den jeweiligen Stand, vorgesehen (Art 1). Die in dem erwähnten Gebiet gelegenen Kreditinstitute dürfen bargeldlose Überweisungen nach dem übrigen österreichischen Staatsgebiet nur mit Genehmigung einer deutschen Devisenstelle durchführen (Art 2).

¹⁾ Auf den Abschlußort des Kaufvertrages ist hier nicht abzustellen, s H. Hoyer, ZfRV 9 (1968) 291.

²⁾ F. Gschnitzer in Klang² IV/1, 201; H. Dechant, JBl 76 (1954) 509; H. Kadicka, ÖJZ 18 (1950) 175.

³⁾ F. Bydlinski, ZfRV 2 (1961) 26; ders., JBl 81 (1959) 534; F. Schwind, ebda 66; F. Bydlinski, JBl 78 (1956) 385; s insb zum Abkommen über den internationalen Währungsfonds neuerdings F. A. Mann, dJZ 25 (1970) 709.

⁴⁾ Dieser Vertrag wird in den Art 81—83 des Vermögensvertrages zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland (BGBl 1958/119) als gültig vorausgesetzt, s F. Ermacora, Österreichische Verfassungslehre (1970) 89, 261.

⁵⁾ S dazu F. Ermacora, Verfassungslehre 89 FN 21.

Auf Grund dieser Staatsverträge steht im Kleinen Walsertal sowohl deutsches Zoll- als auch Devisenrecht in Geltung⁶⁾. Dem tragen im innerstaatlichen Bereich jeweils § 1 (1) Z 8 des öDevisenG 1946 (idF 1955) und § 4 Abs I Nr 1 des deutschen AußenwirtschaftsG 1961 Rechnung, welche jenen Teil des österreichischen Staatsgebietes ihrem örtlichen Geltungsbereich aus- bzw einschließen. Das deutsche WährungsG, mit welchem 1948 die Umstellung von RM auf DM vorgenommen wurde (§§ 1 u 2), zählt jedoch als ganzes sicher nicht zum Devisen-, sondern zum Währungsrecht⁷⁾. Zum inneren Schutz der durch dieses Gesetz eingeführten DM-Währung vor inflationistischen Gefahren⁸⁾ enthält § 3 die Bestimmung, daß Fremdwährungsschulden sowie Fremdwährungs-, Gold- und Wertsicherungsklauseln (ieS) nur mit Genehmigung der für die Erteilung von Devisengenehmigungen zuständigen Stelle eingegangen werden dürfen⁹⁾. Ob die auf ausländische Währungen bezogenen Bestimmungen des § 3 nur währungsrechtlichen oder auch devisenrechtlichen Charakter haben, ist in der deutschen Literatur umstritten¹⁰⁾. Mit Sicherheit fehlt jedenfalls der Genehmigungspflicht einer schlichten Preisindexklausel, wie sie im vorliegenden Fall vereinbart wurde, die Beziehung zum Devisenrecht. Es handelt sich hier also um eine rein währungsrechtliche, nicht aber, wie die Entscheidung annimmt, eine devisenrechtliche Vorschrift.

Wenn auch nicht auf Grund des devisenrechtlichen Charakters der fraglichen Norm, so kommt man doch aus anderen Erwägungen zu demselben Ergebnis wie die Entscheidung. Das dWährungsG selbst enthält keine Bestimmung darüber, ob es auch im (deutschen) Zollanschlußgebiet gilt. Die deutsche Literatur schränkt aus dem Zweck der Vorschrift ihre Anwendung auf Inländer ein und stellt darauf ab, ob dem Geldschuldner diese Eigenschaft zukommt¹¹⁾. Diese Einschränkung kann im vorliegenden Fall die Ausdehnung des Anwendungsbereiches rechtfertigen: Als Inländer werden nämlich in analoger Anwendung des § 4 Abs I Nr 3 dAWG „Gebietsansässige“ betrachtet, natürliche Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Wirtschaftsgebiet. Dieses Gebiet umfaßt nach der Definition des § 4 Abs I Nr 1 dAWG auch die (deutschen) Zollanschlußgebiete. Daß der Geltungsbereich des § 3 dWährungsG analog dem des dAWG ausgedehnt wird, steht mit den zwischen Österreich und Deutschland geschlossenen Abkommen durchaus im Einklang. Der Anschluß fremder Gebietsteile an das deutsche Zoll- und Devisengebiet darf dort nicht zur Durchlöcherung wirtschaftspolitischer, zur Sicherung des Geldwertes erlassener Maßnahmen des deutschen Währungsrechtes führen.

⁶⁾ S A. Schwarzer-W. Csoklich, Das österreichische Währungs- und Devisenrecht², MGA 36a (1967) 343.

⁷⁾ F. A. Mann 713.

⁸⁾ W. Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁷ (1966) 24.

⁹⁾ Der Text lautet: § 3 (Geldschulden) ¹Geldschulden dürfen nur mit Genehmigung der für die Erteilung von Devisengenehmigungen zuständigen Stelle in einer anderen Währung als in Deutscher Mark eingegangen werden. ²Das gleiche gilt für Geldschulden, deren Betrag in Deutscher Mark durch den Kurs einer solchen anderen Währung oder durch den Preis einer Menge von Feingold oder von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden soll.

¹⁰⁾ Als währungsrechtliche Vorschrift faßt den § 3 dWährungsG auf J. Schulze, Genehmigungspflichtigkeit von Wertsicherungsklauseln und Fremdwährungsvereinbarungen bei Sachverhalten mit Auslandsbeziehungen: Außenwirtschaftsdienst (AWD) des Betriebsberaters (1962) 89; s die dort, FN 12, angeführte Literatur.

¹¹⁾ W. Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁷, 28, 84; J. Schulze, AWD 1962, 91.

Die Beklagte ist in Riezlern wohnhaft. Die auf DM lautende Darlehensschuld und die vereinbarte Wertsicherungsklausel erfüllen den Tatbestand des § 3 Satz 2 dWährungsG. Aus diesen Gründen ist die Klausel mit dem OGH als genehmigungspflichtig zu beurteilen, und zwar unabhängig davon, ob der österreichische Schilling im Zollausschlußgebiet als gesetzliches Zahlungsmittel gilt oder nicht.

3. Bis zur Erteilung der Genehmigung, die nach dem dWährungsG an keine Frist gebunden ist¹²⁾, betrachtet der OGH die Vereinbarung als „s ch w e b e n d u n w i r k s a m“. Er schließt sich dabei der deutschen Lehre und der Rechtsprechung des BGH an, wonach § 184 Abs I dBGB über die Rückwirkung der nachträglichen Genehmigung auch auf behördlich zu erteilende Genehmigungen anzuwenden ist¹³⁾. Da der Darlehensvertrag auf Grund des Schuldstatuts nach österreichischem Recht zu beurteilen ist, kann dieser Begründung nicht gefolgt werden. Es ist jedoch auch nach österreichischer Lehre und Praxis zulässig, die in § 865 ABGB vorgesehene Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung schwebend unwirksamer Verträge unter denselben Erwägungen wie zu § 184 dBGB auf den vorliegenden Fall analog anzuwenden¹⁴⁾.

Aus dem Zweck des dWährungsG ergibt sich, daß bei Versagen der Genehmigung die vereinbarte Wertsicherungsklausel nichtig ist¹⁵⁾. Ob es bei der Teilnichtigkeit der Klausel bleibt, oder ob der ganze Vertrag von der Nichtigkeit erfaßt wird, wäre nach österreichischem Privatrecht zu entscheiden gewesen. Anders als nach § 139 dBGB ist der Umfang der Nichtigkeit hienach nicht aus dem Parteiwillen¹⁶⁾, sondern aus der Tragweite des gesetzlichen Verbotes zu bestimmen¹⁷⁾. Folglich ging der OGH hier wie in anderen Fällen, in welchen ungültige Wertsicherungsklauseln vereinbart worden waren, ohne Prüfung des Parteiwillens davon aus, daß der übrige Vertragsinhalt aufrecht bleibt¹⁸⁾.

II

1. In an diesem Ort gebotener Kürze sei auch auf das materiellrechtliche Problem der Entscheidung eingegangen. Die Parteien schlossen, nachdem sie den Kaufvertrag über die Eigentumswohnung durch Vergleich rückgängig gemacht hatten, ein atypisches Geschäft ab. Die Beklagte sollte den seinerzeit erhaltenen Kaufpreis und den Ersatz bestimmter Aufwendungen als *Darlehen* behalten, die Klägerin hingegen die Wohnung wie bisher weiter benützen dürfen, jedoch nun auf Grund einer *Dienstbarkeit*. Differenzen traten bei Rückabwicklung der beiden Leistungen auf: War die Klägerin berechtigt, die Wohnung so lange zurückzubehalten, bis die Beklagte ihre Darlehensschuld erfüllte?

¹²⁾ W. Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁷, 218.

¹³⁾ J. Schulze, AWD 1962, 90; W. Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁷, 25 u 218 mit Übersicht über die Rechtsprechung in FN 6.

¹⁴⁾ S die von F. Gschnitzer in Klang², IV/1, 91 u FN 24, angeführten Fälle nachträglicher behördlicher Genehmigung.

¹⁵⁾ W. Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁷ 222.

¹⁶⁾ W. Dürkes, Wertsicherungsklauseln⁷ 223; H. Westermann in Eрман, Handkommentar zum BGB⁴ I (1967) 191.

¹⁷⁾ S F. Gschnitzer in Klang², IV/1, 168 (§ 878 ABGB) und ausführlich Th. Mayer-Maly, GS F. Gschnitzer (1969) 265.

¹⁸⁾ S OGH 15. 10. 1953, JBl 76 (1954) 285 (Darlehensvertrag); OGH 18. 12. 1950, JBl 74 (1952) 100 (Pensionsvertrag); dazu H. Dechant, JBl 76 (1954) 508 u FN 2, 510 FN 18.

2. Den beiden Oberinstanzen ist im Ergebnis beizupflichten, wenn sie ein sachenrechtliches Zurückbehaltungsrecht verneinen. Der OGH lehnt die Anwendung des § 471 ABGB allerdings mit der Begründung ab, daß die Vorschrift nur körperliche Sachen betreffe. Diese Ansicht verkennt, daß die Klägerin nicht das ihr eingeräumte Wohnungsrecht zurückbehält — darauf hatte sie mit Schreiben vom 25. 4. 1966 verzichtet¹⁹⁾ —, sondern die Wohnung selbst, eine körperliche Sache. Das Berufungsgericht vermißt hingegen Parteibehauptungen, welche die Annahme eines Retentionsrechtes rechtfertigen. In der Tat behauptete die Klägerin nicht, während der Zeit der Dienstbarkeit auf die Wohnung Aufwendungen gemacht zu haben. Doch hat sie solche zweifellos und sogar von der Beklagten anerkannt in der Zeit vorher getätigt. Diese Aufwendungen und die Bezahlung des Kaufpreises für die Wohnung, an der zwar Besitz, nicht aber Eigentum verschafft wurde, sind als „für die Sache gemachter Aufwand“ (§ 471 ABGB) anzusehen²⁰⁾. Vom Vergleich und der Umwandlung der genannten Forderungen auf Rückzahlung des Kaufpreises und Ersatz der Aufwendungen in eine Darlehensforderung bleibt das Retentionsrecht als bloße Einrede auf Verurteilung Zug um Zug unberührt²¹⁾. Doch hatte die Beklagte der Klägerin anlässlich des Vergleiches auf ihrem Grundstück für die Darlehensforderung eine Hypothek eingeräumt. Diese anderweitige, als angemessen zu betrachtende Sicherheit steht in sinngemäßer Anwendung des § 471 (2) ABGB der Ausübung eines sachenrechtlichen Zurückbehaltungsrechtes entgegen²²⁾.

3. Im Gegensatz zum Erstgericht lehnen die beiden Oberinstanzen auch ein schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht ab. Die Frage, ob die beiden vertraglichen Rückleistungen im Austauschverhältnis stehen, ist, wie der OGH richtig hervorhebt, aus dem durch Auslegung gefundenen Parteiwillen zu beantworten²³⁾. Dabei genügt es aber nicht, die für die Abwicklung der Rückleistung getroffenen Vereinbarungen zu betrachten, sondern es ist darüber hinaus darauf zurückzugreifen, in welcher Absicht die beiderseitigen Leistungen erbracht wurden.

Durch den Vergleich hatten die Parteien gegenseitig auf die Durchsetzung ihrer Ansprüche aus dem Kaufvertrag verzichtet. An die Stelle der Rückabwicklung der schon ausgetauschten Leistungen traten jedoch zwei neue Rechtsverhältnisse: ein Darlehensvertrag, nach welchem die Beklagte für die weitere Nutzung des von der Klägerin überlassenen Kapitals Zinsen zu zahlen hatte, und eine ebenfalls entgeltliche Dienstbarkeit der Wohnung. Die Begründung der beiden jeweils entgeltlichen Dauerschuldverhältnisse ist selbst ein gegenseitiges Rechtsgeschäft. Denn die Parteien waren sich dessen bewußt, daß sie jeweils ihre Sache, die sie ursprünglich um der anderen

¹⁹⁾ Mit der in jenem Schreiben erklärten „Aufkündigung“ konnte die Beklagte die Löschung der Dienstbarkeit erwirken, s. H. Klang in Klang² II 608.

²⁰⁾ H. Klang in Klang² II 544 u FN 32.

²¹⁾ Die Einrede war von den Parteien jedenfalls nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden; s. A. Ehrenzweig, System² II/1, 360; H. Koziol-R. Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts I (1970) 123; anders K. Wolff in Klang² VI 267.

²²⁾ H. Klang in Klang² II 548 u FN 77.

²³⁾ K. Wahle in Klang² IV/2, 77.

willen hingegeben hatten, nun nur deshalb weiter zur Verfügung stellten, um die des anderen weiter benützen zu können²⁴). Diese Absicht drückte sich darin aus, daß die beidseitig zu zahlenden, wiederkehrenden Entgelte untereinander im Verrechnungsverhältnis standen und einander in ihrer Höhe praktisch aufhoben. (Die Darlehenszinsen betragen 4 % aus DM 34.500.— DM 1.380.—, das Entgelt für die Dienstbarkeit DM 1.350.—.) Daß die Errichtung der Schuldurkunde und die Ausfertigung des Dienstbarkeitsvertrages zeitlich auseinanderfielen, spricht nicht dagegen, daß beide Leistungen im Austauschverhältnis standen, zumal der reale Austausch von Geld und Wohnung bereits vorher, im Anschluß an den Kaufvertrag, stattgefunden hatte.

Nach diesen Erwägungen sind auch die für die Beendigung der beiden Dauer-schuldverhältnisse getroffenen Vereinbarungen auszulegen. Die Beklagte sollte das Darlehen nicht gegen den Willen der Klägerin zurückzahlen dürfen; andererseits sollte diese die Rückzahlung nur unter gleichzeitiger „Aufkündigung“ der Dienstbarkeit verlangen können. Das zweite war geschehen. Als vertragsgemäße Rückleistungen standen einander hiemit die Herausgabe der Wohnung und die Rückzahlung des Darlehensbetrages gegenüber. Der Umstand, daß die beiden Rückleistungen auf Grund der allein vorliegenden Parteienvereinbarung nur gleichzeitig fällig werden konnten, erlaubt hier in Hinblick auf die eben festgestellte synallagmatische Verknüpfung der beiden Leistungen die analoge Anwendung des in § 1052 ABGB normierten Leistungsverweigerungsrechtes²⁵).

Dieses der Entscheidung widersprechende Resultat ergibt sich aus der Interpretation der bei Vertragsschluß abgegebenen Erklärungen. Bezüglich der Rückleistungen hatte sich kein Teil zur Vorleistung verpflichtet. Daher muß das dispositive Recht (§ 1052 ABGB) Anwendung finden. Daß die Parteien, wie der OGH richtig feststellt, einander ein Retentionsrecht nicht konkludent (§ 863 ABGB) eingeräumt hatten, steht dem auf Grund des objektiven Rechts gefundenen Ergebnis jedoch nicht im Wege²⁶).

Unzutreffend ist schließlich auch die in der Entscheidung ausgeführte Ansicht, die Möglichkeit eines zeitlichen Auseinanderfallens der beiden Rückleistungen spreche gegen ein Synallagma: Die Klägerin hätte auf das Wohnungsrecht verzichten können, ohne daß deshalb eine Verpflichtung der Beklagten auf Rückzahlung des Darlehens entstanden wäre, und ebenso hätte die Beklagte mit Zustimmung der Klägerin das Darlehen zurückzahlen können, ohne daß dadurch das Wohnungsrecht der Klägerin erloschen wäre. Dem ist entgegenzuhalten, daß die bloße Möglichkeit einer Vorleistung mit dem Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages durchaus im Einklang steht. Auch ein Partner eines Kaufvertrages kann auf das Recht, seine Leistung zu verweigern, verzichten und von sich aus vorleisten. Selbst wenn die Parteien bei der vorliegenden Vereinbarung der getrennten Entgelte an ein

²⁴) A. Ehrenzweig, System² II/1, 180; s die von K. Wahle in Klang² IV/2, 77 angeführten Fälle synallagmatisch gekoppelter Verträge.

²⁵) K. Wahle in Klang² IV/2, 91.

²⁶) S die von F. Gschnitzer in Klang² IV/1, 75, und F. Bydlinski, Privatautonomie (1967) 227, geäußerten Vorbehalte gegen die Anwendung des § 863 ABGB.

zeitliches Auseinanderfallen der Rückleistungen gedacht hätten, konnte diese Situation doch nur nach einer *neuerlichen* Vereinbarung eintreten.

Anders als beim sachenrechtlichen Zurückbehaltungsrecht steht die der Klägerin eingeräumte hypothekarische Sicherheit dem Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 ABGB nicht entgegen²⁷⁾. Durch § 471 ABGB wird ein zufällig entstandener, wenn auch konnexer Gegenanspruch gegen einen Herausgabeanspruch mit einem wirksamen Druck- und Sicherungsmittel ausgestattet. Ein Interesse am Austausch der Leistungen liegt nicht vor. In einem gegenseitigen Vertrag stellen die Parteien jedoch schon von vornherein darauf ab, Leistung und Gegenleistung *auszutauschen*²⁸⁾. Der reale Austausch der Leistungen bleibt auch Inhalt des Rückgewährschuldverhältnisses. Die dingliche Sicherheit schützt die Klägerin im vorliegenden Fall wohl vor dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners, kann sie aber nicht gegen die getroffene Vereinbarung in die Lage des Vorleistungspflichtigen drängen²⁹⁾.

4. Zu prüfen bleibt nun noch, ob das Verbot des § 1440 ABGB, „in Bestand genommene Stücke“ zurückzubehalten, auf die vorliegende Dienstbarkeit der Wohnung analog anzuwenden ist. Mit der Novellierung des § 471 ABGB (§ 52 III. TN) hat § 1440 den Sinn bekommen, das nunmehr eingeführte Retentionsrecht in bestimmten Fällen auszuschließen (§ 53 III. TN). Nach den Materialien betrifft § 1440 ABGB nur das sachenrechtliche Zurückbehaltungsrecht³⁰⁾. In den aufgezählten Fällen würde dessen „Mißbrauch geradezu als Vertrauensbruch empfunden“ werden³¹⁾. Die Judikatur dehnte jenes Verbot auf § 1052 ABGB aus³²⁾. Es handelte sich hierbei allerdings nur um den entgeltlichen *Verwahrungsvertrag*. Sicher bricht der Verwahrer das Vertrauen des Hinterlegers, wenn er die Sache wegen seiner Entgeltforderung zurückbehält. Doch wird das Entgelt in der Regel mindestens auch *Aufwendungen* des Verwahrers decken, um deretwillen er die Sache keinesfalls zurückbehalten darf. Nach Beendigung eines schlichten *Bestandverhältnisses* kann aber § 1052 ABGB gar nicht zum Tragen kommen. Denn die vertraglichen Ansprüche, sowohl der auf Rückgabe der Sache, als auch der auf Entgelt, richten sich *beide* gegen den Bestandnehmer. Nur bei Rückabwicklung *gekoppelter* Bestandverträge (Gebrauchstausch)³³⁾ könnte § 1052 ABGB aktuell werden. Trotz Vorliegen eines Tauschvertrages schlosse § 1440 ABGB die Verurteilung zur vertragsgemäßen Rückleistung Zug um Zug aus und machte zwei Klagen erforderlich. Wegen des auf *beiden* Seiten zu schützenden Vertrauens darf § 1440 ABGB auf solche Fälle nicht ausgedehnt werden. Ebenso wäre ein aus *Darlehen* und *Bestandvertrag* gekoppeltes Verhältnis zu beurteilen. Ohne daß also auf die Frage noch einzugehen wäre, ob der Besteller des vorliegenden *Wohnungs-*

²⁷⁾ K. Wahle, JBl 87 (1965) 293.

²⁸⁾ Das ist seit J. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts⁴ II (1876) 470 u 499 FN 17, herrschende Lehre; K. Wahle in Klang² IV/2, 68.

²⁹⁾ K. Wahle, JBl 87 (1965) 293.

³⁰⁾ HHB 201.

³¹⁾ HHB 201.

³²⁾ OGH 16. 12. 1929, SZ 11/261; K. Wahle in Klang² IV/2, 92; H. Kapfer, ABGB²⁸, MGA § 1440 E 18 (unter allgemeinem Leitsatz).

³³⁾ S. A. Ehrenzweig, System² II/1, 183 u 438.

rechtes dem Berechtigten in ähnlicher Weise wie der Bestandgeber dem Bestandnehmer Vertrauen eingeräumt hatte, folgt aus den eben angestellten Überlegungen, daß § 1440 ABGB das nach § 1052 anzunehmende Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin nicht berührt.

Gerhard Thür, Wien