

# Besitzstörung

Praxisleitfaden mit vielen Beispielen und Mustern

Bearbeitet von  
Daniela Wieger

1. Auflage 2016 2016. Taschenbuch. ca. 136 S. Paperback

ISBN 978 3 7073 3166 0

Format (B x L): 15,5 x 22,5 cm

[Recht > Europarecht , Internationales Recht, Recht des Auslands > Recht des Auslands > Ausländisches Recht: Österreich](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beek-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# I. Die Besitzstörungsklage

## A. Allgemeines

Im allgemeinen Sprachgebrauch werden Besitz und Eigentum oft gleichgestellt. 1  
Rechtlich betrachtet sind sie jedoch völlig verschieden.

Besitzer ist, wer eine Sache in seiner Gewalt oder Gewahrsame hat und über den 2  
Willen verfügt, die Sache als die seinige zu behalten. Juristen sprechen vom Eigenbesitzwillen oder lateinisch vom *animus rem sibi habendi*. Weitere Erfordernisse bestehen für den Besitz nicht. Insb verlangt das Gesetz nicht, dass der Besitzer auch berechtigt sein muss, die Sache zu haben, und noch weniger, dass er Eigentümer ist.

Während das Eigentumsrecht ein absolutes Herrschaftsrecht an einer Sache dar- 3  
stellt und damit den Vermögenswert dem Eigentümer rechtlich zuweist, stellt Besitz auf die tatsächliche Innehabung ab, ohne darüber etwas auszusagen, wem die Sache rechtlich gebührt.

Eigentümer und Besitzer können daher identische oder verschiedene Personen sein.

### Beispiel

Hans borgt Paul sein Fahrrad. Hans bleibt Eigentümer des Fahrrads, Paul ist der momentane Besitzer.

Sowohl der Eigentümer als auch der Besitzer (beispielsweise der Mieter oder Ser- 4  
vitutsberechtigte) sind durch den Besitz geschützt.

Nach § 339 ABGB ist niemand befugt, den Besitz eines anderen, von welcher Be- 5  
schaffenheit er auch sein mag, eigenmächtig zu stören. Grundsätzlich ist gem § 339 ABGB demnach **jeder Besitz** geschützt, einzige Voraussetzung des Besitzschutzes ist das Vorliegen von Besitz.

Im Besitzstörungsverfahren wird nicht geprüft, ob die im Besitz gestörte Person 6  
überhaupt ein Recht zum Besitz hatte. Es genießt daher auch der **unredliche**, unrechtmäßige und sogar der **unechte Besitzer** (wie etwa der Dieb, Räuber oder der Prekarist ab Widerruf des Prekariums) possessorischen Schutz.<sup>1</sup>

---

1 Kodek, Die Besitzstörung (2002) 94.

- 7 Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffs zu fordern, wobei ihm hierfür die Besitzstörungsklage zur Verfügung steht und er sich alternativ in seltenen Fällen auch der Selbsthilfe bedienen kann. Der **behördliche Schutz** wird in einem besonders ausgestalteten und raschen Besitzstörungsverfahren verwirklicht, das in §§ 454 ff ZPO geregelt ist.
- 8 Auf den Besitzschutz kann **im Voraus nicht verzichtet** werden, ein Verzicht wäre unwirksam.<sup>2</sup> Hingegen ist ein nachträglicher Verzicht, also wenn der Rechtsgutinhaber nach dem Eingriff erklärt, auf alle oder einzelne Sanktionen zu verzichten, zulässig.<sup>3</sup>
- 9 Der Anspruch auf Besitzschutz allein ist **kein veräußerliches Recht**, er kann daher nicht übertragen werden. Deshalb kann auch ein Verein, der die Interessen der Wohnungseigentümer einer Wohnhausanlage vertreten soll, keine Besitzstörungsklage wegen unberechtigten Parkens in dieser Anlage einbringen, wenn nicht er, sondern nur die Wohnungseigentümer Besitz an den Abstellflächen haben.<sup>4</sup>

## B. Parteien des Besitzstörungsverfahrens

### 1. Aktivlegitimation

- 10 § 339 ABGB schützt jeden Besitz. Sowohl der **Sachbesitzer** (Vermieter, Verpächter etc) als auch der **Rechtsbesitzer** (Mieter, Pächter, Entleiher etc) können Besitzschutz geltend machen, und zwar nicht nur gegenüber Dritten, sondern der Sachbesitzer auch gegenüber dem Rechtsbesitzer und der Rechtsbesitzer gegenüber dem Sachbesitzer.
- 11 Rechtsbesitzer sind Mieter, **Pächter**, Entleiher, **Ususfructuar**, sonstige Servitutsberechtigte etc. Der Mieter hat als Rechtsbesitzer die Möglichkeit, Besitzstörungsklage gegen den Vermieter zu erheben, und zwar auch dann, wenn er die Ausübung seines Rechtes auf Benützung der Wohnung einem Dritten (zB Lebensgefährten oder Untermieter) überlassen hat.<sup>5</sup>
- 12 Rechtsbesitzer ist auch der **Wohnberechtigte**, der ein auf Dauer angelegtes, mit der Innehabung der Sache verbundenes Gebrauchsrecht im eigenen Namen ausübt und daher ebenfalls Besitzschutz genießt.<sup>6</sup>
- 13 Bei **mehrstufigem Besitz** und einer Störung zwischen Sach- und Rechtsbesitz geht der Rechtsbesitzer dem Sachbesitzer vor.<sup>7</sup>

---

2 Bydlinski in Klang IV/2<sup>2</sup> (1978) 554; LGZ Wien WR 424; LGZ Wien MietSg 54.020.

3 Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> (2011) § 339 Rz 210.

4 LGZ Wien MietSg 28.015.

5 LGZ Wien MietSg 22.016.

6 Vgl OGH 5.12.1996, 6 Ob 2332/96a; 5.12.1996, 6 Ob 2333/96y; 18.5.1999, 8 Ob 10/99z; 8 Ob 267/99v MietSg 52.011.

7 Eccher in KBB<sup>3</sup> (2010) § 339 Rz 5.

### Beispiel

Der Mieter, der an seinem Geschäftslokal eine Geschäftsbezeichnung anbringt, greift dann nicht in den Sachbesitz des Vermieters ein, wenn ein solches Verhalten des Mieters vom Vermieter gestattet wurde oder zumindest eine verkehrübliche Nutzung eines zu Geschäftszwecken vermieteten Portallokals darstellt.<sup>8</sup>

Personen, die die Benützung des Bestandobjektes nur vom Bestandgeber ableiten, wie etwa der Lebensgefährte des Mieters, Untermieter<sup>9</sup> oder auch der bloße Mitbewohner des Mieters (**Besitzmittler**), genießen keinen selbständigen Rechtsschutz gegenüber Dritten und sind daher **nicht** zur **Besitzstörungsklage** legitimiert.<sup>10</sup> Ebenso wenig bewirkt ein unregelmäßiges, unangemeldetes Aufsuchen einer Liegenschaft Besitzschutz.<sup>11</sup> 14

### Beispiel

Eine Ehegattin hat keinen Mitbesitz an der zweiten Wohnung des Mannes, die sie bloß gelegentlich zu Besuchen an Wochenenden aufsucht, wenn auch zweimal unter Benützung des vom Mann zu diesem Zweck zur Verfügung gestellten Schlüssels.<sup>12</sup>

Auch der **Buchbesitz** ist nicht geschützt.<sup>13</sup> 15

Dem Naturalbesitzer eines **Superädifikates**, der die Urkundenhinterlegung unterlassen hat, kommt Besitzschutz und das Klagerecht nach §§ 339, 372 ABGB zu.<sup>14</sup> 16

**Bloße Innehabung** erzeugt kein „Besitzrecht“, vor allem nicht das Recht der Besitzstörungsklage.<sup>15</sup> Bloße Innehabung liegt vor, wenn der Inhaber der Sache diese nicht als die seinige behalten möchte. 17

### Beispiel

Der Sohn leiht sich das Auto seines Vaters für ein paar Stunden und gibt es dann seinem Vater wieder zurück.

### Beachte

Hat der Inhaber der Sache jedoch den Willen, diese für sich zu behalten, dann ist er deren Besitzer.

Der **Prekarist** genießt nur Dritten gegenüber Besitzschutz. Hinsichtlich des Gebers des Prekariums ist dem Prekaristen dieser Schutz jedoch versagt.<sup>16</sup> 18

<sup>8</sup> LGZ Wien MietSlg 64.011.

<sup>9</sup> Dagegen *Spielbüchler* in *Rummel*<sup>3</sup> (2000) § 339 Rz 1; *Kodek*, Besitzstörung 179.

<sup>10</sup> LGZ Wien MietSlg 21.019; 22.016.

<sup>11</sup> LGZ Wien MietSlg 27.005.

<sup>12</sup> LGZ Wien EFSlg 66.184.

<sup>13</sup> *Kodek*, Besitzstörung 100; *Spielbüchler* in *Rummel*<sup>3</sup> § 339 Rz 1; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I<sup>13</sup> (2006) 260.

<sup>14</sup> OGH 18.4.1951, 1 Ob 239/51; 28.6.2011, 9 Ob 29/11x.

<sup>15</sup> LGZ Wien MietSlg 31.012; vgl *Kodek* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 339 Rz 43 mwN.

<sup>16</sup> StRsp: vgl LGZ Wien MietSlg 29.030; 30.032; vgl *Schey/Klang* in *Klang* II<sup>2</sup> (1950) 63, 76, 121; *Stanzl* in *Klang* IV<sup>2</sup> 685.

### Beispiel

Ein Prekarist kann daher den Eigentümer des Hauses, in dem sich das prekarisch benützte Zimmer befindet, nicht mit einer Besitzstörungsklage dazu verhalten, das von ihm versperrte Zimmer wieder zu öffnen.<sup>17</sup>

- 19 Nach stRsp wird ein **Prekarium** nicht vermutet, sondern es hat derjenige, der sich darauf beruft, das Vorliegen eines solchen zu beweisen.<sup>18</sup> Deuten die äußeren Umstände auf Besitz hin, so spricht die Vermutung gegen die bloße Innehabung aufgrund eines Prekariums.<sup>19</sup>
- 20 Leistet der Prekarist nach **Widerruf des Prekariums** der Aufforderung zur Rückstellung keine Folge oder setzt er sonst Handlungen, die mit dem Prekarium unvereinbar sind, gibt er damit zu erkennen, dass er den Willen hat, den Besitz des Rechtes im eigenen Namen (also wie ein Besitzer) auszuüben. In einem solchen Fall ist der Sachbesitzer genötigt, diese Besitzanmaßung innerhalb von 30 Tagen mit Besitzstörungsklage zurückzuweisen. Die dreißigtägige Frist des § 454 Abs 1 ZPO beginnt frühestens mit Widerruf des Prekariums.<sup>20</sup> Wird diese Frist versäumt, genießt aber selbst ein anfangs unechter Besitzer seinerseits vollen Besitzschutz.<sup>21</sup>

### Beispiel

Widersetzt sich der Prekarist dem Räumungsbegehren des Sachbesitzers einer Liegenschaft, gibt er damit zu erkennen, dass er den Willen gebildet hat, den Besitz des Rechtes im eigenen Namen (also wie ein Besitzer) auszuüben. Der Sachbesitzer ist in diesem Fall genötigt, diese Besitzanmaßung innerhalb der 30-tägigen Frist mittels Besitzstörungsklage zurückzuweisen, andernfalls genießt der ehemalige Prekarist vollen Besitzschutz.

- 21 **Kein Prekarium** liegt bei der Gestattung der Benützung des Eigentums des einen **Ehegatten** durch den anderen vor; vielmehr wird **Mitbesitz** daran eingeräumt.<sup>22</sup> Ehegatten haben auch Mitbesitz an den in der Ehwohnung befindlichen Hausrats- und Einrichtungsgegenständen, wobei der Mitbesitz durch die Begründung der ehelichen Gemeinschaft entsteht und der Frage, ob diese Gegenstände vor oder während der Ehe angeschafft wurden bzw in wessen Eigentum sie stehen, keine Bedeutung zukommt.<sup>23</sup>
- 22 Geschützt ist jeder **Mitbesitzer gegenüber Dritten**.<sup>24</sup> Es ist nicht erforderlich, dass bei mehreren Mitbesitzern alle gemeinsam auftreten. Der Grundsatz, dass Mitmie-

---

17 LGZ Wien MietSlg 24.028.

18 RIS-Justiz RS0019200; LGZ Wien MietSlg 45.067; Schubert in *Rummel*<sup>3</sup> § 974 Rz 4; Binder in *Schwimmann*<sup>3</sup> (2006) § 974 Rz 25.

19 LGZ Wien MietSlg 23.014.

20 *Grüblinger* in *Schwimmann/Kodek*, II<sup>4</sup> (2012) § 339 Rz 8.

21 LGZ Wien MietSlg 28.026; *Kodek*, Besitzstörung 335 ff.

22 Vgl LGZ Wien EFSlg 123.566; 130.936.

23 Vgl LGZ Wien EFSlg 111.022; 123.570.

24 LGZ Wien EFSlg 45.931.

ter im Bestandsverfahren notwendige Streitgenossen sind und daher im Prozess nur gemeinsam auftreten dürfen, gilt dann nicht, wenn es darum geht, Eingriffe eines Dritten abzuwehren,<sup>25</sup> so wie auch jedem Miteigentümer das Recht zusteht, mit Eigentumsklage hinsichtlich der ganzen Sache gegen Dritte vorzugehen.<sup>26</sup>

Ein **Mitbesitzer** kann Besitzschutz auch **gegenüber** einem **anderen Mitbesitzer** 23 geltend machen, wenn der andere Mitbesitzer

- der bestehenden Gebrauchsordnung oder
- Gebrauchsart zuwiderhandelt oder
- dem Mitbesitzer den Besitz überhaupt entzieht.<sup>27</sup>

Dies gilt auch zwischen Ehegatten.<sup>28</sup> In welcher Weise der Mitbesitzer den Besitz stört, ist ohne wesentliche Bedeutung. Es kommt auch nicht darauf an, ob die bisherige Benützung der gemeinschaftlichen Sache auf einer vereinbarten oder richterlichen Benützungsregelung oder einer bloß praktischen Gebrauchsordnung beruht.<sup>29</sup>

### Beispiele

- Sowohl das Anbringen eines Schlosses an einer zuvor unversperrten Gartentüre als auch die Neuanbringung eines Schlosses, um dieses unversperrt zu lassen, ohne dem Mitbesitzer einen Schlüssel auszuhändigen, stellen Handlungen dar, welche grundsätzlich als Besitzstörung geeignet sind.<sup>30</sup>
- Die eigenmächtige Beseitigung eines Obstbaums im gemeinsamen Garten stellt eine Besitzstörung dar, wobei auch der Vertreter der Person, welche die Besitzstörungshandlung angeordnet hat, belangt werden kann.<sup>31</sup>

**Bei Gestattung** oder Mitwirkung auch nur eines Mitbesitzers **fehlt** es aber an der **Eigenmacht**. Diese Gestattung durch den Mitbesitzer findet dort ihre Grenze, wo durch seine Erlaubnis anderen Mitbesitzern der Besitz entzogen oder die vereinbarte Gebrauchsordnung geändert wird. Der Mitbesitzer kann einem Dritten nämlich nicht mehr gestatten, als er selbst dürfte.<sup>32</sup> 24

Zur Abwehr von Eingriffen in das gemeinsame Eigentum und damit auch in jedes 25 Miteigentum ist **jeder Miteigentümer** berechtigt.<sup>33</sup>

Nach der jüngeren Rsp ist die **Wohnungseigentümergeinschaft** aktivlegitimiert, und zwar dann, wenn die Eigentümergeinschaft als „Verwaltungs- 26

25 Vgl LGZ Wien MietSlg 17.007; 23.016.

26 LGZ Graz MietSlg 42.029; vgl *Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 339 Rz 51 mwN.

27 LGZ Wien EFSlg 107.994; 134.653.

28 StRsp: LGZ Wien EFSlg 134.655 ua; *Grüblinger in Schwimann/Kodek II*<sup>4</sup> § 339 Rz 42 f mwN; *Klicka in Schwimann*<sup>3</sup> § 339 Rz 38.

29 LGZ Wien EFSlg 107.989.

30 LGZ Wien MietSlg 52.013.

31 LGZ Wien EFSlg 107.989.

32 LGZ Graz MietSlg 50.008; LGZ Wien EFSlg 107.999.

33 LGZ Wien MietSlg 50.067.

gemeinschaft“ jedenfalls hinsichtlich der notwendigerweise allgemeinen Teile der Liegenschaft Besitzmittlerin für die Gesamtheit der Mit- und Wohnungseigentümer ist und die gesetzliche Zweckbestimmung solcher Liegenschaftsteile im Rahmen ihrer Verwaltungsaufgaben und Befugnisse zu gewährleisten hat. Die Eigentümergemeinschaft macht diesfalls nicht eigene Besitzrechte, sondern solche aller Mit- und Wohnungseigentümer geltend. Die Eigentümergemeinschaft ist zur Einbringung einer Besitzstörungsklage gegen den Mieter eines Wohnungseigentümers dann aktivlegitimiert, wenn sich der geltend gemachte Rechtsschutzanspruch wenigstens **abstrakt** mit ihren **Verwaltungsagenden** in Verbindung bringen lässt. Im konkreten Fall war das von der Eigentümergemeinschaft erhobene Rechtsschutzbegehren darauf gerichtet, einen Heizraum, somit einen notwendigerweise allgemeinen Teil der Liegenschaft (§ 2 Abs 4 zweiter Fall WEG 2002), von unberechtigter Inanspruchnahme durch Dritte freizuhalten.<sup>34</sup> Somit ist zur Geltendmachung von Besitzstörungsansprüchen hinsichtlich der einer allgemeinen Benützung dienenden Parkflächen auf im Wohnungseigentum stehenden Liegenschaften nicht nur jeder Wohnungseigentümer, sondern auch die **Eigentümergemeinschaft aktivlegitimiert**.<sup>35</sup>

- 27 Im Hinblick auf die Judikaturwende wird auch die bisherige Rsp, wonach die **Verwaltungsvollmacht** keine Ermächtigung zur Einbringung einer Besitzstörungsklage enthält, sodass der unter Berufung auf diese Vollmacht klagende Verwalter ohne entsprechende Ermächtigung tätig geworden ist,<sup>36</sup> zu revidieren sein. Zumindest dann, wenn die Besitzstörungsklage die notwendigerweise allgemeinen Teile der Liegenschaft betrifft, wird die Einbringung einer Besitzstörungsklage iS obiger Ausführungen (Rz 26) als ordentliche Verwaltungsmaßnahme gem § 18 Abs WEG 2002 und damit als von der Verwaltungsvollmacht umfasst anzusehen sein.<sup>37</sup>
- 28 Hingegen ist die Eigentümergemeinschaft nicht aktivlegitimiert, wenn die Eigentümergemeinschaft ihre Klage darauf stützt, dass der beklagte Mieter entgegen § 16 WEG 2002 Änderungen am WE-Objekt vorgenommen und dabei auch allgemeine Teile der Liegenschaft in Anspruch genommen hat. Das in § 16 WEG 2002 normierte Zustimmungserfordernis zu Änderungen an allgemeinen Teilen ist nämlich keine Verwaltungsangelegenheit, sondern stellt ein Individualrecht der einzelnen Mit- und Wohnungseigentümer dar. Die Genehmigung der bekämpften Änderungen könnte die Eigentümergemeinschaft gar nicht erteilen.<sup>38</sup>
- 29 Die **Gemeinde** und das Land können Besitzstörungsklage wegen einer an einem öffentlichen Weg begangenen Störung erheben.<sup>39</sup>

---

34 OGH 21.3.2006, 5 Ob 18/06t.

35 LG Feldkirch 22.2.2007, 3 R 41/07p.

36 LGZ Wien MietSlg 46.529.

37 *Illedits/Illedits-Lohr*, Handbuch zum Nachbarrecht<sup>3</sup> (2013) Rz 11/11.

38 LGZ Wien MietSlg 64.017.

39 *Kodek*, Besitzstörung 96 mwN.

Ebenfalls sind auch **Insolvenz- und Zwangsverwalter** aufgrund ihres Amtes zur Erhebung einer Besitzstörungsklage aktivlegitimiert. Strittig ist, ob dem Verwahrer Besitz zukommt.<sup>40</sup> 30

Der Besitzanspruch ist **aktiv vererblich**. Der ruhende Nachlass wird durch die erbserklärten Erben oder einen zu bestellenden Nachlasskurator vertreten.<sup>41</sup> Der Verlassenschaftskurator kann namens der Verlassenschaft eine Besitzstörungsklage gegen den erbserklärten Erben, der inventarisierte Gegenstände aus der erblichen Wohnung entfernt hat, einbringen, weil der Anspruch nach § 339 ABGB ua auf Wiederherstellung des früheren Besitzstandes gerichtet ist.<sup>42</sup> 31

Nach dem **Tod** des Besitzers endet sein Besitz nicht.<sup>43</sup> Dieser geht vielmehr zunächst auf den ruhenden Nachlass, welcher auch gegen den Mitbesitzer<sup>44</sup> Besitzschutz genießt,<sup>45</sup> und dann auf allfällige Erben über.<sup>46</sup> Der **Erbe** erwirbt mit **Einantwortung** Besitz. Im Erbgang verschafft die Einantwortung daher nicht nur die Rechtsstellung des Verstorbenen, sondern auch den von diesem innegehabten (und der Verlassenschaft nicht etwa verlorengegangenen) Besitz.<sup>47</sup> 32

Der **Fruchtgenussberechtigte** einer ganzen Liegenschaft hat bei Vermietung aller selbständigen Objekte eines Hauses immer den Rechtsbesitz am Gebrauchsrecht der allgemeinen Teile des Hauses und ist somit anstelle des Liegenschaftseigentümers aktivlegitimiert.<sup>48</sup> 33

Ein Veranstalter ist grundsätzlich berechtigt, im Rahmen seines Hausrechts andere Personen von der Veranstaltung auszuschließen oder ihren Besuch von Bedingungen abhängig zu machen. Dieses Recht steht sowohl dem Eigentümer als auch einem Mieter zu, weil der Bestandnehmer für die Dauer seiner Bestandrechte allein darüber verfügen kann, wem er den Zutritt gestattet oder verwehrt, zumal ihm nach neuerer Rsp die Unterlassungsklage gegen jeden Störer zusteht.<sup>49</sup> 34

Grundsätzlich ist auch der **unechte Besitz** geschützt.<sup>50</sup> Rechtmäßigkeit und Redlichkeit sind nicht nötig. Der Beklagte kann aber die ihm gegenüber bestehende, noch nicht verfristete Unechtheit des Besitzes einwenden.<sup>51</sup> Dem unechten Besitz-

40 *Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 339 Rz 46 mwN.

41 *Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 339 Rz 198 mwN.

42 OGH 7 Ob 234/03t NZ 2004/54.

43 *Klicka in Schwimann*<sup>3</sup> § 352 Rz 3; *Spielbüchler in Rummel*<sup>3</sup> § 312 Rz 5.

44 *Spielbüchler in Rummel*<sup>3</sup> § 339 Rz 1 und 2 vorletzter Abs.

45 LGZ Wien EFSlg 89.921; *Welser in Rummel*<sup>3</sup> § 547 Rz 3; *Segelhuber*, Zur Gewahrsamsproblematik bei Nachlaßgegenständen, ÖJZ 1994, 480 (482).

46 LGZ Wien MietSgl 21.008/70.

47 LG St. Pölten 12.5.2000, 36 R 115/00f; aA *Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 339 Rz 49; vgl auch *Welser in Rummel*<sup>3</sup> § 797, 798 Rz 5.

48 LGZ Wien MietSgl 61.024.

49 OGH 22.3.1994, 4 Ob 26/94; zuletzt 22.10.2013, 4 Ob 147/13s.

50 LGZ Wien EFSlg 81.273.

51 LGZ Wien MietSgl 23.018, 29.028 f; *Spielbüchler in Rummel*<sup>3</sup> § 339 Rz 1.



zer steht jedoch die Einrede des unechten Besitzes nur so lange entgegen, als der frühere Besitzer noch zur Klage nach § 346 ABGB befugt wäre; dieser Anspruch ist jedoch mit 30 Tagen befristet.<sup>52</sup> Dh, dass dem unechten Besitzer Besitzschutz erst nach Ablauf von 30 Tagen gebührt.<sup>53</sup>

### Beispiel

Wenn ein Mieter mit Kenntnis des Hauseigentümers für längere Zeit das Flachdach neben seiner Wohnung benützt hat, genießt er daran Besitzschutz, und zwar unabhängig davon, ob im Mietvertrag die Benützung des begehbaren Flachdaches vereinbart war oder nicht.<sup>54</sup>

## 2. Passivlegitimation

- 36 Passivlegitimiert im Besitzstörungsverfahren ist der **Störer**. Das ist zunächst derjenige, der tatsächlich den fremden Besitz beeinträchtigt, auch wenn er in fremdem Interesse handelt (**unmittelbarer Störer**).
- 37 Mit einer Besitzstörungsklage kann aber nicht nur der unmittelbare Störer, sondern auch der **mittelbare Störer** belangt werden. Als mittelbarer Störer gilt derjenige,
- von dem Abhilfe erwartet werden kann,<sup>55</sup>
  - dessen Hilfsperson der Störer ist<sup>56</sup> oder
  - in dessen Interesse die Störungshandlung vorgenommen wurde.<sup>57</sup>
- 38 Die Passivlegitimation des **mittelbaren Störers** reicht jedoch nicht weiter als das Kausalverhältnis, das den Vertretenen mit der Mittelsperson verbindet. Die Zurechnung allein aufgrund des „Interesses“ oder der Möglichkeit der Abhilfe geht daher zu weit.<sup>58</sup> Daraus folgt, dass die einzelnen **vom Vertreter oder Besitzmittler** verursachten Störungshandlungen zwar nicht vom Wissen oder von der Genehmigung der Eingriffshandlung des Vertretenen umfasst sein müssen, doch haftet der Vertreter dann nicht, wenn der Vertreter oder Besitzmittler **die Sphäre seines Auftrages oder des Interesses des Vertretenen verlässt**.<sup>59</sup>
- 39 Es ist daher möglich, den Auftraggeber als mittelbaren Störer zu belangen, wenn das beeinträchtigende Verhalten die notwendige oder naheliegende Folge der Ausführung des Auftrages ist.<sup>60</sup>

---

52 LGZ Wien MietSlg 61.030; *Spielbüchler in Rummel*<sup>3</sup> § 346 Rz 2 und § 339 Rz 10.

53 LGZ Wien MietSlg 61.030; EFSlg 84.287; 93.254.

54 LGZ Wien MietSlg 29.029.

55 LGZ Wien MietSlg 27.041 ua.

56 LGZ Wien MietSlg 21.029; 33.018.

57 StRsp: LGZ Wien MietSlg 50.008 ua; zuletzt 64.015; *Eccher in KBB*<sup>2</sup> (2007) § 339 Rz 7; einschränkend *Spielbüchler in Rummel*<sup>3</sup> § 339 Rz 7.

58 *Klicka in Schwimann*<sup>3</sup> § 339 Rz 29; LG Krems MietSlg 40.011; 60.012.

59 LGZ Wien MietSlg 56.013; 57.020; 60.012; 65.025 uva.

60 Vgl *Eccher in KBB*<sup>2</sup> § 339 Rz 7; LGZ Wien MietSlg 65.024; 65.025.

Soll daher nicht der unmittelbare Störer, sondern der mittelbare Störer direkt belangt werden, müssen daher besondere Zurechnungskriterien vorliegen. Die Passivlegitimation des mittelbaren Störers ist danach abzugrenzen, ob der unmittelbare Störer Hilfsperson oder Auftragnehmer des mittelbaren Störers ist oder ein für die Störung sonst kausales Verhalten vorliegt.<sup>61</sup> Ist auch dieses zu verneinen, muss die Klage mangels Passivlegitimation des mittelbaren Störers abgewiesen werden.<sup>62</sup> Als mittelbarer Störer kann somit nur derjenige angesehen werden, der die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit hat, die auf ihn zurückgehende, seinen Interessen dienende, aber unmittelbar von einem Dritten vorgenommene Störungshandlung zu steuern und gegebenenfalls auch zu verhindern.<sup>63</sup> Die Praxis rechnet Störungen von Hausleuten („Hilfspersonen“ oder „Besitzdienern“) wie Hausbesorgern, Kutschern, sonstigen Dienstnehmern, sonstigen „Hausgenossen“<sup>64</sup> oder Störungen von Leuten (zB Hilfspersonen) einer GmbH, nicht aber etwa von Klavierlehrern, dem Vertretenen auch zu, wenn diese ohne Auftrag handeln.<sup>65</sup>

### Beispiele

- Der Vermieter, der den Auftrag zum Umbau der Toiletten an einen Installateur erteilt, haftet, wenn der Installateur zur Durchführung der Arbeiten ein Kellerabteil eines Mieters aufricht, um den Rohrstrang durch den Keller zu verlegen. Es kommt weder darauf an, ob der Vermieter tatsächlich von der Störungshandlung des Installateurs weiß, noch darauf, ob gerade diese Störungshandlung in seinem Interesse liegt.<sup>66</sup>
- Im Zusammenhang mit Absperrmaßnahmen auf einer Baustelle ist der Auftraggeber der Bauarbeiten bzw derjenige, in dessen Interesse die Bauarbeiten durchgeführt werden, mittelbarer Störer, weil die Absperrmaßnahmen zur Gefahrenabwehr auf der Baustelle und damit zur Einhaltung von Schutz- und Sorgfaltspflichten erforderlich sind und damit eine notwendige und naheliegende Folge der Ausführung des Auftrags darstellen.<sup>67</sup>
- Auch wenn der Hausverwalter die später erfolgte Absperrung des Kellers (und damit auch des vom Kläger mitgemieteten Kellerabteils) vorab angekündigt hat, sind sowohl der Hausverwalter (= unmittelbarer Störer) als auch der Liegenschaftseigentümer (Vermieter) für die Besitzstörungsklage passivlegitimiert, weil von beiden Abhilfe erwartet werden kann.<sup>68</sup>
- Der Hauseigentümer haftet für Störungshandlungen des beauftragten Hausmeisters.<sup>69</sup>

61 LG Salzburg MietSlg 56.013; LGZ Wien MietSlg 60.014; *Kodek*, Besitzstörung 354 ff.

62 LG Innsbruck ZVR 2003/11 mwN.

63 SZ 69/10; vgl RIS-Justiz RS0011737 [T 18, T 21]; LGZ Wien MietSlg 61.020; 66.011; *Kodek*, Die Besitzstörung 390 f nimmt eine weitgehende Haftung des Wohnungsinhabers an.

64 LGZ Wien MietSlg 25.029; 34.028.

65 GIUNF 3791; LGZ Wien MietSlg 22.022; 25.029; *Spielbüchler in Rummel*<sup>3</sup> § 339 Rz 7 mwN.

66 LGZ Wien MietSlg 35.021.

67 LGZ Wien MietSlg 64.015.

68 LGZ Wien MietSlg 65.018.

69 LGZ Wien MietSlg 61.029.