

1. Teil: Quellen und Methoden des österreichischen Privatrechts

1. Kapitel: Stellung des Privatrechts im Rechtssystem

I. Privatrecht als Teil des Rechts im objektiven Sinn

A. Privatrecht als Rechtsgebiet

Der Begriff „Recht“ wird in verschiedenen Bedeutungen verwendet. Unter Recht im objektiven Sinn versteht man die für die Rechtsgemeinschaft verbindliche Ordnung des menschlichen Zusammenlebens. Sie besteht aus Rechtsnormen, steht unter der Anforderung der Gerechtigkeit und kann allenfalls mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden. Das **objektive Recht** ist also die Rechtsordnung selbst, und das **Privatrecht** ist ein Teilgebiet des objektiven Rechts.

Demgegenüber versteht man unter einem **subjektiven Recht** die konkrete Befugnis eines Einzelnen, die Einhaltung einer Vorschrift des objektiven Rechts durch Anrufung staatlicher Organe durchzusetzen. Subjektive Rechte spielen im Privatrecht eine erhebliche Rolle, aber der Begriff „Privatrecht“ bezeichnet als solcher kein subjektives Recht.

Beispiel: § 1062 ABGB (objektives Recht) bestimmt für den Kaufvertrag, dass der Käufer verpflichtet ist, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen. Der Verkäufer hat daher gegen den Käufer einen Anspruch (subjektives Recht) auf Bezahlung des Kaufpreises, den er notfalls auch gerichtlich durchsetzen kann.

Das objektive Recht kann in **Rechtsgebiete** eingeteilt werden. Rechtsgebiete sind eigenständige Teilbereiche der Rechtsordnung (zB Verfassungsrecht, Bürgerliches Recht, Strafrecht). Ihre Eigenständigkeit ist nur eine relative, weil der **Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung** zu beachten ist und weil die Grenzen zwischen den Rechtsgebieten vielfach nicht klar zu ziehen sind. Dennoch gibt es Rechtsvorschriften, die zueinander eine engere sachliche Beziehung aufweisen als zu anderen. Für die Charakterisierung einer Summe von Normen als Rechtsgebiet maßgebend sind ein gemeinsamer Grundtatbestand, gemeinsame Gestaltungsprinzipien sowie ein hinreichend großer Umfang, der eine eigenständige, insbesondere auch wissenschaftliche Beschäftigung mit diesem Regelungsbereich sachlich rechtfertigt.

B. Öffentliches Recht und Privatrecht

Die zwei größten Rechtsgebiete sind das **Öffentliche Recht** und das **Privatrecht**, die ihrerseits zahlreiche kleinere, durchaus verschiedene Rechtsgebiete umfassen. Die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht ist nicht nur aus Gründen der systematischen Ordnung des Rechtsstoffes von Interesse, sondern auch wegen der Behördenzuständigkeit, der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung und des Amtshaftungsrechts. Richtigerweise ist für jeden Einzelfall gesondert zu ermitteln, welchem Rechtsgebiet eine bestimmte Rechtsnorm zuzuordnen ist.

Beispiel: Wird vom Staat ein Grundstück enteignet, so geschieht dies in Ausübung hoheitlich-übergeordneter Funktion und der Vorgang wird dem öffentlichen Recht zugeordnet. Kauft hingegen eine Gemeinde wie ein Privater ein Grundstück, tritt sie nicht mit hoheitlicher Gewalt auf und das Rechtsverhältnis unterliegt dem Privatrecht.

Gesetze haben häufig sowohl privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Gehalt, indem sie materielle Normen beider Rechtsgebiete enthalten oder indem sie einerseits das Zusammenleben prinzipiell gleich geordneter Personen verbindlich regeln, andererseits aber behördliche Aufsichtspflichten und Sanktionsmöglichkeiten vorsehen.

Beispiel: Das **Datenschutzrecht**, das sich etwa aus der DSGVO und dem DSG ergibt, wird wegen seiner starken verfassungsrechtlichen Bezüge und der Existenz von Datenschutzbehörden traditionell als Teil des Öffentlichen Rechts angesehen. Rein praktisch betrachtet regelt es aber auch und vor allem, was private Unternehmen (zB Facebook, Google, Microsoft) mit den personenbezogenen Daten ihrer Nutzer tun dürfen und welche Rechte die Nutzer gegenüber den Unternehmen haben, zB ob sie ihre Daten herausverlangen können. Wegen Verstößen können die Nutzer ua vor den Zivilgerichten klagen. Damit steht das Datenschutzrecht bei den meisten alltäglichen Geschäften im Internet praktisch auf einer Ebene mit dem FAGG oder dem KSchG, die traditionell dem Privatrecht zugeordnet werden.

C. Materielles und formelles Recht

Materielles Recht sind Rechtsnormen, die eine **inhaltliche Ordnung** für das menschliche Zusammenleben treffen. Materielle Rechtsnormen bestimmen zB, unter welchen Umständen jemand bestraft werden soll; auf welche Leistungen jemand unter welchen Umständen einen Anspruch hat; unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft anfechtbar ist. Auch das Privatrecht ist materielles Recht. Formelles Recht ist dagegen die Summe aller Normen, welche das **Verfahren der Rechtsdurchsetzung** vor staatlichen Behörden regeln. Das Zivilprozessrecht (JN, ZPO), das Strafprozessrecht (StPO) und das Verwaltungsverfahren (zB AVG, VwGVG) sind ebenso Gebiete des formellen Rechts wie das Außerstreitverfahren (AußStrG) und das Zwangsvollstreckungsrecht (EO).

II. Aufgabe und Bedeutung des Privatrechts

A. Ausgleichsgerechtigkeit, Verteilungsgerechtigkeit und Privatautonomie

Klassische Aufgabe des Privatrechts ist es, zwischen einzelnen, einander prinzipiell gleichgeordneten Rechtssubjekten **ausgleichende Gerechtigkeit** in ihren Spielarten der Austauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) und der Korrektur unerwünschter Vermögensverschiebungen (*iustitia correctiva*) nach dem Prinzip gleicher Freiheit zu verwirklichen. Dagegen gehört es nicht zu den klassischen Aufgaben des Privatrechts, für eine gerechte Vermögensverteilung unter den Individuen zu sorgen (*iustitia distributiva*), Übeltäter für ihr Fehlverhalten zu bestrafen usw.

Beispiel: Wenn *Theodor* mit seinem Pkw unterwegs ist und infolge seiner Unachtsamkeit mit dem Fußgänger *Otto* kollidiert, so dass dieser Knochenbrüche erleidet, hat *Theodor* die Grenzen seiner eigenen Freiheit überschritten und die Freiheit des *Otto* verletzt. *Theodor* schuldet *Otto* Schadenersatz, um den zugefügten Schaden auszugleichen (ausgleichende Gerechtigkeit). Umstritten ist, inwieweit der von *Theodor* privatrechtlich geschuldete Schadenersatz aus Präventionsgründen usw. den von *Otto* erlittenen Schaden übersteigen darf. Das österreichische Recht lehnt dies strikt ab, während zB die angloamerikanischen Rechtsordnungen einen solchen Strafschadenersatz (*punitive damages*) durchaus kennen. Haben beide noch einmal Glück gehabt und ist *Otto* rechtzeitig ausgewichen, schuldet *Theodor* allerdings eindeutig selbst dann keinen Schadenersatz, wenn er grob rücksichtslos gefahren ist – an ein solches Verhalten Rechtsfolgen zu knüpfen, ist allenfalls Aufgabe des (Verwaltungs-)Strafrechts, nicht des Privatrechts.

Das Privatrecht räumt den Rechtssubjekten weitgehend die Möglichkeit ein, ihre rechtlichen Beziehungen zueinander nach ihrem eigenen Willen und ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten. Diese Gestaltungsfreiheit nennt man **Privatautonomie**. Sie hat zahlreiche Erscheinungsformen (Vertragsfreiheit, Testierfreiheit, Eheschließungsfreiheit usw.). Das Privatrecht stellt die für die privatautonome Rechtsgestaltung erforderlichen Rechtsinstitute zur Verfügung.

In der Realität zeigt sich allerdings vielfach, dass einzelne Rechtssubjekte aufgrund einer faktischen Machtposition ihre Interessen einseitig zu Lasten anderer durchsetzen können. Der **formellen Privatautonomie** steht dann keine entsprechende **materielle Privatautonomie** gegenüber. Um dies zu korrigieren und materielle Vertragsfreiheit wiederherzustellen, greift das Privatrecht vielfach durch zwingende Rechtsnormen in die formelle Gestaltungsfreiheit der Rechtssubjekte ein und dient insofern auch der Verteilungsgerechtigkeit und der **sozialen Gerechtigkeit**. Besonders deutlich wird dies etwa im Mietrecht, im Konsumentenschutzrecht oder im Arbeitsrecht.

Beispiel: Rein theoretisch könnte Studentin *Karla* mit dem Mobilfunkanbieter *Mobi AG* über die Bedingungen ihres Mobilfunkvertrags genauso frei verhandeln wie mit ihrer Freundin *Franziska* über den Preis für ein Paar gebrauchte Kletterschuhe. In der Realität wird sie aber keine Chance haben, sich alleine gegenüber der *Mobi AG* durchzusetzen und faire Bedingungen auszuhandeln. Deshalb legen das Konsumentenschutzrecht und das Telekommunikationsrecht eine Reihe von Regeln fest, von denen der Mobilfunkvertrag nicht zulasten von *Karla* abweichen darf.

B. Privatrecht und Regulierung

Privatrecht klassischer Prägung muss nicht zwingend von einem staatlichen Gesetzgeber erlassen werden. Historisch gesehen ist staatliche Normsetzungstätigkeit in denjenigen Rechtsgebieten, die wir heute als Privatrecht bezeichnen, sogar ein vergleichsweise junges Phänomen, das vorwiegend erst zwischen dem 18. und 20. Jahrhundert mit den nationalen Kodifikationsbewegungen eingesetzt hat. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte sich der größte Teil des Privatrechts überwiegend autonom als **Gewohnheitsrecht, Juristenrecht oder Fallrecht** entwickelt, während staatliche Gesetzgebung auf **punktueller Eingriffe** beschränkt war (beispielsweise um einen Missstand oder eine Unklarheit zu beseitigen und sozial- oder wirtschaftspolitische Steuerungsziele des Souveräns durchzusetzen).

Mit dem neuen, ausschließlichen staatlichen Normsetzungsanspruch, der sich etwa in Österreich im ABGB von 1811 manifestierte, existierten nun aber plötzlich zwei Formen staatlicher Rechtsetzung im Privatrecht: das in der **Kodifikation** zusammengefasste und systematisch geordnete Privatrecht klassischer Prägung, und die bereits vor der Kodifizierung gebräuchliche punktuelle **Steuerungsge-
setzung (Regulierung)**. Bis heute bestehen beide Formen nebeneinander fort, unterscheiden sich aber deutlich in Regelungsstil und Methodik. Natürlich gibt es auch Mischformen.

Beispiel: Vergleicht man etwa das Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB (klassisches Privatrecht) mit dem Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG (Regulierungsprivatrecht), fällt der Unterschied sofort ins Auge. Anders als der abstrakt gehaltene § 918 ABGB stellt § 11 FAGG auf typisierende, eher der Wirtschaftspolitik entstammende Tatbestandsmerkmale ab (Unternehmer, Verbraucher, ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln und für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem, Vertragsschluss außerhalb von Geschäftsräumen usw.) und nimmt dabei auch punktuelle Ungerechtigkeiten in Kauf (zB Bestehen eines Rücktrittsrechts bei Bestellung von bekannten Standardprodukten übers Internet). Regulierungsprivatrecht zeichnet sich durch eine punktuelle, kasuistische Regelungstechnik aus.

Vor allem durch die stetig wachsende Aktivität des **EU-Gesetzgebers** hat das Regulierungsprivatrecht neue Bedeutung erlangt. Viele der entsprechenden Rechtsakte bedienen sich klassischer privatrechtlicher Instrumente (zB Vertragsrecht), verfolgen aber primär wirtschaftslenkende Zwecke (zB Verwirklichung des Binnenmarkts).

C. Zwingendes und dispositives Privatrecht

Zwingendes Recht (*ius cogens*) kann durch Parteienvereinbarung nicht abbedungen werden. Wird dennoch Abweichendes vereinbart, so ist das Vereinbarte zur Gänze oder teilweise nichtig, also rechtsunwirksam und nicht verbindlich.

Beispiel: Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, je nach Art der übertretenen Norm idR nichtig (§ 45 f). Die Parteien können nicht vereinbaren, dass der Vertrag dennoch wirksam sein soll. § 879 Abs 1 ABGB ist zwingendes Recht.

Dabei ist allerdings zwischen absolut und relativ zwingenden Rechtssätzen zu unterscheiden: **Absolut zwingendes Recht** erlaubt keinerlei Abweichungen, also auch keine für die Betroffenen günstigeren Regelungen. Man spricht auch von „zweiseitig zwingenden“ Normen. Absolut zwingendes Recht wird meist aus allgemeinen Ordnungsgesichtspunkten heraus geschaffen und findet sich im Privatrecht nur äußerst selten. **Relativ zwingendes Recht** lässt hingegen für eine bestimmte Partei günstigere Regelungen zu. Man spricht auch von „einseitig zwingenden“ Normen. Kommt es zum Schutz insbesondere der Arbeitnehmer, der Mieter oder der Verbraucher, so handelt es sich regelmäßig um bloß relativ zwingendes Recht, weil für die Geschützten günstigere Vereinbarungen durchaus erwünscht sind.

Beispiel: Gewährt der Betreiber eines Internetshops den Verbrauchern, die bei ihm Waren erwerben, eine Rücktrittsfrist von vier Wochen anstatt der gesetzlich geforderten 14 Tage, dann ist dies eine Abweichung zugunsten des Verbrauchers und damit ohne weiteres möglich. Dagegen wäre eine Verkürzung der Frist auf 10 Tage unwirksam, weil gegen zwingendes Recht verstoßend.

Bei dem überwiegenden Teil privatrechtlicher Normen handelt es sich um **dispositives (nachgiebiges, abdingbares) Recht**, das eine abweichende privatautonome Rechtsgestaltung zulässt. Der Gesetzgeber ordnet etwas an, lässt es sich jedoch gefallen, dass die Vertragsparteien von den gesetzlichen Regelungen abweichen und etwas anderes rechtswirksam vereinbaren. Das dispositive Gesetzesrecht weicht also der privatautonomen Rechtsgestaltung. Drei **Funktionen des dispositiven Rechts** sind zu unterscheiden:

- Ergänzung unvollständiger Verträge;
- Hilfe bei der Vertragsauslegung;
- „Richtigkeitsgewähr“ (dh die dispositiven Normen zeigen, wie sich der Gesetzgeber eine ausgewogene Berücksichtigung der Beteiligteninteressen vorstellt; das ist zB bei der AGB-Kontrolle relevant, dazu ausf S 41).

III. Einteilung des Privatrechts

A. Allgemeines Privatrecht und Sonderprivatrechte

Das umfassende Gebiet des Privatrechts wird in eine Reihe von kleineren Rechtsgebieten aufgeteilt. Man unterscheidet das Allgemeine Privatrecht (= **Zivilrecht, *ius civile*, Bürgerliches Recht**) von den Sonderprivatrechten. Das allgemeine Privatrecht regelt Rechtsverhältnisse, die grundsätzlich für alle Bürger bedeutsam sind. Demgegenüber sind die Sonderprivatrechte dem allgemeinen Privatrecht entwachsen und enthalten Vorschriften für einen bestimmten Personenkreis oder für bestimmte Sachgebiete. Soweit das Sonderprivatrecht eine bestimmte Frage nicht regelt, muss wieder auf die Vorschriften des Allgemeinen Privatrechts zurückgegriffen werden.

Ob eine Bestimmung zum Allgemeinen Privatrecht oder zu einem Sonderprivatrecht gezählt wird, ist oft eine Frage der Konvention und hängt stark von der äußeren Systematisierung der Rechtsvorschriften ab. Von Allgemeinem Privatrecht spricht man vor allem dann, wenn eine Rechtsmaterie prinzipiell im **ABGB** (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) geregelt ist, von Sonderprivatrecht dann, wenn eine Rechtsmaterie sich in einem Sondergesetz findet.

Beispiele: Sonderprivatrechte stellen das insbesondere im UGB geregelte **Unternehmensprivatrecht** als Sonderprivatrecht der Unternehmer und das im KSchG und verschiedenen Einzelgesetzen geregelte **Konsumentenprivatrecht** dar. Dabei hat sich das Unternehmensprivatrecht so weit verselbstständigt, dass es (an Universitäten usw) als eigenständiges privatrechtliches Fach angesehen wird, während das Konsumentenprivatrecht üblicherweise im Rahmen des Zivilrechts behandelt wird.

B. Einteilung des Allgemeinen Privatrechts

Auch das Allgemeine Privatrecht kann in weitere Teilgebiete unterteilt werden, wobei verschiedene Systeme existieren.

1. Institutionensystem

Das **Institutionensystem**, dem prinzipiell – mit gewissen Abweichungen – auch das ABGB oder der französische Code civil (1804) folgen, geht auf den römischen Juristen *Gaius* zurück. Dieser gliederte den Rechtsstoff in seinem Werk „*institutiones*“ nach *personae*, *res* und *actiones*.

Entsprechend regelt das ABGB in seinem ersten Teil („Von dem **Personenrechte**“) den Status von Personen und die persönlichen Rechtsverhältnisse (Name, Abstammung, Familie usw) und im zweiten Teil („Von dem **Sachenrechte**“) die vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse. Dieser zweite Teil zerfällt weiter in die beiden großen Abteilungen des Rechts der Güterzuordnung mit Wirkung gegenüber allen („Von den **dinglichen** Rechten“) und des Rechts der Schuldverhältnisse zwischen zwei oder mehreren Personen („Von den **persönlichen** Sachenrechten“). Der dritte Teil enthält „**Gemeinschaftliche Bestimmungen** der Personen- und Sachenrechte“.

2. Pandektensystem

Nach dem **Pandektensystem** ist der Stoff des allgemeinen Privatrechts dagegen in fünf Teile zu gliedern, nämlich

- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
- Schuldrecht (Allgemeines und Besonderes Schuldrecht)
- Sachenrecht
- Familienrecht
- Erbrecht

Die fünfteilige Gliederung des Pandektensystems wurde von *Heise* (Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts, 1807) entwickelt und von *Savigny* und anderen aufgegriffen und verbreitet. Das deutsche BGB orientiert sich in seinem Aufbau an diesem System.

Das charakteristischste Merkmal des Pandektensystems ist der **Allgemeine Teil** des Bürgerlichen Rechts, in dem bestimmte, für das gesamte Privatrecht relevante Punkte (zB Rechtssubjekte, Rechtsobjekte, Rechtsgeschäfte) in sehr abstrakter Form vorab behandelt und damit gleichsam „vor die Klammer gezogen“ werden. Dieselbe Regelungstechnik findet sich vielfach innerhalb der weiteren Untergliederungen, vgl etwa die Unterteilung in Allgemeines und Besonderes Schuldrecht.

