

Stefan Holzweber

Die unkörperliche Sache

Paradigmenwechsel im Sachenrecht

 **VERLAG
ÖSTERREICH**

VERLAG
ÖSTERREICH

Stefan Holzweber

Die unkörperliche Sache

Paradigmenwechsel im Sachenrecht

2025

Monografie

■■■■ VERLAG
■■■■ ÖSTERREICH

Dr. Stefan Holzweber
Privatdozent an der Universität Wien

Veröffentlicht mit Unterstützung des

Austrian Science Fund (FWF): 10.55776/PUB1051

FWF Österreichischer
Wissenschaftsfonds

Open Access: Wo nicht anders festgehalten, ist diese Publikation lizenziert unter der Creative Commons Lizenz Namensnennung-Nicht kommerziell 4.0 International (CC BY-NC 4.0).

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten aber stets für alle Geschlechter.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

© 2025 Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien
office@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

Gedruckt in Ungarn

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung des Autors oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Umschlagbild: © Studio-Matphoto
Satz: abavo GmbH, 86807 Buchloe, Deutschland
Druck: Prime Rate Zrt., 1044 Budapest, Ungarn

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de/opac.htm> abrufbar.

ISBN 978-3-7046-9644-1 (eBook)
<https://doi.org/10.33196/9783704696441>

ISBN 978-3-7046-9441-6 Verlag Österreich

*Dem Andenken an
Florian Schuhmacher
gewidmet.*

Vorwort

Die vorliegende Schrift stellt eine gekürzte und aktualisierte Fassung meiner im Sommersemester 2023 von der Universität Wien angenommenen Habilitationsschrift dar. Ausgangspunkt für meine Beschäftigung mit dieser Thematik war die Frage, wie die weitgehend entmaterialisierten Phänomene der Digitalisierung rechtlich fassbar gemacht werden können. Hierfür ist in der österreichischen Rechtsordnung das Institut der unkörperlichen Sache ein eminenter Anknüpfungspunkt. Bald hat sich aber gezeigt, dass das Verständnis der unkörperlichen Sache einen Blick in die Geschichte erfordert, da nicht intuitiv verständlich ist, welche Vorstellungen der Gesetzgeber aus 1811 hatte, als er dieses Institut im ABGB verankerte. Die vorliegende Untersuchung versteht sich somit als „Brücke“ zwischen Vergangenheit und Zukunft.

An dieser Stelle möchte ich die Gelegenheit nutzen, meiner Dankbarkeit Ausdruck zu verleihen. Insbesondere danke ich meinem leider viel zu früh verstorbenen akademischen Lehrer Prof. Dr. *Florian Schuhmacher*, LL.M., für die besondere Unterstützung in meinem wissenschaftlichen Werdegang, aber auch für die mir gewährten Freiheiten, die sich auch in der vorliegenden Schrift manifestieren. Sein methodischer Zugang zur Rechtswissenschaft, aber auch sein Blick dafür, Theorie und praktische Anwendung zu vereinbaren, haben mich in den Jahren der Zusammenarbeit tief geprägt. Besonderer Dank gebührt auch Prof. Dr. *Josef Aicher* für die Diskussionsbereitschaft und die sehr wertschätzenden Rückmeldungen, die maßgeblich dazu beigetragen haben, auch in schwierigen Zeiten das Ziel nie aus den Augen zu verlieren.

Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei den Gutachter*innen im Habilitationsverfahren, Prof. Dr. *Brigitta Lurger*, LL.M., Prof. Dr. *Janine Wendt* und PräsDOGH Prof. Dr. *Georg Kodek*, LL.M. Es ist mir bewusst, dass die eingehende Beschäftigung mit einem derart umfangreichen Grund-

lagenwerk im akademischen Alltag nicht selbstverständlich ist. Darüber hinaus gilt mein aufrichtiger Dank allen Mitgliedern der Habilitationskommission. Last but not least möchte ich mich für die großzügige Förderung durch die Heinrich Graf Hardegg'sche Stiftung und den FWF bedanken. Danken möchte ich zudem Dr. *Marieluise Schwarz-Palzer* und Mag. *Eva-Maria Rauch* vom Verlag Österreich, die dieses Publikationsprojekt kompetent begleitet haben.

Die Arbeit an dieser Schrift erfolgte weitgehend in der Zeit der globalen COVID-Pandemie, die auch für die rechtswissenschaftliche Forschung einen tiefgreifenden Einschnitt darstellte. Ohne die tatkräftige Unterstützung der Mitarbeiter*innen der Universität Wien wäre die wissenschaftliche Arbeit und auch die Fertigstellung dieser Schrift unmöglich gewesen.

Wien, September 2024

Stefan Holzweber

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Erster Abschnitt: Einführung	1
1. Problemaufriss	1
2. Erkenntnisinteresse	3
3. Gang der Untersuchung	21
Zweiter Abschnitt: Allgemeiner Teil	23
1. Gliederung des Rechtsstoffs	23
2. Die Sache als Rechtsobjekt	51
3. Dingliche Rechte	151
4. Rechte als Objekte dinglicher Rechte	293
5. Ergebnisse	420
Dritter Abschnitt: Besonderer Teil	427
1. Vorbemerkungen	427
2. Rechtserwerb	432
3. Rechtsausübung	665
4. Ergebnisse	814
Vierter Abschnitt: Zusammenfassung	819

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Erster Abschnitt: Einführung	1
1. Problemaufriss.....	1
2. Erkenntnisinteresse.....	3
2.1. Ausgangsproblem.....	4
2.2. Zu überprüfende Ausgangsthese.....	6
2.3. <i>A-limine</i> -Kritik an der Ausgangsthese.....	8
2.4. Einschränkungen der Untersuchung.....	9
2.5. Rechtswissenschaftliche Falsifikation.....	10
2.6. Methodik der Untersuchung.....	14
2.6.1. Rechtsquellen.....	15
2.6.2. Methoden der Regelinterpretation.....	17
3. Gang der Untersuchung.....	21
Zweiter Abschnitt: Allgemeiner Teil	23
1. Gliederung des Rechtsstoffs.....	23
1.1. Gliederung des ABGB.....	24
1.2. Historische Genese.....	25
1.2.1. Trichotomie personae, res, actiones.....	25
1.2.2. Tetrachotomie personae, res, obligationes, actiones.....	27
1.2.3. Dichotome Stoffgliederungen.....	28
1.2.4. <i>Kants</i> modifizierte Dichotomie.....	31
1.2.5. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts.....	32
	XI

1.2.6. ABGB und Vorarbeiten	34
1.2.7. Zwischenfazit	37
1.3. Pandektensystem	38
1.4. Stoffgliederung und systematisch-logische Auslegung. . .	41
1.5. Schlussfolgerungen	49
2. Die Sache als Rechtsobjekt	51
2.1. Die Sache im ABGB	52
2.1.1. Begriffsinhalt	52
2.1.2. Grenzen	55
2.1.2.1. Von der Person unterschieden	55
2.1.2.2. Gebrauch der Menschen	58
2.1.2.3. Sonstige Abgrenzungsmerkmale	60
2.1.3. Funktion	61
2.1.3.1. Rechtsobjekt	63
2.1.3.2. Anwendungsbegrenzung	73
2.2. Die unkörperliche Sache	76
2.2.1. Exkurs: Unkörperliche Objekte	77
2.2.2. Rechte als Sachen	83
2.2.2.1. Immaterialgüterrechte	86
2.2.2.2. Kennzeichenrechte	97
2.3. Historische Genese	102
2.3.1. Antikes Rom	103
2.3.1.1. Das Konzept der res	103
2.3.1.2. Res incorporales	107
2.3.2. Mittelalter	114
2.3.3. Neuzeit	115
2.3.3.1. Gemeines Recht	115
2.3.3.2. Naturrecht	117
2.3.4. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts	120
2.3.5. ABGB und Vorarbeiten	121
2.3.5.1. Vorarbeiten	121
2.3.5.2. ABGB	122
2.3.5.3. Frühe Literatur	123
2.3.6. Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert	125
2.3.6.1. Exkurs: Entwicklung der österreichischen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert . . .	125
2.3.6.2. Sachbegriff	146
2.3.7. Zwischenfazit	148
2.4. Schlussfolgerungen	149
3. Dingliche Rechte	151
3.1. Konzeption des dinglichen Rechts	153
3.1.1. Teleologisch-normative Theorien	154
3.1.1.1. Naturrechtlich inspirierter Rechtsbegriff . .	154

3.1.1.2.	Willenstheorie.....	156
3.1.1.3.	Interessenstheorie.....	160
3.1.2.	Formal-normative Theorien.....	162
3.1.2.1.	<i>August Thon</i>	163
3.1.2.2.	Reine Rechtslehre.....	164
3.1.2.3.	<i>Josef Aicher</i>	167
3.1.2.4.	<i>Jürgen Schmidt</i>	170
3.1.2.5.	Stellungnahme: normlogische Bedeutung von Erlaubnisnormen.....	171
3.1.3.	Kombinationstheorien.....	175
3.1.3.1.	<i>Karl Larenz</i>	176
3.1.3.2.	Eigene Auffassung: Dingliche Rechte als bewehrte Erlaubnisrechte	178
3.2.	Dingliche Rechtswirkungen.....	190
3.2.1.	Theorie der „ <i>éléments générateurs</i> <i>des droits subjectifs</i> “	192
3.2.2.	Anwendungsvoraussetzungen	195
3.2.2.1.	Drittwirkung	195
3.2.2.2.	Erlaubte und bewehrte Handlung	199
3.2.2.3.	Offenkundigkeit.....	203
3.2.2.4.	Störung	208
3.2.3.	Einwendungen	210
3.2.4.	Rechtsfolgen	212
3.3.	Historische Genese	216
3.3.1.	Antikes Rom.....	217
3.3.1.1.	Dinglichkeitskonzept	218
3.3.1.2.	Rechtsdurchsetzung.....	227
3.3.1.3.	Synthese.....	230
3.3.2.	Mittelalter	233
3.3.2.1.	Heimisches Partikularrecht.....	234
3.3.2.2.	Glosse.....	235
3.3.2.3.	Kanonisches Recht.....	237
3.3.2.4.	Lehnsrecht.....	239
3.3.2.5.	Kommentatoren	241
3.3.2.6.	Synthese.....	241
3.3.3.	Neuzeit	243
3.3.3.1.	Naturrechtliche Autoren vor <i>Martini</i>	244
3.3.3.2.	<i>Karl v Martini</i>	247
3.3.3.3.	<i>Immanuel Kant</i>	248
3.3.3.4.	<i>Franz v Zeiller</i>	251
3.3.3.5.	Synthese.....	254
3.3.4.	Kodifikationen des 18. Jahrhunderts.....	255
3.3.4.1.	CMBC	255

3.3.4.2. ALR	256
3.3.5. Vorarbeiten des ABGB	258
3.3.5.1. Codex Theresianus	258
3.3.5.2. Entwurf Horten	259
3.3.5.3. Entwurf Martini	260
3.3.5.4. Synthese	261
3.3.6. ABGB	261
3.3.6.1. Beratungsprotokolle	261
3.3.6.2. Exegetische Literatur	264
3.3.6.3. Synthese	268
3.3.7. Historische Rechtsschule	269
3.3.8. Stellungnahme	272
3.4. Dingliche Rechte im ABGB	274
3.4.1. Gesetzgeberische Wertungen	275
3.4.2. Interpretation der Lehre	277
3.4.2.1. Unmittelbare Sachherrschaft	277
3.4.2.2. Zuordnungsfunktion	284
3.4.2.3. Beständigkeit in Insolvenz	286
3.4.3. Stellungnahme	289
3.5. Schlussfolgerungen	291
4. Rechte als Objekte dinglicher Rechte	293
4.1. Verhältnis der dinglichen Rechte	295
4.1.1. Verhältnis Eigentum – beschränkte dingliche Rechte	297
4.1.1.1. Horizontal- oder Vertikalverhältnis	297
4.1.1.2. Eigentum an beschränkten dinglichen Rechten	305
4.1.2. Verhältnis Eigentum – Besitz	308
4.2. Eigentum an Rechten	316
4.2.1. Wertungen des ABGB	316
4.2.2. Meinungsstand	317
4.2.3. Historische Genese	321
4.2.3.1. Antikes Rom	321
4.2.3.2. Mittelalter	324
4.2.3.3. Neuzeit	327
4.2.3.4. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts	333
4.2.3.5. ABGB und Vorarbeiten	335
4.2.3.6. Historische Rechtsschule	339
4.2.3.7. Zwischenfazit	341
4.2.4. Stellungnahme zur hA	341
4.2.5. Dingliche Wirkungen	344
4.2.5.1. Eigentumsklage	347

4.2.5.2. Eigentumsfreiheitsklage.	348
4.2.6. Synthese.	363
4.3. Besitz an Rechten.	365
4.3.1. Wertungen des ABGB.	366
4.3.2. Meinungsstand.	367
4.3.3. Historische Genese.	369
4.3.3.1. Antikes Rom.	369
4.3.3.2. Mittelalter.	371
4.3.3.3. Neuzeit.	374
4.3.3.4. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts.	375
4.3.3.5. ABGB und Vorarbeiten.	378
4.3.3.6. Historische Rechtsschule.	383
4.3.3.7. Zwischenfazit.	387
4.3.4. Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren.	388
4.3.4.1. Monismus oder Dualismus des Besitzschutzes.	390
4.3.4.2. Rechtsbesitz im Besitzstörungsverfahren. ...	395
4.3.5. Stellungnahme.	399
4.3.6. Dingliche Wirkungen.	400
4.3.6.1. Erfasste Rechte.	400
4.3.6.2. Unechter Besitzerwerb.	403
4.3.6.3. Besitzstörung.	407
4.3.7. Synthese.	414
4.4. Schlussfolgerungen.	417
5. Ergebnisse.	420
Dritter Abschnitt: Besonderer Teil.	427
1. Vorbemerkungen.	427
2. Rechtserwerb.	432
2.1. Besitz.	434
2.1.1. Unmittelbarer oder mittelbarer Erwerb.	436
2.1.2. Tabularbesitz.	438
2.1.2.1. Rechte als unbewegliche Sache.	440
2.1.2.2. Analogiefähigkeit von § 321 ABGB.	441
2.1.3. Besitzerwerb bei ausgewählten Rechten.	445
2.1.3.1. Immaterialgüterrechte.	446
2.1.3.2. Mitgliedschaftsrechte.	454
2.1.3.3. Wertpapiere.	470
2.1.3.4. Veräußerungsverbote und -einschränkungen.	476
2.1.3.5. Bittleihe.	482
2.1.4. Gegenüberstellung.	484

2.2. Eigentum	487
2.2.1. Derivativer Erwerb	487
2.2.1.1. Anwendbarkeit der §§ 423 ff ABGB auf Rechte	489
2.2.1.2. Erwerb ausgewählter Rechte	508
2.2.1.3. Gegenüberstellung	544
2.2.2. Originärer Erwerb	547
2.2.2.1. Zueignung	548
2.2.2.2. Zuwachs	550
2.2.2.3. Ersitzung	581
2.2.2.4. Gutgläubiger Erwerb	614
2.2.3. Schlussfolgerungen	662
3. Rechtsausübung	665
3.1. Störungsabwehr	666
3.1.1. Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten ..	668
3.1.1.1. Problemaufriss	670
3.1.1.2. Meinungsstand zu Abwehransprüchen des Bestandnehmers	673
3.1.1.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB ...	682
3.1.1.4. Gegenüberstellung	691
3.1.2. Abwehransprüche des mitgliedschafts- rechtlich Berechtigten	694
3.1.2.1. Problemaufriss	696
3.1.2.2. Meinungsstand	699
3.1.2.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB ...	713
3.1.2.4. Gegenüberstellung	733
3.1.3. Abwehransprüche des immaterial- güterrechtlich Berechtigten	735
3.1.3.1. Problemaufriss	736
3.1.3.2. Meinungsstand	738
3.1.3.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB ...	748
3.1.3.4. Gegenüberstellung	757
3.2. Rechtskollisionen	758
3.2.1. Doppelverkauf	760
3.2.1.1. Problemaufriss	763
3.2.1.2. Meinungsstand	764
3.2.1.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB ...	777
3.2.1.4. Gegenüberstellung	790
3.2.2. Doppelvermietung	793
3.2.2.1. Problemaufriss	794
3.2.2.2. Meinungsstand	796

3.2.2.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB ...	801
3.2.2.4. Gegenüberstellung	810
3.3. Schlussfolgerungen	811
4. Ergebnisse	814
Vierter Abschnitt: Zusammenfassung	819
Verzeichnisse	847
Literaturverzeichnis	847
Rechtsprechungsverzeichnis	874
Stichwortverzeichnis	887

Abkürzungsverzeichnis

3. TN	Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allg bürgerlichen Gesetzbuch, RGBI 1916/96
A.P.D.	Archives de philosophie de droit
aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AB	Abschlussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946
abl	ablehnend
AbR	Archiv für bürgerliches Recht
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch aus 1861
aF	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht
AG	Aktiengesellschaft
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch RGBI 1/1863
AJ	Acta Juridica
AktG	Bundesgesetz über Aktiengesellschaften idF BGBl Nr 24/1985.
ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht vom 1.6.1794
aM	andere Meinung
Anm	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
Art	Artikel
ausf	ausführlich
bearb	bearbeitet von

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch dRGBl 1896, 195 (Deutschland)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Blg	Beilage
BlgAH	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses
BlgHH	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
bspw	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
Cambridge L. J.	The Cambridge Law Journal
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis aus 1756
CR	Computer und Recht
D	Digesten/Digesta
dh	das heißt
dHGB	Deutsches Handelsgesetzbuch
DJT	Deutscher Juristentag
dPatG	Deutsches Patentgesetz idF 16.12.1980
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
dt	deutsch/ -es
E	Entscheidung
EB	Erläuternde Bemerkungen
ecolx	ecolx Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EO	Exekutionsordnung RGBl 1896/79
Erl	Erläuterungen
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
f	und der folgende
ff	und die folgenden
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GBG	Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955 BGBI 1955/39
gem	gemäß
GIU, GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes (Glaser/Unger, Glaser/Unger Neue Fassung)

GBGB	Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien (1798)
GedS	Gedenkschrift
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGBI 1906/58
GP	Gesetzgebungsperiode (des Nationalrats)
grds	grundsätzlich
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GZ	Gerichtszeitung
Gz	Geschäftszahl
hA	Herrschende Ansicht
HaRÄG 2005	Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120
HGB	Handelsgesetzbuch dRGBI 1897, 219
HKK	Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg	Herausgeber
HS	Hauptstück
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in der Sache
ieS	im engeren Sinn
iE	im Ergebnis
insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung RGBI 1914/337
iS	im Sinne
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JherJB	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
Jhd	Jahrhundert

JRP	Journal für Rechtspolitik
Jud	Judikatur bzw Judikat
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KBB	Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Kurzkommentar zum ABGB)
krit	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
L	Lehre
Labeo	Labeo: rassegna di diritto romano
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
Lit	(juristische) Literatur
lit	litera
Mat	Materialien
MaSchG	Markenschutzgesetz 1970 BGBl 1970/260
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
MR	Medien & Recht
MüKoBGB	Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB
MüKoGmbHG	Fleischer/Goette (Hrsg), Münchener Kommentar zum GmbHG
MüKoHGB	Drescher/Fleischer/Karsten Schmidt (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MuSchG	Musterschutzgesetz 1990 BGBl 1990/497
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
n Chr	nach Christus
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
öHPR	Österreichisches Haftpflichtrecht
ÖJT	Österreichischer Juristentag

ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz 1970 BGBl 1970/259
PBl	Patentblatt
QuHGZ	Quartalshefte der Girozentrale
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDH	Revue historique de droit français et étranger
rdw	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDA	Revue Internationale des droits de l'antiquité
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RJO	Revue Juridique de l'Ouest
RS	Rechtssatz im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS)
Rsp	Rechtsprechung
RTD	Revue trimestrielle de droit civil
RV	Regierungsvorlage
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randzahl, -ziffer
S	Seite/Satz
s	siehe
Sess	Session
sic	so vorgefunden
sog	sogenannt -e, -er, -es
Staudinger BGB	Stieper/Klumpp/Singer/Herrler (Hrsg), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
str	strittig
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Ge- richtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern
Toronto L. J.	University of Toronto Law Journal
tw	teilweise
ua	unter anderem
üA	überwiegende Ansicht
üL	überwiegende Lehre
UGB	Unternehmensgesetzbuch dRGBl 1897, 219 (idgF)
uU	unter Umständen
unstr	unstrittig
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb BGBl 1984/448
va	vor allem

VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WEG	Wohnungseigentumsgesetz 2002 BGBl I 2002/70
WiPolBl	Wirtschaftspolitische Blätter
wobl	Wohnrechtliche Blätter
Yale L. J.	The Yale Law Journal
Z	Ziffer
zB	Zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZöRpG	Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde
ZPO	Zivilprozessordnung RGBL 1895/113 (idgF)
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRG Germ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung
zT	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust	zustimmend

Erster Abschnitt: Einführung

1. Problemaufriss

„Die Aufgabe der wissenschaftlichen Tätigkeit muss daher dahin gehen, aus den einzelnen Paragraphen des Gesetzbuches jedes Rechtsinstitut nach allen seinen Seiten und Besonderheiten so zu konstruieren, wie es vor den Augen des Gesetzgebers bestand.“¹

Das Institut der unkörperlichen Sache fristet ein unscheinbares Dasein in der modernen österreichischen Zivilrechtsdogmatik. Der Sachbegriff des ABGB ist zwar bekanntlich seit der Stammfassung von 1811 weit und umfasst körperliche gleich wie unkörperliche Sachen (§ 292 ABGB), diskutiert wird jedoch fast ausschließlich, inwiefern sich Phänomene des 21. Jhds wie digitale Daten,² Blockchain³ und sonstige digitale Gegenstände⁴ als unkörperliche Sachen juristisch fassen lassen – der Erkenntnisgewinn dieses Unterfangens ist bislang jedoch überschaubar.⁵ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Funktion der unkörperlichen Sache für den Gesetzgeber aus dem frühen 19. Jhd noch weit-

1 Unger, Über die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts (1853) 10.

2 S dazu monographisch *Klammer*, der aber iE davon ausgeht, dass Daten nicht als unkörperliche Sachen zu qualifizieren seien, vgl *Klammer*, Dateneigentum (2019); dazu auch *Staudegger*, „Dateneigentum“ – Licht und Schatten österreichischer Zivilrechtsdogmatik am Beispiel des Eigentums an unkörperlichen Sachen, in FS Mader (2022) 319; *Dürager*, Sind Daten ein schutzfähiges Gut? ÖJZ 2018, 260 (262 f).

3 S dazu umfassend *Miernicki*, Kryptowerte im Privatrecht (2023); *Weidinger*, Kryptowerte in der Insolvenz (2023); *Vonkilch/Knoll*, Bitcoins und das Sachenrecht des ABGB, JBl 2019, 139; *Fleißner*, Eigentum an unkörperlichen Sachen am Beispiel von Bitcoins, ÖJZ 2018, 437; Kogler/Holzweber (Hrsg), Krypto-Assets im Zivilrecht (im Erscheinen).

4 S dazu sehr ausf *Berberich*, der wohl seiner Zeit voraus war: *Berberich*, Virtuelles Eigentum (2010) 90 ff.

5 S dazu nur *Forgó*, Daten als Gegenstand von sachenrechtlichen, datenschutz- und urheberrechtlichen Regelungen, in Verhandlungen des 20. österreichischen Juristentages (2018) 351 (387 ff).

gehend unerforscht ist und daher auch eine Anwendung bei neuartigen Erscheinungsformen auf tönernen Füßen stehen muss. Für die heutige Rechtsanwendung scheint die unkörperliche Sache somit weitgehend ohne Relevanz. Würde die unkörperliche Sache völlig aus dem ABGB gestrichen, man bemerkte wohl keinerlei Auswirkungen im Zivilrechtsdiskurs.

Tatsächlich kommt der unkörperlichen Sache eine bemerkenswerte Stellung im ABGB zu. Es wird durch dieses Institut kein unmittelbar erkennbarer Lebenssachverhalt einer Regelung zugeführt. Vielmehr ist die unkörperliche Sache Kristallisationspunkt von Systemfragen: § 292 ABGB regelt, dass alle Rechte als unkörperliche Sache gelten; § 353 ABGB definiert unkörperliche Sachen gleich wie körperliche Sachen als Eigentum im objektiven Sinn.⁶ Es ist daher offensichtlich, dass das Institut der unkörperlichen Sache in einem Spannungsverhältnis zu einer der Grundfesten des österreichischen Zivilrechts steht: der Dichotomie zwischen Schuld- und Sachenrecht. Denn die Position, dass ein Eigentumsrecht an allen Rechten – damit etwa auch an Forderungsrechten – bestehen könnte, lässt sich klarerweise nicht mit der Vorstellung vereinbaren, dass ein Recht entweder ein dingliches Sachenrecht oder ein persönliches Schuldrecht sei.⁷ Wenn die völlig hL von einer Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht ausgeht,⁸ überrascht es somit nicht, dass dem Institut der unkörperlichen Sache als Anomalie eine untergeordnete Rolle zugemessen wird.⁹ Damit geht jedoch einher, dass eine zu begründende Diskrepanz zwischen dem Wortlaut des Gesetzes und den Aussagen der Rechtsdogmatik entsteht.

In jüngerer Zeit hat sich im Grenzbereich zwischen Schuld- und Sachenrecht eine Entscheidungspraxis verfestigt, die sich im offenen Widerstreit mit den Aussagen der Rechtsdogmatik befindet. Dies betrifft insb Fälle, in denen persönlichen Rechten dingliche Wirkung zugemessen wird, wie etwa bei der Rsp zu sog offenkundigen Servituten, dem Schutz besitzverstärkter Forderungsrechte bei Situationen des Doppelverkaufs¹⁰ oder zur Gewäh-

6 Nach § 355 ABGB sind explizit alle Sachen Gegenstand des Eigentumsrechts. Gleichmaßen sieht § 311 ABGB vor, dass auch unkörperliche Sachen in Besitz genommen werden können.

7 So sieht etwa *Wiegand* einen auf körperliche Sachen reduzierten Sachbegriff als Voraussetzung für die Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht an, s *Wiegand*, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 1990, 112 (116 f).

8 Statt aller soll hier nur auf *Spitzer* verwiesen werden, der dazu meint, dass niemand bezweifeln würde, dass diese Dichotomie in Österreich bestehe, vgl *Spitzer*, Das Verhältnis Eigentümer – Vermieter, ÖJZ 2010, 10 (11); moderater *Koziol*, Sache, Eigentum und persönliche Sachenrechte: vernachlässigte dogmatische Schätze des österreichischen ABGB? in FS Canaris (2017) 1087 (1099).

9 *Christiane Wendehorst* spricht etwa davon, dass der weite Sachbegriff des ABGB „hinweggedeutet“ wird. *Wendehorst*, Zum Einfluss pandektistischer Dogmatik auf das ABGB, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 75 (96).

10 Diese bezeichnet *Holzner* als „Missgeburt“, *Holzner*, Zubehör-Wohnungseigentum ohne Eintragung ins Hauptbuch? wobl 2010, 157 (161).

rung von nachbarrechtlichen Ansprüchen an Mieter und Pächter,¹¹ die als „quasi-dingliche“ Rechte bezeichnet werden.¹² Es kann daher als Hypothese formuliert werden, dass das Abweichen der Rsp von den Lehren der Dogmatik unmittelbar damit im Zusammenhang steht, dass sich letztere vom Norminhalt des ABGB entfernt hat. Zudem haben sich seit dem Inkrafttreten des ABGB neuartige Rechte entwickelt, denen dingliche Wirkungen zugemessen werden. Pointiert zusammengefasst: Eventuell wäre es in der Zivilrechtspraxis durchaus bemerkbar, striche man die unkörperliche Sache völlig aus dem ABGB.

Ziel der vorliegenden Schrift ist es, das Institut der unkörperlichen Sache aus seinen Grundlagen im ABGB heraus zu untersuchen und seine Anwendung auf zeitgenössische Rechtsfragen zu prüfen. Bei einer solchen Analyse ist es notwendig, die Dichotomie zwischen Schuld- und Sachenrecht nicht als Axiom anzuerkennen, sondern bezogen auf den Untersuchungsgegenstand kritisch zu hinterfragen.¹³ Ein solches Unterfangen ist dabei unausweichlich: Setzte man die Dichotomie zwischen Schuld- und Sachenrecht als eine unhinterfragte Konstante, wären die Konturen der unkörperlichen Sache logisch zwingend vorgegeben; ihr könnte keine Bedeutung als Objekt dinglicher Rechte zukommen. Zweck dieser Untersuchung ist es sohin nicht, die unkörperliche Sache in ein von der hL vorgegebenes System einzuordnen; vielmehr wird versucht, ein System des (dinglichen) Sachenrechts¹⁴ aus den Bestimmungen des ABGB heraus zu entwickeln und die unkörperliche Sache darin so zu situieren, wie es dem Gesetzgeber vor Augen stand. Es soll dabei gezeigt werden, dass es im österreichischen Sachenrecht zu einem Paradigmenwechsel gekommen ist, in dessen Zentrum das Institut der unkörperlichen Sache steht.

2. Erkenntnisinteresse

Das vorliegende Forschungsinteresse ist besonders gelagert: Es soll gezeigt werden, dass die Rechtsfigur der unkörperlichen Sache, der in der Rechtswissenschaft derzeit keine wesentliche Bedeutung zugemessen wird, tatsächlich ein tragender Pfeiler des österreichischen Zivilrechts ist. Hierbei gilt es zwei Schwierigkeiten zu meistern: Einerseits tritt diese Untersuchung notwendigerweise in eine kritische Distanz zu einem seit Juristengenerationen gelehrt-

11 OGH 28.6.2011, 9 Ob 29/11x EvBl 2011, 966.

12 Vgl dazu etwa die umfangreiche Analyse von Müller, Das quasidingliche Recht (2019) 87 ff.

13 Damit soll explizit auch der Forderung von Schilcher entsprochen werden, dass in Österreich hinsichtlich der Dinglichkeit statt der Wiederholung des ewig Gleichen eine kritische Auseinandersetzung angezeigt sei. S Schilcher, Ein Abschied, der schon längst fällig war – Nekrolog auf den Dualismus von dinglichen und obligatorischen Rechten in Österreich, in FS Fenyves (2013) 311 (318).

14 Vgl § 308 ABGB.

ten und gelernten Verständnis der dogmatischen Grundlagen des ABGB. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, dass in den Worten *Savignys* die Notwendigkeit besteht, dass „von Zeit zu Zeit die ganze Masse des Überlieferten neu geprüft, in Zweifel gezogen, um seine Herkunft befragt werde. Dies geschieht, indem wir uns künstlich in die Lage versetzen, als hätten wir das überlieferte Material einem Unkundigen, Zweifelnden, Widerstrebenden mitzuteilen“. ¹⁵ Andererseits ist die unkörperliche Sache als Kristallisationspunkt von Systemfragen eng verbunden mit einer Vielzahl anderer Rechtsinstitute, sodass die unkörperliche Sache nur schwerlich isoliert behandelt werden kann. Stets muss die gesamte Rechtsordnung mitgedacht werden. Mit diesen Herausforderungen geht die Notwendigkeit einher, das Erkenntnisinteresse deutlich zu umreißen und die verfolgte Methodik transparent zu machen, um belastbare Aussagen tätigen zu können.

2.1. Ausgangsproblem

Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung ist der Befund, dass dem Institut der unkörperlichen Sache von der gegenwärtigen österreichischen Zivilrechtsdogmatik keinerlei Funktion zugemessen wird. Dies steht in einem Spannungsfeld mit dem Gesetzeswortlaut, ¹⁶ wonach gem § 311 ABGB bzw § 353 ABGB ein Eigentums- und Besitzrecht ¹⁷ an unkörperlichen Sachen in Betracht kommt. Dies würde den Schluss nahelegen, dass bei Rechten, die nach § 292 ABGB als unkörperliche Sachen zu qualifizieren sind, dem Grunde nach dingliche Rechtswirkungen bestehen können, was jedoch einer Vorstellung entgegenläuft, dass dingliche und persönliche Rechte kategorial zu unterscheiden sind. Es besteht sohin eine klärungsbedürftige Diskrepanz zwischen dem Gesetzeswortlaut und seiner Interpretation. Hieraus folgt die Notwendigkeit, die herrschende Gesetzesauslegung und ihre theoretische Fundierung auf ihre Tragfähigkeit hin zu untersuchen.

Es stellt sich daher die Frage, wie ein juristisches Grundverständnis, dem derzeit quasi unwidersprochen gefolgt wird, sinnvoll rechtswissenschaftlich

15 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I (1840) Vorrede XI. *Savigny* führt fort: „Die angemessene Stimmung für eine solche prüfende Arbeit ist die der geistigen Freiheit, der Unabhängigkeit von aller Autorität, damit dieses Freiheitsgefühl nicht in Übermut ausarte, muss das heilsame Gefühl der Demut hinzutreten, die natürliche Frucht unbefangener Erwägung der Beschränktheit unserer persönlichen Kräfte, welche allein jene Freiheit des Blicks zu eigenen Leistungen befruchten können“. Trotz und wegen der kritischen Auseinandersetzung erfolgt die vorliegende Untersuchung stets in Demut und tiefem Respekt vor den Leistungen vergangener und gegenwärtiger Autoritäten.

16 Dazu kommt – wie sich zeigen wird – auch die Gesetzessystematik.

17 In der vorliegenden Analyse wird mit dem Gesetzeswortlaut von einem Recht des Besitzes ausgegangen. Inwiefern der Besitz tatsächlich als Recht anzusehen ist, wird in 4.3.4. näher thematisiert.

überprüft werden kann. Im kritischen Rationalismus wurde für empirische Wissenschaften eine klare Position dazu entwickelt, inwiefern wissenschaftliche Erkenntnisse durch den Versuch der Verifikation von Theorien gewonnen werden können. In ihrem Kerngehalt kann diese Logik auch für eine rechtswissenschaftliche Forschungsarbeit mit Gewinn herangezogen werden.¹⁸ Eines der wesentlichen Elemente dieses Ansatzes ist dabei die Asymmetrie zwischen Verifizierbarkeit und Falsifizierbarkeit von Theorien: Demnach sei es logisch unzulässig, allgemeine Aussagen zu verifizieren,¹⁹ vielmehr müssten die wissenschaftlichen Bemühungen dahingehen, diese zu falsifizieren. Es muss dabei versucht werden, einen der untersuchten Theorie widersprechenden Effekt aufzufinden.²⁰ Dies erfolgt dadurch, dass aus der Theorie besondere Sätze – sog Basissätze²¹ – abgeleitet werden, um die Theorien zu überprüfen. Denn durch einen besonderen Satz kann ein allgemeiner nur falsifiziert, nicht aber verifiziert werden.²²

Umgelegt auf das vorliegende Auslegungsproblem bedeutet dies, dass davon auszugehen ist, dass die herrschende Interpretation solange als richtig anzusehen ist, als dass diese nicht widerlegt werden konnte; ihre Richtigkeit selbst kann aber nicht nachgewiesen werden.²³ Die im Geist des kritischen Rationalismus naheliegende Herangehensweise besteht vielmehr darin, von der hA eine besondere Aussage abzuleiten, die Gegenstand einer Widerlegung sein kann. Es müssen sohin von der generell angenommenen Bedeutungslosigkeit der unkörperlichen Sache im österreichischen Zivilrecht besondere Thesen abgeleitet werden, die in der Folge auf ihre Falsifizierbarkeit hin untersucht werden. Im Fall der Widerlegbarkeit der untersuchten Thesen kann durch diese deduktive Herangehensweise auch die allgemeine Aussage, dass dem Institut der unkörperlichen Sache im österreichischen Recht keinerlei Rechtswirkungen zukommen, nicht mehr aufrechterhalten werden, weshalb auch der Konflikt zwischen Gesetzestext und -interpretation aufgelöst wird.

18 S dazu überzeugend *Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377 (384 ff).

19 *Popper*, Logik der Forschung¹⁰ (1994) 14 ff; dies ist auf ein Trilemma beim Versuch der Verifikation zurückzuführen: (i) ein unendlicher Regress, (ii) ein Zirkelbeweis, (iii) Abbruch des Begründungsverfahrens. S weiterführend *Andersson*, Basisprobleme, in Keuth (Hrsg), *Karl Popper: Logik der Forschung*³ (2007) 145 (146).

20 *Popper*, Logik der Forschung¹⁰ 54.

21 Der Begriff des Basissatzes ist dabei ironisch, da *Popper* der Auffassung war, dass die Wissenschaft nicht auf Felsengrund gebaut sei und die Basis daher schwanke. S *Andersson* in Keuth (Hrsg), *Karl Popper: Logik der Forschung*³ 145.

22 Zur Falsifikation von allgemeinen Axiomen durch von diesen abgeleiteten, weniger allgemeinen Axiomen s *Popper*, Logik der Forschung¹⁰ 44. Grundlegend zur Anwendung in der Rechtswissenschaft *Kreutz*, Das Objekt und seine Zuordnung (2017) 129.

23 So auch *Potacs*, Rechtstheorie² (2019) 160 f.

In dieser Logik ist freilich auch eine induktive Herangehensweise denkbar. Denn aus der allgemeinen Aussage, dass der unkörperlichen Sache im österreichischen Recht in „analogen“ Fallkonstellationen keinerlei Bedeutung zukommt, können besondere Aussagen zu spezifischen Rechtsproblemen abgeleitet werden. Es gilt daher zu untersuchen, ob die Wertungen des Sachenrechts für Rechte im Einzelfall tatsächlich ohne Relevanz sind. Aus der von Lehre und Rsp entwickelten Lösung von spezifischen Rechtsproblemen kann sohin ein Indiz dafür gewonnen werden, inwieweit sich dieser Strukturgrundsatz in einem untersuchten Regelungssystem wiederfindet.

2.2. Zu überprüfende Ausgangsthese

Aus der in der österreichischen Zivilrechtsdogmatik herrschend angenommenen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht werden in seltener Eintracht Folgerungen für die unkörperliche Sache gezogen. Dieser Untersuchung soll dabei der gemeinsame Kern der vertretenen Ansichten zur unkörperlichen Sache zu Grunde gelegt werden; von diesem wird angenommen, dass es sich um eine korrekte Ableitung der besonderen Aussage von der allgemeinen handelt.

Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung ist folgende These:

„Die sachenrechtlichen Regeln des ABGB beziehen sich aber, indem sie auf die Sachherrschaft abstellen, grundsätzlich nur auf körperliche Sachen und es können nur diese Gegenstand eigentlicher dinglicher Rechte sein.“²⁴

Die Kommentierung von *Kisslinger* (nunmehr *Schickmair*²⁵) ist – wie gezeigt werden soll – eine äußerst passende Zusammenfassung²⁶ des aktuellen Meinungsstands in der österreichischen Rechtswissenschaft zur unkörperlichen Sache, wie er in der Kommentarliteratur abgebildet ist.²⁷ Sehr ähnlich²⁸ äußert sich *Holzner*,²⁹ wenn er in Übernahme von *Spielbüchler*³⁰ dafür plädiert, dass nur körperliche Sachen Gegenstand eigentlicher dinglicher Rechte sein können. Die Autoren führen aber aus, dass durchaus beschränkte

24 *Kisslinger* in Klang³ § 292 Rz 9.

25 Zur Vermeidung von Verwirrungen wird in der Folge auf den früheren Namen *Kisslinger* Bezug genommen.

26 Diese Arbeit soll daher nicht als Kritik an der Kommentierung verstanden werden; diese ist dadurch, dass sie den Meinungsstand prägnant zusammenfasst, als gelungen zu bezeichnen.

27 In Spezialabhandlungen zu Fragen der Digitalisierung wird aber durchaus fundiert davon abgewichen, s dazu bspw *Weidinger*, Zur Eigentumsrechtsfähigkeit nach § 354 ABGB: Ein Plädoyer zur Abkehr von der strikten Dichotomie zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen anhand von Bitcoin, ZIIR 2023, 370.

28 *Kisslinger* verweist direkt auf die Kommentierung von *Spielbüchler*.

29 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 292 Rz 2.

30 *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 292 Rz 3.

Rechte wie Fruchtgenuss und Pfandrechte an Rechten oder unkörperlichen Sachen bestehen könnten. *Helmich* meint, dass die Normen des Sachenrechts zumeist auf die tatsächliche Beherrschbarkeit der Sachen abstellen würden und daher nur auf körperliche Sachen anwendbar seien, und stimmt *Holzner* zu, dass dingliche Rechte im eigentlichen Sinne nur an körperlichen Sachen möglich seien.³¹ Nach *Riss* ist die Körperlichkeit generell Voraussetzung dafür, dass eine Sache Objekt des Sachenrechts i.e.S. sein kann, dass also das gesamte Sachenrecht anzuwenden ist.³² *Zoppel* vertritt diesbezüglich, dass die meisten sachenrechtlichen Bestimmungen auf die tatsächliche Beherrschbarkeit abstellen und daher nur für körperliche Sachen gelten würden, er führt aber nicht aus, welche Bestimmungen des Sachenrechts für unkörperliche Sachen anwendbar seien.³³ *Welser/Kletečka* gehen davon aus, dass die Normen des Sachenrechts in Wahrheit zum größten Teil auf körperliche Sachen zugeschnitten und auf Rechte an unkörperlichen Sachen kaum anwendbar seien.³⁴ *Franz Bydlinski* bezeichnet den weiten, die unkörperliche Sachen inkludierenden Sachbegriff als Erinnerungsposten für die zuordnungsrechtlichen Funktionen und Wirkungen bei Rechten.³⁵ Eine gewisse Abschwächung findet sich einzig bei *Kodek*, nach dem die meisten Bestimmungen über dingliche Rechte auf körperliche Sachen zugeschnitten seien; nur auf körperliche Sachen anwendbar seien aber jedenfalls §§ 425 ff ABGB.³⁶ Der Blick in die aktuelle Kommentarliteratur offenbart somit, dass der oben genannte Satz einer einheitlichen Auffassung in der österreichischen Rechtswissenschaft entspricht. Er scheint dermaßen selbstverständlich, dass es idR für die Autoren, die zu einem großen Teil wichtige Autoritäten der österreichischen Zivilrechtswissenschaft sind, keines weiterführenden Nachweises für diese Auffassung bedarf.

Bemerkenswert sind jedoch die unterschiedlichen Intensitäten, mit denen die Aussage vertreten wird. Während ein Teil der Kommentarliteratur von einer völligen Unanwendbarkeit des Sachenrechts³⁷ auf unkörperliche Sachen ausgeht (*Kisslinger, Eccher/Riss*), plädiert ein anderer Teil für eine teil-

31 *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 292 Rz 13.

32 *Riss* in *KBB*⁷ (2023) § 292 Rz 2.

33 *Zoppel* in *Schwimann/Kodek*, ABGB: Praxiskommentar⁵ (2019) § 292 Rz 1.

34 *MwN* zur älteren Lit *Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁵ (2018) 97 Rz 303.

35 *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (Nachdruck 2013) 335 f.

36 *Kodek* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB: Taschenkommentar⁶ (2023) § 292 Rz 2.

37 Darunter werden die Bestimmungen der ersten Abteilung des zweiten Teils des ABGB unter Außerachtlassung des achten bis fünfzehnten Hauptstücks verstanden. Diese Klarstellung scheint notwendig; wenn der Begriff der Dinglichkeit aus dem ABGB heraus entwickelt werden soll, ist doch der Begriff des Sachenrechts im ABGB – wie gezeigt werden soll – ein anderer als der heute herrschend verwendete. In diesem ersten Abschnitt dieser Schrift soll mit der Verwendung des Begriffs des Sachenrechts ohne weitere Erwägungen auf dieses Verständnis rekuriert werden.

weise Anwendbarkeit des Sachenrechts, wobei nur von *Holzner/Spielbüchler* und *Kodek* konkrete Aussagen diesbezüglich gemacht werden. Hierbei befindet sich die Ansicht, die für eine völlige Unanwendbarkeit des Sachenrechts plädiert, wohl in der Minderheit: So wird von der hL davon ausgegangen, dass unkörperliche Sachen Gegenstand des Fruchtgenussrechts³⁸ und des Pfandrechts³⁹ sein können. Für die vorliegende Untersuchung muss der eingangs erwähnte Satz daher dahingehend reduziert werden, dass die Bestimmungen zum Fruchtgenussrecht (§§ 509 ff ABGB) und zum Pfandrecht (§§ 447 ff ABGB) durchaus auch auf unkörperliche Sachen anwendbar sind, weshalb diese hier nicht näher untersucht werden. Gegenstand der Untersuchung ist daher allein, ob die Regelungen von Besitz, Eigentum und zu Teilen des Rechts der Dienstbarkeiten auf unkörperliche Sachen keine Anwendung finden.

2.3. A-limine-Kritik an der Ausgangsthese

Bereits an dieser Stelle muss – quasi an der Schwelle der Untersuchung – auf eine Inkonsistenz in der untersuchten These hingewiesen werden. Diese führt noch nicht zu deren Ungültigkeit, bringt jedoch eine Begründungsnotwendigkeit mit sich. Wie gezeigt differenziert die hL in Österreich danach, welche dinglichen Rechte an einer unkörperlichen Sache bestehen können. Dies seien das Pfandrecht und das Fruchtgenussrecht, nicht aber Besitz, Eigentum und sonstige Dienstbarkeiten. Nun stellt sich die Frage, welchen Grund diese Ungleichbehandlung hat. Denn anders als im deutschen Zivilrecht⁴⁰ findet sich im ABGB keine Wertung wie in § 1068 BGB⁴¹ oder in § 1279 BGB,⁴² die das Fruchtgenuss- (bzw Nießbrauchsrecht) und das Pfandrecht gegenüber anderen dinglichen Rechten abheben und explizit normieren, dass nur diese dinglichen Rechte auch auf Rechte Anwendung finden. Die Regelung im ABGB ist differenziert: § 311 ABGB normiert, dass unkörperliche Sachen in Besitz genommen werden können; § 353 ABGB spricht vom Eigentum an unkörperlichen Sachen. Dass ein Pfandrecht an unkörperlichen Sachen begründet werden kann, ergibt sich durch § 448 ABGB, aber auch durch das Afterpfandrecht des § 454 f ABGB. Bei den Bestimmungen zu den persönlichen Dienstbarkeiten ist aber der fehlende Hinweis auf unkörperliche Sachen bzw ihre Anwendbarkeit auf Rechte auffallend. Die Wertungen des Gesetzeswortlauts entsprechen somit nicht der untersuchten These: Eine Anwendbarkeit der Normen des Besitzes und des Eigentumsrechts auf unkörperliche Sachen wird – ebenso wie beim Pfandrecht – zu-

38 Statt aller *Winkler* in Klang³ § 509 Rz 5; *Bittner* in Klang³ § 472 Rz 9.

39 Ausf zur Verpfändung unkörperlicher Sachen *Wolkerstorfer* in Klang³ § 452 Rz 7 ff.

40 Krit dazu *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951) 36 f.

41 Dieser normiert in Abs 1: Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein.

42 Dieser normiert in Abs 1: Für das Pfandrecht an einer Forderung gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1280 bis 1290.

mindest nahegelegt,⁴³ während ein solcher Hinweis bei Fruchtgenussrechten unterbleibt. Sollte eine Widerlegung der hA nicht gelingen, so muss es Ziel der vorliegenden Arbeit sein, diese Inkonsistenz zu begründen.

2.4. Einschränkungen der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung soll sich nicht auf die gesamte These, dass die Bestimmungen des Sachenrechts ausschließlich auf körperliche Sachen Anwendung finden, sondern nur auf Teile davon erstrecken. Die wesentliche Einschränkung besteht darin, dass diese nicht für sämtliche unkörperliche Sachen, sondern nur hinsichtlich ihrer Geltung in Bezug auf Rechte geprüft wird. Denn nach § 292 ABGB können alle Rechte als unkörperliche Sache qualifiziert werden; freilich sind in der Sphäre des Reellen seither vielfältige andere unkörperliche Phänomene entstanden. Diese sollen in der vorliegenden Untersuchung explizit außerhalb der Betrachtung bleiben, was eine dreifache Begründung findet: Erstens waren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Stamfassung des ABGB im frühen 19. Jhd, auf die eine Vielzahl der Bestimmungen zum Sachenrecht zurückzuführen ist, außer Rechten keine unkörperlichen Sachen im Verkehr, denen rechtliche Relevanz zukam. Die gesetzlichen Wertungen zur unkörperlichen Sache sind somit klar auf Rechte gemünzt. Zweitens kann nach § 292 ABGB nur für Rechte mit letzter Sicherheit die Behauptung aufgestellt werden, dass diese als unkörperliche Sache gelten. Für alle anderen Erscheinungsformen in der Sphäre des Tatsächlichen bedarf es einer eigenständigen, vom Gesetzgeber nicht getroffenen Wertungsentscheidung, ob diese körperlich sind oder nicht.⁴⁴ Diese Unterscheidung kann zwar in einem Exkurs analysiert werden, zum Erkenntnisinteresse iES dieser Arbeit gehört sie indes nicht. Drittens erfordert die Untersuchung von nicht in Rechten bestehenden unkörperlichen Sachen eine heterogene technisch-ökonomische Analyse der einzelnen Erscheinungsformen, für die an dieser Stelle nicht der rechte Platz ist. Diese von der Untersuchung ausgenommenen unkörperlichen Sachen können und sollen Gegenstand eigenständiger Arbeiten sein.⁴⁵

Der Versuch der Widerlegung der Ausgangsthese soll zudem nicht für sämtliche Bestimmungen, für die dieser Geltung verlangt, unternommen werden. Sämtliche Normen des siebenten Hauptstückes der ersten Abteilung des Sachenrechts werden von der vorliegenden Untersuchung ausgenommen. Dies hat jeweils unterschiedliche Gründe: So sollen zum einen persönliche Dienst-

43 Ob diese tatsächlich Anwendung finden, muss die spätere Analyse zeigen.

44 So ist es bspw nicht klar, ob Elektrizität als körperliche oder unkörperliche Sache qualifiziert werden soll, s *Kisslinger* in *Klang*³ § 292 Rz 13. Dasselbe gilt auch für digitale Daten, vgl *Klammer*, *Dateneigentum* 117 ff.

45 Vgl etwa die zT auf den Ergebnissen dieser Arbeit aufbauende Untersuchung von Krypto-Assets in *Kogler/Holzweber* (Hrsg), *Krypto-Assets im Zivilrecht* (im Erscheinen).

barkeiten (§§ 504 ff ABGB) generell nicht weiter untersucht werden. Diese Einschränkung hat einen pragmatischen Grund: Kann die These, dass die Bestimmungen des Sachenrechts im ABGB ausschließlich auf körperliche Sachen Anwendung finden, widerlegt werden, so wird wohl für sämtliche persönliche Dienstbarkeiten – und nicht nur Fruchtgenussrechte – gelten, dass diese auch auf unkörperliche Sachen Anwendung finden. Schlägt die Falsifikation fehl, so müssen die Wertungen zur Anwendbarkeit des Fruchtgenussrechts daraufhin analysiert werden,⁴⁶ ob diese auch für andere persönliche Dienstbarkeiten stimmig sind. Da diese Untersuchung inhaltlich getrennt von den sonstigen Überlegungen ist, kann es gerechtfertigt werden, diese abzuschichten. Zum anderen sollen die Regelungen zu den Grunddienstbarkeiten (§§ 473 ff ABGB) nicht in die Untersuchung miteinbezogen werden. Dies findet einen Grund darin, dass nach expliziter Anordnung des § 474 ABGB eine Grunddienstbarkeit zwei Grundbesitzer voraussetzt, woraus sich ergibt, dass nach der Konzeption des ABGB nur derjenige, der ein Recht an einem Grundstück hat, zu einer Grunddienstbarkeit verpflichtet oder daraus berechtigt werden kann. Eine direkte Anwendung dieser Norm auf unkörperliche Sachen scheint derart unwahrscheinlich, dass auf eine weitere Untersuchung verzichtet wird.⁴⁷ Grundsätzlich denkbar wäre eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen einerseits auf als unbewegliche Sache zu qualifizierende Rechte (§ 298 ABGB) sowie andererseits auf Registerrechte wie Patent- oder Markenrechte,⁴⁸ die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ABGB noch nicht bestanden; eine solche analoge Anwendung ist jedoch ebenso nicht im engeren Erkenntnisinteresse der vorliegenden Arbeit. Dementsprechend soll von einer Überprüfung der Ausgangsthese auf ihre Falsifizierbarkeit hinsichtlich der §§ 472 ff ABGB generell abgesehen werden.

2.5. Rechtswissenschaftliche Falsifikation

Eine nähere Betrachtung erfordert die Frage, unter welchen Umständen ein rechtswissenschaftlicher Satz als widerlegt angesehen werden kann. Ein wissenschaftliches System ist nach *Popper* allgemein dadurch charakterisiert, dass sich seine Aussagen intersubjektiv nachprüfen und falsifizieren lassen.⁴⁹

46 Was *prima facie* wohl bejaht werden muss.

47 Zu Grunddienstbarkeiten am Baurecht s aber *Bittner* in Klang³ § 472 Rz 9.

48 Angedacht werden könnte dies etwa bei abhängigen Patenten, bei denen für ein jüngeres Patent ein Rückgriff auf die Lehren eines älteren Patents notwendig ist. Der Inhaber des jüngeren Patents benötigt dabei für die Nutzung seiner Erfindung die Zustimmung des Inhabers des älteren Patents. Die Rechtsposition des Inhabers des älteren und des jüngeren Patents sind dabei dinglich und gehen auf einen Erwerber über. S dazu weiterführend etwa *Scharen* in Benkard, Patentgesetz¹² (2023) § 9 Rz 75 ff.

49 *Popper*, Logik der Forschung¹⁰ 14 ff; zur Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 76 ff; vgl auch *Potacs*, Rechtstheorie² 162.

Die Entkräftung von rechtswissenschaftlichen Sätzen ist jedoch nicht trivial. Denn im Unterschied zu naturwissenschaftlichen Thesen kann eine rechtswissenschaftliche Aussage nicht durch Beobachtung verworfen werden. Im Recht gibt es keinen schwarzen Schwan, dessen Beobachtung eine Aussage: „Alle Schwäne sind weiß“ endgültig und für alle Zeiten als unzutreffend entlarvt. Auch die Aussage eines Höchstgerichts, das über die Anwendung eines rechtswissenschaftlichen Satzes zu befinden hat, kann – anders als nach laienhafter Vorstellung – einen rechtswissenschaftlichen Satz nicht widerlegen. Die Rechtswissenschaft ist somit – jedenfalls solange sie keine Aussagen über die Realität trifft⁵⁰ – eine dogmatische und keine empirische Wissenschaft. Daraus folgt aber, dass eine rechtswissenschaftliche Aussage nur dann verworfen werden kann, wenn sie den Regeln der Dogmatik widerspricht. Falsch ist somit eine Aussage, wenn sie zu Widersprüchen im normativen System führt und/oder mit diesem im Widerspruch steht.⁵¹ Rechtswissenschaftliche Falsifikation ist daher insoweit zeitgebunden, als dass sich im Zeitablauf Änderungen im dogmatischen System ergeben können und dieselbe Aussage zu ein und demselben Regelungszusammenhang einmal als falsch und widerspruchsvoll und einmal als richtig und widerspruchsfrei angesehen werden kann.⁵² Rechtswissenschaftliche Erkenntnis ist daher im Grundsatz stets auf das gesamte dogmatische System rückbezogen und somit zeitgebunden,⁵³ da dieses nicht statisch ist.⁵⁴

Der Ausschluss von wissenschaftlich nicht nachvollziehbaren Aussagen stellt freilich noch kein widerspruchsfreies System sicher. Denn die Anwendung von anerkannten Methoden der Regelinterpretation auf anerkannte Rechtsquellen ermöglicht eine Vielzahl von Thesen,⁵⁵ die – obwohl jede als wissenschaftlich und intersubjektiv nachvollziehbar bezeichnet werden

50 Va im anglo-amerikanischen Raum nimmt die Rechtstatsachenforschung einen bedeutenden Platz ein.

51 Die Widerspruchslosigkeit ist eine generelle Voraussetzung eines theoretischen wissenschaftlichen Systems, unabhängig davon, ob dieses empirisch ist oder nicht. S *Popper*, Logik der Forschung¹⁰ 59.

52 Gleichsinnig merkt auch *Kodek* an, dass die Methodenlehre immer nur für eine bestimmte Rechtsordnung ermittelt werden kann und keine weltweit anwendbare Methodenlehre besteht, s *Kodek*, Richterliche Rechtsfortbildung – Möglichkeiten und Grenzen, in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 1 (6).

53 Diese banal klingende Ausführung ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch von Relevanz. Er zeigt sich im vollständigen Wechsel der Ansichten im Übergang von Exegetischer Schule zu Historischer Rechtsschule in Österreich in der Mitte des 19. Jhds.

54 Dieser Zusammenhang geht bei der häufig sehr kurzen Halbwertszeit von Normen – etwa im Kapitalmarktrecht – völlig unter. Die Gültigkeit eines rechtswissenschaftlichen Satzes ist hier auf die kurze Bestandsdauer des Normzusammenhangs, auf den sich dieser bezieht, beschränkt.

55 Nach *Potacs* hat daher jedes Auslegungsergebnis hypothetischen Charakter, s *Potacs*, Rechtstheorie² 163.

kann – in direktem Widerspruch zueinanderstehen. Es hat daher eine Entscheidung zu erfolgen, welcher Aussage gefolgt und welche verworfen werden muss. In einem System, das eine möglichst hohe Konsistenz gewährleisten will, ist diese Entscheidung durch Widerspruchsvermeidung⁵⁶ geprägt: Die Aussage, die relativ gesehen mehr Widerspruch mit den sonstigen Aussagen des Systems hervorruft, ist zu verwerfen. Da moderne dogmatische Systeme eine derartige Komplexität und Dynamik aufweisen, dass sie von Einzelnen nicht restlos überblickt und auf ihre Widersprüchlichkeit mit dem Gesamtsystem hin überprüft werden können, ist diese Entscheidung ein kollektiver Such- und Überprüfungsprozess. Es entsteht daher ein Diskurs, in dem festgelegt wird, welche der widersprechenden Aussagen widerspruchsfreier in das Gesamtsystem eingeordnet und daher beibehalten werden können. Dieser Diskurs wird von der Rsp⁵⁷ und der sonstigen Lit⁵⁸ geprägt, wobei sowohl innerhalb dieser Gruppen⁵⁹ als auch potenziell zwischen diesen ein Austausch besteht.⁶⁰ Der Unterschied zwischen diesen Teilnehmer*innen⁶¹ am juristischen Diskurs liegt dabei darin, dass die Rsp auf Grund ihrer Funktion in der Rechtsanwendung zuweilen gezwungen ist, zu gewissen rechtswissenschaftlichen Sätzen Stellung zu nehmen, während dies dem Schrifttum weitgehend freigestellt ist. In diesem Suchprozess erfolgt eine Festlegung der einzelnen Teilnehmer – also der Rsp und der sich sonst zu Wort Meldenden – auf die im Hinblick auf den jeweils überblickten Teil

56 Hieraus ergibt sich gleichermaßen auch die beschriebene Grobprüfung einer Aussage: Eine Aussage, die nicht intersubjektiv nachvollziehbar ist, muss generell als widersprüchlich in einem wissenschaftlichen System aufgefasst werden.

57 Vgl dazu auch *Sailer*, der die Rsp als Rechtserkenntnisquelle ansieht, was sich auf die Überzeugungskraft der Begründung zurückführen lasse, s *Sailer*, Die lex-lata-Grenze: Zentrales Element des gewaltenteilenden Rechtsstaates oder bloße Chimäre? in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation (2012) 135 (140).

58 Teil davon ist die L, die sich als Teil der wissenschaftlichen Community zu Wort meldet und im Idealfall einen von eigenen Interessen unbeeinflussten Standpunkt einnimmt. Der gegenteilige Fall führt zu Verzerrungen des Meinungsbilds bei Fragestellungen von hoher wirtschaftlicher Bedeutung für den Rechtsunterworfenen. Dieser aus wissenschaftlicher Sicht bedauernswerte Zustand muss bei der Ermittlung der hL stets im Hinterkopf behalten werden.

59 Besonders relevant ist die Widerspruchsvermeidung in der Rsp, was sich insb in der Wirkung von Präjudizien widerspiegelt.

60 Zur Konsensbildung als Dialog zwischen Rsp und L auch eindrücklich *Esser*, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in FS Raiser (1974) 517 (534 ff); zur Diskursgemeinschaft innerhalb der Rechtswissenschaft *Eggel*, Zur Begründung der Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht (2021) 8 f.

61 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten aber stets für alle Geschlechter. Um Geschlechterstereotypen aufzuweichen, wird bei Beispielen teils explizit ein Sternchen-Verweis gesetzt.

des Systems widerspruchsfreiere Aussage.⁶² Aus diesem Suchprozess resultiert entweder eine einhellige Meinung, eine herrschende L bzw Rsp oder ein völliger Gleichstand der Ansichten zur Frage, welche Aussage verworfen und welche beibehalten werden soll. Die hM⁶³ beinhaltet daher die Vermutung, dass eine Aussage widerspruchsfreier in ein dogmatisches Gesamtsystem integrierbar ist als eine rivalisierende. Diese Vermutung kann freilich durch den Nachweis durch im Suchprozess übersehene oder durch die Dynamik des Gesamtsystems später hinzugetretene Widersprüchlichkeiten widerlegt werden. Als widersprüchlich(er) verworfen werden kann eine wissenschaftlich nachvollziehbare Aussage somit stets nur in Bezug auf das Gesamtsystem.⁶⁴

Aus den dargelegten Grundsätzen des rechtswissenschaftlichen Erkenntnisprozesses ergeben sich Folgerungen für den hier vorgenommenen Versuch der Widerlegung eines rechtswissenschaftlichen Satzes, der von der einhelligen hL als zutreffend angesehen wird. Die Falsifikation ist als argumentativer Prozess mit offenem Ausgang aufzufassen. Es kann einerseits der Versuch unternommen werden, zu zeigen, dass eine Aussage nicht wissenschaftlich nachvollziehbar ist und somit außerhalb des wissenschaftlichen Diskurses steht. Dies käme in einem nicht axiomatischen, wissenschaftlichen System tatsächlich einer Falsifikation gleich, da ein solches System seine Wissenschaftlichkeit verliert, wenn sie auf nicht intersubjektiv nachvollziehbaren Sätzen basiert. Kann die Aussage aus einer anerkannten Rechtsquelle wissenschaftlich nachvollziehbar entnommen werden, ist eine Falsifikation des Satzes iES nicht mehr möglich. Es können bloß Widersprüchlichkeiten aufgezeigt werden, die im rechtswissenschaftlichen Suchprozess bislang nicht hinreichend berücksichtigt wurden; damit kann aber uU gleichermaßen anderen als den herrschenden Thesen zum Durchbruch verholfen werden. Rechtswissenschaftliche Falsifikation erfolgt daher nicht durch eine streng-logische Beweisführung, die zu einer generellen Verwerfung einer Aussage führt. Vielmehr beruht sie im Kern auf einer möglichst überzeugenden Darstellung von Argumenten, die es nahelegen, dass die untersuchte These dem Überprü-

62 Daraus lässt sich freilich die besondere Rolle von Autoritäten im Diskurs erklären, denen eine besonders intensive bzw weitläufige Kenntnis des Gesamtsystems zuerkannt wird.

63 Im Größenschluss natürlich auch die einhellige Meinung.

64 In Vorwegnahme der Ergebnisse soll zur Illustration dieses Umstands ein Beispiel dienen: Während der Gesetzgeber und die fast einhellige Rsp bis in das frühe 20. Jhd der Auffassung waren, dass für die Übertragung eines Rechts ein Modus iSd §§ 426 ff ABGB gesetzt werden müsse – insb die Urkundenübergabe gem § 427 ABGB – wird heute für die Zession einhellig angenommen, dass eine derartige Erwerbungsart nicht vonnöten sei. Vorausgesetzt es handelt sich jeweils um eine wissenschaftlich nachvollziehbare Aussage, kann die unterschiedliche Festlegung nur in Bezug auf Änderungen im gesamten Rechtssystem – insb die derzeit unumstrittene – Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht zurückgeführt werden.

fungssatz nicht standhält bzw im Gesamtsystem widerspruchsvoller ist als bisher angenommen.

Die vorliegende Arbeit versteht sich sohin als Versuch, Widersprüchlichkeiten in der herrschenden Interpretation des österreichischen Zivilrechts aufzudecken, die bislang noch nicht hinreichend beachtet wurden. Hierbei werden zwei verschiedene Stoßrichtungen verfolgt: Einerseits soll in einer deduktiven Herangehensweise der Nachweis geführt werden, dass die Ableitung eines engen, auf körperliche Gegenstände begrenzten Sachbegriffs im Regelungssystem des ABGB zu manifesten Widersprüchen zu den anerkannten Methoden der Rechtswissenschaft führt. Andererseits soll in einer induktiven Herangehensweise gezeigt werden, dass bei der Lösung von Einzelfallproblemen durchaus von einer Anwendung von sachenrechtlichen Regelungen auf Rechte ausgegangen wird. In den rechtswissenschaftlichen Diskurs soll sohin als Argument eingebracht werden, dass die These, dass die Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts auch auf unkörperliche Sachen Anwendung finden können, im österreichischen Zivilrecht zu deutlich weniger Widersprüchen führt als die untersuchte Ausgangsthese, weshalb diese im rechtswissenschaftlichen Diskurs verworfen werden sollte.

2.6. Methodik der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit widmet sich somit der Frage, ob die These, dass die sachenrechtlichen Regelungen des ABGB nur auf körperliche Sachen Anwendung finden, unter ihren in Punkt 2.4. angeführten Einschränkungen einer anerkannten Rechtsquelle mit anerkannten Methoden der Regelinterpretation entnommen werden kann und bejahendenfalls, inwiefern diese zu Widersprüchlichkeiten im dogmatischen Gesamtsystem führt. Durch diese Untersuchung soll sohin gezeigt werden, dass diese Aussage verworfen werden muss bzw widerspruchsvoller ist als die Gegenposition, dass die Bestimmungen des Sachenrechts im ABGB dem Grunde nach auch auf Rechte Anwendung finden. Eine solche Analyse muss ebenso selbstredend die an eine untersuchte These gestellten Anforderungen der Wissenschaftlichkeit erfüllen. Bereits an dieser Stelle soll daher das der vorliegenden Untersuchung zu Grunde gelegte Verständnis von Rechtsquellen und Normauslegung offen gelegt werden;⁶⁵ diese Ausführungen beziehen sich aber freilich nur auf den Untersuchungsgegenstand und erheben ausdrücklich nicht den Anspruch auf Allgemeingültigkeit.

65 Sehr eindeutig zur Methodentransparenz in der Rechtswissenschaft Torggler: „*Es ist unbedingt geboten, die methodischen Schritte offenzulegen*“, Torggler, Die Kunst, Recht fortzubilden, in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 47 (55); auch Aicher fordert die Offenlegung der Methode, die keineswegs nur ein Selbstzweck sei, s weiterführend Aicher, Das Eigentum als subjektives Recht (1975) 16 ff.

2.6.1. Rechtsquellen

Primäre Rechtsquelle für die vorliegende Untersuchung ist das positive Recht, verstanden in einem weiten Sinn als generell-abstrakte Normen.⁶⁶ Der klare Schwerpunkt liegt dabei bei den sachenrechtlichen Bestimmungen des ABGB, die in ihrer überwiegenden Mehrzahl seit der Stammfassung aus 1811 unverändert geblieben sind. Daraus folgt eine mehr als 200-jährige Geschichte der Gesetzesauslegung und -fortbildung, die in die Betrachtung mit eingehen muss.⁶⁷ Die Auslegung und Fortbildung von Recht lässt sich dabei nach *Larenz* in drei Gruppen einteilen:

Die Auslegung i.e.S., deren Grenze im „*möglichen Wortsinn*“ des Gesetzes besteht,⁶⁸ die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung, die über den möglichen Wortsinn hinausreicht, aber innerhalb des ursprünglichen Plans des Gesetzgebers bleibt, und schließlich die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung.⁶⁹ Letztere muss einem über das einzelne Gesetz reichenden Rechtsgedanken folgen; es handelt sich sohin um eine Rechtsfortbildung *extra legem* aber *intra jus*; diese ist aber eng dadurch begrenzt, dass die Antwort auf eine virulente Rechtsfrage „*im Rahmen der geltenden Rechtsordnung insgesamt mit spezifisch rechtlichen Erwägungen allein nicht gefunden werden kann* (...)“⁷⁰. Dem ist nach *Franz Bydlinki* generell zuzustimmen: Die Rechtsfortbildung *extra legem* darf nicht dem klaren Gesetzesinhalt bzw der gesetzgeberischen Absicht widersprechen.⁷¹ Eine solche Rechtsfortbildung kann sich aber insb im Fall des Funktionswandels – einer signifikanten Änderung außerhalb des betroffenen Gesetzestextes – ergeben.⁷² Der vorliegenden Untersuchung wird das Rechtsquellenverständnis von *Larenz* und *Franz Bydlinki* zu Grunde gelegt: Die meist über 200 Jahre alten Regelungen des ABGB werden inklusive der erfolgten, methodisch vertretbaren Rechtsfortbildungen als Rechtsquelle betrachtet. Der Nachweis, dass der Gesetzgeber von 1811 der hier untersuchten These in Einzelfragen nicht gefolgt ist, widerlegt diese somit noch nicht endgültig; es muss vielmehr darauf abgestellt werden, ob durch Rechtsfortbildungen zwischenzeitlich Modifikationen der Rechtsquelle eingetreten sind.

Aus dem in der vorliegenden Untersuchung eingenommenen Blickwinkel resultiert ein denkbar weites Konzept der Rechtsquelle.⁷³ Daraus folgt, dass

66 Vgl *F. Bydlinki*, Juristische Methodenlehre² 214.

67 Nach *Larenz* sind diese als verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens aufzufassen *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 366.

68 Ausf zu dieser Diskussion *F. Bydlinki*, Juristische Methodenlehre² 465 ff.

69 *Larenz*, Methodenlehre⁶ 366 ff.

70 *Larenz*, Methodenlehre⁶ 426 f.

71 *F. Bydlinki*, Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, in Koller et al (Hrsg), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken (1998) 27 (68 ff).

72 *F. Bydlinki* in Koller et al (Hrsg), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken 74 ff.

73 Bei einem denk- und durchaus argumentierbaren engeren Konzept der Rechtsquelle würde die Gefahr erwachsen, dass der Widerlegungsversuch allein auf Grund des

selbst wenn Rechtsfortbildungen außerhalb des von *Larenz* aufgestellten Rahmens erfolgen, noch nicht zwingend davon auszugehen ist, dass diese keine Grundlage in anerkannten Rechtsquellen finden können. Denn trotz des expliziten Wortlauts des § 10 ABGB geht die völlig hL davon aus, dass es im Zivilrecht zu einer Bildung von Gewohnheitsrecht kommen kann, das als eigenständige Rechtsquelle neben das positive Recht tritt.⁷⁴ Gewohnheitsrecht ist dadurch charakterisiert, dass es nicht durch eine dazu berechnigte Instanz in Geltung gesetzt wird, sondern eine tatsächliche allgemeine Übung der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft mit der Überzeugung, dass diese rechtlich verbindlich sei (*opinio juris*), vorliegt.⁷⁵ Dabei wird davon ausgegangen, dass Gewohnheitsrecht,⁷⁶ das nach dem Inkrafttreten des ABGB entstanden ist, grundsätzlich auch das positive Recht zu verdrängen vermag.⁷⁷ Die hier untersuchte These, dass sachenrechtliche Regelungen nur auf körperliche Sachen Anwendung finden, kann somit – selbst wenn sie nicht aus dem positiven Recht ableitbar ist – potenziell gewohnheitsrechtlich legitimiert sein. Sofern eine These aus dem Gewohnheitsrecht methodisch vertretbar ableitbar ist, kann ihr somit keine prinzipielle Unrichtigkeit attestiert werden.

Die Geltung von Gewohnheitsrecht ist eng mit der Frage verbunden, welche Funktion dem Richterrecht eingeräumt wird.⁷⁸ Zwar werden richterliche Entscheidungen völlig zu Recht als *Rechtskenntnisquelle* und nicht als Rechtsquelle angesehen,⁷⁹ es wird aber mittlerweile davon ausgegangen, dass sich Gewohnheitsrecht nur unter Duldung der Gerichte bilden und erhalten könne.⁸⁰ Gerichte sind darüber hinaus idR maßgeblich bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht beteiligt.⁸¹ Zwar kommt der stRsp selbst keine Stellung als Gewohnheitsrecht zu,⁸² richterliche Entscheidungen können aber durchaus

Rechtsquellenkonzepts unvollständig wäre. Freilich sind die folgenden Ausführungen nur instrumental für die Untersuchung zu verstehen und keine allgemeine Stellungnahme zu Rechtsquellen und deren Umfang.

74 S nur *Kehrer* in Klang³ § 10 Rz 9; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 214 ff.

75 *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 215.

76 Dazu jüngst ausf *Leitner*, Gibt es Gewohnheitsrecht im geltenden österreichischen Recht? in FS Konecny (2022) 285, der die Frage der Geltung des Gewohnheitsrechts zu Recht mit dem Staatsverständnis in Zusammenhang setzt.

77 S nur *Kehrer* in Klang³ § 10 Rz 15. Hierbei besteht jedoch eine Diskrepanz zur öffentlich-rechtlichen L, die dem Gewohnheitsrecht ablehnend gegenübersteht, s dazu *Holzner* in Klang³ § 405 Rz 14.

78 So auch *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983) 69 f.

79 S nur *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 12 Rz 9 ff; ebenso *Kerschner*, Juristische Methodenlehre (2022) 44 f.

80 *Kehrer* in Klang³ § 10 Rz 15.

81 *Esser*, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in FS v Hippel (1967) 95 (125).

82 *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 12 Rz 19; *Sailer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation 140; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 503.

als Katalysatoren bei der Bildung von Gewohnheitsrecht fungieren.⁸³ Dies sei etwa der Fall bei der Usualinterpretation, also bei Inhalten, die „in ständiger, vielleicht seit Gesetzesentstehung nie ernsthaft umstrittener Praxis aus dem Wortlaut eines Gesetzes herausgelesen oder in ihn hineingelegt“ worden sind.⁸⁴ Hier prävaliert das Gebot der Rechtssicherheit und der Vorausschbarkeit von Entscheidungen,⁸⁵ wenn die Entscheidungspraxis mit einer lang andauernden Übung der Rechtsunterworfenen und ihrer – höchststrichterlich abgesicherten⁸⁶ – Überzeugung der Rechtmäßigkeit einhergeht.⁸⁷ Sind diese Voraussetzungen gegeben, kann eine vom positiven Recht abweichende Wertung durchaus auf eine anerkannte Rechtsquelle zurückgeführt werden.⁸⁸

2.6.2. Methoden der Regelinterpretation

Die Interpretation von Regeln hat den Zweck, den im interpretierten Text beschlossenen, aber dennoch verhüllten Sinn zu ergründen.⁸⁹ Durch die Auslegung soll nach *Larenz* die interpretierte Regel „zum Sprechen gebracht werden“, ohne dass der Ausleger etwas hinzufügt oder weglässt; die Regel wird somit mit Blick auf die der Interpretation zu Grunde liegenden Problemstellung deutlicher und mitteilbar.⁹⁰ Rechtswissenschaft wird daher zu Recht als verstehende Wissenschaft bezeichnet: Der normative Gehalt einer Regel muss erfasst und verstanden werden.⁹¹ Dabei hat sich in der Rechtswissenschaft ein Kanon an Auslegungsmethoden entwickelt, die gewährleisten sollen, dass die Interpretation nicht dem Gutdünken des Auslegers überlassen wird, sondern intersubjektiv nachvollziehbar ist.

83 MwN und Beispielen *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 12 Rz 20.

84 *Esser* in FS v Hippel 113; dahingehend auch *Gschnitzer*, Schafft Gerichtsgebrauch Recht? in FS 100 Jahre OGH (1950) 40 (40 f); für eine weitergehende Anwendung des Gewohnheitsrechts unter Indienstnahme der Rsp plädierend *Harre*, Entwicklungsstufen der Rechtsfindung (2018) 107 ff; krit dazu *Kerschner*, Juristische Methodenlehre 47 ff.

85 Zu diesen ausf *Sailer*, 200 Jahre § 12 ABGB: Rechtssicherheit ohne stabile Entscheidungspraxis? in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), 200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation (2012) 175 (183 ff).

86 Nach der Rsp des BGH muss in diesem Fall die *opinio juris* nicht mehr separat nachgewiesen werden, s weiterführend *Esser* in FS v Hippel 127.

87 *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 12 Rz 20; sehr weitgehend *Kerschner/Kehrer* in Klang³ § 12 Rz 26 f.

88 Als Beispiel im Sachenrecht sei hier nur die richterliche Anerkennung von außerbücherlichen, offenkundigen Dienstbarkeiten genannt, die als gewohnheitsrechtliche Teilderogation des § 481 ABGB angesehen wird, s dazu weiterführend *Bittner* in Klang³ § 481 Rz 5; vgl dazu ausf *Holzweber*, Das Mirakel der unverbücherten Dienstbarkeit im österreichischen Recht, SSRN-Paper (2022).

89 *Larenz*, Methodenlehre⁶ 313.

90 AaO.

91 Zur Jurisprudenz als „verstehende“ Wissenschaft ausf *Larenz*, Methodenlehre⁶ 204 ff.

Voraussetzung für die intersubjektiv nachvollziehbare Regelauslegung ist somit die „richtige“ Distanz zu den interpretierten Inhalten. Denn einerseits darf die Auslegung nicht distanzlos sein und die Auffassung des Auslegers mit der interpretierten Regel vermengt werden. Andererseits ist bei der Regelauslegung auch die übermäßige Distanz zum interpretierten Inhalt zu vermeiden, die dazu führt, die Regelauslegung und die Regelkritik zu vermischen. Es gilt daher die dogmatische Regelauslegung und das rechtspolitische Argument streng zu trennen. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich ausdrücklich auf die dogmatische Interpretation, da gezeigt werden soll, dass sich die untersuchte These nicht aus den anerkannten Rechtsquellen herleiten lässt. Aus dieser Distanz zu den interpretierten Regeln folgt für die vorliegende Untersuchung, dass Wertungen des Gesetzgebers nicht als falsch oder unlogisch bewertet werden. Denn es ist insb nicht Aufgabe der wissenschaftlich nachvollziehbaren Regelinterpretation, unbefriedigende Gesetzesbestimmungen durch Auslegung zu berichtigen;⁹² dies ist alleine Aufgabe der Gesetzgebung.⁹³

Der Kanon der rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethoden umfasst bekanntlich neben der wörtlichen (grammatikalischen) Auslegung die systematisch-logische Auslegung, die historische Auslegung und die objektiv-teleologische Auslegung.⁹⁴ Str ist dabei, in welchem Verhältnis sich diese Auslegungsmethoden befinden: Während die hL⁹⁵ davon ausgeht, dass keine Rangordnung zwischen diesen besteht, plädieren insb *Kerschner*⁹⁶ und *Kehrer*⁹⁷ für einen Vorrang der subjektiv historischen Methode, da diese den sichersten Aufschluss über die Absicht des Gesetzgebers gebe. Ohne auf diese Diskussion im Einzelnen einzugehen, ist iZm der Interpretation der meist über 200 Jahre alten Bestimmungen des Sachenrechts im ABGB der Geschichtlichkeit der Regel besonderes Augenmerk zu schenken. Denn in diesem Kontext ist es nicht trivial, die betreffenden Regelungen „zum Sprechen zu bringen“, ohne als Ausleger etwas hinzuzufügen oder wegzulassen.

Eine Herausforderung bei der Auslegung weit in der Vergangenheit konzipierter Regelungen liegt in der Überbrückung der Diskrepanz in der Ge-

92 So auch *Kodek* in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen 12.

93 Dies wird auch von der Rsp so anerkannt, s RIS-Justiz RS0009099.

94 S dazu nur F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre² 436 ff.

95 S nur *Kodek* in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen 23 ff; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 128 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 345.

96 *Kerschner/Kehrer* in Klang³ §§ 6 f Rz 100; *Kerschner*, Die lex-lata-Grenze: Zentrales Element des gewaltenteilenden Rechtsstaates oder bloße Chimäre? in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation (2012) 119 (128).

97 Dieser ist in seiner Monographie jedoch deutlich abgeschwächt, da er wörtliche, systematische und historische Auslegungsmethode gleichermaßen auf der ersten, den anderen vorausgehenden, Stufe, verortet, s *Kehrer*, Gesetzeskonforme Methodik (2013) 71 ff.

schichtlichkeit. Denn einerseits ist jeder Rechtssatz und jedes Dogma Produkt einer geschichtlichen Entwicklung und daher nur in diesem Kontext erfassbar.⁹⁸ Andererseits ist spätestens nach den Grundsatzarbeiten von *Hans-Georg Gadamer* klar, dass die Interpretationstätigkeit durch die Vorurteile⁹⁹ des Auslegenden geprägt ist, der am Endpunkt einer geschichtlichen Entwicklung steht.¹⁰⁰ Bei der Auslegung einer Bestimmung wird dabei idR ein gegenwärtiges Verständnis an den Tag gelegt, ohne die Geschichtlichkeit der Regel zu bedenken; das Erkenntnisobjekt wird somit im aktuellen Kontext „zu-rechtgerückt“. Gegen diese geschichtlich abändernde Regelinterpretation entwickelte *Peter Kreutz* aufbauend auf den geisteswissenschaftlichen Konzepten *Gadamers* eine geschichtlich orientierte Methodik in den Rechtswissenschaften.¹⁰¹ Demnach ist die Geschichtlichkeit des Erkenntnisobjekts ein wesentliches Moment der Erfassung des Objekts selbst.¹⁰² Es müsse bei der Gesetzesauslegung sohin ein analytisches Bemühen dahingehend bestehen, „*diejenigen Möglichkeiten zu erfassen, welche in der historischen Situation bestanden und woraus der fragliche Rechtssatz sich zeitgenössisch gewinnen ließ*“¹⁰³. Darüber hinaus hat sich der Auslegende als Endpunkt einer geschichtlichen Entwicklung zu betrachten und danach zu trachten, sich geschichtlich „durchsichtig“ zu machen.¹⁰⁴ Dies geht einerseits mit dem Streben einher, den Untersuchungsgegenstand möglichst vorurteilsfrei zu betrachten und zeitgenössische Rechtsvorstellungen bei der Regelinterpretation zunächst außen vor zu lassen. Andererseits müssen auch lange etablierte und noch heute anerkannte Interpretationsansätze in ihrem geschichtlichen Kontext verortet und auf etwaige mit diesem verbundene Vorurteile kritisch betrachtet werden. In der vorliegenden Untersuchung soll bei der Interpretation der Regeln des ABGB neben den anderen Auslegungsmethoden somit der Geschichtlichkeit eine besonders bedeutende Stellung eingeräumt werden.

Diese für die heutige Zeit nicht sehr geläufige Akzentuierung der Geschichtlichkeit¹⁰⁵ in einer zivilrechtsdogmatischen Untersuchung verlangt weitere Klarstellungen zum Verhältnis von Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte. Rechtsgeschichte wird in der vorliegenden Untersuchung als Auslegungsinstrument des derzeit geltenden Rechts verwendet; Erkenntnisobjekt ist somit die Regel bzw der Regelungszusammenhang und nicht der historische Kontext,

98 *Kreutz*, Das Objekt 99.

99 Zum wertungsfreien Begriff des Vorurteils, s *Gadamer*, Hermeneutik I⁵ (1986) 274 ff.

100 Dazu auf *Gadamer*, Hermeneutik I⁵ 270 ff.

101 Ausf dazu *Kreutz*, Das Objekt 97 ff.

102 *Kreutz*, Das Objekt 104; ähnlich auch *Eggel*, Begründung 33 ff; *Kerschner*, Juristische Methodenlehre 20 f.

103 *Kreutz*, Das Objekt 124.

104 *Kreutz*, Das Objekt 106.

105 Dies wird auch häufig kritisiert: So spricht *Kaser* von einem fehlenden Geschichtsgefühl der Dogmatiker, s *Kaser*, Wege und Ziele der deutschen Zivilrechtswissenschaft, in *GedS Koschaker* I (1954) 545 (548).

der diese umgeben hat und umgibt.¹⁰⁶ Daraus folgt zum einen, dass nicht ein isolierter Abschnitt der Geschichtlichkeit der Regelung gewidmet ist, sondern die historische Genese in direktem Zusammenhang mit dogmatischen Fragestellungen – quasi inzident – behandelt wird.¹⁰⁷ Zum anderen enthält die vorliegende Untersuchung keine eigenständigen Untersuchungen zu Primärquellen, soweit diese nicht das ABGB betreffen und nicht auf Deutsch verfügbar sind. Diesbezüglich beschränkt sich die Untersuchung auf den reichen Fundus der Romanistik und der Rechtsgeschichte, der synthetisiert und in Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand verdichtet dargestellt wird. Mit der Zielsetzung dieser Untersuchung geht somit gleichsam eine Begrenzung der geschichtlichen Betrachtung einher: Maßstab ist deren Nützlichkeit für das Regelverständnis. Eine vollständige oder umfassende Geschichte des Sachbegriffs kann und soll hier nicht geschrieben werden. Vielmehr erfolgt notwendigerweise eine gewisse Auswahl und somit auch eine Verkürzung der historischen Fakten und Kontexte. Die Tiefe der vorgenommenen historischen Analyse bemisst sich daher nach zwei Faktoren: Zum einen wird Recht als Produkt menschlicher Kulturtätigkeit verstanden, das nicht isoliert, sondern stets gemeinsam mit anderen Kulturleistungen zu betrachten ist; demgemäß sollen diesen – insb auch ideengeschichtlichen – Zusammenhängen Platz eingeräumt werden. Zum anderen ist maßgebliches Ziel der Heranziehung der Geschichte, den Denkhorizont des Gesetzgebers und der maßgeblichen Interpreten des ABGB zu beleuchten.

Die hier verfolgte Methodik findet nahtlos Platz in den anerkannten Auslegungsmethoden. So soll der Absicht des Gesetzgebers nachgespürt werden, der eine – durch die anderen Auslegungsmethoden freilich relativierte – Maßgeblichkeit für die Gesetzesauslegung zukommt.¹⁰⁸ Dazu kann jegliches Material herangezogen werden, das möglicherweise Schlüsse auf Vorstellungen, Wertungen und Zielsetzungen des Gesetzgebers zulässt.¹⁰⁹ Demgemäß liegt ein Fokus der historischen Auslegung auf dogmatischen Entwicklungen in zeitlicher Nähe zur Gesetzwerdung, die untersuchte Regel bzw der Regelungszusammenhang soll somit nach den eingangs zitierten Worten *Ungers* so dargestellt werden, wie sie vor den Augen des Gesetzgebers bestanden haben.

Die Betrachtung der Geschichtlichkeit der Regelungen erfolgt freilich nicht isoliert. Darüber hinaus wird auch der systematischen, teleologischen und grammatikalischen Interpretation breiter Raum gegeben. Soweit sich in Anwendung dieser Auslegungsmethoden ein Regelverständnis etabliert hat,

106 Demgemäß werden Direktzitate aus den Quellen weitgehend auf die heute übliche Orthographie angepasst, um die Lesbarkeit zu vereinfachen. Für die originale Schreibweise sind die zitierten Quellen zu konsultieren.

107 Für eine strukturierte rechtshistorische Behandlung des Themas wird auf die jeweils zitierte Literatur verwiesen.

108 F. Bydliński, *Juristische Methodenlehre*² 433.

109 F. Bydliński, *Juristische Methodenlehre*² 449.

ist dieses indes auch nicht frei von Geschichtlichkeit. Vielmehr sind diese Interpretationsergebnisse in den spezifischen geschichtlichen Kontext der jeweiligen Interpreten und deren Methodik einzuordnen. Nach aktuellen wissenschaftlichen Maßstäben können dabei nur solche Auslegungsergebnisse Geltung beanspruchen, in denen die interpretierte Regel „zum Sprechen gebracht“ wird, ohne dass der Ausleger aus seinem jeweiligen Kontext etwas hinzufügt oder weglässt.

3. Gang der Untersuchung

Aus dem dargestellten Erkenntnisinteresse ergibt sich der Gang der Untersuchung. Hierbei erfolgt eine Unterscheidung in zwei Teile: In einem ersten, allgemeinen Teil wird der Frage nachgegangen, inwiefern die untersuchte These, dass die sachenrechtlichen Regelungen des ABGB nur auf körperliche Sachen Anwendung finden, nach anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung deduktiv aus dem ABGB abgeleitet werden kann. Es muss somit geklärt werden, inwiefern nach dem Regelungskonzept des ABGB die Anwendung dieser Bestimmungen auf Rechte als Teilmenge der unkörperlichen Sachen ausgeschlossen ist. Dafür soll in einem ersten Schritt mit Blick auf eine nähere Bestimmung der Regeln, die zum Sachenrecht zu zählen sind, auf die Gliederung des Rechtsstoffs im ABGB eingegangen werden. Darauf folgend ist das im ABGB verankerte Konzept der Sache näher zu beleuchten. Dem folgt eine Untersuchung der Frage, inwiefern der Charakter des dinglichen Rechts einer Anwendung auf unkörperliche Sachen entgegen steht. Diese Ergebnisse führen schließlich zur Beantwortung der Frage, ob nach dem Regelungskonzept des ABGB eine Eigentums- und Besitzposition an Rechten anerkannt ist und welche dinglichen Wirkungen damit ggf. einhergehen. Es soll dabei gezeigt werden, dass die herrschende Interpretation des Instituts der unkörperlichen Sache in ihrer Herleitung zu Widersprüchen innerhalb des dogmatischen Systems des österreichischen Zivilrechts führt, die bislang nur unzureichend beachtet wurden.

In einem zweiten, besonderen Teil wechselt die Perspektive stärker auf eine induktive Herangehensweise. Es soll im Einzelnen untersucht werden, zu welchen Ergebnissen es führt, wenn die Regelungen des Sachenrechts bei Einzelfallproblemen auf Rechte angewandt werden und in welchem Verhältnis diese Ergebnisse zur hA stehen. Mit Blick auf zeitgenössische Problemlagen soll sohin der Frage nachgegangen werden, ob die herrschend vertretene Theorie, dass im österreichischen Zivilrecht die Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts nicht auf unkörperliche Sachen Anwendung finden können, tatsächlich zu widerspruchsfreieren Ergebnissen führt. Der Fokus liegt darauf, ob die Anwendung von sachenrechtlichen Wertungen auf Rechte im Einzelfall zu Ergebnissen führt, die mit etablierten Wertungen im Widerspruch stehen. Somit wird in den Blick genommen, inwiefern im heutigen

System des österreichischen Zivilrechts eine dingliche Wirkung von Rechten Platz greifen kann, wobei spezifisch auf den Rechtserwerb und die Rechtsausübung eingegangen wird. Hier soll gezeigt werden, dass die konsequente Durchführung des auf einem engen Sachbegriff aufbauenden Ansatzes im Vergleich zu einer auf einem weiten Sachbegriff fußenden Konstruktion weniger gut in der Lage ist, Einzelfallwertungen zur dinglichen Drittwirkung von Rechten in ein Gesamtsystem einzufügen und sohin in einer Gesamtbetrachtung widerspruchsvoller ist.

Zweiter Abschnitt: Allgemeiner Teil

1. Gliederung des Rechtsstoffs

„Alle Darstellungen des bürgerlichen Rechts [in Österreich] folgten und folgen noch immer dem Pandektensystem. Es besteht somit seit über 150 Jahren ein recht merkwürdiger Zustand: Das System der Lehr- und Handbücher stimmt in Österreich nicht überein mit der Systematik des Gesetzbuches zum bürgerlichen Recht.“¹¹⁰

Den Beginn der Prüfung der These, dass die Bestimmungen des Sachenrechts nur auf körperliche Sachen Anwendung finden, bildet eine Betrachtung der Gliederung des Rechtsstoffs im österreichischen Zivilrecht. Denn diese Aussage bezieht sich nur auf einen Teil des ABGB, den es klar einzugrenzen gilt. Wenn in der untersuchten These eine Festlegung über die sachenrechtlichen Bestimmungen des ABGB getroffen wird, müssen diese somit klar von der Gesamtheit der Normen abgetrennt werden.

Die Gliederung des Rechtsstoffs steht in einem normativen System freilich nicht für sich. Denn die Stoffgliederung durch den Gesetzgeber hat – wie *Claus-Wilhelm Canaris* ganz zu Recht anmerkt – nicht nur das Bestreben einer übersichtlichen Darstellung, sondern spiegelt auch zumindest tw das „System des Rechts“ iS einer innerlich zusammenhängenden Ordnung wider.¹¹¹ Aus dieser können zumindest zT Argumente für die Lösung konkreter Rechtsanwendungsprobleme gewonnen werden.¹¹² Der Gesetzgeber bestimmt den Regelungsgehalt einer Norm daher nicht nur durch den Wortlaut, sondern auch durch seine Positionierung im Rechtsstoff. Die Gliederung eines Gesetzes ist somit der wesentliche Anhaltspunkt für die systematisch-logische Auslegung.

Ziel dieses Abschnitts ist es sohin, die Gliederung des ABGB mit Blick auf die vorliegende Fragestellung zu beleuchten. Dies ist notwendig, da sich – wie

110 *Koziol* in FS Canaris 1087 (1097); ähnlich bereits *Wendehorst* in FS 200 Jahre ABGB 75 (89).

111 *Canaris*, Systemdenken² 19.

112 *F. Bydlinski*, System 51.

sich zeigen wird – die Rezeption der Stoffgliederung seit dem Inkrafttreten des ABGB verändert hat. Nach einer Darstellung der Gliederung des ABGB (Punkt 1.1) ist sohin auf die historische Genese der von dem Gesetzgeber gewählten Stoffgliederung einzugehen (Punkt 1.2.). Anschließend wird die Evolution der Stoffgliederung (Punkt 1.3.) und deren Auswirkungen auf die systematisch-logische Auslegung des ABGB (Punkt 1.4.) thematisiert.

1.1. Gliederung des ABGB

Der strukturelle Aufbau ist im ABGB klar bezeichnet und befindet sich im Gesetzesrang. Nach § 14 ABGB können die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches in das Personenrecht, das Sachenrecht und die diesen gemeinsam zukommenden Bestimmungen unterteilt werden. Personenrechte sind dabei nach § 15 ABGB Rechte, die sich teils auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, teils in dem Familienverhältnis begründen. Das Sachenrecht teilt sich nach § 307 ABGB in ein dingliches Sachenrecht und ein persönliches Sachenrecht auf. Als dingliches Sachenrecht gilt nach § 308 ABGB das Recht des Besitzes, des Eigentums, des Pfands und der Dienstbarkeit.¹¹³ Persönliche Sachenrechte sind nach § 859 ABGB solche Rechte, die sich unmittelbar auf ein Gesetz, auf ein Rechtsgeschäft¹¹⁴ oder auf eine erlittene Beschädigung gründen. In einem übergreifenden Teil, der sowohl für Personenrechte als auch für Sachenrechte (iSv dinglichen und persönlichen Sachenrechten) anzuwenden ist, finden sich nach § 1342 ABGB Bestimmungen zur Befestigung, Umänderung und Aufhebung von Rechten. Im ABGB werden sämtliche Normen daher in ein dreigliedriges System – Personenrechte, Sachenrechte und gemeinsame Rechte – eingegliedert, zu dem in §§ 1–14 noch eine Einleitung kommt.

Die konzise Gliederung aus der Stammfassung des ABGB wurde vom Gesetzgeber anlässlich der Erbrechtsreform im Jahr 2015 aufgeweicht, da das Erbrecht nicht mehr als dingliches Recht qualifiziert und daher aus der Aufzählung in § 308 ABGB entfernt wurde. Die Bestimmungen des achten bis sechzehnten Hauptstücks sind der sonst lückenlosen Gliederung des ABGB entzogen; ein neuer Gliederungspunkt wurde indes nicht hinzugefügt, was aus systematischer Sicht durchaus zu bedauern ist, da die genannten Bestimmungen nunmehr eine nicht eindeutig zugeordnete Residualgröße darstellen.¹¹⁵ Der Gesetzgeber ist dabei der hL gefolgt, dass das Erbrecht kein dingliches Recht sein soll, was sich nunmehr auch im Gesetzestext niederschlägt.¹¹⁶ Eine Wertung hinsichtlich anderer dinglicher Rechte wollte der Gesetzgeber aber ausdrücklich nicht abgeben.

113 Zum Erbrecht s sogleich.

114 In der Stammfassung wurde statt auf Rechtsgeschäfte auf Verträge abgestellt.

115 Zugebenermaßen handelt es sich hierbei jedoch vor allem um einen Aspekt der Ästhetik der Systemgestaltung.

116 ErlRV 688 BlgNR 25. GP 4.

Die nun dargelegte Gliederung würde die Vermutung nahelegen, dass die Ausgangsthese, die sich auf „*die sachenrechtlichen Regeln des ABGB*“ bezieht, eine Aussage hinsichtlich des gesamten Sachenrechts, das ist das dingliche und das persönliche Sachenrecht (nunmehr unter Ausschluss des Erbrechts) trifft. Dies ist aber ganz offensichtlich nicht der Fall.¹¹⁷ Denn im wissenschaftlichen Diskurs hat sich eine Gliederung des Privatrechtsstoffs nach dem Pandektensystem durchgesetzt, das eine Unterteilung in folgende Abschnitte vorsieht: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Schuldrecht, Familienrecht und Erbrecht.¹¹⁸ In der österreichischen Rechtswissenschaft erfolgte die Zuteilung von Normen zu einem dieser fünf Teile basierend auf ihrem Inhalt, nicht auf Grund ihrer Stellung im ABGB.¹¹⁹ Wenn in der untersuchten These daher eine Aussage über das Sachenrecht getroffen wird, dann nimmt diese nicht Bezug auf den im ABGB verwendeten Begriff des Sachenrechts, sondern vielmehr auf ein normatives Konzept der L.¹²⁰

1.2. Historische Genese

Um die Gründe, die den Gesetzgeber der Stammfassung des ABGB zu der eben beschriebenen Stoffgliederung geführt haben und das Verhältnis des Gesetzgebers zum Pandektensystem nachvollziehen zu können, müssen in einem historischen Überblick verschiedene Systeme der Gliederung des Privatrechtsstoffs betrachtet werden. Denn bereits vor dem ABGB bestanden mannigfaltige Ansätze, das Privatrecht zu systematisieren; von Interesse ist daher die Perspektive des Gesetzgebers des frühen 19. Jds zur Frage der Stoffgliederung.

1.2.1. Trichotomie personae, res, actiones

Eine besonders wirkungsmächtige Stellung bei der Gliederung des Zivilrechtsstoffs nimmt die Strukturierung des antiken Institutionensystems bei *Justinian* ein. Diese Gliederung schöpfte *Justinian* aus den Lehrerörterungen des *Gaius* aus dem 2. Jhd n Chr,¹²¹ weshalb diese Stoffanordnung häufig auch als Gaianisches Schema bezeichnet wird.¹²² Tatsächlich weist *Hans Kreller* nach, dass die Stoffanordnung bei *Gaius* eine grundsätzlich andere war als bei seinen Vorgän-

117 Diese Ausführungen mögen für einen österreichischen Juristen völlig banal sein. Für das vorliegende Forschungsinteresse ist es aber notwendig, diese explizit auszuführen.

118 S zB *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 14 Rz 2.

119 *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 14 Rz 5.

120 Dazu durchaus krit *Kehrer* in Klang³ § 14 Rz 4; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 14 Rz 4.

121 Die Materialanordnung des *Gaius* beeinflusste auch die Gliederung der Digesten, s weiterführend *Becker*, Die „res“ bei Gaius (1999) 37.

122 *Becker*, Sachen und andere Objekte des Rechtsverkehrs. Über den Gegenstandsbe-
griff des Zivilrechts und seine Herkunft, in Wacke/Baldus (Hrsg), Juristische Vor-
lesungen und Prüfungen in Europa (2002) 49 (66).

gern.¹²³ So war die Aufarbeitung des Zivilrechts durch Q. Mucius, die als erste systematische Zusammenfassung des Privatrechts gilt,¹²⁴ nach Geschäftstypen gegliedert.¹²⁵ Im Unterschied dazu teilte Gaius den Zivilrechtsstoff in drei Bereiche: *personae*, *res* und *actiones*.¹²⁶

Das Recht über die Personen wird an die erste Stelle gesetzt, weil es über die Personen unterrichten soll, für die das Recht geschaffen ist.¹²⁷ Dieser Abschnitt beinhaltet die Rechtsverhältnisse, die die Person im römischen Recht betreffen; er gibt die verschiedenen Rollen wieder, die eine Person in der römischen Gesellschaft spielen konnte: Diese reichte vom römischen Bürger über Sklaven, Freigelassene und Kinder.¹²⁸ Im zweiten Teil, der der *res* gewidmet ist, werden die Objekte beschrieben, die Gegenstand von Rechtshandlungen sein können.¹²⁹ Die Neuerung, eine derartige eigenständige Kategorie von unterschiedlichsten Objekten geschaffen zu haben, die körperliche Gegenstände, Erbrecht und Schuldverhältnisse gleichermaßen umfasst, gilt als die maßgebliche konzeptionelle Leistung von Gaius.¹³⁰ Dies ermöglichte es Gaius, eine gemeinsame Klammer um sämtliche rechtlich relevante Objekte seiner Zeit zu ziehen; dementsprechend ist dieser Abschnitt auch verhältnismäßig lang und erstreckt sich über zwei Bücher. Ob diese Kategorisierung im römischen Rechtsleben praktische Relevanz hatte, wird von der hL aber eher bezweifelt.¹³¹ Die größte praktische Bedeutung dürfte der Abschnitt über die Klagen gehabt haben; diese nimmt in den meisten antiken Darstellungen des römischen Rechts einen bedeutenden Platz ein.¹³² Die *actio* wird als das Recht gesehen, das einem Gebührende gerichtlich durchzusetzen; dh ein Recht auf Rechtsschutz.¹³³ Klagen haben dabei den Zweck,

123 Kreller, Res als Zentralbegriff des Institutionensystems, ZRG 1948, 572; ebenso mwN Wieacker, Griechische Wurzeln des Institutionensystems, ZRG 1953, 93 (97 ff).

124 Weiterführend dazu Behrends, Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex (1976) 265 ff.

125 Es waren dies *testamentum*, *mancipium*, *in iure cessio*, *legis actio de societate coenda*, s weiterführend Kreller, ZRG 1948, 572 (575 ff).

126 So programmatisch in Gaius Inst. 1.8.

127 Kupisch, Institutionensystem und Pandektensystem: zur Geschichte des Res-Begriffs, Irish Jurist 1990, 293 (293).

128 Nach einem Sprachbild von Villey, L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, RDH 1946, 201 (207).

129 Villey, RDH 1946, 201 (207).

130 So zumindest Kreller, ZRG 1948, 572 (581); die wissenschaftlichen Leistungen von Gaius sind jedoch nicht unumstritten. So wird er in der Lit auch als „Stern dritter oder vierter Größe am Himmel der römischen Jurisprudenz“ bezeichnet, s mwN Flume, Die Bewertung der Institutionen des Gaius, ZRG 1962, 1 (20).

131 S dazu bspw Baldus, Res incorporales im römischen Recht, in Leible/Lehmann/Zech (Hrsg), Unkörperliche Güter im Zivilrecht (2011) 7 (27); Flume, ZRG 1962, 1 (22).

132 „Aktionen werden überall behandelt“, s Affolter, Das römische Institutionen-System (1897) 189.

133 MwN Behrends, Die Trichotomie „actio, petitio, persecutio“, in FS Sellert (2000) 11 (63).

den rechtlich vorgesehenen Zustand, von dem der tatsächliche Zustand abweicht, wiederherzustellen.¹³⁴ Nach zutreffender Ansicht *Ernst Immanuel Bekkers* ist die *actio* daher eng mit der *res* verbunden: Die *res* ist der Inhalt der *actio*, weshalb die *res* immer nur dann durchgesetzt werden kann, wenn eine *actio* besteht; alleine ist die *actio* somit nur eine leere Form.¹³⁵ Es besteht daher eine Einheit von (materiellem) Recht und Verfahren.¹³⁶ Bereits bei *Justinian* wurden durch die Systematisierung jedoch Akzente gesetzt, die die spätere Verselbstständigung von Obligationen begünstigten. So wurden die *obligationes ex delicto* bei *Justinian* – anders als bei *Gaius* – nicht gemeinsam mit den *res* behandelt, sondern an die Spitze eines eigenen Buches gesetzt,¹³⁷ welches im Schwerpunkt die Aktionen hat.¹³⁸ Dies wird in der Folge als Argument verwendet werden, die *res* weiter zu unterteilen.

1.2.2. Tetrachotomie personae, res, obligationes, actiones

Im Mittelalter wurde von der klassischen Dreiteilung des Zivilrechtsstoffs abgegangen. Den Anfang machte bereits *Theophilus* im Byzanz der Spätantike, der auch als Mitarbeiter der justinianischen Kodifikation gewirkt hat.¹³⁹ In seiner Institutionenparaphrase behandelte er im Anschluss an den Abschnitt über die Personen den Teil über die *res*; nach den Regeln über die Erbschaft machte er jedoch eine Zäsur und erörterte die Obligationen gesondert.¹⁴⁰ Diesen Schritt rechtfertigte er wie folgt: „Wer von den Obligationen redet, der redet stillschweigend auch von den Aktionen. Die Obligationen sind nämlich die Mütter der Aktionen.“¹⁴¹ Für diese Vermengung von Aktionen und Obligationen besteht nach *Roland Dubischar* eine einleuchtende Erklärung: Die *actio in personam* lautet ebenso wie die Obligation auf ein *dare facere praestare*, weshalb ein Zusammenziehen von Recht und Klage – anders als bei der *actio in rem* – naheliege.¹⁴²

Die Formel, dass die Obligation die Mutter der Aktionen sei, fand sich in Westeuropa später auch bei den Glossatoren wieder, wobei unklar ist, ob diese Kenntnis von den Erwägungen von *Theophilus* in Byzanz hatten.¹⁴³ Es

134 Zur *rei vindicatio* vgl. *Dubischar*, Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht (1961) 16.

135 *Bekker*, Ueberschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Actionen; Aufkommen, Wesen, Abkommen, Nachwirkungen, ZRG 1894, 145 (197).

136 So *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung (1986) 103.

137 *Justinian*, Inst Lib. IV, 1–5.

138 *Huwiler*, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht (1975) 20.

139 Weiterführend zu *Theophilus* ausf. *Affolter*, Institutionen-System 70.

140 *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 145.

141 Übersetzung aus dem Griechischen bei *Affolter*, Institutionen-System 70.

142 *Dubischar*, Grundlagen 27 ff.

143 Dies wird von der hL eher verneint. S. mwN *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 149; *Affolter*, Institutionen-System 78. Diese Vorstellung in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft des Abendlandes lässt sich aber durch die spezifische Arbeitsweise der Glosse begründen, s. dazu weiterführend 3.3.2.2.

bestand in der abendländischen Rechtswissenschaft eine Tendenz, Obligationen entweder selbstständig zu behandeln oder direkt zu den Aktionen zu zählen.¹⁴⁴ Dies zeigt sich etwa am Brachylogus, einem Lehrbuch aus dem 12. Jhd,¹⁴⁵ das in vier Bücher geteilt ist: *personae*, *res*, *obligationes* und *actiones*.¹⁴⁶ Bei den Glossatoren wurde daher die Obligation aus den *res* herausgelöst und somit verselbstständigt.¹⁴⁷

1.2.3. Dichotome Stoffgliederungen

Der Humanismus brachte auch in der Rechtswissenschaft eine Hinwendung zur Antike; das römische Recht wurde jedoch nicht mehr als autoritativer Text, sondern als geschichtliche Quelle verstanden.¹⁴⁸ Damit einher ging die vermehrte Kritik an den überlieferten Texten und deren Relativierung.¹⁴⁹ Der Zeitgeist war geprägt von einem Unbehagen mit dem Institutionensystem *Justinians*, das auch bei der Gliederung des Rechtsstoffs zu neuen Ansätzen geführt hat.¹⁵⁰

Von besonderer Bedeutung für die Rechtswissenschaft war dabei das frühe System von *Johannes Apel*.¹⁵¹ Dieser brach erstmals¹⁵² offen mit der Trichotomie *personae*, *res*, *actiones*. Kritik übte er vor allem am Konzept der *res*, das seiner Ansicht nach zu umfassend geraten sei und schlechthin alle Objekte der ganzen Welt umfasse.¹⁵³ Dem setzte er in seiner Isagoge eine strikte Zweiteilung des Rechtsstoffs entgegen, an deren Spitze *obligatio* und *dominium* standen.¹⁵⁴ Diese seien kategorisch zu unterscheiden und könnten daher nicht unter einen gemeinsamen Begriff – wie etwa jenem der *res* – gebracht werden.¹⁵⁵ *Obligatio* und *dominium* seien die einzigen Grundpfeiler, auf denen das Privatrecht aufgebaut sei, da diese Grund für die verschiedenen Aktionen seien; Personen seien wiederum bloße *circumstantiae* und die Aktionen *effectus* von *obligatio* und *dominium*, weshalb jene als Elemente

144 Affolter, Institutionen-System 79.

145 Zu diesem auch Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit² (1967) 64.

146 Dubischar, Grundlagen 43.

147 Affolter, Institutionen-System 121; Fezer, Teilhabe und Verantwortung 158.

148 Brauneder, Europäische Privatrechtsgeschichte (2013) 73; Coing, Europäisches Privatrecht I (1985) 7 ff.

149 Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte¹⁰ (2005) 76 f; Caroni, Gesetz und Gesetzbuch (2003) 15.

150 Fezer, Teilhabe und Verantwortung 160; Affolter, Institutionen-System 78.

151 1486–1536. Zu diesem weiterführend Wesener, Dingliche und persönliche Sachenrechte – iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung, in FS Niederländer (1991) 195 (199); Affolter, Institutionen-System 86 ff.

152 Teils wird davon ausgegangen, dass sich *Apel* auf heute unbekannte Meinungen im Mittelalter stützen konnte. S dazu weiterführend Affolter, Institutionen-System 80.

153 MwN Affolter, Institutionen-System 90.

154 Fezer, Teilhabe und Verantwortung 161.

155 Feenstra, Ius in re (1979) 19; Affolter, Institutionen-System 92.

der Grundgliederung ausscheiden müssten.¹⁵⁶ Am Ende seines aus dem Jahr 1535 stammenden Traktats *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam accommodata* findet sich eine etwas anders gegliederte Dichotomie: So wird der Rechtsstoff in *jus in re* und *jus ad rem* eingeteilt.¹⁵⁷ Dabei wurden Eigentum und Fruchtgenussrecht unter den Punkt *jus in re* gebracht, die *obligatio* unter *jus ad rem*.¹⁵⁸ Es kam daher – zumindest hinsichtlich der Gliederung des Rechtsstoffs – durch *Johannes Apel* zu einem Bruch mit der im antiken römischen Recht vorgenommenen Zusammenfassung von Rechten unter den Begriff der *res*; der Samen der Idee eines eigenständigen, vom Schuldrecht kategorial zu unterscheidenden Sachenrechts wurde damit gesät.

In weiterer Folge schlossen sich die meisten Rechtsgelehrten der von *Johannes Apel* konzipierten Separation der *res* in unterschiedliche Teile an, sodass eine dichotome Gliederung des Rechtsstoffs im 16., 17. und 18. Jhd als weitgehend herrschend angesehen wird.¹⁵⁹ Hier ist freilich nicht der Platz, den Gliederungssystemen im Schrifttum ausführlich Platz zu geben; als Illustration dafür, wie wirkmächtig die dichotome Gliederung des Privatrechtsstoffs war, soll aber exemplarisch auf einzelne Autoren eingegangen werden. Der bedeutende französische Humanist *Hugo Donellus*¹⁶⁰ teilte die rechtlich geschützten Güter in *quod vere et proprie nostrum est* und *quod nobis debetur*, wobei er ersteres mit *res*, zweiteres mit *persona* identifizierte; Rechtsobjekte waren daher entweder Menschen oder Sachen.¹⁶¹ Die einzelnen Aktionen behandelte *Donellus* gemeinsam mit den jeweiligen Rechten, weshalb es zu einem Wegfall dieser als eigene Kategorie kam und somit eine Dichotomie zwischen *persona* und *res* im gesamten Rechtsstoff hergestellt wurde.¹⁶² Besonders stringent verwirklicht sich die dichotome Einteilung des Rechtsstoffs bei *Hermann Vultejus*.¹⁶³ Er unterschied bei den absoluten Rechten zwischen *homo* und *res*, wobei der Mensch sowohl absolut für sich selbst als auch relativ in seinen Beziehungen zu anderen stand;¹⁶⁴ eine Obligation sei dementsprechend als persönliches Recht zu qualifizieren und dem Recht an einer Sache gegenüberzustellen.¹⁶⁵ *Hugo Grotius*¹⁶⁶ teilte Rechte in seinem Hauptwerk *De Iure belli ac pacis* einerseits in *jura in re*, womit das

156 *Dubischar*, Grundlagen 46.

157 *Wesener* in FS Niederländer 199; *Feenstra* geht davon aus, dass dieses Schema erst kurz vor Vollendung der Arbeit eingefügt wurde, da es im Text selbst nur selten erwähnt wurde, s *Feenstra*, Ius in re 18.

158 *Wesener* in FS Niederländer 199; *Affolter*, Institutionen-System 98.

159 *Feenstra*, Ius in re 19; *Huwiler*, Begriff der Zession 24; *Dubischar*, Grundlagen 65.

160 1527–1591. Zu diesem aus *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 157 ff.

161 S mwN *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 169; *Dubischar*, Grundlagen 55.

162 *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 168.

163 1555–1634.

164 MwN *Huwiler*, Begriff der Zession 5.

165 Krit dazu *Affolter*, Institutionen-System 128 ff.

166 1583–1645. Zu diesem aus *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 95 ff.

Rechtsverhältnis zwischen Mensch und Objekt ohne Rücksicht auf andere Personen bezeichnet wurde, und andererseits *jura ad rem*, mit denen von anderen Personen eine Sache oder eine Leistung verlangt werden konnte.¹⁶⁷ Aus diesen Beispielen ergibt sich unschwer, dass ab dem 16. Jhd die Gliederung des Rechtsstoffs häufig eine kategorische Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten widerspiegelte.

Einige Autoren wichen von einer kategorialen Trennung von Schuld- und Sachenrecht ab und sahen durchaus Möglichkeiten, diese unter einen gemeinsamen Begriff zu bringen. Ein frühes Beispiel dafür ist *Heinrich Hahn*¹⁶⁸ mit seiner Dissertation *De iure rerum et iuris in re specibus*, die großen Einfluss auf die deutschsprachige Rechtswissenschaft ausübte.¹⁶⁹ Er teilte den Rechtsstoff in *jus personarum* und *jus rerum*, nahm aber hinsichtlich des *jus rerum* noch eine weitere Unterscheidung zwischen *jus in re* (bzw *jus reale*) und *jus ad rem* (bzw *jus personale*) vor.¹⁷⁰ Anders als von *Johann Apel* gefordert, wurden dingliche Rechte und persönliche Rechte daher gemeinsam unter den Begriff des *jus rerum* gebracht, weshalb diese nicht als kategorial unterschiedlich angesehen wurden. Auch im Vernunftrecht bestanden gewichtige Stimmen, die Obligationen und dingliche Rechte unter einen gemeinsamen Begriff des Vermögensrechts bringen wollten.¹⁷¹ Systematische Aufarbeitungen, die persönliche und dingliche Rechte unter einen gemeinsamen Begriff brachten, wurden insb im späten 18. Jhd populär: So zählt bspw auch *Ludwig Höpfner* das persönliche Recht (*jus ad rem*) neben dem dinglichen Recht (*jus in rem*) zum Recht der Sachen (*jus rerum*).¹⁷² *Gunter Wesener* weist darüber hinaus darauf hin, dass nach dem Wiener Heineccius, einem im 18. Jhd an der Universität Wien beliebten Lehrbuch zum Institutionensystem, das Sachenrecht in zwei Gattungen zerfällt: das dingliche und das persönliche Recht.¹⁷³ Als Nebenaspekt sei dazu nur erwähnt, dass auch *Franz v Zeiller*¹⁷⁴ dieses Lehrbuch gebrauchte und dazu *Praelectiones academicae* veröffentlichte.¹⁷⁵ *Anton Thibaut*¹⁷⁶ vertrat 1796 in seiner Dissertation eine Einteilung von Rechten in *jura personarum* und *rerum*, wobei er – sich auf das römische Recht stützend – die Obligation als unkörper-

167 MwN *Dubischar*, Grundlagen 62 ff.

168 1605–1668.

169 Zu der Person von *Heinrich Hahn* ausf *Feenstra*, Real Rights and their classification in the 17th century: The Rôle of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann, in Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th–18th Centuries (1996) 106.

170 MwN *Affolter*, Institutionen-System 111.

171 Zu *Joachim Darjes* mwN *Huwiler*, Begriff der Zession 68 ff.

172 1743–1797. Weiterführend *Plohmman*, Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1992) 99 ff.

173 *Wesener* in FS *Niederländer* 208.

174 In der Folge werden Adelstitel nur noch bei der vollständigen Angabe des Namens verwendet.

175 *Schmidlin*, Der Stand des römischen Rechts bei Erlass des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 59 (61).

176 1772–1840.

liche Sache zum *jus rerum* zählte.¹⁷⁷ Hieraus folgt, dass trotz der fundamentalen Kritik *Apels* auch bis in das 18. Jahrhundert dem römisch-rechtlichen Vorbild der einheitlichen *res* gefolgt wurde und Schuld- und Sachenrechte unter einen gemeinsamen Begriff gebracht wurden.

1.2.4. Kants modifizierte Dichotomie

Nähere Betrachtung verdient die Gliederung des Rechtsstoffs in der Rechtslehre von *Immanuel Kant*, die dieser 1797 in der *Metaphysik der Sitten* veröffentlichte. Diese ist für die Auslegung des ABGB von Bedeutung, da *Zeiller* als Anhänger von *Kant* gilt.¹⁷⁸ Dementsprechend wird in der Lit das Argument vorgebracht, dass die Struktur der Endfassung des ABGB von *Kant* beeinflusst wurde.¹⁷⁹

Kant teilte seine Ausführungen in drei Teile: Sachenrecht, persönliches Recht sowie das auf dingliche Art persönliche Recht. Als Sachenrecht sah er „das Recht des Privatgebrauchs einer Sache, in deren (...) Gesamtbesitz ich mit allen anderen bin“ an,¹⁸⁰ als persönliches Recht galt „der Besitz der Willkür eines anderen als Vermögen, sie durch die meine nach Freiheitsgesetzen zu einer gewissen Tat zu bestimmen“¹⁸¹ und das auf dingliche Art persönliche Recht definierte er als Besitz „eines äußeren Gegenstandes als einer Sache und des Brauchs desselben als einer Person“, womit er das Recht der häuslichen Gesellschaft [sic] meinte.¹⁸² In seinen erläuternden Bemerkungen ging *Kant* davon aus, dass grundsätzlich von einer Dichotomie von dinglichen und persönlichen Rechten auszugehen sei, man könne aber in beiden Kategorien noch nach den Verhältnissen, „unter denen das eine Recht mit dem anderen in Verbindung tritt“, unterscheiden.¹⁸³ Demgemäß sei grundsätzlich eine Vierteilung denkbar: (i) ein auf dingliche Art dingliches Recht (also ein dingliches Recht), (ii) ein auf persönliche Art dingliches Recht, (iii) ein auf dingliche Art persönliches Recht und (iv) ein auf persönliche Art persön-

177 Mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Thesen der Dissertation *Thibaut*, Verteidigung meiner Begriffe über ius personarum und rerum wider den Herrn Professor Hübner, in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts II*² (1817) 1.

178 *MwN Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs (1977) 58; *Huwiler*, Begriff der Zession 133; *Swoboda*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants (1926) 36 ff.

179 *Hoop*, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge des Abtretungsverbots (1992) 36; *Huwiler*, Begriff der Zession 136 f; zu Recht krit *Barta*, Zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen Rechts in ihrem Verhältnis zum preußischen Gesetzbuch: Entwurf Martini (1796), (W)GGB (1797), ABGB (1811) und ALR, in *Barta/Palme/Ingenhaeff* (Hrsg), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* (1999) 347 ff.

180 *Kant*, Die *Metaphysik der Sitten*² (1797, Nachdruck 1907) § 11 (71).

181 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 18 (83).

182 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 22 (90).

183 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² 189.

liches Recht (also ein persönliches Recht), wobei ein auf persönliche Art dingliches Recht ausscheiden müsse, da sich kein Recht einer Sache gegen eine Person denken ließe.¹⁸⁴ Als ein auf dingliche Art persönliches Recht gelte das Recht „eine Person außer sich als das Seine zu haben“, wobei Kant hierbei kein Eigentum, sondern nur einen Nießbrauch an einer Person anerkannte.¹⁸⁵ Als auf dingliche Art persönliches Recht sieht der Philosoph daher das Eherecht, das Elternrecht und das Hausherrnrecht an.

1.2.5. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts

Im 18. Jhd begann die Idee, mit Kodifikationen ein niedergeschriebenes, geschlossenes System des Rechts einzuführen, an Einfluss zu gewinnen.¹⁸⁶ Die Kodifikationsidee war im 18. Jahrhundert dabei eng verbunden mit dem Vernunftrecht, weshalb in der Lit häufig von naturrechtlichen Kodifikationen die Rede ist.¹⁸⁷ An dieser Stelle interessiert die Gliederung des Rechtsstoffs bei diesen Kodifikationen, wobei auf die Kodifikationen in Österreich in der Folge gesondert eingegangen wird.

Als erste Kodifikation im 18. Jhd im deutschsprachigen Raum gilt der Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (im Folgenden CMBC) aus dem Jahr 1756, der iW als das Werk von *Wiguläus Kreittmayr* angesehen wird.¹⁸⁸ Da diese Kodifikation nur eingeschränkt naturrechtliche Gedanken enthält, wird sie gemeinhin nur als Vorläufer der Naturrechtskodifikationen der Aufklärung angesehen.¹⁸⁹ Der CMBC basiert auf einem modifizierten Institutionensystem und gliedert sich in vier Teile: Der erste Teil enthält allgemeine Bestimmungen, Personen- und Familienrecht, der zweite Teil das Sachenrecht, der dritte Teil das Erbrecht und der vierte Teil das Schuld- und Lehnsrecht.¹⁹⁰ Der CMBC setzt in seiner Gliederung somit die Trennung von Schuld- und Sachenrecht um.

Als erste „echte“ Naturrechtskodifikation wird das Allgemeine Landrecht der Preußischen Staaten (im Folgenden ALR) angesehen,¹⁹¹ das unter wesentlicher Mitarbeit von *Johann Heinrich Casimir von Carmer*, *Carl Gottlieb Svarez*

184 *Kant*, Metaphysik der Sitten² 189.

185 *Kant*, Metaphysik der Sitten² 190 f.

186 Ausf dazu *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 111 f; *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte 109 ff.

187 Krit zu diesem Begriff *Caroni*, Gesetz und Gesetzbuch 17.

188 *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 114 f; *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte 110.

189 MwN *Wesener*, Kreittmayrs Zivilrechtskodex in dogmengeschichtlicher Sicht, in FS Kreittmayr (1991) 77 (78).

190 *Wesener*, „Von Sachen und dinglichen Rechten“: Zum Sachenrecht des Codex Theresianus, in FS Schrott (2001) 255 (255); *Wesener* in FS Kreittmayr 79 f.

191 Zu diesem sehr ausf *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 327 ff.

und *Ernst Ferdinand Klein* im Jahr 1794 in Kraft getreten ist.¹⁹² Das ALR enthielt nicht nur Regelungen zum Privatrecht, sondern darüber hinaus auch zum öffentlichen Recht, zum Strafrecht und zum Zivilprozessrecht.¹⁹³ Bei den privatrechtlichen Bestimmungen wurden – in der Folge von naturrechtlichen Überlegungen – Personen und Sachen getrennt.¹⁹⁴ Als Sachenrechte wurden Rechte und Verbindlichkeiten bezeichnet, die hauptsächlich das Vermögen der Bürger betreffen, Personenrechte sind dahingehend solche, die hauptsächlich die Person oder ihren Stand betreffen – wie etwa das Familienrecht.¹⁹⁵ Als Sache galten dementsprechend auch die Handlungen von Menschen, sofern sie Gegenstand von Rechten sind.¹⁹⁶ Das Sachenrecht im ALR war daher weit und umfasst neben Rechten an Sachen (dingliche Rechte) ebenso Ansprüche auf Sachleistung (persönliche Rechte),¹⁹⁷ darüber hinaus aber auch das Erbrecht als Erwerbstitel des Eigentumserwerbs.¹⁹⁸ Das ALR vereinigte somit dingliche und persönliche Rechte unter dem Begriff des Sachenrechts.

Im Laufe der Bearbeitungen des ALR kam es zu einer Änderung der Stoffgliederung: Während ursprünglich Schuld- und Sachenrecht noch in getrennten Teilen geregelt werden sollten, setzte sich die Ansicht durch, dass das Vertragsrecht in das Sachenrecht integriert werden müsse. Ein Zeugnis von diesem Meinungsumschwung ist in Form eines Briefs von Großkanzler *v Carmer* erhalten geblieben, der hier auszugsweise wiedergegeben werden soll:

„Es war anfänglich, wie Eurer Hochwohlgeboren bekannt ist, die Idee, von den Contracten einen dritten, besonderen Hauptteil zu machen, allein ich finde bei der Arbeit selbst, dass sich solches nicht füglich tun lässt, ohne die Materie zu zerreißen und den Vortrag entweder unvollständig oder durch beständige Beziehungen auf das, was noch erst folgen soll, dunkel zu machen. Der Gegenstand eines jeden Contracts und die Absicht, warum dieser geschlossen wird, ist die Erwerbung, Übertragung oder Aufhebung irgendeines iuris realis. (...) Wenn man nun vom Sachenrechte handelt und, wie natürlich bestimmen will, auf was für Art solches erworben werde, so bringt es die Natur und die Verbindung der Ideen mit sich, dass man auch von denjenigen

192 Schlosser, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 120 f; Brauneder, Europäische Privatrechtsgeschichte 110.

193 Insgesamt zählte das ALR dabei ca 20 000 Paragraphen. S dazu weiterführend Caroni, Gesetz und Gesetzbuch 56 ff.

194 Nach den Redaktoren des ALR kommt die Darstellung von Darjes der Gliederung des ALR am nächsten, weshalb diese für den Rechtsunterricht herangezogen werden solle. S mwN Huwiler, Begriff der Zession 127; Charmatz, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht (1937) 76 ff.

195 Zu Szarez mwN Huwiler, Begriff der Zession 127.

196 Vgl § 2 I 2 ALR: „Auch die Handlungen der Menschen, ingleichen ihre Rechte, insofern dieselben den Gegenstand eines andern Rechts ausmachen, sind unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen.“

197 Vgl §§ 122–130 I 2 ALR.

198 Huwiler, Begriff der Zession 127.

Geschäften reden müsse, durch welche der Titulus ad acquirendum begründet wird und die Maßgaben und Bedingungen der Acquisition selbst determiniert werden. (...) Nach diesem Plan würden die Contracte keinen besonderen Teil mehr ausmachen, sondern in das Sachenrecht hineinkommen müssen. Ein gleiches wird von letztwilligen Dispositionen gelten (...). Ich weiß wohl, dass diess Arrangement von der bisher gewöhnlichen Anordnung der Materien in juristischen Lehrbüchern abweicht, es scheint mir aber in der Natur der Sache und in der Folge der Ideen selbst seinen Grund zu haben.“¹⁹⁹

1.2.6. ABGB und Vorarbeiten

Die bereits skizzierte Gliederung des Rechtsstoffs im ABGB ist Ergebnis einer Evolution, die eng mit der Entstehungsgeschichte der Kodifikation zusammenhängt. Als erster Entwurf gilt der Codex Theresianus, mit dessen Bearbeitung im Jahr 1753 begonnen wurde und der vor allem gemeines Recht enthielt.²⁰⁰ Per kaiserlichem Dekret wurde dabei der Kompilationskommission die Gliederung vorgegeben: Das Zivilrecht sei in *quoad personas, res et obligationes* zu unterteilen.²⁰¹ Anders als im CMBC wurde im Codex Theresianus daher kein eigener Abschnitt für das Erbrecht gebildet; dieses wurde vielmehr dem Sachenrecht angeschlossen. Dementsprechend gliedert sich der Codex Theresianus in (i) Rechte der Personen, (ii) Sachen und dingliche Rechte und (iii) persönliche Verbindlichkeiten, wobei Rechte *an* der Sache im zweiten Teil als dingliche Rechte und Rechte *zur* Sache im dritten Teil behandelt werden. Der Codex Theresianus glich auf Grund seiner Überlänge und seiner Kasuistik eher einem Lehr- als einem Gesetzbuch; zudem wurde kritisiert, dass er zu stark an das Institutionensystem Justinians angelehnt war, weshalb ihm die landesfürstliche Sanktion verwehrt blieb.²⁰² Auch die Überarbeitung und Kürzung des Codex Theresianus durch den Entwurf Horten,²⁰³ der deutlich

199 Abgedruckt in *Charmatz*, Vertragstypen 77 ff. Zur besseren Lesbarkeit wurde – wie bereits eingangs erwähnt – dieses wie auch die folgenden historischen Direktzitate an die heutige Schreibweise angepasst. Für die originale Schreibweise s die angegebene Quelle.

200 Ausf zur Kodifikationsgeschichte *Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (2014) 32 ff; *Wesener* in FS Kreittmayr 99.

201 Weiterführend *Neschwara*, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB (2012) 20 f.

202 *Ogris*, Zur Geschichte und Bedeutung des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), in *Olechowski* (Hrsg), Elemente europäischer Rechtskultur (2003) 311 (312); *Völkel*, Die österreichische Kodifikation und das römische Recht, in *Barta/Palme/Ingenhaeff* (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999) 277 (288).

203 Zu diesem ausf *Brauneder*, ABGB 36 f.

weniger römisch-rechtlich geprägt war als der Codex Theresianus,²⁰⁴ brachte keine Änderung in der Dreiteilung des Rechtsstoffs.²⁰⁵

Nach dem Tod von Kaiser *Joseph II* wurde eine neue von *Karl Anton von Martini*²⁰⁶ geleitete Kommission eingesetzt. Diese mündete im Entwurf Martini, der ab 1798 als Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien (GBGB) in Galizien und der Bukowina in Kraft trat.²⁰⁷ Dieses westgalizische Gesetzbuch, das auch als „Urentwurf“ bezeichnet wird, war dabei der Ausgangspunkt für eine Überarbeitung durch die Hofkommission im frühen 19. Jhd, die in das ABGB mündete.²⁰⁸ In seiner Gliederung folgte der Entwurf Martini und somit auch das GBGB weitgehend dem Codex Theresianus, weshalb eine Dreiteilung zwischen Personenrecht, Sachenrecht und Vertragsrecht vorlag,²⁰⁹ wobei wie in den Vorentwürfen eine explizite Bezeichnung der Teile unterblieb.²¹⁰ Bemerkenswertes Detail ist dabei, dass die Befestigung und Umänderung von Rechten, aber auch Verjährung und Ersitzung im dritten Teil zum Vertragsrecht eine Regelung fanden.²¹¹ Das ABGB nahm daher erst in der letzten Bearbeitungsphase unter maßgeblicher Beteiligung von *Zeiller* seine heutige Systematik an.

Dank der von *Julius Ofner* veröffentlichten Beratungsprotokolle kann die Evolution der Gliederung des ABGB genau nachvollzogen werden.²¹² Bereits in

204 Völkl in Barta/Palme/Ingenhaeff (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 288 f; Koschembahr-Lyskowski, Zur Stellung des römischen Rechtes im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für das Kaisertum Österreich, in FS ABGB I (1911) 211 (244).

205 Der Einfluss des Codex Theresianus auf das ABGB ist durchaus unklar. So geht man heute davon aus, dass *Zeiller* diesen etwa nur vom Hörensagen kannte, vgl mwN *Wesener*, Die Rolle des Usus modernus pandectarum im Entwurf des Codex Theresianus, in FS Kroeschell (1997) 1363 (1386).

206 Zu diesem ausf *Barta*, Karl Anton von Martinis bleibende Bedeutung für die österreichische und europäische Rechtswissenschaft, in Barta/Pallaver (Hrsg), Karl Anton von Martini (2007) 81.

207 Es handelte sich hierbei um die erste moderne reine Privatrechtskodifikation, s weiterführend dazu *Brauneder*, Europas erste Privatrechtskodifikation: Das Galizische bürgerliche Gesetzbuch, in Barta/Palme/Ingenhaeff (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999) 303.

208 Weiterführend *Pfaff*, Über die Materialien des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, GrünhutsZ 1875, 254 (258).

209 Ein beachtenswertes Detail ist hierbei, dass *Martini* in seinem Naturrechtslehrbuch die Pflichten der Menschen untereinander bereits explizit als Sachenrecht bezeichnet hat, denen er die allgemeinen angeborenen Rechte entgegenstellt. In seinem Gesetzesentwurf änderte er die vorgefundene Gliederung hingegen nicht. S dazu *Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1797) § 416 (158).

210 *Brauneder*, ABGB 115.

211 18. Hauptstück. Es wird dabei ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass auch das Eigentumsrecht verjähren könne (§ 3). Dies zeigt, dass eine strikte Trennung der Regelungen im zweiten und dritten Teil wohl nicht vorgenommen wurde.

212 Nach *Pfaff* haben diese eine größere Bedeutung als andere parlamentarische Materialien, da sie über die Motive der einzelnen Mitglieder der Gesetzeskommission Auskunft geben und „einen durch nichts zu überbietenden Einblick in die Werkstätte der Codifikation“ bieten. S *Pfaff*, GrünhutsZ 1875, 254 (296 f).

der ersten Sitzung der Hofkommission in Gesetzesachen am 21.12.1801 führte *Zeiller* aus,²¹³ dass das Recht in das Personen- und Sachenrecht eingeteilt werde, wobei letzteres in das dingliche und persönliche Sachenrecht zerfalle.²¹⁴ Als Personenrecht würden nicht jene Rechte gelten, die sich gegen Personen richten, da sonst schlechterdings sämtliche Rechte als Personenrechte qualifiziert werden müssten; vielmehr seien als solche nur Rechte zu verstehen, „*die aus persönlichen Eigenschaften oder aus einem bleibenden Zustande (aus dem Stande) der Personen entspringen*“²¹⁵. *Zeiller* nahm dabei auf die bereits erwähnte Dissertation von *Thibaut* Bezug und ging davon aus, dass alle anderen Rechte als das Personenrecht als Sachenrechte anzusehen seien.²¹⁶ In der Sitzung vom 21. 3. 1803 führte *Zeiller* weiter aus, dass Rechte, die nicht „*die ganze Person des anderen, sondern nur einzelne Kräfte und Leistungen desselben, oder vom Menschen ganz verschiedene, vernunftlose Wesen*“ betreffen, Sachenrechte genannt würden.²¹⁷ Die Bezeichnung der verschiedenen Abschnitte in dingliche und persönliche Sachenrechte sei nicht glücklich; synonym könnten die Begriffe Recht in der Sache und Recht zur Sache verwendet werden, da die vorgenannten Bezeichnungen aber herrschend seien, müsse von diesen ausgegangen werden.²¹⁸ In der Sitzung vom 6.7.1807 wurde über die Änderung der Gliederung des ABGB abgestimmt und fand mit Ausnahme von *Haan* volle Zustimmung.²¹⁹

Später²²⁰ wurde die Schaffung eines eigenen Teils zu gemeinschaftlichen Bestimmungen thematisiert. Nach *Zeiller* kämen die Bestimmungen zur Befesti-

213 Bereits in seinem *Natürlichen Privatrecht* führte *Zeiller* aus, dass jedes Recht entweder eine Person oder eine Sache zum Inhalt haben müsse, weshalb man zwischen dem Personen- und dem Sachenrecht unterscheiden müsse. Als Sache gelte dabei alles, was erworben werden könne, so auch Leistungen von Personen. S weiterführend *Zeiller*, *Privat-Recht*¹ (1802) § 56 (89 f). Die dem ABGB zu Grunde liegende Systematik ist daher wesentlich durch den Systematisierungsansatz von *Zeiller* geprägt.

214 *Ofner*, *Der Urentwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I* (1889) 34.

215 *Ofner*, *Urentwurf I* 35.

216 *Ofner*, *Urentwurf I* 35 f.

217 *Ofner*, *Urentwurf I* 213. In seiner Kommentierung des ABGB führt *Zeiller* die Differenzierung zwischen Personen und Sachen auf einen wesensmäßigen Unterschied zurück: Während Personen vernünftige Wesen seien, müssen Sachen als vernunftlose Wesen angesehen werden. S zu dieser von *Kant* inspirierten Auffassung weiterführend *Zeiller*, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie I* (1811) § 14 Rz 1 (90 f).

218 *Ofner*, *Urentwurf I* 213. Tatsächlich waren die Begriffe dingliches Sachenrecht und persönliches Sachenrecht schon davor in der Lehrbuchliteratur gebräuchlich, vgl dazu etwa *Ritter v. Jordan*, *Systematische Darstellung des bürgerlichen Rechts im Königreich Böhmen I* (1795) 14; *Liekefett*, *Handbuch des Bürgerlichen Rechts in Teutschland IV* (1790) 110.

219 *Ofner*, *Der Urentwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II* (1889) 366.

220 Bei der Sitzung am 30.6.1806.

gung, Umänderung, Erlöschung und Verjährung nicht bloß für persönliche Sachenrechte, sondern auch für dingliche Sachenrechte und Personenrechte in Betracht.²²¹ Zudem werde eine derartige Modifikation nicht ausschließlich durch Verträge bewirkt. Dementsprechend sollten diese Bestimmungen in einem eigenen Teil situiert werden, da diese nicht bloß von persönlichen Sachenrechten handeln sollen.²²² Dies fand die Zustimmung der Kommissionsmitglieder.

1.2.7. Zwischenfazit

Aus der historischen Genese der Stoffgliederung ergeben sich mannigfaltige Interpretationsmöglichkeiten, warum *Zeiller* derart offensiv für eine Neuordnung geworben hat. Aufgeworfen wird dabei die Kontinuität mit dem Gaianischen Schema, da die Zusammenlegung von Rechten, die Personen betreffen und solchen, die Sachen betreffen, unter den Begriff des Sachenrechts der *res* nachempfunden sein könnte.²²³ Die Struktur des ABGB ist daher potenziell als Modifikation des römisch-rechtlichen Institutionensystems anzusehen.²²⁴ Weniger wahrscheinlich scheint eine weitergehende Beeinflussung durch *Immanuel Kant*, da dessen Systematik deutlich von jener des ABGB abweicht und der Begriff des auf dingliche Art persönlichen Rechts keine Rezeption im ABGB gefunden hat. Von *Kant* inspiriert könnte die klare Gegenüberstellung von Personen- und Sachenrecht sein,²²⁵ wiewohl sich diese insb auch bei naturrechtlichen Autoren findet. Ebenso sollte nicht aus dem Blick verloren werden, dass das ALR, das großen Einfluss auf die Redaktoren des ABGB ausgeübt hat, dingliche und persönliche Rechte unter das Sachenrecht gruppiert hat.²²⁶ Welcher dieser Einflussfaktoren nun der entscheidende war, kann heute

221 *Ofner*, Urentwurf II 210.

222 AaO.

223 Auch *Zeiller* selbst vergleicht die Struktur des ABGB mit der justinianischen Dreiteilung und sieht diese als übereinstimmend an, vgl dazu den Anhang zur Revision bei *Ofner*, Urentwurf II 475. Dahingehend auch *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 14 Rz 2; *Barta* in Barta/Palme/Ingenhaeff (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 1; *Stubenrauch*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I¹ (1854) § 14 Rz 1. Dafür spricht auch, dass 1808 *Zeiller* in einem Bericht an den Kaiser ausführte, dass die Gliederung des ABGB nach der geläufigen Ordnung der Institutionen des römischen Rechts erfolge, s dazu weiterführend *Steinwenter*, Der Einfluss des römischen Rechts auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechts in Österreich, in *GedS Koschaker* I (1954) 405 (417).

224 *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte 117; krit derselbe dazu dann aber in *Brauneder*, ABGB 116, da es sich um eine originär naturrechtliche Gliederung handle.

225 Dahingehend etwa *Huwwiler*, Begriff der Zession 140; *Swoboda*, ABGB im Lichte der Lehren Kants 61 f.

226 Die enge Verbindung von ABGB mit ALR wurde bislang eher wenig thematisiert. Dabei meinte noch *Joseph Unger*, dass das ALR „der beste Kommentar zum ABGB“ sei, s mwN *Barta* in Barta/Palme/Ingenhaeff (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 333 ff.

wohl nicht mehr zurückverfolgt werden. Aus den vorliegenden Ausführungen ergibt sich aber, dass vieles dafür spricht, diese Einflüsse als Exponenten einer breiteren historischen Entwicklung zu sehen. Wie gezeigt finden sich in der Geschichte Gliederungssysteme, die Schuld- und Sachenrecht explizit trennen und solche, die diese unter einen gemeinsamen Begriff bringen, häufig im Widerstreit, wobei je nach Epoche die eine oder die andere Meinung die Oberhand gewinnt. Nicht zu vergessen sind daher Autoren wie *Heinrich Hahn*, die das ABGB zumindest mittelbar beeinflussten und bereits im 17. Jhd ein dem heutigen ABGB sehr ähnliches Gliederungssystem propagierten. Wesentlich ist hierbei stets die Frage, ob Obligationen eher dem Recht der Personen oder eher dem Recht der Sachen zuzuordnen sind. Dementsprechend ist die Stoffgliederung des ABGB in eine gewachsene Systemkonzeption einzugliedern, der auch andere Kodifikationen des frühen 19. Jhds anhängen.²²⁷

Aus dieser Perspektive ist der Standpunkt des Gesetzgebers des ABGB sehr klar nachvollziehbar: Er hat einem Gliederungssystem, das Schuld- und Sachenrecht auf oberster Gliederungsebene streng trennt, eine Absage erteilt.²²⁸ Vielmehr können dingliche und persönliche Rechte unter einen gemeinsamen Begriff gebracht werden: jenen des Sachenrechts. Obligationen sind daher – wie auch bereits im ALR – explizit von den Bestimmungen des Sachenrechts erfasst. Ein ganzer Abschnitt ist den Regelungen gewidmet, die grundsätzlich unterschiedslos auf dingliche und persönliche Sachenrechte Anwendung finden. Diese Gliederung weist darauf hin, dass sich nach dem System des ABGB dingliche Rechte nicht in strenger Opposition zu persönlichen Rechten befinden.

1.3. Pandektensystem

Wie bereits ausgeführt nimmt die österreichische Zivilrechtswissenschaft quasi einstimmig eine Fünfteilung des Rechtsstoffs nach dem Pandektensystem vor, die aber dem ABGB nicht zu Grunde liegt. Demnach wird das ABGB nicht wie gesetzlich vorgesehen nach dem jeweiligen Rechtsobjekt (Person oder Sache), sondern nach verschiedenen Rechten geordnet. Seinem Namen nach stammt das Pandektensystem dabei von den *Digesten* (griechisch *Pandektai*),²²⁹ seinem Inhalt nach war das Pandektensystem aber dem römischen Recht fremd, da die Gliederung der *Digesten* davon abweicht.²³⁰ *Baldus* spricht daher zu Recht davon, dass das Pandektensystem in Wahrheit ein *Pandektistensystem* sei.²³¹ Dem entspricht auch die historische Genese

227 Neben dem ALR war auch die Gliederung des Zivilgesetzbuches des Kantons Berns aus dem Jahr 1828 nach demselben Schema gegliedert. S dazu weiterführend *Kupisch*, *Irish Jurist* 1990, 293 (295).

228 Vgl dazu *Brauneder*, Das ABGB und sein System, JRP 2009, 231.

229 *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 14 Rz 5.

230 *Baldus*, Export des Pandektensystems? JRP 2008, 23 (23).

231 *Baldus*, JRP 2008, 23 (24).

dieser Stoffgliederung: Die Fünfteilung des Rechtsstoffs im Pandektensystem geht auf das naturrechtliche System von *Pufendorf* sowie auf Schüler von *Wolff* zurück,²³² erstmals ausdrücklich angewandt wurde es im „Grundriß eines Systems des gemeinen Rechts“ von *Georg Arnold Heise* aus dem Jahr 1807.²³³ Seine Wirkungsmacht verdankt das Pandektensystem aber vor allem *Friedrich Carl v Savigny*, der seine Vorlesungen in Landshut und Berlin nach diesem System gestaltete und *Heises* Einteilung lobte und populär machte.²³⁴ Gegen das Institutionensystem brachte *Savigny* dabei vor, dass dieses keine allgemeine Verbreitung gehabt habe und möglicherweise „*bloß auf einer zufälligen Ansicht des Gaius beruhte*“;²³⁵ zudem würde das Institutionensystem die innere Einheit der Rechtsinstitute zerstören.²³⁶ In Österreich ist die Gliederung des Rechtsstoffs nach dem sog Pandektensystem vor allem auf Systementwürfe zurückzuführen,²³⁷ die erstmals von *Unger* versucht, in der Folge aber von *Krainz/Pfaff* fertiggestellt wurden. Nunmehr sind – wie *Koziol* zu Recht anmerkt²³⁸ – sämtliche Hand- und Lehrbücher zum österreichischen Zivilrecht nach dem Pandektensystem gegliedert. Das österreichische bürgerliche Recht wird daher in einer Gliederung dargestellt, die nicht dem äußeren System des ABGB entspricht, sondern vielmehr erst deutlich nach Inkrafttreten des ABGB breit rezipiert wurde.

Im Zentrum der pandektistischen Stoffgliederung steht eine sog Kreuzeinteilung. Dementsprechend sind die letzten vier Bücher nach unterschiedlichen Kriterien getrennt: Während mit dem Schuldrecht und Sachenrecht der Gegensatz zwischen Ansprüchen *in personam* und *in rem* ausgedrückt wird, erfolgt die Einteilung von Familien- und Erbrecht nach Lebensbereichen.²³⁹ Das aus einem generellen Personenrecht losgelöste Familienrecht wird dabei auf naturrechtliche Einflüsse zurückgeführt.²⁴⁰ Besondere Aufmerksamkeit in der Diskussion erlangte dabei der erste, allgemeine Teil, dem *va im Laufe*

232 MwN *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 373.

233 *Schmoeckel* in HKK I Vor § 1 Rz 19; aA *Schwarz*, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, ZRG 1921, 578 (581). *Schwarz* geht davon aus, dass bereits *Gustav Hugo* in seinen „Institutionen des heutigen römischen Rechts“ im Jahr 1789 das Pandektensystem aufgestellt hat. Tatsächlich war in diesem System aber noch kein allgemeiner Teil vorhanden.

234 *Schmoeckel* in HKK I Vor § 1 Rz 21; *Schwarz*, ZRG 1921, 578 (582); vgl auch *Eggel*, Begründung 336 ff.

235 *Savigny*, System I (1840) 396.

236 *Savigny*, System I 406 ff; krit dazu ausf *Affolter*, Institutionen-System 442 ff.

237 Die erste Gliederung des Rechtsstoffs des ABGB nach dem Pandektensystem in Österreich erfolgte durch das Werk „Über die Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechts in Österreich“ von *Emil Franz Rössler* aus dem Jahr 1847; es fehlte hier jedoch noch ein allgemeiner Teil. Dazu ausf *Brauneder*, ABGB 283.

238 S bereits einführend erwähnt *Koziol* in FS Canaris 1097.

239 Dazu krit, da die Zuteilung zu Lebensbereichen durchaus Zuordnungsprobleme erzeugt, *Baldus*, JRP 2008, 23 (25); ebenso *Canaris*, Systemdenken² 34 f.

240 *Schwarz*, ZRG 1921, 578 (603).

des 19. Jhds eine äußerst unterschiedliche Rolle zugemessen wurde.²⁴¹ Auch bezüglich des Allgemeinen Teils wird eine wesentliche Beeinflussung durch das Naturrecht angenommen.²⁴² Die pandektistische Stoffgliederung ist somit weit stärker vom Naturrecht beeinflusst, als es ihr Name vermuten ließe; nur hinsichtlich der Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht beruft man sich explizit auf römisch-rechtliche Wertungen.²⁴³

Dass die österreichische Zivilrechtswissenschaft dem Pandektensystem den Vorzug gegenüber dem äußeren System des ABGB für die Stoffgliederung gibt, ist durchaus begründungsbedürftig.²⁴⁴ Auskunft dazu gibt *Unger* in seinem System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Es müsse das im Gesetzbuch befolgte System verlassen und jenem gefolgt werden, das „*als das in der deutschen Rechtswissenschaft allgemein befolgte bezeichnet werden kann.*“²⁴⁵ Dies begründet er damit, dass „*der Schlüssel zum Verständnis eines Gesetzbuches anderswo als in diesem selbst geholt werden müsse.*“²⁴⁶ Die wissenschaftliche Untersuchung verlange daher nach einer Metaperspektive; weshalb zu einer solchen insb das Pandektensystem geeignet sei, führt *Unger* freilich nicht aus. Spätere Bewertungen der pandektistischen Stoffgliederung sind durchaus von einer größeren Nüchternheit geprägt. So sei nach *Schwarz* das Pandektensystem „*gewohnt, bequem und doch auch nicht schlechter als ein früheres*“, die Lebenskraft der Gliederung sei „*allein durch das überragende Ansehen der Häupter der historischen Schule, wie auch der späteren Pandektenwissenschaft [zu] erklären.*“²⁴⁷ *Baldus* nennt Zuordnungsproblematiken, die zu Auslegungsproblemen im Grenzbereich zwischen dem Allgemeinen Teil und den besonderen Teilen führen können.²⁴⁸ Auch *Walter Boente* schließt seine Analyse mit dem Befund, dass das Pandektensystem aus heutiger Sicht eine überkommene Stoffgliederung darstelle;²⁴⁹ insb fällt die mangelnde Berücksichtigung von Persönlichkeitsrechten ins Auge. Eine zwingende Antwort, weshalb das Pandektensystem der Gliederung des ABGB vorzuziehen ist, ergibt sich daraus daher nicht.

Aus heutiger Sicht scheint *Ungers* Argument, dass rechtswissenschaftliche Erkenntnis nur außerhalb des Gesetzes möglich sei und somit eine vom Gesetz abweichende Stoffgliederung angestrebt werden müsse, durchaus zweifelhaft. Denn dieses entspricht – soweit kein Bezug auf das Gewohnheitsrecht herge-

241 So wurde der allgemeine Teil von *Puchta* etwa als „*doktrinelles Missgeburt*“ bezeichnet. S zu dieser Diskussion ausf *Schmoeckel* in HKK I Vor § 1 Rz 23 ff.

242 *Schwarz*, ZRG 1921, 578 (588).

243 *Baldus*, JRP 2008, 23 (24 f); *Schwarz*, ZRG 1921, 578 (581).

244 Zur Begründungsbedürftigkeit von Stoffgliederungen *Boente*, Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht (2013) 7.

245 *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I (1856) Vorwort VIII.

246 *Unger*, System I Vorwort IX.

247 *Schwarz*, ZRG 1921, 578 (580).

248 *Baldus*, JRP 2008, 23 (25).

249 *Boente*, Nebeneinander und Einheit 240.

stellt werden kann – nicht der Anforderung, dass eine These von einer anerkannten Rechtsquelle mit anerkannten Methoden der Auslegung abgeleitet werden muss. Vielmehr wird – wie noch genauer beleuchtet werden wird²⁵⁰ – auf das pandektistisch geprägte gemeine Recht als Rechtserkenntnisquelle verwiesen. Die zum Pandektensystem führende Interpretation des ABGB basiert somit auf einem – geschichtlich nachvollziehbaren – Vorurteil der Interpreten, dass die von der deutschen Rechtswissenschaft vorgenommene Stoffgliederung überlegen sei. Nach den eingangs erwähnten methodischen Grundsätzen dieser Untersuchung kann dem aber nicht Folge geleistet werden, da sich die Gliederung nach dem Pandektensystem nicht auf die Auslegung des gesetzgeberischen Willens beschränkt, sondern diesem wesentliche Aspekte hinzufügt. Es wird der vorliegenden Untersuchung entgegen der hL somit explizit die Systematik des ABGB zu Grunde gelegt.

Hieraus folgt freilich, dass eine Translationsleistung vonnöten ist. Es müssen die Stoffgliederung und das Begriffsverständnis der Pandektistik²⁵¹, auf welchen die untersuchte These beruht, dass die Regeln des Sachenrechts ausschließlich auf körperliche Sachen Anwendung finden, in die Sprache des ABGB übersetzt werden.²⁵² Dabei besteht in der L jedoch keine vollständige Übereinstimmung darüber, welche Teile des ABGB als Sachenrecht zu qualifizieren sind. Während nach *Pisko* die ersten sieben Hauptstücke der ersten Abteilung des Sachenrechts und zusätzlich die im dritten Teil geregelte Ersetzung als Sachenrecht zu verstehen sind,²⁵³ enthält das Sachenrecht in der Konzeption von *K. Wolff* darüber hinaus auch die Bestimmungen der §§ 825–858.²⁵⁴ An ihren Grenzen ist die Zuordnung von Normen zum pandektistischen Überbegriff des Sachenrechts somit nicht eindeutig.

1.4. Stoffgliederung und systematisch-logische Auslegung

Nachdem – wie gezeigt – eine Diskrepanz zwischen der vom Gesetzgeber vorgesehenen Stoffgliederung und der mittlerweile herrschend verwendeten, in Österreich va auf *Unger* zurückgehenden Gesetzessystematik besteht, müssen nun die möglichen Rechtswirkungen dieses Umstands beleuchtet

250 S weiterführend 2.3.6.1.2.

251 Zu dieser ausf 2.3.6.1.2.

252 Allein dieser Umstand ist aus kodifikatorischer Sicht problematisch, denn aus der Gesetzeslektüre selbst kann nicht erschlossen werden, welche Normen konkret gemeint sind, wenn die hL vom Sachenrecht spricht.

253 *Pisko* in Klang^I (1933) § 14 Rz 2 (182).

254 *K. Wolff* in Klang^I § 14 (123 f). Beachtenswert dabei ist, dass in der aktuellen 3. Auflage des Klang-Kommentars kein Hinweis mehr darauf erfolgt, mit welchen Bestimmungen des ABGB der pandektistische Begriff des Sachenrechts einhergeht. Dies ist wohl va ein Hinweis darauf, wie stark die pandektistische Gliederung mittlerweile die Denkstrukturen beeinflusst hat.

werden.²⁵⁵ Die einhellige Meinung geht dabei davon aus, dass der gesetzlich verankerten Gliederung des ABGB keine normative Bedeutung zukommt.²⁵⁶ Diese nicht weiter ausgeführte Aussage kann in zweierlei Hinsicht interpretiert werden: Einerseits könnte dies bedeuten, dass der Gesetzgeber die Gliederung des Rechtsstoffs nicht autoritativ vorgegeben hätte und somit auch eine anders geartete Stoffgliederung – wie etwa nach den Grundsätzen des Pandektensystems – für möglich angesehen habe. Andererseits könnte diese Aussage auch dahingehend verstanden werden, dass es ohne Relevanz sei, nach welchem System der Rechtsstoff gegliedert sei.²⁵⁷ Diesen Interpretationsmöglichkeiten ist aber gemein, dass das ABGB nach der hL einer Gliederung des Rechtsstoffs nach dem Pandektensystem nicht entgegensteht.²⁵⁸

Eine solche Auffassung steht in einem Spannungsverhältnis mit den etablierten Methoden der Gesetzesauslegung, die im ABGB in §§ 6 ff unmittelbar genannt sind. Denn nach der systematisch-logischen Auslegung²⁵⁹ sind die Worte des Gesetzgebers in ihrem Zusammenhang²⁶⁰ zu verstehen, weshalb es auch auf die Gliederung in Teilabschnitte, den Standort einer Norm und die Verwendung von Einleitungsbestimmungen und Überschriften ankommt.²⁶¹ Dem liegt die Annahme zu Grunde, dass der Gesetzgeber den Rechtsstoff in eine möglichst gut nachvollziehbare Struktur gebracht hat und demnach die Gliederung des Normenmaterials absichtsvoll vorgenommen hat.²⁶² Diese Überlegungen gehen bereits auf *Zeiller* zurück, der zur Bedeutung des Gesetzeszusammenhangs anmerkte:

255 Zur Systematisierung als gesetzgeberische Wertungsentscheidung auch generell *Heindler*, Conceptual approaches to the codification of international law, in Annoni/Forlati/Salerno (Hrsg), Codification in International and European Union Law (2019) 59 (61).

256 S statt aller nur *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 14 Rz 1; *Kehrer* in Klang³ § 14 Rz 1; *F. Bydlinski* in Rummel, ABGB³ § 14 Rz 1.

257 Wobei in diesem Fall freilich die Frage berechtigt scheint, warum der Zivilrechtsdiskurs völlig einhellig vom Gesetzeswortlaut abweichende Systembegriffe verwendet, wenn ohne dogmatische Konsequenz auch die Systembegriffe des ABGB verwendet werden könnten. Dagegen auch *Kodek* in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen 10.

258 Durchaus kritisch dazu *Wendehorst*, Ist der Kodifikationsstreit entschieden? in Feenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation (2012) 9 (27).

259 Dazu ausf. *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 442; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 324 f.

260 So auch der Wortlaut des § 6 ABGB.

261 So etwa *Kerschner/Kehrer* in Klang³ § 6 Rz 25; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 6 Rz 10; *Kehrer*, Gesetzeskonforme Methodik 44; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 78 ff.

262 So ganz zu Recht *Kehrer*, Gesetzeskonforme Methodik 44; krit dazu, ob die Gliederung des ABGB sinnvoll ist *F. Bydlinski*, Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht, in FS Canaris II (2007) 1017 (1029).

„Daher ist zur gründlichen und beruhigenden Beurteilung eines Rechtsfalls nicht nur notwendig, dass man das einzelne Gesetz, woraus er unmittelbar zu entscheiden zu sein scheint, mit den nächsten Stellen des Gesetzbuches zusammenhalte, es ist oft notwendig, dass man das ganze Hauptstück des Gesetzbuches, worin dieser Rechtsgegenstand abgehandelt wird und die mit demselben verwandten Hauptstücke vor Augen habe.“²⁶³

Aus der Notwendigkeit der systematisch-logischen Gesetzesauslegung²⁶⁴ ergibt sich nach Zeiller für den Gesetzgeber die Verpflichtung, dass dieser „jedem Gegenstand nur seinen zukömmlichen Platz anweise.“²⁶⁵ Daraus folgt einerseits, dass sich der Gesetzgeber des ABGB durchaus der Bedeutung der Stoffgliederung für die Rechtsauslegung bewusst war und in diesem Wissen auch Entscheidungen zu der Gesetzessystematik getroffen hat. Andererseits ist eine Umstrukturierung des Rechtsstoffs durchaus geeignet, zu Auslegungsergebnissen zu führen, die nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen, da die relevanten Bestimmungen in einen anderen Regelungskontext gesetzt werden. Welcher systematische Zusammenhang aus der Sicht des Gesetzgebers für die Auslegung gelten soll, wird dadurch akzentuiert, dass die Gliederung des Rechtsstoffs im ABGB Gesetzesrang hat. Daraus ergibt sich, dass eine Interpretation der hL, nach der es generell ohne Relevanz sei, nach welchem System der Rechtsstoff gegliedert wird, nicht zu folgen ist: Die gesetzlich verankerte Gliederung des ABGB vermag für die systematisch-logische Gesetzesauslegung *in abstracto* durchaus Wirkungen zu entfalten.²⁶⁶ Die heute einhellig vertretene Position, dass die Stoffgliederung des ABGB keinerlei Folgen für die Rechtsauslegung hat, entspricht somit weder dem Gesetzeswortlaut noch dem nachvollziehbaren Willen des historischen Gesetzgebers und ist sohin abzulehnen.

Aus diesem Befund folgt unschwer, dass für die systematisch-logische Gesetzesinterpretation nur auf die Gliederung des Gesetzes und nicht auf eine anders geartete, von der deutschen Rechtswissenschaft konzipierte und als fortschrittlichere aufgefasste Stoffgliederung zurückgegriffen werden kann. Dies findet sich durch die Gefahr von Zirkelschlüssen begründet: Sieht man in Wertungsgleichheiten den Grund für eine vom Gesetz abweichende Gliederung, kann aus dieser Stoffgliederung nicht zugleich auf die Wertungen des Gesetzgebers rückgeschlossen werden. Vielmehr müssen insb teleologische²⁶⁷ Wertungen, die zur

263 Zeiller, Kommentar 1 § 6 Rz 3 (52 f).

264 Freilich verwendete Zeiller diese Bezeichnung noch nicht.

265 Zeiller, Kommentar 1 § 6 Rz 3 (52 f).

266 Dahingehend auch *Canaris*, nach dem auch die systematische Einordnung durch den Gesetzgeber eine Wertung miteinschließt. MwN zu ablehnenden Ansichten *Canaris*, Systemdenken² 100 f.

267 Ganz zu Recht geht *Canaris* davon aus, dass die systematische Ordnung einer rechtlichen Erscheinung eine Aussage über ihren teleologischen Gehalt beinhaltet,

vom Gesetzeskonzept abweichenden Systematisierung geführt haben, selbst benannt und hinsichtlich ihres argumentativen Werts abgewogen werden.

Hieraus folgt die Notwendigkeit, die Auswirkung der pandektistischen Gliederung des Rechtsstoffs auf die Gesetzesauslegung *in concreto* zu beleuchten. Denn es ist durchaus denkbar, dass das Pandektensystem im Einklang mit den systematischen Wertungen des Gesetzgebers steht. Zur besseren Illustration der Änderung der Zuteilung von Normen zu den jeweiligen Gliederungspunkten soll die folgende Tabelle²⁶⁸ dienen, wobei die Zuordnung nach den Vorgaben von *K. Wolff* erfolgt:²⁶⁹

Tabelle 1.

		Gliederung des ABGB			
		Einleitung	Personenrechte	Sachenrecht	Gemeinsame Bestimmungen
Pandektensystem	Allgemeiner Teil	§§ 1–14	§§ 15–43		§ 1411; §§ 1448–1451; § 1459 S1, §§ 1478–1502 (soweit Verjährung)
	Sachenrecht			§§ 309–530; §§ 825–858	§§ 1451–1502
	Schuldrecht			§§ 859–1216; §§ 1267–1341	§§ 1342–1410; §§ 1412–1447
	Familienrecht		§§ 44–284	§§ 1217–1266	
	Erbrecht			§§ 531–824	

Diese Darstellung zeigt, dass durch die Transformation der Gliederung iW das Sachenrecht und die Gemeinsamen Bestimmungen des ABGB auf verschiedene Teile des Pandektensystems aufgeteilt wurden. Die Zuteilung er-

s weiterführend *Canaris*, Systemdenken² 88 f.

268 Auf der x-Achse ist dabei die Gliederung im System des ABGB angegeben, wobei die Normen der §§ 1–14 als Einleitung bezeichnet werden, auf der y-Achse finden sich die Gliederungspunkte des Pandektensystems.

269 *K. Wolff* in Klang I² § 14 (123 f). Auffällig ist hierbei, dass *Wolff* die Normen der §§ 285–308 ABGB nicht zuordnet. Diese könnten – wie im BGB – dem Allgemeinen Teil oder aber dem Sachenrecht zugeschlagen werden. Darüber hinaus weist *K. Wolff* explizit darauf hin, dass auch einzelne sonstige Bestimmungen zum Allgemeinen Teil gezählt werden können.

folgt dabei weitgehend an Hand der Linien, die durch die nachrangige Stoffgliederung des ABGB vorgegeben sind:²⁷⁰

Tabelle 2.

		Gliederung des ABGB			
		Einleitung	Personenrechte	Sachenrechte	Gemeinsame Bestimmungen
Pandektensystem	Allgemeiner Teil	vollständig	1. HS		§ 1411; §§ 1448–1451; § 1459 S1, §§ 1478–1502 (soweit Verjährung)
	Sachenrecht			1.– 7. HS; 16. HS	4. HS
	Schuldrecht			17.– 27 HS; 29.– 30. HS	1.– 2. HS; §§ 1412–1447
	Familienrecht		2.– 6. HS	28. HS	
	Erbrecht			8.– 15. HS	

Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass die Gliederung des Rechtsstoffs des ABGB auf der Ebene der Hauptstücke durch die Neustrukturierung nach dem Vorbild des Pandektensystems weitgehend unbeeinflusst bleibt. Darüber hinaus wird das Erbrecht als Ganzes und das Schuldrecht (unter der Bezeichnung des persönlichen Sachenrechts) zu großen Teilen *en bloc* behandelt. Zu Brüchen bei der Übernahme von Hauptstücken kommt es allenfalls durch Bestimmungen, die dem Allgemeinen Teil zugeordnet werden, was jedoch für die Gesetzesauslegung nur bedingt von Bedeutung sein dürfte, da die Normen des Allgemeinen Teils wohl für sämtliche Teile Geltung beanspruchen. Geändert wird sohin nur die Zuordnung der Hauptstücke in einer Makrostruktur – also die *summa divisio* des Zivilrechtsstoffs. Soweit die systematisch-logische Gesetzesauslegung auf der Ebene von Hauptstücken erfolgt, kann somit der hL zugestimmt werden, dass die Gliederung des Rechtsstoffs des ABGB nach dem Pandektensystem keine normativen Auswirkungen zeitigt und damit den Wertungen des ABGB nicht entgegensteht.

Besondere Aufmerksamkeit verdient idZ die Stellung der Zession, die ihren Platz von den gemeinsamen Bestimmungen hin zum Schuldrecht ge-

270 Diese Darstellung entspricht der Gliederung von Wolff, bei der die einzelnen Bestimmungen den jeweiligen Hauptstücken (abgekürzt HS) zugeordnet wurden. Sofern kein ganzes Hauptstück zugeordnet wurde, bleibt die Nennung der einzelnen Normen.

wechselt hat. Selbst im BGB, in dem das pandektistische Gliederungssystem weitgehend Realisierung findet, ist die Systematisierung diesbezüglich aber nicht unstr. Niemand geringerer als *Karl Larenz* geht etwa davon aus, dass in der Platzierung der Bestimmungen zur Zession im Abschnitt des Schuldrechts im BGB „ein Aufbaufehler und eine sachliche Unklarheit“ liege; der Gesetzgeber des BGB habe nicht verstanden, dass eine Forderung nicht nur Leistungsbeziehung, sondern auch als Vermögensbestandteil verfügbarer Gegenstand des Rechtsverkehrs sei.²⁷¹ Vorzuziehen wäre es vielmehr, die Zession in einem zu „*einem Recht der dinglichen Vermögenszuordnung erweiterten Sachenrecht*“²⁷² zu situieren. Nach Ansicht von *Larenz* ist somit die Stoffgliederung des ABGB – zumindest hinsichtlich der Zession – jener des BGB überlegen, weshalb umso mehr begründungsbedürftig ist, weshalb die österreichische Rechtswissenschaft davon abgegangen ist.

Offen ist aber, inwiefern die Makrostruktur Einfluss auf die systematologische Gesetzesauslegung hat. Dies könnte daraus folgen, dass mehrere Hauptstücke gemeinsam ein äußeres System bilden, in dem eine wertungsmäßige Einheit vorliegt, der bei der Gesetzesauslegung Rechnung zu tragen ist.²⁷³ Dabei wird insb von *Franz Bydlinki* darauf hingewiesen, dass das Sachenrecht iSd ABGB nicht als äußeres System taugt, dem einheitliche Wertungsprinzipien zugeordnet werden können, da hier unterschiedliche Rechtsbereiche zusammengefasst würden.²⁷⁴ Denn nach *Franz Bydlinki* ist Voraussetzung für die Bildung eines äußeren Systems, dass dieses eine „*normative Spezifität*“ aufweise, worunter der Umstand zu verstehen ist, dass die Einzelregeln des Systems von gleichlaufenden Prinzipien bzw Prinzipienkombinationen bestimmt sind;²⁷⁵ diese fehle offenbar beim Begriff des Sachenrechts iSd ABGB. Anderes gelte im System von *Franz Bydlinki* jedoch für das Pandektensystem,²⁷⁶ das den Anforderungen an ein äußeres System genüge;²⁷⁷ dementsprechend könne der Allgemeine Teil,²⁷⁸ das Schuldrecht,²⁷⁹ das Sachenrecht,²⁸⁰ das Familien-

271 *Larenz*, Schuldrecht I¹² § 33 (460).

272 AaO 461.

273 Ausf *Canaris*, Systemdenken² 90 ff.

274 So sollen die Unterschiede zwischen dem Erbrecht, dem Schuldrecht und dem dinglichen Sachenrecht schwerer als die Gemeinsamkeiten wiegen, vgl *F. Bydlinki* in FS *Canaris* II 1029.

275 Dies ist dann aber freilich ein Vorgriff auf die Analyse des inneren Systems, worauf *Bydlinki* auch hinweist, s *F. Bydlinki*, System 23 f.

276 Zu diesem sehr positiv *F. Bydlinki*, System 117 f, weitaus kritischer zum Pandektensystem aaO 659 ff: „*Was in diesem System hervortritt, ist also nichts weniger als eine unangemessen auf Logik und Begrifflichkeit verengte Sicht auf das Recht.*“

277 *F. Bydlinki*, System 119.

278 Weiterführend *F. Bydlinki*, System 119 ff.

279 Weiterführend *F. Bydlinki*, System 171 ff.

280 Weiterführend *F. Bydlinki*, System 315 ff.

recht²⁸¹ und das Erbrecht²⁸² als jeweils eigenständige äußere Systeme aufgefasst werden,²⁸³ die eine Zuordnung der einzelnen Prinzipien erlauben. Dem ist freilich zu entgegenen, dass auch die Gliederung des ABGB der Bildung der genannten äußeren Systeme nicht entgegensteht – zwar nicht auf höchster Gliederungsebene, sondern auf Ebene der Abteilungen²⁸⁴. Es könnte vielmehr auch in einem weit verstandenen Sachenrecht eine normative Spezifität – nämlich der allgemeine Gedanke der Güterzuordnung – bestehen, die von der Rechtswissenschaft heute aber übersehen wird – worauf auch *Larenz* mit seiner Kritik an der Einordnung der Zession hinweist.

Die Makrostruktur des ABGB sieht eine Gliederungsebene oberhalb der äußeren Systeme vor, denen nach *Franz Bydlinki* die Prinzipien des Privatrechts zugeordnet werden können. Verschiedene äußere Systeme werden somit durch die Gliederung des ABGB verklammert. Das Zusammenziehen verschiedener äußerer Systeme betrifft im hier interessierenden Zusammenhang insb das Sachenrecht iSd ABGB,²⁸⁵ das mehrere – aus der Sicht des Pandektensystems streng zu trennende – Einheiten zusammenfasst: Es umfasst die wesentlichen Teile des (dinglichen) Sachenrechts, des Schuldrechts und des Erbrechts. Die Grundunterscheidung, welche Normen auf erster Gliederungsstufe zusammen betrachtet werden, ist somit im Gliederungssystem des ABGB eine andere als im Pandektensystem, was – insb auch in Folge neuer Positionen in der Erkenntnistheorie²⁸⁶ – durchaus normative Bedeutung haben kann²⁸⁷: Der Gesetzgeber drückt damit aus, dass die äußeren Systeme des (dinglichen) Sachenrechts, des persönlichen Sachenrechts und die Normen des 28. Hauptstücks Gemeinsamkeiten aufweisen, die sie von den sonstigen Bestimmungen – und insb jenen, die dem Personenrecht

281 Weiterführend *F. Bydlinki*, System 351 ff.

282 Weiterführend *F. Bydlinki*, System 402 ff.

283 Dies ist freilich auch ein Argument dafür, warum das Pandektensystem in Österreich derart populär ist.

284 Das Sachenrecht iSd ABGB ist in zwei Abteilungen – dingliches und persönliches Sachenrecht – gegliedert.

285 Außerhalb der Betrachtung bleiben hierbei das Personenrecht, das iW auf den Allgemeinen Teil und das Familienrecht aufgeteilt wird und das 28. Hauptstück.

286 Nach den sog *Laws of Form*, die der Mathematiker *George Spencer-Brown* 1969 aufgestellt hat, sind das Unterscheiden und das Benennen die grundlegende Operation der Erkenntnisgewinnung. Für die Zwecke einer rechtswissenschaftlichen Arbeit brauchen dazu nur die absoluten Grundlagen angeführt zu werden: Die Unterscheidung teilt die anfängliche Unbestimmtheit in Bereiche, die dadurch zu bezeichnbaren Objekten werden. Eine Unterscheidung setzt stets ein Motiv des Unterscheidenden voraus, welches mit einem wahrgenommenen Wertunterschied zwischen den unterschiedenen Bereichen korrespondiert. Daraus kann in weiterer Folge eine universelle Algebra entwickelt werden. S dazu *Spencer-Brown*, *Gesetze der Form* (2008).

287 Eine andere Auffassung würde sohin auch bedeuten, dass die Änderung der Gliederung des Rechtsstoffs, die *Zeiller* angeregt hat und die dann in der Folge auch übernommen wurde, ohne normative Bedeutung gewesen wäre.

zugerechnet werden – unterscheiden. In der Stammfassung wird darüber hinaus eine Gemeinsamkeit der genannten Bereiche mit dem Erbrecht angenommen, was nun aber seit der Wertung des modernen Gesetzgebers im Zuge der Erbrechtsreform fraglich ist. Die Makrostruktur des ABGB beinhaltet somit eine Wertung zum Verhältnis zwischen den einzelnen äußeren Systemen: In der wertenden Betrachtung des Gesetzgebers teilen diese äußeren Systeme zumindest eine Gemeinsamkeit, die deren Zusammenfassung auf oberster Gliederungsebene rechtfertigt. Ein besonders illustratives Beispiel dafür ist die Rechtsfigur der unkörperlichen Sache, bei der Rechte als vom Sachbegriff umfasst angesehen werden, was einer strengen Trennung von Schuld- und Sachenrecht zuwiderläuft.

Aus der Gliederung des ABGB ergibt sich sohin, dass zwischen den hier besonders interessierenden äußeren Systemen des Schuld- und Sachenrechts hinreichend Gemeinsamkeiten bestehen, um diese gemeinsam unter den Gliederungspunkt des Sachenrechts iSd ABGB zu gruppieren. Durch die Änderung der Gliederung des Rechtsstoffs nach dem Vorschlag von *Zeiller* wurde das (dingliche) Sachenrecht somit näher an das Schuldrecht gerückt, als es noch im Entwurf Martini der Fall war. Dies bedeutet aber eine explizite Absage an eine Position, die das dingliche Sachenrecht in vollständige Opposition zum Schuldrecht setzt; die Gliederung des Rechtsstoffs steht im Widerspruch zu dem Satz, dass Schuld- und (dingliches) Sachenrecht keine Gemeinsamkeiten hätten. Freilich findet sich ein solcher Widerspruch nicht im Pandektensystem, wo das Schuldrecht und das (dingliche) Sachenrecht bereits auf erster Gliederungsebene unterschieden werden. Für die systematisch-logische Gesetzesauslegung folgt daraus abstrakt, dass nach Ansicht des Gesetzgebers durchaus Gemeinsamkeiten zwischen den äußeren Systemen des Schuld- und (dinglichen) Sachenrechts bestehen können. Im Umkehrschluss kann – und das ist im vorliegenden Kontext von größerer Bedeutung – ein systematisches Argument nur noch eingeschränkt aus dem Gegensatz von Schuld- und Sachenrecht gewonnen werden.

Sohin ergibt sich, dass die wesentliche Auswirkung des Wandels der Gliederungssysteme das Verhältnis der äußeren Systeme des Schuld- und (dinglichen) Sachenrechts betrifft. Setzt man in Anlehnung an die deutsche Rechtswissenschaft die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht – wie es durchaus gängige Praxis ist – als Axiom, ist sohin auch der hL zuzustimmen, dass der Stoffgliederung des ABGB insoweit keine normative Wirkung zukommt, als dass auch eine Gliederung nach dem Pandektensystem zulässig ist. Wird das Verhältnis von dinglichen und persönlichen Rechten im ABGB wie in der vorliegenden Untersuchung als begründungsbedürftig angesehen, ändert sich dieses Bild: Aus der absichtsvoll herbeigeführten Gliederung des ABGB kann vielmehr ein systematisches Argument gewonnen werden, dass der Gesetzgeber eben keine strenge Trennung zwischen Schuld- und Sachenrecht intendierte.

1.5. Schlussfolgerungen

Als erstes Ergebnis dieses Abschnitts kann festgehalten werden, dass der Begriff des Sachenrechts, der im ABGB vorgefunden werden kann, nicht jenem entspricht, den die hL verwendet. Die untersuchte These bezieht sich somit auf den Begriff des Sachenrechts im Pandektensystem, was im ABGB nach nicht ganz unstr L den ersten sieben Hauptstücken der ersten Abteilung des Sachenrechts, dem 16. Hauptstück und zusätzlich der im dritten Teil geregelten Ersitzung entspricht. Die Regelungen dieser Abschnitte beziehen sich nach der Ausgangsthese ausschließlich auf körperliche Sachen.

Das zweite Ergebnis dieser Untersuchung ist, dass der Gliederung des Gesetzes durchaus normative Bedeutung zukommt. Der Gesetzgeber des ABGB hatte – gestützt auf historische Vorbilder – eine andere Gliederung des Rechtsstoffs im Sinn als das Pandektensystem, das in Übernahme von Positionen der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts erst später insb von den Anhängern der Pandektistik und der Historischen Rechtsschule propagiert wurde. Anknüpfungspunkt für die Gesetzessystematik sind die Bezugspunkte des jeweiligen Rechts – also Person und Sache – und nicht wie im Pandektensystem das Recht selbst. Besonders augenscheinlich zeigt sich dies beim dritten Teil des ABGB, der nach der Konzeption des Gesetzgebers gleichermaßen bei persönlichen und dinglichen Sachenrechten wie auch bei Personenrechten Anwendung finden soll; nach dem Pandektensystem wurden die Abschnitte hingegen ausschließlich dem Schuld- bzw Sachenrecht zugeordnet. Dies birgt eine Wertung hinsichtlich des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen: Während dieser in einer von der Pandektistik geprägten Auffassung tw auf Schuldrechte bzw Sachenrechte eingeschränkt wird, ging der Gesetzgeber von einer umfassenden Anwendung dieser Wertungen auf Rechte aus. Auch wenn dies häufig nicht konkret ausgewiesen wird, wird in der hL die Stoffgliederung des Pandektensystems als Ausgangspunkt für ein Argument hinsichtlich der Einschränkung der Normen des dritten Teils herangezogen.

Auf abstrakterer Ebene befinden sich die der Gesetzessystematik innewohnenden Wertungen zur Trennung von Schuld- und Sachenrecht. Vom Gesetzgeber wurde eine Stoffgliederung, in der auf höchster Gliederungsebene zwischen Schuld- und (dinglichem) Sachenrecht unterschieden wird, explizit abgelehnt; vielmehr werden diese zunächst als Sachenrecht gemeinsam behandelt. Dies ist auf den Umstand zurückzuführen, dass das persönliche und das dingliche Sachenrecht Gemeinsamkeiten aufweisen, die sie vom Personenrecht unterscheiden. Diese finden sich ua im dritten Teil des ABGB, der unterschiedslos Regelungen für persönliche und dingliche Sachenrechte beinhaltet. Von diesem Bild weicht das Pandektensystem durch seine Einteilung des Rechtsstoffs in Allgemeinen Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht ab. Bei der Gesetzesauslegung muss somit dem Umstand, dass Schuld- und Sachenrecht nach dem Willen des Gesetzgebers nicht als kategorisch verschiedene Regelungsgebilde anzusehen sind,

Rechnung getragen werden. Das Pandektensystem legt daher ein Verhältnis von Schuld- und Sachenrecht nahe, das nicht der Systematik des Gesetzgebers des ABGB entspricht.

Mit Bezug auf den eingangs erwähnten Befund von *Koziol*, dass seit über 150 Jahren alle Lehr- und Handbücher zum österreichischen Zivilrecht nicht der Gliederung des ABGB, sondern dem Pandektensystem folgen, stimmen diese Ergebnisse nachdenklich. Denn wie gezeigt gehen mit der Gliederung des Rechtsstoffs nach dem Pandektensystem Wertungen einher, die vom Gesetzgeber des ABGB nicht intendiert waren. Die Systematik des Pandektensystems und die damit einhergehenden Wertungen sind aber so stark in die Denkstrukturen von Generationen von Jurist*innen eingegangen, dass diese ohne Weiteres als unumstößlich akzeptiert werden. Somit überrascht es nicht, dass etwa die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht – trotz eher zweifelhafter Verankerung im ABGB – als Axiom anerkannt wird und im Grenzbereich zwischen Schuld- und Sachenrecht eine für die Rechtswissenschaft seltsame Einmütigkeit besteht. Wie *Christiane Wendehorst* ganz zu Recht feststellt, denkt die heutige Privatrechtswissenschaft in Österreich im Pandektensystem²⁸⁸ – und somit anders als der Gesetzgeber. Bereits an früher Stelle dieser Schrift kann daher ein Plädoyer dafür entwickelt werden, die Geltung des Pandektensystems für das österreichische ABGB kritisch zu hinterfragen. Denn dieses kann im Einzelnen durchaus stimmig sein; abzulehnen ist es aber in einer von Erkenntnisinteresse geleiteten Wissenschaft, ihm ohne sachliche Begründung „*allein durch das überragende Ansehen der Häupter der historischen Schule, wie auch der späteren Pandektenwissenschaft*“²⁸⁹ zu folgen.

Aus diesen anfänglichen Ausführungen zur Gliederung des Rechtsstoffs ergibt sich ein erster Eindruck, der sich in der Folge noch weiter verfestigen wird: Die Diskrepanz zwischen Gesetzeswortlaut des ABGB und dem Gesetzesverständnis durch die hL ist wesentlich durch die Lehren der Pandektistik und der Historischen Rechtsschule geprägt, durch die Konzepte der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in die Interpretation des ABGB eingeflochten wurden. Die gesetzlich nicht vorgesehene Anknüpfung an das Pandektensystem ist dabei paradigmatisch. In der weiteren Untersuchung soll dabei besonderes Augenmerk darauf gerichtet werden, inwiefern es durch die Historische Rechtsschule zu Brüchen mit davor vertretenen Ansichten gekommen ist.

288 *Wendehorst* in FS 200 Jahre ABGB 91.

289 *Schwarz*, ZRG 1921, 578 (580).

2. Die Sache als Rechtsobjekt

„Die Pandektistik wendet damit die Sache als körperlichen oder unkörperlichen Gegenstand vom Systembegriff zum Tatbestandsmerkmal (...).“²⁹⁰

Der Befund von *Kupisch* zeigt prägnant auf, dass das Rechtskonzept der Sache durch die Pandektistik eine wesentliche Änderung erfuhr. Da – wie bereits die Gliederung des Rechtsstoffs zeigt – die Auslegung des österreichischen Rechts wesentlich durch die Pandektistik beeinflusst war, ist auch hier eine historisch fundierte Betrachtung erforderlich. Das Erkenntnisinteresse dieses Abschnitts ist dabei ein zweifaches: Zum einen soll die untersuchte These präzisiert werden, dass sich die Regelungen des Sachenrechts ausschließlich auf körperliche Sachen beziehen. Notwendig ist es somit, den im österreichischen Zivilrecht verankerten Sachbegriff zu beleuchten. Das Konzept der Sache in §§ 285 ff ABGB ist dabei keine Neuschöpfung des ABGB; vielmehr handelt es sich bei der Sache im Verständnis eines Objekts, das Gegenstand von Rechten sein kann, um einen elementaren Rechtsbegriff, der auf eine lange Entwicklungsgeschichte zurückblicken kann, wobei insb Verbindungen zum römischen Recht bestehen. Zum anderen soll das Institut der unkörperlichen Sache beleuchtet werden, die ebenso als *res incorporalis* bereits im römischen Recht bekannt war. Auch daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den Blick nicht auf den Sachbegriff des ABGB zu verengen, sondern diesen in seiner historischen Entwicklung zu verorten. Der Fokus liegt dabei darauf, den Inhalt und die Grenzen des Sachbegriffs auszu-leuchten und somit der untersuchten These schärfere Konturen zu verleihen.

Dafür wird zuerst der Sachbegriff im ABGB untersucht (Abschnitt 2.1) und in der Folge vertieft auf die unkörperliche Sache eingegangen (Abschnitt 2.2). Danach erfolgt eine historische Betrachtung des Sachkonzepts (Abschnitt 2.3). Dieser Abschnitt wird komplettiert durch zwei Exkurse, die zu einer vollständigeren Perspektive auf die zu untersuchenden Themenkomplexe beitragen sollen. Zunächst ist die Unterscheidung zwischen körperlicher und unkörperlicher Sache bei Erscheinungsformen, die den Gesetzgebern der Stammfassung des ABGB noch nicht bekannt waren, zu thematisieren (Abschnitt 2.2.1). Danach (Abschnitt 2.3.6.) soll auf die Evolution der österreichischen Zivilrechtswissenschaft im 19. Jhd eingegangen werden, die eine manifeste Änderung der Auslegung des ABGB mit sich brachte und insb auch die Interpretation der unkörperlichen Sache veränderte, was sich prägnant aus der eingangs angeführten Aussage von *Kupisch* ergibt.

290 *Kupisch*, Irish Jurist 1990, 293 (300).

2.1. Die Sache im ABGB

„Sache“ ist ein zentraler Systembegriff des ABGB. Dies zeigt sich bereits in einer quantitativen Betrachtung: „Sache“ ist im derzeit in Geltung stehenden ABGB das am häufigsten verwendete Nomen; es findet sich über 370 Mal im Gesetzestext.²⁹¹ Etwas weniger als die Hälfte der Nennungen entfallen dabei auf den Bereich des Sachenrechts iSd Pandektensystems.²⁹² Dem Begriff der Sache kommt somit nicht nur für das dingliche Sachenrecht, sondern für das gesamte österreichische Zivilrecht Bedeutung zu. In der Folge ist somit auf den Inhalt des Sachbegriffs, seine Funktion und seine Grenzen im Konzept des ABGB einzugehen.

2.1.1. Begriffsinhalt

Der Wortlaut des ABGB bei der Definition der Sache ist programmatisch: *„Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient“* gilt nach § 285 ABGB als Sache im rechtlichen Sinn. Die Sache ist im ABGB durch ein positives und ein negatives Tatbestandsmerkmal definiert: Sofern nicht eines von zwei Ausschlusskriterien schlagend wird – die Qualifikation als Person sowie die fehlende Gebrauchsmöglichkeit für Menschen – liegt nach dem Wortlaut des ABGB somit eine Sache vor. Dazu kommt die Unterscheidung zwischen Tieren und Sachen in § 285a ABGB; die für Sachen anwendbaren Wertungen finden aber explizit auch auf Tiere Anwendung,²⁹³ sofern für diese keine abweichenden Regelungen bestehen. Das ABGB nimmt somit eine Dreiteilung sämtlicher Entitäten vor: Personen, Sachen und Objekte ohne menschliche Gebrauchsmöglichkeiten. Daraus ergeben sich auch denknotwendigerweise die Grenzen des Sachbegriffs: Eine Sache liegt immer vor, wenn nicht von einer Person oder einem Objekt ohne menschliche Gebrauchsmöglichkeit ausgegangen werden kann.

Das ABGB füllt den Begriff der Sache freilich auch positiv. Seiner Bedeutung entsprechend wird der Sachbegriff in §§ 285–306 ABGB auf breitem Raum entwickelt. Hierbei erfolgen zwei grundsätzliche Einteilungen: einerseits nach dem Subjekt, dem die Sache gehört (§§ 286 ff ABGB), andererseits nach der Beschaffenheit der Sache (§§ 291 ff ABGB), die hier im Fokus steht. Es erfolgt dabei eine Einteilung nach vier voneinander unabhängigen Kriterien,²⁹⁴ die sich in den Gegensatzpaaren körperlich/unkörperlich, beweglich/

291 Untersucht wurde das ABGB im Stand nach dem BGBl Nr 16/2020. Es wurden jeweils nur Nennungen berücksichtigt, in denen das Wort „Sache“ im Sinn des § 285 ABGB verwendet wurde. Das am zweitmeisten genannte Hauptwort ist mit 300 Nennungen übrigens „Person“.

292 192 Nennungen des Worts „Sache“ bestehen außerhalb der Normen der §§ 285–530 ABGB, was einem Anteil von ca 52% der Gesamtnennungen entspricht.

293 Dazu weiterführend *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 285a Rz 2 f.

294 Hierbei folgt das ABGB der Darstellungsform der antiken skeptischen Akademie, die bei einer Begriffsdefinition eine kurz umschriebene Ausbreitung aller *res proprie* des definierten Gegenstands fordert. S dazu weiterführend *Behrends*, Wissenschaftslehre 340.

unbeweglich, verbrauchbar/unverbrauchbar und schätzbar/unschätzbar widerspiegeln. Diese Unterscheidungen dienen einerseits als Anknüpfungspunkt, für unterschiedliche Rechtsfolgen – etwa hinsichtlich der Gewährleistungsfristen, wo nach § 933 ABGB auf die Beweglichkeit der Sache abgestellt wird. Andererseits konstituiert sich durch die genannten Einteilungen auch der Umfang des Sachbegriffs. Denn es wird festgelegt, dass die Sachqualität weder vom Subjekt, dem das Objekt gehört, noch von der Beschaffenheit des Objekts beeinflusst wird. Steuern und Zölle²⁹⁵ sind somit ebenso Sachen wie Ströme und Flüsse,²⁹⁶ der in senkrechter Linie über Grund und Boden befindliche Luftraum,²⁹⁷ das Recht zu jagen oder zu fischen,²⁹⁸ oder aber auch Hand- und Kopfarbeiten.²⁹⁹ Die genannten, vom Gesetzgeber angeführten Beispiele illustrieren dabei, dass der im ABGB verwendete Begriff der Sache deutlich weiter ist, als es die heutige Wortverwendung nahe legt, und sind daher auch für die Auslegung des Sachbegriffs von Relevanz.³⁰⁰

Der weite Sachbegriff ist dabei aber durchaus nicht beliebig. Denn wie *Franz Klein* zu Recht ausführt, ist alles als Sache anzusehen, was im Verkehr steht; alles was „besessen, erworben, ersessen, verpfändet, vererbt, vermacht, veräußert und abgetreten werden oder sonst Gegenstand von Verträgen“ sein kann, sei somit als Sache anzusehen.³⁰¹ Als Sache kann nach *Ehrenzweig* qualifiziert werden, was „Gegenstand eines Rechtes, wenn auch nur eines Forderungsrechtes, sein kann, also alles worüber wir verfügen und uns verpflichten können“³⁰². In dieser Hinsicht ist das ABGB deutlich moderner als das jüngere BGB, in dem wirtschaftlich wichtige Güter wie Dienstleistungen und Informationen nicht als Sache oder als Rechtsobjekt anerkannt werden.³⁰³ Im ABGB findet sich vielmehr ein Konzept der Vermögenszuordnung wieder, in dem jeder Vermögensgegenstand als Sache dem Subjekt zugeordnet werden kann.³⁰⁴

295 Vgl § 287 ABGB.

296 Vgl § 287 ABGB.

297 Vgl § 297 ABGB.

298 Vgl § 292 ABGB.

299 Vgl § 303 ABGB.

300 Zur Etymologie des Wortes Sache s weiterführend 2.3.2.

301 *Klein*, Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in FS ABGB I (1911) 1 (6 f).

302 *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/2: Das Sachenrecht² (1957) 2.

303 *Wendehorst*, Rechtsobjekte, in Alexy (Hrsg), Juristische Grundlagenforschung (2005) 71 (82).

304 Ein solches System wurde auch im Nationalsozialismus hinsichtlich eines des nie realisierten Volksgesetzbuches angedacht; das ABGB galt dabei als Vorbild. S dazu weiterführend *Wieacker*, Zum System des deutschen Vermögensrechts (1941) 47 ff; *Wieacker*, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, DRW 1941, 49 (60 ff).

Dem programmatischen Ansatz in der Sachdefinition der Stammfassung ist der Gesetzgeber in weiterer Folge aber nicht durchwegs gefolgt.³⁰⁵ Dies zeigt sich insb in der Bestimmung des § 364c ABGB, in der sich das in der dritten Teilnovelle eingefügte Veräußerungs- und Belastungsverbot für Sachen und dingliche Rechte findet. Der Gesetzgeber stellt dabei die Sache neben das dingliche Recht, was unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs eine Doppelung darstellt, da dingliche Rechte mangels Höchstpersönlichkeit nach § 292 ABGB vom Sachbegriff umfasst sind.³⁰⁶ Die Auslegung nach dem Wortlaut legt somit nahe, dass der Gesetzgeber in § 364c ABGB ein enges, von § 285 ABGB abweichendes Sachkonzept vor Augen hatte. Dafür finden sich auch historische Argumente: Wie *Raber* mit Hinweis auf einen Herrenhauskommissionsbericht³⁰⁷ aus dem Jahr 1912 aufgezeigt hat, wurde bei Forderungen nach Ansicht des Gesetzgebers generell von einer Drittwirkung eines Veräußerungsverbots ausgegangen,³⁰⁸ woraus folgt, dass diese nicht von § 364c ABGB erfasst waren. Dies ist im Einklang damit, dass zum Zeitpunkt der 3. Teilnovelle – wie noch näher aufgeführt wird³⁰⁹ – die hM den weiten Sachbegriff des ABGB zu großen Teilen ablehnte und einem engen Konzept der Sache den Vorzug gab.³¹⁰ Dieser Interpretation des § 364c ABGB entspricht auch die hL³¹¹, die neben körperlichen Sachen nur dingliche Rechte³¹² im Verständnis von § 308 ABGB von dieser Norm umfasst sieht. Dasselbe gilt wohl hinsichtlich des ebenfalls in der 3. Teilnovelle angepassten § 917 ABGB, in dem Handlungen und Unterlassungen den Sachen entgegengesetzt werden, was nicht im Einklang mit dem weiten Sachbegriff steht, der nach § 303 ABGB auch Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten umfasst. Ebenso wird für das in der 3. Teilnovelle novellierte Retentionsrecht (§ 471 ABGB) ausweislich der Materialien von einem engen Sachbegriff ausgegangen.³¹³

Aus der impliziten und punktuellen Bezugnahme auf den engen Sachbegriff in der 3. Teilnovelle kann aber freilich nicht der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber dem weiten Sachbegriff generell eine Absage erteilen wollte, da die diesen konstituierenden Bestimmungen unangetastet blieben. Vielmehr besteht

305 Es kann aber durchaus auch mit guten Gründen vertreten werden, dass auch in § 340 ABGB, der seit der Stammfassung unverändert geblieben ist, durch die Gegenüberstellung von unbeweglichen Sachen und dinglichen Rechten auf einen engen Sachbegriff abgestellt wird. S dazu *Kodek* in Klang³ § 340 Rz 18.

306 Krit dazu *Raber*, Zum vertraglichen Abtretungsverbot, JBl 1972, 441 (443).

307 78 HH 21. Sess. 166 (= HHKommB 44).

308 *Raber*, JBl 1972, 441 (442).

309 S 2.3.6.1.2.

310 Eine Falsifizierung des Basissatzes kann hinsichtlich der genannten Bestimmungen somit nicht erfolgen, da diesen ein enger, nur körperliche Gegenstände umfassender Sachbegriff zu Grunde liegt.

311 *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 364c Rz 2; *Leupold* in Klang³ § 364c Rz 14; *F. Bydlinski*, Zessionsverbot und Vertragsauslegung, in FS Kramer (2004) 121 (123).

312 Voraussetzung ist freilich, dass diese nicht höchstpersönlich sind. S dazu ebenso *Leupold* in Klang³ § 364c Rz 14.

313 *Eliskases* in Klang³ § 471 Rz 9.

hinsichtlich § 364c ABGB bzw § 471 ABGB eine Sonderwertung für das Veräußerungs- und Belastungsverbot sowie das Retentionsrecht³¹⁴; § 917 ABGB kann als Klarstellung verstanden werden, dass auch das Erbringen einer Handlung bzw Unterlassung – und nicht nur das Darbringen einer Sache – einen entgeltlichen Vertrag konstituiert. Es zeigt sich somit, dass bei der Auslegung des Sachbegriffs auf die verschiedenen Rechtsschichten des ABGB Bedacht zu nehmen ist und nicht ausnahmslos von einem weiten Sachbegriff ausgegangen werden kann.

2.1.2. Grenzen

Die Grenzen des weiten Sachbegriffs im ABGB ergeben sich durch die Trichotomie von Person, Sache und nicht dem menschlichen Gebrauch dienenden Objekten. Jedes Subsumptionsobjekt muss somit zwingend einer dieser Klassen zugeordnet werden, weshalb der Sachbegriff durch seine Abgrenzung zu anderen Klassen konstituiert wird. Darüber hinaus werden in der Lit aber weitere für den Sachbegriff notwendige Merkmale genannt, die in der Folge thematisiert werden müssen. Inwiefern Grenzen für die Sachqualifikation von Rechten bestehen, wird an späterer Stelle behandelt.³¹⁵

2.1.2.1. Von der Person unterschieden

Im Kern des Begriffs der Person steht nach unumstr. Ansicht der lebende Mensch und sein Körper, darüber hinaus aber auch die juristische Person (§ 26 ABGB).³¹⁶ Alles, was mit dem lebenden menschlichen Körper dauerhaft verbunden ist, gilt ebenso als Person – wie bspw Haare und Zahnkronen; mit der Lösung der festen Verbindung vom menschlichen Körper kommt aber eine Sachqualifikation hier ebenso wieder in Betracht wie bei entfernten Teilen bzw Organen des Körpers.³¹⁷

Auslegungsschwierigkeiten bestehen hinsichtlich des Anfangs und des Endes der Qualifikation als Person:³¹⁸ So wird auf Grund der Regelung des § 22 ABGB davon ausgegangen, dass auch ein Embryo als Person und nicht als Sache qualifiziert werden muss, nach hL trifft dies auch zu, wenn dieser *in vitro* gezeugt wurde.³¹⁹ Besondere Schwierigkeiten bereitet die Einord-

314 AA Jabornegg, der auch ein Retentionsrecht an unkörperlichen Sachen anerkennt, s Jabornegg, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982) 185 ff.

315 S 2.2.2.

316 Wacke, Das Studium des Rechtsobjekts: Ausbildung zum europäischen Juristen, in Wacke/Baldus (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa (2002) 23 (30 f).

317 Mit vielen weiteren Beispielen Stabentheiner in Klang³ § 285 Rz 6 ff.

318 Da die Grenzziehung zwischen Person und Sache das vorliegende, in unkörperlichen Sachen bestehende Forschungsinteresse nicht tangiert, soll hier der aktuelle Meinungsstand nur in aller Kürze wiedergegeben werden.

319 Vgl Kodek in Schwimann/Neumayr, ABGB: Taschenkommentar⁶ § 285 Rz 4.

nung von Leichnamen. Hierbei hat sich in jüngerer Zeit zu Recht die Auffassung etabliert, dass dabei nicht die Abgrenzung zwischen Person und Sache, sondern vielmehr jene zwischen Sache und dem Objekt, das nicht zum Gebrauch der Menschen dient, einschlägig ist.³²⁰ Überzeugend wird vertreten, dass ein Leichnam erst dann als Sache qualifiziert werden kann, wenn der Konnex zwischen der konkreten Persönlichkeit des Verstorbenen und dem leblosen Körper gelöst wird und somit mit dem Zeitablauf eine Anonymität des Leichnams eingetreten ist.³²¹ Davor wäre er als nicht dem Gebrauch von Menschen dienendes Objekt dem rechtlichen Verkehr entzogen.³²² Dementsprechend ist der Leichnam der rezent verstorbenen Person auch nicht Teil der Verlassenschaft; später kann diesem aber durchaus Sachqualität zukommen.³²³

Für die hier untersuchte Fragestellung wesentlich bedeutender ist der Umstand, dass nach den Wertungen des ABGB menschliche Handlungen von der Person verschieden sind und somit als Sache angesehen werden. Dies findet sich unmittelbar in § 303 ABGB verankert, wonach auch Dienstleistungen sowie Hand- und Kopfarbeiten als Sache zu qualifizieren sind. Im Einklang dazu befindet sich die Ansicht von Zeiller, nach der „*bejahende und verneinende Handlungen oder Unterlassungen*“ als Sache anzusehen seien.³²⁴ An anderer Stelle weist Zeiller auch darauf hin, dass die Kraftäußerungen vernünftiger Wesen als Sache angesehen werden müssten.³²⁵ Die Handlungen einer Person müssen somit von dieser getrennt werden und sind von dieser hinsichtlich der Funktion als Bezugspunkt von Rechten fundamental verschieden. Die Arbeitskraft einer Person wird somit versachlicht und zu „*einem Stück der rechtlichen vermögenswerten Außenwelt*“³²⁶. Diese Folge des weiten Sachbegriffs fand in weiterer Folge in der rechtsphilosophischen Lit durchaus Beifall,³²⁷ sie ist, wie später noch genauer aufgezeigt wird, ganz typisch für die frühen Kodifikatio-

320 Stabentheiner in Klang³ § 285 Rz 8; Apathy/Neumayr in KBB⁷ § 531 Rz 8.

321 Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 285 Rz 3; Stabentheiner in Klang³ § 285 Rz 9.

322 Dies lässt sich wohl auf sittliche Wertungen zurückführen, die im Zeitablauf einer gewissen Modifikation unterliegen können. Dementsprechend kann der Übergang zur Sache auch an unterschiedlichen Zeitpunkten verortet werden.

323 Dies könnte bspw durch die Entwendung von Knochen aus einem Beinhaus illustriert werden. Hier wird mE durchaus auch ein zivilrechtlicher Herausgabeanspruch bestehen können.

324 Dies ist nach Ansicht von Zeiller auch der wesentliche Unterschied von Kauf- und Werkvertrag, s Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie 3.1 (1812) § 921 (119 f).

325 Zeiller, Kommentar 2.1 § 285 (3).

326 So Dulceit, Verdinglichung 58. Dulceit fordert dies aber für das BGB, was auf Grund des dort verankerten engen Sachkonzepts freilich abzulehnen ist.

327 Vgl dazu Husserl, nach dem die „*Werkleistung eine Absplitterung der Person mit der Dignität eines Guts*“ ist, s Husserl, Der Rechtsgegenstand (1933) 35.

nen des 18. Jhds.³²⁸ Der Gesetzgeber ist bei der Einordnung von menschlichen Leistungen unter den Sachbegriff aber nicht überall konsequent, da er teilweise Sachen und Handlungen nebeneinander stellt (§ 917, § 1431 ABGB);³²⁹ aus dieser Doppelung ergibt sich jedoch keine Änderung der Konturen des Sachbegriffs. In der aktuellen Kommentarliteratur findet jedoch keinerlei inhaltliche Auseinandersetzung mit diesem – einer strengen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht wohl widerstrebenden – Aspekt des Sachbegriffs statt.

Hier zeigt sich ein bedeutender Zusammenhang zwischen dem Sachbegriff und der Konzeption der Forderung: Während nach dem im ABGB verankerten weiten Sachbegriff der Gegenstand von Forderungen – wie etwa Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten, aber auch körperliche Objekte – explizit als Sache angesehen wird (§ 303 ABGB), scheidet dies bei einem engen, auf körperliche Objekte reduzierten Sachbegriff aus. Besonders deutlich lässt sich dies bei *Savigny* nachweisen, der die Obligation als Herrschaft über eine fremde Person ansieht, und zwar nicht über die ganze Person, sondern nur auf einzelne Handlungen derselben.³³⁰ Damit einher geht ein folgenswerer Wechsel des Rechtsobjekts bei Forderungen: Während nach dem System des ABGB stets die Sache Bezugspunkt der Forderung ist,³³¹ muss, wenn ein enger Sachbegriff herangezogen wird, die Person als dessen Rechtsobjekt angesehen werden.³³² Dies wurde in der Folge in der deutschen Lit des 19. Jhds auch konsequent durchgeführt, wo etwa davon ausgegangen wurde, dass ein Mieter keine Berechtigung hätte, in einem gemieteten Haus zu wohnen oder sich dort aufzuhalten und sohin auch gar keinen Willen hätte, die Sache zu besitzen; vielmehr beschränke sich sein Recht auf die Herrschaft über den Willen des Vermieters.³³³ In der Folge eines engen Sachbegriffs wird die Handlung einer Person sohin nicht verselbstständigt und objektiviert, sondern bleibt mit der Person untrennbar verbunden. Damit einher geht, dass nach der Ansicht von *Savigny* die Forderung selbst kein Rechtsobjekt darstelle; als praktisch wohl wichtigste Auswirkung der Konzeption der Forderung wurde im 19. Jhd dabei die Übertragbarkeit der For-

328 Auch im ALR wurde das Recht, „*das Geben oder die Gewährung einer bestimmten Sache zum Gegenstande hat*“ als Recht zur Sache (*jus ad rem*) bezeichnet, s 3.3.4.2. Zurückzuführen ist diese Auffassung wohl auf *Bartolus de Saxoferrato*, der das obligatorische Recht auf Leistung einer Sache *jus ad rem* genannt hat, vgl dazu weiterführend 3.3.2.5.

329 *Kisslinger* in Klang³ § 292 Rz 6.

330 *Savigny*, System I 339.

331 Dies gilt dadurch, dass nach dem System des ABGB Kraftäußerungen und Dienstleistungen als Sache anerkannt sind, ebenso für die *obligatio dandi* wie für die *obligatio faciendi*.

332 *Savigny* tritt dabei explizit gegen die im Naturrecht entwickelte Konzeption der Forderung auf, s dazu auch *Dulckeit*, Verdinglichung 42.

333 *MwN Stöcker*, Dinglichkeit 84 f.

derung generell ausgeschlossen.³³⁴ In Gegenüberstellung wechselten Forderungsrechte somit ihre systematische Stellung: Sie wurden nicht mehr als sich auf Sachen beziehende Sachenrechte, sondern sich auf Personen beziehende Schuldrechte angesehen. Der Umstand, dass im ABGB Forderungen weiterhin als persönliche Sachenrechte bezeichnet werden,³³⁵ zeugt aber davon, dass dieses von der deutschen Rechtswissenschaft geprägte Verständnis nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers entspricht.

2.1.2.2. Gebrauch der Menschen

Das zweite Abgrenzungskriterium, wonach als Sachen nur Objekte angesehen werden können, die zum Gebrauch der Menschen dienen, ist weniger klar umrissen als die Unterscheidung von Person und Sache. Unstr ist hierbei, dass ein Gegenstand, um als Sache im rechtlichen Sinn zu gelten, zur Befriedigung irgendeines menschlichen Interesses geeignet sein muss, wobei damit nicht notwendigerweise ein Geldwert vorhanden sein muss.³³⁶ Zeiller sah hierbei eine Einschränkung des Gebrauchs auf die „*erlaubten Zwecke*“ vor.³³⁷ Daraus könnte das Argument konstruiert werden, dass verbotene Objekte nicht als Sache qualifiziert werden könnten, da diesen kein legitimer menschlicher Gebrauch zu Grunde liegt.³³⁸ Freilich ist dem entgegenzuhalten, dass sich das Verbot des Besitzes einer Sache idR nicht gegenüber jedermann, sondern nur an gewisse Personengruppen richtet,³³⁹ weshalb innerhalb der berechtigten Personenkreise durchaus eine gewisse Verkehrsfähigkeit der Objekte gegeben ist, was auch für deren Sachqualität spricht.³⁴⁰ Denkbar wäre es jedoch, dass die Sachqualität fehlt, wenn ein Objekt für jedermann verboten wird: Hier wäre nicht einsehbar, warum die staatliche

334 Aus dem Wesen der Forderung folge „mit geradezu mathematischer Unumstößlichkeit“ ihre Unübertragbarkeit, s weiterführend dazu und insb dem Werk *Mühlenbruchs* mwN *Kämper*, Forderungsbegriff 64 ff. Hier zeigt sich wiederum der wirtschaftspolitische Hintergrund des weiten Sachbegriffs im ABGB: Dieser sollte die Verkehrsfähigkeit von Rechten gewährleisten. Im Anbetracht der dogmatischen Schwierigkeiten, die aus der auf *Savigny* zurückgehenden Konzeption der Forderung ergeben, zeigt sich hier die bemerkenswerte Fortschrittlichkeit der Rechtssetzungstechnik des ABGB.

335 S dazu bereits ausführlich 1.4.

336 *Stabentheiner* in Klang³ § 285 Rz 9; *Ehrenzweig*, System I/2² 3.

337 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 285 (3).

338 S dazu ausf *Korves*, Eigentumsunfähige Sachen? (2014) 132 ff.

339 So ist etwa der Besitz von Suchtmitteln nach § 5 Abs 1 SMG für medizinische, zahnmedizinische, veterinärmedizinische oder wissenschaftliche Zwecke erlaubt.

340 Ähnlich gelagert ist die im Strafrecht diskutierte Frage, ob ein Diebstahl an Sachen vorliegen kann, für die nur ein illegaler Marktwert – wie etwa bei Suchtmitteln – besteht. Hierbei wird zT darauf abgestellt, ob für die weggenommenen Sachen auch ein legaler Markt besteht. S weiterführend *Stricker* in Höpfel/Ratz, WK StGB² § 127 Rz 52.

Gerichtbarkeit bei der Durchsetzung von Kaufpreisansprüchen bzw dinglichen Ansprüchen einschreiten soll.

In der Lit wird dem Kriterium, dass eine Sache dem Gebrauch der Menschen dienen muss, darüber hinaus noch ein weitergehender Sinn zugemessen. Demgemäß muss ein Objekt physisch beherrschbar sein, um als Sache gelten zu können. Diese auf *Joseph Unger* zurückgehende Forderung führt dazu, dass die freie Luft, das offene Meer und das fließende Wasser nicht als Sache anerkannt werden.³⁴¹ Eng damit im Zusammenhang steht die räumliche Abgegrenztheit des Objekts,³⁴² die nach dieser Ansicht Voraussetzung für die Sachqualifikation sein soll.³⁴³

Es ist jedoch zweifelhaft, ob das von der hL verlangte Erfordernis der Beherrschbarkeit tatsächlich aus dem Sachbegriff des ABGB ableitbar ist. So hat bereits *Stabentheiner* mit Blick auf die Bestimmung des § 287 ABGB, in der Ströme und Flüsse als Sache bezeichnet werden, Zweifel angemeldet, ob fließendem Wasser tatsächlich die Sachqualität abzusprechen sei.³⁴⁴ Es finden sich aber noch andere ausdrücklich angeführte Regelungsbeispiele, die mit diesem Erfordernis nur schwer in Einklang zu bringen sind: So wird in § 297 ABGB der in senkrechter Linie über einer Liegenschaft befindliche Luftraum als Sache bezeichnet. *Zeiller* selbst führt aus, dass auch Objekte, die ihrer Natur nach unermesslich oder von unerschöpflichem Gebrauch sind – wie etwa die freie Luft, das Sonnenlicht oder das Weltmeer – als Sache im Rechtssinn gelten.³⁴⁵ Dementsprechend kann nicht davon ausgegangen werden, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, bei der Sachqualifikation auf die Beherrschbarkeit der Sache abzustellen, die bei unermesslichen Sachen regelmäßig fehlt. Auch systematische Gesichtspunkte sprechen gegen das Erfordernis der Beherrschbarkeit für die Sachqualifikation: Denn diese müsste gleichermaßen für körperliche wie für unkörperliche Sachen gelten, scheint aber letzteren nur bedingt zu entsprechen. So ist nicht ersichtlich, nach welchen Kriterien die physische Beherrschbarkeit von Rechten beurteilt werden kann. Ebenso ist die physische Abgegrenztheit von unkörperlichen Sachen, die nicht in Rechten bestehen, meist problematisch: Va bei digitalen Phänomenen wie Blockchain oder in der Cloud gespeicherten Daten, die an keinem definierten Ort situiert werden können,³⁴⁶ aber auch bei elektrischem Strom würde eine solche Prüfung wohl dazu führen, dass die Sachqualität zumindest zweifelhaft wäre.³⁴⁷

341 *Unger*, System I 364 f.

342 *P. Bydlinski*, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter, AcP 1998, 287 (304).

343 *Riss* in KBB⁷ § 285 Rz 3; *Klang* in Klang II² § 285 (2 f).

344 *Stabentheiner* in Klang³ § 285 Rz 10; aA *Holzner*, der diese Norm auf das Flussbett reduzieren will, vgl *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 285 Rz 5.

345 Mangels Verkehrsfähigkeit kann hier aber freilich kein Besitz vorliegen, s *Zeiller*, Commentar 2.1 § 311 Rz 2 (44).

346 Zu diesen weiterführend 2.2.1.

347 Ausf dazu *Miernicki*, Kryptowerte 153 ff.

Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass das Kriterium der Beherrschbarkeit im unmittelbaren Zusammenhang mit einem engen Sachbegriff steht,³⁴⁸ der zwar im BGB,³⁴⁹ nicht aber im ABGB realisiert ist. Die physische Beherrschbarkeit ist somit notwendige Voraussetzung für die körperliche Sache, nicht aber für unkörperliche.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass nach Absicht des Gesetzgebers die Anzahl der Objekte, die nicht zum Gebrauch der Menschen dienen und somit weder Person noch Sache sind, klein ist. Sie umfasst nur solche Objekte, die nach spezifischen Wertungen dem Verkehr entzogen sind – wie etwa Leichname oder absolut verbotene Gegenstände. Darüber hinaus ist alles Sache, was nicht Person ist – was jedoch nicht zwingend bedeutet, dass alles, was Sache ist, auch Gegenstand von Rechten sein kann, was jeweils im Einzelfall zu prüfen ist.³⁵⁰ Der Sachbegriff des ABGB ist konzeptionell somit philosophischer Provenienz, was freilich im Regelfall keinen Einfluss auf die Rechtspraxis hat.

2.1.2.3. Sonstige Abgrenzungsmerkmale

In der Lit finden sich vereinzelt Stimmen, die über die genannten, im Gesetzestext verankerten Grenzen des Sachbegriffs hinaus für eine Eingrenzung des Sachbegriffs plädieren. So sieht *Riss* die (zumindest relative) Knappheit des Guts als notwendige Voraussetzung für die Sachqualität an,³⁵¹ ohne dafür aber weitere Belege oder Argumente anzuführen. Auch diese Ansicht verengt den Blickwinkel auf den engen, körperlichen Sachbegriff, der im ABGB keine Verwirklichung findet. Erachtete man die Knappheit als Voraussetzung für den Sachbegriff, würde man wohl Rechte ebenso nicht als Sache betrachten³⁵² wie nicht rivale, unkörperliche Sachen wie bspw Know-how oder Informationen. Diese würden als Rechtsobjekt ausscheiden und daher bspw nicht Gegenstand von vertraglichen Vereinbarungen sein können, was völlig systemwidrig wäre und ein für den Rechtsverkehr unbilliges Ergebnis darstellte. Demgemäß ist mit *Stabentheiner* Knappheit nicht als Voraussetzung des weiten Sachbegriffs des ABGB anzusehen.³⁵³

Nach Ansicht von *Klang* ist die rechtliche Selbstständigkeit Voraussetzung für die Sachqualität. Wenn eine Sache Bestandteil einer anderen Sache und somit un selbstständig sei, komme sie selbst demnach als Sache nicht in Betracht.³⁵⁴ Dies

348 Für den *Unger* plädiert hat, s weiterführend 2.3.6.2.

349 So wird für § 90 BGB die Beherrschbarkeit und Abgegrenztheit als Voraussetzung für den Sachbegriff gesehen, s statt aller nur *Stieper* in Staudinger BGB I (2021) § 90 Rz 3.

350 So normierte § 878 ABGB in der Stamfassung noch, dass (nur) „über alles, was im Verkehre steht“ Verträge abgeschlossen werden können. Auch heute werden Verträge über unermessliche Sachen regelmäßig als geradezu unmöglich qualifiziert.

351 *Riss* in KBB⁷ § 285 Rz 3.

352 Dies würde gegen die explizite Wertung des § 292 ABGB verstoßen.

353 *Stabentheiner* in Klang³ § 285 Rz 11.

354 *Klang* in Klang II² § 285 (3).

wird heute einhellig abgelehnt, da auch unselbstständige Sachen unter den Sachbegriff fallen.³⁵⁵ Dem ist klar beizupflichten: So spricht § 294 ABGB von „Nebensachen“, weshalb der Gesetzgeber wohl davon ausgegangen ist, dass diese auch als Sache zu qualifizieren sind. Eine Bestätigung findet diese Ansicht darin, dass Zugehör wie die „Ernte auf dem Halme“ Gegenstand von Verträgen und somit ein Rechtsobjekt sein kann, was explizit auch *Klang* anerkennt.³⁵⁶ Es bestehen somit für die Sachqualität keine gesetzlich nicht genannten Voraussetzungen.

2.1.3. Funktion

Die Sache ist dadurch charakterisiert, dass sie Bezugspunkt von Rechten sein kann.³⁵⁷ Rechte, die sich auf eine Sache beziehen, werden im ABGB als Sachenrechte bezeichnet und den Personenrechten, die sich nicht auf eine Sache, sondern auf eine Person beziehen,³⁵⁸ gegenübergestellt. Dies trifft dabei gleichermaßen auf dingliche Sachenrechte wie auch auf persönliche Sachenrechte zu: So sind Sachen einerseits Gegenstand des Besitzes,³⁵⁹ des Eigentums,³⁶⁰ des Pfandrechts³⁶¹ sowie des Rechts der Dienstbarkeit³⁶². Andererseits beziehen sich auch die in der zweiten Abteilung des zweiten Teils des ABGB geregelten Rechtsgeschäfte auf Sachen. So beinhaltet die Definition der Schenkung,³⁶³ des Verwahrungs-,³⁶⁴ Leih-,³⁶⁵ Darlehens-,³⁶⁶ Tausch-,³⁶⁷

355 *Riss* in KBB⁷ § 285 Rz 5; s nur *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 285 Rz 8; *Stabentheiner* in *Klang*³ § 285 Rz 12.

356 *Klang* in *Klang* II² § 285 (3). Fast groteske Züge würde es annehmen, wenn man fest mit einer unbeweglichen Sache verbundene Maschinen nicht als Sache ansehen würde und somit erst nach deren Loslösung von einer Sachqualität auszugehen wäre.

357 Rechte wirken aber stets nur zwischen Personen und nicht zwischen Sache und Person. S dazu explizit auch *Ofner*, Urentwurf I 35. Diese Einsicht des 19. Jahrhunderts scheint aber tw in Vergessenheit geraten zu sein. S dazu mwN zur deutschen *L. Hadding*, Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache? JZ 1986, 926 (926); zum schweizer Recht *Eggel*, Begründung 63 f.

358 Freilich können nach *Zeiller* Personenrechte auch Einfluss auf Sachenrechte haben – etwa das Recht der Eltern in Bezug auf das Vermögen des Kindes; dies wird dann das auf Sachen angewandte Personenrecht genannt, s *Zeiller*, Kommentar 1 § 15 Rz 3 (100 f).

359 Vgl § 311 ABGB.

360 Nach § 353 ABGB heißen alle Sachen, die jemandem zugehören, sein Eigentum im objektiven Sinn; im subjektiven Sinn geht mit dem Eigentum das Recht einher, mit der Sache nach Willkür zu schalten.

361 § 448 ABGB.

362 § 472 ABGB.

363 § 938 ABGB.

364 § 957 ABGB.

365 § 971 ABGB.

366 § 983 ABGB.

367 § 1045 ABGB.

Kauf-³⁶⁸ und Bestandvertrages³⁶⁹ ebenso eine direkte Bezugnahme auf die Sache wie die Bestimmungen zur Gewährleistung³⁷⁰ sowie der Verwendungsanspruch³⁷¹. Eine mittelbare Bezugnahme auf die Sache erfolgt beim Dienst- und Werkvertrag³⁷² durch die Erwähnung der Dienstleistung,³⁷³ die nach § 303 ABGB als Sache zu qualifizieren ist. Als gemeinsamer Bezugspunkt fungiert die Sache somit als Klammer zwischen dem dinglichen und dem persönlichen Sachenrecht im ABGB, was bereits deren gemeinsame Bezeichnung als Sachenrecht nahe legt.

Diese Verbindung zweier durchaus unterschiedlicher³⁷⁴ Regelungskomplexe durch ein einziges Rechtsobjekt ist bemerkenswert. Davon abweichend verwendet der deutsche Gesetzgeber in § 90 BGB den Begriff des Gegenstands, von dem die körperliche Sache eine Teilmenge darstellt. Ausschließlich (körperliche) Sachen sind dabei Objekt von Besitz und Eigentumsrecht.³⁷⁵ Die Eingrenzung des Sachbegriffs auf körperliche Gegenstände, die Objekt von Herrschaftsrechten sein können, hat dabei iW die Funktion, dem Sachenrecht im BGB eine vom Schuldrecht abgegrenzte, eigenständige Position einzuräumen.³⁷⁶ Im deutschen Schrifttum wird somit zwischen Herrschaftsobjekten, worunter iW körperliche Sachen³⁷⁷ zu verstehen sind, und Verfügungsobjekten, also sonstigen Objekten, die als Gegenstand gesehen werden, differenziert;³⁷⁸ wie die Bezeichnung bereits nahe legt, kann nur über Verfügungsobjekte im Rechtsverkehr disponiert werden.³⁷⁹ Dabei wird tw so weit gegangen, dass Sachen im BGB als nur tatsächlich existierende Phänomene und als für die Rechtsordnung inexistent angesehen werden, da sie – anders als ein Verfügungsobjekt – nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sind.³⁸⁰ Eine Sache müsse sohin eine vorrechtliche Existenz aufweisen, was deren Indienstnahme

368 § 1053 ABGB.

369 § 1090 ABGB.

370 § 922 ABGB.

371 § 1041 ABGB.

372 § 1151 Abs 1 ABGB.

373 Darüber hinaus werden in § 303 ABGB auch Hand- und Kopfarbeiten als Sache angesehen, worin ein unmittelbarer Konnex zu Dienst- und Werkverträgen gesehen werden kann.

374 Diese stehen nach der hL in Österreich aber – wie gezeigt – in einem unüberbrückbaren Gegensatz.

375 S dazu statt aller *Stresemann* in *MüKoBGB*⁹ § 90 Rz 3.

376 MWN zu den Motiven *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* (2006) 8 ff.

377 Darüber hinaus können auch andere Gegenstände, an denen *erga omnes* wirkende Rechte bestehen können, als solche angesehen werden.

378 S dafür statt aller nur *Larenz*, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*³ (1975) 229.

379 Als rechtliche Verfügung versteht *Larenz* das Einwirken, Aufheben, Übertragen, Einschränken („Belasten“) oder inhaltliche Verändern, vgl *Larenz*, *Allgemeiner Teil*³ 246.

380 So etwa *Hauck*, *Nießbrauch an Rechten* (2015) 90 ff.

für rechtssystematisierende Zwecke freilich verhindert.³⁸¹ Eine funktionelle Analyse der Sache im ABGB muss dabei dem Umstand, dass diese gleichermaßen Herrschafts- wie Verfügungsobjekt ist, Rechnung tragen. Die Rolle der Sache im Regelungssystem des ABGB muss somit mit jener des Gegenstands im BGB kontrastiert betrachtet werden; näher beleuchtet wird dabei ihre Funktion als Rechtsobjekt sowie ihre Begrenzungsfunktion.

2.1.3.1. Rechtsobjekt

Aus einer begrifflich-philologischen Perspektive sind das denkende Subjekt und das gedachte Objekt die notwendigen Elemente eines jeden Gedankens.³⁸² Diese Überlegung trifft freilich auch auf das die Rechtswissenschaft tangierende Rechtsobjekt zu. Das wesentliche Charakteristikum des Rechtsobjekts besteht dabei darin, dass es in Opposition zum Rechtssubjekt steht.³⁸³ Als Rechtssubjekt wird dabei die Person³⁸⁴ angesehen, aus deren rechtlich anerkanntem Status das Können folgt, Rechte zu begründen und zu erwerben (vgl § 18 ABGB). Dem steht – wie auch das grammatikalische Objekt dem Subjekt³⁸⁵ – das Rechtsobjekt als „*Etwas möglicher Zuordnungen*“ gegenüber, in dem sich das rechtliche Können des Rechtssubjekts zu manifestieren vermag.³⁸⁶ Das Rechtsobjekt ist somit ein striktes Passivum, mit dem das Rechtssubjekt kraft seines rechtlichen Könnens in ein Zuordnungsverhältnis treten und somit auch über dieses disponieren kann. Mit der unbegrenzten Zuordnung des Rechtsobjekts zum Rechtssubjekt geht auch dessen völlige Unterordnung einher.³⁸⁷ Mangels des rechtlichen Könnens des

381 Dazu auf *Zech*, Information als Schutzgegenstand (2012) 80 ff.

382 S dazu weiterführend *Wacke*, Das Studium des Rechtsobjekts: Ausbildung zum europäischen Juristen, in *Wacke/Baldus* (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa (2002) 23 (27).

383 Dies ergibt sich bereits aus der Etymologie des Begriffs des Objekts. Dieser ist vom lateinischen *obicere* abgeleitet, was mit „entgegen, gegenüberstellen“ übersetzt wird. S dazu auch *Wacke* in *Wacke/Baldus* (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa 27. Besonders deutlich tritt die Gegenüberstellung von Objekt und Subjekt auch im Zivilprozess hervor. Denn ein Prozesssubjekt kann niemals auch Prozessobjekt sein, was sich insb bei Rechtsordnungen, die die Sklaverei anerkennen, zeigt. So konnte im antiken Rom ein freier Mensch, der behauptete, kein Sklave zu sein, nicht selbstständig vor Gericht auftreten, sondern benötigte einen Fürsprecher, der für ihn auftrat, s dazu weiterführend aaO 40 ff.

384 Dies muss nicht zwingend bedeuten, dass jeder Mensch auch Person im juristischen Sinn ist, da Menschen durchaus auch als Rechtsobjekt angesehen wurden – wie etwa Sklaven im römischen Recht.

385 Dies zeigt sich insb beim genitivus objectivus, der zeigt, worauf sich das ihn begleitende Nomen bezieht – wie *Amor Dei* – die Liebe zu Gott, s dazu *Wacke* in *Wacke/Baldus* (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa 27.

386 So in seiner tiefgreifenden Analyse *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 79.

387 So sieht es das ABGB gem § 362 ABGB als Recht des Eigentümers an, sein Eigentum zu vertilgen.

Rechtsobjekts kann das Rechtssubjekt über dieses frei verfügen, sofern ihm nicht andere Rechtssubjekte darin Schranken setzen. Zu Recht hat der österreichische gleich wie (später) der deutsche Gesetzgeber aber eine Kategorie von Rechtsobjekten geschaffen, die von dieser völligen Unterordnung freigemacht wurde:³⁸⁸ Tiere wurden gem § 285a ABGB und § 90a BGB von anderen Rechtsobjekten unterschieden. Obwohl Tiere mangels des rechtlichen Könnens kein Rechtssubjekt darstellen,³⁸⁹ sind diese dem Rechtssubjekt, dem sie als Rechtsobjekt zugeordnet sind, nicht völlig unterworfen;³⁹⁰ vielmehr ergibt sich der zulässige Umgang nach eigenen Wertungen.³⁹¹ Als Rechtsobjekt kann somit das dem aktiven Rechtssubjekt passiv gegenüberstehende Etwas angesehen werden, das diesem im Regelfall völlig unterworfen ist und Bezugspunkt von Rechten ist.³⁹²

Die genauen Konturen des Rechtsobjekts sind Gegenstand gesetzgeberischer Wertungen. Aufgrund der expliziten Anordnung des § 90 BGB gelten körperliche Gegenstände als primärer Bezugspunkt des Sachenrechts³⁹³ und damit jedenfalls als Rechtsobjekt. Unkörperliche Gegenstände können zum Gegenstand von Verfügungsgeschäften gemacht werden und gelten somit ebenfalls als Rechtsobjekt; dies wird jedoch hinsichtlich Gegenständen, bei denen keine eigenständige rechtliche Anerkennung als sonstiges Recht besteht, bezweifelt.³⁹⁴ Aus dieser Ansicht folgt, dass sich – außerhalb von körperlichen Gegenständen – der Umfang der im BGB anerkannten Rechtsobjekte

388 Dies wurde in der Lit – mE etwa übertrieben – kritisch gesehen, s dazu nur *P. Bydlinski*, Das Tier, (k)eine Sache? rdw 1988, 157.

389 Einen anderen Blick auf diesen Zusammenhang wirft die Reine Rechtslehre, nach der auch Tiere, Pflanzen oder sonstige leblose Gegenstände, denen gegenüber Menschen verpflichtet sind, gleichermaßen als Subjekte eines Rechts anzusehen sind wie ein Gläubiger. Freilich sieht *Kelsen* nur den Verpflichteten und nicht den Berechtigten als Rechtssubjekt an. S dazu *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 133 f.

390 Im Unterschied zu vielfältigen anderen sondergesetzlichen Nutzungsbeschränkungen haben diese Wertungen nicht das Interesse von Rechtssubjekten im Blick, sondern das Interesse des Rechtsobjekts nach zumindest ansatzweise artgerechter Haltung. Das Anerkennen eigenständiger rechtlich geschützter genuiner Interessen des Tieres unterscheidet diese von sämtlichen anderen Rechtsobjekten, weshalb diese Differenzierung – unabhängig davon, ob diese im Einzelnen Auswirkungen auf einzelne Rechtsverhältnisse hat – mE durchaus gerechtfertigt ist.

391 S insb § 222 StGB.

392 Vgl auch *Eggel*, Begründung 113.

393 Wie erwähnt sind nach § 1068 BGB und § 1279 BGB der Nießbrauch und das Pfandrecht auch an Rechtsobjekten, die nicht als Sache qualifiziert werden können, möglich.

394 S zur nicht sonderrechtlich geschützten Information *Hauck*, Nießbrauch an Rechten (2015) 110. Ausf dazu auch *Peukert*, „Sonstige Rechte“ im Rechtsverkehr, in *Leible/Lehmann/Zech* (Hrsg), Unkörperliche Güter im Zivilrecht (2011) 95 (99 ff), der davon ausgeht, dass bei diesen nur relative, auf das Verhalten des Schuldners gerichtete Rechte begründet werden können. Nur diese relativen Rechte können übertragen, gepfändet und verpfändet werden. Dies ist freilich nicht unstr, da Betriebsgeheimnisse von der Rsp als massefähig angesehen wurden.

te nicht aus § 90 BGB, sondern aus einer jeweils eigenständig vorzunehmenden gesetzlichen Wertung ergibt. Rechtsobjekt ist im BGB somit nur das, was der Gesetzgeber explizit als solches anerkennt. Eine andere Herangehensweise wird im ABGB gewählt: Mit der Sachdefinition der §§ 285 ff ABGB wird eine Klasse von Entitäten definiert, die als Rechtsobjekt in Betracht kommt. Diese ist dabei – wie gesehen – denkbar weit und umfasst alles, was zum Gebrauch der Menschen dient und nicht Person ist. Für die Qualifikation als Rechtsobjekt bedarf es darüber hinaus keiner eigenständigen gesetzgeberischen Wertung. Vielmehr kommt dem österreichischen Gesetzgeber die Möglichkeit zu, Objekte dem Rechtsverkehr und somit dem Gebrauch der Menschen zu entziehen und diesen somit die Sachqualität abzuspochen. Die §§ 285 ff ABGB enthalten somit anders als § 90 BGB eine abschließende, aber freilich im Einzelnen modifizierbare Wertung, was als Rechtsobjekt gilt.

Mit der Qualifikation als Rechtsobjekt wird eine Entität zum potenziellen Bezugspunkt von Rechten. Welche Rechte dabei jeweils in Betracht kommen, ist wiederum eine gesetzgeberische Entscheidung. Unstr ist dabei durch eine explizite gesetzgeberische Wertung, dass im BGB ausschließlich körperliche Gegenstände als Bezugspunkt für Eigentum und Besitz in Betracht kommen. Mangels expliziter Regelung schwieriger zu beurteilen ist, was Objekt von Verfügungsgeschäften sein kann. Bei einer klassischen³⁹⁵ Auffassung, welche sowohl (körperliche) Sachen als auch unkörperliche Rechte als taugliche Rechtsobjekte ansieht, kommt es nach den Worten von *Christiane Wendehorst* zu einer „*unguten Doppelung*“, da bei jeder nicht herrenlosen Sache zumindest zwei Rechtsobjekte für Verfügungen identifiziert werden könnten – der körperliche Gegenstand selbst und gleichzeitig das unkörperliche Eigentumsrecht daran.³⁹⁶ Dem setzte im frühen 20. Jhd *Rudolph Sohm* einen am Verfügungsgeschäft³⁹⁷ orientierten Gegenstandsbegriff entgegen: Gegenstand könne nur sein, was Objekt des Verfügungsgeschäftlichen Verkehrs bilde, unabhängig davon, ob Körperlichkeit vorliege oder nicht.³⁹⁸ Dabei falle das Eigentum mit der Sache zusammen, da die Verfügung über die Sache für den Verkehr mit der Verfügung über das Eigentum gleichzusetzen sei.³⁹⁹ Obwohl dieser Ansatz der Gleichsetzung von Verfügungsobjekt und Bezugsobjekt in der Folge durchaus

395 *Gretton* nennt diese Ansicht zu Recht auch *gaianisch*, s *Gretton*, *Ownership and its Objects*, *RabelsZ* 2007, 802 (807).

396 *Wendehorst* in *Alexy* (Hrsg), *Juristische Grundlagenforschung* 73 ff.

397 Als Verfügungsgeschäft bezeichnet *Sohm* ein „*die Rechtslage (die Zusändigkeit, die Art des Daseins) eines bestimmten Gegenstandes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft*“, vgl *Sohm*, *Der Gegenstand* (1905) 7 ff.

398 S dazu *Sohm*, *Gegenstand* 16 ff.

399 *Sohm*, *Gegenstand* 20. Diesbezüglich folgte *Sohm* einem Ansatz, der auch für das römische Recht bei der Interpretation der *res corporalis* im Verhältnis zur *res incorporalis* herrschend ist.

kritisiert wurde,⁴⁰⁰ fand dieser in der rechtsphilosophischen Untersuchung von *Gerhart Husserl* eine gewichtige Unterstützung: Dieser ging davon aus, dass es in entwickelten Rechtssystemen zu einer Spaltung von werthaftem Ding und abstrakter, dinghafter Vergegenständlichung des Machtwillens kommt;⁴⁰¹ er schließt daraus prägnant: „*Dem Recht bedeutet das Ding Eigentum*“.⁴⁰² Nach der von *Sohm* und *Husserl* geprägten Ansicht ist das Rechtsobjekt bei Verfügungen somit stets ein Recht und nicht ein körperlicher Gegenstand.

Einen äußerst wirkungsmächtigen und bis heute eingehend diskutierten Ansatz zur Kategorisierung von Rechtsobjekten konzipierte in der zweiten Hälfte des 20. Jhds *Karl Larenz* in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des BGB.⁴⁰³ Er sah dabei eine Stufung von Rechtsobjekten in verschiedenen Ordnungen vor. Als Rechtsobjekte erster Ordnung bezeichnet er die Gegenstände eines Herrschafts- und Nutzungsrechts, wozu er neben (körperlichen) Sachen auch unkörperliche Gegenstände zählt, an denen die Rechtsordnung ein gegenüber Dritten wirkendes Recht ermöglicht.⁴⁰⁴ Als Rechtsobjekte zweiter Ordnung und als Verfügungsgegenstand⁴⁰⁵ können nach *Larenz* Objekte angesehen werden, die Gegenstand rechtlicher Verfügungen⁴⁰⁶ sein können, worunter er das Einwirken, Aufheben, Übertragen, Einschränken („Belasten“) oder das inhaltliche Verändern versteht.⁴⁰⁷ Das Eigentum als Vollrecht wird dabei als jenes Rechtsobjekt angesehen, mit dem über eine körperliche Sache verfügt werden kann; ebenso wird das Eigentum und nicht die Sache etwa durch ein Pfandrecht belastet.⁴⁰⁸ Es kommt daher zu einer Assoziation von Eigentum und der körperlichen Sache, aber anders als bei *Sohm* und *Husserl* werden diese dadurch, dass sie auf unterschiedlichen Ordnungsebenen situiert werden, nicht gleichgesetzt. Daraus folgt, dass in Abhängigkeit davon, ob ein Herrschafts- oder ein Verfügungsrecht aus-

400 MwN zu *Binder* und *Thur Rüdner* in HKK I §§ 90–103 Rz 10.

401 Weiterführend dazu *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 145 ff.

402 *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 176.

403 Dieses Konzept wurde in den bislang 20 Auflagen des Lehrbuchs tw abgeändert und modifiziert. Die vorliegenden Ausführungen beziehen sich auf eine frühe Auflage des Werks, die noch *Larenz* selbst zu verantworten hatte, vgl *Larenz*, Allgemeiner Teil³ 229 ff. In den hier thematisierten Teilen gleichlautend ist noch die 6. Auflage, s *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts⁶ (1983) 268 ff; für eine umfassende Analyse der Änderungen, s *Kreutz*, Das Objekt 429 ff.

404 *Larenz*, Allgemeiner Teil³ 229.

405 Die Herangehensweise ist somit spiegelbildlich zu jener von *Sohm*: Während *Sohm* davon ausgeht, dass die Verkehrsfähigkeit das grundlegende Merkmal des Gegenstandsbegriffs ist, kann nach *Larenz* nur ein Teil jener Objekte, die als Rechtsgegenstand gelten, als verkehrsfähig angesehen werden. S dazu auch *Kreutz*, Das Objekt 427.

406 Während Rechtsgegenstände erster Ordnung in der Welt des Tatsächlichen bestehen können, sind Rechtsgegenstände zweiter Ordnung stets bloße Produkte des Rechts.

407 *Larenz*, Allgemeiner Teil³ 246.

408 AaO.

geübt wird, unterschiedliche Rechtsobjekte betroffen sind;⁴⁰⁹ es kann somit durch die Hierarchisierung des Gegenstandsbegriffs in verschiedenrangige Ordnungen nicht zu einer Überschneidung bzw Doppelung von Rechtsobjekten kommen. Resultat dieses Konzepts ist aber auch, dass die Sache als Rechtsobjekt erster Ordnung, das vollständig vom Eigentumsrecht als Rechtsobjekt zweiter Ordnung repräsentiert wird, an eigenständiger Bedeutung verliert; sie ist nicht mehr als ein Tatbestandsmerkmal des Eigentumsrechts. Dennoch erlaubt es die Herangehensweise von *Larenz*, Rechte und Sachen stringent zu trennen, ohne körperliche Gegenstände aus dem Kreis der Rechtsobjekte auszuschneiden.

Da sich im ABGB – anders als im BGB – keine kategoriale Trennung von Rechten und Sachen wiederfindet,⁴¹⁰ besteht grds kein Bedürfnis nach einer vergleichbaren, Rechte und Sachen separierenden Kategorisierung von Rechtsobjekten. Die Sache wird von der hL⁴¹¹ vielmehr dem Rechtsgegenstand gleichgesetzt: So ist die Sache selbst und nicht ein abgeleitetes Herrschaftsrecht daran Bezugspunkt von dinglichen Rechten.⁴¹² Während dies bei Herrschaftsrechten der für das BGB geprägten Wertung zum Rechtsgegenstand erster Ordnung entspricht, zieht dies für beschränkte dingliche Rechte eine Diskrepanz zu der von *Larenz*⁴¹³ geprägten Auffassung, die hier das Eigentumsrecht als Rechtsobjekt ansieht, nach sich.⁴¹⁴ Diese unmittelbare Anknüpfung an die Sache bestätigt sich im Wortlaut des ABGB: Denn

409 Zweifelnd dahingehend *Wendehorst* in Alexy (Hrsg), *Juristische Grundlagenforschung* 76, die bei Forderungen von einem Doppelcharakter zwischen Rechtsgegenstand erster Ordnung und Rechtsgegenstand zweiter Ordnung ausgeht. Dieser ergebe sich daraus, dass eine Forderung als Gegenstand eines Nießbrauchs oder Pfandrechts (und somit als Rechtsgegenstand erster Ordnung) oder als Gegenstand einer Übertragung (und somit als Rechtsgegenstand zweiter Ordnung) angesehen werden könne. Dem ist mit Blick auf eine frühe, nur von *Larenz* bearbeitete Auflage damit entgegenzutreten, dass die Belastung des Rechts durch einen Nießbrauch ebenso wie ein Pfandrecht als Rechtsgegenstand zweiter Ordnung angesehen werden muss; ebenso *Kreutz*, *Das Objekt* 428.

410 Vgl nur § 292 ABGB.

411 Soweit ersichtlich wurde die Funktion der Sache als Rechtsobjekt im ABGB in der jüngeren Lit noch nicht eingehend thematisiert. Auffindbar war einzig eine kurze Stellungnahme von *Klang*, auf die auch heute noch Bezug genommen wird. Nach *Unger* ist der Begriff der Sache im ABGB gleichbedeutend mit dem Rechtsobjekt, s *Unger*, *System* I 354.

412 *Klang* in *Klang* II² § 285 (1 f); ebenso *Stabentheiner* in *Klang*³ § 285 Rz 3. Dies hat – wie sich zeigen wird – weitgehende Auswirkungen auf das Verhältnis von dinglichen Rechten, s dazu weiterführend 4.1.

413 Diese ursprünglich von *Larenz* vertretene Auffassung wurde aber verschiedentlich rezipiert; tw wurde das Objekt eines Nießbrauchs oder eines Pfands als Rechtsobjekt erster Ordnung angesehen, vgl dazu *Wendehorst* in Alexy (Hrsg), *Juristische Grundlagenforschung* 76.

414 Tatsächlich besteht hier ein manifester Unterschied zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage, auf die in der Folge noch zurückzukommen sein wird, s 4.1.

nach §§ 447 f ABGB ist die Sache selbst und nicht das davon abgeleitete Eigentumsrecht Gegenstand des Pfandrechts.⁴¹⁵ Ebenso beziehen sich Dienstbarkeiten auf die Sache selbst und nicht auf das Herrschaftsrecht;⁴¹⁶ ersessen nach §§ 1455 ff ABGB wird die Sache und nicht das Recht an der Sache. Bei persönlichen Sachenrechten vertritt *Klang* die These, dass die Sache im Unterschied zu dinglichen Rechten nur mittelbar, nämlich durch die dem Schuldner obliegende Leistungspflicht, als Rechtsgegenstand aufzufassen sei.⁴¹⁷ Dieser Ansicht kann in dieser Allgemeinheit⁴¹⁸ jedoch nicht gefolgt werden, da ihr eine Vermengung von Rechtsgegenstand und dem mit ihm verbundenen Recht zu Grunde liegt: Als Rechtsobjekt ist die Sache bloß Bezugspunkt für das Schuldverhältnis; die dem Schuldner obliegende Leistungspflicht ergibt sich erst durch das Recht selbst.⁴¹⁹ Dies findet eine Stütze darin, dass – wie gesehen – bei der Legaldefinition einzelner Vertragstypen direkt auf den Sachbegriff Bezug genommen wird. Umgekehrt ist auch alles, worüber mit einem persönlichen Sachenrecht disponiert werden kann, als Sache zu qualifizieren, was sich insb aus § 303 ABGB ergibt.⁴²⁰ Daraus ergibt sich, dass die Sache im ABGB das Rechtsobjekt ist, an das dingliche ebenso wie persönliche Sachenrechte unmittelbar anknüpfen.⁴²¹

Ähnlich wie im BGB besteht auch im ABGB Raum für verschiedene Ordnungen von Rechtsobjekten. Dieser ergibt sich aus dem weiten Sachbegriff, der Rechte gleich wie körperliche Gegenstände umfasst. Demnach kann das Recht, das in Bezug zu einem Rechtsobjekt steht, grds selbst wiederum als Sache quali-

415 Dafür spricht mE vor allem die Aussage, dass die Sache, worauf dem Gläubiger das Pfandrecht zusteht, als Pfand bezeichnet wird. Es wäre wohl widersinnig, wenn das Eigentum als Pfand bezeichnet werden könnte. Ebenso spricht der Umstand, dass nach § 448 ABGB jede Sache, die im Verkehr steht, Gegenstand des Pfandrechts ist, dafür, dass nicht das Eigentumsrecht Bezugspunkt für das Pfandrecht ist.

416 Dies ergibt sich etwa aus § 507 ABGB, der von der Substanz der zum Gebrauche bewilligten Sache spricht.

417 *Klang* in *Klang II* § 285 (1 f); *Klang* in *Klang II* § 307 (51).

418 Freilich ist *Klang* beizupflichten, dass auch die Leistungsverpflichtung eine Sache darstellen kann; diese ist aber – wie gezeigt werden soll – ein Rechtsobjekt höherer Ordnung.

419 Dies kann am Beispiel eines Kaufvertrags über ein Buch illustriert werden: Als Sache und somit Rechtsgegenstand, die einem Dritten überlassen wird, gelten das Buch selbst und die Kaufpreissumme. Die Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung bzw die Übergabepflicht des Verkäufers ergibt sich erst nachgelagert durch den Kaufvertrag.

420 Auch *Zeiller* ging davon aus, dass die Kraftäußerungen vernünftiger Wesen als Sache anzusehen sind, s *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 285 (3).

421 Aus historischer Perspektive kann diese Konzeption des Schuldverhältnisses auf das mittelalterliche *jus ad rem* zurückgeführt werden, s zu diesem weiterführend 3.3.2. Dafür spricht auch, dass nach Sicht von *Zeiller* der Abschnitt zum persönlichen Sachenrecht auch *Recht zur Sache* genannt werden kann.

fiziert werden,⁴²² die potenziell Gegenstand von Rechten ist.⁴²³ Dass das auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, zeigt sich illustrativ bei *Zeiller*, der davon ausgeht, dass das Recht, „von anderen Kraftäußerungen oder Handlungen, und Unterlassungen zu fordern“, eine Sache iSd § 285 ABGB darstellt.⁴²⁴ Dieser Umstand kann besonders deutlich an Hand eines Tauschvertrags illustriert werden, mit dem Sache 1 (S_1) und Sache 2 (S_2) getauscht werden sollen. Rechtsobjekte und somit Bezugspunkte des Tauschvertrags sind S_1 und S_2 . Durch den Tauschvertrag entsteht jeweils ein Recht auf Übergabe der Sache des anderen; es besteht somit ein Recht S_1 auf die Übergabe von S_1 und S_2 auf Übergabe von S_2 . Diese Rechte sind nach § 285 ABGB als Sache und somit wiederum als Rechtsobjekte anzusehen, über die disponiert werden kann. Aus dem weiten Sachbegriff folgt somit eine Mehrzahl von Rechtsobjekten, die aber in Beziehung⁴²⁵ zueinander stehen.⁴²⁶ Das Rechtsobjekt S_1 ist von S_1 abgeleitet, das Rechtsobjekt S_2 von S_2 ; was nach den Worten von *Larenz* dahingehend gedeutet werden könnte, dass die Rechtsobjekte S_1 und S_2 einer höheren Ordnung⁴²⁷ zugehören als S_1 und S_2 .

Obwohl diese Rechtsobjekte in ihrer Genese miteinander verbunden sind, müssen diese hinsichtlich der Rechte, die an ihnen bestehen, als völlig eigenständig erachtet werden. Es kann bspw unabhängig von S_2 über S_2 – also das Recht auf Übergabe von S_2 – disponiert werden und dieses einem Dritten abgetreten oder auch bspw zum Gegenstand eines Sicherungsgeschäfts gemacht werden. Hierin liegt ein wesentlicher Grund für den weiten Sachbegriff, der in einer rechtsformalen Betrachtungsweise zu einer Stufung von Rechtsobjekten führt: Es sollte gewährleistet werden, dass Rechte weitgehend verkehrsfähig sind, was 1811 ein bemerkenswert fortschrittlicher Gedanke war.⁴²⁸

422 Wenn man neben dem Rechtssubjekt und dem Rechtsobjekt das Recht selbst metaphorisch als Verb bezeichnet, könnte man sich diesen Vorgang wie eine Nominalisierung vorstellen.

423 Zum Phänomen der Rechte an Rechten, s auch *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/1 Allgemeiner Teil² (1951) 130 f.

424 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 285 (3).

425 Diese Beziehung ist determiniert vom Recht, das die Ableitung des weiteren Rechtsobjekts ermöglicht hat – in diesem Fall der Tauschvertrag.

426 Diese Beziehung äußert sich idR auch dadurch, dass das abgeleitete Rechtsobjekt erlischt, wenn es derselben Person zugerechnet wird, die auch das ursprüngliche Rechtsobjekt hält. S_2 erlischt sohin, wenn der Tauschende S_2 erhalten hat.

427 Anders als bei *Larenz* soll keine absolute Reihung der Ordnungen vorgenommen werden. Vielmehr begnügt sich der hier vorgestellte Ansatz darin, verschiedene Ordnungen relativ zueinander in Beziehung zu setzen, weshalb von einer höherrangigen Ordnung die Rede sein wird. Ob nun die zu Grunde liegende Ordnung als erste bezeichnet werden kann, die von keiner anderen Ordnung abgeleitet wird, wird im Interesse der hier zu untersuchenden These nicht weiter thematisiert.

428 So wurde in der Pandektistik etwa herrschend vertreten, dass aus dem Wesen der Forderung „mit geradezu mathematischer Unumstößlichkeit“ ihre Unübertragbarkeit folge, s weiterführend dazu *Kämper*, Forderungsbegriff 64 ff.

Der Grundsatz, dass abgeleitete Rechte im ABGB als Sache und somit auch als eigenständige Rechtsobjekte angesehen werden, findet grds auch auf dingliche Sachenrechte Anwendung.⁴²⁹ Dies spiegelt sich auch in den Wertungen des ABGB wider, wo etwa auf den Besitzer eines dinglichen Rechts⁴³⁰ oder den Besitz einer Dienstbarkeit⁴³¹ abgestellt wird; dem entspricht auch der Umstand, dass der Pfandinhaber sein Pfand einem Dritten verpfänden kann.⁴³² Das dingliche Recht, die Dienstbarkeit und das Pfandrecht werden sohin als Rechtsobjekte angesehen, die Bezugspunkt des Besitz- bzw des Pfandrechts sein können.⁴³³ Wenn Dienstbarkeit und Pfand somit Rechte sind, deren Gegenstand die Sache S_3 ist, können diese Rechte wiederum selbst als Rechtsobjekte höherer Ordnung (S_3) angesehen werden. Nach den Wertungen des ABGB ist somit grds möglich, über das Rechtsobjekt S_3 unabhängig von S_3 zu disponieren.⁴³⁴

Kein direkter Anknüpfungspunkt im ABGB findet sich aber zur Frage, ob neben den genannten dinglichen Rechten auch das Besitz-⁴³⁵ und Eigentumsrecht als eigenständige Rechtsobjekte höherer Ordnung in Betracht kommen. Einer solchen Auffassung haftet jedoch ein entscheidender Makel an: Das aus dem Eigentumsrecht⁴³⁶ an S_4 entstehende Rechtsobjekt (S_4) könnte auch selbst Anknüpfungspunkt für ein Eigentumsrecht sein, das wiederum als Rechtsobjekt (S_4) aufgefasst werden könnte usw; kurzum droht ein infinites Regress, da durch eine Eigentumsposition stets unendlich viele abgeleitete Rechtsobjekte geschaffen würden.⁴³⁷ Dem kann dadurch abgeholfen werden, dass an den Bestand eines höherrangigen Rechtsobjekts ein Kriterium geknüpft wird, das bisher implizit vorausgesetzt wurde: Das höherrangige Rechtsobjekt (S_x) muss als Bezugspunkt von Rechten unabhängig vom ursprünglichen Rechtsobjekt (S_x) sein, was sich darin äußert, dass über das Rechtsobjekt S_x disponiert werden kann, ohne dadurch die an S_x bestehenden Rechte zu tangieren.⁴³⁸ Dies ist bei den *ad infinitum* abgeleite-

429 Dies entspricht teleologisch auch einem Zuordnungsgedanken, nach dem durch ein Recht am Recht eine neue Zuordnung vorgenommen wird, s dazu weiterführend Ost, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts (1965) 83 ff.

430 §§ 340 f ABGB.

431 § 1472 ABGB.

432 § 454 f ABGB. S dazu eingehend auch Gschnitzer, Sachenrecht (1968) 214 f.

433 S dazu auch ausf 4.1.

434 Es kann bspw ein Fruchtgenussrecht an einer Liegenschaft zum Gegenstand eines Pfandrechts gemacht werden, ohne dass dies die Liegenschaft selbst betrifft; ebenso kann grds darüber auch selbstständig disponiert werden, wobei freilich auf die eingeschränkte Übertragbarkeit Rücksicht zu nehmen ist.

435 In diesem Abschnitt wird vom Recht des Besitzes mit Bezugnahme auf den Gesetzgeber gesprochen; dies ist (noch) freilich keine Stellungnahme zur Rechtsqualität des Besitzes. Zu dieser 4.3.4.

436 Dasselbe gilt freilich auch für den Besitz.

437 Dies andeutend Koziol in FS Canaris 1093.

438 Über das Recht auf Übergabe einer Sache kann bspw disponiert werden, ohne die Rechte an der Sache selbst zu tangieren.

ten Rechtsobjekten bei Eigentum und Besitz freilich nicht der Fall: S_4'' kann nicht zum Bezugspunkt von Rechten gemacht werden, ohne gleichzeitig auch in Rechte an S_4' einzugreifen;⁴³⁹ die Ableitung des Rechtsobjekts ist somit eine bloße Selbstreplikation.⁴⁴⁰ Sofern abgeleiteten Rechtsobjekten die Qualität, selbstständiger Bezugspunkt von Rechten zu sein, fehlt, sind diese rechtlich unerheblich⁴⁴¹, sie können ohne Auswirkungen außer Acht gelassen werden.⁴⁴²

Mit diesem Gedankengang ist sodann die erste Ableitung des Rechtsobjekts zu betrachten: Besteht im Besitz bzw im Eigentum ein eigenständiges, von der Sache zu trennendes Rechtsobjekt (S_x')? Es ist somit zu fragen, ob über das Eigentumsrecht und den Besitz an einer Sache (S_x) unabhängig von der Sache selbst (S_x) disponiert werden kann. Dies kann aber nicht rein rechtsformal, sondern nur mit Blick auf die tatsächliche Ausgestaltung von Besitz und Eigentum im ABGB beurteilt werden.⁴⁴³ Eine eindeutige Wertung findet sich dabei zum Besitz: Der Besitzerwerb bei einer körperlichen Sache erfordert ein physisches Erlangen der Sache (S_x), bei der unkörperlichen Sache den Gebrauch derselben im eigenen Namen; wenn die körperliche Sache in Verlust gerät bzw dem Recht nicht mehr Folge geleistet wird, erlischt der Besitz (§§ 349 ff ABGB). Um Rechte aus der Position des Besitzers ableiten zu können, ist somit stets eine unmittelbare Verbindung zur Sache (S_x) vonnöten. Beim Besitz kann nicht von der Sache abstrahiert werden; es ist somit nicht möglich, über den Besitz (S_x') zu disponieren,⁴⁴⁴ ohne die Sache, deren Gegenstand dieser ist, und die daran bestehenden Rechte zu tangieren.⁴⁴⁵ Daraus folgt, dass aus dem Besitz einer Sache (S_x) kein höher-rangiges, eigenständiges Rechtsobjekt (S_x') entsteht. Hinsichtlich des Eigen-

439 An dieser Stelle lohnt sich die der Rechtswissenschaft sonst fremde formalistische Darstellungsweise. Ausformuliert wäre es am Beispiel des Kaufs von S_4'' ansonsten: Das Eigentumsrecht am Eigentumsrecht am Objekt kann nicht zum Rechtsobjekt eines Kaufvertrags gemacht werden, ohne auch über das Eigentumsrecht am Objekt zu disponieren.

440 Ähnlich *Dulckeit*, der davon ausgeht, dass kein Vollrecht an einem Recht bestehen könne, da dann das Recht selbst aufgehoben würde, s *Dulckeit*, Verdinglichung 53.

441 Wenn S_4'' übertragen wird, hat dies dieselben Wirkungen als wenn S_4' übertragen würde, weshalb der zusätzlichen Ableitung kein gesonderter Sinn beizumessen ist.

442 Dies trifft etwa auch auf Dienstbarkeiten zu: Eine Dienstbarkeit an einer Dienstbarkeit kann mangels Selbstständigkeit nicht bestellt werden, s weiterführend *Klang* in *Klang II*² § 472 (551).

443 Zu diesen ausf 4.2.

444 Um den Besitz zu übertragen, muss somit auch auf die zu Grunde liegende Sache eingewirkt werden.

445 Verwandt dazu ist die in der Lit immer wieder diskutierte Frage, ob dem Besitz Rechtsqualität zukomme, was von der hL eher verneint wird. Folgt man dieser Ansicht, wird man ebenso zum Ergebnis gelangen, dass mit dem Besitz kein eigenständiges Rechtsobjekt geschaffen wird, s zu dieser Diskussion weiterführend *Kodek* in *Klang*³ § 309 Rz 9 ff, ausf dazu auch 4.3.4.

tums wurde – wie bereits erörtert – auf Grundlage des BGB und von rechtslogischen Überlegungen davon ausgegangen, dass eine Einheit zwischen Eigentum und Sache besteht.⁴⁴⁶ Dass diese Überlegungen auch für das ABGB zutreffen, zeigt sich besonders illustrativ bei den Rechten des Eigentümers: Dieser ist nach § 362 ABGB berechtigt, sein Eigentum – also nach § 353 ABGB alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen – zu benutzen, zu übertragen, aber insb auch zu vertilgen, sie also zu zerstören. Derjenige, dem das Eigentumsrecht an einer Sache (S_x) zugeordnet ist, hat somit das Recht, die Sache (S_x) zu zerstören. Ein unmittelbarer Eingriff in die an einer Sache (S_x) bestehenden Rechte als bei dessen Vertilgung in Ausübung des höherrangigen Rechts (S_x) ist dabei wohl kaum vorstellbar. Aus dieser Betrachtung ergibt sich, dass Besitz und Eigentum in der österreichischen Rechtsordnung stets untrennbar mit der Sache, deren Gegenstand diese sind, in Verbindung stehen, was der Identifikation eines eigenständigen Rechtsobjekts entgegensteht. Dies kann auch für die Sachqualifikation nicht ohne Bedeutung sein: Die Wertung, dass hier – auf Grund des Vorliegens eines Rechts – in Anwendung der Wertungen des § 292 ABGB eine selbstständige Sache zu erblicken sei, würde dem Umstand, dass hier kein eigenständiges Rechtsobjekt vorliegt, nicht Rechnung tragen. Das Besitz- und Eigentumsrecht sind somit jedenfalls nicht als selbstständige⁴⁴⁷ Sachen zu qualifizieren, die Gegenstand des dinglichen und persönlichen Sachenrechts sind;⁴⁴⁸ sie sind somit nur Recht und nicht auch Rechtsobjekt.⁴⁴⁹

Das Denken in mehreren Ordnungen des Rechtsobjekts hat im ABGB freilich nicht den Hintergrund, die Rechte, die sich auf die Rechtsobjekte beziehen können, einzuschränken. Denn unabhängig vom Rang der Ordnung, auf dem sich das Rechtsobjekt befindet, können diese potenziell gleichermaßen Bezugspunkt für Rechte sein, wie sie im Abschnitt zu den dinglichen Sachenrechten zu finden sind, als auch für solche, die im Abschnitt zu den persönlichen Sachenrechten eine nähere Regelung finden. Das Recht auf Übertragung des Tauschgegenstands (S_1 und S_2) kann somit gleichermaßen

446 Freilich bezieht sich das in diesem Kontext ausschließlich auf die körperliche Sache; es ist aber kein Grund ersichtlich, warum dies für unkörperliche Sachen nicht auch gelten sollte.

447 An dieser Stelle kann offenbleiben, ob hinsichtlich des Besitz- und Eigentumsrechts – die Sachqualität völlig zu verneinen ist oder ob diese als unselbstständiger Bestandteil der Sache S_x anzusehen sind. Im Resultat ändert dies aber nichts daran, dass über Besitz und Eigentum nicht unabhängig von der Sache disponiert werden kann und diese somit nicht als selbstständiges Rechtsobjekt angesehen werden können.

448 Dieser Befund deckt sich mit der in Deutschland wohl hL, dass ein subjektives Recht als Zuteilung eines Guts zu einer Person selbst nicht als vermögenswertes Gut aufgefasst werden kann s Ost, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts 27.

449 Vgl dazu Stabentheiner, der einen wesentlichen Vorteil des weiten Sachbegriffs des ABGB darin erblickt, dass sich auch „Rechte an Rechten“ in die Darstellung des Sachenrechts einordnen lassen, s Stabentheiner in Klang³ § 285 Rz 4.

Bezugspunkt einer Übertragung im Weg der Zession wie auch einer Besicherung durch ein Pfand sein. Aus dem Umstand, dass eine Sache potenziell stets Bezugspunkt für dingliche gleich wie für persönliche Sachenrechte sein kann, darf jedoch nicht geschlossen werden, dass jede in diesen Abschnitten auffindbare Wertung auf jedes als Sache qualifizierbares Objekt Anwendung findet. Vielmehr ist im Einzelfall darauf abzustellen, ob eine Sache in ihrer spezifischen Objektqualität Bezugspunkt eines Rechts ist; dem liegt eine Auslegung des fraglichen Rechts zu Grunde.⁴⁵⁰ Als Rechtsobjekt gesehen ist die Sache aber neutral und für sämtliche (Sachen-)Rechte offen.

2.1.3.2. Anwendungsbegrenzung

Aus dem Umstand, dass die Sache im ABGB gleichermaßen Anknüpfungspunkt für die Normen des dinglichen wie für jene des persönlichen Sachenrechts ist, erwächst eine Begrenzungsfunktion: Alles, was nicht Sache ist, kann auch nicht Objekt von dinglichen und persönlichen Sachenrechten sein. Der Sache kommt im ABGB somit die Funktion zu, den Anwendungsbereich des dinglichen und persönlichen Sachenrechts zu beschränken. Rechtsobjekte, die keine Sachen sind, können somit weder nach den Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts einem Rechtssubjekt zugeordnet werden, noch kann ein Rechtssubjekt über diese disponieren. Das Konzept der Sache begrenzt somit ebenso, worüber ein Rechtssubjekt verfügen kann.

Die Begrenzung der Verfügungsmöglichkeiten durch die Sache erfolgt in zweierlei Hinsicht. Was nicht als Sache, sondern als Objekt, das nicht dem menschlichen Gebrauch dient, anzusehen ist, ist generell dem rechtlichen Verkehr entzogen. Diese Objekte können somit weder einem Rechtssubjekt zugeordnet noch zum Gegenstand von rechtlich durchsetzbaren Vereinbarungen gemacht werden, was freilich für die logische Stringenz des Systems mehr Bedeutung hat als für die Rechtspraxis.⁴⁵¹ Wichtiger ist die Abgren-

450 Tw verlangen Rechte explizit eine bestimmte Qualität der Sache – wie bspw bei der in §§ 405 f ABGB verankerten Regel zum Zuwachs bei Tieren; tw erfolgt dies aber auch implizit wie bei den Vorschriften über das Finden von Sachen (§§ 388 ff ABGB), die klarerweise nur bei körperlichen Sachen Anwendung finden können.

451 Was nicht zum Gebrauch der Menschen dient, wird idR auch nicht zum Rechtsverkehr gemacht; *Wacke* spricht hier zu Recht von einem anthropozentrisch geprägten Begriff. Natürlich lässt sich dieser Gedanke auch umdrehen: Ab dem Zeitpunkt, in dem ein Objekt zum Gegenstand von Austauschhandlungen gemacht wird, könnte davon ausgegangen werden, dass diese – zumindest für den Zweck des Tausches – zum Gebrauch der Menschen dient. Als Beispiel hierfür könnte die Mode, Liegenschaften auf Planeten oder Monden – trotz völlig unklarer rechtlicher Qualifikation – zu handeln, herangezogen werden: Ab jenem Zeitpunkt, ab dem Menschen mit Liegenschaften auf für sie unerreichbaren Himmelskörpern handeln, könnte davon ausgegangen werden, dass diese zumindest für den Handel dem Gebrauch der Menschen dienen, vgl dazu ausf *Wacke* in *Wacke/Baldus* (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa 30 ff.

zung zur Person: Diese ist als Rechtssubjekt stets Träger von Rechten und kann somit nie als völlig passives Rechtsobjekt angesehen werden. Ein Rechtssubjekt kann somit nicht über das, was Bestandteil seiner Person ist, in dem Sinn verfügen, als dass es sich dessen entäußern könnte; es würde sonst potenziell vom Rechtssubjekt zum passiven Rechtsobjekt. Die in der zweiten Abteilung des Sachenrechts geregelten Rechtsgeschäfte haben daher stets einen notwendigen Konnex zur Sache.⁴⁵² Das bedeutet freilich nicht, dass die Person völlig dem Rechtsverkehr entzogen ist: Denn nach der mittlerweile vom Gesetzgeber in § 17a Abs 2 ABGB positivierten Wertung ist innerhalb des Rahmens der guten Sitten eine Einwilligung in die Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten möglich.⁴⁵³ Diese Einwilligung kann als Gestattungsvertrag aufgefasst werden, mit dem das Rechtssubjekt auf die Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen verzichtet.⁴⁵⁴ Bei diesen Verträgen gilt es im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die Wertungen zum persönlichen Sachenrecht Anwendung finden können.⁴⁵⁵ Vollständig verfügen kann ein Rechtssubjekt aber einzig über Sachen.

Das Konzept der Sache begrenzt somit den Raum, in dem eine Person frei disponieren kann. Ausschließlich Sachen können unter Lebenden übertragen werden; ebenso können nur diese Gegenstand eines Sicherungsgeschäfts⁴⁵⁶ sein oder anderwärtig – etwa durch ein Fruchtgenussrecht – belastet werden. Nur auf Sachen bezogene Rechte und Verbindlichkeiten bil-

452 Dafür spricht auch, dass durch den weiten Sachbegriff iW alles, worüber vertraglich disponiert werden kann, als Sache anerkannt ist, s dazu insb § 303 ABGB. Bei zweiseitig verbindlichen Rechtsgeschäften muss dabei jeweils eine Verbindung zur Sache bestehen.

453 Ausf dazu *Pierer*, Verwendungsanspruch und Gewinnabschöpfung im Persönlichkeitsrecht (2023) 28 ff.

454 So die Rsp, vgl OGH 15.6.2000, 4 Ob 85/00d – *Radetzky*.

455 Besonders deutlich wird dies beim Prostitutionsvertrag, der nach der neueren Rsp als einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft aufgefasst wird. Dieser kann dabei als Gestattungsvertrag aufgefasst werden, bei dem der/die Sexarbeiter*in einen Eingriff in die Integrität der Sexualsphäre gegen Entgelt gestattet und sohin auch auf Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche verzichtet. Der Kunde kann freilich nicht auf Leistung bzw Gestattung klagen. Fraglich ist dabei, ob neben dem Wucher nach § 879 Abs 2 Z 4 ABGB hier auch die Wertungen zur *laesio enormis* Anwendung finden können. Dem ist mE entgegen *Spitzer* nicht zu folgen: § 934 ABGB stellt auf den gemeinen Wert einer Sache ab, der nach § 305 ABGB den Nutzen darstellt, den die Sache mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich leistet. Die Gestattung von sexuellen Handlungen stellt aber mE keine Sache dar, die auch auf Dritte übertragen werden könnte (vgl § 17a Abs 2 ABGB), weshalb dieser auch kein gemeiner Wert zugemessen werden kann. S zu dieser Thematik weiterführend *Schoditsch*, Zivilrecht und Prostitutionsverhältnisse: Handlungsbedarf für den Gesetzgeber? ÖJZ 2013, 53; *Spitzer*, Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12g, ÖJZ 2012, 784 (785 f).

456 Vgl *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 448 (252 f).

den nach § 531 ABGB die Verlassenschaft eines Verstorbenen,⁴⁵⁷ soweit diese nicht höchstpersönlich sind.⁴⁵⁸ Der Ausschlussgrund der Höchstpersönlichkeit bezieht sich dabei auf die Rechte und Verbindlichkeiten und nicht auf die Sache,⁴⁵⁹ deren Gegenstand diese sind, weshalb auch Sachen, die der Intimsphäre des Verstorbenen zuzurechnen sind, grds vererbbar sind.⁴⁶⁰ Die Sachqualifikation ist somit zwingender Bezugspunkt für die Umlauffähigkeit eines Objekts und die an diesem bestehenden Rechtspositionen.

Eng im Zusammenhang mit der dem Rechtssubjekt eingeräumten Möglichkeit, über ein Objekt zu disponieren, ist die Möglichkeit der zwangsweisen Verwertung.⁴⁶¹ So können nach § 87 EO bloß als unkörperliche Sache zu qualifizierende Rechte und nach § 249 Abs 1 EO nur bewegliche körperliche Sachen Gegenstand der Exekution sein; höchstpersönliche und sonst nicht übertragbare Rechte sind kein taugliches Exekutionsobjekt.⁴⁶² Eine Naturalexécution, die die Erwirkung einer unvertretbaren Handlung zum Gegenstand hat, ist nach hA nicht zulässig, sofern die Verpflichtung das intime Ehe- oder Privatleben betrifft.⁴⁶³ Dieser Gedanke ist freilich verallgemeinerungsfähig: Es kann davon ausgegangen werden, dass nur Sachen iSd § 285 ABGB taugliche Exekutionsobjekte sind. Daraus folgt, dass bloß Handlungen, die nach § 303 ABGB als Sache qualifiziert werden und somit auch zum Inhalt eines Rechtsgeschäfts gemacht werden können, einer zwangsweisen Erwirkung zugänglich sind.⁴⁶⁴ Durch die direkte Anknüpfung an das der Exekution unter-

457 So auch Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie 2.2 (1812) § 531 (379 f).

458 Persönlichkeitsrechte gelten nach einhelliger L als unvererblich, s dazu statt aller Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 531 Rz 7. Im Einklang dazu steht, dass das Recht auf Unterhalt nur dann in die Verlassenschaft fällt, wenn dieses vor dem Erbfall entstanden ist und somit unabhängig von der Person des Berechtigten ist; s dazu etwa OGH 18.11.2008, 4 Ob 134/08x. Da nur Rechte, die eine Sache zum Bezugspunkt haben, in die Verlassenschaft fallen, ist – wie bereits gesehen – auch der Leichnam des Verstorbenen nicht Teil der Verlassenschaft.

459 Nach der Rsp kann dabei von Höchstpersönlichkeit ausgegangen werden, wenn der Leistungsinhalt durch den Austausch der verpflichteten oder der berechtigten Person verändert wird, vgl dazu RIS-Justiz RS0032673.

460 Weiterführend dazu und den Möglichkeiten der Einschränkung der Vererbbarkeit Pierer, Die Privatsphäre des Erblassers, NZ 2020, 281 (285 ff).

461 S zu diesem Zusammenhang zur deutschen Rechtslage weiterführend Penkert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip (2008) 654 ff.

462 Oberhammer in Angst/Oberhammer, EO³ § 331 Rz 4.

463 MwN Klicka in Angst/Oberhammer, EO³ § 354 Rz 16.

464 Dies tritt besonders prägnant bei der Frage hervor, ob auch eine schöpferische Handlung – etwa eine wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit – mit § 354 EO durchgesetzt werden kann. Dies wird zwar von der hL im Ergebnis verneint, die dafür vorgebrachte Begründung, dass solche Handlungen nicht auf Kommando abrufbar seien, überzeugt aber nicht vollends. Vielmehr wohnt diesen Handlungen ein starkes persönlichkeitsbezogenes Element inne, das sich insb – im Fall der Ori-

worfene Vermögen (§ 2 Abs 2 IO) ergibt sich, dass die Insolvenzmasse ausschließlich aus Sachen iSd § 285 ABGB besteht; Persönlichkeitsrechte und höchstpersönliche Rechte fallen somit nach richtiger Ansicht⁴⁶⁵ nicht in die Masse.⁴⁶⁶ Eine zwangsweise Verwertung kommt somit nur bei Sachen iSd weiten Sachbegriffs des ABGB in Betracht.

2.2. Die unkörperliche Sache

Von besonderer Bedeutung für das vorliegende Forschungsinteresse ist eine Teilmenge des weiten Sachbegriffs des § 285 ABGB, die diesen wesentlich vom engen Sachbegriff des BGB unterscheidet: die unkörperliche Sache. Diese ist nach § 292 ABGB explizit vom Sachkonzept erfasst, wobei nur Rechte explizit als unkörperliche Sache angeführt werden. Hieraus ergibt sich einerseits die Frage, ob neben Rechten auch andere Objekte als unkörperliche Sache qualifiziert werden können und wie sich diese von körperlichen Sachen unterscheiden lassen, was in einem Exkurs⁴⁶⁷ näher analysiert wird. Andererseits gilt es zu beleuchten, ob sämtliche Rechte als Sache qualifiziert werden können.

ginalität des aus der Handlung entspringenden Werks – im urheberrechtlichen Schutz ausdrückt. Wenn es aber nicht möglich ist, ein Urheberrecht auf Grund des starken Bands zum Schöpfer zu übertragen, kann es in einem Größenschluss auch nicht möglich sein, einen Schöpfer zur Erstellung eines Werks zu verhalten. Da – wie in 2.2.2.1.1 gezeigt – das Urheberrecht nicht als Sache qualifiziert werden kann, wird dies wohl auch für den Realakt der Schöpfung gelten, weshalb diese mE einer zwangsweisen Verfügung entzogen sind, s zu dieser Diskussion weiterführend *Klicka* in Angst/Oberhammer, EO³ § 354 Rz 16. Dies entspricht auch ganz römisch-rechtlichen Wertungen, nach denen eine künstlerische Tätigkeit stets weisungsfrei ist. S dazu weiterführend *Behrends*, Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung, in GedS Jörn Eckert (2008) 65 (90).

465 *Kodek* in Koller/Lovrek/Spitzer, Insolvenzordnung² (2023) § 2 Rz 30 f.

466 Dazu passt die Wertung der Rsp, dass die Arbeitskraft des Schuldners nicht Bestandteil der Masse ist. Zwar sind einzelne Bestandteile der Arbeitsleistung – wie die Hand- und Kopfarbeit – nach § 303 ABGB als Sache anzusehen; dies hat aber zur Voraussetzung, dass der Schuldner selbst über den Einsatz seiner Kräfte im Zug eines Rechtsgeschäfts entscheiden kann. Durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird dem Schuldner das Vermögen aus der freien Verfügung hingegen entzogen; es würde daher ein Dritter über seine Arbeitskraft entscheiden, was ähnlich wie eine Schuldknechtschaft anzusehen wäre und somit den Wertungen des § 16 ABGB entgegenstehen würde. S dazu etwa OGH 23.2.2006, 8 Ob 7/06x.

467 Die Frage, nach welchen Kriterien Objekte in körperliche und unkörperliche Sachen eingeteilt werden, ist nicht unmittelbar vom Forschungsinteresse umfasst. Denn Rechte, die hier im Fokus stehen, sind nach § 292 ABGB jedenfalls als unkörperlich anzusehen. Da die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen jedoch die Auslegung des Sachbegriffs im ABGB betrifft, sollen die gewonnenen Erkenntnisse auch auf diese Frage angewendet werden.

2.2.1. Exkurs: Unkörperliche Objekte

Das ABGB ist bei der Unterteilung von Sachen in körperliche und unkörperliche unmissverständlich – zumindest für die Welt des frühen 19. Jhds: Nach § 292 ABGB sind Sachen, die in die Sinne fallen, körperlich; alle anderen unkörperlich.⁴⁶⁸ Schwierigkeiten bereiten jedoch neuartige Phänomene wie Elektrizität/Energie, Daten und Software, die der Vorstellungswelt der Gesetzgeber noch völlig fremd waren. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sie unmittelbar als Objekt nicht sinnlich wahrnehmbar sind; durch Zuhilfenahme von weiteren Gegenständen – etwa einer Glühbirne, eines Messgeräts oder eines kompatiblen Abspielgeräts – können sie aber durchaus in die Sinne fallen. Es gilt daher zu klären, nach welchen Grundsätzen die Zuteilung von neuen Phänomenen der industrialisierten und digitalisierten Welt in die Dichotomie von körperlichen und unkörperlichen Sachen erfolgen kann.

Der Wortlaut des § 292 ABGB ist mit seiner Bezugnahme auf die sinnliche Wahrnehmbarkeit von Objekten grundsätzlich technologieneutral ausgestaltet. Dabei ergibt sich, dass neben Rechten auch andere Objekte als unkörperliche Sachen qualifiziert werden können: Denn unkörperliche Sachen sind nur dadurch definiert, dass diese nicht in die Sinne fallen, beispielhaft werden Rechte angeführt. Aus diesem expliziten Hinweis auf die Beispielhaftigkeit der Aufzählung von Rechten sowie dem Umstand, dass § 312 ABGB Rechte explizit neben unkörperliche Sachen stellt, kann geschlossen werden, dass neben Rechten noch eine weitere Gruppe von unkörperlichen Sachen existiert. Dies stellt eine bedeutende Änderung gegenüber dem Konzept der unkörperlichen Sache dar, das noch im revidierten und superrevidierten Entwurf verankert war: Hier war diese noch dadurch definiert, dass sie „*nur durch menschliche Begriffe*“ besteht.⁴⁶⁹ Dies kann wohl als direkte Anknüpfung an die Sachkonzeption des römischen Rechts verstanden werden,⁴⁷⁰ in der als unkörperlich bloß jene Objekte galten, die ohne das menschliche Denken nicht existierten. Demgemäß wären nur Objekte, die in einer rein geistigen Welt bestehen, als unkörperliche Sache zu qualifizieren, nicht aber solche, die in der Außenwelt existieren, ohne sinnlich wahrnehmbar zu sein. Dieses Erfordernis wurde im Gesetzeswortlaut fallen gelassen, weshalb potenziell auch physisch existierende Gegenstände, die nicht sinnlich wahrnehmbar sind, als unkörperliche Sache gelten können. Diese Modifikation entspricht dabei naturrechtlichen Denkstrukturen: Denn Zeiller führt in seinem naturrechtlichen Lehr-

468 Krit dazu Unger, der das römische Konzept, das auf die taktile Berührbarkeit abstellt, als vorzugswürdig empfindet, Unger, System I 359.

469 Diese Änderung ist wahrscheinlich durch Zeiller selbst erfolgt, der den bereits vom Kaiser approbierten Gesetzesentwurf noch modifiziert hat, s dazu weiterführend 2.3.5.2.

470 S ausf 2.3.1.

buch aus, dass alles im Universum entweder Person oder Sache sei.⁴⁷¹ Dabei geht Zeiller aber jedenfalls nicht davon aus, dass alle physisch existierenden Objekte in die Sinne fallen; so sieht er etwa auch die freie Luft als Sache an;⁴⁷² darüber hinaus wird auch die – sinnlich nur schwer wahrnehmbare – Kopfarbeit als Sache anerkannt.⁴⁷³ Ebenso findet sich in Zeillers Kommentierung die Aussage, dass *auch* die Rechte und Rechtsverhältnisse von der unkörperlichen Sache umfasst sind, was dahingehend verstanden werden kann, dass darüber hinaus andere unkörperliche Sachen bestehen.⁴⁷⁴ Da sohin auch physisch existierende Objekte, die nicht nur in einer geistigen Welt bestehen, als unkörperliche Sachen anerkannt werden, ist das Konzept der unkörperlichen Sache im ABGB weiter als die *res incorporalis* des römischen Rechts.⁴⁷⁵ Diese Wertung ist dabei unabhängig von Erkenntnisstand der Wissenschaft: Selbst Objekte, die zum Zeitpunkt der Gesetzwerdung noch nicht bekannt waren, können – sofern sie vernunftlos sind – als Sache qualifiziert werden;⁴⁷⁶ fehlt ihnen die sinnliche Wahrnehmbarkeit, gelten diese zudem als unkörperlich.⁴⁷⁷ Es folgt somit, dass bei der unkörperlichen Sache im ABGB keine Einschränkung auf Objekte „*quae intelliguntur*“ besteht.⁴⁷⁸

Die Wertungen des ABGB zu unkörperlichen Sachen, die nicht in Rechten bestehen, sind freilich äußerst lückenhaft, was angesichts ihrer begrenzten Bedeutung in der Welt des Gesetzgebers des beginnenden 19. Jhds auch nicht überascht. So besteht nach § 298 ABGB keine Wertung dazu, ob diese als beweglich oder unbeweglich gelten;⁴⁷⁹ demnach kommt es nach § 293 ABGB auf die Verletzung der Substanz bei der Versetzung von einer zur anderen Stelle an, was für keine der genannten Phänomene überzeugend wirkt.⁴⁸⁰ Auch der Besitzerwerb

471 Zeiller, Privat-Recht¹ 69 f.

472 Zeiller, Kommentar 2.1 § 311 Rz 2 (43).

473 Vgl § 303 ABGB.

474 Zeiller, Kommentar 2.1 § 292 (12).

475 Diese Position findet auch in der modernen Lit Unterstützung. So wird davon ausgegangen, dass technisches und geschäftliches Know-how als unkörperliche Sache qualifiziert werden kann. S idS Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1053 Rz 6; Spitzer/Told in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁵ § 1054 Rz 32.

476 Dieses Argument findet sich in der älteren deutschen Diskussion freilich auch umgekehrt: Als unkörperliche Sache wurde dabei nur das „Gedankending“ angesehen, ansonsten sei alles als körperliche Sache anzusehen. S mwN Labusen, Verdinglichung durch Datenschutz, AcP 2021, 1 (4).

477 Ähnlich auch Klammer, Dateneigentum 94.

478 Dem wird heute weitgehend zugestimmt, vgl Miernicki, Kryptowerte 130 ff; Weidinger, Kryptowerte 87 ff; aA Klammer, Dateneigentum 99; P. Bydlinski, AcP 1998, 287 (291); Mayer-Maly, Die Elektrizität in der Rechtsprechung des OGH, in Mayer-Maly (Hrsg), Probleme des Energierechts (1972) 12 f.

479 So auch Kogler, Non Fungible Tokens und Sachenrecht, JBl 2021, 685 (688 f).

480 Es ist jedenfalls nicht trivial, was bei elektrischer Energie und bei digitalen Daten als Substanz zu verstehen ist; da diese durchaus auch als (elektromagnetischer) Zustand des Ladungsträgers aufgefasst werden kann. S dazu weiterführend Höver-

der genannten Phänomene durch Gebrauch im eigenen Namen (§ 312 ABGB) wirkt nicht sachgerecht; Wertungen zum Erlöschen des Besitzes an unkörperlichen Sachen, die nicht in Rechten bestehen, fehlen gar völlig.⁴⁸¹ Bei Rechtsfragen iZm unkörperlichen Sachen, die nicht in Rechten bestehen, hat somit – sofern der Gesetzgeber nicht selbst tätig geworden ist – eine Lückenfüllung und somit auch eine Rechtsfortbildung zu erfolgen,⁴⁸² wobei hier den spezifischen Charakteristika des jeweiligen Objekts Rechnung getragen werden kann.

Anders als die an die unkörperliche Sache anknüpfenden Regelungen weist die Zuordnung von Sachen in körperliche und unkörperliche keine Lücke auf.⁴⁸³ Denn der Gesetzgeber sieht klar vor, dass nur ein einzelnes Kriterium entscheidend ist: die Frage, ob die Sache in die Sinne fällt oder nicht. Bei deren Auslegung ist darauf Bedacht zu nehmen, dass aus der Perspektive des Gesetzgebers des frühen 19. Jhds kein wirtschaftlich bedeutendes, reelles Phänomen bestand, das nicht unmittelbar in die Sinne fiel. Demgemäß sind auch die Wertungen zu den körperlichen Sachen stark von einer unmittelbaren Physis geprägt. So erfolgt die Besitzerwerbung von körperlichen beweglichen Sachen nach § 312 ABGB durch physische Ergreifung, Wegführung bei Verwahrung, bei unbeweglichen Sachen durch Betretung, Verainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Verarbeitung; bei der mit der körperlichen Sache eng im Zusammenhang stehenden körperlichen Übergabe spricht der Gesetzgeber von Übergabe von Hand zu Hand.⁴⁸⁴ Der enge Zusammenhang zwischen der körperlichen Sache und deren Physis wird besonders bei *Zeillers* Kommentierung offensichtlich, in der er nur einen spezifischen Gegenstand als körperlich ansah, Objekte, die durch eine Eigenschaft oder eine Qualität definiert sind, hingegen nicht.⁴⁸⁵ Daraus folgt, dass nach dem Ansinnen des Gesetzgebers die körperliche Sache eng auf den einzelnen, unmittelbar sinnlich wahrnehmbaren und körperlich abgegrenzten⁴⁸⁶ Gegenstand begrenzt ist. Man kann somit in Übernahme der Wertungen der hL die Beherrschbarkeit und die Abgrenzbarkeit als Voraussetzung

mann, Recht und Elektrizität (2018) 187 ff. Denkbar wäre jedoch, den Begriff der Substanz nicht im Sinn einer physischen Substanz zu interpretieren, sondern – wie wohl auch der Gesetzgeber – als Synonym für das Wesen eines Objekts, s dazu weiterführend 4.2.6.

481 Neben diesen ganz offensichtlichen Beispielen finden sich bei einer näheren Betrachtung eine Vielzahl anderer, die an dieser Stelle nicht weiter thematisiert werden müssen.

482 Krit dazu *Klever*, Crypto Assets im bürgerlichen Recht, in Artmann et al (Hrsg), Crypto Assets (2022) 1 (13 ff).

483 Abzulehnen sind somit auch Versuche, die Qualifikation als körperliche Sache an zusätzliche Erfordernisse – wie etwa einen rivalen Charakter – zu knüpfen. S dahingehend aber *Klammer*, Dateneigentum 82 ff.

484 Vgl § 426 ABGB.

485 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 292 (12).

486 So auch *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 292 Rz 2.

für die Körperlichkeit ansehen. Neuartige Phänomene, die dem an der Physis orientierten Konzept der körperlichen Sache nicht entsprechen, müssen demnach als unkörperliche Sache qualifiziert werden.

Ein Argument für die Qualifikation von neuartigen Phänomenen der Industrialisierung und Digitalisierung als unkörperliche Sache findet sich zudem im Unterschied in der Regelungsdichte. Wie ausgeführt sind die Wertungen zu unkörperlichen Sachen, die nicht in Rechten bestehen, wesentlich unvollständiger als jene zu körperlichen Sachen, weshalb es bei ersteren idR zu Rechtsfortbildungen kommen muss. Es ist dabei zweifelhaft, ob der Gesetzgeber Phänomene, von denen er noch weit keine Vorstellung haben konnte, als körperliche Sache angesehen hätte, wo die Auswirkungen der einzelnen Wertungen völlig unabsehbar sind. Wenn man es als Zweck des weiten Sachbegriffs des ABGB ansieht, sämtliche Rechtsobjekte zu erfassen,⁴⁸⁷ wäre es naheliegender, das weniger stark normativ determinierte Konzept der unkörperlichen Sache auf neuartige Phänomene in der Sphäre des Reellen Anwendung finden zu lassen. Denn bei der Lückenfüllung können den Charakteristika des jeweiligen Phänomens Rechnung getragen werden.⁴⁸⁸

Eine Vorreiterrolle, das Institut der unkörperlichen Sache auf neue Phänomene in der Sphäre des Tatsächlichen auszuweiten, spielte in der rechtswissenschaftlichen Diskussion⁴⁸⁹ die Elektrizität. Obwohl diese bereits seit dem 17. Jhd Gegenstand der wissenschaftlichen Erforschung war, war eine wirtschaftliche Verwertung erst ab dem Beginn der 1880er Jahre möglich.⁴⁹⁰ Bereits 1887 hatte das Reichsgericht in einem Fall zur Stempelsteuer entschieden, dass elektrischer Strom in den engen Sachbegriff des ALR fällt, wobei an die äußeren technischen Merkmale der Stromversorgung angeknüpft und Elektrizität sohin als körperliche Sache angesehen wurde.⁴⁹¹ Eine andere Herangehensweise wählte der OGH im Jahr 1922,⁴⁹² als er feststellte, dass elektrische Energie weder als körperliche Sache noch als Recht zu qualifizieren sei; demgemäß sei von einem weiten Begriff der unkörperlichen Sache auszugehen, der

487 So bereits *Klein* in FS ABGB I 6 f.

488 So fordert etwa *Völkel* für Bitcoins eine analoge Anwendung der Wertungen zum Sachbesitz, was durchaus möglich ist, sofern die Regelungen nicht bereits unmittelbar angewandt werden können. S dazu weiterführend *Völkel*, Vertrauen in die Blockchain und das Sachenrecht, ZFR 2020, 492 (494 ff).

489 Als erstes unkörperliches Objekt in der Sphäre des Reellen erlangte wohl das sog Stadt- oder Leuchtgas wirtschaftliche Bedeutung, das ab der Mitte des 19. Jahrhunderts für die Beleuchtung eingesetzt wurde; die rechtliche Qualifikation wurde aber anders als beim elektrischen Strom nicht umfassend thematisiert.

490 Wesentlich war dabei insb die Weltausstellung in Paris im Jahr 1881, s dazu weiterführend *Hövermann*, Recht und Elektrizität 18 ff.

491 RG 10.3.1887, Rep. IV. 318/86 RGZ 17, 269, s weiterführend dazu *Hövermann*, Recht und Elektrizität 20 ff.

492 OGH 19.9.1922, Ob II 880/22 SZ 4/83.

sich nicht in Rechten erschöpfe.⁴⁹³ Neben teils zustimmenden Stimmen⁴⁹⁴ fand diese Position in der Lit durchaus eine kritische Rezeption: Es folgte etwa ein Plädoyer, den Sachbegriff völlig von naturwissenschaftlichen Erkenntnissen abhängig zu machen.⁴⁹⁵ Diese uneinheitliche Beurteilung der Körperlichkeit von elektrischer Energie hält bis heute an: So geht ein in rezenten Darstellungen wohl herrschender Teil der L – mE aus den dargelegten Gründen zu Recht – davon aus, die Körperlichkeit von Sachen eng zu fassen und somit elektrische Energie als unkörperliche Sache zu qualifizieren.⁴⁹⁶ Ein älterer Teil der Lit sieht elektrischen Strom dagegen als körperliche Sache an. Eine eingehende Auseinandersetzung erfolgt dazu indes nicht: *Klang* verweist bloß auf die Verkehrsauffassung, die Elektrizität und Leuchtgas gleichsetzt.⁴⁹⁷ Ebenso knüpft *Ehrenzweig* an das Verkehrsleben an, das elektrische Energie gleich wie eine körperliche Sache behandle.⁴⁹⁸ *Franz Bydlinski* bezeichnet die von *Haferl-Bernatzik* vertretene Ansicht,⁴⁹⁹ dass elektrischer Strom als unkörperliche Sache zu qualifizieren sei, da nicht das Objekt, sondern bloß seine Wirkung sinnlich wahrnehmbar sei, als „*Spitzfindigkeit, die wenig überzeugt*“, zudem spreche die Möglichkeit der Übergabe von Energie für die Qualifikation als körperliche Sache.⁵⁰⁰

Eine Diskussion, inwiefern das auf die Physis abstellende Konzept der körperlichen Sache passend für den elektrischen Strom ist, erfolgt jedoch nicht. Vielmehr zeigt sich das Bemühen, elektrische Energie in die gewohnten Bahnen des auf den engen Sachbegriff reduzierten Sachenrechts zu bringen und somit in Übernahme von etablierten Wertungen das Sachenrecht grundsätzlich zur Anwendung zu bringen. Diese Auslegung ist demgemäß maßgeblich von der Vorstellung eines engen Sachbegriffs beeinflusst, das – wie gezeigt – nicht dem ABGB entspricht. Knüpft man hingegen an das Regelungskonzept des Gesetzgebers des frühen 19. Jhds an, wird man der Ansicht, dass elektri-

493 Weiterführend dazu *Plöchl*, Die elektrische Energie im Handelsrecht, in FS Demelius (1973) 415 (420 ff).

494 Ausf *Haferl-Bernatzik*, Elektrizitätsgesetzgebung und Privatrecht (1931) 14 ff. Bemerkenswert ist, dass die Autorin erst die dritte Frau war, die an der Juridischen Fakultät in Wien promovierte (im Jahr 1922).

495 S dazu instruktiv *Mahler*, Der Sachbegriff im modernen Elektrizitätsrecht, JBl 1931, 93; beachtenswert auch die Gegenausführung von *List*, Der Energiebegriff im modernen Sachenrecht, JBl 1931, 454; mit einer modernen Sichtweise zu dieser Fragestellung *Paschke*, Ist elektromagnetische Energie eine Sache? in FS Kühne (1984) 333.

496 *Riss* in KBB⁷ § 292 Rz 1; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 292 Rz 2; *Kisslinger* in Klang³ § 292 Rz 13; *Helmich* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 292 Rz 3.

497 *Klang* in Klang II² § 292 (9).

498 *Ehrenzweig*, System I/2² 2.

499 *Haferl-Bernatzik*, Elektrizitätsgesetzgebung 18 ff.

500 *F. Bydlinski*, Energielieferung und Kaufrecht, in FS Hämmerle (1972) 31 (34 f).

sche Energie als unkörperliche Sache zu qualifizieren ist, den Vorzug geben müssen.⁵⁰¹

In jüngerer Zeit wurde die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen insb iZm neuen Phänomenen der digitalisierten Ökonomie thematisiert. Besonders intensiv lief diese Diskussion in Deutschland, wo durch den engen Sachbegriff des § 90 BGB die Körperlichkeit über die Anwendung des Sachenrechts entscheidet. In Bezug auf Software und Datenbanken ist dabei weitgehend unstr, dass diese Phänomene, sofern sie auf einem Datenträger verkörpert sind, als körperliche Sache zu qualifizieren sind.⁵⁰² Es ist *Peter Bydlinski* zuzustimmen, dass dieser Fall wie das physische Buch zu behandeln sei, in dem Inhalte – und somit geistige Leistungen – inkorporiert sind.⁵⁰³ Wenn Software oder auch digitale Daten – wie etwa bei Cloud-Services, aber besonders eindrucksvoll auch bei Blockchain-Anwendungen⁵⁰⁴ – nicht auf einem identifizierbaren Datenträger gespeichert und somit inkorporiert sind, fehlt es nach der völlig hL an ihrer Körperlichkeit, weshalb die Voraussetzungen des engen Sachbegriffs des § 90 BGB nicht erfüllt sind;⁵⁰⁵ im ABGB liegt folglich eine unkörperliche Sache vor.⁵⁰⁶ Sachenrechtliche Konsequenzen werden dabei freilich nicht gezogen.⁵⁰⁷

501 So auch *Kisslinger* in Klang³ § 292 Rz 13. Dies deckt sich im Übrigen auch mit der für das Strafrecht herrschend vertretenen Ansicht, dass die Wegnahme reiner Energie mangels Körperlichkeit keinen Diebstahl darstellen kann, s dazu weiterführend *Stricker* in Höpfel/Ratz, WK StGB² § 127 Rz 45.

502 S nur *Kisslinger* in Klang³ § 292 Rz 15 ff; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 292 Rz 2.

503 *P. Bydlinski*, AcP 1998, 287 (305 f).

504 Hier befinden sich die Daten in einem jedermann zugänglichen Register, wobei nur die Verfügungsrechte über die Daten wechseln. Die Daten sind somit nicht auf einem einzigen Datenträger gespeichert, sondern ubiquitär, vgl dazu auch *Miernicki*, Kryptowerte 41 ff; Kogler/Holzweber (Hrsg), Krypto-Assets im Zivilrecht (im Erscheinen)

505 Aus der mittlerweile kaum noch überblickbaren Diskussion in Deutschland seien nur einige ausgewählt: *Hoeren*, Datenbesitz statt Dateneigentum, MMR 2019, 5 (6 ff); *Wiebe/Schur*, Ein Recht an industriellen Daten im verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen Eigentumsschutz, Wettbewerbs- und Informationsfreiheit, ZUM 2017, 461 (463 f); *Fezer*, Dateneigentum, MMR 2017, 3; *Specht*, Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen, CR 2016, 288 (289 f); *Heymann*, Rechte an Daten, CR 2016, 650 (650); *Zech*, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“, CR 2015, 137 (140 ff); *Hoeren*, Dateneigentum, MMR 2013, 486 (487 ff); *Zech*, Information als Schutzgegenstand (2012) 324 ff.

506 *Dürager*, ÖJZ 2018, 260 (262); zur ähnlich gelagerten Konstellation bei Bitcoins *Vonkilch/Knoll*, JBl 2019, 139 (141 f); *Fleißner*, ÖJZ 2018, 437 (438).

507 So verweist *Forgó* einzig auf die Möglichkeit der Objektzuordnung durch Vertrag. Zu dieser Diskussion soll nur ein einzelner Gedanke hinzugefügt werden, der in der aktuellen Diskussion mE zu wenig Beachtung findet. Der sachenrechtlichen Zuordnung von Objekten kommt auch eine Verteilungsfunktion hinsichtlich der

Gegen die Qualifikation von digitalen Daten als unkörperliche Sache hat sich jüngst *Klammer* gewandt: Dieser geht davon aus, dass unkörperliche Sachen iSd ABGB bloß Objekte „*quae intelliguntur*“ seien,⁵⁰⁸ weshalb alle Objekte, „*deren Existenz mit technischen Geräten festgestellt werden können*“, als körperliche Sache zu qualifizieren seien.⁵⁰⁹ Da digitale Daten über technische Geräte sinnfällig seien, müssten diese somit als körperliche Sache erachtet werden.⁵¹⁰ Gegen diese Ansicht, auf der *Klammer* in der Folge ein gelungenes System von sachenrechtlichen Wertungen bei digitalen Phänomenen aufbaut, ist einzuwenden, dass die Kategorie der unkörperlichen Sachen – wie gezeigt – nicht auf Rechte beschränkt ist und somit aus der richtigen Prämisse, dass sämtliche Rechtsobjekte als Sache angesehen werden, nicht der Schluss gezogen werden kann, dass alle Objekte der Außenwelt als körperliche Sache zu qualifizieren seien. Vielmehr ist der hL zuzustimmen, dass digitale Phänomene wie Daten oder Blockchain-Anwendungen als unkörperliche Sache anzusehen sind.

2.2.2. Rechte als Sachen

Nach § 292 ABGB sind das Recht zu jagen, zu fischen und alle anderen Rechte als unkörperliche Sachen zu qualifizieren.⁵¹¹ Das ABGB hält somit explizit fest, dass auch Rechte eine Sache und somit ein vollwertiges Rechtsobjekt darstellen. Die Aufzählung von Rechten knüpft dabei stark an naturrechtliche Vorstellungen an,⁵¹² gibt jedoch auch einen Hinweis auf den Umfang der Rechte, die als Sache qualifiziert werden können: Voraussetzung für die Sachqualifikation ist nicht, dass die Rechte unmittelbar – etwa durch ein Rechtsgeschäft – von einer körperlichen Sache abgeleitet werden und ein

Früchte des Objekts zu, über die nur eingeschränkt disponiert werden kann. Wenn ein Verbraucher einen Apfelbaum von einem marktbeherrschenden Apfelbaumproduzenten kauft, so gehören die Äpfel dennoch dem Verbraucher; eine anderwärtige Vereinbarung müsste einer Äquivalenzprüfung – insb bei Verwendung im AGB – standhalten. Anders wäre dies, wenn kein sachenrechtliches Zuordnungsregime bestünde: Hier könnten ohne rechtliche Grenzen Regelungen gefunden werden, dass auch alle Äpfel dem Produzenten gehören und vom Verbraucher einzeln gekauft werden müssten, da erst durch den Vertrag eine Zuordnung erfolgt. Ähnliche Regime finden sich bei digitalen Daten zuhauf; etwa wenn für die durch die Verwendung eines Autos generierten Daten eigens bezahlt werden muss, s zur Diskussion *Forgó* in (Hrsg), Verhandlungen des Zwanzigsten österreichischen Juristentages 387.

508 *Klammer*, Dateneigentum 99.

509 *Klammer*, Dateneigentum 100.

510 *Klammer*, Dateneigentum 116 ff.

511 Es handelt sich dabei um Feldservitute, die auch in § 477 Z 5 ABGB aufgezählt sind.

512 Wie gezeigt werden wird, hängt die Nennung dieser Rechte mit der naturrechtlichen Vorstellung eines Urzustands zusammen, in dem allen alles zukam – wie etwa auch die genannten Rechte. Erst durch die Entwicklung des Rechts wurden diese Rechte Einzelnen zugeordnet, s dazu weiterführend 3.3.3.

Rechtsobjekt höherer Ordnung darstellen.⁵¹³ Es muss somit im Einzelfall beurteilt werden, ob ein Recht als Sache qualifiziert werden kann.⁵¹⁴

Der Wortlaut von § 292 ABGB erlaubt dabei zwei unterschiedliche Lesarten: Einerseits könnte dieser dahingehend ausgelegt werden, dass jedes Recht als Sache – und zwar als unkörperliche – gilt. Ein Argument dafür könnte darin gefunden werden, dass vom Gesetzgeber explizit auf das Recht zu jagen, zu fischen und *alle* anderen Rechte verwiesen wird. Andererseits ist auch eine Interpretation möglich, nach der nur jedes als Sache geltende Recht als unkörperliche Sache – und nicht als körperliche – zu qualifizieren ist. Gegen ein Verständnis von § 292 ABGB, nach dem alle Rechte ausnahmslos als Sache zu qualifizieren seien, sprechen vor allem systematische Argumente. Diese ergeben sich bereits mit Blick auf den Regelungszusammenhang von § 292 ABGB: Denn nach § 291 ABGB werden in den §§ 292–306 ABGB bloß unterschiedliche Einteilungen von Sachen erörtert. Es sollen somit verschiedene Kategorien von Sachen voneinander getrennt, nicht aber die Sache gegenüber der Person bzw. den nicht dem menschlichen Gebrauch dienenden Objekten abgegrenzt werden. Durch die vorgenommenen Kategorisierungen werden sohin nicht die Außengrenzen, sondern vielmehr die Binnenstrukturen des Sachbegriffs festgelegt. Es folgt daraus nicht zwingend, dass ein Recht als Sache qualifiziert werden muss; wenn dies aber der Fall ist, muss von einer unkörperlichen Sache ausgegangen werden. Aus dieser Betrachtung folgt somit, dass in der österreichischen Rechtsordnung zwei unterschiedliche Qualitäten von Rechten ihre Realisierung finden: einerseits Rechte, die als Sache qualifiziert werden, und andererseits Rechte, bei denen dies nicht der Fall ist.

Das ABGB ist durch diese Zweiteilung von Rechten geprägt. Dies ergibt sich besonders deutlich aus der Grundsystematik des ABGB, in der zwischen Personenrechten (vgl. § 15 ABGB) und Sachenrechten (vgl. § 307 ABGB) differenziert wird. Personenrechte unterscheiden sich von Sachenrechten nach der Konzeption *Zeillers* sowohl in ihrem Grund als auch in ihrem Gegenstand. Während der Grund des Personenrechts in angeborenen Rechten einer Person und ihren Familienverhältnissen zu suchen ist, liege der Grund des Sachenrechts im Verhältnis einer Person zur Sache.⁵¹⁵ Gegenstand des Personenrechts sei die eigene Person und eine andere Person in ihrer Gesamtheit; Gegenstand des Sachenrechts die Sache, womit auf Grund des weiten Sachbegriffs aber nicht nur körperliche Objekte, sondern auch die Leistungen anderer Personen gelten.⁵¹⁶ Freilich können nach *Zeiller* Personenrechte auch Einfluss auf Sachenrechte haben – etwa das Recht der Eltern in Bezug auf das Vermögen des Kindes; dies wird dann das *auf Sachen an-*

513 Dazu ausf. 2.1.3.1.

514 Für das Besitz- und Eigentumsrecht muss angenommen werden, dass diese nicht als eigenständige Sache gelten, s. dazu bereits 2.1.3.1.

515 *Zeiller*, Commentar 1 § 15 Rz 2 (100).

516 AaO.

gewandte Personenrecht genannt.⁵¹⁷ Als höchstpersönliches Recht und somit nicht als Sache gilt etwa der Ausstattungsanspruch gem § 1220 ABGB.⁵¹⁸ In der Systematik des ABGB unterscheiden sich Rechte demnach dadurch, ob ihr Bezugspunkt eine Person oder eine Sache ist.

Die Zweiteilung von Rechten in Personenrechte und Sachenrechte hat zwingend Auswirkungen auf die Frage, inwiefern Rechte als Sache qualifiziert werden können. Würde man Personenrechte unter den Begriff der Sache subsumieren, käme es gleichsam zu einer Aufhebung der Dichotomie von Person und Sache. Denn es könnten Rechte, die eine Person in ihrer Gesamtheit zum Gegenstand haben – wie etwa das Eherecht – bspw zum Gegenstand eines Kaufvertrags gemacht werden; die Person würde nicht mehr als Zweck an sich, sondern als Gegenstand des Rechtsverkehrs angesehen werden. Dies widerspricht nicht nur der Systematik des ABGB, sondern auch seinen geistesgeschichtlichen Grundlagen: Nach den Lehren *Kants*, die insb auch bei *Zeiller* Gefolgschaft fanden,⁵¹⁹ hat alles einen Preis oder eine Würde; während für alles, was einen Preis hat, etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden kann, besteht für die Würde kein Äquivalent.⁵²⁰ Durch den Kauf von Persönlichkeits- oder Familienrechten würde eine Person in die völlige Abhängigkeit eines anderen Menschen geraten, was einen untragbaren Eingriff in die Menschenwürde darstellt.⁵²¹ Sache und Person sind somit grundverschiedene Entitäten, weshalb auch die Rechte an einer Person nicht Gegenstand des Sachenrechts sein können.⁵²² Anhand dieses Beispiels des persönlichen Sachenrechts folgt, dass Rechte, die eine Person in ihrer Gesamtheit zum Bezugspunkt haben, nicht als Sache qualifiziert werden können.

Es hat somit im Einzelfall eine Abwägung zu erfolgen, ob ein Recht als Sache qualifiziert werden kann. Hierbei ist darauf abzustellen, ob die jeweiligen Rechte die Gesamtheit einer Person zum Gegenstand haben und sohin eine untrennbare Verbindung zwischen der Person als Gegenstand dessen, womit mit dem Recht disponiert wird, und dem Recht besteht. Ist dies gegeben, muss die Qualifikation eines Rechts als Sache ausscheiden. Als Unterscheidungskriterium prädestiniert ist dabei die Übertragbarkeit des Rechts.⁵²³ Denn durch die Möglichkeit einer vollständigen Übertragung zeigt sich, dass ein Recht

517 *Zeiller*, Kommentar 1 § 15 Rz 3 (100 f).

518 *Wolkerstorfer* in *Klang*³ § 448 Rz 31.

519 S etwa *Swoboda*, ABGB im Lichte der Lehren *Kants* 36 ff.

520 *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1870) 60.

521 *MwN Meissel* in *Klang*³ § 16 Rz 54.

522 AA wohl *Koziol*, der davon ausgeht, dass Persönlichkeitsrechte als Sache qualifiziert werden, s *Koziol*, Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltspflichtige Güter? in *FS Wiegand* (2005) 449 (450 f).

523 So auch *Gschnitzer*, Sachenrecht 212; *Wacke*, Das Studium des Rechtsobjekts: Ausbildung zum europäischen Juristen, in *Wacke/Baldus* (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa (2002) 23 (37 ff); die Gründe, die eine Übertragbarkeit ausschließen, sind dabei vielfältig, weshalb *Spitzer/Wilfinger* davon ausgehen, dass es sich um eine „*ausgesprochen schillernde und facettenreiche, darum aber auch*

nicht untrennbar mit einer Person verbunden ist; *Ahn* spricht dann zu Recht von einer „*ontologischen Selbstständigkeit der Rechtsgegenstände gegenüber der Person des Berechtigten*“⁵²⁴. Ein Recht ist somit nur dann eine Sache iSd § 285 ABGB, wenn es von der Person des Berechtigten getrennt und somit auch vollständig übertragen werden kann, was bei Vermögensrechten freilich in aller Regel der Fall ist.⁵²⁵ Besonders illustrativ zeigt sich dies bei den gesetzlichen Wertungen zum Ableben des Berechtigten: Rechte höchstpersönlicher Art – also Rechte, die untrennbar mit dem Verstorbenen verbunden sind – fallen nach § 531 ABGB nicht in die Verlassenschaft und können somit auch nicht auf Erben übergehen. Vielmehr ordnet § 1448 ABGB an, dass Rechte, die auf die Person eingeschränkt sind, durch deren Tod erlöschen. Rechte, die untrennbar mit der Person des Berechtigten verbunden sind, gelten somit nicht als Sache iSd § 285 ABGB und sind somit unübertragbar und unvererblich.⁵²⁶

Während die Dichotomie von Sachenrechten, über die der Berechtigte grundsätzlich frei verfügen kann, und Personenrechten, die untrennbar mit dem Berechtigten verbunden sind, für den Gesetzgeber des 19. Jhds völlig stimmig war, haben sich in der Sphäre des Tatsächlichen die Unterschiede der Person und der Sache und der mit diesen korrespondierenden Rechte verringert. So haben durch moderne Massenmedien persönliche Merkmale wie der Name oder die Erscheinung einer bekannten Person, aber auch deren geistige Leistungen einen eigenständigen Wert erhalten, der mit wirtschaftlichen Interessen des Berechtigten einhergeht;⁵²⁷ darüber hinaus haben sich neben dem Namensrecht neue Erfordernisse für die Kennzeichnung im wirtschaftlichen Verkehr ergeben. Ebenso wurden zum Schutz geistiger Schöpfungen vielfältige Immaterialgüterrechte geschaffen. Im Folgenden ist somit zu thematisieren, ob diese als Sache iSd § 285 ABGB zu qualifizieren sind.

2.2.2.1. Immaterialgüterrechte

Der Begriff des Immaterialgüterrechts ist weder gesetzlich definiert noch völlig klar konturiert. Er wird häufig auf *Josef Kohler* zurückgeführt, der

„äußerst inhomogene Kategorie“ handelt, s mwN dazu *Spitzer/Wilfinger*, Übertragbarkeit oder Höchstpersönlichkeit von Anfechtungsrechten, ÖBA 2019, 795 (799).

524 *Ahn*, Der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt des Persönlichkeitsrechts (2009) 145.

525 So auch zu höchstpersönlichen Rechtsgütern *Wolf*, Bereicherungsausgleich bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter (2017) 60 ff.

526 Damit geht – und das ist wohl praktisch besonders bedeutsam – einher, dass Rechte, die nicht als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden können, kein taugliches Exekutionsobjekt darstellen und somit auch nicht gepfändet werden können. S dazu weiterführend *Oberhammer in Angst/Oberhammer*, EO³ (2015) § 331 EO Rz 3 ff. Darüber hinaus fallen diese Rechte bei der Insolvenz auch nicht in die Masse, vgl *Kodek in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO² § 2 Rz 31.

527 Zu diesem Befund hinsichtlich des Rechts am eigenen Bild aus *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte (1995) 41 ff.

das Immaterialgüterrecht in Gegensatz zum Persönlichkeitsrecht gesetzt und die Spezifität des Immaterialgüterrechts darin gesehen hat, dass dieses – anders als das Persönlichkeitsrecht – übertragbar sei.⁵²⁸ Nach dieser Definition wäre dementsprechend das Urheberrecht nicht als Immaterialgüterrecht, sondern als Persönlichkeitsrecht zu qualifizieren.⁵²⁹ Für die vorliegende Betrachtung soll – dem heute üblichen Sprachgebrauch folgend – das Urheberrecht, das Erfinder- bzw Patentrecht und das Geschmacksmusterrecht als Immaterialgüterrecht verstanden werden; darüber hinaus wird aber auch der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen thematisiert. Die genannten Rechte sind dadurch charakterisiert, dass sie neben einem – regelmäßig dominanten – vermögensrechtlichen Anteil auch persönlichkeitsrechtliche Aspekte aufweisen. Es ist somit zu fragen, inwiefern diese als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden können.

2.2.2.1.1. Urheberrecht

Das österreichische Urheberrecht ist geprägt durch ein Nebeneinander von Urheberpersönlichkeitsrechten und wirtschaftlichen Verwertungsansprüchen. Bei den Urheberpersönlichkeitsrechten handelt es sich um Rechte, die dem ideellen Band zwischen dem Urheber und seinem Werk Rechnung tragen; es soll gewährleistet sein, dass das Werk in unversehrter Form erhalten bleibt und mit seinem Schöpfer assoziiert werden kann.⁵³⁰ Ausdrücklich positiviert ist dabei der Schutz der Urheberschaft,⁵³¹ das Recht auf Urheberbezeichnung,⁵³² der Werkschutz⁵³³ und das Recht des Zugangs zum Werk.⁵³⁴ Ausfluss des Urheberpersönlichkeitsrechts sind auch die gesetzlichen Wertungen, nach denen die Weiterveräußerung eines Werknutzungsrechts grds einer Einwilligung des Urhebers bedarf,⁵³⁵ ein Werknutzungsrecht vorzeitig aufgelöst werden kann, wenn durch die unzureichende Nutzung die Interessen des Urhebers beeinträchtigt werden⁵³⁶ sowie der Schutz geistiger Interessen⁵³⁷ bei freien Werknutzungen. Nicht explizit gesetzlich geregelt ist das

528 MwN Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte 9 f.

529 S dazu auch *Schönherr*, Zur Begriffsbildung im Immaterialgüterrecht, in FS Troller (1976) 57 (59 f).

530 Vgl *Toms* in Handig/Hofmarcher/Kucsco, *urheber.recht*³ (2023) § 19 Rz 11.

531 Der Urheber kann sohin gegen die unwahre Behauptung vorgehen, dass das Werk nicht von ihm oder von einem Dritten stamme, s § 19 UrhG.

532 Der Urheber hat das Recht zu bestimmen, unter welcher Urheberbezeichnung das Werk erscheint – er kann es somit anonym oder auch unter einem Pseudonym veröffentlichen, vgl § 20 UrG.

533 Der Urheber kann unter gewissen Umständen gegen Änderungen an seinem Werk vorgehen, vgl § 21 UrhG.

534 Der Urheber kann einen Zugang zum Werk verlangen, um dieses zu vervielfältigen, vgl § 22 UrhG.

535 § 27 Abs 2 UrhG.

536 § 29 Abs 1 UrhG.

537 § 57 UrhG.

Erstveröffentlichungsrecht – also das alleinige Recht des Urhebers, über die Veröffentlichung seines Werks zu bestimmen; dieses gilt als notwendiger Teil jeder Verwertungshandlung und ist somit nach zustimmungswürdiger hL von den einzelnen Verwertungsrechten umfasst.⁵³⁸ Daneben bestehen wirtschaftliche Interessen des Urhebers an der Verwertung seines Werks, denen die in §§ 14 bis 18a UrhG taxativ aufgezählten Verwertungsrechte Rechnung tragen. Das UrhG spiegelt somit gleichermaßen die ideellen wie auch die materiellen Interessen des Urhebers wider.

Im österreichischen Urheberrecht ist das Verhältnis der Rechte, die den ideellen und materiellen Interessen des Urhebers entspringen, völlig unstr. durch die sog monistische Theorie geprägt.⁵³⁹ Demnach sind die beiden Seiten des Urheberrechts – der persönlichkeitsrechtliche und der vermögensrechtliche Teil – untrennbar miteinander verbunden.⁵⁴⁰ Dem ist mit Blick auf die Wertungen des öUrhG zuzustimmen: Das Urheberrecht entsteht in seiner persönlichkeitsrechtlichen gleich wie in seiner vermögensrechtlichen Ausprägung nach § 10 Abs 1 UrhG durch den Realakt der Schöpfung; beide enden nach § 60 Abs 1 UrhG grds⁵⁴¹ siebenzig Jahre nach dem Tod des Urhebers. Während dieser Bestandsdauer sind die Schicksale des persönlichkeitsrechtlichen und des vermögensrechtlichen Teils des Urheberrechts untrennbar miteinander verbunden.⁵⁴² So ist nach § 23 Abs 3 UrhG das Recht des Urhebers unübertragbar, einzig beim Ableben des Urhebers kann es vererbt werden oder durch Vermächtnis oder Schenkung auf den Todesfall übertragen werden.⁵⁴³ Es steht dem Urheber jedoch offen, die Nutzung seines Werks durch eine Werknutzungsbewilligung oder ein Werknutzungsrecht einem Dritten zu gestatten;⁵⁴⁴ dies trifft auf die vermögensrechtlichen Aspekte des Urheberrechts gleichermaßen⁵⁴⁵ zu wie auf den persönlichkeitsrechtlichen Teil des Rechts. Aus der untrennbaren Verbindung von persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Aspekten folgt für das Urheberrecht somit, dass auch die materiellen Interessen nicht unabhängig von der Person des Urhebers betrachtet werden können.

538 *Anderl* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 14 Rz 6.

539 Statt aller *Salomonowitz* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 23 Rz 5.

540 S dazu grundlegend *Loewenheim/Peifer* in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht⁶ (2020) § 11 Rz 3.

541 Im Einzelnen ist die Regelung freilich detaillierter und stellt darauf ab, ob das Werk von einem Urheber oder mehreren Miturhebern geschaffen wurde, welche Werkart vorliegt und ob der Urheber bekannt ist, vgl im Einzelnen §§ 60–65 UrhG.

542 Ausf dazu *Rabel*, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts nach dem österreichischen Gesetz vom 26. Dezember 1895 (Nachdruck), UFITA 108 (1988) 185 (186 ff).

543 Dazu weiterführend *Salomonowitz* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 23 Rz 6.

544 Vgl § 24 UrhG.

545 Eine Ausnahme dazu besteht mit § 19 Abs 2 UrhG, nach dem der Schutz der Urheberschaft unverzichtbar ist.

Die fehlende generelle Übertragbarkeit des Urheberrechts ist ein erstes, schwerwiegendes Indiz dafür, dass dieses in seiner Gesamtheit nicht als Sache iSd § 285 ABGB angesehen werden kann. Dafür sprechen auch die weitgehenden Exekutionsbeschränkungen des § 25 UrhG: Das Urheberrecht gilt demnach grundsätzlich⁵⁴⁶ nicht als taugliches Exekutionsobjekt;⁵⁴⁷ ebenso fällt das Urheberrecht in der Insolvenz nicht in die Masse.⁵⁴⁸ Darüber hinaus ist das Urheberrecht kein tauglicher Sicherungsgegenstand.⁵⁴⁹ Freilich kann nach expliziter Anordnung des § 23 Abs 1 UrhG das Urheberrecht aber im Fall des Ablebens des Schöpfers im Wege der Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge übertragen werden. Dies stellt eine bedeutende Abweichung vom Modell dar, das im ABGB für Persönlichkeitsrechte besteht, die nach der Wertung des § 17a Abs 3 ABGB nach dem Ableben nur durch nahe Angehörige durchgesetzt werden können. Diese unterschiedliche Wertung lässt sich aus der untrennbaren Verbindung zwischen materiellen und ideellen Interessen im Urheberrecht erklären: Als wesentlicher Vermögenswert soll der urheberrechtliche Schutz eines Werkes nicht durch den Tod des Schöpfers erlöschen, sondern grundsätzlich auch vererbbar sein, wobei die persönlichkeitsrechtliche Komponente des Urheberrechts auch beim Tod des Schöpfers nicht von der vermögensrechtlichen getrennt werden soll. Der Schöpfer hat somit die Wahl, wer seine ideellen Interessen nach seinem Ableben seinen Vorstellungen entsprechend vertreten soll, dem folgt auch der wirtschaftliche Vorteil des Ausschließlichkeitsrechts. Dazu im Einklang befindet sich die Rsp, nach der ein Urheberrecht weder in seiner Gesamtheit noch aufgeteilt nach bestimmten Einzelbefugnissen den Verlassenschaftsgläubigern an Zahlungs statt überlassen werden kann.⁵⁵⁰ Daraus folgt, dass auch bei Ableben des Schöpfers die Übertragungsmöglichkeiten des Urheberrechts nicht unbeschränkt sind; es darf jedenfalls nicht zu einer Auftrennung von persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Aspekten kommen. Urheberrechte sind somit nicht als Sache iSd § 285 ABGB zu qualifizieren, dementsprechend finden auch die Regelungen des persönlichen und dinglichen Sachenrechts auf diese grds keine Anwendung.

546 Aufgeweicht wird dies durch Ausnahmen bei der Exekutionsbeschränkung bei Werkstücken, vgl dazu § 25 Abs 3 ff.

547 *Büchle* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 25 Rz 4.

548 *Buchegger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I § 1 Rz 85. *Buchegger* sieht jedoch das Urheberrecht eines Rechtsnachfolgers als Massebestandteil an, was wohl unzutreffend ist: Denn auch das Urheberpersönlichkeitsrecht geht auf den Erben über. Würde man dieser Ansicht folgen, käme es zu einer Aufspaltung von vermögensrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Bestandteilen des Urheberrechts, was nach den Wertungen des Gesetzgebers unterbleiben soll.

549 *Picht*, Vom materiellen Wert des Immateriellen (2018) 140; *G. Koziol*, Sicherungsrechte an Immaterialgüterrechten und Register für Mobiliarsicherheiten, in FS Gert Iro (2012) 365 (368 ff).

550 OGH 24.2.2009, 4 Ob 242/08d – *Rauchgiftfalle*.

Vom Stammrecht des Urheberrechts zu unterscheiden sind Rechte, die von diesem abgeleitet werden. Dazu zählen etwa die durch das Urheberrecht erworbenen vermögensrechtlichen Ansprüche – etwa auf ein angemessenes Entgelt oder auf Ersatz des durch die Urheberrechtsverletzung zugefügten Schadens. Diese sind frei übertragbar, was sich daran zeigt, dass nicht nur in bereits fällige, sondern auch in künftige Ansprüche aus dem Verwertungsrecht Exekution geführt werden kann.⁵⁵¹ Aus dem Urheberrecht entspringende, vermögensrechtliche Ansprüche sind somit als Sache iSd § 285 ABGB zu qualifizieren. Ebenso vom Stammrecht des Urheberrechts zu trennen sind Werknutzungsbewilligungen und -rechte. Denn bei diesen gilt nach § 27 Abs 1 UrhG, dass diese nicht nur vererblich, sondern auch veräußerlich sind, wobei bei der Einzelrechtsnachfolge idR⁵⁵² freilich die Einwilligung des Urhebers vonnöten ist, die dieser aber nur aus wichtigem Grund verweigern kann. Diese dem ideellen Band zwischen Schöpfer und Werk geschuldete Einschränkung der freien Verfügungsmöglichkeit ist jedoch nicht schädlich für den Befund der freien Übertragbarkeit von abgeleiteten Werknutzungsrechten. Demgemäß gelten diese auch als taugliches Exekutionsobjekt;⁵⁵³ in der Insolvenz fallen Werknutzungsvereinbarungen und -rechte zudem in die Masse.⁵⁵⁴ Darüber hinaus wird überzeugend vorgebracht, dass Lizenzen taugliche Gegenstände von Besicherungsgeschäften sind.⁵⁵⁵ Sowohl vom Urheberrecht abgeleitete vermögensrechtliche Ansprüche als auch Gestattungsverträge können somit – anders als das Stammrecht – als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden, womit im Resultat ein Einklang mit den Wertungen zu den Persönlichkeitsrechten hergestellt wird.

2.2.2.1.2. Patent- und Erfinderrecht

Das Patentrecht wird gemeinhin mit dem Recht an der im Patentregister eingetragenen, technischen Erfindung assoziiert. Tatsächlich findet sich im PatG aber neben dem Schutz der patentierten Erfindung auch das vorgelagerte Erfinderrecht, das mit dem tatsächlichen Vorgang des Schaffens einer Erfindung entsteht.⁵⁵⁶ Das Erfinderrecht vermittelt nach § 4 Abs 1 PatG primär den An-

551 *Büchele* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 25 Rz 4; OGH 24.2.2009, 4 Ob 242/08d – *Rauchgiftfalle*.

552 Ausnahmen bestehen für gewerbsmäßig hergestellte Filmwerke, Computerprogramme, Datenbankwerke, Lichtbilder und bei der Veräußerung von Unternehmen bzw Unternehmenszweigen. S dazu im Einzelnen *Büchele* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 28 Rz 33 f.

553 *Büchele* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 25 Rz 8.

554 *Höller/Simsa* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 32 Rz 21 ff.

555 *Picht*, Wert des Immateriellen 140.

556 Weiterführend *Ann*, Patentrecht⁸ (2022) § 19 Rz 7. Voraussetzung ist freilich, dass es zu einer Fixierung des erfinderischen Gedankens kommt und somit die Erfindung eine vom Erfinder unabhängige Existenz hat; es reicht nicht aus, dass der Erfinder seine Erfindung nur in seinem Geist behält. S weiterführend *Melullis* in Benkard, Patentgesetz¹² § 6 Rz 7 f.

spruch auf Erteilung eines Patents, sofern die Erfindung die Voraussetzungen der §§ 1–3 PatG erfüllt, wobei das Erfinderrecht auch bei einer nicht patentierbaren Erfindung besteht.⁵⁵⁷ Darüber hinaus geht mit dem Erfinderrecht auch das Recht auf eine eigene betriebliche Nutzung der Erfindung einher, was freilich dadurch eingeschränkt wird, dass diese gutgläubig erfolgen muss und vor Aufnahme der Benützungshandlungen kein widerstreitendes Patent angemeldet sein darf (§ 23 PatG).⁵⁵⁸ Auf Grund des eingeschränkten Schutzbereichs des Erfinderrechts wird dieses von der Rsp zu Recht als unvollkommen absolut geschütztes Immaterialgüterrecht bezeichnet; es erlischt, wenn die Erfindung ohne vorherige Patentanmeldung veröffentlicht wird.⁵⁵⁹ Daneben besteht aber auch eine persönlichkeitsrechtliche Komponente des Erfinderrechts. Explizit positiviert ist in § 20 PatG das Recht auf Erfindernennung; darüber hinaus kommt dem Erfinder – wie auch im Urheberrecht – das Recht zur Erstveröffentlichung zu: Der Erfinder hat zwar das Recht, eine Erfindung in das Patentregister eintragen zu lassen und im Gegenzug zur Offenlegung ein Ausschließlichkeitsrecht zu erwerben, es besteht aber keine Pflicht dazu. Ebenso steht es ihm offen, die Erfindung als Betriebsgeheimnis zu behandeln und wirtschaftlich zu verwerten oder aber aus ideellen Gründen auf eine Verwertung zu verzichten.⁵⁶⁰ Es kommt somit dem Erfinder das Recht zu, über die Öffentlichkeit seiner Erfindung zu entscheiden: Er kann, um ein Ausschließlichkeitsrecht zu erlangen, die Erfindung entweder so offenlegen, dass ein Fachmann sie ausführen kann (§ 87a Abs 1 PatG), er kann sie geheim halten, aber ein darauf basierendes Produkt kommerziell verwerten oder aber die Erfindung der Öffentlichkeit völlig vorenthalten und auf eine kommerzielle Nutzung verzichten. Das Recht, eine Erfindung nicht patentieren zu lassen, ist somit integraler Bestandteil des Erfinderrechts, das im PatG neben dem Recht an der patentierten Erfindung geregelt ist.⁵⁶¹

Das Erfinderrecht hat eine Doppelnatur zwischen Vermögensrecht und Persönlichkeitsrecht,⁵⁶² was sich insb bei den unterschiedlichen Wertungen zur Übertragbarkeit der jeweiligen Rechte zeigt. Zumindest zeitlich vorangesetzt ist dabei das Recht des Erfinders, über die Verwertung der Erfindung und somit über den Grad seiner Öffentlichmachung zu entscheiden. Diese Entscheidung ist so grundlegend, dass die Rsp im Fall einer Erfindergemein-

557 Dies ist völlig hL und Rsp in Deutschland, s *Ann*, Patentrecht⁸ § 19 Rz 15; BGH 17.5.2011, X ZR 53/08 – *Atemgasdrucksteuerung*.

558 So auch *Schönherr* in FS Troller 83.

559 OGH 19.9.2011, 17 Ob 8/11t – *Matratzen II*; wohl in Anlehnung an die deutsche Lit, vgl *Melullis* in Benkard, Patentgesetz¹² § 6 Rz 16.

560 Weiterführend dazu *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 20 Rz 25 ff.

561 Dass solche Konstellationen durchaus auch relevant sein können, zeigt sich etwa sehr illustrativ in *Dürrenmatts* Drama „Die Physiker“. Hätten Wissenschaftler kein Recht, ihre Erkenntnisse für sich zu behalten, wären sie wohl auch ihrer Verantwortlichkeit für ihre Erkenntnisse weitgehend enthoben.

562 So auch die Rsp in OGH 19.9.2011, 17 Ob 8/11t – *Matratzen II*.

schaft die Zustimmung aller Miterfinder für eine Patentanmeldung verlangt,⁵⁶³ woraus folgt, dass in diesem Stadium die Stellung als Miterfinder nur mit Zustimmung aller anderen Miterfinder übertragen werden kann.⁵⁶⁴ Die Entscheidung über das Ob und Wie der Verwertung einer Erfindung kann freilich auch an Dritte delegiert werden, was sich in der Wertung des § 4 Abs 1 PatG widerspiegelt.⁵⁶⁵ Im Ausmaß der gewählten Offenlegung der Erfindung bei der Patentanmeldung bzw der Nutzung der Erfindung als Betriebsgeheimnis erschöpft sich dieses Recht des Erfinders; die wirtschaftliche Verwertung tritt gegenüber den ideellen Interessen in den Vordergrund.⁵⁶⁶ Demgegenüber steht der Anspruch auf Erfindernennung, der nach § 20 Abs 2 PatG nicht übertragbar, vererbbar oder verzichtbar ist. Eingeschränkt übertragbar ist das Vorbenutzungsrecht des § 23 PatG: Dieses kann nach § 23 Abs 3 PatG nur zusammen mit dem Betrieb vererbt oder veräußert werden, in dem die Erfindung benützt wurde. Das Vorbenutzungsrecht ist somit fest mit dem Betrieb verbunden, weshalb es auch nicht an Dritte lizenziert werden kann.⁵⁶⁷ Aus den Unterschieden in der Übertragbarkeit der einzelnen Rechte folgt, dass der vermögensrechtliche Aspekt des Erfinderrechts vom persönlichkeitsrechtlichen abgelöst werden kann; anders als das Urheberrecht folgt das Erfinderrecht somit grds einem dualistischen System.⁵⁶⁸

Die Sachqualität des Erfinderrechts hängt davon ab, ob ein vermögensrechtlicher oder ein persönlichkeitsrechtlicher Aspekt betrachtet wird. Mangels Übertragbarkeit ist diese zweifellos für den Anspruch auf Erfindernennung und das Vorbenutzungsrecht zu verneinen.⁵⁶⁹ Hinsichtlich der wirtschaftlichen Verwertung gilt das Erfinderrecht aber als Sache iSd § 285 ABGB, die übertragen werden kann,⁵⁷⁰ Gegenstand eines Pfandrechts sein kann⁵⁷¹

563 OPM 28.1.1998, Op 6/95.

564 Mit weiteren Argumenten dahingehend *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 20 Rz 30 f.

565 Dies ergibt sich auch aus einem Größenschluss: Wenn es zulässig ist, die Erfindung gegen die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts vollständig offenzulegen, kann die Entscheidung über den Grad der Offenlegung auch einem Dritten übertragen werden. Denn im Extremfall wird der Erfinder so gestellt, als ob die Erfindung vollständig offengelegt worden wäre. Die Überlassung der Entscheidung über die Verwertung kann somit als Gestattung der völligen Veröffentlichung der Erfindung aufgefasst werden.

566 Ebenso auf die Entscheidung zur wirtschaftlichen Verwertung des Erfinders abstellend *Schopper*, Erfindung, Patent und Insolvenz, in FS Nowotny (2015) 751 (753 ff).

567 Zutreffend: *Gufler/Stadler* in Stadler/Koller, PatG § 23 Rz 52.

568 *Karg* in Stadler/Koller, PatG § 20 Rz 3.

569 Ebenso *Lang*, Patente, Patentanmeldungen und Erfindungen als Kreditsicherungsmittel (1999) 59 ff.

570 Vgl § 4 Abs 1 PatG.

571 Weiterführend *Lang*, Kreditsicherungsmittel 58 f.

und in der Insolvenz auch massezugehörig⁵⁷² ist. Dabei ist der Umfang der vermögensrechtlichen Verwertung einer Erfindung aber von der vorgelagerten, aus dem Erfinderpersönlichkeitsrecht entspringenden Entscheidung über den Grad der Veröffentlichung abhängig.⁵⁷³ Nicht zulässig wäre es demnach, in der Insolvenz eine Erfindung gegen den Willen des Erfinders zur Patentierung anzumelden, da dies einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Erfinders darstellen würde.⁵⁷⁴ Die Entscheidung des Erfinders, seine Erfindung nicht völlig offenzulegen, sondern ohne Patentierung zu nutzen, muss somit auch in der Insolvenz berücksichtigt werden. Daraus folgt auch, dass eine Erfindung, die nach dem Willen des Erfinders nicht veröffentlicht oder genutzt werden soll, nicht als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden kann und somit auch nicht in die Masse fällt.⁵⁷⁵ Die Sachqualifikation des Erfinderrechts hängt somit davon ab, inwieweit der Erfinder einer wirtschaftlichen Verwertung seiner Erfindung zugestimmt hat, womit iW ein Gleichklang mit den Wertungen zum Persönlichkeitsrecht besteht.

Gesetzlich eindeutig geregelt sind das Recht aus der Anmeldung eines Patents und das Patentrecht. Denn nach § 33 Abs 1 PatG können diese frei übertragen und auch vererbt werden, wobei das Recht auf Erfindernennung nach § 20 Abs 2 PatG beim Erfinder verbleibt, darüber hinaus ist das Patentrecht und das Recht aus der Anmeldung – gleich dem Erfinderrecht – nach § 34 PatG verpfändbar;⁵⁷⁶ beide fallen der Insolvenz in die Insolvenzmasse.⁵⁷⁷ Das Recht aus der Anmeldung eines Patents und auch das Patentrecht selbst sind somit zweifellos als Sache iSd § 285 ABGB zu qualifizieren.

2.2.2.1.3. Geschmacksmusterrecht

Bei den die Sachqualifikation berührenden gesetzlichen Rahmenbedingungen entspricht der Schutz des Designs durch das MuSchG weitgehend dem Patentrecht. Anspruch auf Registrierung des Musters hat nach § 7 MuSchG der Schöpfer oder sein Rechtsnachfolger, es besteht nach § 5 MuSchG ein Vorbenutzungsrecht und nach § 8 MuSchG ein Anspruch auf Nennung als Schöpfer des Musters. Auf Grund der Charakteristika des Schutzgutes fällt die Abwägung im Einzelnen jedoch anders aus als im Patentrecht: So ist bei der wirtschaftlichen Verwertung des Musters seine vollständige Offenba-

572 *Schopper* in FS Nowotny 755 f; aA *Buchegger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I § 1 Rz 86, der erst ab Eintragung in das Patentregister einen Vermögensbestandteil sieht.

573 Ähnlich *Lang*, Kreditsicherungsmittel 97 ff.

574 AA *Schopper* in FS Nowotny 756.

575 AA *Schopper* in FS Nowotny 755.

576 Weiterführend dazu *Lang*, Kreditsicherungsmittel 42 ff; *Volkerstorfer* in Klang³ § 448 Rz 42.

577 *Schopper* in FS Nowotny 761; aA *Buchegger*, der dies nur für Patentrechte, nicht aber für Rechte aus der Anmeldung vertritt, vgl *Buchegger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I § 1 Rz 86.

rung unumgänglich; eine Nutzung als Geschäftsgeheimnis kommt nicht in Betracht. Dem Schöpfer eines Musters kommt somit bloß die Entscheidung zu, ein Muster wirtschaftlich zu verwerten und somit vollständig der Öffentlichkeit zu offenbaren oder aber auf die Veröffentlichung und somit auch auf die wirtschaftliche Verwertung zu verzichten.⁵⁷⁸ Demgemäß kann ab der wirtschaftlichen Verwertung durch die Musteranmeldung von einer Sachqualität des Rechts aus dem Geschmacksmuster ausgegangen werden; nicht als Sache gilt freilich das Recht auf Nennung des Schöpfers.

2.2.2.1.4. Geschäftsgeheimnisse

Eng im Zusammenhang mit dem Immaterialgüterrecht steht der Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Denn dieser erlaubt es, etwaige Lücken im Schutz geistiger Leistungen zu schließen und kommerziell wertvolle Informationen, für die kein Immaterialgüterrecht verfügbar ist, rechtlich einem Subjekt zuzuordnen.⁵⁷⁹ In Umsetzung der Geschäftsgeheimnis-RL⁵⁸⁰ wurden nunmehr in §§ 26a ff UWG weitgehende Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen verankert. Als nach den Bestimmungen der §§ 26a ff UWG geschützte Geschäftsgeheimnisse gelten Informationen, die nach § 26b Abs 1 UWG durch drei Charakteristika definiert sind: Erstens muss ein Geschäftsgeheimnis geheim sein, was bedeutet, dass die Information in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile⁵⁸¹ auch Personen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen zu tun haben, weder allgemein bekannt noch ohne weiteres zugänglich ist. Zweitens muss das Geheimnis von kommerziellem Wert sein, weil es geheim ist. Demnach müssen die Informationen einen realen oder potenziellen Handelswert aufweisen; rein belanglose Informationen werden nicht geschützt.⁵⁸² Zuletzt muss die Information Gegenstand von entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen sein. Sind diese Voraussetzungen erfüllt,⁵⁸³ ist ein Geschäftsgeheimnis nach §§ 26c f UWG gegen den rechtswidrigen Erwerb bzw die rechtswidrige Nutzung und Offenlegung geschützt.

Sowohl in L als auch in Rsp ist die Sachqualität von Geschäftsgeheimnissen anerkannt. So sieht *Aicher* Geschäftsgeheimnisse als unkörperliche Sa-

578 Zur verringerten Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes im MuSchG weiterführend *Thiele* in *Thiele/Schneider*, MuSchG und Muster-RL I § 8 Rz 2 ff.

579 Weiterführend dazu *Hofmarcher*, Das Geschäftsgeheimnis (2020) 11 ff.

580 RL (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

581 Dementsprechend sind auch sog „Mosaik-Geheimnisse“, bei denen allgemein bekannte Teile neu zusammengesetzt werden, vom Geheimnisschutz umfasst, s weiterführend *Rody*, Der Begriff und die Rechtsnatur von Geschäftsgeheimnissen unter Berücksichtigung der Geheimnisschutz-Richtlinie (2019) 98 f.

582 MwN *Rody*, Begriff und die Rechtsnatur von Geschäftsgeheimnissen 105 ff.

583 S zu diesen ausf OGH 26.1.2021, 4 Ob 188/20f – *Pickelarm*.

che an, die einer rechtlichen Zuordnung fähig sind und an denen auch eine Eigentumsposition denkbar ist.⁵⁸⁴ Dem entspricht auch die Rsp des OGH: So wurden Kundenlisten als Geschäftsgeheimnis qualifiziert, aus deren Nutzung ein Bereicherungsanspruch nach § 1041 ABGB erwachsen könne.⁵⁸⁵ Ebenso wurden spezifische Verkaufstechniken als Geschäftsgeheimnis und geschützte Rechtsposition anerkannt, die dem Geschäftsherrn gehören und zu einem bereicherungsrechtlichen Ausgleich berechtigen können.⁵⁸⁶ Dem Konzept des § 285 ABGB folgend sind gesetzlich geschützte Geschäftsgeheimnisse somit zu Recht als Sache zu qualifizieren.

Nicht abschließend geklärt ist freilich die Frage, ob das Recht am Geschäftsgeheimnis, wie es mittlerweile in §§ 26a ff UWG verankert ist, oder das Geschäftsgeheimnis selbst als Sache iSd § 285 ABGB gilt und somit auch Objekt des persönlichen und dinglichen Sachenrechts ist.⁵⁸⁷ Anders gewendet: Fraglich ist, ob durch die Bestimmungen des UWG ein eigenes Rechtsobjekt geschaffen wird oder bloß die Durchsetzung von Ansprüchen bei einem vorausgesetzten Rechtsobjekt näher geregelt wird. Davon hängt ab, ob auch Informationen, die nicht den Anforderungen des § 26b Abs 1 UWG entsprechen, Sachqualität haben können. In der Lit ist dabei anerkannt, dass auch Wissen, Kenntnisse und Know-how, die weder als Immaterialgüterrecht noch als Geschäftsgeheimnis qualifiziert werden können, als Sache iSd § 285 ABGB gelten.⁵⁸⁸ Normativer Anknüpfungspunkt dabei ist, dass Arbeitsergebnisse – ganz im Einklang mit § 303 ABGB – als Sache angesehen werden. Dementsprechend wurden in der älteren Rsp die ohne Auftrag erstellten Baupläne und Planungsleistungen⁵⁸⁹ ebenso als Sache qualifiziert wie ein nicht immaterialgüterrechtlich geschützter Werbeslogan.⁵⁹⁰ Als Sache, deren ungerechtfertigte Verwendung einen Anspruch nach § 1041 ABGB nach sich zieht, wurde auch das „in

584 Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1053 Rz 6; zust Spitzer/Told in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁵ § 1054 Rz 32; aA F. Bydlinki, der Geschäftsgeheimnisse als rein faktische Position ansieht, s F. Bydlinki in Klang IV/2² § 1053 (108).

585 OGH 27.7.2017, 4 Ob 78/17z – *Kundendaten – Geheimhaltungsverpflichtung*; OGH 25.4.2014, 4 Ob 217/13k.

586 OGH 29.1.2019, 4 Ob 118/18h – *Registrierungshinweis*®.

587 Freilich würde Zweiteres bedeuten, dass ein nicht-rechtliches Objekt als Sache angesehen wird. Auf Grund der vorhandenen Unklarheiten scheint eine Analyse unter dem Gliederungspunkt „Rechte als Sachen“ aber gerechtfertigt.

588 Grundlegend dazu Enzinger, Die Eingriffskondiktion als Rechtsbehelf im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR Int 1997, 96; Wilhelm, Bereicherungsansprüche wegen Ausnützens fremder Schöpfungen und Kenntnisse, ÖBl 1995, 147; Koziol, Der Verwendungsanspruch bei Ausnützung fremder Kenntnisse und schöpferischer Leistungen, JBl 1978, 239.

589 OGH 29.4.1980, 4 Ob 337/80. In diesem Fall wurde ein Bereicherungsanspruch jedoch abgelehnt, da die Planungsleistungen bereits abgegolten waren; vgl bereits OGH 9.11.1966, 6 Ob 327/66 EvBl 1967, 353.

590 OGH 23.3.1994, 4 Ob 166/93 – *Wienerwald*.

eine konkrete Planung umgesetzte Gedankengut“ angesehen, das bei einem internationalen Realisierungswettbewerb eingereicht wurde, auch wenn dieses nicht die Anforderungen des urheberrechtlichen Schutzes erfüllt.⁵⁹¹ Es muss sich aber nach neuerer Rsp um ein konkret verwendbares Arbeitsergebnis handeln; eine allgemeine Grundidee für einen Film ist daher nicht ausreichend.⁵⁹² Daraus folgt, dass nach Ansicht der Rsp nicht nur Informationen, die widerrechtlich aus der Geheimnissphäre des Unternehmens entnommen werden, als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden können, sondern auch Informationen, die einem Dritten offengelegt werden. Dies lässt darauf schließen, dass Kenntnissen, Ideen und Know-how, verstanden als ein Arbeitsergebnis, selbst Sachqualität zukommt. Ein solcher Befund bestätigt sich aus dem Regelungskonzept der §§ 26a UWG: Hierbei wird explizit darauf hingewiesen, dass es sich bei den Regelungen des dritten Abschnitts des UWG bloß um Sonderbestimmungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen handelt. Dies bedeutet einerseits, dass allgemeine Wertungen, für die in den §§ 26a UWG keine abweichenden Regelungen bestehen, unberührt bleiben. Andererseits lässt der Gesetzgeber explizit auch Raum für Informationen, die nicht den Anforderungen eines Geschäftsgeheimnisses iSd § 26b Abs 1 UWG entsprechen: Auf diese finden sohin nur allgemeine Regelungen Anwendung. Auch außerhalb des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen oder sonstiger immaterialgüterrechtlicher Schutzregime sind Informationen somit – anders als nach der deutschen Rechtslage⁵⁹³ – als Rechtsobjekt anzusehen. Als Sache iSd § 285 ABGB kann somit grundsätzlich jede Information gelten, unabhängig davon, ob diese als Geschäftsgeheimnis iSd § 26b Abs 1 UWG qualifiziert werden kann.

Dieser Zwischenbefund bedeutet freilich nicht, dass schlechthin jeder Information, jedem Wissen und jeder Idee Sachqualität zukommt. Denn private Informationen und Geheimnisse werden von § 16 ABGB erfasst und sind sohin persönlichkeitsrechtlich geschützt.⁵⁹⁴ Als Ausfluss davon kann auch das Verbreiten wahrer Tatsachen unter den Tatbestand des § 1330 Abs 1 ABGB fallen, wobei hier das Interesse der Beachtung der Privatsphäre höher bewertet werden muss als die Informationsinteressen der Allgemeinheit.⁵⁹⁵ Dementsprechend können Informationen nur soweit als Sache angesehen

591 OGH 4.9.2007, 4 Ob 62/07g – *Flughafen Wien*.

592 OGH 22.9.2020, 4 Ob 49/20i – *Grenzland*.

593 In Deutschland wird davon ausgegangen, dass nur verselbstständigte und verkehrsfähige Herrschafts- und Nutzungsrechte dem Verkehr unterliegen. Dies findet einen Grund darin, dass nur solche Gegenstände iSd § 90 BGB, an denen entweder ein Eigentumsrecht oder ein sonstiges Recht besteht, taugliche Objekte der Zwangsvollstreckung sein können. Außerhalb des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen und Immaterialgüterrechten bestehen an Informationen somit bloß tatsächliche und keine rechtlichen Befugnisse. S dazu weiterführend *Hauck*, Nießbrauch an Rechten (2015) 109 ff.

594 *Hofmarcher*, Geschäftsgeheimnis 69.

595 Vgl *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 16 Rz 22.

werden, als dass diese nicht in die höchstpersönliche Sphäre des Berechtigten fallen, was in einer Einzelfallabwägung festzustellen ist. Ein wesentliches Indiz für die Sachqualität einer Information wird dabei der Umstand sein, ob diese kommerziell verwertet wird. Sofern Informationen geschäftlich genutzt werden, sind sie übertragbar⁵⁹⁶ und auch sicherungstauglich.⁵⁹⁷ Nach der auch für das österreichische Recht relevanten Wertung des BGH in seiner *Dücko*-Rsp fällt betrieblich genütztes, aber nicht patentiertes Geheimwissen auch in die Insolvenzmasse.⁵⁹⁸ Soweit sie kommerziell verwertet werden, können Informationen, Know-how und Ideen somit jedenfalls als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden.

2.2.2.1.5. *Synthese*

Wiewohl sämtliche Immaterialgüterrechte und auch der Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch ein Nebeneinander von vermögensrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Aspekten geprägt sind, unterscheidet sich die Gewichtung der jeweiligen Aspekte erheblich. Im Urheberrecht ist der persönlichkeitsrechtliche Aspekt am stärksten ausgeprägt, weshalb wie bei Persönlichkeitsrechten die Sachqualität generell abzulehnen ist. Freilich können im Einklang mit Wertungen zum Persönlichkeitsrecht vom Urheberrecht abgeleitete Rechte sehr wohl als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden. Beim Patent- und Erfinderrecht, dem Geschmacksmusterrecht und auch beim Schutz von Geschäftsgeheimnissen ist der persönlichkeitsrechtliche Aspekt herabgesetzt; neben dem Recht auf Nennung⁵⁹⁹ des Schöpfers verbleibt das Recht, über den Grad der Öffentlichmachung der eigenen geistigen Leistung zu verfügen. Soweit eine kommerzielle Verwertung von Ergebnissen der geistigen Arbeitstätigkeit begonnen wird, liegt jedenfalls eine Sache iSd § 285 ABGB vor, unabhängig davon, ob im Einzelnen ein Schutz durch ein Immaterialgüterrecht gegeben ist oder nicht.

2.2.2.2. Kennzeichenrechte

Von Immaterialgüterrechten sind sog Kennzeichenrechte zu unterscheiden. Diese sind in ihrem Geltungsgrund verschieden:⁶⁰⁰ Während Zweck des Im-

596 Bei der Übertragung von nicht anderwärtig geschützten Informationen wie etwa Know-how kommt es typischerweise aber bloß zur Gewährung von Wissen, ohne dass der Übertragende die Nutzung des Wissens aufgibt, eine andere Vertragsabrede ist aber freilich möglich. S dazu mwN *Picht*, Wert des Immateriellen 152 ff, vgl auch BGH 27.4.2006, I ZR 126/03 – *Kundendatenprogramm*.

597 *Picht*, Wert des Immateriellen 152 ff.

598 BGH 25.1.1955, I ZR 15/53 NJW 1955, 628 – *Dücko*; mwN zur Folgejudikatur *Peukert*, „Sonstige Rechte“ im Rechtsverkehr, in Leible/Lehmann/Zech (Hrsg), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht* (2011) 95 (98).

599 Diesem kommt jedenfalls keine Sachqualität zu.

600 Ein wesentliches Unterscheidungskriterium besteht zudem darin, dass Kennzeichenrechte anders als Immaterialgüterrechte zeitlich unbeschränkt gültig sein können.

materialgüterrechts ist, die ideellen und wirtschaftlichen Interessen zu schützen, die den Schöpfer mit seiner Schöpfung verbinden und somit einen Anreiz zur Schaffung neuer geistiger Leistungen zu schaffen, soll durch Kennzeichenrechte eine Unterscheidbarkeit im wirtschaftlichen Kontext gewährleistet werden. Die Möglichkeit, Produkte und Dienstleistungen, aber auch Unternehmen zu kennzeichnen und somit voneinander unterscheidbar zu machen, wird als konstitutiver Teil der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung gesehen,⁶⁰¹ weshalb Kennzeichenrechte zT auch in die Nähe des Wettbewerbsrechts gerückt werden.⁶⁰² Dabei ist fraglich, inwieweit Kennzeichenrechte einer Übertragung zugänglich sind und somit eine Trennung von Gekennzeichnetem und dem Kennzeichen statthaft ist. In der Folge ist somit die Sachqualität der Firma, der Marke und von nicht eingetragenen Unternehmenskennzeichen zu beleuchten.

2.2.2.2.1. Firma

Nach der Legaldefinition des § 17 UGB ist die Firma der in das Firmenbuch eingetragene Name eines Unternehmers, unter dem dieser seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Ein Unternehmer kraft Rechtsform (§ 2 UGB) ist somit ebenso verpflichtet, eine Firma zu führen wie ein Unternehmer kraft Betriebs eines Unternehmens (§ 1 UGB), der nach § 189 UGB der Pflicht zur Rechnungslegung unterliegt; ansonsten ist die Eintragung in das Firmenbuch und das Führen einer Firma fakultativ.⁶⁰³ Die Firma kann somit zu Recht als Bezeichnung des Unternehmensträgers angesehen werden,⁶⁰⁴ sie befindet sich aber auch in einer engen Beziehung mit dem Rechtsobjekt des Unternehmens: Denn nach der Wertung der §§ 22 f UGB kann eine Firma gemeinsam mit dem Unternehmen übertragen werden. Die Firma ist somit nicht untrennbar mit dem Unternehmer verbunden, sondern findet eine Vergegenständlichung im Unternehmen.

Aus dem Umstand, dass die Firma nicht untrennbar mit der Person des Unternehmers verbunden ist und uU ein Unternehmer mehrere Firmen für verschiedene Unternehmen nutzen kann, folgt, dass für die Firma grundsätzlich eine Sachqualifikation in Betracht kommt. Freilich ist dabei zu beachten, dass eine Übertragung der Firma nur gemeinsam mit dem Unternehmen, für das die Firma verwendet wurde, erfolgen kann. Die Firma allein

601 Dazu grundlegend Fezer, Markenrecht⁵ (2023) Einleitung, Rz 55 ff.

602 So wird im monumentalen Werk von Koppensteiner das Markenrecht zum Wettbewerbsrecht gezählt, s Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ (1997) 781 ff.

603 Selbst eine Person, die kein Unternehmen betreibt und zu Unrecht in das Firmenbuch eingetragen ist, gilt nach § 3 UGB als Unternehmer kraft Eintragung, wenn sie unter ihrer Firma handelt.

604 W. Schubmacher/Fuchs in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2017) § 17 Rz 3.

ist dabei kein Gegenstand der Zwangsvollstreckung;⁶⁰⁵ in der Insolvenz fällt die Firma in die Insolvenzmasse und kann vom Insolvenzverwalter bei Veräußerung des Unternehmens übertragen werden.⁶⁰⁶ Daraus zeigt sich, dass die Firma – obwohl es sich um die Bezeichnung des Unternehmers handelt – auf das Unternehmen ausstrahlt und vergegenständlicht wird. Die Firma ist somit als Zugehör iSd § 294 ABGB und als unselbstständiger Bestandteil des Unternehmens⁶⁰⁷ zu qualifizieren.⁶⁰⁸ Die Firma ist folglich untrennbar mit dem Unternehmen verbunden.⁶⁰⁹

2.2.2.2.2. Markenrecht

Nach den Wertungen des Gesetzgebers ist die Marke nunmehr mit wenigen Einschränkungen frei übertragbar. Laut § 11 Abs 1 MaSchG kann eine Marke unabhängig von einem Eigentumswechsel am Unternehmen in ihrer Gesamtheit oder zum Teil übertragen werden; als Schranke verbleibt einzig eine mögliche Täuschungseignung des Inhaberwechsels (§ 11 Abs 2 MaSchG). Darüber hinaus ist nach § 28 MaSchG auch anerkannt, dass die Marke Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Verpfändung oder sonstiger dinglicher Rechte sein kann. Mit dem im Einklang steht, dass Marken Gegenstand des Exekutionsverfahrens sein können⁶¹⁰ und in der Insolvenz auch Teil der Insolvenzmasse sind.⁶¹¹ Der Marke gleichgestellt ist dabei die Markenmeldung, die – wie auch nach den Wertungen des § 34 PatG – als Vermögenswert ebenso übertragen und verpfändet werden kann.⁶¹² Sowohl das Recht an der Marke als auch das Recht aus der Markenmeldung können somit als Sache iSd § 285 ABGB aufgefasst werden.

Der Befund der Sachqualität von Marke und Markenmeldung ist freilich eine Auswirkung von relativ rezenten Liberalisierungsbemühungen. Während der Markenzwang des frühen 19. Jhds mit dem MaSchG 1858 ein Ende fand,⁶¹³ sah man Markenrechte weiterhin nicht als eigenständigen, vom Unternehmen unabhängigen Vermögenswert an.⁶¹⁴ Daraus folgte, dass die

605 W. *Schuhmacher/Fuchs* in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 17 Rz 22.

606 Hierbei ist str, inwiefern bei Firmen, die den bürgerlichen Namen des (Gemein-) Schuldners enthalten, ein Zustimmungsrecht besteht. S dazu weiterführend *Herda* in Artmann, UGB I³ § 17 Rz 23.

607 Zur Sachqualität von Unternehmen s weiterführend *Kisslinger* in Klang³ § 302 Rz 12 ff.

608 Daraus folgt nach § 457 ABGB etwa, dass sich das Pfandrecht am Unternehmen als Hauptsache auch auf die Firma als Zugehör erstreckt. Denkbar wäre, dies als Anwendungsfall des Unternehmenszubehörs zu betrachten, s dazu weiterführend *Kisslinger* in Klang³ § 302 Rz 16 ff.

609 Zum Begriff des Unternehmenszubehörs ausf *Holzweber*, Sachbegriff und Unternehmensübergang, wbl 2023. 605 (612).

610 *Engin-Deniz*, MSchG³ (2017) 633 ff.

611 *Höller* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz³ § 11 Rz 79 ff.

612 *Salomonowitz* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz³ § 11 Rz 73.

613 *Handig* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz³ Einleitung Rz 8 f.

614 *Engin-Deniz*, MSchG³ 2.

Marke mit dem gekennzeichneten Unternehmen fest verbunden war und nur im Fall des Eigentumsübergangs des gesamten Unternehmens eine Übertragung der Marke möglich war; erst im Jahr 1977 entschied sich der Gesetzgeber, die Marke auch unabhängig vom Unternehmen übertragbar zu machen.⁶¹⁵ Die vollumfängliche Sachqualität von Marken und Markenmeldungen ist somit deutlich jüngeren Datums als das Markenrecht selbst.

2.2.2.2.3. Nicht eingetragene Kennzeichenrechte

Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, auch Unternehmenskennzeichen, die nicht in einem Register eingetragen sind, rechtlichen Schutz zu gewähren. Denn nach § 9 Abs 1 UWG ist die besondere Bezeichnung eines Unternehmens dagegen geschützt, in einer Art und Weise⁶¹⁶ kennzeichenmäßig genutzt zu werden, die geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen. Als besondere Bezeichnung eines Unternehmens gelten auch Firmenschlagworte und Etablissementbezeichnungen, die anders als die Firma nicht den Unternehmer, sondern das Unternehmen kennzeichnen und somit von anderen Rechtsobjekten unterscheiden.⁶¹⁷ Unter Voraussetzung der Verkehrsgeltung gelten nach § 9 Abs 3 UWG auch Geschäftsabzeichen und sonstige Einrichtungen wie insb auch die Ausstattungen von Waren als geschützte Kennzeichen. Im Kollisionsfall verschiedener Kennzeichen – unabhängig davon, ob diese in ein Register eingetragen wurden oder nicht – entscheidet deren Priorität, wobei sich diese nach dem Zeitpunkt des Entstehens des Kennzeichenrechts richtet;⁶¹⁸ bei Firmenbestandteilen und Etablissementbezeichnungen ist dies ebenso wie bei den nach § 9 Abs 3 UWG erfassten Kennzeichen der Zeitpunkt der Ingebrauchnahme im geschäftlichen Verkehr.⁶¹⁹ Durch den bloßen Gebrauch eines Kennzeichens kann somit ein eigenes Kennzeichenrecht entstehen.

Das nicht eingetragene Kennzeichenrecht ist nur äußerst rudimentär im UWG geregelt. IW bestehen – neben dem Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz – hinsichtlich der Rechtsfolgen Verweisungen auf das PatG, das MaSchG und hinsichtlich der Verjährung auf das ABGB. Zur Auslegung der Norm sowie zur Lückenfüllung wird zu Recht regelmäßig auf markenrechtliche Grundsätze verwiesen.⁶²⁰ Auch hinsichtlich der Übertragbarkeit finden sich keine Sonderwertungen in § 9 UWG. Es ist somit im Gleichklang mit

615 *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ 892.

616 Ein Eingriff in dieses Recht kann nach der gesetzgeberischen Wertung durch einen Namen, eine Firma, eine besondere Bezeichnung eines Unternehmens oder eines Druckwerkes oder eine registrierte Marke erfolgen. Nur am Rande sei angemerkt, dass § 9 Abs 1 UWG ein besonders hervorstechendes Beispiel für eine missglückte Gesetzesformulierung ist.

617 *Schmid* in Wiebe/Kodek, UWG² (2024) § 9 Rz 25.

618 Weiterführend *Schmid* in Wiebe/Kodek, UWG² § 9 Rz 125 ff.

619 *Schmid* in Wiebe/Kodek, UWG² § 9 Rz 48.

620 Vgl RIS-Justiz RS0118396, RIS-Justiz RS0117763, RIS-Justiz RS0116970.

anderen Kennzeichenrechten davon auszugehen, dass auch das nicht registrierte Kennzeichenrecht als Sache iSd § 285 ABGB aufgefasst werden kann. Eine eigene Wertungsentscheidung ist aber dahingehend notwendig, ob das nicht eingetragene Kennzeichen gleich einer Marke als selbstständige Sache oder gleich einer Firma als Zugehör des Unternehmens und als unselbstständige Sache gilt. Das Schweigen des Gesetzgebers und die weitgehende Übernahme von markenrechtlichen Wertungen für die Auslegung von § 9 UWG weisen dabei in dieselbe Richtung: Denn anders als die Firma, die den Unternehmensträger bezeichnet, können nicht eingetragene Unternehmenskennzeichen als Herkunftshinweis zu einem Unternehmen aufgefasst werden. Nach der Wertung des § 11 MaSchG kann ein solcher Herkunftshinweis aber nicht als Garant für die Unternehmenskontinuität gelten; vielmehr obliegt es der privatautonomen Entscheidung des Kennzeicheninhabers, die mit dem Kennzeichen verbundene Wertschätzung eigenständig zu verwerten. Dieser seit 1977 für das registrierte Kennzeichen etablierte Gedanke war dem Gesetzgeber bei der Novellierung von § 9 UWG im Jahr 1999⁶²¹ bekannt; er hätte einer freien Übertragbarkeit des Kennzeichens daher durchaus entgegenreten können. Es ist somit davon auszugehen, dass das nicht eingetragene Unternehmenskennzeichen – ebenso wie das wirtschaftlich ähnliche Recht aus der Markenmeldung⁶²² – als selbstständige Sache zu qualifizieren ist. Dies bestätigt sich auch aus der Rsp, die das nicht eingetragene Kennzeichenrecht als Objekt mit dinglichen Wirkungen bezeichnet und somit in die Nähe der Sache rückt.⁶²³ Daraus folgt, dass nicht eingetragene Kennzeichen ebenso wie eingetragene Marken grds frei übertragbar und vererbbar sind und auch Gegenstand von Sicherungsgeschäften sein können.

Die Möglichkeit der Übertragung von nicht eingetragenen Kennzeichen bestätigt sich aus Wertungen zur Kennzeichenpriorität. Denn insb um die Jahrtausendwende wurde die Frage virulent, inwiefern bei der Übertragung von Kennzeichenrechten die Priorität angerechnet werden könne – was für den Wert des Kennzeichenrechts von großer Bedeutung ist. Hierbei besteht nach der Rsp eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen der Übertragung des Kennzeichens und der obligatorisch wirkenden Nutzungsbewilligung: Wenn die Zeichenbenutzung ausschließlich als „*Fortsetzung oder Ersetzung der Kennzeichnung anstelle des Rechtsinhabers*“⁶²⁴ erfolgt, bleibt die Priorität gewahrt. Dies ist der Fall bei einer Übertragung des Kennzeichens ge-

621 BGBl I 1999/111.

622 Wesentlicher Inhalt des übertragenen Rechts ist dabei – wie noch gezeigt werden wird – die Kennzeichenpriorität. Während diese bei der eingetragenen Marke durch die übertragbare Markenmeldung festgelegt wird, ist dies beim nicht eingetragenen Kennzeichen die erstmalige Ingebrauchnahme.

623 OGH 24. 2.2008, 17 Ob 34/08m.

624 OGH 17.12.2002, 4 Ob 221/02g – *INVESCO*.

meinsam mit dem Unternehmen,⁶²⁵ aber freilich auch bei der isolierten Veräußerung des Kennzeichens.⁶²⁶ Anders ist dies zu beurteilen, wenn nicht das Kennzeichenrecht übertragen, sondern bloß der Gebrauch des Kennzeichens durch Vertrag gestattet wird. Dieser wird von der Rsp auch im Kennzeichenrecht als Verzicht auf die Geltendmachung von Unterlassungs- bzw Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Vertragspartner verstanden,⁶²⁷ weshalb zu Recht davon ausgegangen wird, dass die durch Vertrag gestattete, kennzeichenmäßige Nutzung ein originäres Kennzeichenrecht begründet. Dementsprechend kann sich der Berechtigte eines Gestattungsvertrags bei der Geltendmachung von kennzeichenrechtlichen Ansprüchen nicht auf die frühere Priorität des Gestattenden berufen.⁶²⁸ Aus dieser Differenzierung ergibt sich, dass nicht eingetragene Kennzeichenrechte frei übertragen werden können und dabei ihre Priorität beibehalten.

2.2.2.2.4. *Synthese*

Die Sachqualität bei Kennzeichenrechten ist von anderen Erwägungen beeinflusst als bei Immaterialgüterrechten. Während bei Immaterialgüterrechten das Nebeneinander von persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Aspekten die Abwägung bestimmt, ist bei Kennzeichenrechten das Persönlichkeitsrecht nicht weiter von Relevanz. Denn selbst die Firma als Bezeichnung des Unternehmers wird nicht als untrennbar von der Person des Unternehmers angesehen, vielmehr findet sie eine Vergegenständlichung im Rechtsobjekt des Unternehmens. Dementsprechend sind Kennzeichenrechte grundsätzlich als Sache iSd § 285 ABGB zu qualifizieren. Nach der Stärke der Verbindung zum Unternehmen ergibt sich, ob Kennzeichen als eigenständige Sache oder als Zugehör iSd § 294 ABGB und als unselbstständiger Unternehmensbestandteil angesehen werden können. In Folge der weitgehenden Liberalisierung des Kennzeichenrechts kann mittlerweile aber nur noch die Firma als unselbstständiger Bestandteil aufgefasst werden,⁶²⁹ deren Übertragbarkeit eingeschränkt ist.

2.3. Historische Genese

Das im ABGB verankerte Konzept der Sache steht nicht isoliert, sondern muss im Kontext einer langen historischen Entwicklung gesehen werden. Diese reicht bis in das antike römische Recht zurück. Der Blick in die Geschichte

625 S dazu weiterführend *Keinert*, Prioritätsanrechnung bei Kennzeichenrechten, insb im Konzern, ÖJZ 2002, 750.

626 OGH 20.4.1993, 4 Ob 35/93 – *Coss Computer*.

627 OGH 7.11.1995, 4 Ob 77/95 – *Plus*.

628 OGH 7.11.1995, 4 Ob 77/95 – *Plus*.

629 Rechtspolitisch kann daher zu Recht in Frage gestellt werden, ob nicht auch die Übertragung der Firma liberalisiert werden soll, s dahingehend etwa *W. Schubmacher* in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 23 Rz 5.

ist dabei keine rein formelle Übung, sie zeigt vielmehr die Entwicklung des Konzepts der Sache als Rechtsinstitut und erlaubt es, die gesetzgeberischen Entscheidungen, die im ABGB getroffen wurden, einzuordnen. Die Evolution dieses Konzepts endete freilich nicht mit dem Inkrafttreten des ABGB, vielmehr wurde es durch die Rechtswissenschaft – insb in der zweiten Hälfte des 19. Jhds – wesentlich abgeändert.

2.3.1. Antikes Rom

2.3.1.1. Das Konzept der *res*

Der *res* kommt im System des antiken römischen Rechts eine zentrale Rolle zu.⁶³⁰ *Gaius* beschrieb die *res* in seinem zweiten und dritten Buch;⁶³¹ davor besprach er im ersten Buch die *personae*, danach die Aktionen, also die Klagsansprüche. Nach einer in der Diskussion verwendeten Metapher lässt sich das Verhältnis zwischen *personae*, *res* und *actio* dabei wie das Theater der griechischen Antike begreifen: Es sollte geklärt werden, wem welcher Charakter (*persona* wie die Maske⁶³²) zukam und wie sich die Schauspieler zueinander zu verhalten haben (*actio*); bei der *res* handle es sich um die passiv bleibenden Objekte, welche Grund für die Interaktion der Schauspieler geben.⁶³³ Als *res* kann somit alles angesehen werden, worüber im antiken Rom mit einer Klage disponiert werden konnte.

Gaius – und ihm folgend *Justinian* – nahmen eine genaue Gliederung von *res* nach verschiedenen Gesichtspunkten vor. Als *summa divisio* wird eine Unterscheidung zwischen *res*, die einer Person zugeordnet werden können, und *res*, bei denen dies nicht möglich ist, getroffen.⁶³⁴ Zu letzterer Gruppe gehören Gegenstände des göttlichen Rechts.⁶³⁵ *Res*, die nach menschlichem Recht zu behandeln sind, können entweder einzelnen Menschen oder als *res publicae*⁶³⁶ der Allgemeinheit zugeordnet werden.⁶³⁷ In weiterer Folge werden *res* danach unterschieden, ob sie körperlich oder unkörperlich sind, was im Folgenden noch eine nähere Betrachtung verdient (siehe dazu weiterführend

630 *Kreller* spricht daher von einem Zentralbegriff, *Kreller*, ZRG 1948, 572.

631 *Gaius* Inst. 2 und 3.

632 Im antiken Drama trugen die Schauspieler *persona* genannte Masken, die ihre Rolle charakterisierten.

633 Wohl zurückgehend auf *Villey*, RDH 1946, 201 (207); ähnlich *Kreller*, ZRG 1948, 572 (581).

634 *Gaius* Inst. 2.1.

635 Hierzu gehören bei *Gaius* neben den *res sacrae*, den geweihten Gegenständen, auch die *res religiosae*, die mit einem Leichnam belegten Grabstätten, und *res sanctae*, Sachen, die unter dem Schutz der Götter standen. S dazu weiterführend *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 379 ff. Auch im christlichen Gedankengut von *Justinian* wurde diese Kategorie weitergeführt, s *Becker*, Die „res“ bei *Gaius* 39.

636 *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 381.

637 *Gaius* Inst. 2.10. und 11; zur Bedeutung der *res extra patrimonium* ausf *Affolter*, Das römische Institutionen-System 383 f.

2.3.1.2). Zuletzt werden die *res* noch danach geordnet, ob sie für die Übertragung durch den feierlichen Übertragungsakt der Manzipation⁶³⁸ in Betracht kommen oder nicht.⁶³⁹ Bei diesen Einteilungen ist die Kategorie der *res* göttlichen Rechts hervorgehoben, da diese nie einem Vermögen zugehörig sein könne und daher logisch den anderen Unterscheidungen vorangeht.⁶⁴⁰ Die sonstigen Einordnungen der *res* erheben jedoch nicht den Anspruch, gegeneinander abgeschlossen zu sein; es kann daher durchaus zu Überlappungen kommen.⁶⁴¹ Die Qualifikation als körperlich bzw unkörperlich sagt folglich noch nichts darüber aus, ob eine Manzipation erfolgen kann oder nicht.⁶⁴² Es handelt sich bei den verschiedenen Einteilungen der *res* somit um keine Begriffspyramide, da diese nicht logisch-hierarchisch ineinander verschränkt sind.⁶⁴³ Vielmehr entspricht die Darstellungsform der *res* den Anforderungen der skeptischen Akademie an eine Begriffsdefinition, die eine kurz umschriebene Ausfaltung aller *res propriae* des definierten Gegenstands fordert.⁶⁴⁴

2.3.1.1.1. Begriffsinhalt

Der Begriff der *res* im antiken römischen Recht ist denkbar weit. So wurde insb im vorklassischen römischen Recht kein Unterschied zwischen Menschen und Gegenständen gemacht.⁶⁴⁵ Dem Hausverband – repräsentiert durch den *pater familias* – wurden Menschen ebenso wie Gegenstände zugerechnet, diese konnten somit zu einem Objekt einer *actio* gemacht werden.⁶⁴⁶ Dies betraf nicht nur Sklaven, sondern auch Kinder und die Ehefrau, sofern die Ehe durch Kaufehe geschlossen wurde.⁶⁴⁷ Auf Menschen kamen dabei die identischen Rechtsinstitute wie auf Gegenstände zur Anwendung.⁶⁴⁸ Der Begriff der *res* hatte daher deutlich andere Konturen als jener der Sache, die im Gegensatz zum Menschen steht.

638 Bei der *mancipatio* ergriff der Käufer in Anwesenheit von fünf Zeugen und einer Waage die zu erwerbende Sache. S dazu ausf Kaser, Das römische Privatrecht I² 123; Kaser, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht² (1956) 163 ff.

639 Gaius Inst. 2.14a. ff.

640 Becker in Wacke/Baldus (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa 67 f.

641 Was auch durchaus krit gesehen wird, s Becker, Die „res“ bei Gaius 43 ff.

642 So waren tatsächlich vor allem körperliche *res* der Manzipation zugänglich, darüber hinaus aber unkörperliche *res* wie die Landservituten.

643 Diese Art der Definitionslehre wird *genus proximum et differentia specifica* genannt und auf Aristoteles zurückgeführt, s Behrends, Wissenschaftslehre 276.

644 Behrends, Wissenschaftslehre 277.

645 Thomas, Res, chose et patrimoine, A.P.D. 1980, 413 (421).

646 Schöneich, Der Begriff der Dinglichkeit im Immaterialgüterrecht (2017) 37 f; Kaser, Eigentum und Besitz² 1.

647 Dementsprechend war es nach dem antiken römischen Recht etwa möglich, dass eine Ehefrau „nach Art des Besitzes“ ersessen werden konnte. S dazu weiterführend Kreutz, Das Objekt 270 f.

648 Kaser, Das römische Privatrecht I² 120.

Eine anhaltende Diskussion entstand zur Frage, welche Rechte als *res* qualifiziert werden könnten. Denn nach der expliziten Aufzählung bei *Gaius* fallen Erbschaft, Fruchtgenuss, Verbindlichkeiten und Dienstbarkeiten unter den Begriff der *res incorporales*. Nicht umfasst bei dieser – wiewohl explizit nur deklarativen – Aufzählung ist jedoch das Eigentum bzw eine ähnliche Form der ausschließlichen Herrschaftsgewalt,⁶⁴⁹ wiewohl diese in den Institutionen das *dominium* mehrmals erwähnt wird.⁶⁵⁰ Dies wird von der – von der Pandektistik inspirierten⁶⁵¹ – hL damit begründet, dass für das antike Konzept der *res* ein sinnlich wahrnehmbarer Gegenstand gemeinsam mit seiner rechtlichen Zuordnung iSe Eigentumsverhältnisses betrachtet wird.⁶⁵² Wenn also im antiken römischen Recht von *res corporales* die Rede war, war damit nach der hL nicht allein das berührbare Objekt in der Sphäre des Tatsächlichen gemeint; vielmehr wurden die Gegenstände immer gemeinsam mit der Herrschaftsgewalt, die über sie ausgeübt wird, betrachtet. Dies ergibt sich nach *Monier* daraus, dass die volle Herrschaftsgewalt die einzige rechtliche Möglichkeit sei, über die Sache selbst zu disponieren, weshalb die Herrschaftsgewalt mit den *res corporales* zusammenfällt.⁶⁵³ Eine nur beschränkte Dispositionsgewalt über eine körperliche Sache – wie etwa ein Fruchtgenussrecht – werde als eigenständige *res incorporales* aufgefasst, über die unabhängig vom Vollrecht verfügt werden könne.⁶⁵⁴

2.3.1.1.2. Funktion der *res*

Trotz ihrer großen Bedeutung ist die *res* im römischen Recht nicht definiert, sie wird vielmehr als bekannt vorausgesetzt.⁶⁵⁵ Dies bereitet aus heutiger Sicht Schwierigkeiten, da dieser Begriff in verschiedensten rechtlichen Zusammenhängen gebraucht wird: So kann *res* Angelegenheit, Rechtsstreit

649 Nach der wohl hA gab es im römischen Recht noch keinen Eigentumsbegriff, der mit dem heutigen vergleichbar wäre, s dazu *Mayer-Maly*, Das Eigentum in der österreichischen Rechtsordnung, WiPolBl 1970, 404 (404), vgl auch 4.2.3.1.

650 *Giglio*, Pandectism and the Gaian Classification of Things, U. Toronto L. J. 2012, 1 (6).

651 Ausf dazu *Giglio*, U. Toronto L. J. 2012, 1 (25 ff).

652 Um nur einige zu nennen *Gretton*, Ownership and its Objects, *RabelsZ* 2007, 802 (806); *Becker*, Die „res“ bei Gaius 51; *Pugliese*, „Res corporales“, „res incorporales“ e il problema del diretto soggettivo, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* (1953) 223; *Kreller*, ZRG 1948, 572 (586); *Pflüger*, Über körperliche und unkörperliche Sachen, ZRG 1947, 339 (340); *Villey*, RDH 1946, 201 (210).

653 *Monier*, La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique de res en corporales et incorporales, in *FS Solazzi* (1948) 357 (365 ff).

654 Im Originalwortlaut „les choses matérielles n'appartiennent qu'à leur propriétaire: le dominium est, à leurs yeux, la seule maîtrise juridique à laquelle la chose corporelle puisse être soumise, et, par suite, seul, son propriétaire peut prétendre à son appropriation, en affirmant qu'elle est à lui, tandis que les titulaires de 'droits' affirment seulement avoir un 'ius' dont ils précisent la nature et les limites“, vgl *Monier* in *FS Solazzi* 366.

655 Dies überrascht freilich nicht, wird doch im klassischen römischen Recht weitgehend auf Definitionen verzichtet, s dazu *Kreutz*, Das Objekt 257 f.

oder auch Vermögen bedeuten.⁶⁵⁶ Bevor die von der hL vorgenommene Übersetzung des Begriffs mit Sache übernommen werden kann,⁶⁵⁷ muss diese Gleichsetzung daher kritisch überprüft werden.⁶⁵⁸

Besonders eingehend mit der Evolution des Begriffs der *res* hat sich *Yan Thomas* beschäftigt.⁶⁵⁹ Er geht davon aus, dass ursprünglich mit *res* ein Rechtsstreit bezeichnet wurde, wobei der Streit, der Streitgegenstand und der den Streit auslösende Sachverhalt miteinander assoziiert wurden.⁶⁶⁰ *Res* sei somit nicht Objekt der Rechtsgewalt einer Person, sondern Objekt einer Auseinandersetzung, die mehrere Protagonisten vereint.⁶⁶¹ *Yan Thomas* führt die unterschiedlichen Bedeutungen von *res* auf verschiedene Situationen des Konflikts zurück.⁶⁶² Obwohl es zwischen dem 3. und dem 2. Jhd vor unserer Zeitrechnung zu einer stärkeren Trennung zwischen dem Subjekt und dem Objekt gekommen sei, könne die *res* nach *Yan Thomas* nie als bloßes Objekt unabhängig von rechtlichen Verbindungen gesehen werden.⁶⁶³

Bedeutend früher als *Yan Thomas*⁶⁶⁴ vertrat *Franz Xaver Affolter* eine ähnliche Einschätzung über die Stellung der *res*. Er geht davon aus, dass es sich bei den *res* um objektive Rechtsverhältnisse handelt.⁶⁶⁵ Daraus folgt, dass die *res* nicht das Objekt in seiner Materialität, sondern nur eine Rechtsbeziehung zu einem Objekt bezeichnet.⁶⁶⁶ Wenn daher die Rede von *res corporales* ist, werde nicht das Objekt in der Sphäre des Tatsächlichen, sondern das Objekt samt seiner Zurechnung zu einem Subjekt, in dessen Herrschaftsgewalt es sich befindet, gemeint.⁶⁶⁷ Die Sache alleine ohne ihre rechtliche Verbindung zu einem Subjekt sei *corpus, corpora* genannt worden.⁶⁶⁸ Auf diese Sichtweise aufbauend beschreibt *Michel Villey* die *res* als das Objekt, das aus juristischer Perspektive betrachtet wird: Ein Objekt in der Sphäre des Tatsächlichen werde mit all jenen Charakteristika angereichert, die für ihre juristische Behandlung notwen-

656 Mit vielfältigen Beispielen zum Corpus Iuris Civilis *Becker*, Die „res“ bei Gaius 31 f.

657 S dazu nur *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 376.

658 Mit weiteren Nachweisen dazu *Holzweber*, Zur Genese der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht, SSRN-Paper (2022) 6 ff.

659 *Thomas*, A.P.D. 1980, 413.

660 „Le sens primitif de *res* oscille donc entre les idées de litige, de situation litigieuse, et d'objet fournissant l'occasion d'un contentieux“, s *Thomas*, A.P.D. 1980, 413 (416).

661 *Thomas*, A.P.D. 1980, 413 (417).

662 *Thomas*, A.P.D. 1980, 413 (419).

663 *Thomas*, A.P.D. 1980, 413 (425); die Theorie von *Thomas* ist insb für die französische Zivilrechtsdogmatik von Bedeutung, die darauf abstellend den Begriff des „bien“ vom antiken „res“ abgrenzt, s dazu *Fiorini*, Das Rechtsobjekt in Frankreich, in *Wacke/Baldus* (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa (2002) 86 (91 f).

664 *Thomas* bezieht sich jedoch nicht direkt auf *Affolter*.

665 *Affolter*, Institutionen-System 232 ff.

666 *Affolter*, Institutionen-System 5.

667 *Affolter*, Institutionen-System 373.

668 *Affolter*, Institutionen-System 381.

dig seien.⁶⁶⁹ Ein Feld würde somit bspw nicht nur als materielles Objekt, sondern als Gesamtheit von Rechten aufgefasst werden. Bei der Erwähnung von *res corporales* würden damit sämtliche Rechte, die mit diesem Gegenstand einhergehen, mitumfasst; bei *res incorporales* wie bspw Dienstbarkeiten oder dem Fruchtgenuss seien dies dementsprechend nur eingeschränkte Rechte an einem körperlichen Gegenstand – wie etwa ein Fruchtgenussrecht.⁶⁷⁰

Aus diesen kritischen Analysen folgt für die vorliegende Betrachtung, dass bei der Übersetzung von *res* mit Sache Vorsicht an den Tag gelegt werden muss. Denn die heutige Vorstellung der Sache als Rechtsobjekt darf nicht ohne weitere Prüfung auf das römische Recht übertragen werden; aus heutiger Sicht kommt es zu einer Vermischung zwischen Recht und Rechtsobjekt. Freilich ist eine abschließende Beurteilung dieser Frage der Romanistik und nicht der Zivilrechtsdogmatik vorbehalten; um eine uU überschießende Gleichsetzung von römisch-rechtlichen Instituten und jenen des ABGB zu vermeiden, soll in weiterer Folge aber von einer Übersetzung des Konzepts der *res* abgesehen werden.

2.3.1.2. Res incorporales

Besondere Bedeutung für den Umfang des Begriffs der *res* im antiken römischen Recht hat die Unterscheidung zwischen körperlichen Sachen (*res corporales*) und unkörperlichen Sachen (*res incorporales*). Denn damit wird der Begriff der *res* explizit über mit Sinnen wahrnehmbare, körperliche Gegenstände auf eine weitere Kategorie von Objekten erweitert. Als erster Anknüpfungspunkt dafür, dass im antiken Rom auch nicht sinnlich erfassbare Objekte unter den Begriff der *res* fielen, wird gemeinhin eine Textstelle im 2. Buch der *Gaius*-Institutionen gesehen.⁶⁷¹ Die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen *res* findet sich aber ebenso in den *Digesten*⁶⁷² sowie in den Institutionen *Justinians*⁶⁷³ wieder. Auf Grund ihrer Bedeutung für die vorliegende Untersuchung soll dieser Textstelle⁶⁷⁴ hier gebührend Raum gegeben werden; um dem eigenständigen Konzept der *res* Rechnung zu tragen, bleibt dieser Begriff ausdrücklich unübersetzt.

12. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.

Manche „res“ sind körperlich, manche unkörperlich.

669 Villey, RDH 1946, 201 (210).

670 Villey, RDH 1946, 201 (209); Monier in FS Solazzi 365.

671 Becker, Die „res“ bei Gaius 40.

672 Gaius, D.1.8.1.1.

673 I.2.2.pr.

674 Diese ist wohl auch nicht interpoliert, s Monier in FS Solazzi 363; Kaser, Das römische Privatrecht I² 189.

13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.

Körperlich sind „res“, die sich berühren lassen, wie etwa ein Grundstück, ein Sklave, ein Kleid, Gold, Silber und unzählige andere „res“.

14. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum.

Unkörperlich sind „res“, die sich nicht berühren lassen, und gerade so beschaffen sind diejenigen, die nach den Festlegungen des Rechts bestehen, wie zum Beispiel die Erbschaft, der Fruchtgenuss und die Verbindlichkeiten, wie auch immer sie begründet sind. Es tut nichts zur Sache, dass in einer Erbschaft körperliche Gegenstände enthalten sind, und dass Früchte, die aus dem Grundstück gezogen werden, körperlich sind, und dass das, was aus irgendeiner Obligation geschuldet wird, meist körperlich ist, wie zum Beispiel ein Grundstück, ein Sklave, Geld, denn das Recht der Erbfolge selbst und das Recht des Fruchtgenusses selbst und das Recht der Obligation ist unkörperlich. Von derselben Art sind die Rechte an städtischen und ländlichen Grundstücken.⁶⁷⁵

Schwierigkeiten bereitet die Übersetzung und Interpretation der Definition der unkörperlichen *res*. So ist die Bedeutung der Wendung *in iure consistunt* – hier mit „die nach den Festlegungen des Rechts bestehen“ übersetzt – nicht eindeutig: Sie könnte einerseits bedeuten, dass die unkörperliche *res* in einem Recht besteht, womit alles erfasst ist, was sich als Recht einer Person darstellt; andererseits ist auch eine einschränkende Übersetzung mit dem Wort rechtlich möglich.⁶⁷⁶ Ausführlich beschäftigt sich Jan Willem Tellegen mit der Auslegung dieser Wortfolge.⁶⁷⁷ Er führt überzeugend aus, dass die Definition von unkörperlichen *res* nicht mit dem Konzept von subjektiven Rechten in Zusammenhang gebracht werden dürfe, da dieses im klassischen römischen Recht noch nicht entwickelt war.⁶⁷⁸ Vielmehr müsse diese Wortfolge iZm der Rechts-

675 Übersetzung mit Rückgriff auf Möller, Die Servituten (2010) 228.

676 Sich einer weiten Interpretation anschließend Becker, Die „res“ bei Gaius 41.

677 Tellegen, Res incorporales et les codifications modernes du droit civil, Labeo 1994, 35 (48 ff).

678 So auch Pflüger, ZRG 1947, 339 (340 ff). Dieser Befund wird sich in der Folge bestätigen, s 3.3.1.1.

verfolgung verstanden werden; eine unkörperliche *res* wäre sohin alles, was mit Mitteln des Rechts durchgesetzt werden könne. Eine *res incorporalis* bestehe daher immer nur dann, wenn diese Objekt einer konkreten Rechtsdurchsetzungsmaßnahme sei.⁶⁷⁹ Dementsprechend sei in *iure consistunt* mit „die bei der Lancierung einer Klage bestehen“ zu übersetzen.⁶⁸⁰ Wiewohl *Jan Willem Tellegen* durchaus zuzugestehen ist, dass gute Gründe für eine prozessrechtliche Fundierung für die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen *res* sprechen, ist die vorgeschlagene Übersetzung wohl nicht unbedingt angezeigt. Denn der gesamte Begriff der *res* – somit auch die *res corporales* – sind – wie gezeigt – im Licht der Rechtsdurchsetzung durch Aktionen zu betrachten. Demgemäß muss dieser Umstand nicht zwingend in die Übersetzung der *res incorporales* einbezogen werden.⁶⁸¹

2.3.1.2.1. Ideengeschichtliche Wurzeln

Es ist davon auszugehen, dass das Konzept der *res incorporales* kein genuin rechtliches bzw. rechtswissenschaftliches ist. Vielmehr ist es Ergebnis eines fruchtbaren Austauschs zwischen Philosophen, Grammatikern und Rechtsgelehrten. Obzwar das konkrete Ausmaß der Beeinflussung des römischen Rechts durch die (griechische) Philosophie Gegenstand eingehender Kontroversen ist,⁶⁸² können nach der mittlerweile hL gewisse außerrechtliche Einflüsse auf die Systematisierung der *res* nicht mehr negiert werden. Dies ist überzeugend: Der Begriff der *res incorporales* war in der gesamten griechisch-römischen Kultur ab der Zeit der späten Republik geläufig.⁶⁸³ Es ist daher wenig wahrscheinlich, dass die römischen Juristen die Dichotomie zwischen Körperlichkeit und Unkörperlichkeit in anderen Disziplinen nicht gekannt oder schlichtweg übersehen hätten.⁶⁸⁴ Vielmehr ist mit *Franz Wieacker* davon auszugehen, dass die Institutionen des *Gaius* als Ausbildungswerk für Juristen auch explizit mannigfaltige Verbindungen zur Grammatik und der Rhetorik knüpften.⁶⁸⁵

Als Ausgangspunkt für die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen *res* wird gemeinhin die stoische Philosophie gesehen. Nach dem Naturbegriff der Stoa wird alles in der Natur auf die Wirkung eines

679 *Tellegen*, Labeo 1994, 35 (51).

680 Im Wortlaut „*Cette expression [in iure] signifie ‚là où le siège le préteur‘; et elle se rapporte à la première phase de la procédure per formulas, lorsqu’une action est portée en instance devant le préteur. Par la suite in iure va signifier: ‚lors de la mise en instance d’une action‘.*“ *Tellegen*, Labeo 1994, 35 (49).

681 Zur Kritik an *Tellegen* s. mwN *Giglio*, Coherence and Corporeality: On Gaius II, 12–14, ZRG 2013, 127 (148).

682 MwN *Baldus* in Leible/Lehmann/Zech (Hrsg), Unkörperliche Güter im Zivilrecht 21.

683 *Chiusi*, Res: Realität und Vorstellung, in FS Mayer-Maly (2002) 101 (107 f.).

684 So auch *Flume*, ZRG 1962, 1 (25).

685 *Wieacker*, ZRG 1953, 93 (102).

göttlichen Prinzips zurückgeführt.⁶⁸⁶ Demgemäß gilt der Satz „*alles, was wirkt, hat Körperlichkeit*“.⁶⁸⁷ Rechtsverhältnisse sind folglich körperlich, da diese in der Natur wirken.⁶⁸⁸ Der stoischen Philosophie ist aber auch die Unkörperlichkeit nicht fremd: Es handelt sich hierbei jedoch bloß um die vier Gegenstände des Denkens, nämlich den Ort, die Zeit, die Leere und das Lekton.^{689, 690} Juristische Bedeutung kommt unkörperlichen Gegenständen somit nicht zu.⁶⁹¹ Die heute wohl hL geht daher davon aus, dass keine unmittelbare Verbindung zwischen der stoischen Philosophie und dem gaianischen Konzept der Unkörperlichkeit besteht.⁶⁹²

Die Schriften *Ciceros* und *Senecas* geben Einblick in einen Bedeutungswandel, den das Konzept der Unkörperlichkeit vollzogen hat. So schreibt *Cicero* in der *Topica*,⁶⁹³ dass die *veteres* – also die vorklassischen Juristen – den Unterschied zwischen Körperlichem und Unkörperlichem nicht gekannt hätten.⁶⁹⁴ *Cicero* selbst, der sich zu den Lehren der skeptischen Akademie bekennt,⁶⁹⁵ zieht die Abgrenzung der Unkörperlichkeit anders: Er unterscheidet körperliche Gegenstände, die man sinnlich wahrnehmen und berühren kann, und unkörperliche Gegenstände, von denen nur gewisse Vorstellungen und Begrifflichkeiten existieren, die es also ohne das menschliche Denken nicht gäbe.⁶⁹⁶ Zu letzterer Gruppe zählt *Cicero* Ersitzung, Vormundschaft, Geschlecht und Verwandtschaft – also Begriffe, die im Zwölftafelgesetz verwendet wurden.⁶⁹⁷ *Cicero* geht jedoch davon aus, dass unkörperliche Sachen – anders als körperliche – nicht tatsächlich existieren.⁶⁹⁸ Einen Schritt weiter geht dabei *Seneca*,⁶⁹⁹ der zwar der Stoa zuzurechnen ist, in seiner Auffassung von Körperlichkeit aber eigene Wege beschreitet: In seinen Briefen an *Lucilius* teilt er alles Seiende in Körperliches

686 *Behrends*, Die Person oder die Sache, Labeo 1998, 26 (43).

687 Mit Hinweis auf *Seneca* *Behrends*, Gesetz und Sprache, in *Behrends/Sellert* (Hrsg), *Nomos und Gesetz* (1995) 135 (220).

688 *MwN Möller*, Die Servituten 226; *Behrends* in *Behrends/Sellert* (Hrsg), *Nomos und Gesetz* 249.

689 Damit werden nicht in der Natur existierende Objekte wie etwa Fabelwesen bezeichnet, s *Möller*, Die Servituten 227.

690 *Behrends*, Labeo 1998, 26 (43).

691 So auch *Behrends*, Labeo 1998, 26 (45).

692 Statt aller *Behrends*, Wissenschaftslehre 300; aA *Wieacker*, ZRG 1953, 93 (111).

693 *Cicero*, *Topica* 6.29.

694 *Behrends*, Labeo 1998, 26 (43).

695 *Behrends* in *Behrends/Sellert* (Hrsg), *Nomos und Gesetz* 218.

696 *Behrends*, Labeo 1998, 26 (40).

697 *Behrends* in *Behrends/Sellert* (Hrsg), *Nomos und Gesetz* 217.

698 Mit weiteren Fundstellen in der *Topica* *Becker*, Die „res“ bei Gaius 59. Es wird daher tw die Verbindung zu der von *Gaius* konzipierten Einteilung in Frage gestellt, s dazu *Monier* in FS Solazzi 361.

699 *Seneca*, Ad Lucilium epistulae morales 58.8 ff.

und Unkörperliches ein.⁷⁰⁰ *Seneca* wird daher als Erster gesehen, der unkörperliche Gegenstände in der Sphäre des Seienden verortet.⁷⁰¹ In der Zeit zwischen *Cicero* und *Seneca* kam es daher zur Entwicklung einer eigenständigen Kategorie von Gegenständen, die nicht sinnlich wahrnehmbar waren, aber trotzdem in der Sphäre des Seienden verortet wurden. Diese wurden von *Gaius* für das Konzept der *res* juristisch fruchtbar gemacht.⁷⁰²

Im 20. Jhd wurden Zusammenhänge zwischen der Grammatik und der Gaianischen Einteilung geknüpft. Denn in der Grammatik von *Flavius Charisius* werden Gegenstände ebenso danach unterschieden, ob sie sinnlich oder nur durch den Intellekt wahrgenommen werden können.⁷⁰³ Hierbei hat sich eine Diskussion entwickelt, inwiefern diese Einteilung die von *Gaius* getroffene Einteilung zwischen körperlichen und unkörperlichen *res* beeinflusst haben könnte, wobei mittlerweile eine direkte Verbindung eher verneint wird.⁷⁰⁴ Nichtsdestoweniger zeigen diese Zusammenhänge eindrucksvoll, dass die Dichotomie zwischen Körperlichkeit/Unkörperlichkeit im antiken Rom weder einer isolierten philosophische Denkschule noch einer rein rechtswissenschaftlichen, auf *Gaius* zurückgehenden Klassifikation zuzurechnen ist. Vielmehr handelte es sich um eine Idee, die disziplinenübergreifend wirkmächtig war.

2.3.1.2.2. Funktion

Die Frage nach dem Zweck der Dichotomie zwischen *res corporales* und *res incorporales* beschäftigte Generationen von Romanisten.⁷⁰⁵ *Pflüger* konstatiert zu Recht, dass mit dieser Einteilung „unsere größten Autoritäten nichts Rechtes anzufangen gewusst haben“. ⁷⁰⁶ Tatsächlich nennt *Savigny* die unkörperliche Sache einen „unbehilflichen, an sich ganz entbehrlichen Ausdruck“ und *Bekker* „ein unnutzes Stück der römischen Rechtssprache“. ⁷⁰⁷ Auch *Max Kaser* bezeichnet die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen *res* als dogmatisch unglücklich ⁷⁰⁸ und fruchtlos ⁷⁰⁹. Daraus ergibt sich unschwer, dass die gegenständliche Dichotomie von gewichtigen Stimmen für funktionslos oder sogar widersinnig angesehen wird.

700 Mit weiteren Fundstellen *Becker*, Die „res“ bei *Gaius* 61 f.

701 MwN *Giglio*, ZRG 2013, 127 (135).

702 Nicht beigetreten kann daher *Behrends* werden, der *Gaius'* Fokus auf Vermögensgegenstände kritisiert, s *Behrends*, Die geistige Mitte des römischen Rechts, ZGR RA 2008, 25 (49).

703 MwN *Giglio*, ZRG 2013, 127 (133).

704 *Monier* in FS Solazzi 364; *Wieacker*, ZRG 1953, 93 (106 ff); *Giglio*, ZRG 2013, 127 (132).

705 Zur Kritik in der älteren Lit, s *Affolter*, Institutionen-System 354 ff.

706 *Pflüger*, ZRG 1947, 339 (339).

707 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts V (1841) 32.

708 *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 188.

709 *Kaser*, *Gaius* und die Klassiker, ZRG 1953, 127 (142).

Der Blick in die römischen Rechtstexte vermittelt ein widersprüchliches Bild. Bei *Gaius* wird der Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen *res* ein prominenter Platz am Anfang seiner Ausführungen zur *res* eingeräumt.⁷¹⁰ Den Kompilatoren des *Corpus Iuris Civilis* schienen die *res incorporales* von besonderer Wichtigkeit: Es wurde ein eigener Titel *De rebus incorporalibus* gebildet;⁷¹¹ darüber hinaus kam es zu einer Hinzunahme von unkörperlichen *res* in die *Digesten*.⁷¹² Dem steht gegenüber, dass der Begriff der *res incorporales* in den überlieferten Textstellen – anders als jener der *res corporales* – nur sehr selten verwendet wird.⁷¹³ So werden *res incorporales* in den Rechtsbüchern *Justinians* insgesamt nur sieben Mal erwähnt; dies häufig im Zusammenhang mit *res corporales*, um verschiedene Aspekte des Individualvermögens zu beschreiben.⁷¹⁴ Von ihrer Stellung in den römischen Rechtstexten kann daher nicht eindeutig darauf geschlossen werden, ob der Dichotomie der körperlichen und unkörperlichen *res* eine Funktion zukam oder nicht.

In der Lit wird die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen *res* tw damit gerechtfertigt, dass diese in ihrer rechtlichen Behandlung voneinander abweichen. Dies betrifft insbes die Umstände der Übertragung der *res*.⁷¹⁵ Unkörperliche *res* können nach *Gaius* generell nicht durch formlose *traditio*⁷¹⁶ übertragen werden.⁷¹⁷ Zudem kommt es zu einem weitgehenden Ausschluss der *manipatio*⁷¹⁸, welcher jedoch bei den Dienstbarkeiten an ländlichen Grundstücken (*iura praediorum rusticorum*)⁷¹⁹ eine Ausnahme findet.⁷²⁰ Daraus folgt, dass nach derzeitigem Wissensstand die Trennung von *res incorporalis* und *res corporalis* zur Zeit von *Gaius* durch den Ausschluss der *traditio* eine gewisse, freilich durch Ausnahmen abgeschwächte Ordnungswirkung für die Übertragung entfaltete. Ein anderer, mit dem vorher Ausgeführten aber eng in Zusammenhang stehender⁷²¹ Erklärungsansatz setzt beim Besitz an. Denn nach *Gaius* konnte nur besessen werden,

710 Kaser, Das römische Privatrecht I² 376 ff.

711 Bei *Gaius* wurden unkörperliche *res* noch den körperlichen entgegengestellt. S Becker, Die „*res*“ bei *Gaius* 53.

712 *Gaius*, D.I.8.1.1.

713 Baldus in Leible/Lehmann/Zech (Hrsg), Unkörperliche Güter im Zivilrecht 8.

714 Krentz, Das Objekt 303.

715 Dies änderte sich freilich mit dem *Corpus Iuris Civilis Justinians*, in dem die formellen Übertragungsakte der *manipatio* und der *in iure cessio* untergegangen sind, s dazu weiterführend Kaser, Das römische Privatrecht II² (1975) 282; Becker, Die „*res*“ bei *Gaius* 52.

716 Zu dieser weiterführend Kaser, Das römische Privatrecht I² 376 ff.

717 *Gaius* Inst. 2.28; weiterführend dazu Möller, Die Servituten 231 ff.

718 Zu dieser weiterführend Kaser, Das römische Privatrecht I² 131 ff.

719 Zu diesen ausf Möller, Die Servituten 39 ff.

720 *Gaius* Inst. 2, 17.

721 Ohne Besitz ist auch eine *traditio* nicht möglich.

was körperlich ist.⁷²² Daraus folgte insb auch, dass unkörperliche *res* – anders als körperliche – einer *usucapio* nicht zugänglich waren.⁷²³ Dies war insb für Dienstbarkeiten von Relevanz: Denn diese wurden in der vorklassischen Zeit als körperlich angesehen, was mit der Möglichkeit ihrer Ersitzung einher ging.⁷²⁴ Mit der Umwandlung in *res incorporales* konnten Dienstbarkeiten – anders als die Lastenfreiheit⁷²⁵ – nicht mehr ersessen werden.⁷²⁶ Diese Wertung wurde auch durch die *lex Scribonia* aus dem ersten Jhd v Chr, durch die die Ersitzung von Dienstbarkeiten verboten wurde, bestätigt;⁷²⁷ das Verhältnis zwischen der *lex Scribonia* und der Umwandlung von Dienstbarkeiten in *res incorporales* ist jedoch str.⁷²⁸ Es kann daher – zumindest für die Verwendung bei *Gaius* – durchaus davon ausgegangen werden, dass der Unterscheidung zwischen körperlicher und unkörperlicher *res* materiellrechtliche Bedeutung zukam: Von ihr hingte ab, ob die Ersitzung einer *res* möglich war. Dementsprechend hat die Unterscheidung zwischen *res corporales* und *res incorporales* durchaus – wenngleich auch abgeschwächte – materiellrechtliche Folgen.⁷²⁹

In jüngerer Zeit wurde versucht, die Unterscheidung zwischen körperlicher und unkörperlicher *res* auf die Besonderheiten der Rechtsdurchsetzung im antiken Rom zurückzuführen. Denn wie *Max Kaser* zu Recht ausführt, ist das privatrechtliche Denken der Römer „aktionenrechtlich“, da die Voraussetzungen für die Rechtsdurchsetzung vielfach durch die Aktionen und andere Rechtsmittel determiniert waren statt wie in kodifizierten Rechtsordnungen durch Tatbestände.⁷³⁰ Die Unterscheidung zwischen körperlicher und unkörperlicher *res* könnte nach diesen Erklärungsansätzen somit durch das römische Aktionensystem bedingt sein. Bereits *H. H. Pflüger* sieht das „Geheimnis“ der unkörperlichen Sache darin, „von etwas, das keine Sache ist, zu reden, „als ob“ es eine Sache wäre, die man erwerben, haben, verlieren und um die man streiten kann“.⁷³¹ Der Zweck der unkörperlichen Sache sei es, dass in die Formeln der *actio* die entsprechenden Hauptwörter eingesetzt werden können. Eine ähnliche Argumentation verwendet *Jan*

722 *MwN Kreutz*, Das Objekt 305; *Möller*, Die Servituten 232; *Monier* in FS Solazzi 367 ff.

723 Zu den Besitzinterdikten s weiterführend 4.3.3.1.

724 *Kaser*, Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht, in FS Koschaker I (1939) 445 (451); *Wesener* in FS Grosso I 211.

725 *Kreutz*, Das Objekt 295.

726 *Ausf Möller*, Die Servituten 232.

727 Weiterführend *Chiusi* in FS Mayer-Maly 109.

728 *Ausf* zum Meinungsstand *Wesener* in FS Grosso I 212 ff.

729 Einen anderen Ansatz verfolgt *Peter Birks*, der davon ausgeht dass der Sinn der Unterscheidung darin besteht, für unkörperliche *res* dieselben Rechtswirkungen vorzusehen, wie sie für körperliche *res* bestehen und somit den Anwendungsbereich des Klagesystems zu erweitern, s dazu ausführlich *Birks*, The Roman Law Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership, AJ 1985, 1 (5).

730 *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 226.

731 *Pflüger*, ZRG 1947, 339 (341).

Willem Tellegen: Demnach sei das Konzept der *res incorporales* notwendig, um eine formelle Übertragung durch *in iure cessio* durchführen zu können, da ansonsten eine *vindicatio* nicht möglich wäre.⁷³² Bei Verbindlichkeiten müsse der Inhalt der Obligation als Objekt bei der *actio in personam* aufgefasst werden.⁷³³ Die *res incorporales* wären nach diesen Erklärungsansätzen notwendig, um die Funktionsfähigkeit des Aktionensystems auch außerhalb von körperlichen *res* zu gewährleisten.⁷³⁴

Schließlich finden sich Erklärungsansätze, die die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen *res* auf den Umstand zurückführen, dass es sich bei Institutionen von *Gaius* um ein Anfängerlehrbuch gehandelt hat.⁷³⁵ Die Einteilung habe daher vor allem den Zweck, den didaktischen Wert des Lehrbuchs zu steigern – etwa indem die Übersichtlichkeit gesteigert und die Erfassung des Inhalts erleichtert wird.⁷³⁶ Dies wird daraus geschlossen, dass die Begriffsdifferenzierung inkohärent und unvollständig durchgeführt wurde.⁷³⁷ Der Hinweis auf den didaktischen Wert der Unterscheidung wird häufig mit dem Hinweis auf deren rechtliche Funktionslosigkeit versehen.⁷³⁸ Andere Erklärungsansätze verbinden die rechtlichen Wirkungen der Unterscheidung und deren Darstellung bei *Gaius*. Durch die Unterscheidung in körperliche und unkörperliche *res* werde in den Institutionen eine Brücke zwischen dem Abschnitt über die *res* und jenem über die *actiones* gebaut.⁷³⁹ Es sollte den Studierenden daher illustriert werden, was Objekt einer Klage sein könnte. Dem liegt aber der rechtliche Gedanke zu Grunde, dass unkörperliche *res* grundsätzlich den körperlichen *res* gleichgestellt sind.

2.3.2. Mittelalter

Der mittelhochdeutsche Begriff der Sache entwickelte sich aus dem althochdeutschen *sahha* und bedeutete ursprünglich Urteil, Ursache, Grund.⁷⁴⁰ Seit dem 11. Jhd führte die Begriffsentwicklung über „Grund des Streits“ zum allgemeinen Begriff des Gegenstands.⁷⁴¹ Ähnlich wie die *res* hatte der mittel-

732 *Tellegen*, Labeo 1994, 35 (51 ff).

733 *Tellegen*, Labeo 1994, 35 (53).

734 Mit weiteren Ausführungen zur Unterscheidung zwischen körperlicher und unkörperlicher *res* und den Klagsbegehren *Giglio*, ZRG 2013, 127 (154 ff).

735 *Baldus* in Leible/Lehmann/Zech (Hrsg), Unkörperliche Güter im Zivilrecht 17.

736 So etwa *Bebrends*, Wissenschaftslehre 268.

737 *Krentz*, Das Objekt 310; *Becker*, Die „res“ bei Gaius 66 ff.

738 Besonders illustrativ *Flume*, ZRG 1962, 1 (23).

739 *Giglio*, U. Toronto L. J. 2012, 1 (27).

740 Dazu weiterführend *Schmidt-Wiegand*, Sache, HRG IV (1990) Sp 1216 ff.

741 Dazu weiterführend *Schmidt-Wiegand*, Sache, HRG IV Sp 1217. Darüber hinaus bedeutete Sache im 11. Jhd auch Tatbestand, Vergehen und Schuld. Von der ursprünglichen Bedeutung des Begriffs der Sache zeugen heute noch Wörter wie Sachwalter oder Widersacher, denen eine alte rechtliche Bedeutung zukommt.

hochdeutsche Begriff der Sache daher anfänglich eine spezifisch juristische Konnotation; erst durch eine Verallgemeinerung erlangte der Begriff der Sache die Bedeutung, die er heute hat.

Obwohl der Begriff der Sache im Mittelalter durchaus bekannt war, wird davon ausgegangen, dass das mittelalterliche Partikularrecht – zumindest in Österreich – noch keinen umfassenden Rechtsbegriff der Sache hervorgebracht hat.⁷⁴² Dies wird darauf zurückgeführt, dass die Trennlinie zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt noch nicht klar gezogen werden konnte.⁷⁴³ Herrschaftsrechte an Personen schienen ebenso möglich wie über Sachgüter; grundsätzliche Erwägungen zur Rechtsfähigkeit von Rechtssubjekten fehlten noch.⁷⁴⁴ So wurde in der hochscholastischen Diskussion etwa vom Eigentum des Menschen an seinem Körper ausgegangen.⁷⁴⁵ Nur langsam entwickelte sich der Gedanke, dass dem Menschen unveräußerliche Rechte zukommen, welche seiner Disposition entzogen sind.⁷⁴⁶ Dies ging im Mittelalter jedoch nicht soweit, einen Gegensatz zwischen Mensch und Objekt zu konstruieren. Anderes gilt jedoch für das römische Recht, das im Mittelalter noch eingehend erforscht wurde:⁷⁴⁷ Hierbei wurde am weiten Sachbegriff des *Corpus Iuris* festgehalten.⁷⁴⁸

2.3.3. Neuzeit

2.3.3.1. Gemeines Recht

Ein wesentlicher Faktor in der Rechtsentwicklung der frühen Neuzeit war dabei das römisch-kanonische Recht, das vom Ende des Mittelalters an zum gemeinsamen Recht – zum *jus commune* – in den Ländern Mittel- und Westeuropas wurde.⁷⁴⁹ Der Vorgang der Übernahme (*Rezeption*) wird als Verwissenschaftlichung bezeichnet, deren Träger ein gelehrter Juristenstand war.⁷⁵⁰ Eine wichtige Rolle im Rezeptionsprozess spielte das 1495 eingerichtete Reichskammergericht, in dessen Rechtsprechung das römisch-gemeine Recht subsidiäre Geltung beanspruchte; heimisches Recht musste gerichtss-

742 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ (2023) 167.

743 So auch Kreutz, Das Objekt 327.

744 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 167.

745 Mit Hinweisen auf Heinrich von Gent (1240–1293) Schermaier, Dominus actuum suorum, ZRG 2017, 49 (50). So wurde etwa diskutiert, ob das *dominium* des Verurteilten am eigenen Körper schwerer wiegt als die Verfügungsmacht des Urteilenden.

746 Begründet wird dies freilich noch theologisch: Die göttliche Güte und Gerechtigkeit könne auch vom sündigen Menschen nicht verwirkt werden, weshalb der Mensch manche Rechte nicht aufgeben kann, selbst wenn er sie aufgeben wollte. Schermaier, Der zivilrechtliche Eigentumsbegriff in historischer Perspektive, in Brinkmann/Shirvani (Hrsg), Privatrecht und Eigentumsgrundrecht (2016) 23 (50).

747 Für genauere Ausführungen zu den Glossatoren und den Kommentatoren, s 3.3.2.

748 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 167.

749 Coing, Europäisches Privatrecht I 7.

750 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 12 ff.

bekannt sein oder bewiesen werden.⁷⁵¹ In Österreich konnte sich der Landbrauch relativ lange gegen den Einfluss des römischen Rechts behaupten.⁷⁵² So wurde bis in das 16. und 17. Jhd am Landrecht festgehalten und das römische Recht abgelehnt.⁷⁵³ Auch die Rechtsprechung des Reichskammergerichts konnte sich in Österreich auf Grund der geltend gemachten Exemptionsprivilegien in der Praxis nicht durchsetzen.⁷⁵⁴ Das Liegenschaftsrecht galt dabei als jener Teil der Rechtsordnung, in dem ein besonders starker Widerstand gegenüber dem gemeinen Recht vorhanden war.⁷⁵⁵ Darüber hinaus waren die österreichischen Stadtrechte bis in das 17. Jhd weitgehend deutschrechtlich geprägt.⁷⁵⁶ Das gemeine Recht spielte daher in Österreich eine geringere Rolle als in anderen Ländern Mittel- und Westeuropas.

Bedeutung für die Rezeptionsgeschichte hatten auch neu geschaffene Landesordnungen. Hier interessiert dabei vor allem die *Kompilation der vier Doktoren* aus dem Jahr 1654, die einen Entwurf einer Landesordnung für Österreich unter der Enns enthielt und einen bedeutenden Einfluss des römischen Rechts zeigt.⁷⁵⁷ Nur Teile davon traten tatsächlich in Kraft – darunter der *tractatus de iuribus incorporalibus*.⁷⁵⁸ In diesem wird das Verhältnis von Bauern zur Herrschaft ausführlich geregelt – mit dem Ziel, die bäuerlichen Lasten und die Rechte der Grundherrschaft zu beschränken.⁷⁵⁹ Die Bezeichnung des Traktats ist interessant: Sie weist auf die gemeinrechtliche Auffassung hin, dass als *jus corporale* nur das volle Eigentum zählt und alle sonstigen dinglichen Nutzungsrechte – wie etwa das zu dieser Zeit weit verbreitete Lehn – als *jura incorporalia* gelten, die in diesem Traktat einer Regelung zugeführt wurden.⁷⁶⁰

751 Kocher, Privatrechtsentwicklung und Rechtswissenschaft in Österreich² (1997) 45.

752 Wesenberg/Wesener, Neue deutsche Privatrechtsgeschichte (1985) 103; mwN dazu Holzweber, Genese 14 ff.

753 Baltl, Einflüsse des römischen Rechts in Österreich, in Ius Romanum Medii Aevi (1962) 7 (70 ff).

754 Wesenberg/Wesener, Privatrechtsgeschichte 103.

755 Wesener, Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (1989) 67.

756 Ausf dazu Wesener, Einflüsse und Geltung 30 ff.

757 Wesenberg/Wesener, Privatrechtsgeschichte 106.

758 Hamza, Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römisch-rechtliche Tradition (2009) 223; Brauneder, Grundbuch und Miteigentum im „Tractatus de Iuribus Incorporalibus“, ZRG Germ. 1977, 218.

759 Eingehend dazu Baltl/Kocher, Österreichische Rechtsgeschichte¹¹ (2008) 137; Wisnicki, Die Geschichte der Abfassung des Tractatus de iuribus incorporalibus, in Jahrbuch für Landeskunde und Heimatschutz von Niederösterreich und Wien NF. 20 (1926) 69.

760 Wisnicki erachtet dies jedoch als Irrtum, ohne dies genauer auszuführen. S weiterführend Wisnicki in Jahrbuch für Landeskunde und Heimatschutz von Niederösterreich und Wien NF. 20, 71 Fn 2.

Daher wird davon ausgegangen, dass in Österreich die Rezeption des römischen Rechts nicht lückenlos durchgeführt wurde.⁷⁶¹

In der Lit besteht breiter Konsens darüber, dass in der gemeinrechtlichen Lehre der weite Sachbegriff des *Corpus Iuris* und somit *res corporales* ebenso wie *res incorporales* anerkannt waren.⁷⁶² Dementsprechend fehlte es noch an der Definition eines reinen Rechtsobjekts.⁷⁶³ Auf Grund der neuartigen Rechtsbeziehungen (Zehntrechte, Bannrechte etc) ist die Anzahl der *res incorporales* im Vergleich zum römischen Recht jedoch deutlich angestiegen.⁷⁶⁴

2.3.3.2. Naturrecht

Ab dem 17. Jhd versuchen die Autoren des Naturrechts⁷⁶⁵ im Geist der Aufklärung aus der Natur des Menschen allgemein gültige Regeln für das gesellschaftliche Zusammenleben abzuleiten.⁷⁶⁶ Dabei entwickelten die Autoren des Naturrechts durch Deduktion eine Vielzahl von konkreten Normen, die sich auf alle Rechtsbereiche erstreckten.⁷⁶⁷ Eine Rechtsnorm sollte daher nicht aus dem alleinigen Grund, dass sie von alters her anerkannt ist, Geltung erlangen können; sie müsse vielmehr der Vernunft zugänglich sein.⁷⁶⁸ Obwohl die Rechtssätze im Grundsatz unabhängig von der Tradition des *jus commune* gebildet wurden, kam es zu starken Einwirkungen des *usus modernus* auf die Autoren des Naturrechts.⁷⁶⁹

Ein wesentlicher Beitrag zu einem eigenständigen, naturrechtlich fundierten Sachbegriff ist *Samuel v Pufendorf*⁷⁷⁰ zuzuschreiben. Ausgangspunkt für *Pufendorf* ist dabei, dass Menschen aus ihrer Natur heraus rechtliche Beziehungen zueinander knüpfen und die Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen auch durchgesetzt werden kann.⁷⁷¹ Teil dieser Pflichtenlehre ist ein

761 Weiss, Einige Bemerkungen zur Rezeption des römischen Rechts in den österreichischen Alpenländern, in GedS Koschaker I (1954) 395 (395 f).

762 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 167; Schöneich, Dinglichkeit 47; Coing, Europäisches Privatrecht I 274; Rüfner in HKK I §§ 90–103 Rz 5.

763 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 167.

764 MwN Schöneich, Dinglichkeit 48.

765 In der Lit wird teils zwischen dem Naturrecht als Geisteshaltung und dem Vernunftrecht des 17. und 18. Jahrhunderts als Teil davon differenziert. Diese Unterscheidung soll hier nicht weiter getroffen werden: Unter der Bezeichnung Naturrecht wird einzig die Geistesströmung in der frühen Neuzeit verstanden. S zur Geisteshaltung des Naturrechts auf Schlosser, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 84 ff; Wieacker, Privatrechtsgeschichte² 250 ff.

766 Coing, Europäisches Privatrecht I 72.

767 Kocher, Privatrechtsentwicklung² 52; Coing, Europäisches Privatrecht I 73.

768 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 16 ff.

769 Eingehend dazu Wesener in FS Bydlinski 476 ff. Wesener verweist dabei mehrmals explizit auf Voppel, Der Einfluß des Naturrechts auf den *usus modernus* (1996).

770 1632–1694. S zur Person von Pufendorf auf Schlosser, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 99 ff.

771 Schlosser, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 99; Hwiler, Begriff der Zession 41.

System des Eigentums, das festlegen soll, dass das, was einer Person zusteht, nicht zugleich einer anderen zukommen kann.⁷⁷² Was einem Menschen als Eigentum zukommen kann, nennt *Pufendorf* Sache.⁷⁷³ Zwei Voraussetzungen nennt er für die Sacheigenschaft: Sachen müssen mittelbar oder unmittelbar einen Nutzen für den Menschen bringen und zumindest einigermaßen ergriffen und verwahrt werden können.⁷⁷⁴ Nach *Bruno Huwiler* ist letzteres Kriterium zu Recht dahingehend zu interpretieren, dass damit eine Sache von der Willenssphäre einer anderen Person abgegrenzt werden können muss.⁷⁷⁵ Der Sachbegriff bei *Pufendorf* ist dabei weit: So merkt *Pufendorf* an, dass Sachen jedweder Art und Wesens sein können.⁷⁷⁶ Es sei nicht notwendig, dass sie klar begrenzt, von Menschenhand gemacht oder beschlossen seien, solange Größe und Art des Objekts benannt werden können.⁷⁷⁷ Dementsprechend umfasst der Sachbegriff bei *Pufendorf* auch unkörperliche Sachen.⁷⁷⁸

Ein eigenständiger naturrechtlicher Sachbegriff wird auch mit dem Namen von *Christian Wolff*⁷⁷⁹ verbunden,⁷⁸⁰ obwohl sich dessen Konzeption des Sachbegriffs stark an jenem von *Pufendorf* anlehnt. Eine Sache nennt er jedes Ding, das nützlich sein kann, unabhängig davon, ob es durch Sinne erfasst werden könne oder nicht; unkörperliche Sachen seien Rechte und die Fertigkeiten der Seele.⁷⁸¹ Die genannten Autoren konzipieren den Sachbegriff daher ausgehend von der Idee der Zuordnung von allem Nutzbringenden – Gegenstände wie Rechte⁷⁸² – zu einer Person. Wesentliches Kriterium dafür, ob eine Sache im Rechtssinn vorliegt, ist nach diesen Autoren daher die Nützlichkeit des Gegenstands.

Einen anderen in der Folge wirkungsmächtigen Ansatz wählte *Karl Anton von Martini*⁷⁸³. Im Jahr 1772 beschrieb er die Sache in seiner *De Lege Naturali*

772 *Pufendorf*, Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte I (1711) 855.

773 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 4, Kapitel 5 § 1 ff (891 ff).

774 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 4, Kapitel 5 § 1 (891).

775 *Huwiler* geht von der unübersetzten lateinischen Originalfassung aus. S weiterführend *Huwiler*, Begriff der Zession 43. Auch in der übersetzten Fassung lässt sich dies darin verorten, dass die Anmaßung einer Sache keinen Zweck hätte, wenn man andere nicht daran hindern könnte, diese zu gebrauchen.

776 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 4, Kapitel 5 § 1 (892).

777 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 4, Kapitel 5 § 3 (893).

778 Ebenso *Huwiler*, Begriff der Zession 43.

779 1679–1754. Zu diesem ausf *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 108 f. Beachtenswertes Detail ist hier, dass *Wolff* Mathematiker und kein Jurist war, dennoch kam ihm in den Rechtswissenschaften eine überragende Bedeutung zu.

780 S etwa *Wesener* in FS Bydliniski 476.

781 *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754) § 121 (78).

782 Nach *Barta* hat der weite Sachbegriff im Naturrecht den Zweck, die menschliche Freiheit zu fördern, s weiterführend *Barta* in *Barta/Pallaver* (Hrsg), *Karl Anton von Martini* 118.

783 1726–1800. Zu dessen Einfluss auf das österreichische Zivilrecht s ausf *Lässer*, *Martini's Rechtsphilosophie und das österreichische Privatrecht* (2008).

Positiones als alles dasjenige, das vom Menschen verschieden sei und diesem zum Gebrauche dienen kann.⁷⁸⁴ Dabei können Sachen explizit auch Rechte sein.⁷⁸⁵ Der Ansicht, dass als Sachen alles zu gelten habe, was nicht Person sei, folgte gestützt auf römisch-rechtliche Überlegungen ebenso *Ludwig Höpfner*.⁷⁸⁶ Auch *Zeiller* geht davon aus, dass im Universum alles entweder Sache oder Person sei; dabei können nur Personen Subjekt von Rechten und Pflichten sein, da diesen der Verstandsgebrauch möglich ist.⁷⁸⁷ Dies bedeutet einen wichtigen Schritt weg von einer Nützlichkeitsbetrachtung der Sache hin zu einem Sachbegriff, der sämtliche Rechtsobjekte umfasst.

Zum Sachbegriff bei *Immanuel Kant* bestehen unterschiedliche Interpretationen in der jüngeren Lit: Während *Bruno Huwiler* davon ausgeht, dass *Kant* „den materiellen Unterschied der körperlichen und unkörperlichen Sachen hinsichtlich ihrer Gegenständlichkeit als Objekte des Mein und Dein völlig aufhebt“⁷⁸⁸, meint *Peter Krentz*, dass *Kant* die Sache „ausschließlich als körperliches Ding begreift“⁷⁸⁹. Diese Interpretationsunterschiede erklären sich mit *Kants* komplexer Terminologie, die vom juristischen Gebrauch abweicht. Denn *Kant* verwendet einerseits den Begriff des Gegenstands der Willkür, wobei er unter der Willkür das Begehrungsvermögen in Bezug auf eine Handlung versteht;⁷⁹⁰ der Gegenstand der Willkür ist nach *Kant* „etwas, was zu gebrauchen ich physisch in meiner Macht habe“⁷⁹¹. Daraus schließt *Krentz*, dass der Philosoph nur physikalische Gegenstände erfassen will.⁷⁹² Diese Ansicht übersieht aber mE, dass *Kant* selbst eine Aufzählung der Gegenstände der Willkür vornimmt, und dabei auch die „Willkür eines anderen zu einer bestimmten Tat“ inkludiert;⁷⁹³ dementsprechend könne auch das Versprechen einer Leistung zum Hab und Gut gezählt werden.⁷⁹⁴ Die Antwort auf die Frage, welchen Sachbegriff *Kants* Metaphysik der Sitten zu Grund liegt, ist aber tatsächlich nicht trivial und muss differenziert ausfallen: *Kant* nennt zuerst die Kategorie des äußeren *Mein und Dein* (auch äußere Gegenstände der Willkür genannt), die er weit versteht⁷⁹⁵ und die neben körperlichen Sachen auch Leis-

784 Im Wortlaut „*Omne ens a persona distinctum, quod nobis praestare usum potest*“, s. *Martini*, De Lege Naturali *Positiones*: In Usum Auditorii Vindobonensis (1772) § 149 (31).

785 *Martini*, Lehrbegriff § 143 (44).

786 MwN *Plohmman*, Höpfner 180.

787 *Zeiller*, Privat-Recht¹ (1802) § 41 (67 f).

788 *Huwiler*, Begriff der Zession 100.

789 *Krentz*, Das Objekt 206.

790 *Kant*, Metaphysik der Sitten² 13 f.

791 *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 2 (52).

792 *Krentz*, Das Objekt 195. Dies schwächt er jedoch eine Seite später wieder ab.

793 *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 4 (54).

794 *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 4 (55).

795 Dieser Begriff ist tatsächlich weiter als der heutige Begriff des Vermögensrechts, da auch Familienrechte darin inkludiert sind.

tungen von anderen und auch Familienrechte umfasst. Das äußere *Mein und Dein* wird definiert als „*dasjenige außer mir, an dessen mir beliebigem Gebrauch mich zu hindern, Läsion (...) sein würde*“⁷⁹⁶. Nimmt man daher das äußere *Mein und Dein* als Maßstab, wird wohl *Bruno Huwiler* zustimmen sein, dass *Kant* nicht zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen unterscheidet. *Kant* geht jedoch weiter in seiner Analyse und beschreibt ausführlich den Rechtsgrund des Sachenrechts,⁷⁹⁷ wobei er sich dabei ausschließlich auf körperliche Dinge beschränkt.⁷⁹⁸ Sieht man die Sache als Objekt des Sachenrechts, ist daher die Ansicht von *Peter Kreutz* zutreffender.⁷⁹⁹ Die Diskussion zeigt aber auf, wie sehr sich die Ausführungen von *Kant* einer rein juristisch-dogmatisch geführten Analyse entziehen und zu mehrdeutigen Interpretationen führen können.

2.3.4. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts

Im CMBC findet sich der von *Pufendorf* und *Wolff* vertretene Sachbegriff wieder. Unter der Überschrift „*Von den Pflichten und Rechten in Ansehen Hab und Guts überhaupt*“ heißt es: „*Hab und Gut begreift alle zum menschlichen Gebrauche dienlichen Dinge, und diese sind entweder (...) beweglich oder unbeweglich, körperlich oder unkörperlich (...)*“.⁸⁰⁰ Als unkörperliche Dinge gelten solche, die in körperlicher Weise nicht begriffen werden können, das sind „*alle Rechte, Gerechtigkeiten, Dienstbarkeiten, Erbschaften, Klagen, Pflichten und Befugnisse*“; ob diese als beweglich oder unbeweglich gelten, ergibt sich aus der Qualität des Gegenstands, dem sie anhängen.⁸⁰¹ *Kreittmayr* äußert sich in seiner Kommentierung jedoch äußerst kritisch⁸⁰² zur Unterscheidung zwischen körperlicher und unkörperlicher Sache, sie sei jedoch aus keiner anderen Ursache im CMBC behalten worden, als „*jener, nach welcher man dem schon angewohnten gemeinen Schulschlendrian so vieles anderen nachzugeben für ratsam befunden hat*“⁸⁰³.

Das ALR differenziert zwischen einem weiten und einem engen Begriff der Sache. Unter den weiten Begriff der Sache fällt alles, was der Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein kann, Handlungen von Menschen inbegriffen.⁸⁰⁴ Dem wird ein enger Begriff der Sache entgegengesetzt, der Selbstständigkeit voraussetzt, „*vermöge deren es der Gegenstand eines*

796 *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 5 (56).

797 Dazu ausf 3.3.3.3.

798 S nur *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 11 (71).

799 Ebenso *Rüfner* in HKK I §§ 90–103 Rz 6.

800 II 1 § 1 CMBC.

801 II 1 § 9 CMBC.

802 Weiterführend dazu *Huwiler*, Begriff der Zession 109.

803 *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem II (1761) 400.

804 § 1 I 2 ALR.

dauernden Rechts sein kann“.⁸⁰⁵ Diese Einschränkung wird dahingehend ausgelegt, dass Obligationen nicht als Sachen iES angesehen werden könnten, da diese nur Mittel zur Erwerbung oder Erhaltung des Eigentums und somit nicht selbstständig seien; zudem seien diese nicht als dauerndes Recht zu qualifizieren.⁸⁰⁶ Dies wird von *Förster/Eccius* im Zusammenhang mit den Nützlichkeitsabwägungen des Naturrechts gebracht: Die Obligation selbst würde keinen Nutzen stiften, sondern nur die Inhalte der Obligation, zu denen diese verhelfen soll.⁸⁰⁷ Andere Rechte wie bspw Dienstbarkeiten seien jedoch sehr wohl vom engen Sachbegriff umfasst.⁸⁰⁸ Dementsprechend kommt es im ALR iW zu einer Einschränkung des Sachbegriffs gegenüber naturrechtlichen Positionen.

2.3.5. ABGB und Vorarbeiten

2.3.5.1. Vorarbeiten

Der Codex Theresianus definiert die Sache in Bezug zum Eigentum: Als Sachen werden allein Dinge verstanden, welche ihrer Natur nach Eigentum der Menschen sein können.⁸⁰⁹ Nicht als Sache gelten daher sakrale Gegenstände und unermessliche Objekte, die allen Menschen gemein sind, wie etwa Luft oder Wasser.⁸¹⁰ Ein eigener Abschnitt ist dabei den unkörperlichen Dingen – also jenen, die nur durch „den Verstand des Rechts“⁸¹¹ begriffen werden können – gewidmet,⁸¹² was *Gunter Wesener* dazu bewegt, von einem weiten Sachbegriff auszugehen, der sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen umfasst.⁸¹³ An diesem Befund sind jedoch Zweifel angebracht: Denn nach expliziter Anordnung fallen alle Gerechtigkeiten, wie auch Gerichtsbarkeit, Eigentum, Besitz- und Pfandrecht unter den Begriff des unkörperlichen Dings.⁸¹⁴ Es kann wohl nicht davon ausgegangen werden, dass Gerichtsbarkeit

805 § 3 I 2 ALR.

806 *Förster/Eccius*, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts I⁴ (Nachdruck 2019) 93 ff; *Koch*, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten I⁴ (1862) § 20 (110 f). Hierbei sei jedoch angemerkt, dass diese Kommentierungen eine beträchtliche Zeit nach dem Inkrafttreten des ALR verfasst wurden. Wie gezeigt werden wird, war dieser Zeitraum geprägt von wechselnden Vorstellungen zum Sachenrecht, weshalb nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Meinungen auf Grund des Zeitgeists verzerrt sind. Da dies die untersuchte These zum ABGB in keiner erkenntlichen Weise beeinflusst, soll dieser Problematik an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden.

807 *Förster/Eccius*, Theorie und Praxis I⁴ § 20 (94 f).

808 *Koch*, ALR I⁴ 110.

809 Codex Theresianus Teil II Cap. I § I Z 5.

810 Codex Theresianus Teil II Cap. I § I Z 8–9.

811 Codex Theresianus Teil II Cap. I § I Z 11.

812 Codex Theresianus Teil II Cap. I § VIII Z 205–220.

813 *Wesener* in FS Schrott 257.

814 Codex Theresianus Teil II Cap. I § VIII Z 206.

oder das Eigentum selbst Eigentum des Menschen sein können.⁸¹⁵ Darüber hinaus geht *v Harrasowsky* davon aus, dass mit den erwähnten Bestimmungen den Sachen die Rechte gegenübergestellt werden.⁸¹⁶ Dies würde eher dafür sprechen, dass im Codex Theresianus von einem engen Sachbegriff auszugehen ist, der nur körperliche Gegenstände erfasst.

Im Entwurf Horten findet sich die ausdrückliche Regel, dass auch unkörperliche Dinge als Sachen angesehen werden können. Nachdem ausführlich auf die Sacheigenschaft von Flüssen und Wegen eingegangen wird, findet sich die Anordnung, dass unkörperliche Dinge wie etwa Schuldforderungen, Rechtslagen oder andere Gerechtigkeiten zu den Sachen gehören.⁸¹⁷ Ob unkörperliche Sachen als beweglich oder unbeweglich gelten, hänge von der Natur der Sachen, auf die sie sich beziehen, ab.

Im Entwurf Martini wurden die allgemeinen Ausführungen zur Sache im Vergleich zum Entwurf Horten wesentlich gekürzt.⁸¹⁸ An den Anfang stellt *Martini* seine aus *De Lege Naturali Positiones* bekannte Definition der Sache: „*Sache im rechtlichen Sinne werden alle diejenigen Dinge genannt, welche von der Person unterschieden sind, und zu unserem Gebrauche dienen können.*“⁸¹⁹ Explizit erwähnt werden unkörperliche Sachen, die nur „*durch menschliche Begriffe*“ bestehen.⁸²⁰ Als solche gelten alle Rechte, wobei das Recht, Wild zu jagen und zu fischen, ausdrücklich genannt wird.⁸²¹

2.3.5.2. ABGB

In den Beratungen zum ABGB wurde die Sachdefinition von *Martini* – mit Ausnahme einiger kosmetischer Änderungen – in § 285 ABGB übernommen. Thematisiert wurde jedoch, inwiefern eine Differenzierung zwischen Sache iwS und Sache ieS vorgenommen werden soll, wobei – ähnlich wie im ALR –

815 Dies bestätigt sich auch darin, dass im Codex Theresianus von einem engen Eigentumsbegriff ausgegangen wird, s dazu weiterführend 4.2.3.5.

816 *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen II (1884) 34. Auch *Azzoni* sah Rechtsverhältnisse an Sachen als nicht zum Sachenrecht gehörig an, s mwN *Neschwara*, Quellen zur Kodifikationsgeschichte 54.

817 Entwurf Horten, Zweiter Teil, Erstes Kapitel, §§ 62 f.

818 Von 63 Bestimmungen auf 27.

819 Entwurf Martini, Zweiter Teil, Erstes HS, § 1. Im Urentwurf wurde diese Textierung geringfügig geändert: Es hieß nun „(...) welche von der Person unterschieden sind, und zu der Menschen Gebrauche diene“, vgl *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen V (1886) 80; *Ofner*, Urentwurf I 30.

820 Entwurf Martini, Zweiter Teil, Erstes HS, § 12.

821 Bei der Auswahl der Beispiele der Rechte nimmt *Martini* Bezug auf den Ursprung der Sachherrschaft durch Zueignung: Im ursprünglichen Zustand kamen alle Objekte gleichermaßen allen Menschen zu; erst durch die Zueignung erfolgte die Zuordnung von Objekt zu Subjekt. Hierbei ist augenscheinlich, dass das Recht zur Deckung von Grundbedürfnissen bereits im Urzustand Gegenstand einer Zuordnung sein konnte, s dazu weiterführend *Martini*, Lehrbegriff § 416 ff (158 ff).

auf die Selbstständigkeit abgestellt werden sollte.⁸²² Dem wurde aber nicht Folge geleistet.⁸²³ Die Definition der unkörperlichen Sache des Urentwurfs wurde jedoch deutlich geändert: Während im Urentwurf noch Beispiele für die körperliche Sache angegeben wurden und die unkörperliche Sache dadurch definiert wurde, dass sie „*nur durch menschliche Begriffe besteht*“, kam es durch die Beratungskommission zum Entfall der Beispiele für die körperliche Sache; die Definition der unkörperlichen Sache als jene, die nur durch menschliche Begriffe besteht, blieb jedoch zunächst noch aufrecht.⁸²⁴ Eine geringfügige Änderung der Definition der unkörperlichen Sachen in „*die zunächst nicht in die Sinne fallen*“ wurde in der Superrevision abgelehnt.⁸²⁵ Im revidierten und superrevidierten Entwurf des ABGB findet sich dabei noch die Einschränkung der Definition der unkörperlichen Sache, dass diese nur durch Begriffe besteht.⁸²⁶ Bedauerlicherweise kann aus den Beratungsprotokollen nicht nachvollzogen werden, unter welchen Umständen die Anpassung auf den momentan in Geltung stehenden Gesetzeswortlaut erfolgte. Mit *Pfaff/Hofmann* ist die Änderung aber wahrscheinlich durch *Zeiller* selbst erfolgt,⁸²⁷ der den – bereits vom Kaiser approbierten (!) – Gesetzestext noch korrigiert und teils erhebliche Umgestaltungen vorgenommen hat.⁸²⁸

2.3.5.3. Frühe Literatur

Die frühe Lit⁸²⁹ zum ABGB gibt Aufschluss darüber, wie der Sachbegriff interpretiert wurde. Allen voran ist hierbei die Kommentierung von *Zeiller* zu nennen, die besondere Einblicke in die Hintergründe des Gesetzgebers erlaubt. *Zeiller* setzt den Sachbegriff des § 285 ABGB in Beziehung zu *Kant* und bezeichnet Sachen als „vernunftlose Wesen“, die durch die Ordnung der Natur zu beliebigen Zwecken der vernünftigen Wesen bestimmt werden.⁸³⁰ Als Sache sieht er (i) leblose Gegenstände, (ii) lebende, aber vernunftlose Entitäten wie bspw. Tiere, (iii) die „Kraftäußerungen“ vernünftiger Wesen und (iv) die ausschließenden Rechte, von anderen Kraftäußerungen oder Handlungen und Unterlassungen zu fordern.⁸³¹ Zur unkörperlichen Sache führt er aus, dass die-

822 *Ofner*, Urentwurf I 214.

823 *Ofner*, Urentwurf I 215.

824 *Ofner*, Urentwurf I 218.

825 *Ofner*, Urentwurf II 517.

826 *Ofner*, Urentwurf II 690.

827 *Pfaff/Hofmann*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche I (1877) 110 f. (Fn 132).

828 S. auch *Schwind*, Der authentische Text des ABGB, ÖJZ 1949, 337 (337).

829 An dieser Stelle sollen nur Aussagen in direkter zeitlicher Nähe zum Inkrafttreten des ABGB Beachtung finden. Diese Meinungen werden der sog. Exegetischen Schule zugeordnet. Zu dieser weiterführend 2.3.6.1.1. Zum Sachbegriff der darauffolgenden Historischen Rechtsschule s. weiterführend 2.3.6.1.2.

830 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 285 (3).

831 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 285 (3).

se auch Rechte und Rechtsverhältnisse umfassen.⁸³² Er betont, dass dasjenige, was in den Gesetzen über Sachen gesagt werde, auch auf Rechte angewendet werden müsse; die explizite Erwähnung von Rechten neben Sachen diene nur der Verdeutlichung.⁸³³ Bei den Ausführungen zur unkörperlichen Sache bezieht sich *Zeiller* direkt auf den heutigen Gesetzeswortlaut und nicht auf jenen des revidierten und superrevidierten Entwurfs.

Interessante Einblicke in die frühe Interpretation des ABGB erlauben auch frühe italienischsprachige Kommentierungen zum ABGB.⁸³⁴ Denn das ABGB wurde 1816 auch in Lombardo-Venetien in Kraft gesetzt; bald darauf begann eine intensive Auseinandersetzung von italienischen Rechtsgelehrten mit dem ABGB: So bestanden bis in die 1830er Jahre drei Kommentare zum ABGB in deutscher Sprache und acht in italienischer.⁸³⁵ Besonders hervorzuheben ist dabei einerseits die Kommentierung von *Onofrio Taglioni*, der nach *Wilhelm Brauner* in Italien die Rolle von *Zeillers* Kommentierung einnahm.⁸³⁶ Als Beispiele für unkörperliche Sachen (*incorporali*) nennt er das Recht des Fischfangs, des Erbes, Servitute, Obligationen und alle anderen Rechte.⁸³⁷ Auch Geld sei als unkörperliche Sache zu qualifizieren – jedoch nicht das Metall, sondern nur dessen Quantität.⁸³⁸ Bedeutung komme der Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen insb für Fragen des Erwerbs von Besitz und Eigentum von unkörperlichen Sachen zu.⁸³⁹ *Guisepppe Carozzi*, der die ausführlichste Kommentierung des ABGB verfasste,⁸⁴⁰ verweist hinsichtlich der unkörperlichen Sache des ABGB auf die römisch-rechtlichen Grundlagen und folgerte, dass sämtliche Rechte als unkörperliche Sache qualifiziert werden könnten.⁸⁴¹ Es sei nicht schädlich, wenn Inhalt der Rechte eine körperliche Sache sei – wie bspw ein

832 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 292 (12).

833 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 292 (12).

834 Aus Gründen der wissenschaftlichen Transparenz sei darauf hingewiesen, dass an dieser und an folgenden Ausführungen iZm italienischer Kommentarliteratur des 19. Jahrhunderts eine Vorauswahl getroffen wurde: Inhaltlich analysiert wurden nur jene Seiten im Sinnzusammenhang, in denen in einer digital durchgeführten Volltextsuche der Begriff *incorp** aufgefunden wurde. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass weitere unterstützende bzw gegenläufige Argumentationen auffindbar sind. Da sich an dieser und an den folgenden Stellen die in den italienischen Kommentaren geäußerte Meinung iW mit den frühen deutschsprachigen Kommentierungen decken, scheint dem Verfasser diese Vorgangsweise im vorliegenden Kontext gerechtfertigt.

835 Ausf dazu *Brauner*, ABGB 239; *Ogris* in *Olechowski* (Hrsg), *Elemente europäischer Rechtskultur* 316.

836 *Brauner*, ABGB 240.

837 *Taglioni*, *Commentario al codice civile universale austriaco* 2 (1817) 181.

838 *Taglioni*, *Commentario* 3, 182.

839 *Taglioni*, *Commentario* 3, 182.

840 Sein bis § 956 ABGB laufender, unvollendeter Kommentar zählte 22 Bände.

841 *Carozzi*, *Giurisprudenza del codice civile generale della monarchia Austriaca* VIII (1820) 18.

Fruchtgenussrecht an einem Feld.⁸⁴² Wenn der Gesetzgeber das Wort der Sache verwende, sei immer auch ein Recht mitgemeint.⁸⁴³

2.3.6. Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert

Wie bereits bei der Untersuchung der Stoffgliederung des ABGB angeklungen ist, kam es in der österreichischen Rechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jhds durch die Übernahme von Ergebnissen der deutschen Dogmatik zu einem wesentlichen Bruch in der Interpretation des ABGB, der zu einer Gliederung nach dem Pandektensystem geführt hat. Als Pandektistik oder Pandektenwissenschaft wird dabei eine Wissenschaftsrichtung bezeichnet, bei der die Bezeichnung bereits Einblick in das Arbeitsobjekt erlaubt.⁸⁴⁴ In dieser Untersuchung soll unter der Pandektistik bzw Pandektenwissenschaft jener Bereich der Rechtswissenschaft verstanden werden, der die Erforschung des Stoffs des Zivilrechts durch die Einordnung in das Pandektensystem propagiert; inhaltlich eng verbunden damit ist die Historische Rechtsschule, die in Österreich starken Einfluss hatte.⁸⁴⁵ An dieser Stelle soll daher der Frage nachgegangen werden, inwiefern es durch die pandektistisch orientierte Historische Schule zu einer Änderung der Konzeption des Sachbegriffs – wie dies das eingangs angeführte Zitat von *Kupisch* nahe legt – gekommen ist. Dafür muss aber zuerst die Pandektistik in der österreichischen Rechtswissenschaft des 19. Jhds verortet und ihre ideengeschichtlichen Grundlagen beleuchtet werden.

2.3.6.1. Exkurs: Entwicklung der österreichischen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert

Die österreichische Rechtswissenschaft im 19. Jhd war durch einen Paradigmenwechsel geprägt. Während die Literatur in der ersten Hälfte des Jhds der sog Exegetischen Schule⁸⁴⁶ zugerechnet wurde, kam es unter dem Einfluss von *Joseph Unger* mit der Historischen Rechtsschule in der zweiten Hälfte des Jhds zu einer wesentlichen Neuorientierung im Geist der Pandektistik.⁸⁴⁷

842 *Carozzi*, *Giurisprudenza* VIII 19.

843 *Carozzi*, *Giurisprudenza* VIII 19.

844 So *Schlosser*, *Privatrechtsgeschichte*¹⁰ 152.

845 Diese Begriffsbildung erfolgt mit Blick auf das hier verfolgte, dogmatische Forschungsinteresse. Etwaige Abgrenzungsproblematiken zwischen der Pandektistik und der Historischen Rechtsschule insb in Deutschland sind hier nicht weiter von Relevanz.

846 Der Begriff „Exegetische Schule“ ist eine durchaus pejorativ verwendete Fremdbezeichnung. Um Missverständnisse zu vermeiden, soll dieser aber in der Folge dennoch verwendet werden. S dazu weiterführend *Wendehorst* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), 200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation 24 f.

847 Dabei ist die Historische Rechtsschule deutlich besser erforscht als die Exegetik, die weitgehend unbearbeitet blieb, s dazu weiterführend *Brauneder*, *Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich*, ZNR 1983, 22 (23).

2.3.6.1.1. Exegetische Schule

Die österreichische Exegetische Schule kennzeichnet sich dadurch, dass der Text des ABGB als Ausgangspunkt der rechtswissenschaftlichen Forschung angenommen wurde und nach den in §§ 6 f ABGB festgelegten Prinzipien für die Gesetzesauslegung vorgegangen wurde.⁸⁴⁸ Der Beginn der exegetischen Schule wird dabei bereits vor dem Inkrafttreten des ABGB datiert: So finden sich bereits zum Teil-ABGB aus dem Jahr 1786 Darstellungen, die sich der exegetischen Methode verschrieben haben.⁸⁴⁹ Abgesehen von Zeillers Kommentierung des ABGB verloren die Werke der exegetischen Schule etwa ab 1850 an Bedeutung bzw wurden zur Seite gedrängt.⁸⁵⁰

2.3.6.1.1.1. Dogmatischer Ansatz

Der Name der Exegetischen Schule war auch ihr Programm: Ihr Inhalt war die Exegese des ABGB bzw des Teil-ABGB.⁸⁵¹ Dabei knüpfte sie an die Methode der Auslegung des gemeinen Rechts im *usus modernus* an, wendete diese nun aber auf die neuen Gesetzesbestimmungen an.⁸⁵² Ziel war es, (vermeintliche) Widersprüche im ABGB selbst, solche des ABGB zu anderen Rechtsquellen und das Verhältnis der Bestimmungen des ABGB zueinander zu klären sowie unscharfe Begriffe zu präzisieren.⁸⁵³ Die Regelungen des ABGB sind somit das primäre Erkenntnisobjekt der exegetischen Schule.

Die Methode der exegetischen Schule richtete sich nach den Vorgaben der §§ 6 f ABGB.⁸⁵⁴ Dementsprechend wurde der Schlüssel zur Normauslegung im ABGB selbst verortet.⁸⁵⁵ Dies bedeutet nach Braunereder jedoch nicht, dass es zu einem starren Anhaften an den Wortlaut des Gesetzes gekommen wäre.⁸⁵⁶ So wurden die Regelungen des ABGB zur Normauslegung durchaus mit Wertungen anderer Rechtsordnungen kontrastiert⁸⁵⁷ und auf verschiedene Sprachfassungen des ABGB zurückgegriffen.⁸⁵⁸ Offene Kritik an den Bestimmungen und Wertungen des ABGB bzw offene Rechtsfortbil-

848 Vgl Wendehorst in FS 200 Jahre ABGB 84.

849 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 20 ff; Braunereder, Europäische Privatrechtsgeschichte 127; Braunereder, ZNR 1983, 22 (23).

850 Braunereder, ABGB 239.

851 Coing, Europäisches Privatrecht II (1989) 54.

852 MwN zur Methode des *usus modernus* im Vergleich zur Exegetischen Schule Braunereder, ABGB 230.

853 Braunereder, Europäische Privatrechtsgeschichte 128.

854 Braunereder, ABGB 230; Wendehorst in FS 200 Jahre ABGB 84.

855 Ogris, Die historische Schule der österreichischen Zivilistik, in FS Lentze (1969) 449 (450).

856 Braunereder, ABGB 232; aA Ogris, Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert (1968) 7.

857 Vgl Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 21.

858 Dies scheint angesichts der Auslegung des Unionsrechts besonders modern, s dazu weiterführend Braunereder, ZNR 1983, 22 (28 f).

dungen sucht man bei der exegetischen Schule freilich vergebens⁸⁵⁹ – was angesichts ihrer Zielsetzung nicht weiter verwundert, aber auch dem autoritären Klima des Vormärz geschuldet war.⁸⁶⁰ *Wilhelm Brauner* hat jedoch nachgewiesen, dass sehr wohl verdeckte Rechtsfortbildungen – also eine Weiterentwicklung des Rechts mit der Behauptung, die betroffene Norm habe seit jeher die unterstellte Behauptung gehabt – durch Autoren der Exegetischen Schule vorgenommen wurden.⁸⁶¹ Dementsprechend wird davon ausgegangen, dass die österreichische Exegetische Schule nicht mit der französischen *Ecole de l'exégèse* gleichgestellt werden kann, die durch eine äußerst strenge Gesetzesbindung geprägt war.⁸⁶² Für die österreichische Exegetische Schule kann rechtswissenschaftliche Erkenntnis daher ausschließlich durch Auslegung des positiven Rechts erfolgen, wobei man diese Beschränkung nicht übermäßig streng einhielt.

2.3.6.1.1.2. Außerrechtliche Umstände

Dem dieser Untersuchung zu Grunde gelegten Rechtsverständnis folgend soll nun in groben Strichen auf historische Begleitumstände der Exegetischen Schule hingewiesen werden, die es erlauben, deren Genese und Schicksal besser zu verstehen. Einen instruktiven und durch die Arbeiten von *Hans Lentze* gut erforschten Einblick in die historischen Umstände der Exegetischen Schule erlauben die Universitätsreformen insb in Hinblick auf das rechtswissenschaftliche Studium. Hierbei kristallisieren sich die Interessensgegensätze heraus, die auch bei der Gesetzwerdung und -auslegung von Bedeutung waren.

Dem ist vor auszuschicken, dass es im 18. Jhd zum Ausbau einer gemeindeutschen Rechtswissenschaft kam, wobei die österreichischen Rechtsfakultäten in Gemeinschaft mit katholischen deutschen Rechtsfakultäten standen.⁸⁶³ Seit der thesesianischen Reform 1753 war neben der Unterrichtung im Landbrauch und dem gemeinen Recht auch die Vermittlung einer dem Josephinismus entsprechenden Weltanschauung Ziel des Universitätsstudiums; zu diesem Zweck wurde das Naturrecht vermittelt.⁸⁶⁴ Ein signifikanter Bruch erfolgte durch den Niedergang des Heiligen Römischen Reichs im Jahr 1806, der auch Auswirkungen auf die Organisation des rechtswissenschaftlichen Stu-

859 *Brauner*, ZNR 1983, 22 (27).

860 *Lentze*, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (1962) 72.

861 Mit Nachweisen zur Personenmehrheit, zum Miteigentum und der ehelichen Gütergemeinschaft, s *Brauner*, ZNR 1983, 22 (28 ff).

862 *Brauner*, ABGB 237 f; *Brauner*, Europäische Privatrechtsgeschichte 131.

863 Davor gab es mit dem *jus commune* eine gemeineuropäische Rechtswissenschaft. S dazu weiterführend *Lentze*, Naturrecht und historische Schule in der österreichischen Rechtswissenschaft, Wissenschaft und Weltbild 1970, 38 (38).

864 *Lentze* bezeichnet den Josephinismus dabei treffend als „Kompromiss zwischen dem Geist der Aufklärung und dem Geistesgut der katholischen Tradition Österreichs“, s dazu weiterführend *Lentze*, Wissenschaft und Weltbild 1970, 38 (39).

diums hatte: Es sollte eine Trennung von der deutschen Rechtswissenschaft herbeigeführt werden.⁸⁶⁵ Mit der Umsetzung dieses Vorhabens für das rechtswissenschaftliche Studium wurde niemand geringerer als *Zeiller* beauftragt, der dieses Vorhaben im Jahr 1810 – also unmittelbar vor Inkrafttreten des ABGB – vollendete.⁸⁶⁶ Die praktische Verwendbarkeit des Wissens im Staatsdienst und der Geist des Josephinismus standen im Mittelpunkt der universitären Wissensvermittlung, Vorlesungen im deutschen Staatsrecht und in Reichsgeschichte wurden ausgesetzt, die Lehre des römischen Rechts wurde stark eingeschränkt.⁸⁶⁷ Obwohl *Zeiller* das Ende des gemeinen Rechts gekommen sah, wurde das Studium des gemeinen Rechts noch einstweilig beibehalten, da auch nach der Einführung des ABGB noch Fälle nach diesem zu entscheiden waren.⁸⁶⁸ Nach *Artur Steinwenter* maß *Zeiller* dem römischen Recht dabei keinen eigenen Bildungswert zu, da alles „was an ihm brauchbar war“ in das ABGB eingeflossen sei.⁸⁶⁹ Dieser kurze Einblick zeigt, wie stark der Zeitgeist in den Anfangszeiten der Exegetischen Schule durch das Streben nach einer rein österreichischen Rechtswissenschaft – und damit einhergehend auch durch einen Bruch mit der Vergangenheit einer gemeindeutschen Rechtswissenschaft – geprägt war.

2.3.6.1.1.3. Bewertung

Die Bewertung der Leistungen der Exegetischen Schule war lange Zeit durch den Blickwinkel, den die Historische Rechtsschule von dieser hatte, geprägt.⁸⁷⁰ Auf Grund der deutlichen Unterschiede in der Methodik ist diese Bewertung durchwegs negativ. So wird den Autoren der Exegetischen Schule generell – teils mit bemerkenswerten Formulierungen⁸⁷¹ – ein Mangel an

865 *Ogris*, Entwicklungsgang 5 f.

866 Diese in der Rechtsdogmatik wenig bekannte Episode aus *Zeillers* Leben wird als die „Krone“ in seinem Lebenswerk angesehen, s *Lentze*, Universitätsreform 62.

867 Diese wurden als Luxusfächer angesehen, s *Lentze*, Die österreichische Rechtswissenschaft vor dem Jahre 1848, in Vietor (Hrsg.), Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum Jahre 1848 (1968) 157 (165).

868 Dies hat den Hintergrund, dass nach dem josephinischen Gesetzbuch nur das Personenrecht einer Regelung zugeführt wurde, das Vermögensrecht wurde noch weiterhin nach dem gemeinen Recht beurteilt. „Altfälle“ mussten somit auch nach Inkrafttreten des ABGB noch nach dem gemeinen Recht beurteilt werden. Eine völlige Abschaffung war angedacht. S dazu weiterführend *Lentze*, Universitätsreform 66 ff; *Steinwenter* in *GedS Koschaker* I 414; *Pfaff/Hofmann*, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche I (1877) 36 f.

869 *Steinwenter* in *GedS Koschaker* I 414.

870 So bezieht sich *Schey* in seiner Kommentierung in der ersten Auflage seiner Klang-Kommentierung direkt auf *Unger* und *Pfaff* und bezeichnet die Exegetische Schule tw als Periode der Stagnation, s *Schey* in *Klang* I¹, Einleitung (21).

871 ZB *Unger*: „Wer, in der Schule der heutigen gemeinrechtlichen Jurisprudenz gebildet, sich an jene Aufsätze macht, der wird manche Stelle zu wiederholten Malen lesen müssen, um sich zu überzeugen, dass ihr Inhalt ernstlich gemeint ist“. *Unger*, System I 645.

wissenschaftlicher Methodik vorgeworfen;⁸⁷² ihre Arbeit erschöpfe sich in einem „*mechanischen Reproduzieren des Gesetzeswortlauts und einem logischen, Pointieren und Piquieren*“⁸⁷³. Diese Kritik ging auch in die rechtshistorische Beurteilung der Exegetischen Schule ein: So wurde va von *Werner Ogris* die fehlende Kritik des Gesetzes und die fehlenden eigenständigen wissenschaftlichen Leistungen der Exegetischen Schule bemängelt.⁸⁷⁴ Gegen diese negative Beurteilung der Exegetischen Schule hat sich in jüngerer Zeit Widerstand gebildet. So versucht va *Wilhelm Brauner* durch den Nachweis von Fällen der Privatrechtsfortbildung durch die Exegetische Schule dem Befund entgegenzutreten, dass sich diese auf die reine Wiedergabe des Gesetzestextes beschränke.⁸⁷⁵ Von *Hans Lentze* werden die Leistungen der Obersten Justizstelle hervorgehoben, die das ABGB durch sinnvolle Erwägungen der Vernunft und Billigkeit ausgelegt habe.⁸⁷⁶ *Gerhard Oberkofler* bezeichnet die frühen Werke der Exegetischen Schule als „*Meisterstücke dialektischer Polemik*“.⁸⁷⁷ *Christiane Wendehorst* spricht mit Bezug auf *Franz Xaver Nippel* davon, dass die Exegetische Schule „*hervorragende und kritisch denkende Juristen hervorgebracht*“⁸⁷⁸ habe. Eine abschließende Bewertung der wissenschaftlichen Leistungen der Exegetischen Schule steht bis dato jedoch aus, da diese – anders als die Historische Rechtsschule – vergleichsweise selten Gegenstand rechtshistorischer Forschungen ist.⁸⁷⁹

Freilich kann auch hier keine umfassende Bewertung der Einzelleistungen der Exegetischen Schule vorgenommen werden. Für die untersuchte Fragestellung kann der Befund, dass sich die Exegetische Schule bloß auf eine Wiederholung des Gesetzestextes beschränkte, nicht geteilt werden. So sind durchaus auch tiefgehende, von teleologischen Gedanken getragene Auslegungen auffindbar, die die Leserschaft des 21. Jhds durchaus zu überraschen vermögen.⁸⁸⁰ Eine allgemeine Stellungnahme kann jedoch zum von der Histori-

872 Instrukтив dazu die Bewertung der einzelnen Kommentare bei *Pfaff/Hofmann*. So wird etwa zu *Nippels* Kommentierung zwar anerkannt, dass „der Verfasser redlich bestrebt [sei], jede Frage selbst durchzuprüfen und oft trifft er das Richtige. Doch macht sich überall der Mangel wissenschaftlicher Methode fühlbar“. *Pfaff/Hofmann*, Kommentar I 61 ff; *Unger* konstatiert bei den Autoren der Exegetischen Schule eine ungenügende wissenschaftliche Bildung, s *Unger*, System I 645 ff.

873 *Unger*, Ueber den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs, in *Schletter* (Hrsg), Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung (1855) 353 (354 f).

874 *Ogris*, Entwicklungsgang 7 f.

875 S va *Brauner*, ZNR 1983, 22.

876 *Lentze*, Universitätsreform 73.

877 *Oberkofler*, Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft (1984) 15.

878 *Wendehorst* in FS 200 Jahre ABGB 84.

879 S *Brauner*, ZNR 1983, 22 (23).

880 Besonders hervorzuheben ist dabei die Kommentierung von *Nippel*, in der früh eigenständige Gedanken – etwa zu § 1120 ABGB – formuliert wurden, denen die Rsp und spätere Kommentarliteratur gefolgt sind.

schen Rechtsschule geäußerten Hauptkritikpunkt – der mangelnden Wissenschaftlichkeit der Exegetischen Schule – abgegeben werden. Denn diese Kritik ist aus der Sicht der Rechtswissenschaft des 21. Jhds, bei der die Rechtsauslegung ohne Bezugnahme auf überpositive Konzepte durch die Regelungen selbst erfolgt, durchaus bemerkenswert: Eine Interpretation des ABGB nach den Grundsätzen der §§ 6 f ABGB gilt nicht in dem Sinne als unwissenschaftlich, dass durch eine unrichtige Herangehensweise per se eine nicht nachvollziehbare oder falsche Rechtsauslegung resultiert. Vielmehr entspricht die Methodik der Exegetischen Schule in ihrer Herangehensweise weitgehend jener der Zivilrechtswissenschaft des 21. Jhds, der sich auch die vorliegende Untersuchung verschrieben hat, was freilich nicht bedeutet, dass die distanzlose Bearbeitung des Rechtsstoffs noch heute *lege artis* ist.⁸⁸¹ Es ist daher vielmehr zu konstatieren, dass das Wissenschaftskonzept der Historischen Rechtsschule von den heutigen Auffassungen abweicht.

Um die Kritik von Anhängern der Historischen Rechtsschule an der Exegetischen Schule einordnen zu können, muss man sich das Wissenschaftskonzept der Historischen Rechtsschule vor Augen führen.⁸⁸² Dieses orientiert sich nach *Savignys* Marburger Methodenlehre an der Wissenschaftslehre der damals zeitgenössischen Philosophie.⁸⁸³ Von großer Bedeutung ist hierbei der Wissenschaftsbegriff *Immanuel Kants*, der in seinen *Metaphysischen Anfangsgründen der Naturwissenschaften* aus dem Jahr 1786 ausführt:⁸⁸⁴ „Eine jede Lehre, wenn sie ein System, d. h. ein nach Prinzipien geordnetes Ganze der Erkenntnis sein soll, heißt Wissenschaft.“⁸⁸⁵ Daraus folgt ein engerer Wissenschaftsbegriff als der heute geläufige: Rechtswissenschaft wäre demnach nur als solche zu bezeichnen, wenn sie ein nach Prinzipien geordnetes System erforscht.⁸⁸⁶ Systembildung ist somit nach der Historischen Rechtsschule die Grundaufgabe der Rechtswissenschaft, die den Juristen vom bloßen Kompilator von Rechtssätzen

881 Freilich sei hier noch hinzugefügt, dass mittlerweile die Normkritik als rechtspolitische Anmerkung häufig von der dogmatischen Analyse getrennt wird; zweitens setzt erstere nicht zwingend voraus.

882 Eine andere mögliche Erklärung für den Vorwurf der fehlenden Wissenschaftlichkeit lässt sich freilich im Paradigmenwechsel zwischen Exegetischer Schule und Historischer Rechtsschule erblicken, der nach *Thomas S. Kuhn* regelmäßig dazu führt, dass den Anhängern der älteren Schule die Wissenschaftlichkeit abgesprochen wird, s dazu weiterführend *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen³ (1978) 33 ff.

883 S weiterführend *Wilhelm*, Savignys überpositive Systematik, in Blühdorn/Ritter (Hrsg), Philosophie und Rechtswissenschaft (1969) 123 (125).

884 Dieser Zusammenhang findet sich bei *Kambartel*, „System“ und „Begründung“ als wissenschaftliche und philosophische Ordnungsbegriffe bei und vor Kant, in Blühdorn/Ritter (Hrsg), Philosophie und Rechtswissenschaft (1969) 99 (105).

885 *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft (1787) Vorrede IV.

886 Diese Beobachtung deckt sich nahtlos mit dem Umstand, dass in der Historischen Rechtsschule die Systemdarstellung als die höchste Form der wissenschaftlichen Arbeit angesehen wird.

unterscheidet.⁸⁸⁷ Aus diesem Wissenschaftskonzept folgt aber unschwer, dass der Behandlung des ABGB außerhalb von derartigen Systemdarstellungen – also in Gesetzeskommentaren und Zeitschriftenbeiträgen⁸⁸⁸ – aus der Sicht der Historischen Rechtsschule keine Wissenschaftlichkeit zukommt. Diese Vorstellung der Wissenschaftlichkeit befindet sich freilich in einem Spannungsverhältnis mit den heutigen Methoden und Publikationsformen der Rechtswissenschaft. So seien Systementwürfe nach *Wilhelm* als „*Antithese zur rationalistischen Dogmatik*“ anzusehen, da es nicht zu einer Konstruktion einer rationalen Ordnung, sondern vielmehr zu einer Rekonstruktion einer dem Recht immanenten, überpositiven Einheit komme.⁸⁸⁹ Dementsprechend ist eine Neubewertung der Leistungen der Exegetischen Schule durchaus an der Zeit.⁸⁹⁰

2.3.6.1.2. Historische Rechtsschule

Während in Österreich mit der Studienreform 1810 eine Hinwendung zum kodifizierten Recht unter Hinzunahme des Naturrechts erfolgte,⁸⁹¹ nahm die Rechtswissenschaft in Preußen eine völlig andere Wendung: Das Naturrecht wurde weitgehend verworfen und das ALR hintangesetzt; stattdessen kam es unter dem maßgeblichen Einfluss von *Friedrich Carl v Savigny*⁸⁹² zu einer Hinwendung zum römischen Recht. Als Kopf und Begründer der sog Historischen Rechtsschule war sein Programm die Erneuerung der Rechtswissenschaft, die auf dem Fundament des klassischen römischen Rechts erfolgen sollte.⁸⁹³ Dabei kam der deutschen gemeinrechtlichen Dogmatik im 19. Jhd auch die Aufgabe zu, das fehlende gemeinsame Gesetzbuch zu ersetzen.⁸⁹⁴ Anders war die Situation freilich in Österreich, wo mit dem ABGB eine Privatrechtskodifikation vorhanden war und seit der Studienreform 1810 dem römischen Recht – wie gesehen – nur ein untergeordneter Platz

887 MwN zu Savigny *Caroni*, Savigny und die Kodifikation, ZRG Germ. 1969, 97 (112).

888 Zu den bei der Exegetischen Schule vertretenen Literaturgattungen aus *Brauneder*, ABGB 233 ff.

889 *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert (1958) 60 ff.

890 Auf Grund dieser seit den 70er Jahren des 20. Jhds erfolgten Neubewertung der Exegetischen Schule im rechtswissenschaftlichen Diskurs kann es als äußerst unglücklich bezeichnet werden, dass in der aktuellen, dritten Auflage des Klang-Kommentars keine eigenständige Würdigung der Geschichte der Rechtswissenschaft vorgenommen wird, sondern nur auf die – aus heutiger Sicht wohl historisch verfälschte – Kommentierung von *Schey* in der ersten Auflage verwiesen wird.

891 So auch *Lentze*, Wissenschaft und Weltbild 1970, 38 (40).

892 Mit einer – in der deutschen Lit häufig vorkommenden – etwas heroisierenden Charakterisierung *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 383.

893 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 395.

894 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 458. Dies ist va darauf zurückzuführen, dass dem Deutschen Bund keine Gesetzgebungskompetenz zugekommen war. Zur Funktion der Pandektenwissenschaft als einigendes Band gegen die Rechtszersplitterung in Deutschland zu wirken auch *Ogris* in FS *Lentze* 475.

eingerräumt wurde. Erst ab 1854⁸⁹⁵ kam es unter maßgeblicher Beteiligung von *Joseph Unger* zu der Etablierung der Historischen Rechtsschule⁸⁹⁶ in Österreich, die – mit einem fast konträren Forschungsprogramm – somit die Nachfolge der Exegetischen Schule antrat. Nach *Schey* schwand der Einfluss der Historischen Rechtsschule kurz vor der Jahrhundertwende, als es wiederum zu einer Zurückbesinnung auf das ABGB kam.⁸⁹⁷

2.3.6.1.2.1. Dogmatischer Ansatz

Die Methodik der Historischen Rechtsschule wurde bereits früh durch ihren Begründer *Savigny* festgelegt. Nach seiner Marburger Methodenlehre aus dem Jahr 1802/03 muss die Rechtswissenschaft gleichermaßen historisch wie philosophisch sein.⁸⁹⁸ Philosophisch ist die Rechtswissenschaft demnach, soweit sie systematisch ist und versucht, die inneren Zusammenhänge der Rechtssätze auszuleuchten.⁸⁹⁹ Eine wesentliche Rolle spielt hierbei der romantische⁹⁰⁰ Begriff des Rechtsinstituts. Die Gesamtheit der Rechtsinstitute ergibt das System, das von der Rechtswissenschaft zu errichten ist.⁹⁰¹ Namensgebend ist jedoch die historische Komponente: So sei nach *Savigny* die würdigste Auffassung der Rechtswissenschaft jene höhere Idee, nach welcher die gesamte Rechtswissenschaft selbst nichts anderes sei als Rechtsgeschichte.⁹⁰²

895 Als Wendepunkt wird von *Schey* die Kommentierung von *Stubenrauch* angesehen, s *Schey* in Klang I¹, Einleitung (21). Wie sich jedoch zeigen wird, kann wohl erst mit *Unger* von einer tatsächlichen Übernahme des pandektistischen Gedankenguts ausgegangen werden.

896 Im Folgenden soll ausschließlich auf das Wirken der nationalhistorisch-systematischen Rechtsschule in ihrem romanistischen Zweig eingegangen werden, s zu den verschiedenen Zweigen der Historischen Rechtsschule und deren Vertretern *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte 133 ff.

897 *Schey* in Klang¹ I, Einleitung (21).

898 MWN *Wilhelm* in Blühdorn/Ritter (Hrsg), Philosophie und Rechtswissenschaft 123.

899 *Wilhelm* in Blühdorn/Ritter (Hrsg), Philosophie und Rechtswissenschaft 126. Damit im Einklang steht das Wissenschaftlichkeitskonzept von *Immanuel Kant*, s dazu bereits 2.3.6.1.1.3.

900 Der Begriff des Rechtsinstituts ist nach *Coing* der Rechtsphilosophie von *Friedrich Stabl* übernommen und bezeichnet die organische Einheit sachlich zusammengehöriger Einzelnormen, s *Coing*, Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft, in Simon (Hrsg), Gesammelte Aufsätze I (1982) 178.

901 Für eine ausführliche Darstellung der philosophischen Komponente der Historischen Rechtsschule darf auf die Schriften von *Wilhelm* verwiesen werden, insb *Wilhelm* in Blühdorn/Ritter (Hrsg), Philosophie und Rechtswissenschaft 124 ff; *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert (1958) 47 ff; für einen guten Überblick s auch *Boente*, Nebeneinander und Einheit 77 ff.

902 MWN zu *Savignys* Aussage in seiner Rezension zu Hugos Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts *Wilhelm*, Juristischen Methodenlehre 17.

Anspruch der Historischen Rechtsschule war es dabei, Philosophie und Geschichte zu vereinigen.⁹⁰³

Eine Abkehr von früheren rechtswissenschaftlichen Ansätzen stellte dabei die Funktion der Geschichtlichkeit dar.⁹⁰⁴ Für Savigny ist die Gegenwart etwas Gewordenes,⁹⁰⁵ denn jedes Zeitalter sei „in unauflöslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit“⁹⁰⁶. Dementsprechend stelle die Geschichte „den einzigen Weg zur wahren Erkenntnis unseres eigenen Zustandes“ dar.⁹⁰⁷ Die Vergangenheit präfiguriert bei Savigny – nach den Worten Caronis – somit die Gegenwart.⁹⁰⁸ Dies entspricht auch damaligen philosophischen Strömungen, die die Geschichte als „Offenbarung des Absoluten“ in der Zeit verstanden.⁹⁰⁹ Aus diesem Geschichtlichkeitskonzept zog Savigny weitgehende Folgerungen für seine Konzeption des Rechts. Denn auch das Recht sei Ergebnis von Vergangenem. Von Interesse ist dabei insb der Entstehungsgrund des Rechts bei Savigny, den dieser wie folgt zusammenfasst:

„Die Summe dieser Ansicht also ist, dass alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende, Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, d. h. dass es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers.“⁹¹⁰

Savignys Lehre besagt somit – so der spätere Befund von Jhering – „dass die Rechte nicht gemacht wären, sondern würden, dass sie hervorgingen, wie Sprache und Sitte, aus dem Innersten des Volkslebens und -denkens (...), dass nicht die Gesetzgebung, sondern das Gewohnheitsrecht die ursprüngliche Quelle des Rechts sei“.⁹¹¹ Seins- und Entstehungsgrund des Rechts ist dabei nach Savigny der Volksgeist, der als ein gemeinsames Bewusstsein der zur Einheit verbundenen Nation aufgefasst werden könne.⁹¹² Recht entsteht damit nicht von außen aufgezwungen, sondern aus den stillwirkenden Kräften

903 Böckenförde, Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in Collegium Philosophicum (1965) 9 (10).

904 Der Systembildungsgedanke war bereits zuvor im Bezug auf das Naturrecht bekannt, s dazu weiterführend Kreutz, Das Objekt 364.

905 Caroni, ZRG Germ. 1969, 97 (108).

906 Savigny, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, ZGR 1815, 1 (3).

907 Savigny, ZGR 1815, 1 (4).

908 Caroni, Gesetz und Gesetzbuch 251.

909 Mit Hinweis auf die frühen Werke von Schelling Wieacker, Privatrechtsgeschichte² 356.

910 Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814) 13 f.

911 Jhering, Friedrich Karl von Savigny, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 5 (1861) 354 (364).

912 Der Begriff des Volksgeistes lässt sich dabei insb auf Montesquieu zurückverfolgen. S zu alledem Wesenberg/Wesener, Privatrechtsgeschichte 174 f.

des Volkes,⁹¹³ wobei es einem gelehrten Juristenstand zukomme, das Recht weiterzubilden.⁹¹⁴ Dabei geht es *Savigny* nicht darum, einzelne Rechtsinstitute in ihrer Entwicklung durch einzelne Zeitabschnitte hindurch zu untersuchen; er beschränkt sich vielmehr auf das römische Recht – insb dabei das römische Frührecht und das justinianische Recht; spätere Rechtsentwicklungen werden als Abweichung bzw Entartung aufgefasst.⁹¹⁵ Der Volksgeist wird bei *Savigny* somit nicht empirisch-soziologisch, sondern vielmehr metaphysisch und kulturphilosophisch gebraucht;⁹¹⁶ dem Zeitgeist der Klassik entsprechend⁹¹⁷ liegt der Fokus ausschließlich auf der Wurzel, den justinianischen Quellen. Im Ergebnis was es das Programm der Historischen Rechtsschule, dem noch unverfälschten klassischen römischen Recht nachzuspüren und ihm zum Durchbruch zu verhelfen.

Die genuine Neuigkeit der Historischen Rechtsschule liegt darin, dass eine völlige Abhängigkeit aller Rechtsbildung vom Volksgeist – und somit mittelbar vom antiken römischen Recht – angenommen wird.⁹¹⁸ Da das Recht vom Volksgeist bereits vorgegeben wird, kommt dem Gesetzgeber – wie auch das Zitat von *Savigny* selbst illustriert – va eine den Volksgeist sichernde und nachhelfende Funktion zu.⁹¹⁹ Alle Rechtsquellen seien aber nach Maßgabe des gemeinen Rechts auszulegen und anzuwenden.⁹²⁰ Gesetzgeberische Neuerungen wie die naturrechtlichen Kodifikationen wurden dabei äußerst kritisch beurteilt. Dies zeigt sich insb in der Schrift *„Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“*⁹²¹ aus dem Jahr 1814, in der *Savigny* auch ausdrücklich auf das ABGB eingeht. *Savigny* verortet eine Vielzahl von Fehlern im ABGB, insb die Begrifflichkeiten seien *„teils zu sehr auf den bloßen Buchstaben des Römischen Rechts, teils auf das Missverständnis neuerer Kommentatoren desselben gegründet, was bei gründlicher Quellenkenntnis nicht mög-*

913 *Caroni*, ZRG Germ. 1969, 97 (134).

914 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 392.

915 *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 171.

916 *Böckenförde* in *Collegium Philosophicum* 14.

917 Zum Zusammenhang zwischen der Rückbesinnung auf die Antike in der (literarischen) Klassik und *Savigny* ausf *Kreutz*, Das Objekt 366 f; *Coing*, Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft, in *Simon* (Hrsg), *Gesammelte Aufsätze* I 184.

918 *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 174 f.

919 Diesbezüglich ist eine Evolution in *Savignys* Denken konstatierbar: Während er in seiner Methodenlehre noch das Gesetz als Rechtsquelle anerkannt hat, ist dies im „Beruf“ nicht mehr deutlich. Dies wird von *Caroni* auf den damals noch aktuellen Eindruck des Einflusses von Napoleon zurückgeführt. Später erkannte *Savigny* Gesetze wieder als Rechtsquelle an, s dazu weiterführend *Caroni*, ZRG Germ. 1969, 97 (135 f).

920 *Caroni*, ZRG Germ. 1969, 97 (152).

921 Diese stellte eine Erwiderung an die zuvor von *Savignys* Widersacher *Thibaut* formulierte Forderung nach einem gesamtdeutschen bürgerlichen Gesetzbuch dar, s dazu weiterführend *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 390.

lich gewesen wäre“⁹²². In der Folge wurden die Abweichungen des ABGB vom klassischen römischen Recht einer Kritik zugeführt.⁹²³ Er schließt mit dem berühmten Diktum, dass „die gegenwärtige Zeit keinen Beruf hat, ein Gesetzbuch zu unternehmen“,⁹²⁴ was auf die fehlende juristische Bildung – wohl hinsichtlich des römischen Rechts – zurückzuführen sei. Wenn ein Gesetzbuch eingeführt würde, soll das römische Recht als dessen Theorie fortgeführt werden.⁹²⁵ Der spezifische, überpositive Ansatz der Historischen Rechtsschule erlaubte es Savigny somit, als Maßstab für die neuen Kodifikationen zu fungieren und diese einer Kritik zuzuführen.⁹²⁶

In Österreich übernahm mit einiger Verspätung⁹²⁷ Joseph Unger das von Savigny konzipierte Programm der Historischen Rechtsschule. Damit einher ging einerseits die Orientierung am römischen Recht, andererseits eine grundsätzlich kritische Haltung gegenüber dem ABGB. Dabei ist nach Unger „der Schlüssel zum Verständnis eines Gesetzbuches anderswo als in diesem selbst“⁹²⁸ zu finden; durch die Anknüpfung an die deutsche Historische Schule könnten die Schleusen geöffnet werden, „um den reichen Strom deutscher Wissenschaft auf die brach liegenden Fluren der österreichischen Jurisprudenz zu leiten“⁹²⁹. Es kam somit mit Rückgriff auf die Ergebnisse der Pandektistik in Deutschland zu einer Überprüfung des ABGB auf seine Kongruenz mit gemeinrechtlichen Lehren,⁹³⁰ was einer Pandektenkur des ABGB gleichkam.⁹³¹

Bereits in seiner Antrittsrede „Ueber die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Rechts“⁹³² an der Universität Prag⁹³³ skizzierte Joseph Unger das wissenschaftliche Programm der österreichischen His-

922 Savigny, Beruf 98.

923 Savigny, Beruf 98–108.

924 Savigny, Beruf 108.

925 MwN Boente, Nebeneinander und Einheit 44.

926 Die Beurteilung des ABGB durch Savigny wird mittlerweile als von Vorurteilen geleitet und wenig fundiert qualifiziert. S dazu mwN Caroni, Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB, in FS Baltl (1978) 107 (113); Brauneder, ABGB 253 f; Wieacker, Privatrechtsgeschichte² 392; Ogris bezeichnet die Kritik von Savigny als „etwas leicht und schulmeisterlich“ s Ogris, Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert (1974) 153 (155).

927 Für Gründe der späteren Rezeption der Lehren Savignys s sogleich 2.3.6.1.2.2.

928 Unger, System I, Vorwort IX.

929 Unger, System I, Vorwort VI.

930 Caroni in FS Baltl 119; Ogris in FS Lentze 478 f.

931 Meissel, Joseph Unger und das Römische Recht – zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“, in Haferkamp/Repgen (Hrsg), Wie pandektistisch war die Pandektistik? (2017) 17 (20).

932 Bereits der Titel lässt eine gewisse Programmatik nicht vermissen.

933 Aus dieser stammt auch das Zitat, das an den Anfang dieser Untersuchung gestellt wurde.

torischen Rechtsschule.⁹³⁴ Er fordert die Anwendung der systematischen Methode, bei der die Rechtsinstitute einer genauen Untersuchung zugeführt werden.⁹³⁵ Er sieht dabei das Gesetz als Organ des Rechts; *„der Gesetzgeber mache nicht das Recht, sondern spreche das schon vorhandene Recht aus“*.⁹³⁶ Das ABGB wird als *„Aufzeichnung des damals in Österreich bestandenen Rechts mit jenen Modifikationen, welche der Gesetzgeber zu treffen für zweckmäßig fand“* aufgefasst;⁹³⁷ notwendig sei daher das Studium des älteren Rechts.⁹³⁸ Er räumt zwar ein, dass das ABGB das Gewohnheitsrecht abgeschafft habe (vgl. § 10 ABGB), jedoch könne ein noch so gelungenes Gesetzbuch nicht *„die rechtserzeugende Tätigkeit einer Nation in Bande legen“*.⁹³⁹ Das Gewohnheitsrecht entspreche dabei größtenteils dem wissenschaftlichen Recht.⁹⁴⁰ Zum Verhältnis zwischen dem römischen Recht und dem ABGB führt er aus, dass dort, wo eine Übereinstimmung des österreichischen Rechts mit dem römischen zu erkennen sei, von letzterem Gebrauch gemacht werden soll; nicht jedoch, wo der Gesetzgeber eine anders lautende Entscheidung getroffen habe.⁹⁴¹ In seinem System wird *Unger* dabei deutlicher: Bei der Auslegung des ABGB sei insb auf die Theorie des gemeinen Rechts abzustellen, wie sie zur Abfassung des ABGB bestand.⁹⁴² Denn es sei bei vielen Lehren unzweifelhaft, dass der Gesetzgeber sich die damalige gemeinrechtliche Theorie habe aneignen wollen, er spreche

*„das Resultat der Aneignung in wenigen oft nicht ganz zutreffenden Sätzen aus, oder er greift nur den ursprünglichen Ausgangspunkt und Keim eines Rechtsinstituts heraus, ohne damit und deshalb die ganze weitere Ausbildung desselben, wie sie im gemeinen Recht stattgefunden, ausschließen zu wollen.“*⁹⁴³

Diese Auffassung resultierte darin, dass in allen Fällen, in denen der Gesetzgeber ein gemeinrechtliches Rechtsinstitut benannte, ohne auf dessen gesamten Inhalt einzugehen, davon ausgegangen wurde, dass das gemeinrechtliche Institut in seiner Totalität übernommen wurde und kraft dieser Auslegung das

934 Zu dieser Rede aus *Meissel* in Haferkamp/Repgen (Hrsg), *Wie pandektistisch war die Pandektistik?* 23 ff.

935 *Unger*, wissenschaftliche Behandlung 12 ff.

936 *Unger*, wissenschaftliche Behandlung 18.

937 *Unger*, wissenschaftliche Behandlung 19.

938 AaO.

939 *Unger*, wissenschaftliche Behandlung 28.

940 *Unger*, wissenschaftliche Behandlung 29. In der Folge geht *Unger* ganz im Sinne von *Savigny* auf die Rolle des Juristenstands als Organ des Volksgeistes ein.

941 *Unger* nennt diesbezüglich etwa das Zessionsrecht, s *Unger*, wissenschaftliche Behandlung 21 f.

942 *Unger*, System I 83.

943 AaO.

gemeine Recht geltendes Recht sei.⁹⁴⁴ Teils wurde auch versucht, in den natürlichen Rechtsgrundsätzen das römische Recht wieder zu finden und somit generell als subsidiär geltendes Recht darzustellen.⁹⁴⁵ Es wurde somit gemeines Recht zum Auslegungsmittel des ABGB.⁹⁴⁶ Der tatsächlichen Intention des Gesetzgebers wurde dabei freilich keine Aufmerksamkeit geschenkt;⁹⁴⁷ das ABGB wurde vielmehr als „*Hindernis des Fortschritts*“ und „*Hemmschuh der Entwicklung*“ aufgefasst.⁹⁴⁸ Unger sah daher eine Revision des ABGB im Geist der Historischen Rechtsschule für unausweichlich an.⁹⁴⁹ Dieser dogmatische Ansatz führte dazu, dass das ABGB – insb von allem Anfang an das Sachenrecht⁹⁵⁰ – iSd Pandektenwissenschaften aus- und umgedeutet wurde,⁹⁵¹ was sich in vielen Fällen freilich nur mit „*Hilfe eines erklecklichen Maßes an juristischer Begriffsakrobatik verwirklichen ließ*“^{952, 953}

2.3.6.1.2.2. Außerrechtliche Umstände

Auch hinsichtlich der Historischen Rechtsschule bietet ein Blick auf die universitäre Lehre einen Einblick in die Zustände der Rechtswissenschaft der damaligen Zeit.⁹⁵⁴ Wieder kommt hier *Hans Lentze* das Verdienst zu, die wesentlichen Rahmenbedingungen aufgezeigt zu haben.⁹⁵⁵ Der Wendepunkt,

944 *Koschimbahr-Lyskowski* in FS ABGB I 251.

945 *MwN Koschimbahr-Lyskowski* in FS ABGB I 212.

946 *Ogris* in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert 167.

947 *Ogris* in FS Lentze 478.

948 *Unger*, System I (Vorrede VIII).

949 *Unger* in Schletter (Hrsg), Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 358.

950 *Ogris* in FS Lentze 486.

951 *Ogris*, Entwicklungsgang 15.

952 *Ogris* in FS Lentze 492.

953 In der vorliegenden Untersuchung finden sich eine Vielzahl von Belegen für diesen Befund. Ohne einen Vorgriff auf spätere Ergebnisse zu nehmen, kann hier zur Illustration nur auf die Diskussion zur Lehre von *titulus* und *modus acquirendi* verwiesen werden, die zwar zweifellos im ABGB verankert ist, jedoch bereits von *Unger* in seiner Antrittsrede als unrichtig angesehen wird. *Adolf Exner* sprach dieser „falschen Theorie“ jegliche normative Wirkung ab. Es erfolgte somit der – letztlich gescheiterte Versuch – das ABGB im Sinne des Abstraktionsprinzips umzuinterpretieren, s dazu weiterführend *Holzweber/Isola*, Das Verfügungsgeschäft im österreichischen Privatrecht, ÖJA 2024, 1 (4 ff); *Stagl*, Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger, ZEuP 2007, 37; *Huber*, Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip, in FS Canaris I (2007) 471 (473); *Ogris* in FS Lentze 485; *Till*, Versuch einer Rechtfertigung der Theorie vom *titulus* und *modus acquirendi*, in FS ABGB II (1911) 381 (390 ff); *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht (1867) 84 ff.

954 Wenig überraschend kritisierte *Unger* die Universitätsreform 1810 scharf. S *Unger* in Schletter (Hrsg), Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 356.

955 Grundlegend war dessen Werk *Lentze*, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (1962).

der den Aufstieg der Historischen Rechtsschule in Österreich begünstigte, war dabei die Revolution im Jahr 1848, an deren Spitze sich eine im Josephinismus und im Naturrecht gebildete, liberale Studentenschaft befand.⁹⁵⁶ Nach der Niederschlagung der Revolution ergab sich die politische Notwendigkeit einer Universitätsreform,⁹⁵⁷ bei der Graf *Leo Thun-Hohenstein*, ein Mann, „an dessen konservativer und antirevolutionärer Haltung kein Zweifel bestand“, als Minister des Kultus und Unterrichtes federführend beteiligt war.⁹⁵⁸ Dieser war der Ansicht, dass die Juristenausbildung im Geist des Naturrechts versagt habe, da diese die jüngere Juristengeneration nicht im konservativen Sinn beeinflusst, sondern „in ihren revolutionären und liberalen Ideen offenbar nur bestärkt hatte“.⁹⁵⁹ Ziel der Studienreform war dabei die Etablierung einer antirevolutionären national-konservativ ausgerichteten Rechtswissenschaft,⁹⁶⁰ wobei insb das ABGB⁹⁶¹ sowie das Naturrecht verdächtigt wurden, den Revolutionsgeist zu stärken.⁹⁶² Wesentliches Element der Universitätsreform⁹⁶³ war dabei die Überwindung der Revolution durch die Berufung „von durch Gesinnung und Wissenschaft geeigneter Universitätslehrer“⁹⁶⁴.

Die Anhänger der Historischen Rechtsschule waren in einem besonderen Maße geeignet, *Thun-Hohensteins* Anforderungen zu erfüllen.⁹⁶⁵ So wurde *Savigny* als glühender Gegner von revolutionärem bzw aufklärerischem Gedankengut,⁹⁶⁶ Kritiker der Etablierung von universellen Menschenrechten⁹⁶⁷ und Unterstützer der feudalen Gesellschaft wahrgenommen⁹⁶⁸ und galt als

956 Ogris in FS Lentze 347; Lentze, Universitätsreform 90.

957 Nur am Rande erwähnt soll der Umstand werden, dass bei der Universitätsreform des Jahres 1848 auch das Habilitationsverfahren in Österreich eingeführt wurde, vgl Lentze, Universitätsreform 29.

958 Lentze, Universitätsreform 34.

959 Ogris in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert 162 f.

960 Meissel in Haferkamp/Repgen (Hrsg), Wie pandektistisch war die Pandektistik? 21.

961 Insb die Gewährleistung von angeborenen Rechten wurde dabei als problematisch befunden, s weiterführend Hoop, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge 47.

962 Caroni, Gesetz und Gesetzbuch 271; Ogris in FS Lentze 452.

963 Durch die Studienreform kam es auch zu einer Verstärkung des römischen Rechts und der Rechtsgeschichte in der universitären Lehre. Weiterführend dazu Lentze, Wissenschaft und Weltbild 1970, 38 (42 ff).

964 Lentze, Universitätsreform 89.

965 Es gilt als weitgehend unstr., dass die Historische Rechtsschule im Vormärz keinerlei Einfluss in Österreich erreicht hatte, vgl Ogris in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert 159.

966 Zu Savignys Gegnerschaft zur Französischen Revolution Coing, Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft, in Simon (Hrsg), Gesammelte Aufsätze I 179; Böckenförde in Collegium Philosophicum 13.

967 MvN Fezer, Teilhabe und Verantwortung 264.

968 Caroni, Gesetz und Gesetzbuch 271.

überaus kaisertreu.⁹⁶⁹ Die Historische Rechtsschule war geprägt durch eine konservativ-romantische Grundgesinnung.⁹⁷⁰ In einer 1852 gehaltenen Rede über die Zukunft der Zivilrechtswissenschaft in Österreich, die Zeitgenossen als „*Schmäherei auf das bürgerliche Gesetzbuch*“ erachteten,⁹⁷¹ ließ *Thun-Hohenstein* keinen Zweifel an seinen Wünschen an die künftige Ausrichtung der Zivilrechtsdogmatik. Er meinte, dass dem ABGB eine philosophische Schule zu Grunde liege, die das bürgerliche Recht nicht auf „*die höhere sittlich gegründete Ordnung geschichtlich gegebener Verhältnisse*“ konstruiert habe, weshalb die österreichische Jurisprudenz von den historischen Grundlagen losgerissen sei.⁹⁷² Während die Rechtswissenschaft in Österreich, die „*aufgewachsen in blinder Anbetung des ABGB, das sie als jurdisches Evangelium betrachteten und vor dem sie sich wie vor einem Götzen in stummer Verehrung niederwarfen*“, verdorrt sei, habe sie in Deutschland unter *Savigny* floriert.⁹⁷³ Er schloss mit der Formulierung eines politischen Programms: Die Gesamtmonarchie soll „*in den Bereich des gemeinen Rechts der deutschen Universitätswissenschaft eingegliedert werden*“⁹⁷⁴. In *Thun-Hohenstein*, der die deutsche Pandektenwissenschaft nach Österreich verpflanzen wollte,⁹⁷⁵ fand die Historische Rechtsschule somit einen mächtigen Fürsprecher.

Heute würde der Prozess der Universitätsreform als „Top-down“ bezeichnet werden.⁹⁷⁶ Besonders betroffen war dabei das rechtswissenschaftliche Studium. Die Auswahl von Professoren sah *Thun-Hohenstein* als seine persönliche Aufgabe; ein Mitspracherecht der Fakultäten bestand nicht.⁹⁷⁷ Ein Vorschlag der Fakultät zur Besetzung einer Lehrkanzel für Strafrecht wurde etwa verworfen, weil diese nur Vertreter der exegetischen Richtung berücksichtigt hatte.⁹⁷⁸ Die Abberufung des vorhergehenden Inhabers der Lehrkanzel *Anton Hye* – nach *Lentze* der „*bedeutendste Kopf der österreichischen Rechtswissenschaft*“⁹⁷⁹ wird in Zusammenhang mit dessen Ablehnung der Historischen Rechtsschule und Parteinahme für *Thibault*, dem Gegenspieler von *Savigny*, gesehen.⁹⁸⁰ Es kann daher *Werner Ogris* zuge-

969 Ausf dazu *Hoop*, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge 180 ff.

970 *Krentz*, Das Objekt 372.

971 So ein Zitat des damaligen Präsidenten des Reichsrats *Kübeck v Kübau*, s mwN *Lentze*, Wissenschaft und Weltbild 1970, 38.

972 *Lentze*, Universitätsreform 109.

973 AaO.

974 *Lentze*, Universitätsreform 110.

975 *Lentze*, Universitätsreform 105.

976 *Lentze* spricht davon, dass die Reform „*diktatorisch von oben vorgeschrieben wurde*“, s *Lentze*, Universitätsreform 104; zu den Friktionen zwischen *Thun-Hohenstein* und den Universitäten weiterführend *Oberkofler*, Studien 155 ff.

977 *Lentze*, Universitätsreform 114 f.

978 *Lentze*, Universitätsreform 142 f.

979 *Lentze*, Universitätsreform 134.

980 *Lentze*, Universitätsreform 134 ff.

stimmt werden, dass durch *Thun-Hohenstein* mittels einer gezielten Postenpolitik eine Beeinflussung der Rechtsdogmatik stattfand.⁹⁸¹

Die für die Zivilrechtsdogmatik wichtigste „Personalmaßnahme“ von *Thun-Hohenstein* betraf zweifellos *Joseph Unger*. Denn während für die neu errichteten rechtshistorischen Lehrkanzeln deutsche Gelehrte herangezogen werden konnten, war dieser Weg für das Zivilrecht verschlossen;⁹⁸² es galt daher – nach den Worten von *Werner Ogris* – „einen Anfänger in der akademischen Laufbahn zu finden, der aus Österreich stammte und dazu fähig und bereit war, vorbehaltlos auf die von *Thun* gewiesene Richtung einzuschwenken“⁹⁸³. *Joseph Unger* erfüllte diese Voraussetzungen⁹⁸⁴ und war darüber hinaus mit großem juristischen Talent ausgestattet, sodass dieser bereits mit 25 Jahren als außerordentlicher Professor an der Universität Prag ernannt und – weiterhin unter schützender und fördernder Hand von *Thun-Hohenstein* – später zum Erneuerer der österreichischen Rechtswissenschaft im Geist der Historischen Rechtsschule wurde. *Unger* wird dabei zugeschrieben, dass er es als seine Lebensaufgabe erachtet habe, „die großen *Savignyschen Anschauungen von Recht und Gesetz in Österreich einzuführen*“; das österreichische Recht sollte daher in die Spur der deutschen Tradition zurückgebracht werden.⁹⁸⁵ Die Ernennung zum Ordinarius an der Universität Wien erfolgte dabei im unmittelbaren Zusammenhang damit, die Lehren der Exegetischen Schule zurückzudrängen.⁹⁸⁶ Die Heranführung an die deutsche Rechtswissenschaft war daher in der Zeit von *Thun-Hohenstein* somit zumindest politisch gewünscht.⁹⁸⁷

Josef Ungers Wirken beschränkt sich bekanntlich nicht nur auf seine dogmatischen Arbeiten, die ihn zum wahrscheinlich wirkungsmächtigsten österreichischen Rechtswissenschaftler des 19. und beginnenden 20. Jhds machten.⁹⁸⁸ Er gehörte als Präsident des österreichischen Reichsgerichts auch zu den Mitinitiatoren der drei Teilnovellen des ABGB während des

981 *Ogris* in FS Lentze 456.

982 *Wesener*, Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, in FS *Werner Ogris* (2010) 577 (582).

983 *Ogris* in FS Lentze 457.

984 Wegen seines jüdischen Glaubensbekenntnisses und des Umstands, dass sich *Unger* anfänglich für *Hegel* begeisterte, war dies in den damaligen politischen Verhältnissen nicht unmittelbar klar, s weiterführend *Ogris* in FS Lentze 457.

985 *Losano*, Der Briefwechsel *Jherings* mit *Unger* und *Glaser* (1996) 47.

986 *Lentze*, Universitätsreform 142.

987 Ebenso krit zu den Auswirkungen der Lehren der Historischen Rechtsschule auf die Sachenrechtsdogmatik *Isola*, Zur Frage der Notwendigkeit einer ‚dinglichen Einigung‘ bei der Übereignung nach österreichischem Recht, Typoskript Universität Wien (2023) 18 ff.

988 Später änderte sich auch *Ungers* Haltung zum ABGB, *Ogris* spricht davon, dass er „Frieden mit dem ABGB geschlossen hat“, s *Ogris* in FS Lentze 495; *Staudegger* geht davon aus, dass sich der „späte *Unger*“ von seinem romanistischen Frühwerk abgewendet hat, s *Staudegger* in FS *Mader* 331.

Ersten Weltkriegs,⁹⁸⁹ wobei er nun das ABGB durchaus positiv betrachtete.⁹⁹⁰ Dabei zeigt sich, dass die Regelungen des (dinglichen) Sachenrechts weitgehend unangetastet blieben, wiewohl diese aus der Perspektive der – von der Historischen Rechtsschule maßgeblich beeinflussten – hL durchaus revisionsbedürftig waren.⁹⁹¹ Auch hier sind außerrechtliche Umstände ausschlaggebend: Auf Grund der großen provinziellen Unterschiede insb im Bereich des Immobiliarsachenrechts sah man sich angesichts des übergeordneten Ziels der Erhaltung der Einheit der Monarchie nicht mehr in der Lage, das Sachenrecht zu novellieren.⁹⁹² Der historische Gesetzgeber führte dabei in den Materialien explizit aus, dass die Teilnovellen „*nur eine Reihe von Einzelkorrekturen, die zur Zeit möglich sind, ohne auf technisch-juristische oder auch wirtschaftspolitische oder staatspolitische Hindernisse zu stoßen*“ beinhalten;⁹⁹³ eine – tatsächlich nie erfolgte – „*unaufschiebbare ganze Reform des Privatrechts*“ sollte nach dem (Ersten Welt-)Krieg stattfinden.⁹⁹⁴ Der österreichischen Historischen Rechtsschule blieb somit versagt, was der deutschen Pandektistik gelungen war:⁹⁹⁵ die Schaffung eines umfassenden bürgerlichen Gesetzbuches nach ihren Vorstellungen.

2.3.6.1.2.3. Bewertung

Wiewohl der österreichischen Historischen Rechtsschule die vollständige Revision des ABGB verwehrt blieb, waren ihre Auswirkungen auf die Zivilrechtsdogmatik erheblich. Dieser Einfluss ist – wie sich insb in der vorliegenden Untersuchung zeigen wird – auch in der heutigen Rechtswissenschaft noch hochpräsent; häufig wird *Joseph Unger* als letzte Instanz für Problemstellungen der zivilrechtlichen Grundsatzdogmatik herangezogen. Eine umfassende kritische Auseinandersetzung mit der Frage, ob und inwiefern die Lehren der Historischen Rechtsschule auf Grund ihres methodischen Ansatzes für die Auslegung des ABGB herangezogen werden können – insb wenn diese die Normen aus der Stammfassung betrifft – ist jedoch bislang noch nicht erfolgt; auch die außerrechtlichen Umstände bei der Ge-

989 *Stagl*, ZEuP 2007, 37 (53).

990 *MwN Hoop*, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge 56.

991 *Dölemeyer*, Die Teilnovellen zum ABGB, in Hofmeister (Hrsg), Kodifikation als Mittel der Politik (1986) 49 (51).

992 *MwN Dölemeyer* in Hofmeister (Hrsg), Kodifikation als Mittel der Politik 51; dies klingt auch im Bericht der Kommission für Justizgegenstände an, vgl HB 78 BlgHH, 21. Sess 5.

993 HB 78 BlgHH, 21. Sess 5.

994 Kaiserliche Verordnung v 19. 3. 1916 über die dritte Teilnovelle zum ABGB (1916) 30.

995 So wird das BGB als Leistung der Historischen Rechtsschule angesehen, s *mwN Kaser* in *GedS Koschaker* I 554; differenzierend dazu *Haferkamp*, Gesetzgebung in der historischen Schule, in *FS Neumayr* I (2023) 107 (118 ff).

nese der Historischen Schule und das verfolgte Ziel der Angleichung an die deutsche Dogmatik wurden im Diskurs weitgehend außer Acht gelassen.⁹⁹⁶

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Methodik der Historischen Rechtsschule erfolgte bereits aus rechtsgeschichtlicher Perspektive. Denn während die systematisch-philosophischen Leistungen der Historischen Rechtsschule weitgehend anerkannt sind,⁹⁹⁷ wird ihr rechtshistorischer Ansatz heute auf breiter Front abgelehnt. So besteht weitgehend Konsens darüber, dass durch die einseitige Orientierung am klassischen römischen Recht die Arbeitsweise der Historischen Schule als ahistorisch bezeichnet werden kann.⁹⁹⁸ Es handle sich um das bewusste Anknüpfen an die Geschichte iS einer Geschichtstheorie, wobei die Geschichte als determinierter Vorgang aufgefasst wird, der einem Sachzusammenhang folgt; die Historische Rechtsschule sei nach *Böckenförde* somit geprägt von einem ungeschichtlichen Historismus.⁹⁹⁹ An die Stelle der historischen Untersuchungen, die sich die Historische Rechtsschule an die Fahnen geheftet hatte, trat das Programm der Wiederherstellung des „reinen“ römischen Rechts,¹⁰⁰⁰ was als „*einseitiger Doktrinarismus*“ bezeichnet wird.¹⁰⁰¹ Auch bei der Interpretation des ABGB wurde va das gemeine Recht herangezogen, das einheimische Recht, das Naturrecht und das kanonische Recht wurden nur als „*methodisches Alibi*“ verwendet.¹⁰⁰² Anders als in der hier verfolgten Herangehensweise wurde Geschichte daher nicht verwendet, um die Norm „*zum Sprechen zu bringen*“; vielmehr wurde die Norm zur Stützung des eigenen historischen Verständnisses herangezogen. Geschichte hat in der Historischen Rechtsschule somit die – aus heutiger Sicht nur bedingt tragfähige – Funktion der Begründung und Legitimation für die Anknüpfung am antiken römischen Recht.

996 Einen durchaus kritischen Überblick, der vielfältige Möglichkeiten für weitere Forschungsansätze aufzeigt, findet sich bei *Wendehorst* in FS 200 Jahre ABGB; zur Diskussion an Hand der pandektistischen Rechtsfigur des Verfügungsgeschäfts s *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024, 1 (4 f).

997 So weist etwa *Werner Ogris* darauf hin, dass die Historische Rechtsschule durch ihr wissenschaftliches Rüstzeug viele Probleme erstmals erkannte und darstellte, s *Ogris* in FS Lentze 490; freilich wird der Schritt von der Historischen Rechtsschule zur Begriffsjurisprudenz durchaus kritisiert, s dazu weiterführend *F. Bydlinski*, System 62 ff.

998 S etwa *Kreutz*, Das Objekt 363; *Behrends*, ZRG RA 2008, 25 (28); *Hofmeister*, Naturrechtliches Ideengut als Ursache von Auslegungsschwierigkeiten im ABGB, in FS Grass (1986) 269 (285); *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 171; *Coing*, Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft, in Simon (Hrsg), Gesammelte Aufsätze I 185 f; *Caroni*, ZRG Germ. 1969, 97 (98); *Ogris* in FS Lentze 474; *Ogris*, Entwicklungsgang 12; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 419.

999 *Böckenförde* in Collegium Philosophicum 16.

1000 So das Diktum von *Kaser* in GedS Koschaker I 547.

1001 *Wilhelm*, Juristischen Methodenlehre 32.

1002 *Ogris* in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert 170.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die fehlende Geschichtlichkeit bei der Auslegung eines bestehenden Gesetzbuches wie dem ABGB. Denn nach dem Programm von *Joseph Unger* soll das römische Recht nur dann zur Auslegung des ABGB herangezogen werden, wenn eine Übereinstimmung zwischen dessen Grundsätzen und dem römischen Recht besteht; andernfalls hätte dies zu unterbleiben.¹⁰⁰³ Freilich wurde – wie gezeigt – von einer großzügigen Bezugnahme des ABGB auf römisch-rechtliche Wertungen ausgegangen, so weit das Sachenrecht betroffen war. Diese unterstellte bevorzugte Bezugnahme der Redaktoren des ABGB auf das römische Recht ist freilich aus heutigem Wissensstand nicht geschichtlich verbürgt: Zwar lobte *Zeiller* insb das römische Sachenrecht, er sah aber im Vergleich zum römischen Recht durchaus veränderte Verhältnisse und eine abweichende Regierungs-, Polizei- und Gerichtsverfassung.¹⁰⁰⁴ Völlig unstr ist heute, dass das römische Recht im ABGB keine subsidiäre Geltung aufweist,¹⁰⁰⁵ eine Geltung des älteren positiven Rechts bestehe über § 7 ABGB nur insoweit, „*als es der natürlichen Gerechtigkeit, oder, wie man sich wohl noch häufiger ausdrückt, mit der natürlichen Billigkeit, übereinstimmt*“¹⁰⁰⁶. Das römische Recht kann daher nur insoweit als geltendes Recht angesehen werden, als dass es den natürlichen Rechtsgrundsätzen entspricht.¹⁰⁰⁷ Spätestens mit der Veröffentlichung der Beratungsprotokolle durch *Ofner* wurde auch die These, dass sich die Redaktoren des ABGB bei der Ausgestaltung der Normen von gemeinrechtlichen Rechtsinstituten leiten ließen, weitgehend obsolet.¹⁰⁰⁸ Demgemäß ist durchaus fraglich, inwiefern die Erkenntnisse der Historischen Rechtsschule zur Interpretation der Normen des ABGB, die diese maßgeblich im Sinn des gemeinen Rechts auslegen, herangezogen werden können, ohne den Boden des positiven Rechts zu verlassen.

Zu diesen – vollinhaltlich geteilten – Kritikpunkten der Lit an der Historischen Rechtsschule sollen noch zwei konzeptionelle Erwägungen hinzugefügt werden. Die erste betrifft die Besonderheiten der Rezeption des römischen Rechts in Österreich im Vergleich zum sonstigen deutschsprachigen Raum. Denn wie gezeigt konnte das römische Recht in Österreich deutlich schwerer Fuß fassen als in anderen mitteleuropäischen Ländern.¹⁰⁰⁹ Es wäre daher in der

1003 *Unger*, wissenschaftliche Behandlung 21 f.

1004 MWN *Mohnhaupt*, Zeillers Rechtsquellenverständnis, in *Selb* (Hrsg), Forschungsband Franz von Zeiller (1980) 167 (171).

1005 S etwa *Völkel* in *Barta/Palme/Ingenhaeff* (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 291; *Koschembahr-Lyskowski* in FS ABGB I 211.

1006 *Zeiller*, Besprechung von *Schömann*, in Vorbereitung zur neuesten Oesterreichischen Gesetzeskunde² (1811) 227, zitiert nach *Mohnhaupt* in *Selb* (Hrsg), Forschungsband Franz von Zeiller 171.

1007 *Koschembahr-Lyskowski* in FS ABGB I 234; s dazu aber bereits *Zeiller*, Privatrecht¹ 48 f.

1008 *Ogris* folgert daraus, dass mit der Veröffentlichung der Beratungsprotokolle der Niedergang der Historischen Rechtsschule begann, s *Ogris* in FS *Lentze* 494 f.

1009 Vgl 3.3.2. (insbes Fn 1517).

Doktrin der Historischen Rechtsschule durchaus begründungsbedürftig, weshalb der „österreichische Volksgeist“¹⁰¹⁰ durch die gemeinrechtliche Doktrin gleichermaßen beeinflusst ist wie andere deutschsprachige Jurisdiktionen. Der zweite, für das positive Recht viel erheblichere Punkt betrifft den Stand des römischen Rechts, der als relevant für die Auslegung des ABGB herangezogen werden kann. Denn selbst wenn die Redaktoren den Willen gezeigt hätten, die römischen Rechtsinstitute inhaltlich im ABGB zu verwirklichen, so könnte dies nur jene römisch-rechtlichen Wertungen und Rechtssätze betreffen, die zum Zeitpunkt der Gesetzwerdung des ABGB bereits bekannt waren.¹⁰¹¹ Dies betrifft insb die *Gaius Institutionen*, die erst nach Inkrafttreten des ABGB im Jahr 1816 entdeckt wurden, sowie die vielfältigen Erkenntnisse¹⁰¹² der deutschen Gemeinrechtswissenschaft des 19. Jhds: Diese können schon grundsätzlich in einem positiven Rechtskonzept nicht in die Normauslegung einfließen. Ein dynamischer Verweis des Gesetzgebers, dass alle künftigen Erkenntnisse zum römischen Recht für die Auslegung des ABGB in die Betrachtung mit einfließen müssen, erfolgte jedenfalls nicht. Dementsprechend könnte allenfalls ein Verweis auf das römische Recht in seiner Konzeption des späten 18. Jhds vorliegen.

In ihrer Methodik steht die vorliegende Untersuchung in einem Spannungsfeld mit den Lehren der Historischen Rechtsschule. Denn für eine rechtswissenschaftliche These wird hier vorausgesetzt, dass diese von einer anerkannten Rechtsquelle mit anerkannten Mitteln der Auslegung gewonnen werden muss. Der Volksgeist und das gemeine Recht sind dabei unstr keine durch den Gesetzgeber anerkannten Rechtsquellen neben dem ABGB. Auf Grund einer gemeinrechtlichen Regelung kann somit nicht ohne Weiteres auf die Auslegung des ABGB geschlossen werden. Grundsätzlich zulässig ist es indes, auf die Absichten des Gesetzgebers bei der Auslegung des ABGB abzustellen. Es muss aber im Einzelfall nachweisbar sein, dass der Gesetzgeber tatsächlich eine Übernahme von gemeinrechtlichen Wertungen beabsichtigte.¹⁰¹³ Sofern eine solche Absicht nicht feststellbar ist, fehlt es an einer intersubjektiven Nachprüfbarkeit der Normauslegung nach Maßstab des gemeinen Rechts; diese müsste verworfen werden, da sie nicht im positiven Recht verankert werden kann. Als außerpositiver Faktor müsste die Beeinflussung des ABGB durch das gemeine Recht als gesetzlich nicht fundiertes Axiom akzeptiert werden; überprüfbar wäre nur die korrekte Ableitung einer Aussage da-

1010 Diesem wollte Zeiller Rechnung tragen, s *Mohnhaupt* in Selb (Hrsg), Forschungsband Franz von Zeiller 175 ff.

1011 Bei den Kodifikationsbemühungen waren mit *Martini* und *Zeiller* stets Professoren des römischen Rechts involviert, s weiterführend *Völkl* in Barta/Palme/Ingenhaeff (Hrsg), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* 289.

1012 Nach *Unger* war der Aufschwung des römischen Rechts in Deutschland so mächtig, „dass man in 30–40 Jahren leistete, wozu sonst nur Jhde hinreichten“, s *Unger* in *Schletter* (Hrsg), *Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* 355.

1013 Dies ist etwa bei der *actio Publiciana* der Fall, s *Zeiller*, *Commentar* 2.1 § 372 Rz 1 (144).

von. In vielerlei Hinsicht handelt es sich aber wohl um nichts weiter als um eine Scheinbegründung für die Übernahme von Wertungen der deutschen Rechtswissenschaft, was im späten 19. Jahrhundert opportun erschien. Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies jedoch nicht, dass die Lehren der Historischen Rechtsschule generell verworfen werden müssten. Es muss jedoch stets ein kritischer Blick darauf gewahrt werden, dass die Stellungnahmen der Historischen Rechtsschule mit den anerkannten rechtswissenschaftlichen Methoden im ABGB verortet werden können.

2.3.6.1.3. *Synthese*

Die vorgenommene Betrachtung der österreichischen Rechtswissenschaften im 19. Jhd offenbart einen massiven Bruch: Während die Exegetische Schule Erkenntnisse nur aus dem ABGB selbst schöpfte, war für die Historische Rechtsschule im Anschluss an die damalige deutsche Dogmatik das römische Recht die primäre Erkenntnisquelle, wobei es iW darum ging, durch die Übernahme der Ergebnisse der deutschen Rechtswissenschaft „durch die Hintertür“ auf eine einheitliche Rechtslage hinzuwirken.¹⁰¹⁴ Dabei zeigte sich, dass eine derartige Methodik nur eingeschränkt mit dem Konzept einer umfassenden Zivilrechtskodifikation in Einklang zu bringen ist. Daraus folgten zahlreiche Umdeutungen der Normen des ABGB, die in der eingangs konstatierten Diskrepanz zwischen Zivilrechtsdogmatik und Gesetzeswortlaut resultierte. Es kann daher prägnant zusammengefasst werden, dass die Historische Rechtsschule – auch soweit ihre Lehren nicht in den Teilnovellen des ABGB berücksichtigt werden konnten – weitgehende Auswirkungen auf das ABGB zeitigte.

Nach diesen Schlaglichtern kann festgestellt werden, dass der Übergang von der Exegetischen Schule zur Historischen Rechtsschule in Österreich einem Paradigmenwechsel iSv *Thomas S. Kuhn* gleichkam.¹⁰¹⁵ Seither herrscht auch für das österreichische Sachenrecht die Auslegung nach einem pandektistischen Paradigma vor. Es zeigt sich aber, dass die „wissenschaftliche Revolution“ im ABGB – zumindest nicht ausschließlich – auf bessere Argumente oder einen Fortschritt im wissenschaftlichen Verständnis zurückzuführen war, sondern auch andere Einflussfaktoren – wie im vorliegenden Fall der politische Wille der Angleichung an die deutsche Dogmatik – für eine Änderung der Anschauungen verantwortlich waren.¹⁰¹⁶ Die Sondersituation, die wir im ABGB vorfinden, ist, dass zwar die Rechtswissenschaft das Paradigma der

1014 Vgl *Haferkamp* in FS Neumayr I 108.

1015 *Kuhn*, Struktur wissenschaftlicher Revolutionen³ 25 ff.

1016 In diesem Kontext wird auch die Tendenz verständlich, dass die Leistungen der Exegetischen Schule durch die Anhänger der Historischen Rechtsschule systematisch negativ bewertet und für unwissenschaftlich erklärt werden. Denn es gehört zum Wesen von Paradigmenwechseln, dass alte Schulen verschwinden; diejenigen, die sich noch zu einer alten Ansicht bekennen, „werden einfach nicht mehr zur Fachwissenschaft gezählt, ihre Arbeit daraufhin ignoriert“, vgl *Kuhn*, Struktur wissenschaftlicher Revolutionen³ 33.

Historischen Rechtsschule noch weitgehend weiterträgt – was sich besonders illustrativ an der unumstrittenen Gliederung des Rechtsstoffs nach dem Pandektensystem zeigt; der Gesetzgeber hat dieses Paradigma aber – zumindest im (dinglichen) Sachenrecht – nicht umgesetzt.¹⁰¹⁷ Die wissenschaftliche Bearbeitung des (dinglichen) Sachenrechts steht somit vor einem Dilemma: Entweder es wird dem herrschenden Paradigma gefolgt und die Diskrepanz zum ABGB vertieft oder aber es wird dem Paradigma eine Absage erklärt – wobei dies wohl mit dem Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit einhergeht. Dieses Dilemma wird durch den Umstand verstärkt, dass die Rechtswissenschaft – wie aufgezeigt – die Minimierung von Systemwidersprüchen zum Ziel hat. Im Diskurs ist es somit deutlich wahrscheinlicher, dass Einwände gegen ein Paradigma ignoriert oder für unzutreffend erklärt werden, als dass es zu einer Anpassung des Systemverständnisses kommt. Im Bewusstsein dieses Umstands muss eine nicht axiomatisch vorgehende Untersuchung den Fokus darauf legen, Widersprüchlichkeiten aufzudecken, die bei einer durch das pandektistische Paradigma geprägten Interpretation des ABGB entstehen und deren wissenschaftliche Fundierung zu überprüfen. Daher wird diesem Paradigma und den Lehren der Historischen Rechtsschule ein breiter Raum eingeräumt, besonderes Augenmerk liegt jedoch darauf, inwiefern deren Auslegungsergebnisse mit den Absichten des Gesetzgebers übereinstimmen.

2.3.6.2. Sachbegriff

Nach den exkursartigen Ausführungen zur Methodik der Historischen Rechtsschule und der Pandektistik bildet sich die Erwartungshaltung, dass die Pandektistik – gestützt auf das klassische römische Recht – einen weiten, körperliche wie unkörperliche Sachen umfassenden Sachbegriff propagiert. Dies ist jedoch nicht der Fall: Der enge, nur auf körperliche Gegenstände beschränkte Sachbegriff wird häufig direkt auf *Savigny* zurückgeführt. Obwohl bereits zuvor vereinzelt für einen engen Sachbegriff plädiert wurde,¹⁰¹⁸ wird *Savigny* dabei als Hauptverantwortlicher dafür gesehen, dass dem BGB – anders als dem ABGB – ein enger Sachbegriff zu Grunde liegt.¹⁰¹⁹

1017 Es ist freilich auch ein eminentes verfassungsrechtliches Problem, wenn Wertungen, die der Gesetzgeber nicht übernehmen wollte bzw konnte, über den Umweg der dafür nicht legitimierten Wissenschaft in das Gesetz hineingelesen werden.

1018 IdZ kann *va Darjes* genannt werden, der ebenso von einem engen Sachbegriff ausgegangen ist. S weiterführend *Kämper*, Forderungsbegriff 38 ff; darüber hinaus wird teils davon ausgegangen, dass *Kant* für einen engen Sachbegriff plädierte, wobei hier teils Zusammenhänge mit der Position von *Savigny* gesehen werden, s dazu ausf *Kreutz*, Das Objekt 191 ff; *Eggel*, Begründung 322 ff.

1019 Zur Genese des engen Sachbegriffs des § 90 BGB ausf *Kreutz*, Das Objekt 79 ff; *Rüfner*, *Savigny und der Sachbegriff des BGB*, in *Leible/Lehmann/Zech* (Hrsg), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht* (2011) 33 (43 ff); *Rüfner* in *HKK I* §§ 90–103 Rz 9. Zur Kritik am engen Sachbegriff des BGB mit vielen Nachweisen *Stöcker*, *Dinglichkeit und Absolutheit* (1966) 44 ff.

Die Position von *Savigny* zum Sachbegriff lässt sich durch mehrere Werke hindurch nachvollziehen. Bereits in seinem ersten großen Werk *„Recht des Besitzes“* aus dem Jahr 1803 plädierte er indirekt für einen engen Sachbegriff, indem er einräumt, dass er *„stillschweigend vorausgesetzt“* habe, *„dass aller Besitz sich nur auf Körper beziehen könne“*¹⁰²⁰. Dies begründet er damit, dass im antiken römischen Recht nur die Störung des Eigentums, nicht aber die Beeinträchtigung einer Rechtsausübung als Besitzstörung aufgefasst wurde – *Savigny* räumt aber zugleich ein, dass er für seine Auffassung keine eindeutige Quelle anführen könne.¹⁰²¹ Dabei kritisiert er den *gaianischen* Begriff der *iuris (quasi) possessio*, da damit die Herrschaft über eine körperliche Sache mit der tatsächlichen Ausübung eines Rechts vermengt würde.¹⁰²² Im weiten Sachbegriff sah *Savigny* überdies später einen Hauptkritikpunkt am ABGB. Er ging davon aus, dass der Sachbegriff des ABGB so allgemein ist, dass *„kaum etwas ist, was nicht Sache heißen könnte“* – dadurch würden aber Besitz und Eigentum gleichermaßen *„gestaltlos und unbrauchbar werden“*.¹⁰²³ Ein direkter Bezug zum engen Sachbegriff findet sich erst in *Savignys* Spätwerk, wobei man auch hier vergeblich nach einer systematischen Darstellung des Objektbegriffs oder nach Literaturnachweisen sucht.¹⁰²⁴ Dabei führt er aus:

*„(...) Die unfreie Natur kann von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begrenzung; ein so begrenztes Stück derselben nennen wir Sache, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte: das Recht an einer Sache, welches in seiner reinsten und vollständigen Gestalt Eigentum heißt.“*¹⁰²⁵

Auch der österreichische Zweig der Historischen Rechtsschule stieß sich am weiten Sachbegriff des ABGB.¹⁰²⁶ So geht *Joseph Unger* davon aus, dass die Redaktoren des ABGB am römisch-rechtlichen Konzept der *res incorporalis* anknüpfen wollten, weshalb *„für das richtige Verständnis dieses Paragraphen [§ 292 ABGB] und zur Beurteilung ob und inwieweit ihm jene Reproduktion des römischen Rechts gelungen sei an dieses angeknüpft werden“* müsse.¹⁰²⁷ Dem österreichischen Gesetzgeber sei ein Irrtum unterlaufen, wenn er dem technischen Begriff der Sache die unjuristische Bedeutung als Ding unter-

1020 *Savigny*, Das Recht des Besitzes (1803) 116.

1021 *Savigny*, Recht des Besitzes 116 f; krit zur Interpretation der *res* durch die Pandektistik *Thomas*, A.P.D. 1980, 413 (414).

1022 Vgl. *Rüfner* in *Leible/Lehmann/Zech* (Hrsg), Unkörperliche Güter im Zivilrecht 39.

1023 *Savigny*, Beruf 99.

1024 Dazu kritisch *Krentz*, Das Objekt 188 ff.

1025 *Savigny*, System I 338.

1026 Vgl. *Ogris* in FS *Lentze* 483; illustriert am Beispiel der tatsächlichen Sachbeherrschung *Staudegger* in FS *Mader* 328.

1027 *Unger*, System I 356.

stellt hätte,¹⁰²⁸ ein Recht sei keine unkörperliche Sache, sondern ein unkörperliches Ding.¹⁰²⁹ Wie gefährlich das Konzept der unkörperlichen Sache sein könnte, zeige sich im Rechtsbesitz, der „*doch nicht etwa aus § 292 ABGB zu erklären sein wird*“¹⁰³⁰. An anderer Stelle setzt er fort: „*Es gibt kein ideelles unkörperliches Objekt, welches Sache im technischen Sinn wäre und woran an dieser ein dingliches Recht stattfinden könnte*“¹⁰³¹ – was wohl als erste Konzeption der zu überprüfenden Ausgangsthese aufgefasst werden kann.

Unger verwendet den engen Sachbegriff auch als Ausgangspunkt der Kritik an der Gliederung des ABGB. Der Begriff des persönlichen Sachenrechts sei demnach zu eng, da „*er nur solche Leistungen umfasst, welche dem Berechtigten eine (körperliche) Sache verschaffen, also Sachleistungen im weiteren Sinn (Geben im weiteren Sinn)*“.¹⁰³² Die *obligatio faciendi* sei daher nach Unger nicht umfasst. Völlig außer Acht lässt er dabei aber § 303 ABGB, wonach auch Kopf- und Handarbeiten als Sache angesehen werden. Dies mag als Beispiel dafür dienen, wie wenig sich die Kritik der Historischen Rechtsschule auf das tatsächliche Regelungskonzept des ABGB bezieht; bemängelt wird vielmehr das Abweichen von den eigenen Überzeugungen.

Auf Unger zurückzuführen ist auch das Erfordernis der Beherrschbarkeit für die Sachqualifikation. Diese sei auf die Notwendigkeit der physischen Herrschaft als Grundlage für die rechtliche zurückzuführen; dementsprechend sei auch in Übernahme der Wertungen des römischen Rechts Luft (mit Ausnahme der „brennenden Luft“, also Gas), das rinnende Wasser und auch das offene Meer nicht als Sache zu qualifizieren.¹⁰³³ Die Voraussetzung der Beherrschbarkeit steht somit in einem engen Zusammenhang mit dem engen Sachbegriff, für den Unger plädierte.

2.3.7. Zwischenfazit

Aus der Entwicklungsgeschichte ergibt sich eines sehr klar: Es wäre sehr überraschend gewesen, hätte sich im ABGB ein auf körperliche Sachen eingeschränkter Sachbegriff durchgesetzt. Denn das römische Recht, wie es bis in das frühe 19. Jhd tradiert wurde, kam mit dem Naturrecht¹⁰³⁴ überein, dass der Sachbegriff nicht auf körperliche Gegenstände reduziert werden könne.¹⁰³⁵ In keiner der vorhergehenden Kodifikationen wurde offen ein en-

1028 Unger, System I 358.

1029 Unger, System I 359.

1030 Unger, System I 361.

1031 Unger, System I 478.

1032 Unger, System I 540.

1033 Unger, System I 363 f.

1034 Zu dessen Einfluss auf das ABGB weiterführend Hofmeister, Naturrechtliches Ideengut als Ursache von Auslegungsschwierigkeiten im ABGB, in FS Grass (1986) 269.

1035 Aus historischer Sicht ist es daher nicht korrekt, den weiten Sachbegriff des ABGB allein auf naturrechtliche Einflüsse zurückzuführen.

ger Sachbegriff gewählt. Dementsprechend ist die Statuierung eines weiten Sachbegriffs „ein Kind seiner Zeit“ und war, wie die Beratungsprotokolle zeigen, am Anfang des 19. Jhds nicht weiter thematisierungsbedürftig.

Zu einer Änderung der Auffassungen kam es durch die Pandektenwissenschaften, die in Österreich unter der Bezeichnung der Historischen Rechtsschule eine Rückführung des ABGB zu den Grundsätzen des antiken römischen Rechts im Sinn hatten. Es wurde eine generell kritische Position zum weiten Sachbegriff eingenommen, die darin mündet, dass im Anschluss an die damals in Deutschland herrschende Ansicht ein enger Sachbegriff für das ABGB postuliert wird,¹⁰³⁶ der – wie gezeigt wurde – indes nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprach; auch die römisch-rechtliche Fundierung eines engen Sachbegriffs ist äußerst zweifelhaft. Die Auslegung des ABGB nach den anerkannten rechtswissenschaftlichen Methoden führt somit nicht dazu, dass von einem engen Sachbegriff auszugehen ist.

Auch wenn der Form nach der weite Sachbegriff des ABGB anerkannt ist, hat sich doch ergeben, dass die hL im Resultat den Lehren der Historischen Rechtsschule folgt. Dies äußert sich etwa darin, dass die untersuchte Ausgangsthese, dass die Regelungen des Sachenrechts ausschließlich auf körperliche Sachen Anwendung finden, fast wörtlich auf *Joseph Unger* zurückgeführt werden kann. Bereits an dieser Stelle zeigt sich somit, dass das Spannungsfeld, das Ausschlag für die vorliegende Untersuchung gibt, auf die Ansichten der Historischen Rechtsschule zum (dinglichen) Sachenrecht zurückzuführen ist.

2.4. Schlussfolgerungen

Aus der Untersuchung des im ABGB verankerten Sachkonzepts konnten wesentliche Erkenntnisse für die Rechtsfigur der unkörperlichen Sache gewonnen werden. So ist die Absicht des Gesetzgebers, einen weiten Sachbegriff, der körperliche gleich wie unkörperliche Sachen umfasst, zu etablieren, historisch eindeutig belegbar. Dem Konzept der Sache kommt dabei eine zentrale Rolle im Aufbau des ABGB zu: Sie ist gleichermaßen Bezugspunkt für die Normen des dinglichen wie auch des persönlichen Sachenrechts: Was nicht Sache ist, das kann nicht übertragen, vererbt, belastet¹⁰³⁷ und zum Gegenstand von Sicherungsgeschäften gemacht werden; ebenso scheidet eine zwangsweise vorgenommene Verfügung – etwa in der Insolvenz – aus. Dem weiten Sachbegriff liegt daher die Wertung zu Grunde, dass eine möglichst umfassende Umlaufbarkeit von Objekten gewährleistet werden soll. Dies bestätigt sich auch aus einer rechtsformalen Betrachtungsweise: Der weite Sachbegriff erlaubt es, im Recht an einem Rechtsobjekt wiederum ein abgeleitetes, einer Disposition zugängliches, Rechtsobjekt zu sehen, sofern darüber eigenständig verfügt werden kann. Die Sache ist im ABGB somit zweifellos ein Systembegriff.

¹⁰³⁶ Vgl dazu jüngst auch *Weidinger*, ZIIR 2023, 372 f.

¹⁰³⁷ Zum Fruchtgenuss an Rechten s auch *Gschnitzer*, Sachenrecht 213 f.

Als unkörperliche Sachen können Rechte und Objekte, die nicht in die Sinne fallen, aufgefasst werden. Letztere waren zur Zeit des Inkrafttretens des ABGB von äußerst geringer Bedeutung; die Normen des ABGB sind jedoch technologieneutral ausgestaltet, weshalb die zu Grunde liegenden Wertungen zur unkörperlichen Sache auch für elektrischen Strom, aber auch für aktuelle Phänomene wie Kryptocurrencies und digitale Daten herangezogen werden können. Für das vorliegende Forschungsinteresse von besonderer Bedeutung sind Rechte, die als unkörperliche Sache qualifiziert werden können, sofern sie nicht höchstpersönlicher Natur sind. Es müssen somit Rechte, die eine Sache zum Bezugspunkt haben, von Rechten, die eine Person in ihrer Gesamtheit zum Bezugspunkt haben, unterschieden werden; nur erstere können selbst als Sache und Rechtsobjekt höherer Ordnung angesehen werden. Während bei klassischen Vermögensrechten die Sachqualifikation unproblematisch ist, hängt diese bei Immaterialgüterrechten von einer kommerziellen Verwertungshandlung ab. Auch Kennzeichenrechte sind als Sache iSd § 285 ABGB anzusehen, wobei die Firma nach §§ 17 ff UGB nur ein unselbstständiger Bestandteil des Unternehmens ist. Durch die weite Kommerzialisierung weiterer Lebensbereiche kann somit davon ausgegangen werden, dass ein Großteil aller Rechte als Sache iSd § 285 ABGB angesehen werden kann.

Für das weite Konzept der Sache lässt sich eine Kontinuität bis in das römische Recht herstellen. Hinsichtlich einer vorschnellen Gleichsetzung der römischen *res incorporalis* mit der unkörperlichen Sache im ABGB ist jedoch Vorsicht geboten, da nicht unstr. ist, ob dem römisch-rechtlichen Konzept der *res* eine moderne Vorstellung des Rechtsobjekts zu Grunde liegt. Die Sache als ein der Person entgegengesetztes Rechtsobjekt ist maßgeblich auf naturrechtliche Vorstellungen zurückzuführen, wobei die konkrete Ausgestaltung des Sachkonzepts insb von *Martini* beeinflusst wurde.

Eine Änderung des Sachkonzepts ist unmittelbar auf *Savigny* und die Pandektenwissenschaft zurückzuführen. Obwohl sich diese ganz der Erforschung des römischen Rechts verschrieben hatte, wurde die unkörperliche Sache – trotz ihrer römisch-rechtlichen Wurzeln – weitgehend abgelehnt und ein enger, auf körperliche Gegenstände begrenzter Sachbegriff postuliert. Dies war zum damaligen Zeitpunkt eine iW neuartige Fassung des Sachbegriffs, der konstitutiv für die pandektistische Interpretation des Sachenrechts wurde. Die Sache wurde – frei nach den eingangs zitierten Worten von *Kupisch* – vom Systembegriff zum Tatbestandsmerkmal des Besitzes und des Eigentumsrechts und verlor damit ihre systematische Bedeutung.¹⁰³⁸ Diese Auffassungen fanden durch die Lehren der Historischen Rechtsschule auch in Österreich Gehör. So wurde auch in den Teilnovellen tw ein vom weiten Sachbegriff abgehendes, enges Sachkonzept verwendet, was sich insb an Hand von § 364c ABGB zeigen lässt. Durch außerrechtliche Umstände

1038 *Kupisch*, Irish Jurist 1990, 293 (300).

kam es jedoch in Österreich – anders als in Deutschland – nicht zu einer vollständigen, auf pandektistischen Grundsätzen basierenden Kodifikation, weshalb noch heute überwiegend der weite Sachbegriff im ABGB verankert ist. Nichtsdestotrotz ist auch die heutige Zivilrechtsdogmatik im Sachenrecht stark von den Lehren der Historischen Rechtsschule beeinflusst.

Die Ausgestaltung des Sachbegriffs hat unmittelbare Auswirkungen auf die Gliederung des Zivilrechtssystems. Durch den weiten Sachbegriff haben Forderungen im System des ABGB stets auch Sachen iSd § 285 ABGB zum Objekt, was sich insb in § 303 ABGB zeigt, der auch Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten als Sache ansieht.¹⁰³⁹ Die Forderung ist im ABGB somit als „Sachenrecht“ konzipiert. Demgegenüber steht ein durch die Historische Rechtsschule geprägtes System, dem ein enger, auf körperliche Objekte reduzierter Sachbegriff zu Grunde gelegt wird: Hier kann nicht die Sache als Objekt der Forderung herangezogen werden, sondern die Person bzw deren Handlungen. Der kategoriale Unterschied, der zwischen Schuld- und Sachenrecht gesehen wird, bezieht sich somit auf das Rechtsobjekt, auf das sich Forderungsrechte beziehen. Wenn aber wie im ABGB die Sache und nicht die Person als Bezugspunkt der Forderung angesehen wird, kann die Bezugnahme auf die Objekte der jeweiligen Rechte jedoch keine tragfähige Grundlage für eine kategoriale Unterscheidung zwischen Schuld- und Sachenrechte bilden. Daraus folgt, dass im ABGB Forderungen auch als persönliches Sachenrecht bezeichnet werden, ohne dass dieser Begriff einen Widerspruch in sich darstellen würde.

3. Dingliche Rechte

*„Depuis que le terme jus in re, calqué sur l'actio in rem des Romains, a été introduit par les Glossateurs, on n'a cessé de se quereller à perte de vue sur son sens exact. Il y a plus d'un siècle, Ortolan constatait avec tristesse qu'il existait à ce sujet, autant d'auteurs, presque autant d'idées; et après lui on a vu encore se succéder les faiseurs de système. Chacun d'eux plus subtil que ses prédécesseurs, prétendait avoir trouvé la clé de l'énigme; mais chaque fois la curiosité, suivie de critique, avait abouti à la désillusion.“*¹⁰⁴⁰

1039 Daraus resultiert, dass hinsichtlich des Rechtsobjekts kein Unterschied zwischen der *obligatio dandi* und der *obligatio faciendi* besteht.

1040 Ginossar, Droit réel, propriété et créance (1960) 1 f. Frei übersetzt: Seitdem der Begriff des *jus in re* – abgeleitet von der römischen *actio in rem* – durch die Glossatoren konzipiert wurde, ebbten die Streitigkeiten über den Inhalt dieses Begriffs nicht ab. Vor über 100 Jahren merkte Ortolan [französischer Jurist des frühen 19. Jahrhunderts] an, dass fast jeder Autor sein eigenes Konzept davon habe, und auch nach ihm folgten einander weitere Autoren mit ihren immer ausgeklügelteren Systemen. Jeder Autor dachte den Stein der Weisen gefunden zu haben, tatsächlich führte die anfängliche Neugier und die spätere Kritik aber immer zu einer Enttäuschung.

Der ernüchternde Befund von *Ginossar* zum dinglichen Recht befindet sich in einem seltsamen Spannungsverhältnis zur hA in Österreich. Während *Ginossar* die weitgehende Uneinigkeit über die Konzeption des dinglichen Rechts beklagt, scheinen Inhalt und Wesen von dinglichen Rechten nach der zeitgenössischen Dogmatik zum ABGB nicht weiter problematisch,¹⁰⁴¹ vielmehr gelten dingliche Rechte als „*Naturgegebenheiten, an denen niemand rüttelt*“¹⁰⁴². An dieses „naturgegebene“ Wesen¹⁰⁴³ von dinglichen Rechten knüpft die hL an, wenn sie den Anwendungsbereich des Sachenrechts auf körperliche Sachen beschränkt. Die Untersuchung des Rechtsinstituts der unkörperlichen Sache erfordert daher notwendigerweise auch eine Betrachtung der Struktur dinglicher Rechte.

Nachdem die Sache als Rechtsobjekt betrachtet wurde, das dem Rechtssubjekt zugeordnet wird, muss der Blick nun auf das „Wie“ dieser Beziehung gerichtet werden. Um die der Grammatik entnommene Metapher beizubehalten, kann dabei das Recht als Verb verstanden werden, das Rechtssubjekt und Rechtsobjekt verbindet und die Gegebenheiten der Interaktion beschreibt.¹⁰⁴⁴ Dingliche Rechte stellen dabei nach der hL eine in sich geschlossene Gruppe von Rechten dar, die persönlichen bzw obligatorischen Rechten entgegengestellt und mit diesen gemeinsam als Vermögens- bzw in der Diktion des ABGB als Sachenrecht bezeichnet wird. Diese Gruppen unterscheiden sich ähnlich wie die verschiedenen Tempora eines Verbs: Während dingliche Rechte in die Gegenwart gerichtet sind und ein „Haben“ des Rechtsobjekts bezeichnen, beziehen sich persönliche bzw obligatorische Rechte auf die Zukunft und designieren ein „Erwerben bzw Bekommen“ des Rechtsobjekts.¹⁰⁴⁵ Nachdem bereits geklärt wurde, dass im System des ABGB Rechte als unkörperliche Sachen auch Rechtsobjekte sind, gilt es nun zu beleuchten, inwiefern dingliche Rechte an diesen denkbar sind.

1041 Anders aber *Picker*, der zum dinglichen Anspruch meint, dass sich diese vermeintlich vertraute Figur mit ihren vexitätsreichen Effekten als verwirrendes Phänomen des Zivilrechts entpuppt. Der dingliche Anspruch „*foppt geradezu seine Interpreten, wenn diese ihn aus dem Gegensatz zum schuldrechtlichen Forderungsrecht zu erfassen trachten*.“ *Picker*, Der „dingliche“ Anspruch, in FS Bydliniski (2002) 269 (281).

1042 So treffend *Schilcher* in FS Fenyves 321.

1043 Das Argument mit dem Wesen ist in der Rechtswissenschaft sehr kritisch zu sehen, da es sich um ein Kryptoargument handelt, in dem das tatsächliche Argument verschleiert und nicht offengelegt wird; es widerspricht rechtsstaatlichen Anforderungen an die Klarheit eines juristischen Arguments, s dazu insb *Scheuerle*, Über das Wesen des Wesens, AcP 1964, 429 (431 ff).

1044 Da nach dem hier vertretenen Konzept das dingliche Recht stets gemeinsam mit dem Rechtsobjekt betrachtet werden muss, soll auf diese Metapher in der Folge vermehrt Bezug genommen werden.

1045 Diese Metapher findet sich auch bei *Ginossar*, Droit réel 33.

Die vorzunehmende Analyse kann in zwei Schritte unterteilt werden. Zuerst gilt es den Rechtsbegriff, der dem dinglichen Recht zu Grunde gelegt wird, in seiner Evolution zu beleuchten. Es ist freilich durchaus denkbar, dass die Mechanik des Rechtskonzepts, das dem dinglichen Recht zu Grunde liegt, auch bei anderen Rechten Gebrauch findet.¹⁰⁴⁶ Dementsprechend gilt es zu erforschen, ob eine eigene Qualität von dinglichen Rechtswirkungen besteht, die sich von anderen Rechtswirkungen unterscheidet. Der Blick bleibt dabei – dem Fokus der vorliegenden Arbeit treu bleibend – auf dem ABGB; das hier verfolgte Forschungsinteresse geht aber darüber hinaus. Wenn man mit Rückgriff auf die untersuchte Ausgangsthese von einem „Wesen“ des dinglichen Rechts ausgeht, das seiner Anwendung auf unkörperliche Sachen entgegensteht, ist die hier verfolgte Herangehensweise abstrakterer Natur. Denn der hinter der Vorstellung eines Wesens dinglicher Rechte stehende Gedanke ist, dass – gleich einer Universalgrammatik¹⁰⁴⁷ – dingliche Rechte in Zivilrechtssystemen gewissen Prinzipien entsprechen, wobei diesen nach Aussage der untersuchten These auch für die Auslegung des ABGB Bedeutung zukommen soll. Diesem „Wesen“ des dinglichen Rechts soll durch rechtsformale (Punkt 3.1) und rechtshistorische (3.2) Betrachtungen nachgespürt werden.

3.1. Konzeption des dinglichen Rechts

Auch wenn dies in einer dem geltenden Recht gewidmeten Arbeit als müßige Übung erscheint, kann es bei einer dogmatischen Grundlagenuntersuchung nicht ausgespart werden, den verwendeten Rechtsbegriff offenzulegen. Dies ist dabei kein rechtsphilosophischer Manierismus der Dogmatik, sondern für die hier verwendete Methodik der Gesetzesauslegung unumgänglich: Die überwiegende Mehrzahl der heute in Geltung stehenden Normen zur Dinglichkeit von Rechten findet ihren Ursprung in der Stamfassung des ABGB aus 1811. Der/die heutige Norminterpret*in setzt dabei stillschweigend einen Rechtsbegriff voraus, der in den über 200 Jahren seit dem Inkrafttreten des ABGB einem bedeutenden Wandel unterlag. Die zwischenzeitlich erfolgten, rechtstheoretischen Einsichten vermögen es zwar zweifellos, neue, zuvor im Dunkeln gebliebene Einsichten in die Normmechanik des ABGB zu erhalten. Unzulässig wäre es aber nach dem hier verfolgten Forschungsansatz, durch das Fortschreiten des Rechtsbegriffs neue Wertungen in das ABGB zu inkludieren, die der Gesetzgeber explizit nicht getroffen hat.

1046 Zu denken ist hier insb auch an Immaterialgüterrechte, die ebenso wie dingliche Rechte Drittwirkung haben.

1047 Bei diesem va auf *Noam Chomsky* zurückgehenden Zweig der Linguistik wird davon ausgegangen, dass alle menschlichen Sprachen gemeinsamen grammatikalischen Prinzipien folgen.

Eine rechtswissenschaftliche Grundlagenarbeit zum Sachenrecht sollte somit eine Untersuchung des Rechtskonzepts¹⁰⁴⁸ enthalten, soweit dieses dingliche Rechte betrifft. Anders als bei vergleichbaren Untersuchungen soll aber nicht mit der auf *Savigny* zurückgehenden Willenstheorie begonnen, sondern der Bogen weiter bis zu einem dem ABGB zu Grunde liegenden, naturrechtlich inspirierten Rechtskonzept gespannt werden.¹⁰⁴⁹ Vollständigkeit kann und soll freilich nicht angestrebt werden. Die Theorien zum Recht können *grosso modo* zwei unterschiedlichen Strömungen zugeordnet werden: einerseits teleologisch-normativen Theorien des Rechts und andererseits formal-normativen Rechtstheorien.¹⁰⁵⁰ Diese können auch nach dem Zeitpunkt ihrer Konzeption unterschieden werden: Während teleologisch-normative Rechtstheorien va im 19. Jhd entwickelt wurden, sind formal-normative Rechtstheorien eher im 20. Jhd anzusiedeln. Darüber hinaus wurden in jüngerer Zeit Versuche unternommen, diese Theorien dialektisch in einer Synthese aufgehen zu lassen.

3.1.1. Teleologisch-normative Theorien

Die folgenden Theorien konzipieren Recht aus ihrem Zweck heraus. Dieser besteht – dem Geist des Individualismus des 19. Jhds entsprechend – in der Absicherung der Freiheit des Einzelnen; *Fezer* spricht hierbei treffend von einer Verrechtlichung von Freiheit.¹⁰⁵¹ Dabei lassen sich iW zwei große Theorien identifizieren: die Willenstheorie und die Interessenstheorie.¹⁰⁵² Hinzu kommt jedoch eine dem ABGB zu Grunde liegende naturrechtlich inspirierte Rechtstheorie.¹⁰⁵³

3.1.1.1. Naturrechtlich inspirierter Rechtsbegriff

Die österreichische Zivilrechtswissenschaft befindet sich in der glücklichen Lage, dass die geistigen „Väter“ des ABGB – *Martini* und *Zeiller* – theoretisch

1048 Freilich könnte man hier bei einer zivilrechtlichen Untersuchung noch eine nähere Qualifizierung des Rechts vornehmen: Es handelt sich um das subjektive Recht, einen schillernden Begriff, dessen genaue Bedeutung auch nach tausenden Seiten gelehrter Gedanken noch weitgehend im Hintergrund bleibt. Zu dieser Diskussion im Allgemeinen soll an dieser Stelle keine Stellungnahme erfolgen; es reicht, mit *Larenz* darauf hinzuweisen, dass das subjektive Recht auch als ausfüllungsbedürftiger Rahmenbegriff verstanden werden kann, s *Larenz*, Zur Struktur „subjektiver Rechte“, in FS Sontis (1977) 129 (147).

1049 Zu der Entwicklung des dinglichen Rechts im Naturrecht s ausf 3.3.3.

1050 Nach einer Einteilung der Theorien zum subjektiven Recht, s *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 335 ff.

1051 Mit Bezugnahme auf das Naturrecht *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 185.

1052 *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 216.

1053 Der dargestellte Rechtsbegriff von *Zeiller* wird deshalb als „naturrechtlich inspiriert“ und nicht schlechthin als naturrechtlich bezeichnet, da *Zeiller* in der Gefolgschaft von *Kant* eine Abkehr von der naturrechtlichen Glückseligkeitslehre vollzogen hat, s dazu weiterführend *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 251.

sche Werke hinterlassen haben, die einen Einblick in ihr Rechtsverständnis erlauben. Freilich kann das genaue Ausleuchten des hier zu Grunde gelegten naturrechtlich inspirierten Rechtsverständnisses in einer der dogmatischen Analyse des geltenden Zivilrechts gewidmeten Arbeit nicht im Detail erfolgen; es soll daher einzig auf Zeillers „*Das natürliche Privatrecht*“¹⁰⁵⁴ eingegangen werden, wodurch jedoch – auf Grund von Zeillers maßgeblicher Mitwirkung im Gesetzwerdungsprozess – ein durchaus illustrativer Einblick in das Rechtsdenken des maßgeblichen Autors des ABGB ermöglicht wird.

Zeiller konstruiert seinen Rechtsbegriff ausgehend von der Freiheit, die jeder Person kraft ihres Menschseins zukommt. Recht soll dabei einen Zustand des Nebeneinanders von freien Menschen ermöglichen, was jedoch notwendigerweise eine Einschränkung der Freiheit dort erfordert, wo sie auf die Freiheit von anderen stößt; das Zusammenleben von freien Menschen erfordert somit die Einschränkung der Freiheitssphären eines jeden Einzelnen, was durch das Recht (im absoluten Wortsinn) erfolgt.¹⁰⁵⁵ Im Einklang mit dem Recht sind somit Handlungen „*bei denen ein geselliger Zustand äußerlich auf eine gleiche Weise freihandelnder Wesen als möglich gedacht werden kann*“.¹⁰⁵⁶ Dementsprechend besteht eine Rechtspflicht einer jeden Person, nicht widerrechtlich zu handeln, dh die rechtlich definierte Freiheitssphäre anderer nicht zu verletzen; begrenzt von diesen Rechtspflichten besteht aber ein Raum der Freiheit, in dem jegliches Handeln erlaubt ist.¹⁰⁵⁷ Gegen Handlungen, die gegen Rechtspflichten verstoßen und somit in die rechtlich definierte Freiheitssphäre von anderen eingreifen, kann mit (staatlich vermitteltem)¹⁰⁵⁸ Zwang vorgegangen werden, da jede Person das Recht hat, ihren Wirkungskreis zu verteidigen.¹⁰⁵⁹ Die Ausübung von Zwang befindet sich somit innerhalb der rechtlich definierten Freiheitssphäre desjenigen, in dessen Freiheit eingegriffen wurde; sie ist selbst somit auch im Einklang mit dem Recht.¹⁰⁶⁰ Das Ausüben von (staatlich vermitteltem) Zwang, ohne dass die rechtlich gewährleistete Freiheitssphäre des Handelnden beeinträchtigt wäre, würde jedoch die Freiheitssphäre der passiv bleibenden Person beeinträchtigen und wäre somit widerrechtlich.¹⁰⁶¹ Im Rechtsdenken Zeillers hat

1054 Anders als bei anderen Stellen der vorliegenden Analyse wird hier auf die erweiterte 3. Auflage des Werks von Zeiller zurückgegriffen, da diese in den allgemeinen Teilen tw ausführlicher ist. An dieser Stelle scheint es vernachlässigbar, dass diese Gedanken einige Jahre nach dem Gesetzgebungsprozess des ABGB publiziert wurden.

1055 Zeiller, *Das natürliche Privatrecht*³ (1819) § 3 (8).

1056 Zeiller, *Privat-Recht*³ § 4 (9).

1057 Zeiller, *Privat-Recht*³ § 6 (13 f).

1058 Bei Vorhandensein von staatlichen Strukturen ist dieser Zwang aber monopolisiert.

1059 Zeiller, *Privat-Recht*³ § 5 (11).

1060 Zeiller, *Privat-Recht*³ § 5 (12 f, Sternchennachweis).

1061 Heruntergebrochen auf das Beispiel der Geltendmachung eines Kaufpreisanspruchs würde dies bedeuten, dass im Fall der Nichtentrichtung des Kaufpreises die Rechtspflicht zur Einhaltung von getroffenen Abreden verletzt und somit in die Freiheits-

das Recht somit zwei zu unterscheidende, aber miteinander in Zusammenhang stehende Bedeutungen: Einerseits besteht ein „absoluter“ Begriff des Rechts, mit dem ein Nebeneinander gleicher Freiheitssphären dadurch ermöglicht werden soll, dass mit Rechtspflichten die Handlungsfreiheiten Einzelner eingeschränkt werden.¹⁰⁶² Abgeleitet davon besteht andererseits ein „relativer“ Begriff des Rechts, mit dem die Rechtmäßigkeit einer Handlung bzw. der einer Person freistehende Handlungsraum bezeichnet wird.¹⁰⁶³

Aus dieser Perspektive zieht *Zeiller* auch Folgerungen für dingliche Rechte. Hierbei besteht die durch Rechtsgesetz beschränkte Freiheit, Sachen zu gebrauchen.¹⁰⁶⁴ Auch hier kann sich eine Widerrechtlichkeit nur durch einen Eingriff in die rechtlich gewährleistete Freiheitssphäre einer Person ergeben. Dabei besteht für das Eigentum die jedermann treffende Rechtspflicht, die freie Verfügung des Eigentümers über das Objekt nicht zu verhindern.¹⁰⁶⁵ Hier geht *Zeiller* explizit darauf ein, dass auch dingliche (Sachen-)rechte als Rechtsband zwischen Personen anzusehen seien; wäre ein Mensch allein auf Erden, würde somit kein solches Recht bestehen. Diese Position nahm *Zeiller* auch in den Beratungen der Hofkommission ein, wo er ausführte, dass Rechte niemals gegen Sachen gerichtet sein könnten, da zwischen vernunftlosen Wesen (Sachen) und vernünftigen Wesen (Personen) kein Rechtsverhältnis bestehen könne, was die allgemeine Zustimmung der Kommission erlangte.¹⁰⁶⁶ Daraus ergibt sich, dass im ABGB dingliche (Sachen-)rechte so wie alle Rechte als Verhältnis zwischen Personen und nicht zwischen Sache und Person gedacht werden müssen.

3.1.1.2. Willenstheorie

Geistesgeschichtlich eng verwandt¹⁰⁶⁷ mit dem naturrechtlich inspirierten Rechtskonzept des ABGB, aber ungleich wirkungsmächtiger als dieses ist die Willenstheorie. Der Rechtsbegriff der Willenstheorie ist dabei eng mit der Pan-

sphäre des Verkäufers eingegriffen wird; der Verkäufer bewegt sich innerhalb seiner Freiheitssphäre, wenn er einen gerichtlichen Antrag auf Ausübung von staatlichem Zwang zur Einbringung des Kaufpreises stellt, und handelt somit rechtmäßig. Wenn aber der Kaufpreisanspruch – etwa auf Grund der Zug-um-Zug Einrede – nicht besteht, bewegt sich der Verkäufer außerhalb seiner Freiheitssphäre, wenn er gerichtlich gegen den Käufer vorgeht, er handelt somit unrechtmäßig. Über die Rechtmäßigkeit des Kaufpreisanspruchs abzureden heißt somit, über die Rechtmäßigkeit des gerichtlichen Vorgehens abzusprechen.

1062 *Zeiller*, Privat-Recht³ § 3 (8).

1063 *Zeiller* bezeichnet diese als relativ objektive und relativ subjektive Bedeutung des Rechtsbegriffs, s. *Zeiller*, Privat-Recht³ § 4 (9 ff).

1064 *Zeiller*, Privat-Recht³ § 46 (75).

1065 *Zeiller*, Privat-Recht³ § 77 (116).

1066 *Ofner*, Urentwurf I 213 f.

1067 In ihrem Rechtskonzept ist die Pandektistik stark naturrechtlich verankert, s. dazu auch *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 214.

dektistik und mit dessen Gründer *Savigny* verbunden. *Savigny* knüpft an eine naturrechtliche Denkweise an: Das Wesen des Rechts sei es demnach, das Nebeneinander von freien Subjekten dadurch zu gewährleisten, dass dem Einzelnen Grenzen auferlegt werden.¹⁰⁶⁸ Der Zweck allen Rechts sei „*auf die sichere und selbstständige Entwicklung der Persönlichkeit gerichtet*“¹⁰⁶⁹. Der Ausgangspunkt der Willenstheorie von *Savigny* ist dabei derselbe wie bei *Zeiller*: die vom (objektiven) Recht zu gewährleistende Freiheit des Einzelnen.¹⁰⁷⁰

In Konkretisierung dieses Freiheitsnarrativs beschreitet *Savigny* jedoch neue Wege. Zwischen den Begriffen der Freiheit und des Rechts, die bereits bei *Zeiller* bekannt waren, setzt er jenen des Willens, den er zum Dreh- und Angelpunkt seiner Theorie macht. Besonders deutlich tritt dies in der folgenden, vielzitierten Aussage von *Savigny* hervor:

„*Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn*“.¹⁰⁷¹

Das Recht als Willensherrschaft kann aber nur als Teil eines Rechtsverhältnisses gedacht werden, das eine Beziehung zwischen Personen darstellt und durch eine Rechtsregel bestimmt ist, wodurch dem „*individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat*“¹⁰⁷². Recht könne demnach als Erweiterung der Willensmacht der berechtigten Person auf andere Personen aufgefasst werden,¹⁰⁷³ mit einem dinglichen Recht werde – gleich wie bei einer Obligation – „*die Macht der berechtigten Person nach außen*“ erweitert.¹⁰⁷⁴ Durch die Gleichsetzung von Recht und Willensfreiheit ergibt sich, dass ein Recht unabhängig von dessen Verletzung existiere; im Falle eines Streits käme es nur in sichtbarer Gestalt hervor.¹⁰⁷⁵ An die Stelle der Freiheit trat bei *Savigny* somit die Willensmacht des Berechtigten, die weitgehend mit dem Recht gleichgesetzt wurde.

Mit dieser Umformulierung des Freiheitsgedankens kam es aber zu einer folgenreichen Verschiebung seiner Akzentuierung. Der Fokus wechselte von einer allgemeinen Pflicht zur Einhaltung der Freiheitssphären anderer zu der

1068 *Savigny*, System I 332.

1069 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III (1840) 103 f.

1070 Dies überrascht freilich nicht, sind doch *Zeiller* und *Savigny* gleichermaßen durch die Freiheitsethik von *Kant* beeinflusst, s dazu weiterführend *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 256 ff.

1071 *Savigny*, System I 7.

1072 *Savigny*, System I 333.

1073 Weiterführend und mwN dazu *Boente*, Nebeneinander und Einheit 53 f.

1074 *Savigny*, System I 339.

1075 *Savigny*, System I 7.

Macht des Berechtigten, den eigenen Willen herrschen zu lassen. *Savigny* thematisiert die mit den Rechten korrespondierenden Pflichten kaum. Das Recht konstituiert somit den Raum der Freiheit, in dem der Wille des Berechtigten zur Durchsetzung gebracht werden darf und der Einzelne somit zu einem Dürfen berechtigt ist. So definiert in der Folge von *Savigny* etwa *Windscheid* Recht als ein „*Wollen-Dürfen, eine von der Rechtsordnung verliehene Macht oder Herrschaft*“¹⁰⁷⁶. Dies weicht völlig von *Zeillers* Vorstellung einer grundsätzlich gegebenen Freiheit des Einzelnen, die durch Recht begrenzt wird, ab. Diese Modifikation ist aber nicht nur rein begrifflicher Natur; sie bedeutet vielmehr genau das Gegenteil dessen, wovon noch *Zeiller* ausgegangen ist: der Idee, dass alles erlaubt ist und somit Gegenstand des Dürfens ist, was nicht gegen das Recht und somit gegen die Freiheit anderer verstößt.¹⁰⁷⁷ Im Gegensatz dazu ist das Wollen-Dürfen nach der Willentheorie vom Recht verliehen und nicht wie nach der Konzeption *Zeillers* von diesem begrenzt.¹⁰⁷⁸ Die bis heute ungeklärte Frage, ob bei dinglichen Rechten auch ein Dürfen des Berechtigten oder nur eine Verpflichtung aller anderen besteht, ist somit im Kern auf diese Neufassung des Freiheitsnarrativs durch *Savigny* zurückzuführen.¹⁰⁷⁹

Die Rechtskonzeption der Willentheorie zeitigte unmittelbare Auswirkungen auf die Konstruktion des dinglichen Rechts. Dieses wurde in Anlehnung an *Savigny* als ein Herrschendürfen über ein (körperliches) Objekt angesehen.¹⁰⁸⁰ In der Folge dieser Konstruktion ist in der deutschen Lit ein langanhaltender, bis ins späte 20. Jhd anhaltender Streit darüber entbrannt, ob bei dem dinglichen Recht eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen dem Rechtssubjekt und dem Rechtsobjekt vorliegt.¹⁰⁸¹ Ob *Savigny* selbst eine solche Beziehung vorgesehen hat, ist unklar.¹⁰⁸² In der modernen deutschen Zivilrechtsdogmatik scheint sich aber die

1076 *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856) 6.

1077 *Zeiller*, Privat-Recht³ § 6 (13 f).

1078 Diese Ansicht steht in engem Zusammenhang mit der begriffsjuristischen Methode, die von einem geschlossenen, formal-logischen Rechtssystem ausgeht, s dazu weiterführend *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem (1992) 47 ff.

1079 Als empirischer Befund soll hier nur angemerkt werden, dass die Position, die die Relevanz des Dürfens bei dinglichen Rechten ablehnt, im deutschsprachigen Diskurs signifikant von österreichischen Gelehrten – wie etwa *Kelsen* oder *Aicher* – geprägt ist. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Position *Zeillers* kann hier aber nicht hergestellt werden.

1080 Dies wurde in der älteren deutschen Lehre auch so vertreten, vgl *Oertmann*, Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 1925, 129 (129).

1081 Mit vielen Nachweisen zur Lit, die von einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen Subjekt und Objekt ausgeht *Hadding*, JZ 1986, 926.

1082 In weiterer Folge wurde in der Pandektistik jedoch ein direktes Rechtsverhältnis explizit anerkannt, s mwN etwa zu *Dernburg* *Oertmann*, Der Dinglichkeitsbegriff, in JherJB 31 415 (417 ff).

Erkenntnis durchzusetzen,¹⁰⁸³ dass dingliche Rechte nur zwischen Rechtssubjekten wirken können, was freilich ganz der Auffassung *Zeillers* entspricht.

Weitergehende Einblicke in die Anwendung der Willenstheorie auf dingliche Rechte finden sich in den frühen Arbeiten¹⁰⁸⁴ von *Bernhard Windscheid*: Der wesentliche Inhalt von Rechten sei demnach die Unterwerfung menschlichen Willens; aus einem dinglichen Recht folge daher, dass verlangt werden könne, dass sich ein anderer mit dem Willen des Berechtigten hinsichtlich der Sache nicht in Widerspruch setzt.¹⁰⁸⁵ Diese Pflicht treffe alle, die dem Berechtigten gegenüberstehen.¹⁰⁸⁶ Resultat davon sei, dass das dingliche Recht in Wahrheit ein Bündel unzähliger Ansprüche auf Nichtstörung des Objekts des dinglichen Rechts darstelle;¹⁰⁸⁷ der dinglich Berechtigte habe einen „Anspruch gegenüber jedermann“.¹⁰⁸⁸ Aus dem dinglichen Recht folge somit ein „*konkret-personales Verhältnis zwischen Individuen*“,¹⁰⁸⁹ nämlich dem dinglich Berechtigten und allen anderen Personen, die auf der Erde existieren – und dies unabhängig von einer Verletzungshandlung: Der Anspruch lautet darauf, dass sich niemand mit dem Willen des Berechtigten in Widerspruch setzt; solange dieser Zustand gegeben ist, gilt der Anspruch als erfüllt.¹⁰⁹⁰ Die Vorstellung, dass durch ein dingliches Recht unabhängig von einer tatsächlichen Rechtsverletzung ein weltumspannendes Netz an Rechtsverhältnissen geschaffen würde, sorgte in der Lit des 19. Jhds für deutliche Irritationen,¹⁰⁹¹ weshalb versucht wurde, den Kreis der Anspruchsgegner auf jene, die der Personal- oder Territorialhoheit des Staates unterworfen waren oder mit dem Machtkreis des Berechtigten tatsächlich in Berührung gekommen waren, zu reduzieren.¹⁰⁹² Heute wird diese enge Konzeption der Willenstheorie in ihrer Anwendung auf dingliche Rechte aber als weitgehend überkommen angesehen.¹⁰⁹³

1083 Statt aller *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 193; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 42; *Michaels*, Sachzuordnung 247; *Hadding*, JZ 1986, 926 (927); *Ost*, Zuordnung 6; *Fuchs*, Das Wesen der Dinglichkeit (1889) 12 ff.

1084 In späteren Arbeiten wandte sich *Windscheid* jedoch tw der Interessentheorie zu, s dazu weiterführend *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte (2008) 19 f.

1085 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts¹ (1862) § 43 (90 f).

1086 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts¹ 91.

1087 Dies befürwortend *Portmann*, Wesen und System der subjektiven Privatrechte (1996) 131.

1088 *Füller* verweist dabei auf die Kritik der älteren Lit, in der davon ausgegangen wird, dass mit jedem neu entstehenden Eigentum die gesamte Menschheit „durchbebt“ würde, s mwN auf *Kohler* ausf *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 52.

1089 *Dörner*, Dynamische Relativität (1985) 31.

1090 S dazu weiterführend *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht (1878) 156 f.

1091 Dagegen wurden auch Argumente zum Internationalen Privatrecht in Stellung gebracht, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden muss, s nur *Thon*, Rechtsnorm 159.

1092 MwN zur Lit des 19. Jhds *Dörner*, Dynamische Relativität 30.

1093 *Michaels*, Sachzuordnung 249; *Dörner*, Dynamische Relativität 31; auf die Schwierigkeiten der Willenstheorie bei der Erfassung von negativen Freiheitsrechten hinweisend *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 29.

In jüngerer Zeit hat sich jedoch noch *Wolfgang Portmann* zu dieser Auffassung bekannt. Er geht davon aus, dass der Anspruch aus der Störung eines dinglichen Rechts gegenüber jedermann unbestimmt ist und zu seiner Durchsetzung einer Konkretisierung hinsichtlich der störenden Handlung und des Störers bedarf.¹⁰⁹⁴ Die Problematik dieser Auffassung wird dabei schnell deutlich: Wenn nach *Savignys* Konzeption der Willenstheorie Recht als Willensmacht aufgefasst wird, das unabhängig von seiner Verletzung besteht, ergibt sich eine Zweiteilung von durchsetzbaren und nicht-durchsetzbaren Rechten; wesentliches Unterscheidungskriterium stelle nach *Portmann* dabei das Rechtsschutzinteresse dar, das als prozessuale Frage stets zu beurteilen sei.¹⁰⁹⁵ ME ist diese, einer strengen Anwendung der Willenstheorie entspringende Konstruktion des dinglichen Rechts aber abzulehnen. Sie vermag es nicht, auf die wichtigste Frage in einem rechtlichen Ordnungssystem – ob eine Handlung zulässig ist oder nicht – eine Antwort zu geben; vielmehr wird diese auf den außerhalb der Theorie befindlichen Begriff des Rechtsschutzinteresses verlagert. Eine Theorie des Rechtsbegriffs, die ohne Rückgriff auf einen externen Parameter Aussagen zu einem zulässigen Verhalten treffen kann, ist somit als leistungsfähiger zu beurteilen.¹⁰⁹⁶

3.1.1.3. Interessenstheorie

Zu einem völligen Neudenken des Rechtskonzepts kam es in der von *Rudolf Jhering* entwickelten *Interessenstheorie*.¹⁰⁹⁷ Hierbei vollzog *Jhering* eine Abkehr von einer normativen Begründung von Recht durch die Freiheit bzw den Willen des Einzelnen.¹⁰⁹⁸ Demnach sei nicht der individuelle Wille Gegenstand des Rechts; die Anknüpfung an den Willen des Berechtigten bezeichnete er als Willensformalismus.¹⁰⁹⁹ Vielmehr plädierte er für eine Hinwendung zum Zweck im Recht; dieser sei jedoch nicht vom Individuum, sondern von

1094 *Portmann*, Wesen und System 130 ff.

1095 *Portmann*, Wesen und System 136 ff.

1096 Zu dem kommt das „klassische“ Problem der Willenstheorie im Umgang mit dem fehlenden Willen des Berechtigten. So ist es innerhalb dieser Theorie nicht ohne Weiteres zu erklären, weshalb das Begehen eines fremden Grundstücks, das nicht gegen den Willen des Eigentümers verstößt, verboten sein soll; ebenso stellt sich die Frage des Schutzes von Willensunfähigen, s dazu mwN auf spätere Arbeiten von *Windscheid Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 19 f.

1097 Ein bemerkenswerter Aspekt ist dabei, dass sich *Jhering* ursprünglich das Ziel gesetzt hatte, das gesamte Rechtssystem aus der Sicht der Willenstheorie zu erklären; im Laufe der Arbeiten kam es aber zu einer Abkehr von dieser, s dazu weiterführend *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 221 ff.

1098 *Jhering* verlässt das Freiheitsnarrativ jedoch nicht völlig; er plädiert vielmehr für einen materiellen Freiheitsbegriff, der die Freiheit von jedermann garantieren soll; denn durch die Ungleichverteilung der Freiheitsräume würde eine formelle Freiheitsbetrachtung zu einem Zustand der Unfreiheit führen, s dazu *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III³ (1877) § 60 (326 ff).

1099 *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III³ § 60 (318 ff).

der Gesellschaft her zu konstruieren.¹¹⁰⁰ Im Kern des Rechtsbegriffs stehe ein substantielles Moment, ein praktischer Zweck; dieser bestehe darin, dass das Recht einem Subjekt einen Nutzen, Vorteil oder Gewinn zusichert.¹¹⁰¹ Jedes Recht des Privatrechts sei dazu bestimmt, dem Rechtssubjekt irgendeinen Vorteil zu gewähren, der nicht zwingend in ökonomischen Kategorien fassbar sein müsse.¹¹⁰² Zu dem substantiellen Moment tritt ein formaler, der sich zu ersterem wie ein Mittel zum Zweck verhält: der Möglichkeit der Durchsetzung durch eine Klage. Daraus folgert *Jhering* eine programmatische, aber wenig verstandene Definition des Rechts:

*„Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen“.*¹¹⁰³

Die Interessentheorie wurde in der Lit weitgehend kritisiert.¹¹⁰⁴ *Füller* bemängelt die mangelnde Operationalisierbarkeit des Begriffs des Interesses im Zivilrecht.¹¹⁰⁵ Ebenso sieht *Schulev-Steindl* bei der Anwendbarkeit des von der Interessentheorie vorgeschlagenen Begriffs des subjektiven Rechts im Verwaltungsrecht Probleme, da die verwaltungsrechtlichen Pflichten des Staates im Interesse aller Bürger liegen würden.¹¹⁰⁶ Das Verdienst der Interessentheorie ist aber auf einer abstrakteren Ebene sichtbar, was *Marietta Auer* eindrucksvoll illustriert: Die Interessentheorie markiert eine Abkehr von einer normativen Begründbarkeit von Recht, die zuvor noch – zumindest mittelbar – durch das Freiheitsnarrativ bestanden hat,¹¹⁰⁷ sie spricht von einer *„Dekonstruktion des autonomiebasierten Rechtsbegriffs“*.¹¹⁰⁸ Es wird dem Recht somit *„die Fähigkeit abgesprochen, aus sich selbst heraus normativer Maßstab des Umfangs und der Grenzen von Ansprüchen und Pflichten zu sein“*.¹¹⁰⁹ Mit der Interessentheorie verlor die Freiheit daher ihre bislang unangefochtene Stellung als *telos* von Recht.

1100 Dies wird tw als Hinwendung zu einer Soziologie des Rechts bezeichnet, s dazu mwN *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 221 ff.

1101 *Jhering*, Geist des römischen Rechts III³ (§ 60) 325.

1102 *Jhering*, Geist des römischen Rechts III³ (§ 60) 328 ff.

1103 *Jhering*, Geist des römischen Rechts III³ (§ 60) 328.

1104 Eine ausführliche Bewertung der Interessentheorie findet sich etwa bei *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 225 ff.

1105 *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 30 f.

1106 *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 65 f.

1107 *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014) 49.

1108 *Auer*, Diskurs 61. Den in der Willenstheorie postulierten Rechtsbegriff nennt *Auer* dabei den *„Rechtsbegriff der ersten Moderne“*.

1109 *Auer*, Diskurs 60.

Jherings Werk blieb unvollständig,¹¹¹⁰ weshalb keine unmittelbar der Interessenstheorie zurechenbare Theorie des dinglichen Rechts überliefert ist. Nichtsdestoweniger kam der Interessenstheorie in der konzeptionellen Entwicklung des dinglichen Rechts Bedeutung zu: Durch das explizite Anknüpfen an den „rechtlichen Schutz“ führte *Jhering* ein klar rechtspositivistisches Kriterium in seine Fassung des Rechtsbegriffs ein.¹¹¹¹ Dieses fungierte als Verstärkung für formal-normative Rechtstheorien, die in der Folge weiter Fuß fassen konnten und insb für die Erfassung von dinglichen Rechten weitere Erkenntnisse brachten.¹¹¹²

3.1.2. Formal-normative Theorien

Neben teleologisch-normativen Theorien des Rechts haben sich insb im 20. Jhd Ansätze entwickelt, bei denen mit formallogischen Argumenten ein Rechtsbegriff entwickelt werden sollte. Ziel ist es dabei nach den Worten von *Eugen Bucher*, einen formalen Rechtsbegriff ohne Blick auf den Rechtsinhalt oder eine Gerechtigkeitsidee, aber auch ohne Bezug auf eine bestimmte positive Rechtsordnung¹¹¹³ zu etablieren;¹¹¹⁴ es soll vielmehr die Form dargestellt werden, in der Rechtsinhaltsbegriffe erscheinen, wobei durch die vorgenommene Abstraktion auch Rückschlüsse auf das positive Recht möglich sein sollen.¹¹¹⁵ In diesem Zusammenhang soll daher die formale Beschaffenheit des dinglichen Rechts thematisiert werden.

In der Folge soll verschiedenen Theorien der normlogischen Betrachtung des dinglichen Rechts Raum gegeben werden. Drei verschiedene Denkansätze werden dabei thematisiert: Die Konzeption von *August Thon*, die häufig mit der Imperativentheorie gleichgesetzt wird, die Reine Rechtslehre, die insb

1110 Er gab seinen ursprünglichen Plan, die Interessenstheorie umfassend zu fundieren zu Gunsten einer Arbeit über den Zweck im Recht auf, vgl *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 222.

1111 *Auer*, Diskurs 61.

1112 So auch *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 231.

1113 Ob dies erkenntnistheoretisch tatsächlich möglich ist, darf mitunter bezweifelt werden: Selbst bei der Vornahme von Abstraktionen gelten bekannte Rechtsordnungen als Anker, an denen die entwickelten Thesen getestet werden müssen. Wenn man als mitteleuropäischer Rechtswissenschaftler, der iW kontinentaleuropäische Rechtsordnungen (die überwiegende Anzahl davon nur am Rande) kennt, von deren Abstraktion auf ein allgemeines, allen denkbaren Rechtsordnungen innewohnendes Prinzip schließt, geht man stillschweigend davon aus, dass sämtliche Rechtsordnungen nach den kontinentaleuropäischen Maßstäben aufgebaut sind. Dies stellt aus meiner Sicht eine Überhöhung der eigenen Position dar, zeigt doch die vorliegende Untersuchung, wie tiefgehende systematische Auswirkungen nur scheinbar kleine Änderungen – wie etwa die Anerkennung einer unkörperlichen Sache als Rechtsobjekt – zur Ursache haben.

1114 *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (1965) 2 f.

1115 *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis 39 f.

von *Josef Aicher* auf das Eigentumsrecht bezogen wurde sowie die Theorie von *Jürgen Schmidt*. Eine wesentliche Diskrepanz bei diesen Theorien liegt dabei in der Frage, ob dem dinglichen Recht auch ein „Dürfen“ zu Grunde liegt, oder ob dieses aus einer rechtsformalen Perspektive ohne Belang ist; zu diesem Streitpunkt soll eine Stellungnahme abgegeben werden.

3.1.2.1. *August Thon*

Bei *August Thon* findet sich ein wichtiger Brückenschlag zwischen einer naturrechtlich fundierten Pflichtenlehre und einer rein formalen Analyse des Rechts.¹¹¹⁶ Er geht davon aus, dass das gesamte Recht einer Gemeinschaft ein „Complex von Imperativen“ sei,¹¹¹⁷ also als an Personen gerichtete Gebote und Verbote aufgefasst werden könne.¹¹¹⁸ Dabei geht er – wie schon *Zeiller* – davon aus, dass überall die natürliche Freiheit des Menschen herrsche, solange ihr durch die Rechtsordnung keine Schranken gesetzt werden; „*was nicht verboten ist, ist ebendeshwegen erlaubt*“.¹¹¹⁹ Mit Anklängen an die Interessentheorie *Jherings* unterscheidet *Thon* zwischen dem Genuss der Sache, der das Interesse des Berechtigten repräsentiert, und dem Recht, das einen Anspruch auf Beseitigung eines normwidrigen Zustands vermittelt.¹¹²⁰ Der Sachgenuss werde durch Imperative, also gesetzliche Ver- und Gebote geschützt.¹¹²¹ Von einem „Privatrecht“ könne gesprochen werden, wenn der Geschützte im Fall einer Normübertretung ein Mittel zur Beseitigung der Normwidrigkeit zu seinem beliebigen Gebrauch hat.¹¹²² Im System von *Thon* entstehen Ansprüche somit erst durch den Verstoß gegen einen den Berechtigten schützenden Imperativ und nicht wie nach der Willentheorie bereits davor.

Aus der Rechtskonzeption *Thons* ergeben sich weitreichende Folgen für die Ausgestaltung des dinglichen Rechts. Denn der Vollgenuss an der Sache bzw das unbeschränkte Eigentumsrecht an dieser ist durch Imperative – also Gebote und Verbote – geschützt, deren Einhaltung vom Berechtigten durch privatrechtliche Ansprüche erzwungen werden kann.¹¹²³ Der Schutz des Eigentümers ist somit als Verbot fremden Sachgenusses anzusehen,¹¹²⁴ der

1116 *Thon* wird gemeinhin mit dem Begriff der Imperativentheorie verbunden, was jedoch kritisch hinterfragt werden muss, da hinter diesem Begriff verschiedene Theorienansätze stehen; zudem ist die Imperativentheorie nicht auf den deutschen Sprachraum beschränkt, sondern wird auch auf *Bentham* zurückgeführt. S dazu auch *Dörner*, Dynamische Relativität 21 f.

1117 *Thon*, Rechtsnorm 8.

1118 *Thon*, Rechtsnorm 3 ff.

1119 *Thon*, Rechtsnorm 292.

1120 *Thon*, Rechtsnorm 155 ff.

1121 *Thon*, Rechtsnorm 178 ff.

1122 Besonders deutlich *Thon*, Rechtsnorm 133.

1123 *Thon*, Rechtsnorm 178.

1124 *Thon*, Rechtsnorm 170.

dingliche Anspruch ist auf Unterlassung der Genussanmaßung gerichtet,¹¹²⁵ was als ein an jeden Dritten gerichtetes Verbot verstanden werden kann, den Eigentümer am Genuss der Sache zu hindern.¹¹²⁶ Die wohl wichtigste Folge aus dieser Betrachtung ist aber, dass der Sachgenuss selbst nicht Inhalt des Rechts, sondern nur sein Zweck sein kann.¹¹²⁷ Dementsprechend kann es bei der Struktur des dinglichen Rechts kein Dürfen geben – dieses sei neben dem an Dritte gerichteten Verbot ein „*völlig zweckloser und müssiger Satz*“; das „*Erlauben ist niemals Sache des Rechts*“.¹¹²⁸ Dies verankert Thon in einem naturrechtlich inspirierten Freiheitsgedanken, der überall dort eine Möglichkeit der freien Handlungsentfaltung sieht, wo die Rechtsordnung keine Schranken vorgesehen hat; eine ausdrückliche Erlaubnis hätte somit nur dort Sinn, wo vorher ein Verbot bestand und dieses tw zurückgenommen wird.¹¹²⁹ Mit einer gewissen Radikalität, die von Zeitgenossen durchaus kritisch betrachtet wurde,¹¹³⁰ konzipierte Thon somit das dingliche Recht als Verhältnis zwischen Personen: Es wurde als normativer Befehl, den dinglich Berechtigten nicht am Genuss der Sache zu hindern, aufgefasst; das Verhältnis zur Sache war demgemäß nur ein Reflex, dem selbst keine eigenständige Rechtswirkung zukommt. Das dingliche Recht ist somit bloß die Konkretisierung einer gegen Dritte gerichteten Schutznorm.¹¹³¹

3.1.2.2. Reine Rechtslehre

Einen Höhepunkt fand die rechtsformale Betrachtungsweise des dinglichen Rechts in der Reinen Rechtslehre. Auch Hans Kelsen beschäftigte sich – zumindest am Rande – mit der formalen Struktur von dinglichen Rechten; seine Theorie wurde diesbezüglich aber in der Folge von Eugen Bucher konkretisiert. Auf Josef Aicher, der sich explizit auf die Reine Rechtslehre beruft, soll an eigener Stelle eingegangen werden, da dieser an Hand seiner Analyse des Eigentumsrechts die Konstruktion des dinglichen Rechts weit über Kelsen hinaus verfeinert hat.

Kelsens Auffassung zum dinglichen Recht ist wesentlich von seiner Theorie des subjektiven Rechts geprägt.¹¹³² Freilich ist hier nicht der Platz, dem Rechtsdenken von Kelsen einen gebührenden Platz einzuräumen, es soll daher nur insoweit thematisiert werden, als dass es für seine Konstruktion des dinglichen

1125 Thon, Rechtsnorm 180.

1126 So auch Dörner, Dynamische Relativität 21.

1127 Thon, Rechtsnorm 320.

1128 Thon, Rechtsnorm 292.

1129 AaO.

1130 Bekannt wurde die Kritik von Kohler, der zu Thons Konzeption des dinglichen Rechts meinte, dass dies eine Doktrin sei, „*welche die Auster fortwirft und uns die nackte Schale lässt*“, s Kohler, Das Autorrecht (1880) 3.

1131 Vgl Dörner, Dynamische Relativität 23.

1132 Nach Aicher ergibt sich bei Kelsen der Eigentumsbegriff notwendig aus seinem Begriff des subjektiven Rechts, vgl Aicher, Eigentum als subjektives Recht 28.

Rechts – wobei *Kelsen* nur das Eigentumsrecht thematisiert – notwendig ist. Vorauszuschicken gilt es hierbei, dass *Kelsens* Anliegen darin besteht, eine Rechtslehre rein – das heißt frei von natur- oder sozialwissenschaftlichen und wohl auch philosophischen Erwägungen – auszugestalten,¹¹³³ was – wie gesehen – ebenso in einem Spannungsverhältnis mit der von einem Freiheitsnarrativ geprägten Willentheorie wie mit der soziologisch beeinflussten Interessentheorie stand. *Kelsen* sieht die Rechtsordnung als zwangsbewehrte Sollensordnung zur Regelung menschlichen Verhaltens,¹¹³⁴ wobei bei ihm die Pflicht und nicht das Recht in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt wird.¹¹³⁵ Recht oder Anspruch sei demgemäß nichts anderes als eine Pflicht des oder der anderen, weshalb Recht und Pflicht nur als einziger rechtlich relevanter Sachverhalt aufzufassen sei; im Falle eines gegen die Pflicht verstoßenden Verhaltens erfolge eine staatliche Sanktion.¹¹³⁶ Das mit der Pflicht korrespondierende Recht sei ein bloßes Reflexrecht, das zwar die Darstellung des Sachverhalts erleichtern könne, für die rechtliche Erfassung des Vorgangs aber nicht unbedingt nötig sei.¹¹³⁷ Zu einem subjektiven Recht im technischen Sinn werde dieses Reflexrecht erst durch eine dem Individuum verliehene Rechtsmacht, die Nichterfüllung der Pflicht mit einer Klage geltend zu machen;¹¹³⁸ Recht sei aber durchaus auch ohne ein solches subjektives Durchsetzungsrecht denkbar, was sich etwa am Strafrecht zeige.¹¹³⁹ Eine Rechtsnorm kann somit eine doppelte Pflicht statuieren: einerseits eine Pflicht auf entsprechendes Verhalten des Rechtsunterworfenen, andererseits – sofern ein entsprechendes Recht besteht – die Pflicht der staatlichen Organe, bei pflichtwidrigem Handeln eine Sanktion zu verhängen.¹¹⁴⁰

Aus diesen Grundsätzen zieht *Kelsen* weitgehende Folgerungen für die Struktur des dinglichen Rechts, was er an Hand des Eigentumsrechts illustriert. Auch das Sachenrecht sei ein Recht zwischen Personen, das in Wahrheit die Pflicht aller Individuen zum Inhalt habe, die Verfügungen des Berechtigten „nicht zu hindern oder sonstwie zu beeinträchtigen“; die Beziehung zur Sache sei nur von sekundärer Bedeutung, „da sie nur der näheren Bestimmung der primären Beziehung dient“.¹¹⁴¹ Das Eigentumsrecht beinhalte einen Ausschluss aller anderen von der Verfügung über die Sache, Herrschaft sei nur das Reflexrecht dieser Pflicht.¹¹⁴² Die Erlaubnis, Handlungen im Bezug auf eine Sache zu setzen, habe somit keine normlogische Bedeutung. Dem Eigentums-

1133 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² Vorwort III f.

1134 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 31 ff.

1135 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 130 f; *Aicher* spricht zu Recht davon, dass bei *Kelsen* die Rechtsordnung eine Pflichtordnung sei, s. *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 24.

1136 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 132.

1137 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 133.

1138 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 139.

1139 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 141.

1140 Vgl. *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 26.

1141 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 135.

1142 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 136.

recht entspringt eine „*Vielheit von Pflichten einer unbestimmten Zahl von Individuen gegenüber einem und demselben Individuum mit Beziehung auf ein und dieselbe Sache*“.¹¹⁴³ Die Herrschaft über die Sache ist bei *Kelsen* somit nur ein Reflex des Ausschlusses der anderen.

Aufbauend auf der Reinen Rechtslehre¹¹⁴⁴ entwickelte *Eugen Bucher* ein System des subjektiven Rechts im Privatrecht, das er auch auf dingliche Rechte anwendete. Die Besonderheit im Denken *Buchers* besteht darin, dass er sämtliche Erscheinungen des Rechts als normative Tatbestände auffasst, wobei er zwischen generell-abstrakten und individuell-konkreten Normen unterscheidet.¹¹⁴⁵ Es kann somit nach *Bucher* auch der an eine individuell bestimmte Person gerichtete Befehl als Norm angesehen werden;¹¹⁴⁶ weshalb folgerichtig das einen Anspruch erhebende Individuum als Normsetzer angesehen wird.¹¹⁴⁷ Als subjektives Recht – das *Bucher* im Gegensatz zu *Kelsen* explizit anerkennt¹¹⁴⁸ – definiert er die vom objektiven Recht verliehene Befugnis, „*in einem bestimmten Umfang (nach freiem Belieben) Rechtsnormen zu setzen*“.¹¹⁴⁹ Aus dieser Vorstellung ergibt sich zwanglos, dass auch bei *Bucher* keine Rechte des Dürfens bestehen können, da der Berechtigte ausschließlich in der Lage ist, mit individuell-konkreten Normen entsprechende Verbote auszusprechen; erlaubende Normen seien nicht denkbar, da jede Rechtsordnung auf einer Freiheitsvermutung aufgebaut sei und das Dürfen somit nur aus einem fehlenden Verbot erwachse.¹¹⁵⁰ Die Folgerungen dieser durchaus radikalen These für die Konstruktion des dinglichen Rechts sind durchaus weitreichend – aber wie bereits mehrfach¹¹⁵¹ angemerkt wurde – nur wenig überzeugend: Ein Verbot, in ein dingliches Recht einzugreifen, bestehe nur, wenn es zum Erlass einer individuell-konkreten Norm gekommen ist – dem Störer also nach den Worten von *Larenz* der Wille des Berechtigten, dass die Störung zu unterlassen sei, erkennbar gemacht wurde.¹¹⁵² *Bucher* behilft sich dabei mit einer der allgemeinen Lebenserfahrung ent-

1143 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 137.

1144 Zum Vergleich von *Bucher* und *Kelsen* ausf. *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 29 ff.

1145 *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis 42 ff.

1146 *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis 49.

1147 Mit dieser Gleichsetzung von Norm und konkretem Befehl „steht und fällt“ nach *Larenz* die gesamte Theorie *Buchers*, s. *Larenz* in FS Sontis 131.

1148 Nach *Aicher* ist es ein wesentliches Charakteristikum der Theorie *Buchers*, dass dieser das „Primat der Pflicht“ in der Reinen Rechtslehre ablehnte und das mit der Pflicht korrespondierende Recht betonen wollte, s. *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 33 f.

1149 So zusammenfassend *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis 191.

1150 *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis 153.

1151 S. etwa *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 346; *Larenz* in FS Sontis 134 f.; *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 41 ff.

1152 *Larenz* in FS Sontis 135.

springenden, widerlegbaren Vermutung, dass bei dinglichen Rechten ein Anspruch erhoben wird und es sohin zu einer entsprechenden Willenskundgebung kommt.¹¹⁵³ Dieser Kunstgriff ist freilich ein bedeutender Schönheitsfehler in *Buchers* Konzeption, die sonst auf einem beträchtlichen Abstraktionsniveau operiert: Dingliche Rechte können nur mit Rückgriff auf eine Fiktion, die völlig außerhalb der Theorie steht, beschrieben werden; hinsichtlich des Rechtsbegriffs bei dinglichen Rechten ist *Buchers* System somit ohne erkennbaren Mehrwert.

3.1.2.3. *Josef Aicher*

Josef Aicher kommt das Verdienst zu, die Lehren der Reinen Rechtslehre in letzter Konsequenz auf dingliche Rechte angewendet zu haben, wobei er seine Analyse auf das Eigentum beschränkt. Im Zentrum seines Erkenntnisinteresses liegt die Frage, ob in einer normlogischen Betrachtung die Rechtsordnung das Verhaltendürfen des Eigentümers gegenüber einer bestimmten Sache schützt. Dabei sieht *Aicher* ganz in der Tradition *Kelsens* die Rechtsordnung als eine Pflichtordnung, die als Gesellschaftsordnung ausschließlich menschliches Verhalten betrifft.¹¹⁵⁴ Normen, die das Verhalten von Menschen gegenüber leblosen Gegenständen regeln, seien daher in Wahrheit als Verhaltensge- und verbote gegenüber der Rechtsgemeinschaft aufzufassen.¹¹⁵⁵ Recht kann in einer formalen Betrachtungsweise somit nur zwischen Rechtssubjekten, nicht aber zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt bestehen. Der normative Gehalt des Eigentumsrechts erschöpft sich somit in einem absoluten – also gegenüber allen Rechtsgenossen wirkenden – Ausschlussrecht.¹¹⁵⁶ Daraus folgt konsequenterweise, dass erlaubende Normen, die ein Dürfen des dinglich Berechtigten zum Inhalt haben, keinen Platz haben, da sie bloß die Negation eines Gebots oder Verbots darstellen; sie seien aus normlogischer Sicht überflüssig und sinnlos.¹¹⁵⁷ Das Verhaltendürfen sei durch die Rechtsnorm mit *Kelsen* allein dadurch gewährleistet, dass diese anderen Subjekten gebiete, die Freiheit des Berechtigten zu respektieren, und ihnen verbietet, in diese einzugreifen.¹¹⁵⁸ *Aicher* zieht den Schluss, dass ein Dürfen im Bereich des dinglichen Rechts auf ein Rechtsverhältnis zwischen Subjekt und Objekt hinauslaufe, was innerhalb der Prämissen der Reinen Rechtslehre abzulehnen sei.¹¹⁵⁹ Ganz in der von *Kelsen* geprägten Denkweise folgert *Aicher* daher, dass für die Beschreibung eines rechtlichen Vorgangs der Blick auf die Pflicht ausreiche, sofern die Verhaltenspflichten

1153 *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis 68 ff.

1154 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 18 f.

1155 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 19.

1156 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 34.

1157 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 52.

1158 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 53.

1159 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 67 f.

konkretisiert seien; das Recht sei dann ein bloßer Reflex.¹¹⁶⁰ Ein subjektives Recht bestehe im Fall einer Klagsmöglichkeit; nicht unbedingt notwendig sei somit die Klagserhebung, da auch andere Mittel – wie etwa die Abmahnung, aber uU auch die Selbsthilfe – eine rechtlich relevante Durchsetzung der Verpflichtung seien.¹¹⁶¹ Die Norm gilt aber – im Unterschied zu *Bucher* – jedenfalls unabhängig davon, ob diese durchgesetzt wird.¹¹⁶²

Die Aufnahme von *Aichers* Thesen mag bei genauerer Betrachtung zu verwundern: So kritisiert etwa *Larenz*, dass bei *Aicher* das subjektive Recht auf die Klagserhebung reduziert sei, was – wie gezeigt – nicht der Fall ist, da *Aicher* auf die Klagsmöglichkeit und nicht auf die Klagserhebung abstellt.¹¹⁶³ IdZ identifiziert *Larenz* bei *Aicher* auch ein „überwundenes Aktionendenken“;¹¹⁶⁴ ein Befund, der *Aichers* Konzeption des dinglichen Rechts wohl maximal verkennt: Wie gezeigt werden wird,¹¹⁶⁵ ist das aktionenrechtliche Denken hinsichtlich des dinglichen Rechts als ein unmittelbares Verhältnis zwischen Objekt und Subjekt ausgestaltet. *Aichers* Anliegen ist aber vielmehr der Nachweis, dass ein derartiges Rechtsverhältnis zwingend ausscheiden muss und dingliche Rechte als Rechtsverhältnis zwischen Rechtssubjekten gedacht werden müssen. Es drängt sich somit der Eindruck auf, dass bei der Rezeption der Thesen *Aichers* vielmehr die Grundgedanken der Reinen Rechtslehre kritisiert werden als deren Anwendung auf dingliche Rechte in *Aichers* Schrift.

Nur wenig Beachtung haben unverdientermaßen *Aichers* Gedanken zur Eigentumsbeschränkung aus rechtsformaler Sicht gefunden, die aber eine deutliche Vertiefung des Verständnisses der Struktur dinglicher Rechte beinhalten. Er lässt dabei die zuvor in rechtsformalen Untersuchungen von dinglichen Rechten gesetzte Prämisse fallen, dass das Eigentum stets ein unbeschränktes Verfügungsrecht an einer (körperlichen) Sache darstellt,¹¹⁶⁶ vielmehr könne das Eigentumsrecht durch privatrechtliche Normen (zB § 364 Abs 2 ABGB), aber va auch durch die Bestimmungen des öffentlichen Rechts beschränkt werden. Eigentumsbeschränkungen seien dabei stets als an den Eigentümer gerichtete Verhaltensnormen aufzufassen; diese schränken den „Bereich, in dem die Vermutung der Freiheit des Eigentümers gilt“ ein.¹¹⁶⁷ Zu unterscheiden sei dabei zwischen Beschränkungen, denen eine Erlaubnisfunktion zukommt und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Erstere seien rechtsformal als Erlaubnisnormen zu qualifizieren,¹¹⁶⁸ die als *leges speciales*

1160 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 40.

1161 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 41.

1162 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 49.

1163 *Larenz* in FS Sontis 137.

1164 *Larenz* in FS Sontis 136; sehr ähnlich *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 348.

1165 S 3.3.1.2.

1166 Vgl *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis 163.

1167 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 83.

1168 Erlaubnisnormen seien zulässig, wenn sie von einem allgemeinen Verbot entheben, s *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 80.

„den Geltungsbereich der allgemeinen, Beeinträchtigungen des dem Eigentümer zugeordneten sachlichen Bereiches untersagenden Rechtsnorm für einen bestimmten Bereich einschränken“. ¹¹⁶⁹ Dadurch werde die Ausschlussbefugnis des Eigentümers jedoch nicht vollends aufgehoben, er kann allen anderen Störern, denen der Eingriff durch die *lex specialis* nicht erlaubt wurde, eine Einwirkung untersagen. ¹¹⁷⁰ Eigentumsbeschränkungen ohne Erlaubnisfunktion – wie etwa die Vorgaben der BauO, aber auch rechtsgeschäftlich erzeugte Pflichten (§ 476 ABGB) – seien als an den Eigentümer gerichtete Verhaltensnormen aufzufassen. ¹¹⁷¹ Aus *teleologischer* Sicht seien die Eigentumsbeschränkungen somit dem Eigentumsrecht immanent, da jene eine „*inhaltliche Bestimmung des rechtlich geschützten Bereichs*“ darstellen ¹¹⁷², normlogisch sei dies, da es sich um in verschiedene Richtungen zeigende Verhaltensanordnungen handelt, aber nicht der Fall. ¹¹⁷³ Aus dieser Betrachtung zieht *Aicher* Schlüsse zur Durchsetzung des beschränkten Eigentums: So müsse das Gericht von Amts wegen das Bestehen eigentumsbeschränkender gesetzlicher Normen überprüfen; ein etwaiger Störer müsse somit nicht das Bestehen einer eigentumsbeschränkenden Norm beweisen. ¹¹⁷⁴ Anders sei dies freilich bei rechtsgeschäftlichen Eigentumsbeschränkungen dinglicher oder obligatorischer Art, die in der Disposition der Parteien stehen und somit auch eine Behauptungs- und Beweispflicht gegeben ist.

Auf rechtsformaler Ebene ¹¹⁷⁵ ist dem weitgehend zuzustimmen; in der vorgenommenen Differenzierung zwischen gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Eigentumsbeschränkungen muss jedoch eine Modifikation vorgenommen werden: Treffender wäre es, bei der Unterscheidung an den Bestand eines subjektiven Rechts anzuknüpfen. Immer wenn die Rechtsordnung einem Individuum die Rechtsmacht einräumt, die Nichterfüllung der Pflicht mit einer Klage geltend zu machen, ¹¹⁷⁶ besteht eine Behauptungs- und Beweispflicht des Inhabers des subjektiven Rechts. Dies hat den Hintergrund, dass alleine dem Inhaber des subjektiven Rechts die Wahl obliegt, ob die mit seinem Recht korrespondierende Pflicht durchgesetzt werden soll oder nicht. Zwar besteht bei rechtsgeschäftlichen Eigentumsbeschränkungen stets ein subjektives Recht, ein solches kann aber auch bei gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen vorhanden sein. Ein Beispiel hierfür ist die durch Ersitzung erworbene Wegservitut, die nicht anders als eine rechtsgeschäftlich erworbene vor Gericht behauptet

1169 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 81.

1170 AaO.

1171 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 82.

1172 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 87.

1173 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 88 f.

1174 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 85, zust *Kiettaibl* in Klang³ § 354 Rz 6.

1175 Eine zivilprozessuale Beurteilung dieser Aussage würde vom Fokus der vorliegenden Frage ablenken und soll somit nicht erfolgen.

1176 Nach einer Formulierung von *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 139.

tungs- und beweispflichtig ist. Ein anderes denkbares, aber in der Rechtspraxis wohl bedeutend weniger relevantes Beispiel besteht bei den Rechten des Urhebers¹¹⁷⁷, die die Berechtigung des Eigentümers des urheberrechtlich geschützten Werkstücks einschränken: Auch diese können, obwohl sie gesetzliche Einschränkungen des Eigentums darstellen, als subjektive Rechte angesehen werden, weshalb sie bei der Rechtsdurchsetzung des Eigentums nicht von Amts wegen zu prüfen sind.¹¹⁷⁸ Dieser Gedankengang von *Aicher* stellt eine deutliche Erweiterung der normlogischen Erfassung von dinglichen Rechten dar: Diese werden nicht auf ihre Durchsetzung gegenüber Dritten beschränkt, sondern auch in ihren Wirkungen zwischen mehreren (dinglich) Berechtigten beschrieben.

3.1.2.4. *Jürgen Schmidt*

Eine von der Reinen Rechtslehre abweichende rechtsformale Analyse des Rechts findet sich im äußerst komplexen Werk¹¹⁷⁹ von *Jürgen Schmidt*. Er geht dabei – anders als die Reine Rechtslehre oder *Thon* – von der Prämisse aus, dass es Zweck des subjektiven Rechts sei, einen Freiheitsraum zu konstituieren; demgemäß untersucht er, wie eine Norm oder ein Normenkomplex ausgestaltet sein muss, damit dieses Ziel erreicht werden kann.¹¹⁸⁰ *Schmidt* knüpft an *Wesley Newcomb Hohfeld* an, der subjektive Rechte als relationale rechtliche Positionen auffasst;¹¹⁸¹ rechtliche Beziehungen bestehen demnach in einer Relation wechselseitiger Ergänzung.¹¹⁸² Dementsprechend bestehen in den hier interessierenden Bereichen zwei korrelative Beziehungen: die Beziehung zwischen Recht und Pflicht und jene zwischen Erlaubnis und Nicht-Recht. Dem Recht des einen steht somit die korrespondierende Pflicht des anderen gegenüber, der Erlaubnis des einen das Nicht-Recht des anderen.¹¹⁸³ Die These von *Schmidt* ist dabei, dass das subjektive Recht – und somit auch das dingliche Recht – stets eine right-privilege-Struktur aufweist und somit gleichermaßen Recht und Erlaubnis beinhaltet.¹¹⁸⁴ Jede Norm beinhaltet somit zwei Aussagen: Erstens darf jemand in einem Sozialsachverhalt bestimmte sozial-relevante Veränderungen (Tatbestände) vornehmen, zweitens dürfen alle an-

1177 Insb ist dabei an den Werkschutz gem § 21 UrhG und die Pflichten des Besitzers eines Werkstücks gem § 22 UrhG zu denken.

1178 Denkbar wäre dies etwa bei einem Einwand im Besitzstörungsprozess, dass es ohne die Besitzstörung zu einer unvermeidbaren Entstellung des Werkstücks gekommen wäre.

1179 Dem Verfasser dieser Schrift ist kein anderes rechtswissenschaftliches Werk bekannt, in dem in einem vergleichbaren Ausmaß formallogische Nachweise geführt werden, s *Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung (1969) 19 ff.

1180 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 17.

1181 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 32 ff.

1182 S dazu *Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale L. J. 1917, 710.

1183 Ausf dazu *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 101 ff.

1184 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 37.

deren diese Tatbestände nicht setzen; Freiheitsermächtigung und Generalverbot machten somit die Struktur der Berechtigung aus.¹¹⁸⁵ Das Dürfen des einen ist somit untrennbar mit dem Müssen aller andern verbunden, es handelt sich bei subjektiven Rechten nach der Ansicht von *Schmidt* somit um ein privilegiertes Dürfen, das nicht nur Reflex einer Pflicht ist. Besonders treffend fasst dies *Larenz* zusammen, der davon spricht, dass das Charakteristikum in *Schmidts* Rechtskonzeption darin liegt, dass einer etwas darf, was andere nicht dürfen,¹¹⁸⁶ weshalb das Dürfen zum konstitutiven Bestandteil der Rechtskonzeption wird. Nur äußerst am Rande thematisiert *Schmidt* die Anwendung des von ihm vertretenen Rechtsbegriffs auf dingliche Rechte.¹¹⁸⁷ Er sieht bei diesen Berechtigungen, „die einen Sachverhalt zum Gegenstand haben, in dem der Mensch keine Rolle spielt“ und qualifiziert diese somit als „reale Berechtigung“.¹¹⁸⁸ *Schmidt* geht daher wohl davon aus, dass die privilege-Komponente des dinglichen Rechts eine unmittelbare Beziehung zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt darstellt, während die right-Komponente als Rechtsverhältnis zwischen Rechtssubjekten angesehen wird.

3.1.2.5. Stellungnahme: normlogische Bedeutung von Erlaubnisnormen

Es zeigt sich, dass bei den formal-normativen Rechtstheorien von dinglichen Rechten eine wesentliche Diskrepanz bei der Frage besteht, ob das „Dürfen“ des Berechtigten normlogisch von Relevanz ist. Dieses Dürfen kann dabei – wenn es in ein Verhältnis mit der rechtssetzenden Autorität gebracht wird – mit einem Erlauben gleichgesetzt werden.¹¹⁸⁹ Die jeweilige Position wird wesentlich von der Auffassung zum Verhältnis von Freiheit und Recht geprägt, die den Theorien zu Grunde gelegt wird: Geht man etwa mit der Reinen Rechtslehre davon aus, dass die Rechtsordnung als Pflichtordnung die Freiheit des Rechtsunterworfenen beschränkt, scheinen Erlaubnisnormen eine unnütze Doppelung der Freiheit. Geht man aber mit der Willentheorie davon aus, dass die Freiheit der Rechtsunterworfenen Folge des Rechts ist, muss jede Norm ohne Erlaubnis hinken.

Ohne eine Position im Widerstreit der unterschiedlichen Konzeptionen der Freiheit einzunehmen, soll an dieser Stelle der Frage nachgegangen werden, ob Erlaubnisnormen – auch innerhalb der von der Reinen Rechtslehre vertretenen Prämisse, dass Rechte die vorhandene Freiheit beschränken und nicht erst konstituieren – hinsichtlich dinglicher Rechte tatsächlich aus

1185 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 17.

1186 *Larenz* in FS Sontis 138 ff.

1187 Aus diesem Grund werden die Thesen von *Schmidt* an dieser Stelle auch nur auszugsweise thematisiert. Nicht näher eingegangen kann auf die Unterscheidung zwischen Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung werden, die den Hauptbestandteil der Arbeit ausmacht, s zu dieser aber weiterführend in 3.4.2.2.

1188 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 56.

1189 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 51.

normlogischer Sicht überflüssig sind.¹¹⁹⁰ Außer Streit steht dabei, dass Erlaubnisnormen durchaus normlogisch sinnvoll sind, sofern sie von einem allgemeinen Verbot entheben.¹¹⁹¹ Hier wird die allgemeine Prämisse dieser Position, die darin besteht, dass durch die Rechtsordnung die Freiheit des Einzelnen beschränkt und nicht konstituiert wird, aufgehoben, sodass ein Abweichen von der generellen Position, dass keine Erlaubnisnormen bestehen könnten, nur folgerichtig ist. Selbst dann ist aber nicht klar, gegenüber wem sich die Erlaubnis richten kann, wer daher nach den *bohfeldschen Relationen* die Position des Nicht-Rechts innehat. *Oertmann* hat hier eindrucksvoll nachgewiesen, dass dies jedenfalls nicht das Rechtsobjekt selbst sein kann, da dieses der rechtlichen Macht des Berechtigten niemals Widerstand bietet und somit nie in einer Position des Rechts gegenüber dem Rechtssubjekt sein kann.¹¹⁹² Die Erlaubnis muss sich somit stets auf andere Personen beziehen, die die Position des Nicht-Rechts halten.

Ein erster Bereich, in dem iZm dinglichen Rechten von einer normlogischen Notwendigkeit der Erlaubnis ausgegangen werden kann, wird en passant bei *Aicher* erwähnt. Dieser führt – wie gezeigt – aus, dass Eigentumsbeschränkungen mit Erlaubnisfunktion existieren; als Beispiel dafür führt er ein Wegerecht an, das das Eigentum an einem Grundstück belastet. Nun kann korrespondierend mit diesem Wegerecht die Pflicht des Eigentümers gesehen werden, den Wegeberechtigten nicht zu hindern. In diesem spezifischen Kontext kann sich das Dürfen des Wegeberechtigten aber nicht aus der allgemeinen Handlungsfreiheit ergeben, da die Rechtsordnung bereits eine Zuordnung der Handlungsmöglichkeiten zum Eigentümer vorgenommen hat; das Dürfen muss vielmehr eigens begründet und abgeleitet werden. Nach *Aicher* kann dies als Eigentumsbeschränkung, die ein ansonsten verbotenes Verhalten erlaubt, angesehen werden, weshalb hier die Erlaubnisfunktion zulässig ist.¹¹⁹³ Dieser Gedanke trifft freilich nicht nur auf das Wegerecht, sondern auf alle Dienstbarkeiten zu; mithin ist davon auszugehen, dass jedes dingliche Recht eine Erlaubnisfunktion beinhaltet, solange es das Eigentum beschränkt. Denn bei der Beschränkung des Eigentums durch ein dingliches Recht kommt es nicht zu einem Verhalten-Dürfen des dinglich Berechtigten kraft Schweigens des positiven Gesetzgebers,¹¹⁹⁴ vielmehr wird die Erlaubnis vom Eigentümer abgeleitet. Dies zeigt sich besonders illustrativ beim Pfandrecht: Dieses beinhaltet nicht nur Pflichten des belasteten Eigentümers, die zumindest bei der unbeweglichen Sache iW darin bestehen,

1190 Dies war bereits eine Streitfrage zwischen Willens- und Interessenstheorie, s *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 16.

1191 Dies hat bereits *Thon* erkannt, s *Thon*, Rechtsnorm 292, vgl dazu auch *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 80.

1192 *Oertmann*, AcP 1925, 129 (138).

1193 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 79.

1194 S dazu mwN zu *Kelsen Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 84.

die Sache von einem anderen verwerten zu lassen; es enthält auch ein vom Gesetzgeber konkret umschriebenes Handelndürfen im Zuge der Verwertung. Daraus folgt, dass die Erlaubnis immer dann normlogisch relevant ist, wenn nicht von einem allumfassenden Volleigentum an einer Sache, sondern einem Nebeneinander verschiedener dinglicher Rechte auszugehen ist.¹¹⁹⁵

Dieser Gedankengang offenbart eine wichtige Spezifität des dinglichen Rechts, auf die in der Folge noch genauer zurückzukommen ist: Das dingliche Recht ist durch eine Dualität geprägt, die *Oertmann* die Innen- und Außenwirkung des dinglichen Rechts nennt.¹¹⁹⁶ Die Außenwirkung des dinglichen Rechts gegenüber jedermann kann durch die Verpflichtung der Nichtstörung abschließend beschrieben werden. Davon ist die Innenwirkung des dinglichen Rechts zu trennen, die das Verhältnis der an der Sache berechtigten Rechtssubjekte bezeichnet. In diesem ist das Dürfen des Berechtigten sehr wohl normlogisch notwendig; ihm entspricht ein Nicht-Recht aller anderen dinglich Berechtigten. Wenn in der Tradition der Reinen Rechtslehre die Innenwirkung des dinglichen Rechts nicht betrachtet wurde, so ist dies nicht weiter verwunderlich: Untersuchungsgegenstand war hier stets das unbeschränkte Eigentum, in dem – mangels Mehrheit von an der Sache berechtigten Rechtssubjekten – keine Innenwirkung vorhanden ist.

Darüber hinaus kann bei dinglichen Rechten jedoch auch ein zweiter, abstrakterer Bereich identifiziert werden, in dem der Erlaubnis normlogische Bedeutung zukommt. Mit dem dinglichen Recht korrespondiert völlig unstrittigerweise die Verpflichtung der Nichtstörung von Dritten. Nach den *hohfeldschen* Relationen ist davon aber die Position der Erlaubnis zu trennen, die mit einem Nicht-Recht korrespondiert. Von einem Erlaubnisrecht kann nach *Schulev-Steindl* nur dann gesprochen werden, wenn ein Zustand völliger rechtlicher Handlungsfreiheit besteht, in dem ein Tun ebenso offen steht wie ein Unterlassen.¹¹⁹⁷ Genau in dieser *ergänzenden Freiheit des Unterlassens*¹¹⁹⁸ besteht der spezifische Inhalt der Erlaubnis im Kontext des dinglichen Rechts.¹¹⁹⁹ Denn die Pflicht aller anderen zur Nichtstörung beinhaltet noch nicht zwingend die ergänzende Freiheit des Unterlassens der

1195 An dieser Stelle muss darauf hingewiesen werden, dass dieser Überlegung ein spezifisches Konzept des Eigentumsrechts zu Grunde liegt, das im derzeitigen Zivilrechtsdiskurs weit verbreitet ist. Das Eigentumsrecht wird als Universal Mutterrecht angesehen, von dem dingliche Rechte abgespalten werden; die Erlaubnis des dinglich Berechtigten wird sohin vom Eigentümer abgeleitet. Eine derartige Konzeption des Eigentumsrechts ist aber nicht zwingend, was sich insb beim ABGB zeigen wird, in dem eine Gleichordnung aller dinglichen Rechte vorliegt. Auch hier ist aber von der Notwendigkeit eines Dürfens der dinglich Berechtigten auszugehen.

1196 *Oertmann*, AcP 1925, 129 (133).

1197 *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 109.

1198 AaO.

1199 Wohl aA *Aicher*, der davon ausgeht, dass eine Handlung auch unterlassen werden darf, wenn sie geduldet wird, s *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 52.

Nutzung durch den Berechtigten. Besonders deutlich tritt dies im Markenrecht hervor, wo ganz unstrittig eine gegen Dritte wirkende Verpflichtung der Nichtstörung durch eine kennzeichenmäßige Benutzung des markenrechtlich geschützten Kennzeichens besteht. Gem § 33a Abs 1 MaSchG kommt dem Inhaber des Markenrechts aber nicht die ergänzende Freiheit des Unterlassens zu, da eine qualifizierte Unterlassung der Nutzung¹²⁰⁰ zu einem Erlöschen des Kennzeichenrechts führt.¹²⁰¹ Dies ist freilich keine rein immaterialgüterrechtliche Blüte: *Thon* wies etwa darauf hin, dass im römischen Recht eine Servitut nach zehn- bzw zwanzigjährigem *non usus* unterging;¹²⁰² auch für das ABGB wird davon ausgegangen, dass es zu einer Servitutsverjährung durch Nichtgebrauch kommen kann.¹²⁰³ Es existiert in diesen Fällen keine Pflicht der Benutzung, dem ein Recht eines anderen Rechtssubjekts gegenübersteht; vielmehr wird die Nichtnutzung an einen Rechtsverlust geknüpft.¹²⁰⁴ Sohin besteht eine Obliegenheit der Nutzung,¹²⁰⁵ die einer Freiheit des Unterlassens entgegen steht.

In diesen Fällen zeigt sich die normlogische Funktion von Erlaubnisnormen: Alleine durch eine alle Rechtsgenossen treffende Nichtstörungspflicht kann weder die Berechtigung des Inhabers eines beschränkten dinglichen Rechts noch das Fehlen einer Nutzungsobliegenheit hergeleitet werden. Dass das ABGB das dingliche Recht aber nicht nur als mit der Nichtstörungspflicht von Dritten korrespondierendes Recht, sondern auch als eine die ergänzende Freiheit des Unterlassens schützende Erlaubnis versteht, zeigt sich besonders deutlich in § 1459 S 1 ABGB, nach dem die Rechte über das Eigentum – wie etwa das Recht, sein Wasser zu nutzen – nicht verjähren können.¹²⁰⁶ Aus dieser Betrachtung ergibt sich, dass selbst dann, wenn man in der Denktradition von *Zeiller*, der Imperativtheorie und der Reinen Rechtslehre davon ausgeht, dass in Abwesenheit von Normen ein Raum der Freiheit vorhanden ist, bei dinglichen Rechten Erlaubnisnormen

1200 Jedermann kann die Löschung einer eingetragenen Marke verlangen, wenn diese innerhalb von fünf Jahren weder vom Markeninhaber noch mit dessen Zustimmung von einem Dritten ernsthaft kennzeichenmäßig benutzt wurde, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, s § 33a Abs 1 MaSchG.

1201 Der Rechtsverlust auf Grund der fehlenden Rechtsausübung wird als „Verschweigung“ bezeichnet, vgl *Gusenleitner-Helm* in Klang³ Vor § 1451 Rz 23 ff.

1202 *Thon*, Rechtsnorm 323.

1203 *Vollmaier* in Klang³ Vor § 1488 Rz 1.

1204 Anders ist dabei die Freiheitsersitzung nach § 1488 ABGB anzusehen, weil hier ein Widersetzen gegen die Servitutsausübung notwendig ist.

1205 Charakteristisch für die Obliegenheit ist, dass von einem Erfüllungszwang und einer Schadenersatzpflicht abgesehen wird und im Fall der Nichterfüllung nur eine günstige Rechtsposition wegfällt, s dazu weiterführend *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 194 f.

1206 Ausgedrückt in den *bohfeldschen Relationen* könnte die Erlaubnis des dinglich Berechtigten mit dem Nicht-Recht aller anderen, die nicht benützte Sache an sich zu nehmen und Eigentum daran zu erwerben, ausgedrückt werden.

nicht zwangsläufig normlogisch überflüssig sind. Der reine Blick auf die Pflichten ist im Verhältnis mehrerer dinglich Berechtigter zueinander nicht hinreichend, um die Befugnisse eines dinglich beschränkt Berechtigten auszudrücken. Ebenso können Nutzungsobliegenheiten, die iZm dinglichen Rechten bestehen können, nicht abschließend durch die Verpflichtung des Berechtigten beschrieben werden. Erlaubnisnormen sind bei dinglichen Rechten somit jedenfalls nicht als funktionslos anzusehen.

3.1.3. Kombinationstheorien

Aus der bisherigen Darstellung wird deutlich, dass bezüglich der Struktur von dinglichen Rechten *cum grano salis* zwei verschiedene Positionen bestehen, die in sich logisch geschlossen sind, aber im fundamentalen Gegensatz zueinanderstehen. Zum einen wird in einer der Reinen Rechtslehre zuzurechnenden, aber iW auch von der Imperativentheorie vertretenen und schon bei den naturrechtlichen Lehren von *Zeiller* verorteten Konzeption davon ausgegangen, dass das dingliche Recht nur im Verhältnis zwischen Individuen zur Geltung gelangen kann. Das dingliche Recht beinhaltet dabei ausschließlich die Pflicht aller anderen, den Umgang des berechtigten Rechtssubjekts mit dem Rechtsobjekt nicht zu stören; das Handelndürfen des Berechtigten ergibt sich aus dem Fehlen einer Pflicht. Zum anderen besteht eine insb auf die Willenstheorie zurückführbare, aber etwa auch von *J. Schmidt* vertretene Position, nach der die Räume der Freiheit erst durch das Recht konstituiert werden. Demgemäß wird beim dinglichen Recht auch eine Form der Erlaubnis als notwendig angesehen, die den freien Umgang des Rechtssubjekts mit dem Rechtsobjekt ermöglicht. Hinsichtlich dieser Erlaubnis wird zumindest zT von einem direkten Rechtsverhältnis zwischen Subjekt und Objekt ausgegangen. Die wesentliche, rechtsphilosophische¹²⁰⁷ Diskrepanz dieser Positionen besteht daher darin, ob das Recht einen vorhandenen Raum der Freiheit begrenzt oder diesen erst konstituiert.

¹²⁰⁷ Diese rechtsphilosophische Diskrepanz zeigt sich besonders deutlich bei *Larenz*, der die einzelnen Positionen freilich klar wertend betrachtet. So bestehe eine Position darin, den Zweck des Rechts allein darin zu sehen, „den ungehemmten egoistischen Streben der einzelnen gewisse äußerste Schranken zu setzen, um durch eine Begrenzung des gleichsam natürlichen Handlungsraumes jedes einzelnen für alle ein Mindestmaß an Sicherheit zu schaffen und ihre Koexistenz unter gleichen Bedingungen zu ermöglichen“; hier könne das Recht nur als Pflichtordnung angesehen werden. Die andere Position bestehe aber darin, einen sozialen Handlungsraum zu eröffnen, was durch Gewährung, Zuteilung und Ermächtigung zum Ausdruck kommt. *Larenz* verbindet die letztere, freilich auch von ihm selbst vertretene Position mit den Anforderungen der Gerechtigkeit, denen nur diese Rechnung tragen könne. Dies überzeugt jedoch nicht, da dies den Zweck des Rechts – die austeilende Gerechtigkeit herzustellen – mit ihrer Form vermischt, vgl dazu *Larenz*, Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, in FS Engisch (1969) 150 (158 f).

Zwischen diesen unterschiedlichen Theorien haben sich vermittelnde Ansätze entwickelt, die deren wesentliche Inhalte in einer Synthese zu vereinen suchen. Die größte Verbreitung hat dabei jene Kombinationstheorie gefunden, die zum Begriff des subjektiven Rechts zwischen der Willentheorie und der Interessentheorie vermittelt. Diese geht im Kern auf *Georg Jellinek* zurück, nach dem Wille und Interesse notwendigerweise zusammengehören; das subjektive Recht sei deshalb „*die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht*“¹²⁰⁸. In der zivilrechtlichen Lit hat hierbei insb die Definition von *Ludwig Enneccerus* weite Gefolgschaft erreicht, nach der das subjektive Recht „*begrifflich eine Macht, die dem Einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist, seinem Zwecke nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen*“ darstellt. In Fortführung des Werks von *Enneccerus* übernahm *Hans Carl Nipperdey* diese Definition, ersetzte aber den Begriff der Macht durch jenen der Rechtsmacht.¹²⁰⁹ Dementsprechend kam es bei diesen Theorien zur Kombination von Willensmacht und der Interessensgebundenheit bei der Definition des subjektiven Rechts.

Karl Larenz kommt das Verdienst zu, diese äußerst abstrakten Begrifflichkeiten auf dingliche Rechte heruntergebrochen zu haben. Wie sich zeigen wird, kann die von *Larenz* vertretene Auffassung jedoch nicht als Kombinationstheorie aufgefasst werden, da sie iW den Vorgaben der Willentheorie folgt. Dementsprechend soll in der Folge versucht werden, eine eigene vermittelnde Position zu entwickeln.

3.1.3.1. *Karl Larenz*

Ganz in der Tradition von *Savigny* versteht *Karl Larenz* das subjektive Recht als Element eines Rechtsverhältnisses.¹²¹⁰ Das Eigentum als dingliches Recht sei dabei als Rechtsverhältnis aufzufassen, das eine Person im Verhältnis zu allen anderen Rechtssubjekten hat; Kern dieses Rechtsverhältnisses sei ein Dürfen oder ein Freiraum, „*den die Rechtsordnung einer Person gewährleistet, indem sie alle anderen davon ausschließt*“¹²¹¹. Die Rechtsmacht eines Eigentümers bestehe darin, in „*Bezug auf seine Sache beliebig handeln zu dürfen, während andere das nicht dürfen*“¹²¹². Damit werde der Wille des Berechtigten hinsichtlich der Sache als maßgeblich anerkannt; die Rechtsordnung räume dem Berechtigten einen gegenstandsbezogenen Handlungsspielraum ein.¹²¹³ Dementsprechend seien auch die obligatorischen Rechte eines Mieters, Pächters oder Entleihers als Herrschaftsrechte anzusehen, da diese einen Handlungsspielraum im

1208 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1892) 41.

1209 S zur Genese dieser Definition weiterführend *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 151 f.

1210 *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 189.

1211 *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 184.

1212 *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 199.

1213 *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 205.

Bezug zu einer Sache eröffneten.¹²¹⁴ Ein Rechtsverhältnis sei jedoch – trotz des Bezugs zur Sache – stets als eine rechtlich gestaltete Beziehung unter Personen aufzufassen.¹²¹⁵ *Larenz* unterscheidet sohin zwischen einer positiven Funktion des dinglichen Rechts – also dem Verhaltendürfen des Berechtigten – und dessen negativer Funktion – also dem Ausschluss von Dritten, die nicht auseinandergerissen werden dürften.¹²¹⁶ Es bestehe ein „*latentes Rechtsverhältnis*“ zu allen anderen Personen, das sich mit der Bestreitung der Rechte des Berechtigten zu einem Anspruch transformiere.¹²¹⁷ Die Eigenart des Eigentums bestehe sohin darin, dass im Verhältnis zu allen anderen eine bestimmte Sache ausschließlich zur Verfügung des Eigentümers zugewiesen werde.¹²¹⁸

Es ist *Karl Larenz* durchaus zuzugestehen, die Diskrepanzen zwischen den Auffassungen zum dinglichen Recht abgemildert zu haben. So erkennt er ausdrücklich die negative Funktion von dinglichen Rechten an, die als allen anderen Rechtssubjekten obliegender Pflicht zur Nichtstörung aufgefasst werden kann. Auch die positive Funktion von dinglichen Rechten konzipiert *Larenz* als Verhältnis zwischen Personen, was – wie gesehen – dem Grunde nach auch mit einer von *Zeiller*, der Imperativtheorie und der Reinen Rechtslehre vertretenen Auffassung kompatibel ist. Hierbei zeigt sich jedoch, dass *Larenz*' Auffassung deutlich zur Willenstheorie lehnt: Obzwar er überzeugend betont, dass Erlaubnisnormen nicht generell ausscheiden müssen, zeigt er nicht, weshalb bei dinglichen Rechten stets auch ein Dürfen normiert werden müsse und die „positive“ Seite des Rechts untrennbar mit der „negativen“ verbunden sei. Er verweist zwar zu Recht auf die Bestimmung des § 903 BGB, die gleich wie § 362 ABGB die Befugnisse des Eigentümers regelt; dies kann aber – wie *Aicher* ganz zu Recht festhält – kein valides rechtsformales Argument darstellen.¹²¹⁹ Es drängt sich vielmehr die Frage auf, ob die „positive“ Seite des dinglichen Rechts nicht weggedacht werden könnte, wenn die negative unverändert beibehalten würde. Implizit verweist *Larenz* in seiner Begründung jedoch auf die Grundlage der „positiven“ Seite des dinglichen Rechts: Nur durch sie werde dem Berechtigten der Handlungsspielraum an der Sache eingeräumt;¹²²⁰ es handelt sich somit um ein typisches willentheoretisches Narrativ, dass erst durch das Recht die Verhaltensfreiheit konstituiert wird. Der Ansatz von *Larenz* ist somit eine durchaus gelungene Fortentwicklung der Willenstheorie im Bezug auf das dingliche Recht; eine Kombinationstheorie in dem Sinn, dass diese auch die Grundprämissen der von der Imperativtheorie und der Reinen Rechtslehre vertretenen Position teilt, ist sie indes nicht.

1214 *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 206.

1215 *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 184.

1216 AaO.

1217 *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 185.

1218 AaO.

1219 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 53 f.

1220 *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 206.

3.1.3.2. Eigene Auffassung: Dingliche Rechte als bewehrte Erlaubnisrechte

Aus der bisherigen Darstellung hat sich ergeben, dass die herrschenden Theorien bei der Begründung des dinglichen Rechts konzeptionell einen unterschiedlichen Ansatz verfolgen. Dieser betrifft im Kern die Frage, ob die Handlungsfreiheit – das ist die Freiheit, mit einem Rechtsobjekt nach eigenem Willen zu verfahren – aus dem Recht folgt oder durch das Recht beschränkt wird. Nun könnte man freilich einwenden, dass es sich hier bloß um eine Meinungsverschiedenheit zur zutreffenden Formulierung desselben rechtlichen Vorgangs handelt;¹²²¹ ein Sprachspiel, in dem – überspitzt dargestellt – die Sätze „alles, was nicht verboten ist, ist erlaubt“ und „alles, was erlaubt ist, ist nicht verboten“ gegeneinander in Stellung gebracht werden.¹²²² Für eine konzeptionelle Erfassung des dinglichen Rechts ist dieser Befund hingegen unbefriedigend, erlaubt er doch keinerlei Rückschlüsse auf seine formale Ausgestaltung, weshalb auch gesicherte Rückschlüsse auf das positive Recht ausscheiden müssen. Diese Anmerkung zum Theorienstreit zeigt jedoch auch, dass die vertretenen Sichtweisen dadurch, dass mit gegensätzlichen Begriffen derselbe rechtliche Vorgang beschrieben wird, im Ergebnis nicht unvereinbar sind. Es besteht somit Raum für eine Kombinationstheorie des dinglichen Rechts, die sich neutral zur Frage verhält, ob die Handlungsfreiheit durch das Recht konstituiert oder begrenzt wird. Durch diese könnten die Aussagen der jeweiligen Positionen in einer Synthese kombiniert werden, die keiner der beiden Theorien widerspricht. Es soll sohin ein solcher Ansatz entwickelt und zur Diskussion gestellt und dessen Folgen für das positive Recht aufgezeigt werden.

3.1.3.2.1. Prämissen

Eine Kombinationstheorie hat zur Aufgabe, eine Synthese zwischen den wesentlichen Aussagen von verschiedenen Theorien zu erstellen und etwaige Widersprüche zu beseitigen. Prämisse für eine Kombinationstheorie ist somit, offen zu legen, welche Aussagen der jeweiligen Theorien als wesentlich erachtet werden. Der vorgeschlagene Kombinationsansatz geht dabei insofern über die einzelnen Theorien hinaus, als dass explizit Aussagen über dingliche Rechte im Allgemeinen getroffen werden sollen und nicht – wie dies sonst meist der Fall ist – eine Einschränkung der Untersuchung auf die Struktur des unbeschränkten Eigentumsrechts vorgenommen wird.

Eine Kombinationstheorie zum dinglichen Recht muss sowohl teleologische als auch formale Aspekte betreffen. Dabei zeigt sich nach *Auer*, dass es der In-

1221 So auch *Dörner*, Dynamische Relativität 28.

1222 Tatsächlich scheint ein wesentlicher Unterschied in den Anschauungen dadurch bedingt zu sein, dass insb die Imperativtheorie und die Reine Rechtslehre den Fokus auf die Pflicht aller anderen und somit auf das Verbot richten, die Willentheorie hingegen auf das Recht, daher die Erlaubnis des Berechtigten.

teressentheorie nicht gelungen ist, einen autonomiebasierten Rechtsdiskurs nachhaltig zu erschüttern;¹²²³ es besteht somit ein Nebeneinander von Wille und Interesse, dem auch die Struktur des dinglichen Rechts Rechnung tragen muss. Im Kern der vorliegenden Betrachtung liegt jedoch die formale Struktur von dinglichen Rechten. Für die vorgeschlagene Kombinationstheorie wird davon ausgegangen, dass dingliche Rechte ausschließlich zwischen Menschen Wirkung entfalten können.¹²²⁴ Das Verhältnis zum Objekt selbst ist nur Reflex dieses Rechtsverhältnisses und somit bloß faktischer Natur. Diese Prämisse ist für das österreichische Recht angesichts des klar nachvollziehbaren Willens des Gesetzgebers des ABGB vertretbar. Auf die in jüngerer Zeit im anglo-amerikanischen Schrifttum wieder aufgeflamnte Frage,¹²²⁵ ob das dingliche Recht als Verhältnis zwischen Personen oder zwischen Objekt und Person gedacht werden muss, ist somit nicht weiter einzugehen. Das dingliche Recht ist dabei als subjektives Recht in dem Sinn zu verstehen, dass der Berechtigte die freie Wahl hat, die mit dem Recht korrespondierende Pflicht durch Einschaltung von staatlichen Organen durchzusetzen oder nicht. Es wird zudem davon ausgegangen, dass – wie gezeigt¹²²⁶ – keine grundsätzlichen normlogischen Einwände gegen Erlaubnisnormen bestehen. Zur Funktion des Dürfens besteht freilich die wesentliche Diskrepanz zwischen den Theorien, deren Zusammenführung versucht werden soll: Während eine Position davon ausgeht, dass das Dürfen im Normalfall aus der Pflicht aller anderen folgt und somit nur ein einzelner normativer Satz vonnöten ist, geht die andere Position davon aus, dass das Dürfen und die Pflicht zwei verschiedene, aber untrennbar verbundene normative Sätze darstellen. Zwischen diesen Positionen ist aber durchaus eine Kombination denkbar: ein einziger, Pflichten gegenüber jedermann beinhaltender normativer Satz, in dem die Pflicht aller vom Dürfen des Berechtigten abhängig gemacht wird. Es gilt sohin zu zeigen, dass bei dinglichen Rechten das Dürfen des Berechtigten und die Pflicht aller anderen zusammenfallen.

Eine Kombinationstheorie leitet ihren Geltungsanspruch von den Theorien ab, die sie zu vereinigen sucht. Dabei beschränkt sich weder die Willens- theorie noch eine formallogische Betrachtung des Rechts auf eine ausge-

1223 Auer, Diskurs 62.

1224 Ob dingliche Rechte als rechtliche Beziehung zu einer Sache oder als rechtliche Beziehung zwischen Personen anzusehen sind, wird zT als Leitfrage in der Eigentumsbegründung identifiziert, s. *Osterloh-Konrad*, Eigentum in der digitalen Gesellschaft: eine rechtsphilosophische Perspektive, in Hofmann/Raue/Zech (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 9 (11).

1225 Während nach den Arbeiten von *Hobfeld* bei dinglichen Rechten hier herrschend von einem Verhältnis zwischen Personen ausgegangen wurde, ist in jüngerer Zeit v.a. von *Penner* wieder für eine unmittelbare Beziehung zwischen Objekt und Subjekt plädiert worden, s. zu dieser Diskussion weiterführend *Stepanians*, Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen „Ding“ und „Bündel“, in Eckl/Bernd (Hrsg), Was ist Eigentum? (2005) 232 (240 ff).

1226 S 3.1.2.5.

wählte Rechtsordnung, vielmehr versuchen beide in einer Metabetrachtung Aussagen über das Recht im Allgemeinen zu treffen. Auch der vorliegende Versuch muss damit diesen Geltungsanspruch erheben. Als gedanklicher Anker für diese Ausführungen gilt aber stets nur die österreichische – und mit Einschränkungen auch die deutsche – Rechtsordnung. Es soll dabei gezeigt werden, dass aus einer Kombinationstheorie belastbare Folgerungen für das dingliche Recht abgeleitet werden können.

3.1.3.2.2. *Herleitung*

Ausgangspunkt der vorliegenden Betrachtung ist die Brückenfunktion des dinglichen Rechts zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt. Das fehlende Glied zwischen Subjekt und Objekt ist in der Grammatik das Verb – die Handlung des Subjekts im Bezug auf ein Objekt. Ähnlich wird auch beim dinglichen Recht der Blick auf die Handlung des Rechtssubjekts im Bezug auf das Rechtsobjekt gerichtet; in einer normativen Beurteilung geht es aber um die Zulässigkeit dieser Handlung.¹²²⁷ Die vorliegende These ist sohin, dass man sich der Struktur des dinglichen Rechts nicht nur von einer abstrakten Betrachtung der Norm, sondern auch durch ihre Funktion zur Beurteilung der Zulässigkeit von Handlungen des Rechtssubjekts in Bezug auf ein Rechtsobjekt nähern kann.

Es ist noch ein rein empirischer Befund, dass jedes Objekt gewisse Handlungsmöglichkeiten – also einen spezifischen Möglichkeitsraum an Handlungen – eröffnet. Ein Apfel kann vertilgt oder verkauft, das digitale Bildnis des Apfels kann kopiert, das Urheberrecht an der Abbildung des Apfels lizenziert werden.¹²²⁸ In Abhängigkeit vom jeweiligen Objekt ist der Möglichkeitsraum an Handlungen aber stets faktisch beschränkt. Die Vorstellung, dass dem Subjekt eine Wahl zwischen verschiedenen faktisch verfügbaren Handlungsoptionen zukommt und sich die Handlungsmöglichkeit sohin zur Handlung aktualisiert, ist dabei eng mit einem Freiheitsnarrativ verbunden: Die Herrschaft des Willens manifestiert sich in einer Wahlmöglichkeit.

In einer normativen Betrachtung wird dem Rechtssubjekt durch die Rechtsordnung ein Möglichkeitsraum an Handlungen eröffnet, der sich auf das Rechtsobjekt bezieht. Jede Handlung in diesem normativ zugesicherten Hand-

1227 Die Auffassung, dass dingliche Rechte und insb das Eigentum als Bündel von Erlaubnissen bestehen kann, ist im anglo-amerikanischen Raum weit verbreitet; der vorliegende Vorschlag wurde jedoch unabhängig davon entwickelt, s zur Diskussion weiterführend *Stepanians*, Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen „Ding“ und „Bündel“, in Eckl/Bernd (Hrsg), Was ist Eigentum? (2005) 232 (233 ff); *Wielsch*, Mitbestimmung durch Digitalrechte, in Hofmann/Raue/Zech (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 19 (26 ff).

1228 Bei Rechten können diese Handlungsbefugnisse auch privatautonom festgelegt werden. *Walz* nennt idZ etwa die Wandeloption einer Schuldverschreibung, vgl *Walz*, Sachenrecht für Nicht-Sachen, KritV 1986, 131 (151).

lungsraum gilt als rechtskonform und somit zulässig, jede andere Handlung ist unzulässig. Der normativ zugesicherte Möglichkeitsraum an Handlungen kann und wird von den faktisch möglichen Handlungen regelmäßig abweichen. Im normativ zugesicherten Handlungsraum gilt es zwei Bereiche zu unterscheiden. Einerseits bestehen Handlungsmöglichkeiten im Bezug auf ein Objekt, die kraft der Qualifikation als Rechtssubjekt erwachsen und somit jedermann zukommen.¹²²⁹ Dies könnte gleichermaßen als jedermann zukommendes Recht oder als fehlende generelle Verhaltenspflicht aufgefasst werden. Andererseits können Handlungsmöglichkeiten an einem Rechtsobjekt etwa durch ein dingliches Recht auch ausschließlich einem Rechtssubjekt zugesichert werden. Ob dies dadurch geschieht, dass allen anderen Rechtssubjekten der Eingriff in den Handlungsraum verboten wird, oder die Handlungsmöglichkeiten dem Berechtigten (auch) explizit erlaubt werden, ist nicht weiter von Relevanz, da beides zum selben Resultat führt. Durch ein dingliches Recht kommt es somit zu einer Erweiterung des Handlungsraums des berechtigten Rechtssubjekts an einem Rechtsobjekt im Vergleich zu allen anderen Rechtssubjekten.

Es sind sohin drei Positionen denkbar, die eine Rechtsordnung zu einer Handlung im Bezug auf ein Rechtsobjekt einnehmen kann. Sie kann eine Handlung (i) aus dem Möglichkeitsraum aller Rechtssubjekte ausscheiden und somit generell verbieten.¹²³⁰ Sie kann (ii) eine Handlung wie bereits erwähnt jedem Rechtssubjekt zusichern. Zuletzt kann sie (iii) eine Handlung gewissen Rechtssubjekten erlauben, während sie diese anderen verbietet – und genau eine solche exklusive Zuordnung von Handlungsmöglichkeiten in Bezug auf ein Objekt erfolgt durch dingliche Rechte. Die Zuordnung von Handlungsmöglichkeiten kann dabei nach den verschiedensten Gesichtspunkten erfolgen: Sie kann mit dem Ziel erfolgen, allen Rechtssubjekten einen gleichen Handlungsraum zu eröffnen oder eine ökonomisch möglichst vorteilhafte Verteilung von Handlungsoptionen zu gewährleisten; regelmäßig wird eine Gruppe von Rechtssubjekten ihren Handlungsspielraum aber durch gutes Verhandeln auch zu Lasten von anderen ausweiten können.¹²³¹ Die Zuteilung von Handlungsmöglichkeiten an einem Objekt erfolgt somit

1229 Typische Beispiele hierfür sind Jedermannsrechte wie etwa das schwedische *allmansrätt*, das jedermann das Recht zum Zugang zur Natur einräumt. Eng damit im Zusammenhang steht der Gemeingebrauch, s dazu weiterführend *Stabentheiner* in Klang³ § 287 Rz 4 ff.

1230 Ein denkbare Beispiel ist etwa der Umgang mit radioaktiven Stoffen, der nach § 177b Abs 2 StGB eingeschränkt ist, sofern keine explizite Erlaubnis (vgl § 7 Abs 1 SicherheitskontrollG 2013) vorliegt.

1231 Dies zeigt sich illustrativ in Zeiten einer die gesamte Gesellschaft erfassenden Krise. Während des Entstehens dieser Arbeit wurden die Handlungsbefugnisse von Rechtssubjekten durch eine Viruspandemie weitgehend eingeschränkt. Manche Gruppen konnten sich gegen eine Einschränkung aber besser entgegensetzen als andere. Dies zeigt sich etwa daran, dass in Österreich Skigebiete anders als andere Sport- und Kulturstätten geöffnet hatten.

nach einem in der Rechtsordnung inkorporierten Zweck, wie er auch in der Interessentheorie anerkannt ist.¹²³²

Ein normativ relevanter Konflikt zwischen Rechtssubjekten tritt immer dann auf, wenn ein Eingriff in die Handlungsmöglichkeiten, die dem Rechtssubjekt mit Bezug auf das Rechtsobjekt zur Wahl stehen, erfolgt. Denn durch die Reduktion der Anzahl der Handlungsoptionen wird der Möglichkeitsraum, in dem sich der Wille des Berechtigten entfalten kann, verkleinert; der der normativen Zuteilung von Handlungsmöglichkeiten innewohnende Zweck iSd Interessentheorie wird vereitelt. Dies ist freilich v.a. dann der Fall, wenn Handlungen in Bezug auf ein Rechtsobjekt einem Rechtssubjekt oder einer Gruppe von Rechtssubjekten exklusiv zugeordnet werden und von einem anderen, nicht berechtigten Rechtssubjekt angemaßt werden.¹²³³ Der normativ ungewollte Zustand liegt dabei in der Störung des Berechtigten in seiner Fähigkeit, Handlungsmöglichkeiten, die ihm in Bezug auf ein Rechtsobjekt zugesichert sind, zu wählen und damit zu tatsächlichen Handlungen zu aktualisieren.¹²³⁴ Bezogen auf das dingliche Recht bedeutet dies, dass ein Eingriff erfolgt, wenn der durch dieses vermittelte Möglichkeitsraum an Handlungen eingeschränkt wird. Die Störung des normativ Gesollten liegt in der Einschränkung der Wahlmöglichkeit des Berechtigten.

Diese besondere Struktur des dinglichen Rechts zeigt sich besonders deutlich, wenn im Kontrast dazu Immaterialgüterrechte betrachtet werden, die auf Grund ihrer Drittwirkung häufig in einem Atemzug mit dinglichen Rechten genannt werden. Bei diesen besteht ein gegen Dritte wirkendes Verbot, bestimmte, genau umschriebene Handlungen zu setzen.¹²³⁵ Die Verpflichtung, den Gegenstand einer patentrechtlich geschützten Erfindung nicht betriebsmäßig herzustellen,¹²³⁶ gilt etwa unabhängig davon, ob eine solche Handlung den Möglichkeitsraum des Patentinhabers einschränkt. Daraus ergibt sich, dass dingliche Rechte grundsätzlich anders strukturiert sind als Immaterialgüterrechte: Während Immaterialgüterrechte in den *hob-*

1232 Es realisieren sich hierbei auch verschiedene Gerechtigkeitsvorstellungen, wie *Eckl* und *Bernd* zu Recht ausführen, s. *Eckl/Bernd*, Einleitung, in: *Eckl/Bernd* (Hrsg.), *Was ist Eigentum?* (2005) 12 (14).

1233 Freilich kann auch im österreichischen Recht gegen die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs vorgegangen werden, darüber haben aber nicht Zivilgerichte, sondern Verwaltungsbehörden abzusprechen; die sich aus dem Gemeingebrauch für den Einzelnen ergebenden Nutzungsberechtigungen sind aber selbsthilfe- und notwehrfähig, s. dazu mwN *Stabentheiner* in *Klang*³ § 287 Rz 8.

1234 Ähnlich auch *Picker*, nach dem eine Eigentumsverletzung in der Einschränkung des rechtlichen Könnens des Eigentümers besteht, s. *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in: *Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz* 621.

1235 Zur Notwendigkeit der expliziten Zuweisung von Schutzrechten *Peifer*, Strukturanalyse von Immaterialgüterrechten, in: *Hofmann/Raue/Zech* (Hrsg.), *Eigentum in der digitalen Gesellschaft* (2022) 49 (57 ff).

1236 Vgl. § 22 Abs 1 PatG.

feldschen Relationen ausschließlich mit einer korrelativen Recht-Pflicht-Relation beschrieben werden können, die in Bezug auf eine abstrakt beschriebene Handlung steht, kann bei dinglichen Rechten die Pflicht gesehen werden, die normativ zugesicherten Handlungsmöglichkeiten des Berechtigten nicht einzuschränken. Im Unterschied zu Immaterialgüterrechten besteht bei dinglichen Rechten somit stets ein Rückbezug auf die auf ein Objekt bezogenen Handlungsmöglichkeiten des Berechtigten.¹²³⁷

Aus dieser Überlegung folgt, dass ein dingliches Recht notwendigerweise ein Dürfen des Berechtigten enthält. Dieser ist berechtigt, frei zwischen den Handlungsmöglichkeiten zu wählen und jede durch das dingliche Recht zugeordnete Handlung zu setzen. Ausgeschlossen ist damit die heteronome Wahl zwischen den verfügbaren Handlungsmöglichkeiten durch einen Dritten, die somit zur Pflicht würde. Das dingliche Recht kann somit wie ein Freiheitsrecht als Recht auf ein eigenes Verhalten, das bedeutet die autonome Wahl zwischen den Handlungsmöglichkeiten, im Bezug auf ein Rechtsobjekt angesehen werden – dies gilt gegenüber dem Staat¹²³⁸ gleichermaßen wie *inter privatos*. Ein verbürgtes Recht auf eigenes Verhalten ist jedoch – wie *Schulev-Steindl* ganz zu Recht anmerkt – nicht mit einem Recht auf fremdes Verhalten oder einem Anspruchsrecht gleichzusetzen; das Recht auf eigenes Verhalten kann aber durchaus auch mit einem auf fremdes Verhalten gerichteten Abwehranspruch bewehrt sein.¹²³⁹ Mit diesem korrespondiert die jedermann obliegende Pflicht, Eingriffe in die Freiheit, respektive die autonome Wahl der Handlungsmöglichkeit, zu unterlassen.¹²⁴⁰ Es obliegt dabei der Rechtsordnung, inwieweit Erlaubnisrechte mit korrespondierenden Abwehransprüchen bewehrt werden.¹²⁴¹ Bei einer exklusiven Zuordnung von Handlungsmöglichkeiten zu einem Rechtssubjekt liegt eine umfassende Be-

1237 Vgl. dazu auch *Berberich*, Virtuelles Eigentum, in Ruse-Kahn/Klass/Lewinski, Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts (2010) 165 (178 ff.), der zu Recht davon ausgeht, dass Sacheigentum und Immaterialgüterrechte verschiedene Schutzrichtungen haben, da Letztere stets die Abwehr von nicht-rivalisierenden Nutzungen zum Inhalt haben.

1238 Daraus lässt sich das Argument entwickeln, dass das dingliche Recht und insb. das Eigentumsrecht (vgl. Art. 5 StGG) im Zivilrecht und im öffentlichen Recht grundsätzlich gleich strukturiert sind; nur der Umfang der Bewehrung unterscheidet sich.

1239 *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 90 ff.

1240 Insoweit ähnlich, als dass von einer Freiheitsfunktion und einer Abwehrfunktion des Eigentums ausgegangen wird, die zwei Seiten eines Rechts darstellen, *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche als Instrument des Umweltschutzes (1978) 22.

1241 *Schulev-Steindl* weist dabei mit Rückgriff auf *Hart* darauf hin, dass das Abwehrrecht durchaus vom Erlaubnisinhalt abweichen kann. Dies kann illustrativ an Hand des Rechts, sich am Kopf zu kratzen, gezeigt werden; für dieses besteht aber keine korrelative Unterlassungspflicht. Vielmehr bestehen Pflichten, die mit diesem Recht in einem adäquaten Zusammenhang stehen, etwa jene, physische Angriffe zu unterlassen, s. dazu weiterführend und durchaus kritisch *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 93 ff.

wehrung jedoch nahe, da sich ansonsten der Begünstigte gegen die Anmaßung der Handlungsmöglichkeiten nicht zur Wehr setzen könnte und somit die Exklusivität der Handlungsmöglichkeiten nicht gewährleistet wäre. Dingliche Rechte¹²⁴² können somit strukturell als *inter privatos* bewehrte Erlaubnisrechte aufgefasst werden.¹²⁴³

Als bewehrte Erlaubnisrechte betrachtet können Pflicht und Erlaubnis bei dinglichen Rechten in Verhältnis zueinander gebracht werden. Ein Recht auf ein fremdes Verhalten ergibt sich ausschließlich durch die Bewehrung und nicht durch das Erlaubnisrecht selbst, verletzt durch das Verhalten Dritter wird somit ausschließlich das zur Bewehrung der Erlaubnis dienende Recht und nicht die Erlaubnis.¹²⁴⁴ Insofern besteht ein Gleichklang mit der Position der Reinen Rechtslehre, soweit diese die Verpflichtung von Rechtssubjekten in den Fokus nimmt. Aus diesem allgemeinen Störungsverbot kann aber kein inter-personales Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und allen anderen Rechtssubjekten folgen; vielmehr ist das auf Abwehr des Eingriffs gerichtete Recht als nicht persönlich konkretisiert anzusehen. Das *inter privatos* bewehrte Erlaubnisrecht des dinglichen Rechts enthält vielmehr eine *Norm negativen Sollens* iSv Husserl: Der Verpflichtete ist „*weder ‚irgendeiner‘ noch ‚einer unter vielen anderen‘, die sich in der gleichen Rechtslage befinden. Er ist einer von allen: die Person auf den gemeinsamen Nenner Rechtsgenosse gebracht (...)*“.¹²⁴⁵ Erst durch einen Pflichtverstoß erwächst die Möglichkeit der Durchsetzung gegen ein konkretes Rechtssubjekt, das bedeutet, dass ab diesem Zeitpunkt Rechtsschutzansprüche gegenüber dem Staat entstehen.¹²⁴⁶ Der Inhalt der durch die Bewehrung durch-

1242 Das Eigentumsrecht als bewehrtes Erlaubnisrecht anerkennend *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 158.

1243 Hieraus ergibt sich die berechnigte Frage, weshalb dingliche Rechte nach diesem Ansatz anders strukturiert sind als Immaterialgüterrechte. Dies ist unmittelbar auf die ungleich höhere Vielfalt der Rechtsobjekte und damit einhergehend der Handlungsmöglichkeiten bei dinglichen Rechten zurückzuführen. Während bei Immaterialgüterrechten das Rechtsobjekt – etwa die Erfindung – hinsichtlich der normativ zugeordneten Handlungsmöglichkeiten – etwa die Dritten obliegende Pflicht, die betriebliche Herstellung des Gegenstands einer patentrechtlich geschützten Erfindung zu unterlassen – normativ abschließend festgelegt ist, besteht bei dinglichen Rechten durch die Vielzahl an verschiedenen Rechtsobjekten und durch die vorhandenen gesetzlichen Handlungseinschränkungen eine ungleich höhere Komplexität. Obwohl es theoretisch denkbar wäre, die Handlungsmöglichkeiten in Bezug auf ein Rechtsobjekt wie im Immaterialgüterrecht als konkrete Ge- und Verbote auszugestalten, würde dies durch den Verzicht auf Abstraktionen zu einer immensen Anzahl an normativen Sätzen führen.

1244 *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 147.

1245 Husserl, *Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht* (1931) 84. Dies ist dabei ähnlich wie im Strafrecht, wo einem Rechtssubjekt ebenso Verhaltenspflichten gegenüber allen Rechtsgenossen auferlegt werden.

1246 Vgl. *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 145.

setzbaren Pflicht – also welche Handlungen in Bezug auf ein Rechtsobjekt untersagt werden können – richtet sich dabei nach dem Erlaubnisrecht. Insofern ist das Dürfen des Berechtigten sehr wohl von Relevanz. Nur hinsichtlich des normativ zugesicherten Handlungsraums, der in Bezug auf ein Rechtsobjekt besteht, kann somit ein Störungsverbot bestehen. Dem Grunde nach folgt aus dinglichen Rechten somit die Pflicht aller anderen, das Dürfen des Berechtigten nicht zu beeinträchtigen.

Das herausstechende Charakteristikum von dinglichen Rechten besteht somit darin, dass die Verpflichtung aller Rechtsgenossen von der Erlaubnis des Berechtigten, Handlungen in Bezug auf das Objekt zu setzen, abhängt.¹²⁴⁷ Notwendig ist es daher, dieses rechtlich bewehrte Dürfen näher in den Blick zu nehmen. Zunächst kann davon ausgegangen werden, dass *via* Handlungsmöglichkeiten, die dem Rechtssubjekt in Bezug auf das Rechtsobjekt exklusiv zugesichert werden, die also Gegenstand eines dinglichen Rechts sind, als bewehrt angesehen werden können und somit als Verpflichtungen Dritter gelten. Ob Handlungsmöglichkeiten, die jedermann zukommen, bewehrt sind, ist eine freie Entscheidung des positiven Gesetzgebers und nicht rechtsformal bedingt. Umgekehrt kann aber auch Handlungen, die dem Berechtigten erlaubt sind, die Bewehrung entzogen werden.¹²⁴⁸ Es steht somit dem positiven Gesetzgeber stets offen, den Sanktionsschutz von dinglichen Rechten zu Gunsten einer allgemeinen Handlungsfreiheit einzuschränken.¹²⁴⁹ Bei der Auslegung von dinglichen Rechten sind daher analy-

1247 Betrachtet man bloß ein unbeschränktes Eigentumsrecht, das dem Berechtigten sämtliche Handlungen an einem Objekt einräumt, scheint dieser Zusammenhang zu verschwinden. In einer solchen Betrachtung wird aber der Umfang des Eigentumsrechts häufig überstreckt, da immer gewisse Handlungen jedermann kraft seiner Qualität als Rechtssubjekt zukommen – etwa die Zulässigkeit, auf ein Objekt zu blicken. Dementsprechend kann auch ein konstruktiv als unbeschränkt angesehenes Eigentum somit nicht als tatsächlich allumfassend angesehen werden. Es zeigt sich hier aber eine Grenze der Geltung von formallogischen Betrachtungen: Sofern diese auf in positiven Rechtsordnungen verankerte Institute – wie etwa das Eigentumsrecht – verweisen, wird stillschweigend davon ausgegangen, dass dieses Institut in allen Rechtsordnungen strukturell gleich konstruiert ist. Hier wird jedoch die These vertreten, dass dem Eigentumsrecht in pandektistisch geprägten Rechtsordnungen eine deutlich andere Funktion zukommt als in naturrechtlichen, was freilich diesbezüglich die Aussagekraft von für pandektistische Systeme entworfene formallogische Erklärungen einschränkt.

1248 Beispiel für solche Eigentumsbeschränkungen ist etwa die Legalservitut des Waldeigentümers gem § 33 ForstG, wonach jedermann den Wald unter gewissen Einschränkungen zu Erholungszwecken nutzen kann. In diesem Fall besteht eine signifikante Diskrepanz zwischen dem Dürfen des Waldeigentümers und der Bewehrung, s für weitere Bsp der Eigentumsbeschränkung *Kerschner/Wagner* in Klang³ § 364 Rz 19.

1249 So auch *Dörner*, *Dynamische Relativität* 56. Es ist somit auch im Ermessen des Gesetzgebers, ein beschränktes dingliches Recht verjähren zu lassen, wie dies etwa im römischen Recht bei Dienstbarkeiten der Fall war, aber auch im ABGB vorgesehen ist.

tisch zwei Schritte zu unterscheiden: Einerseits muss der Umfang der Erlaubnisse des Berechtigten festgestellt werden, andererseits ist zu ermitteln, ob diese auch gegen Dritte bewehrt sind.

Der sohin durch ein dingliches Recht exklusiv dem Berechtigten zugeordnete und bewehrte Handlungsraum ist abstrakt geschützt. Dies bedeutet, dass es für die Nichtstörungspflicht nicht darauf ankommt, ob die von einem Dritten angemaßte Handlung vom Berechtigten ausgeübt wurde oder dieser eine Intention dazu hatte.¹²⁵⁰ Dieser Befund folgt aus der Erlaubnis, die der Bewehrung zu Grunde liegt: Diese beinhaltet einen Schutz der Handlungsmöglichkeit, also der Wahl, eine Handlung zu setzen oder diese zu unterlassen. Eine Störung liegt somit immer dann vor, wenn die Anzahl der zugesicherten Handlungsoptionen – also der Möglichkeiten, eine Handlung in Bezug auf ein Objekt zu setzen oder zu unterlassen – reduziert wird, unabhängig davon, ob die betreffende Handlung durch den Berechtigten bereits gesetzt wurde, wird oder werden wird. Besonders augenscheinlich wird dies, wenn der Berechtigte auf Handlungsmöglichkeiten gegen einen bestimmten Personenkreis verzichtet – etwa durch einen Bestandvertrag: Obwohl sich hier der dinglich Berechtigte gegenüber einem anderen Rechtssubjekt verpflichtet, gewisse Handlungen – wie etwa die freie wirtschaftliche Nutzung des Bestandobjekts – nicht zu setzen und somit durch einen Willensakt die Handlungsmöglichkeit zu einer Handlung – hier einem Unterlassen – aktualisiert, geht damit keine Einschränkung des gegenüber Dritten bewehrten Handlungsraums einher.¹²⁵¹ Derjenige, der eine durch ein dingliches Recht vermittelte Handlungsmöglichkeit durch Begehen einer verpachteten Liegenschaft stört, kann sich somit nicht darauf berufen, dass der dinglich Berechtigte die gegenständliche Handlung auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung selbst nicht setzen durfte. Geschützt durch ein dingliches Recht ist somit abstrakt das exklusiv an einem Rechtsobjekt normativ zugesicherte Dürfen.

Aus dem Verständnis des dinglichen Rechts als abstrakten Schutz von Handlungsmöglichkeiten folgt jedoch nicht, dass im Einzelfall kein davon abweichendes, konkretes Dürfen im Verhältnis zu bestimmten Rechtssubjekten bestehen kann. Dies ist etwa der Fall, wenn sich mit dem Willen des Berechtigten eine Handlungsmöglichkeit zu einer Handlung aktualisiert und sich der Berechtigte gegenüber einem anderen Rechtssubjekt verpflichtet – wie etwa bei einem Bestandvertrag oder bei einem sonstigen Nebeneinander verschie-

1250 Dies kann an Hand des folgenden Beispiels illustriert werden: Das Ablagern von Schutt auf einem fremden Grundstück, auf dem ohnehin Schutt gelagert wird, ist ein Eingriff in ein dingliches Recht, auch wenn kein feststellbarer Nachteil eintritt, s dazu *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 135.

1251 *Rubin* sieht diesen Umstand als allen absoluten Rechten immanent, s *Rubin*, Der Vollstreckungsschutz des Treugebers bei der fremdnützigen fiducia, in FS Iro (2012) 429 (430).

dener Rechte am selben Rechtsobjekt.¹²⁵² Dem einem anderen eingeräumten Recht entspricht in den *hobfeldschen* Relationen eine Pflicht, die den Raum des Dürfens einschränkt. Hier besteht mit dem Unterlassen der Handlung, die einem anderen Rechtssubjekt eingeräumt wird, nur noch eine der Handlungsmöglichkeiten. Es kann damit zu einer Diskrepanz zwischen jenen erlaubten Handlungen kommen, die iS einer Norm negativen Sollens gegenüber allen Rechtsgenossen bewehrt sind, und den Handlungen, die der Berechtigte auf Grund von eingegangenen Verpflichtungen tatsächlich setzen darf. Von der gegenüber jedermann geltenden, bewehrten Erlaubnis ist somit gegebenenfalls die konkret gegenüber bestimmten Rechtssubjekten wirkende, bewehrte Erlaubnis zu unterscheiden. Dies ist der Ursprung der Differenzierung zwischen Außenwirkung und Innenwirkung von dinglichen Rechten, die bereits *Oertmann* erkannt hat.¹²⁵³ Eine Innenwirkung liegt somit immer dann vor, wenn das abstrakte, gegenüber jedermann bewehrte Dürfen gegenüber bestimmten Rechtssubjekten eingeschränkt wird. In Situationen der Diskrepanz der abstrakten, *erga omnes* geltenden Außenwirkung und der konkreten, gegen bestimmte Rechtssubjekte geltenden Innenwirkung von dinglichen Rechten kommt bei der Rechtsdurchsetzung die Beobachtung von *Aicher* zum Tragen.¹²⁵⁴ Es muss im konkreten Fall von einzelnen Rechtssubjekten eine Einschränkung der dem dinglich Berechtigten abstrakt zugeordneten Handlungsmöglichkeiten behauptet und bewiesen werden. Dem Berechtigten ist es somit stets möglich, einen Eingriff in die ihm abstrakt zugeordneten Handlungsmöglichkeiten zu relevieren,¹²⁵⁵ im Einzelfall kann dagegen aber die im Verhältnis zum jeweiligen Rechtssubjekt konkret bestehende Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten eingewandt werden.

Die dem Berechtigten exklusiv zugesicherten Handlungsmöglichkeiten können in Abhängigkeit von den Rechtsobjekten, auf die sich diese beziehen, eingeschränkt werden. So enthält die umfassende dingliche Berechtigung des Eigentümers etwa auch die Berechtigung, das Rechtsobjekt zu zerstören,¹²⁵⁶ unterliegt das Rechtsobjekt aber dem Denkmalschutzgesetz, besteht aber ein weitgehendes Verbot der Zerstörung.¹²⁵⁷ Durch Anordnungen des Gesetzgebers entsteht somit eine Verhaltenspflicht des dinglich Berechtigten, dessen Handlungsmöglichkeiten damit eingeschränkt werden.¹²⁵⁸ Dar-

1252 Hier verpflichtet sich der Berechtigte – wie gesehen – stets zu einem Unterlassen einer näher umschriebenen Handlung.

1253 *Oertmann*, AcP 1925, 129 (133).

1254 S ausf 3.1.2.3.

1255 Es wird keine Prüfung von Amts wegen vorgenommen, ob im konkreten Fall eine Einschränkung der abstrakt zugeordneten Handlungsmöglichkeiten besteht.

1256 Vgl § 362 ABGB.

1257 Vgl § 4 DMSG.

1258 Die Handlungsoption, ein denkmalgeschütztes Gebäude zu zerstören, muss somit meist ausscheiden.

aus folgt unweigerlich, dass der normativ an einem Rechtsobjekt zugesicherte Handlungsraum abhängig von den an das Rechtsobjekt geknüpften, generellen Verhaltenspflichten ist und somit bei verschiedenen Rechtsobjekten unterschiedliche Handlungen umfasst.¹²⁵⁹ Wie sich generelle Verhaltenspflichten auf die Ausgestaltung des dinglichen Rechts auswirken, wurde hinsichtlich des Eigentums mit dem Gegensatz der sog Immanenztheorie bzw der Außentheorie diskutiert.¹²⁶⁰ Hierbei wurde die Frage gestellt, ob Verhaltenspflichten – wie etwa Schrankenregelungen des öffentlichen Rechts – dem Eigentum immanent seien (was der Immanenztheorie entspräche) oder nicht (was der Außentheorie entspräche), was insb im Kontext der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Eigentumsbeschränkungen von Relevanz ist.¹²⁶¹ Dabei besteht in der Lit die Tendenz, von einem unbeschränkten Eigentum auszugehen und die Immanenztheorie abzulehnen.¹²⁶² Konkret äußert sich dieser Theoriestreit bei der Frage, ob einem Dritten auch Verhaltensweisen untersagt werden dürfen, die der Berechtigte selbst nicht setzen darf – wie etwa der Abriss eines denkmalgeschützten Gebäudes.¹²⁶³ Betrachtet man – wie in dem hier vorgeschlagenen Ansatz – das dingliche Recht als *inter privatos* bewehrtes Erlaubnisrecht, kann zwar grundsätzlich eine Handlung, die der Berechtigte selbst nicht setzen darf, auch nicht bewehrt sein. Aus dem folgt der Befund, dass die aus einer generellen Norm resultierenden Einschränkungen des Handlungsraums des Berechtigten notwendigerweise auch Auswirkungen auf die Struktur des dinglichen Rechts als bewehrtes Erlaubnisrecht haben müssen. Hieraus resultiert aber nicht, dass ein Anspruch gegen Dritte, die eine untersagte Handlung setzen, ausscheiden muss. Denn anders als bei Immaterialgüterrechten ist es nicht der Inhalt eines dinglichen Rechts, dass eine Handlung ausschließlich dem Berechtigten zugeordnet wird und nur von diesem gesetzt werden darf; vielmehr sind die zugeordneten Handlungsräume gegen Störungen bewehrt. Dabei verbleiben dem Berechtigten auch bei gesetzlichen Verhaltenspflichten Handlungsmöglichkeiten in Bezug auf das Objekt, die gegen Eingriffe bewehrt

1259 Dieser abstrakte Satz ist im Einzelnen freilich völlig intuitiv verständlich: Mit einer industriell gefertigten Tasse darf mehr unternommen werden als mit radioaktiven Stoffen.

1260 Ausf zum Eigentum und seinen Schranken etwa *Sontis*, Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in FS Larenz (1973) 981 (984 ff).

1261 Dazu grundlegend *Böhrer*, Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1988, 2561 (2569).

1262 *Eichler*, Die Rechtsidee des Eigentums (1994) 22 ff; *Georgiades*, Eigentumsbegriff und Eigentumsverhältnis, in FS Sontis (1977) 149 (153 f); *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 79 ff; *Sontis* in FS Larenz 997; vermittelnd *Zech*, Die „Befugnisse des Eigentümers“ nach § 903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen, AcP 2019, 488 (521); aA *Böhrer*, NJW 1988, 2561 (2570) mwN.

1263 So ganz zu Recht *Dörner*, Dynamische Relativität 39.

sind. Wenn ein Dritter vom Gesetzgeber untersagte Handlungen setzt, greift er aber regelmäßig in die verbleibenden Handlungsmöglichkeiten des Berechtigten ein, weshalb ein Nichtstörungsanspruch besteht. Auch derjenige, der an einem denkmalgeschützten Objekt dinglich berechtigt ist, kann somit gegen die Zerstörung des Objekts dinglich vorgehen – streng genommen nicht deswegen, weil eine gesetzlich untersagte Handlung gesetzt wird, sondern weil er in seinem Dürfen – etwa das Objekt wirtschaftlich zu nützen – gestört wird.¹²⁶⁴

3.1.3.2.3. Folgen für das positive Recht

Der vorgestellte Ansatz, der das dingliche Recht als *inter privatos* bewehrtes Erlaubnisrecht auffasst, lässt sich auch im positiven Recht verorten. So statuiert der Gesetzgeber für den Besitz,¹²⁶⁵ das Eigentum,¹²⁶⁶ das Pfandrecht¹²⁶⁷ und besonders ausführlich bei den Dienstbarkeiten¹²⁶⁸ explizit erlaubte Handlungen in Bezug auf ein Rechtsobjekt. Durch einen Einblick in die Funktionsweise von dinglichen Rechten können somit Folgen für die Auslegung des positiven Rechts abgeleitet werden.

Ein wesentlicher, auch die Interpretation des positiven Rechts berührender Aspekt betrifft die Unterscheidung zwischen Erlaubnis und Bewehrung. Diese stellen zwei unterschiedliche Rechte dar; einerseits ein Recht auf eigenes Verhalten, andererseits ein Recht auf fremdes Verhalten. Es ist jedoch unzulässig, vom Recht auf eigenes Verhalten ohne Weiteres auf ein Recht auf fremdes Verhalten zu schließen und somit von einer vollumfassenden Bewehrung des Erlaubnisrechts auszugehen; vielmehr ist stets ein interpretativer Schluss notwendig.¹²⁶⁹ Es erfordert somit eine eigenständige Interpretation des positiven Rechts, ob eine Handlung dem Berechtigten bloß freigestellt ist oder ob diese jedem Dritten untersagt werden kann. Dabei ist besonders darauf abzustellen, ob die gesetzte Handlung ausschließlich dem Berechtigten zugeordnet wurde und somit nur von diesem rechtmäßig gesetzt werden darf oder ob diese jedermann offensteht. Es muss somit stets zwischen einer allgemeinen Handlungsfreiheit und den einem Rechtssubjekt exklusiv zugeordneten und bewehrten Handlungen in Bezug auf ein Rechtsobjekt unterschieden werden.

Auch aus der der Bewehrung eines Erlaubnisrechts folgenden Pflicht, das Dürfen des Berechtigten nicht zu stören, können Rückschlüsse für die Inter-

1264 AA hinsichtlich der Fällung eines Baumes durch einen Dritten, der auf Grund baumschutzrechtlicher Bestimmungen nicht gefällt werden darf, *Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006) 287 f.

1265 §§ 329 ff ABGB.

1266 § 362 ABGB.

1267 §§ 458 ff ABGB.

1268 §§ 487 ff ABGB.

1269 *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 91.

pretation des positiven Rechts gezogen werden. Untersagt ist es dabei jedem Dritten, den bewehrten Handlungsraum, der dem Berechtigten zukommt, einzuschränken. Die Bewehrung der Erlaubnisrechte wirkt gegenüber Dritten dabei abstrakt – dh unabhängig davon, ob der Berechtigte die fragliche Handlung selbst gegenüber jedermann setzen darf. Im Einzelfall kann aber freilich nachgewiesen werden, dass dem Berechtigten gegenüber einer bestimmten Person bzw einem bestimmten Personenkreis ein geringerer bewehrter Handlungsraum zukommt. Daraus folgt einerseits, dass aus einem dinglichen Recht nur ein Unterlassen der Störung, nicht aber ein aktives Tun verlangt werden kann.¹²⁷⁰ Rechte, die (auch) ein aktives Tun zum Inhalt haben – wie etwa Reallasten, sind somit strukturell nicht als rein dingliche Rechte anzusehen. Sie enthalten vielmehr eine Recht-Pflicht-Relation, der uU auch dingliche Wirkung zukommen kann. Andererseits hat aber auch die Rückkoppelung des Verbots zum Handlungsraum des Berechtigten Auswirkungen, die erst durch neuere Entwicklungen sichtbar werden: Handlungen, die den Handlungsraum des Berechtigten nicht einschränken, sind somit nicht vom dinglichen Recht erfasst; dieses ist somit nur gegen Handlungen mit rivalem Charakter bewehrt.¹²⁷¹ Daraus folgt, dass eine Handlung, die den Handlungsraum des Berechtigten nicht einschränkt – wie etwa die Kopie eines digitalen Rechtsobjekts ohne dessen Nutzungsmöglichkeiten einzuschränken – keine Störung darstellt, aus der aus einem dinglichen Recht ein Anspruch erwachsen könnte.¹²⁷² Nicht rivale Handlungen können somit nur durch eine andere Normstruktur aufgefangen werden, nämlich der Statuierung von konkret gefassten Handlungen, die jedermann verpflichtet ist, zu unterlassen. Dementsprechend besteht ein manifester Unterschied zwischen dem Immaterialgüterrecht und dinglichen Rechten.¹²⁷³

3.2. Dingliche Rechtswirkungen

Sehr viel häufiger als die abstrakte Struktur des dinglichen Rechts wird in der Lit die Wirkung von dinglichen Rechten thematisiert. Diese wird dabei ganz unstrittig mit einer Drittwirkung assoziiert; in einer rein wirkungsbezogenen Betrachtungsweise seien dingliche und absolute Rechte somit nach

1270 Das bedeutet freilich nicht, dass nur ein Unterlassen erzwungen werden kann, vielmehr kann auch ein aktives Handeln mit Zwang herbeigeführt werden, s dazu weiterführend 3.2.4.

1271 Für die Rivalität als Kriterium für die Begrenzung von Eigentumswirkungen plädiert auch *Zech*, AcP 2019, 488; für virtuelle Objekte explizit *Berberich*, Virtuelles Eigentum 276 ff.

1272 Dem Eigentumsrecht wird idZ auch die Aufgabe zugemessen, rivale Nutzungskonflikte zu lösen, s *Raue*, Das (Sach-) Eigentum als Teil der Informationsrechtsordnung, in Hofmann/Raue/Zech (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 109 (110 ff).

1273 Die in der Lit häufig genannte Befürchtung, dass durch ein Eigentum an Daten ein „Super-Immaterialgüterrecht“ geschaffen würde, ist somit unbegründet.

der hL gleichzusetzen.¹²⁷⁴ Das Substrat der dinglichen Wirkung ist somit unbestrittenermaßen, dass sich dingliche Rechtswirkungen nicht nur gegen ein einzelnes bestimmtes Rechtssubjekt richten, sondern an eine unbestimmte Vielheit¹²⁷⁵ von Rechtssubjekten.

Diesem Befund kann mit Blick auf die hier vertretene Struktur des dinglichen Rechts vollinhaltlich zugestimmt werden. Denn als bewehrte Erlaubnisrechte beinhalten dingliche Rechte eine Norm negativen Sollens iS *Husserls*, die sich nicht nur an ein einzelnes Rechtssubjekt oder eine bestimmte Anzahl von Rechtssubjekten, sondern an alle Rechtssubjekte richtet. Aus der vorgenommenen Betrachtung folgt jedoch auch, dass die Struktur des dinglichen Rechts verkürzt dargestellt wäre, würde man es auf die Drittwirkung reduzieren und somit mit anderen absoluten Rechten gleichsetzen: Es würde der Unterschied zwischen der Wirkung eines (subjektiven) Rechts, das allen Rechtssubjekten eine abstrakt umschriebene Verhaltenspflicht auferlegt – wie etwa bei einem Immaterialgüterrecht – und jener eines dinglichen Rechts, das den Eingriff in ein Dürfen verbietet, nicht hinreichend gewürdigt. Dementsprechend müssen aus einer Position, die das dingliche Recht als bewehrtes Erlaubnisrecht qualifiziert, auch dingliche Rechtswirkungen näher betrachtet werden.

Eine besonders wirkungsvolle, aber im deutschen Sprachraum nur wenig bekannte Methode zur Analyse von Rechtswirkungen ist auf *Henri Motulsky* zurückzuführen.¹²⁷⁶ In seiner „*théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*“ lenkte *Motulsky* den Blick auf die Anwendung der abstrakten Rechtsregel im Einzelfall, was ansonsten in methodischen Abhandlungen häufig wenig Beachtung findet.¹²⁷⁷ Diese Herangehensweise nimmt somit die Wirkungen einer Rechtsregel in den Fokus und bietet einen Rahmen, diese wissenschaftlich zu erfassen.¹²⁷⁸ *Motulsky* setzt sich dabei die Aufgabe, durch seine

1274 S statt aller nur *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 189; *Schilcher* in FS *Fenyves* 316; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 49 ff; *Dörner*, Dynamische Relativität 54; *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 68 ff; *Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter (1971) 100 ff; *Dulckeit*, Verdinglichung 8; *Oertmann*, AcP 1925, 129 (132 ff).

1275 Nach einer sehr treffenden Formulierung von *Fuchs*, s *Fuchs*, Dinglichkeit 14.

1276 *Motulsky* (1905–1971) war ein in Deutschland ausgebildeter Jurist, der während der Zeit des Nationalsozialismus nach Frankreich emigrieren musste, wo er – während er verdeckt als Holzfäller arbeitete – die hier vorgestellte Methodik entwickelte. Zum Leben von *Motulsky* weiterführend *Leborgne*, Le Droit selon Henri Motulsky, RJO 2015, 9 (10 ff).

1277 *Motulsky*, Principes d’une réalisation méthodique du droit privé (Nachdruck 2002) 2 ff.

1278 *Motulsky*, Principes 48 f. Dies ist auch der Grund, warum an dieser Stelle von einer im deutschen Sprachraum geläufigen Darstellung der dinglichen Wirkungen, bei der häufig mit der Figur des Anspruchs operiert wird, Abstand genommen wird. Bei dieser stark mit einem willentheoretischen Rechtskonzept verbundenen Herangehensweise besteht die Gefahr, durch die vorgegebene Ordnung uU Umstände, die bislang nicht thematisiert wurden, zu übersehen. Dem soll durch das Heranziehen einer Methode aus einem anderen Rechtsraum Einhalt geboten werden.

Methodik Inhalte zu ordnen, aber nicht neu zu schaffen. Die Wirkungen eines Rechts müssen demnach im Zusammenspiel zwischen Anwendungsvoraussetzungen, möglichen Einwendungen und der Rechtsfolge betrachtet werden. Dementsprechend sollen die dinglichen Wirkungen in weiterer Folge aus der Perspektive von *Motulskys* Theorie beleuchtet werden.¹²⁷⁹

3.2.1. Theorie der „*éléments générateurs des droits subjectifs*“

In der jüngeren französischsprachigen Rezeption wird *Motulskys* Theorie der Anwendung der Rechtsregel auf den Einzelfall in die Nähe von *Kelsen* gerückt.¹²⁸⁰ Ähnlich wie *Kelsen* betrachtet *Motulsky* eine Rechtsregel ausschließlich in ihrem normativen Charakter, der einen an andere Rechtssubjekte gerichteten Imperativ enthält;¹²⁸¹ seine Argumentation basiert streng auf einer strukturellen Analyse der positiv gesetzten Norm. Die Perspektiven weisen dabei aber in unterschiedliche Richtungen: Während für *Kelsen* die Hierarchie verschiedener Normen im Mittelpunkt steht, setzt *Motulsky* den Fokus auf den Zusammenhang zwischen der Norm und dem Begehren, über das ein Richter bei einer Klage zu entscheiden hat.¹²⁸² Die Herangehensweise von *Motulsky* wurde daher anders als die von *Kelsen*, der eine allgemeine Theorie des Rechts erstellte, als „*approche micro-juridique*“ bezeichnet.¹²⁸³ Damit ist sie konzeptionell auch eng verbunden mit der Rechtsdurchsetzung.¹²⁸⁴

Denn dadurch, dass der Rechtsstoff unverändert bleibt, darf eine veränderte Perspektive auch nicht zu anderen Ergebnissen führen. Jedenfalls kann nicht abstrakt die Aussage getroffen werden, dass die Methodik von *Motulsky* generell zu „besseren“ Ergebnissen führt als die im deutschen Sprachraum verbreitete. Es zeigt sich aber, dass in einem in Anspruchsgrundlagen verhafteten Denken die dingliche Rechtswirkung zu manifesten Problemen führt – so bezeichnet *Picker* den dinglichen Anspruch immer noch als sachlich ungeklärt; idS sei dieser ein „*dogmatischer Irrwisch*“, s *Picker* in FS Bydliniski 269 (273).

1279 Im französischen Sprachraum wird die Methodik von *Motulsky* auch in jüngerer Zeit angewandt. Besonders hervorzuheben ist dabei die Arbeit von *Sibony*, die eine äußerst detaillierte und erkenntnisreiche Analyse des Wettbewerbsrechts unter Heranziehung der Theorie *Motulskys* vorlegte, die aus der Sicht des Autors wohl eine der wichtigsten theoretischen Arbeiten zum europäischen Kartellrecht der letzten Jahrzehnte darstellt, s weiterführend *Sibony*, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence* (2008).

1280 MwN *Leborgne*, RJO 2015, 9 (14); *Frison-Roche* im Vorwort von *Motulsky*, *Principes*.

1281 *Motulsky*, *Principes* 13 f.

1282 *Frison-Roche* im Vorwort von *Motulsky*, *Principes*.

1283 Mit einer Metapher wird *Kelsen* mit *Einstein* gleichgesetzt, der mit seinen Theorien eine Beschreibung von naturwissenschaftlichen Phänomenen aus der Makroperspektive ermöglicht hat, während *Motulsky* eher *Max Planck* entspricht, dessen Erkenntnisse die Mikrosphäre betreffen. S dazu weiterführend *Leborgne*, RJO 2015, 9 (15).

1284 So nimmt er auch auf Bezug auf Fragen der Behauptungs- und Beweislast, die in theoretischen zivilrechtlichen Werken sonst nur wenig thematisiert werden, s bspw *Motulsky*, *Principes* 82 ff.

Ausgangspunkt für *Motulsky*s Betrachtung ist der Befund, dass eine Rechtsregel eine logisch vorgegebene Struktur aufweist. Diese müsse stets die Voraussetzungen ihrer Anwendung und zumindest eine Rechtsfolge beinhalten.¹²⁸⁵ Es komme beim positiven Recht dabei dem Norminterpreten zu, diese Normstruktur herauszuarbeiten.¹²⁸⁶ Die Rechtsfolge sei dabei in normativen Systemen imperativen Charakters notwendigerweise mit Zwang verbunden.¹²⁸⁷ Wenn daher die Wirkung eines Rechts in den Blick genommen wird, müssen dessen Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen unterschieden werden.

Die Anwendungsvoraussetzungen einer Rechtsregel können nach *Motulsky* als Generalisierung und Abstraktion einer sozialen Realität angesehen werden.¹²⁸⁸ Eine juristische Entscheidung enthält somit stets eine Wertung, ob der zu entscheidende Fall einen Teil der abstrakt geregelten sozialen Realität darstellt. Durch die Anwendung der Regel im konkreten Einzelfall erwächst dabei das subjektive Recht: Immer dann, wenn ein Fall vorliegt, der von den abstrakten Anwendungsvoraussetzungen einer Rechtsregel erfasst ist, kann die in der Rechtsregel enthaltene Rechtsfolge begehrt werden.¹²⁸⁹ Es kommt einem Richter somit die Prüfung zu, ob die Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls den Anwendungsvoraussetzungen einer abstrakten Regel entsprechen, die die begehrte Rechtsfolge vorsieht.¹²⁹⁰ Wenn keine solche Rechtsregel zur begehrten Rechtsfolge auffindbar ist, kann einer Klage nicht stattgegeben werden.¹²⁹¹ Der wesentliche Inhalt der juristischen Analyse besteht nach *Motulsky* somit in der Analyse der Anwendungsvoraussetzungen einer Rechtsregel.¹²⁹²

An dieser Stelle führt *Motulsky* den Begriff der *éléments générateurs* ein. Es handelt sich dabei um nichts anderes als die Anwendungsvoraussetzungen einer Rechtsregel; sie ziehen damit gewisse Rechtsfolgen nach sich, sofern sie gegeben sind. Die *éléments générateurs* sind im Denken *Motulsky*s unmittelbar mit der Entstehung eines subjektiven Rechts verbunden und „generieren“ dieses.¹²⁹³ Im Privatrecht besteht dabei grundsätzlich für denjenigen, der eine Rechtsfolge begehrt, die Behauptungslast, dass die Anwendungsvoraussetzungen einer entsprechenden Rechtsregel erfüllt und somit alle *éléments générateurs* eines subjektiven Rechts gegeben sind.¹²⁹⁴ Im Streitfall sind daher primär die Behauptungen des Klägers von Bedeutung, diese müssen sämtliche *éléments générateurs* eines subjektiven Rechts, das die begehrte Rechtsfolge

1285 *Motulsky*, Principes 18 ff.

1286 *Motulsky*, Principes 20.

1287 *Motulsky*, Principes 14.

1288 *Motulsky*, Principes 45.

1289 *Motulsky*, Principes 45 f.

1290 Dem Richter kommt im Denken *Motulsky*s eine zentrale Rolle zu, s dazu weiterführend *Leborgne*, RJO 2015, 9 (25 ff).

1291 *Motulsky*, Principes 87.

1292 *Motulsky*, Principes 74.

1293 *Motulsky*, Principes 76 f.

1294 *Motulsky*, Principes 85 ff.

zum Inhalt hat, beinhalten, widrigenfalls eine Klage nicht durchdringen kann.¹²⁹⁵ Dem sich widersetzenden Beklagten kommt die Aufgabe zu, die Existenz zumindest eines der *éléments générateurs* in Zweifel zu ziehen, um damit der von der Rechtsregel vorgesehenen Rechtsfolge zu entgehen.¹²⁹⁶

Der Grundsatz, dass alle *éléments générateurs* eines subjektiven Rechts vom Kläger behauptet werden müssen, findet bei *Motulsky* eine Grenze in der *théorie des dispenses*. So kann der Kläger durch das positive Recht vom Nachweis eines *éléments générateurs* entbunden sein, was etwa bei einer gesetzlich angeordneten Beweislastumkehr¹²⁹⁷ der Fall ist, bei der es dem Beklagten zukommt, das Fehlen eines der *éléments générateurs* zu behaupten.¹²⁹⁸ Darüber hinaus könne der Kläger auf Grund der Regeln des Zivilprozesses entbunden sein, die Existenz von *éléments générateurs*, die vom Beklagten nicht beansprucht werden, für die Entstehung eines subjektiven Privatrechts zu behaupten, was *Motulsky* eine *dispense rationelle* nennt.¹²⁹⁹ Dies betreffe insb auch komplexe juristische Begriffe – zu denken wäre mit *Motulsky* etwa an den Begriff des Angestellten, bei denen der Kläger keine umfassenden Nachweise aller Voraussetzungen des Angestelltenbegriffs zu leisten hat, sondern nur behaupten müsse, dass er ein Angestellter wäre; einzig im Fall des Widerspruchs durch den Beklagten sei im Einzelnen auf die *éléments générateurs* des Angestelltenbegriffs einzugehen.¹³⁰⁰ Sofern der Kläger von der Behauptung eines *élément générateur* eines subjektiven Rechts dispensiert ist, kommt es somit dem Beklagten zu, das Fehlen der Anwendungsvoraussetzungen zu behaupten, um die von der Rechtsregel vorgesehene Rechtsfolge abzuwenden.

Selbst wenn im Streitfall alle *éléments générateurs* eines subjektiven Rechts als gegeben angenommen werden, bedeutet dies aber nicht zwingend ein Ob-siegen des Klägers. Denn der Beklagte kann einwenden, dass das subjektive Recht des Klägers modifiziert, gehemmt oder zerstört wurde. Dies bedeutet in den Augen von *Motulsky*, dass der Beklagte den Bestand eines das Recht des Klägers modifizierenden, hemmenden oder zerstörenden subjektiven Rechts vorbringt.¹³⁰¹ Aus dieser Rechtsregel muss freilich eine ebensolche Rechtsfolge entnommen werden können. Hier erfolgt ein Tausch der Rollen: Es kommt dem Beklagten zu, die *éléments générateurs* eines subjektiven Rechts zu behaupten, was wiederum vom Kläger in Zweifel gezogen werden muss.

1295 *Motulsky*, Principes 115.

1296 *Motulsky*, Principes 118 f.

1297 Richtiger im System von *Motulsky* wäre es freilich, von einer Behauptungslastumkehr zu sprechen. Die hier nicht weiter zu thematisierende Beweislast betrifft bei *Motulsky* alle für die *éléments générateurs* erheblichen Umstände, sofern diese im Streit in Zweifel gezogen werden, s dazu weiterführend *Motulsky*, Principes 128 ff.

1298 *Motulsky*, Principes 96 ff.

1299 *Motulsky*, Principes 91 ff.

1300 *Motulsky*, Principes 93.

1301 *Motulsky*, Principes 121.

3.2.2. Anwendungsvoraussetzungen

Nach der Theorie *Motulskys* können dingliche Rechte als Rechtsregeln angesehen werden, die logisch zwingend Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen beinhalten. Zuerst sollen nun die *éléments générateurs* von dinglichen Rechten in den Blick genommen werden. Dies beinhaltet die Frage, was von demjenigen, der sich im Streitfall auf ein dingliches Recht stützt, vorgebracht werden muss, um eine – an dieser Stelle noch nicht weiter spezialisierte – Rechtsfolge gegen einen Störer zu erwirken und welche Umstände dafür nicht von Belang sind. Die Betrachtung bleibt an dieser Stelle noch abstrakt und verweist auf konzeptioneller Ebene auf das dingliche Recht; auf das positive Recht soll an dieser Stelle nur zur Illustration verwiesen werden.

3.2.2.1. Drittwirkung

Unmittelbar verbunden mit den Rechtswirkungen des dinglichen Rechts ist seine Drittwirkung, die als absolute und tw auch als dingliche Wirkung bezeichnet wird.¹³⁰² In ihrer allgemeinsten Form bedeutet diese, dass sich die Rechtswirkungen nicht auf ein näher bestimmtes Rechtssubjekt beschränken. Zu der konkreten Ausformung der Drittwirkung von dinglichen Rechten haben sich dabei zwei unterschiedliche Formulierungen herauskristallisiert: Einerseits ist von einer Allwirksamkeit von dinglichen Rechten die Rede; das dingliche Recht sei durch die *Erga-omnes*-Wirkung sohin von jedermann zu beachten.¹³⁰³ Nach diesem Ansatz wirkt ein dingliches Recht gegenüber jedem anderen Rechtssubjekt. Andererseits besteht eine im Schrifttum deutlich weniger etablierte Formulierung, nach der das dingliche Recht nicht gegen jedes Rechtssubjekt, sondern gegen einen unbestimmten

¹³⁰² In der Lit wurde das Verhältnis von dinglichen und absoluten Rechten ausdiskutiert. Dabei haben sich zwei Positionen etabliert: Eine Position setzt das dingliche Recht und das absolute Recht gleich, weshalb der Begriff des dinglichen Rechts alleine nicht weiter von Relevanz sein soll, eine andere Position sieht das dingliche Recht mit Rücksicht auf teleologische Gesichtspunkte als Teilbereich von absoluten Rechten. Zu dieser Diskussion kann durch die eingenommene Perspektive, nach der dingliche Rechte als bewehrte Erlaubnisrechte anzusehen sind, insoweit beigetragen werden, als dass dingliche Rechte nicht mit anderen absoluten Rechten – wie etwa Immaterialgüterrechten – die eine Recht-Pflicht-Relation zum Inhalt haben, gleichgesetzt werden können. Dementsprechend kann die Absolutheit – iSd Drittwirkung – nur als charakterbestimmendes Merkmal von dinglichen Rechten angesehen werden; hinreichend für die Qualifikation als dingliches Recht ist sie aber nicht. Zu dieser Diskussion s mwN *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht*? 49 ff, s zur Relativität und Absolutheit von Rechten auch *Eggel*, *Begründung* 71 ff.

¹³⁰³ So etwa *Hauck*, *Nießbrauch an Rechten* 158; *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht*? 49 ff; *Canaris*, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, in FS Flume (1978) 371 (373); *Aicher*, *Eigentum als subjektives Recht* 63 ff; *Staub*, *Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte*, AbR 1891, 12 (22); *Fuchs*, *Dinglichkeit* 10.

Kreis von Adressaten wirkt.¹³⁰⁴ Diese Herangehensweisen sind dabei fest in unterschiedliche Rechtskonzeptionen eingebettet: Während aus einer willenstheoretisch fundierten Perspektive, nach der in ihrer radikalen Ausprägung bei dinglichen Rechten tatsächlich eine personalisierte Verbindung zwischen dem dinglich Berechtigten und allen anderen Rechtssubjekten besteht, eher von einer *Erga-omnes*-Wirkung auszugehen ist, liegt nach einer rein formalen Betrachtungsweise die Wirkung gegenüber einer unbestimmten Anzahl von Rechtssubjekten näher. Die dingliche Wirkung kann somit je nach dem zu Grunde gelegten Rechtskonzept sowohl als Wirkung gegenüber jedermann als auch als Wirkung gegenüber einem nicht näher bestimmten Adressatenkreis aufgefasst werden.

Obwohl diese Formulierungen ähnlich scheinen, weisen sie in einer formalen Betrachtung in unterschiedliche Richtungen. Während Allwirksamkeit bedeutet, dass es niemanden gibt, gegenüber dem ein Recht nicht wirkt, kann unter der unbestimmten Wirksamkeit der Umstand verstanden werden, dass ein Recht nicht nur gegenüber bestimmten Rechtssubjekten wirkt. Im Unterschied zur *Erga-omnes*-Wirkung richtet sich die Wirkung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis somit nur potenziell an jedes andere Rechtssubjekt. Dieser Unterschied wurde va in der älteren Lit thematisiert: Es wurde der Einwand erhoben, dass dingliche Rechte nicht gegenüber jedermann durchsetzbar seien und sohin auch nicht von ihrer absoluten *Erga-omnes*-Wirkung gesprochen werden könne.¹³⁰⁵ Dass dingliche Rechte nicht in dem Maße gegenüber jedermann wirken, dass Einwendungen schlechthin ausgeschlossen wären, benötigt dabei keine näheren Ausführungen.¹³⁰⁶ Die Drittwirkung eines dinglichen Rechts bedeutet somit nicht, dass jedermann zu einer Handlung oder einem Unterlassen verpflichtet ist, ohne dass auf eine etwaige Berechtigung des Einzelnen abgestellt werden müsste. Gibt man damit aber das Kriterium auf, dass es niemanden gibt, gegenüber dem ein dingliches Recht nicht gilt, nähert man sich automatisch jener Formulierung an, die die Drittwirkung mit einem unbestimmten Adressatenkreis verbindet. Da bei Anknüpfung an einen unbestimmten Adressatenkreis nicht zwischen Wirkung und Durchsetzbarkeit eines Rechts unterschieden werden muss, ist diese Position als leistungsfähiger als das Konzept der *Erga-omnes*-Wirkung aufzufassen.

1304 Dahingehend *Dörner*, Dynamische Relativität 29 ff; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 137. Anklänge finden sich aber auch bei *Unger*, System I 519 ff.

1305 *Pflüger*, Über das Wesen der Dinglichkeit, AcP 1892, 406 (407 f); *Fuchs*, Dinglichkeit 10.

1306 Nach den Wertungen des ABGB kann bspw nach § 471 ABGB das Retentionsrecht gegen die Verpflichtung der Herausgabe einer Sache gem § 366 ABGB eingewandt werden. Das Eigentumsrecht wirkt somit nicht schlechthin gegenüber jedem anderen Rechtssubjekt in dem Sinne, dass es eine mit Zwang verbundene Rechtsfolge entfalten könnte, s dazu auch *Kodek*, Die Einrede im Zivilrecht (2020) 124 ff.

Aus der Perspektive der Theorie *Motulskys* bedeutet die Drittwirkung iSe Rechtswirkung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis das Fehlen eines *élément générateur*. Damit ein dingliches Recht entsteht, muss somit nicht behauptet werden, dass der Gegner in irgendeiner Art und Weise bestimmt ist; das Entstehen des Rechts wird somit an keinen Umstand geknüpft, der den Adressaten von allen anderen Rechtssubjekten unterscheidet und individualisiert. Daraus folgt, dass keine spezifischen Umstände in der Sphäre des Gegners, gegen den eine Rechtsfolge erwirkt werden soll, behauptet werden müssen. Es reicht, dass er ein unbestimmtes Rechtssubjekt, das heißt einer von allen ist. Anders gewendet: Das absolute Recht wirkt unabhängig von der Person des Verpflichteten. Bei der Drittwirkung ist es somit ohne Belang, gegenüber wem vorgegangen wird.

An dieser Stelle lässt sich die systematische Einteilung von Rechten in absolute und relative in das System *Motulskys* einordnen. Während absolute Rechte unabhängig von der Identität des Rechtssubjekts, gegen das eine Rechtsfolge begehrt wird, entstehen können, ist diese bei relativen Rechten eine notwendige Anwendungsvoraussetzung. Für das Entstehen eines relativen Rechts ist es somit ein *élément générateur*, dass sich der Gegner auf Grund eines rechtserheblichen Umstands von allen anderen Rechtssubjekten unterscheidet und damit zu einer individuell bestimmten Person wird.¹³⁰⁷ Es reicht somit nicht aus, dass der Gegner bloß irgendein Rechtssubjekt ist, vielmehr wird das Entstehen des relativen Rechts an sein Hervortreten aus dem Kreis der unbestimmten Vielheit geknüpft. Dies kann durch das eigene Verhalten eines Rechtssubjekts – etwa durch Abschluss eines Vertrags oder das schuldhaftige Zufügen eines Schadens – oder aber auch durch die Zurechnung eines fremden Verhaltens erfolgen.¹³⁰⁸ Der Unterschied zwischen relativen und absoluten Rechten besteht aus dieser Perspektive allein darin, dass bei relativen Rechten eine zusätzliche Anwendungsvoraussetzung besteht: Es müssen rechtserhebliche Umstände behauptet werden, die den Gegner zur bestimmten, von allen anderen Rechtssubjekten unterscheidbaren Person machen.¹³⁰⁹

Notwendige Folge der dinglichen Drittwirkung ist somit, dass besondere Umstände in der individuellen Sphäre des Gegners ohne Relevanz bleiben müssen. So ist es unerheblich, ob die Störung dem Störer individuell vorwerfbar ist oder nicht; die Verpflichtung trifft jedes Rechtssubjekt gleichermaßen. Der mit der Drittwirkung einhergehende, unbestimmte Adressatenkreis betrifft aber nicht nur die Außenwirkung eines Rechts, sondern auch seine In-

1307 Nach einer Formulierung in *Larenz*, Allgemeiner Teil⁶ 183.

1308 Dazu ausf *Dörner*, Dynamische Relativität 70 ff.

1309 Hierin kann mE auch formal der Unterschied zwischen relativem Schadenersatz und dem dinglichen und absoluten Beseitigungsanspruch verortet werden. Diese fallen in vielen Fällen freilich zusammen, wenn der Störer schuldhaft handelt, s dazu weiterführend *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in *Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz* (2019) 575 (588 ff).

nenwirkung im Fall des Nebeneinanders verschiedener Rechte – diese wird in der Lit vom „Drittschutz“ unterschieden und als Sukzessionsschutz bezeichnet.¹³¹⁰ Hierbei geht es um Fälle, in denen an einem Rechtsobjekt mehrere Rechte bestehen – wie etwa bei einer durch eine Hypothek belasteten Liegenschaft¹³¹¹ oder aber bei Immaterialgüterrechten, bei denen eine drittwirksame Lizenz erteilt wurde.¹³¹² Als Sukzessionsschutz wird dabei der Umstand bezeichnet, dass das dinglich wirkende beschränktere Recht – etwa das Pfandrecht oder die Lizenz – unangetastet bleibt und weiter besteht, wenn das umfassendere Recht übertragen wird.¹³¹³ Dies kann als Ausfluss der Wirkung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis angesehen werden: Das Pfandrecht oder die drittwirksame Lizenz wirkt somit nicht gegenüber einer bestimmten Person, sondern gegenüber einer unbestimmten Vielheit von Rechtssubjekten; es ist somit nicht von Relevanz, wer die Person des Gegners ist.¹³¹⁴ Verstanden als gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis wirkend,¹³¹⁵ bedeutet die Drittwirksamkeit somit nicht nur, dass in einer Außenwirkung Rechtsfolgen gegenüber jedem unberechtigten Dritten verlangt werden können, sondern auch, dass es in einer Innenwirkung nicht auf die Person

1310 Zu diesem etwa *Canaris* in FS Flume 373; *Eichler*, Institutionen des Sachenrechts (1954) 7; krit dazu *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 56 ff.

1311 Dazu etwa *Schöneich*, Dinglichkeit 120 f; *Wolkerstorfer* in Klang³ § 447 Rz 7.

1312 Zu diesem intensiv diskutierten Problemkreis ausf. *Tochtermann*, Sukzessionsschutz im Recht des Geistigen Eigentums (2018); besonders hervorzuheben ist dabei die Position von *McGuire*, die die Lizenz als verdinglichte Obligation ansieht, und daraus weitgehende Folgen für die Lizenz ableitet, s. *McGuire*, Die Lizenz (2012) 267 ff.

1313 Die Unterscheidung nach dem Umfang des Rechts ist dabei in der Lit zum Sukzessionsschutz völlig unstr., sie ist jedoch mE nicht notwendig. So ist klar, dass auch das umfassendere Recht weiter besteht, wenn das eingeschränktere übertragen wird, ein Patentrecht erlischt nicht durch die Übertragung einer Lizenz.

1314 Dies kann bei der Lizenz – etwa hinsichtlich eines Patents – besonders gut illustriert werden. Durch diese kann der Lizenznehmer etwa berechtigt sein, die Erfindung zu benutzen (§ 35 PatG). Sofern durch Eintragung in das Patentregister eine Drittwirkung vorliegt (§ 43 Abs 2 PatG), gilt diese Erlaubnis gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis, ansonsten nur gegenüber einer bestimmten Person – dem Patentinhaber. *Element générateur* bei der Geltendmachung der nicht eingetragenen Lizenz, die gegen eine Patentverletzungsklage eingewandt wird, ist somit, dass der Gegner eine bestimmte Person ist – nämlich diejenige, die die Lizenz erteilt hat. Bei der Drittwirkung in Folge der Eintragung in das Patentregister fällt dieses *element générateur* weg – es kann somit gegenüber einer nicht näher bestimmten Person, die eine Patentverletzung geltend macht, der Bestand einer Lizenz eingewandt werden.

1315 Versteht man die Drittwirksamkeit als Wirkung *erga omnes*, läuft man in Gefahr, die Innenwirkung als relatives Recht anzusehen, da diese idR nicht gegenüber jedermann wirkt; s. etwa *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 51 f.

des Verpflichteten ankommt.¹³¹⁶ Der Sukzessionsschutz ist somit kein eigenständiges Charakteristikum der Dinglichkeit bzw der Absolutheit, sondern eine notwendige Folge der Drittwirkung – verstanden als Rechtswirkung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis.

3.2.2.2. Erlaubte und bewehrte Handlung

Eine Störung muss eine zweifach qualifizierte Handlung in Bezug auf ein Rechtsobjekt betreffen, damit im System *Motulskys* ein mit Zwang durchsetzbares subjektives dingliches Recht entstehen kann. Die Handlung muss dem Kläger einerseits erlaubt und andererseits gegen den Eingriff durch andere bewehrt sein, was der Kläger bei der Rechtsdurchsetzung zu behaupten hat. Welche Handlungen an einem Rechtsobjekt konkret einem Rechtssubjekt zugewiesen sind, ergibt sich aus einer Interpretation der gesamten Rechtsordnung: Es muss der Inhalt des dinglichen Rechts – dh die Handlungen, die in Bezug auf ein Rechtsobjekt einem Rechtssubjekt zugewiesen werden – in Zusammenschau mit sonstigen Schrankenregelungen betrachtet werden.¹³¹⁷ Während die Zuweisung von erlaubten Handlungen *grosso modo* abstrakt und ohne Bezug auf das einzelne Rechtsobjekt erfolgt,¹³¹⁸ tragen die häufig dem öffentlichen Recht zugehörigen Schrankenregelungen idR den Charakteristika des einzelnen Rechtsobjekts Rechnung. Dabei kann ein auf Grund der Schrankenregelungen rechtswidriger Zustand nicht durch die mit staatlichem Zwang bewehrte Durchsetzung eines dinglichen Rechts herbeigeführt werden.¹³¹⁹ Daraus folgt, dass eine Handlung, die auf Grund einer Schrankenregelung dem Berechtigten nicht erlaubt ist, auch nicht von einem anderen verlangt werden kann.¹³²⁰

Die Erlaubtheit einer Handlung alleine ist jedoch noch nicht hinreichend dafür, um Rechtsfolgen gegenüber einem Störer ableiten zu können. Vielmehr

1316 Dies klar differenzierend *Ginossar*, Droit réel 117; Anklänge dazu finden sich auch bei *Oertmann*, AcP 1925, 129 (142).

1317 *Zech* spricht etwa davon, dass sich die eigentumsrechtliche Zuweisung als Produkt von grundsätzlicher Befugniszuweisung und nachgelagerten Schrankenregelungen ergibt. Fraglich ist, ob dieses Sprachbild völlig treffend ist, mE ist dies nicht als Ergebnis eine Multiplikation (Produkt), sondern vielmehr einer Substraktion anzusehen, s *Zech*, AcP 2019, 488 (517).

1318 Ausnahmen finden sich insb bei den Dienstbarkeiten (§§ 472 ff ABGB), wo explizit auf unterschiedliche Rechtsobjekte eingegangen wird.

1319 Dies kann an Hand eines Beispiels illustriert werden: Bei einer nicht genehmigten und daher auch nicht erlaubten Lagerung von radioaktivem Material (vgl § 7 Abs 1 SicherheitskontrollG 2013) kann im Fall der Entwendung nicht mit einer Besitzstörungsklage vorgegangen werden. Zwar ist die ungestörte Lagerung von Rechtsobjekten zweifellos von verschiedenen dinglichen Rechten umfasst, es erfolgt jedoch eine Modifikation durch die erwähnte Schrankenregelung. Für weitere Einschränkungen des Aneignungsrechts, s *Holzner* in Klang³ § 382 Rz 2 ff.

1320 Sehr wohl kann aber dagegen vorgegangen werden, wenn ein anderer selbst die durch die Schrankenregelung verbotene Handlung vornimmt – etwa wenn ein Störer ein denkmalgeschütztes Gebäude abreißt, s dazu bereits 3.1.3.2.2.

muss die Handlung auch bewehrt sein und somit dem Berechtigten zustehen. Denn wie gesehen steht es dem positiven Gesetzgeber offen, eine Handlung in Bezug auf ein Rechtsobjekt bestimmten Rechtssubjekten zuzuordnen oder allen Rechtssubjekten freizustellen. Besonders intensiv diskutiert wird idZ in jüngerer Zeit – in der Folge des technischen Fortschritts – die unkörperliche Nutzung von Rechtsobjekten. Dies betrifft etwa die Nutzung eines (körperlichen) Rechtsobjekts als Projektionsfläche,¹³²¹ aber va auch das Fotografieren von Rechtsobjekten: Hier ist unstr, dass diese Handlungen dem dinglich Berechtigten erlaubt sind; inwiefern dieses Dürfen aber gegenüber Dritten bewehrt ist, bleibt im Detail tw noch klärungsbedürftig.¹³²²

Als weitgehend unstr anzusehen ist dabei, dass sich der Berechtigte gegen das unberechtigte Betreten seines Grundstücks für eine Fotografie wehren kann.¹³²³ Dem ist aus abstrakter Perspektive zuzustimmen: Typischerweise wird von der positiven Rechtsordnung dem dinglich Berechtigten die alleinige Befugnis eingeräumt, ein Grundstück zu betreten, wofür die gleichzeitig erfolgende unkörperliche Nutzung keine Rechtfertigung darstellt. In diesen Fällen ist somit aber nicht die unkörperliche Nutzung, sondern das gleichzeitig erfolgte Betreten des Grundstücks ausschlaggebend. Anderes gilt nach der Rsp, wenn das Grundstück nicht betreten wird und die Fotografie von einem öffentlich zugänglichen Ort erstellt wird, denn es könne nach der treffenden Formulierung des OGH niemandem verwehrt werden, „*Sachen (...) anzusehen, ja auch eingehend zu betrachten und in seinem Gedächtnis einzuprägen*“,¹³²⁴ weshalb es auch zulässig sein soll, diese zu fotografieren.¹³²⁵ Auch diese Wertung lässt sich in einer Auffassung, die das dingliche Recht als bewehrtes Erlaubnisrecht qualifiziert, verorten: Das Betrachten von Objekten von einem frei zugänglichen Ort gilt als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit; die exklusiv zugeordneten Befugnisse an einem Objekt erstrecken sich somit nicht auf dessen Erscheinen im öffentlichen Raum. Dementsprechend ist auch das Festhalten dieser Erscheinung durch eine Fotografie generell zulässig. Dies ist auch wertungsmäßig in einer dem Individuum weitgehende Freiheitsbereiche einräumenden Rechtsordnung überzeugend, da ansonsten die allgemeine Handlungsfreiheit an frei zugänglichen Orten über Gebühr eingeschränkt würde. Noch nicht ab-

1321 Vgl OLG Dresden 7.4.2005, 9 U 263/05 NJW 2005, 1871.

1322 Ausf dazu etwa Kianfar, Sachfotografie und Hausrecht (2015) 117 ff; Lauber-Rönsberg, Befugnisse des Sacheigentümers, in Hofmann/Raue/Zech (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 89 (100 ff); zur bereicherungsrechtlichen Beurteilung, s ausf Brandstätter, Bereicherungsausgleich bei Abbildung fremder Sachen, in FS Neumayr I (2023) 407, die zu Recht auch am Eigentumsrecht anknüpft.

1323 S RIS-Justiz RS0010382; BGH 20.9.1974, I ZR 99/73 NJW 1975, 778 – *Schloß Tegel*.

1324 RIS-Justiz RS0010390.

1325 Zu von einer öffentlichen Straße aufgenommenen Bildern BGH 3. 9.1989, I ZR 54/87 NJW 1989, 2251 – *Friesenhaus*.

schließlich geklärt ist die Frage, inwiefern bei nicht frei zugänglichen Objekten alleine dem dinglich Berechtigten die Befugnis zukommt, Fotografien von diesen anzufertigen – auch wenn anderen der Zugang zu diesen Objekten eröffnet wird. Während die dt Rsp¹³²⁶ in dieser Konstellation eine solche gegenüber Dritten bewehrte Befugnis des dinglich Berechtigten ansieht, wird dies in der Lit¹³²⁷ weitgehend krit betrachtet. Aus der hier eingenommenen, abstrakten Perspektive kann gefolgert werden, dass hierfür eine Auslegung der jeweils betroffenen dinglichen Rechte unter Zugrundelegung der vom positiven Gesetzgeber getroffenen Wertungen zu erfolgen hat, die mit der allgemeinen Handlungsfreiheit abzuwägen sind.¹³²⁸ Ob eine erlaubte Handlung somit auch gegen Eingriffe bewehrt ist, verlangt aber stets einen eigenständigen interpretatorischen Schritt.

Im hier dargestellten Rahmen können dingliche Rechte konzeptionell sohin als Bündel von erlaubten und bewehrten Handlungen an einem Rechtsobjekt aufgefasst werden, das einem Rechtssubjekt zugeordnet wird.¹³²⁹ Für die Behauptung einer erlaubten und bewehrten Handlung als *élément générateur* eines subjektiven dinglichen Rechts iSv *Motulsky* kann es somit als hinreichend angesehen werden, wenn der Bestand eines diese Handlung beinhaltenden Bündels behauptet wird; es kommt dann dem Richter die Prüfung zu, ob die behauptete Befugnis, gegen deren Störung vorgegangen werden soll, tatsächlich dem Kläger zugewiesen ist. Dementsprechend ist auch *Aicher* zuzustimmen,¹³³⁰ dass es nicht dem dinglich Berechtigten zukommt, nachzuweisen, dass keine Eigentumsbeschränkung vorliegt, vielmehr hat

1326 BGH 3.1.2013, V ZR 14/12 – *Preussische Schlösser und Gärten II*; BGH 17.12.2010, V ZR 44/10 – *Preussische Schlösser und Gärten I*; OLG Stuttgart 31. 5.2017, 4 U 204/16 GRUR 2017, 905 – *Reiss-Engelhorn-Museen* (in der anschließenden E des BGH wurde jedoch ausschließlich nach urheberrechtlichen Gesichtspunkten entschieden).

1327 *Zech*, AcP 2019, 488 (582 ff); mwN *Kianfar*, Sachfotografie 134 ff.

1328 Hierbei hat in einer wertenden Betrachtung die Entscheidung zu erfolgen, ob das Fotografieren wie das Betrachten eines Objekts anzusehen ist und somit jedem Rechtssubjekt offen steht, das Zugang zu diesem hat, oder ob das Fotografieren als eigenständige Befugnis des dinglich Berechtigten angesehen wird und somit auch rechtmäßigen Besuchern untersagt werden kann. Für eine dingliche Wirkung fehlt es mE aber idR an der Offenkundigkeit der vorbehaltenen Handlung (zu dieser weiterführend 3.2.2.3): Es kann wohl nicht davon ausgegangen werden, dass eine solche ausschließliche Befugnis zur Fotografie eines Objekts einem unbestimmten Adressatenkreis als offensichtlich vorausgesetzt werden kann.

1329 Die sog Bündeltheorie, nach der ein dingliches Recht als Bündel von Befugnissen aufgefasst werden muss, befindet sich hinsichtlich des Eigentumsrechts im Vordringen. Wesentlicher Anknüpfungspunkt in der dt Diskussion ist dabei die *Nassauskiesungs*-Entscheidung des BVerfG, in der das Eigentumsrecht als vom Gesetzgeber zu definierendes, rechtlich zugewiesenes Befugnisbündel angesehen wurde, s dazu weiterführend *Zech*, AcP 2019, 488 (503 ff); *Auer*, Diskurs 138 ff.

1330 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 84 f.

das Gericht dies von Amts wegen zu überprüfen. Der Gesetzgeber kann aber freilich auch die Bewehrung eines Erlaubnisrechts einschränken und nur einen Teil der erlaubten Handlungen gegen Eingriffe bewehren; hier kommt aber dem Berechtigten der Nachweis zu, dass die Störungshandlung eine bewehrte Befugnis betrifft.¹³³¹ Voraussetzung dafür, gegen einen Störer vorzugehen, ist somit bloß die Behauptung, Träger eines dinglichen Rechts zu sein, das ein Bündel von zugewiesenen und bewehrten Befugnissen darstellt.

Wenn dingliche Rechte als Bündel erlaubter und bewehrter Handlungen betrachtet werden, können auch Rückschlüsse auf das Verhältnis verschiedener dinglicher Rechte zueinander getroffen werden. Denn eine Rechtsordnung kann auch mehrere, voneinander zu unterscheidende dingliche Rechte schaffen; es handelt sich dabei um Befugnisbündel unterschiedlichen Inhalts, die verschiedenen Rechtssubjekten in Bezug auf ein und dasselbe Rechtsobjekt zugeordnet werden können. In diesem als Innenwirkung des dinglichen Rechts bezeichneten¹³³² Verhältnis zwischen den dinglich Berechtigten kann es freilich zu Kollisionen in dem Sinn kommen, dass eine Handlungsbefugnis grundsätzlich mehreren Rechtssubjekten zugewiesen wird. Durch Auflösung des Konflikts – dh durch Zuordnung einer Handlung zu einem der dinglich Berechtigten – wird dabei zwangsläufig das Bündel der im Verhältnis der Berechtigten erlaubten und bewehrten Handlungen des Unterlegenen verkleinert. Der Umfang der zugeordneten Befugnisse hängt somit vom Bestand anderer Befugnisbündel ab. Verbindet man diesen Gedanken mit dem Umstand, dass die dingliche Berechtigung nicht an ein bestimmtes Rechtssubjekt gebunden ist, sondern auch übertragen werden kann,¹³³³ ergibt sich eine eminente Problemlage: Der Übernehmer einer dinglichen Rechtsposition muss einen erheblichen Aufwand¹³³⁴ aufwenden, um den Umfang seiner Befugnisse zu bestimmen. Dies kann als Begründung für ein Charakteristikum von dinglichen Rechten dienen, das in der Lit als Typen-

1331 In Österreich wird zu dieser bei der Diskussion Stellung genommen, ob durch das Nachbarschaftsverhältnis das Eigentumsrecht an sich beschränkt wird, sodass es dem Eigentümer nicht erlaubt ist, Immissionen zu produzieren, die den Nachbar beeinträchtigen, oder das Eigentumsrecht durch das Nachbarschaftsverhältnis grundsätzlich unbeschränkt bleibt. Auf Grund des klaren Wortlauts des § 364 Abs 2 ABGB („Der Eigentümer kann dem Nachbarn [...] insoweit untersagen [...]“) muss davon ausgegangen werden, dass nur die Bewehrung des Eigentumsrechts, nicht aber das Eigentumsrecht selbst beschränkt wird, weshalb es dem Eigentümer zukommt, einen Eingriff in sein bewehrtes Erlaubnisrecht und somit die Ortsunüblichkeit und die Wesentlichkeit zu behaupten. Zum selben Ergebnis kommt *Kietztaibl* in Klang³ § 354 Rz 6, s dazu auch mit Nachweisen zu Lit 4.2.5.2.

1332 *Oertmann*, AcP 1925, 129 (133).

1333 Zu Drittwirkung und Innenwirkung s bereits 3.2.2.1.

1334 In der Ökonomie würde man von Transaktionskosten sprechen.

zwang bzw *numerus clausus*-Prinzip bezeichnet wird.¹³³⁵ Hierunter wird der Umstand verstanden, dass ein dingliches Recht nur genau den Inhalt haben kann, den das Gesetz zulässt.¹³³⁶ Das Bündel an bewehrten Handlungsbefugnissen, das mit einem spezifischen dinglichen Recht einhergeht, ist somit zwingend vorgegeben und kann nicht privatautonom modifiziert werden. Dies trägt wesentlich den Verkehrsinteressen Rechnung: Allein vom Bestand anderer dinglicher Rechte kann somit auf die eigenen Befugnisse geschlossen werden.¹³³⁷ Hieraus folgt, dass der Typenzwang, also die Einschränkung der Möglichkeit, über die durch ein dingliches Recht vermittelten Befugnisse zu disponieren, nicht zwangsläufig aus der Innenwirkung des dinglichen Rechts folgt.¹³³⁸ Vielmehr handelt es sich beim Typenzwang um eine Entscheidung des positiven Gesetzgebers, in der Handlungsfreiheit und Verkehrsschutz miteinander abgewogen werden.¹³³⁹

3.2.2.3. Offenkundigkeit

Es kann als ein genereller Rechtsgrundsatz angesehen werden, dass eine mit Zwang durchsetzbare Verpflichtung nur dann bestehen kann, wenn die Verhaltenspflicht für den Verpflichteten offenkundig ist. Denn nur dann kann ein pflichtgemäßes Verhalten an den Tag gelegt und damit eine häufig mit Unbill verbundene Zwangshandlung vermieden werden. Besondere Bedeutung kommt der Offenkundigkeit freilich in Situationen zu, in denen die Verpflichtung nicht durch eigenes Handeln erwächst – etwa durch Vertragschluss oder durch eine Beschädigung – sondern durch eine an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtete Verhaltenspflicht. Hierbei kann eine mit Zwang verbundene Rechtsfolge nur dann Platz greifen, wenn die Verhaltenspflicht einem unbestimmten Adressatenkreis offenkundig ist.¹³⁴⁰

1335 Dazu ausf und auch aus historischer Perspektive *Wieling*, Numerus clausus der Sachenrechte? in FS Hattenhauer (2001) 557; *Wiegand*, Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in FS Kroeschell (1987) 623; aus der Sicht des Immaterialgüterrechts *Obly*, Gibt es einen Numerus Clausus der Immaterialgüterrechte? in FS Schrickler (2005) 105.

1336 *Wieling* in FS Hattenhauer 557.

1337 So auch *Wiegand* in FS Kroeschell 637.

1338 Denkbar sind auch andere, weniger weit reichende Beschränkungen der Handlungsfreiheit, wie etwa strenge Publizitätsregeln.

1339 Dementsprechend kann auch *Holzner* zugestimmt werden, der bei Schweigen des Gesetzgebers eine inhaltliche Gestaltung beschränkter dinglicher Rechte weitgehend zulässt, solange diese hinreichend offenkundig gemacht wird, s *Holzner*, Vereinbarungen über die inhaltliche Gestaltung dinglicher Rechte und Einzelrechtsnachfolge, JBl 2019, 745.

1340 AA *Füller*, der das Erfordernis der Offenkundigkeit nicht als Voraussetzung für ein dingliches Recht, sondern bloß als Entscheidung des Gesetzgebers ansieht. S *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 244.

Auch in der Lit wird die Offenkundigkeit bzw Publizität weithin als Grundvoraussetzung von drittwirksamen Rechten angesehen. So wird davon ausgegangen, dass erst bei Erkennbarkeit der Rechtsposition Absolutheit entstehen könne,¹³⁴¹ ein breites Kommunikationsbedürfnis bei absoluten Rechten bestehe¹³⁴² und die Kundbarkeit Voraussetzung für die Allwirksamkeit eines Rechts sei;¹³⁴³ es sei nach der illustrativen Formulierung von *Fuchs* somit unbillig, Dritte zu binden, wenn das Recht noch nicht in die Welt der Erscheinung getreten ist.¹³⁴⁴

Gegen diese weit verbreitete Meinung, die die Offenkundigkeit als Voraussetzung für die Drittwirkung eines Rechts ansieht, wendet sich aber *Füller* mit einem beachtlichen Argument: Er weist auf das Urheberrecht hin, das ganz unstrittig als absolutes Recht angesehen wird, obwohl dieses – anders als andere in Register eingetragene Immaterialgüterrechte – nicht offenkundig ist; dieses Beispiel zeige, dass drittwirksame Rechte nicht zwingend eine umfassende Offenkundigkeit zur Voraussetzung hätten.¹³⁴⁵ Dieses Argument geht von der richtigen Beobachtung aus, dass es nicht offenkundig ist, welche geistigen Schöpfungen als urheberrechtlich geschützte Werke qualifiziert werden können, an denen ein drittwirksames Ausschließlichkeitsrecht besteht. Es geht nirgends hervor, ob der Satz, den Sie als Leser gerade vor sich haben, bereits irgendwo¹³⁴⁶ geschrieben wurde und somit unter Voraussetzung seiner Werkqualität als urheberrechtlich geschützt angesehen werden könnte. Dieses Beispiel zeigt jedoch, dass die Offenkundigkeit des Rechtsobjekts für die dem Urheberrecht zu Grunde liegende Normstruktur ohne Belang ist: Es besteht die Pflicht, eine konkret umschriebene Handlung – etwa die Vervielfältigung des Werks nach § 15 Abs 1 UrhG – zu unterlassen. Sofern die Existenz eines Werks für einen Verpflichteten nicht offenkundig ist, kann aber freilich keine mit Zwang bewehrte Rechtsfolge Platz greifen, da es an der konkret umschriebenen Handlung – der Vervielfältigung des Werks – fehlt; vielmehr liegt mangels (subjektiver) Offenkundigkeit des geschützten Werks eine urheberrechtlich nicht zu beanstandende Doppelschöpfung vor.¹³⁴⁷ Zwingende Voraussetzung bei einem allwirksamen Recht ist somit bloß die Offenkundigkeit der Handlungspflichten.

1341 *Eggel*, Begründung 120 f; *Stöcker*, Dinglichkeit 38 ff.

1342 *Kreutz*, Das Objekt 35.

1343 *Dulkeit*, Verdinglichung 48.

1344 Zu der Drittwirkung von Forderungen *Fuchs*, Dinglichkeit 59.

1345 *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 250 ff.

1346 Unter Voraussetzung der Anwendbarkeit des UrhG.

1347 Da eine vollständige Übereinstimmung von Werken nach menschlicher Erfahrung äußerst unwahrscheinlich ist, reicht für die Vervielfältigung freilich ein Anscheinbeweis. Weiterführend *Loewenheim/Leistner* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts³ § 8 Rz 33 ff; *Obly*, Zuweisung von Daten: immaterialgüterrechtliche Lösungen, in *Hofmann/Raue/Zech* (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 135 (138).

Auch im Fall von dinglichen Rechten ist die Offenkundigkeit der Handlungspflichten notwendige Voraussetzung. Denn es bedarf einer einem unbestimmten Adressatenkreis kundbaren Festlegung, welche Befugnisse in Bezug auf ein Rechtsobjekt exklusiv dem dinglich Berechtigten zugewiesen und somit als erlaubte und bewehrte Handlungen definiert werden. Es ist somit notwendig, zwischen den Handlungen, die in Bezug auf ein Rechtsobjekt jedermann zukommen, und Handlungen, die einem Berechtigten exklusiv zugeordnet werden, in einer Art und Weise zu unterscheiden, die den Verpflichteten ein pflichtgemäßes Verhalten ermöglicht. Daraus kann zu Recht der Schluss gezogen werden, dass allwirksame dingliche Rechte nur durch Gesetz entstehen können;¹³⁴⁸ es handelt sich hierbei um eine Ab- und Begrenzung der exklusiv dem Berechtigten zugesicherten Handlungsmöglichkeiten.¹³⁴⁹ Durch die normative Festlegung entsteht dabei die unwiderlegliche Vermutung der Offenkundigkeit der exklusiv dem Berechtigten zugewiesenen Befugnisse.¹³⁵⁰ Dies betrifft *va* die Außenwirkung des dinglichen Rechts: Niemand kann sich darauf berufen, dass ihm die einem Berechtigten zugewiesenen Handlungen an einem Rechtsobjekt nicht bekannt gewesen sind. Aus diesem Erfordernis der gesetzlichen Verankerung von dinglichen Rechten ergibt sich somit mittelbar eine Begründung für das Prinzip des *numerus clausus* der dinglichen Rechte: Es kann somit nur eine endliche Anzahl von drittwirksamen dinglichen Rechten vom Gesetzgeber geschaffen werden.¹³⁵¹ Voraussetzung dafür, dass ein Recht potenziell gegenüber jedermann Wirkung entfalten kann, ist somit, dass eine gesetzliche Grundlage besteht.

Aus der Struktur von dinglichen Rechten als bewehrte Erlaubnisrechte folgt jedoch das Erfordernis einer weitergehenden Offenkundigkeit. Wenn nach dieser Konzeption mit dem dinglichen Recht die Pflicht eines unbestimmten Adressatenkreises einhergeht, bestimmte Handlungen in Bezug auf ein Rechtsobjekt nicht zu stören, reicht es nicht, dass die dem Berechtigten zugeordneten Befugnisse abstrakt offenkundig sind. Es muss vielmehr auch das Rechtsobjekt, auf das sich diese Befugnisse beziehen, kundbar für den un-

1348 S. ebenso *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* 53.

1349 Dies ist mE auch der Grund, warum die Fotografie eines Objekts nicht als Eingriff in ein Eigentumsrecht aufgefasst werden kann: Mangels einer durch Gesetz erfolgten ausschließlichen Zuordnung dieser Handlung kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine solche Verhaltenspflicht offenkundig ist. Vielmehr gilt, dass alle Handlungen, die nicht explizit zugeordnet sind, einem unbestimmten Adressatenkreis offenstehen.

1350 Vgl. § 2 ABGB.

1351 Davon zu trennen ist die Frage, inwiefern hinsichtlich der Innenwirkung von dinglichen Rechten, also dem Verhältnis zwischen verschiedenen dinglich Berechtigten, eine Abänderung der gesetzlich zugeordneten Befugnisse vorgenommen werden kann. Hier ist die Offenkundigkeit anders zu beurteilen als bei der Außenwirkung: Der Gesetzgeber kann hier – wie gesehen – durchaus eine gewisse Modifizierbarkeit der jeweils zugeordneten Befugnisse zulassen.

bestimmten Adressatenkreis sein. Denn die ausschließlich einem Berechtigten zukommende Befugnis, ein Objekt zu zerstören, kann etwa nur dann in einer konkreten Verhaltenspflicht eines Rechtssubjekts resultieren, wenn dieses Kenntnis von der Existenz eines Objekts hat. Dabei wird ganz zu Recht davon ausgegangen, dass körperliche Rechtsobjekte stets offenkundig sind.¹³⁵² Dies folgt aus der überzeugenden Überlegung, dass es in der aktuellen, wirtschaftsteiligen Gesellschaft als allgemein bekannt vorausgesetzt werden kann, dass grundsätzlich alle körperlichen Sachen einem Rechtssubjekt zugeordnet sind.¹³⁵³ Bei allen körperlichen Objekten, an denen keine Berechtigung besteht, kann somit davon ausgegangen werden, dass diese einem anderen Rechtssubjekt zugerechnet werden können, weshalb eine Anmaßung bzw. Störung von Befugnissen an einem körperlichen Rechtsobjekt stets einen Verstoß darstellt.¹³⁵⁴ Für die dingliche Wirkung muss somit offensichtlich sein, dass ein Objekt besteht, das einem anderen zurechenbar ist, wobei dieser andere nicht zwangsläufig bestimmt sein muss.¹³⁵⁵

Bei unkörperlichen Rechtsobjekten fehlt es hingegen grundsätzlich an der Offenkundigkeit. Auf Grund der *per definitionem* fehlenden sinnlichen Wahrnehmbarkeit von unkörperlichen Rechtsobjekten hat ein unbestimmter Adressatenkreis in aller Regel keine Kenntnis von deren Existenz, weshalb es ihm auch nicht möglich ist, etwaigen Verhaltensanforderungen zu entsprechen. Dieser Zusammenhang kristallisiert sich an der wohl völlig unstrittigen Aussage, dass Rechten ohne jegliche Publizität auch keine dingliche Wirkung zukommen kann.¹³⁵⁶ Eine hinreichende Offenkundigkeit wird regelmäßig bei der Eintragung des Rechts in ein öffentliches Register gegeben sein;¹³⁵⁷ im Einzelfall können jedoch auch nicht in Register eingetragene

1352 *Fabricius*, Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäß § 823 Abs. 1 BGB, AcP 1961, 274 (297); *Ginossar*, Droit réel 80; dies kann bereits auf das römische Recht zurückgeführt werden, s. *Fuchs*, Dinglichkeit 59.

1353 So *Kraßer*, Schutz vertraglicher Rechte 181. Im positiven Recht findet sich diese Wertung in § 386 ABGB, wonach bei einer gefundenen Sache im Zweifel nicht davon ausgegangen werden darf, dass jemand sein Eigentum aufgeben wolle.

1354 *Füller* spricht idZ von einer negativen Publizität, s. *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 296; s. ebenso *Ginossar*, Droit réel 82.

1355 Es ist für die Beurteilung der Verpflichtung von A durch ein dingliches Recht somit nicht von Belang, ob das Objekt B oder C zuzurechnen ist oder ob es zu einem Übergang von B oder C gekommen ist; von Bedeutung ist für die Außenwirkung des dinglichen Rechts gegenüber A einzig, dass das Objekt nicht A zurechenbar ist. Dieser Umstand findet im Schrifttum, das va auf die Publizität der Eigentumsübertragung abstellt, nur äußerst eingeschränkt Widerhall. Dies beruht mE auf einer Verkennung der Rolle des Besitzes, der auch beim Eigentumsübergang übertragen wird; dieser ist ein wesentlicher Publizitätsträger.

1356 *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 249; *Dörner*, Dynamische Relativität 50; *Ginossar*, Droit réel 60; *Fuchs*, Dinglichkeit 59 ff.

1357 Im ABGB werden diese – wie etwa das intabulierte Vorkaufsrecht gem § 1073 – explizit als dingliche Rechte bezeichnet, s. dazu weiterführend 3.4.1.

Rechte als hinreichend kundbar angesehen werden.¹³⁵⁸ Bei unkörperlichen Rechtsobjekten muss für dingliche Rechtswirkungen somit notwendigerweise nachgewiesen werden, dass das Rechtsobjekt offenkundig ist.

Der Begriff der Offenkundigkeit ist dabei mit Blick auf die Drittwirkung auszulegen. Die Verhaltenspflicht muss somit für einen unbestimmten Adressatenkreis ersichtlich sein. Daraus folgt, dass es keine Voraussetzung für die dingliche Rechtswirkung sein kann, dass ein einzelnes Rechtssubjekt auf Grund spezifischer Umstände Kenntnis vom Bestand des unkörperlichen Rechtsobjekts erlangt hat.¹³⁵⁹ Denn dies würde dazu führen, dass durch die Offenkundigkeit die Drittwirkung untergraben wäre; das dingliche Recht würde bei unkörperlichen Rechtsobjekten nicht mehr gegen potenziell jedermann, sondern bloß gegen durch ihre Kenntnis aus dem Kreis der unbestimmten Vielheit heraustretende, spezifische Rechtssubjekte wirken. Vielmehr ist mit *Fabricius* eine *sozialtypische Offenkundigkeit* des Objekts zu fordern, die dann vorliegt, wenn eine „*aufgrund unserer Sozial- und Kulturauffassung selbstverständliche (...) Erkennbarkeit des Rechtsguts*“ vorliegt, wobei nach *Fabricius* auch unkörperliche Objekte als schutzbedürftige Güter angesehen werden können.¹³⁶⁰ Dementsprechend ist bei unkörperlichen Objekten eine objektive Offenkundigkeit zu fordern,¹³⁶¹ die aus der Sicht des unbestimmten Adressatenkreises der dinglichen Wirkung festzustellen ist.

Die Offenkundigkeit des Rechtsguts ist somit – insb soweit unkörperliche Rechtsobjekte betroffen sind – unzweifelhaft ein komplexer und ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff. In der hier vorgenommenen, abstrakten Betrachtungsweise können jedoch – vorbehaltlich einer positiv-rechtlichen Regelung – mit der Theorie von *Motulsky* weitere Aussagen zu dieser Theorie getroffen werden. Hierbei kann die Offenkundigkeit des Rechtsobjekts als Anwendungsfall der *théorie des dispenses* angesehen werden, nach der es für den Kläger nicht notwendig ist, sämtliche Umstände der Offenkundigkeit nachzuweisen, es bedarf vielmehr eines Widerspruchs durch den Beklagten, der die mangelnde Offenkundigkeit einwendet.¹³⁶² In der Folge

1358 Dies ist unabhängig davon, ob das Recht „dinglich“ oder „obligatorisch“ ist. *Canaris* sieht dabei auch bei obligatorischen Rechten eine dingliche Wirkung, sofern eine Offenkundigkeit vorliegt, s zu diesem Phänomen der Verdinglichung obligatorischer Rechte und der Offenkundigkeit ausf *Canaris* in FS Flume 424 ff, ausf dazu 3.4.2.1.1.

1359 Dieser Umstand ist bei der Beurteilung aber auch nicht unerheblich, da die subjektive Offenkundigkeit uU auch ein Hinweis für eine objektive Offenkundigkeit sein kann.

1360 *Fabricius* entwickelte diese Definition ursprünglich für das Schadenersatzrecht, wo diese Formulierung zu Recht kritisiert wurde, weil nicht auf die individuelle Erkennbarkeit abgestellt wurde. ME ist diese Definition aber deutlich besser passend für an einen unbestimmten Adressatenkreis wirkende Rechte, s *Fabricius*, AcP 1961, 274 (291 f); zur Kritik statt aller *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) 174 ff.

1361 So *Fabricius*, AcP 1961, 274 (292).

1362 *Motulsky*, Principes 93.

wäre dann im Einzelfall unter Heranziehung sämtlicher Vorbringen darüber abzusprechen, ob eine sozialtypische Offenkundigkeit des Rechtsobjekts vorliegt und folglich auch bei unkörperlichen Sachen dingliche Rechtswirkungen bestehen können.

3.2.2.4. Störung

In der hier eingenommenen Betrachtung, die das dingliche Recht als bewehrtes Erlaubnisrecht qualifiziert, ist die Störung einer erlaubten und bewehrten Handlung in Bezug auf ein Rechtsobjekt ein *élément générateur*. Dies bedeutet, dass ein subjektives dingliches Recht, aus dessen Folge ein Rechtssubjekt zu einem Verhalten gezwungen werden kann, erst durch eine Verletzungshandlung entsteht. Dies ist in der neueren Lit zwar durchaus anerkannt,¹³⁶³ steht aber in einem Spannungsverhältnis mit einer willentheoretisch fundierten Position, die den Bestand des Rechts nicht von einer Verletzung abhängig machen will.¹³⁶⁴ Qualifiziert man das dingliche Recht aber als bewehrtes Erlaubnisrecht, ist die Rechtsverletzung eine unverzichtbare Anwendungsvoraussetzung: Denn durch die Bewehrung ist eine Handlungsmöglichkeit in Bezug auf ein Rechtsobjekt vor Störungen geschützt; ohne Störung besteht keine Notwendigkeit einer staatlichen Intervention.¹³⁶⁵ Eine mit Zwang verbundene Rechtsfolge kann somit nur dann Platz greifen, wenn eine Störung stattgefunden hat.

Die positive Rechtsordnung ist weitgehend frei darin, festzulegen, unter welchen Umständen eine Störung vorliegt. So können unmittelbar bevorstehende und somit in der Zukunft liegende Eingriffe ebenso wie bereits erfolgte Verletzungen als Störung anerkannt werden.¹³⁶⁶ Darüber hinaus kann bloß eine mittelbare Störung ausreichend sein, bei der der Gegner die Möglichkeit hat, die Störhandlung zu steuern oder zu verhindern.¹³⁶⁷ Es steht dem positiven Gesetzgeber auch frei, den Störungsbegriff enger zu fassen und nicht jeden Eingriff als Rechtsfolgen auslösende Störung zu sehen.¹³⁶⁸ Der Umfang der Bewehrung des Erlaubnisrechts hängt dabei wesentlich da-

1363 *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 53; *Wagner*, Unterlassungsansprüche 57 f; *Dörner*, Dynamische Relativität 31; *Böhm*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (1980) 14 ff; *Eichler*, Institutionen 7 f; s aber auch bereits *Thon*, Rechtsnorm 178.

1364 S dazu ausf 3.1.1.2.

1365 Dazu passt, dass nach Ansicht von *Wagner* der Gesetzgeber kein Konzept eines Anspruchs gegenüber jedermann vor Augen gehabt hat, s *Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche 52.

1366 Zur Verletzungsgefahr im österreichischen Recht, s ausf *Wagner*, Unterlassungsansprüche 101 ff.

1367 S zum mittelbaren Störer im Plattformkontext ausf *Holzweber*, Zur Haftung von Plattformen für ihre Nutzer (Teil 1), wbl 2020, 427 (435).

1368 Als Beispiel der österreichischen Rechtsordnung bietet sich der Wiederherstellungsanspruch gem §§ 345 f ABGB an, der nur bei einem unechten Besitzerwerb durchdringen kann.

von ab, welche Anforderungen an die Störung gestellt werden. Dabei gilt es jedoch stets, die Störung der dem Berechtigten zuerkannten Befugnis, mit einem Rechtsobjekt zu verfahren, von einem deliktischen Eingriff zu unterscheiden. Nicht abzustellen ist auf den verpönten Charakter, die Vorwerfbarkeit des Eingriffs oder die abstrakte Gefährlichkeit des Handelns; vielmehr reicht die Feststellung, dass in die Befugnisse des Berechtigten eingegriffen wurde.¹³⁶⁹ Die Person des Störers oder das Störungsmittel ist somit nicht von Relevanz für die Durchsetzung eines dinglichen Rechts.¹³⁷⁰

Wenn wie in der hier eingenommenen Perspektive das dingliche Recht als Bewehrung einer erlaubten Handlung aufgefasst wird, können abstrakt¹³⁷¹ Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen der Störung und dem Rechtsobjekt gezogen werden. Hierbei besteht eine insb von *Picker* zum Eigentumsrecht vertretene Position, nach der die „*Rechtsgrenzen (...) an den Grenzen der Sache enden*“¹³⁷² und eine Störung somit stets die Sache selbst betreffen muss. Dagegen wendete sich *Zech*, der allgemein darauf abstellt, ob die Nutzbarkeit einer Sache für die Allgemeinheit eingeschränkt ist.¹³⁷³ Kristallisationspunkt dieser Fragen sind sog Ein- bzw Aussperrfälle, bei denen die Störung nicht das Rechtsobjekt selbst, sondern dessen Beziehung zur Umwelt betrifft. Illustrativ dafür ist ein kürzlich vom OGH entschiedener Fall: Die Zufahrt zu einer Liegenschaft, die an einer Gemeindestraße lag, wurde durch parkende LKWs, die einen benachbarten Autotransporteur belieferten, regelmäßig für einen längeren Zeitraum blockiert, sodass an fünf Tagen pro Woche mit einem zweispurigen Fahrzeug stundenweise nicht aus- oder zugefahren werden konnte.¹³⁷⁴ Die Miteigentümer der Liegenschaft klagten den Autotransporteur auf Unterlassung und machten ihr dingliches Recht an der Liegenschaft geltend.¹³⁷⁵ Fraglich war hier, ob eine die Unterlassung begründende Störung auch dann vorliegen könne, wenn weder die Liegenschaft selbst, noch unmittelbar die Haus- und Grundstückseinfahrt durch die Handlung betroffen war. Qualifiziert man das dingliche Recht als bewehrtes Erlaubnisrecht, müssen auch solche Konstellationen grundsätzlich

1369 *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 606.

1370 So auch *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 698 ff.

1371 Freilich kann dieser Zusammenhang auch vom Gesetzgeber geregelt werden.

1372 *Picker*, Die Nutzungsbeeinträchtigung ohne Substanzverletzung als systemrelevantes Deliktsrechtsproblem, NJW 2015, 2304 (2306).

1373 *Zech*, AcP 2019, 488 (577 ff).

1374 OGH 19.9.2019, 2 Ob 29/19g.

1375 Ähnlich gelagert war der Fleet-Fall des BGH, in dem ein Schiff auf Grund der Sperrung eines Fleets an der Verladestelle liegen geblieben ist und jede Bewegungsmöglichkeit verlor. Das Schiff war somit „eingesperrt“ und somit seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch als Transportmittel entzogen, s weiterführend BGH 21.12.1970, II ZR 133/68 NJW 1971, 886.

von der Rechtswirkung erfasst sein: Denn eine erlaubte und bewehrte Handlung in Bezug auf ein Rechtsobjekt kann auch dann gestört werden, wenn zwar das Rechtsobjekt selbst unangetastet bleibt, aber durch eine vorgenommene Änderung in der Umwelt des Rechtsobjekts eine normativ zugesicherte Handlung verunmöglicht wird. Eine Begrenzung auf Eingriffe in das Rechtsobjekt selbst kann zwar von der Rechtsordnung vorgenommen werden,¹³⁷⁶ sie folgt aber konzeptionell nicht zwingend aus der Struktur des dinglichen Rechts. Eine ähnliche Beurteilung traf im genannten Fall auch der OGH: Demgemäß umfasse das Eigentumsrecht das Recht auf Nutzung der Liegenschaft, wozu auch deren Erreichbarkeit mit einem zweiseitigen Kraftfahrzeug zähle; durch das Verparken der Zufahrtsstraße werde somit in das Eigentumsrecht an der Liegenschaft eingegriffen.¹³⁷⁷ Dieser Gedanke lässt sich freilich für alle dinglichen Rechte generalisieren: Konzeptionell ist es für die Störung eines dinglichen Rechts nicht notwendig, dass das Rechtsobjekt durch den Eingriff unmittelbar betroffen ist.

3.2.3. Einwendungen

Selbst wenn nach der Theorie *Motulskys* alle *éléments générateurs* für die Entstehung eines dinglichen Rechts vorhanden sind, bedeutet dies noch nicht, dass die in der Rechtsregel vorgesehene Rechtsfolge zwingend zur Anwendung kommt. Denn wie ausgeführt kann der Beklagte den Bestand eines subjektiven Rechts behaupten, das das subjektive Recht des Klägers modifiziert, hemmt oder zerstört. In diesem Fall kommt es hinsichtlich der Behauptungslast zu einer Umkehr der Rollen: IW handelt es sich hier um Konstellationen, in denen zumindest einseitig eine Diskrepanz zwischen abstraktem und konkretem Dürfen vorliegt: Das bewehrte Erlaubnisrecht des dinglich Berechtigten wirkt zwar gegen einen unbestimmten Adressatenkreis, es wird aber im Verhältnis zu bestimmten Rechtssubjekten auf Grund der diesen zukommenden Rechtsposition modifiziert. Es kann somit im Einzelfall eingewandt werden, dass ein dingliches Recht gegenüber bestimmten Rechtssubjekten keine Wirkungen entfaltet und somit keine mit Zwang verbundene Rechtsfolge Platz greifen kann.

Eine derartige Einwendung ist einerseits bei einem Konflikt zwischen zwei dinglichen Rechten denkbar. Es kommt hier zu einer auflösungsbedürftigen Kollision von Rechtsregeln, die unterschiedlichen Rechtssubjekten dieselben Handlungen an einem Rechtsobjekt gewähren und gegenüber Dritten bewehren. So ist es etwa dem Eigentümer einer Liegenschaft gleich wie dem Inhaber einer entsprechenden Dienstbarkeit erlaubt, die Liegenschaft zu begehen. Wenn der Eigentümer gegen den Inhaber der Dienstbarkeit vorgeht, kann der

1376 Dies würde iW bedeuten, dass die Bewehrung des dinglichen Rechts weniger stark ausgeprägt ist.

1377 OGH 19.9.2019, 2 Ob 29/19g Rz 2.3 f.

Eigentümer dabei ebenso die notwendigen Anwendungsvoraussetzungen des dinglichen Rechts behaupten wie der Inhaber der Dienstbarkeit. Sofern der positive Gesetzgeber dazu keine Wertungen getroffen hat, kann der Konflikt zwischen verschiedenen dinglichen Rechten in aller Regel durch den *Lex-specialis*-Grundsatz gelöst werden,¹³⁷⁸ sodass das subjektive dingliche Recht des Eigentümers gegenüber jenem des Inhabers der Dienstbarkeit zurücktreten muss,¹³⁷⁹ weshalb auch die Klage des Eigentümers nicht durchdringen kann. Es ist hier aber – wie bereits *Aicher* erkannt hat¹³⁸⁰ – notwendig, dass der Inhaber der Dienstbarkeit den Bestand des jeweiligen dinglichen Rechts behauptet, da die Einwendung nicht von Amts wegen geprüft wird.¹³⁸¹

Systemspannungen können jedoch bei Einwendungen erwachsen, die nicht auf den Bestand eines dinglichen Rechts abzielen. Denn es ist durchaus denkbar, dass ein dingliches Recht durch ein obligatorisches tangiert wird und durch letzteres die Rechtsfolge des dinglichen Rechts abgewendet wird. Dies ist *va* bei vertraglich ausgehandelten Nutzungsrechten denkbar, die nur die Vertragspartner binden. Das illustrativste Beispiel dafür ist wohl der relativ wirkende Bestandvertrag, der eine Recht-Pflicht-Relation enthält, und somit aus der hier eingenommen Perspektive nicht als (rein) dingliches Recht angesehen werden kann. Es gilt somit auf abstrakter Ebene der Frage nachzugehen, ob ein Mieter gegen eine Räumungsklage sein aus dem Bestandvertrag entspringendes Recht einwenden kann; ob das dingliche Recht sohin durch das obligatorische modifiziert und die Rechtsfolge abgewendet werden kann. Die Antwort darauf obliegt dem Gesetzgeber, sie ist jedoch ein Indiz für das Verhältnis zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten: Geht man davon aus, dass dingliche und obligatorische Rechte auf Grund ihres „Wesens“ oder einer spezifischen Wertung des positiven Gesetzgebers kategorisch unterschieden werden müssen, wäre die Modifizierbarkeit von dinglichen Rechten durch obligatorische keineswegs selbstverständlich.¹³⁸²

1378 So auch *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 81; *Kisslinger* in *Klang*³ § 308 Rz 13; denkbar ist freilich auch eine Geltung des *prior tempore, potior jure* Grundsatzes im Fall der Kollision beschränkter dinglicher Rechte, s *Klang* in *Klang* II² § 307 (53); *Bittner* in *Klang*³ § 486 Rz 3.

1379 Dasselbe gilt auch für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger, s *Wolkerstorfer* in *Klang*³ § 447 Rz 35. Zum Verhältnis einer Mehrzahl von Berechtigten einer Dienstbarkeit ausf *Bittner* in *Klang*³ § 472 Rz 14.

1380 *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 85.

1381 *Kodek* sieht bei Einreden generell das Erfordernis einer Geltendmachung, s *Kodek*, Einrede 160 ff.

1382 Ein Proponent dieser strengen Auffassung im österreichischen Recht ist etwa *Spielbühler*, der davon ausgeht, dass es einer begrifflichen Erfassung widerstrebe, dass „ein unmittelbar auf die Beherrschung der Sache gerichtetes Recht (das Eigentum) durch das Recht auf ein nur mittelbar sachbezogenes Verhalten des anderen (das obligatorische Recht des Anderen [...]) beeinflusst werden soll.“, s *Spielbühler*, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973) 196.

Verortet man das dingliche und das obligatorische Recht auf grundsätzlich unterschiedlichen Umlaufbahnen, wäre es nicht ohne Weiteres einsichtig, weshalb sich diese Bahnen gerade an dieser Stelle kreuzten und das obligatorische Recht das dingliche modifiziert. Bei einer völlig konsequenten Trennung von dinglichen und obligatorischen Rechten wäre sohin davon auszugehen, dass obligatorische Rechte dingliche nicht zu modifizieren vermögen und die aus dem dinglichen Recht entspringenden Rechtsfolgen durch jene unangetastet bleiben;¹³⁸³ hinzu kämen allenfalls aus der Verletzung des obligatorischen Rechts entspringende Rechtsfolgen.¹³⁸⁴ Bei der Möglichkeit der Einwendungen in ein dingliches Recht zeigt sich somit die Position, die eine Rechtsordnung zum Verhältnis von Schuld- und Sachenrecht einnimmt.

3.2.4. Rechtsfolgen

Integraler Bestandteil der Analyse der Wirkungen eines Rechts ist nach der Konzeption *Motulskys* der Blick auf seine Rechtsfolgen. Dass diese streng von den Anwendungsvoraussetzungen getrennt werden, ist eine konzeptionelle Stärke dieser Herangehensweise im Vergleich zum Anspruchsdenken: Nach diesem wurde auf den scheinbaren Widerspruch hingewiesen, dass zwar das dingliche Recht mit Drittwirkung ausgestattet sei, der dingliche Anspruch aber wie eine Forderung nur gegenüber bestimmten Personen zum Tragen komme.¹³⁸⁵ Im System *Motulskys* ist der dingliche Anspruch aber vielmehr als Folge des Umstands zu sehen, dass alle *éléments générateurs* des dinglichen Rechts gegeben sind. Er ist somit bloß Folge und nicht

1383 *Spitzer* plädiert für das österreichische Recht dafür, dass dingliches und obligatorisches Recht keine unvereinbaren Gebilde seien und somit auch eine Einwendung aus dem Schuldrecht gelten zu lassen sei, s dazu *Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung 20 ff.

1384 Dieser Zusammenhang wird in der Lit bei der Frage, ob es sich bei der Miete um ein dingliches oder ein obligatorisches Recht handelt, diskutiert. Denn die konsequente Weiterführung des Gedankens der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht würde dazu führen, dass dem Mieter trotz eines aufrechten Bestandvertrags das Mietobjekt entzogen werden könnte. Da dieses Auslegungsergebnis weitgehend als unbillig angesehen wird, liegt der Schluss nahe, dass Bestandrechte als dingliche Rechte anzusehen seien, die gegen das dingliche Recht des Klägers eingewandt werden könnten und diese auch modifizieren. In einer historischen Perspektive zeigt sich, dass die Trennung von Schuld- und Sachenrecht hier tw konsequenter umgesetzt wurde. So konnte im antiken Rom der Eigentümer den Mieter auch bei einem aufrechten Mietvertrag vertreiben; es verblieb dem Mieter nur der obligatorische Anspruch. Die heutige Position des Mieters verfestigte sich erst im Naturrecht, s dazu ausf *Genius*, Der Bestandschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskondifikationen (1972) 22 ff; ausf auch *Holzweber*, Genese 23 ff.

1385 *Picker* in FS Bydlinski 274 f; s bereits *Pflüger*, AcP 1892, 406 (408); *Fuchs*, Dinglichkeit 36.

Anwendungsvoraussetzung des dinglichen Rechts.¹³⁸⁶ Mit dem Handeln entgegen der Norm negativen Sollens tritt der Störer aus dem Kreis der unbestimmten Vielheit der Adressaten heraus; die Rechtsfolge ist gegen ihn und nicht gegen die Allgemeinheit gerichtet.¹³⁸⁷ Dass die mit Zwang verbundene Rechtsfolge aus einem dinglichen Recht nur gegen bestimmte Störer Platz greifen kann, ist somit kein Widerspruch dazu, dass dieses gegen einen unbestimmten Adressatenkreis wirkt.

Dabei zeigt sich, dass aus einer Perspektive, die dingliche Rechte als bewehrte Erlaubnisrechte ansieht, diese mit spezifischen Rechtsfolgen verbunden sind. Sofern die *éléments générateurs* des dinglichen Rechts gegeben sind, kann vom Störer imperativ verlangt werden, eine bestimmte Handlung in Bezug auf ein Rechtsobjekt nicht (mehr) zu setzen. Er kann aber auch dazu verhalten werden, die erfolgte Beeinträchtigung der Erlaubnisrechte zu beseitigen.¹³⁸⁸ Mit einem dinglichen Recht kann aber nur ein normativ gebotenes Unterlassen durchgesetzt werden, kein Gebot der Erfüllung einer positiven Leistungspflicht.¹³⁸⁹ Dies ergibt sich aus konzeptioneller Perspektive bereits aus der *Norm negativen Sollens*, die der Rechtswirkung des dinglichen Rechts zu Grunde liegt: Nach *Husserl* liegt hier eine negative Verhaltensmaxime vor, die von demjenigen verletzt wird, der das Verbotene tut und somit normwidrig handelt.¹³⁹⁰ Derjenige, der in ein dingliches Recht eingreift, trachte jedoch nicht nach der Außerkraftsetzung der Norm negativen Sollens, sondern bestreite einzig die Existenz der Berechtigung eines anderen.¹³⁹¹ Im Streitfall müsse somit darüber abgesprochen werden, wem die Rechtsmacht über das Rechtsobjekt zuzuordnen sei, der andere müsse das Rechtsobjekt preisgeben und somit die negative Verhaltensmaxime beachten.¹³⁹²

1386 Dementsprechend kommt es mE bei der Aussage, dass durch die Verletzung eines dinglichen Rechts ein relatives Recht entsteht, zur Verwechslung von Anwendungsvoraussetzung und Rechtsfolge, s dazu etwa *Dulceit*, Verdinglichung 8.

1387 Ähnlich *Portmann*, Wesen und System 135.

1388 Insoweit ist daher *Picker* nicht zu folgen, der für einen negatorischen Anspruch einen Ausgleich zwischen dem „Plus“ beim Störer und dem „Minus“ beim Beeinträchtigten fordert, woraus er folgert, dass eine Verletzung nur solange vorliege, wie die Einwirkungshandlung durch den Störer andauert. Besonders eingehend diskutiert wurde dabei der Fall der Preisgabe der störenden Sache, die nach *Picker* auch mit einem Ende der Störungshandlung einhergehe. In der hier vertretenen Ansicht ändert sich aber durch die Preisgabe der Sache an der Beeinträchtigung des Erlaubnisrechts nichts, weshalb der Störer dazu gezwungen werden kann, die störende Sache zu entfernen, vgl dazu *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 620 ff.

1389 Vgl *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 40 f; so auch schon *Pflüger*, Über das Wesen der Dinglichkeit, AcP 1892, 406 (441); *Staub*, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, AbR 1891, 12 (25); *Fuchs*, Dinglichkeit 71 f.

1390 *Husserl*, Negatives Sollen 38 f.

1391 *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 90 ff.

1392 *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 148 f.

Als Bestätigung für diesen Befund kann die Drittwirkung von dinglichen Rechten angesehen werden: Eine positive Verhaltenspflicht kann stets nur gegen bestimmte Rechtssubjekte und nicht gegenüber einer unbestimmten Vielheit von Rechtssubjekten bestehen.¹³⁹³ Dem ist auf abstrakter Ebene mit Blick auf die Freiheit des Rechtssubjekts zuzustimmen: *Inter-privatos* kann ein Rechtssubjekt nur dann zum Schuldner werden, wenn die Entstehungsvoraussetzungen der Schuld in der eigenen Person – etwa durch Vertrag oder Delikt – verwirklicht werden.¹³⁹⁴ Eine Universalobligation, durch die jedermann zu einem gewissen positiven Verhalten gegenüber einem Gläubiger verpflichtet wird, würde einen manifesten Eingriff in die Verhaltensfreiheit der Schuldner darstellen. Der Gläubiger könnte ohne Legitimation in die Freiheitssphäre aller anderen eingreifen, es käme zu einem Herrschaftsverhältnis zwischen Gläubiger und allen anderen Rechtssubjekten.¹³⁹⁵ Kurzum: Verbindet man das dingliche Recht mit einer gegen alle Rechtsgenossen gültigen positiven Handlungspflicht, entstünde eine Herrschaft des Gläubigers über alle anderen Rechtssubjekte; im Ausmaß der Handlungspflichten würden die verpflichteten Rechtssubjekte somit zum Objekt.

Das dingliche Recht kann als bewehrtes Erlaubnisrecht somit nur solche Rechtsfolgen nach sich ziehen, die eine Vorbeugung oder eine Beendigung des rechtswidrigen Zustands – also der Störung einer erlaubten Handlung in Bezug auf ein Rechtsobjekt – zum Inhalt haben.¹³⁹⁶ Es bietet somit keine taugliche Grundlage für den Ersatz von aus solchen Handlungen entspringenden Nachteilen im Vermögen des Berechtigten bzw für einen Bereicherungsausgleich;¹³⁹⁷ da es sich hier um positive Leistungspflichten eines bestimmten Schuldners handelt, sind andere Rechtsregeln heranzuziehen. Dies findet auch Anklang in der Rsp des OGH, der den dinglichen Beseitigungsanspruch vom schadenersatzrechtlichen Wiederherstellungsanspruch unterscheidet und ersteren auf die Entfernung der Störungsquelle im Fall einer rechtswidrigen Inanspruchnahme einer fremden Rechtssphäre reduziert.¹³⁹⁸

1393 *Kraßer*, Schutz vertraglicher Rechte 18; *Ginossar*, Droit réel 118; vgl bereits *Staub*, AbR 1891, 12 (22 ff).

1394 Nach einer Formulierung von *Dörner*, Dynamische Relativität 10.

1395 Dies wäre nach einer treffenden Formulierung wie eine Steuer anzusehen, s *Staub*, AbR 1891, 12 (22).

1396 So geht etwa *Picker* davon aus, dass es Folge des Eigentumsrechts sei, „dem Gegner den Vorteil einer faktischen Position zu entziehen, die ihm rechtlich nicht zukommt und die als Widerspruch zu der rechtlichen Macht- und Güterzuweisung ganz unabhängig von Zurechnungsgründen bei ihm nicht weiter verbleiben darf“, vgl *Picker* in FS Bydliniski 286 f, vgl dazu für das österreichische Recht ausf *Wagner*, Unterlassungsansprüche 306 ff.

1397 Es wird somit „Normzuordnung, nicht Wertzuordnung“ gewährt, vgl *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 148, vgl dazu auch die Ausführungen in 3.4.2.2.

1398 OGH 25.11.2016, 8 Ob 111/16f; ähnlich auch bereits OGH 25.10.2000, 2 Ob 281/00p.

Die Rechtsfolgen dinglicher Rechte müssen somit den negativen Charakter der Regel widerspiegeln: Sie haben zum Ziel, dass die Störung einer erlaubten Handlung des Berechtigten abgewehrt oder rückgängig gemacht wird.¹³⁹⁹

Daraus kann aber freilich nicht gefolgert werden, dass durch ein dingliches Recht nur ein negatives Handeln – dh ein Unterlassen – erzwungen werden kann.¹⁴⁰⁰ Dabei käme es zu einer Verwechslung zwischen der Rechtsfolge, die ein Unterlassen einer Störung gebietet und der Rechtsdurchsetzung, mit der dieses gewährleistet werden soll.¹⁴⁰¹ Besonders deutlich wird dies bei der Pflicht zur Herausgabe eines Objekts – wie etwa im Fall der Vindikation: Hier ist die Rechtsfolge, dass der nichtberechtigte Besitzer gezwungen ist, dem Eigentümer das Objekt nicht weiter vorzuenthalten und die Besitzanmaßung zu unterlassen, was in der Durchsetzung idR eine aktive Handlung¹⁴⁰² – die Übergabe des Objekts – erfordert.¹⁴⁰³ Nichtsdestoweniger ist dies nicht als eine positive Leistung anzusehen, sondern vielmehr als Wiederherstellung des rechtlich gewollten Zustands; in den Worten *Pickers* also eine Beseitigung der „*Inkongruenzen zwischen der rechtlichen und der faktischen Macht der Parteien*.“¹⁴⁰⁴ Da eine solche Beseitigungshandlung potenziell auch von einem Dritten durchgeführt wird, ist auch an die Übernahme der dafür anfallenden Kosten als dingliche Rechtsfolge zu denken.¹⁴⁰⁵ Um einen regelwidrigen Zustand zu beenden,

1399 Nach *Picker* geht es um die „*Korrektur des eigenen Rechtskreises*“, s *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in *Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz* 727.

1400 AA *Eggel*, Begründung 94.

1401 So etwa *Fuchs*, Dinglichkeit 35.

1402 *Husserl* definiert eine Handlung als „*jede Einwirkung auf die Umwelt, welche auf einem konkreten Wirkungswillen beruht*“. S dazu weiterführend *Husserl*, *Negatives Sollen* 15 ff.

1403 Wohl zu eng ist dabei die Ansicht *Pickers*, der für die Verhaltenspflicht des Beklagten bei der erfolgreichen Vindikation nur darauf abstellt, dass dieser die herausverlangte Sache aus seinem Herrschaftsbereich ausgliedert. Dies findet eine Grundlage in *Pickers* Usurpationstheorie, nach der eine Störung des dinglichen Rechts nur dann vorliegen kann, wenn dem „Minus“ des Gestörten ein „Plus“ des Störers entspricht. Dementsprechend wäre es auch überzeugend, dass die Rechtspflicht des Beklagten darin besteht, das Objekt an die Grenze seines Rechtskreises zu bringen. Wie jedoch noch ausgeführt werden wird, ist es für die dingliche Rechtswirkung nicht notwendig, dass es zu einem „Mehr“ beim Störer kommt, weshalb das Ende der Störungshandlung allein durch Blick auf die Sphäre des Gestörten ermittelt werden muss, s dazu *Picker* in FS Bydlinski 288 ff; dahingehend auch *Kodek* in Klang³ § 366 Rz 20; zur Usurpationstheorie, s auch 4.2.5.2.

1404 *Picker* in FS Bydlinski 287.

1405 Illustrativ dafür ist die sog „Milchpulver-E“ des BGH, in der der Kläger Hallen an die Beklagte vermietete, die darin Milchpulver lagerte. Durch einen unverschuldeten Brand wurde ein Teil des Milchpulvers mit Löschmitteln und Niederschlägen vermischt, die in Kellerräume, Zisternen und in das Erdreich eingeschwenmt wurden, was in hohen Beseitigungskosten resultierte. Der BGH sprach dem Kläger dabei als Ausfluss der *actio negatoria* die Beseitigungskosten zu, die erforderlich ge-

können mit dem dinglichen Recht somit potenziell auch aktive Handlungen oder auch Ersatzzahlungen erzwungen werden.¹⁴⁰⁶

Der Blick auf die Rechtsfolgen offenbart somit eine komplexe Gemengelage zwischen den verschiedenen Rechtsregeln. Denn aus der Rechtsfolge allein kann nicht ohne Weiteres auf die durchgesetzte Rechtsregel rückgeschlossen werden. Grundsätzlich kann eine Verhaltenspflicht – das Unterlassen einer bestimmten Handlung, das aktive Tun oder aber auch die Leistung eines Ersatzes für die entstandenen Kosten – gleichermaßen aus einem dinglichen Recht wie auch aus anderen Rechtsregeln folgen.¹⁴⁰⁷ *Picker* spricht idZ von einer Dreiheit von Haftungssystemen, bei der neben dem dinglich-negatorischen ein schadenersatzrechtlicher und ein bereicherungsrechtlicher Ansatz bestehen,¹⁴⁰⁸ die allesamt auf die Verbindung zwischen Rechtsobjekt und Rechtssubjekt abstellen. Aus welcher Rechtsregel eine Rechtsfolge begehrt wird, ist jedoch nicht einerlei, da dies im Einzelnen Auswirkungen auf den Umfang der Rechtsfolge hat: Auf Grund der Struktur des dinglichen Rechts als bewehrtes Erlaubnisrecht kann ausschließlich verlangt werden, dass die Störung einer erlaubten Handlung in Bezug auf ein Rechtsobjekt vom verantwortlichen Störer beendet wird, eine irgendwie geartete Wiedergutmachung – etwa durch den Ersatz von Folgeschäden – bzw ein Wertersatz geht damit aber nicht einher.¹⁴⁰⁹

3.3. Historische Genese

Ein wesentlicher Begründungsstrang für das „Wesen“ des dinglichen Rechts läuft nach einem historischen Muster. Demnach ist das dingliche Recht, das im kategorischen Gegensatz zum persönlichen Recht steht, historisch ge-

wesen wären, wenn das Milchpulver nicht infolge des Brands in Mitleidenschaft gezogen und in seinem ursprünglichen Zustand fortgeschafft worden wäre; die Mehrkosten durch den Brand seien aber vom Kläger zu tragen, s dazu BGH 8.3.1990, III ZR 81/88 NJW 1990, 2058; krit *Picker*, Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine Apologie, in FS Gernhuber (1993) 315 (328). Ähnlich auch OGH 24.5.2016, 1 Ob 62/16y, wo mit der *actio negatoria* der Ersatz der Kosten für die Wegschaffung von Geröll und Steinen von einem Nachbargrund begehrt wurde.

1406 S auch *Picker*, der als Folge des dinglichen Anspruchs die Beseitigung des störenden Zustands sieht, *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in *Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz* 601.

1407 Dies lässt sich mit *Füller* an Hand eines ungültigen Kaufvertrags illustrieren, bei dem auch die dingliche Übereignung unwirksam ist (letzteres betrifft das im BGB verankerte Abstraktionsprinzip; für das ABGB würde auf die *Ex-tunc*-Wirkung der Nichtigkeit abgestellt werden): Es besteht hier sowohl eine schuldrechtliche Kondition als auch ein aus einem dinglichen Recht entspringender Herausgabanspruch. Zwischen den Parteien sind diese aber wirkungsgleich, s *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* 51.

1408 *Picker* in FS Bydlinski 310.

1409 So sehr deutlich auch *Picker* in FS Gernhuber 345.

wachsen.¹⁴¹⁰ Daraus werden – methodisch eng verbunden mit den Prämissen der Historischen Rechtsschule – Folgen für die Auslegung des positiven Rechts gefordert. Dies macht es an dieser Stelle notwendig, der historischen Genese des dinglichen Rechts nachzuspüren.

Tatsächlich ist die historische Betrachtung bei der Frage, inwieweit Rechte Gegenstand dinglicher Rechte sein können, besonders instruktiv. Denn wie ausgeführt besteht kein rechtsformaler Grund, dass dingliche Rechte ausschließlich bei körperlichen Sachen Anwendung finden könnten; vielmehr erfordert es eine eigenständige gesetzliche Wertungsentscheidung, dass offenkundigen Rechten ein geringerer Drittschutz zukommen soll als körperlichen Objekten. Der Blick in die Vergangenheit ermöglicht es damit nicht nur, die Entwicklung der heutigen Vorstellung von dinglichen Rechten nachzuspüren; er erlaubt auch, verschiedene Rechtskonzeptionen der Zuordnung von Objekten mit den heutigen zu kontrastieren.

3.3.1. Antikes Rom

In wohl keiner vertieften Darstellung zum dinglichen Recht darf ein Verweis auf das römische Recht fehlen.¹⁴¹¹ Dabei wird dem römischen Recht nicht nur historischer Wert beigemessen, vielmehr wird die im positivem Recht erblickte Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht häufig direkt auf die Unterscheidung zwischen *actio in personam* und *actio in rem* zurückgeführt. In einer kritischen Untersuchung des gegenwärtigen dinglichen Rechts darf somit ein Blick in das antike Rom keineswegs fehlen. Für eine der Analyse des gegenwärtigen Rechts gewidmete Arbeit ist der Weg zum Verständnis des dinglichen Rechts im antiken Rom freilich ein steiniger. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass der dem antiken römischen Recht zu Grunde liegende Rechtsbegriff auch unter Romanist*innen heftig umstritten ist und dass sich dementsprechend verschiedene Denkschulen entwickelt haben. Es muss an dieser Stelle sohin auf den eingesonnenen Forschungsansatz hingewiesen werden: Es können nur die verschiedenen Strömungen der Interpretation des römischen Rechts dargestellt, auf ihre Plausibilität aus konzeptioneller Sicht geprüft und miteinander abgewogen werden. Nicht möglich ist eine belastbare Aussage zum römischen Recht selbst. Es werden somit nur Sekundär- und nicht Primärtexte betrachtet, was auf Grund des am positiven Recht orientierten Forschungsinteresses legitim scheint. Hierbei soll zunächst auf die Diskussion zum Dinglichkeitskonzept im römischen Recht eingegangen werden, der Frage nachgegangen werden, inwiefern das heutige Bild des dinglichen Rechts durch die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung im römischen Recht geprägt wurde.

1410 So etwa *Fabricius*, Zur Theorie des stücklosen Effektingiroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen: Zugleich ein Beitrag zur Frage der Abgrenzung von Schuldrecht und Sachenrecht, AcP 1963, 456 (474).

1411 Mit vielen weiteren Nachweisen *Holzweber*, Genese 23 ff.

3.3.1.1. Dinglichkeitskonzept

Zur Frage, ob im römischen Recht ein den heutigen Vorstellungen entsprechendes Konzept von dinglichen Rechten bestanden hat, ist eine Evolution des Meinungsstands bemerkbar. Nachdem in der älteren, von der Pandektistik geprägten Lehre, aufbauend auf den Konzepten *Savignys*, die Existenz von subjektiven dinglichen Rechten im antiken römischen Recht bejaht wurde, erfolgte mit den Grundlagenarbeiten *Michel Villey*s eine Zäsur: Demnach sei dem römischen Recht ein Konzept des subjektiven Rechts nicht bekannt gewesen; auch sei der Begriff des *jus* nicht als subjektives Recht zu verstehen. In der jüngeren Lit haben sich dabei vermittelnde Ansätze gefunden.

3.3.1.1.1. Pandektistik

Wie bereits angeklungen, wurde durch die pandektistische Lit des 19. Jhds die Erforschung des römischen Rechts intensiviert. Ziel war es dabei, das römische Recht in einer reinen Form – dh unabhängig von etwaigen Verfälschungen durch seine Rezeption im Mittelalter bzw in der Neuzeit – wiederherzustellen. So hatte sich *Savigny* in seinem „System des heutigen römischen Rechts“ zur Aufgabe gesetzt, nur jene Rechtsinstitute, die römischen Ursprungs sind, zu beschreiben.¹⁴¹² Dementsprechend ist davon auszugehen, dass aus der Perspektive von *Savigny* der von ihm konzipierte Rechtsbegriff auch im antiken römischen Recht vorzufinden war – und nicht Folge eigenständiger, zeitgemäßer Rechtsentwicklungen ist. *Savigny* entwickelte seine Willentheorie somit nicht für das damals in Geltung stehende Recht, sondern für das römische Recht. Das Wesen des römischen Rechts sei es sohin, das Nebeneinander von freien Wesen dadurch zu gewährleisten, dass dem Einzelnen Grenzen auferlegt werden.¹⁴¹³ Der Zweck des römischen Rechts sei „auf die sichere und selbstständige Entwicklung der Persönlichkeit gerichtet“¹⁴¹⁴. Recht sei daher bereits im antiken Rom untrennbar mit der Willensmacht des Individuums verbunden gewesen; das subjektive Recht sei demnach als Erweiterung der Willensmacht der berechtigten Person auf andere Personen aufzufassen.¹⁴¹⁵ Durch ein dingliches Recht werde – gleich wie bei einer Obligation – „die Macht der berechtigten Person nach außen“ erweitert.¹⁴¹⁶ Nach dieser Auffassung war das dingliche Recht im römischen Recht – gleich wie nach heutigen Vorstellungen – vom Subjekt aus konstruiert, wobei die Willensfreiheit des Individuums Dreh- und Angelpunkt der Konstruktion ist.¹⁴¹⁷

1412 *Savigny*, System I 1.

1413 *Savigny*, System I 332.

1414 *Savigny*, System III 103 f.

1415 Weiterführend und mwN dazu *Boente*, Nebeneinander und Einheit 53 f.

1416 *Savigny*, System I 339; zum pandektistischen Konzept des dinglichen Rechts, s auch weiterführend 3.3.7.

1417 Weiterführend dazu *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 216 f.

Gegen diese Auffassung wandte sich bereits früh *Franz Xaver Affolter*,¹⁴¹⁸ dessen Thesen aber weitgehend ungehört von seinen Zeitgenossen verhallt sind.¹⁴¹⁹ Dieser geht davon aus, dass das römische Recht kein subjektives Recht ist des modernen Rechts darstelle; vielmehr handle es sich um ein objektives Rechtsverhältnis, aus dem subjektive Rechte hervorgehen könnten.¹⁴²⁰ Er sieht die *actio* als vollkommen unabhängig von den objektiven Rechtsverhältnissen an,¹⁴²¹ die *actio* sei daher nicht bedingt durch die Existenz von Rechtsverhältnissen.¹⁴²² Vielmehr handle es sich bloß um einen Anspruch, dass über eine Streitsache abgesprochen wird.¹⁴²³ Ob nun eine subjektive Berechtigung des Klägers besteht, hänge vom Prätor ab, dem ein weitgehendes *imperium* zukam und der auch ohne den Bestand eines zivilrechtlichen Rechtsgrundes einer *actio* stattgeben konnte.¹⁴²⁴ Eine subjektive Berechtigung bestehe daher erst mit dem Spruch des Prätors, nicht schon davor.¹⁴²⁵ Im Kern ist die Argumentation von *Affolter* eine institutionelle: Er geht davon aus, dass dann, wenn die rechtsprechende Instanz nicht zwingend an die Rechtsregeln gebunden ist,¹⁴²⁶ vor dem Rechtsspruch keine Rechtsmacht bestehen könne.¹⁴²⁷ Anders als in der pandektistischen Lit ver-

1418 *Affolter*, Institutionen-System 189, ebenso aaO 374 ff.

1419 *Villey* führt den mangelnden Einfluss von *Affolters* Werk wohl zu Recht auf dessen abstrakte Sprache und schwer zu folgender Struktur zurück, s *Villey*, RDH 1946, 201 (205).

1420 *Affolter*, Institutionen-System 374.

1421 Hiermit setzt er sich insbes in Widerspruch zu *Windscheid*, der davon ausging, dass die *actio* im römischen Recht mit dem modernen Begriff des Anspruchs gleichzusetzen sei. Wenn jemand im römischen Recht eine *actio* hatte, würde dies für die Zeit des 19. Jahrhunderts übersetzt bedeuten, dass jemand einen rechtlich anerkannten Anspruch habe, vgl dazu ausführlich *Windscheid*, Die Actio 6.

1422 *Affolter*, Institutionen-System 167.

1423 *Affolter*, Institutionen-System 174.

1424 Eindrücklich *Affolter*: Der Prätor hatte „eine Gewalt, die ihresgleichen in der Rechtsgeschichte anderer Völker sucht“, s *Affolter*, Institutionen-System 191.

1425 S mwN auch *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 107.

1426 Man könnte sich die Frage stellen, ob es demnach bei einem Fehlurteil oder einer fehlenden Rechtsdurchsetzbarkeit an einem subjektiven Recht fehlen würde. Dies ist aber freilich nicht der Fall, den *Affolter* hier vor Augen hat: Er bezieht sich auf ein Rechtssystem, in dem der Richter – zumindest tw – über dem Gesetz steht. Ein Richter erkennt dann nicht den Bestand eines Rechts, er schöpft es vielmehr durch seinen Richterspruch, soweit es davor nicht gesetzlich eingeräumt war.

1427 Im Einklang mit einer solchen Position befindet sich die Reine Rechtslehre, nach der das Wesen des subjektiven Rechts darin besteht, dass dem Individuum die Rechtsmacht verliehen wird, bei Nichterfüllung einer Pflicht eine Gerichtsentscheidung als Sanktion herbeizuführen. Wenn wie nach dem Argument *Affolters* das Recht aber erst durch den Spruch des Prätors entsteht, ist somit der Bestand eines subjektiven Rechts fraglich, s dazu *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 141; zum Richter, der im antiken römischen Recht über dem Recht stand, mwN zu *Windscheid* auch *J. Schmidt*, „Actio“, „Anspruch“, „Forderung“, in FS Jahr (1993) 401 (404).

ortet *Franz Xaver Affolter* den Urgrund des subjektiven Rechts im antiken römischen Recht nicht im Raum der Willensmacht des Individuums, dessen Verletzung in der Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung durch eine *actio* resultiert, sondern im Spruch des Prätors. Dementsprechend sei das dingliche Recht im antiken Rom nicht vom Individuum aus konstruiert worden, sondern von einer überindividuellen Rechtsidee, die einer Anerkennung durch eine rechtsprechende Instanz bedarf; es handelte sich somit nicht um ein subjektives Recht im heutigen Verständnis.

3.3.1.1.2. Kritik von Villey

In direkter Anknüpfung an *Franz Xaver Affolter* widmete sich *Michel Villey* nach dem 2. Weltkrieg der historischen Genese des subjektiven Rechts, dessen Ursprung er auf den Nominalismus von *Wilhelm von Ockham* zurückführt.¹⁴²⁸ Als subjektives Recht versteht *Villey* ein Recht, das von der Essenz des Individuums aus konstruiert wird; es räumt dem Individuum Freiheitsräume ein.¹⁴²⁹ Im Gegensatz dazu stehe das objektive Recht, das nicht vom Willen des Individuums,¹⁴³⁰ sondern von einer überindividuellen Gerechtigkeitsidee ausgeht. Aufgabe der Juristen sei es beim Letzteren, einen gerechten Ausgleich der Interessen zu schaffen, dem Einzelnen also seinen gerechten Anteil an der Gemeinschaft zuzuweisen.¹⁴³¹¹⁴³² In Rechtssystemen, die dem objektiven Recht folgen, sei Recht somit die Zuweisung eines Anteils an den Gütern und Errungenschaften der Gemeinschaft.¹⁴³³ Aufgabe bei der Rechtsdurchsetzung sei es nach diesem Konzept, Störungen dieser Ordnung – also eine Fehlallokation der Anteile an der Gemeinschaft – abzuwenden und auszugleichen. In einem auf objektivem Recht basierenden Rechtssystem sei das Recht daher zu einem guten Teil von den Rechtsobjekten – also von den zu verteilenden Gütern und Errungenschaften – her aufzufassen.¹⁴³⁴

1428 MwN zum Lebenswerk *Villeys* ausf *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 112 ff.

1429 Im Original „(...) le droit subjectif est une qualité du sujet, une de ses facultés, plus précisément une franchise, une liberté, une possibilité d’agir“ *Villey*, Droit subjectif I (La genèse chez Guillaume d’Occam), in *Seize essais de philosophie de droit* (1969) 140 (146).

1430 Ähnlich auch *Kelsen*, der das subjektive Recht als Technik der kapitalistischen Rechtsordnung, die das Individualinteresse besonders berücksichtigt, bezeichnet, vgl *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 141.

1431 Im Original „Appliqué à l’individu, le mot droit désignera la part qui lui revient dans ce juste partage. puisque la justice a pour objet d’attribuer à chacun son droit (...)“; s *Villey* in *Seize essais de philosophie de droit* 148.

1432 Dieser Gedanke wird durch den auf *Epikur* zurückgeführten Begriff der *Isonomie* verkörpert. Mit diesem wurde ausgedrückt, dass Gleichen jeweils das Gleiche zugeteilt würde und somit ein gerechter Ausgleich der Interessen erfolgt. S dazu weiterführend *Kreutz*, Das Objekt 49.

1433 *Villey*, Droit subjectif II (Le droit de l’individu chez Hobbes), in *Seize essais de philosophie de droit* (1969) 179 (189).

1434 *Villey* in *Seize essais de philosophie de droit* 149.

Basierend auf einer Analyse der Institutionen von *Gaius* geht *Villey* davon aus, dass sich im antiken römischen Recht kein Konzept des subjektiven Rechts, sondern des objektiven Rechts verwirklicht.¹⁴³⁵ Dies bedeutet, dass das *jus* eine objektive Rechtseinrichtung darstelle, welche von sich aus nicht mit einem Subjekt in Verbindung stehe.¹⁴³⁶ Dementsprechend könne aber auch die *res incorporalis* als objektive Rechtseinrichtung aufgefasst werden.¹⁴³⁷ *Jus* und *res* seien demnach gleichzusetzen und gleichermaßen als Rechtsobjekte zu interpretieren. Als *obligatio* werde daher bspw nicht die Berechtigung, eine gewisse Geldsumme zu verlangen, sondern vielmehr das *vinculum iuris* zwischen verschiedenen Personen bezeichnet.¹⁴³⁸ *Jura* und *res* seien somit – anders als nach einer subjektivrechtlichen Perspektive – nicht Grund einer Klage, sondern viel mehr, worüber mit einer Klage disponiert werden könne.¹⁴³⁹ Im Streitfall müsse nachgewiesen werden, wer – der Kläger oder der Beklagte – durch eine objektive Rechtseinrichtung begünstigt sei, dh wem der streitige Anteil der Gesellschaft zuzuordnen sei.¹⁴⁴⁰ Welche Berechtigung dem Kläger zukommt, richte sich nach den Prozessformeln und nicht nach einer subjektiven Berechtigung durch ein *jus*.¹⁴⁴¹ Aus dem folge, dass im antiken Rom das subjektive Recht konzeptionell nicht bekannt gewesen sei. Die Pandektistik unterliege daher einem ahistorischen Vorurteil, wenn sie bei der Interpretation des römischen Rechts auf die erheblich später entwickelte Rechtsfigur des subjektiven Rechts zurückgreife.

Aus diesem Blickwinkel zieht *Michel Villey* Folgerungen für beschränkte dingliche Rechte (*jus in re*) im antiken römischen Recht. Er geht davon aus, dass das *jus in re* kein subjektives Recht darstelle; es handle sich vielmehr um ein eigenständiges Rechtsobjekt.¹⁴⁴² Unkörperliche Rechtsobjekte betreffen eine Qualität einer körperlichen Sache, wie etwa der Wasserreichtum eines Felds oder dessen fruchtbarer Boden, über die unabhängig von der körperlichen Sa-

1435 *Villey* führt dies auf die aristotelische Nikomachische Ethik und den Begriff des dikaion zurück. S *Villey*, La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique, in La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno (1973) 53 (57).

1436 *Villey*, Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique, RIDA 1949, 417 (422 ff); *Villey*, RDH 1946, 201 (209).

1437 *Villey*, Le „Jus in re“ du droit classique romain au droit moderne, in Conférences faites à l'Institut de Droit Romain en 1947 (1950) 187 (188); *Villey*, RIDA 1949, 417 (426 ff); *Villey*, RDH 1946, 201 (215).

1438 *Villey*, RDH 1946, 201 (214 ff); aA jedoch ohne weitere Begründung *Kaser*, Zum Ius – Begriff der Römer, Juridica Acta 1977, 63.

1439 „Ils [les iura] ne sont pas, comme les modernes droits subjectifs, la cause des actions, mais comme des biens, l'objet de certaines actions“, *Villey*, RDH 1946, 201 (220).

1440 *Villey*, RDH 1946, 201 (220).

1441 *Villey*, Jus in re 188.

1442 *Villey*, Jus in re 195.

che disponiert werden könne;¹⁴⁴³ *Villey* geht daher davon aus, dass *jura in re* in einer körperlichen Sache inbegriffen seien.¹⁴⁴⁴ Herrschaftsrechte über eine körperliche Sache und *jura in re* seien dabei kategorial unterschiedliche Größen, dementsprechend könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass etwa ein Fruchtgenussrecht einen Teil der körperlichen Sache darstelle.¹⁴⁴⁵ Nicht als *jus in re* wäre im antiken römischen Recht das *dominium* angesehen worden, das dahin zu verstehen sei, dass dieses beim *dominus* eine bestimmte Rechtslage hervorbringe.¹⁴⁴⁶ Das *dominium* sei daher eine Eigenschaft, die – anders als *jura in re* – nicht vom Objekt abgetrennt werden könnte.¹⁴⁴⁷ Daraus folgt, dass *jura in re* anders als das *dominium* nach *Villey* eine Teilmenge der Kategorie der *res incorporales* darstellten: Es seien dies all jene unkörperlichen *res*, die eine Qualität einer körperlichen Sache betreffen, also Dienstbarkeiten und Fruchtgenussrechte, nicht aber Forderungen oder die Erbschaft. Dem generellen Konzept von *Villey* nach können *jura in re* daher bloß Objekte von verschiedenen Klagen sein; welche Rechtsposition dingliche Rechte dabei vermitteln, hänge von den jeweiligen Klagen ab. Das *jus in re* sei somit Rechtsobjekt und nicht Recht; in einer Metapher somit Objekt und nicht Verb. Das moderne, auf subjektiven Rechten basierende Konzept der beschränkten dinglichen Rechte habe demnach nichts mit dem *jus in re* gemein.¹⁴⁴⁸

3.3.1.1.3. Jüngerer Meinungsstand

Die Thesen von *Michel Villey*¹⁴⁴⁹ wurden verschiedentlich rezipiert. Die ersten Reaktionen in der romanistischen Diskussion waren eher negativ, was freilich nicht überrascht, da *Villey* ein bislang unantastbares Paradigma und auch führende Autoritäten der Romanistik in Frage stellte.¹⁴⁵⁰ Dies führte zu einem Methodenstreit mit *Pugliese*, der iW zum Inhalt hatte, ob aktuelle

1443 Ein ähnlicher Gedankengang findet sich in einer rechtsphilosophischen Betrachtung bei *Husserl*, der davon ausgeht, dass dingliche Rechte auch als eigene Rechtsobjekte aufgefasst werden können. Dementsprechend könnte jede Dingrelation in der Haben-Klasse – wie etwa ein Nutzungsrecht – als eine Sachzuordnung ausgedrückt werden. Ein Fruchtgenussrecht hätte dementsprechend ein anderes Rechtsobjekt als eine Vollzuordnung der Sache, s weiterführend *Husserl*, *Der Rechtsgegenstand* 39 ff.

1444 *Villey*, RIDA 1949, 417 (431 ff).

1445 *Villey*, RIDA 1949, 417 (433).

1446 Sehr eindeutig „*Le dominium devient un jus, ce qui est anti-romain aux maximum*“, *Villey*, *Jus in re* 188; *Villey*, RIDA 1949, 417 (423).

1447 *Villey*, RIDA 1949, 417 (429).

1448 *Villey*, *Jus in re* 195.

1449 Diese wurden auch verschiedentlich weiterentwickelt, s mwN *Fezer*, *Teilhabe und Verantwortung* 117 ff.

1450 *Villey* bezog sich direkt auf die Arbeiten von *Pugliese*, der den Zusammenhang von subjektivem Recht und *actio* im klassischen römischen Recht untersuchte. MwN *Fezer*, *Teilhabe und Verantwortung* 121.

Rechtsauffassungen zur Interpretation des antiken römischen Rechts herangezogen werden dürfen.¹⁴⁵¹

Später wurde der Ansatz von *Villey* breiter diskutiert, wobei hierbei insb *Karl-Heinz Fezer* Grundlagenuntersuchung der subjektiven Rechte hervorzuheben ist. *Fezer* geht davon aus, dass ein Zusammenhang zwischen der wirtschaftlich-technischen Entwicklung einer Gesellschaft und der dogmatischen Erfassung von subjektiven Rechten, die das Individuum in den Mittelpunkt der Rechtsbetrachtung stellen, besteht.¹⁴⁵² Dabei entwickelt er die These, dass den Römern eine Vorstellung von Individualität fehlte und sich diese erst später entwickelte.¹⁴⁵³ Im Sinne einer funktionalen Theorie des Rechts stehe im antiken römischen Recht nicht die Rechtsidee der idealen Autonomie der Person, die in einem beschränkten Gebiet ihre Willensmacht ausüben kann, im Mittelpunkt, sondern vielmehr das Ziel, dem Einzelnen in der Ordnung der Natur seinen gerechten Platz zu sichern.¹⁴⁵⁴ In der antiken römischen Rechtsordnung gehe es daher darum, dem Einzelnen dem ihm zugehörigen Platz in der Gesellschaft zuzuordnen und zu garantieren, nicht die persönliche Entfaltung des einzelnen Individuums zu ermöglichen.¹⁴⁵⁵ Dementsprechend sei das römische Recht eine Handlungsordnung objektiven Rechts, bei der die Ordnung der natürlichen Güterwelt die Gegenstände des Rechts bestimmt.¹⁴⁵⁶

In der jüngeren Diskussion wurde der These, dass das antike römische Recht nicht auf subjektiven Rechten beruht, weitgehend gefolgt.¹⁴⁵⁷ Illustrativ auf den Punkt bringt dies *Martin Eggel* in seiner Habilitationsschrift: „*Das ius verpflichtet die Bürger nicht, vielmehr bewegen diese sich in ihm, innerhalb des damit gesetzten Raums*“.¹⁴⁵⁸ Die Entwicklung des Konzepts des subjektiven Rechts wird in der Lit dabei zu einem – teilweise bedeutend

1451 *Pugliese* in Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz 223 ff; krit zu *Pugliese Feenstra*, Ius in re 6. Für ausführliche Nachweise zur Rezeptionsgeschichte von *Villey* s die Aufarbeitung bei *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 120 ff.

1452 *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 6 ff; ähnlich auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 141.

1453 So auch *Schermaier* in Brinkmann/Shirvani (Hrsg), Privatrecht und Eigentumsgrundrecht 36.

1454 *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 137 ff.

1455 Vgl dazu auch die gelungene Zusammenfassung bei *Villey*, Droit subjectif I (La genèse chez Guillaume d’Occam), in Seize essais de philosophie de droit (1969) 140 (148).

1456 *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 140.

1457 *Schermaier*, ZRG 2017, 49 (74); *Schermaier* in Brinkmann/Shirvani (Hrsg), Privatrecht und Eigentumsgrundrecht 36 f; *Giglio*, U. Toronto L. J. 2012, 1 (4 ff); *Michaels*, Sachzuordnung 66; *Tellegen*, Labeo 1994, 35 (46); *Coing*, Europäisches Privatrecht I 245 ff; *Coing*, Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“, in Simon (Hrsg), Gesammelte Aufsätze I (1982) 241 (246 ff); eher abwägend *Flume*, ZRG 1962, 1 (25 f); *Dubischar*, Grundlagen 5 ff; *Wieacker*, ZRG 1953, 93 (95); *Pflüger*, ZRG 1947, 339 (340); aA und mwN *Kaser*, Juridica Acta 1977, 63.

1458 *Eggel*, Begründung 146.

– späteren Zeitpunkt als dem klassischen römischen angesiedelt.¹⁴⁵⁹ Aus diesem Grund wird es in der vorliegenden Untersuchung für wahrscheinlicher angesehen,¹⁴⁶⁰ dass im antiken römischen Recht beschränkte dingliche Rechte nicht als Herrschaftsmacht des Individuums über eine Sache und somit als Recht im heutigen Begriffsverständnis aufzufassen sind.¹⁴⁶¹ Vielmehr wird davon ausgegangen werden, dass etwa Fruchtgenussrechte oder Dienstbarkeiten im römischen Recht als Rechtsobjekt galten;¹⁴⁶² die Position des Rechtssubjekts zu diesem Objekt bestimmte sich durch die *actio*. Nicht als Rechtsobjekt gilt im klassischen römischen Recht aber das *dominium*¹⁴⁶³, mit dem sehr wohl eine Herrschaftsmacht assoziiert wird. Dies entspricht auch ganz der Definition der *res incorporalis* von *Gaius*, wo beschränkte dingliche Rechte anders als das *dominium* aufgezählt wurden.¹⁴⁶⁴

Eine solche Herangehensweise erlaubt eine anders gelagerte Sicht auf die *res*. Diese könnte als Partikel der Gemeinschaft aufgefasst werden, die in einem objektiv-rechtlichen Rechtssystem einem Einzelnen zugeordnet wird.¹⁴⁶⁵ Alles was aus der Sicht der römischen Gesellschaft als verteilungswürdig und für den Interessensausgleich als notwendig angesehen wird – und somit jedes Rechtsobjekt – wäre somit eine *res*. Da in der antiken römischen Welt nicht nur körperliche Objekte, sondern auch unkörperliche – wie etwa Fruchtgenussrechte und Dienstbarkeiten – ein möglicher Gegenstand von Interessensgegensätzen und somit einer Verteilung zugänglich waren und eine solche auch erforderten, ist es nur konsequent, dass sich der Begriff der *res* nicht auf körperliche Objekte reduzierte. Sieht man eine Funktion des objektiv-rechtlichen Rechtssystems in der Zuordnung von *res* zu einer Person, lässt dies aber auch

1459 So verortet *Dubischar* die Entwicklung des subjektiven Rechts im 19 Jhd, s *Dubischar*, Grundlagen 30 ff; nach *Fezer* ist das subjektive Recht auf das 16. Jahrhundert zurückzuführen, s *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 152 ff; *Coing* meint, dass bereits die mittelalterliche Wissenschaft ein System der subjektiven Rechte entwickelte. S *Coing* in Simon, Gesammelte Aufsätze 248 ff.

1460 Hier ist nicht der Ort, diese Frage abschließend zu klären – sofern dies methodisch überhaupt möglich sein sollte. Für die vorliegende Betrachtung scheint es aber als hinreichend, mit der wohl hL von einer derartigen Arbeitshypothese auszugehen, da die aufgeworfene Forschungsfrage damit nicht im unmittelbaren Konnex steht.

1461 Explizit kein Urteil soll darüber gefällt werden, ob das Konzept des subjektiven Rechts im römischen Recht generell noch nicht verbreitet war. Dies ist durch das Verständnis von *res* als objektive Rechtseinrichtung nicht schlechthin ausgeschlossen, s idS auch *Schermaier* in Brinkmann/Shirvani, Privatrecht und Eigentumsgrundrecht 36; K. W. Nörr in FS Lange 197 ff; *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 130 ff.

1462 So auch *Feenstra*, der davon ausgeht, dass die römischen Juristen den Begriff des dinglichen Rechts nicht verwendeten. S *Feenstra*, Real Rights and their classification in the 17th century: The Rôle of Heinrich Hahn und Gerhard Feltmann, Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th–18th Centuries (1996) 106 (106).

1463 Dasselbe gilt wohl auch für den Besitz, der nicht als Recht anerkannt wurde.

1464 S 2.3.1.2.

1465 Ähnlich auch *Eggel*, Begründung 144 ff.

auf die Subjekt-Objekt-Relation schließen. Wenn *jura in re* als Rechtsobjekte angesehen werden, sollten sie funktionell vom heutigen Verständnis des dinglichen Rechts getrennt werden, das diese nunmehr anders als im römischen Recht – in einer grammatikalischen Metapher – als Verb und nicht als Objekt angesehen werden. Funktionell dem heutigen Konzept des dinglichen Rechts gleichzustellen wäre demnach nur das *dominium*,¹⁴⁶⁶ das nicht Objekt ist; dieses alleine beinhaltet die Zurechnung verschiedener Rechtsobjekte zum Rechtssubjekt. Damit schließt sich der Kreis zum Befund, dass dem antiken römischen Recht eine objektiv-rechtliche Handlungsordnung zu Grunde liegt: Aufgabe des Rechtssystems ist die Allokation von Gütern nach einer überindividuellen Gerechtigkeitsidee, die durch das *dominium* erfolgt. Es besteht durch das *dominium* somit ein unmittelbares Verhältnis zwischen dem Subjekt und dem Objekt, das nur im Eingriffsfall Auswirkungen auf andere Subjekte zeitigt. Man könnte in Folge einer objektiv-rechtlichen Rechtskonzeption daher davon ausgehen, dass im antiken römischen Recht unmittelbar ein Rechtsverhältnis zwischen dem Subjekt und dem Objekt bestand,¹⁴⁶⁷ das nur als Reflex gegen andere Subjekte Wirkungen entfaltet.¹⁴⁶⁸ Das dingliche Recht war nach dieser Ansicht im antiken Rom daher dem Grunde nach anders strukturiert als nach zeitgenössischen Vorstellungen.

3.3.1.1.4. Dinglichkeitskonzept und *res incorporalis*

Die Evolution des Verständnisses vom antiken römischen Rechtsbegriff in der Lit spiegelt sich auch in der Interpretation der Einteilung der *res* in körperlich und unkörperlich wider. Denn aus der Sicht der älteren L, die – wie gezeigt – weitgehend vom Bestand von subjektiven Rechten im antiken römischen Recht ausging, beinhaltet die von *Gaius* getroffene Dichotomie mehrere kategoriale Fehler, die die gesamte Einteilung in Frage stellen; nach der von *Villey* geprägten Rechtskonzeption lassen sich diese Einwände jedoch durchaus entkräften.

Worin die Unterschiede im Rechtsverständnis konkret bestehen, lässt sich illustrativ an Hand eines Satzes von *Max Kaser* zeigen, der als prominenter Für-

1466 Nicht diskutiert wird dabei die *possessio*, für die aber dasselbe gelten könnte.

1467 *Samuel*, Property Notions in the Law of Obligations, Cambridge L. J. 1994, 524 (528 ff); *Coing* in Simon (Hrsg), Gesammelte Aufsätze I 247. Dies ist freilich auch die Ansicht, die im 18. Jahrhundert – also zum Zeitpunkt der ersten Kodifikationen – vom römischen Recht bestand, s dazu weiterführend 3.3.4.

1468 Diese hier aufgestellte These müsste freilich noch einer weiteren romanistischen Überprüfung an Hand der überlieferten Quellen zugeführt werden. Sie bietet jedoch durchaus auch fruchtbare Rückschlüsse auf andere Fragestellungen der Zuordnung von Objekten zu Subjekten. So wird etwa augenscheinlich, warum im antiken römischen Recht neben der *causa* ein eigener Übertragungsakt wie etwa die *traditio* gesetzt werden musste: Ein Vertrag zwischen Subjekten allein wäre konzeptionell nicht in der Lage, eine Änderung in der Subjekt-Objekt-Relation – verstanden als ein Rechtsverhältnis zwischen Objekt und Subjekt – herbeizuführen.

sprecher für die These, dass bereits im römischen Recht ein subjektives dingliches Recht nach heutiger Vorstellung anerkannt war, gilt.¹⁴⁶⁹ In seiner Argumentation, dass auch als subjektive Rechte verstandene *res incorporalis* körperlich sein könnten, schreibt er „[es können auch] *Rechtsobjekte*, die *Gaius* als *unkörperliche* begreift, und zu denen er ja auch *hereditas*, *ususfructus* und *jura praediorum* zählt, aus oder an körperlichen Sachen bestehen“¹⁴⁷⁰. Kaser geht daher davon aus, dass das eigentliche Rechtsobjekt – etwa im Fall eines Fruchtgenussrechts – nicht das Fruchtgenussrecht selbst ist, sondern die körperliche Sache, an der das Fruchtgenussrecht besteht. Das Fruchtgenussrecht sei daher nur die eingeschränkte subjektive Berechtigung des Rechtsinhabers an einer körperlichen Sache. Dem entgegen steht die Auffassung von *Michel Villey*, nach der das Fruchtgenussrecht im antiken Recht – konzeptionell unabhängig von der körperlichen Sache – damit selbst das Rechtsobjekt sei, über das mit Aktionen ähnlich wie über körperliche *res* disponiert werden kann.¹⁴⁷¹ Es ist der von der körperlichen Sache abgeschiedene, eigenständige Vorteil, aus dieser Früchte ziehen zu dürfen.¹⁴⁷² Der Eigentümer einer Sache habe sohin daher kein Fruchtgenussrecht an ihr, da das volle Herrschaftsrecht über eine Sache und das eingeschränkte Herrschaftsrecht des Fruchtgenusses zu unterscheidende, voneinander unabhängige Rechtsobjekte seien.¹⁴⁷³ Es wäre in dieser Denkweise nicht folgerichtig, Fruchtgenussrechte als körperlich einzuordnen, da diese selbst nicht berührt werden können. Diese Diskrepanz lässt sich metaphorisch illustrieren: Während *Max Kaser* *hereditas*, *ususfructus* und *jura praediorum* als „Verb“ im rechtsfunktionalen Sinn interpretiert, versteht *Michel Villey* diese als Objekte.

Die Kritikpunkte der älteren L betreffen verschiedene Aspekte der Kategorisierung. So wird einerseits vorgebracht, dass die Abgrenzung zwischen körperlich und unkörperlich nicht trennscharf sei. Dies wird damit begründet, dass – wie gezeigt¹⁴⁷⁴ – der Begriff der *res corporalis* weit interpretiert wurde; man identifizierte das Eigentumsrecht mit der Sache selbst.¹⁴⁷⁵ Daraus folgte aber, dass das Eigentumsrecht als körperliche Sache interpretiert wurde, obwohl es wie jedes andere Recht unkörperlicher Natur ist; es käme daher fälschlicherweise zur Einordnung von unkörperlichen *res* als körperliche.¹⁴⁷⁶ Umgekehrt könne es auch zu einer falschen Einordnung von *res incorporales* zu den *res corporales* kommen: Dies wäre der Fall, da dingliche Rechte – verstanden im subjektivrechtlichen Sinn – tw auch körperliche Objekte betreffen

1469 S dazu insb *Kaser*, *Juridica Acta* 1977, 63.

1470 *Kaser*, ZRG 1953, 127 (142 f).

1471 *Villey*, *Jus in re* 188; ebenso bereits *Pflüger*, ZRG 1947, 339 (342).

1472 *Villey*, RIDA 1949, 417 (433).

1473 *Villey*, RIDA 1949, 417 (428 f).

1474 S dazu bereits 2.3.1.2.

1475 S etwa *Dernburg*, *Pandekten*² (1888) 155. Ebenso *Rüfner* in HKK I §§ 90–103 Rz 4.

1476 *MwN Kreller*, ZRG 1948, 572 (586).

könnten.¹⁴⁷⁷ Andererseits sei die Dichotomie zwischen *res incorporales* und *res corporales* logisch nicht stringent, da nicht komplementäre Begriffe miteinander in Beziehung gesetzt würden.¹⁴⁷⁸ Dies sei der Fall, da subjektive Rechte wie Fruchtgenuss oder Servitut in Gegensatz zu materiellen Objekten gestellt würden; es handle sich hierbei jedoch schlechterdings nicht um kommensurable Größen¹⁴⁷⁹: Es würden Objekte der tatsächlichen Welt und Objekte des Rechts unzulässigerweise miteinander vermischt.¹⁴⁸⁰ Wenn man der von den Pandektistik entwickelten Prämisse folgt, dass den *res* im antiken römischen Recht subjektive Rechte zu Grunde liegen, können daher zu Recht erhebliche Einwände gegen die von *Gaius* vorgenommene Dichotomie von *res corporales* und *res incorporales* erhoben werden.

Die Einwände gegen *res corporalis* stehen jedoch unter Vorbehalt einer Interpretation der *res incorporalis* in einem subjektrechtlichen Sinn. Interpretiert man die *res incorporalis* als Rechtsobjekt, wird klar, dass dieses entweder körperlich – dh berührbar – oder unkörperlich sein kann; es handelt sich um Komplementärbegriffe. Es sind keine Rechtsobjekte denkbar, die sich nicht eindeutig einer dieser Kategorien zurechnen ließen – *tertium non datur*. Hieraus ergibt sich durchaus ein Argument für eine Interpretation des römischen Rechtsverständnisses im Sinne von *Velley*: Wenn sich die an prominenter Stelle getroffene Einteilung der *res* in körperliche und unkörperliche mit einem Erklärungsansatz widerspruchsfrei erklären lässt, mit einem anderen jedoch zu logischen Widersprüchen führt, ist wohl – zumindest für die Vorstellungswelt von *Gaius* – von ersterem auszugehen.¹⁴⁸¹ Es zeigt sich daher, dass die Interpretation der *res incorporalis* stark vom Rechtsverständnis abhängt, das man dem römischen Recht zu Grunde legt.¹⁴⁸² Zusammengefasst geht es hier um die Frage, ob das heute geläufige, vom Individuum aus konstruierte dingliche Recht bereits im antiken Rom bestand.

3.3.1.2. Rechtsdurchsetzung

Grundlegend bei der Rechtsdurchsetzung im antiken Rom war die Teilung von Aktionen in einerseits die *actio in personam* und andererseits die *actio in*

¹⁴⁷⁷ Kaser, ZRG 1953, 127 (142 f).

¹⁴⁷⁸ Rübner in HKK I §§ 90–103 Rz 4.

¹⁴⁷⁹ Kreller, ZRG 1948, 572 (586).

¹⁴⁸⁰ So prägnant Giglio, U. Toronto L. J. 2012, 1 (7).

¹⁴⁸¹ Dies ergibt sich aus dem Prinzip der Parsimonie, das in der Scholastik auf *Wilhelm von Ockham* zurückgeführt wird: Wenn zwei Theorien für die Erklärung einer Frage zur Verfügung stehen, soll auf die einfachere, also diejenige mit weniger Variablen, zurückgegriffen werden. Da – wie gezeigt – die sinnvolle Interpretation der *res incorporalis* sehr komplex (wenn nicht unmöglich ist), wäre demnach der Theorie von *Velley* der Vorzug zu geben.

¹⁴⁸² Man kann daher *Pflüger* zustimmen, dass den älteren Autoritäten der Begriff des subjektiven Rechts im Wege war – ua auch zur Erfassung des Konzepts der unkörperlichen Sache, s *Pflüger*, ZRG 1947, 339 (342).

rem.¹⁴⁸³ Die Bedeutung dieser Einteilung für das heutige Verständnis von dinglichen Rechten wird durch die Übersetzung der Gaius-Institutionen von *Manthe* klar: So wird die *actio in personam* als „schuldrechtliche Klage“ bezeichnet, die *actio in rem* als „dingliche Klage“. ¹⁴⁸⁴ Die Einteilung der Klagen wird somit ohne weitere Kommentierung als Wurzel für die Unterscheidung von Rechten als dinglich und schuldrechtlich bzw. persönlich gesehen. Dies ist Grund genug, die Funktionsweise von Aktionen zur Beleuchtung des römisch-rechtlichen Konzepts des dinglichen Rechts heranzuziehen.

Die hier besonders im Fokus stehende *actio in rem* ist deutlich älter als die Institutionen von *Gaius*. Nach *Max Kaser* bestand in vorklassischer Zeit noch kein Begriff des Eigentums, die rechtliche Sachgewalt an einem Objekt wurde aber mit der Formel des *meum-esse* ausgedrückt. ¹⁴⁸⁵ Die Durchsetzung der Sachgewalt erfolgte durch die *legis actio sacramento in rem*, bei der beide Parteien ein *meum-esse* behaupteten. ¹⁴⁸⁶ Eine Durchsetzung des *meum-esse* war dabei nur gegen solche Gegner möglich, die ebenso eine Berechtigung an der Sache behaupteten. ¹⁴⁸⁷ In der *legis actio sacramento in rem* wurde nur über relativ bessere Berechtigung zur Sache zwischen den Parteien abgesprochen; es bestand daher eine Behauptungs- und Beweislast nicht nur für den Kläger, sondern auch für den Beklagten. ¹⁴⁸⁸ *Max Kaser* spricht daher von einem relativen Eigentum im vorklassischen römischen Recht, da immer nur die relativ bessere Berechtigung zum Objekt festgestellt werden konnte; selbst der Gewinner des Prozesses konnte in der Folge noch gegen einen besser Berechtigten verlieren. ¹⁴⁸⁹ Dieser Vorstellung liegt auch die *actio in rem* in den Institutionen des *Gaius* zu Grunde. ¹⁴⁹⁰ Eine Änderung erfolgte erst durch die Einführung neuer Verfahren – der *actio in rem per sponsionem* und der *formular petitoria*, bei denen nur noch dem Kläger die Behauptungs- und Beweislast zukam, was zur Auswirkung hatte, dass die Klage nicht mehr nur gegen Eigentumsprätendenten, sondern auch andere Personen lanciert werden konnte. ¹⁴⁹¹ Daraus folgt, dass zumindest aus der

1483 *Gaius* setzt diese Unterscheidung an den Anfang seines Buches über die Aktionen, s. *Gaius Inst.* IV.2 ff.

1484 *Manthe*, Die Institutionen des *Gaius* (2004) 321.

1485 *Kaser*, Eigentum und Besitz² 6.

1486 *Kaser*, Eigentum und Besitz² 7.

1487 *Kaser*, Über „relatives Eigentum“ im altrömischen Recht, ZRG 1985, 1 (3).

1488 *Kaser*, ZRG 1985, 1 (4); *Kaser*, Eigentum und Besitz² 7 ff.; s. zur geschichtlichen Entwicklung der *actio in rem* auch *Eggel*, Begründung 161 f.

1489 *Kaser*, ZRG 1985, 1 (24); *Kaser*, Eigentum und Besitz² 10; krit. zum Begriff des relativen Eigentums *Schermaier* in Brinkmann/Shirvani (Hrsg.), Privatrecht und Eigentumsgrundrecht 31 ff.; *Giglio*, The Concept of Ownership in Roman Law, ZRG 2018, 76 (81 ff.).

1490 *Kaser*, ZRG 1985, 1 (25); zu den Verfahrensarten s. weiterführend *Kaser/bearb. Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht² 333 ff.

1491 *Kaser*, ZRG 1985, 1 (27).

Perspektive von *Gaius* die *actio in rem* nicht dem heute etablierten Konzept des absolut wirkenden dinglichen Rechts entsprach.

Der spezifische Inhalt der *actio in rem* ergibt sich besonders deutlich durch die Unterschiede zur *actio in personam*. Der Begriff der *actio* bezeichnet dabei grundsätzlich den Zugriff: Bei der *actio in personam* konnte der Kläger auf den Beklagten zugreifen, es oblag ihm, den Schuldner etwa zu versklaven und zu verkaufen.¹⁴⁹² Bei der *actio in rem* kam es zu einem Zugriff zu einer Sache.¹⁴⁹³ Es handelt sich daher um ein sachbezogenes Klagerecht, das auf die Sache und nicht auf den unberechtigten Besitzer zielte.¹⁴⁹⁴ Hinsichtlich der Verfahrensregeln bestanden – soweit dies heute noch nachvollziehbar ist¹⁴⁹⁵ – deutliche Unterschiede zwischen der *actio in personam* und der *actio in rem*.¹⁴⁹⁶ So gab es bei der *actio in rem* anders als bei der *actio in personam* eine Einlassungsfreiheit des Beklagten; eine fehlende Einlassung hatte jedoch uU negative Auswirkungen auf die Zuordnung des Streitgegenstands.¹⁴⁹⁷ Damit steht in Zusammenhang, dass bei der *actio in rem* anders als bei der *actio in personam* keine Leistungspflicht des Beklagten ausgesprochen wurde. Es handelt sich daher um ein Klagerecht, das auf das Objekt selbst und nicht auf den (unrechtmäßigen) Besitzer des Objekts abzielte;¹⁴⁹⁸ der Beklagte wird in der Klage regelmäßig nicht benannt.¹⁴⁹⁹ Durch die *actio in rem* wurde dabei nur festgestellt, wer berechtigt war, Herrschaftsgewalt über die streitgegenständliche Sache auszuüben; eine Zuweisung der Sache selbst unterblieb. So bestand auch bei der *actio in rem* nur eine persönliche Haftung des im Prozess Unterlegenen: Der Besitzer der Sache konnte in der Folge nur zu einer Geldzahlung, nicht aber zur Herausgabe der Sache verhalten werden.¹⁵⁰⁰ Daraus bestätigt sich die unterschiedliche Zielrichtung der Aktionen: Während die *actio in rem* die Feststellung eines Rechtsverhältnisses im Verhältnis von Subjekt zu Objekt zum Ziel hat-

1492 *Michaels*, Sachzuordnung 67; zur Personalexekution weiterführend *Kaser/bearb Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht² 383 ff.

1493 Dies zeigt sich insb im ritualisierten Ablauf des Verfahrens: Der Kläger muss den streitgegenständlichen Gegenstand berühren und darauf einen Stab legen und in ritueller Rede sein Eigentum behaupten. Der Beklagte hat dieselben rituellen Gesten durchzuführen, s dazu weiterführend *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 128 f.

1494 *Kreutz*, Das Objekt 279.

1495 Insb zur *actio in personam* ist die Quellenlage nicht lückenlos, s *Kaser/bearb Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht² 86.

1496 Zum Ablauf weiterführend *Schulz*, Classical Roman Law (1951) 32 ff.

1497 *Kaser/bearb Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht² 332.

1498 *Dubischar* spricht davon, dass sich der Anspruch „gegen die Sache selbst“ richtet *Dubischar*, Grundlagen 22; ähnlich *Kreutz*, Das Objekt 279.

1499 *Affolter*, Institutionen-System 146.

1500 *MwN Kaser/bearb Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht² 104 f.

te,¹⁵⁰¹ gewährleistete die *actio in personam* die Rechtsdurchsetzung im Verhältnis zwischen Subjekten. Pointiert ausgedrückt wird mit der *actio in rem* festgestellt, wem das Objekt verbunden ist, mit der *actio in personam*, wem eine Person etwas schuldet.¹⁵⁰²

Die Beschränkung von dinglichen Rechten auf körperliche Objekte – und damit einhergehend auch eine strenge Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht – wird häufig auf die Unterscheidung zwischen *actio in rem* und *actio in personam* zurückgeführt.¹⁵⁰³ Ausgangspunkt dabei ist, welche Rechte mit welcher Klage durchgesetzt werden können: Hierbei gilt hinsichtlich der *res*, dass mit einer *actio in personam* nur Obligationen und mit der *actio in rem* alle anderen Rechte wie Dienstbarkeiten und Fruchtgenussrechte eingeklagt werden konnten,¹⁵⁰⁴ was *prima vista* für einen kategorischen Unterschied zwischen Obligationen und *jura in re* spricht. Wenig Beachtung hat in der Diskussion aber die Frage gefunden, warum eine *actio in rem* im klassischen römischen Recht nicht an Obligationen in Betracht kam. Neben dem Verweis auf die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht kann ein alternativer Erklärungsansatz auch in der fehlenden Übertragbarkeit von Forderungen erblickt werden: Da Forderungen im antiken römischen Recht nicht übertragen werden konnten,¹⁵⁰⁵ könnte die Feststellung, wem eine Forderung zukommt, für die römischen Juristen schlichtweg ohne praktische Bedeutung geblieben sein. Dass eine *actio in rem* nicht für Obligationen in Betracht kommt, könnte daher nicht durch eine strukturelle Inkompatibilität, sondern durch die bloße praktische Bedeutungslosigkeit eines solchen Unterfangens bedingt sein. Folgt man diesem Gedanken, ist die Unterscheidung von *actio in rem* und *actio in personam* nicht gleichlaufend mit jener zwischen Schuld- und Sachenrecht: Mit der *actio in rem* würde grundsätzlich über das Zuordnungsverhältnis von sämtlichen Rechtsobjekten abgesprochen, mit der *actio in personam* über die Rechtsverhältnisse zwischen verschiedenen Personen.

3.3.1.3. Synthese

Die vorliegende Betrachtung hat gezeigt, dass das Verständnis der Struktur von dinglichen Rechten für die Funktion der *res incorporales* von großer Bedeutung ist. In einem heute geläufigen, vom Individuum aus konstruierten Konzept des dinglichen Rechts führt die *res incorporalis* im Recht des antiken

1501 So auch Hauck, Nießbrauch an Rechten 192 f; Hadding, JZ 1986, 926 (926 f); Affolter, Institutionen-System 146.

1502 Auf den *res non persona debet*-Grundsatz hinweisend Ginossar, Droit réel, propriété et créance (1960) 96 ff.

1503 Zu Recht kritisch dazu Dubischar, Grundlagen 20; Schöneich, Dinglichkeit 45 ff; grundlegend Pflüger, AcP 1892, 406.

1504 Ausf zur Möglichkeit, mit der *actio in rem* auch Rechte an *res incorporales* durchzusetzen Affolter, Institutionen-System 135 ff.

1505 S dafür statt aller Hoop, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge 27.

Roms zu zahlreichen Unstimmigkeiten. Die Diskussion zur Struktur von dinglichen Rechten im antiken Rom zeigt aber auch, dass Dinglichkeit nicht zwingend in der heute geläufigen Form als Ausdruck der Autonomie des Subjekts – wie sie dem ABGB und auch dem BGB zu Grunde liegt – verstanden werden muss. Folgt man der von *Michel Villey* geprägten Konzeption, ist die Vorstellung des Verhältnisses zwischen Subjekt und Objekt im antiken römischen Recht eine deutlich andere als heute.¹⁵⁰⁶ IW besteht nur eine einzige Form der Zuordnung von Objekten zu Subjekten – das *meum esse* bzw das *ius mihi esse*, mit dem eine Gehörensrelation – das *dominium* – ausgedrückt wird. Gegenstand dieser Gehörensrelation sind körperliche gleich wie unkörperliche Objekte; Felder gleich wie ein Wege- oder ein Fruchtgenussrecht daran.¹⁵⁰⁷ Unterschiede in der rechtlichen Behandlung ergeben sich folglich nicht durch Verschiedenheiten in der Zuordnung von Objekt zu Subjekt (in Form der unterschiedlichen dinglichen Rechte), sondern durch Verschiedenheiten von Objekten.¹⁵⁰⁸ Die Subjekt-Objekt-Relation des Gehörens bleibt dieselbe, unabhängig von den einzelnen Objekten. In der römischen Rechtsvorstellung werden daher unterschiedliche körperliche und unkörperliche Objekte definiert; in der Folge werden diese Objekte dann den berechtigten Personen – iW den römischen Familienverbänden – zugeordnet.

Daraus bestätigt sich auch, dass die *res* nicht mit dem heutigen Konzept der Sache gleichgesetzt werden sollte. Denn in der römischen Vorstellung ergeben sich Rechtsfolgen direkt aus der Zurechnung der *res* und nicht aus einem vom Objekt zu unterscheidenden Rechtsverhältnis. Damit geht einher, dass Fruchtgenussrechte und Servituten explizit als *res* angesehen werden. Aus der Perspektive eines auf subjektiven dinglichen Rechten basierenden Rechtssystems kommt es im römischen Recht sohin zu einer teilweisen Vermischung zwischen Rechtsobjekt und dinglichen Rechten. Die *res* wird daher immer auch mit einer gewissen Rechtsposition assoziiert; wem diese zugeordnet wird, ergibt sich aber aus der Gehörensrelation.

Eine solche Perspektive findet eine Bestätigung im römischen Aktionenwesen bei *Gaius*. Denn in der *actio in rem* wird über die Gehörensrelation zwischen Subjekt und Objekt abgesprochen. Es wird festgestellt, ob eine *res* – unabhängig ob diese körperlich ist oder nicht – Person A oder Person B gehört; abgestellt wird daher auf das Rechtsverhältnis zwischen Objekt und Subjekt.¹⁵⁰⁹ Die *actio in rem* könnte daher als Streitschlichtungsmechanismus aufgefasst werden, der im Fall von einander widerstreitenden Herrschaftsansprü-

1506 Zu den dinglichen Rechtswirkungen s. ausf. *Holzweber*, Genese 36 ff.

1507 Ähnlich auch *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 176.

1508 S. dazu auch *Birks*, AJ 1985, 1 (27).

1509 Ähnlich sieht auch *Husserl* die *legis actio in rem* als Rechtsprävention, die dem werthaften Ding und nicht einem gegen Personen geltenden Eigentumsrecht gilt, s. *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 113.

chen in der Subjekt-Objekt-Relation zur Geltung gelangt.¹⁵¹⁰ Hieraus findet die These Bestätigung, dass im antiken römischen Recht dingliche Rechte tatsächlich als Rechtsverhältnis zwischen Subjekt und Objekt gedacht wurden,¹⁵¹¹ gegen Dritte, die dieses Verhältnis störten, konnte als Reflex in der Subjekt-Subjekt-Relation vorgegangen werden. Das dingliche Recht iSe Gehörensrelation wurde nach dieser Betrachtungsweise im römischen Recht daher konstruktiv noch nicht als Rechtsverhältnis zwischen Personen aufgefasst; die interpersonelle Wirkung ergab sich nur als notwendige Folge, da dem bloßen Rechtsverhältnis zwischen Subjekt und Objekt, ohne Möglichkeit gegen störende Dritte vorzugehen, keinerlei Wirkung zukäme. Das im römischen Recht mittels *actio in rem* durchgesetzte Recht könnte aus dieser Perspektive daher als *apersonal* gesehen werden.¹⁵¹²

Daraus folgt, dass im römischen Recht sehr wohl eine strenge Trennung von Rechten vorhanden war. Einerseits bestanden Rechtsverbindungen zwischen Subjekt und Objekt, die mit der *actio in rem* durchgesetzt werden konnten, andererseits zwischen Subjekten, die in eine *actio in personam* mündeten. Dabei wird – wie gesehen – bei ersteren zwischen körperlichen und unkörperlichen Objekten differenziert. Offen bleibt dabei, inwiefern im antiken römischen Recht auch Obligationen – entgegen der modernen Konzeption der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht – Gegenstand der Gehörensrelation im Verhältnis Subjekt-Objekt sein konnten. Dafür spricht, dass Obligationen bei *Gaius* explizit als *res* angesehen wurden. Die Besonderheit lag im römischen Recht aber darin, dass Obligationen nicht übertragen werden konnten. Daraus folgt unschwer, dass die Feststellung durch eine *actio in rem*, welchem Subjekt eine Obligation zuzurechnen ist, praktisch nicht bedeutsam ist. Dies gibt der These Nahrung, dass die römische Unterscheidung der Rechtsverhältnisse zwischen Personen und jener zwischen Personen und Gegenstände eine andere Kategorisierung von Rechten bildet als die moderne Dichotomie zwischen Schuld- und Sachenrecht.¹⁵¹³ Generell zeigt sich aus dieser Betrachtung, dass der Interpretation von dinglichen Rechten – trotz der Gleichheit in den Begrifflichkeiten – ein anderes Paradigma zu Grunde liegt als nach heutigem Verständnis.

1510 So auch *Giglio*, ZRG 2018, 76 (100).

1511 *Samuel*, Property Notions in the Law of Obligations, Cambridge L. J. 1994, 524 (528 ff); *Coing*, Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht", in Simon (Hrsg), Gesammelte Aufsätze I 247.

1512 Dafür spricht wie ausgeführt, dass bei der Intentio der *actio in rem* keine beklagte Person genannt werden musste.

1513 Dahingehend auch *Eggel*, Begründung 167.

3.3.2. Mittelalter

Die Rechtsentwicklungen im Mittelalter¹⁵¹⁴ waren geprägt von einem rechtskulturellen Austausch zwischen dem in Ostrom zu einer Sammlung redigierten römischen Recht und dem kanonischen Recht der römischen Universalkirche.¹⁵¹⁵ Zu diesen sog gelehrten Rechten kam noch das „ungelehrte“ Partikularrecht, wobei dazu bis zur Wende vom 12. zum 13. Jhd kaum schriftliche Rechtsaufzeichnungen bestehen; ab diesem Zeitpunkt sind jedoch Land- und Stadtrechte erhalten.¹⁵¹⁶ Zur Frage, ob im Mittelalter bereits ein vom Individuum aus konstruiertes Konzept von dinglichen Rechten entwickelt war, ist daher eine diese unterschiedlichen Entwicklungen berücksichtigende, differenzierte Betrachtungsweise an den Tag zu legen.¹⁵¹⁷

Von großer Bedeutung für das Rechtsverständnis ist hier wirtschaftlichen Entwicklung seit dem Ende der Antike: Nach dem Ende der römischen Herrschaft verstärkte sich nach und nach die Feudalisierung, wobei in zunehmendem Maße auch die Kirche als Grundherr auftrat.¹⁵¹⁸ Die Grundbesitzkonzentration in den Händen weniger machte es notwendig, zusätzliche Arbeitskräfte für die Grundbewirtschaftung anzuwerben, die als Entgelt für ihre Dienste vorübergehend und widerruflich Güter erhielten – das Lehn.¹⁵¹⁹ Dies ging damit einher, dass in der mittelalterlichen Rechtsvorstellung insb iZm Liegenschaften nicht das (volle) Eigentum, sondern das Recht zu Nutzung im Vordergrund stand.¹⁵²⁰ Daraus entstanden neuartige Rechtsverhältnisse, die im antiken Rom noch weitgehend unbekannt waren.¹⁵²¹

1514 Dazu ausf mit vielen weiteren Nachweisen und einer Analyse der dinglichen Rechtswirkungen an Hand des Doppelverkaufs und des Grundsatzes „Kauf bricht Miete“ *Holzweber*, Genese 40 ff.

1515 *Schlösser*, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 1.

1516 *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 6 ff.

1517 Einblicke zum Verhältnis von römischem Recht, kanonischem Recht und Partikularrecht in Österreich bietet eine grundlegende Untersuchung von *Hermann Baltl*, in der er die Einflüsse des römischen Rechts in Österreich beleuchtet. Hierbei weist er nach, dass das römische Recht erst sehr spät in Österreich Fuß fassen konnte, so bestanden bis zum 14. Jhd kaum Hinweise auf dessen Verwendung. Dasselbe gilt für die Einflüsse des Kirchenrechts, das in Österreich im 13. Jhd keine nachhaltig sichtbare Wirkung erreicht hat. Auch in den Stadtrechten des 13. Jhds sind nur wenige romanistische oder kanonische Einflüsse erkennbar; diese betreffen v.a. das Erbrecht, das Pfandrecht und das Verfahrensrecht. Dieses Bild ändert sich jedoch in den letzten Jahrzehnten des 15. Jhds zur Zeit Kaiser Maximilians. Es kam zu einer zunehmenden Besinnung auf das römische Recht, s. dazu ausführlich *Baltl*, Einflüsse des römischen Rechts in Österreich, in *Ius Romanum Medii Aevi* (1962) 27 ff.

1518 Weiterführend *Baltl/Kocher*, Österreichische Rechtsgeschichte¹¹ 65 ff.

1519 Dazu weiterführend *Baltl/Kocher*, Österreichische Rechtsgeschichte¹¹ 58 ff.

1520 *Baltl/Kocher*, Österreichische Rechtsgeschichte¹¹ 71.

1521 So auch *Savigny*, Das Recht des Besitzes 298. Als besonders wirkmächtig kann wohl die Unterscheidung zwischen Ober- und Untereigentum angesehen werden, die noch bis in das Jahr 2006 in § 357 ABGB verankert war. S. *Kocher*, Privatrechtsentwicklung und Rechtswissenschaft in Österreich² (1997) 112 f.

Helmut Coing geht dabei davon aus, dass zumindest in Frankreich und den Gebieten des alten deutschen Reichs mehr Grund und Boden in diesen Besitzformen gehalten wurden als in jenen des freien Eigentums.¹⁵²² Das mittelalterliche Verständnis von dinglichen Rechten darf somit nicht auf das Eigentum verengt werden.

3.3.2.1. Heimisches Partikularrecht

Der Zentralbegriff im Recht der Sachzuordnung im Partikularrecht¹⁵²³ ist die Gewere.¹⁵²⁴ Ursprünglich wurde mit diesem Begriff die Übertragung der Gewahrsame an einem Objekt bezeichnet, erst später erlangte der Begriff der Gewere die Bedeutung einer tatsächlichen Sachherrschaft.¹⁵²⁵ Notwendig war daher stets, dass der Inhaber der Gewere die tatsächliche Gewalt über das Objekt hatte. Bei der Gewere handelte sich um die äußerlich wahrnehmbare Herrschaftsmacht über ein Objekt, wobei neben Fahrnissen und Grundstücken auch Rechte¹⁵²⁶ der Gewere zugänglich waren.¹⁵²⁷ Die Gewere galt dabei als „Kleid des Sachenrechts“, mit dem die geschützten Objekte verteidigt,¹⁵²⁸ erobert¹⁵²⁹ und übertragen¹⁵³⁰ werden konnten.¹⁵³¹ Beschränkt war die Gewere nur durch den Vertrag, mit dem die Gewere übertragen wurde und die Klage wegen gebrochener Gewere – etwa wenn dem früheren Gewereinhaber die Sache gestohlen wurde.¹⁵³² Nicht relevant war für die Durchsetzung der Gewere, ob tatsächlich eine Berechtigung am Objekt be-

1522 *Coing*, Europäisches Privatrecht I 272.

1523 Nach *Floßmann/Kalb/Neuwirth* wird dieser Begriff zur Bezeichnung des älteren in Österreich gebräuchlichen Rechts, das häufig auf Gewohnheitsrecht basierte, gebraucht, vgl *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 5 f.

1524 Obwohl diese meist von deutschen Autoren beschrieben ist, kann die Gewere auch im österreichischen Partikularrecht nachgewiesen werden, s mwN *Baltl/Kocher*, Österreichische Rechtsgeschichte¹¹ 123; *Kocher*, Privatrechtsentwicklung² 134 ff. Zum deutschen Recht weiterführend *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte 15 f.

1525 *Gierke*, Deutsches Privatrecht II (1905) 187 f.

1526 Zur Gewere weiterführend 4.3.3.3.

1527 *Kocher*, Privatrechtsentwicklung² 134 ff.

1528 Das Naheverhältnis zwischen Person und Objekt brachte die Vermutung des Rechts mit sich. Es musste für die Verteidigung der Gewere daher nur der Nachweis des tatsächlichen Besitzstandes erbracht werden, welcher eine Vermutung einer dinglichen Berechtigung in sich trug. Diese Vermutung währte solange bis ein besser Berechtigter die (fehlerhafte) Gewere im Prozess brechen konnte, s weiterführend *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 163.

1529 Der besser Berechtigte hatte die Möglichkeit, die Gewere eines schlechter Berechtigten zu brechen. S mwN *Ogris*, Gewere, HRG² Sp 351.

1530 Es bestand die Möglichkeit des Rechtserwerbs an einer Gewere. Dabei war auch ein gutgläubiger Erwerb möglich: Nach Jahr und Tag konnte eine rechte Gewere – also die volle Berechtigung – erlangt werden, s *Michaels*, Sachzuordnung 91.

1531 *Ogris*, Gewere, HRG² Sp 351.

1532 *Wieling* in FS Hattenhauer 559 f.

stand: So lange der Schein für den Bestand eines Rechts sprach, war eine Gewere bis zum Zeitpunkt gegeben, an dem ein besser Berechtigter die Gewere brach.¹⁵³³ *Otto v Gierke* verortet die Gewere daher zu Recht im Gedanken der Publizität: Einerseits muss jedes Herrschaftsrecht an einer Sache offensichtlich in Erscheinung treten, andererseits ist bereits der bloße Rechtsschein schützenswert.¹⁵³⁴

Für das deutsche Partikularrecht wies *Otto v Gierke* nach, dass von einer dinglichen Wirkung immer dann auszugehen war, wenn eine Gewere vorlag.¹⁵³⁵ Ein Forderungsrecht, das etwa die Übergabe einer Sache zum Inhalt hatte, wurde dabei – sofern Gewere vorlag – als „werdendes Sachenrecht“ bezeichnet; eine schuldrechtliche Vereinbarung hatte somit auch einen Konnex zu dem geschuldeten Objekt.¹⁵³⁶ Daraus folgt, dass eine Vereinbarung, für die Gewere bestand, Drittwirkungen entfaltete. In einer modernen Diktion waren daher alle auf Sachen gerichteten Forderungsrechte Sachenrechte; zum Schuldrecht konnten nur Ansprüche ohne Bezug zu einem körperlichen Objekt zählen.¹⁵³⁷ Die Gewere transzendierte somit die bloße Zuordnung von Objekt zu Subjekt; vielmehr werden vielfältige wirtschaftliche und soziale Probleme des Rechtsverkehrs einer Regelung zugeführt.¹⁵³⁸ Daraus folgt, dass sich das Partikularrecht weitgehend der kategorischen Unterscheidung zwischen persönlichen und dinglichen Rechte entzog, wie sie im modernen Verständnis vertreten wird.¹⁵³⁹

3.3.2.2. Glosse

Wesentliche Erfolge in der wissenschaftlichen Durchdringung des römischen Rechts konnte die im 11. bis zur Mitte des 13. Jhds in Bologna tätige Schule der Glossatoren verzeichnen.¹⁵⁴⁰ Die Glossatoren versuchten, den Inhalt des *Corpus Iuris* durch eine grammatisch-logische Methode zu erfassen.

1533 Ogris, Gewere, HRG² Sp 348. *Otto v Gierke* spricht dabei davon, dass „das wahre Recht die Macht [hat], die Form des Rechtes zu zerbrechen, wenn diese sich als leer erweist“, s *Gierke*, Deutsches Privatrecht II 189.

1534 *Gierke*, Deutsches Privatrecht II 188 f; *Brauneder* bezeichnet die Publizität als Hauptgrundsatz des deutschen Rechts, s *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte 24 f.

1535 *Gierke*, Deutsches Privatrecht II 608.

1536 *Gierke*, Deutsches Privatrecht II 608.

1537 *Michaels*, Sachzuordnung 97.

1538 *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 163.

1539 Ebenso *Michaels*, Sachzuordnung 96. Dies deckt sich mit dem Befund von *Brauneder*, dass im Partikularrecht nicht von der Entwicklung von systematisch-abstrakten Rechtsfiguren ausgegangen werden kann, s *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte 28.

1540 Weiterführend zu dieser Schule *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 24 f; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 54 ff.

sen;¹⁵⁴¹ Ziel war ein widerspruchsfreies Erkennen der Wahrheit des Rechts.¹⁵⁴² Die Glosse sah dabei den bearbeiteten Rechtsstoff als autoritativ an, eine geschichtliche Interpretation wurde abgelehnt.¹⁵⁴³

Ein wesentliches Betätigungsfeld der Glossatoren bestand in der Untersuchung des Zusammenhangs zwischen *res* und *actio*. Dabei wurde das aristotelische Konzept der Ursache und Wirkung fruchtbar gemacht.¹⁵⁴⁴ Für eine *actio* müsse jeweils ein Grund, eine *causa materialis* vorhanden sein; dieser wurde in einem Klag-Recht gesehen.¹⁵⁴⁵ Es kam daher zu einer Separation von Recht und Verfahren, die im antiken römischen Recht noch eng verbunden waren; dies bedeutet auch eine Trennung von materiellem Recht und Verfahrensrecht. Das (materielle) Recht bestimmt nunmehr über den Wesensgehalt und den Inhalt der Klage, nicht die Ausprägung der *actio*.¹⁵⁴⁶ Daraus wird in der Glosse gefolgert, dass überall dort, wo eine *actio* gegeben ist, auch ein Klag-Recht vorhanden sein müsse.¹⁵⁴⁷ Die Glossatoren versuchten danach, das jeweilige Klag-Recht hinter der *actio* zu identifizieren.¹⁵⁴⁸

Nach diesem Ansatz liegt es nahe, aus der Unterscheidung von *actio in rem* und *actio in personam* auch auf die Natur der ihnen zu Grunde liegenden Rechte rückzuschließen. Dies erfolgte zuerst mit den Obligationen, die als Grund für die *actio in personam* gesehen wurden,¹⁵⁴⁹ was nach Roland Dubischar einleuchtend ist, lauteten doch Obligationen ebenso wie die *actio in personam* auf ein *dare facere praestare*.¹⁵⁵⁰ Größere Schwierigkeiten bereitet es jedoch, den ursächlichen Grund für die *actio in rem* zu finden. Heute bestehen dabei unterschiedliche Ansichten zur Konstruktion des dinglichen Rechts bei den Glossatoren. Nach Helmut Coing hätten die Glossatoren einen Begriff des *jus reale* als Ursprung der *actio in rem* gesehen, wobei dieser Begriff sich „keineswegs mit dem des dinglichen Rechts iSd modernen Zivilrechts deckt“.¹⁵⁵¹ Dem widerspricht Roland Dubischar: In der Glosse sei weder der Begriff des *jus in personam* noch jener des *jus in re* in einer Weise gebraucht worden, dass diese als

1541 Coing in Simon, Gesammelte Aufsätze 249.

1542 So die etwas figurative Ausdrucksweise bei Fezer, Teilhabe und Verantwortung 147.

1543 Fezer, Teilhabe und Verantwortung 148; Wesenberg/Wesener, Privatrechtsgeschichte 25; Coing in Simon, Gesammelte Aufsätze 249.

1544 Zu diesem ausf Kreutz, Das Objekt 323 ff.

1545 Grundlegend Coing in Simon, Gesammelte Aufsätze 249.

1546 Dubischar, Grundlagen 30 f.

1547 Coing in Simon, Gesammelte Aufsätze 250.

1548 Dies hatte nach Michel Villey durchaus praktische Gründe: Bei der Rechtsdurchsetzung müsse die *causa* der Klage am Beginn genannt werden, weshalb diese identifiziert werden müsse, s Villey, Jus in re 199.

1549 Hierbei wurde die Obligation als Mutter der *actio in personam* angesehen, vgl Dubischar, Grundlagen 35 ff.

1550 Dubischar, Grundlagen 27 ff.

1551 Coing in Simon, Gesammelte Aufsätze 250.

„Mütter“ der jeweiligen Aktionen aufgefasst werden könnten.¹⁵⁵² Dementsprechend sei in der Glosse noch kein grundlegender Gegensatz zwischen dinglichen und persönlichen Rechten bekannt gewesen.¹⁵⁵³ *Michel Villey* geht davon aus, dass bei den Glossatoren grundsätzlich das Verständnis der *res* gleich wie im antiken Recht geblieben sei. Auf Grund der wirtschaftlichen Entwicklung, die wie ausgeführt zu einem Rückzug des Eigentums und zum Aufstieg von sonstigen Nutzungsrechten führte, habe die Gruppe der *res incorporales* im Vergleich zu den *res corporales* aber stark an Bedeutung gewonnen, da die neu geschaffenen Nutzungsrechte als unkörperlich angesehen wurden.¹⁵⁵⁴ Dementsprechend gäbe es in der Glosse auch eine Vielzahl von *jura in re*, welche nach dem Konzept von *Michel Villey* als Untergruppe der *res incorporales* aufgefasst werden könnten. Diese seien jedoch nicht als Grund einer *actio in rem*, sondern vielmehr als dessen Objekt anzusehen.¹⁵⁵⁵ Die *causa* einer *actio in rem* sei von den Glossatoren weiterhin im *dominium* an diesen Rechtsobjekten gesehen worden.¹⁵⁵⁶ Übereinstimmend wird aber davon ausgegangen, dass in der Glosse noch kein modernes Konzept von dinglichen Rechten entwickelt wurde.¹⁵⁵⁷

3.3.2.3. Kanonisches Recht

Im mittelalterlichen Recht spielte das Recht der römischen Kirche auch für das Privatrecht eine hervorgehobene Rolle. So ist die wissenschaftliche Durchdringung des kanonischen Rechts eng verbunden mit den Glossatoren; in einer Gesamtschau kann von einer intensiven wechselseitigen Beeinflussung von kanonischem und weltlichem Recht gesprochen werden.¹⁵⁵⁸ Primär kam dem kanonischen Recht privatrechtliche Bedeutung bei Ehesachen zu; ebenso wurde das kanonische Recht ua auch auf Pfründ- und Zehntstreitigkeiten, Testamentssachen und Streitigkeiten über mit einem Eid verstärkte Verträge angewandt.¹⁵⁵⁹ Darüber hinaus wurde davon ausgegan-

1552 *Dubischar*, Grundlagen 38 f.

1553 *Dubischar*, Grundlagen 38.

1554 *Villey*, *Jus in re* 196 ff.

1555 *Villey*, *Jus in re* 203.

1556 *Villey*, *Jus in re* 200 ff. Dies begründet *Michel Villey* ua mit dem *jus ad rem*, das so gleich näher betrachtet wird. Ähnlich *Dubischar*, der mit Hinweis auf den Brachylogus nachweist, dass derjenige die Berechtigung einer *actio in rem* hat, der sagen kann: „*Res mea est*“, s *Dubischar*, Grundlagen 43 f.

1557 S dazu etwa *Feenstra*, der davon ausgeht, dass bei den gelehrten Juristen des Mittelalters der Gegensatz zwischen *dominium* und *iura in re aliena* nicht entwickelt war, s mwN *Feenstra*, Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen, in FS Wieacker (1978) 209 (213).

1558 *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 17 f.

1559 *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 17. Darüber hinaus kam das kanonische Recht etwa bei beichtpflichtigen Sachverhalten, bei Sachverhalten, in denen ein Kleriker Kläger oder Beklagter war, bzw auf Grund einer Rechtswahl zur Anwendung, s dazu ausf *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 76 ff.

gen, dass die Statuten der einzelnen Staaten keinerlei Geltung gegenüber der Kirche beanspruchen konnten, einzig kaiserliche Gesetze sollten für diese gelten; Voraussetzung war jedoch, dass diese nicht zum Schaden der Kirche bzw von Klerikern führen.¹⁵⁶⁰

Als in der weiteren Rechtsentwicklung besonders wirkmächtig zeigte sich das Institut des *jus ad rem*.¹⁵⁶¹ Ausgangspunkt war dabei der Umstand, dass kirchliche Ämter nicht allein durch Wahl oder Designation erlangt wurden, sondern auch die Einsetzung durch ein besetzungsberechtigtes Organ notwendig war.¹⁵⁶² Nun stellte sich etwa im 12. Jhd die Frage, welche Rechtsstellung einer gewählten bzw designierten Person zukommt, wenn diese noch nicht eingesetzt war – insb im Fall, wenn mehrere Personen eine Einsetzung verlangten.¹⁵⁶³ Ähnlich gelagert war eine Rechtsanfrage an Papst Innozenz III, die er in seiner Dekretale *Pastoralis*¹⁵⁶⁴ im Jahr 1204 dahingehend beantwortete, dass davon ausgegangen werden musste, dass dem zuerst Präsentierten ein Recht auf das Amt zukam. Die Rechtsfolge hing jedoch davon ab, von wem die Auswahl erfolgte: Wenn die Präsentation durch einen geistlichen Patron vorgenommen wurde,¹⁵⁶⁵ hatte der Präsentierte ein Recht am konkreten Benefizium, das er gegenüber jeden tatsächlichen Inhaber geltend machen konnte, bei einer Präsentation durch einen Laienpatron bestand ein Anspruch auf Verleihung eines anderen Benefiziums.¹⁵⁶⁶ Diese Entscheidung fand baldige Aufnahme in der französischen Kanonistenschule, die davon ausging, dass dem zuerst Präsentierten – unabhängig davon, von wem die Präsentation erfolgte – ein Recht auf das versprochene Benefizium zukomme.¹⁵⁶⁷ Mit der Wahl bzw

1560 Mit vielen Nachweisen *Sella-Geusen*, Doppelverkauf (1999) 174 f.

1561 Zum *jus ad rem* im Lehnrecht, s sogleich.

1562 *Landau*, Zum Ursprung des „Jus ad rem“, in *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law* (1971) 81 (81).

1563 Weiterführend *Dondorp*, *Ius Ad Rem* als Recht, Einsetzung in ein Amt zu verlangen, RDH 1991, 285 (287).

1564 Hierbei lag folgender Fall zu Grunde: Ein Kleriker wurde von einem Laienpatron präsentiert, jedoch vom zuständigen Bischof abgelehnt. Während der Laienpatron an den apostolischen Stuhl Berufung einlegte, präsentierte er einen zweiten Kleriker, der vom Bischof eingesetzt wurde. Fraglich war nun, ob der Erstpräsentierte das Recht auf das Benefizium hat, s weiterführend *Landau* in *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law* 90 ff.

1565 Dies hatte den Hintergrund, dass Kleriker an ihre Wahl gebunden waren und dem Präsentierten somit ein Recht auf das Amt zukam, Laien wurde ein *ius variandi* – also ein Recht, die Meinung zu ändern – eingeräumt; ein durch einen Laienpatron Präsentierter hatte somit kein Recht – *nihil iuris*. Diese Differenzierung wurde aber in der Folge fallen gelassen, s mwN *Landau* in *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law* 89.

1566 Voraussetzung ist hier aber, dass der Bischof böswillig gehandelt hat, s *Landau* in *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law* 91 f.

1567 *Landau* in *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law* 94 f.

mit der Designation verbindet den Ausgewählten ein Recht mit dem kirchlichen Amt, welches auch gegen den späteren Erwerber Wirkung zeigt – selbst wenn dieser bereits in das Amt eingesetzt war.¹⁵⁶⁸

Bedeutung über den Fall der Besetzung eines Kirchenamts hinaus erlangte dieses bislang noch unbenannte¹⁵⁶⁹ Recht durch eine erstaunliche Abstraktionsleistung. Im Glossenapparat *animal est substantia*, der in Frankreich zwischen 1206 und 1210 von einem anonymen Autor verfasst wurde, wurde dieses Recht als *jus ad rem petendam* bezeichnet.¹⁵⁷⁰ Das *jus ad rem petendam* wird zwar nicht eindeutig beschrieben, jedoch klar dem *jus in re* gegenübergestellt. Der Präsentierte hatte mit dem *jus ad rem petendam* nur ein Recht, in das Amt eingewiesen zu werden; die Rechte, die mit dem Amt selbst einhergehen – die *jura in re* – kann er aber nicht ausüben.¹⁵⁷¹ Das Besondere an diesem *jus ad rem petendam* ist dabei aber, dass dieses nicht nur das Rechtsverhältnis zwischen Wähler und Gewählten betrifft, sondern auch das Verhältnis zu Dritten.¹⁵⁷² Dieser abstrahierte Gedanke der Drittwirkung von Rechten bleibt dabei mit dem Begriff des *jus ad rem*¹⁵⁷³ assoziiert, auch wenn dieser für den Anlassfall der Besetzung von kirchlichen Ämtern zunehmend an Bedeutung verlor.¹⁵⁷⁴ Es würde jedoch wohl zu weit führen, den Kanonisten des 13. Jhds zu unterstellen, von Anfang an ein „*Mittelding zwischen dinglichen und persönlichen Rechten*“ im Blick gehabt zu haben, da die Fallkonstellationen noch weit von zivilrechtlichen Kategorisierungen entfernt waren; ebenso waren – wie gezeigt – die Begriffe des dinglichen und des persönlichen Rechts noch nicht so weit gefestigt, dass von einer intentionalen Schaffung eines Hybrids ausgegangen werden könnte.¹⁵⁷⁵ Dennoch erlangte dieses Institut in der Folge eine weitgehende Bedeutung für das Zivilrecht.

3.3.2.4. Lehnrecht

Ungefähr zeitgleich zur Kanonistik entwickelte sich das Institut des *jus ad rem* auch im langobardischen Lehnrecht. Dies ergab sich daraus, dass die Übertragung eines Lehns – ebenso wie die Besetzung eines kirchlichen

1568 Dies betrifft wohl nur die Präsentation durch einen geistlichen Patron, s *Dondorp*, RDH 1991, 285 (285 f).

1569 Dieses Recht wurde tatsächlich als *aliquid iuris* – also irgendein Recht – bezeichnet, s mwN *Dondorp*, RDH 1991, 285 (311).

1570 MwN zu diesen Glossen *Dondorp*, RDH 1991, 285 (302).

1571 *Villey*, *Jus in re* 202.

1572 *Dondorp*, RDH 1991, 285 (312); *Landau* in *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law* 96.

1573 Der Zusatz *petendam* wird dabei meist weggelassen.

1574 Später wurde nicht mehr direkt gegen den Konkurrenten vorgegangen, sondern der Streit durch Anrufung des Kirchenoberen entschieden, s mwN *Michaels*, *Sachzuordnung* 111.

1575 *Michaels*, *Sachzuordnung* 110; *Dondorp*, RDH 1991, 285 (317); *Villey*, *Jus in re* 201; aA *Landau* in *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law* 96.

Amts in der Kanonistik – nach einem zweistufigen Verfahren ablief: Zuerst kam es zu einer Investitur genannten Vereinbarung, auf welche eine formelle Übergabe des Lehns folgte.¹⁵⁷⁶ Nun war fraglich, welche Rechtsposition dem Lehnsmann vor der körperlichen Besitzübertragung zukam.¹⁵⁷⁷ Dem Lehnsmann wurde dabei ein Recht gegen den Lehnsherrn auf Übergabe des Lehnsgutes zugemessen, das er notfalls auch durch Selbsthilfe durchsetzen konnte.¹⁵⁷⁸ Dieses Recht galt dabei nicht nur gegenüber dem Lehnsherrn, sondern auch gegenüber Dritten.¹⁵⁷⁹ Dieses Institut wurde in der *Summa feudorum* im 13. Jhd erstmalig als *jus ad rem* bezeichnet.¹⁵⁸⁰

Nach dem heutigen Wissensstand kann davon ausgegangen werden, dass sich das *jus ad rem* unabhängig voneinander im Lehnrecht und im kanonischen Recht entwickelt hat.¹⁵⁸¹ Die üA geht aber davon aus, dass dieses Institut in der Glosse noch nicht bekannt war.¹⁵⁸² Es bedurfte daher eines erheblichen Anpassungsaufwands, um diese nicht-römischen Wertungen in das Zivilrecht zu integrieren – eine Aufgabe, die den späteren Bearbeitern des römischen Rechts vorbehalten blieb.¹⁵⁸³

1576 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 187.

1577 Dabei wird in der L tw davon ausgegangen, dass auch die Investitur ohne förmliche Übertragung ein Vollrecht übertrug; da dies aber im Gegensatz zu den Rechtsätzen des römischen Rechts stand, war hier eine Adaptionsleistung notwendig, vgl Heymann in FS Gierke 1170; Landau in Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law 100.

1578 Dies stellte einen Systembruch dar, da im damaligen Vollstreckungsrecht eine Realexekution unbekannt war, s weiterführend Wesenberg/Wesener, Privatrechtsgeschichte 45.

1579 Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 187; Ogris, Jus ad rem, HRG², Sp 1459.

1580 Gemeinhin wird das jus ad rem auf Jaques de Revigny von der französischen Schule von Orléans zurückgeführt, Meijers geht dahingegen davon aus, dass es sich um einen unbekannten neapolitanischen Juristen handeln müsse. S weiterführend Meijers, Le soi-disant „jus ad rem“, in Feenstra/Fischer (Hrsg), Etudes d'histroire du droit IV – Le droit romain au moyen âge (1966) 175 (177 ff).

1581 Bis heute ist ungeklärt, ob das Institut des *jus ad rem* zuerst im Lehnrecht oder in der Kanonistik entwickelt wurde. Für eine Entwicklung im Lehnrecht treten bspw ein: Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 187; Wesenberg/Wesener, Privatrechtsgeschichte 45; Heymann, Zur Geschichte des jus ad rem, in FS Gierke (1911) 1167 (1173 ff); Meijers, Le soi-disant „jus ad rem“, in Feenstra/Fischer (Hrsg), Etudes d'histroire du droit IV – Le droit romain au moyen âge (1966) 175 (180 ff); für eine Entwicklung in der Kanonistik eintretend Landau in Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law 99 ff; Wesener, Dingliche und persönliche Sachenrechte – iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung, in FS Niederländer (1991) 195 (197). Für die vorliegende Betrachtung kann diese Frage freilich offen bleiben.

1582 Michaels, Sachzuordnung 120; Sella-Geusen, Doppelverkauf 67; Wesener in FS Niederländer 197; ausf Affolter, Institutionen-System 125 ff; aA Meijers in Feenstra/Fischer, Etudes d'histroire du droit IV – Le droit romain au moyen âge 176 f, der das *jus ad rem* auf Accursius zurückführt.

1583 Dahingehend auch Michaels, Sachzuordnung 121 f.

3.3.2.5. Kommentatoren

Nachdem die Glossatoren das Problem des Textverständnisses des antiken römischen Rechts weitgehend gelöst hatten, wurde von einer neuen Gruppe von Rechtsgelehrten vom späten 13. Jhd bis in das 15. Jhd versucht, ein Lehrgebäude mit systematisch begrifflicher Einheit herzustellen.¹⁵⁸⁴ Diese als Kommentatoren bezeichneten Juristen verfolgten dabei eine andere Herangehensweise als die Glossatoren¹⁵⁸⁵: Obwohl weiterhin das römische Recht im Mittelpunkt ihres Interesses stand, wurden darüber hinaus auch die Statutarrechte der italienischen Kommunen und das kanonische Recht in die Betrachtung mit einbezogen.¹⁵⁸⁶ *Wesener/Wesenberg* sprechen dabei von einer Fusion dieser Rechte, mit der alte Rechtsinstitute mit einem neuen Geist gefüllt werden.¹⁵⁸⁷

Es gilt als das Verdienst der Kommentatoren, das *jus ad rem* in das Zivilrecht eingeführt zu haben. Besonders hervorzuheben sind dabei die Ausführungen des wohl berühmtesten Juristen dieser Epoche, *Bartolus de Saxoferrato*¹⁵⁸⁸: Dieser geht davon aus, dass einem Käufer vor der Übergabe der Sache ein *jus ad rem* zukomme; der Begriff des *jus ad rem* wird daher für das obligatorische Recht auf Leistung einer Sache herangezogen.¹⁵⁸⁹ Es wird daher das Forderungsrecht mit dem in der Kanonistik bzw dem Lehnrecht entwickelten Begriff des *jus ad rem* gleichgesetzt.¹⁵⁹⁰ Damit geht gleichwohl auch eine Änderung des Konzepts der Forderung einher: Eine solche galt nicht mehr nur als bloßes *vinculum iuris* zwischen Personen; vielmehr wird eine Verbindung zwischen dem Rechtsobjekt und der Forderung geknüpft.¹⁵⁹¹ Dieser Bedeutungswandel zeitigte Auswirkungen in den Rechtswirkungen, die Obligationen zugemessen wurden.

3.3.2.6. Synthese

Die Rechtsentwicklungen des Mittelalters sind vielschichtig und häufig widersprüchlich; eine zugespitzte Darstellung wird aus rechtshistorischer Perspektive daher vielfach als verkürzt erscheinen. Dennoch ist auch eine derart

1584 *Sella-Geusen*, Doppelverkauf 120.

1585 Auch in ihrer Methode unterscheiden sich die Kommentatoren von den Glossatoren: Während sich die Glossatoren stark am Text orientieren, wenden die Kommentatoren auch analoge Anwendungen von Wertungen an, s dazu weiterführend *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 31 f.

1586 Dies deckt sich auch mit dem Befund, dass die Kommentatoren – anders als die Glossatoren – auch in der Rechtspraxis als Gutachter gefragt waren, s dazu mwN *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 28 ff.

1587 *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 29 f.

1588 Mit einer sehr plastischen Darstellung von *Bartolus* ausf *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 31.

1589 MwN *Wesener* in FS Niederländer 198; *Landau* in Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law 120.

1590 *Villey*, Jus in re 206.

1591 *Kämper*, Forderungsbegriff 16; *Michaels*, Sachzuordnung 121.

prägnante Darstellung von großem Wert, um die Evolution des Konzepts des dinglichen Rechts zu verfolgen. Dabei zeigt sich, wie stark im Mittelalter verschiedenste Rechtsströmungen ineinandergefloßen sind.

Große Einigkeit besteht darin, dass das heutige Verständnis des dinglichen Rechts wesentlich durch Entwicklungen im Mittelalter geprägt ist. Ein besonders wichtiger Schritt war die Trennung von *actio* und dem zu Grunde liegenden Recht durch die Glossatoren. Dies war wohl auch Ausgangspunkt für die heutige Vorstellung der kategorialen Trennung von Schuld- und Sachenrecht: Die Gehörensrelation war die „Mutter“ der *actio in rem*, deren Kinder durch die wirtschaftliche Entwicklung freilich immer zahlreicher wurden. Demgegenüber stand die *actio in personam*, als deren „Mutter“ die Obligation angesehen wurde. Obligation und das dingliche Recht wurden somit als Töchter unterschiedlicher Mütter zu kategorisch zu unterscheidenden Größen. Es überrascht daher nicht, dass – wie gezeigt – im Mittelalter die Obligation auch systematisch von der *res* getrennt wurde, woraus in der Folge die Dichotomie zwischen Schuld- und Sachenrecht entwickelt wurde.¹⁵⁹²

Eine zweite, gegenläufige Entwicklung betraf das Verhältnis von Subjekt zu Objekt. Während im antiken römischen Recht das Subjekt-Objekt-Verhältnis streng vom Subjekt-Subjekt-Verhältnis getrennt war, kam es im Mittelalter zu einer wesentlichen Aufweichung; maßgeblich hierfür war die gegenseitige Beeinflussung der verschiedenen Rechtseentwicklungen. Wie gezeigt war im heimischen Partikularrecht gleich wie im Kirchen- und Lehnrecht und auch bei den Kommentatoren anerkannt, dass das Subjekt-Subjekt-Verhältnis auch unmittelbar Auswirkungen auf das Objekt haben konnte; dementsprechend wurde das Subjekt-Subjekt-Verhältnis „verdinglicht“: Nach dem Konzept der Gewere wurden Vereinbarungen zwischen Personen, die ein Objekt zum Inhalt hatten, zum „werdenden Sachenrecht“. Dem entsprach das *jus ad rem* der Kanonistik und des Lehnrechts, mit dem bereits eine Berechtigung am Objekt einher ging und das auch gegenüber Dritten Wirkung entfaltete. Auch die Kommentatoren – und dabei allen voran *Bartolus* – assoziierten das *jus ad rem* mit einem auf Sachleistung gerichteten Forderungsrecht. Freilich unterschied man in den Rechtswirkungen stets danach, ob es sich um ein Vollrecht an der Sache (*jus in re*) oder ein Recht zur Sache (*jus ad rem*) handelte. Ein volles Recht an der Sache – etwa sämtliche Rechte eines Bischofs im Kirchenrecht – vermittelte nur das *jus in re*; das *jus ad rem* enthielt bloß das Recht auf Erlangung der Sache, was freilich ein Rechtsverhältnis mit dem Objekt darstellte und gegenüber jedermann, der dieses (obligatorische) Rechtsverhältnis störte, durchgesetzt werden konnte. Dementsprechend konnten auch Vereinbarungen, die zur Erlangung des Objekts führen sollten, dingliche Wirkungen entfalten.

1592 S bereits 1.2.2.

Obwohl der letzte Zusammenhang nicht das dingliche Recht, sondern vielmehr die Struktur der Obligation betrifft, ist die Entwicklung des *jus ad rem* für das Verständnis des Regelungssystems des ABGB von großer Bedeutung. Denn die Überlegung, dass – unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs – eine Forderung als Recht zur Sache und sohin als persönliches Sachenrecht anzusehen ist, lässt sich unmittelbar in diese Denktradition einordnen. Bezugspunkt und Rechtsobjekt der Forderung ist dabei klarerweise die Sache, nicht die Person des Schuldners. Dogmengeschichtlich ist der Ansatz des ABGB, der zwischen dinglichen Sachenrechten und persönlichen Sachenrechten differenziert, somit auf diese Konzeption zurückzuführen, die im Mittelalter ihre Wurzeln findet.

3.3.3. Neuzeit

Nach heutiger Auffassung wird davon ausgegangen, dass es im Übergang vom späten Mittelalter zur frühen Neuzeit zu einem grundsätzlichen Wandel im Rechtsverständnis kam: Das Individuum rückte in das Zentrum der Betrachtung. Es handelt sich hier freilich um eine generelle Kulturentwicklung, die ganz dem Zeitgeist des Humanismus und der Renaissance entspricht.¹⁵⁹³ Diese Neuausrichtung auf den Menschen zeitigte auch Auswirkungen auf die Konzeption des Verhältnisses zwischen Subjekt und Objekt: Man spricht dabei von einem Übergang zum subjektiven dinglichen Recht, das dadurch charakterisiert ist, dass die Rechtsordnung dem Einzelnen die Rechtsmacht einräumt, einen bestimmten Gegenstand zu benutzen und zu besitzen. Diese Rechtsmacht ist dadurch charakterisiert, dass sie unmittelbar gegenüber andere Personen durchgesetzt werden kann.¹⁵⁹⁴ Das Rechtsverhältnis zwischen Subjekt und Objekt wird sohin zu einem Rechtsverhältnis zwischen Subjekten. Schwierig und wahrscheinlich unmöglich ist es hier, den Übergang zum subjektiven Recht einem einzelnen Autor oder einer einzigen Geistesströmung zuzuordnen; bereits vor der frühen Neuzeit finden sich – insb auch theologisch inspirierte¹⁵⁹⁵ – Konzepte, die den einzelnen Menschen in den Mittelpunkt auch im Verhältnis zum Objekt stellen. Mit dem geht einher, dass in der Lit der Anbeginn des subjektiven Rechts ganz unterschiedlich datiert wird, vom Mittelalter bis hin zu den Autoren des Na-

1593 S weiterführend *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 68 ff. Man könnte auch von einer kopernikanischen Wende sprechen, bei der das Individuum in den Mittelpunkt gerückt ist.

1594 Grundlegend zur Geschichte des subjektiven Rechts *Coing*, Europäisches Privatrecht I 172; *Coing*, Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht", in Simon (Hrsg), Gesammelte Aufsätze I 241 ff.

1595 S dazu etwa den Eigentumsbegriff von *Wilhelm v Ockham*, der aus der Sicht von *Villey* bereits als Indiz für eine subjektivrechtliche Rechtsbetrachtung angesehen werden kann. Auch *Coing* geht davon aus, dass das subjektive Recht bereits vor 1500 entwickelt war, s *Coing*, Europäisches Privatrecht I 172 ff.

turrechts. In der Folge soll auf einzelne Positionen eingegangen werden, denen für die Entwicklung des dinglichen Rechts eine besondere Bedeutung zugemessen wird, wobei der Fokus auf den Konzeptionen von *Martini*, *Kant* und *Zeiller* liegt.

3.3.3.1. Naturrechtliche Autoren vor *Martini*

Als besonders wirkmächtig für eine Neukonzeption des Subjekt-Objekt-Verhältnisses erwiesen sich dabei die Arbeiten von *Hugo Grotius*,¹⁵⁹⁶ dessen Rechtsverständnis personenzentriert ist.¹⁵⁹⁷ Bereits am Anfang seines 1625 erschienenen Opus magnum *De iure belli ac pacis* beschreibt er das Recht als etwas, das sich auf die Person bezieht und ua festlegt, was diese gerechtfertigterweise zu eigen haben kann.¹⁵⁹⁸ Als das Recht *ieS* bezeichnet er die Macht über sich selbst und über andere; zu letzterer zählt er neben der väterlichen Gewalt auch das Eigentum, das Fruchtgenussrecht und das Pfandrecht sowie das Darlehen, welchem die Schuld des Gegners entspricht.¹⁵⁹⁹ Dieser Satz, der als Geburtsstätte des subjektiven Rechts angesehen wird,¹⁶⁰⁰ ist für die Subjekt-Objekt-Relation aus zweierlei Gründen bemerkenswert: Einerseits wird das Verhältnis zwischen Subjekt und Objekt mit Rückgriff auf ein anderes Subjekt definiert.¹⁶⁰¹ Das Recht an einer Sache ergibt sich daher durch die Macht über andere, diesen den Zugriff zum Objekt zu verwehren.¹⁶⁰² Das Recht gegenüber anderen Subjekten erwächst daher nicht wie nach einer objektivrechtlichen Konzeption als Reflexwirkung eines Eingriffs in das Rechtsverhältnis zwischen Subjekt und Objekt; vielmehr ergibt sich aus der Subjekt-Objekt-Relation unmittelbar ein Anspruch gegenüber Dritten. Dies stellt eine wesentliche Abstraktionsleistung dar, durch die das Recht an einer Sache immer in Relation zu anderen Subjekten aufgefasst wird. Andererseits wird das Eigentums-, Fruchtgenuss- und Pfandrecht als Macht gegenüber anderen definiert – was

1596 Tatsächlich ist die Bedeutung von *Grotius* für das Naturrechtsdenken sehr umstritten: Während manche ihn als „Vater des Naturrechts“ bezeichnen, wird er von anderen als bloßer Rezipient von Ideen dargestellt, s dazu mwN *Voppel*, Einfluß des Naturrechts 78 ff.

1597 Für eine ausführlichere Auseinandersetzung mit den einzelnen Autoren, s *Holzweber*, Genese 55 ff.

1598 *Grotius*, Hugo Grotius' Recht des Krieges und Friedens I (Übersetzung aus 1869) Buch 1, Kapitel 1, § 4 (70).

1599 *Grotius*, Recht des Krieges und Friedens I Buch 1, Kapitel 1 § 5 (70).

1600 *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung 182; *Dubischar*, Grundlagen 62.

1601 Die Sache wird dabei als Erweiterung der Person aufgefasst, s mwN *Eggel*, Begründung 264 f.

1602 Dies stellt auch einen bedeutenden Schritt in der Rechtsauffassung von *Grotius* dar, der in seiner fünf Jahre vorher verfassten Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid noch davon ausgegangen ist, dass das Recht an einer Sache ohne Verbindung zu Personen definiert werden könne, s dazu weiterführend *Feenstra* in FS Wieacker 230 f. Die Inleidinge wurde zwar bereits 1619 verfasst, jedoch erst 1631 veröffentlicht, s mwN *Voppel*, Einfluß des Naturrechts 85 ff.

freilich die soeben ausgeführte Abstraktionsleistung zur Voraussetzung hatte. Diese Rechte werden daher nicht mehr als Rechtsobjekte verstanden, an denen nur eine Gehörensrelation denkbar ist; vielmehr stellen Eigentums-, Fruchtgenuss- und Pfandrecht jeweils eigenständige Verbindungen zum Objekt dar, die in verschiedenen Ausprägungen existieren.¹⁶⁰³ Es gilt daher als das Verdienst von *Grotius*, das Verhältnis zwischen Subjekt und Objekt als Recht zwischen Personen konzipiert zu haben.

In seiner Konzeption der Subjekt-Objekt-Relation wandelte *Pufendorf* auf den Pfaden, die vor ihm bereits *Grotius* begangen hat.¹⁶⁰⁴ Das Rechtsverständnis von *Pufendorf* war subjektiv-rechtlich geprägt; er sah das Recht als eine „*Moral-Beschaffenheit, vermöge derer man entweder über Personen herrscht, oder Sachen besitzt, oder an etwas einen rechtlichen Anspruch und Zuspruch hat*“¹⁶⁰⁵. Indirekt¹⁶⁰⁶ stellte er das dingliche Recht dem persönlichen Recht gegenüber: So sprach er von einer persönlichen Gewalt, die an einer spezifischen Person haftet; gegenüber anderen könne diese nicht ausgeübt werden. Andererseits könne die Gewalt auch Objekte betreffen, worunter *Pufendorf* neben Sachen auch Personen verstand; die Gewalt betreffe dabei die Abwehr von Hindernissen, die das Vermögen, über sich und das Seinige frei zu disponieren, beeinträchtigen.¹⁶⁰⁷ Die wesentliche Verbindung zwischen Subjekt und Objekt sei die Herrschaft (*dominium*), definiert als das Recht, mit der Sache nach eigenem Gutdünken zu schalten und andere am Gebrauch und an der Nutzung zu hindern, sofern diese kein besonderes Recht dazu erworben haben.¹⁶⁰⁸ Es erlischt mit dem Ableben des Eigentümers und ist somit direkt mit einem spezifischen Subjekt verbunden.¹⁶⁰⁹ Eigentum könne nach Auffassung von *Pufendorf* nur zwischen Personen wirken; wenn nur ein Mensch auf der Welt existierte,¹⁶¹⁰ käme diesem kein Eigentumsrecht zu.¹⁶¹¹ Er sieht das Eigentum dabei als rechtliche Kategorie an, die sowohl von der faktischen Innehabung als auch vom Besitz zu unterscheiden sei.¹⁶¹²

1603 Ähnlich *Dubischar*, Grundlagen 62. Für eine Einschränkung dieser Auffassung s. sogleich.

1604 Nach *Voppel* hat *Pufendorf* den bedeutendsten Beitrag im Anschluss an die Naturrechtslehre von *Grotius* geleistet, indem er dessen Lehre aufgenommen und weiterentwickelt hat, s. *Voppel*, Einfluß des Naturrechts 125 f.

1605 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 1, Kapitel 1 § 20 (29).

1606 Dies erfolgt im Abschnitt über Gewalt als Moraleigenschaft, die aber bei *Pufendorf* dadurch geprägt ist, dass sie rechtmäßig ausgeübt wird, s. *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 1, Kapitel 1 § 19 (27).

1607 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 1, Kapitel 1 § 19 (28).

1608 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 4, Kapitel IV § 2 (856).

1609 AaO.

1610 *Pufendorf* nennt dabei das Beispiel von Adam vor der Schaffung der Eva.

1611 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 4, Kapitel IV § 3 (859).

1612 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte, Buch 4, Kapitel IX, § 7 (961).

Christian Wolff bettete seine Konzeption der Subjekt-Objekt-Relation in das ausdifferenzierte System seiner Pflichtenethik. Dementsprechend folgen aus der Natur des Menschen Verpflichtungen,¹⁶¹³ als Recht sieht er das moralische Vermögen, etwas zu tun oder zu lassen.¹⁶¹⁴ Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Subjekt und Objekt ging *Wolff* von einem Naturzustand aus, in dem alle Menschen das Recht zum Gebrauch all jener Sachen haben, die diese zu ihrem Fortkommen benötigen.¹⁶¹⁵ Demgegenüber steht das der Natur widerstrebende¹⁶¹⁶ Recht des Einzelnen, alle anderen von der Sache auszuschließen.¹⁶¹⁷ Hieraus ergibt sich auch die Definition des Eigentums: Dieses gilt als Recht, alle anderen auszuschließen und „mit der Sache vorzunehmen, was man will“; woraus auch die Verpflichtung aller anderen erwächst, nicht in fremdes Eigentum einzugreifen.¹⁶¹⁸ Das Eigentum beinhalte das Recht (i) mit der Sache selbst, (ii) mit ihrem Gebrauch und (iii) mit ihren Früchten nach Belieben zu verfahren; sind alle drei Rechte vorhanden, spreche man von einem völligen Eigentum (*dominium plenum*), wenn das Eigentum um zumindest eines dieser Rechte verkürzt wird, von einem nicht völligen Eigentum (*dominium minus plenum*).¹⁶¹⁹ Darüber hinaus komme dem Eigentümer auch noch das Recht zu, die Sache zu besitzen.¹⁶²⁰ Für eine Übertragung des Eigentums reiche idR die Übereinkunft aus.¹⁶²¹ Ganz nach der von *Grotius* etablierten Denkweise wird das Verhältnis zwischen Subjekt und Objekt daher im Verhältnis zwischen Subjekten gedacht, wobei dieses Konzept im Einzelnen systemkonform weitergebildet wurde.

Hinsichtlich der Zuordnung von Rechten entsteht bei *Christian Wolff* eine gewisse Dualität. Einerseits kann ein Recht – etwa bei einer Obligation – die Verpflichtung zur Hingabe einer Sache, zu einem persönlichen Tätigwerden oder zum Unterlassen einer Handlung enthalten.¹⁶²² Da auch die nützliche Handlung als eigentumsfähige Sache angesehen wird,¹⁶²³ bezeichnet er dasjenige, „was wir zu demjenigen haben, das uns der andere zu leisten verbunden ist“

1613 Zur Philosophie Wolffs ausf. *Voppel*, Einfluß des Naturrechts 189 ff.

1614 *Wolff*, Grundsätze § 50 (32).

1615 *Wolff*, Grundsätze § 183 ff. (116 ff.).

1616 *Wolff* begründet die Notwendigkeit, Sachen einzelnen Personen zuzuordnen, mit der Notwendigkeit, dass für die Fortentwicklung Fleiß und Kunst vonnöten seien, die ohne Zuordnung des Ergebnisses der Arbeit nicht aufgebracht würden, s. *Wolff*, Grundsätze § 194 (123).

1617 *Wolff*, Grundsätze § 191 (121).

1618 *Wolff*, Grundsätze § 195 (122 f.).

1619 *Wolff*, Grundsätze § 198 (126 f.).

1620 *Wolff*, Grundsätze § 200 (128).

1621 MwN *Wesener*, Zur naturrechtlichen Lehre vom Eigentumserwerb, in FS Grass (1986) 433 (441); ausf. zum Konsensprinzip im Naturrecht *Hofmann*, Zur Lehre vom titulus und modus acquirendi und der iusta causa traditionis (1873) 14 ff.

1622 *Wolff*, Grundsätze § 377 (229).

1623 *Wolff*, Grundsätze § 377 (229).

als Recht zu einer Sache – *jus ad rem*.¹⁶²⁴ Andererseits sieht er das Recht in einer Sache (*jus in re*), das als Vermögen „nach seinem Gefallen mit der Sache selbst, oder einem Gebrauch, oder einer Nutzung derselben, die man von ihr haben kann, oder in allen Stücken zugleich anzufangen, was man will“¹⁶²⁵ angesehen wird. Ein Recht kann im System von Wolff daher zwei Seiten haben: Stets ist es eine Sache, die im Vermögen des Eigentümers steht und somit ausschließlich diesem zusteht (*jus in re*).¹⁶²⁶ UU enthält ein Recht aber auch die Verpflichtung eines anderen, zu leisten oder zu unterlassen (*jus ad rem*). *Jus in re* und *jus ad rem* sind daher im System von Wolff – anders als nach der Lehre von Apel – Komplementärbegriffe, die unterschiedliche Formen von Rechtswirkungen bezeichnen. Vielmehr handelt es sich um die sprichwörtlichen zwei Seiten derselben Medaille, die in aller Regelmäßigkeit¹⁶²⁷ gemeinsam auftreten. Illustriert kann dieser Zusammenhang im System von Wolff durch eine Forderung werden: Diese ist Vermögensgegenstand und gleichzeitig das *vinculum juris*, das Gläubiger und Schuldner verbindet.¹⁶²⁸

3.3.3.2. Karl v Martini

Die Konzeption des Verhältnisses von Subjekt und Objekt bei Martini ist stark naturrechtlich geprägt. So geht er – ganz nach dem naturrechtlichen Vorbild – in seinem Naturrechts-Lehrbuch davon aus, dass den Menschen im Naturzustand alle Sachen zustanden und jedermann zu allen Handlungen berechtigt war.¹⁶²⁹ Martini nennt bei den Handlungen, die jedermann im Urzustand offenstanden, das Recht, Tiere zu fangen, Früchte einzusammeln, seine Wohnung aufzuschlagen und zu gehen, wohin es ihm beliebte.¹⁶³⁰ Zur ursprünglichen Begründung von Eigentum kam es durch die Zueignung einer herrenlosen Sache, wobei es nach Ansicht von Martini nicht wie bei Kant und Pufendorf zu einer einhelligen Aufteilung der Sachen kam, sondern nur ein einseitiger Willensakt des zueignenden Subjekts vorliegen musste.¹⁶³¹ Mit der Zueignung erwachse das Recht, mit der Substanz und den Nutzungen der Sache nach Willkür zu schalten.¹⁶³² Martini bezeichnet das Eigentum dabei als „dingliches Recht, welches ohne Rücksicht auf eine

¹⁶²⁴ Wolff, Grundsätze § 335 (206).

¹⁶²⁵ Wolff, Grundsätze § 334 (205 f).

¹⁶²⁶ Wolff, Grundsätze § 377 (229).

¹⁶²⁷ Nämlich immer dann, wenn in der Diktion des ABGB von persönlichen Sachenrechten die Rede ist.

¹⁶²⁸ So auch Huwiler, Begriff der Zession 59 f.

¹⁶²⁹ Martini, Lehrbegriff § 416 ff (158 ff).

¹⁶³⁰ Martini, Lehrbegriff § 418 (159). Mit Umweg über den Entwurf Martini wurde die Nennung dieser Rechte direkt in die Definition der unkörperlichen Sache in § 292 ABGB übernommen, s dazu bereits 2.3.5.

¹⁶³¹ Martini, Lehrbegriff § 426 (162 f).

¹⁶³² Martini, Lehrbegriff § 422 (160 f).

bestimmte Person auf der Sache selbst haftet“.¹⁶³³ Nur ganz am Rande geht *Martini* auf sonstige dingliche Rechte ein; er sieht diese als Teil des Eigentums, nämlich als Recht, über die Nutzungen einer Sache zu disponieren.¹⁶³⁴ Dem dinglichen Recht gegenüber stellt *Martini* das persönliche Recht, das mit Vertragsabschluss nur gegen eine bestimmte Person – nämlich den Versprechenden – besteht.¹⁶³⁵ Das Eigentum wird dabei bereits mit der Einigung übertragen; es bedarf daher keiner gesonderten Übergabe; diese sei nur für die Besitzerlangung vonnöten.¹⁶³⁶ Das Verhältnis von Subjekt zu Objekt bei *Martini* ist somit stark von *Christian Wolff* geprägt und stimmt iW mit dessen Konzeption überein.¹⁶³⁷

3.3.3.3. Immanuel Kant

Kants Wirken brach bereits im methodischen Ansatz mit anderen Autoren des Naturrechts. Er versuchte einen Ausgleich zwischen der rationalistischen Philosophie,¹⁶³⁸ der etwa *Christian Wolff* zugerechnet wird, und der empirischen Philosophie,¹⁶³⁹ die häufig mit *David Humes* assoziiert wird.¹⁶⁴⁰ Im Kern der Philosophie *Kants* steht dabei die Freiheit des Menschen, was sich unmittelbar auch auf die Konzeption seines rechtlichen Systems auswirkt. So definiert er das Recht als den „*Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann*“¹⁶⁴¹. Eine Handlung ist nach *Kant* rechtens, wenn sie mit der Freiheit eines jeden anderen gemeinsam bestehen kann.¹⁶⁴² Aus dem Recht folge das Vermögen, andere zu verpflichten;¹⁶⁴³ was wohl zu Recht als Begründung des subjektiven Rechts interpretiert wird.¹⁶⁴⁴

1633 *Martini*, Lehrbegriff § 422 (160 f).

1634 *Martini*, Lehrbegriff § 436 (167).

1635 *Martini*, Lehrbegriff § 463 (179).

1636 *Martini*, Lehrbegriff § 465 (179).

1637 Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, hat *Martini* seinen Lehrbegriff des Naturrechts doch in Anlehnung an *Wolff* und *Pufendorf* entwickelt, s dazu auch *Schmidlin* in FS 200 Jahre ABGB 66.

1638 Diese sieht – sehr verkürzt dargestellt – das rationale Denken als Hauptquelle beim Erwerb und der Begründung von Wissen an.

1639 Diese sieht – wiederum sehr verkürzt dargestellt – die Sinneserfahrung als Hauptquelle der Erkenntnis an.

1640 Mit einem lesenswerten und prägnanten Abriss zu *Kants* Philosophie *Huwiler*, Begriff der Zession 84 ff.

1641 *Kant*, Metaphysik der Sitten² 34.

1642 *Kant*, Metaphysik der Sitten² 35.

1643 Dies begründet *Kant* wiederum mit der Freiheit: „(...) wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. un-recht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmend, d. i. recht“, s *Kant*, Metaphysik der Sitten² 36.

1644 MwN *Huwiler*, Begriff der Zession 89.

Anders als bei naturrechtlichen Denkern steht daher bei *Kant* nicht die Pflicht, sondern die Freiheit im Mittelpunkt der Überlegungen.

Das Verhältnis von Subjekt und Objekt bei *Kant* ergibt sich stringent aus seiner Freiheitsperspektive. Demnach können Rechtsbeziehungen nur zwischen freien und vernunftbegabten Wesen bestehen, nicht zwischen Subjekten und Objekten, da es sich bei letzteren um vernunftlose Wesen handelt, die „weder uns verbunden [sind], noch von welchen wir können verbunden werden“¹⁶⁴⁵. Die Subjekt-Objekt-Relation drückt sich daher durch ein Verhältnis zwischen Personen aus, wobei *Kant* die hieraus entspringenden Verpflichtungen aus der Vernunft – dh ohne Rückgriff auf die Empirie – entwickelt.

Zuerst analysiert *Kant* den empirischen Besitz (auch manchmal tatsächlicher Besitz) genannt. Dieser korrespondiert mit der Innehabung des Objekts, dh es ist ein bloß tatsächlicher Zustand, der eine physische Verbindung zwischen Objekt und Subjekt bezeichnet.¹⁶⁴⁶ Sobald ein Dritter den empirischen Besitz stört,¹⁶⁴⁷ bedeutet dies einen Eingriff in die Freiheit, die *Kant* das innere *Meine* nennt,¹⁶⁴⁸ der nicht rechtens sein kann. Die Freiheit würde jedoch nur durch den Bruch der Innehabung eingeschränkt, nicht aber durch die fortwährende Nutzung durch den Störer, da dieser ja selbst dann einen empirischen Besitz erworben hat. Es handelt sich hierbei um die aus der Vernunft herrührende Begründung des Schutzes des als Faktum verstandenen Besitzes,¹⁶⁴⁹ dem *Kant* in der Folge keine weitere Bedeutung mehr einräumt.

Vom empirischen Besitz unterscheidet *Kant* als reinen Verstandesbegriff¹⁶⁵⁰ den intelligiblen Besitz, für den anders als bei ersterem keine tatsächliche Innehabung des Objekts erforderlich sei. Aus einer juristischen Perspektive kann diese Form des Besitzes als rechtliche Zuordnung eines Objekts zum Subjekt aufgefasst werden. *Kant* bezeichnet diesen auch als das äußere *Mein und Dein*, nämlich dasjenige, „an dessen beliebigen Gebrauch mich zu hindern, Läsion sein würde“ – verstanden als eine Einschränkung der Freiheit.¹⁶⁵¹ Dass der intelligible Besitz nicht zwingend mit dem empirischen Besitz zusammenfallen muss, ergibt sich aus einem rechtlichen Postulat der praktischen Vernunft.¹⁶⁵² *Kant* differenziert in seinem Freiheitsnarrativ in der Begründung für den Erwerb und die Geltung des äußeren *Mein und Dein* zwischen körperlichen Sachen (Substanz), denen er das Sachenrecht (*jus reale*) widmet, der Leistung (Kausalität) des anderen, die er im

1645 *Kant*, Metaphysik der Sitten² 47.

1646 *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 4 (54).

1647 *Kant* nennt das Beispiel eines Apfels, der ihm aus der Hand geschlagen wird.

1648 *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 4 (54).

1649 Freilich ohne dass dieser als solcher benannt wird.

1650 Es handelt sich um einen Begriff unabhängig von Raum und Zeit, s dazu eingehend *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 7 (61 ff).

1651 *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 5 (56).

1652 *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 6 (60).

persönlichen Recht (*jus personale*) abhandelt, und der – hier nicht weiter zu thematisierenden – anderen Person selbst, das er als dinglich-persönliches Recht (*jus realiter personale*) bezeichnet.¹⁶⁵³

Das äußere *Mein und Dein* bei körperlichen Sachen ergibt sich durch eine Anmaßung: Jeder andere hat die Verbindlichkeit, sich dieses Gegenstandes zu enthalten.¹⁶⁵⁴ Da diese Anmaßung in einem bürgerlichen Zustand¹⁶⁵⁵ auf Gegenseitigkeit beruht, entspricht sie den Freiheitsgesetzen. Zurückgeführt werden kann diese Rechtfertigung auf den ursprünglichen Zustand¹⁶⁵⁶, in dem eine Sache, die noch niemandem gehört, in Besitz genommen wurde (*Apprehension*). In der Folge muss jeder andere davon abgehalten werden, die Sache zu verwenden. Drittens muss eine Zueignung (*appropriatio*) erfolgen, die eine Zustimmung von jedermann beinhaltet.¹⁶⁵⁷ Es kommt daher zu einem doppelten Willkürakt: einerseits die Ausübung des zueignenden Willens des Erwerbers und andererseits ein damit übereinstimmender Willensakt der Rechtsgemeinschaft.¹⁶⁵⁸ Aus diesem ursprünglichen Vertrag erwächst die mit den Freiheitsgesetzen kompatible Verpflichtung, sich hinsichtlich der Sachen von jedem anderen zu enthalten. *Kant* begründet somit die *Erga-omnes*-Wirkung im Sachenrecht, begrenzt diese aber explizit auf körperliche Sachen, da nur diese Gegenstand der ursprünglichen Erwerbung sein konnten.¹⁶⁵⁹

Davon zu unterscheiden ist das persönliche Recht, das es ermöglicht, jemanden im Einklang mit den Freiheitsgesetzen zu einer gewissen Tat zu bestimmen. Denn ein solches Recht findet sich nicht durch eine ursprüngliche Erwerbung begründet, sondern durch eine Willensübereinkunft.¹⁶⁶⁰ Dadurch wird nur das Versprechen eines anderen erworben, nicht aber das Versprochene selbst; das persönliche Recht wirkt nur gegenüber einer bestimmten Person.¹⁶⁶¹ Eine Sache wird nicht durch die Annahme eines Versprechens, sondern durch Übergabe des Versprochenen erworben; die Übergabe fasst *Kant* als Besitzakt und als „besonderen Vertrag“¹⁶⁶² auf.¹⁶⁶³ Aus einem

1653 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 10 (70).

1654 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 8 (64).

1655 Das ist ein Zustand, in dem eine öffentlich-gesetzgebende Gewalt besteht, die es erlaubt, das Recht durchzusetzen.

1656 In diesem stehen noch alle Sachen in einem Gesamtbesitz, s *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 13 (73 f). *Kant* führt dies freilich nur für das Eigentum am Boden genauer aus.

1657 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 10 (69). Die Idee, dass es zur Begründung des Eigentums der Zustimmung aller anderen bedurfte, ist jedoch deutlich älter und findet sich bereits bei *Grotius* und *Pufendorf* wieder, s dazu weiterführend *Pufendorf*, *Natur- und Völker-Rechte*, Buch 4, Kapitel IV § 9 f (874 ff).

1658 So auch treffend *Kreutz*, *Das Objekt* 198.

1659 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 17 (83).

1660 Zu dieser ausf *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 19 (84 ff).

1661 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 20 (87).

1662 Dies wird als erster Ansatz für die später erfolgte Entwicklung des Abstraktionsprinzips angenommen, s *Kreutz*, *Das Objekt* 201.

1663 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*² § 21 (89).

persönlichen Recht kann daher nur eine bloß relative Wirkung zwischen den Vertragsparteien folgen.

Betrachtet man das System der Zurechnung von Objekten zu Subjekten bei *Kant* aus rein juristischer Perspektive, fällt auf, dass sich dieser weitgehend an die Auffassungen des gemeinen Rechts gehalten hat.¹⁶⁶⁴ So sieht er einen grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Recht an der Sache, das er als Sachenrecht betitelt, und dem Recht zur Sache, das er persönliches Recht nennt, in den Rechtswirkungen: Während erstere gegen alle – in einem heutigen Sprachgebrauch *absolut* – wirken, entfalten zweitere nur *relative* Verpflichtungen zwischen den Vertragsparteien. Die Übertragung von Sachen erfolgt nach dem Traditions- bzw. Intabulationsprinzip.¹⁶⁶⁵ Dementsprechend enthält die Metaphysik der Sitten eine philosophische Fundierung des Subjekt-Objekt-Verhältnisses des gemeinen Rechts, nun freilich aber auf der Basis eines Verständnisses von dinglichen Rechten als Herrschaftsmacht gegenüber andere.

3.3.3.4. *Franz v Zeiller*

In seinem *Natürlichen Privatrecht* baut *Zeiller* sein Rechtssystem maßgeblich auf den Unterschied von Subjekt und Objekt und deren Verbindung zueinander auf.¹⁶⁶⁶ An den Anfang des ersten Teils zum natürlichen Privatrecht setzt er die Differenzierung zwischen Personen und Sachen; diese unterscheiden sich darin, dass Personen – anders als Sachen – der Vernunftgebrauch offen steht.¹⁶⁶⁷ Rechte können daher eine Person oder eine Sache zum Gegenstand haben, weshalb diese auch Personen- oder Sachenrechte genannt werden. Dabei kommt Personen als angeborenes Recht grundsätzlich das Recht auf Sachen zu; jedermann sei daher berechtigt, eine Sache, die niemand anderen gehört, zu verwenden.¹⁶⁶⁸ Von den angeborenen Rechten zu unterscheiden sind erwerbbarer Rechte, wobei nach *Zeiller* alles Erwerbliche eine Sache und keine Person sei; das gesamte erwerbbarer Recht müsse daher als Sachenrecht bezeichnet werden.¹⁶⁶⁹ Das Sachenrecht umfasst somit auch die Kräfte und die äußeren Handlungen anderer Personen.¹⁶⁷⁰ Er nimmt außerdem die vom ABGB her bekannte Unterscheidung zwischen persönlichem und dinglichem Sachenrecht vor, wobei ersteres dasjenige sei, welches man nur gegen eine bestimmte Person hat, wohingegen zweiteres gegen je-

1664 Dazu kritisch *Huwwiler*, Begriff der Zession 101 f.

1665 Krit dazu *Kreutz*, Das Objekt 203.

1666 Dass hier sowohl auf die erste als auch auf die dritte Auflage verwiesen wird, hat den Hintergrund, dass die erste Auflage noch vor Inkrafttreten des ABGB veröffentlicht wurde, die ausführlichere dritte Auflage jedoch danach.

1667 *Zeiller*, Privat-Recht¹ § 41 (50).

1668 *Zeiller*, Privat-Recht¹ § 46 (54 f).

1669 Die Idee, das Sachenrecht weit zu interpretieren und auch Rechte als unkörperliche Sachen darin zu situieren, hat zuvor bereits *Thibaut* in seiner Dissertation formuliert, vgl *Thibaut*, Verteidigung 6 f.

1670 Besonders deutlich in der 3. Auflage: *Zeiller*, Privat-Recht³ § 56 (89 ff).

dermann zustehe.¹⁶⁷¹ Später schreibt Zeiller, dass ein dingliches Sachenrecht eine Sache als äußeres Gut, ein persönliches Sachenrecht dahingegen eine persönliche Leistung bzw eine Handlung zum unmittelbaren Gegenstand habe.¹⁶⁷² Er führt zum dinglichen Sachenrecht in der 3. Auflage aus:

*„Denn in dem ersten Falle [beim dinglichen Sachenrecht] hat der Berechtigte zunächst die Befugnis, von der Sache, nach der Beschaffenheit seines drauf erlangten Rechtes, Gebrauch zu machen, folglich auch jeden, dem sein Recht bekannt sein muss, zu zwingen, dass er ihn daran nicht hindere. Diesem Recht entspricht also eine (negative) Verbindlichkeit, dem Berechtigten die Sache zu seiner beliebigen Verfügung zu überlassen.“*¹⁶⁷³

Dem stellt Zeiller das persönliche Sachenrecht entgegen:

*„Im zweiten Falle [beim persönlichen Sachenrecht] hat der Berechtigte nur die Befugnis, von einer bestimmten Person zu fordern, dass sie zu seinen Zwecken Handlungen unternehmen, oder ihre rechtliche Freiheit einschränken soll; dieser Befugnis entspricht auch keine allgemeine, sondern nur eine besondere Verbindlichkeit desjenigen, welcher sich durch ein Faktum hierzu verpflichtet hat, worin eben das Merkmal der Persönlichkeit eines Rechtes liegt. Rechte auf Handlungen oder persönliche Leistungen sind also immer nur persönliche Rechte.“*¹⁶⁷⁴

Das Eigentumsrecht findet nach Zeiller seine Rechtfertigung in der ursprünglichen Erwerbung. Diese fand statt, als die Sachen noch in niemandes Eigentum standen und im willkürlichen Gebrauch aller Menschen standen.¹⁶⁷⁵ Durch die Besitzergreifung, also eine äußere Tätigkeit, wodurch sich ein Mensch eine herrenlose Sache in seine ausschließliche Gewalt verschafft, wurde ein erster Rechtstitel geschaffen.¹⁶⁷⁶ Um ein über die Innehabung hinausreichendes, dauerhaftes Recht zu schaffen, war es notwendig, dass der Zueignungswille durch eine „bleibende Merkmale bewirkende Handlung“ an den Tag gelegt wird.¹⁶⁷⁷ Eine Einwilligung der Rechtsgemeinschaft – wie im Urzustand bei Kant – erfolgt dabei aber nicht.¹⁶⁷⁸ Nicht Gegenstand der ursprünglichen Erwerbung können nach Zeiller Gegenstände sein, auf die man nicht physisch einwirken kann und bei denen keine nach außen sicht-

1671 Zeiller, Privat-Recht³ § 56 (90 f).

1672 Zeiller, Privat-Recht¹ § 110 (121).

1673 Zeiller, Privat-Recht³ § 110 (153).

1674 Zeiller, Privat-Recht³ § 110 (153).

1675 Zeiller, Privat-Recht¹ § 59 (67).

1676 Zeiller, Privat-Recht¹ § 60 (68).

1677 Zeiller, Privat-Recht¹ § 63 (70). Zur Zueignung ausf §§ 64 ff.

1678 Zeiller, Privat-Recht¹ § 73 (79 ff).

bare Besitznehmung möglich ist.¹⁶⁷⁹ Ausschlaggebend für eine naturrechtliche Fundierung der Drittwirkungen von dinglichen Sachenrechten ist in der Konzeption *Zeillers* daher der nach außen erkennbare Zueignungswille – also die Publizität der Subjekt-Objekt-Relation.

Von der ursprünglichen Erwerbung zu unterscheiden ist der mittelbare Erwerb von Rechten durch Vertrag. Ein gültiger Vertrag hat nach *Zeiller* stets einen Rechtserwerb zur Folge: Hat der Vertrag eine Handlung zum Inhalt, entsteht durch die Annahme des Versprechens ein persönliches Recht.¹⁶⁸⁰ Ist hingegen eine bestimmte Sache Vertragsinhalt, entsteht mit dem Vertrag ein dingliches Sachenrecht, da bereits der Vertrag alleine zu einem Eigentumsübergang führt.¹⁶⁸¹ *Zeiller* räumt jedoch freilich ein, dass der Staat eine Übergabe zur Sicherung des Verkehrs vorsehen kann.¹⁶⁸²

Als Eigentum sieht *Zeiller* das Recht an, über eine Sache ausschließlich nach Belieben zu verfügen.¹⁶⁸³ Konstruktiv wirkt das Eigentum dabei aber nur zwischen Personen, sodass dann, wenn nur ein Mensch auf Erden wäre, kein Eigentumsrecht bestehen könne.¹⁶⁸⁴ Das Eigentum beinhalte das Besitzrecht, das Benutzungsrecht und das sog Proprietätsrecht, wobei *Zeiller* unter letzterem die ausschließliche und beliebige Verfügungsmöglichkeit über einen Gegenstand ansieht.¹⁶⁸⁵ Sind alle diese Rechte vereinigt, spricht *Zeiller* von einem vollständigen Eigentum, wenn die Freiheit des Eigentümers etwa durch ein Pfandrecht oder eine Dienstbarkeit beschränkt ist, nennt er das Eigentum an einer Sache beschränkt.¹⁶⁸⁶ Das Eigentum ist freilich nicht die einzige Möglichkeit der Zurechnung von Objekten zum Subjekt; vielmehr können auch einzelne der Rechte, die das Eigentum konstituieren, für sich selbst bestehen; dann spricht *Zeiller* aber von einem Eigentum

1679 *Zeiller*, Privat-Recht^I § 69 (76). Ausf zur Frage, ob im naturrechtlichen System von *Zeiller* ein Eigentum an Rechten möglich ist, 4.2.3.3.

1680 *Zeiller*, Privat-Recht^I § 108 (118 f).

1681 *Zeiller*, Privat-Recht^I § 109 (119 f). Eine Ausnahme besteht freilich dann, wenn die zu übergebende Sache noch individualisiert werden muss; in diesem Fall ist nach *Zeiller* davon auszugehen, dass nur ein persönliches Sachenrecht entsteht.

1682 Auf den Unterschied zwischen der Position *Zeillers* in seinem naturrechtlichen Werk und im ABGB weist etwa *Schuster* aus hin. Er sieht den wesentlichen Unterschied zwischen den philosophischen Überlegungen *Zeillers* und dem Gesetzeswortlaut darin, dass nach dem Konsensprinzip niemand sicher sein könne, dass die Kaufsache nicht bereits zuvor veräußert worden ist; durch das Traditionsprinzip könne sich ein redlicher Übernehmer einer Sache jedoch seines Eigentums gewiss sein, s *Schuster*, Ueber die von dem Eigenthümer vorgenommene Veräußerung einer Sache an zwey verschiedene Personen, in Pratobevera (Hrsg), Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Staaten (1822) 220 (224 ff).

1683 *Zeiller*, Privat-Recht^I § 77 (85 f).

1684 *Zeiller*, Privat-Recht^I § 77 (Sternchnennachweis 86).

1685 *Zeiller*, Privat-Recht^I § 80 (87 f).

1686 *Zeiller*, Privat-Recht^I § 80 (87 f).

an einem Besitz-, Nutzungs- oder Pfandrecht.¹⁶⁸⁷ Dementsprechend unterscheidet *Zeiller* verschiedene Ausgestaltungsformen in der Subjekt-Objekt-Relation, wobei die einzelnen (dinglichen) Rechte wiederum Gegenstand des Eigentumsrechts sein können.

3.3.3.5. Synthese

Wie bei den untersuchten Positionen gezeigt, kam es im Naturrecht zu einer wesentlichen Evolution in der Konzeption der Subjekt-Objekt-Relation.¹⁶⁸⁸ Denn es setzte sich die Anschauung durch, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Subjekt und dem Objekt in Wahrheit ein Rechtsverhältnis zwischen verschiedenen Subjekten sei. Dies bildete einen Bruch mit der früheren Vorstellung, dass ein Recht an der Sache selbst bestehe, aus dem – als Reflexwirkung – gegen andere Personen vorgegangen werden könne, die in dieses Rechtsverhältnis eingreifen. Nach diesem Rechtsverständnis wird das Recht an einer Sache viel mehr als Verpflichtung sämtlicher Subjekte konzipiert: Diesen ist es verwehrt, in den Gebrauch und die Nutzungen des Objekts durch den Berechtigten einzugreifen, wobei diese Rechtspflicht direkt durchgesetzt werden kann. Begründet wird dies mit einem Urzustand, aus dem – mit verschiedenen Argumenten – die Verpflichtung, die Zurechnung von Objekten zu anderen Subjekten zu respektieren, erwächst. Als Kehrseite resultiert aus dieser Verpflichtung die Möglichkeit des Berechtigten, nach seinem freien Willen über das Objekt zu verfügen – denn er ist nicht Adressat der umfassenden Unterlassungspflicht. Dieses Freiheitsnarrativ wurde wesentlich durch die Autoren des Naturrechts getragen, die in großen Teilen zu der Evolution des dinglichen Rechts beitrugen.

Die beschriebene Änderung in der Auffassung der Folgen der Zuordnung von Objekten zu Subjekten erforderte freilich eine neue Abgrenzung zu Rechten, die schon davor im Verhältnis zwischen Subjekten gedacht wurden. Hierbei wurde jedoch bereits früh zwischen Rechten, die basierend auf einem besonderen Verpflichtungsgrund eine bestimmte Person zu einer Handlung verpflichten (*jus ad rem*), und Rechten, die ohne einen besonderen Verpflichtungsgrund einen unbestimmten Adressatenkreis zu einer Unterlassung anhalten (*jus in re*), differenziert. Nur letztere stehen mit der Subjekt-Objekt-Relation in Verbindung; Mischformen wie das *jus ad rem* der Kanonistik finden im Naturrecht keinen Platz mehr.¹⁶⁸⁹ Dabei entwickelte sich die Ansicht, dass diese Rechte nicht zwingend gegenseitig ausschließend sein müssen. Es sind daher Rechtsobjekte denkbar, an denen sowohl eine positive Leistungspflicht eines bestimmten anderen (*jus ad rem*) als auch eine negative Unterlassungspflicht aller (*jus in re*) besteht. Dies ist dann der Fall, wenn das Objekt im Subjekt-Objekt-Verhältnis nicht auf körperliche Gegenstände

1687 *Zeiller*, Privat-Recht¹ § 77 (85).

1688 Für eine Analyse der dinglichen Rechtswirkungen, s. ausf. *Holzweber*, Genese 69 ff.

1689 So auch *Michaels*, Sachzuordnung 133.

beschränkt, sondern auf Rechte, die eine Verpflichtung eines anderen beinhalten, erweitert wird. Dadurch wird es ermöglicht, etwa ein Eigentumsrecht an Forderungen zu begründen, welches durch eine Zession – gleich wie bei einem Warenverkauf – übertragen werden kann. Besonders weitgehend findet sich dieser Gedanke bei *Zeiller* verwirklicht: Alles Erwerbbares – sei es ein körperlicher Gegenstand, sei es eine Forderung – bezeichnet er in Anlehnung an *Kant* als Sache. Das Verhältnis zwischen Person und Sache richtet sich dabei gleichermaßen nach dem persönlichen Sachenrecht, das dem *jus ad rem* entspricht, als auch dem dinglichen Sachenrecht, das dem *jus in re* gleichkommt. Von einigen Denkern der frühen Neuzeit wurde somit die Dinglichkeit vom Ding abstrahiert; damit war der Gedanke einer generellen Zurechnung von Vermögenswerten zu einer Person geboren.

3.3.4. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts

3.3.4.1. CMBC

Im CMBC werden Rechte, die zu einer Sache bestehen können,¹⁶⁹⁰ in zwei Kategorien geteilt: Einerseits das *jus personale*, das gegen eine gewisse andere Person gilt, andererseits das *jus reale*, das sich nicht auf eine gewisse Person beschränkt; unter das *jus reale* fallen Eigentum, Innehaben, Unterpfand und die Dienstbarkeit.¹⁶⁹¹ *Jus personale* und *jus reale* würden sich im Geltungsgrund unterscheiden: Während das *jus reale* unmittelbar auf Grundlage des Gesetzes bestehe, müsse beim *jus personale* eine Handlung – Delikt oder Vertrag – für die Entstehung des Rechts hinzutreten.¹⁶⁹² *Kreittmayer* führt die unterschiedlichen Theorien zur Anzahl der dinglichen Rechte an und argumentiert dabei, dass das Erbrecht schon im Eigentumsrecht enthalten sei und deshalb nicht eigens erwähnt werden müsse; das einzige *jus personale* sei die Obligation.¹⁶⁹³ Daraus folgen auch Unterschiede in den Klagen:¹⁶⁹⁴ Bei der dinglichen Klage könne gegen jeden Inhaber der Sache vorgegangen werden, wobei nur das dingliche Recht nachgewiesen werden müsse; mit der Sache falle aber auch die Klage weg.¹⁶⁹⁵ Bei der persönlichen Klage, die nicht mit der streitgegenständlichen Sache untergehe, könne nur gegen die Person vorgegangen werden, die einen Grund hierzugesetzt habe, wobei dieser vom Kläger nachzuweisen sei.¹⁶⁹⁶ Im CMBC konnten Sachen daher Objekt von dinglichen und persönlichen Rechten sein.

1690 So der Wortlaut des II 1 § 10 CMBC.

1691 II 1 § 10 CMBC.

1692 *Kreittmayer*, Anmerkungen II 401.

1693 *Kreittmayer*, Anmerkungen II 402.

1694 II 1 § 11 CMBC. Diese Norm enthält auch Regelungen zur Haftung von Erben: Während bei dinglichen Klagen der Erbe haftet, sofern er Inhaber der Sache ist, haftet er bei persönlichen Klagen nur anteilig nach dem Anteil seiner Erbschaft.

1695 Ausf dazu *Kreittmayer*, Anmerkungen II 402 f.

1696 Ausf dazu *Kreittmayer*, Anmerkungen II 402.

Bemerkenswert ist die Aussage von *Kreittmayr*, dass im römischen Recht der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten zwar grundsätzlich erkannt worden sei, irrigerweise sei man im römischen Recht beim *jus reale* jedoch von einem Recht an der Sache selbst ausgegangen.¹⁶⁹⁷ Vielmehr sei davon auszugehen, dass nur Personen und nicht Objekte durch Rechte verpflichtet werden könnten, es dürfe daher nur metaphorisch vom dinglichen Recht gesprochen werden.¹⁶⁹⁸ Diese Aussage ermöglicht einen interessanten Einblick in die Denkweise von Juristen des 18. Jhds: Diesen war sehr wohl bewusst, dass die Subjekt-Objekt-Relation im römischen Recht nicht von einem Rechtsverhältnis zwischen Personen, sondern vielmehr von einem Rechtsverhältnis zwischen Subjekt und Objekt aus konzipiert worden war. In den Gesetzbüchern des 18. Jhds wollte man sich davon distanzieren; ganz im Einklang mit den Ideen des Naturrechts sah man die Subjekt-Objekt-Relation in einem Rechtsverhältnis zwischen Personen als verwirklicht an.

Das im CMBC verwirklichte Konzept folgt nach einem Systemgrundsatz wohl nicht einer strengen Dichotomie von dinglichen und persönlichen Rechten. Denn Sachen konnten im CMBC dem Grunde nach gleichzeitig Objekt dinglicher wie auch persönlicher Rechte sein. Dafür spricht, dass explizit auf die unterschiedlichen Rechte an Sachen Bezug genommen wird. Der Sachbegriff im CMBC ist dabei – wie gesehen – weit und umfasst nicht nur physische Objekte, sondern auch Rechte.¹⁶⁹⁹ Es besteht keinerlei Ausschluss dahingehend, dass an Rechten bloß dingliche bzw persönliche Rechte und Klagen geltend gemacht werden können. Mit dem geht einher, dass iZm Rechten auch von einem *quasi dominium*¹⁷⁰⁰ gesprochen wird, was wohl dafür spricht, dass dingliche Klagen auch an Rechten denkbar seien, da das *dominium* ausdrücklich als dingliches Recht genannt wird. Daraus folgt, dass bei Rechten als Sache einerseits ein persönliches Recht gegen eine bestimmte Person, andererseits aber auch ein dingliches Recht gegenüber jedermann durchgesetzt werden konnte. Rechte waren dementsprechend sowohl Gegenstand von dinglichen als auch von persönlichen Klagen.

3.3.4.2. ALR

Im ALR wird ausführlich auf die unterschiedlichen Qualitäten von Rechten eingegangen. Ganz im Einklang mit der Lit der frühen Neuzeit werden Rechte, die ohne Rücksicht auf gewisse Personen bzw auf die Person, bei der sich die Sache befindet, gelten, als dingliche Rechte bezeichnet.¹⁷⁰¹ Dabei differenziert das ALR jedoch fein und trägt den damaligen Gegebenheiten der Wirtschaftsverfassung Rechnung: So können Rechte, die in Beziehung

1697 *Kreittmayr*, Anmerkungen II 401.

1698 AaO.

1699 S 2.3.4.

1700 Vgl 4.2.3.4.

1701 § 125 I 2 ALR.

zum berechtigten Subjekt dinglich sind, hinsichtlich ihres Gegenstands auch persönlich sein.¹⁷⁰² Ebenso können auch Rechte, die in Ansehung ihres Gegenstandes dinglich sind, hinsichtlich des berechtigten Subjekts persönlich sein.¹⁷⁰³ Als ein Recht auf die Sache (*jus in re*) werden dabei alle dinglichen Rechte bezeichnet, die ihrem Gegenstand nach dinglich sind.¹⁷⁰⁴ Ein dingliches Recht besteht im ALR dabei nicht ausschließlich an körperlichen Sachen; so kann auch jedes Nutzungsrecht an einer fremden Sache sowie jede Obligation etwa durch Eintragung in das Hypothekenbuch dinglich werden.¹⁷⁰⁵ Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass dem ALR ein weiter Sachbegriff zu Grunde liegt: Dinglich können im ALR daher Rechte an allen Sachen – somit auch Rechte an Rechten – genannt werden, sofern diese ohne Rücksicht auf gewisse Personen durchgesetzt werden können.¹⁷⁰⁶ Es besteht daher im ALR kein strenger *numerus clausus* an dinglichen Rechten.

Dem dinglichen Recht gegenüber gestellt wird das persönliche Recht, das gegenüber gewissen Personen die Befugnis vermittelt, dass diese etwas geben, leisten, gestatten oder unterlassen sollen.¹⁷⁰⁷ In Anlehnung an *Darjes*¹⁷⁰⁸ wird das persönliche Recht, das „*das Geben oder die Gewährung einer bestimmten Sache zum Gegenstande hat*“, hervorgehoben und Recht zur Sache (*jus ad rem*) genannt.¹⁷⁰⁹ Das Recht zur Sache ist dabei der Titel für den Erwerb einer Sache;¹⁷¹⁰ durch die Einräumung des Besitzes wird das Recht zur Sache – in Übernahme der gemeinrechtlichen Lehre von *titulus* und *modus*¹⁷¹¹ – zu einem Recht auf die Sache.¹⁷¹² Im ALR kam es daher zu einer direkten Übernahme des mittelalterlichen Instituts des *jus ad rem*, welches jedoch im Vergleich zur Obligation normativ aufgeladen wurde.

Das Recht zur Sache beschränkt sich nicht auf eine bloß relative Wirkung gegenüber dem Vertragspartner. Vielmehr gilt es als Anknüpfungspunkt zur Frage, welches Recht sich im Kollisionsfall durchzusetzen vermag. Im ALR

1702 § 128 I 2 ALR. Dazu zählen etwa Robotpflichten, die zu einem Landgut gehören, oder die Dienste des „Schiffsvolks“: Bei diesen ist der Lands- bzw Schiffsherr nur dann berechtigt, wenn er im Besitz des Schiffs oder des Gutes ist, weshalb von einer dinglichen Berechtigung des Subjekts auszugehen ist. Die geschuldete Arbeitsleistung gilt jedoch als persönliches Recht, s weiterführend *Koch*, ALR I⁴ 140 f.

1703 Ein Beispiel hierfür ist etwa das Fruchtgenussrecht, s *Koch*, ALR I⁴ 141.

1704 § 127 I 2 ALR.

1705 *Koch*, ALR I⁴ 140 Fn 102.

1706 *Koch*, ALR I⁴ 110 Fn 100a; *Förster/Eccius*, Theorie und Praxis I⁴ 142.

1707 §§ 122 f I 2 ALR.

1708 *Darjes* unterschied zwei Arten des *jus personale*: Ein auf ein *facere* gerichtete *jus personale in specie* und das Recht auf Leistung einer Sache, das er *jus ad rem* bezeichnete, s mwN *Wesener* in FS *Niederländer* 207 ff; ebenso *Michaels*, Sachzuordnung 140 ff.

1709 § 124 I 2 ALR.

1710 §§ 133 f I 2 ALR.

1711 Vgl *Wesener* in FS *Grass* 443.

1712 § 135 I 2 ALR.

wird dabei davon ausgegangen, dass der Eigentumserwerb einen Modus erfordert;¹⁷¹³ beim Doppelverkauf setzt sich daher grundsätzlich der Zweiterwerber durch, dem die Sache übergeben bzw der in das Hypothekenbuch¹⁷¹⁴ eingetragen wurde.¹⁷¹⁵ Dies gilt jedoch nicht für denjenigen, der vor der Eintragung bzw vor der Übergabe vom früher entstandenen Recht zur Sache des Ersterwerbers Kenntnis erlangt.¹⁷¹⁶ In diesem Fall setzt sich der Ersterwerber durch. Ähnlich sind die Wertungen hinsichtlich Rechten an einer fremden Sache – wie etwa dem Fruchtgenuss: Grundsätzlich setzt sich derjenige durch, dem zuerst der Besitz eingeräumt wurde;¹⁷¹⁷ dies gilt aber nicht gegenüber demjenigen, dem das persönliche Recht des anderen zum Zeitpunkt der Besitznahme bekannt gewesen ist.¹⁷¹⁸ Das Recht zur Sache setzt sich daher im Fall der Wissentlichkeit gegenüber dem Recht auf die Sache durch.¹⁷¹⁹

3.3.5. Vorarbeiten des ABGB

3.3.5.1. Codex Theresianus

Die Unterscheidung zwischen dem Recht an der Sache (*jus in re*) und dem Recht zur Sache (*jus ad rem*) wird auch im Codex Theresianus direkt an den Anfang gestellt; diese seien verschieden in Ursprung, Wesenheit und Wirkung.¹⁷²⁰ Dementsprechend finden sich auch die sie betreffenden Regelungen in unterschiedlichen Teilen des Codex.¹⁷²¹ Als Recht an der Sache – auch dingliches Recht genannt – gilt im Codex Theresianus die Befugnis,

*„die Jemanden von dem Gesetz in der Sache zugeeignet wird und die Sache selbst dergestalten behaftet, dass solche von einem jedweden Besitzer ohne seiner eigenen persönlichen Verbindlichkeit abgefordert werden könne.“*¹⁷²²

1713 §§ 3 ff I 9 ALR.

1714 Bei Grundstücken war neben der Übergabe auch die Eintragung in das Hypothekenbuch Voraussetzung für den Eigentumsübergang, s § 6 I 10 ALR.

1715 § 23 I 10 ALR.

1716 § 25 I 10 ALR.

1717 § 4 I 19 ALR.

1718 § 5 I 19 ALR.

1719 Eine wesentliche Einschränkung dieses Grundsatzes erfolgte jedoch durch das „Gesetz über den Eigentumserwerb überin Beziehung auf unbewegliche Sachen“ aus dem Jahr 1872, wonach auch die Kenntnis des Erwerbers eines Grundstücks von einem älteren Rechtsgeschäft nicht schädlich ist, da die Eintragung in das Grundbuch zum bestimmenden Faktor wurde, s weiterführend dazu Förster/Eccius, Theorie und Praxis I⁴ 144 f.

1720 Codex Theresianus Teil I Cap. I § 1 Z 2.

1721 Rechte an der Sache werden im zweiten Teil, Rechte zur Sache im dritten Teil des Codex behandelt.

1722 Codex Theresianus Teil II Cap. II § I Z 3.

Im Unterschied dazu wird als Recht zur Sache definiert als

*„Verbindung des anderen etwas zu geben oder zu tun entsteht, und die die Sache selbst nicht behaftet, sondern die Forderung lediglich wider den hierzu Verbundenen, nicht aber wider den Besitzer, der dazu nicht verbunden ist, bewirkt (...).“*¹⁷²³

Aus diesen Definitionen ergibt sich, dass hinsichtlich des dinglichen Rechts der Codex Theresianus wohl von einer mittelbaren rechtlichen Verbindung zwischen Subjekt und Objekt ausgeht, die sich durch eine gegen jedermann wirkende Verpflichtung ergibt. Der Codex Theresianus vollzieht daher die Abstraktionsleistung noch nicht vollständig, dass auch ein dingliches Recht als Rechtsverhältnis zwischen Personen aufgefasst werden kann.¹⁷²⁴

Bei den Rechten an der Sache wird zwischen dem „Recht über das eigene Hab und Gut“ – womit das Eigentum gemeint ist – und Rechten an fremden Sachen unterschieden.¹⁷²⁵ Als Recht an einer fremden Sache gilt im Codex Theresianus das Besitzrecht, das Erbzinsrecht, das Recht an der Oberfläche, das Recht der Dienstbarkeit und das Pfandrecht.¹⁷²⁶ Nicht als eigenes dingliches Recht angesehen wird das Erbrecht; dieses gilt nur als Erwerbungsart des Eigentums.¹⁷²⁷ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, durch Einverleibung in Landtafel, Stadt- oder Grundbuch einem Recht zur Sache die Wirkung eines dinglichen Rechts zu verleihen.¹⁷²⁸ Ein besonders illustratives Beispiel sind hierbei persönliche Dienstbarkeiten wie etwa Gebrauch oder Fruchtgenuss: Ohne Eintragung gelten diese als persönliche Verbindlichkeit des Bestellenden, nach der Eintragung als dingliches Recht.¹⁷²⁹

3.3.5.2. Entwurf Horten

Im Entwurf Horten wurde das gesamte zweite Hauptstück des Codex Theresianus, der von den dinglichen Rechten handelt, weggelassen, da es sich nach Ansicht der Kommission bloß um theoretische Ausführungen handelte.¹⁷³⁰ Dementsprechend wird nicht explizit zwischen dinglichen und persönlichen Rechten differenziert; ganz generell ist im Entwurf Horten keine Rede von der Dinglichkeit von Rechten. Im zweiten Teil werden jedoch nacheinander das Eigentum, das Erbrecht, der Besitz, das Erbzinsrecht, die persönliche Dienstbarkeit, die Grunddienstbarkeit und das Pfandrecht abgehandelt; somit werden

1723 Codex Theresianus Teil II Cap. II § I Z 4.

1724 Dies könnte darauf zurückgeführt werden, dass der Abschnitt zum dinglichen Recht im besonderen Maße vom gemeinen Recht beeinflusst ist, s dazu weiterführend Wesener in FS Schrott 257; Harrasowsky, Codex Theresianus II 37.

1725 Codex Theresianus Teil II Cap. II § II Z 25.

1726 Codex Theresianus Teil II Cap. III § III Z 27.

1727 MwN Wesener in FS Schrott 257.

1728 Codex Theresianus Teil II Cap. III § III Z 32.

1729 Codex Theresianus Teil II Cap. XXVIII § II Z 7.

1730 Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen IV (1886) 131.

die einzelnen Rechte, die ein Subjekt über ein Objekt ausüben kann, auch ohne den theoretischen Überbau weitgehend vom Codex Theresianus übernommen.

3.3.5.3. Entwurf Martini

Im Entwurf Martini findet sich wieder eine abstrakte Umschreibung des dinglichen Rechts. Dingliche Rechte – auch sächliche Rechte genannt – sind *„Rechte, die Personen auf die Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustehen.“*¹⁷³¹ Im Gegensatz dazu definieren sich persönliche Rechte dadurch, dass diese eine Handlung der verpflichteten Person voraussetzen, die *„entweder dem Gesetze angemessen und erlaubt, oder aber dem Gesetze zuwider und unerlaubt ist“*¹⁷³². Anders als noch im Codex Theresianus wird im Entwurf Martini das dingliche Recht somit explizit in Bezug auf das Verhältnis zwischen Personen definiert. Der wesentliche Unterschied besteht dabei im Geltungsgrund: Während persönliche Rechte nur gegen jene Personen gelten, die sich durch eine Handlung gesetzeskonform (etwa vertraglich) verpflichtet oder sich gesetzwidrig etwa schadenersatzpflichtig gemacht haben, ist bei dinglichen Rechten nicht auf die Handlung einer gewissen Person abzustellen.

Martini zählt die dinglichen Rechte ausdrücklich und wohl auch abschließend auf: das Recht des Besitzes, des Eigentums, des Pfandes, der Dienstbarkeit und des Erbrechts. Es können aber auch persönliche Rechte wie etwa ein Vorkaufsrecht¹⁷³³ oder ein Miet- bzw Pachtvertrag¹⁷³⁴ durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches umgewandelt werden. *Martini* geht dabei davon aus, dass diese Rechte dann als dinglich wirkende Servituten gelten, die auch ein nachfolgender Besitzer gegen sich gelten lassen müsse.¹⁷³⁵ Im Recht der Dienstbarkeiten manifestiert sich das Konzept der Dinglichkeit bei *Martini* dabei besonders deutlich: So sei es einem Eigentümer möglich, einen Teil seiner Befugnisse einem anderen zu überlassen und somit sein Eigentum zu beschränken.¹⁷³⁶ Dieses vom Eigentum abgespaltene, begrenzte Recht könne Dienstbarkeit oder Servitut genannt werden und könne unzählige Erscheinungsformen haben.¹⁷³⁷ Als dingliches Recht können Servituten nur gelten, wenn diese in öffentliche Bücher eingetragen werden, wobei mit dem Rechtsgrund zu einer Servitut ein persönliches Recht entstehe, mit dem die Eintragung in die öffentlichen Bücher verlangt werden könne.¹⁷³⁸ Ohne Eintragung handle es sich bloß um ein persönliches Recht, das nur gegen denjenigen, der die Einwilligung dazu gegeben hat, und nicht gegen Dritte durchgesetzt werden könne.¹⁷³⁹ Es zeigt

1731 Entwurf Martini II, 1. HS, § 29.

1732 Entwurf Martini III, 1. HS, § 1.

1733 Entwurf Martini III, 6. HS, § 34.

1734 Entwurf Martini III, 7. HS, § 13.

1735 Entwurf Martini III, 7. HS, § 13.

1736 Entwurf Martini II, 9. HS, §§ 1 f.

1737 Entwurf Martini II, 9. HS, § 4.

1738 Entwurf Martini II, 9. HS, § 61.

1739 Entwurf Martini II, 9. HS, § 61.

sich daher, dass auch persönliche Rechte zu dinglichen werden können, sofern deren Geltungsgrund nicht mehr auf einer Handlung des Verpflichteten, sondern auf der Publizitätswirkung der öffentlichen Bücher basiert. Daraus folgt einerseits, dass im Entwurf Martini Rechte nicht von ihrer Natur aus persönlich oder dinglich sind, sondern je nach ihrer Wirkung einer dieser Kategorien zugeordnet werden können. Andererseits ist die Dinglichkeit im Entwurf Martini abstrahiert vom Gegenstand: Der Gebrauch eines Objekts kann als dingliches gleichermaßen wie als persönliches Recht gelten, ausschlaggebend ist, ob die Rechtswirkung von einer Handlung des Verpflichteten abhängt.

3.3.5.4. Synthese

Ein vergleichender Blick in den Codex Theresianus und den Entwurf Martini offenbart einen konzeptionellen Paradigmenwechsel bei der Erfassung des dinglichen Rechts. Während der Codex Theresianus ganz im Einklang mit gemeinrechtlichen Wertungen von einer unmittelbaren Rechtsverbindung zwischen Subjekt und Objekt ausging und beim Recht zur Sache einen Konnex zum Objekt herstellte, war das dingliche Recht im Entwurf Martini nach naturrechtlichen Wertungen ausschließlich als Verhältnis zwischen Subjekten ausgestaltet. Bemerkenswert ist dabei aber, wie gering die Auswirkungen dieses konzeptionellen Unterschieds auf die Ausgestaltung der Regelungen war: So bestand etwa kein Unterschied darin, dass durch Herstellung der Offenkundigkeit in Folge einer Eintragung in öffentliche Bücher ein Recht zu einem dinglichen gemacht werden konnte.

3.3.6. ABGB

3.3.6.1. Beratungsprotokolle

Die Beratungsprotokolle der k. k. Hofkommission in Gesetzesachen geben Einblick in das Konzept des dinglichen Rechts, das dem ABGB zu Grunde liegt. Dabei ist vor allem die sehr aktive Rolle von Zeiller bemerkenswert: So führt er in einem durchaus raumgreifenden Referat aus, dass Rechte nie gegen Sachen gerichtet sein können, da zwischen vernünftigen und vernunftlosen Wesen kein Rechtsverhältnis besteht; Rechte und Pflichten seien stets gegen andere Personen gerichtet.¹⁷⁴⁰ In der Folge sei zwischen dinglichen und persönlichen Rechten zu unterscheiden:

„Unser Recht heißt ein dingliches, wenn es gegen alle Menschen ausgeübt werden kann, folglich einer Sache gleichsam anklebet und sie überall hinbegleitet. Dagegen heißt unser Recht ein persönliches, sofern wir es nur gegen eine bestimmte Person ausüben, folglich nur von ihr eine gewisse Leistung fordern können.“¹⁷⁴¹

1740 Ofner, Urentwurf I 213. Für eine Fundierung dieser Position im Rechtsverständnis Zeillers, s. weiterführend 3.1.1.1.

1741 Ofner, Urentwurf I 213; sehr ähnlich Ofner, Urentwurf II 1.

Notwendig für die Existenz eines dinglichen Rechts sei, dass zur Sicherheit des Verkehrs ein deutliches Merkmal gegeben werde, etwa durch den körperlichen Besitz, den Besitz durch aufgebrauchte Zeichen oder die Eintragung in öffentliche Bücher. Ohne Publizität des Rechts könne nur ein persönliches Recht vorliegen.¹⁷⁴² Diese Ausführungen fanden bei der Kommission allgemeine Zustimmung.¹⁷⁴³

Die vorliegenden Erläuterungen durch *Zeiller* können als graduelle Weiterentwicklung der Dinglichkeitskonzeption, die *Martini* seinem Entwurf zu Grunde gelegt hatte, angesehen werden. Dies äußert sich bei den unterschiedlichen Geltungsgründen der jeweiligen Rechte: Während sich bei *Martini* dingliche Rechte von persönlichen dadurch abheben, dass jene nicht durch Handlungen begründet werden und somit nicht nur gegen die handelnde und daher individuell bestimmte Person gelten, erhebt *Zeiller* die Offenkundigkeit des Rechts zur Voraussetzung für die Dinglichkeit.¹⁷⁴⁴ Diese Gedanken hat *Zeiller* – wie gesehen – bereits in seinem natürlichen Privatrecht formuliert.¹⁷⁴⁵ Erstaunlich ist aber, dass trotz dieser abweichenden Auffassung der Dinglichkeit der Entwurf Martini hinsichtlich der Definition des dinglichen Rechts iW unverändert in das ABGB übernommen wurde.¹⁷⁴⁶ So findet sich der erste Satz des § 308 ABGB fast wörtlich im Entwurf Martini wieder;¹⁷⁴⁷ ein Hinweis auf die Notwendigkeit der Publizität von dinglichen Rechten fehlt an dieser Stelle. Erst in der Revision wurde in heute § 308 ABGB auch eine Definition des persönlichen Sachenrechts aufgenommen,¹⁷⁴⁸ die inhaltlich auch iW mit dem Entwurf Martini übereinstimmt.¹⁷⁴⁹ Diese Neustrukturierung findet ihren Ursprung wohl va darin, dass im ABGB zwischen dinglichen und persönlichen Sachenrechten und nicht wie beim Entwurf Martini zwischen dinglichen und persönlichen Rechten differenziert wird. Dementsprechend gelten die Bestimmungen der §§ 285 ff ABGB – und somit auch § 308 ABGB – sowohl für dingliche als auch für persönliche Sachenrechte. Mit Ausnahme dieser eher kosmetischen Anpassungen finden sich aber in den allgemeinen Definitionen keine wesentlichen Abweichungen des ABGB gegenüber dem Entwurf Martini.

1742 *Ofner*, Urentwurf I 213.

1743 *Ofner*, Urentwurf I 214.

1744 Dies könnte auf die wesentliche Beeinflussung *Zeillers* durch *Kant* zurückzuführen sein, s zu diesem Aspekt weiterführend *Swoboda*, ABGB im Lichte der Lehren Kants 76 ff.

1745 Vgl 3.3.3.4.

1746 Freilich kann mit *Wellspacher* dieser Gedanke auch abstrahiert werden und als Ausgangspunkt für ein umfassendes Prinzip des Vertrauensschutzes aufgefasst werden, s dazu weiterführend *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht (1906) 121 ff.

1747 Entwurf Martini II, 1. HS, § 29.

1748 *Ofner*, Urentwurf II 368.

1749 Vgl Entwurf Martini III, 1. HS, § 1.

Im ABGB wird in Anknüpfung an *Martini* eine Fünfteilung der dinglichen Rechte übernommen. Nach Ansicht der Redaktoren ergibt sich diese Anzahl von dinglichen Rechten direkt aus dem römischen Recht, wobei ein genauerer Nachweis für diese Ansicht nicht angegeben wird.¹⁷⁵⁰ Dies sei nach *Zeiller* auf die drei Hauptrechte in einer Sache – Besitz, Gebrauch und Proprietät – zurückzuführen, die dem Besitzrecht, der Servitut und dem Eigentumsrecht entsprächen.¹⁷⁵¹ Zu diesen kämen noch das Pfandrecht und das Erbrecht. Wie auch schon im Entwurf *Martini* wurde im ABGB bekanntlich die Möglichkeit geschaffen, persönliche Rechte durch Eintragung in öffentliche Bücher zu verdinglichen. Dabei wurde mehrmals die Frage aufgeworfen, ob für die Verbücherung die Zustimmung des Eigentümers vonnöten sei, wobei *Zeiller* dem mit Vehemenz widersprach.¹⁷⁵² Es sei vielmehr davon auszugehen, dass etwa ein in die öffentlichen Bücher eingetragener Bestandvertrag als Grunddienstbarkeit zu qualifizieren sei, bei der keine Einwilligung durch den Eigentümer notwendig sei.¹⁷⁵³ Dem wurde von einigen anderen Kommissionsmitgliedern entgegengehalten, dass für die dingliche Wirkung eine eigene Vereinbarung abgeschlossen werden müsse.¹⁷⁵⁴ Mehrheitlich wurde dabei der Position von *Zeiller* gefolgt, dass es für die Verbücherung keiner Einwilligung durch den Eigentümer bedürfe, wobei von einer eigenen Regelung abgesehen wurde.¹⁷⁵⁵

Kurz vor Ende der Beratungen¹⁷⁵⁶ wurde das Konzept der Dinglichkeit noch grundsätzlich diskutiert. *Scheppel* stimmte dem Vorschlag der Prager Kommission zu, dass Dienstbarkeiten auch dann dingliche Wirkung zukommen solle, wenn diese nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen seien; dies finde ihren Ursprung darin, dass in Böhmen eine Vielzahl dieser Rechte seit „undenklichen Zeiten“ bestehe.¹⁷⁵⁷ *Zeiller* erklärte dagegen, dass die Pu-

1750 *Ofner*, Urentwurf II 483. Wie gezeigt ist dies wohl nicht zutreffend: Der Besitz wurde im römischen Recht nicht als Recht anerkannt. Hierbei ist jedoch hinzuzufügen, dass nach Ansicht der Redaktoren auch das Sachenrecht des ALR iW auf dem römischen Recht basiert, wiewohl dieses nach heutiger Ansicht stark von naturrechtlichen Überlegungen geprägt war.

1751 *Ofner*, Urentwurf I 213.

1752 Zum Vorkaufsrecht, s. *Ofner*, Urentwurf II 96; zur Verbücherung eines Bestandvertrags, s. *Ofner*, Urentwurf II 298 ff.

1753 *Ofner*, Urentwurf II 299.

1754 *Ofner*, Urentwurf II 299. Tatsächlich handelt es sich hierbei um eine Position, die – wie gesehen – ganz in der Tradition von *Kant* steht, der den Grundsatz „Kauf bricht Miete“ damit rechtfertigt, dass die Vertragsparteien, hätten sie eine dingliche Wirkung der Miete intendiert, eine Intabulation vereinbart hätten. Dass *Zeiller* explizit eine abweichende Ansicht dazu einnahm, zeigt, dass dieser weniger als tw behauptet im Einfluss von *Kant* stand.

1755 Tatsächlich wurde dabei auf die Regelungen des Pfandrechts verwiesen, s. *Ofner*, Urentwurf II 299.

1756 Dieser Vorschlag wurde bei der Superrevision im Jänner 1810 besprochen.

1757 Das verloren geglaubte Protokoll wird wiedergegeben bei *Stupecky*, Zu den Materialien des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Zs f Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich 1901, 331 (332).

blizität des dinglichen Rechts eine Regel sei, zu der keine Ausnahme bestehen könne; in den geschilderten Fällen sei jedoch bereits Verjährung eingetreten, sodass das persönliche Recht durch Einverleibung in ein dingliches umgewandelt werden könne. Dieser Ansicht folgten auch die übrigen Kommissionsmitglieder, sodass sich bestätigt, dass die Publizität des Rechts als Grundvoraussetzung für eine dingliche Rechtswirkung angesehen wurde.

3.3.6.2. Exegetische Literatur

3.3.6.2.1. Kommentierung durch Zeiller

Wenig überraschend stimmt die Kommentierung von *Zeiller* hinsichtlich des Dinglichkeitskonzepts weitgehend mit dem Inhalt der Beratungen überein, in denen *Zeiller* wesentliche Impulse zu diesem gegeben hat. So wird das Sachenrecht als Rechtsverhältnis der Personen gegeneinander in Hinsicht auf Sachen aufgefasst;¹⁷⁵⁸ es zerfällt in persönliche und dingliche Sachenrechte. Die Unterscheidung zwischen persönlichen und dinglichen Rechten sei schon vom römischen Recht her bekannt. Hinsichtlich der dinglichen Sachenrechte wiederholt *Zeiller*, dass diesen gegen alle Menschen Gültigkeit zukomme,¹⁷⁵⁹ wie etwa beim Eigentums-, Pfand- und Servitutsrecht, bei dem der Berechtigte sein Recht gegen jeden Besitzer der Sache durchsetzen könne.¹⁷⁶⁰ Demgegenüber stehe das persönliche Sachenrecht, das nur gegen bestimmte Personen, die einen Vertrag mit dem Berechtigten geschlossen haben oder diesen geschädigt haben, wirke.¹⁷⁶¹ Daraus folge, dass man bei einem dinglichen Recht – anders als bei einem persönlichen – „*keines Beweises einer besonderen bei der Person, gegen die es gelten soll, eintretenden verbindlichen Tatsache*“ bedürfe.¹⁷⁶² Ein Unterschied betreffe auch den Inhalt der Rechte: Während bei einem persönlichen Recht von einer gewissen Person ein aktives Tun gefordert werden könne, sei das dingliche Recht darauf beschränkt, dass niemand die Ausübung des Rechts beschränke.¹⁷⁶³

Zeiller räumt ein, dass nach dem natürlichen, außerbürgerlichen Privatrecht das Eigentum an einer bestimmten Sache bereits mit dem Vertrag übergehe,¹⁷⁶⁴ auf Grund der Sicherheit des Eigentums und des bürgerlichen Verkehrs weiche das ABGB von diesem Grundsatz ab. Denn jedermann könne fälschlicherweise vorgeben, eine Sache im Eigentum zu haben; erst durch den Besitz könne

1758 *Zeiller*, Kommentar 1 § 14 Rz 1 (88 f.).

1759 Nur in Klammer weist *Zeiller* darauf hin, dass dingliche Rechte gegen unbestimmte Personen Geltung haben.

1760 *Zeiller*, Kommentar 1 § 14 Rz 2 (89); *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 308 Rz 3 (35).

1761 *Zeiller*, Kommentar 1 § 14 Rz 2 (89).

1762 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 308 Rz 2 (34 f.).

1763 *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie 3.1 (1812) § 859 Rz 2 (1 f.).

1764 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 425 Rz 1 (218).

aber darauf legitimerweise vertraut werden.¹⁷⁶⁵ Dementsprechend soll nicht der Titel, sondern der Besitz „das allgemein geltende äußere Merkmal, der entscheidende Charakter, oder die Erwerbungsart des Eigentumsrechts sein“¹⁷⁶⁶.

3.3.6.2.2. Kontroverse Nippel-Schuster

Relativ kurze Zeit nach Inkrafttreten des ABGB stellte *Franz Xavier Nippel* den Dualismus von persönlichen und dinglichen Rechten in Frage. Demnach sei es möglich, im ABGB noch eine dritte Gruppe von Rechten zu identifizieren: dinglich-persönliche Rechte.¹⁷⁶⁷ Hinter dieser – aus heutiger Sicht ungewöhnlichen – These steht die Ansicht, dass ein Recht, das einmal dinglich gewesen ist, nicht wieder vollständig in ein persönliches umgewandelt werden könne. Dies betrifft Fälle, wenn dingliche Rechte an einen anderen übertragen werden, jedoch keine rechtliche Übergabe stattfindet; der Übernehmer hätte dabei nur ein persönliches Recht an einem ansonsten dinglichen Recht. *Nippel* folgert aus § 1394 ABGB, dass eine Umwandlung eines dinglichen Rechts in ein persönliches gesetzlich untersagt sei,¹⁷⁶⁸ weshalb auch dem Erwerber dieselben dinglichen Rechte wie dem Veräußerer zustehen würden; diese nennt er dinglich-persönlich. Aus diesen würden dem Erwerber die Rechtsdurchsetzung gegen Dritte in Fällen erwachsen, in denen auch der Veräußerer gegen Dritte vorgehen kann. Dies illustriert er an drei Fällen: So sei es (i) dem Erwerber etwa möglich, die vor der Übergabe entwendete Kaufsache vom Dieb heraus zu verlangen,¹⁷⁶⁹ (ii) auch ohne bei einer Zession einen entsprechenden Modus gesetzt zu haben eine Forderung zu verwerten und (iii) auch ohne gehörige Übergabe einer Forderung im Konkursfall besser gestellt zu werden.¹⁷⁷⁰ Dementsprechend sollen nach der Konzeption von *Nippel* auch persönlichen Rechten dingliche Wirkungen zukommen.

Dieser Ansicht widersprach umgehend *Michael Schuster* und setzte dem ein stärker auf dem Wortlaut des ABGB basierendes Konzept der Dinglichkeit entgegen.¹⁷⁷¹ Demnach sei ein persönliches Recht dadurch gekennzeichnet, dass dieses nur gegen gewisse Personen gebühre, da jene sich eigens – etwa durch Vertrag oder Beschädigung – verpflichtet hätten; bei einer persönlichen Klage müsse daher stets die persönliche Verpflichtung des Geklagten nachge-

1765 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 425 Rz 2 (218 f).

1766 AaO.

1767 *Nippel*, Ein paar Worte über dinglich-persönliche Sachenrechte, ZöRpG 1830, 22 (27).

1768 *Nippel*, ZöRpG 1830, 22 (24).

1769 *Nippel*, ZöRpG 1830, 22 (23 ff).

1770 Trotz der heute seltsam anmutenden Terminologie wird die heute hL *Nippel* wohl in den letzten beiden Fällen im Ergebnis zustimmen.

1771 Bemerkenswert bei diesem 1831 erschienenen Aufsatz ist, dass *Schuster* Bezug auf „*Savigny und seine wenigen Anhänger*“ nimmt. *Schuster*, Gibt es dinglich-persönliche Sachenrechte, und wie ist die Regel zu verstehen, daß die Rechte des Uebernehmers einer Forderung eben dieselben, wie jene des Überträgers seyen? ZöRpG 1831, 1 (1).

wiesen werden.¹⁷⁷² Anders sei dies bei dinglichen Rechten, die ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person gelten: Bei diesen müsse nur das Eigentum bewiesen werden, dem Beklagten werde dann das Recht abgesprochen, wenn dieses neben dem Eigentumsrecht des Klägers nicht bestehen könne.¹⁷⁷³ Daraus folge jedoch nicht, dass mit einer dinglichen Klage gegenüber jedermann vorgegangen werden könne, da einzelne Personen zur Nutzung der Sache – etwa durch einen Mietvertrag – berechtigt sein könnten.¹⁷⁷⁴ Dementsprechend könne es keine Kategorie des dinglich persönlichen Rechts geben, da ein Recht nicht gleichzeitig gegenüber gewissen Personen und einem unbestimmten Personenkreis wirken könne.¹⁷⁷⁵ Eine dingliche Wirkung von persönlichen Rechten sei daher grundsätzlich abzulehnen.¹⁷⁷⁶ Der Erwerber einer vor der Übergabe entwendeten Kaufsache hätte schlechterdings gar keine dinglichen Ansprüche gegenüber dem Dieb.¹⁷⁷⁷ Hinsichtlich der beiden Fälle der Zession führt *Schuster* aus, dass der Zessionar mangels Modus kein Eigentum an der Forderung erworben habe und auch nicht in die Rechte des Zedenten eingetreten sei.¹⁷⁷⁸ Dementsprechend kämen auch hier keine Drittwirkungen an den dinglichen Rechten in Betracht.

Dem Aufsatz von *Schuster* folgte wiederum eine Entgegnung *Nippels*.¹⁷⁷⁹ Diese enthält zu großen Teilen rechtstechnische Ausführungen zu den genannten Beispielen, beachtenswert ist aber, dass *Nippel* seine Theorie nun deutlich anders begründet. Demnach bestehe an einer Forderung auch ein Eigentumsrecht, da das Eigentum im ABGB explizit auch unkörperliche Sachen umfasse.¹⁷⁸⁰ Der Inhaber einer Forderung habe somit zwei verschiedene Arten von Rechten: Gegenüber dem durch die Forderung Verpflichteten habe er ein persönliches Recht, das durch Personalklage durchgesetzt werden könne, gegen alle sonstigen Personen habe er ein dingliches Recht. Durch die Intabulation würde ein persönliches Recht nicht aufhören ein solches zu sein; vielmehr würde sich ein dingliches Recht „hinzugesellen“.¹⁷⁸¹ Unabhängig von einer Eintra-

1772 *Schuster*, ZöRpG 1831, 1 (5).

1773 *Schuster*, ZöRpG 1831, 1 (5 f).

1774 *Schuster*, ZöRpG 1831, 1 (6). Zur Diskussion, ob dingliche Rechte *erga omnes* wirken, s bereits 3.2.2.1.

1775 *Schuster*, ZöRpG 1831, 1 (9 f).

1776 Ausf geht *Schuster* dabei auf die Frage ein, inwiefern eine dingliche Klage abgetreten werden kann, was er iE bejaht, womit er zumindest die Möglichkeit befürwortet, einem persönlichen Rechtsverhältnis auch dingliche Wirkungen zuzumessen, s dazu *Schuster*, ZöRpG 1831, 1 (28 ff).

1777 Sehr ausf *Schuster*, ZöRpG 1831, 1 (11 ff).

1778 *Schuster*, ZöRpG 1831, 1 (32).

1779 *Nippel*, Verteidigung der im Januar-Hefte d. Z. zu widerlegen versuchten Behauptung, daß es dinglich=persönliche Sachenrechte, oder, vielleicht besser gesagt: persönlich=dingliche Sachenrechte gebe, ZöRpG 1831, 245.

1780 *Nippel*, ZöRpG 1831, 245 (274 f).

1781 *Nippel*, ZöRpG 1831, 245 (277).

gung in die öffentlichen Bücher befinde sich der Inhaber einer Forderung mit dieser auf Grund seiner Eigentümerstellung in einem dinglichen Sachenverhältnis, das *Nippel* ein persönlich-dingliches Rechtsverhältnis nennt.

3.3.6.2.3. Sonstige frühe Kommentierungen

In seiner unvollendet gebliebenen Kommentierung des ABGB geht *Michael Schuster* nur am Rande auf die Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten ein. Dabei bleibt er weitgehend im Rahmen des Gesetzeswortlauts und definiert das dingliche Recht als jenes, „*das uns über eine Sache ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person zusteht*“ und das Ursprung einer dinglichen Klage ist. Das persönliche Recht sei ein „*uns wider eine bestimmte Person gebührendes Recht, dass sie uns etwas leiste, also etwas gebe, tue, dulde oder unterlasse*“.¹⁷⁸² Bemerkenswert ist dabei jedoch, dass er nicht die Begrifflichkeiten des ABGB verwendet, sondern das dingliche Sachenrecht *jus in re* bzw als Recht über eine Sache und das persönliche Sachenrecht als *jus ad rem* bzw Recht zur Sache bezeichnet wird.

Auch *Franz Xaver Nippel* knüpft bei seiner Kommentierung für die Unterscheidung zwischen dinglichem und persönlichem Recht daran an, ob eine gewisse Person oder ein unbestimmter Personenkreis¹⁷⁸³ verpflichtet ist.¹⁷⁸⁴ Nach *Nippel* müsse unterschieden werden, ob ein Recht seiner Natur nach oder seiner Wirkung nach dinglich sei. Denn auch eine Dienstbarkeit – die nach der Bestimmung des § 308 ABGB als dingliches Recht aufgeführt wird – könne mangels Eintragung in die öffentlichen Bücher bloß persönliche Rechtswirkungen entfalten, sodass vor der Eintragung von einem der Natur nach dinglichen, der Wirkung nach aber persönlichen Recht gesprochen werden müsse.¹⁷⁸⁵ Umgekehrt könne ein persönliches Recht durch Eintragung in die öffentlichen Bücher verdinglicht werden, hier spreche man von einem seiner Natur nach persönlichen Recht, dem aber dingliche Wirkung zukomme.¹⁷⁸⁶ Dingliche und persönliche Rechte schließen sich nach Ansicht von *Nippel* jedoch nicht gegenseitig aus, was er am Beispiel einer Forderung illustriert: In Bezug auf den Verpflichteten ist diese ein persönliches Recht, weshalb dem Berechtigten eine persönliche Klage zustünde; durch die Begründung der Forderung entsteht dem Berechtigten aber gleichzeitig die Position als Eigentümer.¹⁷⁸⁷

1782 *Schuster*, Theoretisch-praktischer Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I (1818) § 14 Rz 2.

1783 Tatsächlich ist *Nippel* aber der Ansicht, dass ein dingliches Recht gegenüber jedermann Geltung erlangt, s weiterführend *Nippel*, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses 6 (1833) § 859 Rz 2.

1784 *Nippel*, Erläuterung 3 § 307 Rz 3.

1785 *Nippel*, Erläuterung 3 § 307 Rz 4.

1786 AaO.

1787 *Nippel*, Erläuterung 6 § 859 Rz 9.

Eine Gegenposition zu *Nippel* vertrat *Winiwarter*. Dieser geht davon aus, dass dingliche und persönliche Rechte ihrer Natur nach derart unterschiedlich seien, dass dasselbe Recht nicht zugleich dinglich und persönlich sein könne.¹⁷⁸⁸ Während dingliche Rechte – außer im Fall gesetzlicher Ausnahmen wie etwa § 367 ABGB – gegenüber jedermann durchgesetzt werden könnten, müsse bei persönlichen Rechten ein eigenständiger Verpflichtungsgrund gesetzt werden; er betont dabei die Unterschiedlichkeit von persönlichen und dinglichen Rechten.¹⁷⁸⁹ *Winiwarter* führt dazu weiter aus, dass persönliche Rechte durch Eintragung in die öffentlichen Bücher zu dinglichen werden könnten; inwiefern und inwieweit es durch die Intabulation zu einer Änderung der Natur des Rechts kommt, wird nicht weiter begründet.¹⁷⁹⁰ Zu dieser Konzeption der Dinglichkeit passt, dass *Winiwarter* von einem engen Begriff des Eigentums ausgeht: Anders als die zur damaligen Zeit wohl hL verneinte er ein Eigentum an unkörperlichen Sachen.¹⁷⁹¹ In der Tendenz geht *Winiwarter* daher von einer Dichotomie von persönlichen und dinglichen Rechten aus, zwischen denen es zu keiner Verwirrung kommen dürfe.

Auch *Stubenrauch* sieht beim dinglichen Recht eine *Erga-omnes*-Wirkung, während das persönliche Recht eines eigenen Verpflichtungsgrunds bedürfe und daher nur gegen ausgewählte Personen gelte.¹⁷⁹² Zur Kontroverse zwischen *Nippel* und *Schuster* nimmt er eine vermittelnde Position ein: So könne sich eine Person „zu einer Sache in einem solchen Rechtsverhältnis befinden, dass ihr teils dingliche, teils persönliche Rechte in Ansehung derselben zustehen“, das Recht selbst müsse aber entweder dinglich oder persönlich sein, weshalb eine Mischform – wie von *Nippel* vorgeschlagen – nicht in Betracht komme.¹⁷⁹³ Vor der Eintragung in die öffentlichen Bücher könne bei unbeweglichen Sachen aber schlechthin kein dingliches Recht bestehen.¹⁷⁹⁴ Anders als bei *Winiwarter* ist bei *Stubenrauch* der Gegensatz von dinglichen und persönlichen Rechten weniger scharf ausgeprägt, diese können an einer Sache durchaus auch komplementär durchgesetzt werden.

3.3.6.3. Synthese

Beim Blick in die Entstehungsgeschichte des ABGB zeigt sich, dass der Gesetzgeber, aber auch die frühe Lit eine große Anzahl an konzeptionellen Fragen zum dinglichen Recht, die hier aus abstrakter Sicht diskutiert wurden, bedacht haben. So wird die Drittwirksamkeit als wesentliches Charakteristikum der dinglichen Rechtswirkung anerkannt, diese wird jedoch nicht als *Erga-omnes*-

1788 *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht II¹ 26.

1789 *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht II¹ 25.

1790 *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht II¹ 27.

1791 S weiterführend 4.2.3.5.3.

1792 *Stubenrauch*, ABGB I¹ § 307 Rz 1.

1793 *Stubenrauch*, ABGB I¹ § 307 Rz 2.

1794 *Stubenrauch*, ABGB I¹ § 307 Rz 3.

Wirkung verstanden; vielmehr wird auf die erheblich abstraktere Rechtswirkung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis abgestellt.¹⁷⁹⁵ Daraus wird auch ganz richtig gefolgert, dass es für die Durchsetzung eines persönlichen Rechts eines besonderen Umstands bei der verpflichteten Person bedarf; anders als für die dingliche Rechtswirkung muss beim persönlichen Recht der Verpflichtete somit aus dem Kreis der unbestimmten Vielheit heraustreten. Darüber hinaus wird auch weithin anerkannt, dass es für die Dinglichkeit der Offenkundigkeit bedarf;¹⁷⁹⁶ dementsprechend könne es aber auch zu einer Diskrepanz zwischen dinglichem Recht und dinglicher Rechtswirkung kommen: Ohne Publizität können dingliche Rechte keine dinglichen Rechtswirkungen entfalten; durch Hinzutreten der Publizität – etwa durch Eintragung in öffentliche Bücher – kommt auch einem persönlichen Recht dingliche Rechtswirkung zu. Das dingliche Recht ist dabei dadurch charakterisiert, dass es, obwohl es als Rechtsverhältnis zwischen Rechtssubjekten konzipiert ist, unmittelbar mit dem Rechtsobjekt verbunden ist, was in der zeitgenössischen Lit als Unmittelbarkeitskriterium diskutiert wird. Ebenso ist bereits dem Gesetzgeber klar, dass aus einem dinglichen Recht nur negative Rechtsfolgen resultieren können.¹⁷⁹⁷ Aus konzeptioneller Sicht bemerkenswert ist auch die Kontroverse zwischen *Nippel* und *Schuster*: IW geht es um die Frage, ob dinglichen Wirkungen auch ohne einen gesetzlich anerkannten Publizitätsakt Platz gegeben sein kann. Die angeführten Beispiele erinnern dabei an auch heute noch diskutierte Konstellationen: Wie noch zu zeigen ist, wird auch heute davon ausgegangen, dass es für die Übertragung von Forderungen keines eigenständigen Erwerbsakts iSe Modus bedarf.¹⁷⁹⁸ Die Argumente des Gesetzgebers bzw der exegetischen Literatur sind somit keineswegs „veraltet“; diese beziehen sich in bemerkenswerter konzeptioneller Tiefe auch auf noch heute diskutierte Problemfälle. Es zeigt sich damit aber auch, dass die vorgenommene abstrakte Betrachtung des dinglichen Rechts bzw der dinglichen Rechtswirkung dadurch, dass vom Gesetzgeber direkt an diese angeknüpft wurde, auch für die Auslegung des ABGB herangezogen werden kann.

3.3.7. Historische Rechtsschule

Ausgangspunkt für die rechtliche Erfassung der Subjekt-Objekt-Relation ist bei *Savigny* das Rechtsverhältnis, verstanden als eine durch eine Rechtsregel bestimmte Beziehung zwischen Personen.¹⁷⁹⁹ Dadurch soll sichergestellt werden, „dass dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat“¹⁸⁰⁰. Der

1795 S dazu ausf aus formeller Perspektive 3.2.2.1.

1796 S dazu auch 3.2.2.3.

1797 S dazu auch 3.2.4.

1798 Vgl BT 2.2.1.1.

1799 *Savigny*, System I 333.

1800 AaO.

Wille kann dabei einerseits auf die eigene Person einwirken – *Savigny* nennt dies das Urrecht¹⁸⁰¹ – oder aber eine Beziehung des Wollenden zur äußeren Welt betreffen.¹⁸⁰² Außerhalb der eigenen Person bestehen zwei verschiedene Gegenstände der Willensherrschaft: einerseits die Herrschaft über die unfreie Natur in ihrer räumlichen Begrenzung, die in ihrer vollständigen Ausprägung Eigentum genannt wird; andererseits die Herrschaft über eine Handlung einer fremden Person, die er Obligation nennt.¹⁸⁰³ Eigentum und Obligation seien ihrem Wesen nach verschieden.¹⁸⁰⁴ In einer Übernahme der Wertungen von *Johannes Apel*¹⁸⁰⁵ stellte *Savigny* Eigentum und Obligation auf dieselbe Stufe, wobei er als Oberbegriff für Eigentum und Obligation den Begriff des Vermögensrechts wählt, dem er bspw das Familienrecht entgegensetzt.¹⁸⁰⁶ *Savigny* trennte jedoch Eigentum und Obligation streng und sah sich dabei in der Tradition des römischen Rechts, in dem ebenso verfahren wird und jeder Teil „ganz unabhängig innerhalb seiner Grenzen“ behandelt wird.¹⁸⁰⁷ Zudem könne diese Unterscheidung im Nebeneinander von *actio in rem* und *actio in personam* erblickt werden.¹⁸⁰⁸ Eine Obligation war demnach – anders als noch nach dem weiten Sachbegriff¹⁸⁰⁹ – keine Sache mehr und somit kein eigenständiges Rechtsobjekt. Die Subjekt-Objekt-Relation wurde bei *Savigny* somit auf körperliche Sachen reduziert, Obligationen wurden – als innere Seite des Rechtsverhältnisses¹⁸¹⁰ – ausschließlich in der Perspektive einer Subjekt-Subjekt-Relation betrachtet. *Savigny* kann somit als maßgeblicher Wegbereiter – wenn nicht Geburtshelfer¹⁸¹¹ – der strengen Dichotomie zwischen Schuld- und Sachenrecht angesehen werden, die auch als Grundfeste der österreichischen Zivilrechtsdogmatik gilt. Damit einher geht aber auch eine grundsätzliche Entscheidung für einen autonomen, abgegrenzten Bereich des Sachenrechts.¹⁸¹²

Eine Besonderheit des Eigentums im Unterschied zu den Obligationen sah *Savigny* in seiner Wirkung *erga omnes*. Dies folgert er aus einem Natur-

1801 Nach *Savigny* kann jedoch keine Begrenzung des Urrechts durch das positive Recht erfolgen, s *Savigny*, System I 336.

1802 *Savigny*, System I 334.

1803 *Savigny*, System I 338 f.

1804 *Savigny*, System I 339.

1805 Vgl 1.2.3. Freilich bezieht sich *Savigny* nicht direkt auf *Apel*.

1806 Dazu weiterführend *Savigny*, System I 345 ff.

1807 *Savigny*, System I 373.

1808 AaO.

1809 Zum mit dem römisch-rechtlichen weiten Sachbegriff brechenden Sachbegriff der Pandektistik s 2.3.6.2.

1810 So die treffende Zusammenfassung von *Kämper*, Forderungsbegriff 64.

1811 Dahingehend etwa *Huwiler*, Begriff der Zession 24.

1812 S auch *Wiegand* in FS Kroeschell 633; dies stimmt mit dem Befund von *Coing* überein, der davon ausgeht, dass das Sachenrecht ein Begriff der modernen Dogmatik ist, vgl *Coing*, Europäisches Privatrecht I 271.

zustand: Da jeder Mensch „den Beruf zur Herrschaft über die unfreie Natur habe“, müsse derselbe Beruf in jedem anderen Menschen beachtet werden, was in der Folge auch durch das positive Recht anerkannt werden müsse.¹⁸¹³ Dabei sah *Savigny* das Eigentum als einzig mögliche Herrschaft über die Sache an. Innerhalb des Eigentums lasse sich aber „eine mannigfaltig begrenzte Herrschaft“ denken, die *jura in re* genannt werden;¹⁸¹⁴ der Oberbegriff dazu sei das dingliche Recht.¹⁸¹⁵ Es kam somit zu einer Gleichsetzung von dinglichem Recht und absoluter Rechtswirkung, demgegenüber die bloß relative Wirkung der Obligation stand.¹⁸¹⁶

Savignys Konzeption des Verhältnisses von Subjekt und Objekt wurde von anderen Anhängern der Pandektenwissenschaften geteilt. So sieht *Puchta* jedes Recht als Macht über einen Gegenstand an, wobei es sich bei dinglichen Rechten um eine „rechtliche Macht über körperliche Dinge außer dem Menschen“ handelt.¹⁸¹⁷ Während das Eigentum die totale Herrschaft über eine Sache darstellt, seien die *jura in re* nur eine partielle Unterwerfung der Sache.¹⁸¹⁸ Auch nach *Windscheid* folgt aus der Verschiedenheit der Gegenstände eine wesentliche Verschiedenheit der Privatrechte, es gelte daher, Rechte, deren Gegenstand eine Sache ist, von solchen, deren Gegenstand eine fremde Person ist, zu unterscheiden.¹⁸¹⁹ Aus diesem Unterschied der Rechte folge auch die Differenzierung in persönliche, obligatorische und dingliche Ansprüche; letztere „binden den Willen Aller, welche dem Berechtigten gegenüberstehen“¹⁸²⁰. Als Eigentum sieht er die Gesamtheit – nicht die Summe – aller an einer Sache denkbaren Beziehungen,¹⁸²¹ ein Recht an fremder Sache bestehe, wenn das Recht nur einzelne Beziehungen an der Sache umfasst.¹⁸²²

Bei *Joseph Unger* zeigt sich, wie die pandektistische Konzeption der Subjekt-Objekt-Relation in das ABGB transponiert wurde. *Unger* unterscheidet zwischen absoluten und relativen sowie dinglichen und persönlichen Rechten, wobei diese Begriffspaare jeweils nicht dasselbe ausdrücken: Zwar sei das dingliche Recht idR ein absolutes und das persönliche ein relatives, es könne dazu aber auch Ausnahmen geben – wie durch die Intabulierung von persönlichen Rechten, die ihre absolute Durchsetzung ermöglichten.¹⁸²³ Aus der Dinglichkeit folge aber idR die absolute Verfolgbarkeit des Rechts – verstan-

1813 *Savigny*, System I 367 f.

1814 Daraus folgt, dass das Eigentum den beschränkten dinglichen Rechten vorgereicht ist, s dazu ausf 4.1.1.

1815 *Savigny*, System I 369.

1816 *Michaels* in HKK II Vor § 241 Rz 41.

1817 *Puchta*, Cursus I² 85 f.

1818 Weiterführend *Puchta*, Cursus der Institutionen II² (1846) 707 ff.

1819 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts¹ 82 ff.

1820 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts¹ 89 ff.

1821 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts¹ 418.

1822 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts¹ 85.

1823 *Unger*, System I 518 ff.

den als seine Wirkung *erga omnes*.¹⁸²⁴ Dingliche Rechte seien streng von persönlichen zu unterscheiden, da sie mit der ausschließlich körperlichen Sache denselben unmittelbaren Gegenstand haben,¹⁸²⁵ das Pfandrecht an einer Forderung qualifiziert Unger daher konsequent als persönliches Recht.¹⁸²⁶ Unger spricht davon, dass das persönliche Recht seinem Wesen nach verschieden vom dinglichen sei; neben den – bereits aus der Exegetischen Schule bekannten – Unterschieden der Rechtswirkungen sieht er auch das Rechtsverhältnis in seiner Natur als fundamental unterschiedlich an. Denn dem dinglichen Recht liege ein physisches Gewaltverhältnis zu Grunde, dem persönlichen Recht jedoch nur ein geistiges Band.¹⁸²⁷ Nur das physische Band des dinglichen Rechts erlaube es, gegen Eingriffe von Dritten vorzugehen, nicht aber die Beeinträchtigung von persönlichen Forderungsrechten.¹⁸²⁸ Unger verstand es somit, den von Savigny konzipierten grundsätzlichen Gegensatz von Eigentum und Obligation – nun unter der Bezeichnung von dinglichen und persönlichen Rechten – in seine Systematisierung des ABGB zu integrieren, wobei er durch die Entkoppelung des dinglichen Rechts von der absoluten Rechtsdurchsetzung den Besonderheiten des ABGB Rechnung trug.¹⁸²⁹

3.3.8. Stellungnahme

Diese für eine der Untersuchung des aktuell geltenden Rechts ungewöhnliche Darstellung zeigt eine deutliche Evolution des dinglichen Rechts im Lauf der Geschichte, was Rückschlüsse auf das Dinglichkeitskonzept des ABGB, aber auch auf die Bedeutung der unkörperlichen Sache erlaubt. Ein erster Anknüpfungspunkt dafür, die Subjekt-Objekt-Relation ideengeschichtlich zu verorten, bietet selbstredend das antike römische Recht. Nach neueren Positionen, die sich insb auf Michel Villey stützen, fehlte im antiken Rom ein Rechtskonzept, das heute als selbstverständlich gilt: das vom Individuum aus gedachte subjektive Recht – bei Savigny der Raum des Herrschens der Willensmacht. Daher sei nach Villey eine objektiv-rechtliche Interpretation des römischen Rechts notwendig, in dem das dingliche Recht als ein Rechtsverhältnis zwischen dem Objekt und dem Subjekt – iS einer Zuordnung von Gütern und Errungenschaften der Gemeinschaft zu einem Einzelnen – aufgefasst wird. Rechtstechnisch kam es sohin zur unmittelbaren Zuordnung der *res* – ob körperlich oder unkörperlich – zu den Rechtssubjekten, was nur mittelbar Auswirkungen auf andere

1824 Unger, System I 517.

1825 Unger, System I 523.

1826 Unger, System I 534.

1827 Zu den Unterschieden zwischen persönlichen und dinglichen Rechten s im Einzelnen Unger, System I 544 ff.

1828 Unger, System I 547.

1829 Wie gesehen können im ABGB durch Eintragung in die öffentlichen Bücher auch persönliche Rechte *erga omnes* durchgesetzt werden.

Rechtssubjekte hatte. Aus dieser Perspektive fügt sich der Umstand, dass im römischen Recht der Antike Obligationen gleich wie beschränkte dingliche Rechte als *res* qualifiziert wurden, nahtlos in das Gesamtbild ein. Nach dieser Auffassung bestand im römischen Recht somit ein kategorialer Unterschied zwischen dem Subjekt-Objekt-Verhältnis und dem Subjekt-Subjekt-Verhältnis, der sich etwa im römischen Dualismus von *actio in rem* und *actio in personam* zeigt. Wohl erst von den Autoren des Naturrechts wurde das dingliche Recht subjektivrechtlich verstanden, was bedeutet, dass auch dieses vom Individuum aus als Verhältnis zwischen Personen konzipiert wurde. In einer formalen Betrachtung wurde sohin die Subjekt-Objekt-Relation zu einer Subjekt-Subjekt-Relation; durch das jeweilige Anknüpfen am Verhältnis zwischen Personen war die intuitive Unterscheidung zwischen diesen Relationen verlustig gegangen. Potenziell wäre demnach alles – wie auch Zeiller bemerkte¹⁸³⁰ – Personenrecht und die im Dualismus *actio in rem* und *actio in personam* angelegte Trennung der Rechte müsste unterbleiben. In Gegenüberstellung kam es bei der Konstruktion des dinglichen Rechts zu einem Paradigmenwechsel.

Vor diesem Hintergrund kam es durch den Einfluss von *Savigny* hinsichtlich des dinglichen Rechts zu einer Rückbesinnung auf das römische Recht und der Unterscheidung zwischen *actio in rem* und *actio in personam*. Die Übernahme der römisch-rechtlichen Wertungen erfolgte aber unter veränderten Rahmenbedingungen seiner Zeit, da dem antiken römischen Recht ein von der Willenstheorie geprägtes, subjektivrechtliches Verständnis des dinglichen Rechts zu Grunde gelegt wurde. Die römische Trennung zwischen dem Rechtsverhältnis zwischen Objekt und Subjekt und jenem zwischen Subjekt und Subjekt wurde unter modifizierten Vorzeichen aufrechterhalten: Die Trennlinie verlief zwischen Rechtsverhältnissen, die eine körperliche Sache zum Gegenstand haben, und Rechtsverhältnissen, bei denen das nicht der Fall ist – das Rechtsverhältnis besteht aber immer zwischen Rechtssubjekten. Um die kategorische Trennung des antiken römischen Rechts aufrecht zu erhalten, mussten somit die Obligation, aber auch beschränkte dingliche Rechte aus dem Kreis jener Rechtsobjekte ausscheiden, die Gegenstand eines dinglichen Rechts sein konnten. Dies führte aber insofern in einen Widerspruch zu *Gaius*, als dass die Obligation und die beschränkten dinglichen Rechte als *res incorporales* anerkannt waren. Es kam diesbezüglich sohin zu einer Modifikation des Verhältnisses zwischen Recht und Rechtsobjekt: Während bei *Gaius* die *res incorporales* noch Rechtsobjekte darstellten, werden diese bei *Savigny* zu Rechten. Die heute geläufige Einschränkung des Anwendungsbereichs von dinglichen Rechten auf körperliche Sachen ist somit auf die pandektistische Konstruktion des dinglichen Rechts zurückzuführen, bei der unter Zugrundelegung von Rechtskonzepten des 19. Jahrhunderts am Recht des antiken Rom angeknüpft wird.

1830 *Ofner*, Urentwurf I 35.

Diese pandektistische Übernahme und Modifikation der Trennung der Rechtsverhältnisse hat zwingende Folgen für die Ausgestaltung des Rechtssystems. Besonders eindrücklich ist dabei die Stellung der unkörperlichen Sache, der diese Untersuchung gewidmet ist: Wenn in einer historischen Kontinuität ein weiter Sachbegriff anerkannt würde, käme es in einem System der subjektiven Rechte zum Zusammenbruch einer strengen Trennung der Rechtsverhältnisse: Denn bei einem weiten Sachbegriff, bei dem wie im ABGB etwa auch Kraftäußerungen als Sache anerkannt werden, würden alle Rechte zu Sachenrechten werden. Notwendige Voraussetzung für die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht ist somit ein enger Sachbegriff, der Platz für eine eigenständige Kategorie von Rechten macht: den obligatorischen. Setzt man die Trennung zwischen Schuld- und Sachenrecht im Rahmen eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses des dinglichen Rechts als Axiom, ist es somit zwingende Folge, dass sich dingliche Rechte nur auf einen eingeschränkten Teil der Rechtsobjekte beziehen können. Anders gewendet: In einem System, in dem eine direkte Rechtsverbindung zwischen Subjekt und Objekt iSe gerechten Güterzuteilung anerkannt ist, kann eine dichotome Trennung der Rechte auch dann Platz greifen, wenn von einem weiten Begriff des Rechtsobjekts ausgegangen wird; denn hier wird intuitiv zwischen dem Subjekt-Objekt-Verhältnis und dem Subjekt-Subjekt-Verhältnis differenziert; durch den weiten Sachbegriff können sämtliche Objekte dem Subjekt zugerechnet werden. In einem auf subjektiven Rechten basierenden Rechtssystem führt ein weiter Sachbegriff aber zu unüberwindbaren Widersprüchen innerhalb der kategorischen Trennung zwischen den Rechten, da alle Vermögensrechte zu Sachenrechten werden. Dieser Zusammenhang zeigt somit, dass das Institut der unkörperlichen Sache im ABGB auch unmittelbar Auswirkungen auf die Konstruktion von dinglichen Rechten hat, worauf in der Folge einzugehen ist.

3.4. Dingliche Rechte im ABGB

Nach diesen rechtsgeschichtlichen Ausführungen hat sich gezeigt, dass die Konstruktion von dinglichen Rechten Gegenstand eines Paradigmenwechsels im 19. Jhd war. Das heutige Verständnis in Österreich wird dabei maßgeblich durch die Lehren der Historischen Rechtsschule geprägt, die iE für eine weitgehende Übernahme der Wertungen der deutschen Pandektistik plädiert (im Folgenden vereinfacht: pandektistisches Paradigma). Hier gilt es vor dem Hintergrund der Änderungen der Auffassungen zu untersuchen, ob dem ABGB tatsächlich ein solches Paradigma zu Grunde liegt. Die Besonderheit besteht dabei darin, dass für das dingliche Recht im ABGB – anders als etwa im BGB¹⁸³¹ – so-

1831 Vgl *Schöneich*, Dinglichkeit 70.

wohl eine Legaldefinition¹⁸³² als auch eine Aufzählung¹⁸³³ besteht. Daher gilt es, die Dinglichkeit von Rechten – zuerst mit Blick auf die gesetzgeberischen Wertungen, dann auf deren Interpretation der Lehre – zu untersuchen.

3.4.1. Gesetzgeberische Wertungen

Einen ersten Hinweis auf die Bedeutung der Dinglichkeit erlaubt deren systematische Stellung im Normgefüge des ABGB. Das Wort „dinglich“ findet im aktuell in Geltung stehenden ABGB in 26 Bestimmungen Erwähnung,¹⁸³⁴ die allesamt in den Abschnitten zum dinglichen und persönlichen Sachenrecht verortet sind. Daraus ergibt sich, dass im ABGB die Dinglichkeit eine Eigenschaft eines Rechts ist, das sich auf eine Sache und nicht auf eine Person bezieht. Ein solcher Befund findet eine Stütze in einer etymologischen Betrachtung der eng verbundenen Begriffe des Dings und der Sache: Es handelt sich jeweils um aus der alt- bzw mittelhochdeutschen Rechtssprache stammende Begriffe, die im Laufe der Zeit eine allgemeinsprachliche Bedeutung erlangt haben, die mittlerweile ihre ursprüngliche Bedeutung¹⁸³⁵ in den Hintergrund treten lässt. Es wäre daher allein begrifflich völlig verunglückt, ein Recht, das sich auf eine Person bezieht, als dinglich zu bezeichnen.¹⁸³⁶ Personenrechte können somit im Konzept des ABGB nie dinglich sein, selbst wenn die Wirkungen dieser Rechte der Dinglichkeit entsprechen würden.¹⁸³⁷

Das dingliche Recht findet im ABGB eine zweifache Definition. Einerseits werden dingliche Rechte in § 307 ABGB als Rechte, „*welche einer Person ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustehen*“, definiert und persönlichen Sachenrechten, die nur gegen gewisse Personen bestehen, entgegengesetzt. Andererseits findet sich in § 308 ABGB eine Aufzählung von dinglichen Sachenrechten, die das Recht des Besitzes, das Eigentum, den Pfand und die Dienstbarkeit umfasst.¹⁸³⁸ Als dingliche Rechte werden darüber hinaus auch das Vorkaufsrecht (§ 1073 ABGB), der Bestandvertrag (§ 1095 ABGB) und die eheliche Gü-

1832 § 307 ABGB.

1833 § 308 ABGB.

1834 20 davon beruhen noch auf der Stammfassung aus 1811.

1835 Wie bereits erwähnt wurde als Sache der Grund eines Rechtsstreits (vgl den Begriff der causa) bezeichnet, s bereits 2.3.2, vgl auch *Schmidt-Wiegand*, Sache, HRG IV Sp 1217.

1836 Wenig überzeugend ist somit auch die in Deutschland diskutierte und auf *Dulkeit* zurückgehende „Verdinglichung obligatorischer Rechte“, da im BGB obligatorische Rechte dadurch geprägt sind, dass sie sich auf eine Person und nicht auf eine Sache beziehen. Begrifflich passender ist es, von quasi dinglichen Rechten zu sprechen, wie es das österreichische Schrifttum tut, vgl *Dulkeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951).

1837 Dies schadet nicht weiter, da mit dem Begriff des absoluten Rechts eine weitgehend äquivalente Formulierung besteht.

1838 In der Stammfassung war – wie bereits erwähnt – auch das Erbrecht als dingliches Sachenrecht genannt, das aber durch das BGBl I NR 87/2015 bedauernswerterweise entfernt wurde.

tergemeinschaft (§ 1236 ABGB) bezeichnet, sofern sie in öffentliche Bücher eingetragen sind; ohne explizite Nennung wirkt auch das verbücherte Veräußerungs- und Belastungsverbot (§ 364c ABGB) und das verbücherte Wiederkaufsrecht (§ 1070 ABGB) dinglich.¹⁸³⁹ Ebenso als dingliches Recht wird explizit das Baurecht definiert,¹⁸⁴⁰ diskutiert wird dies aber auch für die Reallast, das Wohnungseigentum,¹⁸⁴¹ Bergwerksberechtigungen¹⁸⁴² und dingliche Teilnutzungsrechte^{1843 1844}

Das Verhältnis von dinglichen Rechten und dinglichen Sachenrechten erschließt sich nicht direkt aus dem ABGB. Aus verschiedenen Stellen ergibt sich, dass diese Begriffe nicht gleichgesetzt werden können. So wäre die Aufzählung in § 308 ABGB, in der dingliche Sachenrechte genannt werden, unzureichend, da die genannten, als dinglich bezeichneten Rechte, nicht erwähnt werden. Zudem sind insb das Vorkaufsrecht und der Bestandvertrag im Abschnitt zu den persönlichen Sachenrechten geregelt, was inkonsequent wäre, wenn diese als dingliche Sachenrechte angesehen würden. Zuletzt sind auch Rechtsinstitute anerkannt, die, obwohl sie im Abschnitt von den dinglichen Sachenrechten geregelt sind, nicht zwingend dinglich wirken; dies ist bspw bei nicht in öffentliche Bücher eingetragenen Fruchtgenussrechten an Liegenschaften der Fall.¹⁸⁴⁵ Die Begriffe des dinglichen Sachenrechts und des dinglichen Rechts sind im ABGB somit nicht deckungsgleich.

Der Gesetzgeber scheint die Unterscheidung zwischen dinglichen Sachenrechten und dinglichen Rechten freilich nicht besonders überzeugend zu finden und wendet diese nur äußerst rudimentär an. So wird im ABGB mehrmals auf den Besitzer eines dinglichen Rechts Bezug genommen,¹⁸⁴⁶ wobei äußerst zweifelhaft ist, ob nur die Rechte, die durch Eintragung in öffentliche Bücher zu dinglichen werden, Gegenstand des Besitzes sein können. Ebenso werden Regelungen zum Eigentumsrecht auf andere dingliche Rechte ausgedehnt, wobei sich dies wohl nur auf dingliche Sachenrechte beziehen kann.¹⁸⁴⁷ Außerhalb des ABGB ist der Begriff des dinglichen Sachenrechts generell außer Übung geraten. Tw differenziert der Gesetzgeber noch zwischen dinglichen Sachenrechten und sonstigen dinglichen Rechten; er nennt die Rechte, die im

1839 Krit zur Dinglichkeit des Veräußerungs- und Belastungsverbots *Leupold* in Klang³ § 364c Rz 58.

1840 Vgl § 1 Abs 1 BauRG.

1841 § 2 Abs 1 WEG.

1842 §§ 22 ff MinroG.

1843 § 2 Abs 1 TNG.

1844 Vgl *Kisslinger* in Klang³ § 308 Rz 3.

1845 Die Qualifikation dieser Rechte als dingliche Rechte ablehnend *Bittner* in Klang³ § 472 Rz 6.

1846 § 321 ABGB, § 340 ABGB, § 343 ABGB.

1847 § 425 ABGB, § 445 ABGB; ähnlich etwa auch § 2 Abs 6 Z 5 AWG 2002, § 87 Abs 1 EheG, § 466c Abs 3 ABGB dehnt die Regeln zum Pfandrecht auf andere dingliche Rechte aus, vgl auch § 847 ABGB.

ABGB als dingliche Sachenrechte bezeichnet werden, aber schlicht dingliche Rechte,¹⁸⁴⁸ es werden aber auch obligatorische Rechte, die mit der Verbücherung verdinglicht werden, tw als dingliche bezeichnet.¹⁸⁴⁹ Eine dogmatisch überzeugende Lösung findet sich in § 22 Abs 3 IO: Ein in ein öffentliches Register eingetragenes Recht, ein dingliches Recht zu erlangen, wird dabei einem dinglichen Recht gleichgehalten.¹⁸⁵⁰ Diese Wertung trifft auch für das ABGB zu: Ein Recht, das ausschließlich kraft seiner Verbücherung als dinglich anzusehen ist und sonst als persönliches Sachenrecht gilt, ist nicht selbst ein dingliches Sachenrecht, sondern ist nur in seiner Wirkung einem solchen gleichzuhalten. Dementsprechend drängt sich der Befund auf, dass der Gesetzgeber bei diesen Begriffen zwischen der Form und den Wirkungen differenziert.¹⁸⁵¹

3.4.2. Interpretation der Lehre

In der L finden sich zahlreiche Stellungnahmen, nach denen sich dingliche Rechte nicht nur durch ihre Wirkung, sondern auch durch ihren Inhalt von persönlichen Rechten unterscheiden. Dem ist insb zu folgen, wenn die dingliche Wirkung – anders als hier vertreten – auf die Drittwirksamkeit reduziert wird: Diese ist kein spezifisches Merkmal von dinglichen Rechten, sondern kann auch bei anderen Rechten – insb auch bei Immaterialgüterrechten – gegeben sein. In der L wird dabei der Inhalt von dinglichen Rechten entweder in einer unmittelbaren Sachherrschaft oder in ihrer Zuordnungsfunktion erblickt. Darüber hinaus wird auch die Behandlung in der Insolvenz als konstituierendes Merkmal von dinglichen Rechten erachtet.

3.4.2.1. Unmittelbare Sachherrschaft

Die Formel, dass das dingliche Recht durch seine unmittelbare Sachherrschaft – definiert als die reale Macht, aus eigenem Recht auf die Sache einzuwirken und sie zu verwerten¹⁸⁵² – geprägt ist, findet sich insb im deutschen Schrifttum wieder.¹⁸⁵³ Dies überrascht nicht, da in der Begründung zum 1. Entwurf des BGB – den sog Motiven – auf diesen Zusammenhang explizit hingewiesen wurde. Demnach liege das Wesen der Dinglichkeit in der un-

1848 So etwa § 11 Allg GAG, § 9 GBG 1955; § 133 Abs 2 EO.

1849 S zB § 31 Bundesimmobiliengesetz.

1850 IW gleichlautend ist § 81b Abs 3 BWG.

1851 An späterer Stelle wird die These entwickelt, dass die als dinglich bezeichneten Rechte als Anwendungsfall des Rechtsbesitzes anzusehen sind und somit keine eigenständigen dinglichen Sachenrechte darstellen.

1852 Walz, KritV 1986, 131 (142).

1853 Mit vielen Nachweisen *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 37; *Fabricius*, Zur Theorie des stücklosen Effektengiroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen: Zugleich ein Beitrag zur Frage der Abgrenzung von Schuldrecht und Sachenrecht, AcP 1963, 456 (467).

mittelbaren Macht der Person über die körperliche Sache.¹⁸⁵⁴ Dem kommt für die Auslegung des BGB umso größere Bedeutung zu, als dass es an einer Legaldefinition des dinglichen Rechts fehlt.¹⁸⁵⁵

Obwohl im ABGB – wie gesehen – eine eindeutige Definition des dinglichen Rechts besteht, wird von der L davon abweichend ebenso auf die unmittelbare Herrschaft über körperliche Sachen abgestellt.¹⁸⁵⁶ Begründet wird dies mit nicht weiter ausgeführten praktischen und teleologischen Gründen¹⁸⁵⁷ bzw gar nicht.¹⁸⁵⁸ Jedenfalls wird diese Aussage nicht in den Bestimmungen des ABGB verortet. Dieses Begründungsdefizit ist schmerzlich, führt diese Auffassung doch zu deutlichen Spannungen innerhalb des Regelungssystems des ABGB: Es müsste eigens begründet und normativ verankert werden, warum unkörperliche Sachen trotz ihrer expliziten Erwähnung – etwa in § 311 ABGB, § 353 ff ABGB und § 448 ABGB – nicht Gegenstand von dinglichen Rechten sein können. Ebenso ergeben sich Spannungen, wenn das Pfand- und Fruchtgenussrecht an Rechten, das auch von der hL anerkannt wird,¹⁸⁵⁹ trotz der Aufzählung in § 308 ABGB nicht als dingliche Rechte qualifiziert werden.¹⁸⁶⁰ Die Übernahme der Wertungen zum BGB für die österreichische Rechtslage findet somit zumindest keinen unmittelbaren Widerhall in den Bestimmungen des ABGB.

In weiterer Folge soll näher auf das Kriterium der unmittelbaren Sachherrschaft für die Qualifikation eines Rechts als dinglich eingegangen werden. Hierbei wird zuerst das mit der Einschränkung auf körperliche Sachen verbundene Phänomen der „Verdinglichung“ von Rechten und danach die Unmittelbarkeit der Sachherrschaft thematisiert.

3.4.2.1.1. „Verdinglichung“ von Rechten

Die Einschränkung von dinglichen Rechten auf körperliche Sachen geht unmittelbar mit einer Begrenzung der dinglichen Rechtswirkungen einher. Exemplarisch dafür ist ein Blick in das BGB, das hinsichtlich der Wertungen zum Anwendungsbereich von dinglichen Rechten eindeutig ist: Gegenstand von dinglichen Rechten können mangels anders lautender, expliziter Rege-

1854 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich III (1888) 2.

1855 *Schöneich*, Dinglichkeit 70.

1856 Besonders deutlich *Kisslinger* in Klang³ § 307 Rz 3 f; *F. Bydliński*, System 317; *Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁵ 260 Rz 746; differenzierend *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 307 Rz 2.

1857 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 307 Rz 1.

1858 Besonders bemerkenswert ist dabei, dass *Aicher* als Gewährsmann für diese Aussage herangezogen wird, obwohl er diese These für das ABGB ausführlich widerlegt, vgl *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht 65 ff.

1859 S bereits Einführung 2.2.

1860 Dass die genannten Rechte entgegen § 308 ABGB aufhören, dinglich zu sein, wenn sie sich auf unkörperliche Sachen beziehen, ergibt sich aus dem ABGB nicht.

lung¹⁸⁶¹ ausschließlich körperliche Sachen sein. Nur diese werden – wie ausgeführt – überhaupt als Sache anerkannt.¹⁸⁶² Dingliche Rechtswirkungen werden im BGB somit grundsätzlich nur iZm körperlichen Sachen oder bei gesetzlich normierten Fällen anerkannt. Es steht dem positiven Gesetzgeber dabei selbstredend frei, den Umfang der dinglichen Rechtswirkungen nach seinen Überzeugungen zu beschränken. Maßgeblich für diese Entscheidung des deutschen Gesetzgebers war dabei die auf *Savigny* zurückführbare Idee einer strengen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht,¹⁸⁶³ nach der dingliche Rechtswirkungen und obligatorische Rechte konzeptionell im Gegensatz zueinanderstehen. In einer funktionalen Perspektive, die das dingliche Recht als bewehrtes Erlaubnisrecht qualifiziert, bedeutet dies aber nichts anderes als eine Einschränkung der Bewehrung von Rechten, die sich nicht als dingliche Rechte auf körperliche Sachen beziehen: Bei Störungen durch Dritte kann bei diesen keine mit Zwang behaftete Rechtsfolge aus einer dinglichen Rechtswirkung Platz greifen. Die Beschränkung der Anwendbarkeit von dinglichen Rechten auf körperliche Sachen ist somit im Ergebnis eine Einschränkung der bei nicht-dinglichen Rechten exklusiv zugeordneten Befugnisse zu Gunsten einer allgemeinen Handlungsfreiheit, die der Gesetzgeber ohne Weiteres vornehmen kann.

Problematisch bei der Einschränkung der dinglichen Rechte auf körperliche Sachen sind dabei freilich Konstellationen, in denen nach einem konzeptionellen Rahmen auch bei obligatorischen Rechten dingliche Rechtswirkungen entstehen. Dies ist iW der Fall, wenn diese trotz ihrer Unkörperlichkeit offenkundig sind – was sich bei der Eintragung in ein öffentliches Register besonders deutlich zeigt. Hierbei spricht das ABGB – wie gesehen – von dinglichen Rechten, obwohl es sich eigentlich um persönliche Sachenrechte handelt; für die deutsche Rechtslage ist die Dinglichkeit von verbücherten obligatorischen Rechten – wie etwa Vorkaufsrechten – noch nicht abschließend geklärt.¹⁸⁶⁴ Darüber hinaus kann auch ohne Eintragung in ein öffentliches Register eine sozialtypische Offenkundigkeit gegeben sein. Dies betrifft va Mietverträge, bei denen – wohl auf Grund von bestehenden dinglichen Rechtswirkungen¹⁸⁶⁵ – ein mittlerweile fast Jhde andauernder noch ungelöster Streit besteht, ob diese als dingliche oder obligatorische Rechte zu qualifizieren sind.¹⁸⁶⁶ Wirtschaftlich besonders bedeutend ist dabei die in einem dichotomen System nur schwierig zu beantwortende Frage, ob für den Treugeber ein Aussonderungsrecht im offenkundigen (obligatorischen)

1861 S § 1068 BGB; § 1279 BGB.

1862 Vgl dazu bereits 2.1.3.

1863 S an dieser Stelle statt aller nur *Wiegand* in FS Kroeschell 631.

1864 *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 78; *Dulckeit*, Verdinglichung 25.

1865 Zu dinglichen Abwehransprüchen des Mieters, s BT 3.1.1.

1866 S dazu etwa mit Fundstellen aus 115 Jahren: *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 87 ff; *Dulckeit*, Verdinglichung 21; *Staub*, AbR 1891, 12 (55).

Treuhandverhältnis besteht, wenn der Treuhänder insolvent wird.¹⁸⁶⁷ Kurzum: Wird das dingliche Recht auf körperliche Sachen begrenzt, entsteht hinsichtlich offenkundiger obligatorischer Rechte eine evidente Problemlage für die Rechtsauslegung: Soll hier systemkonform¹⁸⁶⁸ die Bewehrung des Erlaubnisrechts verneint werden oder soll iSe Einzelfallgerechtigkeit eine dingliche Wirkung entgegen der Systematik zuerkannt werden?¹⁸⁶⁹

Die Entwicklung weist sowohl für das BGB als auch für das ABGB weg von einer strikten Dichotomie von dinglichem und persönlichem Recht.¹⁸⁷⁰ So ist die Rede von der Verdinglichung obligatorischer Rechte,¹⁸⁷¹ verdinglichten Obligationen,¹⁸⁷² der Relativierung dinglicher Rechte¹⁸⁷³ oder quasidinglichen Rechten;¹⁸⁷⁴ es werden sohin auch dingliche Wirkungen bei persönlichen Rechten anerkannt. Nach dem hier erarbeiteten Rahmen ist diese Diktion freilich nicht glücklich: Denn es geht nicht darum, dass ein persönliches Recht auf Grund der Offenkundigkeit zu einem dinglichen bzw zu einem Hybrid würde. In der Recht-Pflicht-Relation, die dem persönlichen Recht zu Grunde liegt, ändert sich durch die Offenkundigkeit nichts. Vielmehr wird die dingliche Wirkung durch die (sozialtypische) Offenkundigkeit aktiviert und tritt zum bereits davor bestehenden Rechtsinhalt hinzu. Es wäre daher treffender, in diesen Fällen von einer *konditionalen Dinglichkeit* zu sprechen, wobei der die dinglichen Rechtswirkungen bedingende Umstand die Offenkundigkeit ist.

Bei einer strengen Beschränkung von dinglichen Wirkungen auf körperliche Sachen findet sich kein Platz für Fälle der konditionalen Dinglichkeit. Denn auf Grund der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht werden diese zur Anomalie,¹⁸⁷⁵ zu systemwidrigen Einzelfällen, was deren Interpretation erschwert. Zudem stellt sich zu Recht die Frage, ob von einer solchen Dichotomie überhaupt ausgegangen werden kann, wenn diese Mischformen weit-

1867 Dazu Fn 2379.

1868 Vgl dazu Wiegand, nach dem durch das Aussonderungsrecht des Treugebers „*praktisch alle Prämissen des autonomen Sachenrechts*“ in Frage gestellt werden, Wiegand, AcP 1990, 112 (127).

1869 Wie schwach die Rechtfertigung ist, zeigt sich insb hinsichtlich des bereits erwähnten Treuhandverhältnisses, wo (selbst) der BGH mit Billigkeitsargumenten und Gewohnheitsrecht operiert, s Canaris in FS Flume 411.

1870 Wiegand sieht idZ auch zu Recht die weitgehende Anerkennung von nicht im BGB verankerten Mobiliarsicherheiten als Relativierung der strengen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht, s Wiegand, AcP 1990, 112 (128 f).

1871 Zu diesem auf *Dulckheit* zurückgehenden Begriff ausf Canaris in FS Flume 372 ff.

1872 So McGuire, Lizenz 158 ff. *Dulckheit* verwendete diese Begrifflichkeit jedoch nicht.

1873 *Dulckheit*, Verdinglichung 10.

1874 Dazu ausf Müller, Das quasidingliche Recht 15 ff.

1875 F. Bydliński spricht dabei etwa vom „*Mirakel der Treuhand*“, s F. Bydliński, System 322.

gehend anerkannt sind.¹⁸⁷⁶ Diese Fälle der konditionalen Dinglichkeit sind aber *va* ein Zeichen für eine Systemschwäche: Werden dingliche Rechte auf körperliche Objekte eingeschränkt, wird eine in sich geschlossene Gruppe von dinglichen Rechtswirkungen bei offenkundigen Rechten ausgeschlossen und für unzulässig erklärt. Wenn diese Rechtswirkungen aber in der Folge systemwidrig auf Grund von Billigkeitsargumenten anerkannt werden, zeigt sich, dass das vom Gesetzgeber gewählte System im Einzelfall zu korrekturbedürftigen Härtefällen führt. Selbst wenn durch eine gesetzliche Wertung dingliche Rechte nur für körperliche Sachen anerkannt sind, können sich bei offenkundigen Rechten stets dingliche Rechtswirkungen ergeben, die zur systemwidrigen Anomalie werden.

3.4.2.1.2. Unmittelbare Herrschaftsmacht

Als wesentliches Charakteristikum von dinglichen Rechten wird in den Motiven die unmittelbare Herrschaftsmacht über ein Rechtsobjekt genannt. Diese bereits vor dem Inkrafttreten des BGB heftig kritisierte¹⁸⁷⁷ Formulierung lässt sich direkt in einem willentheoretisch fundierten Rechtsverständnis verankern, in dem jedes subjektive Recht als Macht eines Rechtssubjekts, seinen Willen durchzusetzen, aufgefasst werden kann: Das dingliche Recht sei demnach jenes Recht, in dem die körperliche Sache der Herrschaftsmacht des Willens unterliegt.¹⁸⁷⁸ Das Kriterium der Unmittelbarkeit muss dabei, wie *Fabrizius* ganz richtig ausführt, aber nicht zwingend mit der Körperlichkeit des Rechtsobjekts im Zusammenhang stehen; vielmehr ist auch eine unmittelbare Herrschaftsbeziehung zu unkörperlichen Rechtsobjekten wie etwa Immaterialgüterrechten denkbar.¹⁸⁷⁹ Als wesentlich für die Dinglichkeit wird dabei die Unmittelbarkeit des Rechtsverhältnisses angesehen, da eine mittelbare Herrschaftsmacht auch bei obligatorischen Rechten vorliegen könne.¹⁸⁸⁰

Worin die unmittelbare Sachbeziehung bestehen könnte, die nach dieser Ansicht konstitutiv ist für das dingliche Recht, ist weitgehend ungeklärt. Ein Teil der Lit sieht dies als einen Hinweis auf ein Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache, das sohin von Rechtsverhältnissen zwischen Personen zu unterscheiden sei.¹⁸⁸¹ Einer solchen auf vormodernen Rechtsvorstellungen basierenden¹⁸⁸² Konzeption kann aber bei der Interpretation des geltenden Rechts nicht

1876 Häufig ist idZ die Parömie „*tertium non datur*“, wenn die Existenz dieser Mischformen negiert wird, s bspw *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 191; mwN *McGuire*, Lizenz 157.

1877 Mit vielen Nachweisen zur älteren Lit *Stöcker*, Dinglichkeit 23 ff.

1878 *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 38.

1879 *Fabrizius*, AcP 1963, 456 (473).

1880 So ganz richtig *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 38.

1881 S mit vielen Nachweisen *Ost*, Zuordnung 62.

1882 Dogmengeschichtlich wäre dies ein Zurückfallen hinter *Grotius* und *Locke*, vgl *Eckl/Bernd* in *Eckl/Bernd* (Hrsg), Was ist Eigentum? 27.

gefolgt werden. Wie *Oertmann* bereits im Jahr 1925 nachgewiesen hat,¹⁸⁸³ kann eine rechtliche Herrschaftsmacht nie über ein Rechtsobjekt bestehen, da jenes dem Rechtssubjekt keinen Widerstand leisten kann und diesem somit auch ohne Rechtsverhältnis vollumfänglich unterworfen ist; die Herrschaftsmacht muss sich sohin stets gegen andere Rechtssubjekte richten. Zudem zeigt sich, dass es expliziter Wille des Gesetzgebers des ABGB war, das dingliche Recht als Rechtsverhältnis zwischen Personen auszugestalten.¹⁸⁸⁴ Weitgehend abgelehnt wird zudem ein an den Besitz angelehntes Verständnis der unmittelbaren Objektbeziehung: Nicht als wesentlich für das dingliche Recht wird somit die unmittelbare Zugriffsmacht auf das Objekt angesehen.¹⁸⁸⁵ Dem ist vollinhaltlich zuzustimmen: Alleine aus dem Grund, dass eine unmittelbare Sachherrschaft nicht besteht, kann nicht geschlossen werden, dass ein dingliches Recht fehlt.¹⁸⁸⁶ Die derzeit wohl einflussreichste Interpretation versteht die Unmittelbarkeit der Beziehung darin, dass sich das Recht „ohne Rücksicht auf den Willen eines anderen entfalten kann, mithin nicht durch die Leistungspflicht eines Partners vermittelt wird.“¹⁸⁸⁷ Diese Definition findet auch in den Motiven Wiederhall, die davon ausgehen, dass bei dinglichen Rechten das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erforderlich sei.¹⁸⁸⁸ Hier wird auf den wesentlichen Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten abgestellt, da bei letzteren stets ein Dazwischentreten eines anderen Rechtssubjekts erforderlich ist – so sei der Mieter anders als der Eigentümer auf die Handlung eines anderen Rechtssubjekts angewiesen, um Zutritt zum gemieteten Objekt zu bekommen.¹⁸⁸⁹ Gegen diese Auffassung wird aber vorgebracht, dass im Fall von beschränkten dinglichen Rechten – wie etwa einem Fruchtgenussrecht – eine doppelte, sowohl dem Eigentümer als auch dem Fruchtgenussberechtigten zukommende, unmittelbare Herrschaftsmacht denklogisch ausscheiden müsse.¹⁸⁹⁰ Dementsprechend wird mittlerweile das Erfordernis der unmittelbaren Herrschaftsmacht als wesensbestimmendes Charakteristikum von dinglichen Rechten mancherorts generell abgelehnt.¹⁸⁹¹

Die Qualifikation von dinglichen Rechten als bewehrte Erlaubnisrechte erlaubt es aber, die unmittelbare Objektbeziehung als Voraussetzung für die Dinglichkeit im Kontext der unkörperlichen Sache neu zu interpretieren. Dies betrifft einerseits die Verbindung zu einem Objekt: Ein dingliches

1883 *Oertmann*, AcP 1925, 129 (138).

1884 S dazu ausf 3.3.6.1.

1885 *Schöneich*, Dinglichkeit 137 f; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 38; *Stöcker*, Dinglichkeit 23, s aber bereits *Staub*, AbR 1891, 12 (19); *Fuchs*, Dinglichkeit 11 f.

1886 Ebenso *Michaels*, Sachzuordnung 246 f.

1887 So die instruktive Formulierung von *Eichler*, Institutionen 2.

1888 Motive III 2.

1889 *Schöneich*, Dinglichkeit 136 f; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 40.

1890 *Schöneich*, Dinglichkeit 137; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 40.

1891 *Schöneich*, Dinglichkeit 138; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 40; mwN zur älteren Lit *Stöcker*, Dinglichkeit 24.

Recht ist nur als exklusive Befugnis an einem Rechtsobjekt denkbar, wenn von einer kategorialen Trennung von Subjekt und Objekt ausgegangen wird. Ein bewehrtes Erlaubnisrecht in Bezug auf eine Person kann somit klarerweise nie als dingliches Recht angesehen werden. Das dingliche Recht bezieht sich somit zwangsläufig auf ein Rechtsobjekt.

Andererseits ist die Unmittelbarkeit der Beziehung zwischen Recht und Rechtsobjekt ein konstitutives Merkmal von dinglichen Rechten. Denn das dingliche Recht besteht stets nur gemeinsam mit einem spezifischen Rechtsobjekt; sein Schicksal ist mit diesem untrennbar verbunden. In der Lit wird dieser Umstand als Bestimmtheitsgrundsatz bezeichnet, wonach dingliche Rechte nur an einem bestimmten, einzelnen Rechtsobjekt bestehen können.¹⁸⁹² Diese untrennbare Verbindung zeigt sich insb beim Untergang des Rechtsobjekts, der zwangsläufig auch das Ende des sich darauf beziehenden dinglichen Rechts bedeutet. Dieser strukturelle Unterschied von dinglichen und persönlichen Rechten manifestiert sich besonders illustrativ beim Untergang einer Sache, die sowohl Gegenstand eines dinglichen als auch eines persönlichen Rechts – etwa auf Übergabe der Kaufsache gem § 1061 ABGB – ist. Während das dingliche Recht durch den völligen Untergang der Sache wegfällt, wird das Recht auf Übergabe beim Gattungskauf vor der Konzentration durch den Untergang grds nicht berührt (*genus non perit*).¹⁸⁹³ Beim Untergang einer Speziessache hat der Gläubiger nach der Lehre des stellvertretenden commodums die Möglichkeit, anstelle der untergegangenen Sache einen anderen Wert – wie etwa Versicherungsleistungen – herauszuverlangen.¹⁸⁹⁴ Ein dingliches Recht an der Kaufsache fällt somit anders als ein persönliches Recht auf Übergabe mit dem Untergang des Objekts automatisch weg. Die damit einhergehende Unmittelbarkeit des Objektbezugs bei dinglichen Rechten ist dabei direkte Folge ihrer Normstruktur, die von derjenigen der obligatorischen Rechte abweicht: Während ein persönliches Schuldrecht etwa hinsichtlich der Übereignung der Kaufsache nach einer Recht-Pflicht-Relation iSv *Hohfeld* aufgebaut ist, kann das dingliche Recht als bewehrtes Erlaubnis zur Nutzung des Kaufobjekts interpretiert werden. Der Untergang der Kaufsache lässt sohin grundsätzlich¹⁸⁹⁵ die Pflicht des Verkäufers unangetastet, die bewehrte Erlaubnis zur Nutzung des Objekts läuft dann aber leer und fällt weg. Die unmittelbare Verbindung zwischen Recht und Rechtsobjekt ist somit Folge der Struktur als bewehrtes Erlaubnisrecht und folglich ein wesentliches Charakteristikum von dinglichen Rechten.

1892 MwN *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 16 ff.

1893 *Leupold* in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁵ § 1447 Rz 7.

1894 Ausf dazu *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum (1999) 157 ff.

1895 Denkbar sind freilich positive Regelungen und anders lautende Wertungen des Vertragsrechts.

3.4.2.2. Zuordnungsfunktion

In einer anderen Herangehensweise wird die güterzuordnende Funktion als wesentliches Charakteristikum von dinglichen Rechten angesehen. Diese Position ist va auf die Arbeiten *Wieackers* zurückzuführen, bei denen er Rechte an Hand ihrer Funktion im Rechtsverkehr unterscheidet: Während das Schuldrecht die Güterbewegung umfasse, erfolge durch das Sachenrecht die Güterzuteilung; anders als die dynamischen Schuldrechte seien dingliche Rechte somit statisch.¹⁸⁹⁶ Inhalt von dinglichen Rechten sei es nach der Zuordnungslehre somit,¹⁸⁹⁷ ein Rechtsobjekt zu einem Rechtssubjekt zuzuordnen; dadurch werde die natürliche Vorstellung eines *Mein und Dein* realisiert.¹⁸⁹⁸ Dingliche Rechtswirkungen – allen voran auch die Drittwirksamkeit – seien demnach bloß logische Folge der güterzuordnenden Funktion von dinglichen Rechten.¹⁸⁹⁹

Das wesentliche Verdienst der Zuordnungslehre liegt darin, dingliche Rechte über ihre dinglichen Wirkungen hinaus in ein zivilrechtliches Gesamtsystem einzuordnen. Die dingliche Wirkung wird hierbei als Durchsetzung der Güterzuordnung verstanden, mit der eine Störung einer erlaubten Handlung an einem zugeordneten Gut verhindert oder rückgängig gemacht werden soll.¹⁹⁰⁰ Darüber hinaus besteht aber auch eine Zuweisung des Vermögenswerts des zugeordneten Objekts, die im Störfall in Ausgleichsansprüchen resultieren kann und von der dinglichen Rechtswirkung zu unterscheiden ist.¹⁹⁰¹ In ihrer prägnantesten Form ist diese Unterscheidung wohl bei *Jürgen Schmidt* vorzufinden, der zwischen der Aktionsberechtigung, also der exklusiven Berechtigung zur Vornahme von Handlungen, die hier bereits als dingliche Rechtswirkung beschrieben wurde, und der Vermögensberechtigung, der bislang noch nicht weiter thematisierten exklusiven Berechtigung zur Inanspruchnahme von Vermögensvorteilen, differenziert.¹⁹⁰² Unabhängig von den Handlungsbefugnissen kann somit einem Rechtssubjekt ein spezifischer Wert zugeordnet werden; dieser gebührt dann ausschließlich dem Berechtigten.¹⁹⁰³ Realisiert ein anderer in seinem Vermögen den zugewiesenen Wert, kann der Berechtigte diesen bereicherungsrechtlich beanspruchen,¹⁹⁰⁴ wird

1896 *Wieacker*, Wandlungen der Eigentumsverfassung (1935) 35 ff. Hierbei gilt es zu beachten, dass diese Ideen iZm der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft zu sehen sind, wo in den Arbeiten zu einem „Volksgesetzbuch“ einer strengen Trennung von Schuld- und Sachenrecht eine Absage erklärt werden sollte.

1897 Für eine ausführliche Übersicht der der Zuordnungslehre zugehörigen Lit s *Ost*, Zuordnung 20 ff.

1898 *Eichler*, Institutionen 9 f.

1899 Weiterführend *Westermann/Gursky/Eickmann*, Westermann Sachenrecht⁸ (2011) 3.

1900 *Ost*, Zuordnung 43 ff.

1901 *Ost*, Zuordnung 46 f.

1902 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 54 ff.

1903 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 64.

1904 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 65.

der Wert rechtswidrig herabgesetzt, ist an Schadenersatz zu denken.¹⁹⁰⁵ Es können somit nicht nur Handlungen, sondern auch Werte in Bezug auf ein Rechtsobjekt einem Rechtssubjekt zugeordnet werden; dinglichen Rechten – allen voran dem Eigentumsrecht – kann somit eine Doppelrolle zukommen, da sie sowohl Handlungsräume als auch Werte iZm einem Rechtsobjekt zuordnen.¹⁹⁰⁶ Die Struktur des Rechts, mit dem gegen eine Störung der Wertzuordnung vorgegangen werden kann, weicht jedoch wesentlich von den hier im Fokus stehenden dinglichen Rechtswirkungen ab.¹⁹⁰⁷ Dies betrifft nicht nur die Rechtsfolge,¹⁹⁰⁸ sondern tw auch die Anwendungsvoraussetzungen, was insb beim Schadenersatz illustrativ gezeigt werden kann: So erfordert § 1294 ABGB ein Rechtswidrigkeitssurteil und somit die Behauptung einer Pflichtwidrigkeit des Störers. Voraussetzung für den Schadenersatz ist somit, dass der Störer aus dem Kreis der unbestimmten Vielheit auf Grund seiner verpönten Handlung hervortritt; er haftet gerade deshalb, weil er sozial unerwünscht handelt. Aus dieser Perspektive können einem dinglichen Recht auch relative Rechtswirkungen zukommen – nämlich immer dann, wenn ein Eingriff in die mit einem dinglichen Recht einhergehende Wertzuordnung erfolgt und die Herabsetzung des Werts ausgeglichen werden soll. Das dingliche Recht erschöpft sich somit nicht in den dinglichen Wirkungen iSe exklusiven Zuteilung von Handlungsmöglichkeiten; es kann vielmehr auch Anknüpfungspunkt für eine Wertzuordnung sein, für deren Durchsetzung sich eine eigenständige Dogmatik entwickelt hat.¹⁹⁰⁹

Hinsichtlich der Präzisierung des dinglichen Rechts, verstanden als Aktionsberechtigung, ist die Zuordnungslehre insb in der stärker am positiven Recht orientierten Lit kritisch aufgenommen worden. So ist die Zuordnung von erlaubten Handlungen klarerweise nicht auf körperliche Rechtsobjekte

1905 Sehr ausf *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 75 ff.

1906 Ein Gleichklang zwischen Aktions- und Vermögensberechtigung ist jedoch keinesfalls zwingend, s *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 67.

1907 AA *Wagner*, Unterlassungsansprüche 303, die davon ausgeht, dass sachenrechtlicher und schadenersatzrechtlicher Rechtsschutz nicht aufgespalten werden dürfen. § 354 ABGB stützt eine solche These freilich nicht: Wie noch später ausgeführt wird, hat der historische Gesetzgeber bei der Unterscheidung zwischen Substanz und Nutzungen bloß darauf abgestellt, dass sowohl das Ober- als auch das Untereigentum durchgesetzt werden kann. Eine Gleichsetzung von negatorischen und deliktischen Ansprüchen ist somit auch für das österreichische Recht nicht vorzunehmen, vgl für den Ansatz *Pickers* 4.2.5.2.1.

1908 Wie gesehen kann aus der dinglichen Rechtswirkung nur die Unterlassung einer Störungshandlung, nicht aber ein Wertausgleich erzwungen werden, s 3.2.4.

1909 Die durch das dingliche Recht erfolgte Wertzuordnung ist dabei Anknüpfungspunkt für die ausdifferenzierten Wertungen des Bereicherungs- und Schadenersatzrechts, deren Behandlung weit über das hier verfolgte Interesse hinausgehen würde. Es sei hier nur darauf hingewiesen, dass potenziell durchaus ein Gleichlauf bei der Durchsetzung von negatorischen und deliktischen Eigentumsbeschränkungen besteht.

beschränkt, weshalb es zu einer unzulässigen Abschwächung der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht komme.¹⁹¹⁰ Zudem sei diese Lehre zu unbestimmt, um weitere Folgen für das dingliche Recht abzuleiten;¹⁹¹¹ *Auer* bezeichnet die Zuordnung als „*Leerformel*“.¹⁹¹² Inhaltlich kann diese Kritik zwar nachvollzogen werden, sie verkennt aber den Blickwinkel, den die Zuordnungslehre einzunehmen sucht: Es soll ein generelles Funktionsprinzip in der Rechtsordnung verankert werden. Dabei zeigt sich, dass sich dingliche Rechte funktional nicht in ihrer dinglichen Wirkung erschöpfen, vielmehr kann die Zuordnung von Rechtsobjekten zu Rechtssubjekten im Störfall auch zur Notwendigkeit eines Wertausgleichs führen, der nicht von den dinglichen Wirkungen umfasst ist.

3.4.2.3. Beständigkeit in Insolvenz

Eine in der Lit ebenso diskutierte These sieht das wesentliche Charakteristikum von dinglichen Rechten in ihrer Behandlung in der Insolvenz. Diese wird als praktische Folge der Güterzuordnung durch dingliche Rechte angesehen.¹⁹¹³ Nach dieser maßgeblich auf *Pflüger* zurückgehenden Ansicht besteht das „Wesen“ von dinglichen Rechten nicht in einer Drittwirksamkeit, sondern vielmehr darin, dass diese *„vom Konkurs des Beklagten nicht berührt werden, sondern ihren Gegenstand heil aus der Konkursmasse herausziehen, also mit einem Wort: die Aussonderungsansprüche (...)“*¹⁹¹⁴. Auch in der jüngeren dt Lit wird die Beständigkeit von dinglichen Rechten in der Insolvenz ebenso wie bei der Zwangsvollstreckung bejaht.¹⁹¹⁵ Dem entspricht die österreichische Rechtslage: Nach § 44 Abs 1 IO besteht ein Recht auf Aussonderung, wenn sich in der Insolvenzmasse Sachen befinden, die dem Schuldner ganz oder zum Teile nicht gehören. Diese wird als insolvenzrechtliche „*Rezeption der sachenrechtlichen Güterzuordnung*“ bezeichnet.¹⁹¹⁶ Zu dem kommt bekanntlich das Absonderungsrecht nach § 48 IO, das ein bevorzugtes Befriedigungsrecht aus einer bestimmten Sache vermittelt.¹⁹¹⁷ Ebenso kann ein Dritter nach § 37 Abs 1 EO Widerspruch erheben, wenn dieser an einem durch die Exekution betroffenen Gegenstand ein dingliches Recht hat.¹⁹¹⁸ Die Beständigkeit in der Insolvenz und der Zwangsvollstreckung ist somit tatsächlich eine wesentliche Eigenschaft von dinglichen Rechten.

1910 *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 47.

1911 *Schöneich*, Dinglichkeit 133.

1912 *Auer*, Diskurs 99.

1913 S zB *Eichler*, Institutionen 11 ff; *Ehrenzweig*, System I/1² 129 f.

1914 Dies folgert er aus dem römischen Recht, s *Pflüger*, AcP 1892, 406 (414 f).

1915 *Schöneich*, Dinglichkeit 123 ff; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 59 ff.

1916 *Spitzer* in Koller/Lovrek/Spitzer, IO² § 44 Rz 21.

1917 Das Absonderungsrecht besteht dabei bei Pfandrechten und richterlichen Befriedigungsrechten, s *Widhalm-Budak* in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 48 Rz 2.

1918 *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 37 EO Rz 10 ff.

Es ist jedoch unzweifelhaft, dass nicht ausschließlich dingliche Rechte eine solche Beständigkeit in der Insolvenz aufweisen. Dies wird bei § 44 Abs 1 IO besonders deutlich, der neben dem dinglichen Recht auch ein persönliches Recht auf Aussonderung anerkennt; wie *Martin Spitzer* ausführt, ist dieser Grundsatz aber bereits seit der CO 1868 zumindest implizit im österreichischen Recht verankert.¹⁹¹⁹ Ähnliches gilt für die deutsche Rechtslage, wo nach § 47 InsO auch bei persönlichen Rechten ein Aussonderungsanspruch bejaht wird.¹⁹²⁰ Der Umstand, dass nicht ausschließlich dingliche Rechte in der Insolvenz Bestand haben können, zeigt sich doppelt: Erstens kann es zu einer Aussonderung einer körperlichen Sache kommen, wenn der Kläger daran ein persönliches Recht hat. Hierbei wird die Aussonderung bei persönlichen Rechten freilich nicht generell gewährt, vielmehr wird zwischen Herausgabeansprüchen (*reddere*-Ansprüche) und Verschaffungsansprüchen (*tradere*-Ansprüche) differenziert, wobei nur erstere einen Aussonderungsanspruch vermitteln.¹⁹²¹ Einen in der Insolvenz relevanten Herausgabeanspruch hat bspw der Vermieter bzw Verpächter hinsichtlich des Miet- oder Pachtgegenstands, aber auch der Verleiher bzw der Hinterleger hinsichtlich der geliehenen bzw hinterlegten Sache.¹⁹²² Zweitens wird auch die Aussonderung von Rechten – insb von zedierten Forderungen – anerkannt, obwohl an diesen nach der hL kein dingliches Eigentumsrecht bestehen kann.¹⁹²³ Begründet wird dies für das österreichische Recht mit Rückgriff auf *Helmut Koziol*, der von der Rechtszuständigkeit als Außenwirkung des Forderungsrechts ausgeht, die in der Insolvenz schlagend werde;¹⁹²⁴ dementsprechend sei diese Konstellation als persönliche Aussonderung zu qualifizieren.¹⁹²⁵

Für das deutsche Recht wird dahingegen die Aussonderung der Forderung wohl zu Recht¹⁹²⁶ als dingliche Aussonderungsberechtigung qualifiziert, was in einem System, das dingliche und persönliche Rechte kategorial trennt, aber bemerkenswert ist.¹⁹²⁷ Anders als von *Pflüger* postuliert sind die Aussonderungsansprüche somit kein den dinglichen Rechten vorbehaltenes Charakte-

1919 *Spitzer*, Aussonderung 47.

1920 *MwN Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 61.

1921 *Spitzer* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO² § 44 Rz 67.

1922 Dazu ausf *Ganter* in *MüKo InsO I*⁴ (2019) § 47 Rz 341.

1923 *Spitzer* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO² § 44 Rz 61 ff.

1924 *Koziol*, Beeinträchtigung 140 ff.

1925 *Spitzer* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO² § 44 Rz 61 ff.

1926 Die für die Aussonderung relevante Rechtszuständigkeit wird wohl unabhängig davon, ob es sich auf ein dingliches oder ein persönliches Recht bezieht, als dingliches Recht qualifiziert werden müssen, da diesem Drittwirkung zukommt. Dementsprechend ist auch der Aussonderungsanspruch an einem persönlichen Recht als dinglich anzusehen. Der aA liegt wohl eine Verwechslung zwischen dem Rechtsobjekt und dem – für die Qualifikation des Aussonderungsanspruchs relevanten – Recht zu Grunde.

1927 *Ganter* in *MüKo InsO I*⁴ § 47 Rz 204.

ristikum. Vielmehr wird zu Recht davon ausgegangen, dass der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten bei der Aussonderung in der Insolvenz keine Rolle spielt und somit die Behandlung im Insolvenzfall für die nähere Konturierung des dinglichen Rechts nicht herangezogen werden könne.¹⁹²⁸

Sehr wohl relevant ist die Insolvenz¹⁹²⁹ aber, wenn die Dinglichkeit konzeptionell¹⁹³⁰ aus ihrer Wirkung heraus betrachtet wird.¹⁹³¹ Qualifiziert man obligatorische Rechte als streng relativ wirkende Rechte, wirkt es als systemwidrige Anomalie,¹⁹³² wenn persönlichen Rechten in gewissem Ausmaß eine (dingliche) Drittwirkung zuerkannt wird.¹⁹³³ Tatsächlich ist die Behandlung in der Insolvenz ein manifestes Beispiel für die dingliche Rechtswirkung.¹⁹³⁴ Denn durch die zwangsweise Vollstreckung¹⁹³⁵ werden sämtliche erlaubte Handlungen, die einem Rechtssubjekt an einem Rechtsobjekt eingeräumt wurden, verunmöglicht. Wenn also die Rechtsordnung *irgendwelche* bewehrten Erlaubnisrechte an einem Rechtsobjekt zuerkennt,¹⁹³⁶ ist die Vollstreckung

1928 *Schöneich*, Dinglichkeit 123 ff; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 61.

1929 Dasselbe gilt auch für die Zwangsvollstreckung.

1930 Die Betrachtung erfolgt hierbei rein systematisch aus der Perspektive des dinglichen Rechts bzw der dinglichen Rechtswirkungen; eine tiefgreifende Analyse der Wertungen des Insolvenzrechts muss an dieser Stelle unterbleiben.

1931 Illustrativ ist dabei, dass *Otto Bähr* in diesen Fällen von einer „*quasi negatorischen Klage in Beziehung zu Forderungen*“ sprach und somit den Bezug zur Dinglichkeit explizit herstellte, s dazu ausf *Picker*, Drittwiderspruchsklage 327 ff.

1932 *MwN Spitzer*, Aussonderung 14. *Spitzer* begründet in seiner Schrift diese Anomalien ausführlich, er bleibt aber bei der Beurteilung der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht der hL weitgehend treu. *F. Bydliński* spricht idZ von einer bemerkenswerten verstärkten Außenseite des Forderungsrechts, s *F. Bydliński*, System 340.

1933 Tatsächlich wurde die Interventionsbefugnis auf Grund eines obligatorischen Anspruchs in der älteren Lit als „*Haupt- und Kardinalfrage der gesamten Lehre von der sog. Exekutionsintervention*“ angesehen. Auf Grund der Unantastbarkeit der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht ging man dahin, die Drittwiderspruchsklage allein prozessual zu begreifen, s dazu ausf *Picker*, Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht (1981) 33 ff. Die Auffassung der Drittwiderspruchsklage als „rein prozessuales Klaginstitut“ bezeichnet *Picker* als „*Produkt einer zufälligen und fatalen Scheinkonkordanz von Ideologie und Pragmatik*“, vgl aaO 506 ff.

1934 S dazu ausf auch Fn 2379.

1935 Dabei ist nicht von Relevanz, ob es sich um eine Gesamtvollstreckung oder um eine Einzelvollstreckung handelt.

1936 Darüber hinaus könnte an Hand des Insolvenzrechts auch thematisiert werden, inwiefern ein persönliches Recht erlaubte und bewehrte Handlungen vermittelt. Dafür ist die Unterscheidung zwischen Herausgabeansprüchen und Verschaffungsansprüchen heranzuziehen. Diese könnte dahingehend verstanden werden, dass bei Herausgabeansprüchen auch bewehrte Erlaubnisrechte bestehen, die nur beim insolventen Schuldner eingeschränkt werden dürfen, ohne eine Störung zu begründen, nicht aber bei Dritten. Diese Wirkungen zeigen sich besonders illustrativ beim Bestandvertrag, der eine bewehrte Erlaubnis zur Nutzung des Bestandobjekts ver-

in ein schuldnerfremdes¹⁹³⁷ Rechtsobjekt als Störungshandlung anzusehen;¹⁹³⁸ es muss somit für den Berechtigten die Möglichkeit offen stehen, das Rechtsobjekt gegen derartige Verwertungshandlungen abzuschirmen. Der Aussonderungsanspruch kann sohin als Ausfluss von dinglichen Rechtswirkungen aufgefasst werden,¹⁹³⁹ durch die ein unbestimmter Adressatenkreis angehalten werden kann, die Störung einer allein dem Berechtigten erlaubten Handlung zu unterlassen bzw rückgängig zu machen. Dass auch bei persönlichen Rechten ein Aussonderungsrecht zuerkannt wird, ist somit als Indiz dafür anzusehen, dass sich dingliche Wirkungen nicht auf dingliche Rechte beschränken. Die Insolvenz bzw die Zwangsvollstreckung kann daher als Lackmustest für die Existenz dinglicher Wirkungen bei Rechten angesehen werden.¹⁹⁴⁰

3.4.3. Stellungnahme

In einer Zusammenschau der verschiedenen Ansätze zur funktionalen Einordnung von dinglichen Rechten in die positive Rechtsordnung hat sich gezeigt, dass jede der hier angeführten Konzeptionen einen gewissen Aspekt

mittelt. Im Einklang damit steht, dass der Gesetzgeber die Bestandgeberinsolvenz anders regelt als die Bestandnehmerinsolvenz (§§ 23 f IO): Durch der bewehrte Dürfen des Bestandnehmers zur Nutzung des Bestandobjekts darf bei Insolvenz des Bestandgebers das Bestandverhältnis nur nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen gelöst werden; ein spezifisches Auflösungsrecht besteht nicht. Umgekehrt besteht bei der Insolvenz des Bestandnehmers ein Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters; das Recht des Bestandgebers beinhaltet somit kein bewehrtes Dürfen, sondern korrespondiert nur mit einer Pflicht des Bestandnehmers. Diese Wertung lässt sich – mit umgekehrten Vorzeichen – ohne Weiteres auch für die Übergabe der Bestandsache übernehmen: Während der Bestandnehmer mit seinem Recht bloß die Pflicht auf Einräumung der Stellung als Mieter durchsetzen kann, das dann zur Insolvenzforderung wird, kommt dem Bestandgeber neben dem Recht auf Übergabe durch den Bestandvertrag auch ein (eingeschränktes) Erlaubnisrecht zur Nutzung des Bestandobjekts zu, das durch eine Verwertung gestört würde. Dementsprechend wird in diesem Fall dem Bestandgeber ein Aussonderungsrecht zuerkannt. In einer rechtsformalen Betrachtungsweise könnte somit die Aussonderung von der Existenz von bewehrten Erlaubnisrechten – die bei persönlichen Rechten ebenso vorliegen können wie bei dinglichen – abhängig gemacht werden. Da der Nachweis dieses Gedankens von der hier untersuchten Forschungsfrage wegführen würde, muss an dieser Stelle auf eine weitere Erörterung verzichtet werden, s zu der Problematik aber statt aller *Spitzer*, Aussonderung 36 ff.

1937 Da durch die Insolvenz dem Schuldner die freie Verfügung über sein Vermögen entzogen wird (§ 2 Abs 2 IO), können von diesem auch keine bewehrten Erlaubnisrechte geltend gemacht werden.

1938 *Spitzer*, Aussonderung 1.

1939 Die Exszindierungsklage mit der *actio negatoria* vergleicht etwa *Spitzer*, Aussonderung 50.

1940 Ähnlich auch *Kietaihl*, die den Widerspruch gegen die Exekutionsführung gem § 37 EO und die Aussonderung gem § 44 IO als (dingliche) Wirkungen des Eigentumsrechts bezeichnet, s *Kietaihl* in Klang³ § 354 Rz 5.

der Dinglichkeit abbildet. So ist die Drittwirkung, auf die auch der Gesetzgeber des ABGB explizit hinweist, ein konstitutives Merkmal von dinglichen Rechten; spätestens seit dem Auftreten von Immaterialgüterrechten ist diese aber kein Alleinstellungsmerkmal mehr. Das von der L entwickelte Konzept der unmittelbaren Sachherrschaft weist zwar zu Recht auf einen unmittelbaren Konnex zwischen Recht und Rechtsobjekt hin, es ist alleine damit aber bspw nicht möglich, das Bestandrecht eindeutig als persönliches oder dingliches Recht zu qualifizieren, da nach § 1112 ABGB zwar der Bestandvertrag mit dem Untergang der Sache aufgelöst wird; der Mieter aber auf die Handlung eines anderen Rechtssubjekts angewiesen ist, um Zutritt zum gemieteten Objekt zu bekommen. Aus teleologischer Sicht wird zu Recht auf die Zuordnungsfunktion von dinglichen Rechten hingewiesen; zugleich bedeutet diese aber, dass dinglichen Rechten nicht ausschließlich dingliche Wirkungen iSe Zuweisung von Handlungsbefugnissen zukommen, da diese auch Grundlage einer eigenständig durchsetzbaren Wertzuordnung sind. Zuletzt ergibt sich auch der Blick auf das Schicksal der Rechte im Insolvenzfall, dass dingliche Rechte nicht zwangsläufig anders zu behandeln sind als persönliche; somit können auch persönlichen Rechten bei der Aussonderung dingliche Rechtswirkungen zukommen. Es konnte sohin kein Ansatz gefunden werden, der für sich alleine geeignet ist, die spezifischen Charakteristika von dinglichen Rechten so abzubilden, dass deren „Wesen“ hinreichend erfasst wäre.

Die hier vorgenommene Betrachtungsweise erlaubt jedoch einen klareren Blick auf die Problemlage, die einer eindeutigen Erfassung von dinglichen Rechten entgegensteht. Denn es hat sich gezeigt, dass dingliche Rechtswirkungen nicht zwangsläufig mit dinglichen Rechten zusammenfallen. Vielmehr können dingliche Wirkungen unabhängig davon, ob ein Recht als dinglich qualifiziert wird oder nicht, ausgemacht werden, sofern das Kriterium der Offenkundigkeit erfüllt ist.¹⁹⁴¹ Das ABGB trägt dem besonders illustrativ Rechnung, indem persönliche Rechte, deren Offenkundigkeit durch Eintragung in ein öffentliches Register angenommen wird, explizit als dingliche bezeichnet werden. Darüber hinaus hat sich auch gezeigt, dass auch ohne ausdrücklicher Verankerung im positiven Recht von dinglichen Wirkungen bei persönlichen Rechten ausgegangen werden kann, was als Ausdruck des Umstands angesehen werden kann, dass auf Grund des weiten Sachbegriffs potenziell auch nicht-dingliche Rechte Gegenstand dinglicher Rechte sind. Ein wesentliches Hindernis für eine abschließende Definition des dinglichen Rechts stellt somit die an diese herangetragene Anforderung dar, dass damit auch sämtliche dinglichen Rechtswirkungen abschließend erfasst sein müssen. Als wesentliche Erkenntnis kann daher festgehalten

1941 Für eine Relativierung der Trennlinie zwischen den absolut geschützten Rechten des Sachenrechts und anderen Rechtspositionen auch *Haselberger*, Ansätze einer juristischen Relativitätstheorie und die Einheit der Rechtsordnung, RZ 2016, 60 (60 ff).

werden, dass dingliche Rechte von dinglichen Rechtswirkungen getrennt werden müssen, da diese nicht zwingend zusammenfallen.

Verabschiedet man sich von einer nahtlos an die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht anknüpfenden Vorstellung, dass nur dingliche Rechte dingliche Wirkungen entfalten, können Grenzfälle dogmatisch eingeordnet werden. Es handelt sich um Fälle der konditionalen Dinglichkeit, bei der die Existenz von dinglichen Wirkungen von der Offenkundigkeit des Rechts abhängt. Konzeptionell von besonderer Bedeutung ist dabei der Insolvenzfall¹⁹⁴²: Unabhängig davon, in welchem Ausmaß die Rechtsordnung einem Rechtssubjekt bewehrte Erlaubnisrechte an einem Rechtsobjekt einräumt,¹⁹⁴³ kommt es zu einer Störung, wenn dieses Rechtsobjekt trotz Offenkundigkeit bei der Insolvenz eines anderen in die Masse einbezogen und in der Folge verwertet wird. Erlaubt man dingliche Rechtswirkungen auch bei persönlichen Rechten, hören diese Fälle auf, systemwidrige Anomalien zu sein.

Mit dieser Annäherung an das „Wesen“ des dinglichen Rechts kann nun der Blick auf in der L umstrittene Fälle gewendet werden. Denn es ist – wie gesehen – noch nicht abschließend geklärt, inwiefern Bestandvertrag, Baurecht, Reallast, Wohnungseigentum, Bergwerksberechtigungen und dingliche Teilnutzungsrechte als dingliche Rechte angesehen werden können.¹⁹⁴⁴ Diese haben gemein, dass sie bei Offenkundigkeit dingliche Wirkungen aufweisen; sie können aber ebenso Gegenstand von Eigentum und Besitz sein. Ob diese nun stärker wiegen als obligatorische Rechtswirkungen, ist für den Einzelfall aber ohne Bedeutung; Wichtig ist für den entscheidenden Fall nur, ob durch dingliche Rechtswirkungen gegen Störungen Dritter vorgegangen werden kann, nicht die akademische Qualifikation des Rechts. Da durch den weiten Sachbegriff dingliche Wirkungen auch außerhalb der in § 308 ABGB angeführten Rechte vorliegen können, ist diese Diskussion sohin ohne erkennbaren Wert.

3.5. Schlussfolgerungen

Aus dem vorhergehenden Abschnitt hat sich ergeben, dass die Rechtsfigur der unkörperlichen Sache eng mit der Konzeption von dinglichen Rechten verbunden ist. Die wechselnde Bedeutung der unkörperlichen Sache ist somit maßgeblich auf Paradigmenwechsel in der Dogmatik zum dinglichen Recht zurückzuführen. In einer rechtsformalen Betrachtung hat sich dabei gezeigt, dass dingliche Rechte als bewehrte Erlaubnisrechte aufzufassen sind; ihre formale Struktur verhält sich sohin strukturell agnostisch zur Frage, auf welche Rechtsobjekte sie sich beziehen. Es können somit Handlungs-

1942 Dem ist freilich auch die Zwangsvollstreckung gleichzuhalten.

1943 Irrelevant ist die Insolvenz in dieser Konstellation nur, wenn es keine bewehrten Erlaubnisrechte gibt.

1944 Für weitere Nachweise s 3.4.1.

befugnisse bei Rechten und unkörperlichen Sachen gleichermaßen rechtlichen Schutz gegen Störungen genießen wie Handlungsbefugnisse bei körperlichen Sachen. Mit Blick auf dingliche Rechtswirkungen hat sich zudem ergeben, dass diese nicht notwendigerweise auf dingliche Rechte beschränkt sind. Vielmehr können dingliche Wirkungen auch bei persönlichen Rechten auftreten, wenn eine sozialtypische Offenkundigkeit vorliegt, was aber bei einer strengen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht zu systemwidrigen Anomalien führt. Es gibt somit keine zwingenden formalen Gründe, die dagegen sprechen, dingliche Rechtswirkungen auch an persönlichen Rechten anzuerkennen bzw Rechte als Gegenstand von dinglichen Rechten zu akzeptieren. Es gibt jedoch auch keine zwingenden formalen Gründe, die den Gesetzgeber daran hindern, den Anwendungsbereich von dinglichen Rechten auf körperliche Sachen einzuschränken. Daraus folgt, dass es dem Gesetzgeber obliegt, in welchem Umfang unkörperliche Rechtsobjekte dinglich gegen Störungen geschützt sind.

Ein wesentliches Hindernis für die konzeptionelle Erfassung von dinglichen Rechten stellt die Geisteshaltung dar, dass deren unveränderliches Wesen – in den eingangs angeführten Worten von *Ginossar* durch einen Stein der Weisen – ergründet werden kann. Tatsächlich hat sich aber gezeigt, dass die Konzeption des dinglichen Rechts ganz wesentlich durch zeitgenössische Vorstellungen zu Individuum und Gesellschaft geprägt ist. Vieles spricht dafür, dass im antiken römischen Recht dingliche Rechte wesentlich anders konzipiert waren als in modernen Rechtsordnungen wie dem ABGB. Durchaus problematisch ist es daher, wenn autonomiebasierte Rechtskonzepte im römischen Recht wiedererkannt werden und daraus Schlüsse für das ABGB gezogen werden. Hierdurch entsteht die Illusion einer Statik des Konzepts des dinglichen Rechts durch die historische Entwicklung hindurch, die so bei näherer Betrachtung nicht nachvollzogen werden kann. Hieraus folgt einerseits, dass sich die Charakteristika von dinglichen Rechten aus dem spezifischen Regelungszusammenhang der Rechtsordnung und nicht aus „*Naturgegebenheiten, an denen niemand rüttelt*“¹⁹⁴⁵ ergeben. Andererseits ist dies auch ein Auftrag an den Gesetzgeber und die Rechtswissenschaft, das dingliche Recht weiterzuentwickeln, sodass es für neu auftretende Phänomene in der Sphäre des Reellen interessenswahrende Lösungsansätze bietet.

Ob im österreichischen Zivilrecht *de lege lata* dingliche Rechte auch auf Rechte Anwendung finden können, ergibt sich somit nicht durch den Blick auf deren „Wesen“, sondern kann nur durch Auslegung des positiven Rechts ermittelt werden. Dabei hat sich ergeben, dass die Aussage, dass Rechte nicht Gegenstand dinglicher Rechte sein können, nicht auf den Gesetzgeber, sondern auf die Lehren der Historische Rechtsschule zurückzuführen ist. Sie beruft sich dabei iW auf *Savigny*, der als Geburtshelfer der Dichotomie von

1945 *Schilcher* in FS Fenyves 321.

Schuld- und Sachenrecht gilt und diese aus dem antiken römischen Recht schöpft.¹⁹⁴⁶ Tatsächlich kam es durch die pandektistische Interpretation der antiken Quellen nach neuerer Ansicht aber zu einer Modifikation des römisch-rechtlichen Konzepts des dinglichen Rechts: Das unmittelbare Rechtsverhältnis zwischen Objekt und Subjekt wurde bei *Savigny* im Rahmen seines willentheoretisch fundierten, einem Freiheitsnarrativ des selbstständigen Individuums folgenden Rechtsbegriffs zu einem Rechtsverhältnis zwischen Subjekten in Bezug auf ein Objekt. Zwingende Folge dabei ist es in einem dichotomen Denkansatz, das Objekt, auf das sich das dingliche Recht bezieht, einzuschränken, da ansonsten jedes Recht ein Sachenrecht wäre. Der enge Sachbegriff ist somit unmittelbar mit der pandektistischen Fassung von dinglichen Rechten verbunden. Die Einschränkung von dinglichen Rechten auf körperliche Sache kann in ihrer heute vertretenen Form somit nicht auf das antike römische Recht zurückgeführt werden, sondern bildet ein eigenständiges pandektistisches Paradigma der Interpretation von dinglichen Rechten.

Der Blick in die Genese des dinglichen Rechts zeigt, dass sich der Gesetzgeber des ABGB nicht von einer Einschränkung auf körperliche Sachen leiten ließ. Vielmehr fasste er die dinglichen Rechtswirkungen in einer bemerkenswert funktionalen Abstraktion, die erst ein Jhd später wieder in der Rechtswissenschaft aufgenommen wurden. Quelle des ABGB waren dabei naturrechtliche Erwägungen, die auch am Anfang der Konzeption des dinglichen Rechts als zwischen Rechtssubjekten wirkendes Rechtsverhältnis waren. Eine Dichotomie zwischen Schuld- und Sachenrecht war dem naturrechtlich inspirierten Gesetzgeber fremd; sie wurde erst später durch die Lehren der Pandektistik bzw der Historischen Rechtsschule in das ABGB hineingetragen, obwohl die Bestimmungen weitgehend unverändert blieben. Eine besonders bemerkenswerte Stellung kommt dabei dem noch heute unverändert im ABGB verankerten Institut der unkörperlichen Sache zu: Sie ist ein stiller Zeuge dafür, dass das ABGB kein pandektistisches Gesetzbuch war und ist.¹⁹⁴⁷

4. Rechte als Objekte dinglicher Rechte

*„Es wird kein Unterschied gemacht, ob die Sache eine körperliche oder unkörperliche sei, ja es wird vielmehr ausdrücklich gesagt, dass auch eine unkörperliche Sache, nämlich Rechte, und zwar ohne Unterschied der dinglichen und persönlichen, einen Gegenstand des Eigentumsrechtes ausmachen.“*¹⁹⁴⁸

1946 *Michaels* in HKK II (2007) Vor § 241 Rz 18.

1947 Das ABGB befindet sich dabei in guter Gesellschaft. Wie *Gretton* in seiner rechtsvergleichenden Studie nachweist, ist die unkörperliche Sache in vielen Rechtsordnungen – insb im romanischen Rechtskreis – weit verbreitet; er bezeichnet diese in der Folge als „gaianisch“; *Gretton*, *RabelsZ* 2007, 802 (807 ff).

1948 *Zeiller*, *Commentar* 2.1 § 354 Rz 2 (109).

Von jeder anderen Person als von *Zeiller* würde diese Aussage ohne viel Federlesens als völlig inkompatibel mit den Wertungen des ABGB verworfen werden. Denn sie steht diametral zu zwei heute weitgehend unstrittigen Pfeilern des österreichischen Zivilrechts: Zum einen beinhaltet diese Aussage einen Konflikt mit der bereits zuvor ausführlich thematisierten Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht; ihr steht es entgegen, wenn explizit ein Eigentum an persönlichen Rechten anerkannt wird. Zum anderen besteht ein manifestes Spannungsverhältnis mit der Vorstellung einer Totalität des Eigentumsrechts, unter der der Umstand verstanden wird, dass mit dem Eigentumsrecht nicht einzelne Befugnisse, sondern die „*totale Herrschaft über eine Sache*“ vermittelt wird.¹⁹⁴⁹ Wenn in der Folge (beschränkte) dingliche Rechte als Abspaltung des umfassenden Eigentumsrechts angesehen werden, kommt es zu einer seltsamen Doppelung, wenn an diesen Abspaltungen selbst wieder ein Eigentumsrecht angenommen wird.¹⁹⁵⁰ Dass *Zeiller* als *spiritus rector* des ABGB diesen an seiner Deutlichkeit und Klarheit kaum zu übertreffenden Satz in seiner Kommentierung zum Eigentumsrecht an prominenter Stelle festgehalten hat, ist somit ein starkes Indiz: Das von der hL vertretene Verständnis von Sachenrecht unterscheidet sich trotz unveränderter Rechtslage wesentlich von den Auffassungen des Gesetzgebers.

Dieses Zitat von *Zeiller* ist somit ein eminenter Anknüpfungspunkt für das hier verfolgte Bemühen, den Satz, dass dingliche Rechte nur auf körperliche Sachen Anwendung finden können, zu widerlegen. Der nun folgende Abschnitt ist Kumulationspunkt der bisherigen Untersuchungen, die ergeben haben, dass es durch die Historische Rechtsschule zu einer wesentlichen Änderung der Interpretation des (dinglichen) Sachenrechts gekommen ist, sodass das ABGB nunmehr – trotz sehr unterschiedlicher gesetzlicher Wertungen und ideengeschichtlicher Genese – im Resultat wie ein Gesetzbuch der Pandektistik ausgelegt wird.¹⁹⁵¹ Dieser letzte Abschnitt des Allgemeinen Teils versteht sich somit als ein Versuch der *Dekonstruktion* dieser völlig verfestigten Auslegung des ABGB. Dazu tritt aber die Notwendigkeit der *Konstruktion* der dinglichen Sachenrechte – allen voran Eigentumsrecht und Besitz, wie diese im Regelungssystem des ABGB ausgestaltet sind. Denn nur durch den Versuch des Verstehens des dem ABGB zu Grunde liegenden Konzepts der (dinglichen)

1949 Mit Rückgriff auf *Puchta*, s. *Wiegand*, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff, in *Coing/Wilhelm* (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert (1976) 118 (143).

1950 Überdies könnte dies zu einem infiniten Regress führen, da dann wiederum eine Abspaltung von diesem Eigentumsrecht möglich wäre.

1951 Dass die L von einem Pandektensystem im ABGB ausgeht, wird – wie gesehen – ganz offen eingeräumt, s. dazu ausf. 1.3.

Sachenrechte können die Änderungen der Gesetzesauslegung durch die Historische Rechtsschule transparent und somit auch bewertbar gemacht werden.

Die Schwierigkeit eines solchen Unterfangens ist über 200 Jahre nach Inkrafttreten des ABGB und etwa 150 Jahre nach der maßgeblichen Änderung der Gesetzesauslegung offensichtlich: Es müssen fast schon Jahrhunderte der intensiven Entwicklung des Rechts durch den Dialog von Lehre und Rsp ausgeblendet und Aussagen, die auf Grund ihrer gelernten und gelehrten Richtigkeit intuitiv akzeptiert werden, hinterfragt werden. Deswegen sollen die Prämissen für die folgenden Überlegungen in Erinnerung gerufen werden: Ziel ist es, das (dingliche) Sachenrecht des ABGB „zum Sprechen zu bringen“ und sich selbst als Norminterpret geschichtlich möglichst „transparent“ zu machen. Dabei soll zum einen versucht werden, die funktionale Bedeutung der einzelnen dinglichen Sachenrechte – und allen voran Besitz und Eigentumsrecht – im Verhältnis zueinander zu erfassen. Hierbei wird als Prämisse für die Untersuchung von einer hinreichenden Vollständigkeit und Konsistenz der Regelungen des ABGB ausgegangen: Es wird somit vermutet, dass innerhalb des Regelungskomplexes des (dinglichen) Sachenrechts im ABGB keine wesentlichen Regelungslücken oder Wertungsinkonsistenzen bestehen, was freilich im Einzelfall auch widerlegt werden kann. Diese Prämisse ist notwendig für eine funktionale Betrachtung der dinglichen Rechte: Geht man davon aus, dass die Regelungen im ABGB nicht hinreichend vollständig oder konsistent sind, muss eine funktionale Betrachtung des Regelungssystems im Vorhinein ausscheiden, da diese nicht zu sinnvollen Ergebnissen führen kann. Zum anderen soll auf die historische Genese der Frage, ob Rechte Gegenstand von Besitz und Eigentumsrecht sein können, eingegangen werden. Der Fokus liegt somit auf dem materiellen Recht und seiner Entwicklung bis zur Historischen Rechtsschule. Nachfolgende normative Entwicklungen sowie das Zusammenspiel von materiellem Recht und Prozessrecht können nur am Rande thematisiert werden, sie sind Gegenstand des folgenden, Besonderen Abschnitts.

4.1. Verhältnis der dinglichen Rechte

Zur Frage, inwieweit im ABGB Rechte taugliche Objekte von dinglichen Rechten sein können, sind zunächst die einzelnen dinglichen Rechte und ihr Verhältnis zueinander in den Blick zu nehmen. Als dingliche Rechte definiert § 308 ABGB das Recht des Besitzes, des Eigentums, des Pfands und der Dienstbarkeit. Dreh- und Angelpunkt der Betrachtung ist dabei das Eigentumsrecht; dieses vermittelt nach § 362 ABGB das Recht, eine Sache nach Willkür zu benützen, zu übertragen oder ggf auch zu zerstören. Die restlichen dinglichen Rechte werden in zwei Gruppen eingeteilt: einerseits beschränkte dingliche Rechte, zu denen Pfandrecht und Dienstbarkeiten gezählt werden, andererseits der Besitz. Dementsprechend gilt es auch für eine funktionale Betrachtung der dinglichen Rechte zwischen diesen Gruppen zu unterscheiden.

Die Stellung des Eigentumsrechts im Konzert der dinglichen Rechte hat dabei wesentliche Auswirkungen auf den Sachbegriff. Dies zeigt *Gretton* eindrucksvoll in einem rechtsvergleichenden Ansatz, wobei er dies mit dem Gedanken verbindet, dass die Stellung des Eigentumsrechts und der Sachbegriff wesentlich von der unterschiedlichen Interpretation des gaianischen Schemas¹⁹⁵² abhängen: Sofern eine Rechtsordnung in der Tradition von *Gaius* – wie dies etwa im romanischen Rechtskreis durchaus nicht selten ist¹⁹⁵³ – zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen unterscheidet, muss stets eine Festlegung dahingehend erfolgen, welche Stellung dem Eigentumsrecht zukommt, das anders als beschränkte dingliche Rechte nicht als Teil der *res incorporales* genannt wird. Hierbei unterscheidet *Gretton* zwei verschiedene Lesarten: Einerseits kann das Eigentum als in der körperlichen Sache integriert angesehen werden, sodass im Resultat nur ein Eigentumsrecht an körperlichen Sachen bestehen kann, von dem beschränkte dingliche Rechte zu trennen sind.¹⁹⁵⁴ Andererseits kann Eigentum auch als kategorial unterschiedlich zu anderen dinglichen Rechten angesehen werden, da es eine Gehörensrelation ausdrückt, sodass im Resultat ein Eigentumsrecht gleichermaßen an körperlichen wie unkörperlichen Sachen bestehen kann.¹⁹⁵⁵ Dem setzt *Gretton* ein nicht-gaianisches, nach den Grundsätzen der Pandektistik¹⁹⁵⁶ ausgestaltetes System entgegen, das durch eine strenge Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht geprägt ist und sohin nur ein Eigentumsrecht an körperlichen Sachen anerkennt. Das Eigentumsrecht sei dabei ein Mutterrecht, das in den Worten von *Larenz* als ein Rechtsobjekt 2. Ordnung¹⁹⁵⁷ die körperliche Sache zum Gegenstand habe; nur über jenes könne verfügt werden.¹⁹⁵⁸ Ein beschränktes dingliches Recht könne demnach auch nur am Eigentumsrecht und nicht an der Sache selbst bestehen.¹⁹⁵⁹ Diesen Sichtweisen ist aber gemein, dass das Eigentumsrecht im Vergleich zu beschränkten dinglichen Rechten als grundsätzlich andersartig angesehen wird, weshalb dieses in weiterer Folge in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt wird.

1952 Vgl bereits 1.2.7.

1953 Vgl zum Code Civil etwa *Fiorini* in Wacke/Baldus (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa 94 ff.

1954 Dem entspricht nach *Gretton* die hA in Frankreich, s *Gretton*, *RabelsZ* 2007, 802 (809).

1955 Dem entspricht nach *Gretton* etwa die Konzeption des Eigentumsrechts in Italien, Spanien, Russland sowie den Niederlanden bis zur Zivilrechtsnovelle im Jahr 1992, s *Gretton*, *RabelsZ* 2007, 802 (816 ff).

1956 So kritisch *Giglio*, *U. Toronto L. J.* 2012, 1 (5 ff).

1957 S dazu ausf 2.1.3.1.

1958 *Gretton*, *RabelsZ* 2007, 802 (831 ff).

1959 *Gretton*, *RabelsZ* 2007, 802 (841 ff).

4.1.1. Verhältnis Eigentum – beschränkte dingliche Rechte

Aus der Arbeit *Grettons* ergibt sich, dass das Verhältnis von Eigentumsrecht zu beschränkten dinglichen Rechten iW drei Formen einnehmen kann. Nach einer pandektistischen Lesart ist das Eigentum den beschränkten dinglichen Rechten logisch vorgelagert; beschränkte dingliche Rechte bestehen somit unmittelbar am Eigentumsrecht und nicht an der Sache selbst. Nach einer gaianischen Sichtweise bestehen Eigentum und beschränkte dingliche Rechte grundsätzlich nebeneinander. Es kann folglich danach differenziert werden, ob das Eigentumsrecht und beschränkte dingliche Rechte horizontal auf derselben Ebene oder auf unterschiedlichen, hierarchisch gestuften Ebenen und somit in einem Vertikalverhältnis stehen.¹⁹⁶⁰ Darüber hinaus kann noch darauf abgestellt werden, ob auch beschränkte dingliche Rechte Gegenstand des Eigentumsrechts sein können. Es muss somit gezeigt werden, welchen dieser Modelle das ABGB folgt.

4.1.1.1. Horizontal- oder Vertikalverhältnis

Das ABGB nimmt nicht unmittelbar zur abstrakten Frage Stellung, in welchem Verhältnis sich Eigentum und beschränkte dingliche Rechte befinden. Als Vergleichsmaßstab für eine zumindest *prima vista* klare Positionierung zu dieser Frage kann aber das BGB herangezogen werden, woraus in Gegenüberstellung Rückschlüsse auf das ABGB gezogen werden können.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist für die deutsche Rechtslage das Verhältnis zwischen Rechtsobjekt und dinglichem Recht. Auf Grund des engen Sachbegriffs des BGB sind ausschließlich körperliche Sachen Gegenstand von dinglichen Rechten, wobei – um eine Doppelung der Rechtsobjekte zu vermeiden – in der älteren Lit das Rechtsobjekt mit dem Eigentumsrecht identifiziert wurde.¹⁹⁶¹ Maßgeblich auf *Larenz* zurückzuführen ist der mittlerweile wohl herrschende Ansatz, der die körperliche Sache und das Eigentumsrecht als Rechtsobjekte unterschiedlicher Ordnung interpretiert, wobei nur über das Eigentumsrecht und nicht über die körperliche Sache verfügt werden kann; ebenso wird das Eigentumsrecht und nicht die Sache etwa durch ein Pfandrecht belastet.¹⁹⁶² Allein aus dieser Betrachtung ergibt sich, dass das Eigentumsrecht im BGB die totale Unterwerfung der Sache zum Inhalt hat und somit das Rechtsobjekt vollumfänglich erfasst.¹⁹⁶³ Damit geht konzeptionell einher, dass das Eigentumsrecht im BGB abstrakt und ungeteilt ist und die

1960 Damit in Zusammenhang steht die Frage, ob beschränkte dingliche Rechte ursprünglich derivativ oder originär erworben werden. Geht man von einer Ableitung von beschränkten dinglichen Rechten aus, liegt der derivative Erwerb näher, in einem Horizontalverhältnis eher der originäre Erwerb, s dazu weiterführend *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 125.

1961 S dazu bereits ausf 2.1.3.1.

1962 *Larenz*, Allgemeiner Teil³ 246, weiterführend dazu 2.1.3.1.

1963 *MwN Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 377 f.

Gesamtheit der Rechtsbeziehungen rund um das Objekt umfasst; das Eigentum ist somit gleichsam die rechtliche Repräsentanz des Objekts¹⁹⁶⁴ und mehr als die Summe der Handlungsbefugnisse des Rechtssubjekts.¹⁹⁶⁵ Daraus folgt eine von der hL¹⁹⁶⁶ vertretene Sichtweise, die das Eigentumsrecht als „Universal Mutterrecht“ ansieht, das in der Hierarchie der dinglichen Rechte oben stehe.¹⁹⁶⁷ Von diesem können beschränkte dingliche Rechte als „Tochterrechte“ abgeleitet werden.¹⁹⁶⁸ Es wird somit davon ausgegangen, dass durch eine Belastung – etwa durch ein Fruchtgenussrecht – dem Eigentümer Befugnisse genommen und an den Erwerber übertragen werden, was als „*verselbstständiger Splitter des Quellrechts*“ angesehen wird, wobei es für den Eigentümer zu einem echten Verlust von Befugnissen kommt.¹⁹⁶⁹ Da das Eigentumsrecht den beschränkten dinglichen Rechten hierarchisch vorgelagert ist, findet sich im BGB somit ein Vertikalverhältnis zwischen Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten wieder, was im System von *Gretton* ganz einem pandektistischen Modell entspricht.¹⁹⁷⁰

Konzeptionelle Schwierigkeiten bereitet unter Zugrundelegung eines derartigen Vertikalverhältnisses zwischen Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten das Phänomen der beschränkten dinglichen Rechte an

1964 Unübertroffen dazu: „*Dem Recht bedeutet das Ding Eigentum*“, s. *Husserl*, *Der Rechtsgegenstand* 176.

1965 Dazu ausf. *Wiegand*, der aber auch von einer „Überhöhung des Eigentums“ spricht, *Wiegand* in *Coing/Wilhelm* (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* 142 ff.

1966 Eine andere Auffassung vertrat etwa *Habersack*, der davon ausging, dass das Rechtsobjekt erster Ordnung Gegenstand der Belastung sei. Diese Auffassung wurde jedoch in der aktuellen Auflage fallen gelassen, wo sich *Habersack* der hL anschloss, s. *Habersack*, *Examens-Repetitorium Sachenrecht*⁹ (2020) 5; zu der früheren Ansicht von *Habersack* ausf. *Hauck*, *Nießbrauch an Rechten* 82 ff.

1967 *Hauck*, *Nießbrauch an Rechten* 80 ff.; *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* 378.

1968 Dabei wird das Sprachbild des „Eigentumssplitters“, der herausgelöst wird, ebenso verwendet wie jenes der Belastung des Vollrechts, s. weiterführend *Raiser*, *Funktionsteilung des Eigentums*, in *FS Sontis* (1977) 167 (170).

1969 *Hauck*, *Nießbrauch an Rechten* 114 ff. Dies führt freilich zu der Problematik, ob das Eigentum – entgegen römisch-rechtlicher Wertungen – durch die Belastung an sich unangetastet bleibt und somit ein Spannungsfeld mit dem Konzept des totalen Eigentums entsteht. *Hauck* versucht dies zu lösen, indem er das Verhältnis zwischen Eigentümer und Fruchtniesser als Vergemeinschaftung ansieht und dem Bruchteileigentum annähert. s. aaO für die tiefschürfenden, aber für den gegenwärtigen Zweck nicht weiterführenden Gedanken von *Hauck*. Ganz überzeugend ist diese Ansicht aber mE nicht, da mit diesem Ansatz der Unterschiedlichkeit des Rechtsobjekts nicht hinreichend Rechnung getragen wird. Während sich das Eigentum im Denken von *Larenz* auf ein Rechtsobjekt erster Ordnung bezieht, ist Bezugspunkt des Nießbrauchs ein Rechtsobjekt zweiter Ordnung. Da sich die Rechtsobjekte somit in unterschiedlichen Sphären befinden, ist eine Rechtsgemeinschaft mE nicht ohne Weiteres möglich.

1970 Auch *Wiegand* sieht eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Eigentumsbegriff des BGB und der Pandektistik, s. *Wiegand*, *AcP* 1990, 112 (117).

Rechten,¹⁹⁷¹ die auch im BGB anerkannt sind. Denn an Rechten besteht im System des BGB völlig unstrittig kein Eigentum, da diese nicht als Sache iSd § 90 BGB anzusehen sind. Es stellt sich sohin die Frage, was die „Mutter“ der abgeleiteten Tochterrechte ist. Dabei wird insb bei Forderungsrechten vertreten, dass die Belastung eine Teilübertragung der Forderung an ein anderes Rechtssubjekt darstelle und somit eine Abspaltung von Befugnissen vorliege.¹⁹⁷² Da ein beschränktes dingliches Recht an einem persönlichen Recht somit ein Ausschnitt des persönlichen Rechts ist, wird dieses im System des BGB ganz zu Recht als persönliches Recht bezeichnet. Das Pfandrecht am persönlichen Recht ist somit ein persönliches Recht, obwohl das Pfandrecht selbst dinglich ist.¹⁹⁷³

Das von der deutschen Rechtswissenschaft konsequent ausgearbeitete Vertikalverhältnis zwischen Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten kann dem System des ABGB entgegengestellt werden.¹⁹⁷⁴ Der wesentliche Unterschied besteht dabei im Umfang des Sachbegriffs, der beim ABGB unterschiedslos körperliche Objekte wie Rechte umfasst, weshalb im System von *Gretton* von einem „gaianischen“ System auszugehen ist. Es besteht somit – anders als im BGB – keine Notwendigkeit, körperliche Sachen und Rechte hinsichtlich ihrer Qualität als Rechtsobjekte kategorial zu trennen. Die Sache selbst ist somit Rechtsobjekt von dinglichen Rechten, nicht das von der körperlichen Sache abgeleitete Eigentumsrecht; eine Sache kann somit nach expliziter Anordnung des ABGB ebenso Gegenstand des Eigentumsrechts (§ 355 ABGB), des Besitzes (§ 311 ABGB), des Pfandrechts (§ 448 ABGB)¹⁹⁷⁵ und einer Dienstbarkeit (§ 472 ABGB) sein. Eine Bestätigung findet dies auch in der Definition des dinglichen Sachenrechts in § 307 ABGB, das als Recht über eine Sache – und nicht etwa über das Eigentumsrecht – definiert ist. Das Eigentumsrecht und das Recht des Besitzes sind im Regelungskonzept des ABGB – wie gesehen – vielmehr bloß Rechte und keine unabhängigen Rechtsobjekte.¹⁹⁷⁶ Daraus folgt, dass sich im ABGB sämtliche dinglichen Sachenrechte – also beschränkte dingliche Rechte ebenso wie das Besitz- und Eigentumsrecht – potenziell auf dasselbe Rechtsobjekt beziehen und somit in einem horizontalen Verhältnis zueinanderstehen.¹⁹⁷⁷

1971 Auf diesen Umstand hinweisend *Wendehorst* in Alexy (Hrsg), *Juristische Grundlagenforschung* 76.

1972 S mwN *Hauck*, der dies aber mit seiner Konzeption der Rechtsgemeinschaft verbindet, *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 130 ff, vgl dazu bereits *Kozioł*, Beeinträchtigung 150.

1973 Mwn zur hL in Deutschland *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 199 f.

1974 Anderes gilt freilich, wenn man das ABGB nach den Lehren der Historischen Rechtsschule pandektistisch interpretiert; dies führt zwangsläufig zum selben Ergebnis wie für das BGB dargestellt.

1975 Zum Rechtsbesitz am Pfandrecht ausf *Gusenleitner*, Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand (2004) 189 ff.

1976 Vgl 2.1.3.1.

1977 Auch für das ABGB wird freilich ohne weitere Begründung tw von einem Vertikalverhältnis der dinglichen Rechte ausgegangen, s etwa *Wolkerstorfer* in Klang³ § 447 Rz 7; *Gschnitzer*, Sachenrecht 212.

Eine Stütze findet diese Interpretation auch in anderer Weise in der Aufzählung des § 307 ABGB. Bei dieser wird ua das Recht des Pfandes als dingliches Sachenrecht qualifiziert, obwohl nach expliziter Anordnung des § 448 ABGB jede Sache – also auch ein Recht – als Pfand dienen kann, sofern diese im Verkehr steht. Übernimmt man eine dem BGB innewohnende Interpretation, würde dies zu einem Konflikt führen, da das Pfandrecht an einem Forderungsrecht als persönliches Recht und nicht wie gesetzlich definiert als ein dingliches qualifiziert werden müsste. Unter der Prämisse der Widerspruchsfreiheit der Regelungen des ABGB kann somit davon ausgegangen werden, dass dem ABGB kein Vertikalverhältnis von Eigentumsrecht und beschränkten dinglichen Rechten zu Grunde liegt. Jedenfalls gilt aber: In einem horizontalen Verhältnis der dinglichen Rechte richtet sich die Qualifikation eines Rechts als dinglich ausschließlich nach dem Recht und nicht nach dem Rechtsobjekt.¹⁹⁷⁸

Ein letzter Gesichtspunkt betrifft die Ausgestaltung des Eigentumsrechts, das sein Verhältnis zu den beschränkten dinglichen Rechten wesentlich beeinflusst. Einem Vertikalverhältnis, wie es dem BGB entspricht, liegt ein Eigentumsbegriff zu Grunde, der durch seine Totalität, Abstraktheit, Absolutheit und Formalität geprägt ist, was jeder funktionalen Aufteilung des Eigentumsrechts entgegensteht.¹⁹⁷⁹ Dieses die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen einer körperlichen Sache umfassende Eigentumsrecht ist im geschichtlichen Kontext zu verorten, in dem es von der Pandektistik entwickelt wurde: Zuvor wurde in der Zivilrechtsdogmatik während eines etwa 500 Jahre andauernden Zeitraums von der Teilung in Ober- und Untereigentum und somit von einer funktionalen Teilung des Eigentumsrechts ausgegangen.¹⁹⁸⁰ Zu einer mit dieser Tradition brechenden Neuformulierung und Modifikation des Eigentumsbegriffs kam es demnach erst im Lauf des 19. Jhds.¹⁹⁸¹ Tatsächlich war im ABGB in §§ 357 ff ABGB noch bis in das Jahr 2006 eine Differenzierung zwischen Obereigentümer und Nutzungseigentümer im Rechtsbestand.¹⁹⁸² Dies ist ein unmittelbares Indiz dafür, dass der Gesetzgeber des ABGB kein allumfassendes, totales Eigentumsrecht realisieren wollte, wie es im BGB verankert ist. Vielmehr ist das Eigentum als umfassendes Recht über eine Sache anzusehen, das sich von anderen dingli-

1978 Das Pfandrecht an einer Forderung ist somit als dingliches Recht zu qualifizieren.

1979 Weiterführend *Wiegand* in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert 139 ff.

1980 Sehr ausf *Wiegand* in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert 120 ff.

1981 *Westermann*, Dogmatik im Sachenrecht, in FS Canaris (2017) 617 (623 ff); *Wiegand* in FS Kroeschell 627.

1982 Diese Bestimmungen waren aber praktisch bedeutungslos, s *Klang* in Klang II² § 357 (147 f); es bestanden jedoch Überlegungen, das geteilte Eigentum beim Grundeigentum wieder mit Leben zu erfüllen, vgl *Raiser* in FS Sontis 178 f. Noch heute finden sich aber Spuren davon im ABGB, zB in § 363 ABGB.

chen Sachenrechten bloß im Umfang und nicht kategorisch unterscheidet. Dies zeigt sich illustrativ auch im Gesetzwerdungsprozess, wo von *Zeiller* von drei prinzipiell gleichrangigen Hauptrechten in einer Sache ausgegangen wird: Besitz, Gebrauch und Proprietät – diese entsprächen im ABGB dem Besitzrecht, der Servitut und dem Eigentumsrecht.¹⁹⁸³ Daraus folgt, dass dem Eigentumsrecht im ABGB in den Augen des Gesetzgebers keine logisch vorangesetzte Stellung zukommt, vielmehr könne es in eine Reihe mit anderen Hauptrechten gestellt werden. Anders als im BGB ist das Eigentumsrecht im ABGB somit kein „Universalmutterrecht“, dem die beschränkten dinglichen Rechte nachgeordnet sind; vielmehr sind alle dinglichen Sachenrechte gleichrangig und befinden sich in einem Horizontalverhältnis zueinander. Dementsprechend findet sich im ABGB – wie *Gretton* ganz zu Recht erkannt hat – eine Orientierung am *gaianischen* Schema; ein „*totales Eigentumsrecht*“ nach pandektistischem Modell findet sich im ABGB somit nicht.

Eine Bestätigung für diese Ansicht findet sich in der Bestimmung des § 358 ABGB. Diese hatte ursprünglich den Inhalt, eine Unterscheidung im Verhältnis zwischen Ober- und Untereigentum (§§ 357 ff aF) bzw Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten herbeizuführen; durch ein beschränktes dingliches Recht werde demnach nicht ohne Weiteres ein – der Vollständigkeit des Eigentums abträgliches – Untereigentum begründet.¹⁹⁸⁴ Durch die Änderung des ABGB im Zuge des DRG 2006 wurde die durch die Aufhebung der Untertänigkeitsverhältnisse und der Fideikomnisse gegenstandslos gewordene Unterscheidung zwischen Ober- und Untereigentum aufgehoben; § 358 ABGB blieb jedoch mit kleinen Änderungen im Rechtsbestand.¹⁹⁸⁵ Nunmehr ergibt sich aus § 358 ABGB, dass die Vollständigkeit des Eigentums weder durch gesetzliche Beschränkungen noch durch den Willen des Eigentümers aufgehoben wird. Daraus kann der Ansatz des Gesetzgebers erkannt werden, dass durch ein beschränktes dingliches Recht kein Teil des Eigentumsrechts „abgesplittert“ und verselbstständigt wird; vielmehr bleibt das Eigentumsrecht auch bei Existenz eines beschränkten dinglichen Rechts im Umfang unverändert. Die strenge Unterscheidung zwischen dem Nutzungseigentum (§ 357 aF ABGB) und beschränkten dinglichen Rechten der Stammfassung wurde somit durch den Willen des modernen Gesetzgebers zu einer bloßen Charakterisierung der Struktur des Eigentumsrechts. Dass dieses unabhängig von etwaigen Beschränkungen stets vollständig ist, steht jedoch einer Auffassung entgegen, nach der beschränkte dingliche Rechte dem Eigentum nachgelagert sind und einen verselbstständigten Splitter von diesem repräsentieren. Denn nach richtiger Auffassung würde dies zu einem Verlust von Befugnissen des Eigentümers führen

1983 *Ofner*, Urentwurf I 213.

1984 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 358 Rz 2 (116 f).

1985 Dies ergibt sich explizit aus ErlRV 1410 BlgNR, 22. GP 13.

und somit einer Vollständigkeit des Eigentumsrechts entgegenstehen. Der moderne Gesetzgeber hat somit in § 358 ABGB bekräftigt, dass beschränkte dingliche Rechte selbstständig neben dem Eigentumsrecht bestehen.

Nach diesem abstrakt beschriebenen Verhältnis der dinglichen Rechte zueinander richtet sich auch das Verhältnis zwischen den einzelnen dinglichen Berechtigten, das als Innenwirkung des dinglichen Rechts beschrieben werden kann. Das Verhältnis zwischen Eigentümer und den aus einem beschränkten dinglichen Recht Berechtigten ist in einer derartigen Gleichordnung von dinglichen Rechten als Rechtsgemeinschaft aufzufassen. Es sind dabei allen Inhabern eines dinglichen Sachenrechts bestimmte Befugnisse über die Sache zugeordnet. Das Eigentum ist dadurch geprägt, dass es im Gegensatz zu beschränkten dinglichen Rechten im Umfang nicht be- oder abgegrenzt ist; in Abwesenheit von beschränkten dinglichen Rechten sind dem Eigentümer sämtliche Befugnisse über eine Sache zugeordnet.¹⁹⁸⁶ Anders ist dies bei beschränkten dinglichen Rechten: Diese ordnen eine notwendigerweise abgegrenzte Anzahl an Befugnissen über eine Sache einem Rechtssubjekt zu. Der Unterschied zwischen dem Eigentumsrecht und den beschränkten dinglichen Rechten ist im ABGB somit qualitativ und nicht kategorial. Durch ein beschränktes dingliches Recht kommt es nicht zu einer Ableitung von Befugnissen vom Eigentum und somit zu einer Modifikation des Eigentumsrechts, vielmehr werden dieselben Handlungsbefugnisse verschiedenen Rechtssubjekten zugeordnet,¹⁹⁸⁷ was zu einer auflösungsbedürftigen Kollision von Befugnissen über eine Sache führt.¹⁹⁸⁸ Daraus folgt notwendigerweise, dass bei Wegfall des beschränkten dinglichen Rechts auch die Kollision der Befugnisse entfällt und diese wieder allein dem Eigentümer zugeordnet werden. Die Bezeichnung dieses Umstands als *Elastizität des Eigentums*¹⁹⁸⁹ ist somit im System des ABGB nicht vollends treffsicher, da sich das Eigentumsrecht selbst nicht ändert, sondern nur ein dieses hemmender Umstand wegfällt.

Die Konzeption des Verhältnisses zwischen Eigentumsrecht und beschränkten dinglichen Rechten hat unmittelbare Auswirkungen auf die Auslegung des positiven Rechts.¹⁹⁹⁰ Besonders illustrativ ist das Lehrbuchbeispiels ist

1986 Vgl dazu bereits *Staub*, AbR 1891, 12 (27 ff).

1987 Dies zeigt sich auch in der Rsp, die eine parallele Aktivlegitimation des Fruchtgenussberechtigten und des Eigentümers annimmt, s dazu RIS-Justiz RS0106908. Ausf dazu auch *Kietzbl* in Klang³ § 354 Rz 21.

1988 So auch *Sontis* in FS Larenz 993, vgl auch 3.2.2.2.

1989 Dazu etwa *Leupold* in Klang³ § 353 Rz 9.

1990 Neben diesen näher angeführten Beispielen kann freilich auch die Zulässigkeit eines zeitlich begrenzten Eigentums als Anwendungsfall der unterschiedlichen Eigentumskonzeptionen im BGB und im ABGB dienen. Während dieses in Deutschland ohne weitere Diskussion verneint wird (s BGH 16.1.2004, V ZR 243/03 zum Eigentum am Überbau nach Ablauf der schuldrechtlichen Gestattung), bejaht die österreichische Rsp dieses zumindest zT (OGH 18.9.2007, 5 Ob 114/07m; s aber auch

dabei die Preisgabe des Eigentums an einer Sache. Für das ABGB wird hierbei davon ausgegangen, dass durch den Wegfall des Eigentumsrechts etwaige beschränkte dingliche Rechte unangetastet bleiben.¹⁹⁹¹ Dies ist für ein Horizontalverhältnis von dinglichen Rechten völlig überzeugend: Die Befugnisse des durch ein beschränktes dingliches Recht Berechtigten werden durch den Wegfall der Eigentumsposition nicht tangiert. In einem System, in dem beschränkte dingliche Rechte vom Eigentum abgeleitet werden, muss aber streng genommen¹⁹⁹² mit der Preisgabe des Eigentums auch das davon abgeleitete, beschränkte dingliche Recht wegfallen, da dieses nur einen Ausschnitt des Mutterrechts darstellt.¹⁹⁹³ In einem vertikalen Verhältnis der dinglichen Rechte sind die beschränkten dinglichen Rechte somit deutlich enger mit dem Eigentumsrecht verbunden als bei einem horizontalen Verhältnis.

Die wirtschaftlich bedeutend wichtigere Auswirkung des Verhältnisses zwischen dinglichen Rechten betrifft die Frage, ob der Eigentümer auch gleichzeitig ein beschränktes dingliches Recht an der Sache begründen kann, was als Recht an der eigenen Sache bzw Eigenrecht bezeichnet wird. In einem vertikalen Verhältnis der dinglichen Rechte bestehen bei Dienstbarkeiten¹⁹⁹⁴ keine Bedenken gegen ein solches ursprüngliches Eigenrecht, das als Abspaltung vom Eigentum durch Willenserklärung aufgefasst wird.¹⁹⁹⁵ Obwohl dies hinsichtlich beweglicher Sachen gegen den Willen des Gesetzgebers des BGB läuft und auch dem

OGH 25.3.2020, 6 Ob 20/20i). Dabei kann *Leupold* zugestimmt werden, dass das zeitlich befristete Eigentum mit einer Vorstellung des Eigentumsrechts als Vollrecht und „Universalmutterrecht“ inkompatibel sei (*Leupold* in Klang³ § 358 Rz 13 ff). In einer dem ABGB innewohnenden, zurückgenommenen Stellung des Eigentumsrechts ist dies indes durchaus vorstellbar. Diese Diskussion kann somit als Ausdruck der unterschiedlichen Eigentumskonzepte aufgefasst werden, die dem BGB und dem ABGB zu Grunde liegen.

1991 S statt aller *Holzner* in Klang³ § 386 Rz 7. Der Bestand eines beschränkten dinglichen Rechts ist dabei auch kein Dereliktionshindernis, wobei dies hinsichtlich von Reallasten str ist, s *Holzner* in Klang³ § 387 Rz 3.

1992 Weicht man aber das Konzept des abstrakten und unteilbaren Eigentums auf, kann dieses wohl idR billige Ergebnis ebenso erreicht werden, s dazu bspw *Holzner* in Klang³ § 386 Rz 7.

1993 *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 126 f; *Sontis* in FS Larenz 993. Freilich setzt sich die hL in Deutschland darüber hinweg, was insb *Hauck* zu Recht kritisiert, s aaO.

1994 Auf Grund des Akzessorietätsprinzips muss eine ursprüngliche Begründung eines solchen Eigenrechts hinsichtlich des Pfandrechts wohl ausscheiden. In der III. TN wurde vom Gesetzgeber aber in §§ 469 ABGB bzw § 1446 ABGB die Möglichkeit einer Eigentümerhypothek vorgesehen. Zu dieser, s ausf *Fidler* in Klang³ § 469 Rz 112 ff. Ein gesetzliches Pfandrecht besteht nach § 397 UGB freilich auch beim Kommissionär hinsichtlich des Kommissionsguts. Diese gesetzliche Ausnahmebestimmung ist aber wohl wesentlich dadurch bedingt, dass es bei der Kommission zu einer Diskrepanz zwischen wirtschaftlichem und zivilrechtlichem Eigentum kommt.

1995 *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 470; ebenso *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 134 ff.

römisch-rechtlichen *nulli res sua servit* Grundsatz widerspricht,¹⁹⁹⁶ ist für die deutsche Rechtslage weithin anerkannt, dass eine Eigentümerdienstbarkeit ohne jede Einschränkung bestellt werden kann, wenn ein Rechtsschutzinteresse vorliegt;¹⁹⁹⁷ der Eigentümer muss aber nach neuerer Rsp kein berechtigtes Interesse an der Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit mehr nachweisen.¹⁹⁹⁸ Ebenso wird ein Nießbrauch an eigenen Sachen für zulässig angesehen, wobei dies insb hinsichtlich beweglicher Sachen str ist;¹⁹⁹⁹ auch eine Eigentümerreallast ist anerkannt.²⁰⁰⁰ Dies überzeugt konzeptionell:²⁰⁰¹ Wenn Dienstbarkeit, Nießbrauch und Reallast als verselbstständigte Abspaltungen des Eigentumsrechts angesehen werden, ist es naheliegend, dass diese Abtrennung ganz nach dem Willen des Eigentümers erfolgen kann. Es ist sohin ohne Mitwirkung eines anderen möglich, einen Splitter aus dem Recht herauszulösen, über den in der Folge unabhängig vom Eigentumsrecht disponiert werden kann.

Eine derartige Begründung ist freilich verschlossen, wenn man beschränkte dingliche Rechte und das Eigentumsrecht auf gleicher Ebene verortet. Denn durch ein beschränktes dingliches Recht kommt es zu einer Rechtsgemeinschaft der dinglich Berechtigten, wobei die Berechtigten bei einem Eigenrecht ein- und dasselbe Rechtssubjekt wären. Der Rechtsgemeinschaft würde somit ihre Grundlage, dass sie zwingend aus verschiedenen Personen bestehen muss, fehlen.²⁰⁰² Es ist somit innerhalb des horizontalen Verhältnisses der dinglichen Rechte im ABGB nur konsequent, dass in § 472 ABGB der Eigentümer bei der Bestellung einer Dienstbarkeit verpflichtet wird, zum Vorteile eines *anderen* in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen; § 526 ABGB sieht für den Fall der Vereinigung *ex lege* eine Beendigung der Dienstbarkeit vor, die aber im Fall der Veräußerung einer der Liegenschaften wieder aufleben kann. Daraus folgert die Rsp zu Recht, dass eine Eigentümerservitut im österreichischen Recht nicht zulässig ist;²⁰⁰³ dasselbe gilt *mutatis mutandis* für das Fruchtgenussrecht und die Reallast,²⁰⁰⁴ die im ABGB im Abschnitt über die Dienstbarkeiten geregelt sind. Anders wird aber ganz zu Recht die Konstellation gesehen, wenn der Berechtigte einer Dienstbarkeit oder einer Reallast nur ein

1996 Hauck, Nießbrauch an Rechten 134.

1997 S für umfassende Nachweise Reymann in Staudinger BGB III (2021) § 1090 Rz 4; krit dazu Füller, Eigenständiges Sachenrecht? 472 ff.

1998 BGH 14.7.2011, V ZB 271/10.

1999 Ausf dazu Heinze in Staudinger BGB III (2021) § 1030 Rz 30 ff.

2000 Reymann in Staudinger BGB III (2021) § 1105 Rz 12.

2001 Die einzelnen Bestimmungen des BGB sollen nicht näher betrachtet werden, da an dieser Stelle bloß die konzeptionellen Unterschiede zwischen einem Vertikal- und einem Horizontalverhältnis der dinglichen Rechte thematisiert werden soll.

2002 Vgl dazu § 825 ABGB, § 1175 ABGB.

2003 RIS-Justiz RS0122304.

2004 Als durchaus möglich wird die Übertragung des Fruchtgenussrechts an den Eigentümer der dienenden Sache gesehen, wobei hier fraglich ist, ob nicht ein Verzicht des Fruchtgenussberechtigten vorliegt, vgl für die stRsp RIS-Justiz RS0012152.

Miteigentümer ist.²⁰⁰⁵ Es kommt hier zu einer Rechtsgemeinschaft zwischen den durch das beschränkte dingliche Recht Berechtigten und der Gesamtheit der Miteigentümer; diese resultiert somit nicht in einer die Gemeinschaft aufhebenden Personenidentität der Berechtigten.

Gegen diese Interpretation wird der praktische Bedarf am Eigenrecht ins Feld geführt, der insb im Fall der zwangsweisen Veräußerung bestehe.²⁰⁰⁶ Darauf ist jedoch mit *Bittner* zu antworten, dass im österreichischen System der dinglichen Rechte die Dienstbarkeitsbegründung bei Eigentümeridentität dogmatisch nur schwer zu rechtfertigen ist,²⁰⁰⁷ die Rsp befindet sich somit jedenfalls auf solider, gesetzlich und konzeptionell abgesicherter Basis.²⁰⁰⁸ Rechtspolitisch kann durchaus auch eine stärkere Gewichtung des praktischen Bedürfnisses an einer Eigentümerservitut erwogen werden, es sollte dabei jedoch nicht vergessen werden, dass diese im System des ABGB eine Anomalie darstellte: Es würde im System der grundsätzlichen Gleichordnung von dinglichen Rechten ein Element eingeführt, das konzeptionell Folge eines Vertikalverhältnisses von dinglichen Rechten ist. An Hand der Judikaturdiskrepanz hinsichtlich der Zulässigkeit von Rechten an der eigenen Sache in Deutschland und Österreich zeigt sich aber deutlich, dass der konzeptionelle Unterschied des Verhältnisses der dinglichen Rechte konsequent fortgedacht durchaus auch unmittelbar praktisch relevante Auswirkungen zeitigt.²⁰⁰⁹

4.1.1.2. Eigentum an beschränkten dinglichen Rechten

Die zweite Unterscheidung zieht *Gretton* zwischen Rechtssystemen, die ein Eigentumsrecht an Rechten anerkennen und solchen, die dieses auf körperliche Sachen beschränken. Diese Differenzierung ist aber der Frage nachgeordnet, ob eine Rechtsordnung als „gaianisch“ oder „pandektistisch“ qualifiziert werden kann. Dem kann vollinhaltlich zugestimmt werden, da im pandektistischen Denken die Annahme eines Eigentums an beschränkten dinglichen Rechten auf Grund des engen, auf körperliche Sachen beschränkten Eigentumsbegriffs abgelehnt werden muss. Ein Eigentum an beschränkten dinglichen Rechten ist somit nur in Rechtssystemen möglich, die einen weiten Sachbegriff aufweisen. Gemünzt auf das hier vorliegende Auslegungsproblem für das ABGB bedeutet dies, dass Aussagen zum BGB ebenso

2005 S mwN *Rassi* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² (2016) § 12 Rz 67 f.

2006 S etwa *Graf*, Plädoyer für die Zulassung der Eigentümerservitut, in FS *Bittner* (2018) 197 (198); *Koch* in *KBB*⁷ § 472 Rz 3; *Hofmann* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 472 Rz 3; *Klang* in *Klang II*² § 472 Rz 7 (550 f).

2007 *Bittner* in *Klang*³ § 472 Rz 7.

2008 AA *Graf* in FS *Bittner* 203.

2009 Dieser Zusammenhang kann aber freilich umgekehrt ausgedrückt werden: Die durch Gesetz und Rsp vorgesehene Unmöglichkeit der Dienstbarkeitsbegründung bei Eigentümeridentität kann als Argument dafür gesehen werden, dass das Eigentumsrecht der Dienstbarkeit nicht hierarchisch vorgelagert ist.

wie jene der Historischen Rechtsschule nur mit äußerster Vorsicht herangezogen werden können, da sie sich auf ein anderes Paradigma des dinglichen Rechts – nämlich das pandektistische – beziehen.

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, können im ABGB auf Grund des weiten Sachbegriffs des § 292 ABGB mit Ausnahme des Eigentums- und Besitzrechts auch Rechte als Rechtsobjekte angesehen werden.²⁰¹⁰ Soweit Rechte als Rechtsobjekte qualifiziert werden, können an diesen somit wiederum Rechte bestehen, was sich insb auch in § 321, § 340 und § 343 ABGB zeigt, wo explizit vom Besitz dinglicher Rechte die Rede ist.²⁰¹¹ § 355 ABGB regelt, dass alle Sachen – somit körperliche gleich wie unkörperliche – Gegenstand des Eigentumsrechts sind, wozu *Zeiller* wie eingangs erwähnt ausführte, dass dies auch für dingliche Rechte zutrifft.²⁰¹² Es ergibt sich aus dem Regelungskonzept des ABGB somit zweifellos, dass auch ein Eigentum an dinglichen Rechten – mit Ausnahme des Besitzrechts²⁰¹³ – bestehen kann.²⁰¹⁴

Ausgehend von diesem Befund stellt sich die Frage, welche Funktion das Eigentum an beschränkten dinglichen Rechten im Regulationssystem des ABGB hat. Illustrativ ist dabei eine Gegenüberstellung der Regelungen des ABGB und jenen des BGB, die die Durchsetzung von beschränkten dinglichen Rechten betreffen: Hinsichtlich des Pfandrechts regeln §§ 458 ff ABGB ausschließlich das Verhältnis zwischen Pfandgeber und dem Pfandgläubiger; bei den Servituten wird in § 523, 1. Fall ABGB ausschließlich das Klagerecht des Berechtigten gegenüber dem Eigentümer geregelt. Demgegenüber steht etwa die Bestimmung des § 1134 BGB, die auch gegenüber Dritten eine Unterlassungsklage bei einer die Sicherheit der Hypothek gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks gewährt, bei einer Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit kann gem § 1027 BGB gegen jeden Störer vorgegangen werden, gem § 1065 BGB können gegen die Beeinträchtigung des Nießbrauchs durch Dritte die Ansprüche aus dem Eigentum geltend gemacht werden. Daraus ergibt sich, dass im Regulationssystem des ABGB bei den beschränkten dinglichen Rechten ausschließlich das Verhältnis vom Berechtigten des beschränkten dinglichen Rechts zum Eigentümer – also die Innenwirkung des dinglichen Rechts – näher bestimmt wird, nicht aber das Verhältnis gegenüber Rechtssubjekten, denen keinerlei Berechtigung an

2010 S 2.1.3.1.

2011 Wie sich zeigen wird, ist dies von großer Relevanz, da der Schutz der Rechtsausübung im Regulationssystem des ABGB beim Besitzrecht situiert wird; die vereinfachte Geltendmachung im Besitzstörungsverfahren trat erst später in den Vordergrund.

2012 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 354 Rz 2 (108 f).

2013 Da das Besitzrecht kein eigenständiges Rechtsobjekt darstellt, bleibt auch ein hypothetisch denkbare Eigentumsrecht am Besitz ohne rechtliche Konsequenzen, s dazu bereits 2.1.3.1.

2014 Es bestehen insb auch keine Hinweise, dass im ABGB das Eigentum mit der körperlichen Sache verschmolzen wäre, was nach *Gretton* – wie gesehen – die zweite Möglichkeit der Interpretation des *gaianischen* Schemas darstellt.

der Sache zukommt. Folgt man strikt dem Wortlaut des ABGB, kämen dem Berechtigten eines beschränkten dinglichen Rechts anders als nach dem Regelungskonzept des BGB somit keinerlei Möglichkeiten zu, gegen Dritte vorzugehen.

Ganz zu Recht wird jedoch eine solche am Wortlaut klebende Interpretation des ABGB abgelehnt.²⁰¹⁵ Demgemäß wird davon ausgegangen, dass sich beschränkte dingliche Rechte nicht in einer Wirkung gegenüber einem nicht persönlich bestimmten Eigentümer erschöpfen. So wird richtigerweise vertreten, dass der Pfandgläubiger auch gegenüber einem Dritten mit besitzrechtlichen Mitteln vorgehen kann;²⁰¹⁶ in der älteren Rsp wurde ein Rechtsbesitz am Pfandrecht ohne Weiteres anerkannt.²⁰¹⁷ Darüber hinaus kommt dem Pfandgläubiger die sog Devastationsklage zu, die auf Unterlassung und Beseitigung des rechtswidrig herbeigeführten Zustands gerichtet ist, die als ein Anwendungsfall der *actio negatoria*²⁰¹⁸ – also der Eigentumsfreiheitsklage – angesehen wird.²⁰¹⁹ Hinsichtlich der Dienstbarkeiten wird entgegen dem klaren Wortlaut des § 523, 1. Fall ABGB davon ausgegangen, dass eine Klage gegen jeden Störer möglich sei,²⁰²⁰ wobei auch possessorische Rechtsmittel in Betracht kommen sollen.²⁰²¹ Auch dem bürgerlich eingetragenen Fruchtgenussberechtigten wird eine Widerspruchsklage iSd § 37 EO eingeräumt, wenn ihm der Gebrauch der Sache entzogen wird.²⁰²² Es wird somit ganz unbefangen davon ausgegangen, dass für die Durchsetzung von beschränkten dinglichen Rechten gegenüber Dritten die Rechtsmittel des Besitz- und Eigentumsrechts zur Verfügung stehen.

Genau an dieser Stelle kann die von der hL in den genannten Fällen bereits stillschweigend vorausgesetzte Funktion des Eigentums bzw des Besitzes an beschränkten dinglichen Rechten explizit ausgedrückt werden. Es geht hier um die Außenwirkung von beschränkten dinglichen Rechten, also der Möglichkeit, gegen Störungen des Rechts durch Dritte vorzugehen. Während die Außenwirkung im Regelungskonzept des BGB bei den einzelnen beschränkten dinglichen Rechten explizit angeordnet wird,²⁰²³ erfolgt dies im ABGB somit dadurch, dass direkt auf die Rechtsmittel des Eigen-

2015 S etwa *Kietai* in Klang³ § 354 Rz 18.

2016 *Wolkerstorfer* in Klang³ § 447 Rz 40.

2017 OGH 5.5.1898, Nr 6286 GLUNF 164; OGH 19.11.1895, Nr 13613 GIU 15623.

2018 Deren Verortung im ABGB durch die hL kann als durchaus problematisch angesehen werden, s dazu weiterführend 4.2.5.2.1.

2019 *Wolkerstorfer* in Klang³ § 458 Rz 14; *Graf*, Pfandverschlechterung durch Vermietung, ÖBA 2002, 777 (777 f); *Hinteregger*, Rechte des Pfandgläubigers bei Entwertung der Pfandliegenschaft durch Vermietung, ÖBA 2001, 448 (449 f), vgl auch OGH 11.12.2013, 7 Ob 176/13b; OGH 20.12.2001, 6 Ob 261/01b.

2020 Vgl RIS-Justiz RS0106908.

2021 *Bittner* in Klang³ § 523 Rz 6.

2022 OGH 15.9.1999, 3 Ob 310/98d; *Bittner* in Klang³ § 511 Rz 15.

2023 Unabhängig von dieser expliziten Wertung könnte durchaus die These entwickelt werden, dass durch die Ableitung von beschränkten dinglichen Rechten aus dem Eigentumsrecht bei ersteren stets auch Ansprüche aus dem Eigentum offen stehen.

tums- bzw Besitzrechts zurückgegriffen wird. Konzeptionell geschieht dies dadurch, dass das beschränkte dingliche Recht zum Rechtsobjekt wird, auf das sich das Eigentums- und Besitzrecht bezieht; die Störung der Befugnisse an diesem Objekt können somit unmittelbar mit den entsprechenden Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. Eine Regelungslücke, die bei der Durchsetzung von beschränkten dinglichen Rechten den Rückgriff auf allgemeine Überlegungen zur Dinglichkeit notwendig machen würde, besteht somit nicht. Eigentum und Besitz an Rechten sind somit ein unmittelbarer Ausdruck der dinglichen Außenwirkung des Rechts.²⁰²⁴

4.1.2. Verhältnis Eigentum – Besitz

Anknüpfend an den Befund, dass das Eigentumsrecht in der österreichischen Rechtsordnung wesentlich anders strukturiert ist als in der deutschen, gilt es die Funktion des Besitzes näher in den Blick zu nehmen. Sowohl für das ABGB als auch für das BGB wird davon ausgegangen, dass das Eigentumsrecht und der Besitz ihrem Grunde nach unterschiedlich sind.²⁰²⁵ Während dies in einem System wie dem ABGB, das dingliche Rechte als voneinander grundsätzlich unabhängige Größen ansieht, unmittelbar nachvollzogen werden kann, ist dies in einer Konzeption, nach der das Eigentumsrecht als „Universal Mutterrecht“ qualifiziert wird, näher begründungsbedürftig. Denn es gilt zu zeigen, warum der Besitz anders als beschränkte dingliche Rechte nicht als „*verselbstständigter Splitter*“²⁰²⁶ des die körperliche Sache vollständig umfassenden Eigentumsrechts angesehen wird. Innerhalb der dargestellten Prämissen des BGB ist die Lösung dabei wohl zwingend:²⁰²⁷ Der Besitz kann nicht als (dingliches) Recht, sondern bloß als tatsächliches Verhältnis iSe Sachherrschaft aufgefasst werden.²⁰²⁸ Diese Auffassung lässt sich bis in das Mittelalter zurückverfolgen²⁰²⁹ und wurde iW auch von *Savigny* vertreten, der den Besitz als Faktum und

2024 Gegen eine solche Auslegung streitet auch nicht die Norm des § 445 ABGB, die eine Ausdehnung der Vorschriften zum Eigentumsrecht auf andere dingliche Rechte vorsieht. Denn diese sagt nur aus, dass die Wertungen zur Übertragung und Löschung des Eigentumsrechts auch für beschränkte dingliche Rechte Anwendung finden; davon zu trennen gilt es, dass auch dingliche Rechte Gegenstand des Eigentumsrechts sein können, s dazu explizit *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 445 (248 f).

2025 Auch aus in einer rechtsgeschichtlichen Perspektive ergibt sich dieser Unterschied, s weiterführend *Michaels*, Sachzuordnung 201 ff.

2026 *Hauck*, Nießbrauch an Rechten 114 ff.

2027 Es reichen hierfür zwei strenge Voraussetzungen, die lauten: (i) Alle dinglichen Rechte sind Abspaltungen des Eigentumsrechts, (ii) Eigentumsrecht und Besitz sind vollständig und -umfänglich voneinander zu trennen. Daraus muss folgen, dass der Besitz kein dingliches Recht sein kann.

2028 Mit ausführlicher Herleitung und Nachweisen *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz (2003) 63 ff; die Bedeutung dieser Frage etwas relativierend *Feldmann*, Der possessorische Besitzschutz und sein Verhältnis zum petitorischen Recht (2020) 27 ff.

2029 MWN zu dieser Diskussion *Kodek*, Besitzstörung 18 f.

Recht zugleich qualifizierte.²⁰³⁰ Der Gesetzgeber des BGB hat zur Frage, ob der Besitz als Recht zu qualifizieren ist, jedoch nicht Stellung genommen, was zur Folge hatte, dass dies zu einem der in der deutschen Zivilrechtsdogmatik am meisten erörterten Probleme des Besitzrechts wurde und bis heute keine abschließende Lösung abzusehen ist.²⁰³¹ Für das ABGB ist die Situation eine andere: Der Gesetzgeber hat das Recht des Besitzes in § 308 ABGB als dingliches Sachenrecht definiert; auch an anderen Stellen wird ohne Weiteres vom Besitzrecht²⁰³² ausgegangen.²⁰³³ Dies ist nun auch im Regulationssystem des ABGB nachvollziehbar: Da diesem ein Horizontalverhältnis aller dinglichen Rechte zu Grunde liegt, besteht keine Notwendigkeit, den Besitz aus der Reihe der dinglichen Rechte auszuschneiden, um seine Unterschiedlichkeit zum Eigentumsrecht zu begründen. An dieser Stelle kann somit festgehalten werden, dass konstruktiv nichts dagegen spricht, dem Besitz im ABGB Rechtsqualität zuzuerkennen; es soll nach der hier verfolgten Methodik somit im Einklang mit der Terminologie des Gesetzgebers der Besitz als Recht bezeichnet werden. Besitz und Eigentum sind somit im BGB gleich wie im ABGB kategorisch getrennt – dies wird konstruktiv jedoch auf ganz unterschiedliche Weise erreicht.

Für das Verhältnis zwischen Eigentumsrecht und Besitz ist darauf hinzuweisen, dass dem BGB ein anderer Besitzbegriff als dem ABGB zu Grunde liegt. Denn während das ABGB *animus* und *corpus* für den Besitz verlangt, reicht im BGB gem § 854 BGB bereits die Gewahrsame; der unmittelbare Besitzer im BGB ist nach den Wertungen des ABGB somit bloßer Inhaber.²⁰³⁴ Dementsprechend sind im BGB auch Ansprüche des Fremdbesitzers, also desjenigen, der eine Sache nicht für sich, sondern für einen anderen besitzen will und die Sachherrschaft ohne den Willen ausübt, die Sache wie ein Eigentümer zu besitzen, anerkannt.²⁰³⁵ Der Fremdbesitzer ist somit bereit, die Sache als fremde zu behandeln.²⁰³⁶ Damit eng verbunden²⁰³⁷ ist die Anerkennung des

2030 Savigny, Recht des Besitzes 50; für die Änderungen bei Savigny diesbezüglich s *Kodek*, Besitzstörung 18.

2031 Die hL in Deutschland plädiert aber dafür, den Besitz als Faktum anzusehen, s *Schäfer* in MüKoBGB⁹ (2023) § 854 Rz 12; *Gutzeit* in Staudinger BGB III, Vorbemerkungen zu §§ 854–872 (2018) Rz 34 ff; ausf *Sosnitza*, Besitz 73 ff; mwN *Westermann/Gursky/Eickmann*, Westermann Sachenrecht⁸ 85 ff.

2032 § 319 ABGB, § 322 ABGB, mittelbar verweisen auch mehrere andere Bestimmungen – wie §§ 324, 346, 347 ABGB – darauf, dass der Gesetzgeber von einem Besitzrecht ausgegangen ist, s dazu weiterführend *Kodek*, Besitzstörung 20.

2033 Es wird hier somit mit dem Wortlaut des Gesetzes von einem Recht des Besitzes ausgegangen.

2034 *Spitzer*, Aussonderung 15 f; *Isola*, Notwendigkeit einer ‚dinglichen Einigung‘ 105.

2035 *Gutzeit* in Staudinger BGB III (2018) § 872 Rz 6; *Schäfer* in MüKoBGB⁹ § 872 Rz 6.

2036 *Westermann/Gursky/Eickmann*, Westermann Sachenrecht⁸ 105 f.

2037 In aller Regel ist der Fremdbesitzer auch Besitzmittler eines anderen, sofern die Begründung des Besitzmittlungsverhältnisses nicht fehlschlägt, s *Schäfer* in MüKoBGB⁹ § 872 Rz 6. Es kann aber auch einem Fremdbesitzer ein mittelbarer Besitz zukommen, etwa wenn der Eigentumsvorbehaltskäufer eine Sache verleiht, s *Westermann/*

mittelbaren Besitzes nach § 868 f BGB. Dieser liegt vor, wenn ua ein Nießbraucher, Pfandgläubiger, Mieter und Verwahrer einem anderen gegenüber auf Zeit zum (unmittelbaren) Besitz berechtigt oder verpflichtet ist; dieser andere ist dann mittelbarer Besitzer.²⁰³⁸ Der mittelbare Besitzer – etwa der Eigentümer einer Mietwohnung – übt somit die Sachherrschaft durch den Besitzmittler – etwa den Mieter – aus, der die tatsächliche Sachherrschaft für den mittelbaren Besitzer wahrnimmt; Besitzansprüche kommen dem unmittelbaren gleich wie dem mittelbaren Besitzer zu.²⁰³⁹ Der mittelbare Besitz setzt aber stets einen unmittelbaren Besitz voraus, sie stehen nach *Sosnitza* in einem akzessorischen Verhältnis zueinander.²⁰⁴⁰ Die hL geht dabei davon aus, dass der unmittelbare Besitz vom mittelbaren abgeleitet ist, sodass letzterer dem unmittelbaren Besitz auch als übergeordnet angesehen wird.²⁰⁴¹ Hier findet sich das Denken in einer hierarchischen Ordnung von Rechten wieder, das im BGB bereits im Verhältnis von dinglichen Rechten anzutreffen ist.

Eine derartige Abstufung des Besitzes ist dem österreichischen Zivilrecht auf Grund der Notwendigkeit eines Besitzwillens – also des Willens, den Gegenstand als eigenen innezuhaben²⁰⁴² – fremd. Funktional ähnlich ist aber die Unterscheidung zwischen Sachbesitz und Rechtsbesitz: So kann sich der Faustpfandgläubiger, Servituts- und Reallastberechtigte, Mieter, Pächter und Entleiher als Rechtsbesitzer gegen Eingriffe wehren.²⁰⁴³ Derjenige, der mangels *animus domini* nicht Sachbesitzer sein kann, ist somit uU als Rechtsbesitzer zu qualifizieren und kann ebenso wie der unmittelbare Fremdbesitzer im BGB Ansprüche bei der Störung seines Besitzes geltend machen.²⁰⁴⁴ Der Rechtsbesitz bezieht sich dabei freilich auf ein anderes Rechtsobjekt als der Sachbesitz²⁰⁴⁵ und ist somit von diesem zu trennen. Konstruktiv besteht somit ein wesentlicher Unterschied: Während der unmittelbare (Fremd-)Besitz im

Gursky/Eickmann, Westermann Sachenrecht⁸ 125. Zur Illustration dieses Zusammenhangs wird in der Lit der Fall diskutiert, dass der Eigentümer ein Zimmer in der an einen Mieter vermieteten Wohnung mietet. Hinsichtlich der Wohnung ist der Eigentümer dann mittelbarer Eigenbesitzer und der Mieter unmittelbarer Fremdbesitzer, hinsichtlich des Zimmers ist der Eigentümer unmittelbarer Fremdbesitzer und zugleich mittelbarer Eigenbesitzer, der Mieter mittelbarer Fremdbesitzer.

2038 Dazu mit ausführlicher Darstellung der Rsp *Gutzeit* in Staudinger BGB III § 868 Rz 27 ff.

2039 *Sosnitza*, Besitz 16.

2040 *Sosnitza*, Besitz 16; krit dazu *Feldmann*, Der possessorische Besitzschutz 67.

2041 MwN *Gutzeit* in Staudinger BGB III (2018) § 868 Rz 21 f.

2042 *Kodek* in Klang³ § 309 Rz 25 ff.

2043 *Gschmitzer*, Sachenrecht 8 f.

2044 Zum funktionalen Zusammenhang zwischen Rechtsbesitz und unmittelbarem Besitz, s etwa *Westermann/Gursky/Eickmann*, Westermann Sachenrecht⁸ 175 f. Sofern man mit der hL den Rechtsbesitz nur für Rechte anerkennt, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Innehabung einer körperlichen Sache stehen, entspricht der Besitzschutz im ABGB im Resultat somit jenem des BGB, s dazu weiterführend 4.3.

2045 Dies ist das Recht, das ua zur Innehabung der körperlichen Sache berechtigt.

BGB als Abspaltung des Eigenbesitzes aufgefasst wird, sind Rechtsbesitz und Sachbesitz im ABGB grundsätzlich gleichwertig und -rangig.²⁰⁴⁶

Völlig unstr ist, dass sich Besitz und Eigentumsrecht im ABGB wie auch im BGB regelmäßig überlappen.²⁰⁴⁷ Freilich können Besitz und Eigentumsrecht durchaus auseinanderfallen, da nicht jeder Sachbesitzer auch Eigentümer ist, was sich am illustrativsten am Beispiel des Diebs zeigen lässt, der einen *animus domini* hat. Umgekehrt ist die Position des Eigentümers der körperlichen Sache im ABGB aber eng verzahnt mit jener des Sachbesitzers. Dies zeigt sich besonders deutlich beim mittelbaren²⁰⁴⁸ Rechtserwerb: So geht es bei der körperlichen Übergabe einer beweglichen Sache nach § 426 ABGB mit Zeiller um eine Handlung „wodurch der Besitz einer Sache auf einen anderen übertragen wird, in der Absicht, dass er das Eigentum einer Sache (ein eigentümliches Recht §§ 353 f) erhalte“. ²⁰⁴⁹ Bei der Übergabe durch Zeichen (§ 427 ABGB) wird davon ausgegangen, dass auch der Besitz übertragen wird.²⁰⁵⁰ Auch bei der Übergabe durch Erklärung gem § 428 ABGB ist ein Konnex zum Besitz sichtbar.²⁰⁵¹ Es geht hier iW um Variationen beim Besitzwillen: Beim Besitzkonstitut (§ 428 S 1 ABGB) fällt der Besitzwille beim Veräußerer weg, da er „*auf erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, dass er die Sache künftig im Namen des Übernehmers innehat*“ und tritt beim Erwerber hinzu. Der Inhaber wird somit zum Gehilfen des Besitzers und Eigentümers der Sache.²⁰⁵² Bei der Übergabe kurzer Hand (§ 428 S 2 ABGB) tritt der Besitzwille beim

2046 So auch Gräfe, Die Lehren vom Rechtsbesitz in der Rechtsgeschichte der Neuzeit (1983) 80 ff.

2047 In früheren Zeiten wurde von einer typischen Verbindung zwischen Besitz und Eigentum ausgegangen, die aber mittlerweile – etwa auf Grund des Eigentumsvorbehalts – kaum noch besteht. S dazu auch Michaels, Sachzuordnung 201 ff. Diese dem ABGB wie auch dem BGB zu Grunde liegende Ansicht wird daher als „geschichtlich überholtes Sozialmodell“ einer „dörflich-idyllischen“ Vorstellungswelt bezeichnet, s dazu Ernst, Ist der gutgläubige Mobilärerwerb eine Rechtsscheinwirkung? in FS Gernhuber (1993) 95 (101 ff). Für das ABGB ist beim Eigentumsvorbehalt aber durchaus nicht klar, ob der Käufer als Sach- oder als Rechtsbesitzer anzusehen ist, im zweiten Fall würden freilich die Eigentumsposition und der Sachbesitz zusammenfallen.

2048 Hierbei gilt es zu beachten, dass der mittelbare Eigentumserwerb gem § 423 ABGB nicht gleichbedeutend mit dem gemeinrechtlichen Begriff des derivativen Eigentumserwerbs ist, s dazu auch Holzner in Klang³ Vor § 380 Rz 2.

2049 Zeiller, Kommentar 2.1 § 426 Rz 1 (221).

2050 MwN zur älteren Lit Klang in Klang II² § 427 (322).

2051 Für die Übergabe durch Zeichen iSd § 427 ABGB gilt, dass diese nur dann in Betracht kommt, wenn eine Besitzergreifung untunlich ist, s dazu weiterführend BT 2.2.1.2.

2052 Dazu ausf Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982) 223 ff. Die Bezeichnung als Besitzkonstitut ist aber für die österreichische Rechtslage etwas irreführend, da der Veräußerer mangels *animus* nicht Besitzer bleibt, sondern Inhaber wird.

bisherigen Inhaber der Sache hinzu. Bei beweglichen Sachen geht im ABGB der Eigentumserwerb somit zwingend mit dem Besitzerwerb einher.²⁰⁵³

Weniger klar ist dieses Bild hinsichtlich des Erwerbs unbeweglicher Sachen. Für den Eigentumserwerb besteht hier nach § 431 ABGB die Notwendigkeit einer Intabulation; beim Erwerb des Besitzes regelt § 321 ABGB unter der Marginalrubrik „Erforderung zum wirklichen Besitze“, dass der *„rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechts auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in (...) öffentliche Bücher“* erlangt werden kann. Dies wird von der hL als Hinweis auf § 316 ABGB verstanden, weshalb mangels einer Eintragung von einem unrechtmäßigen Besitz ausgegangen wird.²⁰⁵⁴ Dementsprechend wird neben diesem sog Tabularbesitz auch ein Besitz an unbeweglichen Sachen²⁰⁵⁵ ohne Eintragung in die öffentlichen Bücher (sog Naturalbesitz) anerkannt.²⁰⁵⁶ Diesbezüglich wird von der hL ein Gleichklang mit der deutschen Rechtslage hergestellt,²⁰⁵⁷ die für den Besitzerwerb an einem (eingezäunten) Grundstück etwa die Übergabe des Schlüssels genügen lässt.²⁰⁵⁸ Diese unhinterfragte Schlussfolgerung der L für das ABGB ist aber durchaus überraschend, regelt doch § 316 ABGB das Erfordernis eines gültigen Titels für den rechtmäßigen Besitz; die gesetzlich vorgeschriebene Intabulation betrifft aber die Übergabe und nicht den Titel. In Zusammenschau mit der Marginalrubrik bestehen sohin durchaus Zweifel, ob § 321 ABGB tatsächlich bloß über die Qualität des Besitzes abspricht und somit den Naturalbesitz an unbeweglichen Sachen unangetastet lässt. Diese Frage greift Zeiller in seiner Kommentierung ausdrücklich auf:

*„Es kann jemanden [sic] ein rechtmäßiger Titel zu einer unbeweglichen Sache zustehen, er kann sie inne haben, vereinigt mit dem Willen, sie als die seinige zu behandeln; ungeachtet dieser (zum Natural-Besitz genügenden)“*²⁰⁵⁹ Bestim-

2053 Dies hat iW den Hintergrund, dass der Modus im ABGB als Realakt der Besitzergreifung anzusehen ist, s dazu weiterführend BT 2.2.1.1.1.

2054 *Kodek* in Klang³ § 321 Rz 2; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 321 Rz 1.

2055 Für die ein Register besteht.

2056 *Kodek* in Klang³ § 321 Rz 3; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 321 Rz 2.

2057 Von Anhängern der Historischen Rechtsschule wurde der Tabularbesitz freilich kritisiert, s etwa *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches¹ (1865) 38 ff.

2058 *Gutzeit* in Staudinger BGB III § 854 Rz 41.

2059 Der Begriff des Naturalbesitzes kann uU auf die naturrechtliche Auffassung zurückgeführt werden, nach der für den Besitz stets nur die Besitzergreifung und der Wille, die Sache fortan allein zu gebrauchen, notwendig sind. Dafür spricht auch, dass in der Folge des Zitats der Naturalbesitz dem Zivilbesitz gegenübergestellt wird, vgl dazu *Zeiller*, Privat-Recht³ § 46 (74). Folgt man dieser These, wäre es eine durchaus überraschende Wendung, dass die heute hL den naturrechtlichen Begriff des Naturalbesitzes iSe gesetzlich vorgesehenen Instituts – also des Zivilbesitzes – verwendet.

*mungen wird er doch ohne die vorgeschriebene Eintragung vor dem Zivilgesetz nicht als ein (Zivil-)Besitzer anerkannt, und kann daher zwar auf die Rechte eines rechtmäßigen Inhabers, aber nicht auf die vollständigen Rechte eines rechtmäßigen Besitzers Anspruch machen (§§ 339 u. folg. 1468. 1500 ABGB).*²⁰⁶⁰

Daraus folgt ein starkes Indiz dafür,²⁰⁶¹ dass in den Augen des Gesetzgebers die Eintragung in ein öffentliches Buch für die mittelbare Erwerbung des Eigentumsrechts und des Besitzes notwendig ist.²⁰⁶² Dies bestätigt sich mit Blick auf § 1470 ABGB, nach dem auch mangels Eintragung in ein öffentliches Register eine Ersitzung möglich ist, es wird hier aber explizit auf den redlichen Inhaber und nicht den redlichen Besitzer abgestellt.²⁰⁶³ Ebenso regelt § 441 ABGB, dass erst mit der Eintragung in öffentliche Bücher ein rechtmäßiger Besitz entsteht, mit dem nach § 442 ABGB auch Rechte – Zeiller nennt explizit die Geltendmachung von § 339 ABGB²⁰⁶⁴ – verbunden sind. In Zusammenschau mit den Wertungen in §§ 426 ff ABGB zeigt sich, dass der abgeleitete Erwerb des Eigentumsrechts stets auch mit dem Erwerb des Besitzes einhergeht. Zeiller fasst diesen Befund auch eindrücklich zusammen: Der Besitz sei „*das allgemein geltende äußere Merkmal, der entscheidende Charakter, oder die Erwerbungsart des Eigentumsrechts*“;²⁰⁶⁵ an anderer Stelle schreibt er ausdrücklich, dass sich die Erwerbung der dinglichen Rechte auf den Besitz begründe.²⁰⁶⁶ Zumindest zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs ist der Eigentümer im Regelungssystem des ABGB somit stets auch Besitzer.²⁰⁶⁷

Ein ähnliches Bild ergibt sich beim unmittelbaren Rechtserwerb. So ist unstr., dass bei der Zueignung von freistehenden Sachen gem § 381 ABGB Besitz- und Eigentumsrecht gleichermaßen erworben werden, die Besitzergreifung wird dabei als Erwerbungsart des Eigentumsrechts angesehen.²⁰⁶⁸ Beim Fund von Sachen ist nach der Redlichkeit des Finders zu differenzieren: Während der redliche Finder mit dem An-Sich-Nehmen der Sache mangels Eigenbesitzwillens nur Inhaber der Sache ist, erlangt der unredliche

2060 Zeiller, Kommentar 2.1 § 321 Rz 4 (55 f.).

2061 Diese Ansicht findet sich auch in den Mat, s Ofner, Urentwurf I 226.

2062 Folgt man dieser Ansicht, muss entgegen der hL und Rsp davon ausgegangen werden, dass dem Buchbesitz durchaus auch Schutz zukommt; dieser setzt sich vielmehr auch gegen den „Naturalbesitz“ als bloße Inhaberschaft an der Liegenschaft durch, s dazu mwN Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 322 Rz 2; bzgl der Rsp vgl RIS-Justiz RS0010155; RIS-Justiz RS0010111.

2063 Der Begriff des „rechtmäßigen“ Besitzes in § 321 ABGB ist somit dahin zu verstehen, was derjenige, der einen hinreichenden Titel hat (§ 320 ABGB) tun muss, um tatsächlich Besitz zu erwerben, s dahingehend auch Nippel, Erläuterung 3 § 321 Rz 3.

2064 Zeiller, Kommentar 2.1 § 441 (243).

2065 Zeiller, Kommentar 2.1 § 425 Rz 2 (218 f.).

2066 Zeiller, Kommentar 2.1 § 309 Rz 1 (39).

2067 Anders ist dies freilich beim Erwerb von Rechten, s dazu weiterführend BT 2.2.1.

2068 Holzner in Klang³ § 381 Rz 3.

Finder Besitz, der freilich auch unrechtmäßig (§ 316 ABGB) ist.²⁰⁶⁹ Beim unredlichen Finder kommt es somit zu einer Diskrepanz zwischen der Position des Eigentümers und des Besitzers; zu einem Auseinanderklaffen dieser Positionen führt somit nur ein nicht rechtskonformes Verhalten des Finders.²⁰⁷⁰ Ähnlich sind die Wertungen zum Zuwachs, der grundsätzlich dem redlichen Sachbesitzer zukommt (§ 330 ABGB); nur wenn der Besitzer unredlich ist, erfolgt der Eigentumserwerb nach § 405 ABGB durch den Eigentümer der Muttersache.²⁰⁷¹ Daraus ergibt sich, dass der redliche Besitzer unabhängig vom Eigentum an der Muttersache Besitzer und Eigentümer des Zuwachses wird; nur beim unredlichen Besitzer der Muttersache kann es zu einem Auseinanderklaffen der Eigentums- und Besitzposition am Zuwachs kommen. Besonders deutlich ist die Konvergenz von Besitz- und Eigentumsrecht beim gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 367 Abs 1 ABGB, bei dem explizit ein redlicher Besitz an der Sache vorausgesetzt wird. Daraus folgt, dass auch beim unmittelbaren Eigentumserwerb die Position des Eigentümers in aller Regel mit jener des Besitzers zusammenfällt; ein modifizierendes Element stellt hier aber die Redlichkeit des Besitzers dar.

Für den Versuch, das Eigentumsrecht nach den Vorstellungen des Gesetzgeber zu konstruieren, ist das Verhältnis von Eigentums- und Besitzrecht von großer Bedeutung: Diese sind zwar konzeptionell getrennt, der Eigentümer der körperlichen Sache²⁰⁷² ist aber zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbs in aller Regel auch Sachbesitzer.²⁰⁷³ Auch danach verlaufen Besitz- und Eigentumsrecht weitgehend parallel: Wird eine körperliche Sache auf vertraglicher Grundlage überlassen, kommt es zu einem sog doppelten Besitz, bei dem der Sachbesitz des Eigentümers neben dem Rechtsbesitz des Besitzmittlers (etwa Mieter, Pächter, Nutznießer etc) aufrecht und unangestastet bleibt.²⁰⁷⁴ Bei der Dereliktion oder dem völligen Untergang bzw der völligen Außerverkehrsetzung einer Sache gehen Besitz- und Eigentumsrecht grundsätzlich gleichermaßen verlustig.²⁰⁷⁵ Da der Eigentümer im Regelfall auch Besitzer ist, kommen ihm auch die Möglichkeiten zu, die Rechte aus seinem Besitz geltend zu machen.

2069 *Klingenberg* in Klang³ § 389 Rz 5 ff.

2070 Beim redlichen Finder kann es uU aber dazu kommen, dass dem Eigentümer als Verlustträger der Besitz an der verlorenen Sache gem § 349 ABGB verlustig geht, wenn keine Hoffnung besteht, die Sache wiederzufinden. In diesem Fall besteht kein Besitzrecht an der verlorenen Sache.

2071 Der redliche Besitz geht insofern dem Eigentum vor, s *Klingenberg* in Klang³ § 405 Rz 10.

2072 Zum Rechtsbesitz s weiterführend 4.3.

2073 S dazu auch BT 2.2.1.2.

2074 *Kodek* in Klang³ § 349 Rz 22.

2075 *Kodek* in Klang³ § 349 Rz 13 ff; bei fehlender Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsmacht kann es aber freilich auch zu einer Aufspaltung kommen, s *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 349 Rz 3.

Ausdrücklich vorgesehen sind im ABGB zwei Fälle, in denen Besitz- und Eigentumsrecht aufgespalten werden: einerseits der Verlust der Sache ohne Hoffnung, wiedergefunden zu werden gem § 349 S 1 ABGB, andererseits durch den Besitzerwerb eines anderen gem § 349 S 2 ABGB. Während das Eigentumsrecht grundsätzlich unangetastet bleibt,²⁰⁷⁶ geht hier der Besitz verlustig. Der zu einer Diskrepanz von Eigentümer- und Besitzerposition führende Besitzerwerb eines anderen kann dabei sowohl durch eine (einseitige) Entziehung des Besitzes²⁰⁷⁷ als auch durch eine (zweiseitige) Übertragung, bei der in der Folge von Mängeln des Titelgeschäfts der Eigentums-, aber nicht der Besitzübergang scheitert,²⁰⁷⁸ erfolgen. Diese Fälle der Diskrepanz zwischen Eigentümer- und Besitzerposition²⁰⁷⁹ befinden sich aber im Kern zweier explizit im ABGB vorgesehener Rechtsmittel: der eigentlichen Eigentumsklage des § 366 ABGB, durch die der Eigentümer jeden anderen vom Besitz der Sache ausschließen kann, und § 372 ABGB, bei der sich der besser berechtigte Besitzer durchsetzt.²⁰⁸⁰ Diese Rechtsmittel sind somit das Instrumentarium zur Realisierung des Besitzrechts des besser Berechtigten und verhelfen diesem wieder zum Besitz.²⁰⁸¹

Rückt man von einer Vorstellung der Totalität des Eigentumsrechts ab, gewinnen sohin die Wechselwirkungen zwischen Eigentum und Besitz an Bedeutung. Dies findet explizit auch Widerhall in der Kommentierung von *Zeiller*, in der dieser die Eigentumsklage damit rechtfertigt, dass der Eigentümer „ohne Besitz alle ihm zustehenden Rechte nicht ausüben könnte“. ²⁰⁸² Für die weitere Be-

2076 Zu denken wäre aber freilich auch an einen originären Eigentumserwerb.

2077 Vgl § 345 ABGB, s auch 4.3.6.2.

2078 Nach hA hindert die Ungültigkeit des zu Grunde liegenden Vertrags keinen Besitzerwerb nach § 315 S 2 ABGB, s dazu auch *Kodek* in Klang³ § 315 Rz 10.

2079 S dazu auch *Klose*, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht (2016) 12 f. *Klose* diskutiert verschiedene Fälle, in denen das Eigentum ein nicht durchsetzbares, nacktes Rechtsband darstellt. Der für das österreichische Recht einzige relevante Fall stellt dabei die Lieferung einer Sache, die dem Empfänger ohne seine Veranlassung übersandt wurde, dar: Hier könnte davon ausgegangen werden, dass der Sender zwar Eigentümer bleibt, der Adressat aber bei Hinzutreten eines *animus* Sachbesitzer wird, gegen den der Eigentümer auf Grund der Regelung des § 864 Abs 2 ABGB aber nicht mit § 366 ABGB vorgehen kann, s zu dieser spannenden, aber die hier vorliegende Forschungsfrage nicht unmittelbar tangierenden Frage weiterführend *Klose* aaO 138 ff.

2080 *Zeiller* weist dabei explizit darauf hin, dass mit den §§ 372 ff ABGB dem besser Berechtigten die Ausübung des Besitzrechts ermöglicht werden soll, wobei er explizit auf § 339 ABGB hinweist, s *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 372 Rz 2 (145).

2081 Dies entspricht auch der historischen Genese. So sollten nach dem Codex Theresianus dem Eigentümer auch grundsätzlich alle Rechtsmittel des Besitzers zukommen; der Eigentümer war dabei insb durch das Besitzschutzrecht vor Störungen geschützt. Fehlte der Besitz, konnte dieser mit den Eigentumsklagen wiederbeschafft werden, s dazu ausf *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch im System des privatrechtlichen Eigentumsschutzes (2000) 12 ff.

2082 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 366 Rz 1 (129).

handlung gilt es somit festzuhalten, dass im ABGB die Position des Eigentümers idR mit jener des Besitzers zusammenfällt²⁰⁸³ oder aber eine Konvergenz durch die Eigentumsklagen herbeigeführt werden kann, weshalb diese Rechte²⁰⁸⁴ hinsichtlich ihrer Wirkungen stets gemeinsam betrachtet werden müssen.

4.2. Eigentum an Rechten

Nach der Verortung der in § 308 ABGB genannten Rechte im Verhältnis zueinander gilt es nun, zum Kern des hier verfolgten Forschungsinteresses vorzudringen. Es soll daher der Frage nachgegangen werden, inwiefern im Regelungssystem des ABGB ein Eigentumsrecht an Rechten verankert ist. Konstruktiv würde dies die Form annehmen, dass ein Recht als unkörperliche Sache iSd § 292 ABGB angesehen wird, das Gegenstand des Eigentumsrechts ist. Da hinsichtlich einer Eigentumsposition an dinglichen Rechten bereits Stellung zu dieser Frage genommen wurde,²⁰⁸⁵ soll nun der Fokus auf der Eigentumsposition an persönlichen (Sachen-)Rechten liegen.

Ausgehend vom Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen soll somit auf den aktuellen Meinungsstand zur Frage, inwiefern ein Eigentumsrecht an Rechten möglich ist, eingegangen werden. Dieser wird in weiterer Folge in seiner historischen Genese verortet, was dessen Bewertung für die Auslegung des ABGB ermöglicht. Zuletzt wird thematisiert, inwiefern dingliche Wirkungen aus einem Eigentumsrecht an Rechten resultieren können. Auch hier soll daran erinnert werden, dass es Ziel dieser Ausführungen ist, die Funktion des Eigentumsrechts aus den Augen des Gesetzgebers des frühen 19. Jhds zu rekonstruieren und deren Evolution durch die Lehren der Historischen Rechtsschule zu beleuchten. Spezifische Rechtsprobleme bei einer Eigentumsposition an Rechten werden im Besonderen Teil dieser Arbeit thematisiert.

4.2.1. Wertungen des ABGB

In § 353 wird im ABGB unter der Marginalrubrik „Begriff des Eigentums, Eigentum im objektiven Sinne“ festgestellt, dass alles, „*was jemandem zugehört, seine körperlichen und unkörperlichen Sachen*“ sein Eigentum heißen. § 355 ABGB regelt, dass alle Sachen insgesamt Gegenstände des Eigentumsrechts sind. Das Eigentumsrecht wird dabei in § 354 ABGB definiert als Recht „*mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten*“. Der klare Wortlaut spricht daher dafür, dass ein Eigentumsrecht an allen Sachen möglich ist, worunter nach expliziter Anordnung des § 353 ABGB auch unkörperliche Sachen zu verstehen sind. Dabei wird dem

2083 In diese Richtung gehend auch *Kodek*, Besitzstörung 198.

2084 Diese Aussage setzt freilich konstruktiv voraus, dass der Besitz auch als Recht qualifiziert wird, was – wie gesehen – auch dem Gesetzgeber vorschwebte.

2085 S 4.1.1.2.

Wortlaut nach keine Unterscheidung zwischen einem Eigentum an körperlichen und unkörperlichen Sachen getroffen. Da nach § 292 ABGB Rechte als unkörperliche Sache definiert werden, kann somit gefolgert werden, dass auch ein Eigentum an Rechten im ABGB anerkannt wird.

Es finden sich aber auch an anderer Stelle im Wortlaut des ABGB unmittelbare Belege für ein Eigentum an Rechten. So spricht § 427 ABGB ausdrücklich von Schuldforderungen, an denen das Eigentumsrecht durch Zeichen übertragen werden kann, da sie auf Grund ihrer Beschaffenheit keine körperliche Übergabe zulassen. § 1424 ABGB erwähnt explizit einen „Eigentümer der Forderung“. In § 1093 ABGB ist die Rede davon, dass der „*Eigentümer sowohl seine beweglichen und unbeweglichen Sachen, als seine Rechte in Bestand geben*“ kann; aus der Struktur des Satzes kann wohl daraus geschlossen werden, dass in einem heutigen Sprachgebrauch das Wort „auch“ hinzugefügt werden muss, damit die Struktur sowohl – als auch grammatikalisch richtig ist,²⁰⁸⁶ woraus mittelbar ein Hinweis auf ein Eigentum an Rechten entnommen werden kann.²⁰⁸⁷ Der Wortlaut von diversen Normen im ABGB kann somit als starkes Indiz dafür gesehen werden, dass auch ein Eigentum an persönlichen Rechten anerkannt ist.

4.2.2. Meinungsstand

Die in dieser Arbeit untersuchte These besagt, dass unkörperliche Sachen und insb Rechte nicht Gegenstand des Eigentumsrechts sein können. Dem entspricht auch der aktuelle Meinungsstand, eine Ausnahme bildet dabei in jüngerer Zeit insbes die Stellungnahme von *Gabriel Kogler*, der auch bei unkörperlichen Sachen explizit ein Eigentumsrecht anerkennt.²⁰⁸⁸ Bei der Ablehnung interessiert hier va die Begründung: So geht zwar *Leupold* auf den klaren Wortlaut des § 353 ABGB ein und schließt daraus, dass eine auf körperliche Sachen eingeschränkte Interpretation des Eigentumskonzepts ausgeschlossen sei,²⁰⁸⁹ dies stehe der Entwicklung eines engeren, auf körperliche Sachen beschränkten Verständnisses indes nicht entgegen, da die meisten sachenrechtlichen Bestimmungen nicht auf Forderungsrechte anwendbar seien.²⁰⁹⁰ Sie beruft sich dabei auf

2086 In diese Richtung weist auch die Kommentierung von *Zeiller*, wo bei dieser Bestimmung explizit darauf eingegangen wird, dass körperliche gleich wie unkörperliche Sachen in Bestand gegeben werden können, s *Zeiller*, Commentar 3.2 § 1093 Rz 1 (401 f).

2087 Diese aus heutiger Sicht grammatikalisch unvollständige Formulierung – sowohl – als – findet sich aber im ABGB auch an deren Orten – § 314, § 337, § 363, § 379, § 511, § 888, § 936, § 954, § 1018, § 1022, § 1060, § 1111, § 1342, § 1397, § 1465, § 1497. Dies lässt die Vermutung erwachsen, dass dies im frühen 19. Jhd eine gebräuchliche Ausdrucksweise war.

2088 *Kogler*, JBl 2021, 685 (691); so auch *Klever*, Crypto Assets im bürgerlichen Recht, in Artmann et al, Crypto Assets (2022) 1 (6); ausf *Weidinger*, ZIIR 2023, 370.

2089 *Leupold* in Klang³ § 353 Rz 2.

2090 *Leupold* in Klang³ § 353 Rz 4.

Unger, Randa und Ehrenzweig. Es müsse daher ein Eigentumsrecht ieS von einem Eigentumsrecht iwS unterschieden werden, wobei ersteres nur körperliche Sachen umfasst, letzteres auch unkörperliche Sachen und Rechte.²⁰⁹¹ Begründet könne dies durch den Wortlaut des § 354 ABGB werden, der auf die Substanz und Nutzungen der Sache abstellt.²⁰⁹² Nach *Winner* ist die Anwendung von §§ 354, 366 auf Forderungsrechte str, inhaltlich umfasse das Eigentum aber nur körperliche Sachen.²⁰⁹³ Nach *Riss* ist Eigentum nur an körperlichen Sachen denkbar, wobei insb auf das Wort „Substanz“ in § 354 ABGB hingewiesen wird.²⁰⁹⁴ Anderen aktuellen Kommentierungen lassen sich keine weiteren Ausführungen entnehmen, weshalb ein Eigentumsrecht an unkörperlichen Sachen nicht möglich wäre. Eine Auseinandersetzung mit für einen weiten Eigentumsbegriff plädierenden Stimmen findet generell nicht statt.²⁰⁹⁵

Weitergehende Begründungen finden sich in einem Beitrag von *Peter Bydlinski*: Er folgert aus § 307 ABGB, dass ein Eigentum an einer Sache nicht bestehen könne, da ein Recht entweder ein persönliches Sachenrecht oder ein dingliches Sachenrecht sei; weil Forderungen als persönliche Sachenrechte qualifiziert werden könnten, kämen diese als dingliche Sachenrechte nicht mehr in Betracht.²⁰⁹⁶ In einer ausführlichen Auseinandersetzung mit dieser Frage konzidiert *Franz Bydlinski* zwar, dass nach der Absicht des Gesetzgebers ein weiter Eigentumsbegriff vorgesehen war, durch den klaren objektiven Wortlaut des § 354 ABGB müsse aber von einem doppelten Eigentumsbegriff – einem engen, nur körperliche Sachen umfassenden und einem weiten, ausgegangen werden.²⁰⁹⁷ Dies schließt er aus einem Vergleich mit dem ALR, wo ein einheitliches, körperliche und unkörperliche Sachen gleichermaßen umfassendes Eigentumsrecht verankert gewesen ist.²⁰⁹⁸ Darüber hinaus sei ein Ausschluss von anderen nur bei körperlichen Objekten, nicht aber bei Rechten möglich; ebenso komme eine Gebrauchshandlung nur an körperlichen Sachen in Betracht.²⁰⁹⁹ Das Eigentumsrecht an der körperlichen Sache sei somit ein volles Verfügungsrecht, währenddessen das Eigentumsrecht an unkörperlichen Sachen nur ein beschränktes, von der Beschaffenheit des Rechts abhängiges Verfügungsrecht sei.²¹⁰⁰ Darüber hinaus käme bei unkörperlichen Sache

2091 *Kietai*bl in Klang³ § 354 Rz 1.

2092 Mit Verweis auf *F. Bydlinski*, System 335.

2093 *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 354 Rz 3.

2094 *Riss* in KBB⁷ § 354 Rz 1.

2095 Vgl etwa *Swoboda*, Der Begriff des Eigentums im weiteren Sinne des § 353 ABGB und seine Bedeutung für die Gegenwart – Teil 1, RZ 1928, 32; *Swoboda*, Der Begriff des Eigentums im weiteren Sinne des § 353 ABGB und seine Bedeutung für die Gegenwart – Teil 2, RZ 1928, 49.

2096 *P. Bydlinski*, AcP 1998, 287 (290 f).

2097 *F. Bydlinski*, Zum doppelten Eigentumsbegriff, in FS Wiegand (2005) 141 (146 ff).

2098 *F. Bydlinski* in FS Wiegand 147.

2099 AaO.

2100 *F. Bydlinski* in FS Wiegand 148 f.

eine reale Benutzung oder auch Zerstörung ebenso wenig in Betracht wie eine reale Herausgabe.²¹⁰¹ *Franz Bydlinski* zeigt zudem einige systematische Gesichtspunkte auf, die jedoch im Kontext davon zu sehen sind, dass er explizit von einem vertikalen Verhältnis der dinglichen Rechte ausgeht, in dem das Eigentum den beschränkten dinglichen Rechten logisch vorgereicht ist.²¹⁰² Wesentlicher Ankerpunkt dafür, ein Eigentumsrecht an Rechten nicht in vollem Maße anzuerkennen, ist somit die Norm des § 354 ABGB; auf die Bestimmung des § 355 ABGB wird aber ebenso wenig Bezug genommen wie auf andere Indizien im Wortlaut des ABGB mit Ausnahme des § 353.

In der älteren Kommentarliteratur wurde dieser Frage noch mehr Raum eingeräumt. So liest man in den Voraufagen des Klang-Kommentars noch, dass die Verfasser des ABGB die Ausdehnung des Eigentumsbegriffs durchaus ernst genommen hätten; das Eigentum an Rechten sei mit der Zuständigkeit des Rechts gleichzusetzen.²¹⁰³ Nach der hL – allen voran *Unger, Randa* und *Ehrenzweig* – müsse zwischen dem Eigentum iwS und dem Eigentum ieS unterschieden werden, wobei die Vorschriften über das Eigentum nur auf körperliche Sachen zugeschnitten seien. Es zeigt sich daher aus der Sicht der Evolution der Kommentierung im Klang-Kommentar, dass die Stützen für diese Ansicht seit dem Jahr 1931 – dem Erscheinen der ersten Auflage des Klang-Kommentars – iW dieselben geblieben sind: *Unger, Randa* und *Ehrenzweig*. Deren Begründungsansätze, die allesamt für ein pandektistisches Modell im System von *Gretton* plädieren, sollen dabei bereits an dieser Stelle betrachtet werden.²¹⁰⁴

Ehrenzweig postulierte klar, dass Gegenstand des Eigentums im engeren Sinne nur körperliche Sachen seien; wenn der Gesetzgeber vom Eigentum an unkörperlichen Sachen spreche, meine er nur ein Eigentum iwS. So seien die meisten Normen des Sachenrechts – mit Ausnahme des § 437 ABGB – auf körperliche Sachen zugeschnitten.²¹⁰⁵ Das ABGB würde den Gedanken, dass ein Eigentum an unkörperlichen Sachen bestehen könnte, nicht durchführen. Vom Eigentum iwS sei nur dann zu sprechen, um das Eigentum an einem Recht dem Pfandrecht an einem Recht bzw dem Besitz an einem Recht gegenüber zu stellen. Dass das Eigentum iwS vom Eigentum ieS zu unterscheiden sei, „*daran könne kein Verständiger zweifeln*“²¹⁰⁶.

Randa geht davon aus, dass dem Gesetzgeber in § 353 ABGB ein Irrtum unterlaufen sei, da er sich des Begriffs des Eigentums hinsichtlich unkörperli-

2101 *F. Bydlinski* in FS Wiegand 149.

2102 *F. Bydlinski* in FS Wiegand 150 f.

2103 *Klang* in Klang IP² § 353 (130 f).

2104 Zur besseren Darstellung der inhaltlichen Entwicklung erfolgt diese Darstellung antichronologisch.

2105 *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 1.2.: Das Sachenrecht² (1957) 126; erheblich kürzer aber in der Sache gleich wird dies in der Voraufage aus dem Jahr 1923 erörtert, s aaO S 128.

2106 *Ehrenzweig*, System I/2² 126.

cher Sachen in einem uneigentlichen Sinn bedient hätte und eigentlich „Vermögen“ gemeint hätte.²¹⁰⁷ Keinesfalls könne aus dieser Norm abgeleitet werden, dass das ABGB ein Eigentum an Rechten anerkenne; wenn das ABGB davon spreche, sei nur ein wenig juristischer Sprachgebrauch an den Tag gelegt worden.²¹⁰⁸ Dies schöpft er aus der Definition des § 354 ABGB, der auf die Substanz einer Sache abstelle, weshalb nur körperliche Sachen Gegenstand des Eigentumsrechts sein könnten.²¹⁰⁹ Er verweist auf den Codex Theresianus, den Entwurf Horten und Martini und hält fest, dass *Zeiller* übersehen habe, dass das Eigentum an körperlichen Sachen ein anderes sei als das Eigentum an unkörperlichen Sachen.²¹¹⁰ *Randa* betont mehrmals, dass diese Einschränkung notwendig sei, da ansonsten eine „heillose Verwirrung“ drohe.²¹¹¹

Nach *Joseph Unger* sei das Eigentum Grundlage und Voraussetzung für alle übrigen dinglichen Rechte. Man müsse zwischen dem Eigentum iwS und dem Eigentum ieS unterscheiden, wobei er das Eigentum iwS im gemeinrechtlichen Sinn verstand,²¹¹² das Eigentum ieS komme nur für körperliche Sachen in Betracht.²¹¹³ Wenn das ABGB von einem Eigentum an Rechten spricht, so sei dies nur eine unjuristische Gebrauchsweise dieses Begriffs. Durch den Versuch, ein Eigentum an unkörperlichen Sachen zu begründen, gerate man in eine „gänzliche Versetzung und Auflösung der Begriffe so wie in maßlose Verwirrung“²¹¹⁴. Dies begründet er einerseits mit dem Wortlaut des § 354 ABGB: Es sei bei Schuldrechten schlechthin nicht möglich, die Substanz von den Nutzungen abzusondern und generell sei bei Verträgen die Vindicatio nicht vorstellbar.²¹¹⁵ Andererseits sei es abzulehnen, wenn das Eigentum an einer Forderung ersessen werden könnte oder der Eigentümer einer Forderung gegen dritte Personen – etwa jene, die eine Tilgung verhindern, vorgehen könnte.²¹¹⁶

In einer Zusammenschau der Argumentationsstränge kann festgestellt werden, dass die Begründung für einen engen, sich nicht auf Rechte erstreckenden Eigentumsbegriff seit *Unger* in wesentlichen Teilen dieselbe ist. Ein Argument betrifft den Wortlaut des Gesetzes, der am Begriff der Substanz in § 354 ABGB anknüpft. Diese Begründung wird jedoch nur kaum ausgeführt, insb wird nicht gezeigt, dass der Gesetzgeber darunter die physische Substanz eines Objekts bezeichnen wollte, womit eine Anwendung des Eigentumskonzepts auf Rechte ausscheiden müsste. Umgekehrt wird behauptet, dass der Wortlaut des

2107 *Randa*, Eigentumsrecht² 8.

2108 *Randa*, Eigentumsrecht² 8, s insb auch FN 13.

2109 *Randa*, Eigentumsrecht² 9, vgl insb FN 14.

2110 *Randa*, Eigentumsrecht² 9 (FN 14).

2111 AaO.

2112 Dazu weiterführend 4.2.3.2.

2113 *Unger*, System I 524 f.

2114 *Unger*, System I 525.

2115 *Unger*, System I 525 (FN 57).

2116 *Unger*, System I 526 f.

ABGB auf Grund des unjuristischen Gebrauchs der Begrifflichkeiten nicht maßgeblich sei. Der Regelungswille des Gesetzgebers spielt keinerlei Rolle; dieser wird vielmehr als korrekturbedürftiger, konzeptioneller Fehler angesehen. Wesentlich ist das systematische Argument, das wortgewaltig aufgeladen wird: Ein starker *Topos* ist dabei das Sprachbild der Zersetzung und Verwirrung, die folgen würden, wendete man das Eigentumsrecht auf unkörperliche Sachen an.²¹¹⁷ Die Ordnung, die durch einen weiten Eigentumsbegriff gefährdet wäre, ist dabei zweifellos das pandektistische Paradigma des Sachenrechts. Der aktuelle Meinungsstand zum Eigentumsrecht basiert somit argumentatorisch weitgehend auf den Aussagen der Historischen Rechtsschule.

4.2.3. Historische Genese

Der Blick auf die historischen Entwicklungslinien ist auch für die Frage, ob das ABGB ein vollwertiges Eigentumsrecht an (persönlichen) Rechten anerkennt, fruchtbringend. Hierbei soll in der gebotenen Kürze auf die Genese des Eigentumsrechts dahingehend, ob dieses auch unkörperliche Sachen umfasst, eingegangen werden; eine umfassende geschichtliche Aufarbeitung des Eigentumsrechts kann freilich hier nicht erfolgen. Der Fokus liegt einerseits darauf, die Ausgangsposition des Gesetzgebers des ABGB aufzuzeigen; andererseits sollen die unterschiedlichen Konzepte des Eigentumsrechts in ihrer geschichtlichen Entwicklung dargestellt werden.

4.2.3.1. Antikes Rom

Im *dominium* bestand im antiken römischen Recht – wie bereits ausgeführt²¹¹⁸ – die wohl wichtigste Verbindung zwischen Rechtsobjekt und Rechtssubjekt iSe Gehörensrelation.²¹¹⁹ In der Lit bestehen dabei unterschiedliche Auffassungen dazu, inwiefern im klassischen römischen Recht das *dominium* mit dem heutigen Eigentum gleichgesetzt werden kann. So geht etwa Kaser davon aus, dass der Begriff des Eigentums im klassischen römischen Recht an die Gestalt angenähert wurde, in der er noch in heutigen Rechtsordnungen weiterlebt.²¹²⁰ Eine andere Ansicht geht aber davon aus, dass *dominium* nicht mit dem Eigentum gleichgesetzt werden könne. Der Begriff des *dominium* sei vielmehr abgeleitet von *dominus* – Hausherr, dem

2117 Tatsächlich wird auch in der Wissenschaftstheorie ein Zustand, in dem eine herrschende Ansicht durch eine Anomalie bedroht wird, als „Krise“ bezeichnet, s dazu weiterführend Kuhn, Struktur wissenschaftlicher Revolutionen³ 90 ff.

2118 S 3.3.1.3; s dazu ausf auch Holzweber, Genese 96 ff.

2119 Nicht näher eingegangen werden soll hier auf die Unterscheidung zwischen dem Eigentum *ex iure Quiritium* und dem Eigentum *in bonis*, s dazu weiterführend Chiusi, Strukturen des römischen Eigentums im Spiegel rhetorisch-philosophischer Texte Ciceros, in Eckl/Bernd (Hrsg), Was ist Eigentum? (2005) 59 (61 ff).

2120 Kaser, Das römische Privatrecht I² 400; ähnlich auch Chiusi in Eckl/Bernd (Hrsg), Was ist Eigentum? 59 f.

alle Herrschaftsrechte in der bäuerlichen Wirtschaftseinheit zukommen.²¹²¹ *Martin Schermaier* geht daher davon aus, dass *dominium* ursprünglich keine Rechtsposition, sondern eine soziale Rolle beschreibt.²¹²² Es handelte sich nach *Roland Dubischar* um einen „Ausdruck einer typischen, objektiv-rechtlichen Beziehungsform zwischen Mensch und Sache“;²¹²³ es sollte damit nur ein „Haben“ im Gegensatz zu einem „Bekommensollen“ bezeichnet werden.

Diese unterschiedlichen Meinungen sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass – wie gesehen²¹²⁴ – weitgehende Uneinigkeit zur Struktur von dinglichen Rechten im antiken römischen Recht besteht. Geht man davon aus, dass dem römischen Recht kein Konzept des unmittelbar zwischen Rechtssubjekten wirkenden, dinglichen Rechts zu Grunde liegt und somit das Eigentum als unmittelbares Zuordnungsverhältnis zwischen Rechtsobjekt und Rechtssubjekt anzusehen ist, muss von einem Unterschied zwischen der römischen Eigentumskonzeption und der heutigen ausgegangen werden.²¹²⁵ Insb ist dann der Umstand, dass der Eigentümer nach Belieben mit dem Objekt disponieren kann, nicht konstitutiv für das *dominium*.²¹²⁶ Denn der wesentliche Unterschied zum heutigen Konzept des Eigentums besteht nach Ansicht von *Dietmar Willoweit* darin, dass durch das *dominium* nur ein Zuordnungsverhältnis von Objekten zu Personen definiert wird; nicht eingeräumt wird eine prinzipiell unbeschränkte Herrschaftsmacht.²¹²⁷ Diese Gehörensrelation als Verhältnis zwischen Subjekt und Objekt war daher – wie bereits gesehen – unbedingt oder absolut und durfte daher nicht beeinträchtigt werden; das bedeutete aber nicht, dass damit die rechtliche Erlaubtheit der unbeschränkten Nut-

2121 *Schermaier* in Brinkmann/Shirvani (Hrsg), Privatrecht und Eigentumsgrundrecht 33.

2122 AaO; ähnlich auch *Eggel*, Begründung 150 ff.

2123 *Dubischar*, Grundlagen 14.

2124 S dazu ausf 3.3.1.1.

2125 Vgl dazu *Mayer-Maly*: „Es wäre falsch, vom römischen Eigentumsbegriff zu sprechen, wenn man einen absoluten und individualistischen meint.“ *Mayer-Maly*, WiPolBl 1970, 404 (404); ebenso *Gretton*, RabelsZ 2007, 802 (806); *Coing*, Europäisches Privatrecht I 248; *Feenstra*, Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen, in FS Wieacker (1978) 209 (211); *Willoweit*, Dominium und Proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft, in Historisches Jahrbuch (1974) 131 (140 f).

2126 *Schermaier*, ZRG 2017, 49 (85 ff).

2127 *Willoweit* in Historisches Jahrbuch (1974) 131 (154). *Willoweit* sieht dies als Ausdruck von objektiven Eigentumsordnungen, in denen die Rechtsordnung dem Eigentümer konkret Auskunft über den Inhalt seiner Herrschaftsmacht gibt. Von dem seien auf subjektiven Rechten basierende Eigentumsordnungen zu unterscheiden, bei denen es darum geht, eine Sache dem Herrschaftsbereich einer Person zu unterwerfen. Daraus ergibt sich, dass das Konzept des Eigentums stark mit dem generellen Rechtsverständnis im Zusammenhang stehe; mangels Konzept von subjektiven Rechten sei daher auch im römischen Recht von einer objektiven Eigentumsordnung auszugehen.

zung des Gegenstands einherging.²¹²⁸ Dementsprechend gehen auch andere Autoren davon aus, dass mit dem *dominium* eher die Position der Inhaberschaft eines Objekts bezeichnet wurde als eine Eigentümerstellung, wie wir sie heute kennen.²¹²⁹ Diese Inhaberstellung konnte das volle Recht an einer körperlichen Sache betreffen, sie begrenzt sich aber nicht notwendigerweise auf diese.²¹³⁰ Tatsächlich finden sich in hoch- und spätklassischen Rechtstexten auch Begriffe wie *dominium ususfructus*,²¹³¹ *dominium hereditatis*²¹³² – selbst ein *dominium proprietatis*, also die Rechtsherrschaft über ein Eigentumsrecht, findet bei *Iulianus*²¹³³ Erwähnung.²¹³⁴ Auch *Zeiller* ging etwa davon aus, dass im römischen Recht ein Eigentum an Rechten verankert war.²¹³⁵ Rein begrifflich ist somit das *dominium* nach dieser Ansicht unabhängig davon, ob das zugeordnete Objekt körperlich oder ein Recht ist. Das *dominium* bezeichnet nach dieser Ansicht bloß die Zugehörigkeit eines Objekts zu einem Subjekt, wobei – wie bereits eingehend ausgeführt – körperliche gleich wie unkörperliche Gegenstände Objekte des antiken römischen Rechts waren.

Ohne auf diesen Meinungsstreit in der romanistischen Lit abschließend einzugehen, kann festgehalten werden, dass die Ansicht, die einen wesentlichen Unterschied zwischen dem heutigen Eigentum und dem *dominium* erblickt, im Einklang mit einem objektiv-rechtlichen Rechtskonzept steht, das auf *Michel Villey* zurückgeführt werden kann.²¹³⁶ Denn das *dominium* kann als Zuordnung eines Teils der Gemeinschaft interpretiert werden; es handelt sich sohin um ein unmittelbares Verhältnis von Subjekt zu Objekt iSe Gehörensrelation. Dabei können – wie gesehen – nicht nur körperliche Objekte zugeordnet werden, sondern auch unkörperliche. Dies zeigt sich etwa bei einer der *hereditatis petitio*, bei der der Berechtigte sein Recht auf die Vermögensnachfolge geltend macht.²¹³⁷ Dem Schutz von Servituten diene die *vindicatio servitutis*, später *actio confessoria* genannt, die zur Feststellung der Servitut und Herstellung eines Zustands, der bestünde, wenn dem Berechtigten die

2128 S dazu ausf *Giglio*, ZRG 2018, 76 (96). Illustriert werden kann dies mit einem Beispiel von *Peter Birks*: Ein absolutes Eigentumsrecht an einer Waffe legitimiert noch nicht deren willkürlichen Gebrauch, s *Birks*, AJ 1985, 1 (1).

2129 S etwa *Kreutz*, Das Objekt 307; *Villey*, RDH 1946, 201 (223).

2130 Tatsächlich ist dies hochstrittig. Die wohl hM geht eher davon aus, dass das *dominium* nur an körperlichen *res* möglich war, s dazu für weitere Nachweise 2.3.1.1.2.

2131 *Iulianus*, D.VII.6.3.

2132 *Marcianus*, D. XXVIII. 5.49.pr.

2133 *Iulianus*, D.VI.4.17.

2134 Zitiert nach *Kreutz*, Das Objekt 307 f. Diese Fundstellen waren in der weiteren Folge von großer Bedeutung für die Erweiterung des Eigentums auf Rechte bei den Glossatoren, s dazu weiterführend *Huwiler*, Begriff der Zession 3.

2135 *Zeiller*, Commentar 2.1 § 354 Rz 3 (109), s dazu auch ausf 4.2.3.5.3.

2136 S dazu auch 4.3.3.1.

2137 *Giglio*, U. Toronto L. J. 2012, 1 (25).

Ausübung seit der Streitverkündigung ermöglicht worden wäre, führt.²¹³⁸ Dass ein *dominium* an diesen Rechten anerkannt wurde, könnte somit durchaus mit der Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung zu tun haben.²¹³⁹

4.2.3.2. Mittelalter

Auch hinsichtlich der Entwicklung des Eigentumsrechts im Mittelalter ist zwischen den verschiedenen Rechtsströmungen zu unterscheiden;²¹⁴⁰ im Folgenden ist aber bloß auf die Entwicklungen bei den Glossatoren und den Kommentatoren näher einzugehen.²¹⁴¹ Das Mittelalter war generell geprägt durch einen Wandel der Vorstellung des Verhältnisses zwischen Subjekt und Objekt. So wurden zwar die Begriffe *dominium* und *proprietas* vom antiken römischen Recht übernommen; diese erlebten jedoch einen Bedeutungswandel. So weist *Dietmar Willoweit* darauf hin, dass zwischen dem 8. und dem 11. Jhd der Begriff *dominium* in einer Art verwendet wurde, die eine Übersetzung mit dem modernen Konzept des Eigentums ausschließt.²¹⁴² Das *dominium* wurde als Objekt der einem *dominus* zukommenden Gewalt – etwa der Herrschaftsgewalt einzelner Fürsten oder Klöster – bezeichnet.²¹⁴³ Als *proprietas* wurde dahingehend die Zuordnung zu einem Subjekt bezeichnet, wobei dies nicht nur auf Sachen, sondern auch auf Personen und Rechte bezogen wurde.²¹⁴⁴ Erst bei den Glossatoren wurde *dominium* juristisch iSv zivilrechtlichen Begriffs aufgeladen: Von einem (vollen) *dominium* könne gesprochen werden, wenn *proprietas* – also das Verfügungsrecht – und das Nutzungsrecht zusammenfallen.²¹⁴⁵ Objekt eines *dominium* konnten bei den Glossatoren dabei auch Rechte sein, was sich an Formulierungen wie

2138 Kaser, Das römische Privatrecht I² 446 f.

2139 Im nachklassischen Vulgarrecht kam es zu einer Aufweichung der Differenzierungen zwischen Eigentum und Besitz, s dazu weiterführend *Levy*, Vulgar Law 19 ff.

2140 Im Einzelnen differenzierend in *Holzweber*, Genese 98 ff.

2141 Von Bedeutung für den Eigentumsbegriff ist freilich auch das Kanonische Recht, was sich insbes beim christlichen Armutsstreit manifestiert: Bei diesem Streit ging es darum, wem eine Sache zuzuordnen sei, jedoch unter umgekehrten Vorzeichen: Franziskaner und Papst stritten darum, jeweils nicht die Vermögensgüter zugeordnet zu bekommen. Diese Frage war aber durch die Rückgriffnahme auf eine Gehörensrelation alleine nicht zu lösen; es bedurfte einer Weiterentwicklung des Eigentums durch die Definition seines Inhalts, um es von einem Nutzungsrecht zu unterscheiden. Dies war eine wesentliche Neuinterpretation des *dominium*, das diesem seine heute wohlbekannte Form gab: Es wurde nun durch die umfassende Herrschaftsmacht definiert und somit zu einem abstrakt definierten dinglichen Recht, das sich von der bloßen Zuordnung in ein *Mein und Dein* abhob, s dazu ausführlich *Schermaier*, ZRG 2017, 49 (50), weiterführend *Schermaier* in Brinkmann/Shirvani (Hrsg), Privatrecht und Eigentumsgrundrecht 41 ff.

2142 *Willoweit* in Historisches Jahrbuch 134.

2143 *Willoweit* in Historisches Jahrbuch 135 f.

2144 *Willoweit* in Historisches Jahrbuch 138; ebenso *Kämper*, Forderungsbegriff 18.

2145 *Willoweit* in Historisches Jahrbuch 142.

dominium servitutis zeigt.²¹⁴⁶ Es ist daher das Verdienst der Glossatoren, das *dominium* in das Zentrum der Subjekt-Objekt-Relation gestellt zu haben, wiewohl die genaueren Konturen dieses Begriffs noch im Dunklen lagen.²¹⁴⁷

Nachdem das *dominium* im antiken römischen Recht nicht definiert worden ist, kam es *Bartolus* als führende Autorität der Kommentatoren zu, diesen Begriff unter Heranziehung der umfangreichen Materien des römischen Rechts²¹⁴⁸ mit Inhalt zu füllen.²¹⁴⁹ Er definiert das Eigentum als „*ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur*“, ²¹⁵⁰ wobei damit „neues“ römisches Recht geschaffen wird, da eine auf den Willen des Einzelnen abstellende Eigentumsdefinition im antiken römischen Recht nicht bekannt war; vielmehr verweist er auf Wertungen zum Auftragsrecht: Wenn man als Beauftragter nicht wie bei eigenen Angelegenheiten die Möglichkeit habe, die Dinge nach eigenem Gutdünken zu besorgen, müsse dies aber beim Eigentum sehr wohl der Fall sein.²¹⁵¹ Diese Eigentumsdefinition wurde in der Folge breit rezipiert und – wohl fälschlicherweise – für „echt römisch“ gehalten.²¹⁵²

Zuerst differenziert *Bartolus* zwischen einem weiteren und einen engeren Begriff des *dominium*: Während *dominium* iwS alle körperlichen und unkörperlichen Objekte – und insb auch das Fruchtgenussrecht und Obligationen erfasse, sei das *dominium* ieS auf körperliche Objekte beschränkt.²¹⁵³ Das *dominium* iwS und das *dominium* ieS befänden sich dabei in einem hierarchischen Verhältnis: Das *dominium* iwS sei der Oberbegriff, unter den das *dominium* ieS, das Fruchtgenussrecht, die Obligation und andere Rechte an der Sache fallen.²¹⁵⁴ Man könne nach *Bartolus* somit sagen, man habe ein

2146 *Willoweit* in *Historisches Jahrbuch* 143.

2147 Eine wesentliche Leistung der Glossatoren bestand dabei darin, die Unteilbarkeit des Eigentums aufzuweichen und ein Ober- und Untereigentum zu ermöglichen, s dazu weiterführend *Wesenberg/Wesener*, *Privatrechtsgeschichte* 43.

2148 In der jüngeren Zeit wird zunehmend davon ausgegangen, dass *Bartolus* eine wesentliche Inspirationsquelle in der theologischen Diskussion gefunden hat. Ausgangspunkt dieser Diskussion ist das Armutsideal der katholischen Kirche, welches sich auch noch im kanonischen Recht des Mittelalters nachvollziehen lässt, vgl *Schermaier* in *Brinkmann/Shirvani*, *Privatrecht und Eigentumsgrundrecht* 37 ff; *Feenstra* in *FS Wieacker* 215 ff.

2149 *Kreutz*, *Das Objekt* 314.

2150 *MwN Schermaier*, *ZRG* 2017, 49 (77).

2151 Dazu ausf *Rüfner*, *The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of Dominium Utile*, in *Cairns/du Plessis* (Hrsg), *The Creation of the *ius commune*: From Casus to Regula* (2010) 127 (141 ff).

2152 *Schermaier*, *ZRG* 2017, 49 (83 f).

2153 Diese Unterscheidung ist wahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass damit ein Widerspruch in den Quellen iZm dem Fruchtgenussrecht aufgelöst werden sollte. So wurde der Fruchtgenuss teils als Teil des *dominium* (*pars dominii*) gesehen, teils dem *dominium* gegenübergestellt, s *mwN Coing*, *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, *ZRG* 1953, 348 (350).

2154 *Kämper*, *Forderungsbegriff* 19; *Coing*, *ZRG* 1953, 348 (351).

dominium an einer Forderung.²¹⁵⁵ *Bartolus* ging dabei von seinen Zeitgenossen ab und definierte auch den Besitz als Recht und nicht als Faktum; dieser umfasste die Berechtigung, eine Sache zu ergreifen und zu behalten.²¹⁵⁶ Aus heutiger Perspektive wird dabei davon ausgegangen, dass mit diesem *dominium* iWS kein Vollrecht an der Sache wie nach dem heutigen (zumindest im BGB verankerten) Begriffsverständnis des Eigentums verbunden ist.²¹⁵⁷ Vielmehr statuiert das *dominium* iWS ein jeweils unterschiedlich ausgestaltetes Recht an allen zur Zeit von *Bartolus* denkbaren Objekten.²¹⁵⁸

Nach der Abschichtung des Problems des Eigentums an Rechten durch die Trennung von *dominium* iWS und *dominium* iES, fokussierte sich *Bartolus* auf den Begriff des *dominium* iES, der für die weitere Entwicklung des Eigentumsbegriffs von großer Bedeutung war. Das *dominium* iES wurde als Recht angesehen, über körperliche Objekte umfassend²¹⁵⁹ disponieren zu können, sofern dies nicht gesetzlich verboten ist.²¹⁶⁰ Das *dominium* iES wurde dabei als zusammengesetztes Ganzes (*totum integrale*) aufgefasst, das sich aus dem Verfügungsrecht – der *nuda proprietas* – und dem Nutzungsrecht – als solches kommen alle Nutzungsarten wie ein Fruchtgenussrecht, aber auch der Besitz in Frage²¹⁶¹ – konstituiert.²¹⁶² Dies bedeutet, dass grundsätzlich der Inhaber des *dominium* iES das Recht hat, über die gesamte Sache zu verfügen und diese zu nützen²¹⁶³; er kann sich aber auch des Nutzungsrechts etwa durch Erteilung eines Fruchtgenussrechts begeben, sodass sowohl der *dominus plenus* (Sach-

2155 *Bartolus*, Digestum Novum Commentaria, zu D 41.2.17: „*Et potest appellari largissime pro omni iure incorporali: ut habeo dominium obligationis ut puta usus fructus*“. Zitiert nach Coing, ZRG 1953, 348 (349).

2156 Kreutz, Das Objekt 316; Willoweit in Historisches Jahrbuch 145; Coing, ZRG 1953, 348 (353).

2157 So auch Willoweit in Historisches Jahrbuch 143 (FN 50). Nicht gefolgt werden kann dabei dem Argument Kämpers, der diesen Befund aus der fehlenden Möglichkeit der Zession schöpft. Denn einem gesetzlichen Zessionsverbot würde auch das Vollrecht an einer Forderung nicht entgegenstehen, s dazu weiterführend Kämpers, Forde-
rungsbegriff 20.

2158 Coing, ZRG 1953, 348; Feenstra in FS Wieacker 211; Hagemann, Eigentum, HRG² Sp 1278.

2159 Unterschiedlich wird in der Lit beurteilt, ob dem Inhaber eines *dominium* iES damit tatsächlich eine Verfügungsfreiheit zukommt oder ob diese erst später in der Neuzeit entwickelt wurde. Für eine spätere Rezeption des Freiheitsgedankens tritt Willoweit in Historisches Jahrbuch 145 ff ein; dagegen wird der Gedanke der hinter dem Eigentum stehenden Freiheit tw bereits in der scholastischen Theologie verortet, s dazu weiterführend Schermaier in Brinkmann/Shirvani, Privatrecht und Eigentumsgrundrecht 45 ff; ebenso Feenstra in FS Wieacker 216 ff.

2160 *Bartolus*, Digestum Novum Commentaria, zu D. XLL 2.17. Z 4, zitiert nach Kreutz, Das Objekt 314.

2161 Coing, ZRG 1953, 348 (353).

2162 Coing, ZRG 1953, 348 (351).

2163 Zur Frage, ob dem *dominus* neben dem *usus* auch das Recht auf *abusus* zukam, weiterführend Willoweit in Historisches Jahrbuch 148 f.

eigentümer) als auch der *dominus ususfructus* (Fruchtnießer) ein *dominium* hat. Das *dominium* iS wird als *res corporalis* aufgefasst und dem materiellen Objekt in seiner Faktizität gegenübergestellt,²¹⁶⁴ demgegenüber gelten nach *Bartolus* die eingeschränkten Rechte am Objekt, welche nur unter das *dominium* iW fallen, als *res incorporales*.²¹⁶⁵ Die wegweisende Leistung von *Bartolus* bestand dabei darin, dass es ihm gelungen ist, seiner Zeit neuartige Ansätze,²¹⁶⁶ die das Wesen des Eigentums in der Möglichkeit der freien Verfügung darüber angesehen haben, mit den Überlieferungen des römischen Rechts zu vereinen²¹⁶⁷ und somit eine Weiterentwicklung des Zivilrechts zu ermöglichen.

4.2.3.3. Neuzeit

4.2.3.3.1. Gemeines Recht

Im *jus commune* lehnte man sich bei der Definition des Eigentums vielfach an die von *Bartolus* geprägte Begriffsbestimmung des Eigentums iS an; das Eigentumsrecht sei dementsprechend das „*ius in re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibetur*“.²¹⁶⁸ Daraus folgt, dass nach dieser Konzeption grundsätzlich nur körperliche Sachen Objekt des Eigentumsrechts sein können. Dementsprechend ist etwa bei *Hugo Donellus* das *dominium* auf körperliche Sachen beschränkt; dies sei darauf zurückzuführen, dass eine Herrschaft *an res incorporales* nur metaphorisch bestehe, weshalb für diese ein technisches Eigentum (*dominium proprie*) nicht in Betracht käme.²¹⁶⁹ Für *Georg Adam Struwe*,²¹⁷⁰ der als einer der ersten Autoren des *usus modernus* gilt, kann das Sachenrecht als *dominium* iW interpretiert werden; das Eigentum iS sei jedoch den körperlichen Sachen vorbehalten.²¹⁷¹ Ähnlich dazu sah auch *Wolf-*

2164 *Kreutz*, Das Objekt 315; *Coing*, ZRG 1953, 348 (352).

2165 *Coing*, ZRG 1953, 348 (352).

2166 Wie bereits erwähnt, war das Erfordernis der freien Verfügbarkeit über eine Sache bereits zuvor in theologischen Diskussionen erörtert worden, s *Schermaier* in Brinkmann/Shirvani (Hrsg), *Privatrecht und Eigentumsgrundrecht* 44 ff. Eine Abhängigkeit des Eigentumsbegriffs von *Bartolus* von dieser theologischen Diskussion wird von *Willoweit* für sehr wahrscheinlich gehalten, s *Willoweit* in *Historisches Jahrbuch* 154.

2167 Dass dies nicht immer einfach war, zeigt sich ua in der Begründung der freien Verfügbarkeit des Eigentümers, für die *Bartolus* auf Regelungen zum Auftragsrecht zurückgreifen muss, s mwN *Coing*, ZRG 1953, 348 (354).

2168 *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*⁹ 191; *Coing*, *Europäisches Privatrecht* I 291 f.

2169 In der Folge wurde von mehreren Autoren das Eigentum an körperlichen Sachen als *dominium proprie* oder Eigentum im eigentlichen Sinne bezeichnet; der erforderliche Konträrbegriff des uneigentlichen Eigentums an unkörperlichen Sachen wurde dabei weitgehend im Dunklen belassen, s dazu und zu *Donellus* mwN *Huwiler*, Begriff der Zession 4 ff.

2170 1619–1692.

2171 Dies bedeutet zwar, dass auch ein *dominium* an unkörperlichen Sachen bestand, mit diesem Eigentum iW ging jedoch keinerlei Rechtsfolge einher; es handelte sich bloß um die Rechtszuständigkeit, s mwN *Huwiler*, Begriff der Zession 9.

gang Adam Lauterbach²¹⁷² das eigentliche Eigentum auf körperliche Sachen beschränkt an, eine analoge Anwendung des Eigentums sei jedoch in Bezug auf unkörperliche Sachen denkbar, wobei er – anders als seine Vorgänger – auch ein analoges Eigentum an Obligationen für möglich hielt.²¹⁷³ Auch spätere, romanistisch argumentierende Autoren – wie bspw Ludwig Höpfner – gingen davon aus, dass Eigentum ausschließlich an körperlichen Sachen möglich sei.²¹⁷⁴ Hinsichtlich der Konzeption des Eigentums waren die Autoren der Rezeption und des *usus modernus* somit stark von der überlieferten Lehre des römischen Rechts beeinflusst und wichen iW kaum von Bartolus ab.

4.2.3.3.2. Einheimisches Recht in Österreich

In einem gewissen Gegensatz zum gemeinen Recht standen die Auffassungen im österreichischen Recht. So spricht etwa die niederösterreichische Landtafel des Jahres 1573 von Eigentum an unsichtbaren Rechten und Gerechtigkeiten.²¹⁷⁵ In seinem Werk *Idea juris statutarii et consuetudinarii Stiriaci et Austriaci cum jure Romano collati* stellt Nicolaus Beckmann das österreichisch-steirische Recht des 17. Jhds dem römischen Recht gegenüber.²¹⁷⁶ Hinsichtlich des Eigentumsrechts unterscheidet Beckmann vier Typen, die in der steirischen Rechtspraxis aktiv verwendet werden, wovon einer das *dominium juris* war.²¹⁷⁷ Dies spiegelt eine generelle Tendenz im Deutschen Recht²¹⁷⁸ wider: Es wird davon ausgegangen, dass das germanische Eigentum²¹⁷⁹ sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen umfasste.²¹⁸⁰ Im Gegensatz zum römischen Eigentumsbegriff sei der deutsche aber nicht abstrakt; die mit ihm einhergehenden Verfügungsrechte bestimmen sich viel mehr nach den konkreten Objekten der Herrschaftsmacht.²¹⁸¹ Dementsprechend könnte der Umstand, dass im österreichischen Recht der frühen Neu-

2172 1618–1678.

2173 Zuvor war ein *dominium* iWs meist iZm Servituten und Fruchtgenussrechten diskutiert worden, s dazu weiterführend Hwiler, Begriff der Zession 10 f.

2174 MwN Plohmman, Höpfner 207.

2175 MwN Kocher, Höchstgerichtsbarkeit und Privatrechtskodifikation (1979) 132.

2176 Zu diesem ausf Wesener, Der innerösterreichische Regimentsrat Nikolaus von Beckmann und sein Kodifikationsplan, in GedS Kepler (1974) 641.

2177 Er schreibt explizit „*Haec omnia in Tribunalibus Stiriacis sunt in viginti usu*“, s mwN Wesener, Einflüsse und Geltung 70 f.

2178 „Deutsches Recht“ ist ein ab etwa 1700 gebräuchlicher wissenschaftlicher Begriff für den Versuch, ein Rechtssystem aus regionalen Rechten zu konstruieren. S dazu weiterführend Brauneder, ABGB 88 ff. Sofern aber von der Rechtslage in Deutschland die Rede ist, wird vorliegend der Begriff „deutsches Recht“ klein geschrieben, um eine Unterscheidung zu ermöglichen.

2179 Krit dazu Kroeschell, Zur Lehre vom „germanischen“ Eigentumsbegriff, in FS Thieme (1977) 34 (49 ff).

2180 S statt aller Gierke, Deutsches Privatrecht II 360.

2181 Gierke, Deutsches Privatrecht II 358 ff; mwN dazu Kroeschell in FS Thieme 56 ff.

zeit ein Eigentum an Rechten verbreitet war, als Beispiel dafür gelten, dass sich das österreichische Sachenrecht stark am Deutschen Recht orientierte und sich den Einflüssen des römischen Rechts weitgehend widersetzte.²¹⁸²

4.2.3.3.3. Naturrecht

Bei den Autoren des Naturrechts kam es zu einer wesentlichen Evolution des Eigentumskonzepts. Diese wird wiederum mit dem Namen von *Hugo Grotius* verbunden, der in der Lit als erster Denker des Naturrechts gilt, der ein Eigentum an Forderungsrechten begründet hat.²¹⁸³ Dabei bezeichnete er als Eigentum – ähnlich dem *dominium* iWv von *Bartolus* – *id, quod nostrum est*, worunter neben körperlichen Sachen auch Rechte auf Handlungen anderer – maW Forderungen – fallen.²¹⁸⁴ *Grotius* unterscheidet zwischen einem vollen und einem unvollständigen Eigentum – letzteres nennt er *gebreckelicke eigendom*; diese unterscheiden sich darin, dass der „volle“ Eigentümer alles mit dem Objekt tun und lassen könne, was ihm beliebt, beim *gebreckelicke eigendom* sei die Dispositionsbefugnis jedoch eingeschränkt.²¹⁸⁵ Ist etwa ein Grundstück durch eine Dienstbarkeit belastet, würden zwei unvollständige Eigentumspositionen entstehen: jene des belasteten Grundstücks und jene der Dienstbarkeit.²¹⁸⁶ Der Gedanke eines umfassenden Eigentumskonzepts findet sich näher ausgeführt bei *Pufendorf*: Demnach sind alle Sachen – körperlich oder unkörperlich – des Eigentums fähig, sofern sie für sich allein oder im Verbund mit anderen Dingen für den Menschen nützlich sind.²¹⁸⁷ Das Eigentum wird somit dem heutigen Begriff des Vermögens gleichgesetzt.²¹⁸⁸ Aus diesen Überlegungen folgert *Pufendorf*, dass nicht nur körperliche Sachen, sondern auch Rechte übertragen werden können.²¹⁸⁹ Bei *Christian Wolff* gilt das Eigentum als Recht, „mit allen dem, was einem Rechte unterworfen ist, anzufangen was er will“.²¹⁹⁰ Er geht dabei davon aus, dass mit Rechten ebenso frei verfahren werden kann wie mit körperlichen Sachen, weshalb *Wolff* für einen weiten, auch *res incorporales* umfassenden Eigentumsbegriff plädiert.²¹⁹¹ Als *cessio* bezeichnet *Wolff*

2182 *Brauneder*, ABGB 92; *Wesener*, Einflüsse und Geltung 67.

2183 Dabei bestehen aber freilich Verbindungslinien zwischen *Grotius* und der spanischen Spätscholastik, die einen weiten Eigentumsbegriff theologisch begründete, s dazu weiterführend *Kämper*, Forderungsbegriff 26; *Hoop*, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge 32.

2184 MvN *Kämper*, Forderungsbegriff 26; *Wesener*, Zur naturrechtlichen Lehre vom Eigentumserwerb, in FS Grass (1986) 433 (435); *Feenstra* in FS Wieacker 209 ff.

2185 *Feenstra*, Ius in re 25.

2186 *Feenstra*, Ius in re 26.

2187 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte 891. Nach *Pufendorf* ist jede Sache potenziell Objekt eines Eigentumsrechts.

2188 *Huwiler*, Begriff der Zession 43.

2189 *Pufendorf*, Natur- und Völker-Rechte 957.

2190 *Wolff*, Grundsätze § 195 (124).

2191 *Wolff*, Grundsätze § 206 (131).

die Übertragung einer unkörperlichen Sache, die dem Abtretenden eigentümlich zugehört; eine solche sei ohne den Willen des Schuldners möglich, da sich an seiner Verbindlichkeit nichts ändert.²¹⁹² Diese naturrechtlichen Überlegungen zum Eigentum an Rechten sind die Geburtshelfer der modernen Zession, die nach der alten römisch-rechtlichen Lehre bekanntlich nicht statthaft war, wurde doch die Forderung als höchstpersönliche Verbindung zwischen Gläubiger und Schuldner aufgefasst.²¹⁹³ Demgemäß ist die Zession im Naturrecht nichts anderes als die Übertragung des Eigentums an einer *res incorporalis*. Wenn in der Lit²¹⁹⁴ daher von einem weiten naturrechtlichen Eigentumsbegriff die Rede ist, sollte dies daher insb als Hinweis auf eine Strömung gesehen werden, für die *Grotius*, *Pufendorf* und *Wolff* exemplarisch als Beispiele taugen.

Auch im Naturrecht war der weite Eigentumsbegriff freilich nicht unumstritten. Insb im späteren 18. Jhd etablierten sich stärker am gemeinen Recht orientierte Ansätze in der naturrechtlichen Literatur, die einen umfassenden Eigentumsbegriff ablehnten. Hierbei ist va *Joachim Georg Darjes*²¹⁹⁵ zu nennen, der den umfassenden Eigentumsbegriff seines Lehrers *Wolff* nicht übernommen hat. *Darjes* differenziert zwischen einer Zuordnungs- und Gehörensrelation²¹⁹⁶ und dem Eigentum und zieht letzteres ausschließlich für körperliche Gegenstände in Betracht. Es kommt daher zu einer Trennung der Einheit von Vermögen und Eigentum, die vor allem von *Wolff* und *Pufendorf* propagiert wurde.²¹⁹⁷ *Res incorporales* gehörten zwar sehr wohl zum Vermögen, aber nicht zum Eigentum einer Person. Daraus folgte, dass nach *Darjes* Forderungen wie andere Rechte – ihrer fehlenden Eigentumsfähigkeit zum Trotz – übertragen werden konnten.²¹⁹⁸ *Darjes* blieb in seiner Konzeption nicht alleine: Auch *Immanuel Kant* ging davon aus, dass ein *dominium* ausschließlich an einer körperlichen Sache möglich sei,²¹⁹⁹ vom *Mein und Dein*²²⁰⁰ seien aber auch Rechte²²⁰¹ umfasst.²²⁰² Dementsprechend gibt

2192 *Wolff*, Grundsätze § 338 (207 f).

2193 Zu den ersten Versuchen, eine Übertragbarkeit von Forderungen bereits im *usus modernus* zu ermöglichen, s *Hoop*, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge 30.

2194 ZB *Schöneich*, Dinglichkeit 49; *Brauneder*, ABGB 219; *Michaels*, Sachzuordnung 141. 1714–1791.

2196 Zusammenfassend dazu: „*Wer mir das, was mir ad to meum pertinet nimmt, der lädirt mich*“, *Darjes*, Discours über sein Natur- und Völkerrecht 1 (1762) 416.

2197 *Kämper*, Forderungsbegriff 38.

2198 Weiterführend dazu *Kämper*, Forderungsbegriff 38 f; *Huwiler*, Begriff der Zession 73.

2199 *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 18 (83).

2200 *Kant* definiert sein *Mein und Dein* ähnlich wie *Darjes* sein *to meum pertinet*: Es wird darauf abgestellt, dass die Störung der Zuordnung eine Läsion hervorruft, s dazu *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 1 (81).

2201 In der Sprache *Kants*: Willkür eines anderen zu einer bestimmten Tat, s *Kant*, Metaphysik der Sitten² § 4 (54).

2202 AA *Huwiler*, Begriff der Zession 101 ff, der davon ausgeht, dass *Kant* eine enge Auffassung des Eigentums nur deshalb gewählt hat, um nicht in Widerspruch mit der damaligen, gemeinrechtlich dominierten Rechtswissenschaft zu geraten, tat-

es auch vor der Erlassung des ABGB Stimmen, die für einen engeren Eigentumsbegriff, der vom Vermögen zu differenzieren ist, plädieren.

Eine direkte Verbindungslinie zum ABGB lässt sich von den naturrechtlichen Vorstellungen von *Martini* und *Zeiller* ziehen. Bei seinem naturrechtlichen Lehrbuch geht *Martini* – korrespondierend mit seinem weiten Sachbegriff²²⁰³ – von einem weiten Eigentumskonzept aus, das angeborene Rechte gleich wie erworbene Rechte umfasst.²²⁰⁴ Ein anderer kann verletzt werden, wenn man ihm sein Eigentum entzieht oder ihn an der Ausübung seines Eigentumsrechtes hindert,²²⁰⁵ weshalb es das Eigentumsrecht ermöglicht, das Eigentum mittels Zwang vor Eingriffen zu schützen.²²⁰⁶ Insb sei es auch beim Eigentum möglich, bei Verletzungen Schadenersatz zu fordern.²²⁰⁷ In seinen weiteren Ausführungen ist jedoch nicht völlig klar, ob *Martini* auch Rechte zum erworbenen Eigentum zählt. So bezieht er sich in seinen Ausführungen zum Eigentum ausschließlich auf körperliche Gegenstände, die in einer vorrechtlichen Zeit von Menschen ergriffen werden konnten;²²⁰⁸ Voraussetzung für den ursprünglichen Eigentumserwerb sei, dass der Erwerber „*physisch und sittlich kann und will*“²²⁰⁹. Ein Hinweis auf unkörperliche Sachen erfolgt nicht. Unabhängig zum offen gelassenen Umfang des Eigentums sieht *Martini* die Möglichkeit einer Zession vor und begründet dies damit, dass jeder mit seinem Recht nach Belieben schalten und walten kann.²²¹⁰ Dies spricht wohl dafür, dass auch bei *Martini* das Eigentum als technischer Begriff den körperlichen Sachen vorbehalten blieb.

Eine bemerkenswerte Position in diesem Spannungsfeld nimmt *Zeiller* ein. In seinem 1802 in erster Auflage erschienenen „*Das natürliche Privat-Recht*“ schreibt er vom Eigentum: „*Das Eigentumsrecht ist das Recht über eine Sache (von was immer für einer Art)* ausschließend zu verfügen (...)*.“²²¹¹ Im angeführten Sternchenverweis führt er aus:

„*Die besonderen Benennungen der einzelnen vom Eigentum verschieden sein sollenden Rechte bezeichnen; genau erworben, nur die Gegenstände, auf welche sich das in jedem Rechte liegende Eigentum bezieht; wie z. B. das Be-*

sächlich aber von einer weiten Konzeption des Eigentums ausgeht. Dies übersieht mE, dass man *Kants Mein und Dein* nicht unbesehen mit dem juristischen Konzept des Eigentums gleichsetzen kann.

2203 Vgl bereits 2.3.3.2.

2204 *Martini*, Lehrbegriff § 144 (45).

2205 *Martini*, Lehrbegriff § 147 (45).

2206 *Martini*, Lehrbegriff § 156 (48).

2207 *Martini*, Lehrbegriff § 438 (168).

2208 *Martini*, Lehrbegriff § 416 ff (158 ff).

2209 *Martini*, Lehrbegriff § 425 (162).

2210 *Martini*, Lehrbegriff § 586 (231 f).

2211 *Zeiller*, Privat-Recht¹ (1802) § 77 (85).

*sitz-, Nutzungs- oder Pfand-Recht. Jedes dieser Rechte kann man sich nach Belieben bedienen; jedes Recht ist so fern ein Eigentumsrecht (...).*²²¹²

Bei dieser Aussage verweist er auf den zwei Jahre zuvor erschienenen Entwurf zum Naturrecht von *Karl Theodor Gutjahr*²²¹³. *Gutjahr* geht davon aus, dass schlichtweg alles ein Gegenstand von Rechten sein könne; auch die Einwirkung eines handelnden Wesens auf ein anderes – also eine Forderung – sei ein taugliches Rechtsobjekt.²²¹⁴ Das Eigentumsrecht bestehe darin, dass ein Gegenstand „in jeder Rücksicht (oder nach Gebrauch und Substanz) behandelt werden darf“.²²¹⁵ Alles, woran ein Subjekt ein Recht habe, sei sein Eigentum; dies schließe nicht nur materielle Gegenstände, sondern auch Rechte mit ein.²²¹⁶ Es sei nicht darauf abzustellen, ob die Wirkung des Eigentums – dessen Erwerbung und seine Wirksamkeit – ins Auge falle oder nicht, auch Rechte könnten verwendet und vernichtet werden.²²¹⁷ Dies illustriert *Gutjahr* an Hand des Besitzes, des Nutzungs- und des Pfandrechts, die seiner Auffassung nach auch Gegenstand des Eigentums sein können²²¹⁸ – worauf *Zeiller* in der zitierten Stelle ausdrücklich Bezug nimmt. Nicht völlig klar ist dabei, ob *Zeiller* nur auf verschiedene dingliche Sachenrechte als Teil des Eigentums oder schlechthin auf sämtliche Rechte als Objekt des Eigentumsrechts referenzierte. Klar ist jedoch, dass nicht weiter zwischen körperlichen Dingen und Rechten differenziert wird.

Im zitierten Sternchennachweis führt *Zeiller* mit Hinweis auf *Höpfner* weiter fort:

*„In dem positiven Rechte wird das Wort „Eigentum“ gewöhnlich nur von körperlichen Dingen angenommen.“*²²¹⁹

Bemerkenswert ist dabei, dass selbst in der dritten Auflage seines „Natürlichen Privat-Rechts“ aus dem Jahr 1819 – also deutlich nach Inkrafttreten des ABGB – die Ausführungen unverändert bleiben und *Zeiller*, auf *Höpfner* Bezug nehmend, weiter ausführt, dass im positiven Recht Eigentum gewöhnlich nur körperliche Dinge umfasst.²²²⁰

2212 *Zeiller*, Privat-Recht¹ § 77 (86).

2213 1773–1809

2214 *Gutjahr*, Entwurf des Naturrechts (1799) § 31 (36).

2215 *Gutjahr*, Entwurf § 32 (37).

2216 *Gutjahr*, Entwurf § 33 (37).

2217 *Gutjahr*, Entwurf § 33 (38 f).

2218 *Gutjahr*, Entwurf § 33 (40).

2219 *Zeiller*, Privat-Recht¹ § 77 (86).

2220 *Zeiller*, Privat-Recht³ (1819) § 77 (116).

4.2.3.3.4. *Synthese*

Aus dieser gedrängten Darstellung lassen sich zwei unterschiedliche Entwicklungsstränge in der Eigentumsdogmatik in der (frühen) Neuzeit identifizieren. Während im Anschluss an *Bartolus* im gemeinen Recht von einem engen, auf körperliche Sachen begrenzten Eigentumsrecht ausgegangen wurde, tendierten die Autoren des Naturrechts – ebenso wie im heimischen Partikularrecht – zu einem weiten Begriff des Eigentumsrechts, der auch unkörperliche Sachen umfasst. Hier zeichnet sich in einer historischen Perspektive bereits ab, dass – wie von *Gretton* rechtsvergleichend dargelegt – bei einem weiten Sachbegriff das Eigentumsrecht unterschiedliche Formen annehmen kann. Für die Auslegung des ABGB besonders interessant ist idZ eine gewisse Diskrepanz, die in dieser Frage zwischen *Martini* und *Zeiller* bestand: So wird bei *Martini* zwar grundsätzlich von einem weiten Eigentumsbegriff ausgegangen, eine tragende Rolle spielt dieser in seinem naturrechtlichen System aber nicht. Demgegenüber plädiert *Zeiller* ganz ausdrücklich für einen weiten Eigentumsbegriff und geht auch davon aus, dass ein Eigentumsrecht an beschränkten dinglichen Rechten möglich sei. Konzeptionell interessant ist dabei, dass *Zeiller* in Anschluss an *Gutjahr* das Eigentumsrecht von den sonstigen Rechten trennt: Das Eigentumsrecht kann sich auf verschiedene Rechte beziehen, was sich darin äußert, dass man sich ihrer nach Belieben bedienen kann. Das Eigentum an Rechten ist bei *Zeiller* somit der Rechtszuständigkeit eines Rechtssubjekts gleichzuhalten. Diese eigenständige Konzeption wird in der Folge auch in der Überarbeitung des Entwurfs *Martini* bemerkbar werden. Hier zeigt sich bereits in den konzeptionellen Grundlagen, dass das ABGB einer Position zuneigt, die ein Eigentum an Rechten anerkennt.

4.2.3.4. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts

Im CMBC findet sich eine weite Definition des Eigentums: Als Eigentum gilt die „*Macht und Gewalt mit dem Seinigen nach eigenem Belieben frei und ungehindert soweit zu disponieren, als Gesetz und Ordnung zulässt*“²²²¹. Dies ist bereits ein Hinweis darauf, dass der Eigentumsbegriff im CMBC alles umfasst, was einer Person zugerechnet werden kann. Dies passt zum Sachbegriff des CMBC, der – wie gesehen²²²² – sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen umfasst. Das Vermögen einer Person und sein Eigentum sind im CMBC somit identisch.²²²³ Dies bestätigt sich bei den Unterteilungen des Eigentums, in denen auf das *quasi dominium*, das nur für unkörperliche Sachen in Betracht kommt, eingegangen wird, das im Gegensatz zum *dominium verum* über körperlichen Sachen steht.²²²⁴ Damit wird im CMBC ein Gleich-

2221 II 2 § 1 CMBC.

2222 S 2.3.4.

2223 So auch *Huwiler*, Begriff der Zession 111.

2224 II 2 § 2 CMBC.

klang zwischen dem Sachbegriff und den Verfügungsrechten des Besitzes und des Eigentums hergestellt. *Kreittmayer* kommentiert dazu, dass im römischen Recht zwischen Vermögen und Eigentum unterschieden wurde, nicht jedoch im deutschen Recht.²²²⁵ Er führt aber weiter aus, dass es für die Praxis keinen größeren Unterschied mache, ob man den Eigentumsbegriff auch auf Rechte erstrecke oder nicht.²²²⁶ Pragmatisch zeigt er sich zu den Gründen, warum bei unkörperlichen Sachen von einem *quasi dominium* und nicht von einem *dominium verum* ausgegangen werden müsse:

*„Warum nun unser Codex in rebus incorporalibus kein verum, sondern nur quasi dominium statuiert, ist aus keiner anderen Ursache geschehen, als weil man das Innehaben oder die Übergabe von unkörperlichen Dingen ebenfalls nur eine quasi possessionem vel traditionem zu nennen pflegt.“*²²²⁷

Daraus folgt, dass der Differenzierung kein kategorialer Unterschied zwischen dem „wahren“ Eigentum und dem quasi Eigentum zu Grunde liegt; vielmehr geht der CMBC von einem einheitlichen Konzept des Eigentums aus, welches sowohl auf körperliche wie auch auf unkörperliche Sachen Anwendung findet.²²²⁸

Auch das ALR folgt beim Eigentumskonzept einem naturrechtlich inspirierten Ansatz. Als Eigentümer gilt derjenige, *„welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechts, mit Ausschließung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder einen Dritten, zu verfügen“*²²²⁹. Daraus ergibt sich, dass Rechte – unabhängig davon, ob diese unter die Sachdefinition²²³⁰ des ALR fallen – Gegenstand des Eigentums sein können.²²³¹ Fast wiederholend wird dabei ausgeführt: *„Alles, was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann, ist Gegenstand des Eigentums“*.²²³² Dementsprechend sei nach der Eigentumskonzeption des ALR auch ein Eigentum an Forderungen möglich, was sich darin äußert, dass auch Institutionen, die im römischen Recht nur für körperliche Sachen Anwendung fanden – wie etwa

2225 *Kreittmayer*, Anmerkungen II 406.

2226 AaO.

2227 AaO.

2228 So auch *Huwiler*, Begriff der Zession 111.

2229 I 8 § 1 ALR.

2230 Vgl 2.3.4.

2231 AA *Luig*, Das Privatrecht im „Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten“ von 1794, AcP 1994, 521 (537 ff), der ohne weitere Begründung iW von einem engen Eigentumskonzept im ALR ausgeht.

2232 I 8 § 2 ALR.

die *vindicatio* – auch bei diesen in Betracht kommen.²²³³ Keine Zweifel über die Vorschrift lässt *Svarez* offen, wenn er ausführt:

„Wenn daher in der Folge von Eigentum gesprochen wird, so ist darunter nicht bloß dasjenige, welches körperliche, in die Sinne fallende Sachen betrifft, sondern auch das Eigentum der Rechte, deren Dasein sich nur durch Ausübung äußert, zu verstehen.“²²³⁴

4.2.3.5. ABGB und Vorarbeiten

4.2.3.5.1. Vorarbeiten

Der Eigentumsbegriff im Codex Theresianus ist ein enger.²²³⁵ So wird explizit ausgeführt, dass nicht alles, was zu jemandes Vermögen gehört, auch dessen Eigentum ist.²²³⁶ Zum Eigentum gehört nur das, was jemand wirklich hat; zum Vermögen gehört aber auch alles, was jemand zu fordern hat.²²³⁷ Auch an Rechten, die an fremden Sachen bestehen, könne kein Eigentumsrecht, sondern nur eine „*eigenthümliche Gerechtigkeit*“ bestehen.²²³⁸ Im Entwurf Horten findet sich keine Erwähnung eines Eigentums an einer unkörperlichen Sache.²²³⁹ Der enge Eigentumsbegriff wird von *Gernot Kocher* dabei als Indiz dafür gesehen, dass es in diesen Kodifikationen zu einer Anlehnung an das römisch-gemeine Recht kam, dem der Vorzug gegenüber dem Naturrecht, aber auch landesrechtlichen Quellen gegeben wurde.²²⁴⁰

Eine Änderung der Eigentumskonzeption findet sich im Entwurf Martini. *Martini* differenziert zwischen einem Eigentum iW, das alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, aber auch angeborene Rechte enthält, und einem Eigentum ieS, das nur das Recht darstelle, „mit der Substanz einer körperlichen Sache und ihren Nutzungen frei zu schalten und zu walten, mithin auch jeden Anderen davon auszuschließen“²²⁴¹. IW knüpft *Martini* an seinen bereits davor entwickelten philosophischen Eigentumsbegriff an.²²⁴² Dies zeigt sich insb bei der Formulierung der Norm: So findet sich die Definition des Eigentums als

2233 MWN *Dernburg*, Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs⁵ (1894) 415.

2234 *Svarez*, Unterricht für das Volk über die Gesetze (1793) 27.

2235 MWN in den FN *Harrasowsky*, Codex Theresianus II 43.

2236 Codex Theresianus II, Cap. I, § VIII n.219.

2237 Codex Theresianus II, Cap. I, § VIII n.220.

2238 Codex Theresianus II, Cap. III, § I n.5.

2239 Was von *Hofmeister* wohl zu Recht dahingehend interpretiert wird, dass im Entwurf Horten von einem engen Sachbegriff ausgegangen wurde, s dazu weiterführend *Hofmeister* in FS Grass 272; krit dazu *Kocher*, Höchstgerichtsbarkeit 147.

2240 *Kocher*, Höchstgerichtsbarkeit 135.

2241 Entwurf Martini II, 3. Hauptstück, § 1.

2242 Vgl 4.2.3.3.

das Recht, mit der Substanz und den Nutzungen der Sache nach Willkür zu schalten, bereits fast wortgleich in seinem Lehrbegriff des Naturrechts.²²⁴³

4.2.3.5.2. ABGB

In der Sitzung vom 25.4.1803 beriet die Kommission über den Begriff des Eigentums.²²⁴⁴ Die Wiener juristische Fakultät regte an, den Eigentumsbegriff – anders noch als im Entwurf Martini – nicht auf körperliche Sachen zu beschränken.²²⁴⁵ Dieser Vorschlag fand Zustimmung bei Zeiller, da die Differenzierung zwischen Eigentum ieS und Eigentum iwS zu Verwirrungen führen könne; darüber hinaus führte er aus, „daß nur in dem römischen Rechte diese beschränktere Bedeutung des Eigenthums vorkomme, die Rechtsphilosophen und Gesetzgelehrten Deutschlands hätten dieselbe nicht angenommen“²²⁴⁶. Dementsprechend wurde vorgeschlagen, die Differenzierung zwischen zwei unterschiedlichen Eigentumsbegriffen und somit den Ausschluss von unkörperlichen Sachen vom Eigentum ieS fallen zu lassen, was mit Ausnahme von Ehrenberg einstimmig angenommen wurde.²²⁴⁷ Demzufolge wurden sämtliche Hinweise auf das Eigentum ieS entfernt.²²⁴⁸ In unmittelbarem Zusammenhang textierte Zeiller auch die Bestimmung des heute § 354 ABGB, nach der das Eigentumsrecht die Befugnis darstellt, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten.²²⁴⁹

Die Erweiterung des Eigentumskonzepts im Vergleich zum Entwurf Martini zeigt sich auch in der heutigen Norm des § 355 ABGB. Während im Entwurf Martini nur körperliche Sachen Gegenstände des Eigentumsrechts sind, änderte die Kommission dies dahingehend ab, dass dies für alle Sachen – also auch unkörperliche – zutrifft.²²⁵⁰

4.2.3.5.3. Exegetische Literatur

Jeden Zweifel an der Eigentumskonzeption des ABGB räumt die Kommentierung von Zeiller aus. So schreibt er, wie bereits eingangs zitiert:

„Es wird kein Unterschied gemacht, ob die Sache eine körperliche oder unkörperliche sei, ja es wird vielmehr ausdrücklich gesagt, dass auch eine unkörper-

2243 Beim Lehrbegriff des Naturrechts handelt es sich um das Opus magnum von Martini, in dem er in Anlehnung an Pufendorf und Wolff eine umfassende Moralphilosophie entwickelte, in der er von einer Pflichtenlehre auf eine allgemeine Gesellschaftslehre folgte, s dazu Schmidlin in FS 200 Jahre ABGB 66; die einschlägige Stelle findet sich in Martini, Lehrbegriff § 432 (166).

2244 S zum Datum Ofner, Urentwurf I 243 Fn 2.

2245 Ofner, Urentwurf I 243.

2246 AaO.

2247 Ofner, Urentwurf I 244.

2248 S auch Hofmeister in FS Grass 272.

2249 Ofner, Urentwurf I 244.

2250 AaO.

liche Sache, nämlich Rechte, und zwar ohne Unterschied der dinglichen und persönlichen, einen Gegenstand des Eigentumsrechtes ausmachen“.²²⁵¹

Zeiller geht explizit auf den Einwand ein, dass ein solches Eigentumskonzept nicht im Einklang mit dem römischen Recht sei. Dem entgegnet er mit Rückgriff auf die damalige romanistische Literatur, dass im römischen Recht auch ein Eigentum des Servituts-, Pfand-, Erb-, und Besitzrechts und eine Vindication der Rechte bekannt sei.²²⁵² Die von Zeiller angeführten Literaturstellen taugen freilich nur eingeschränkt zur Untermauerung seiner These: Während im *Handbuch des römischen Rechts* von Schmalz tatsächlich ausgeführt wird, dass die Römer alle dinglichen Rechte an körperlichen und unkörperlichen Sachen kannten,²²⁵³ findet sich bei Glück, dass ein Eigentum nur an körperlichen Sachen möglich sei; einzig eine Eigenheit²²⁵⁴ an unkörperlichen Sachen wäre denkbar.²²⁵⁵ Zeiller räumt freilich selbst ein, dass er sich nur der Kürze wegen auf diese Literaturstellen berufe; eine genauere Auseinandersetzung mit dem römischen Recht intendierte er nicht.²²⁵⁶

Darüber hinaus erwähnt Zeiller explizit, dass auch das ALR und der Code Civil das Eigentum auf Rechte ausdehnen würden.²²⁵⁷ Zur Illustration gibt Zeiller ein Beispiel: Man könne ein Recht – wie ein Gebrauchs-, Pfand-, Besitz- oder Forderungsrecht – ebenso im Eigentum haben wie eine Uhr. Er führt aus:

„Über diese Rechte kann ich, insoweit es ihre Beschaffenheit zulässt, so wie auch der Gläubiger über das geborgte Kapital, frei alle Verfügungen abschließend treffen; ich kann mein Recht ganz oder zum Teil gebrauchen, oder nicht gebrauchen; ich kann es auf einen anderen übertragen, oder unbedingt aufgeben; ich kann es (possessorisch oder petitorisch) verfolgen. Es finden sich also auch hier die wesentlichen Merkmale des Eigentums; die Verschiedenheit der Anwendung, welche sich zwischen lebenden oder leblosen, beweglichen oder unbeweglichen Sachen stattfindet, hebt den Begriff nicht auf.“²²⁵⁸

2251 Zeiller, Kommentar 2.1 § 354 Rz 2 (108 f).

2252 Zeiller, Kommentar 2.1 § 354 Rz 3 (109).

2253 Schmalz, Handbuch des römischen Privatrechts (1793) § 196 (76).

2254 Dies ist wohl als Abwandlung des *dominium ius* zu sehen.

2255 Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Kommentar 8.1 (1807) § 576 (34).

2256 Zeillers Kenntnisse des römischen Rechts werden mittlerweile für eher gering gehalten, s dazu etwa Steinwenter in GedS Koschaker I 412.

2257 Zeiller, Kommentar 2.1 § 354 Rz 4 (111) (Sternchennachweis).

2258 Zeiller, Kommentar 2.1 § 354 Rz 4 (110).

An späterer Stelle stellt *Zeiller* klar, dass auch das Eigentumsrecht an einer unkörperlichen Sache ersessen werden kann.²²⁵⁹ Er bekräftigt auch, dass „*Handlungen, Unterlassungen und Duldungen*“ Gegenstand des Eigentums sein können.²²⁶⁰

Hinsichtlich der Norm des § 354 ABGB, nach der das Eigentum als Recht betrachtet die Befugnis vermittelt, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, verweist *Zeiller* explizit auf die Unterscheidung zwischen Obereigentum, das nur die Substanz der Sache umfasst, und Untereigentum, auch Nutzungseigentum genannt (§ 357 ABGB aF).²²⁶¹

In der frühen italienischen Kommentarliteratur zum ABGB wird davon ausgegangen, dass ein Eigentum an Rechten besteht. *Guisepppe Carozzi* schreibt etwa, dass es bei Rechten gleich wie bei körperlichen Gegenständen möglich sei, einen Nutzen zu ziehen, dass über sie gleichermaßen disponiert werden könne und dass es auch bei Rechten möglich sei, andere auszuschließen.²²⁶² Nach *Onofrio Taglioni* ist der Kreis der Objekte, die Gegenstand des Eigentumsrechts sein können, weiter als jener des Rechtsbesitzes, da auch Rechte und Gegenstände, die nicht Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind – wie bspw. Persönlichkeitsrechte – eigentums- aber nicht besitzfähig sind.²²⁶³

In der deutschsprachigen Literatur ist das Bild weniger eindeutig. *Franz Xaver Nippel* schließt sich *Zeiller* an und geht von einem weiten Eigentumsbegriff aus, der sowohl dingliche als auch persönliche Sachenrechte umfasst.²²⁶⁴ Er sieht einen Anwendungsfall des Eigentums an Forderungen für den Fall der Doppelveräußerung: Ein Ersterwerber, demgegenüber kein Modus gesetzt wurde, könne die veräußerte Sache vom Zweiterwerber, demgegenüber der Modus gesetzt wurde, vorgehen, da dieser in sein Eigentumsrecht an der Forderung auf Übertragung der Kaufsache eingegriffen habe.²²⁶⁵ *Michael Schuster* ist dahingegen skeptisch hinsichtlich des Eigentums und fragt, wie eine Vindikation in diesem Fall vonstattengehen könne, er geht jedoch davon aus, dass dem ABGB ein anderer Begriff des Eigentums inneohnt, als man ihn bis dahin aufgestellt hat.²²⁶⁶ Nach *Joseph v Winiwarter* sei

2259 *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie 4 (1813) § 1452 Rz 2 (192).

2260 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 355 Rz 1 (112).

2261 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 354 Rz 1 (108).

2262 *Carozzi*, Giurisprudenza del codice civile generale della monarchia Austriaca IX (1820) 3.

2263 Dementsprechend sei man auch Eigentümer an der eigenen Persönlichkeit, welche jedoch nicht veräußert werden kann, s. weiterführend *Taglioni*, Commentario al codice civile universale austriaco 3 (1818) 12 f.

2264 *Nippel*, Erläuterung 3 § 354 Rz 2.

2265 *Nippel*, Erläuterung 3 § 440 Rz 5.

2266 *Schuster* kündigt auch an, dem besonderen Begriff des Eigentums im ABGB eine gesonderte Untersuchung zu widmen, was er in der Folge jedoch nicht umsetzte. *Schuster*, Gibt es dinglich-persönliche Sachenrechte, und wie ist die Regel zu verstehen, daß die Rechte des Uebernehmers einer Forderung eben dieselben, wie jene des Überträgers seyen? ZöRpG 1831, 9 (in FN a).

zwar das Eigentum im objektiven Sinn (§ 353 ABGB) weit; das Eigentum im subjektiven Sinn (§ 354 ABGB) umfasse aber keine unkörperlichen Sachen.²²⁶⁷ In der ersten Auflage seines Kommentars begründet er dies damit, dass ein Eigentum bezogen auf dingliche Sachenrechte pleonastisch, bezogen auf persönliche Sachenrechte unrichtig sei, da „*ein persönliches Recht nicht zugleich ein dingliches, folglich nicht Eigentumsrecht sein kann*“.²²⁶⁸ In der sieben Jahre später erschienenen zweiten Auflage lehnt er in der Sache weiter das Eigentum an unkörperlichen Sachen ab, ändert seine Argumentation jedoch weitgehend ab: Ein Eigentum an Rechten sei nicht möglich, da sich bei diesen nicht getrennt das Recht auf Substanz und auf Nutzung denken lasse; darüber hinaus würden Forderungen anders als das Eigentumsrecht verjähren.²²⁶⁹ Eine Auseinandersetzung mit Zeiller findet dabei in keiner der Auflagen statt. Moriz v Stubenrauch erkennt an, dass der Eigentumsbegriff des ABGB weiter ist als jener des römischen Rechts; dementsprechend sei auch von einem Eigentum an Forderungen oder dinglichen Sachenrechten auszugehen.²²⁷⁰

4.2.3.6. Historische Rechtsschule

Bei der Darstellung des aktuellen Meinungsstands ist bereits auf einige der einflussreichsten Autoren der Historischen Rechtsschule eingegangen worden. Diese prägen – wie gezeigt – mit ihrer Ablehnung des Eigentums von Rechten in großen Teilen die Diskussion bis heute. An dieser Stelle soll, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, auf die Darstellung zum aktuellen Meinungsstand verwiesen werden.²²⁷¹

Als Anschauungsbeispiel für die Änderungen der Auffassungen hinsichtlich der Eigentumsfähigkeit von Rechten im 19. Jhd kann der Kommentar von Stubenrauch herangezogen werden. Dieser gilt als Wendepunkt zwischen der Exegetischen Schule und der Historischen Rechtsschule.²²⁷² Wie bereits ausgeführt ging Stubenrauch in der ersten Auflage seines Kommentars aus dem Jahr 1854 davon aus, dass im ABGB auch unkörperliche Sachen Gegenstand des Eigentums sein konnten, wobei er ausdrücklich von einem weiteren Eigentumskonzept als im römischen Recht ausgeht.²²⁷³ Dies blieb weitgehend unverändert bis zur 6. Auflage des Kommentars aus dem Jahr 1892, die von Bonnot und Schreiber bearbeitet wurde; einzig der Hinweis auf das römische Recht fiel weg.²²⁷⁴ In der 7. Auflage aus dem Jahr 1898 entfallen die Ausführ-

2267 Winiwarter, Das Oesterreichische bürgerliche Recht II¹ 97.

2268 Winiwarter, Das Oesterreichische bürgerliche Recht II¹ 98.

2269 Winiwarter, Das Oesterreichische bürgerliche Recht, systematisch dargestellt und erläutert II² (1839) 107.

2270 Stubenrauch, ABGB I¹ § 354 Rz 2. Zu späteren Auflagen s sogleich 4.2.3.6.

2271 S bereits 4.2.2.

2272 Schey in Klang I¹, Einleitung (21 f).

2273 Stubenrauch, ABGB I¹ § 354 Rz 2.

2274 Stubenrauch, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I⁶ (1892) § 354 Rz 2.

rungen zum Eigentum an unkörperlichen Sachen im Fließtext, Gegenstand des Eigentums sei „in der Regel jede körperliche Sache, über welche eine vollkommene Herrschaft denkbar ist“,²²⁷⁵ in einer Fußnote findet sich noch die von der 6. Auflage übernommene Kommentierung zum vom ABGB anerkannten Eigentum an unkörperlichen Sachen. In der 8. Auflage aus 1902 – die Bearbeiter blieben unverändert²²⁷⁶ – wird das Eigentum mit Hinweis auf *Randa* nur noch als „unmittelbare Herrschaft über eine körperliche Sache“ definiert, andere Ansichten werden einer älteren Doktrin zugeordnet, welcher nicht zugestimmt werden könne, weil der Begriff Eigentum „hier im vulgären Sinn gemeint“ sei.²²⁷⁷ Auf die Anhänger der Ansicht, dass auch ein Eigentum an unkörperlichen Sachen bestehen könnte, wird unmittelbar nicht eingegangen, mit Verweis auf die Kommentierung von §§ 363 f ABGB werden *Nippel* und *Demelius* genannt. Die Änderung der im Kommentar vertretenen Ansicht bleibt aber völlig im Dunkeln, auf die Vorauslagen wird nicht verwiesen; ebenso wenig werden die Gründe für den Sinneswandel offengelegt.²²⁷⁸ An der Grenze zur Irreführung ist es dabei wohl, wenn das Eigentum an Rechten als nur von einer älteren Doktrin vertreten bezeichnet wird, wenn in der vier Jahre davor erschienenen, von iW denselben Personen bearbeiteten Kommentierung ein solches explizit anerkannt wurde.

Die Kritik am weiten Eigentumsbegriff des ABGB geht bereits von *Savigny* aus. Er bemerkt, dass es einleuchtend sei, dass durch die Möglichkeit des Eigentums an unkörperlichen Sachen der Begriff des Eigentums „durchaus gestaltlos und unbrauchbar“ werde; es sei daher dem Eigentumsrecht des ABGB „ein engerer, nirgends bestimmter Begriff von Sache unterlegt“. ²²⁷⁹ Explizit bemerkt auch *Windscheid*, dass Gegenstand des Eigentums nur die körperliche Sache sei, nicht jedoch das, was das römische Recht mit *res incorporalis* bezeichnet.²²⁸⁰ Ein Eigentum an Rechten könne nur den Sinn haben, dass dieses als einer Person zustehend angesehen wird; für die Übertragung von Rechten seien aber andere Grundsätze maßgebend als für körperliche Sachen.²²⁸¹ Es ist somit davon auszugehen, dass die Historische Rechtsschule hinsichtlich ihrer Auslegung des ABGB wesentlich von *Savigny* beeinflusst war bzw sich nicht in Gegensatz zu ihm stellen wollte.

2275 *Stubenrauch*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I⁷ (1898) § 354 Rz 2.

2276 In der siebten Auflage wirkte neben *Bonnott* und *Schreiber* auch noch *Krasny* mit.

2277 *Stubenrauch*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I⁸ (1902) § 354.

2278 Es versteht sich von selbst, dass eine solche Herangehensweise nach heutigen Maßstäben einen groben Verstoß gegen die Regeln der wissenschaftlichen Redlichkeit darstellen würde.

2279 Auch dieser könnte kritisiert werden, s *Savigny*, Beruf 99.

2280 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts¹ 419; ebenso in der 6. Auflage *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ 563.

2281 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ 563.

4.2.3.7. Zwischenfazit

Der Blick in die Evolution der Eigentumsdogmatik offenbart, dass sich der Gesetzgeber des ABGB durchaus in einer gewissen geschichtlichen Kontinuität wiederfindet, wenn er einen weiten, auch Rechte umfassenden Eigentumsbegriff vorsieht. Dies entspricht weitgehend den naturrechtlichen Lehren, aber auch den Wertungen der vorangegangenen Kodifikationen, allen voran dem ALR. Zweifellos könne die Ausgestaltung des Eigentumsrechts im ABGB aber als Absage gegenüber einem engen, auf *Bartolus* zurückgehenden, gemeinrechtlichen Eigentumsbegriff *ieS* verstanden werden, der sich auf körperliche Sachen beschränkt. Vielmehr entspricht das Konzept des Eigentums einer Vermögenszugehörigkeit, die für alle Sachen *iSd* § 285 ABGB von Relevanz ist.

In einer seltenen Deutlichkeit zeigen die Änderungen im Gesetzeswortlaut, die Protokolle der Hofkommission und die frühen Arbeiten zum ABGB der Exegetischen Schule auf, dass dem ABGB ein einheitlicher, körperliche wie unkörperliche Sachen umfassender Eigentumsbegriff zu Grunde liegt. Hierbei lässt sich eine Kontinuität zu den frühen naturrechtlichen Arbeiten *Zeillers* herstellen, in denen er durchaus eigenständig dem weiten Eigentumsbegriff beachtlichen Raum einräumt. Zu einer Uminterpretation des Eigentumskonzepts kam es aber – mittlerweile wenig überraschend – durch die Lehren der Historischen Rechtsschule, deren Argumentarium auch den aktuellen Meinungsstand weitgehend bestimmt.

4.2.4. Stellungnahme zur hA

Nachdem die historischen Grundlagen für den weiten Eigentumsbegriff des ABGB aufgezeigt wurden, gilt es nun, zu den Argumenten Stellung zu nehmen, mit denen im aktuellen Meinungsstand für einen engen bzw differenzierten Eigentumsbegriff plädiert wird. Ein wesentlicher Teil der Begründung wird dabei auf § 354 ABGB gestützt, wonach das Eigentum die Befugnis darstellt, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und Dritte auszuschließen. Diese Bestimmung sei als Indiz zu werten, dass dem ABGB anders als dem ALR ein enges Eigentumskonzept zu Grunde liege.

Gegen dieses Argument kann nach dem Blick in die geschichtliche Evolution des Eigentumskonzepts eingewandt werden, dass hier dem Begriff der „Substanz“ ein geschichtlich nicht verbürgtes Verständnis *iS* einer physischen Substanz unterstellt wird. Dies zeigt sich insb auch im Vergleich mit dem ALR, wo – wie gesehen²²⁸² – explizit auch die Substanz eines Rechts Erwähnung findet. Der Substanzbegriff hat dabei seine geistesgeschichtliche Wurzel in der antiken Philosophie und wird im späten 18. Jhd als Synonym

2282 Vgl 4.2.3.4.

für das Wesen eines Objekts – das heißt alle Teile, die dieses ausmachen²²⁸³ – verwendet.²²⁸⁴ Auch hier ist der Blick in das ALR aufschlussreich, wo sich eine Definition des Substanzbegriffs findet: Als Substanz der Sache werden „alle Theile und Eigenschaften einer Sache, ohne welche dieselbe nicht das seyn kann, was sie vorstellen soll, oder wozu sie bestimmt ist“²²⁸⁵ definiert. Im Verständnishorizont des Gesetzgebers der Stammfassung des ABGB ist die Verwendung des Begriffs der Substanz somit kein Hinweis auf die Körperlichkeit, die einer Sache zukommen muss. Näher liegt die Interpretation, dass der Gesetzgeber den Begriff der Substanz als Hinweis auf das Objekt in seiner Werthaftigkeit verstanden und diese explizit neben den davon abgeleiteten Nutzen gesetzt hat.²²⁸⁶ Dies ist insb als Hinweis auf die Teilung von Ober- und Untereigentum zu sehen, die im ABGB bis zum Jahr 2006 in §§ 357 ff ABGB verankert war. So differenzierte § 357 aF explizit zwischen dem Obereigentümer, dem ein Recht auf die Substanz an der Sache zukommt, und dem Nutzungseigentümer.²²⁸⁷ Auch in der Kommentierung des § 354 ABGB von *Zeiller* findet sich der direkte Hinweis auf das geteilte Eigentum, durch das die Trennung von Substanz und Nutzung hinsichtlich der jeweiligen Befugnisse gerechtfertigt wird.²²⁸⁸ Im historischen Kontext ist § 354 ABGB somit dahingehend zu verstehen, dass im ursprünglichen Regelungssystem des ABGB sowohl mit dem Ober- als auch mit dem Untereigentum nach Willkür geschaltet werden kann. Aus § 354 ABGB lässt sich somit kein valides Argument gegen den weiten Eigentumsbegriff gewinnen.

Unmissverständlich sind die Wertungen des Gesetzgebers hinsichtlich der heute häufig erhobenen Forderung nach einer Differenzierung zwischen einem Eigentum ieS, das sich auf körperliche Sachen bezieht, und einem umfassenden Eigentum iwS. Diese Auffassung ist iW auf *Bartolus* zurückzuführen und fand auch Eingang in den Entwurf Martini. Der Gesetzgeber hat – wie gesehen – eine solche Differenzierung aber eindeutig abgelehnt, woraus aus unmittelbarer Folge § 355 ABGB erweitert wurde. Eine solche Interpretation widerspricht sohin dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.

2283 So unterscheidet *Zeiller* zwischen der Substanz und den Nutzungen einer Sache und setzt die Substanz mit der Sache selbst gleich, s *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 357 Rz 1 (114).

2284 S dazu weiterführend *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 23.

2285 § 4 I 2 ALR.

2286 Als Substanz kann dabei nach *Husserl* der Inbegriff aller dem Objekt anhaftenden Wertkomponenten bezeichnet werden, die sich in ihrer Nutzbarkeit äußern. Die Nutzung ist dabei nicht das Objekt selbst; vielmehr aktualisiert sich der Wert einer Sache durch ihre Nutzungen, weshalb diese als mittelbare Dingrelation bezeichnet werden kann, s dazu weiterführend *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 23 ff.

2287 Die Unterscheidung zwischen Substanz und Nutzung wird allgemein beim geteilten Eigentum getroffen, s etwa *Husserl*, Der Rechtsgegenstand 37.

2288 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 354 Rz 1 (108 f).

Gegen die vorgebrachten teleologischen Argumente kann eingewandt werden, dass bei diesen das Bemühen im Vordergrund steht, das Eigentumskonzept in ein vorgefertigtes System einzupassen. In einem pandektistisch geprägten Regelungssystem ist einzig ein enger Eigentumsbegriff stimmig, was jedoch nicht die juristische Aufgabe ersetzt, den Eigentumsbegriff, so wie ihn der Gesetzgeber vor Augen hatte, zu ergründen. Diese Argumente können sohin keine Abänderung der gesetzlichen Wertungen nach sich ziehen. Die reale Benutzung und die reale Herausgabe einer Sache ist dabei im ABGB nicht konstitutives Merkmal des Eigentumsrechts; die fehlende physische Greifbarkeit könnte allenfalls den Besitz betreffen.²²⁸⁹ Dies zeigt sich auch darin, dass *Zeiller* ausführt, dass über ein Forderungsrecht gleichermaßen disponiert werden kann wie über eine Uhr.²²⁹⁰ Die – freilich durchaus fragliche²²⁹¹ – faktische Einschränkung von Störungsmöglichkeiten bei unkörperlichen Sachen im Vergleich zu körperlichen vermag es schon dem Grundsatz nach nicht, die gesetzliche Zuordnung und Bewehrung von Handlungsmöglichkeiten an einer unkörperlichen Sache durch ein Eigentumsrecht zu entkräften.

Zuletzt bleiben noch systematische Argumente, die gegen einen weiten Eigentumsbegriff sprechen. Denn klarerweise würde die Anerkennung eines Eigentumsrechts an persönlichen Rechten der pandektistischen Vorstellung einer Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht widerstreben. Ausdruck davon ist die in der älteren Lit vorgebrachte Warnung vor der Zersetzung und Verwirrung, die folgen würden, wendete man das Eigentumsrecht auf unkörperliche Sachen an. Dieses Argument setzt aber denknotwendig voraus, dass dem österreichischen Sachenrecht ein pandektistisches Paradigma, das durch eine strenge Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht geprägt ist, zu Grunde liegt. Nur innerhalb dieses Paradigmas, wird klar, warum anderen Methoden der Auslegung hinsichtlich des Eigentumsbegriffs nur ein geringer Platz eingeräumt und den Redaktoren des ABGB ein unrichtiger Gebrauch der Begrifflichkeiten vorgeworfen wird, der nach dieser Ansicht durch eine „richtige Auslegung“ korrigiert werden muss. Sieht man den Grundsatz einer kategorialen Trennung von Schuld- und Sachenrecht im ABGB aber nicht als ein über dem Gesetz stehender Glaubenssatz, sondern als zu hinterfragendes Konstruktionsprinzip an, wird den systematischen Argumenten weitgehend der Boden entzogen. Denn wie mehrfach gezeigt hatte der Gesetzgeber des ABGB keine solche Trennung im Sinn, vielmehr wurde dieser Gedanke erst später von der Pandektistik und der Historischen Rechtsschule in der heutigen Form entwickelt und für rechtserheblich erklärt. Nach der hier verfolgten Methodik kann eine rechtswissenschaftliche Theorie aber nur dafür benutzt werden, den Inhalt der Norm „zum Sprechen zu bringen“, neue Wertungen kann sie der Norm

2289 So auch *Zenati*, RTD 1993, 305 (310).

2290 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 354 Rz 1 (110).

2291 S für eine Untersuchung ebensolcher Konstellationen ausf BT 3.1.

indes nicht hinzufügen. Dementsprechend ist es abzulehnen, einen engen Eigentumsbegriff im ABGB systematisch mit einer vermeintlichen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht zu rechtfertigen; dass entgegen des klaren Gesetzeswortlauts und dem nachvollziehbaren Willen des Gesetzgebers vom weiten Eigentumsbegriff mittlerweile völlig einhellig abgegangen wird, ist vielmehr ein illustratives Beispiel dafür, wie stark pandektistische Denkstrukturen in der österreichischen Zivilrechtswissenschaft Platz gegriffen haben.

4.2.5. Dingliche Wirkungen

Nachdem nun aufgezeigt wurde, dass nach dem Willen des Gesetzgebers Rechte ebenso Gegenstand des Eigentumsrechts sind wie körperliche Sachen,²²⁹² gilt es nun, die Auswirkungen dieser gesetzlichen Wertung in den Blick zu nehmen. Es soll daher aufgezeigt werden, inwieweit Rechten durch den Umstand, dass an ihnen eine Eigentumsposition bestehen kann, dingliche Wirkungen zukommen, wofür auf die konkreten Wertungen des ABGB zurückzugreifen ist. IW geht es dabei um die Möglichkeit, gegen Störungen der Verfügungsmöglichkeiten über ein Recht vorzugehen. Davon gilt es etwa Ansprüche auf Schadenersatz zu trennen, die zwar bei Eingriffen in das Eigentumsrecht potenziell erwachsen, jedoch nicht als dingliche Rechtswirkung aufgefasst werden können.²²⁹³

Offensichtlich muss hierbei zwischen verschiedenen Qualitäten von Rechten unterschieden werden. Während bei beschränkten dinglichen Rechten völlig unstr. davon ausgegangen wird, dass diesen auch dingliche Wirkungen zukommen, wird die dingliche Wirkung bei persönlichen Rechten weitgehend verneint. Die Rechtswirkungen von beschränkten dinglichen Rechten bilden aber eine gedankliche Brücke für die generellen dinglichen Wirkungen einer Eigentumsposition an Rechten: Das im ABGB anerkannte Eigentum an Rechten findet somit eine Begründung in seiner Wirkung gegenüber Dritten.²²⁹⁴ Wie bei beschränkten dinglichen Rechten muss generell zwischen einer Innenwirkung – das ist das Rechtsverhältnis mehrerer Berechtigter – und einer Außenwirkung – das ist die Möglichkeit, gegen Störungen durch Dritte vorzugehen – differenziert werden. Dabei ist nach der hier vertretenen Ansicht neben der Außenwirkung auch die Innenwirkung als dinglich zu qualifizieren, da sie gegen einen unbestimmten Adressatenkreis wirkt.²²⁹⁵ An Hand der Behandlung von be-

2292 Dementsprechend können auch die Einwände der deutschen L zum BGB, das diesbezüglich – wie gesehen – deutliche Unterschiede aufweist, nicht ohne Weiteres für die Interpretation des ABGB herangezogen werden, s zu diesen ausf. *Koziol*, Beeinträchtigung 148 ff.

2293 S. weiterführend 3.4.2.2.

2294 S. 4.1.1.2.

2295 Dies führt auch dazu, dass in der L bei beschränkten dinglichen Rechten hinsichtlich der Innenwirkung von einem relativen Recht ausgegangen wird, s etwa *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 51 ff; *Dörner*, Dynamische Relativität 37; *Ginossar*, Droit réel 112 f.

schränkten dinglichen Rechten zeigt sich, dass die Eigentumsposition an Rechten mit ihren Wirkungen gegenüber Dritten im Zusammenhang steht.

Es besteht eine lange Denktradition, die auch bei persönlichen Rechten zwischen Innen- und Außenwirkung unterscheidet, was besonders häufig an Hand von Forderungen diskutiert wird. Dieser Gedanke ist bereits in der älteren Lit verankert: So geht *Staub* von einer Außenwirkung von Forderungsrechten aus, da diese auch ohne Delikt gestört werden könnten.²²⁹⁶ Auch *Fuchs* plädiert dafür, dass grundsätzlich jedes Recht drittwirksam sein könne.²²⁹⁷ Besonders deutlich wird dies bei *Oertmann*, der von einer Doppelnatur des Forderungsrechts spricht; es sei jedoch streng zwischen einer Innenwirkung und einer Außenwirkung zu trennen: Die Innenwirkung des Forderungsrechts sei das Recht auf Leistung, zu der einzig der Schuldner verpflichtet sei; die Außenwirkung betreffe die übrige Umwelt, die dazu angehalten sei, das Recht auf Leistung nicht durch Einwirkungen nachteilig zu beeinflussen.²²⁹⁸ In eine ähnliche Richtung geht *Dulckeit*, der zwar ein Eigentum an Rechten als „*leeren Pleonasmus*“ ablehnt, aber in seiner eigenständigen Terminologie davon ausgeht, dass bei nicht verwirklichten Forderungen zugleich ein relatives wie ein dingliches Eigen bestehe.²²⁹⁹

Eingehend beschäftigte sich auch *Koziol* mit der Außenwirkung von Forderungsrechten. Wesensmerkmal der Forderung sei es, dass eine Leistung nur vom Schuldner verlangt werden könne, da „*niemandem gegen seinen Willen durch einen anderen Pflichten auferlegt oder Begünstigungen zugewendet werden können*“, woraus aber nicht folge, dass dritte Personen fremde Forderungsrechte nicht zu beachten hätten; dementsprechend sei eine Innen- und Außenwirkung von Forderungsrechten zu unterscheiden.²³⁰⁰ *Stöcker* sieht im Forderungsrecht einen selbstständigen Vermögenswert, was er wie folgt bemerkenswert zusammenfasst: Die Forderung sei „*nicht nur ein Agens in einem Bereich amorpher Veränderungsvorgänge, die erst auf einen bestimmten und umgrenzten Vermögensbestand abzielen, sondern sie ist bereits selbst ein solcher*“.²³⁰¹ Die Verpflichtung des Schuldners sei demgemäß als Innenverhältnis der Forderung anzusehen, von dem ein Außenverhältnis zu unterscheiden sei, das eine Nichtstörungsverpflichtung aller enthält.²³⁰² *Dörner* spricht von einer Komplexstruktur von subjektiven Rechten, nach der das „Recht auf eine Forderung“ ein in der Reichweite begrenztes Störungsverbot beinhaltet; einem Dritten sei es durch den Außenschutz der Forderung untersagt, in den Kernbereich der obligatorischen

2296 *Staub*, AbR 1891, 12 (18 f).

2297 *Fuchs*, Dinglichkeit 63.

2298 *Oertmann*, AcP 1925, 129 (143 ff).

2299 *Dulckeit*, Verdinglichung 56 ff.

2300 *Koziol*, Beeinträchtigung 136 f. *Koziol* lehnt aber ein Eigentum an Forderungen explizit ab; s auch *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II³ (2018) 123 f.

2301 *Stöcker*, Dinglichkeit 122.

2302 *Stöcker*, Dinglichkeit 138 ff.

Verhaltensberechtigung des Gläubigers einzugreifen.²³⁰³ Ebenso wird idZ auch auf die französische Rechtsordnung verwiesen, wo unter dem Begriff der *opposabilité* über die Außenwirkung von Verträgen diskutiert wird.²³⁰⁴ Nach *Michaels* ist die Forderung im Vergleich zum Sacheigentum ein „Mehr“, da sie dem Berechtigten als subjektives Recht im Verhältnis zu allen zugeordnet sei, dazu komme ein Innenverhältnis als primärer, aber nicht einziger Inhalt.²³⁰⁵ Das Forderungsrecht sei somit hinsichtlich der Möglichkeit, das Geschuldete zu fordern, relativ, hinsichtlich des Zuordnungscharakters aber absolut.²³⁰⁶ Es ist somit in der Lit durchaus etabliert, dass die Forderung als persönliches Recht nicht nur auf ihre Wirkung gegenüber dem Schuldner beschränkt ist, sondern auch eine Außenwirkung als Nichtstörungsverpflichtung hinzutritt.

Das ABGB löst diesen Dualismus von Innen- und Außenwirkung von persönlichen Rechten elegant. Das Recht selbst – wie etwa die Forderung – beinhaltet bloß die Innenwirkung gegenüber dem Schuldner. Es ist ein persönliches Sachenrecht iSd § 307 ABGB, das nur gegen gewisse Personen gilt. Auf Grund des weiten Sachbegriffs²³⁰⁷ ist die Forderung aber gleichzeitig auch Rechtsobjekt und kann somit Gegenstand eines dinglichen Sachenrechts, wie etwa des Eigentumsrechts sein, womit sich die Außenwirkung des Rechts konstituiert. Es kommt somit durch das Denken in verschiedenen Ordnungen²³⁰⁸ zur Anerkennung einer Außenwirkung von Forderungen, ohne das Recht selbst zu modifizieren, was zu einer Aufweichung ihres Charakters als persönliches Sachenrecht führen würde. Vielmehr ergibt sich die Außenwirkung durch das dingliche Recht, das an einem Recht besteht. Der weite Sachbegriff ermöglicht es somit, verschiedene Rechte in ihren Wirkungen zu kombinieren, ohne den Gegenstand des Eigentumsrechts abzuändern. Dieser – auch von naturrechtlichen Autoren vertretene²³⁰⁹ – Ansatz ist normästhetisch ansprechend, da er es ermöglicht, Rechtswirkungen einzuräumen, ohne die Komplexität der einzelnen Rechte wesentlich zu erhöhen. Die für das BGB notwendige Diskussion um das Wesen der dinglichen Rechte und deren Aufzählung ist somit für das ABGB nur eingeschränkt von Relevanz, da nach dieser Regelungstechnik auch persönliche Rechte – etwa als Gegenstand des Eigentumsrechts – dingliche Wirkungen entfalten können, ohne selbst ausschließlich dinglich zu sein. Der Umfang der Außenwirkung eines Rechts ergibt sich in der österreichischen Zivilrechtsordnung somit nicht durch abstrakt-konzeptionelle Erwägungen zur Dinglichkeit, sondern aus der konkreten Auslegung des positiven Rechts.

2303 Dörner, Dynamische Relativität 63 ff.

2304 Dazu ausf Kraßer, Schutz vertraglicher Rechte 15 ff.

2305 Michaels, Sachzuordnung 255.

2306 Michaels, Sachzuordnung 256.

2307 Es kann somit ausschließlich an Rechten, denen Sachqualität zukommt, ein Eigentumsrecht bestehen, s zur Abgrenzung 2.2.2.

2308 S dazu ausf 2.1.3.1.

2309 Dies findet sich etwa auch explizit bei Christian Wolff, s 3.3.3.1.

Es soll daher nun abstrakt der dinglichen Außenwirkung nachgegangen werden, die durch das Eigentumsrecht an einem Recht vermittelt wird. Hierbei sind im ABGB zwei Möglichkeiten vorgesehen, gegen die Beeinträchtigung des Eigentumsrechts vorzugehen: Die Eigentumsklage und die Eigentumsfreiheitsklage. Diese unterscheiden sich nach *Zeiller* dadurch, dass der Eigentümer bei der Eigentumsklage nicht in Besitz der Sache ist, bei der Eigentumsfreiheitsklage hat der Eigentümer zwar Besitz, es kommt aber durch einen Eingriff zu einer Störung.²³¹⁰ Für die Anwendung dieser Grundsätze auf konkrete Problemlagen wird auf den Besonderen Teil verwiesen.

4.2.5.1. Eigentumsklage

Die „eigentliche“ Eigentumsklage nach § 366 ABGB vermittelt dem Eigentümer das Recht, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber gerichtlich zu fordern. Dieses Recht besteht dabei unabhängig davon, ob der Belangte einen (qualifizierten) Besitz an der Sache hat oder nicht, da es der wesentliche Zweck der Eigentumsklage ist, eine Konvergenz zwischen Eigentümer- und Besitzerstellung herzustellen. Abgeschwächt ist diese Wirkung bei der Klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum in §§ 372 ff ABGB, bei der nur das relativ bessere Recht geschützt ist.²³¹¹ In seiner Kommentierung lässt *Zeiller* dabei keine Zweifel übrig, dass die Eigentumsklage auch bei unkörperlichen Sachen in Betracht kommt, er nennt explizit auch deren Anwendbarkeit bei dinglichen Rechten wie dem Fruchtgenussrecht, Jagdrecht, Pfandrecht, aber darüber hinaus auch bei „*Urkunden, woraus mein Recht abgeleitet oder bewiesen wird, wie Schuldscheine, Wechsel, Anweisungen und dergleichen*“.²³¹² Daraus ergibt sich, dass sich der Rechtszuständige mit § 366 ABGB dagegen wehren kann, wenn ihm sein Recht von einem anderen vorenthalten wird.

Diese wohl nicht sehr häufige Konstellation²³¹³ der Vindikation von Rechten tritt insb dann auf, wenn unklar ist, wem ein Recht zuzurechnen ist.²³¹⁴ Hier kann es zu einem Streit kommen, in dem mehrere Prätendenten die Rechtszuständigkeit für ein Recht behaupten.²³¹⁵ Durch die Anerkennung eines Eigentums an Rechten erfolgt aber eine eindeutige Zuordnung,

2310 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 366 Rz 3 (130 f), vgl auch § 374 ABGB; dies findet sich auch in der modernen Lit wieder, s etwa *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 42 ff.

2311 S dazu ausf *Apathy*, Die publizianische Klage (1981) 41 ff; die Zwischenstellung der publizianischen Klage zwischen Besitz und Eigentum betonend *Müller*, Das quasidingliche Recht 12 ff.

2312 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 366 Rz 3 (130 f).

2313 Vgl für einen der raren Fälle, wo dies explizit angesprochen wird OGH 16.4.1890, Nr 3599 GIU 13255.

2314 Dies wird freilich auch von der hL auf Grund der Rechtszuständigkeit anerkannt, s *Kisslinger* in Klang³ § 292 Rz 10.

2315 Dies erkennt der OGH in stRsp etwa auch iZm Sparkasseneinlagen an, s OGH 22.4.1999, 6 Ob 56/99z, vgl auch RIS-Justiz RS0011179.

die durch die Eigentumsklage durchgesetzt werden kann. Hier kann ein Beispiel zur Illustration dienen: Wenn A an B ein veräußerbares Recht²³¹⁶ verkauft, der dieses wiederum an C abtritt, stellt sich bei einem Mangel im Titelgeschäft zwischen A und B – wie etwa einer zeitweiligen Geschäftsunfähigkeit von A – die Frage, wem das Recht zurechenbar ist. Denn mangels (originärem) Eigentumserwerbs von B kann auch C kein Eigentumsrecht ableiten; Eigentümer des Rechts bleibt A. Im Streit zwischen A und C, wem das Recht zuzuordnen ist und wer es dementsprechend in eigenem Namen gebrauchen darf, obsiegt bei einem ungültigen Titel im Verhältnis A–B mit der Eigentumsklage somit A. C kann somit angehalten werden, den Gebrauch des Rechts im eigenen Namen zu unterlassen, was insb auch eine etwaige Übergabe von Urkunden (§ 427 ABGB) bzw ggf die Änderung eines Registereintrags – wie etwa bei immaterialgüterrechtlichen Registerrechten – beinhaltet.²³¹⁷ Von praktischer Bedeutung ist hier aber auch, dass in der Insolvenz des C für A die Möglichkeit der Aussonderung des Rechts besteht; ebenso hat im Fall der Zwangsvollstreckung A ein Widerspruchsrecht gem § 37 EO.²³¹⁸ Die Vindikation von Rechten kann sohin in manchen Sonderkonstellationen durchaus von Relevanz sein.

4.2.5.2. Eigentumsfreiheitsklage

Anders als bei der Eigentumsklage ist bei der Eigentumsfreiheitsklage str, wie sie in den Normen des ABGB verankert ist und welchen Umfang sie hat. Dies gilt es zunächst in einem Exkurs zu klären, bevor darauf eingegangen werden kann, inwieweit das Eigentumsrecht bewehrte Befugnisse an einem Recht vermittelt, gegen deren Störung mit der Eigentumsfreiheitsklage vorgegangen werden kann. Hierbei zeigt sich eindrucksvoll, dass verschiedene Konzepte des Eigentumsrechts miteinander im Konflikt stehen.

4.2.5.2.1. Exkurs: Funktion im ABGB

Im ABGB fehlt es im Abschnitt zum Eigentumsrecht an einer § 1004 BGB entsprechenden, eindeutigen Anspruchsgrundlage, mit der gegen Störungen des Eigentumsrechts vorgegangen werden kann. Die negatorische Klage findet sich nach Ansicht von *Zeiller* vielmehr in § 523, 2. Fall ABGB im Abschnitt zu

2316 Nur ein solches erfüllt – wie gesehen – die Sachqualifikation und ist somit auch Gegenstand des Eigentumsrechts.

2317 Auch hier würde sich wohl die Zurechnung der zwischenzeitlich angefallenen Zivilfrüchte – wie etwa Lizenzzahlungen – nach der Redlichkeit desjenigen, der das Recht ohne Eigentumsrecht im eigenen Namen gebraucht, richten. Sofern ein Rechtsbesitz mangels Dauerelements ausscheidet, ist hier aber an eine analoge Anwendung des § 330 ABGB zu denken.

2318 S dazu bereits 3.4.2.3. Es kann hier freilich offenbleiben, ob dies Folge der Eigentumsklage oder der Eigentumsfreiheitsklage ist, da beide eine Position als Eigentümer voraussetzen.

den Dienstbarkeiten wieder,²³¹⁹ wonach dem Eigentümer das Recht zukommt, sich gegen die Anmaßung einer Servitut zu beschweren. Dies ist im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 482 ABGB zu lesen, wonach eine Dienstbarkeit dadurch charakterisiert ist, dass ein Eigentümer durch sie verbunden ist, ua etwas zu unterlassen, wozu er ansonsten berechtigt wäre – etwa, wenn er einem anderen die Ausübung eines Rechts gestattet. Daraus ergibt sich, dass sich der Eigentümer mit § 523, 2. Fall ABGB dagegen wehren kann, wenn er auf Grund einer Störung unterlassen muss, wozu er durch das Eigentumsrecht sonst berechtigt wäre.²³²⁰ Dass sich die Eigentumsfreiheitsklage nicht unmittelbar bei den Wertungen zum Eigentumsrecht findet, ist dabei keine Besonderheit des ABGB; so wird auch im Code Civil die Eigentumsfreiheitsklage als Ausgestaltung der Servitutenklage aufgefasst.²³²¹

Voraussetzung für den negatorischen Anspruch ist es nach explizitem Wortlaut des § 523 ABGB, dass eine Störung durch Anmaßung der Servitut an der Sache bewiesen wird. Dies bedeutet eine wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Eigentumsfreiheitsklage: Sie kann nur dann erhoben werden, wenn sich der Beklagte Befugnisse anmaßt, die ansonsten dem Eigentümer zukämen. Daraus folgt, dass durch diese Bestimmung bloß das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Anmaßenden – also demjenigen, der sich zu seiner Handlung berechtigt sieht – erfasst ist. Es sind sohin nach dem Regelungskonzept des § 523 ABGB die Befugnisse des Eigentümers nicht gegen sämtliche Eingriffe bewehrt, sondern nur gegen qualifizierte Eingriffe, bei denen dem Eigentümer eine Befugnis von jemandem streitig gemacht wird. Eine derartige Konzeption der *actio negatoria* entspricht auch der älteren Rsp.²³²² Dies schließt ausdrücklich Eingriffe aus, in denen der Gegenstand des

2319 Explizit Zeiller, Kommentar 2.1 § 523 Rz 4 (365 f).

2320 Dies deckt sich weitgehend mit der Auffassung von dinglichen Rechten als bewehrte Erlaubnisrechte, s dazu weiterführend 3.1.3.2.2.

2321 Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 629.

2322 Dies ergibt sich bei einer Durchsicht der ursprünglich von Glaser/Unger herausgegebenen Sammlung der Erkenntnisse des OGH im Zeitraum zwischen 1853–1908, bei der systematisiert alle Fälle der *actio negatoria* erfasst sind. Hierbei ist kein einziger Fall (!) ersichtlich, in dem eine bloße Störung des Eigentums ohne die Anmaßung einer Servitut vorlag. Bei den Fällen, aus denen sich die Anmaßung einer Servitut nicht bereits aus dem systematischen Register ergibt, wurde diese einzeln überprüft. Diese Einzelfallprüfung hat ergeben, dass in den folgenden Fällen bei der *actio negatoria* im Kontext von Servituten abgesprochen wurde: OGH 26.5.1880, Nr 4323 GIU 8750; OGH 13.11.1883, Nr 11261 GIU 9650; OGH 18.3.1884, Nr 2496 GIU 9936; OGH 5.6.1884, Nr 5654 GIU 10061; OGH 29 10.1884, Nr 12163 GIU 10240; OGH 22.10.1885, Nr 7801 GIU 10758; OGH 11.2.1886, Nr 1096 GIU 10932; OGH 22.2.1886, Nr 1383 GIU 10947; OGH 30.4.1886, Nr 3337 GIU 11011; OGH 12.5.1886, Nr 5293 GIU 11031; OGH 26.5.1886, Nr 5433 GIU 11047; OGH 25.11.1885, Nr 12133 GIU 11380; OGH 14.6.1888, Nr 6603 GIU 12229; OGH 3.7.1888, Nr 7636 GIU 12244; OGH 13.12.1888, Nr 13736 GIU 12486; OGH 22.5.1889, Nr 4723 GIU 12751; OGH 4.7.1889, Nr 5682 GIU 12813; OGH 24.10.1889, Nr 9264 GIU 12968;

Eigentumsrechts geschädigt wird, ohne dass eine Anmaßung vorliegt. Auf Grund des klaren Gesetzeswortlauts, der klar von der Behauptungslast des Klägers und nicht des Beklagten spricht, heißt das jedoch nicht, dass der Beklagte ein Recht der Servitut behaupten muss.²³²³ Vielmehr gilt es nachzuweisen, dass der Beklagte eine Handlung setzt, zu der sonst allein der Eigentümer auf Grund seines Eigentumsrechts berechtigt wäre. Aus dem im Vergleich zu einem pandektistischen Modell eingeschränkten Umfang des Eigentumsrechts folgt somit auch eine weniger weit reichende Eigentumsfreiheitsklage.

Eine dem Regelungskonzept des ABGB weitgehend entsprechende Konzeption der Eigentumsfreiheitsklage wurde für das BGB von *Eduard Picker* entwickelt.²³²⁴ Ausgehend vom Befund, dass es in Deutschland in der Diskussion zu einer Vermengung von negatorischen und deliktischen Ansprüchen kam, und der negatorische Beseitigungsanspruch als „*Schadenersatzrecht zweiten Grades*“ angesehen wurde, unternahm er den Versuch, den spezifischen Inhalt der Eigentumsfreiheitsklage zu beleuchten.²³²⁵ Er unterscheidet dabei scharf zwischen der Beeinträchtigung des Eigentumsrechts und der Beeinträchtigung des Gegenstands des Eigentumsrechts.²³²⁶ Mit der *actio negatoria* könne nur gegen die Verletzung der rechtlichen Integrität des Eigentumsrechts vorgegan-

OGH 13.11.1889, Nr 10919 GIU 12996; OGH 20.12.1888, Nr 13754 GIU 13074; OGH 17.1.1883, Nr 77 GIU 14551; OGH 8.2.1893, Nr 1141 GIU 14586; OGH 1.3.1893, Nr 2064 GIU 14618; OGH 19.12.1894, Nr 14486 GIU 15338; OGH 19.3.1895, Nr 3458 GIU 15443; OGH 27.3.1895, Nr 3804 GIU 15450; OGH 12.2.1896, Nr 1523 GIU 15720; OGH 17.3.1897, Nr 2598 GIU 15994; OGH 14.4.1898, Nr 4175 GIUNF 108; OGH 18.12.1900, Nr 15955 GIUNF 1215; OGH 28.8.1902, Nr 11.233 GIUNF 2012; OGH 24.7.1901, Nr 10440 GIUNF 2179; OGH 10.6.1903, Nr 4756 GIUNF 2375; OGH 7.2.1905, Nr 598 GIUNF 2956; OGH 18.10.1905, Nr 15.925 GIUNF 3188; OGH 23.10.1906, Nr 13.303 GIUNF 3553; OGH 20.3.1907, Nr 2324 GIUNF 2324; OGH 8.10.1907, Nr 11.446 GIUNF 3921; OGH 24.3.1908, VI, 69/8 GIUNF 4179; OGH 10.12.1908, VIII 244/8 GIUNF 4418; OGH 31.1.1907, Nr 19.801 GIUNF 4457.

2323 *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch 6 f; *Koch*, Unterlassungsansprüche aus mietvertraglichen Verboten (1999) 34 f; mwN *Wagner*, Unterlassungsansprüche 22. Die Ansicht, dass es notwendig sei, dass sich der Gegner ausdrücklich auf das Recht beruft, ist wohl auf eine übermäßige Anlehnung an das römische Recht entstanden, wo die *actio negatoria* tatsächlich nur erhoben werden konnte, wenn der Gegner den Bestand einer Servitut behauptete, s dazu mwN *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 632 ff.

2324 Dieser geht auch davon aus, dass eine Abweichung von seiner Konzeption erst durch die Ablösung der *actio negatoria* von der Servitutenklage erfolgte, s *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 644.

2325 *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 607.

2326 Also dem Eigentum im objektiven Sinn und im subjektiven Sinn in der Diktion der §§ 353 f ABGB.

gen werden.²³²⁷ Dies sei der Fall, wenn es zu einer Überlagerung der Rechtskreise kommt, sodass der Störer Befugnisse ausübt, die dem Eigentümer zukommen, und diesen somit faktisch enteignet.²³²⁸ Eine Beeinträchtigung des Eigentumsrechts könne somit nur dann vorliegen, wenn es zu einer – im weitesten Sinn zu verstehenden – tatsächlichen Inanspruchnahme des Eigentums durch Dritte und daher zu einer Rechtsusurpation kommt.²³²⁹ In der Terminologie des ABGB ist für die *actio negatoria* somit eine Anmaßung erforderlich. Der bloße Nachteil des Beeinträchtigten – etwa durch einen Eingriff in die Substanz des Rechtsobjekts, auf das sich das Eigentumsrecht bezieht – sei demgegenüber für die *actio negatoria* unerheblich.²³³⁰ Die Trennlinie sei zwischen dem rechtlichen Können und dem tatsächlichen Können in Bezug auf ein Rechtsobjekt zu ziehen, nur ersteres sei durch die Eigentumsfreiheitsklage umfasst.²³³¹ Im Resultat führt diese Konzeption zu einer restriktiveren Anwendung der Eigentumsfreiheitsklage.²³³² In der deutschen Lit wurden die Thesen von *Picker* eingehend diskutiert und fanden insb hinsichtlich ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit auf § 1004 BGB weite Gefolgschaft.²³³³

In der österreichischen Lit fanden die Thesen von *Picker* dahingegen nur wenig Gehör, was angesichts der mit diesen im Einklang stehenden Struktur der Eigentumsfreiheitsklage im ABGB durchaus zu überraschen vermag. So wen-

2327 *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 619 ff.

2328 *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 620. Dies verbindet *Picker* mit einer Hinwendung zum Verhältnis zwischen Beeinträchtigtem und Störer. Es müsse somit stets ein Ausgleich zwischen dem „Plus“ beim Störer und dem „Minus“ beim Beeinträchtigten bestehen, woraus er folgert, dass eine Verletzung nur solange vorliege, wie die Einwirkungshandlung durch den Störer dauert. Besonders eingehend diskutiert wurde dabei der Fall der Preisgabe der störenden Sache, die nach *Picker* auch mit einem Ende der Störungshandlung einhergehe. Aus der hier vertretenen Konzeption des dinglichen Rechts ist dem – wie bereits ausgeführt, vgl 3.2.4. – aber nicht zu folgen: Denn ausschlaggebend für die Beeinträchtigung der Handlungsbefugnisse des dinglich Berechtigten ist allein, dass ein Eigentümer eine ihm zugeordnete Befugnis durch eine Anmaßung eines Dritten nicht ausüben kann; er ist in seinem Recht solange geschädigt, wie er die Befugnis nicht ausüben kann, unabhängig davon, ob die Befugnis vom Störer noch ausgeübt wird, s zur Kritik am Konzept von *Picker* auch weiterführend *Wagner*, Unterlassungsansprüche 287 ff.

2329 *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 620.

2330 *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 619 ff.

2331 *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 621.

2332 *Thole* in Staudinger BGB III (2023) § 1004 Rz 28.

2333 Abwägend hinsichtlich quasi-negatorischer Ansprüche bei deliktisch geschützten Rechtsgütern *Thole* in Staudinger BGB III § 1004 Rz 38; generell zustimmend *Westermann/Gursky/Eickmann*, Westermann Sachenrecht⁸ 288 f; mwN *Wagner*, Unterlassungsansprüche 284 f.

den *Jabornegg/Strasser* ein, dass im nachbarrechtlichen Kontext bei mittelbaren Immissionen durchaus auch das tatsächliche Können geschützt sei,²³³⁴ dazu sei der auf die Rechtsusurpation begrenzte Beeinträchtigungsbegriff zu eng.²³³⁵ *Wagner* kritisiert durchaus zu Recht den Problemkreis der Dereliktion, die bei *Picker* zu einem Wegfall der Störungshandlung führt.²³³⁶ Dabei bleibt ein großer Teil der L jedoch nicht stehen, vielmehr wird beginnend mit *Jabornegg/Strasser* die normative Verankerung der Eigentumsfreiheitsklage in § 523 ABGB in Zweifel gezogen.²³³⁷ Deren Inhalt ergebe sich vielmehr aus § 354 ABGB, also der Definition des Eigentumsrechts im subjektiven Sinn, weshalb gegen jede unberechtigte Störung des Eigentums vorgegangen werden könne; in einer Extremform dieser Ansicht wird gar vorgebracht, die Eigentumsfreiheitsklage ergebe sich unmittelbar aus § 354 ABGB.²³³⁸ § 523 ABGB sei demnach nur eine „konkrete Ausgestaltung“ der Eigentumsfreiheitsklage²³³⁹ bzw. enthalte bloß eine Beweislastregel. Im Resultat nähert diese Ansicht das ABGB dem BGB an, indem die Eigentumsfreiheitsklage im Abschnitt zum Eigentumsrecht verortet wird; interpretiert wird die Eigentumsfreiheitsklage dabei in einer für das BGB weitgehend als überkommen angesehenen Weite. Das Eigentumsrecht wird nach dieser Ansicht wie in einem pandektistischen Paradigma als allumfassendes und totales Recht über die Sache interpretiert, weshalb auch der Schutz durch die Eigentumsfreiheitsklage umfassend sein muss.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich unschwer, dass mit dieser Interpretation eine deutliche Umwertung und Erweiterung des negatorischen Eigentumsschutzes im Vergleich zum Konzept des historischen Gesetzgebers einhergeht. Denn es werden dadurch Konstellationen als Anwendungsfälle der Eigentumsfreiheitsklage gesehen, bei denen keine Rechtsusurpation und somit auch keine Anmaßung eines Rechts gegeben ist – wie etwa bei der bloßen Schädigung des Gegenstands des Eigentumsrechts. Es

2334 *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 102 f.

2335 *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 104.

2336 *Wagner*, Unterlassungsansprüche 287 f.

2337 *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 45 ff. Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass dieses Argument mittlerweile zweckentfremdet wurde. Denn *Jabornegg/Strasser* plädierten mittels ihrer eigenen Individualisierungstheorie für eine strenge Abgrenzung zwischen deliktischen und negatorischen Ansprüchen. Es sei demnach für die Eigentumsfreiheitsklage stets notwendig, die Störersphäre faktisch oder rechtlich zu individualisieren; dogmatisch wird dies darin verankert, dass die Eigentumsfreiheitsklage als partielle Entziehung des Eigentums angesehen wird. Die – zugegebenermaßen recht komplexen – Rahmenbedingungen der Individualisierungstheorie werden aber von der hL vernachlässigt und *Jabornegg/Strasser* als Gewährsmänner für einen undifferenziert weiten Anwendungsbereich der Eigentumsfreiheitsklage herangezogen.

2338 So ausdrücklich *Kietzbl* in *Klang*³ § 354 Rz 11.

2339 *Wagner*, Unterlassungsansprüche 22 f; *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 46.

müssen daher die für diese Erweiterung vorgebrachten Argumente krit betrachtet werden: Ein rechtslogisches Argument geht dahin, dass die Anerkennung des Eigentums als ausschließliches Recht, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, zwangsläufig auch entsprechende Ausschließungsmechanismen bereitstellen müsse.²³⁴⁰ Dies ist freilich nicht zutreffend: Vom Recht zur Nutzung kann kein zwingender Schluss auf den Umfang des Ausschließlichkeitsrechts gezogen werden. Vielmehr muss bei subjektiven dinglichen Rechten stets zwischen dem Erlaubnisrecht und der Bewehrung unterschieden werden; erforderlich ist somit stets ein interpretativer Schritt, um das Ausmaß der Durchsetzungsmöglichkeiten zu ermitteln.²³⁴¹ Ein irgendwie gearteter Automatismus, mit dem vom Umfang der Erlaubnis auf die Bewehrung geschlossen werden kann, besteht somit nicht. Dies bestätigt sich dadurch, dass es ansonsten dem Gesetzgeber schlechthin verwehrt wäre, den negatorischen Eigentumschutz auf Fälle der Rechtsusurpation zu reduzieren. Freilich steht es dem Gesetzgeber offen, Erlaubnis und Bewehrung einander anzugleichen.

Es muss somit durch Gesetzesauslegung unter Zugrundelegung anerkannter Methoden der Rechtswissenschaften ermittelt werden, ob der Gesetzgeber über die Wertungen in § 523, 2. Fall ABGB hinaus einen Anwendungsbereich der Eigentumsfreiheitsklage anerkannt hat. Hierbei kann mit *Zeiller* unstr festgehalten werden, dass die Eigentumsfreiheitsklage in § 523 ABGB verankert ist.²³⁴² In seiner Kommentierung des § 354 ABGB finden sich bei *Zeiller* hingegen keine Hinweise darauf, dass damit der Geltungsbereich der Eigentumsfreiheitsklage erweitert werden sollte.²³⁴³ Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass im ABGB sehr klar festgelegt wird, durch welche Bestimmungen dem Einzelnen Rechtsmittel eingeräumt werden, was sich etwa in § 339, §§ 344, §§ 366 ff und eben § 523 ABGB ergibt. In § 354 ABGB finden sich hingegen keinerlei Hinweise auf die Rechtsdurchsetzung. Es stellte somit einen Bruch mit der Regelungslogik des ABGB dar, wenn unmittelbar aus der Definition ein Rechtsmittel identifiziert würde, das sich – wenngleich in unbestritten eingeschränkterer Form – mit explizitem Wortlaut in § 523 ABGB wiederfindet. Auch der Hinweis darauf, dass nach dem Wortlaut des § 354 ABGB *jeder andere* ausgeschlossen werden kann, ist nicht dahingehend zu interpretieren, dass hierdurch explizit eine umfassende Bewehrung des Eigentumsrechts gegen Dritte erfolgt. Denn es findet sich in dieser Bestimmung keinerlei Einschränkung; neben § 523, 2. Fall ABGB würde damit gleichermaßen auch die Eigentumsklage nach § 366 ABGB obsolet, da diese ebenso einen – freilich nicht uneingeschränkten – Drittschutz

2340 S etwa *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 40.

2341 S statt aller *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte 93 ff, ausf auch 3.1.3.2.2.

2342 Explizit *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 523 Rz 4 (365 f).

2343 Diese dreht sich iW um die Frage des Eigentums an Rechten, s *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 354 Rz 2 ff (108 ff).

vermittelt. Nach diesem Argument müsste somit gleichermaßen die Vindikation gegenüber jeden anderen möglich sein, was insb zu einem Normkonflikt mit § 367 Abs 1 ABGB führte, nach dem die Eigentumsklage gegen den gutgläubigen Eigentumserwerber nicht durchdringen kann; auch ein etwa vertraglich Berechtigter könnte vom Eigentum nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden. Auch methodisch wäre es durchaus fragwürdig, wenn die allgemeine Norm des § 354 ABGB die speziellere des § 523, 2. Fall ABGB verdrängen würde. Aus dieser Bestimmung kann somit nicht auf eine vollumfängliche Bewehrung des Eigentumsrechts, die in einer weiten Anwendung der Eigentumsfreiheitsklage resultiert, geschlossen werden; vielmehr wird in § 354 ABGB als allgemeine Definition des Eigentumsrechts abstrakt auf die Innen- und Außenseite des Rechts hingewiesen.²³⁴⁴ Daraus folgt, dass die Eigentumsfreiheitsklage vom Gesetzgeber in einer engen, § 523, 2. Fall ABGB entsprechenden Form im österreichischen Zivilrecht verankert und somit auf die Anmaßung eines Rechts iSd Rechtsusurpationstheorie *Pickers* beschränkt ist. Für eine umfassendere Ausgestaltung der Eigentumsfreiheitsklage gibt es somit keinerlei Indizien.

Ein enger Anwendungsbereich der Eigentumsfreiheitsklage im ABGB ergibt sich auch mit Blick auf das Verhältnis der dinglichen Rechte, wie es dem historischen Gesetzgeber vorgeschwebt ist. Dabei kommt *Guido Lepeska* das Verdienst zu, die historischen Umstände des negatorischen Beseitigungsanspruchs im ABGB umfassend beleuchtet zu haben. Er zeigt auf, dass im Codex Theresianus und im Entwurf Herten der Rechtsschutz des Eigentümers vor Störungen primär durch den Schutz des Besitzes erfolgte, der durch die Eigentumsklage bloß ergänzt wurde.²³⁴⁵ Dem Eigentümer kommt Rechtsschutz vor Störungen somit nicht nur aus dem Eigentumsrecht selbst zu, sondern va durch den Verweis auf das Besitzschutzrecht,²³⁴⁶ wobei es hier zu beachten gilt, dass ein eigenständiges Besitzstörungsverfahren – inklusive 30-tägiger Frist zur Geltendmachung – österreichweit erst ab 1849 eingeführt wurde.²³⁴⁷ Dabei geht er überzeugend davon aus, dass sich an diesem Regelungskonzept trotz Änderungen im Wortlaut im ABGB nichts geändert hat, sodass der negatorische Schutz des Eigentums durch § 339 ABGB gewährleistet wurde.²³⁴⁸ Daraus folge nach *Lepeska*, dass die Eigentumsfreiheitsklage auf ihren „klassischen Anwendungsbereich“ – nämlich Servituten – beschränkt sei.²³⁴⁹ Diese hinsicht-

2344 Darauf weist auch die Marginalrubrik hin, bei der § 353 ABGB zusammen mit § 354 ABGB betrachtet werden muss: Es handelt sich somit um eine Erörterung des Begriffs des Eigentums im subjektiven Sinn.

2345 *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch 12 ff.

2346 *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch 16.

2347 Vgl *Kodek*, Besitzstörung 79 ff, beachte dazu auch auf 4.3.4.

2348 *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch 12 ff; *Nippel* spricht bei § 339 ABGB etwa explizit von der Ausübung von Eigentumsrechten, s *Nippel*, Erläuterung 3 § 339 Rz 1.

2349 *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch 21.

lich des Willens des historischen Gesetzgebers weitgehend geteilt²³⁵⁰ Analyse ist zutreffend: So sieht *Martini* den Besitz als besonderes Recht des Eigentümers an; die Befugnis, alle anderen von einer Sache auszuschließen folge nicht aus dem Eigentumsrecht, sondern aus dem Recht des Besitzes.²³⁵¹ Auch *Zeiller* erachtet das Besitzrecht als „*subjektive Bedingung der Ausübung des Eigentumsrechts*“, dementsprechend folge aus dem Besitz das Recht, „*jeden vom Besitz der eigentümlichen Sachen nach allen ihren Teilen auszuschließen; jede Einwirkung auf dieselbe zu verhindern (...) und von jedem Inhaber, an den sie ohne unseren Willen gekommen ist, in unseren Besitz zurück zu fordern*“.²³⁵² Eine weitere Bestätigung findet sich darin, dass *Zeiller* anders als die heutige L ausschließlich die §§ 344 ff ABGB – nicht aber § 339 ABGB – als possessorische Rechtsmittel bezeichnet.²³⁵³ Ein umfassender Störungsschutz ergibt sich demnach aus dem Zusammenspiel von Eigentum und Besitz, was auf Grund der besonderen Anforderungen an die Begründung eines Rechtsbesitzes insbes für die Drittwirkung von Rechten von Bedeutung ist.²³⁵⁴

Fraglich ist aber, ob diese Interpretation des § 523 ABGB, wonach eine Handlung ohne Rechtsberührung nicht als Eingriff in das Eigentumsrecht aufgefasst werden kann, auch heute noch Bestand haben kann. Hier wird bisweilen ein Größenschluss gezogen: Wenn bereits gegen die Anmaßung eines Rechts vorgegangen werden kann, müsse umso mehr auch Störungen ohne Rechtsberührung abgewehrt werden können. Eine solche Rechtsfortbildung ist freilich methodisch nicht haltbar: Denn es ist mit Blick auf den Regelungsgedanken des Gesetzgebers, der Situierung der Eigentumsfreiheitsklage beim Recht der Servituten und dem klaren Wortlaut völlig eindeutig, dass hier keine planwidrige Lücke vorliegt; vielmehr war es der in seltener Klarheit ausgedrückte Wille des Gesetzgebers, dass mit dem Eigentumsrecht bloß eine Handhabe gegen Fälle der Rechtsanmaßung eingeräumt werden soll. Mangels einer Regelungslücke muss aber eine Rechtsfortbildung scheitern; die dahingehenden Versuche bestehen eher darin, eine pandektistisch überformte Eigentumsvorstellung in das österreichische Recht zu transponieren. Ebenso ist angesichts des Regelungsgedankens des Gesetzgebers unklar, weshalb „umso mehr“ von einer Anwendbarkeit der Eigentumsfreiheitsklage ausgegangen werden soll, wenn keine Rechtsberührung vorliegt, da diese Fälle hinsichtlich ihrer Gravität wohl regelmäßig von geringerer Intensität sind. Das Argument des Größenschlusses trägt sohin nicht. Vielmehr drängt sich auch hier der Ein-

2350 *Kodek* in Klang³ § 366 Rz 9; *Wagner*, Unterlassungsansprüche 26 ff.

2351 *Martini*, Lehrbegriff § 433 (166 f).

2352 *Zeiller*, Privat-Recht³ § 78 (116 f).

2353 Vgl *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 351 Rz 1 (103 f); *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 339 Rz 1 (85 f); *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 523 Rz 6 (366 f). Dies entspricht auch dem Modell des römischen Rechts, wo der Besitzschutz durch Interdikte auf die klassischen Fälle der Besitzentziehung beschränkt waren.

2354 S dazu ausführlich 4.3.

druck auf, dass durch die weite Interpretation der Eigentumsfreiheitsklage einem pandektistischen Paradigma gefolgt wird, ohne dass dieses im Regelungssystem des ABGB verortet wird.

Die Auffassung, dass nach dem nachvollziehbaren Willen des historischen Gesetzgebers der Schutz des Eigentums grundsätzlich über den Besitzschutz erfolgen soll, ermöglicht es auch, die Bestimmung des § 523 ABGB funktionell einzuordnen. Denn die Durchsetzung des Sachbesitzes findet eine Grenze darin, wenn die Störungshandlung durch die Anmaßung einer Servitut erfolgt, da dies als Ausübung von Rechtsbesitz aufgefasst werden könnte; das Recht des Sachbesitzers ist aber grundsätzlich gleichrangig wie jenes des Rechtsbesitzers. Nach § 339 ABGB kann etwa der Besitzer zwar gegen das unerlaubte Begehen seiner Liegenschaft vorgehen, er kann sich aber nicht besitzrechtlich dagegen wehren, wenn der Störer behauptet, Besitzer eines Wegerechts sein. Eben dieser Kollisionsfall findet eine Auflösung in § 523, 2. Fall ABGB: Der Eigentümer der Liegenschaft setzt sich als besser Berechtigter gegen den unberechtigten Rechtsbesitzer durch, der sich sohin eine Befugnis des Eigentümers anmaßt.²³⁵⁵ Denn der Rechtsbesitzer hat definitionsgemäß den *animus*, das Recht im eigenen Namen zu gebrauchen; es liegt somit stets eine Rechtsanmaßung vor,²³⁵⁶ die den Tatbestand der Negatoria erfüllt. Anderes gilt aber, wenn diese Handlung vom Eigentümer explizit gestattet wird; dann liegt eine Dienstbarkeit vor, die grundsätzlich auch gegen den Eigentümer wirkt (§ 523, 1. Fall ABGB).

Dies findet eine Bestätigung darin, dass nach § 482 ABGB die Dienstbarkeit ua als Gestattung der Ausübung eines Rechts angesehen wird: Wird die Ausübung eines Rechts – dh dessen Geltendmachung im eigenen Namen iSd § 312 ABGB – gestattet, liegt eine Dienstbarkeit vor, die gegen den Eigentümer geltend gemacht werden kann; wird die Ausübung eines Rechts aber nicht gestattet, muss bei der Rechtsausübung von einer Anmaßung einer Dienstbarkeit ausgegangen werden, gegen die mit der Eigentumsfreiheitsklage vorgegangen werden kann.²³⁵⁷ Daraus folgt, dass der Rechtsschutz durch die Eigentumsfreiheitsklage in der Stammfassung des ABGB komplementär zum Besitzschutz ausgestaltet war,²³⁵⁸ was sich nahtlos in eine Konzeption einfügt, die von einem Horizontalverhältnis der dinglichen Rechte ausgeht.

2355 Dazu passt die Aussage von Zeiller, nach der auch die Servitutenklage possessorisch durchgeführt werden kann, dann wird die Beweislast der Freiheit des Eigentums aber auf den Eigentümer überwälzt, s Zeiller, Commentar 2.1 § 523 Rz 6 (366 f).

2356 So auch Jabornegg/Strasser, Nachbarrechtliche Ansprüche 176.

2357 Dass § 523 ABGB auch im 19. Jahrhundert noch eng mit den Servituten verbunden war, zeigt sich auch in der Darstellung von Glaser/Unger, die diese nicht zum Recht des Eigentums, sondern der Dienstbarkeiten zuordnen, s etwa GIU Band 19 (1887) S 732.

2358 ME nicht überzeugend ist dabei für die Stammfassung der ABGB der Einwand von Kodek, dass das alleinige Abstellen auf den possessorischen Rechtsschutz zu Rechtsschutzlücken führe. Denn zum Inkrafttreten des ABGB bestand kein österreichweites eigenständiges Besitzstörungsverfahren, das nur einen provisorischen Rechtsschutz zum Inhalt hatte. S dafür Kodek, Besitzstörung 631 FN 199, zum Besitzstörungsverfahren durch die AGO 1781 ausf aaO 64 ff.

Dieses eng mit dem Besitzschutz verwobene Konzept des Eigentumsschutzes wurde auch durch die Teilnovellen nicht abgeändert. Denn durch die nachbarrechtlichen Bestimmungen in § 364 ABGB wird ein klassischer Fall des Eingriffs in das Eigentumsrecht durch die faktische Anmaßung fremder Rechte geregelt.²³⁵⁹ Immissionen behördlich genehmigter Anlagen gem § 364a ABGB werden „nach Art einer gesetzlichen Dienstbarkeit auf dem Grundstück“ beurteilt.²³⁶⁰ Daraus ergibt sich, dass das Konzept des § 523 ABGB durch die Teilnovellen nicht angetastet wurde, was vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass – wie in 2.3.6.1.2.2. dargelegt – in den Teilnovellen explizit nur Einzelkorrekturen vorgenommen werden sollten. Vielmehr haben diese Bestimmungen eine Einschränkung der Bewehrung der Erlaubnisrechte des Eigentümers zum Inhalt. So bleibt die Erlaubnis des Eigentümers zur Nutzung seines Grundstücks unangetastet, im nachbarrechtlichen Kontext kann er gegen Einschränkungen seiner Befugnisse durch Immissionen aber nur noch eingeschränkt vorgehen: Voraussetzung ist, dass diese das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigt wird.²³⁶¹ Bei einer behördlich genehmigten Anlage fällt auf Grund des überwiegenden Allgemeininteresses²³⁶² die dingliche Bewehrung der Erlaubnisrechte nach den Wertungen des § 364a ABGB weg und wird durch einen Ausgleichsanspruch ersetzt.²³⁶³ Der Anwendungsbereich der Eigentumsfreiheitsklage bleibt im ABGB somit eng auf die Anmaßung von Befugnissen begrenzt.

4.2.5.2.2. Bewehrte Befugnisse

Wenn wie dargestellt die Eigentumsfreiheitsklage nach dem Konzept des Gesetzgebers nicht gegen jede erdenkliche Störung zur Anwendung gebracht werden kann, muss der Umfang der durch das Eigentumsrecht ermöglichten Störungsabwehr besonders in den Blick genommen werden. Diese Frage stellt sich insbes, wenn man wie der historische Gesetzgeber von

2359 Wagner, Unterlassungsansprüche 285 f.

2360 Zur deutschen Rechtslage Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz 668.

2361 Es wurde bereits in 3.2.2.2. dazu Stellung genommen, ob durch das Nachbarschaftsverhältnis das Eigentum an sich beschränkt wird, sodass die Befugnisse des Eigentümers, Handlungen in Bezug auf das Rechtsobjekt zu setzen, eingeschränkt werden, oder ob das Eigentumsrecht auch im Nachbarschaftsverhältnis grundsätzlich unbeschränkt ist und nur die Bewehrung der erlaubten Handlungen eingeschränkt wird. Dies hat bekanntlich Auswirkungen auf die Beweislast zum Ortsüblichwerden von Immissionen. Sieht man das Eigentumsrecht als bewehrtes Erlaubnisrecht an, wobei im nachbarschaftlichen Kontext die Bewehrung reduziert ist, kommt es mE dem sich beschwerenden Nachbarn zu, die Ortsunüblichkeit und die Wesentlichkeit zu behaupten und zu beweisen, da diese Voraussetzung für seinen Anspruch sind. Ebenso ist von der kurzen Verjährung des § 1488 ABGB auszugehen, s zu dieser Thematik auf und mit vielen Nachweisen Wagner, Unterlassungsansprüche 28 ff.

2362 Sehr auf dazu OGH 28.1.2016, 1 Ob 47/15s.

2363 Dazu auf Kerschner/E. Wagner in Klang³ § 364a Rz 187 ff.

einem Eigentum an Rechten ausgeht. Hier gilt es zunächst in den Blick zu nehmen, zu welchen Handlungen der Berechtigte durch sein Eigentum am Recht tatsächlich berechtigt ist. Denn nach den klaren und auch konzeptionell abgesicherten Wertungen des ABGB kann sich ein Eigentümer nur gegen Störungen wehren, wenn jener durch den Eingriff unterlassen muss, was er sonst *auf Grund des Eigentumsrechts* zu tun berechtigt wäre. Im Vergleich zum Eigentum an der körperlichen Sache gibt es beim Eigentum an Rechten dabei eine wesentliche Komplikation: Während bei körperlichen Sachen die dem Eigentümer zugeordneten Befugnisse alleine Ausfluss des Eigentumsrechts sind, ergeben sich bei Rechten die Befugnisse potenziell gleichermaßen aus dem Eigentumsrecht wie auch unmittelbar aus dem Recht, das Gegenstand des Eigentumsrechts ist. Diese verschiedenen Wirkungen werden in der Lit – wie gesehen – in die Innen- und Außenwirkungen des Rechts unterteilt. Mit einer Eigentumsfreiheitsklage durchgesetzt können aber ausschließlich die aus dem Eigentumsrecht entspringenden Befugnisse werden, was der Außenwirkung des Rechts entspricht.

Dieser Zusammenhang kann an Hand des Eigentums an beschränkten dinglichen Rechten illustriert werden,²³⁶⁴ bei dem – wie gezeigt – das Verhältnis zwischen Eigentümer und dem Berechtigten allein durch das beschränkte dingliche Recht geregelt wird: So kann der Fruchtgenussberechtigte an einem Feld gegenüber dem Eigentümer auf Grund des Fruchtgenussrechts zum Sammeln von Feldfrüchten berechtigt sein. Behindert ihn der Eigentümer des Felds daran, kann der Fruchtgenussberechtigte ausschließlich mit der Servitutenklage (§ 523, 1. Fall ABGB), nicht aber mit der Eigentumsfreiheitsklage (§ 523, 2. Fall ABGB) vorgehen; die Befugnis zum Sammeln von Feldfrüchten ergibt sich sohin aus dem Fruchtgenussrecht und nicht aus dem Eigentumsrecht, das sich auf jenes bezieht. Ebenso ergibt sich das Recht, eine Bestandsache zu gebrauchen, aus dem Bestandvertrag und nicht aus einem etwaigen Eigentum am Bestandrecht, weshalb der Mieter bei Mängeln der Bestandsache nicht mit einer Eigentumsfreiheitsklage gegen den Vermieter vorgehen kann. Der Anwendungsbereich der Eigentumsfreiheitsklage kann somit negativ eingegrenzt werden auf die Störung von Befugnissen, die dem Berechtigten auf Grund des Eigentumsrechts zukommen.

Die durch die Eigentumsfreiheitsklage durchsetzbaren Befugnisse müssen sich sohin am Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechts orientieren. Das ABGB nimmt dabei in § 362 ausdrücklich dazu Stellung, welche Rechte dem vollständigen²³⁶⁵ Eigentümer zukommen: Er kann die Sache nach Willkür benützen oder unbenützt lassen, er kann sie vertilgen, ganz oder zum Teil übertragen

2364 Der Vorteil der Betrachtung von beschränkten dinglichen Rechten besteht darin, dass bei diesen die dingliche Wirkung unstr ist; es kann der Fokus sohin auf deren Verortung im Regelungssystem des ABGB gerichtet werden.

2365 Die darin geäußerte Notwendigkeit der Übereinstimmung von Ober- und Untereigentum ist für die heutige Rechtslage ohne Relevanz.

oder sich ihrer begeben. Diese Befugnisse kommen gleichermaßen für körperliche Sachen wie für Rechte in Betracht, was auch *Zeiller* ausdrücklich anerkennt, wenn er ausführlich begründet, warum ein Eigentumsrecht gleichermaßen an einem Forderungsrecht wie an einer Uhr bestehen kann.²³⁶⁶ Denn ein Eigentümer kann sein Recht nach Willkür benützen – das bedeutet nach § 312 ABGB, es im eigenen Namen zu gebrauchen, es zu übertragen, durch ein beschränktes dingliches Recht zu belasten, aber auch – etwa durch einen Verzicht – sich seiner begeben.²³⁶⁷ Der Eigentümer ist somit berechtigt, über das Schicksal des Rechts zu bestimmen;²³⁶⁸ was auch von der hL unter der Bezeichnung der Rechtszuständigkeit anerkannt wird.²³⁶⁹ Dies betrifft insb die Möglichkeit der Umänderung von Rechten und Verbindlichkeiten (§§ 1375 ff ABGB), etwa durch Novation, Vergleich und Zession, aber bspw auch die Aufrechnung (§§ 1438 ABGB); diese Befugnisse kommen ausschließlich demjenigen zu, dem das Recht zugewiesen ist. Die Möglichkeiten des Eigentümers, über ein Recht zu disponieren, finden sich im ABGB sinnigerweise *va* im dritten Teil, der von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte handelt (§§ 1342 ff ABGB).²³⁷⁰ Dies ist insofern konsequent, da bei Anerkennung eines Eigentums an Rechten bei Ausübung dieser Befugnisse in zweierlei Weise auf ein Recht eingewirkt wird, was sich insb an Hand der Novation (§§ 1376 ABGB) illustrieren lässt: Hierbei kommt es einerseits in der Innenwirkung zu einer Modifikation des Rechts, das Gegenstand des Eigentumsrechts ist, da es zu einer Änderung seines Hauptgegenstands kommt; andererseits erlischt auch das Eigentumsrecht an der alten Verbindlichkeit und wird durch ein Eigentumsrecht am neuen Recht ersetzt – was bspw zur Folge haben kann, dass ein beschränktes dingliches Recht wegfällt.²³⁷¹ Durch das Eigentumsrecht an einem Recht geschützt ist somit *va* die Befugnis, über dieses zu verfügen.

Von der Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB sind somit ausschließlich Fälle erfasst, in denen sich ein anderer die Befugnisse des Eigentums an einem Recht anmaßt. Die Integrität des Eigentums an einem Recht ist dabei gestört, wenn ein Dritter ohne Berechtigung das Recht im eigenen Namen gebraucht, es überträgt, durch ein beschränktes dingliches Recht belastet, aber auch sich seiner begibt. Daraus ergibt sich etwa ein Anspruch auf Löschung unwirksamer oder unwirksam gewordener Eigentumsbeschränkungen.²³⁷² IdS geht es somit um den Schutz der Rechtszuständigkeit. Die Eigentumsklage

2366 Vgl *Zeiller*, Commentar 2.1 § 354 Rz 4 (111).

2367 Weiterführend zu diesem Gedanken auf Basis der deutschen Rechtslage *Boecken*, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz gegen reine Nutzungsbeeinträchtigungen (1995) 178 ff.

2368 In Abwandlung eines Zitats in *Boecken*, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz 196.

2369 *Kisslinger* in Klang³ § 292 Rz 8 ff.

2370 S zur Systematik des ABGB bereits ausf 1.4.

2371 *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie 6 (1813) § 1378 Rz 3.

2372 *Bittner* in Klang³ § 523 Rz 8.

Im Rechten kann wiederum an Hand eines Beispiels illustriert werden: Wenn B am Feld des A regelmäßig erkennbar Feldfrüchte aufsammelt, kann sie Rechtsbesitz gem § 313 ABGB erwerben. Wenn in der Folge A dem C ein dinglich wirkendes Fruchtgenussrecht an diesem Feld durch Eintragung in die öffentlichen Bücher einräumt, kommt es zu einer Kollision zwischen Rechtsbesitz und Fruchtgenussrecht, da beide die Befugnis vermitteln, die Früchte des Felds aufzusammeln. C kann sich aber nicht auf die Servitutenklage des § 523, 1. Fall ABGB berufen, da hier nur ein Rechtsbehelf gegen den Eigentümer A geregelt ist. Gegen B kann C nur mit der Eigentumsfreiheitsklage vorgehen, da B das Recht, Feldfrüchte zu sammeln und somit einen integralen Bestandteil des Fruchtgenussrechts am Feld im eigenen Namen geltend macht; dies folgt dem expliziten Hinweis von *Zeiller*, wonach das Fruchtgenussrecht als Gegenstand des Eigentumsrechts gilt.²³⁷³ Dementsprechend setzt sich hier C gegenüber B durch, da das in seiner Außenwirkung durch das Eigentumsrecht bestärkte Fruchtgenussrecht stärker ist als der Rechtsbesitz;²³⁷⁴ B muss es sohin unterlassen, die Feldfrüchte zu sammeln.²³⁷⁵ Das Eigentum am Recht setzt sich somit gegen den Rechtsbesitz durch, dessen Ausübung als Anmaßung iSd § 523, 2. Fall ABGB angesehen werden kann.

Auswirkungen der Eigentumsfreiheitsklage finden sich ebenso außerhalb des Kernbereichs des ABGB. Ein eindeutiger und auch praktisch bedeutender Fall ist dabei die Behandlung eines schuldnerfremden Rechts in der Insolvenz:²³⁷⁶ So ist bei der Insolvenz des Zedenten der Zessionar unstrittigerweise aussonderungsberechtigt,²³⁷⁷ wobei § 44 Abs 1 IO auf ein dingliches oder persönliches Recht auf Aussonderung verweist, das nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen ist. Dieser Verweis kann als Hinweis auf die allgemein materiellrechtlichen Wertungen des ABGB verstanden werden, weshalb die Aussonderung auch als Ausprägung der Eigentumsfreiheitsklage angesehen wird.²³⁷⁸ Die Ähnlichkeiten sind dabei offensichtlich: Die Einbeziehung in die Insolvenzmasse stellt die wohl umfassendste Beeinträchtigung der rechtlichen Integrität des

2373 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 366 Rz 3 (130 f).

2374 Hierbei gilt es zu beachten, dass sich Besitz- und Eigentumsrecht auf dasselbe (unkörperliche) Rechtsobjekt beziehen. Anders können Konstellationen beurteilt werden, in denen sich das Eigentum auf eine körperliche Sache, der Besitz aber auf ein Recht bezieht, s dazu weiterführend BT 3.2.

2375 Im Übrigen wäre dies auch fast ein Lehrbuchbeispiel für die Zurechnung der Nutzungen: Wenn B redlich ist, sind ihm nach § 330 ABGB die Feldfrüchte zuzurechnen, wenn nicht, A bzw C.

2376 Hinsichtlich der Zwangsvollstreckung gilt nach § 300a EO, dass Forderungen, die schon vor Begründung des Pfandrechts abgetreten wurden, aus dem Vermögen des Verpflichteten ausscheiden und somit nicht Gegenstand der Exszindierungsklage des Zessionars sein können, s dazu weiterführend *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO³ § 37 EO Rz 49/1.

2377 *Spitzer* in Koller/Lovrek/Spitzer, IO² § 44 Rz 62.

2378 Dahingehend auch *Spitzer*, Aussonderung 50.

Eigentums an einem Recht dar, da dem Schuldner in der Insolvenz die freie Verfügung über sein gesamtes Vermögen – und somit auch über ein spezifisches Recht – entzogen ist (§ 2 Abs 2 IO). Es wäre dem Zessionar als Rechtszuständigen in diesem Fall somit generell verwehrt, sein Recht im eigenen Namen zu gebrauchen, es zu übertragen, zu belasten oder auch darauf zu verzichten. Die Aussonderung eines schuldnerfremden Rechts in der Insolvenz kann somit als Anwendungsfall der Eigentumsfreiheitsklage gesehen werden.²³⁷⁹

Daraus folgt eine enge Anwendbarkeit der Eigentumsfreiheitsklage, die sich auch in der konzeptionellen Fassung des dinglichen Rechts wiederfindet.²³⁸⁰ Denn es gilt mit *J. Schmidt* zwischen der Aktionsberechtigung und der Vermögensberechtigung zu unterscheiden; die dingliche Rechtswirkung des Eigentumsrechts erfasst aber nur erstere.²³⁸¹ Für die Eigentumsfreiheitsklage von Relevanz ist somit nicht eine Störung bei der Zuweisung des Werts eines Rechts, sondern nur die Beeinträchtigung von Handlungsmöglichkeiten des Berechtigten. Die Herabsetzung des Werts eines Rechts – etwa durch Einwirkung in die Willensrichtung des Schuldners, sodass dieser nicht zahlt – kann somit nicht mit der Eigentumsfreiheitsklage, sondern allenfalls mittels Schadenersatzansprüchen geltend gemacht werden.²³⁸² Die dingliche Rechtswirkung, deren

2379 Betrachtet man die Aussonderung im Insolvenzfall als Folge von dinglichen Rechtswirkungen, können auch Anomalien systemkonform eingeordnet werden. An dieser Stelle kann die insolvenzrechtliche Behandlung der fremdnützigen fiduziarischen Treuhand nur skizziert werden. Bei dieser kommt es im Außenverhältnis zu einer (dinglichen) Vollrechtsübertragung, im Innenverhältnis besteht eine schuldrechtliche Verpflichtung, sodass der Treuhänder nach außen unbeschränkt verfügen kann, wohingegen er nach innen besonderen Zweckbindungen unterworfen ist. Nichtsdestoweniger wird im Fall der Insolvenz des Treuhänders ebenso wie bei der Zwangsvollstreckung davon ausgegangen, dass der Zugriff der Gläubiger auf das Treugut abgewehrt werden kann. Voraussetzung dafür ist aber nach einer Grundsatzarbeit von *Canaris* die Offenkundigkeit des Treuhandverhältnisses, die außerhalb des Liegenschaftsrechts auf jede beliebige Weise gewährleistet sein kann; besondere Bedeutung kommt dem Gewerbe oder dem Beruf des Treuhänders zu. Innerhalb des hier etablierten Rahmens kann die Aussonderung des Treuguts im Fall der Insolvenz des Treuhänders als Fall der auf Rechte angewandten Eigentumsfreiheitsklage angesehen werden. Dies folgt daraus, dass dem Treugeber durch Vereinbarung das bewehrte Erlaubnisrecht zukommt, dass er trotz der Übertragung des Vollrechts (wirtschaftlich) über ein Rechtsobjekt verfügen darf; durch die Kundbarkeit der Treuhandabrede kommt dieser Drittwirkung zu, die im Insolvenzfall schlagend wird. Es muss somit objektiv offenkundig sein, dass das von der Treuhandvereinbarung erfasste Rechtsobjekt nicht zur Befriedigung von Gläubigern des Treuhänders zur Verfügung steht. Da die Einbeziehung in die Masse bzw die Zwangsvollstreckung zweifellos eine Störung dieses Erlaubnisrechts darstellt, kann dagegen negatorisch vorgegangen werden, s zu diesem sehr komplexen Themenkreis statt aller *Baumgartner/Torggler* in *Klang*³ § 1002 Rz 151 ff; *Spitzer*, Aussonderung 179 ff; *Canaris* in *FS Flume* 405 ff.

2380 S dazu ausf 3.4.2.2.

2381 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 54 ff.

2382 *Koziol*, Beeinträchtigung 152 ff.

Ausfluss die Eigentumsfreiheitsklage ist, stellt somit nur einen Teil der Außenwirkung des Eigentumsrechts dar. Das Eigentumsrecht ist somit gleichermaßen Anknüpfungspunkt für dingliche und deliktische Ansprüche, woraus folgt, dass der Eigentümer bei Eingriffen in die Vermögensberechtigung zur Erhebung von Schadenersatzansprüchen berechtigt ist. Strukturell ist der deliktische Schutz von Rechten aber streng vom negatorischen zu trennen, da nur letzterer als Teil der dinglichen Rechtswirkungen angesehen werden kann.

Ein enger Anwendungsbereich der Eigentumsfreiheitsklage bei einem Eigentum an Rechten bestätigt sich durch Überlegungen zur Offenkundigkeit. Denn in aller Regel sind – mit Ausnahme von Registerrechten – Rechte nicht von sich aus sozialtypisch offenkundig. Sofern auch der Rechtsbesitz – etwa mangels eines Dauerelements bei der Rechtsausübung – als Publizitätsträger nicht in Betracht kommt, kann davon ausgegangen werden, dass einem unbestimmten Adressatenkreis weder der Bestand noch der Inhalt eines Rechts kundbar ist, weshalb auch eine störungsvermeidende Verhaltensadaption nicht verlangt werden kann. Eine dingliche Außenwirkung – wie etwa durch Geltendmachen der Eigentumsfreiheitsklage – kann somit nur dann Platz greifen, wenn eine hinreichende sozialtypische Offenkundigkeit gegeben ist. Davon zu unterscheiden gilt es die deliktische Außenwirkung des Rechts, die mittels Schadenersatzanspruch durchgesetzt werden kann: Hier reicht nach überzeugender Darlegung von *Koziol* die subjektive Offenkundigkeit, das ist die individuelle Kundbarkeit des Rechts für den Schädiger, die ihn vom Kreis der unbestimmten Vielheit unterscheidet; es genügt somit die tatsächliche, individuelle Kenntnis des Störers.²³⁸³ Hieraus ergibt sich ein Indiz dafür, dass die Eigentumsfreiheitsklage eng auszulegen ist: Wenn man nun mit *Erika Wagner* den negatorischen Rechtsschutz weit versteht und ihm auch eine Schadensabwehrfunktion zumisst,²³⁸⁴ gelangt man zum Ergebnis, dass für die Eigentumsfreiheitsklage entweder gar keine Offenkundigkeit des Rechts vonnöten ist oder aber eine subjektive Offenkundigkeit ausreicht,²³⁸⁵ was mit der hier erarbeiteten Konzeption der dinglichen Rechtswirkung, die sich an einen unbestimmten Adressatenkreis richtet, nicht verträgt. Zumindest bei der Eigentumsfreiheitsklage, mit der ein Eigentum an einem Recht durchgesetzt wird, kann somit jedenfalls von einem engen Anwendungsbereich ausgegangen werden.

Selbst wenn der Anwendungsbereich der Eigentumsfreiheitsklage auf die Anmaßung von Befugnissen reduziert wird, bleibt die fehlende sozialtypische Offenkundigkeit aber ein wesentliches Hindernis für ihre Geltendma-

2383 Ausf dazu *Koziol*, Beeinträchtigung 174 ff; s auch *Koziol*, öHPR II³ 124 f.

2384 S ausf *Wagner*, Unterlassungsansprüche 302 ff.

2385 Dies wäre dann der Fall, wenn man die subjektive Offenkundigkeit zum Verschulden zählt, was beim negatorischen Anspruch nicht nachgewiesen werden muss.

chung.²³⁸⁶ Wenn weder durch einen nach außen dringenden Rechtsgebrauch noch durch einen Publizitätsakt bei der Übertragung des Rechts eine sozial-typische Offenkundigkeit hergestellt wird, muss die Eigentumsfreiheitsklage daher scheitern. Denn eine Befugnis kann nicht angemaßt werden, wenn nicht kundbar ist, dass diese überhaupt besteht. Eventuell kommt hier jedoch nach Maßgabe der Beeinträchtigung fremder Forderungsinteressen ein Schadenersatzanspruch in Betracht.

4.2.6. Synthese

Die vorgehende Betrachtung hat gezeigt, dass im ABGB Rechte ebenso Gegenstand des Eigentumsrechts sein können wie körperliche Sachen. Dabei wird innerhalb des Eigentumsrechts nicht nach dem Gegenstand, auf das es sich bezieht, differenziert; die auf *Bartolus* zurückgehende Unterscheidung zwischen einem Eigentum ieS und einem Eigentum iwS erfolgt im ABGB nach dem expliziten Willen des Gesetzgebers nicht. Somit zeigt sich, dass das ABGB nach der Systematik von *Gretton*²³⁸⁷ einem gaianischen Modell entspricht, in dem das Eigentumsrecht nicht mit der körperlichen Sache verschmolzen ist, sondern auch an Rechten bestehen kann. Konstitutiv dafür ist das Institut der unkörperlichen Sache, das es ermöglicht, dass auch Rechte Gegenstand des Eigentumsrechts sein können. Damit befindet sich das ABGB in guter Gesellschaft: Insb bei Rechtsordnungen im romanischen Rechtskreis finden sich einige Beispiele, die eine gaianische Struktur tw unter Anerkennung eines Eigentums an unkörperlichen Sachen aufweisen.²³⁸⁸

Dieser Befund wirkt auf die Fassung des Eigentumsrechts zurück. Denn das Konzept des Eigentumsrechts ist im ABGB ein anderes als in einer pandektistisch orientierten Rechtsordnung wie dem BGB. Dort wird das Eigentumsrecht zu einem die körperliche Sache vollständig umfassenden, totalen Recht; das Eigentumsrecht ist somit die rechtliche Repräsentanz der körperlichen Sache, über die verfügt werden kann. Anders ist dies aber in einem System wie dem ABGB, in dem das Eigentumsrecht nicht den anderen Rechten logisch vorgelagert, sondern nur im Umfang von diesen verschieden ist. Dies zeigt sich auch dadurch, dass im Regelungssystem des ABGB eine Teilung zwischen Ober- und Untereigentum problemlos integriert werden konnte. Im ABGB ist das Eigentumsrecht für sich gesehen eher einem Proprietätsrecht angenähert, das das Recht beinhaltet, über eine Sache zu verfügen, diese zu verändern oder aber auch zu zerstören; die Eigentumsfreiheitsklage besteht nur dann, wenn die Befugnisse des Eigentümers angemaßt werden.²³⁸⁹ Diese Unterschiede bei der

2386 S dazu aus der Perspektive der franz Lit *Zenati*, RTD 1993, 305 (321 ff); *Ginossar*, *Droit réel* 60 ff, vgl aber auch *Dulckeit*, *Verdinglichung* 48 ff.

2387 *Gretton*, *RabelsZ* 2007, 802 (807).

2388 S für einen rechtsvergleichenden Überblick *Gretton*, *RabelsZ* 2007, 802 (807 ff).

2389 Instruktiv dazu *Zeiller*, *Privat-Recht*³ § 80 (118).

Konzeption des Eigentumsrechts sind für die Frage des Eigentums an Rechten hochbedeutend, da dieses in einem pandektistischen Paradigma zu einer völligen Paralisierung des Rechtsverkehrs führen würde. Im ABGB entfaltet das Eigentumsrecht seine vollständigen Wirkungen aber nur in Zusammenschau mit dem Besitz, was sich insb auch dabei zeigt, dass nach der Konzeption der Stammfassung auch der Eigentümer gegen Störungen, bei denen keine Rechtsanmaßung vorliegt, mit § 339 ABGB vorgehen soll. Dieses engere Konzept des Eigentumsrechts ist kompatibel mit einem Eigentum an Rechten: Aus diesem fließt bloß die Möglichkeit, gegen jemanden vorzugehen, der unberechtigtweise das Recht im eigenen Namen gebraucht oder der sich die Befugnisse des Eigentümers, sein Recht zu benützen – also es im eigenen Namen zu gebrauchen, es zu übertragen, durch ein beschränktes dingliches Recht zu belasten, oder aber auch sich seiner zu begeben – anmaßt. Im Resultat bedeutet die Anerkennung eines Eigentumsrechts an Rechten innerhalb des Regulationssystems des ABGB somit nichts anderes als eine positivrechtliche Verankerung der Rechtszuständigkeit, also den Grundsatz, dass ein Recht einem bestimmten Rechtssubjekt zugeordnet ist.

Durch die Lehren der Historischen Rechtsschule kam es zu einer Änderung in der Konstruktion des Eigentumsrechts in der österreichischen Zivilrechtsdogmatik. Dieses wurde in einem pandektistischen Modell als rechtliche Repräsentanz der (körperlichen) Sache und „Universalmutterrecht“ aufgeladen, von dem alle anderen Rechte abgeleitet werden. Dies zeigt sich bei der Auslegung des ABGB besonders stark im Bemühen, die Eigentumsfreiheitsklage – entgegen der Wertungen des Gesetzgebers – dem BGB anzunähern und direkt im Abschnitt zum Eigentum zu verankern und damit die Durchsetzung des Eigentumsrechts unabhängig vom Besitzschutz auszugestalten. Auswirkungen hat diese Anschauung insb für ein Eigentumsrecht an Rechten, da dieses nun zur system- und wertungswidrigen Anomalie wird. Die wiederholte Warnung der Denker der Historischen Rechtsschule vor der Auflösung aller Begrifflichkeiten und der damit einhergehenden Verwirrung durch ein Eigentumsrecht an Rechten ist ein illustratives Zeugnis dafür, dass ein pandektistisches Eigentumskonzept inkompatibel mit einem Eigentumsrecht an Rechten ist. Diese Systemwidrigkeit ergibt sich aber freilich nicht aus dem ABGB selbst, sondern erst durch die Interpretation seiner Bestimmungen durch die Historische Rechtsschule und die Hinwendung zu einem pandektistischen Paradigma.

4.3. Besitz an Rechten

Eine Sondersituation betrifft den Besitz an Rechten, der im ABGB auf Grund des einheitlichen Besitzbegriffs gleich wie der Sachbesitz behandelt wird.²³⁹⁰

²³⁹⁰ *Kodek* in Klang³ § 309 Rz 4.

Dabei wird von der hL aber nicht davon ausgegangen, dass der Rechtsbesitz generell nicht statthaft sei; dieser wird in seinem Anwendungsbereich vielmehr auf Rechte eingeschränkt, die die Innehabung einer körperlichen Sache zum Inhalt haben. Dabei sei bereits an dieser Stelle angemerkt, dass dies hinsichtlich des Umfangs des Besitzschutzes iW die Position ist, die auch dem BGB zu Grunde liegt, dessen Besitzkonzept – wie gesehen – nach anderen Grundsätzen aufgebaut ist als jenes des ABGB.²³⁹¹ Dies ist ein Indiz dafür, dass dieses enge Verständnis des Rechtsbesitzes einer pandektistischen Überformung der österreichischen Sachenrechtsdogmatik geschuldet ist. Es hat sich jedoch bereits gezeigt, dass im System des (dinglichen) Sachenrechts im ABGB die Bedeutung des Besitzes nicht für sich steht: Bei der Untersuchung der Eigentumskonzeption des Gesetzgebers der Stammfassung hat sich ergeben, dass der Schutz des Eigentumsrechts eng mit der in § 339 ABGB vorgesehenen Möglichkeit der Störungsabwehr verzahnt ist. Der Blick auf das Institut des Rechtsbesitzes ist somit auch notwendig, um das Eigentum an Rechten völlig zu erfassen.

Hinsichtlich des zivilrechtlichen Diskurses lässt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Eigentum an Rechten und dem Besitz an Rechten feststellen. Während das Eigentum an Rechten im aktuellen Meinungsstand – wie gesehen entgegen der Wertungen des Gesetzgebers – fast einmütig abgelehnt wird, sind die Ansichten zum Rechtsbesitz differenzierter. Dies ist maßgeblich auf die Arbeit von *Georg Kodek* zurückzuführen, der auch aus einer historischen Perspektive umfassend dargelegt hat, dass der Rechtsbesitz nicht auf den Fall beschränkt ist, dass die Ausübung des Rechts mit der Innehabung oder Verwendung einer körperlichen Sache verbunden ist.²³⁹² In Anschluss daran soll diese These weitergeführt werden, wobei der Fokus auf die Einordnung des Besitzschutzes in das System der Vermögenszuordnung, das dem ABGB nach dem Willen des Gesetzgebers zu Grunde liegt, und auf die Änderungen der Gesetzesinterpretation durch die Lehren der Historischen Rechtsschule gerichtet ist.

Bereits an dieser Stelle soll auf eine zusätzliche Komplikation bei der Untersuchung des Rechtsbesitzes hingewiesen werden. Während die materiellen Bestimmungen des Besitzes in §§ 309 ff ABGB weitgehend²³⁹³ der Stammfassung entsprechen, kam es hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung zu einer bedeuten-

2391 Im BGB ist der Rechtsbesitz ausschließlich bei einer eingetragenen Dienstbarkeit, die zumindest einmal im letzten Jahr ausgeübt wurde, anerkannt (§ 1029 BGB). Darüber hinaus gilt es jedoch zu beachten, dass der Sachbesitz im BGB weiter gefasst ist als im ABGB, sodass etwa auch Mieter und Pächter als Sachbesitzer angesehen werden. Wenn die österreichische hL den Rechtsbesitz somit auf Rechte begrenzt, die mit der Innehabung einer körperlichen Sache im Zusammenhang stehen, wird im Resultat genau in jenen Fällen ein Besitzschutz anerkannt, in denen dieser auch nach dem BGB besteht, s dazu weiterführend *Westermann/Gursky/Eickmann*, *Westermann Sachenrecht* 175 f; *Wieling/Finkenauer*, *Sachenrecht*⁶ (2020) 99 f.

2392 *Kodek*, *Besitzstörung* 124 ff.

2393 Geändert wurde nur § 310 ABGB.

den Änderung: Im Jahr 1849 wurde mittels Verordnung ein eigenständiges Besitzstörungsverfahren österreichweit eingeführt, das nunmehr in §§ 454 ff ZPO geregelt ist.²³⁹⁴ In der Folge wurde der Besitzschutz immer stärker mit den spezifischen Gegebenheiten dieses Verfahrens assoziiert.²³⁹⁵ Es gilt sich aber in Erinnerung zu rufen, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Stamfassung des ABGB keine besonderen prozessualen Regelungen zum Besitzstörungsverfahren bestanden; beim Entwurf der Justizgesetzgebungs-Hofkommission aus dem Jahr 1823,²³⁹⁶ der auch *Pratobevera* und *Zeiller* angehörten, wurde die Unterscheidung zwischen einem *possessorium summarium* und *ordinarium* vielmehr abgelehnt.²³⁹⁷ Für die Konstruktion des Besitzes, wie er in den Augen des Gesetzgebers bestand, soll dieser daher zunächst unabhängig von den zivilprozessualen Vorschriften betrachtet werden; es gilt aber gesondert zu thematisieren,²³⁹⁸ inwiefern durch die zivilprozessualen Wertungen zum Besitzschutz auch der materielle Inhalt des Besitzrechts modifiziert wird.

4.3.1. Wertungen des ABGB

Was Gegenstand des Besitzes sein kann, wird in § 311 ABGB ausdrücklich festgelegt. Demnach kommen körperliche gleich wie unkörperliche Sachen, die Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, für den Besitz in Betracht. Nach § 312 ABGB können dabei „*unkörperliche Sachen oder Rechte*“ durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen in Besitz genommen werden, wobei § 313 ABGB näher ausführt, unter welchen Umständen ein Gebrauch des Rechts im eigenen Namen vorliegt. Nach § 351 ABGB endet der Rechtsbesitz bei nicht in öffentliche Bücher eingetragenen Rechten nicht bereits durch den fehlenden Rechtsgebrauch, sondern nur, wenn der Verpflichtete erklärt, nicht mehr leisten zu wollen, was er bisher geleistet hat oder die Ausübung des Rechts bzw das Verbot, etwas zu unterlassen, nicht mehr duldet. Diese explizit angeführten Fälle enthalten keinen Hinweis auf die Notwendigkeit der Innehabung einer körperlichen Sache für die Position als Rechtsbesitzer.²³⁹⁹

Auch bei den Regelungen zur Ersitzung, die auf Grund des Erfordernisses des Besitzes (§ 1460 ABGB) eng mit dem Besitz verbunden sind, ergibt sich keine umfängliche Einschränkung des Rechtsbesitzes. Tendenziell ist eher das Gegenteil der Fall: So spricht § 1459 ABGB vom Besitz des Unter-sagungsrechts, das nach *Kodek* nicht zwingend mit der Innehabung einer

2394 Davor war ein solches Verfahren aber bereits in manchen Teilen des Kaiserreichs anerkannt, s zur Genese des Besitzstörungsverfahrens auf *Kodek*, Besitzstörung 68 ff.

2395 Ein besonders gutes Beispiel dafür ist die Arbeit von *Kodek*, die gleichermaßen die materiellrechtlichen Grundlagen wie auch das Verfahrensrecht zum Inhalt hat.

2396 Dazu auf *Canstein*, Der Besitzschutz nach österreichischem Rechte, GrünhutsZ 1879, 120 (194 ff).

2397 Mit vielen Nachweisen *Kodek*, Besitzstörung 64 ff.

2398 S 4.3.4.

2399 So auch *Kodek*, Besitzstörung 119.

körperlichen Sache im Zusammenhang steht.²⁴⁰⁰ § 1455 ABGB geht ganz explizit darauf ein, dass alles, was sich erwerben lässt, auch eressen werden kann; Ausnahme seien nur Sachen, die auf Grund ihrer Beschaffenheit oder gesetzlicher Bestimmungen nicht besessen werden können oder unveräußerlich sind. Zweifellos können aber auch Rechte, die nicht im Zusammenhang mit einer körperlichen Sache stehen, veräußert werden; auch vermag es die Verbindung zu einer körperlichen Sache nicht, die Beschaffenheit des Rechts wesentlich zu ändern. Darüber hinaus ist durchaus zweifelhaft, ob beim grundsätzlich ersetzungsfähigen Recht, Pfründe zu vergeben (§ 1471 ABGB), zwangsläufig ein Konnex zu einer körperlichen Sache gegeben sein muss. Aus den Wertungen zur Ersetzung lässt sich dabei zum Umfang des Rechtsbesitzes ebenso wenig gewinnen wie aus den Bestimmungen der ZPO zum Besitzstörungsverfahren.²⁴⁰¹ Aus dem Gesetzeswortlaut lässt sich sohin kein Indiz dahingehend entnehmen, dass bloß dinglich radizierte Rechte Gegenstand des Rechtsbesitzes sein können.

4.3.2. Meinungsstand

Die Frage, ob und inwieweit ein Besitz an Rechten möglich ist, wird von der aktuellen L sehr viel zwiespältiger beurteilt als hinsichtlich des Eigentumsrechts an Rechten. Eine – bemerkenswerterweise als neu bezeichnete²⁴⁰² – Auffassung plädiert dabei für einen engen Begriff des Rechtsbesitzes, bei dem das Recht, das Gegenstand des Besitzes ist, zwingend mit der Innehabung einer körperlichen Sache verbunden sein müsse. Für diese Position plädierte insb *Iro* – mit Rückgriff auf *Ehrenzweig* und *Burckhard* – mit dem Argument, dass eine Beeinträchtigung eines Besitzes an anderen Rechten nicht im Possessorium durchsetzbar sei; auch eine Drittwirkung komme nicht in Frage, da ein unbeabsichtigter Eingriff in nicht erkennbare Rechte nicht zu einer Unterlassungsverfügung führen dürfe. Generell komme es durch die Anerkennung eines Rechtsbesitzes ohne Erfordernis der Innehabung einer körperlichen Sache zu störenden Eingriffen in das Schuldrecht; der Rechtsbesitz sei somit auf Fälle einzuschränken, in denen nachteilig auf eine körperliche Sache eingewirkt werde.²⁴⁰³ *Welser/Kletečka* gehen davon aus, dass bloß bei Rechten, die mit der Innehabung oder dem sonstigen Gebrauch einer körperlichen Sache verbunden sind, ein Rechtsbesitz möglich sei, da nur bei diesen die Ausübung eines Rechts beeinträchtigt werden kön-

²⁴⁰⁰ *Kodek*, Besitzstörung 122.

²⁴⁰¹ So mit ausführlicher Prüfung, der vollinhaltlich zugestimmt werden kann, *Kodek*, Besitzstörung 126 ff.

²⁴⁰² *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 311 Rz 3. Dies ist insofern überraschend, als dass es sich um eine Wertung handelt, die in der pandektistischen Literatur ganz überwiegend vorzufinden ist. Die Auffassung ist somit keineswegs neu, eher die Übernahme der Wertungen durch die österreichische L.

²⁴⁰³ *Iro*, Besitzerwerb 5 ff.

ne; sie räumen dabei aber ein, dass die diese These stützende hL zweifelhaft sei.²⁴⁰⁴ Diese Ansichten verweisen jeweils auf *Ehrenzweig*, der sich für einen engen Begriff des Rechtsbesitzes ausspricht, da ansonsten der Schuldner bei Beendigung einer rechtlichen Verbindung den Gläubiger petitorisch auf Anerkennung des Nichtbestehens der Forderung klagen müsse; dementsprechend käme ein Rechtsbesitz nur bei auf Innehabung einer Sache gerichteten Forderungen in Betracht.²⁴⁰⁵ Für eine Modifikation des engen Begriffs des Rechtsbesitzes tritt *Kletečka* ein: Statt der Innehabung fordert er aus teleologischen Erwägungen eine „*ausreichende Nahebeziehung zwischen Recht und körperlicher Sache*“, da eine Störung des Besitzes ohne dieses Erfordernis nur durch Beeinflussung des Schuldners geschehen könne und durch einen weiten Begriff des Rechtsbesitzes die Person des Schuldners zum Objekt des Besitzschutzes gemacht werde.²⁴⁰⁶ Die wesentlichen Argumente für einen engen, auf Rechte, die im Konnex zur Innehabung von körperlichen Sachen stehen, begrenzten Rechtsbesitz sind zusammengefasst somit einerseits die damit einhergehende Vermengung von Schuld- und Sachenrecht, andererseits die Problematik der Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren.

Gegen eine enge Auffassung des Rechtsbesitzes ist neben *Gschnitzer*²⁴⁰⁷ va *Georg Kodek* aufgetreten.²⁴⁰⁸ Demnach folge weder vom Wortlaut des Gesetzes noch aus einer systematischen oder einer historischen Interpretation der Normen des ABGB eine Einschränkung des Rechtsbesitzes.²⁴⁰⁹ Dementsprechend seien etwa auch Bezugsverträge taugliche Objekte des Rechtsbesitzes,²⁴¹⁰ was mittlerweile auch der stRsp entspricht.²⁴¹¹ Die Position von *Kodek* wurde in der Kommentarliteratur breit anerkannt,²⁴¹² nichtsdestoweniger vertritt die wohl hL²⁴¹³ die Auffassung, dass der Rechtsbesitz nur an Rechten, die mit der Innehabung einer körperlichen Sache verbunden sind, möglich ist.²⁴¹⁴ Als solche werden insb Leihe, Miete, Pacht und Faust-

2404 *Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁵ 283 f Rz 820.

2405 *Ehrenzweig*, System I/2² 62 f.

2406 *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft (1999) 258 f.

2407 *Gschnitzer*, Sachenrecht 8 f.

2408 Erstmals in *Kodek*, Besitzstörung 112 ff.

2409 Für eine Zusammenfassung der Argumente, s *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 22 ff.

2410 Etwa zum Bezug von Warmwasser und Heizleistungen vom Vermieter *Kodek*, Besitzstörung durch Sperre der Versorgungsleistungen durch den Vermieter? wobl 2009, 328 (330 ff).

2411 LGZ Wien 13.3.1970, 45 R 123/70 MietSlg 22.014; *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 6.

2412 Mit ausführlicher Auseinandersetzung *Anzenberger* in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁵ § 311 Rz 4 f.

2413 Was *Kodek* wohl auch selbst so beurteilt, vgl *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 311 Rz 6.

2414 *Riss* in KBB⁷ § 311 Rz 1; *Illedits* in Schwimann/Neumayr, ABGB: Taschenkommentar⁶ § 311 Rz 3; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 311 Rz 1.

pfand anerkannt.²⁴¹⁵ Neue Argumente gegen die Ansicht von *Kodek* wurden jedoch nicht mehr vorgebracht.

4.3.3. Historische Genese

Um die Position des Gesetzgebers zum Umfang des Rechtsbesitzes sowie die Entwicklung der Auffassungen im geschichtlichen Kontext einordnen zu können, ist es nach der hier verfolgten Methodik notwendig, die historische Genese des Besitzes von Rechten näher zu beleuchten.

4.3.3.1. Antikes Rom

Im antiken römischen Recht kommt demjenigen Besitz zu, der tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, unabhängig davon, ob er diese unmittelbar selbst oder mittelbar über andere ausübt.²⁴¹⁶ Voraussetzung für den Erwerb der *possessio* sind *corpore et animo*, das heißt die Herstellung der tatsächlichen Gewalt über die Sache mit dem Willen, die Sache zu beherrschen.²⁴¹⁷ Es kommt hierbei nicht auf die Rechtmäßigkeit der tatsächlichen Gewalt über die Sache an;²⁴¹⁸ Besitzer ist nicht nur der Eigentümer, sondern auch derjenige, der die Eigentümerrolle für sich in Anspruch nahm – wie bspw. ein Dieb.²⁴¹⁹ Der Besitz wurde gegen Störung oder Entziehung durch sog. *interdicta* geschützt, die sich gegenüber dem Aktionenverfahren durch eine größere Straffheit und Schnelligkeit auszeichneten.²⁴²⁰

Nach dem Rechtsdenken im klassischen Rom ist Besitz nur an *corporalia* und damit einhergehend nicht an Rechten möglich.²⁴²¹ Dies führte insb. bei den Inhabern von Fruchtgenussrechten und Dienstbarkeiten für Friktionen, da diesen demnach kein Besitzschutz zukam. Eine Durchsetzung von Rechten konnte durch eigene Interdikte bei Dienstbarkeiten, die jedoch keinen umfassenden Schutz gewährleisten, erfolgen.²⁴²² In der Folge kam es daher zur analogen Anwendung der *interdicta* des Besitzschutzes auf Rechte;²⁴²³ um den Unterschied zur *possessio* zu illustrieren, wurde dabei der Begriff der

2415 S. nur *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 311 Rz 1.

2416 *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 384; zum Besitz im römischen Recht auch *Isola*, Notwendigkeit einer ‚dinglichen Einigung‘ 103 ff.

2417 *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 390.

2418 S. bereits *Bruns*, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1848) 78.

2419 So illustrativ *Gräfe*, Rechtsbesitz 14.

2420 *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 396.

2421 MWN *Beermann*, Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten (2000) 10.

2422 Diese betreffen insb. die älteren iura *praediorum rusticorum*, s. dazu weiterführend *Beermann*, Besitzschutz 11 f.

2423 Nach *Meischeider* ist dies nicht auf eine Reflexion, sondern vielmehr auf praktische Erwägungen zurückzuführen, *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz: Studien über alte Probleme (1876) 379; ebenso *Bruns*, Recht des Besitzes 82.

quasi possessio gebildet.²⁴²⁴ Damit wurde nach zustimmungswürdiger Ansicht von *Gunter Wesener* eine quasi Herrschaft über die körperliche Sache bezeichnet, welche sich nur auf das eingeschränkte Recht über die Sache bezieht.²⁴²⁵ So wird von der hL davon ausgegangen, dass die Bezeichnung *quasi possessio* für die Beziehung des Fruchtnießers zur Sache klassischen Ursprungs sei.²⁴²⁶ Im klassischen römischen Recht bestand daher noch kein Konzept des Rechtsbesitzes, jedoch können bereits die ersten Entwicklungsansätze dahingehend festgestellt werden.

Der possessorische Schutz des quasi Besitzers umfasste zunächst nur Rechte, die auf die Nutzung eines körperlichen Gegenstands radizierbar waren.²⁴²⁷ Eine *quasi possessio* war daher anerkannt bei Dienstbarkeiten, Fruchtgenussrechten, der Erbpacht und Erbbaurechten.²⁴²⁸ Der quasi possessorische Schutz bestand dabei gegen Dritte genauso wie gegen den Eigentümer des dienenden Grundstücks und gegenüber jenen, die ebenso ein Nutzungsrecht an einem Grundstück geltend machten.²⁴²⁹ Daneben war bereits im klassischen römischen Recht der Begriff der *possessio hereditatis* bekannt, der in der Erbschaftsherausgabeklage – der *hereditatis petitio* – verwendet wurde.²⁴³⁰ Damit wird nach heutiger Auffassung ausgedrückt, dass die vindizierte *hereditas* nicht nur körperliche *res*, sondern auch Rechte enthalten konnte.²⁴³¹ *Carl Georg Bruns* bezeichnet die *possessio hereditatis* jedoch als „Überbleibsel des alten Rechts“, in dem noch nicht zwischen unkörperlichen *res* und körperlichen *res* unterschieden wurde,²⁴³² da außerhalb der *hereditatis petitio* nie von einem Besitz an einer Erbschaft die Rede sei.²⁴³³

In der Folge kam es zu einer Weiterentwicklung von der *quasi possessio* an Rechten zu einer *iuris possessio* – also zu einem Rechtsbesitz. Dieser war im justinianischen Recht bereits grundsätzlich anerkannt.²⁴³⁴ Anders als bei der *quasi possessio*, die eine quasi Herrschaft über eine körperliche *res* darstellt,

2424 Zu diesen weiterführend *Kerber*, Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung (1970) 105 ff.

2425 *Wesener*, Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes, in FS Wilburg (1975) 453 (456); zur Darstellung des darüber in der älteren Lit bestehenden Streits s *Gräfe*, Rechtsbesitz 17 ff.

2426 MwN *Wesener*, Zur Denkform des „Quasi“ in der Römischen Jurisprudenz, in FS Donatuti III (1973) 1387 (1406).

2427 So auch *Möller*, Die Servituten 186.

2428 MwN zur *quasi possessio* bei Erbbaurechten *Gräfe*, Rechtsbesitz 23 ff; *Bruns*, Recht des Besitzes 82. Zu letzteren beiden s weiterführend *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 455 f.

2429 MwN *Beermann*, Besitzschutz 12 f.

2430 *Kaser*, Das römische Privatrecht II² 255 f; *Bruns*, Recht des Besitzes 83 f.

2431 MwN *Baldus* in Leible/Lehmann/Zech (Hrsg), Unkörperliche Güter im Zivilrecht 10 f.

2432 *Bruns*, Recht des Besitzes 84.

2433 Ebenso *Wesener* in FS Wilburg 456 f; *Savigny*, Das Recht des Besitzes 78 ff.

2434 *Wesener* in FS Wilburg 454.

handelt es sich bei der *iuris possessio* um die Herrschaft über eine unkörperliche *res*; man spricht daher von einem vergeistigten Besitzbegriff.²⁴³⁵ Es ist daher *Gunter Wesener* zuzustimmen, der den Rechtsbesitz als eine neue Rechtsfigur des römisch-justinianischen Rechts ansieht, die Ergebnis von bereits in der klassischen Zeit eingeleiteten Entwicklungen ist.²⁴³⁶

4.3.3.2. Mittelalter

Die Glossatoren schenken dem Institut des Rechtsbesitzes nur wenig Aufmerksamkeit und verblieben iW auf dem Stand, der bereits durch das klassische römische Recht vorgeprägt war.²⁴³⁷ Dementsprechend wurde eine *quasi possessio* bei unkörperlichen *res* bejaht, wobei va deren Anwendung auf Servitute thematisiert wurde.²⁴³⁸ Hierbei gingen die Glossatoren von einem possessorischen Schutz aller Dienstbarkeiten aus.²⁴³⁹ IZm dem Rechtsbesitz bestätigt sich somit, dass die Glossatoren va die Harmonisierung der antiken römischen Texte im Fokus hatten und anderen zeitgenössischen Strömungen nur wenig Beachtung schenken: So fehlten Bezugnahmen auf den Rechtsbesitz im kanonischen Recht, der wesentlich von dem antiken römischen Recht abwich, völlig.²⁴⁴⁰ Die Glossatoren wirkten daher weitgehend als Bewahrer des klassisch römisch-rechtlichen Instituts der *quasi possessio*.

Zu einer wesentlichen Extension des Rechtsbesitzes kam es im kanonischen Recht. Denn bereits im frühen Mittelalter erfolgte eine Ausdehnung der Wertungen zum Rechtsbesitz auf Episkopalrechte.²⁴⁴¹ Dies hatte den Hintergrund, dass die Kirche danach trachtete, ihren Besitz gegen Entziehung zu schützen.²⁴⁴² Dabei ist auffallend, dass der Besitz von Rechten in den päpstlichen Dekretalen außerordentlich häufig erwähnt wurde,²⁴⁴³ dem Sachbesitz kam im kanonischen Recht dahingegen jedoch nur eine untergeordnete Bedeutung zu.²⁴⁴⁴ Dies kann mit *Savigny* wohl darauf zurückge-

2435 *Wesener* in FS Donatuti III 1405; *Wesener* in FS Wilburg 456.

2436 *Wesener* in FS Wilburg 457.

2437 „[Man sieht] deutlich, dass die Glossatoren im Ganzen auch bei der Lehre vom Besitz der Rechte durchaus auf dem Boden des Römischen Rechtes stehen bleiben“ s *Bruns*, Recht des Besitzes 121; ähnlich *Wesener* in FS Wilburg 457 ff.

2438 Teils wurde aber auch von einem Besitz an Forderungsrechten ausgegangen, ohne an diese Qualifizierung jedoch weitere Folgerungen zu knüpfen, s weiterführend *Wesener* in FS Wilburg 459 f.

2439 MwN *Meischeder*, Besitz und Besitzschutz 394 f.

2440 MwN *Bruns*, Recht des Besitzes 124 f.

2441 *Beermann*, Besitzschutz 19; *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 19; *Wesener* in FS Wilburg 460.

2442 *Bruns* merkt dabei illustrativ an „Es muss in den ersten Jahrhunderten häufig vorgekommen sein, dass sich einzelne Bischöfe fremde Diözesen unter den Nagel gerissen haben“, s *Bruns*, Recht des Besitzes 128 f.

2443 Mit mehreren Beispielen *Bruns*, Recht des Besitzes 185 ff.

2444 Dementsprechend ist die Rechtsschöpfung im Kirchenrecht auch weitgehend auf den Rechtsbesitz beschränkt, während der Sachbesitz in der im justinianischen

führt werden, dass durch die Verfassung der Kirche und der europäischen Staaten im Mittelalter eine Vielzahl neuartiger Rechte geschaffen wurden, welche im klassischen römischen Recht noch unbekannt waren;²⁴⁴⁵ die possessorische Rechtsdurchsetzung war dabei ein effektives Mittel zur Wahrung der kirchlichen Ordnung.²⁴⁴⁶

Es gilt heute als unstr., dass dem Rechtsbesitz im kanonischen Recht die denkbar weiteste Ausdehnung zukam.²⁴⁴⁷ So wurden in den Dekretalen neben kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten auch Ämter und Würden sowie die damit verbundenen Benefizien und Pfründe und Reallasten als mögliche Objekte des Rechtsbesitzes anerkannt.²⁴⁴⁸ Dabei wird davon ausgegangen, dass diese Aufzählung in den Dekretalen nur deklarativ war und der Rechtsbesitz grundsätzlich an allen denkbaren Rechten möglich war.²⁴⁴⁹ Es wurde explizit auch ein Besitz an Familienrechten anerkannt: So war es etwa möglich, mit possessorischen Mitteln gegen einen Ehegatten vorzugehen, der ohne richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Scheidungs- oder Annulationsgrundes die eheliche Gemeinschaft verließ.²⁴⁵⁰ Daraus folgt, dass im kanonischen Recht possessorische Durchsetzungsmittel bestanden, unabhängig davon, ob das durchgesetzte Recht dinglich radiziert war oder nicht.²⁴⁵¹ Weitgehend unstr. war in der Kanonistik dabei die possessorische Durchsetzung von Rechten, bei denen die Möglichkeit der fortdauernden Ausübung des Rechts bestand.²⁴⁵² Gegenstand von Kontroversen war jedoch seit dem 13. Jhd, ob ein Rechtsbesitz auch bei Obligationen in Betracht kommt.²⁴⁵³ Die heute wohl herrschende, aber nicht unwidersprochene L geht davon aus, dass hier ein besitzähnlicher *status percipiendi* vor-

Recht ausgebildeten Form konserviert wird, s dazu weiterführend *Beermann*, Besitzschutz 21.

2445 *Savigny*, Recht des Besitzes 298.

2446 Auf die Bedeutung des Ausschlusses materiellrechtlicher Einwendungen hinweisend *Beermann*, Besitzschutz 22.

2447 *Kodek*, Die Besitzstörung 48 ff; *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 19; *Gräfe*, Rechtsbesitz 44; *Meischeder*, Besitz und Besitzschutz 395 ff.

2448 Ausf dazu *Bruns*, Recht des Besitzes 186 ff.

2449 Eine Ausnahme davon bildete das Recht des Mieters und des Pächters. Für dieses wird auch von den Kanonisten ein Rechtsbesitz ausgeschlossen, vgl mwN *Wesener* in FS Wilburg 460.

2450 Freilich gab es hierbei auch Ausnahmen: Gab es Befürchtung von Gewalt durch den Ehemann, kam es zu einer Restitution der Frau nur gegen Leistung einer Kautions, vgl *Bruns*, Recht des Besitzes 191 ff.

2451 *Beermann*, Besitzschutz 20; *Bruns*, Recht des Besitzes 196; aA *Savigny*, der davon ausgeht, dass sich der Besitz an Rechten auf den Besitz am Boden zurückführen lässt, s *Savigny*, Recht des Besitzes 299 ff.

2452 *Beermann*, Besitzschutz 21; *Coing*, Europäisches Privatrecht I 344.

2453 *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 19; krit zu den Stimmen, die den Rechtsbesitz an Obligationen verneinen *Bruns*, Recht des Besitzes 242 ff.

lag, der ebenso mit possessorischen Mitteln durchgesetzt werden konnte.²⁴⁵⁴ Die Verweigerung der Leistung aus einer Forderung wurde demgemäß als Entziehung des Besitzes aufgefasst, der mit einer possessorischen Klage begegnet werden konnte.²⁴⁵⁵ Das Besitzrecht im Mittelalter beschränkte sich daher nicht wie im antiken römischen Recht auf dingliche Rechte, sondern umfasste auch rein persönliche Rechte wie Familienrechte und Schuldrechte.

Die Anwendung des Besitzschutzes auf andere als dinglich radizierte Rechte erforderte eine generelle Evolution der Konzeption des Besitzschutzes. Denn die von *Justinian* bekannten Voraussetzungen des *animus* und *corpus* für die Begründung des Besitzes mussten für den possessorischen Schutz von rein persönlichen Rechten angepasst werden, da es bei diesen an der Möglichkeit der körperlichen Innehabung fehlte. An die Stelle des *corpus* tritt dabei das Erfordernis der fortdauernden Ausübung des Rechts.²⁴⁵⁶ Nicht eindeutig ist die Quellenlage zur Frage, ob für den Erwerb des Rechtsbesitzes bereits eine einmalige Ausübung ausreicht, oder ob diese mehrmals erfolgen musste.²⁴⁵⁷ Hinsichtlich des Umfangs des possessorischen Schutzes wird davon ausgegangen, dass dieser nicht durch die tatsächliche Ausübung des Rechts begrenzt ist, sondern die Totalität des Rechts, für das der *animus possidendi* besteht, umfasste.²⁴⁵⁸ Voraussetzung für den Rechtsbesitz war somit, dass die Rechtsausübung mit dem Willen, sich des Rechts zu bedienen, vorgenommen wird. Bei persönlichen Rechten erforderte dies jedoch stets auch die Anerkennung durch denjenigen, gegen den das Recht in Anspruch genommen wurde.²⁴⁵⁹ Bei Obligationen war daher eine zweiseitige Handlung erforderlich: die Geltendmachung des Rechts durch den Gläubiger und dessen Anerkennung durch den Schuldner.²⁴⁶⁰ Dies bestätigt sich auch bei der possessorischen Durchsetzung von Eherechten: Ein Besitz am Eherecht entstand erst durch den freien Ehekonsens der Ehegatten.²⁴⁶¹ Wenn der Besitzer an der Ausübung seines Rechts gehindert wurde oder wenn ein anderer das Recht erfolgreich in Anspruch nahm, ging der Rechtsbesitz verloren.²⁴⁶²

Die Kommentatoren zeigten sich gegenüber den Impulsen der Kanonistik wesentlich aufgeschlossener als noch die Glossatoren. So wurde der Besitz und Besitzschutz bei allen Rechten anerkannt, die einer dauernden Ausübung fähig sind, wobei nicht zwischen öffentlichen oder privaten Rechten,

2454 *Beermann*, Besitzschutz 20; *Gräfe*, Rechtsbesitz 43; mwN *Huwiler*, Begriff der Zession 18; *Wesener* in FS Willburg 461; *Meischeder*, Besitz und Besitzschutz 398 f.

2455 *Gräfe*, Rechtsbesitz 43.

2456 *Coing*, Europäisches Privatrecht I 343.

2457 mwN *Bruns*, Recht des Besitzes 202.

2458 *Bruns*, Recht des Besitzes 203.

2459 *Coing*, Europäisches Privatrecht I 344.

2460 *Bruns*, Recht des Besitzes 201 ff.

2461 Die bloß einseitige „Heimführung“ begründet daher noch keinen Besitz am Eherecht. S weiterführend *Bruns*, Recht des Besitzes 194.

2462 *Coing*, Europäisches Privatrecht I 344 f.

Personen- oder Sachenrechten unterschieden wurde.²⁴⁶³ Str war hingegen, inwiefern ein Besitzschutz bei persönlichen Obligationen bestehen könne.²⁴⁶⁴ Nach der von *Bartolus* geprägten hL bei den Kommentatoren komme ein solcher nur dann in Betracht, wenn dem Gläubiger ein *jus reale* an der Person des Schuldners zukommt, wie etwa bei Vasallen oder Hörigen; ansonsten müsse ein Rechtsbesitz an Obligationen ausscheiden.²⁴⁶⁵ Durch die Kommentatoren kam es daher zu einem Übergang von kirchenrechtlichen Wertungen in die weltliche Praxis, welche noch in der frühen Neuzeit Auswirkungen zeitigte.²⁴⁶⁶

4.3.3.3. Neuzeit

In der frühen Neuzeit befanden sich Theorie und Praxis des Rechtsbesitzes weitgehend auf den Bahnen, die das kanonische Recht vorgegeben hatte.²⁴⁶⁷ Dementsprechend kam es während der Rezeption und des *usus modernus* – trotz der vermehrten Berücksichtigung des römischen Rechts – zur Anwendung von besitzrechtlichen Regelungen auf Rechte. Nach *Helmuth Coing* war diese Ausweitung für die Rechtsentwicklung in der frühen Neuzeit von besonderer Bedeutung, da diese erlaubte, neuartige Rechte (wie etwa das Lehn), die im römischen Recht noch nicht existierten, in das Rechtssystem zu integrieren.²⁴⁶⁸ In Österreich war im heimischen Partikularrecht bereits seit dem 14. Jhd der Besitz an Rechten wie etwa an Zehnten oder Patronatsrechten anerkannt; der Besitz an Rechten findet etwa auch im *tractatus de iuribus incorporalibus* Erwähnung.²⁴⁶⁹ Beim Rechtsbesitz kam es zu daher in der frühen Neuzeit zu einer Verbindung verschiedener Elemente des einheimischen, des kanonischen und des römischen Rechts, wobei sich dem Namen nach die römische *possessio* durchsetzte, der Sache nach aber wohl eher nicht.²⁴⁷⁰

Seit dem *usus modernus* vermehren sich die Versuche, den Besitz systematisch zu fassen.²⁴⁷¹ Der Besitz an Rechten wurde dabei wieder als *quasi posses-*

2463 *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 42 f; auch ein Besitz an Familienrechten – wie etwa der Besitz am Sohn oder an der Tochter – wurde anerkannt, s mwN *Wesener* in FS Wilburg 465.

2464 MwN *Bruns*, Recht des Besitzes 277 ff.

2465 *Wesener* in FS Wilburg 464.

2466 Nach *Kodek* hatte etwa die Spolienklage bis zu *Savigny* einen Platz in der weltlichen Rechtswissenschaft, s *Kodek*, Besitzstörung 50.

2467 *Gräfe*, Rechtsbesitz 45; *Bruns*, Recht des Besitzes 406.

2468 *Coing*, Europäisches Privatrecht I 342.

2469 MwN *Wesener* in FS Wilburg 473.

2470 *Floßmann et al* gehen davon aus, dass sich die Gewere durchsetzte. Zu bedenken ist hierbei jedoch, dass auch der weite Besitzschutz des Kirchenrechts einen breiten Widerhall gefunden hat, s dazu weiterführend *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 165.

2471 *Coing*, Europäisches Privatrecht I 179.

sio – also als analoge Anwendung der Besitzregelungen aufgefasst.²⁴⁷² Wie im Mittelalter trat dabei an die Stelle des *corpus* die fortdauernde Ausübung von Rechten; der *animus possidendi* äußert sich in Handlungen, die der Besitzer mit dem Willen, sich eines Rechts zu bedienen, ausübt. Darüber hinaus muss jedoch eine Duldung desjenigen, demgegenüber das Recht in Anspruch genommen wird, vorliegen.²⁴⁷³ Der Rechtsbesitzer konnte dabei gegen den Verpflichteten, aber auch gegen Dritte vorgehen, wenn sein Recht beeinträchtigt wurde.²⁴⁷⁴ Ein lang währender Streit betraf dabei die Frage, welche Rechte Gegenstand des Rechtsbesitzes sein können. Hierbei wurde während des Zeitalters der Rezeption und des *usus modernus* die Anwendung der Regeln zum Rechtsbesitz auf persönliche, nicht dinglich radizierte Rechte mehrheitlich abgelehnt.²⁴⁷⁵ Dieser Gedanke findet sich auch bei *Hugo Grotius* wieder, der davon ausgeht, dass der Besitz nur an körperlichen Gegenständen möglich sei; ein Rechtsbesitz sei nur ausnahmsweise im Wege der Analogie zulässig.²⁴⁷⁶ Spätere naturrechtliche Autoren teilten zwar die Einschätzung, dass der Rechtsbesitz bloß eine analoge Anwendung der Regelungen des Besitzes darstelle; eine solche sei jedoch grundsätzlich an allen Rechtsobjekten möglich.²⁴⁷⁷

In der Rechtspraxis verblieb man jedoch beim weiten Konzept des Rechtsbesitzes, weshalb der Umfang der durchsetzbaren Rechte denkbar weit war.²⁴⁷⁸ Dementsprechend waren auch Personen- und Zustandsrechte wie etwa die Ehe und die väterliche Gewalt, aber auch Staatsämter und die Religionsausübung Gegenstand des possessorischen Schutzes.²⁴⁷⁹ Daraus folgt, dass in der frühen Neuzeit grundsätzlich sämtliche Rechte Objekt des Rechtsbesitzes sein konnten, sofern bei diesen eine andauernde Ausübung möglich war; Einwände dagegen bestanden insb basierend auf römisch-rechtlichen Überlegungen.²⁴⁸⁰

4.3.3.4. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts

Prima facie findet sich der Besitz im CMBC ganz in der gemeinrechtlichen Tradition geregelt. So wird hinsichtlich der Einteilung des Besitzes ausgeführt: „Die Possession wird in Veram & Quasi (...) geteilt. Vera versteht sich nur von körperlichen, Quasi von unkörperlichen Dingen.“²⁴⁸¹ Bereits die Regelungen zum Erwerb des Rechtsbesitzes zeigen jedoch, dass beim Rechtsbesitz von gemeinrechtlichen Konzeptionen abgegangen wurde. So findet

2472 Wesener in FS Bydlinski 478.

2473 MwN Coing, Europäisches Privatrecht I 344 f.

2474 MwN Coing, Europäisches Privatrecht I 345.

2475 Wesener in FS Bydlinski 478; Wesener in FS Wilburg 467; *Genius*, Bestandsschutz 142.

2476 MwN Gräfe, Rechtsbesitz 52 ff.

2477 MwN zu Pufendorff und Wolff Gräfe, Rechtsbesitz 54 ff.

2478 Coing, Europäisches Privatrecht I 344.

2479 MwN Bruns, Recht des Besitzes 407.

2480 So auch *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 165.

2481 II 5 § 2 CMBC.

sich die Regel, dass der Besitz an unkörperlichen Dingen, die körperlichen anhängen, gemeinsam mit letzteren erworben wird; sofern unkörperliche Dinge jedoch nicht an körperlichen anhängen, werde der Besitz aber durch den wirklichen Gebrauch erworben.²⁴⁸² Daraus folgt, dass im CMBC der Rechtsbesitz nicht davon abhängig war, ob das Recht dinglich radiziert war. Dieser Eindruck bestätigt sich in *Kreittmayrs* Kommentierung des CMBC. Dieser erklärt, dass für „*alle jura incorporalia und zwar ohne Unterschied inter realia vel personalia*“ ein Besitzschutz möglich sei.²⁴⁸³ Später führt er aus, dass auch ein Pächter als Besitzer anzusehen sei, „*obschon nicht von der re locata, doch von dem usu rei und der Gerechtsame, welche ihm a locatore hierauf eingeräumt*“ wurde.²⁴⁸⁴ Von Interesse sind auch die Ausführungen *Kreittmayrs* zur Herkunft der Unterscheidung der wirklichen und quasi Possession: Dieser Unterschied sei in Deutschland nicht bekannt; er rühre vielmehr „*ursprünglich aus dem unrichtigen Begriff her, welchen sich die Römischen iurisconsulti theils von der Possession, theils von unkörperlichen Dingen gemacht hatten* (...). *Sie bildeten sich ein, man könnte dergleichen Dinge proprie nicht possedieren, daher nannten sie ein solches Innehaben nur quasi possessionem* (...).“²⁴⁸⁵ Im Unterschied zum römischen Recht kannte der CMBC jedoch kein eigenständiges, vom Sachbesitz getrenntes Institut des Rechtsbesitzes; bei der Rechtsdurchsetzung wurde zwischen dem Besitz von körperlichen und unkörperlichen Dingen kein Unterschied gemacht.²⁴⁸⁶ Im CMBC findet sich daher ein umfassendes Besitzkonzept geregelt, das sowohl auf körperliche Gegenstände als auch auf Rechte – unabhängig davon, ob diese dinglich radiziert sind oder nicht – Anwendung findet.

Von besonderem Interesse für die vorliegende Untersuchung ist der Rechtsbesitz im ALR, da diesem ein ähnliches Schicksal wie im ABGB ereilte. Von der Genese der Regelungen zum Besitz im ALR besteht ein umfassendes Bild, da die Vorarbeiten der Kommission erhalten geblieben sind.²⁴⁸⁷ In einer frühen Fassung wurde der Besitz als „*Gewalt über eine Sache, eine körperliche oder eine unkörperliche*“ definiert; da diese Definition für den Besitz an Rechten für unpassend angesehen wurde,²⁴⁸⁸ entschloss man sich, in der Besitzdefinition Sach- und Rechtsbesitz zu trennen.²⁴⁸⁹ Der Besitzschutz von Rechten entsprach dabei jedoch weitgehend jenem bei körperlichen Objekten.²⁴⁹⁰ Im ALR fand sich dabei

2482 II 5 § 6 CMBC.

2483 *Kreittmayr*, Anmerkungen II 583.

2484 *Kreittmayr*, Anmerkungen II 598.

2485 *Kreittmayr*, Anmerkungen II 583.

2486 Weiterführend zur Rechtsdurchsetzung *Wesener* in FS *Kreittmayr* 90 f; *Gräfe*, Rechtsbesitz 61.

2487 *Simon/von Strampff*, Materialien des allgemeinen Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz, und von der Verjährung (1836).

2488 *Simon/von Strampff*, Materialien des allgemeinen Landrechts 116.

2489 I 7 §§ 1–5 ALR. MWN dazu *Bruns*, Recht des Besitzes 432.

2490 MWN *Wesener* in FS *Wilburg* 472.

sowohl für die Innehabung eines Rechts²⁴⁹¹ als auch für dessen Besitz²⁴⁹² eine Legaldefinition. *Jürgen Gräfe* zeigte an Hand der Materialien auf, dass die Redaktoren dabei explizit auch obligatorische Rechte als vom Rechtsbesitz umfasst ansahen; insb wurden auch Forderungen als taugliches Objekt des Rechtsbesitzes erachtet.²⁴⁹³ Im endgültigen Gesetzestext wurde dann hinsichtlich der möglichen Objekte des Rechtsbesitzes zwischen affirmativen Rechten,²⁴⁹⁴ negativen Rechten²⁴⁹⁵ und Untersagungsrechten²⁴⁹⁶ differenziert, die sich jeweils im Erwerb des Rechtsbesitzes unterscheiden. Ein Besitz an einem affirmativen Recht bestehe bloß für fortdauernde Schuldigkeiten, weshalb Forderungen kein taugliches Objekt des Rechtsbesitzes im ALR seien;²⁴⁹⁷ explizit erwähnt wurde im ALR jedoch etwa der Besitz eines Zinsrechts. Daraus wird gefolgert, dass im ALR sämtliche Vermögensrechte²⁴⁹⁸ – unabhängig davon, ob diese dinglich radiert waren oder nicht – dem Rechtsbesitz zugänglich waren.²⁴⁹⁹

In weiterer Folge kam es jedoch zu einer wesentlichen Verengung des Rechtsbesitzes im ALR. Beeinflusst durch pandektistische Lehren wurde in der Rsp der possessorische Schutz von rein obligatorischen und affirmativen Rechten ausgeschlossen.²⁵⁰⁰ Dies wurde dadurch gerechtfertigt, dass (i) eine obligatorische Leistung nie dauernd sein könne, da es sich stets nur um einzelne Leistungen handle und (ii) der Besitz als ein dingliches Recht nicht an einem bloß relativ wirkenden Recht zwischen Personen durchgesetzt werden könne.²⁵⁰¹ Im Jahr 1844 sprach das preußische Obertribunal in Folge dieser engen Konzeption des Rechtsbesitzes aus, dass eine Besitzstörung an einem affirmativen persönlichen Recht dem Grundsatz nach nicht möglich sei.²⁵⁰² In weiterer Folge kam es sukzessive zu einer weiteren Einengung der Trag-

2491 I 7 § 4 ALR: Wer ein Recht ausübt, ist Inhaber des Rechts.

2492 I 7 § 5 ALR: Wer ein Recht für sich selbst ausübt, wird Besitzer des Rechts genannt.

2493 *MwN Gräfe*, Rechtsbesitz 70.

2494 Dies ist das Recht, von einem anderen eine Handlung zu fordern, vgl I 7 § 80 ALR.

2495 Dies ist das Recht, von einem anderen zu fordern, eine Handlung, die dieser grds untersagen könnte, weiterhin zu tolerieren, vgl I 7 § 81 ff ALR.

2496 Dies ist das Recht, einem anderen eine Handlung zu untersagen, vgl I 7 § 86 ALR.

2497 Dem entspricht auch der enge Sachbegriff des ALR, der – wie gezeigt – voraussetzt, dass eine Sache Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann, s dazu weiterführend 2.3.4.

2498 Dies bedeutet iW den Ausschluss von Personenrechten als taugliches Objekt des Rechtsbesitzes. s weiterführend *Bruns*, Recht des Besitzes 433 f.

2499 Mit einer Auflistung von unterschiedlichen Rechten, deren Besitz im ALR explizit anerkannt wurde *Gräfe*, Rechtsbesitz 72; *Wesener* in FS Wilburg 472; *Bruns*, Recht des Besitzes 434.

2500 *Beermann*, Besitzschutz 34; *Coing*, Europäisches Privatrecht II 378.

2501 Ausf zu diesem pandektistisch geprägten Standpunkt *Förster/Eccius*, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts III⁴ (Nachdruck 2019) § 159 (29 ff).

2502 Krit und *mWN* dazu *Meischeder*, Besitz und Besitzschutz 404 ff.

weite des Rechtsbesitzes durch die Rsp.²⁵⁰³ Gründe für diese Entwicklung verortet *Christopher Beermann* wohl zu Recht in der damals wachsenden Abneigung gegen das als unzeitgemäß empfundene ALR und der von der Pandektistik geprägten Geisteshaltung, die die im Mittelalter entstandenen, „unrömischen Auswüchse“ im Besitzrecht zu beseitigen suchte.²⁵⁰⁴

4.3.3.5. ABGB und Vorarbeiten

4.3.3.5.1. Vorarbeiten

Im Codex Theresianus findet sich der Rechtsbesitz in einer für das gemeine Recht typischen Form geregelt. Demnach gelten nur körperliche Dinge „*des wahren Besitzes fähig; unkörperliche Dinge hingegen, als Rechte, Gerechtigkeiten und Dienstbarkeiten werden bloß gleichnisweise besessen*“²⁵⁰⁵. Das Besitzrecht im Entwurf Horten enthält dahingegen keine umfassenden Bestimmungen zum Rechtsbesitz bzw zur unkörperlichen Sache. Es besteht eher Grund zur Annahme, dass von einem engen Konzept des Rechtsbesitzes ausgegangen wird, da der Besitz an Rechten einzig iZm Rechten, die an liegenden Gütern anhaften – also Dienstbarkeiten – thematisiert wird.²⁵⁰⁶ Dem aber widerspricht der Umstand, dass wie *Georg Kodek* nachgewiesen hat, im Entwurf Horten ein Besitz an der Eigenschaft eines Landmannes, eines Bürgers, eines befreiten oder unbefreiten Landeseinwohners anerkannt war²⁵⁰⁷ bzw vom Besitz der Vaterschaft²⁵⁰⁸ oder dem Besitz der Verwandtschaft²⁵⁰⁹ die Rede ist.²⁵¹⁰ Inwiefern im Entwurf Horten nun tatsächlich ein Rechtsbesitz, der sich auch auf Familienrechte erstreckt, bestand, muss an dieser Stelle offen bleiben;²⁵¹¹ denkbar wäre auch, dass der Begriff des Besitzes in der Verwendung im Entwurf Horten eher als *possessio naturalis* iSe bloßen Inhaberschaft eines Rechts ohne rechtliche Wirkung aufzufassen ist.

Eine wesentliche Änderung erfuhr der Rechtsbesitz im Entwurf Martini, wo im zweiten Hauptstück den Regelungen zum Besitz eine deutlich besser sicht-

2503 Von einer „richterlichen Rechtsschöpfung“ spricht *Beermann*, Besitzschutz 34 ff.

2504 *Beermann*, Besitzschutz 39.

2505 Codex Theresianus II, Cap. XXIV § 1 n.14.

2506 Entwurf Horten I, 2. Cap § 6. Dieselbe Wertung wird auch für die Verjährung eines Rechts getroffen: Entwurf Horten 2, 7. Cap § 22, vgl dazu die Regelungen zum CMBC, wo ausdrücklich zwischen Rechten, die Dingen anhaften, und solchen, die dies nicht tun, differenziert wird.

2507 Entwurf Horten I, 2. Cap § 13.

2508 Entwurf Horten I, 4. Cap § 14.

2509 Entwurf Horten I, 5. Cap § 3.

2510 *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 22 ff; *Kodek*, Besitzstörung 112 f; mit Verweis auf *Hussarek*, Die familienrechtliche Alimentation nach österr Rechte, GrünhutsZ 1893, 649 (708).

2511 Erschwert wird das dadurch, dass die Regelungen zum Besitzerwerb – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nicht im Josephinischen bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft getreten sind, s mwN *Kocher*, Höchstgerichtsbarkeit 143.

bare Position eingeräumt wurde als noch im Entwurf Horten.²⁵¹² So gilt, dass körperliche und unkörperliche Sachen, die den Gegenstand eines Rechts ausmachen, in Besitz genommen werden können; ausgenommen davon sind nur solche Sachen, die sich nicht erschöpfen und sich auch nicht schätzen lassen.²⁵¹³ Ein Recht am Besitz wird durch Gebrauch erworben,²⁵¹⁴ als solcher gilt (i), wenn ein anderer sich verbunden glaubt, etwas zu leisten, (ii) jemand gestattet, seine Sache zum Nutzen eines anderen zu verwenden und (iii), wenn jemand das, was er sonst zu tun befugt wäre, auf Verlangen unterlässt.²⁵¹⁵ Diese Aufzählung entspricht weitgehend der Unterscheidung zwischen affirmativen Rechten, negativen Rechten und Verbotsrechten im ALR.²⁵¹⁶ Einblick in die im Entwurf Martini vom Rechtsbesitz umfassten Rechte erlauben dabei die Bestimmungen zur Ersitzung von Rechten. Hierbei gilt, dass alles, was sich erwerben lässt, auch eressen werden kann; Sachen, die nicht besessen werden können, sind auch einer Ersitzung nicht zugänglich.²⁵¹⁷ Daraus folgt, dass Majestätsrechte,²⁵¹⁸ die nur dem Staatsoberhaupt zukommen, ebenso wenig eressen werden können wie Personenrechte – wie etwa die Rechte eines Ehegattens, eines Vaters oder eines Kindes.²⁵¹⁹ Es wird daher von der hL davon ausgegangen, dass der Rechtsbesitz im Entwurf Martini weit war und auch obligatorische Rechtspositionen, nicht aber Status- und Familienrechte miteingeschlossen hat.²⁵²⁰

4.3.3.5.2. ABGB und weitere gesetzliche Bestimmungen

Die Bestimmungen des ABGB zum Rechtsbesitz sind eng an den Entwurf Martini angelehnt. Nur in Einzelheiten kam es behutsam zu Abänderungen, wovon die Beratungsprotokolle zeugen: So seien nach *Zeiller* alle unerschöpflichen und unschätzbaren Sachen dem Verkehr entzogen, weshalb anders als nach *Martinis* Definition darauf abzustellen sei, ob die Sache Gegenstand des rechtlichen Verkehrs ist.²⁵²¹ Darüber hinaus kommt es für den Erwerb des

2512 Im Entwurf Horten war der Besitz noch im 21. Kapitel des zweiten Teils geregelt.

2513 Entwurf Martini II, 2. HS, § 3.

2514 Entwurf Martini II, 2. HS, § 4.

2515 Entwurf Martini II, 2. HS, § 5.

2516 Auf weitere Parallelen zwischen ALR und Entwurf Martini hinweisend, *Gräfe*, Rechtsbesitz 78 f.

2517 Entwurf Martini III, 18. HS, § 9.

2518 Entwurf Martini III, 18. HS, § 10.

2519 Entwurf Martini III, 18. HS, § 12.

2520 Vgl. *Barta* in *Barta/Pallaver* (Hrsg.), Karl Anton von Martini 110; *Wesener* in FS Bydliniski 479; *Barta* in *Barta/Palme/Ingenhaeff* (Hrsg.), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 438 ff; *Wesener* in FS Wilburg 474.

2521 *Ofner*, Urentwurf I 226, vgl. heute § 311 ABGB. Daraus ergibt sich iZm der Ersitzung eine gewisse Doppelung, da hier in direkter Übernahme der entsprechenden Bestimmung des Entwurf Martini wieder darauf abgestellt wird, ob ein Objekt erworben werden kann. Dies wurde trotz entsprechenden Hinweises beibehalten, s. *Ofner*, Urentwurf II 260.

Rechtsbesitzes – anders als nach dem Entwurf Martini – nicht darauf an, ob sich der andere zu einer Handlung verpflichtet glaubt; es reiche, wenn dieser eine Handlung setzt oder unterlässt.²⁵²² Diese Änderungen gehen aber wohl nicht so weit, eine strukturelle Änderung des Konzepts des Rechtsbesitzes nach sich zu ziehen.

Auffallend ist, dass in den Beratungsprotokollen der Name *Savignys* keine Erwähnung findet. Denn bereits 1803 hatte dieser eine vielbeachtete Monographie zum Recht des Besitzes verfasst, die bereits großen Einfluss auf seine Zeitgenossen hatte.²⁵²³ So wird davon ausgegangen, dass *Zeiller* bei den Beratungen zu den Besitzvorschriften in der 1. Lesung noch keine Kenntnis von *Savignys* Werk hatte.²⁵²⁴ In einem Anhang zur Revision aus dem Jahr 1808 merkte *Zeiller* nur an, dass die Lehre vom Besitz und Besitzrecht im römischen Recht so dunkel und so verworren vorgetragen wurde, „*dass die bewährtesten Schriftsteller selbe in den neusten Zeiten noch nicht in das Reine bringen konnten*“²⁵²⁵ – was durchaus als Seitenhieb gegen *Savigny* verstanden wird.²⁵²⁶

Hinsichtlich der Rechte, die possessorisch geschützt werden können, ergeben sich aus den überlieferten Dokumenten keine direkten Aussagen.²⁵²⁷ Indirekt ergeben sich aber durchaus Anhaltspunkte, dass die Redaktoren des ABGB – gleich wie im Entwurf Martini – den Rechtsbesitz umfassend dachten. So gehen die Verfasser wohl davon aus, dass auch ein Besitz an Forderungen denkbar sei: In der Diskussion zur Frage, unter welchen Umständen der Rechtsbesitz erlischt, wurde vom innerösterreichischen Appellationsgerichtshof vorgebracht, dass eine eigene Bestimmung für das Erlöschen von bedingten oder nicht fälligen Forderungen notwendig sei; *Zeiller* verwies auf die generellen Regelungen, problematisierte jedoch den Besitz an Forderungen nicht weiter.²⁵²⁸ Daraus lässt sich wohl folgern, dass nach Ansinnen der Redaktoren der Rechtsbesitz so weit zu interpretieren ist, dass auch der possessorische Schutz von Forderungen keine grundsätzlichen Bedenken hervorruft.²⁵²⁹

Diese These findet eine Stütze bei *Georg Kodek*, der gesetzliche Bestimmungen im 19. Jhd auf die Konzeption des Rechtsbesitzes untersuchte. Demnach habe der Gesetzgeber von der Möglichkeit einer possessorischen Geltendmachung des Herrenzinses²⁵³⁰ (*dominicale*) und von Bezugsrechten

2522 *Ofner*, Urentwurf I 227.

2523 S etwa *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 386.

2524 *MwN Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 206.

2525 *Ofner*, Urentwurf II 483.

2526 So auch *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 206 (Fn 5). Dem kann aber entgegnet werden, dass *Zeiller* in seiner Kommentierung das Werk von *Savigny* als „vorzüglich“ bezeichnete, s *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 309 Rz 1 (39 Sternchennachweis).

2527 So auch *Kodek*, Besitzstörung 113.

2528 *Ofner*, Urentwurf I 242.

2529 Ebenso *Kodek*, Besitzstörung 113.

2530 Kundmachung des dalmatinischen Guberniums v 6.12.1843, Nr 2709.

von Naturalleistungen für Kirchen, Schulen und Pfarren²⁵³¹ anerkannt.²⁵³² Daraus folgt, dass der Gesetzgeber des frühen 19. Jhds grundsätzlich von einem weiten Verständnis des Rechtsbesitzes ausging, der persönliche Sachenrechte gleich wie dingliche Sachenrechte umfasste.

4.3.3.5.3. Exegetische Literatur

In der frühen Lit finden sich keine Hinweise auf eine wesentliche Begrenzung der Rechte, die Objekt des Rechtsbesitzes sein können. So nennt *Zeiller* nur zwei Ausnahmen für die besitzfähigen Rechtsobjekte: (i) Sachen, die ihrer Natur nach nicht besessen werden können wie unermessliche Dinge oder Sachen von unerschöpflichem Gebrauche (Luft, Sonnenlicht etc) und Sachen, die aus Religions- und Staatsgründen nicht im Besitz stehen können.²⁵³³ Alle übrigen im Verkehre stehenden Sachen können Gegenstand des Besitzes sein, wobei dies explizit auch für unkörperliche Sachen gilt.²⁵³⁴

Darüber hinaus findet sich bei *Zeillers* Kommentierung zum Verlust des Rechtsbesitzes ein expliziter Hinweis darauf, dass der Rechtsbesitz nicht auf Rechte, die auf eine körperliche Sache radiziert sind, beschränkt ist. Denn er führt aus, dass Rechte, die mit dem Besitz einer Sache verbunden sind, mit dem Untergang der Sache erlöschen und verweist auf §§ 349 f ABGB; von diesen Rechten sei aber nicht die Rede.²⁵³⁵ Daraus ergibt sich, dass durchaus auch ein Besitz an Rechten bestehen kann, die sich nicht auf körperliche Sachen beziehen, deren Erlöschung sich allein nach § 351 ABGB bestimmt.

Aus der Kommentierung von *Zeiller* ergibt sich auch, dass das Konzept des Besitzes im ABGB von den Vorstellungen von *Savigny* abweicht. Denn als Vorteile des Besitzes definiert er:

*„Der Besitzer ist a) nicht schuldig, seinen Titel anzuzeigen, noch minder zu beweisen (§ 328); b) er geht im Zweifel dem Nichtbesitzer vor (§ 329); er muss c) nur dann weichen, wenn ein anderer sein Eigentums- oder stärkeres Besitzrecht (§§ 344–347) dargetan hat; er wälzt also d) die Last des Beweises auf seinen Gegner, und er ist e) fähig, die Sache zu ersitzen (§ 1463). Daher stehen ihm auch f) Rechtsmittel zu, gegen einzelne Eingriffe und umso mehr gegen die gänzliche Besitzentsetzung sich zu schützen.“*²⁵³⁶

2531 § 3 KaisV RGBL 1854/96.

2532 Darüber hinaus weist *Kodek* auf die Materialien zur ZPO hin, die einen possessorischen Schutz sämtlicher Schuldtitle nahelegen, s mwN *Kodek*, Besitzstörung 114.

2533 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 311 Rz 2 (43).

2534 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 311 Rz 3 (43).

2535 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 351 Rz 1 (103 f).

2536 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 339 Rz 1 (85 f).

Demgegenüber sei bei *Savigny* die Funktion des Besitzes auf die letzten beiden Merkmale beschränkt.²⁵³⁷

Auch in der sonstigen frühen Kommentarliteratur wird einhellig von einem weiten Konzept des Rechtsbesitzes ausgegangen. *Franz Xaver Nippel* plädiert dafür, dass alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, die Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, possessorisch durchgesetzt werden können; nicht möglich sei der Rechtsbesitz etwa an ausländischen Lotterielosen sowie militärischen und sakralen Gegenständen.²⁵³⁸ Auch nach *Joseph Winiwarter* können mit den genannten Ausnahmen alle körperlichen und unkörperlichen Sachen Gegenstand des Rechtsbesitzes sein.²⁵³⁹ Explizit geht er auf den Rechtsbesitz bei persönlichen Rechten ein: Bei diesem komme es nicht darauf an, ob das Recht tatsächlich zusteht, sondern darauf, ob dieses so ausgeübt wird, als ob es zustünde; es lasse sich daher bei jedem Recht ein Besitz denken – auch bei Forderungsrechten.²⁵⁴⁰ Keine weiteren als die gesetzlich vorgeschriebenen Einschränkungen im Umfang der Rechte, die durch Rechtsbesitz durchgesetzt werden können, sieht auch *Giuseppe Corrozi*.²⁵⁴¹ *Moritz v Stubenrauch* geht davon aus, dass der Rechtsbesitz im ABGB in einem weiteren Umfang durchgesetzt werden könne als im römischen Recht.²⁵⁴² Grundsätzlich sollen auch persönliche Sachenrechte besessen und somit auch eressen werden können; eine Ausnahme davon bilden jedoch jene Rechte, die durch einmalige Ausübung erlöschen – wie bspw ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises.²⁵⁴³ Auch *Bruns* geht in seiner Monographie aus dem Jahr 1848 davon aus, dass im ABGB sämtliche Vermögensrechte – dingliche wie persönliche – vom Rechtsbesitz umfasst seien.²⁵⁴⁴ In der früheren Kommentarliteratur besteht daher kein Hinweis darauf, dass ein Rechtsbesitz einzig für dinglich radizierte Rechte in Betracht komme.

4.3.3.5.4. Frühe Rechtsprechung

Durch den Beitrag von *Rudolf Hermann* in der Festschrift zum 100-jährigen Jubiläum des ABGB sind uns wertvolle Einblicke in die frühe Rsp²⁵⁴⁵ zum Rechtsbesitz erhalten geblieben. Hierbei merkt der Autor an, dass in der Rsp der Kreis der besitzbaren Rechte weit gezogen wurde. So wurden von der obersten Justizstelle etwa das Recht der ausschließlichen Branntweinerzeugung²⁵⁴⁶ und

2537 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 339 Rz 1 (86 Sternchennachweis).

2538 *Nippel*, Erläuterung 3 § 312 Rz 2.

2539 *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht II¹ 36 f.

2540 *Winiwarter*, Das Österreichische Bürgerliche Recht II¹ 30.

2541 *Carozzi*, Giurisprudenza VIII 81.

2542 *Stubenrauch*, ABGB I¹ § 311 Rz 2.

2543 *Stubenrauch*, ABGB I¹ § 1455 Rz 2.

2544 *Bruns*, Recht des Besitzes 457 f.

2545 Diese hielt sich aber insb in den Anfangsjahren tw nicht durchgehend an den neuen Gesetzeswortlaut, s mwN *Brauneder*, ABGB 246 f.

2546 Oberste Justizstelle 15.9.1815, Z. 5045.

das obrigkeitliche Recht, Abgaben zu fordern,²⁵⁴⁷ ebenso als tauglicher Gegenstand des Rechtsbesitzes angesehen wie Forderungen,²⁵⁴⁸ Miet- und Pachtrechte²⁵⁴⁹, zinstragende Kapitalien²⁵⁵⁰ und Rechte aus Dienstverträgen²⁵⁵¹.²⁵⁵² Darüber hinaus wurden auch Rechte aus Gesellschaftsverträgen²⁵⁵³ wie das Recht des Aufenthalts des Gesellschafters in der gemeinschaftlichen Fabrik²⁵⁵⁴ oder das Recht der Fabrikation bestimmter Waren²⁵⁵⁵ als Gegenstand des Besitzes angesehen. In der älteren Rsp spielte daher keine Rolle, ob das Recht, das possessorisch durchgesetzt werden soll, dinglich radiziert war oder nicht.²⁵⁵⁶

4.3.3.6. Historische Rechtsschule

Die Position der Historischen Rechtsschule und der Pandektistik zum Rechtsbesitz war wesentlich geprägt durch *Savignys* Frühwerk „Das Recht des Besitzes“ aus dem Jahr 1803. In diesem beschränkt er den Begriff des Besitzes iW auf den Sachbesitz; der Besitz an Rechten wird eng gefasst.²⁵⁵⁷ Dies ergibt sich unschwer aus dem Ziel *Savignys*, dem reinen römischen Recht ohne zwischenzeitliche Verfälschungen nachzuspüren. So bezog sich nach *Savigny* der Besitz nach römischem Recht bloß auf das Eigentum und *jura in re*, erst in der Folge sei er auf „*jedes mögliche Recht überhaupt*“ ausgedehnt worden.²⁵⁵⁸ Die Ausweitung im Mittelalter sei dadurch bedingt, dass durch die Verfassung der christlichen Kirche und der europäischen Staaten Rechte erzeugt wurden, die die Römer noch nicht kannten; dieser Rechtsbesitz lasse sich aber stets auf die Ausübung des Grundeigentums reduzieren.²⁵⁵⁹ Nach *Savigny* habe sich daher durch das Mittelalter die Ansicht des Besitzes in keiner Weise geändert, „*sie ist nur auf Gegenstände bezogen worden, worauf schon die Römer sie ohne Zweifel angewendet haben würden, wenn die Römer diese Gegenstände gekannt hätten*“.²⁵⁶⁰ Dementsprechend sei ein Rechtsbesitz nur an solchen Rechten möglich, die Bestandteile des Eigentums sind, das sind alle Rechte, „*welche unter dem Namen jura oder jura in re, als abgesonderte Bestandteile des Eigentums, dem Dominium als Totalität*

2547 Oberste Justizstelle 21.6.1816, Z. 3199.

2548 Oberste Justizstelle 24.1.1818, Z. 6693.

2549 Oberste Justizstelle 10.8.1816, Z. 4683.

2550 Oberste Justizstelle 22.4.1820, Z. 2052.

2551 Oberste Justizstelle 9.10.1816, Z. 3857 Der Sachverhalt dieses Falls ist bei *Hermann* wiedergegeben, s *Hermann*, Der Besitz, in FS ABGB I (1911) 607 (615 f).

2552 *Hermann* in FS ABGB I 613 ff.

2553 *Hermann* in FS ABGB I 617.

2554 Oberste Justizstelle 12.5.1819, Z. 1575.

2555 Oberste Justizstelle 29.9.1820, Z. 4266.

2556 Ebenso *Kodek*, Besitzstörung 115 f.

2557 *Bruns*, Recht des Besitzes 412.

2558 *Savigny*, Recht des Besitzes 298.

2559 AaO.

2560 *Savigny*, Recht des Besitzes 299.

aller Sachenrechte überhaupt entgegengesetzt werden“.²⁵⁶¹ Gegenstand des Besitzschutzes sei aber nicht der körperliche Gegenstand, sondern die Ausübung des Eigentums bzw der vom Eigentum abgesonderten Rechte, weshalb es konsequent sei, den Besitzschutz auch auf beschränkte dingliche Rechte auszuweiten.²⁵⁶² In der Pandektistik wird der Rechtsbesitz somit als Herrschaftsmacht über einen Ausschnitt der körperlichen Sache angesehen, was durchaus auch dem klassischen römischen Recht entspricht.²⁵⁶³ Abgelehnt wurde aber explizit ein Besitz der Familienrechte und ein Besitz an Obligationenrechten.²⁵⁶⁴ Dieser sei einerseits nicht mit den Quellen des römischen Rechts in Einklang zu bringen.²⁵⁶⁵ Andererseits begründet *Savigny* seine Ablehnung auch dogmatisch, wobei er an seine Definition des Besitzes als Faktum, an dem Rechte geknüpft sind,²⁵⁶⁶ Anschluss sucht: Bei körperlichen Sachen sei es für die Frage des Besitzes unerheblich, ob tatsächlich eine Rechtsposition bestehe, allein das Faktum des Besitzstands werde geschützt. Anders sei dies bei Familien- und Obligationsrechten, bei denen der Besitzstreit im unmittelbaren Zusammenhang mit dem tatsächlichen Recht stehe.²⁵⁶⁷ Voraussetzung für den Besitz sei es somit, dass dieser *„ohne alle Rücksicht auf das Dasein eines anderen Rechts selbst“* ausgeübt werden könne.²⁵⁶⁸ Besitz sei daher nach *Savigny* ausschließlich am Eigentum und an *jura in re* – also iW dinglichen Sachenrechten – möglich.

In seinem *„Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“* aus 1814 ging *Savigny* kritisch auf das im ABGB verwirklichte Konzept des Rechtsbesitzes, das an der unkörperlichen Sache anknüpfte, ein. Er nannte dieses *„gestaltlos und unbrauchbar“*, man müsse etwa dem Gelehrten den juristischen Besitz seiner Wissenschaft zuschreiben.²⁵⁶⁹ Es sei daher – gleich dem Eigentum – dem Besitz ein enger Sachbegriff zu Grunde zu legen.²⁵⁷⁰

In Österreich übernahm *Anton Randa* die Aufgabe, die Lehren der Historischen Rechtsschule auf das ABGB zu überführen. Bereits im Vorwort legte er seine Überzeugung offen, *„dass eine gründliche Behandlung des österreichischen Privatrechts nur im engen Anschluss an das gemeine Recht, in welchem dasselbe seine Wurzeln trieb, möglich ist“*,²⁵⁷¹ das Gesetzbuch habe sich kaum in einer anderen Lehre so eng an das römische Recht angeschlossen wie beim

2561 *Savigny*, Recht des Besitzes 117.

2562 So auch *Beermann*, Besitzschutz 49.

2563 *Lukas*, Unechter Besitz an verneinenden Rechten? in FS Koziol (2010) 235 (245).

2564 *Savigny*, Recht des Besitzes 300 f.

2565 *Savigny*, Recht des Besitzes 299.

2566 *Savigny*, Recht des Besitzes 50.

2567 *Savigny*, Recht des Besitzes 300.

2568 *Savigny*, Recht des Besitzes 301.

2569 *Savigny*, Beruf 99.

2570 *Savigny*, Beruf 99.

2571 *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches¹ (1865) V.

Besitz.²⁵⁷² Er merkt an, dass das ABGB von Verirrungen und Missverständnissen nicht frei geblieben sei, „in Fragen des Rechtsbesitzes hat der Mangel prinzipieller Auffassung des Gesamtstoffes in eine schwankende, in ihren Endergebnissen oft unhaltbare Rechtsausübung geführt“²⁵⁷³. Zumindest in seiner Methodik folgt *Randa* somit ohne Kompromisse den Vorgaben der Historischen Rechtsschule. Als Rechtsbesitz definiert *Randa* die „faktische Möglichkeit der wiederholten Ausübung eines Rechts“.²⁵⁷⁴ Die wiederholte Ausübung des Rechts ist demnach auch wesentliche Bedingung dafür, dass eine Besitzstellung an einem Recht möglich ist, Rechte, die nur eine einmalige Ausübung ermöglichen und keine Kontinuität aufweisen, könnten nicht Objekt des Rechtsbesitzes sein.²⁵⁷⁵ Darüber hinaus könnten Personenrechte nicht als Objekt des Besitzes angesehen werden.²⁵⁷⁶ Zur umstrittenen Frage, inwiefern ein Recht dinglich radiziert sein muss, um besitzrechtlich durchgesetzt zu werden, nimmt *Randa* eine – aus der Sicht der Historischen Rechtsschule – überraschende Position ein: Demnach könnten auch obligatorische Rechte, die eine fortdauernde Ausübung gestatten, ohne jeglichen Konnex zur körperlichen Sache Gegenstand des Besitzes sein.²⁵⁷⁷ Er geht daher sehenden Auges von einem deutlich weiteren Besitzbegriff als im römischen Recht aus.²⁵⁷⁸ Dementsprechend seien auch Rentrechte und andere Benutzungsrechte aus dem Pacht- und Mietvertrag Gegenstand des Rechtsbesitzes.²⁵⁷⁹ In späteren Auflagen werden das Retentionsrecht und Sequestrationsrecht,²⁵⁸⁰ aber auch „Individualrechte“ wie das Patentrecht oder das Autorrecht²⁵⁸¹ als Gegenstand des Rechtsbesitzes angesehen.²⁵⁸² Voraussetzung sei jedoch, dass sich die Forderung mit der Leistung nicht verzehrt.²⁵⁸³ Dementsprechend komme ein Rechtsbesitz an Kapitalzinsen nicht in Betracht, da das Recht auf die Darlehenssumme vom Recht auf das Entgelt für die Benützung des Kapitals ver-

2572 *Randa*, Besitz¹ VI.

2573 *Randa*, Besitz¹ VII.

2574 *Randa*, Besitz¹ 20.

2575 *Randa*, Besitz¹ 239 f.

2576 *Randa*, Besitz¹ 236 ff.

2577 *Randa*, Besitz¹ 251 ff.

2578 *Randa*, Besitz¹ 263.

2579 *Randa*, Besitz¹ 265.

2580 *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches⁴ (1895) 659.

2581 In Österreich konnte das Urheberrecht erst mit dem Urheberrechtsgesetz 1895 Fuß fassen, s zur Geschichte des Urheberrechts in Österreich weiterführend *Hofmeister*, Die Entwicklung des Urheberrechts in Österreich vom aufgeklärten Absolutismus bis zum Jahre 1895, in Dittrich (Hrsg), Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? (1988) 135 (138 ff); *Dillenz*, Warum Österreich-Ungarn nie der Berner Übereinkunft beitrug, in Wadle (Hrsg), Historische Studien zum Urheberrecht in Europa (1993) 167.

2582 *Randa*, Besitz⁴ 661.

2583 *Randa*, Besitz¹ 265 f.

schieden sei: Da hier jede Zinsrate als eigenständige Obligation anzusehen ist, könne kein Rechtsbesitz vorhanden sein.²⁵⁸⁴ Dasselbe gelte auch für Miet- und Pachtzinsen und Lohnforderungen, soweit das Schuldverhältnis zeitlich befristet ist.²⁵⁸⁵ *Randa* stellte sich daher hinsichtlich des Umfangs des Rechtsbesitzes gegen die von *Savigny* geprägte Doktrin²⁵⁸⁶ und sah im ABGB eine vom römischen Recht abweichende Regel als verwirklicht an.

Ganz in der Denktradition der Pandektistik konzipiert *Randa* aber den Begriff des Besitzes. Dieser sei in Anschluss an *Unger*²⁵⁸⁷ als tatsächlicher Zustand anzusehen, an den durch das positive Recht Wirkungen verknüpft werden;²⁵⁸⁸ der Besitz bezeichne nur das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache.²⁵⁸⁹ Darüber hinaus wird ausführlich dahingehend plädiert, dass der Besitzschutz der §§ 339 und 346 ABGB ausschließlich im Besitzstörungsverfahren durchgesetzt werden könne; im ordentlichen Verfahren könne ausschließlich auf § 372 ABGB zurückgegriffen werden.²⁵⁹⁰

Eine außergewöhnliche und auch heute noch tw zitierte Ansicht zum Rechtsbesitz im ABGB entwickelte *Max Burckhard*²⁵⁹¹ im späten 19. Jhd. Dieser ging davon aus, dass bei dinglichen Partialrechten – wie etwa bei Servituten – kein Rechtsbesitz, sondern ein Sachbesitz vorliege.²⁵⁹² Einen Rechtsbesitz sieht *Burckhard* an einer großen Anzahl von Rechten für möglich an – ua dem Eigentumsrecht,²⁵⁹³ wiederkehrenden Forderungsrechten inklusive Zinszahlungen, nicht aber an persönlichen Rechten.²⁵⁹⁴ *Burckhard* differenziert in den Rechtswirkungen von Sachbesitz und Rechtsbesitz: Der Schutz des Besitzes nach §§ 339 ff ABGB soll ausschließlich für den Sachbesitz, nicht aber für den Rechtsbesitz offen stehen.²⁵⁹⁵ Dementsprechend existiere für alle Rechte, die „nicht in einer unmittelbaren sachlichen Beherrschung stehen“ – zB auch Mietrechte – kein Besitzschutz durch Klage.²⁵⁹⁶ Im System von *Burckhard* ist dies

2584 *Randa*, Besitz¹ 266.

2585 *Randa*, Besitz⁴ 660; der Verweis von *Ehrenzweig*, der sich für das Erfordernis der Innehabung einer körperlichen Sache auf diese Stelle bei *Randa* beruft, ist somit als problematisch einzustufen, s *Ehrenzweig*, System I/2² 62 f.

2586 *Savigny* wird sogar Inkonsistenz vorgeworfen, s *Randa*, Besitz¹ 252.

2587 *Unger*, System I 524.

2588 *Randa*, Besitz¹ 265 f.

2589 *Randa*, Besitz¹ 55.

2590 S mwN zu *Unger* und *Canstein Randa*, Das Possessorium summarissimum und ordinarium des österr. Rechts, GrünhutsZ 1880, 264.

2591 Als Kuriosum sei am Rande bemerkt, dass dieser nicht nur als Rechtswissenschaftler und Richter, sondern ab 1890 auch als Direktor des Wiener Burgtheaters – damals das k. k. Hofburgtheater – wirkte.

2592 *Burckhard*, System des oesterreichischen Privatrechtes III/1 (1889) 53.

2593 *Burckhard*, System III/1, 97.

2594 *Burckhard*, System III/1, 100 ff.

2595 *Burckhard*, System III/1, 53 f.

2596 *Burckhard*, System III/1, 124. Auf diese Textstelle beziehen sich noch heute Ansichten, die für das Erfordernis der Innehabung einer körperlichen Sache plädieren.

freilich keine Einschränkung der Objekte des Rechtsbesitzes, vielmehr schränkt er den Rechtsbesitz als Institut ein. Dessen wichtigste Wirkung bestehe in seiner rechtserzeugenden Funktion: Durch den Rechtsbesitz soll die Ersitzung von Rechten ermöglicht werden, die somit auch für wiederkehrende Forderungsrechte offensteht.²⁵⁹⁷ *Burckhard* spricht sich somit nur eingeschränkt für die pandektistische Sichtweise aus, nach der der Besitz nur im Konnex mit einer körperlichen Sache möglich ist.

4.3.3.7. Zwischenfazit

Der Blick in die historische Genese des Meinungsstands zur Frage, inwieweit ein Besitz nur an Rechten, die im Zusammenhang mit der Innehabung einer körperlichen Sache stehen, möglich ist, offenbart eine Abweichung von bisherigen Mustern. Während sich klar nachvollziehen lässt, dass der Gesetzgeber des ABGB in Übernahme von in der Kanonistik entwickelten Wertungen davon ausging, dass grundsätzlich alle Rechte Gegenstand des Rechtsbesitzes sein können, ist der Rechtsbesitz in der Konzeption von *Savigny* auf körperliche Sachen und dingliche Rechte eingeschränkt. Eine erstaunliche Diskrepanz zeigt sich hier aber zwischen der Pandektistik und den Lehren der Historischen Rechtsschule. So geht *Randa* ganz explizit gegen die *savignysche* Doktrin vor und bejaht einen weiten Rechtsbesitz im ABGB. Umso erstaunlicher ist die Entwicklung, die der jüngere Meinungsstand genommen hat: Dieser ist bei gleichbleibender Rechtslage weitgehend auf die Linie der deutschen Pandektistik eingeschwenkt. Pointiert zusammengefasst ist die Meinung der hL zum Umfang des Rechtsbesitzes somit pandektistischer als jene der Historischen Rechtsschule.

Der Einwand, dass auf Grund einer kategorialen Trennung von Schuld- und Sachenrecht der Rechtsbesitz nur an Rechten bestehen kann, die in einem unmittelbaren Konnex zu körperlichen Sachen stehen, kann somit durch einen Blick in die historische Genese entkräftet werden. Denn diese Auffassung ist konstruktiv eng mit einem engen Sachbegriff verbunden; die nach dieser Ansicht durchsetzbaren Rechte sind somit ein Teil der körperlichen Sache. Durch die Anerkennung eines weiten Sachbegriffs findet sich diese Einschränkung jedoch im ABGB nicht wieder. Dies steht in völligem Einklang mit den bisherigen Ergebnissen, nach denen die kategoriale Trennung von Schuld- und Sachenrecht kein für den Gesetzgeber der Stamfassung relevantes Konstruktionsprinzip war.

Der Blick in die Entstehungsgeschichte zeigt eine Änderung der Funktion, die dem Besitz zugemessen wurde. So wird vom Gesetzgeber ohne Zweifel von einer Rechtsqualität des Besitzes ausgegangen,²⁵⁹⁸ was sich insb auch bei der Indienstnahme des Besitzes für Störungen des Eigentumsrechts

²⁵⁹⁷ *Burckhard*, System III/1, 131 ff.

²⁵⁹⁸ So auch *Kodek* in Klang³ § 309 Rz 9.

zeigt.²⁵⁹⁹ Hierbei werden wesentliche Aspekte der Durchsetzung des Rechts des Eigentümers im Besitzrecht situiert. Die auf *Savigny* zurückgehende Lehre vom Besitz als Faktum, an das Rechtsfolgen geknüpft sind, wurde nicht berücksichtigt oder aber auch unmittelbar als unzureichend kritisiert. Ein eigenständiges, beschleunigtes Verfahren zur Durchsetzung des Besitzschutzes vor Störungen²⁶⁰⁰ bestand zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ABGB österreichweit nicht; ein solches wurde vielmehr explizit abgelehnt.²⁶⁰¹ Durch die Lehren der Historischen Rechtsschule kam es aber zu einer wesentlichen Änderung der funktionalen Stellung des Besitzes: Dem Besitz wurde nunmehr die Rechtsqualität abgesprochen; das während der Blütezeit der Historischen Rechtsschule entstehende, eigenständige Besitzstörungsverfahren wurde als einzige Möglichkeit zur Durchsetzung von Eingriffen in den Besitz gesehen. Dementsprechend wurde der Besitz durch die Lehren der Historischen Rechtsschule auf Grund der spezifischen Umstände seiner Durchsetzung an die Konzeption von *Savigny* angenähert.

4.3.4. Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren

Anders als hinsichtlich des Eigentumsrechts kam es beim Besitz unter dem Einfluss der Historischen Rechtsschule zu einer wesentlichen Änderung der Gesetzeslage.²⁶⁰² Diese betraf aber nicht das materielle Recht im ABGB, sondern vielmehr das Verfahrensrecht, wo 1849²⁶⁰³ mit dem *possessorium*

2599 S 4.2.5.2.1.

2600 Für die Beschleunigung des Verfahrens durch § 346 S 2 ABGB, s sogleich.

2601 S bereits eingangs 4.3.

2602 Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass sich in § 346 S 2 ABGB hinsichtlich des Rechtsmittels zur Erhaltung des Besitzstandes eine dem Besitzstörungsverfahren ähnliche Wertung findet: Beim Verfahren gegen den unechten Besitzer ist der Einwand des besseren Rechts ausgeschlossen. Dementsprechend geht auch *Zeiller* davon aus, dass das Verfahren nach den §§ 345 ff ABGB ein schnelles, provisorisches (*possessorio summarissimo*) ist, das vom ordentlichen Verfahren (*possessorium ordinarium aut petitorium*) zu trennen ist; s dazu *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 346 Rz 3 (97 f). Die Änderung der Gesetzeslage betraf daher insb die Besitzstörung nach § 339 ABGB, bei der nach den Wertungen des ABGB kein solches beschleunigtes Verfahren bestand. Dies bestätigt sich auch darin, dass im Hofdecret vom 5.12.1812, JGS 1017 an das Gallizische Appellationsgericht hinsichtlich der Umstände des Besitzstreitigkeitsverfahrens ein beschleunigtes Verfahren bloß bei „Beschwerden wegen entzogenen oder mutwillig vorenthaltenen Besitzes“ in Betracht komme. Auch *Nippel* sieht als possessorische Klagen nur diejenigen an, die auf Erwerbung des Besitzes gerichtet sind, vgl *Nippel*, Erläuterung 3 § 346 Rz 1. Dementsprechend kann auch *Kodek* gefolgt werden, wenn er fordert, dass durch die Einführung eines eigenständigen Besitzstörungsverfahrens § 346 S 2 ABGB teleologisch eingeschränkt werden müsse und somit im ordentlichen Verfahren keine Geltung mehr habe, s *Kodek*, Besitzstörung 1014 ff.

2603 Hier sei darauf hingewiesen, dass 1848 als Wendepunkt von der Exegetischen Schule hin zur Historischen Rechtsschule gesehen wird. Der Zusammenhang besteht wohl mit der Revolution 1848, die zur Grundentlastung geführt hat, die eine Reform des Besitzstörungsverfahrens dringlicher gemacht hat, s dazu *Kodek*, Besitzstörung 78.

summarissimum österreichweit ein eigenständiges Verfahren zur Klärung von Besitzstreitigkeiten eingeführt wurde, das heute weitgehend in Form der Besitzstörungsklage der §§ 454 ff ZPO in Geltung steht.²⁶⁰⁴ Kern dieses beschleunigten Verfahrens ist eine Beschränkung auf die Tatsachen, aus denen sich der letzte Besitzstand ergibt und auf dessen tatsächliche Veränderung durch Störung oder Entziehung; jede Erörterung und Prüfung des dem Besitzverhältnis zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses ist demnach ausgeschlossen.²⁶⁰⁵ Die Entscheidung ergeht dabei nach § 459 ZPO mit Endbeschluss, mit dem ein provisorischer Besitzschutz zuerkannt wird,²⁶⁰⁶ durch eine spätere gerichtliche Geltendmachung eines besseren Rechts in einem ordentlichen Verfahren kann eine petitorische Entscheidung herbeigeführt werden, die zu einem Erlöschen der Besitzschutzansprüche führt.²⁶⁰⁷

Dieses mit groben Zügen beschriebene Nebeneinander von provisorischem Besitzschutzverfahren und ordentlichem Verfahren²⁶⁰⁸ wird von der hL als Argument gegen einen weiten Anwendungsbereich des Rechtsbesitzes herangezogen. Besonders deutlich wird dies bei *Ehrenzweig*, der sich für einen engen Begriff des Rechtsbesitzes ausspricht, da ansonsten der Schuldner bei Beendigung einer rechtlichen Verbindung den Gläubiger stets petitorisch auf Anerkennung des Nichtbestehens der Forderung klagen müsste – im Besitzstörungsverfahren könnte sonst der Rechtsbesitzer die Verpflichtung des Gläubigers prolongieren.²⁶⁰⁹ Problematisch sei demgemäß die Einschränkung der Einwendungen im Besitzstörungsverfahren, die beim Rechtsbesitz zu einem sinnwidrigen zeitweisen Obsiegen des nicht Berechtigten und somit im Resultat zu einer Änderung des Rechtsverhältnisses führen würde.²⁶¹⁰ IW stellt sich somit die Frage, ob durch die Einführung eines eigenständigen Besitzstörungsverfahrens der Gesetzgeber zumindest mittelbar den Anwendungsbereich des Rechtsbesitzes eingeschränkt hat.

Dafür muss in einem ersten Schritt geklärt werden, ob der Gesetzgeber für jegliche Form der Durchsetzung des Besitzes die Anwendbarkeit des Besitzstörungsverfahrens vorgeschrieben hat. Ist dies nicht der Fall, betrifft

2604 Für reichhaltige historische Nachweise auch für die territorial begrenzten Entwicklungen vor 1848 s. ausf. *Kodek*, Besitzstörung 64 ff.

2605 So prägnant *Obermaier* in Höllwerth/Ziehensack, ZPO Taschenkommentar § 457 Rz 1.

2606 *Obermaier* in Höllwerth/Ziehensack, ZPO Taschenkommentar § 459 Rz 3.

2607 Ausf. dazu *Kodek*, Besitzstörung 918 ff.

2608 Dieses allein kann Gegenstand einer ausführlichen Habilitationsschrift sein, was die Arbeit von *Kodek* beweist.

2609 *Ehrenzweig*, System I/2² 62 f.

2610 Dahingehend auch *Rüfner*, Possession of Incorporeals, in *The Consequences of Possession* (2014) 171 (179 f.), der aber nachweist, dass dies auch bei Bestandverhältnissen der Fall ist. Dementsprechend kann dieses Argument auch gegen den Besitz an Rechten, die im Konnex mit der Innehabung einer körperlichen Sache stehen, herangezogen werden.

der Einwand nicht den Rechtsbesitz als solchen, sondern nur dessen Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren. In einem zweiten Schritt ist zu klären, inwiefern der Rechtsbesitz im Besitzstörungsverfahren eingeschränkt wird. Das verfolgte Erkenntnisinteresse ist dabei mit Blick auf die im Fokus stehende unkörperliche Sache und deren Bedeutung im ABGB konzeptionell, für eine detaillierte Ausarbeitung der verfahrensrechtlichen Implikationen wird auf die einschlägige Lit verwiesen.

4.3.4.1. Monismus oder Dualismus des Besitzschutzes

Eine Abänderung des Umfangs des Rechtsbesitzes durch das Besitzstörungsverfahren nach dem *lex posterior* Grundsatz setzt voraus, dass der Besitz ausschließlich mit diesem Verfahren durchgesetzt werden kann und somit die §§ 454 ff ZPO die Geltendmachung von Ansprüchen aus Eingriffen in den Besitz abschließend regeln.²⁶¹¹ Geht man davon aus, dass neben dem Besitzstörungsverfahren auch noch eine Durchsetzung im ordentlichen Verfahren möglich ist und somit ein Dualismus der Durchsetzungsmöglichkeiten besteht, können von den Umständen der Rechtsdurchsetzung im Besitzstörungsverfahren keine allgemeinen Rückschlüsse auf den Umfang des Rechtsbesitzes getroffen werden; allenfalls beträfe eine Einschränkung des Rechtsbesitzes dann die Durchsetzung im besonderen Besitzstörungsverfahren. Ganz unstr wird dabei davon ausgegangen, dass die Klage des rechtlich vermuteten Eigentums nach § 372 ff ABGB nicht im Besitzstörungsverfahren, sondern ausschließlich im ordentlichen Verfahren abzuhandeln ist.²⁶¹² Dies ergibt sich einerseits daraus, dass es sich hier nach der Marginalrubrik um eine Eigentumsklage handelt; nicht von Relevanz ist dabei, dass sich die Vermutung des Eigentums aus dem qualifizierten Besitz ergibt. Andererseits spricht auch § 454 ZPO ausdrücklich davon, dass nur Klagen, die auf Schutz und Wiederherstellung des letzten Besitzstandes gerichtet sind, im Besitzstörungsverfahren durchgesetzt werden können.²⁶¹³ Das Besitzstörungsverfahren kommt somit nur für die Rechtsmittel der Besitzstörung (§ 339 ABGB) und der Besitzentziehung (§ 346 ABGB) in Betracht; fraglich ist aber, ob eine Durchsetzung auch außerhalb dieses Verfahrens möglich ist.

In jüngerer Zeit verdichtete sich die Frage, ob der Besitz ausschließlich im Besitzstörungsverfahren durchgesetzt werden kann, bei der Diskussion über die Qualifikation der Klagfrist des § 454 Abs 1 ZPO. Wird diese als materiellrechtliche Präklusivfrist interpretiert, stehen dem Kläger nach Ablauf der 30-tägigen Frist keine Ansprüche nach den §§ 339 ff ABGB mehr zu, gedeutet als prozessuale Frist ist eine Geltendmachung nach Fristablauf noch im ordentlichen Verfahren möglich. Im Zusammenhang damit, dass die hL in-

2611 *Kodek*, Besitzstörung 624.

2612 S bereits *Randa*, GrünhutsZ 1880, 264 (264).

2613 *Frauenberger*, Einstweiliger Rechtsschutz bei Besitzstörungen (1993) 12 f.

nerhalb der 30-tägigen Frist des § 454 ZPO kein Wahlrecht des Klägers anerkennt, ob er seine Ansprüche im Besitzstörungsverfahren oder im ordentlichen Verfahren geltend machen will,²⁶¹⁴ führt eine materiellrechtliche Interpretation der Frist dazu, dass der Besitzschutz für sich genommen ausschließlich im Besitzstörungsverfahren geltend gemacht werden könnte und somit ein monistisches System des Besitzschutzes eine Realisierung fände.²⁶¹⁵

Die 30-Tage-Frist des § 454 Abs 1 ZPO wird dabei unterschiedlich interpretiert. Während die Rsp seit einer Plenissimarentscheidung im frühen 20. Jhd²⁶¹⁶ iW von einer materiellrechtlichen Präklusivfrist ausgeht,²⁶¹⁷ wurde von der L bis etwa 1960 tw für eine prozessuale Rechtsnatur der Frist plädiert; erst danach schwenkte auch die L auf die Auffassung der Rsp ein.²⁶¹⁸ Auch in neueren Stellungnahmen wird ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass die Klagefrist des § 454 ZPO als materiellrechtliche, nicht restituierbare Ausschlussfrist angesehen werden muss.²⁶¹⁹ Gegen diese Ansicht wendet sich *Georg Kodek* mit einer detailreichen Analyse.²⁶²⁰ Er zeigt auf, dass im Wortlaut der Bestimmungen der §§ 454 ff ZPO allein kein ausreichendes Indiz für eine eindeutige Auflösung dieses Auslegungsproblems gefunden werden kann; in Zusammenschau mit § 81 JN ergebe sich jedoch, dass die Wortfolge „in Ver-

2614 MwN *Kodek* in Klang³ § 339 Rz 243. Geht man aber von einem Dualismus der Durchsetzungsmöglichkeiten aus, kann dies durchaus auch anders gesehen werden.

2615 *Kodek* verweist zu Recht auf eine seltsam anmutende Ausnahme: Wenn der Kläger auch ein nicht gerechtfertigtes zusätzliches Begehren geltend macht, würde ihm das ordentliche Verfahren offen stehen, s dazu *Kodek*, Besitzstörung 624.

2616 OGH 22.4.1902, Nr 9997 GIUNF 1858, anders noch explizit OGH 3.4.1878, Nr 11652 GIU 6901; ebenso tendenziell auch OGH 14.10.1874, Nr 10817 GIU 5503; OGH 2.10.1872, Nr 10098 GIU 4721. Bei dieser Plenissimar-E ist aber durchaus zweifelhaft, ob eine Geltendmachung außerhalb des Besitzstörungsverfahrens tatsächlich ausgeschlossen werden sollte. Denn es wird explizit ausgesprochen, dass nach Ablauf der 30-Tage-Frist nur das Recht zur „Wiederherstellung des letzten Besitzstandes in Form des *possessorium summarissimum*“ verloren geht, sodass „*der Säumige zum possessorium ordinarium greifen muss*“. Dies ist ein starkes Indiz dafür, dass von einer Zweispurigkeit der Durchsetzungsmöglichkeiten ausgegangen wurde.

2617 OGH 22.5.1985, 1 Ob 546/85, s mit vielen Nachweisen zur unterinstanzlichen Rsp *Kodek* in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2³ § 454 Rz 237 (Fn 782).

2618 Mit vielen Nachweisen zur älteren Lit *Kodek* in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2³ § 454 Rz 237 (Fn 780).

2619 *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren¹³ (2023) 258; *Riss* in KBB⁷ § 339 Rz 8; *Anzenberger* in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁵ § 339 Rz 32; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ (2017) 580; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 339 Rz 19; *Fucik* in Rechberger/Klicka, Kommentar zur ZPO⁵ § 454 Rz 5. Zust zu *Kodek* aber *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 372 Rz 15.

2620 *Kodek* in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2³ § 454 Rz 232 ff; *Kodek* in Klang³ § 339 Rz 240 ff; sehr ausf *Kodek*, Besitzstörung 598 ff; für eine historisch fundierte Argumentation dahingehend auch *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch 21 ff.

*fahren (...), in welchen das Klagebegehren nur auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten Besitzstandes gerichtet ist (...)*²⁶²¹ dahingehend zu verstehen sei, dass auch andere Verfahren bestehen, auf die diese Bestimmung nicht anwendbar sei.²⁶²² Der Wortlaut sei zudem im historischen Kontext zu verstehen, wobei vor der Erlassung der ZPO herrschend aber nicht unwidersprochen von einem prozessualen Charakter der Frist ausgegangen wurde, es wäre daher zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber eine Klarstellung vorgenommen hätte, wenn er eine materiellrechtliche Präklusivfrist im Sinn gehabt hätte.²⁶²³ Auch die systematische Stellung lege eher eine prozessuale Frist nahe;²⁶²⁴ es bestehe eine grundsätzliche Tendenz der ZPO, jeden Eingriff in materielle Rechtspositionen zu vermeiden.²⁶²⁵ Aus teleologischer Sicht spreche für eine prozessuale Frist, dass durch die längere Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen die Wirkung des materiellen Besitzschutzes – einschließlich seiner Präventivwirkung – verstärkt werde; das Interesse des Störers, nach 30 Tagen nicht mehr belangt zu werden, sei dahingehend nicht schutzwürdig.²⁶²⁶ Auch aus dem Verkehrsschutz oder prozessökonomischen Erwägungen lasse sich kein durchschlagendes Argument für einen materiellrechtlichen Charakter der Frist folgern.²⁶²⁷ Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass mit der Versäumung der Frist keine materiellen Rechtsfolgen verbunden seien, Besitzschutzansprüche könnten nach Ablauf der Frist im ordentlichen Verfahren erhoben werden.²⁶²⁸ Im Ergebnis sei sohin von einem dualistischen System der Durchsetzung des Besitzschutzes auszugehen, sodass der Besitz grundsätzlich sowohl im Besitzstörungsverfahren als auch im ordentlichen Verfahren durchgesetzt werden könne.

Den Ausführungen von *Kodek* kann vollinhaltlich zugestimmt werden; aus der hier eingenommenen Perspektive lässt sich noch ein weiterer Gesichtspunkt hinzufügen. Denn die Interpretation der Frist des § 454 Abs 1 ZPO als materiellrechtliche Präklusivfrist, wodurch der Besitz ausschließlich zeitlich begrenzt im Besitzstörungsverfahren durchgesetzt werden kann, erfordert nicht nur eine Auslegung der zivilprozessualen Regelungen, sondern muss sich auch in den materiellrechtlichen Wertungen des ABGB wiederfinden. Hierbei ist der Gesetzgeber der Stammfassung – wie insb von *Lepeska* aufgezeigt – von einer engen Verbindung zwischen dem Schutz des Eigentums und

2621 § 454 Abs 1 ZPO.

2622 *Kodek*, Besitzstörung 610 f.

2623 *Kodek*, Besitzstörung 619 ff.

2624 *Kodek*, Besitzstörung 612.

2625 *Kodek*, Besitzstörung 623.

2626 *Kodek*, Besitzstörung 626.

2627 Ausf dazu *Kodek*, Besitzstörung 610 f; für das Argument, dass dadurch ein Anreiz zur Selbsthilfe gesetzt würde, s auch *Kodek*, Wechselseitige Besitzstörungen, in FS Iro (2013) 49 (72 ff).

2628 *Kodek*, Besitzstörung 632.

der Störungsabwehr durch den Besitz ausgegangen.²⁶²⁹ Nach den klaren gesetzlichen Wertungen des § 523 ABGB kann sich der Eigentümer nur gegen die Anmaßung von Befugnissen wehren, für eine bloße Störung ohne eine solche Anmaßung kann mit einem – in aller Regel mit dem Eigentumsrecht einhergehenden²⁶³⁰ – Rechtsmittel nach § 339 ABGB vorgegangen werden. In einem dem ABGB zu Grunde liegenden Konzept der dinglichen Rechte steht die Besitzstörung nach § 339 ABGB somit nicht für sich, sondern wird funktionell auch für die Durchsetzung der Rechte des Eigentümers herangezogen. Dieser Funktion wird aber durch die zwingende Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren Einhalt geboten, da der Eigentümer sein zweifellos unbefristet bestehendes Recht, gegen Störungen vorzugehen, die nicht von § 523 ABGB erfasst sind, nach Ablauf der 30-Tage-Frist verliert. Wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber durch das Besitzstörungsverfahren die Rechtsposition des Eigentümers unangetastet ließ, muss somit von einer Durchsetzbarkeit des Besitzes im ordentlichen Verfahren ausgegangen werden. Es zeigt sich sohin auch an dieser Stelle, dass die Einschränkung der Klagsbefugnisse des Besitzers – unter gleichzeitiger Ausdehnung der eigentumsrechtlichen Rechtsbehelfe – auf ein pandektistisches Paradigma zurückzuführen ist, das so nicht im Regelungskonzept des österreichischen Rechts verwirklicht ist.

Durch die Abtrennung der Besitzstörung gem § 339 ABGB von der Durchsetzung im ordentlichen Verfahren kam es – wie *Lepeska* richtig erkennt²⁶³¹ – zu einer nachträglichen Lücke im Gesetz.²⁶³² Denn klarerweise sollte dem Eigentümer nicht das Recht genommen werden, gegen Störungen, bei denen keine Anmaßung von Befugnissen vorliegt, vorzugehen. Im Versuch des Lückenschlusses kam es zu einer analogen Anwendung der Bestimmung des § 523 ABGB auf Fälle, in denen keine Anmaßung besteht.²⁶³³ Die Eigentumsfreiheitsklage wurde damit über ihren gesetzlich klar konzipierten und abgegrenzten Bereich mit Funktionen angereichert, die in den Augen der Gesetzgeber aus 1811 in § 339 ABGB aufzufinden waren. Diese Lücke entstand freilich nicht durch einen gesetzgeberischen Akt, sondern durch eine Gesetzesaus-

2629 *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch 11 ff, vgl dazu bereits 4.2.5.2.1. 2630 S 4.1.2.

2631 *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch 30 ff; in diese Richtung gehend auch *Apathy*, publizianische Klage 71 ff.

2632 Anderes gilt aber wohl hinsichtlich der Rechtsmittel der §§ 345 ff ABGB. Denn wie § 346 S 2 ABGB explizit anordnet, kann beim Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzstandes der unechte Besitzer nicht sein stärkeres Recht einwenden; dies bedeutet, dass hier eine gewisse Beschleunigungswirkung bereits im ABGB verankert ist; *Zeiller* sieht § 339 ABGB als wesentlichen Vorteil des Besitzes, s *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 346 Rz 1 (96). Der wesentliche Unterschied besteht sohin darin, dass im Besitzstörungsverfahren auch über § 339 ABGB in einem beschleunigten Verfahren abgesprochen wird.

2633 *Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁵ 386 f Rz 1099; *Ehrenzweig*, System I/2² 63.

legung ohne normative Kraft, die – wie *Kodek* aufgezeigt hat – auf tönernen Füßen steht. Verstärkt wird dies dadurch, dass zivilprozessualen Bestimmungen ein materiellrechtlicher Inhalt unterstellt wird, der im materiellen Recht zu sinnwidrigen Lücken führt. Eine solche Auslegung ist daher zurückzuweisen.

Die Eingrenzung der Besitzstörung des § 339 ABGB auf ihre Anwendung im Besitzstörungsverfahren führt auch bei der Interpretation von § 372 ff ABGB zu Auslegungsschwierigkeiten. Denn ihrem Konzept nach ist die Eigentumsklage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum des Klägers der römisch-rechtlichen *actio Publiciana* nachempfunden,²⁶³⁴ es geht somit um die Herausgabe der Sache, die vom schlechter berechtigten Besitzer verlangt werden kann.²⁶³⁵ Voraussetzung für § 372 ABGB ist somit nach expliziter Darstellung bei *Zeiller*, dass der Beklagte ein Besitzer ist, was auch der Wortlaut, der explizit nur den Besitzer und nicht den Inhaber als passiv legitimiert bezeichnet,²⁶³⁶ und der systematische Zusammenhang bestätigt.²⁶³⁷ Durch die Interpretation der 30-Tage-Frist des § 454 ZPO als materiellrechtliche Präklusivfrist kam es zum wohl unbefriedigenden Zustand, dass auch der qualifizierte Besitzer nach Ablauf der Frist keine Rechtsmittel gegen eine Besitzstörung mehr geltend machen konnte. Man behalf sich damit, § 372 ABGB entgegen dem Wortlaut und dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers auch auf Fälle der Besitzstörung auszuweiten, in denen der Beklagte kein Besitzer ist, was mittlerweile völlig hL ist.²⁶³⁸ Tatsächlich ist dies aber eine methodisch nicht ohne Weiteres rechtfertigbare Extension des Anwendungsbereichs des § 372 ABGB,²⁶³⁹ die wohl mit einem „praktischen Geist“ vorgenommen wird, um Härten einer Interpreta-

2634 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 372 Rz 1 (144).

2635 *Apathy*, publizianische Klage 12 ff; *Kaser*, Das römische Privatrecht I² 438 f.

2636 Nicht überzeugend ist dabei der Einwand von *Kodek*, dass auf Grund von *Zeillers* Kommentierung des § 375 ABGB der Gesetzgeber tatsächlich auch den Inhaber als passiv legitimiert angesehen hat. Denn § 375 ABGB regelt, gegen wen nicht mit §§ 372 ff ABGB vorgegangen werden kann – und das ist eben der Inhaber (und tw Rechtsbesitzer), der seinen Vormann – also den Besitzer – namhaft machen kann. So schreibt *Zeiller* am von *Kodek* aO: „Indessen hat doch ein bloßer Inhaber (...) keine Ursache, sich in den Rechtsstreit einzulassen“; er muss aber den Vormann benennen, s dazu *Kodek* in *Klang*³ § 372 Rz 55; *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 375 Rz 1 (150). Krit dazu auch *Müller*, Das quasidingliche Recht 16.

2637 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 372 Rz 4.

2638 Dies wird als publizianisch geltend gemachte *actio negatoria* bezeichnet, s dazu *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 372 Rz 1; *Müller* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 372 Rz 1; *Winner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 372 Rz 3; *Kodek* in *Klang*³ § 372 Rz 50. Dass es sich hier um eine jüngere Entwicklung handelt, zeigt sich daran, dass in der 2. Auflage des *Klang* Kommentars zu § 372 davon keinerlei Rede ist, vgl *Klang* in *Klang* II² § 372 (234 f).

2639 Dazu auch krit *Kodek* in *Klang*³ § 372 Rz 47. Tatsächlich ist auch das Argument, dass die *actio Publiciana* auf Grund eines Größenschlusses auch negatorisch geltend gemacht werden kann, problematisch, da dieser eine planwidrige Lücke der Regelungen des ABGB voraussetzt, die bei der hier vorgeschlagenen Auslegung

tion als der 30-Tage-Frist als materielle Präklusivfrist auszugleichen und auch eine Geltendmachung der Besitzstörung im ordentlichen Verfahren zu ermöglichen. In der älteren Rsp ist tatsächlich kein einziger Fall auffindbar, in der die *actio Publiciana* als negatorische Klage gegen Störungen ohne Rechtsanmaßung zur Anwendung gebracht wurde.²⁶⁴⁰ Die verschiedenen Auffassungen zur Qualifikation der 30-Tage-Frist gelangen im Resultat somit – wenngleich methodisch fragwürdig – bei der Besitzstörung nur noch in einer Konstellation zu unterschiedlichen Ergebnissen: Wenn keine der Parteien ein Recht zum Besitz hat und somit § 372 ABGB nicht zur Anwendung kommen kann.²⁶⁴¹ In Anschluss an *Kodek* kann aber davon ausgegangen werden, dass auch demjenigen, der nicht rechtmäßiger, redlicher und echter Besitzer ist, offen steht, zumindest nach Ablauf der 30-tägigen Frist im ordentlichen Verfahren Besitzschutzansprüche geltend zu machen.²⁶⁴² Der Form nach kam es daher in Folge der Übernahme von pandektistischen Vorstellungen zu einer wesentlichen Einschränkung des Besitzschutzes, dem Inhalt nach rückte die *actio Publiciana* an diese frei werdende Stelle, weshalb sich im Ergebnis nur in Randbereichen Änderungen ergaben.

4.3.4.2. Rechtsbesitz im Besitzstörungsverfahren

Ein Argument gegen den weiten Begriff des Rechtsbesitzes wird zT in seiner Durchsetzung im Verfahren nach §§ 454 ff ZPO gesehen, die zu sonderbaren, mit den sonstigen gesetzlichen Vorschriften unvereinbaren Ergebnissen führen würde.²⁶⁴³ So könne sich laut *Ehrenzweig* ein Schuldner gegenüber einem possessorisch geschützten Gläubiger nur dann befreien, wenn er im ordentlichen Verfahren auf Anerkennung des Nichtbestehens der Forderung klagt.²⁶⁴⁴ Es würde darüber hinaus nach *Iro* schlechthin das gesamte Leis-

freilich nicht besteht, s dahingehend aber *Kodek*, Die heutige Bedeutung der *actio Publiciana*, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1139 (1150).

2640 Untersucht wurden die in der Sammlung Glaser/Unger bzw Glaser/Unger Neue Fassung abgedruckten E im Zeitraum zwischen 1853 und 1908, denen das Schlagwort *actio Publiciana* zugeordnet wurde. Dies umfasst die folgenden E in chronologischer Abfolge: OGH 13.10.1880, Nr 8974 GIU 8137; OGH 1.6.1881, Nr 5202 GIU 8413; OGH 28.9.1882, Nr 8624 GIU 9113; OGH 20.12.1882, Nr 13867 GIU 9230; OGH 21.3.1889, Nr 2271 GIU 12642; OGH 12.4.1883, Nr 3617 GIU 9388; OGH 21.5.1884, Nr 2961 GIU 10859; OGH 11.8.1885, Nr 8659 GIU 10661; OGH 6.10.1885, Nr 8559 GIU 10722; OGH 14.2.1888, Nr 197 GIU 12048; OGH 10.6.1896, Nr 6769 GIU 15805; OGH 9.9.1898, Nr 10587 GIUNF 305; OGH 12.3.1890, Nr 1584 GIU 13203; OGH 16.4.1890, Nr 3599 GIU 13255; OGH 13.6.1900, Nr 2462 GIUNF 1048; OGH 14.12.1900, Nr 16312 GIUNF 1213; OGH 14.9.1893, Nr 9072 GIU 14812; OGH 18.2.1908, Rv. II/97/8 GIUNF 4133.

2641 *Kodek* in Klang³ § 339 Rz 242.

2642 Ebenso für eine rein prozessuale Frist eintretend *Müller*, Das quasidingliche Recht 187 f.

2643 *Iro*, Besitzerwerb 4 f.

2644 *Ehrenzweig*, System I/2² 63.

tungsstörungsrecht ausgehebelt, da etwa beim Verzug der Rechtsbesitz im beschleunigten Verfahren durchgesetzt werden könnte; es würde daher zu störenden Eingriffen in das Schuldrecht kommen.²⁶⁴⁵ Im Kern besteht dieses Argument somit darin, dass durch die Beschränkung des Verhandlungs- und Entscheidungsgegenstands (§ 457 ZPO) der Rechtsbesitzer im Besitzstörungsverfahren obsiegen könnte, da dem Störer die Einwendung eines besseren Rechts verwehrt bleibt; erst in einem späteren Verfahren könnte auf die tatsächliche Berechtigung abgestellt werden. Da dies zumindest zeitweilig zu einer Aufrechterhaltung eines nicht der tatsächlichen Berechtigung entsprechenden Zustands führt, sei der Rechtsbesitz auf Rechte, die im Zusammenhang mit einer körperlichen Sache stehen, zu reduzieren.²⁶⁴⁶

Dieser als *argumentum ad absurdum* ausgestaltete²⁶⁴⁷ Gedanke verfährt jedoch nicht. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Durchsetzungsmodalitäten des Besitzstörungsverfahrens bei einer Anwendung auf den Besitz an Rechten, die nicht mit der Innehabung von körperlichen Sachen verbunden sind, zu unhaltbaren Ergebnissen führte, kann damit nicht ohne Weiteres auf eine Einschränkung des Umfangs des Rechtsbesitzes geschlossen werden. Denn dieser unhaltbare Zustand entsteht fraglos aus einem Zusammenspiel zwischen der Beschränkung des Verhandlungs- und Entscheidungsgegenstands im Besitzstörungsverfahren und der Anwendung des Rechtsbesitzes auf sämtliche Rechte. Es hat somit eine Auslegung dahingehend zu erfolgen, ob das unerwünschte Auslegungsergebnis durch eine Reduktion des Umfangs des Rechtsbesitzes oder aber auch durch eine enge Interpretation der §§ 454 ff ZPO vermieden werden kann. Dabei gilt es zu beachten, dass nach dem Willen des Gesetzgebers, der sich – wie gesehen – ohne Weiteres im Wortlaut des ABGB widerspiegelt,²⁶⁴⁸ der Rechtsbesitz nicht auf Rechte, die im Zusammenhang mit der Innehabung einer körperlichen Sache stehen, beschränkt ist. Dem trug der Gesetzgeber auch dadurch Rechnung, dass bei Inkrafttreten der Bestimmungen zum Besitzstö-

2645 Iro, Besitzerwerb 5 f.

2646 Es spricht mE einiges dafür, dass diese Problematik vor allem auf Grund der Ansicht entstanden ist, dass die Handlungen des § 351 ABGB – also ua die Erklärung, nicht mehr zu leisten, was sonst geleistet wurde – als Besitzstörung gem § 339 ABGB qualifiziert wurde. Wie später noch ausgeführt wird (4.3.6.3), entspricht dies jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers: Vielmehr wird hier nur der Gebrauch eines Rechts aufhören und somit der Rechtsbesitz entzogen; es könnte aber noch mit den §§ 344 ff ABGB vorgegangen werden, was aber nur selten durchdringen kann. Der Streit verlagert sich dann zur Frage, ob der Besitz zulässigerweise entzogen wurde. Dies findet eine Bestätigung darin, dass nach Ansicht von Zeiller die Vorteile des Besitzes (§ 339 ABGB!) schon durch die fehlende Anerkennung durch den anderen verlustig gehen; solange aber der Besitz durch die §§ 345 ff ABGB wiedererlangt werden kann, könne jedoch nicht von einem vollständigen Erlöschen des Besitzes gesprochen werden, s Zeiller, Kommentar 2.1 § 351 Rz 1.

2647 So Kodek, Besitzstörung 132.

2648 Vgl 4.3.1.

rungsverfahren die Bestimmungen zum Besitzschutz in §§ 309 ff ABGB unangetastet blieben. Vielmehr wird in § 454 Abs 1 ZPO explizit auf den Besitzstand bei Rechten verwiesen, wobei dabei keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Art des Rechts gemacht wurden. Auch wenn dies für sich genommen noch kein hinreichender Grund ist, einer Einschränkung des Umfangs des Rechtsbesitzes eine Absage zu erteilen, muss dies doch als Auftrag verstanden werden, zuerst zu prüfen, ob die zivilprozessualen Regelungen einer Auslegung zugänglich sind, die unter Zugrundelegung des im ABGB verankerten weiten Konzepts des Rechtsbesitzes die beschriebenen unbefriedigenden Resultate vermeidet.²⁶⁴⁹

Im Besitzstörungsverfahren ist allein auf den letzten Besitzstand und damit einhergehend die Echtheit des Besitzes im Verhältnis zwischen den Parteien sowie die Störung unter Einbeziehung der Eigenmacht des Störers einzugehen.²⁶⁵⁰ Nicht von Belang ist hingegen das dem Besitzverhältnis zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, wie etwa Titel, Redlichkeit des Besitzes oder Entschädigungsansprüche.²⁶⁵¹ In der Lit haben sich hinsichtlich der beiden im Besitzstörungsverfahren relevanten Elemente Ansätze entwickelt, die das von *Iro* und *Ehrenzweig* skizzierte, untragbare Auslegungsergebnis vermeiden. *Hans Hoyer* setzt dabei bei der Eigenmacht an, die Voraussetzung für die Störung ist: Demnach soll es immer dann, wenn eine Leistung nach § 1052 S 2 ABGB verweigert werden kann, an der Eigenmacht fehlen,²⁶⁵² weshalb dies auch im Besitzstörungsverfahren als Rechtfertigungsgrund eingewandt werden könne.²⁶⁵³ *Georg Kodek* verortet die Lösung hingegen bei der Reichweite des besessenen Rechts, für die das materielle Grundverhältnis ein wichtiges Indiz darstelle.²⁶⁵⁴ Der Umfang des Rechtsbesitzes richte sich daher nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis – insb was dessen zeitliche und örtliche Grenzen und den sy-

2649 Dies gilt umso mehr, als dass das unerwünschte Auslegungsergebnis maßgeblich durch die Einführung des eigenständigen Besitzstörungsverfahrens bedingt ist.

2650 *Kodek* in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2³ § 457 Rz 4 ff.

2651 Weiterführend *Kodek* in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2³ § 457 Rz 7 ff.

2652 Treffender wäre es wohl nach den Vorstellungen des Gesetzgebers, diesen Gedanken nicht in § 1052 ABGB, sondern in § 351 ABGB zu verankern. Denn es geht darum, dass der Beklagte erklärt, nicht mehr leisten zu wollen, was er bisher geleistet hat, was nach *Nippel* zum Erlöschen des Rechtsbesitzes führt, s *Nippel*, Erläuterung 3 § 351 Rz 1. Der Streit verlagert sich dann zur auch im Besitzstörungsverfahren relevanten Frage, ob der Besitz des Untersagungsrechts unecht erworben wurde. Dementsprechend wäre der Einwand nur möglich, wenn etwa heimlich vorgegangen wird, was bei einem nach § 1052 ABGB gedeckten Vorgehen aber wohl idR nicht der Fall wäre. Da diese Ausführungen vom hier interessierenden Fokus abweichen, soll dieser Gedanke nur angedeutet werden, s zum unechten Besitzerwerb durch eine in § 351 ABGB genannte Handlung 4.3.6.2.

2653 *Hoyer*, Zum possessorischen Schutz des Rechtsbesitzes, wbl 1999, 341; *Hoyer*, wbl 1997, 147.

2654 *Kodek*, Besitzstörung 135 ff.

nallagmatischen Charakter anbelangt. Wesentlicher Gesichtspunkt ist dabei die Überlegung, dass der petitorische Rechtsschutz die Obergrenze für den Besitzschutz darstelle.²⁶⁵⁵ Beide Interpretationen führen dabei zum Ergebnis, dass im Besitzstörungsverfahren auch Rechte ohne Konnex zur Innehabung von körperlichen Sachen durchgesetzt werden können, ohne zu sinnwidrigen Auslegungsergebnissen zu führen.

In Gegenüberstellung der Ansätze von *Hoyer* und *Kodek* drängt sich der Befund auf, dass diese von unterschiedlicher Richtung her gedacht werden. Während *Hoyer* stärker vom materiellen Recht ausgeht und daraus Folgerungen für das Besitzstörungsverfahren zieht, scheint die Herangehensweise von *Kodek* vom Besitzstörungsprozess und dessen Verhältnis zum ordentlichen Verfahren konzipiert. Auf konzeptioneller Ebene betreffen diese Ansätze unterschiedliche Stufen der dinglichen Wirkung, was an Hand der Theorie von *Motulsky* illustriert werden kann: Während *Hoyer* für eine weite Möglichkeit von Einwendungen auch im Besitzstörungsverfahren plädiert, gilt es nach *Kodek*, die erlaubten und bewehrten Handlungen, die im Besitzstörungsverfahren im Fall des Rechtsbesitzes dem Berechtigten zukommen, zu reduzieren. Daraus folgen auch die Unterschiede der Ansätze: Während bei *Hoyer* das Bestehen eines (besseren) Rechts vom Beklagten nachgewiesen werden muss, kommt nach *Kodek* dem Kläger der Nachweis zu, dass tatsächlich eine erlaubte und bewehrte Handlung durch einen Eingriff gestört wird. Ein zweiter Unterschied betrifft Fälle, in denen das Recht durch Ablauf nicht mehr besteht. Denn es ist anerkannt, dass dem Bestandnehmer auch nach Ablauf des Bestandschutzes noch Besitzschutz zukommt, was unmittelbar mit der Möglichkeit des Aufschubs der Räumung in Zusammenhang gebracht wird.²⁶⁵⁶ Im Modell von *Kodek* führt diese Konstellation zu Spannungen, da der Umfang des Rechtsbesitzes auf Null zu reduzieren wäre, wenn dieser sich nach dem abgelaufenen Bestandvertrag richtet; für den Besitzschutz müsste hier von einem gesetzlich fingierten Vertrag ausgegangen werden, der bis zur tatsächlich durchsetzbaren Beendigungsmöglichkeit besteht.²⁶⁵⁷ Im Modell von *Hoyer* ist diese Konstellation weniger problematisch: Es müsste auf der Stufe der Einwendung geprüft werden, ob der Vermieter einen die Eigenmächtigkeit ausschließenden Rechtfertigungsgrund für die Störung vorbringen kann. Sofern dies – etwa auf Grund sondergesetzlicher Wertungen zur Räumungsfrist – nicht der Fall ist, kann ein Besitzschutz des Bestandnehmers auch ohne aufrechten Bestandvertrag ohne Weiteres gerechtfertigt werden. An dieser Stelle ist aber freilich nicht der Platz, die Ansätze von *Hoyer* und *Kodek* abschließend zu bewerten,²⁶⁵⁸ da beide im Resultat überzeugend nachweisen, dass im Besitzstörungsverfahren

²⁶⁵⁵ *Kodek*, Besitzstörung 137 f.

²⁶⁵⁶ Ausf zu dieser Problematik *Kodek*, Besitzstörung 142 ff.

²⁶⁵⁷ *Kodek*, Besitzstörung 145 f.

²⁶⁵⁸ Insb können wohl gegen den Ansatz von *Hoyer* prozessuale Einwände vorgebracht werden, da durch die Zuerkennung von Einwendungsmöglichkeiten im Besitzstö-

die Durchsetzung von Rechten nicht auf Rechte, die im Zusammenhang mit der Innehabung einer körperlichen Sache stehen, beschränkt sind.

4.3.5. Stellungnahme

Aus der Untersuchung der historischen Genese des Rechtsbesitzes und dessen Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren ergibt sich, dass der aktuell hL, die den Rechtsbesitz auf Rechte begrenzt, die in Verbindung mit der Innehabung einer körperlichen Sache stehen, nicht gefolgt werden kann.²⁶⁵⁹ Aus der historischen Genese und dem Gesetzeswortlaut ergibt sich vielmehr deutlich, dass dem ABGB ein weites Konzept des Rechtsbesitzes zu Grunde liegt, das seine Wurzeln in der Kanonistik findet. Dem Gegenentwurf von *Savigny*, der die Rechtsqualität des Besitzes in Frage stellte und gegen eine weite Konzeption des Rechtsbesitzes auftrat, wurde explizit nicht Folge geleistet. Vielmehr kam dem Besitz in den Augen des Gesetzgebers des frühen 19. Jhds eine integrale Rolle bei der Zuordnung von Rechtsobjekten zu Rechtssubjekten zu, wobei er funktional auch für den Schutz des Eigentumsrechts herangezogen wurde. Dieser Befund reiht sich nahtlos in die bisherigen Ergebnisse dieser Untersuchung ein, dass der Gesetzgeber eine kategoriale Trennung von persönlichen und dinglichen Rechten nicht im Sinn hatte.

Auch durch die Modifikation der Durchsetzung des Besitzes in einem eigenständigen Besitzstörungsverfahren erfolgte keine Änderung für den Rechtsbesitz. Zwar ist unter dem Einfluss der Historischen Rechtsschule durchaus eine konzeptionelle Änderung bemerkbar, da der Besitz nunmehr als Faktum und nicht mehr als Recht aufgefasst wurde (§ 457 ZPO), dies hatte jedoch keine Auswirkungen auf die Frage, an welchen Rechten ein Rechtsbesitz bestehen kann. Dies ergibt sich bereits daraus, dass mit Anschluss an *Kodek* und entgegen der hL der Besitz nicht zwangsläufig nur im Besitzstörungsverfahren, sondern grundsätzlich auch im ordentlichen Verfahren durchgesetzt werden kann. Durch diesen Dualismus des Besitzschutzes können von den Regelungen des Besitzstörungsverfahrens keine generellen Wertungen für die Reichweite des Rechtsbesitzes abgeleitet werden. Selbst wenn mit der hL von einer ausschließlichen Durchsetzbarkeit des Besitzschutzes im Possessorium ausgegangen wird, tut dies dem weiten Konzept des Rechtsbesitzes keinen Abbruch. Denn richtigerweise müssen die Regelungen des Besitzstörungsverfahrens so ausgelegt werden, dass sinnwidrige Ergebnisse iZm dem Rechtsbesitz vermieden werden, wofür von *Hoyer* und *Kodek* jeweils überzeugende Ansätze vorgelegt wurden.

rungsverfahren die Durchführung des Verfahrens durchaus auch verlangsamt werden kann. Auf diese kann hier aber nicht weiter eingegangen werden.

2659 Ebenso *Gusenleitner*, Ersitzung 106 ff.

4.3.6. Dingliche Wirkungen

Nachdem gezeigt wurde, dass im Regelungsrahmen des ABGB ein wesentlicher Teil der dinglichen Wirkungen im Besitzschutz zu situieren sind, gilt es nun, auf die dinglichen Wirkungen des Rechtsbesitzes einzugehen. Zu beantworten ist die Frage, inwieweit der Besitz an einem Recht die Möglichkeit vermittelt, gegen Eingriffe Dritter vorzugehen. Dabei muss zunächst beleuchtet werden, welche Rechte tatsächlich vom Rechtsbesitz erfasst sein können. Danach werden die Wirkungen des Rechtsbesitzes in den Fokus genommen, wobei zwischen der Besitzstörung und dem unechten Besitzerwerb differenziert wird.²⁶⁶⁰ Diese unterscheiden sich – wie *Kodek* zu Recht ausführt – vor allem darin, ob der Eingreifer Besitz erworben hat oder nicht.²⁶⁶¹

Entgegen der hL wird in der vorliegenden Untersuchung von einem Dualismus der Durchsetzungsmöglichkeiten des Besitzes ausgegangen. Dies bedeutet, dass der Besitz grundsätzlich im ordentlichen Verfahren ebenso durchgesetzt werden kann wie im Besitzstörungsverfahren, da die Klagefrist des § 454 Abs 1 ZPO nur die Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren betrifft. Aus dieser Ansicht folgt, dass die Durchsetzung der Rechtsposition des Besitzers wie auch des besitzenden Eigentümers generell in § 339 ABGB und §§ 345 ff ABGB verankert werden kann. Die Klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum nach § 372 ABGB kann davon abweichend als Eigentumsklage gegen einen Besitzer angesehen werden, weshalb für die dinglichen Wirkungen auf das Eigentumsrecht verwiesen wird.²⁶⁶² Wenn aber mit der hL die Klagefrist des § 454 Abs 1 ZPO als materiellrechtliche Präklusivfrist qualifiziert und von einem monistischen System der Durchsetzung des Besitzes ausgegangen wird, ändert sich – wie gesehen²⁶⁶³ – auch die normative Anknüpfung im ABGB. Das Rechtsmittel gegen die Störung und Entziehung des (wenngleich nur qualifizierten) Besitzes wird nach Fristablauf – bezüglich Ersterem methodisch nicht ganz einwandfrei – in § 372 ABGB verortet; am Umfang der dinglichen Wirkungen beim Störungsschutz ändert dies aber – mit Ausnahme des kleineren Kreises der Aktivlegitimierten – nichts.

4.3.6.1. Erfasste Rechte

Eine Schranke für Rechte, die vom Rechtsbesitz erfasst sind, ergibt sich bereits aus § 311 ABGB. Demnach können nur jene körperlichen und unkörperlichen Sachen, die Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, in Besitz genommen werden. Diese Bestimmung ist dabei in ihrer historischen Genese zu verorten: Nach *Zeiller* geht es dabei *va* darum, dass alle unerschöpf-

2660 Zur Selbsthilfe, die beim Rechtsbesitz wegen des Fehlens der körperlichen Gewalt nur in Ausnahmefällen möglich ist, auch *Kodek*, Besitzstörung 343.

2661 *Kodek*, Besitzstörung 187.

2662 4.2.5.

2663 4.3.4.1.

lichen und unschätzbaren Sachen dem Verkehr entzogen sind und somit nicht Gegenstand des Besitzes sein können.²⁶⁶⁴ Dies ist iZm dem weiten Sachbegriff zu sehen, der konzeptionell etwa auch das Weltmeer oder das Sonnenlicht umfasst; diese können klarerweise nicht besessen werden.²⁶⁶⁵ Darüber hinaus könnten aber Sachen auch aus Religions- oder Staatsgründen dem Verkehr entzogen sein.²⁶⁶⁶ Für den Rechtsbesitz ergibt sich aus § 311 ABGB somit, dass Rechte, die öffentlich-rechtlichen Verbotsnormen widersprechen, nicht besessen werden können.²⁶⁶⁷ Darüber hinaus muss jedoch in Blick behalten werden, dass ausschließlich Rechte, die als Sache iSd § 285 ff ABGB qualifiziert werden können,²⁶⁶⁸ potenziell Gegenstand des Rechtsbesitzes sind.²⁶⁶⁹ Erfasst vom Rechtsbesitz sind somit ausschließlich Rechte, über die frei verfügt werden kann. Insofern sind die Schranken für den Rechtsbesitz weiter als gesetzlich angelegt: Es geht darum, ob das Recht Gegenstand des Privatrechtsverkehrs²⁶⁷⁰ und somit auch erwerblich ist,²⁶⁷¹ nur dann kann ihm Besitzschutz zukommen.²⁶⁷²

Eine zweite Schranke ergibt sich darüber hinaus aus der Konzeption des Rechtsbesitzes. Denn dieser ist definiert als der Gebrauch eines Rechts im eigenen Namen, der vor Störung und Entziehung geschützt ist. Der Rechtsbesitz kann somit als rechtlich anerkannte Möglichkeit angesehen werden, ein Recht auszuüben.²⁶⁷³ Da für das gebrauchte Recht die Vermutung eines gültigen Titels besteht (§ 323 ABGB), besteht der Rechtsbesitz unabhängig davon, ob das Recht tatsächlich besteht oder nicht.²⁶⁷⁴ Aus der Anknüpfung an die Rechtsausübung folgt das Erfordernis eines Dauerelements des Rechts: Wenn

2664 *Ofner*, Urentwurf I 226.

2665 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 311 Rz 2.

2666 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 311 Rz 2, s dazu weiterführend *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1455 Rz 12.

2667 S mwN *Gusenleitner*, Ersitzung 135 f; dies entspricht auch der stRsp, s RIS-Justiz RS0113071.

2668 Vgl § 1458 ABGB.

2669 S dafür ausf 2.2.2.

2670 So auch *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 1 ff; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 6. Es gibt folglich auch keinen Besitz am Gemeingebrauch; der Gemeinde steht aber eine Besitzstörungsklage gegen Störungen ihres Besitzes durch Private zu.

2671 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1455 Rz 6.

2672 Dementsprechend kann mit *Wimmer* wohl zu Recht davon ausgegangen werden, dass subjektive öffentliche Rechte mangels Veräußerbarkeit kein Gegenstand des Besitzschutzes sind, s dazu mit ausführlicher Begründung *Wimmer*, Störung der Ausübung subjektiv-öffentlicher Rechte, ÖJZ 2019, 908 (910 ff). In der älteren Rsp war dies jedoch nicht völlig eindeutig, da auch ein Rechtsbesitz am Besteuerungsrecht anerkannt wurde, vgl OGH 19.5.1908, R. VIII 37/8 GIUNF 4242.

2673 So sehr ausf *Krückmann*, Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des Gemeinen Rechts, AcP 1912, 179 (184 ff).

2674 So auch *Kodek*, Besitzstörung 128; freilich kann – wie gesehen – auch im Besitzstörungsverfahren eine mangelnde Berechtigung eingewandt werden, s dazu 4.3.4.3.

es mit dem Gebrauch erlischt, besteht kein Anwendungsbereich für den Schutz der Ausübung; nicht erfasst vom Besitzschutz sind somit Zielschuldverhältnisse.²⁶⁷⁵ Sehr wohl vom Rechtsbesitz umfasst sind aber nach richtiger hL Dauerschuldverhältnisse, insb solche auf wiederkehrende Leistung.²⁶⁷⁶ Dies wird richtigerweise auch für Sukzessivlieferungs- und Bezugsverträge angenommen, die ein wiederholtes Ausüben der aus dem Stammverhältnis entspringenden Ansprüche gestatten.²⁶⁷⁷ In der älteren Lit wurde dies aber beim Recht auf Zinsen für ein eingesetztes Kapital eingeschränkt: Anders als bei einem Rentenrecht sei hier davon auszugehen, dass jede Zinsrate eine gesonderte Obligation darstelle, weshalb ein Rechtsbesitz dort ebenso ausscheiden müsse wie „*bei Miet- und Pachtzinsen, bei Lohnforderungen etc, soweit selbe nur das in gewissen Zeitabschnitten fällige Entgelt für die fortgesetzte Gegenleistung bilden*“.²⁶⁷⁸ Dieses Argument, dem wohl unausgesprochen die Bedenken einer Prolongierung der Bezugsdauer durch Besitzstörungsklagen zu Grunde liegen, findet im ABGB jedoch keine Bestätigung. Denn es wird nicht danach differenziert, ob die Ausübung des Rechts befristet ist oder nicht; der Besitzschutz kann aber auch im Besitzstörungsverfahren – wie gesehen – nur insoweit bestehen, als dass er eine Grundlage in einem tatsächlich bestehenden Recht hat.²⁶⁷⁹ Bei der Rückzahlung eines Darlehens wird aber zweifellos geleistet, was jemand als seine Schuldigkeit fordert,²⁶⁸⁰ dasselbe gilt für Mietzins und Lohnforderungen bei befristeten Rechtsverhältnissen. Nach Ablauf der Verpflichtung – etwa bei Rückzahlung des Darlehens oder bei Ablauf der Befristung – besteht somit auch im Besitzstörungsverfahren die Möglichkeit, gegen die Prolongierung der Verpflichtung vorzugehen, weshalb hier keine Einschränkung des Rechtsbesitzes notwendig ist. Der Kreis der Rechte, die vom Besitzschutz erfasst sind, ist somit unter Voraussetzung einer Dauerhaftigkeit der Rechtsausübung weit.²⁶⁸¹

2675 *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 13; *Lukas* in FS Koziol 242; *Gusenleitner*, Ersitzung 106; *Gschmitzer*, Sachenrecht 9; aA *Jabornegg*, der die „dauernde“ Möglichkeit der Geltendmachung eines Zielschuldverhältnisses als Dauerelement ausreichen lässt, s *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982) 280 f. Die Notwendigkeit eines Dauerelements ist auch in der älteren Rsp anerkannt, vgl OGH 16.2.1886, Nr 1186 GIU 10934; OGH 7.12.1886, Nr 12198 GIU 11287. Anders könnte dies iZm verbrieften Rechten beurteilt werden, s dazu weiterführend BT 2.1.3.3.

2676 *Hoyer*, wbl 1997, 147 (147 f); ebenso *Kodek*, Besitzstörung 104.

2677 *Hoyer*, wbl 1997, 147 (147 f).

2678 *Randa*, Besitz⁴ 659 f.

2679 Tatsächlich ist dies darauf zurückzuführen, dass der Rechtsbesitz idR mittelbar erworben wird und somit nach § 315 ABGB im Umfang dem übertragenen Recht entspricht, s dazu weiterführend BT 2.1.1.

2680 § 313, 1. Fall ABGB.

2681 Mit vielen Nachweisen dazu *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 1 ff; zur Diskussion des Rechtsbesitzes an Hand von ausgewählten Beispielen, s weiterführend BT 2.1.3.

4.3.6.2. Unechter Besitzerwerb

Der Besitzer kann sich nach §§ 345 ff ABGB dagegen wehren, wenn jemand in seinen Besitz eindringt, durch List oder Bitte heimlich einschleicht oder ein Prekarium in ein fortdauerndes Recht umwandelt und damit Besitz erwirbt.²⁶⁸² Voraussetzung für §§ 345 ff ABGB ist sohin, dass sich zwei Besitzpositionen gegenüberstehen. Mit dem Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzstandes kann somit gegen den unechten Besitzerwerb vorgegangen werden, weshalb es beim Rechtsbesitz zu einem Gebrauch des Rechts im eigenen Namen durch den Beteiligten kommen muss, der in einer verpönten Art und Weise erfolgt.²⁶⁸³ Hierbei ist *Kodek* zuzustimmen, dass im ABGB entgegen der gemeinrechtlichen Lehre der Verlust des Besitzes grundsätzlich keine notwendige Voraussetzung der §§ 345 ff ABGB ist, was sich insb beim Rechtsbesitz zeigt.²⁶⁸⁴ Denn auf Grund der Nichtrivalität von Rechten geht der unechte Besitzerwerb nicht zwangsläufig mit einem Besitzverlust einher,²⁶⁸⁵ wie es beim Sachbesitz nach den Wertungen des § 349 ABGB der Fall ist. Es kann somit durchaus eine Mehrheit von Rechtssubjekten geben, die ein Recht mit *animus* ausüben und somit als Rechtsbesitzer anzusehen sind. Gerade in diesen Situationen²⁶⁸⁶ bietet § 345 ff ABGB eine Handhabe, sofern bei einem der Rechtsausübenden ein besonders verpöntes Element hinzutritt, ansonsten kann ein Konflikt nur mit Rückgriff auf ein stärkeres Recht gelöst werden. Dem Rechtsbesitzer kommt somit die alleinige Befugnis zu, das Recht im eigenen Namen zu gebrauchen; gegenüber anderen, die das Recht ebenso mit *animus* gebrauchen,²⁶⁸⁷ ist diese aber nur unter den genannten, besonderen Umständen bewehrt.

Der Durchsetzung des Rechtsbesitzes durch ein Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzstandes gegen den unechten Besitzer kommt nach der hL nur relativ geringe Bedeutung zu.²⁶⁸⁸ Denn die Fälle des unechten Erwerbs des Rechtsbesitzes sind verhältnismäßig selten. Nach *Kodek* käme dies zu Recht in Betracht, wenn der Rechtsbesitz heimlich, dh ohne positive Kenntnis des Belasteten, erworben wird.²⁶⁸⁹ *Randa* nennt die gewaltsame Hinderung einer Bauführung, die als Ausübung eines Verbotsrechts zu qualifizieren ist, sofern sie mit einem entsprechenden *animus* erfolgt.²⁶⁹⁰ In jüngerer Zeit wird auch richti-

2682 Zu der Voraussetzung der Gewalt, des heimlichen Einschleichens, der List und des Prekariums auf *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 345 Rz 1 ff; *Kodek* in Klang³ § 345 Rz 7 ff.

2683 Die Abgrenzung zwischen Störung und Entziehung beim Rechtsbesitz ist aber frei-lich seit dem gemeinen Recht hochumstritten, s *Kodek* in Klang³ § 351 Rz 3.

2684 *Kodek*, Besitzstörung 183 ff.

2685 So auch *Randa*, Besitz⁴ 795.

2686 Erfasst ist aber auch der unechte Erwerb des Rechtsbesitzes, der nach § 351 ABGB gegen den Gebrauch eines (gegenläufigen) Rechts gerichtet ist.

2687 Oder aber durch den unechten Erwerb von Rechtsbesitz den Gebrauch eines gegen-läufigen Rechts beenden, s sogleich.

2688 So auch *Kodek*, Besitzstörung 185.

2689 *Kodek*, Besitzstörung 153 f.

2690 *Randa*, Besitz⁴ 732 (Fn 16).

gerweise die Überwindung von Hindernissen, die die Ausübung eines Rechts verhindern sollen, als unechter Erwerb von Rechtsbesitz qualifiziert.²⁶⁹¹ Darüber hinaus kann – entgegen der hL – nach den Wertungen des Gesetzgebers auch eine in § 351 ABGB genannte Handlung, die mangels Klagserhebung zum Erlöschen des Rechtsbesitzes führt, als unechter Besitzerwerb aufgefasst werden, sofern ein verpöntes Element hinzutritt.²⁶⁹² Denkbar ist dies insb bei der Verweigerung der geschuldeten Leistung, wie etwa beim Bezugsrecht, die nach *Kodek* unter den Begriff der Gewalt zu subsumieren ist.²⁶⁹³

Sehr viel größere Bedeutung kommt aber der Einrede des unechten Besitzes zu, die gegen eine Besitzstörungsklage nach § 339 ABGB vorgebracht werden kann.²⁶⁹⁴ Dies ist auf die Einschränkungen des Besitzstörungsverfahrens zurückzuführen: Während im ordentlichen Verfahren mit Erfolg gegen eine Besitzstörungsklage vorgebracht werden kann, dass durch diese entgegen § 523 ABGB ein Recht angemaßt wird oder nach § 366 bzw § 372 ABGB ein stärkeres Recht besteht, sind diese Einwendungen im Besitzstörungsverfahren durch die klaren Wertungen des § 457 ZPO ausgeschlossen. Offen bleibt im Besitzstörungsverfahren einzig der Einwand, dass der Rechtsbesitz, der mit Rückgriff auf § 339 ABGB durchgesetzt werden soll, unecht erworben wurde und somit der Besitzstörungsklage auf Grund der Wertungen der §§ 345 ff ABGB der Erfolg verwehrt bleiben muss. Dieser Einwand wird dabei zu Recht nur dann zuerkannt, wenn der letzte echte Besitzer durch die Besitzstörungsklage belangt wird.²⁶⁹⁵ Erfasst sind damit also bspw Fälle, in denen etwa heimlich ein unechter Rechtsbesitz erworben und mit diesem gegen den Belasteten vorgegangen wird.²⁶⁹⁶ Die Umstände der Geltendmachung der Einrede des unechten Besitzes sind im Detail aber str.²⁶⁹⁷

2691 Vgl dazu *Kodek* in FS Iro 49 ff; *Lukas* in FS Koziol 235 ff. *Lukas* geht aber davon aus, dass gegen den aufrechten Widerstand des Sachbesitzers kein Rechtsbesitz erworben werden kann.

2692 Vgl dazu 4.3.6.3. Zur hL ausf *Kodek*, Besitzstörung 189 ff; krit *Iro*, Besitzerwerb 39 (Fn 109), aA *Schey/Klang* in Klang II² § 339 Rz 2 (105).

2693 *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1164; *Kodek*, Besitzstörung 320 f.

2694 Zur Zulässigkeit der Einrede ausf *Kodek* in Klang³ § 346 Rz 26 ff.

2695 Denn nur diesem kommt ein entsprechendes subjektives Recht zu, das als Einwand gegen das dingliche Recht des nach § 339 ABGB Vorgehenden eingewandt werden kann; *Kodek* spricht daher zu Recht von der Relativität der Echtheit des Besitzes, s *Kodek* in Klang³ § 346 Rz 25.

2696 *Lukas* erörtert dabei folgenden, bereits in der älteren Lit diskutierten Fall: B beginnt den Weg des A zu benützen, ohne dazu berechtigt zu sein. B ignoriert die Bitte des A, dies zu unterlassen, woraufhin A den Weg durch eine Kette versperrt. Da dieser Maßnahme der Erfolg verwehrt bleibt, versperrt A den Weg durch ein Tor, wogegen B mit Besitzstörungsklage vorgeht, s *Lukas* in FS Koziol 236; dazu auch ausf *Kodek* in FS Iro 50 ff.

2697 Da die Klärung dieser Frage für das hier vorliegende Forschungsinteresse nicht von Relevanz ist, kann auf die entsprechende Lit verwiesen werden, s *Kodek* in FS Iro 61 ff; *Lukas* in FS Koziol 239 ff.

Nach generellen Grundsätzen ist Voraussetzung für eine dingliche Wirkung, dass ein Recht sozialtypisch offenkundig ist. Dies betrifft dabei auch den Rechtsbesitz, bei dem aber insb diskutiert wird, inwiefern der Belastete Kenntnis von der Ausübung des Rechts haben muss.²⁶⁹⁸ Die stRsp²⁶⁹⁹ geht diesbezüglich zu Recht von der gemeinrechtlichen Doktrin ab, dass die positive Kenntnis des Belasteten bzw dessen schlüssige Gestattung²⁷⁰⁰ – etwa durch die Unterlassung einer Klagsanhebung²⁷⁰¹ – Voraussetzung für den Erwerb des Rechtsbesitzes sei; vielmehr reiche die bloße Erkennbarkeit der Rechtsausübung aus. Dies findet in der hL Zustimmung, da es ansonsten fraglich sei, welchen Anwendungsbereich der heimliche Besitzerwerb in § 345 ABGB habe, der zweifelsfrei auch für den Rechtsbesitz in Betracht komme; eine Bestätigung findet sich zudem in den Wertungen zur Ersitzung, da diese auch dann in Betracht kommt, wenn der Eigentümer während der gesamten Ersitzungsdauer außerhalb des Bundeslands verweilt, in der sich die Sache befindet (§ 1475 ABGB) und somit idR keine positive Kenntnis vom Rechtsbesitz hat.²⁷⁰² Voraussetzung für den Erwerb des Rechtsbesitzes sei somit eine offene²⁷⁰³ bzw manifeste²⁷⁰⁴ Ausübung des Rechts, die eine Kenntnismöglichkeit des Rechts mit sich bringt.²⁷⁰⁵

Dem kann zugestimmt werden: Einerseits entspricht diese Ansicht der Genese des ABGB, in dem – wie gesehen anders als im Entwurf Martini²⁷⁰⁶ – explizit nicht darauf abgestellt wurde, ob sich der Belastete verpflichtet glaubt.²⁷⁰⁷ Andererseits findet sich dafür auch in konzeptionellen Überlegungen zur dinglichen Wirkung von Rechten eine Bestätigung: Die dingliche Rechtswirkung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis erfordert eine sozialtypische Offenkundigkeit; nicht von Belang ist aber ein subjektives Kriterium wie die positive Kenntnis, die ein Rechtssubjekt aus dem Kreis der unbestimmten Vielzahl heraustreten lässt. Ob der Belastete individuell positive Kenntnis von der Rechtsausübung erlangt hat, ist somit ohne Belang; sein Informationsdefizit fällt ihm zu Lasten. Kann der Belastete aber nachweisen, dass das Recht nicht sozialtypisch offenkundig ausgeübt wurde – etwa wenn die Rechtsausübung auf Grund einer inhaltsgleichen örtlichen Übung nicht kundbar wird,²⁷⁰⁸ muss der Erwerb des Rechtsbesitzes ausscheiden.

2698 So etwa *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 313 Rz 3, *Lukas* in FS Koziol 250 f; davon abweichend nunmehr *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 3.

2699 Vgl OGH 12.5.2021, 6 Ob 67/21b, s auch RIS-Justiz RS0010135.

2700 *Schey/Klang* in Klang II² § 312 f (78).

2701 *Ehrenzweig*, System I/2² 79 f.

2702 Ausf *Kodek*, Besitzstörung 152; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 3.

2703 *Kodek* in FS Iro 56; *Kodek*, Besitzstörung 153 f.

2704 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 3.

2705 Dazu auch *Kodek*, Besitzstörung 279 f.

2706 S dazu bereits 4.3.3.5.

2707 *Ofner*, Urentwurf I 227.

2708 Zum Pflugwenderecht OGH 27.3.2013, 7 Ob 20/13m, vgl auch RIS-Justiz RS0009820. Anders interpretiert dies *Lukas*: Er meint, dass diese Rsp dahingehend

Durch das Abstellen auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Rechtsausübung konkretisiert die Rsp das Erfordernis der sozialtypischen Offenkundigkeit, das aus allgemeinen Erwägungen zu dinglichen Wirkungen gewonnen wurde, erheblich. Unzweifelhaft geht es hier nicht darum, ob ein unbestimmter Adressatenkreis tatsächlich Kenntnis von der Rechtsausübung erlangt hat, vielmehr reicht die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme. Diese ist aber nicht abstrakt zu beurteilen; vielmehr wird von der Rsp ganz richtig auf alle Umstände des Einzelfalls abgestellt.²⁷⁰⁹ Ausschlaggebend ist nicht die rein theoretische Möglichkeit, vom Recht – wie die sprichwörtliche Nadel im Heuhaufen – Kenntnis zu nehmen. Vielmehr muss die Rechtsausübung aus der Sicht des Belasteten tatsächlich erkennbar sein,²⁷¹⁰ weshalb die Möglichkeit der Kenntnisnahme im konkreten Kontext der Rechtsausübung beurteilt werden muss. Diskutiert wird die Offenkundigkeit dabei von der Rsp²⁷¹¹ va beim Besitz von verneinenden Rechten (§ 313, 2. Fall ABGB).²⁷¹² Da hier ein objektiver Maßstab anzusetzen ist, gilt es zu klären, ob die Rechtsausübung im konkreten Fall sozialtypisch erkennbar war, wofür es wesentlich auf die Orts- und Verkehrsüblichkeit des ausgeübten Rechts ankommt. Wesentlich ist somit, ob für eine Maßfigur eine „*aufgrund unserer Sozial- und Kulturauffassung selbstverständliche (...) Erkennbarkeit*“ des ausgeübten Rechts gegeben ist.²⁷¹³

Die fehlende positive Kenntnis des Belasteten ist aber in anderer Hinsicht von Belang.²⁷¹⁴ Denn nach der von *Kodek* begründeten hL ist der Rechtsbesitz, der zwar sozialtypisch offenkundig, aber ohne konkrete Kenntnis des Belasteten erworben wurde, als unecht iSd § 345 ABGB zu qualifizieren. Daraus folgt einerseits eine wesentliche Einschränkung bei der Ersitzung (§ 1464 ABGB),²⁷¹⁵ andererseits kann aber auch der durch den Rechtsbesitz Belastete – etwa der Sachbesitzer – gegen eine Besitzstörungsklage gem § 339 ABGB den unechten Erwerb des Rechtsbesitzes einwenden.²⁷¹⁶ Beim

auszulegen sei, dass nicht nur die positive Kenntnis des Belasteten vom Rechtsbesitz, sondern darüber hinaus auch der Umstand, dass der Störer mit Rechtsbesitzwillen handelt, nachzuweisen ist. Dies entspricht aber – wie – gesehen nicht der hier vertretenen Rechtsauffassung, nach der die positive Kenntnis des Belasteten nicht von Belang ist, s dazu *Lukas* in FS Koziol 251.

2709 OGH 24.3.2021, 9 Ob 47/20g, vgl auch RIS-Justiz RS0033021.

2710 So auch RIS-Justiz RS0010135.

2711 Zur kaum noch überblickbaren stRsp, vgl RIS-Justiz RS0009762. Zum besonders illustrativen Beispiel des Pflugwenderechts, s OGH 27.3.2013, 7 Ob 20/13m; RIS-Justiz RS0009820.

2712 Zum Besitz an einem Verbotsrecht, s auch BT 2.1.3.4.

2713 So die Definition der sozialtypischen Offenkundigkeit von *Fabricius*, AcP 1961, 274 (291 f).

2714 Dies gilt wohl auch im Besitzstörungsverfahren gem §§ 454 ff ZPO.

2715 *Kodek*, Besitzstörung 154.

2716 *Lukas* in FS Koziol 242.

Rechtsbesitz ist die Kundbarkeit somit doppelt von Belang: Fehlt es an einer sozialtypischen Offenkundigkeit der Rechtsausübung, kann der Rechtsbesitz generell nicht erworben werden; der Belastete kann gegen die Rechtsausübung somit mit Besitzstörungsklage gem § 339 ABGB vorgehen. Hierbei kommt dem Beklagten der Nachweis zu, dass durch den kundbaren Gebrauch des Rechts im eigenen Namen Rechtsbesitz erworben wurde. Gelingt dies, kann der Belastete noch einen unechten Besitzerwerb behaupten; dann kommt es aber ihm zu, eine der in § 345 ABGB genannten verpönten Erwerbungsformen des Besitzes nachzuweisen.²⁷¹⁷

4.3.6.3. Besitzstörung

Nach § 339 ABGB kommt einem Besitzer ein Rechtsmittel gegenüber jedermann zu, der seinen Besitz eigenmächtig stört. In Bezug auf den Rechtsbesitz bedeutet dies, dass der Berechtigte gegenüber demjenigen vorgehen kann, der ihn bei der Rechtsausübung – also am Gebrauch seines Rechts im eigenen Namen – stört. Es kommt dem Besitzer somit nach der expliziten Aufzählung in § 313 ABGB die Befugnis zu, von einem Belasteten eine Leistung zu fordern, die Sache des Belasteten zu nutzen oder dem Belasteten etwas zu verbieten; diese Befugnis ist gleichermaßen gegen Dritte wie gegen den Belasteten²⁷¹⁸ vor Störungen bewehrt.²⁷¹⁹ Dieser Schutz des durch die kundbare Rechtsausübung entstehenden Rechtsscheins²⁷²⁰ ist eng verbunden mit der abgeschwächten Zuordnungsfunktion des Besitzrechts im ABGB: Solange es nach Maßgabe der §§ 312 f ABGB zu einer Rechtsausübung kommt, muss der Besitzer nur dann auf den Gebrauch des Rechts im eigenen Namen verzichten, wenn jemand ein besseres Recht geltend macht. Die Ausübung von Rechten ist somit durch § 339 ABGB umfassend gegen die faktische Beeinträchtigung durch Dritte geschützt.

Nach den gesetzlichen Wertungen ist der Schutz des Besitzes durch § 339 ABGB aber nicht schrankenlos. Wenn der Gebrauch des Rechts durch den Besitzerwerb eines anderen beeinträchtigt wird, geht das Rechtsmittel der §§ 345 ff ABGB nach dem *Lex-specialis*-Grundsatz vor. Denn durch den eigenmächtigen unechten Besitzerwerb kommt es idR zu einer Besitzstörung: Entweder der Rechtsbesitz des anderen geht nach den Wertungen des

2717 Dies ergibt sich dadurch, dass bei Rechten widerleglich davon ausgegangen werden kann, dass diese nicht kundbar sind, weshalb der offenkundige Erwerb des Rechtsbesitzes nachgewiesen werden muss. Da der Besitz nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen der §§ 345 ABGB gegen den Besitzerwerb geschützt ist, sind diese als *éléments générateurs* iSd Theorie *Motulsky* von demjenigen, der eine Rechtsfolge begehrt, zu behaupten und zu beweisen.

2718 Wie jedoch sogleich gezeigt werden soll, ist der Schutz des Rechtsbesitzes gegen den Belasteten nur eingeschränkt.

2719 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 339 ABGB, nach dem niemand befugt ist, den Besitz eigenmächtig zu stören.

2720 Ausf dazu *Krückmann*, AcP 1912, 179 (368 ff).

§ 349 ABGB verloren²⁷²¹ oder aber er wird im Gebrauch seines Rechts beeinträchtigt. Der Erwerb des unechten Besitzes ist somit im Vergleich zur Besitzstörung ieS die engere Norm, da sie grundsätzlich dieselben Tatbestandsmerkmale wie jene aufweist, zu denen mit der Einschränkung auf besonders verpönte Formen des Besitzerwerbs zumindest ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal hinzutritt.²⁷²² Dies überzeugt auch wertungsmäßig: Da jedem Besitzer grundsätzlich ein Recht gleicher Stärke zukommt, kann es im Konfliktfall nicht darum gehen, wer zuerst eine Besitzstörungsklage erhebt; vielmehr kann nur durch eine verpönte, unechte Form des Besitzerwerbs oder durch ein – freilich nur außerhalb des Besitzstörungsverfahrens relevierbares – besseres Recht zum Besitz eine Zuordnung des Rechtsobjekts zu einem Rechtssubjekt vorgenommen werden. Mit § 339 ABGB kann somit nur vorgegangen werden, wenn der Eingreifer keinen Besitz erworben hat.²⁷²³

In der Lit wird die Abgrenzung von Besitzstörung und dem unechten Besitzerwerb beim Rechtsbesitz insb an Hand der Fälle des § 351 ABGB diskutiert. Hierbei geht die wohl hL davon aus, dass es sich bei der Erklärung des Belasteten, nicht mehr leisten zu wollen, was sonst geleistet wurde, der Verweigerung des Belasteten der Duldung der Ausübung eines Rechts und der Nichtbeachtung eines Verbots, um Fälle der Besitzstörung gem § 339 ABGB handeln müsse, da nach dem Gesetzeswortlaut der Besitz nur dann erlischt, wenn keine Klage erhoben wird.²⁷²⁴ Diese Auffassung führt aber – wie gesehen – durchaus zu Friktionen, da sie es etwa dem Rechtsbesitzer erlaubt, auch gegen die berechtigte Verweigerung einer Leistung mit einem Rechtsmittel gem § 339 ABGB vorzugehen; da im Besitzstörungsverfahren gem §§ 454 ff ZPO die Einwendung eines besseren Rechts zumindest nicht unproblematisch ist, kann dies im Ergebnis dazu führen, dass bis zur Entscheidung im ordentlichen Verfahren die Ausübung des Rechts ohne Grundlage prolongiert wird.²⁷²⁵ Eine solche Interpretation des § 351 ABGB entspricht aber freilich nicht dem historisch nachvollziehbaren²⁷²⁶ Willen des Gesetzgebers, soweit sich dieser in der Kommentierung von *Zeiller* widerspiegelt: Demnach könne von einem Erlöschen des Besitzes gem § 351 ABGB nur ausgegangen werden, wenn keinerlei Möglichkeiten zur Geltendmachung von Rechtsmitteln – insb auch jenen der §§ 345 ff ABGB – mehr bestehen. Die Vorteile des Besitzes gingen aber schon zuvor verloren,²⁷²⁷

2721 § 349 ABGB findet auch auf den Rechtsbesitz Anwendung, sofern dieser mit der Innehabung einer körperlichen Sache verbunden ist, s auch *Kodek* in Klang³ § 349 Rz 27.

2722 F. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 465.

2723 So auch *Kodek*, Besitzstörung 187.

2724 So etwa *Kodek*, Besitzstörung 189 ff; *Ehrenzweig*, System I/2² 83; *Randa*, Besitz⁴ 795 ff; aA *Iro*, Besitzerwerb 39 (Fn 109); *Schey/Klang* in Klang II² § 339 (105).

2725 Vgl 4.3.4.2.

2726 So wurde insb in der Kanonistik die Verweigerung der Leistung als Entziehung des Besitzes angesehen, s dafür bereits 4.3.3.2.

2727 Dies war auch bei den historischen Vorbildern des Rechtsbesitzes der Fall, vgl dazu *Coing*, Europäisches Privatrecht I 344 f.

wenn die Anerkennung des Rechtsbesitzes durch den Belasteten aufhöre; als Vorteil des Besitzes bezeichnet *Zeiller* explizit § 339 ABGB.²⁷²⁸ Daraus folgt, dass die Möglichkeit, nach § 339 ABGB vorzugehen, vom Gebrauch des Rechts im eigenen Namen abhängt; wenn der Gebrauch des Rechts durch den Belasteten verweigert wird, muss somit auch die Besitzstörungsklage ausscheiden.²⁷²⁹ Die von der hL vorgebrachten Bedenken gegen den Rechtsbesitz werden im Regelungssystem des ABGB somit dadurch abgeschwächt, dass gegen den Belasteten, der den Gebrauch eines Rechts nicht mehr duldet, nur eingeschränkt vorgegangen werden kann.

Die Einschränkung der Besitzstörungsklage iES bedeutet aber nicht, dass der Rechtsbesitzer dem Belasteten, der ihm die Ausübung des Rechts verweigert, hilflos ausgeliefert ist. *Zeiller* betont, dass der Rechtsbesitzer hier mit § 344 ff ABGB vorgehen kann, um den Besitz mit allen seinen Vorteilen wiederzuerlangen.²⁷³⁰ Daraus kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die Fälle des § 351 ABGB – zumindest soweit sich der Rechtsbesitzer der Einschränkung des Rechtsgebrauchs fügt²⁷³¹ – als (potenziell unechten) Besitzerwerb auffasst. Hierin kann ein Besitzerwerb – freilich eines entgegengesetzten Rechts²⁷³² – gesehen werden:²⁷³³ Wenn (i) jemand erklärt, anders als zuvor etwas nicht mehr leisten zu wollen und dem vom Gegenüber entsprochen wird, kann dies als Besitz an einem verneinenden Recht angesehen werden. Wenn (ii) die Ausübung eines Rechts nicht mehr geduldet wird, kann dies bei tatsächlicher Entsprechung als Erwerbung eines Verbotsrechts angesehen werden. Wenn (iii) ein Verbot nicht mehr beachtet wird, kann dies als Erwerb eines Duldungsrechts angesehen werden. Eine Handlung, die den Gebrauch eines Rechts verhindert, kann somit selbst einen Rechtsbesitz begründen.²⁷³⁴ Wenn dieser Besitzerwerb unecht ist, wäre dies ein paradigmatischer Fall der §§ 344 ff ABGB; dabei kommt etwa ein heimlicher Besitzerwerb in Betracht (§ 345 ABGB), wenn der Rechtsbesitzer keine positive Kenntnis davon hatte, dass ihm der Gebrauch des Rechts versagt werden kann,²⁷³⁵ es kann aber mit *Kodek* aber auch durchaus davon ausgegangen werden, dass die Verweigerung

2728 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 346 Rz 1.

2729 So auch *Nippel*, Erläuterung 3 § 351 Rz 1. Dem entspricht auch die ältere Rsp, s bspw OGH 19.3.1867, Nr 2194 GIU 2761. Illustrativ dazu ist auch ein Fall, in dem bei der Arbeitsverweigerung vor Ablauf der Dienstzeit eine Besitzstörung vorgebracht wurde; diese wurde verneint, da der Kläger zum Zeitpunkt der Klage „*außer dem Gebrauch seiner Rechte*“ war, s OGH 5.1.1858, Nr 13015 GIU 495.

2730 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 351 Rz 1. So auch die ältere Rsp, s OGH 19.8.1891, Nr 9208 GIU 13869.

2731 So ganz zu Recht der Einwand bei *Kodek*, Besitzstörung 195.

2732 *Schey/Klang* in Klang II² § 349 ff (128).

2733 AA *Kodek*, Besitzstörung 195.

2734 So auch *Nippel*, Erläuterung 3 § 351 Rz 2.

2735 In diese Richtung gehend *Kodek*, Besitzstörung 195 Fn 78.

der Leistung bei einem Bezugsrecht unter den Gewaltbegriff fällt.²⁷³⁶ Durch die Rückversetzung in die vorherige Lage (§ 346 ABGB) lebt der ursprüngliche Rechtsbesitz dann wieder vollumfänglich auf.²⁷³⁷ Gegen den Belasteten, der dem Rechtsbesitzer den Gebrauch des Rechts verweigert, kann somit nur dann besitzrechtlich vorgegangen werden, wenn eine der in § 345 ABGB genannten, besonders verpönten Umstände vorliegt.

Die Bewehrung der Erlaubnis, ein Recht im eigenen Namen auszuüben, ergibt sich durch die Auslegung des Begriffs der Störung (§ 339 ABGB) sowie des jeweiligen Gebrauchs des Rechts (§ 312 f ABGB). Als Störung des Rechtsbesitzes wird dabei nach einer Formulierung in der L die Verletzung des besessenen Rechts angesehen;²⁷³⁸ treffender wäre es aber, auf den Eingriff in die Ausübung des Rechts abzustellen. Dabei hat sich insb hinsichtlich des Rechtsbesitzes des Mieters eine weit ausdifferenzierte Rsp entwickelt, wobei die Grenze der Störung bei extrem geringfügigen Eingriffen, bei denen ein Nachteil des Berechtigten vernünftigerweise nicht besteht, gezogen wird.²⁷³⁹ Dass nicht jeder beliebige Eingriff in ein Recht als Störung des Rechtsbesitzes aufzufassen ist, kann dabei als eine verallgemeinerbare Wertung aufgefasst werden, die insb bei Rechten, die nicht im Zusammenhang mit einer körperlichen Sache stehen, von Relevanz ist: Durch die verhältnismäßig schwachen Konturen des Rechtsbesitzes²⁷⁴⁰ in diesen Fällen kann insb gegenüber einem Dritten nicht jeder Eingriff in das Recht mit der Störung der Rechtsausübung gleichgesetzt werden. Denn dies könnte – wie *Iro* zu Recht einwendet – dazu führen, dass die Bewegungsfreiheit unbeteiligter Dritter erheblich eingeschränkt würde, „da jeder unbeabsichtigte Eingriff in gar nicht erkennbare Rechte zu Verurteilung auf Unterlassung und Wiederherstellung führen könnte“. ²⁷⁴¹ Neben der noch zu thematisierenden Kundbarkeit des besessenen Rechts wird dabei auch die Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit angesprochen, die mit einem weiten Störungsbegriff einhergehen könnte. Als Grenze

2736 *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1164; *Kodek*, Besitzstörung 320 f.

2737 Bei dieser Diskussion zeigt sich aber, dass die Frage, ob der Besitz als Recht oder als Faktum qualifiziert wird, durchaus von Bedeutung sein kann. Denn die Ansicht von *Kodek* ist – wie dieser auch selbst darlegt – davon geprägt, dass er den Besitz als Faktum und nicht als Recht auffasst. Daraus folgert er stringent, dass kein Rechtsbesitz mehr vorliegt, wenn das Faktum der Rechtsausübung nicht mehr besteht. Anders ist dies jedoch zu beurteilen, wenn man mit dem Gesetzgeber den Besitz als Recht ansieht, der die schwächste aller Zuordnungen von Objekt zu Subjekt ermöglicht, die sich iW nur auf den Schutz vor eigenmächtigen Eingriffen beschränkt, s dazu ausf *Kodek*, Besitzstörung 189 ff.

2738 Diese Formulierung geht zurück auf *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 339 Rz 2; zust *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 339 Rz 7; *Kodek*, Besitzstörung 198; *P. Bydlinski*, Zivilrechtliche Zulässigkeitsgrenzen bei der Verteilung von Werbematerial „an der Wohnungstür“, ÖJZ 1998, 641 (642).

2739 Dazu mit vielen Nachweisen *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 339 Rz 12.

2740 So *Kodek*, Besitzstörung 244.

2741 *Iro*, Besitzerwerb 6.

für die Störung wurde dabei mit Rückgriffnahme auf die Wertungen des § 364 Abs 2 ABGB²⁷⁴² die Verkehrsüblichkeit der Handlung vorgeschlagen;²⁷⁴³ sofern eine Handlung orts- oder verkehrsüblich ist, könne diese nicht als Störung qualifiziert werden.²⁷⁴⁴ Dies ist innerhalb des Konzepts der dinglichen Rechtswirkungen stimmig: Bei verkehrsüblichen Handlungen kann durchaus davon ausgegangen werden, dass diese zumindest eine gewohnheitsrechtliche Fundierung aufweisen und somit von jedermann gesetzt werden dürfen. Dies begrenzt den Umfang der exklusiv einem Berechtigten zugewiesenen Befugnisse: Denn bei Handlungen, die von jedermann in Bezug auf ein Rechtsobjekt gesetzt werden dürfen, handelt es sich um eine Grenze der Bewehrung des Erlaubnisrechts.²⁷⁴⁵ Verkehrs- und ortsübliche Handlungen können somit gleichermaßen vom Berechtigten wie auch von jedem anderen gesetzt werden,²⁷⁴⁶ weshalb eine Besitzstörung durch eine solche Handlung nicht in Betracht kommt. Mit der Verkehrsüblichkeit wird somit ein jedermann zukommender Handlungsspielraum in Bezug auf ein Rechtsobjekt kontextflexibel definiert, der als Einschränkung für die Bewehrung des Rechtsbesitzes fungiert.

Dies bedeutet aber nicht, dass eine verkehrsübliche Handlung jedenfalls zulässig ist: Hat ein Störer subjektiv Kenntnis davon, dass mit einer verkehrsüblichen Handlung ein Recht gestört wird, tritt dieser aus dem Kreis der unbestimmten Vielheit heraus; ein Vorgehen gegen ihn kann somit nicht auf den dinglichen Rechtswirkungen der Besitzstörung basieren, sondern allenfalls auf schadenersatzrechtlichen Wertungen. Die Verkehrsüblichkeit ist somit eine wesentliche Einschränkung für die Durchsetzungsmöglichkeiten des Rechtsbesitzes nach § 339 ABGB.²⁷⁴⁷

2742 Eine Analogie ist aber auf Grund der fehlenden Lücke abzulehnen, s dazu auch P. Bydlinski, ÖJZ 1998, 641 (343 ff).

2743 Dies wird auch in der Rsp vertreten, s mwN *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 40.

2744 *Kodek*, Besitzstörung 238 ff, aaO 271. Nicht zu folgen ist *Kodek* aber, wenn er bei der Abwägung, ob eine Störung vorliegt, auf den Vermögensnachteil des Berechtigten abstellt. Denn nach der hier vertretenen Ansicht erfolgt durch ein dingliches Recht nur eine Zuordnung von Handlungsbefugnissen, nicht aber von Werten. Dementsprechend muss für die Beurteilung der Verkehrsüblichkeit für den Störungsbegriff ein etwaiger Wertverlust außer Betracht bleiben.

2745 Völlig unstr ist etwa das Betrachten eines Objekts nicht dem Berechtigten vorbehalten, was auch der Ansicht des Verkehrs entsprechen dürfte, vgl konzeptionell dafür 3.1.3.2.2.

2746 Dies erkennt auch die Rsp an, die für eine Störung des Rechtsbesitzes des Mieters auf den Verkehrssitte entsprechenden Gebrauch des Bestandobjekts abstellt, s etwa LGZ Wien 5.6.2019, 39 R 23/19z MietSlg 71.006.

2747 Die Verkehrsüblichkeit kann dabei als komplexer Rechtsbegriff und als Anwendungsfall der *théorie des dispenses* von *Motulsky* angesehen werden. Demgemäß muss diese für die Rechtsdurchsetzung nicht zwangsläufig thematisiert werden; wenn gegen eine Besitzstörungsklage aber die Verkehrsüblichkeit der Handlung eingewandt wird, ist auf diese gesondert einzugehen. Daraus folgt, dass vom bloßen Fehlen der Thematisie-

In der Diskussion wird darüber hinaus die These vertreten, dass dem Begriff der Eigenmacht in § 339 ABGB ein eigenständiger, die Anwendung der Besitzstörung begrenzender Inhalt zukomme. Dabei wurde insb in der älteren Lit diese als Erfordernis eines Störungs- bzw Eingriffsbewusstseins angesehen, weshalb *Schey/Klang* es etwa als notwendig erachten, dass es dem Störer bewusst sei, dass er in fremden Besitz eingreift.²⁷⁴⁸ Dem wird jedoch zu Recht entgegengehalten, dass ein etwaiger Rechtsirrtum für die Besitzstörung ohne Belang sei, da generell nicht auf ein Verschulden abgestellt werde,²⁷⁴⁹ was sich unmittelbar auch in der Genese des ABGB verorten lässt.²⁷⁵⁰ In jüngerer Zeit plädierte *Peter Bydlinski* dafür, das Handlungsbewusstsein als Tatbestandsmerkmal einer eigenmächtigen Eingriffshandlung anzusehen; demnach könne von Handlungen, die nicht von einem vernünftigen Willen gesteuert werden, keine Besitzstörung ausgehen.²⁷⁵¹ Gegen diese Auffassung wandte sich *Kodek* zu Recht mit dem Argument, dass es für die Besitzstörung kein weiter reichendes Schutzbedürfnis als im Schadenersatz gebe, wo in § 1310 ABGB auch im Fall der fehlenden Deliktsfähigkeit uU eine teilweise Haftung anerkannt ist.²⁷⁵²

Aus der hier vertretenen, allgemeinen Konzeption der dinglichen Rechtswirkung ist wohl eher *Kodek* zu folgen: Denn aus dem Rechtsbesitz als dinglichem Recht folgt eine Norm negativen Sollens, die sich an jeden Rechtsgenossen richtet. Daraus resultiert, dass die Pflicht zur Nichtstörung von fremdem Besitz prinzipiell jedes Rechtssubjekt gleichermaßen trifft; im materiellen Recht wird somit nicht auf eine spezifische Eigenschaft des Störers oder dessen Fehlen abgestellt.²⁷⁵³ Der Begriff der Eigenmacht kann somit nicht dahingehend verstanden werden, dass auf ein subjektives Kriterium in der Person des Störers abgestellt werden müsste.²⁷⁵⁴ Dies bestätigt sich auch mit Blick auf die Genese des Besitzschutzes im ABGB, wo es im Unterschied zum Entwurf Martini explizit nicht darauf ankommt, ob sich der andere zu einer Handlung verpflichtet glaubt; es reicht vielmehr, dass eine Handlung gesetzt oder unter-

zung der Verkehrsüblichkeit nicht darauf geschlossen werden darf, dass diese für die Besitzstörung keine Rolle spielt, s zur Theorie von *Motulsky* weiterführend 3.2.1.

2748 *Schey/Klang* in *Klang* II² § 339 (109 f).

2749 *P. Bydlinski*, Die Eigenmacht im Besitzstörungsrecht, RZ 1998, 97; zustimmend *Kodek*, Besitzstörung 280 f; s aber bereits auf *Pichler*, Die „eigenmächtige“ Störung, ÖJZ 1963, 509 (510 f).

2750 *Ofner*, Urentwurf I 227, s bereits 4.3.3.5.

2751 *P. Bydlinski*, RZ 1998, 97 (99); aA *Pichler*, der diese Lehre als „Wirrsal von unsicheren, schwankenden Meinungen, voll von der Logik der Träume, gleich einem Gemälde von Marc Chagall“ bezeichnet, vgl *Pichler*, ÖJZ 1963, 509 (511).

2752 *Kodek*, Besitzstörung 282 ff.

2753 So auch *Kodek*, Besitzstörung 288 ff. Freilich kann für die Rechtsdurchsetzung anderes gelten, s aaO.

2754 Dem steht aber nicht entgegen, dass nicht steuerbare Reflexbewegungen oder Bewegungen unter Anwendung einer *vis absoluta* nicht als Handlung im Rechtssinn angesehen werden, s *P. Bydlinski*, RZ 1998, 97 (99).

lassen wird.²⁷⁵⁵ Die Voraussetzung der Eigenmacht bei der Besitzstörung muss somit mit *Kodek* objektiv im Sinn von unbefugt bzw unberechtigt verstanden werden.²⁷⁵⁶ Es ist somit vielmehr bloß ein Ausdruck dessen, dass eine Störung – etwa durch eine spezifische Berechtigung des Störers – gerechtfertigt werden kann.²⁷⁵⁷

Voraussetzung für den Schutz des Rechtsbesitzes vor Störungen ist seine Kundbarkeit. Wie aufgezeigt ist die sozialtypische Offenkundigkeit der Rechtsausübung bereits für den Erwerb des Rechtsbesitzes notwendig; für eine Maßfigur muss eine „*aufgrund unserer Sozial- und Kulturauffassung selbstverständliche (...) Erkennbarkeit*“ des ausgeübten Rechts gegeben sein.²⁷⁵⁸ Dies ist ebenso notwendig für den Schutz des Rechtsbesitzes vor Störungen: Wenn für den Belasteten oder für einen Dritten keine Kenntnismöglichkeiten vom ausgeübten Recht besteht, kann dieser nicht zu einem die Befugnisse des Berechtigten respektierenden Verhalten angehalten werden. Die sozialtypische Offenkundigkeit des Rechts durch seine offene²⁷⁵⁹ bzw manifeste²⁷⁶⁰ Ausübung – aber uU auch durch eine Registereintragung – ist dabei vom Kläger nachzuweisen.²⁷⁶¹

Eine Besonderheit besteht aber bei der Kundbarkeit von Rechten, die in einem unmittelbaren Konnex zur Innehabung einer körperlichen Sache stehen – wie etwa bei einem Bestandvertrag. Bei diesen ergibt sich die Verpflichtung von Dritten, die Nutzung der Bestandsache nicht zu stören, nicht originär durch den Bestandvertrag; vielmehr ist diese unmittelbar durch die Existenz einer fremden Sache bedingt. Denn bei allen körperlichen Sachen, an denen keine Berechtigung besteht, kann davon ausgegangen werden, dass diese einem anderen Rechtssubjekt zugerechnet werden können, weshalb deren Gebrauchsmöglichkeiten unabhängig davon, wem und unter welchem Rechtstitel eine Befugnis vorliegt, stets gegen Eingriffe bewehrt sind.²⁷⁶² Dementsprechend wird durch den Rechtsbesitz bloß ein bewehrtes Erlaubnisrecht vom Sachbesitz abgeleitet und nicht eigens begründet; eine Verhaltensadaption von Dritten durch den Bestandvertrag ist somit nicht vonnöten. Daraus folgt, dass bei Rechten, die einen Bezug zur Innehabung von körperlichen Sachen haben, eine sozialtypi-

2755 *Ofner*, Urentwurf I 227.

2756 *Kodek*, Besitzstörung 204.

2757 Zu den Rechtfertigungsgründen weiterführend *Kodek*, Besitzstörung 549 ff.

2758 So die Definition der sozialtypischen Offenkundigkeit von *Fabricius*, AcP 1961, 274 (291 f).

2759 *Kodek* in FS Iro 56; *Kodek*, Besitzstörung 153 f.

2760 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 3.

2761 Anderes gilt aber beim Sachbesitz, bei dem die Offenkundigkeit vorausgesetzt werden kann. Demgemäß kommt hier dem Störer potenziell der – wohl extrem schwierig zu erbringende – Nachweis zu, dass die Existenz des Besitzes nicht sozialtypisch offenkundig war und somit auch keine objektive Kenntnismöglichkeit des Besitzes bestand. Krit dazu *Kodek*, Besitzstörung 279 f.

2762 *Füller* spricht idZ von einer negativen Publizität, s *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 296, s ebenso *Ginossar*, Droit réel 82.

sche Offenkundigkeit – gleich wie bei körperlichen Sachen – widerleglich vermutet werden kann.²⁷⁶³ In dieser vom Sachbesitz abgeleiteten sozialtypischen Offenkundigkeit von Rechten, die mit der Innehabung einer körperlichen Sache verbunden sind, liegt auch das wohl stärkste Argument für die Einschränkung des Rechtsbesitzes – zumindest im Verhältnis zu Dritten.²⁷⁶⁴ Das Argument der fehlenden Publizität des Rechtsbesitzes bei anderen Rechten verfängt aber nicht in dieser Allgemeinheit, da die – vom Kläger nachzuweisende – sozialtypische Offenkundigkeit auch durch eine manifeste Rechtsausübung bzw auch durch die Eintragung in ein Register gegeben sein kann. Demgemäß ist die Einschränkung des Rechtsbesitzes auf Rechte, die mit der Innehabung von körperlichen Sachen verbunden sind, aus Publizitätsgründen nicht zwingend; es erwachsen dann aber für den Kläger weitere Nachweiserfordernisse.²⁷⁶⁵

4.3.7. Synthese

Im Regelungssystem des ABGB ist der Rechtsbesitz wohl die bedeutendste Manifestation von dinglichen Wirkungen bei Rechten. Denn es ist zumindest bei Rechten, die einen Konnex zu körperlichen Sachen aufweisen, unstr., dass diese Gegenstand des Besitzes sein können. Daraus folgt, dass *erga omnes* gegen Störungen der Rechtsausübung vorgegangen werden kann. Hierbei besteht eine ausdifferenzierte Rechtsprechungspraxis insb im Bezug zu Bestandverträgen, die es erlaubt, die konzeptionelle Fassung der dinglichen Wirkungen von Rechten an Hand von Einzelfallentscheidungen zu überprüfen. Nach richtiger Ansicht ist die Einschränkung des Rechtsbesitzes auf Rechte, bei denen ein Konnex zu körperlichen Sachen besteht, freilich unzutreffend, vielmehr können sämtliche Rechte,²⁷⁶⁶ die Gegenstand des Privatverkehrs sind und ein Dauerelement aufweisen, Gegenstand des Rechtsbesitzes sein. Potenziell bestehen im ABGB durch den Rechtsbesitz somit bei einer großen Anzahl von Rechten dingliche Wirkungen.

Es hat sich gezeigt, dass mit §§ 345 ff ABGB und § 339 ABGB zwei Formen der Bewehrung der Erlaubnis, ein Recht im eigenen Namen auszuüben, bestehen, mit denen sich die dinglichen Rechtswirkungen konkretisieren.

2763 Dabei muss die körperliche Sache aber erkennbar einem anderen ausschließlich zugeordnet sein, was sich insb bei körperlichen Sachen im Gemeingebrauch zeigt. Illustrativ ist dabei das Beispiel des „Verparkens“ von öffentlichem Raum, bei dem Einzelnen ein Sondernutzungsrecht eingeräumt wird. So muss bei einem Sondernutzungsrecht, entlang einer Straße zu parken, zur Offenkundigkeit ein Schild angebracht werden, vgl *Stowasser*, Besitzstörung im öffentlichen Raum, ZVR 2013, 512.

2764 So auch *Hoyer*, wbl 1999, 341 (343); *Iro*, Besitzerwerb 6.

2765 Daraus folgt aber auch zwanglos, dass die praktische Bedeutung des Rechtsbesitzes bei Rechten, die einen Konnex zur Innehabung einer körperlichen Sache aufweisen, am größten ist, da bei diesen der Umfang des vor Störungen geschützten Rechts am klarsten konturiert ist, s dazu auch *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 28.

2766 Diese müssen aber als Sache qualifiziert werden können, s dazu bereits auf 2.2.2.

Diese unterscheiden sich primär dadurch, ob dem Eingreifer eine dingliche Rechtsposition als Besitzer zukommt – ist dies der Fall, kommt dem ausgeübten Recht nur unter besonderen Umständen ein Störungsschutz zu: Es kann gegen eine Störung durch den Besitzerwerb eines anderen – dh dessen Gebrauch des Rechts im eigenen Namen – nur dann vorgegangen werden kann, wenn der Erwerb durch ein besonders verpöntes Element erfolgt. Erwirbt der Störer keinen Besitz, besteht diese Einschränkung zwar grundsätzlich nicht; in einer im Einzelfall vorzunehmenden Abwägung zwischen den Interessen des Störers und des Gestörten kann jedoch ein Eingriff in ein ausgeübtes Recht nur dann unterbunden werden, wenn dieser nicht orts- und verkehrsbüblich ist. Es besteht somit eine gewisse Diskrepanz zwischen der Erlaubnis, ein Recht auszuüben und dessen Bewehrung gegen Eingriffe. Im Regelungssystem des ABGB sind die mit dem Rechtsbesitz assoziierten dinglichen Rechtswirkungen somit jedenfalls nicht schrankenlos.

Die Durchsetzung des Rechtsbesitzes fügt sich nahtlos in einen konzeptionellen Rahmen der dinglichen Wirkungen. So geht die Rsp mit der hL ganz zu Recht davon aus, dass es für den Erwerb des Rechtsbesitzes nicht auf die positive Kenntnis des Belasteten ankommt, darüber hinaus ist bei der Durchsetzung des Rechtsbesitzes – mit Ausnahme der Beurteilung des unechten Besitzerwerbs – grundsätzlich nicht auf subjektive Kriterien abzustellen. Dies entspricht einer Konzeption der dinglichen Rechtswirkung, die eine an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtete Verhaltenspflicht beinhaltet. Es ist aber auf die sozialtypische Offenkundigkeit der Rechtsausübung abzustellen, wobei diese von der Rsp als Erkennbarkeit der Rechtsausübung interpretiert wird, die objektiv unter Bezugnahme aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist. Der Rechtsbesitz kann somit nur durchdringen, soweit eine hinreichende Publizität der Rechtsausübung vorhanden ist.

An Hand des Rechtsbesitzes zeigt sich eindrucklich das Ineinandergreifen von Eigentums- und Besitzschutz, das dem ABGB nach der Konzeption des Gesetzgebers des frühen 19. Jhds zu Grunde liegt. Mit der Eigentumsklage kann der Eigentümer die Sache vom Besitzer herausverlangen, mit der *actio Publiciana* der besser Berechtigte vom schlechter berechtigten Besitzer. Zweck dieser Klagen ist es somit, dem Berechtigten auch den Besitz an der Sache einzuräumen. Denn der Besitz weist eine Anzahl von Vorteilen auf,²⁷⁶⁷ allen voran kann gegen Störungen mit § 339 ABGB vorgegangen werden. Der Besitz kann somit als Zuordnung des Rechtsobjekts zum Rechtssubjekt

²⁷⁶⁷ Zeiller nennt als Vorteil des Besitzes: „Der Besitzer ist a) nicht schuldig, seinen Titel anzuzeigen, noch minder zu beweisen (§ 328); b) er geht im Zweifel dem Nichtbesitzer vor (§ 329); er muss c) nur dann weichen, wenn ein anderer sein Eigentums- oder stärkeres Besitzrecht (§§ 344–347) dargetan hat; er wälzt also d) die Last des Beweises auf seinen Gegner, und er ist e) fähig, die Sache zu ersitzen (§ 1463). Daher stehen ihm auch f) Rechtsmittel zu, gegen einzelne Eingriffe und umso mehr gegen die gänzliche Besitzentsetzung sich zu schützen“, s Zeiller, Kommentar 2.1 § 339 Rz 1 (85 f).

gedeutet werden, die iW den Inhalt hat, dass niemand eigenmächtig – dh ohne Gestattung des Besitzers oder eines Richters²⁷⁶⁸ – die Ausübung des Rechts stören darf. Gegen eine solche Eigenmacht kann Selbsthilfe angewendet (§ 344 ABGB), aber auch offensiv mit Besitzstörungsklage gem § 339 ABGB vorgegangen werden. Dieser Schutz vor eigenmächtigen Handlungen wird komplementiert durch § 345 ff ABGB, mit dem sich ein Besitzer auch gegen einen besser Berechtigten durchsetzen kann, wenn dieser eigenmächtig in den Besitz „eindringt“ (vgl den Wortlaut des § 345 ABGB) und diesen unecht erwirbt.²⁷⁶⁹ Daraus folgt, dass dem Besitz im ABGB – wie dem intelligiblen Besitz bei *Kant*²⁷⁷⁰ – eine eigenständige Zuordnungsfunktion zukommt, auf die sich auch der besitzende Eigentümer unmittelbar stützen kann. Dementsprechend würde es dem Gedanken der weitestgehend unverändert in Geltung stehenden Normen des ABGB widersprechen, wenn die Klagefrist des § 454 Abs 1 ZPO als materiellrechtlich verstanden würde und somit die Durchsetzung des Besitzes nur noch zeitlich begrenzt im Besitzstörungsverfahren möglich wäre; hierdurch würde die Zuordnungsfunktion des Besitzes entfernt oder in andere Normen mit abweichenden Anwendungsvoraussetzungen versetzt. Dem Besitz kommt im ABGB somit eine eigenständige Funktion bei der Rechtsdurchsetzung zu, auf die sich auch der besitzende Eigentümer unmittelbar stützen kann.²⁷⁷¹

Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Besitz die schwächste Form der Zuordnung darstellt. Wenn es somit zu einem gerichtlichen Streit verschiedener Berechtigter an einer Sache kommt, kann der unqualifizierte Besitzer nur durchdringen, wenn ein unechter Besitzerwerb vorliegt; ansonsten prävaliert stets das stärkere Recht gem § 366 ABGB bzw § 372 ABGB. Dies bedeutet auf Grund des nichtrivalen Charakters von Rechten, dass durchaus auch ein Nebeneinander mehrerer Rechtsbesitzer bestehen kann, die mangels besserer Berechtigung nicht gegeneinander vorgehen können. Diese Auslegung erlaubt es, die Eigentumsfreiheitsklage des § 523 ABGB in der ihr ursprünglich zugedachten Funktion zu betrachten: Die Anmaßung einer Servitut – also das Begehren, die Ausübung eines Rechts zu gestatten oder das zu unterlassen, was der Eigentümer sonst zu tun berechtigt wäre (§ 482 ABGB) – kann zwanglos als Ausübung eines Rechtsbesitzes interpretiert werden. Dementsprechend

²⁷⁶⁸ Zeiller, Kommentar 2.1 § 339 Rz 2 (86).

²⁷⁶⁹ Da dies im Konzept der Stammfassung der einzige Fall ist, wo es zu einem Widerspruch der Zuordnungen durch den Besitz und einem anderen Recht kommen kann, ist es auch sinnvoll, dass im ABGB nur hinsichtlich der §§ 345 ff ABGB und nicht der § 339 ABGB von einem eigenen, beschleunigten Verfahren ausgegangen wird, das insb auch durch § 346 S 2 ABGB manifest wird.

²⁷⁷⁰ S 3.3.3.3.

²⁷⁷¹ Dazu passt, dass auch in jüngerer Zeit deutliche Wertungsparallelen zwischen actio negatoria und dem possessorischen Besitzschutz gesehen werden, s *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1160; *Picker* in FS Gernhuber 354 ff.

kann die Eigentumsfreiheitsklage ihrer Konzeption nach im Verhältnis zwischen Eigentümer der körperlichen Sache und Rechtsbesitzer, dessen ausgeübtes Recht die Befugnisse des Eigentümers einschränkt, situiert werden. Wird die Rechtsausübung vom Eigentümer gestattet,²⁷⁷² spricht man von einer Dienstbarkeit, die durch Eintragung in die öffentlichen Bücher auch dingliche Wirkung entfalten kann und sich gegen das Recht des Eigentümers durchsetzt (§ 523, 1. Fall ABGB). Ohne eine Berechtigung handelt es sich um eine Anmaßung einer Servitut, gegen die sich der Eigentümer wehren kann (§ 523 2. Fall ABGB). Gegen eine Störung, der keine Anmaßung von Befugnissen und somit auch keine Ausübung von Rechtsbesitz zu Grunde liegt, kann der besitzende Eigentümer²⁷⁷³ im System des ABGB direkt gestützt auf § 339 ABGB vorgehen, weshalb dieser Fall auch in § 523 ABGB nicht geregelt ist.²⁷⁷⁴

Es hat sich gezeigt, dass es durch die Lehren der Historischen Rechtsschule und der Hinwendung zu einem pandektistischen Paradigma des Sachenrechts zu einer Änderung der Funktion kam, die dem Besitz zugemessen wurde. Denn dieser wurde nicht mehr als Recht, das die schwächste Zuordnung eines Rechtsobjekts zu einem Rechtssubjekt darstellt, sondern als bloßes Faktum angesehen, das gegen gewaltsame Eingriffe geschützt ist. Besonders deutlich wurde dies durch die Einführung eines eigenständigen Besitzstörungsverfahrens, das von den geistigen Vätern des ABGB noch abgelehnt wurde. Dadurch änderte sich aber auch das Verhältnis zwischen Eigentumsrecht und Besitz: Funktionen, die zuvor beim Besitzschutz angesiedelt waren, mussten interpretativ in das Eigentumsrecht inkludiert werden, was sich insb in der Auslegung der §§ 372 und 523 ABGB zeigt. Durch die normative Aufladung des Eigentumsrechts gingen die Querbezüge zum Besitzschutz verloren. Während dies bei körperlichen Sachen keine größeren Änderungen nach sich zog, wurden die dinglichen Wirkungen des Rechtsbesitzes durch die Übernahme des pandektistischen Paradigmas des Sachenrechts weggedeutet.

4.4. Schlussfolgerungen

Nach dem eingangs angeführten Zitat von *Zeiller* vermag das wesentliche Ergebnis dieses Abschnitts nicht weiter zu verwundern: Im ABGB können Rechte grundsätzlich ebenso Gegenstand des Eigentumsrechts und des Besitzes sein wie körperliche Sachen. Dies entspricht nicht nur dem klaren Wortlaut des Gesetzes und dem gut dokumentierten Willen des historischen Gesetzgebers. Vielmehr zeigt sich mit Blick in die historische Genese, dass diese Ansicht des Gesetzgebers nicht vereinzelt war, sondern vielmehr auf einem

2772 Dem ist freilich die Ersitzung des Rechts gleichzuhalten, s dazu auf BT 2.2.2.3.

2773 Der nichtbesitzende Eigentümer muss somit zuerst auf die Besitzeinräumung klagen, bevor er die Vorteile des Besitzes für sich in Anspruch nehmen kann.

2774 Dass dem Besitz eine wesentliche Funktion bei den dinglichen Rechtswirkungen zukommt, zeigt auch die Betrachtung von dinglichen Rechten an Rechten.

naturrechtlich fundierten Verständnis der Zuordnung von Rechtsobjekten zu Rechtssubjekten basiert, das sich ähnlich auch bereits im ALR, aber – wie die aktuelle Diskussion in der französischen Lit zeigt – wohl auch im Code Civil wiederfindet.²⁷⁷⁵ Dass Rechte als Objekt des Eigentumsrechts und des Besitzes angesehen werden, ist somit kein Zufall oder philosophischer Manierismus,²⁷⁷⁶ sondern eine explizite Systementscheidung, die im engen Zusammenhang mit dem weiten Sachbegriff steht, der auch Rechte umfasst.

Aus diesem Befund erwächst die Notwendigkeit, insb das Eigentum an Rechten in das System der Zuordnung von Rechtsobjekten im ABGB konstruktiv einzufügen. Dabei hat sich ergeben, dass dem Gesetzgeber ein anderes Verhältnis der dinglichen Rechte im Sinn gestanden ist, als heute von der hL vertreten wird. Dies betrifft insb das Eigentumsrecht, das nach den Wertungen des Gesetzgebers noch in Ober- und Untereigentum geteilt war: Dieses war nicht als totales „Universalmutterrecht“ und rechtliche Repräsentanz der körperlichen Sache konzipiert, sondern als Proprietätsrecht, das den anderen dinglichen Rechten prinzipiell gleichgeordnet war. Das Eigentumsrecht ist dabei eng mit dem – vom Gesetzgeber explizit so bezeichneten – Recht des Besitzes verbunden: Gegen Störungen, denen keine Rechtsanmaßung zu Grunde liegt, kann der besitzende Eigentümer mit § 339 ABGB und somit mit einem besitzrechtlichen Rechtsbehelf vorgehen. Die heute vorgenommene, vollständige Trennung zwischen Eigentumsrecht und Besitz und die damit verbundenen Versuche, eine aus dem Eigentumsrecht entspringende, gegen alle Störungen anwendbare *actio negatoria* zu konstruieren, waren dem historischen Gesetzgeber fremd. Es handelt sich vielmehr um eine pandektistische Konstruktion, die später in das ABGB hineingetragen wurde.

Das Verhältnis zwischen den dinglichen Rechten ist für das Verständnis von dinglichen Wirkungen bei Rechten aber entscheidend. Denn mit der Anerkennung eines Eigentumsrechts an einem Recht geht zweifellos nicht einher, dass gegen jede erdenkliche Störung ohne Notwendigkeit eines Verschuldens vorgegangen werden könnte, was zu einer völligen Paralisierung des Rechtsverkehrs führen würde.²⁷⁷⁷ Vielmehr kann mit § 366 bzw § 523 ABGB bloß gegen die Störung der Zuordnung des Rechts vorgegangen werden. Dementsprechend bedeutet die Anerkennung eines Eigentumsrechts an Rechten für sich genom-

2775 Dass auch in jüngerer Zeit Rechtsordnungen offen in Widerspruch mit dem Sachenrechtskonzept der Pandektistik treten, zeigt sich insb auch beim 2014 in Kraft getretenen tschechischen NZGB, in dem in Abkehr von früheren Wertungen ein dem ABGB entsprechender weiter Sachbegriff und in der Folge auch ein als Recht qualifizierter Rechtsbesitz verankert ist, s dazu ausf Tichy, Der Rechtsbesitz, seine Entwicklung und seine Bedeutung im Kontext der Verdinglichung der Forderungsrechte, in FS Iro (2012) 229 (235 ff); Von Bar, Rechtsbesitz, in FS Baums (2017) 127 (127).

2776 AA Hofmeister in FS Grass 273.

2777 Dies würde auch völlig gegen das Erfordernis der Offenkundigkeit sprechen, das jeder dinglichen Rechtswirkung zu Grunde liegt.

men nichts anderes als die auch von der hL anerkannte Rechtszuständigkeit,²⁷⁷⁸ mit der ausgedrückt werden soll, dass ein Recht einer gewissen Person zusteht und nur vom Berechtigten übertragen, aufgegeben oder beschränkt übertragen werden kann. Die Anerkennung eines Eigentumsrechts an Rechten ist somit im Einklang mit derzeitigen Wertungen zur Außenwirkung von Rechten.

Situiert man den Schutz vor der bloßen Störung des Rechts wie der historische Gesetzgeber in § 339 ABGB, ist der Ursprung von dinglichen Wirkungen bei Rechten iW im Rechtsbesitz zu verorten. Der Umfang der Bewehrung eines Rechts – insb gegenüber Dritten – hängt somit wesentlich davon ab, ob dieses Recht als Rechtsbesitz kundbar im eigenen Namen gebraucht wird. Die Rsp setzt hier eine offene bzw manifeste Ausübung des Rechts, die eine Kenntnismöglichkeit des Rechts mit sich bringt, voraus. Hierfür muss auch ein Dauerelement gegeben sein, weshalb der Rechtsbesitz bei Zielschuldverhältnissen idR ausscheidet. Der Umfang der dinglichen Wirkungen bei Rechten hängt somit maßgeblich davon ab, ob ein Rechtsbesitz begründet werden kann. Hierbei gibt es jedoch keinerlei Indizien, dass der Rechtsbesitz ein Recht mit Konnex zu einer körperlichen Sache voraussetzt; hierbei handelt es sich um nichts weiter um eine Einschränkung der dinglichen Wirkungen bei Rechten, mit der ohne Grundlage ein Gleichklang mit der deutschen Rechtslage herbeigeführt werden soll.

Eine derartige am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung ist iE durchaus auch im Einklang mit derzeitigen Ansichten zur Drittwirkung von Rechten. Übersetzt in die Terminologie der hL, die sämtliche dingliche Rechtswirkungen iW mit dem Eigentumsrecht identifiziert, kommt es zu einer Annäherung zur Unterscheidung zwischen einem Eigentum ieS und einem Eigentum iwS: Ein vollumfänglicher dinglicher Rechtsschutz – und somit ein Eigentum ieS – besteht, wenn Eigentums- und Besitzposition zusammenfallen, das ist gleichermaßen bei körperlichen Sachen wie bei besitzfähigen kundbaren Rechten der Fall. Bei Rechten, die – wie etwa völlig publizitätslose Forderungsrechte – aber nicht Gegenstand des Besitzes sein können, sind die dinglichen Rechtswirkungen aber derart herabgesetzt, dass von einem Eigentum iwS und einer bloßen Rechtszuständigkeit auszugehen ist.²⁷⁷⁹ Dies entspricht ebenso der Terminologie von *Bernd Schilcher*, der zwischen starken und schwachen Rechten unterscheidet und die Stärke des Rechts davon abhängig macht, ob eine sozialtypische Offenkundigkeit bzw eine individuelle Erkennbarkeit – bei besitzverstärkten Forderungsrechten durch Besitz – gegeben ist.²⁷⁸⁰ In die selbe Kerbe schlägt *Heinz Barta*, der in seinem Lehrbuch des Zivilrechts von einem Überschneidungsbereich zwischen relativen und absoluten Rechten ausgeht.²⁷⁸¹ Die

2778 S dazu auch *Koziol* in FS Canaris 1093; *Kisslinger* in Klang³ § 292 Rz 8 ff.

2779 Es ist aber darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber eine solche Begrifflichkeit explizit abgelehnt hat.

2780 Dazu ausf *Schilcher*, *Starke und schwache Rechte*, in FS Bydlinski (2002) 353 (369 ff).

2781 *Barta*, *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken* (2004) 10.

Drittwirkung von Rechten hängt somit wesentlich davon ab, ob eine mit dem Rechtsbesitz verbundene Publizität gegeben ist, was konzeptionell auch in der L vertreten wird, wobei diese eine vom Gesetzeswortlaut abweichende Terminologie verwendet.

Auch dieser Abschnitt hat gezeigt, dass es durch die Lehren der Historischen Rechtsschule zu einer wesentlichen Änderung der Auslegung des ABGB gekommen ist, die einem Paradigmenwechsel gleichkommt. Dieser betraf vor allem das Verhältnis von dinglichen Rechten zueinander. Während dem ABGB – wie gezeigt – ein Gleichordnungsverhältnis der dinglichen Rechte zu Grunde liegt, wurde durch die Historische Schule das Eigentumsrecht im Einklang mit pandektistischen Lehren als totale rechtliche Herrschaft interpretiert und den anderen dinglichen Rechten vorgereiht.²⁷⁸² Im Gegenzug wurde der Besitz zu einem reinen Faktum, das gegen Eingriffe geschützt ist.²⁷⁸³ Der Querbezug zwischen Besitz- und Eigentumsrecht insb durch § 339 ABGB wurde entfernt, wobei dies insb auch durch die Einführung eines eigenständigen Besitzstörungsverfahrens mit eingeschränkten Klagsmöglichkeiten verankert wurde. Daraus folgte, dass das Eigentumsrecht normativ aufgeladen und ihm eine vollständig vom Besitz entkoppelte, eigenständige Störungsabwehr zugeordnet wurde. Nur in einer solchen Interpretation des Eigentumsrechts geht eine Eigentumsposition an einem Recht aber mit einem vollkommen übersteigerten Schutz des Rechts einher, der die Bewegungsfreiheit unbeteiligter Dritte über alle Maßen beeinträchtigt. Sieht man das Eigentums- und Besitzrecht an Rechten aber im Kontext der vom Gesetzgeber dem Eigentums- und Besitzrecht ursprünglich zugeordneten Funktion, lassen sich diese weitgehend friktionsfrei einordnen.

5. Ergebnisse

Im Allgemeinen Teil dieser Abhandlung wurde versucht zu zeigen, dass der folgende Satz nicht mit den anerkannten Methoden der Rechtswissenschaft aus dem ABGB abgeleitet werden kann, wobei die Betrachtung auf das Eigentumsrecht und den Besitz beschränkt wurde:

„Die sachenrechtlichen Regeln des ABGB beziehen sich aber, indem sie auf die Sachherrschaft abstellen, grundsätzlich nur auf körperliche Sachen und es können nur diese Gegenstand eigentlicher dinglicher Rechte sein.“²⁷⁸⁴

²⁷⁸² So ausdrücklich Unger, System I 524 f.

²⁷⁸³ Unger, System I 524.

²⁷⁸⁴ Kisslinger in Klang³ § 292 Rz 9.

Es hat sich gezeigt, dass der historische Gesetzgeber wohl vom exakten Gegenteil ausgegangen ist. So führt Zeiller in seiner Kommentierung aus:

*„Was also in den Gesetzen von Sachen ausgesagt wird, muss auch auf die erwähnten Verhältnisse und Eigenschaften, insbesondere auch auf Rechte angewendet werden; obschon der Deutlichkeit willen in einigen Stellen dieses Gesetzbuches nebst den Sachen die Rechte insbesondere erwähnt werden.“*²⁷⁸⁵

In der vorliegenden Untersuchung hat sich bestätigt, dass nach den iW immer noch im Geltung stehenden Wertungen der Stammfassung des ABGB explizit anerkannt ist, dass Rechte Gegenstand des Eigentums- und Besitzrechts sein können und somit auch die sachenrechtlichen Regeln grundsätzlich auf Rechte anwendbar sind.²⁷⁸⁶ Dem entspricht auch die Systematik des ABGB, das nicht zwischen Schuld- und Sachenrecht unterscheidet, sondern diese auf Grund des weiten Sachbegriffs, der Rechte gleichermaßen wie körperliche Objekte umfasst, gemeinsam als Sachenrecht bezeichnet; diese werden wiederum in die Abschnitte zum dinglichen und persönlichen Sachenrecht untergliedert. Hieraus ergibt sich eine systematische Nähe zwischen den Regeln des (dinglichen) Sachenrechts und des persönlichen Sachenrechts, die im Pandektensystem nicht vorhanden ist. Zweck dieser Bestimmungen ist es, eine einheitliche Zuordnung von körperlichen gleich wie unkörperlichen Rechtsobjekten zu Rechtssubjekten zu ermöglichen. Dieser Befund bestätigt sich in einer historischen Betrachtungsweise, da insb bei naturrechtlich fundierten Konzepten, die für den Gesetzgeber der Stammfassung maßgeblich waren, bei der Vermögenszuordnung von einem weiten Sach- und Eigentumsbegriff ausgegangen wurde. Die diesbezüglichen Regelungen des ABGB finden sich somit in einer historischen Kontinuität wieder und lassen sich dogmengeschichtlich, aber auch in vorangegangenen Kodifikationen eindeutig verorten. Der weite Sachbegriff ist ein Systembegriff, der jenem der Person entgegengesetzt wird und in einem Freiheitsnarrativ zu verorten ist: Sache ist alles, worüber eine Person frei verfügen kann, somit auch bspw die Arbeitskraft (§ 303 ABGB), aber insb auch Rechte (§ 292 ABGB). Durch die damit einhergehende explizite Anerkennung von Rechten an Rechten ergeben sich konzeptionell weitgehende Auswirkungen auf die Konstruktion des Rechtsobjekts, die wiederum dazu führen, dass dingliche und persönliche Rechte nicht zwangsläufig in einem unüberbrückbaren Gegensatz zueinanderstehen; ein persönliches Recht kann somit durchaus Gegenstand eines dinglichen Rechts sein. Darüber hinaus hat sich gezeigt, dass eine Einschränkung von dinglichen Rechten auf kör-

²⁷⁸⁵ Zeiller, Commentar 2.1 § 292 (12).

²⁷⁸⁶ Eine Ausnahme bilden jedoch später hinzugefügte Normen wie etwa § 364c ABGB, die tw von einem engen Sachbegriff ausgehen und für die sohin der untersuchten These zugestimmt werden muss.

perliche Objekte nicht normlogisch zwingend und daher dem Gesetzgeber vorgegeben ist; vielmehr handelt es sich bei einer solchen Beschränkung des Anwendungsbereichs von dinglichen Rechten um eine Systementscheidung des positiven Gesetzgebers, die aber im ABGB – anders als im BGB – explizit nicht getroffen wurde. Es liegt zur Frage, ob sachenrechtliche Wertungen auch auf Rechte Anwendung finden können, somit ein Idealfall der juristischen Interpretation vor, da Wortsinn, gesetzgeberische Regelungsabsicht und der objektive Normzweck harmonieren.²⁷⁸⁷

Nach dem Befund, dass Rechte Gegenstand des Eigentums- und Besitzrechts sein können, stellt sich die Frage, weshalb die diesem widersprechende Ausgangsthese quasi unumstrittene Zustimmung im österreichischen Zivilrechtsdiskurs für sich verbuchen kann. Ein wesentlicher Grund liegt in einem Paradigmenwechsel, der mit den Lehren der Historischen Rechtsschule im 19. Jahrhundert einhergeht, auf die sich die heutige hL zu diesbezüglichen Grundsatzfragen fast uneingeschränkt beruft. Diese strebte nach einer Angleichung der österreichischen Rechtswissenschaft an die deutsche, die durch die Pandektistik geprägt war. Die verwendete Methodik der Historischen Rechtsschule ist für das österreichische Recht dabei äußerst fragwürdig, da ihr eine – den ideengeschichtlichen Hintergründen des naturrechtlich inspirierten Gesetzgebers widersprechende – starke Fokussierung auf das römische Recht zu Grunde liegt. Im Zweifel wurde das ABGB nach diesem Ansatz im Einklang mit dem gemeinen Recht ausgelegt, das für den Gesetzgeber eine nachweislich nur untergeordnete Rolle aufwies. Dies resultierte darin, dass in allen Fällen, in denen der Gesetzgeber ein gemeinrechtliches Rechtsinstitut benannte, ohne auf dessen gesamten Inhalt einzugehen, davon ausgegangen wurde, dass das gemeinrechtliche Institut in seiner Totalität übernommen wurde und kraft dieser Auslegung das gemeine Recht geltendes Recht sei,²⁷⁸⁸ was insb bei den Normen des (dinglichen) Sachenrechts zu einer manifesten Änderung der Auslegung führte. Es lässt sich auf Grund neuerer rechtshistorischer Erkenntnisse nachvollziehen, dass der Siegeszug der Historischen Rechtsschule zumindest nicht ausschließlich auf die wissenschaftliche Überzeugungskraft, sondern vielmehr auch auf den politischen Willen, die österreichische und die deutsche Rechtslage einander anzupassen, zurückzuführen ist. Da auf Grund historischer Umstände eine Änderung der Gesetzeslage im Sachenrecht unterblieben ist, besteht für das ABGB eine Sonderkonstellation: Es handelt sich um eine naturrechtlich inspirierte Kodifikation, die pandektistisch ausgelegt wird.

Die auf die Lehren der Historischen Rechtsschule zurückgehende pandektistische Interpretation des ABGB weist hinsichtlich dinglicher Rechte weitgehende Unterschiede zum naturrechtlich inspirierten Regelungskonzept des

2787 Vgl. *Neuner*, Rechtsfindung 111.

2788 *Koschimbahr-Lyskowski* in FS ABGB I 251.

Gesetzgebers des ABGB auf. Besonders eindrücklich zeigt sich dies bei der Systematik: Während der Gesetzgeber explizit von einer kategorischen Teilung von dinglichen und persönlichen (Sachen-)rechten absah, wird seit der Historischen Rechtsschule das ABGB ohne jegliche Veranlassung im Rahmen des Pandektensystems interpretiert und somit – zumindest aus der heutigen Sicht – dem BGB angenähert. Selbst aus der bislang eingenommenen, konzeptionellen Perspektive ist die Liste jener Ansichten zum österreichischen Zivilrecht, die sich deutlich besser in den Normen des BGB verankern lassen als in jenen des ABGB, lang. Besonders große Auswirkungen hatte im hier interessierenden Zusammenhang die Neuinterpretation von Eigentumsrecht und Besitz. Im System des ABGB sind beide explizit als gleichgeordnete Rechte anerkannt (§ 308 ABGB), durch ihre enge Verflechtung kann auch der Eigentümer bei Störungen unmittelbar auf § 339 ABGB zurückgreifen. Es kann dahingestellt werden, ob man diese Konzeption als *gäianisch* bezeichnen möchte oder als *naturrechtlich*; fest steht aber, dass das ABGB dabei keinen Sonderfall darstellt, sondern auch andere historische und aktuell in Geltung stehende Rechtsordnungen konzeptionell ähnlich aufgebaut waren und sind. Die Lehren der Historischen Rechtsschule führten zu einer wesentlichen Änderung bei der Interpretation des Sachenrechts: Das Eigentumsrecht wurde zum allumfassenden „Universal Mutterrecht“, dem alle anderen dinglichen Rechte nachgeordnet sind, und der Besitz zum bloßen Faktum. Da ein dermaßen umfassendes Konzept des Eigentumsrechts im ABGB nicht verankert war, musste für eine pandektistische Auslegung insb die Eigentumsfreiheitsklage weit über den ihr zugemessenen Anwendungsbereich ausgedehnt werden. Es zeigt sich somit, dass die Diskrepanz zwischen der hL und dem Wortlaut des Gesetzes, die zu einer inhärenten Widersprüchlichkeit der Interpretation des ABGB führt, in großen Stücken auf die mit einer überpositiven Methodik operierenden Lehren der Historischen Rechtsschule zurückgeführt werden kann. Durch die Historische Rechtsschule kam es somit zu einem *legal transplant* eines pandektistischen Konzepts des Sachenrechts in das ABGB, dem aber keine Änderungen im positiven materiellen Recht zu Grunde lagen.²⁷⁸⁹

Das pandektistische Paradigma des Sachenrechts ist auch hinsichtlich der Herleitung aus dem antiken römischen Recht durchaus kritisch zu sehen. *Roland Dubischar* spricht gar davon, dass die mit diesem Verständnis einhergehende strikte Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht „*das Ergebnis einer Reihe von Fehlinterpretationen*“ des römischen Rechts sei.²⁷⁹⁰ Tatsächlich wurde in der Pandektistik der Auslegung der Quellen ein modernes Rechtsverständnis zu Grunde gelegt; es sprechen aber gute Gründe dafür, dass dem antiken römischen Recht kein Konzept des subjektiven dinglichen

2789 Dies betrifft freilich auch andere Rechtsbereiche, vgl für die Übernahme der Novation aus dem deutschen Recht *Kogler*, Vergleich und Anerkenntnis (2021) 21 ff.

2790 *Dubischar*, Grundlagen 140.

Rechts als Rechtsverhältnis zwischen Rechtssubjekten bekannt war, sondern von einer objektiv-rechtlichen Zuordnung von Rechtsobjekten iSe Gehörensrelation auszugehen gehen ist, die als unmittelbare rechtliche Verbindung zwischen Objekt und Subjekt aufgefasst wurde. In einem solchen Verständnis kann der römisch-rechtlichen *res incorporalis* eine Funktion zugemessen werden, die ihr in einem pandektistischen Verständnis versagt bleibt. Durch die Pandektistik kam es somit wohl auch zu einem Paradigmenwechsel bei der Interpretation des römischen Sachenrechts.

Aus dieser Perspektive ergibt sich die Stellung der unkörperlichen Sache im ABGB: In einer pandektistischen Auslegung des österreichischen Zivilrechts ist sie – wie auch für die pandektistische Interpretation des römischen Rechts²⁷⁹¹ – ein funktionsloser und völlig systemwidriger Störfaktor. Denn sie führt zu einer Gleichsetzung von Rechten und körperlichen Objekten, die innerhalb der pandektistischen Konzeption als unzulässig gilt. Darüber hinaus würde die unkörperliche Sache nach einem allumfassenden, totalen Konzept des Eigentumsrechts dazu führen, dass gegen sämtliche unmittelbaren und mittelbaren Störungen eines Rechts mit der *actio negatoria* vorgegangen werden könnte, was zu einer völligen Paralisierung des Rechtsverkehrs führen würde. Innerhalb eines pandektistischen Systems ist es somit völlig folgerichtig, den weiten Sachbegriff auf die körperliche Sache zu reduzieren; der unkörperlichen Sache wurde – mit der impliziten Behauptung, sie sei ein Fehler des Gesetzgebers – keine Bedeutung mehr zugemessen. In einem naturrechtlich inspirierten Regelungssystem ist die unkörperliche Sache indes ein konstitutiver Bestandteil der Vermögenszuordnung und ein wichtiger Systembegriff. Durch die explizite gesetzliche Anerkennung der unkörperlichen Sache und somit auch des weiten Konzepts des Eigentums- und Besitzrechts ergibt sich für das ABGB somit eine weitgehende Folge: Der österreichische Gesetzgeber ging – obwohl die Gesetzeslage iW unverändert blieb – von einem anderen Paradigma des Sachenrechts aus als es die heutige Zivilrechtsdogmatik tut. Es besteht sohin auch keine gesetzliche Grundlage für die These, dass die Normen des (dinglichen) Sachenrechts im ABGB ausschließlich auf körperliche Sachen Anwendung finden.

Freilich muss betont werden, dass aus dem Befund, dass sachenrechtliche Wertungen im ABGB generell auf Rechte Anwendung finden können, nicht der Gegenschluss gezogen werden kann, dass unkörperliche Sachen in ihren dinglichen Wirkungen körperlichen Sachen gleichzustellen seien. Dies zeigt sich bereits auf konzeptioneller Ebene, da Rechten als unkörperlichen Sachen regelmäßig die für dingliche Rechtswirkungen unerlässliche sozialtypische Offenkundigkeit fehlt, die aber bei körperlichen Sachen gegeben ist. Im Regelungskontext des ABGB zeigt sich dies insb beim vom Sachbesitz zu unterscheidenden Rechtsbesitz, der nicht für sämtliche Rechte gleichermaßen offensteht. Inwie-

2791 S dazu ausf 2.3.1.2.2.

weit Rechten dingliche Wirkungen zukommen, ergibt sich somit maßgeblich daraus, ob sie Gegenstand des Rechtsbesitzes sein können. Die dingliche Wirkung von persönlichen Sachenrechten ist somit bloß eine zusätzliche Charakteristik, die neben die obligatorische tritt und nur in Ausnahmefällen – wenn es zur Beeinträchtigung der Rechtsausübung kommt – von praktischer Relevanz ist. Diese Fälle sind aber in einer dogmatischen Betrachtung hochbedeutend: Wenn man aber die pandektistische Ausgestaltung des (dinglichen) Sachenrechts und die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht als möglich, aber keineswegs zwingend ansieht, eröffnet sich einerseits der geistige Horizont, Anomalien systemkonform einzuordnen. Diese hören auf, systemwidrige Sonderwertungen zu sein, sondern sind nur noch Ausdruck des Umstands, dass die Rechtsordnung auch bei persönlichen Rechten dingliche Rechtswirkungen anerkennt. Andererseits bietet dies eine Grundlage dafür, neue Phänomene in der Sphäre des Reellen – wie etwa virtuelle Gegenstände und digitale Daten – in die Sachenrechtsordnung einzubeziehen. Das Sachenrecht kann aus seiner Funktion – der Zuordnung jeglicher Vermögensgüter – und nicht aus dem Rechtsobjekt, auf das es sich bezieht, interpretiert werden.²⁷⁹² Die Zivilrechtswissenschaft muss sich somit generell der Diskussion stellen, ob die pandektistische Auslegung des Sachenrechts und insb die – im Resultat auch für die österreichische Rechtslage vorgenommene – Reduktion des Sachbegriffs auf körperliche Objekte für das 21. Jhd noch opportun sind oder ob es an der Zeit ist, das pandektistische Paradigma des Sachenrechts abzulösen.²⁷⁹³

2792 Eine stärker funktional orientierte Interpretation des Sachenrechts wird auch in Deutschland diskutiert, um unkörperliche Objekte – wie etwa Daten – besser zu erfassen s dazu mwN *Labusen*, AcP 2021, 1 (27 f).

2793 Insb in jüngerer Zeit wird auch der enge Sachbegriff im BGB als unzureichend kritisiert, s dazu etwa *Labusen*, AcP 2021, 1 (31); *Picht*, Wert des Immateriellen 108; *Schöneich*, Dinglichkeit 219; *Krentz*, Das Objekt 55, 87 ff; *Berberich*, Virtuelles Eigentum 106; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 10; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung (2003) 27; *Jänich*, Geistiges Eigentum 349 ff; *Becker* in Wacke/Baldus (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa 65; *Stöcker*, Dinglichkeit 47; aber auch bereits *Wieacker*, System 47. Explizit eine Reform des Sachenrechts, mit der der enge Sachbegriff des BGB überwunden werden soll, fordert jüngst *Paulus*, § 90 BGB, das Sachenrecht und die Digitalisierung der Welt, in FS Karsten Schmidt II (2019) 119 (129).

Dritter Abschnitt: Besonderer Teil

„Die Frage ist nicht, ob es des Sachenrechts als eigenständigen Rechtsgebiets bedarf. Das Problem besteht vielmehr in seiner Begrenzung auf körperliche Gegenstände.“²⁷⁹⁴

1. Vorbemerkungen

Nachdem im Allgemeinen Teil die These aufgestellt wurde, dass im Regulationssystem des ABGB dem Grundsatz nach Rechte als unkörperliche Sachen potenziell ebenso Gegenstand des Eigentumsrechts wie auch des Besitzes sind, gilt es nun, den Blickwinkel auf den Untersuchungsgegenstand zu ändern.

Es soll der Fokus darauf gerichtet werden, welche Folgen es im Einzelnen hat, wenn die Bestimmungen des Sachenrechts auf Rechte angewendet werden. Abzulehnen wäre dabei eine Ansicht, die die seit der Stammfassung des ABGB aus 1811 wesentlich fortentwickelten Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts mechanistisch auf Rechte überträgt. Vielmehr ist – auch mit Blick auf den Verständnisswandel durch die Lehren der Historischen Rechtsschule – im Einzelnen darauf abzustellen, ob die Anwendung von sachenrechtlichen Bestimmungen bei Rechten bei zeitgenössischen Rechtsproblemen zu praktikablen Ergebnissen führt. Damit einher geht ein Wechsel in der Betrachtungsweise: Während im Allgemeinen Teil dieser Arbeit in einer deduktiven Herangehensweise versucht wurde, die These zu widerlegen, dass ausschließlich körperliche Sachen Gegenstand des Sachenrechts sein können, soll nun im Besonderen Teil in einer induktiven Herangehensweise der Blick auf einzelne Fälle der Anwendung sachenrechtlicher Wertungen auf Rechte gerichtet werden. Es gilt dabei den Nachweis zu führen, dass dies zu zweckmäßigen Ergebnissen führt und es erlaubt, Fallkonstellationen, die bislang nur als Anomalie fassbar waren, stimmig in ein dogmatisches Gesamtkonzept einzuordnen.

²⁷⁹⁴ *Lehmann*, Finanzinstrumente: Vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände (2009) 266.

Konzeptionell versteht sich der Besondere Abschnitt somit als Untersuchung der Leistungsfähigkeit der Theorie, dass auf Grund des weiten Sachbegriffs sachenrechtliche Bestimmungen im ABGB auch auf Rechte Anwendung finden können. Denn alleine die richtige Ableitung des Rechtskonzepts der unkörperlichen Sache aus den Vorstellungen des Gesetzgebers des frühen 19. Jhds bedeutet noch nicht, dass diese Theorie im derzeitigen Stand der Zivilrechtswissenschaft zu praktikablen Ergebnissen führt.²⁷⁹⁵ Das Erfordernis der Praxistauglichkeit ist dabei insb bei juristischen Theorien von Bedeutung, da diese stets einen Rahmen zur Lösung praktischer Einzelprobleme bilden.²⁷⁹⁶ Im Besonderen Teil gilt es daher zu untersuchen, ob die vom Gesetzgeber aus 1811 gewählte Konstruktion bei zeitgenössischen Auslegungsfragen zu praktikablen und interessegewahrenden Lösungen führt. Dementsprechend soll nicht weiter darauf eingegangen werden, dass der Gesetzgeber einen weiten Sachbegriff vor Augen hatte und sohin in einer streng logisch-dogmatischen Herangehensweise ein abweichendes Verständnis schon dem Grunde nach verworfen werden könnte. Rechtswissenschaft wird vielmehr als zeitgebundener, argumentativer Prozess verstanden, der durchaus auch offen für neuere Wertungen ist. Es wird damit explizit anerkannt, dass durch Entwicklungen in der Sphäre des Rechts und des Faktischen gesetzliche Wertungen aus dem frühen 19. Jhd nunmehr überholt sein können.

Freilich stellt sich die Frage, nach welchen Grundsätzen ermittelt werden kann, ob die Indienstnahme des Konzepts der unkörperlichen Sache zu praktikablen und zweckmäßigen Ergebnissen führt. Wie im Allgemeinen Teil dieser Untersuchung dargestellt, darf der weite Sachbegriff dabei nicht isoliert betrachtet werden; vielmehr hat dieser weitgehende systematische und funktionale Folgen für das gesamte System der Vermögenszuordnung. Im Besonderen Teil sollen daher im Anschluss an den Allgemeinen Teil zwei Interpretationen des Sachenrechts des ABGB vergleichend betrachtet werden. Gegenübergestellt werden sohin einerseits das im Allgemeinen Teil skizzierte, naturrechtlich-inspirierte Paradigma des historischen Gesetzgebers (zur besseren Verständlichkeit im Folgenden kurz: „Naturrechtliches Paradigma des ABGB“), das eine Eigentums- und Besitzposition an Rechten anerkennt, und andererseits ein pandektistisches Paradigma, das seit den Lehren der Historischen Rechtsschule in Österreich herrschend ist und nach dem die Anwendung von sachenrechtlichen Bestimmungen auf körperliche Sachen begrenzt ist. Diese Ansätze werden im Besonderen Teil als grds gleichberechtigte und -rangige Theorien angesehen, deren Leistungsfähigkeit es zu beurteilen gilt.

Nach *Canaris* bemisst sich die Leistungsfähigkeit von juristischen Theorien dabei nach vier Kriterien: Es ist darauf abzustellen, ob eine Theorie (i) die begriffliche oder dogmatische Einordnung von einschlägigen Problemlösungen

2795 Mit Rückgriff auf *Kant* vgl *Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377 (377).

2796 *Canaris*, JZ 1993, 377 (378).

ermöglicht, (ii) mit dem System des geltenden Rechts verträglich ist, (iii) den materiellen Gerechtigkeitsgehalt verdeutlicht und (iv) einen Rahmen für die Lösung von (weiteren) Rechtsproblemen zur Verfügung stellt.²⁷⁹⁷ Eine juristische Theorie kann dabei verworfen werden, wenn sie weniger leistungsfähig ist als eine konkurrierende.²⁷⁹⁸ Im Besonderen Teil werden die betrachteten Paradigmen sohin als konkurrierende juristische Theorien angesehen und ihre Leistungsfähigkeit im Rahmen des Systems des österreichischen Zivilrechts geprüft. Damit wird beleuchtet, inwieweit diese jeweils in der Lage sind, gegenwärtige Auslegungsprobleme und deren Lösung in ein dogmatisches Gesamtsystem einzuordnen. Fallkonstellationen im Grenzbereich von Schuld- und Sachenrecht sind hier von besonderem Interesse, da bei diesen von Einzelfallwertungen potenziell auf allgemeine Regelungsprinzipien rückgeschlossen werden kann. Es muss somit erforscht werden, welchem Paradigma des Sachenrechts bei der Lösung von konkreten Problemen im Einzelfall eher gefolgt wird. Ein auf dem Konzept der unkörperlichen Sache aufbauendes System der Vermögenszuordnung ist daher als praktikabel und zweckmäßig anzusehen, wenn es bei bestehenden und künftigen Rechtsproblemen zu weniger systemimmanenten Widersprüchen führt als ein auf einem engen Sachbegriff aufbauender Ansatz.

Ankerpunkt für die Betrachtung von dinglichen Rechtswirkungen bei unkörperlichen Sachen sind dabei die Bestimmungen des ABGB. Es soll somit mit Blick auf die einzelnen Bestimmungen des (dinglichen) Sachenrechts überprüft werden, ob deren Anwendung auf unkörperliche Sachen zu praktikablen Ergebnissen führt. In Übernahme des pandektistischen Verständnisses des Sachenrechts werden somit in Übernahme der Wertungen von *K. Wolff* als sachenrechtliche Regelungen die §§ 309–530, §§ 825–858 und §§ 1451–1502 des ABGB verstanden;²⁷⁹⁹ dem hier zu Grunde liegenden Forschungsansatz folgend werden die Normen zum Pfandrecht im Sechsten Hauptstück (§§ 447–471) und zu den Dienstbarkeiten im Siebten Hauptstück (§§ 472–530 mit Ausnahme von § 523) nicht im Einzelnen näher untersucht. IW handelt es dabei um Regelungen, die den Erwerb, die Ausübung und das Erlöschen eines Rechts zum Inhalt haben. Da völlig unstr nicht sämtliche Normen des (dinglichen) Sachenrechts auf Rechte Anwendung finden können,²⁸⁰⁰ werden die gesetzlichen Wertungen dahingehend verdichtet dargestellt: Es wird der Fokus auf den Rechtserwerb und auf die Rechtsausübung gerichtet.

Der hier vertretenen Konzeption von dinglichen Rechten als bewehrte Erlaubnisrechte folgend muss jedoch noch eine Einschränkung in der Betrachtung erfolgen. Denn wie gesehen geht mit dinglichen Rechten – allem voran

2797 *Canaris*, JZ 1993, 377 (379).

2798 *Canaris*, JZ 1993, 377 (388).

2799 AT 1.4.

2800 Man denke etwa an die Regelungen zum natürlichen Zuwachs in §§ 405 ff ABGB.

dem Eigentumsrecht – nicht nur eine Zuordnung von Handlungsbefugnissen einher, sondern auch eine Wertzuordnung, deren Verletzung zu Bereicherungs- und Schadenersatzansprüchen führen kann. Der Gesetzgeber trennt dabei die Zuordnung von Handlungsbefugnissen und die Wertzuordnung nicht scharf; so finden sich bei den Bestimmungen des (dinglichen) Sachenrechts durchaus auch Regelungen zum Bereicherungsrecht,²⁸⁰¹ aber auch zum Schadenersatz²⁸⁰². Diese sollen in weiterer Folge nicht näher thematisiert werden, da eine hinreichende Darstellung der Wertungen des Bereicherungs- und Schadenersatzrechts auf Grund ihres Umfangs in diesem Rahmen nicht bewerkstelligt werden kann. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Anerkennung eines Eigentums an Rechten zweifellos auch weitgehende Auswirkungen auf die Dogmatik des Schadenersatzrechts zeitigt, die Gegenstand einer eigenständigen Habilitationsschrift sein können.²⁸⁰³

Die Auswirkungen der These, dass Rechte potenziell Gegenstand des Eigentumsrechts und des Besitzes sind, beschränken sich jedoch nicht auf das ABGB. Grundsätzlich können auch Rechte, die nicht im ABGB geregelt sind, als unkörperliche Sachen angesehen werden,²⁸⁰⁴ weshalb auch diese Gegenstand dinglicher Rechte sein können. Auch Rechte, die außerhalb des ABGB geregelt sind, entfalten somit potenziell dingliche Rechtswirkungen, die unmittelbar auf die Anerkennung der unkörperlichen Sache als Gegenstand des Eigentumsrechts und des Besitzes zurückgeführt werden können. In der vorliegenden Betrachtung sollen daher neben den Rechten, die im ABGB eine Regelung finden, einerseits Immaterialgüterrechte²⁸⁰⁵ – mit Fokus auf dem Patent- und Markenschutzrecht bzw Lizenzen – näher betrachtet werden.²⁸⁰⁶ Andererseits

2801 Vgl §§ 330 ff ABGB.

2802 Vgl § 339 ABGB.

2803 Zu denken ist dabei vor allem an den seit jeher umstrittenen Themenkreis der Beeinträchtigung fremder Forderungsinteressen. Jener wurden in der Habilitationsschrift von *Koziol* auf behandelt, wobei sich dieser aber explizit gegen ein Eigentum an Rechten ausspricht. In jüngerer Zeit ist jedoch in der Rsp eine Tendenz entwickelt, bei sog besitzverstärkten Forderungsrechten über den von *Koziol* entwickelten Ansatz hinaus einen Schadenersatzanspruch zu bejahen, s für eine illustrative Zusammenfassung dieser Entwicklungen *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften (2019) 1 ff.

2804 S dazu weiterführend AT 2.2.2.

2805 Da beim Urheberrecht die Sachqualität zu verneinen ist, kann dieses auch kein Gegenstand des Eigentumsrechts und des Besitzes sein, s AT 2.2.2.1.1.

2806 Davon zu unterscheiden sind Versuche, die Regelungen des ABGB auf das Rechtsobjekt der Immaterialgüterrechte – also die geschützte geistige Leistung – anzuwenden. Die Hauptproblematik bei einer solchen Herangehensweise besteht mE darin, dass das Eigentum bzw der Besitz an einer geistigen Leistung – beurteilt nach den Wertungen des ABGB – in volle Konkurrenz mit den einzelnen immaterialgüterrechtlichen Spezialwertungen tritt. Wenn man aber das Immaterialgüterrecht und nicht das Immaterialgut als Rechtsobjekt betrachtet, kann diese Problematik weitgehend vermieden werden, s dazu ausf *Hodik*, Immaterialgüter und das Vollrecht daran im österreichischen Zivilrecht, UFITA 100 (1985) 109 (111 ff).

sollen auch die Rechte, die sich aus der Zugehörigkeit eines Gesellschafters zur Gesellschaft ergeben, beleuchtet werden.²⁸⁰⁷ Dabei ist unstr., dass dem Gesellschafter in seiner Beziehung zur Gesellschaft Herrschafts²⁸⁰⁸- und Vermögensrechte zukommen,²⁸⁰⁹ mit denen freilich auch Pflichten einhergehen;²⁸¹⁰ Mitgliedschaftsrechte werden von *Ulrich Torggler* dabei explizit als unkörperliche Sache, deren Rechtszuständigkeit absolute Außenwirkung hat, bezeichnet.²⁸¹¹ An dieser Stelle sollen Mitgliedschaftsrechte an der OG, der GmbH und der AG sohin darauf hin untersucht werden,²⁸¹² ob sachenrechtliche Regelungen auf diese Anwendung finden können.²⁸¹³ Bei den genannten Immaterialgüterrechten und gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechten kann aus zweierlei Gründen davon ausgegangen werden, dass dingliche Rechtswirkungen verstärkt diskutiert werden: Einerseits folgt aus der großen und ständig wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung dieser Rechte, dass Eingriffe in Handlungsbefugnisse streitanhängig gemacht werden. Andererseits besteht bei diesen Rechten in aller Regel die Möglichkeit der Eintragung in ein Register, was deren sozialtypische Offenkundigkeit zumindest nahelegt. Ziel dieser Analyse ist es sohin auch, die – tw als Sonderwertung erscheinenden – Phänomene dieser Sonderprivatrechte als Ausdruck von generellen zivilrechtlichen Grundsätzen darzustellen und damit auf eine verstärkte Systemkohärenz hinzuwirken.²⁸¹⁴

Der folgenden Untersuchung muss vorweggeschickt werden, dass die These, dass Rechte Gegenstand des Besitzes und des Eigentumsrechts sein kön-

2807 Wegweisend ist dabei auch der Befund von *Martin Winner*, dass manche Unterschiede zwischen der österreichischen und deutschen Gesellschaftsrechtsordnung auf die Unterschiede in der Konzeption des Sachenrechts zurückzuführen sind, s *Winner*, Die nicht durchgeführte Kapitalerhöhung, in FS Doralt (2004) 707 (708).

2808 Diese werden auch Verwaltungsrechte genannt.

2809 Statt aller *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) 3/171.

2810 Vgl RIS-Justiz RS0004168. Dies ist auch in der älteren Rsp anerkannt, vgl OGH 31.1.1900, Nr 12411 GIUNF 869.

2811 *U. Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaft(s-rechte), JBl 2003, 747 (479).

2812 Voraussetzung dafür ist freilich, dass das Mitgliedschaftsrecht unabhängig von der Rechtsnatur des Verbands ist, wovon aber weitgehend ausgegangen wird, s dazu etwa *Foerster*, Die Zuordnung der Mitgliedschaft (2018) 45; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 552 ff; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht (1996) 75 ff; ausf dazu auch *Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 1980, 85.

2813 Ein Indiz dafür, dass dingliche Rechte bzw dingliche Rechtswirkungen auch iZm Mitgliedschaftsrechten von Belang sind, ergibt sich bereits dadurch, dass ganz unstr ein Fruchtgenussrecht an diesen bejaht wird, vgl dazu weiterführend *Klampfl*, Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen, GesRZ 2014, 23 (23); zur deutschen Rechtslage ausf *Hauck*, Nießbrauch an Rechten (2015) 368 ff.

2814 S dahingehend auch ausf *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz 170 ff.

nen, potenziell die gesamte Privatrechtsordnung betrifft. Die Einschränkung auf bestimmte Fälle der Betrachtung ist somit völlig unumgänglich, eine vollumfängliche Analyse wohl gänzlich unmöglich. Der Eklektizismus der folgenden Ausführungen ist somit keine methodische Finte, sondern notwendig, da sich die wissenschaftliche Durchdringung von dinglichen Rechtswirkungen bei Rechten noch in einem frühen Stadium befindet. Die diskutierten Beispiele entsprechen der notwendigerweise begrenzten Einsicht des Autors in das rechtliche Gesamtsystem und sollen dabei Phänomene abdecken, die nach herkömmlicher, pandektistischer Interpretation als Anomalien gelten und teils nur mit Rückgriff auf das Gewohnheitsrecht legitimiert werden können. Bei dieser Herangehensweise kann potenziell ein gewisser *bias* bestehen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die betrachteten Beispiele kein *pars pro toto* sind, weshalb bei der Analyse der hier gewählten Fallkonstellationen nicht stehen geblieben werden kann. Dieser Besondere Teil versteht sich somit nicht als abgeschlossene Betrachtung. Nichtsdestoweniger soll an Hand dieser Schlaglichter gezeigt werden, dass für das österreichische Recht die allgemeine These, dass Rechte Gegenstand von sachenrechtlichen Wertungen sein können und sohin dingliche Wirkungen nicht auf dingliche Rechte beschränkt sind, auch nach heutigen Anschauungen leistungsfähiger ist als die bislang herrschend vertretene Ansicht.

2. Rechtserwerb

Im ABGB wird – ganz im Einklang mit einer naturrechtlichen Systematik²⁸¹⁵ – zwischen zwei Formen des Rechtserwerbs unterschieden: einerseits der unmittelbare Erwerb, der nach § 314 ABGB und § 381 f ABGB darin besteht, dass ein Rechtsverhältnis in Bezug zu einer freistehenden Sache begründet wird. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Sache vor dem Rechtserwerb keinem anderen zuzurechnen war; der unmittelbare Rechtserwerb ist somit ein ursprünglicher,²⁸¹⁶ es wird damit erstmalig ein Rechtsband um die Sache geknüpft. Demgegenüber steht der mittelbare Rechtserwerb, bei dem das Recht von einem anderen Rechtssubjekt abgeleitet wird.²⁸¹⁷ Dabei ist für den mittelbaren Besitzerwerb ohne Belang, ob dies mit dem Willen des vorher Berechtigten erfolgt oder nicht, da ausweislich von § 315 ABGB explizit auch von einem mittelbaren eigenmächtigen Besitzerwerb ausgegangen wird. Ein un-

2815 Bei naturrechtlichen Autoren wird häufig zwischen einer „ursprünglichen Erwerbung“ und einer „mittelbaren Erwerbung“ unterschieden, s dazu weiterführend bereits AT 3.3.3.

2816 Zeiller, Kommentar 2.1 § 315 Rz 3 (48).

2817 Zeiller, Kommentar 2.1 § 381 Rz 1 (158).

mittelbarer Rechtserwerb kommt somit nur dann in Betracht, wenn zuvor niemand ein dingliches Sachenrecht an der Sache begründet hat.²⁸¹⁸

Der dem ABGB zu Grunde gelegten Zweiteilung des Rechtserwerbs wurde von der Historischen Rechtsschule eine anderslautende, aber mittlerweile völlig herrschende Einteilung entgegengesetzt. Demnach sei zwischen einem originären und einem derivativen Rechtserwerb zu unterscheiden.²⁸¹⁹ Ein derivativer Rechtserwerb liegt nach *Unger* nur vor, wenn das Recht „auf den Erwerber in Folge eines (...) juristischen Verhältnisses dergestalt übertragen wird, dass der Erwerber sein Recht von jenem ableitet“²⁸²⁰. Dass sich diese Begriffspaare nicht decken, zeigt sich insb bei der Ersitzung: Hier ist der Rechtserwerb mittelbar, weil das ersessene Recht von einer Person auf eine andere übergeht, und zugleich originär, weil der Erwerb unabhängig von der Berechtigung des Vormanns ist.²⁸²¹ Obzwar die Einteilung des Rechtserwerbs in originär und derivativ – anders als jene in unmittelbar und mittelbar – keine völlig eindeutige Zuteilung der Erwerbsformen des ABGB ermöglicht,²⁸²² soll sie der vorliegenden Betrachtung zu Grunde gelegt werden. Denn es handelt sich nur um eine Gliederungsform, die verschiedene Formen des Rechtserwerbs strukturiert, weshalb ohne Weiteres auf die gebräuchlichere zurückgegriffen werden kann. Dies muss aber sehenden Auges geschehen, dass der Gesetzgeber diese Unterteilung nicht intendiert hat; dies bedeutet, dass der Zuteilung einer Erwerbsart in originär oder derivativ kein eigenständiger normativer Gehalt zukommen kann.

In weiterer Folge ist nun der Frage nachzugehen, ob die Regelungen des Sachenrechts zum Erwerb auf Grund der Rechtsfigur der unkörperlichen Sache auch Anwendung auf den Rechtserwerb finden können. Hierbei gilt es zwischen Besitz und Eigentum zu unterscheiden.

2818 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 381 Rz 1 (158). Als Ausnahme davon wird wohl die Preisgabe durch den früher Berechtigten gelten, da dann das Rechtsband um die Sache gelöst wird und neuerlich ein unmittelbarer Rechtserwerb möglich ist.

2819 Die im ABGB angelegte Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Rechtserwerb wird bei *Unger* mit dem Begriffspaar konstitutiver und translativer Erwerb bezeichnet, s *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II (1859) 5.

2820 *Unger*, System II 4 f. Ob bei diesem Konzept aus 1859 mit *Holzner* von „moderner Dogmatik“ gesprochen werden kann, sei freilich dahingestellt, s *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 423 Rz 1.

2821 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1498 Rz 3.

2822 So bestehen durchaus auch Mischformen wie bspw der Erwerb vom Nichtberechtigten (§ 367), s *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 423 Rz 1. Tatsächlich ist str, ob der gutgläubige Eigentumserwerb gem § 367 Abs 1 ABGB als derivativer oder als originärer Eigentumserwerb anzusehen ist, s dazu mwN *Karner*, Gutgläubiger Mobilärerwerb (2006) 168.

2.1. Besitz

Das ABGB enthält ausführliche Regelungen zum Besitzerwerb an Rechten. Von grundsätzlicher konzeptioneller Bedeutung ist dabei die Wertung des § 1459 ABGB nach der die Rechte eines Rechtssubjekts über seine eigenen Handlungen und über sein Eigentum grds nicht verjähren; die einzige Ausnahme dazu stellt der Rechtsbesitz an einem Untersagungsrecht dar, der zu der Ersitzung und Verjährung eines Rechts über eigene Handlungen und über sein Eigentum führen kann. Der Rechtsbesitz erwächst demnach, wenn dem von einem anderen auferlegten Verbot entsprochen wird; ab diesem Zeitpunkt besteht somit eine die Freiheit des Rechtssubjekts einschränkende Verpflichtung. Diese Wertung betrifft eine im 18. und 19. Jhd rege diskutierte Grundfrage des Rechtsbesitzes: Kann der regelmäßige Besuch eines Arztes²⁸²³ zu einer Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Handlung – etwa die weitere Konsultation desselben Arztes – führen? Nach § 1459 ABGB ist dies klar zu verneinen: Auf Grund der unverjährbaren Rechte der natürlichen Freiheit erhält derjenige, für den eine Handlung vorteilhaft war, kein Recht darauf, dass diese künftig fort dauert.²⁸²⁴ Eine Ausnahme findet sich nur, wenn ein Rechtssubjekt etwas leistet, was jemand anders als seine Schuldigkeit fordert oder auf Grund eines Verbots etwas unterlässt, was ihm ansonsten erlaubt wäre; nur dann entsteht der Besitz an einem bejahenden Recht oder einem Verbotsrecht, das eine künftige Handlungsverpflichtung beinhaltet.²⁸²⁵ Eine Verpflichtung zur weiteren Konsultation eines Arztes könnte daher allenfalls erwachsen, wenn der Arzt dies als seine Schuldigkeit fordert und dem explizit entsprochen wird.²⁸²⁶ Alleine auf Grund einer gleichförmig beobachtbaren Handlung kann ausweislich der Wertungen des § 1459 ABGB somit kein Rechtsbesitz entstehen.

Eine Konkretisierung der Umstände, die den Rechtsbesitz begründen, findet sich in §§ 312 ff ABGB. Demnach kommt man in Besitz eines Rechts durch Gebrauch desselben im eigenen Namen, wobei § 313 ABGB insb den Gebrauch bei bejahenden, verneinenden und bei Verbotsrechten näher defi-

2823 Dieses Beispiel ist wohl auf die *Rhapsodia Quaestionum in foro quotidie obvenientium neque tamen legibus decisarum* aus dem Jahr 1769 von *Hommel* zurückzuführen, s auch *Rüfner* in (Hrsg), *The Consequences of Possession* 171.

2824 *Zeiller*, *Commentar* 4 § 1459 Rz 1 (201).

2825 *Zeiller*, *Commentar* 4 § 1459 Rz 2 (201 f).

2826 Hierbei ist jedoch von Bedeutung, dass ein Verstoß gegen diese Verpflichtung nur mit den §§ 344 ff ABGB und nicht mit § 339 ABGB aufgegriffen werden kann, s dazu bereits AT 4.3.6.3.

niert.²⁸²⁷ Dabei besteht in L²⁸²⁸ und Rsp²⁸²⁹ zu Recht Einigkeit darüber, dass der Rechtsbesitz nur entsteht, wenn die Ausübung des Rechtsinhalts – aus der Perspektive des Berechtigten²⁸³⁰ – als Recht in Anspruch genommen wird. Kein Rechtsbesitz entsteht somit bei bloßen Gefälligkeiten²⁸³¹ oder wenn die Ausübung des Rechts für den Belasteten nicht erkennbar ist.²⁸³²

Aus dem expliziten Hinweis in der Marginalie zu § 313 ABGB, dass diese Norm *insbesondere* den Besitzerwerb von bejahenden, verneinenden sowie Verbotsrechten umfasst, lässt sich ein Indiz dafür entnehmen, dass der Rechtsbesitz grds auch anderwärtig erworben werden kann. Eine solche Möglichkeit lässt sich insb in der Eintragung in öffentliche Register wie etwa dem Grundbuch verorten: Denn gem § 298 ABGB sind Rechte, die mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden sind, selbst als unbewegliche Sache anzusehen, deren Besitz gem § 321 ABGB durch Intabulation erworben wird. So verweist Zeiller in Bezug auf Zehnt- und Bergrechte, die in öffentliche Bücher eingetragen sind, explizit auf § 321 ABGB.²⁸³³ Ebenso seien Dienstbarkeiten, die die unbewegliche Sache betreffen, als unbeweglich anzusehen.²⁸³⁴ Daraus folgt, dass der Besitz an Rechten, die gem § 298 ABGB als unbeweglich qualifiziert werden, durch Eintragung in ein öffentliches Register erworben wird.²⁸³⁵

Hinsichtlich des Umfangs des erworbenen Rechtsbesitzes differenziert § 315 ABGB grds danach, ob die Erwerbung unmittelbar oder mittelbar erfolgt. Bei einem unmittelbaren Erwerb – also nach § 314 ABGB beim Erwerb „freistehender Rechte“ – entsteht der Rechtsbesitz nur in dem Umfang, wie das Recht tatsächlich gebraucht worden ist. Bei einem mittelbaren Erwerb – also wenn das Recht einem anderen gehört hat – umfasst der Rechtsbesitz alles, was der vorherige Inhaber gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben

2827 Zum Gebrauch von Rechten ausf *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 19 ff; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 1 ff.

2828 *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 7; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 1; so aber auch bereits *Zeiller*, Commentar 2.1 § 313 Rz 1 (46).

2829 RIS-Justiz RS0108666.

2830 Ob der Belastete sich durch ein Recht verpflichtet glaubt, ist indes ohne Belang, s dazu weiterführend 2.1.3.5.

2831 Vgl § 345 ABGB, der die Umwandlung einer Gefälligkeit in eine fortdauernde Verbindlichkeit erfasst, beachte auch die ältere Rsp OGH 26.4.1871, Nr 4884 GIU 4139; OGH 22.8.1872, Nr 8352 GIU 4691. Schwierigkeiten bereitet dies insb bei der Frage, ob ein Rechtsbesitz bei der Bittleihe besteht, dazu weiterführend 2.1.3.5.

2832 S zB RIS-Justiz RS0033018; RIS-Justiz RS0033021; besonders illustrativ ist dabei die Rsp zum ortsüblichen und somit nicht als Ausübung eines Rechts erkennbaren Pflugwenderechts, so etwa OGH 27.3.2013, 7 Ob 20/13m.

2833 *Zeiller*, Commentar 2.1 § 298 Rz 3 (23).

2834 *Zeiller*, Commentar 2.1 § 298 Rz 4 (23).

2835 So auch *Stubenrauch*, ABGB I¹ § 314 ff Rz 5 (639). Zum „Naturalbesitz“ an unbeweglichen Sachen, der nur eine Innehabung und keinen Besitz vermittelt s bereits AT 4.1.2.

hat. Eine Ausnahme bildet dabei der mittelbare eigenmächtige Besitzerwerb, der hinsichtlich des Umfangs einem unmittelbaren Erwerb gleichzuhalten ist.

Während der Erwerb des Rechtsbesitzes durch Gebrauch (§ 313 ABGB) durch L und Rsp weitgehend geklärt sind,²⁸³⁶ wurde der Umfang des Rechtsbesitzes und der (analogen) Anwendbarkeit von § 321 ABGB bislang nur wenig diskutiert. Ausgehend von der These, dass der Rechtsbesitz für die Drittwirksamkeit von Rechten von immanenter Bedeutung ist, soll diesen Fragen im Folgenden Raum gegeben werden. Zuletzt wird an Hand ausgewählter Rechte der Erwerb des Rechtsbesitzes diskutiert.

2.1.1. Unmittelbarer oder mittelbarer Erwerb

Wie bereits eingangs erwähnt liegt dem ABGB ein eigenständiges Konzept der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Rechtserwerb zu Grunde. Der unmittelbare Rechtserwerb ist dabei tendenziell enger gefasst als der originäre, da dieser etwa auch den Rechtserwerb bei der fehlenden Berechtigung des Vormanns erfasst, was im System des ABGB wohl als mittelbarer Erwerb zu qualifizieren wäre. Es bedarf somit einer eigenständigen Auslegung der Unmittelbarkeit des Rechtserwerbs, um den Umfang des Rechtsbesitzes zu beurteilen.

Die wesentliche Unterscheidung findet sich hierbei in § 314 ABGB: Der unmittelbare Erwerb des Rechtsbesitzes erfolgt bei freistehenden Rechten, der mittelbare bei Rechten, die jemand anders gehören. Der Begriff des freistehenden Rechts ist dabei – anders als jener der freistehenden körperlichen Sache – nicht ohne Weiteres verständlich. Das Auslegungsproblem besteht darin, dass Rechte mit ihrer Begründung stets einem Berechtigten zugeordnet werden. Rechte sind somit – anders als auch vorrechtlich existierende körperliche Objekte – grds nur in Verbindung zu Rechtssubjekten denkbar.²⁸³⁷ Dementsprechend ist es wohl auszuschließen, dass Rechte existieren, „die keinen Herrn haben“²⁸³⁸ und somit freistehend im herkömmlichen Wortsinn sind.

In der älteren Lit wird der unmittelbare Erwerb des Rechtsbesitzes eng interpretiert. So gehen etwa *Nippel*²⁸³⁹ und *Winiwarter*²⁸⁴⁰ davon aus, dass § 314 ABGB als unmittelbaren Erwerb von Rechtsbesitz ausschließlich den Erwerb eines Rechts an einer freistehenden körperlichen Sache erfasst – genannt wird etwa das Recht, in einem freistehenden Bach zu fischen. Dementsprechend sind die Möglichkeiten des unmittelbaren Besitzerwerbs von Rechten im Vergleich zum unmittelbaren Erwerb von Sachbesitz deutlich eingeschränkt. Dies ergibt sich auch aus der Kommentierung von *Stuben-*

2836 Dazu sehr ausf *Randa*, Besitz⁴ 721 ff.

2837 Dazu auch krit *Randa*, Besitz⁴ 490.

2838 So der Wortlaut im Entwurf Martini, Zweiter Teil, Zweites HS, § 35.

2839 *Nippel*, Erläuterung 3 § 314 Rz 1 (369).

2840 *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht 2¹ 39.

rauch, nach der der Erwerb von Rechtsbesitz durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts als mittelbar zu qualifizieren sei.²⁸⁴¹ Dieses Verständnis der Norm legt auch die Kommentierung von *Zeiller* nahe. Dieser geht davon aus, dass es bei freistehenden Sachen (Rechte erwähnt er in diesem Zusammenhang nicht) einzig vom Willen des Erwerbers abhängt, wie viel er in Besitz nehmen wolle.²⁸⁴² Dies ist aber beim Rechtsbesitz gerade nicht der Fall, da der Umfang der Verpflichtung nicht alleine vom Willen des Berechtigten, sondern vielmehr davon abhängt, wieweit sich der Belastete einer Verpflichtung fügt. Daraus ergibt sich, dass der Erwerb von Rechtsbesitz stets mittelbar erfolgt, außer es handelt sich um ein Recht an einer freistehenden Sache.

Eine solche Auslegung des § 314 ABGB bestätigt sich mit Blick auf das dem ABGB zu Grunde liegende Freiheitskonzept.²⁸⁴³ Dieses findet sich insb in § 1459 ABGB verwirklicht, nach der die Freiheit als Recht des Menschen über seine Handlungen und über sein Eigentum bezeichnet wird. Dadurch, dass sich ein Rechtssubjekt etwa dem Verbot eines anderen fügt, kommt es zur Übertragung eines Rechts über diese Handlung; das Verbotsrecht wird vom Recht der natürlichen Freiheit des Belasteten abgeleitet und somit mittelbar erworben. Ein unmittelbarer Rechtserwerb kann daher nur an Rechten bestehen, denen keine Handlungsfreiheit eines anderen Rechtssubjekts entspricht – also Rechte an freistehenden Sachen.

In einer systematischen Betrachtung zeigt sich ebenso, dass die Begriffspaare unmittelbar/mittelbar und originär/derivativ deutlich voneinander abweichen. Insb bei eigenmächtigen Handlungen – etwa dem erkennbaren Begehen eines fremden Grundstücks – würde man wohl von einem originären Erwerb des Rechtsbesitzes ausgehen,²⁸⁴⁴ da das Recht nicht in Folge eines „*bestehenden juristischen Verhältnisses dergestalt übertragen wird, dass der Erwerber sein Recht (...) ableitet*“.²⁸⁴⁵ Der Rechtserwerb erfolgt damit unabhängig vom Recht des Vormanns und ist somit nicht abgeleitet iSv derivativ. Ein solches Verständnis führt aber zu einem Normwiderspruch in § 314 f ABGB, da der eigenmächtige Rechtserwerb in § 315 ABGB explizit als mittelbar bezeichnet wird; zudem kommt es hier auch nicht zu einem Erwerb freistehender Rechte. Daraus folgt, dass die Begriffe des mittelbaren bzw unmittelbaren Rechtserwerbs vor dem Hintergrund des dem ABGB zu Grunde gelegten Rechtskonzepts auszulegen sind und keine vorschnelle Gleichsetzung mit der pandektistischen Einteilung in derivativen bzw originären Rechtserwerb erfolgen darf.²⁸⁴⁶

2841 *Stubenrauch*, ABGB I¹ § 314 ff Rz 5 (639).

2842 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 314 f Rz 3 (48).

2843 Dazu ausf AT 3.1.1.

2844 So etwa *Klang* in *Klang* II² § 314 f Rz 1 (82).

2845 *Unger*, System II 5.

2846 Hieraus bestätigt sich aber die hL, dass es für eine mittelbare Erwerbung des Besitzes keines gültigen Vertrags bedarf, s *Iro*, Besitzerwerb 47 ff.

Die größte Bedeutung kommt der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Rechtserwerb bei der Bestimmung des Umfangs der Erwerbung iSd § 315 ABGB zu. Folgt man wie dargelegt der älteren L und konzeptionellen Argumenten, kommt für die Erwerbung des Rechtsbesitzes in aller Regel²⁸⁴⁷ nur ein mittelbarer Erwerb in Betracht. Der Umfang des Rechtsbesitzes hängt dabei von dem ab, ob es zu einer eigenmächtigen Besitzergreifung kommt, dh ob die Übertragung dem Willen des Übertragenden entspricht.²⁸⁴⁸ Während bei einer eigenmächtigen Besitzergreifung Rechtsbesitz nur in dem Umfang entsteht, als das (erkennbare) Recht tatsächlich gebraucht wird, hängt der Umfang des Rechtsbesitzes bei einer willentlichen Übertragung iW von der Vereinbarung ab;²⁸⁴⁹ ist keine Einschränkung der Übertragung vorgesehen, wird der Rechtsbesitz vollumfänglich übertragen. Dementsprechend geht die Rsp etwa auch zu Recht davon aus, dass ein infolge einer Benützungsregelung bestehender Rechtsbesitz an einem bestimmten räumlichen Anteil der gemeinschaftlichen Sache mit der Übereignung des Miteigentumsanteils übergeht.²⁸⁵⁰ Durch eine solche Betrachtungsweise bestätigt sich auch die in neuerer Zeit formulierte These, dass sich der Umfang des Rechtsbesitzes nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis richtet, wobei dessen Gültigkeit für den Besitzschutz ohne Relevanz ist, da nur auf die Ausübung des Rechts abgestellt wird.²⁸⁵¹ Nur wenn es an einem entsprechenden Willen des Übertragenden fehlt, ist der Umfang des Rechtsbesitzes an Hand des tatsächlich ausgeübten Rechts zu beurteilen.

2.1.2. Tabularbesitz

Nach § 321 ABGB wird der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechts an unbeweglichen Sachen ausschließlich durch Intabulation erworben, wenn Grundbücher oder sonstige öffentliche Register eingeführt sind. Diese Wertung beschränkt sich aber nicht auf den Besitz an Liegenschaften: Da nach § 298 ABGB auch Rechte als unbewegliche Sache gelten, wenn sie mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden oder durch Gesetz für eine unbewegliche Sache erklärt worden sind, kann auch der Besitz an diesen Rechten dementsprechend nur durch Intabulation – und nicht durch den Gebrauch im eigenen Namen gem § 312 f ABGB – erworben werden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass § 321 ABGB im Vergleich zu §§ 312 f ABGB die speziellere Norm ist, da für Rechte, die anders als die Grundannahme

2847 Außer es handelt sich um Rechte an freistehenden Sachen.

2848 Zeiller, Kommentar 2.1 § 314 f Rz 3 (48).

2849 Daneben kann sich der Umfang des Besitzes auch durch ein Testament ergeben, da der Besitz auch vererbt werden kann, s Zeiller, Kommentar 2.1 § 314 f Rz 4 (49); Klang in Klang II² § 314 f Rz 3 (84 f).

2850 RIS-Justiz RS0000354, s zuletzt OGH 14.8.2008, 2 Ob 155/08w.

2851 Kodek, Besitzstörung 134 ff.

des § 298 ABGB²⁸⁵² nicht als beweglich gelten, durch die Notwendigkeit einer Intabulation eine eigenständige Sonderregelung vorgesehen ist. Sofern § 321 ABGB Anwendung findet, werden für den Erwerb von Rechtsbesitz die Wertungen der §§ 312 f ABGB sohin verdrängt.

Das Verhältnis von §§ 312 f ABGB und § 321 ABGB wird in der heutigen hL freilich anders gefasst. So wird davon ausgegangen, dass ein „Naturalbesitz“ an unbeweglichen Sachen parallel zum „Tabularbesitz“ bestehen könne.²⁸⁵³ Diese Position ist aber nicht im Einklang mit dem Willen des historischen Gesetzgebers. Denn wie bereits ausgeführt²⁸⁵⁴ ist ausweislich der Kommentierung von *Zeiller* der Naturalbesitz nicht hinreichend dafür, Sachbesitz zu begründen; dieser entspricht vielmehr einer bloßen Innehabung.²⁸⁵⁵ Der auf einen gültigen Titel beruhende Naturalbesitz ist vielmehr als Rechtsbesitz anzusehen, der keiner Intabulation bedarf. Dies bestätigt sich mit Blick in § 1470 ABGB, nach dem auch mangels Eintragung in ein öffentliches Register eine Ersitzung möglich ist, es wird hier aber explizit auf den redlichen Inhaber und nicht den redlichen Besitzer abgestellt.²⁸⁵⁶ Ebenso regelt § 441 ABGB, dass erst mit der Eintragung in öffentliche Bücher ein rechtmäßiger Besitz entsteht, mit nach § 442 ABGB auch spezifische Rechte verbunden sind. Daraus folgt, dass § 321 ABGB abweichend von der hL dahingehend verstanden werden muss, dass der (Sach-)Besitz an unbeweglichen Sachen ausschließlich durch Intabulation erworben werden kann, wenn Grundbücher bestehen.

Hinsichtlich des Erwerbs des Rechtsbesitzes stellt sich sohin die Frage, inwiefern der Besitz durch den Gebrauch im eigenen Namen (§ 312 f ABGB) oder durch Eintragung in ein öffentliches Register erworben wird. Der Besitzerwerb durch Intabulation wäre dabei durch eine unmittelbare Anwendung von § 321 ABGB denkbar, wenn die jeweiligen Rechte gem § 298 ABGB als unbewegliche Sache qualifiziert werden; der Besitz am als unbeweglich qualifizierten Recht wäre demnach tatbestandsgegenständlich für § 321 ABGB. Andererseits könnte bei in öffentliche Register eingetragenen Rechten, die sich nicht auf unbewegliche Sachen beziehen, hinsichtlich des Besitzerwerbs eine Regelungslücke bestehen, die durch analoge Anwendung von § 321 ABGB gefüllt werden kann.

2852 *Zeiller* bezeichnet die Qualifikation von Rechten als bewegliche Sache als die Regel, zu der die Unbeweglichkeit eine Ausnahme bildet, s *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 298 Rz 2 f (22).

2853 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 312 Rz 2.

2854 AT 4.1.2.

2855 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 321 Rz 4 (55).

2856 Der Begriff des „rechtmäßigen“ Besitzes in § 321 ABGB beinhaltet sohin, was derjenige, der einen hinreichenden Titel hat (§ 320 ABGB), tun muss, um tatsächlich Besitz zu erwerben, vgl dahingehend auch *Nippel*, Erläuterung 3 § 321 Rz 3.

2.1.2.1. Rechte als unbewegliche Sache

Ob eine Sache beweglich oder unbeweglich ist, richtet sich nach § 293 ABGB grundsätzlich danach, ob sie ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur anderen versetzt werden kann. Wenn eine bewegliche Sache ein Zugehör einer unbeweglichen Sache darstellt, ist sie jedoch ebenso als unbewegliche anzusehen. Diese Unterscheidung ist – wie *Zeiller* ausführt – für unkörperliche Gegenstände grds ohne Belang; wenn jedoch die rechtliche Notwendigkeit der Unterscheidung besteht, ist nach der Legalfiktion des § 298 ABGB mit zwei Ausnahmen davon auszugehen, dass Rechte als bewegliche Sache gelten.²⁸⁵⁷

Die erste Ausnahme betrifft Rechte, die mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden sind. Hierbei handelt es sich um eine gesonderte Ausprägung der Legalfiktion, die bereits in allgemeiner Form in § 293 ABGB vorzufinden ist: Eine bewegliche Sache gilt als unbeweglich, wenn sie das Zugehör einer unbeweglichen Sache ist. Ebenso werden auch Rechte als unbewegliche Sache angesehen, wenn sie ein Zugehör einer unbeweglichen Sache sind.²⁸⁵⁸ Es handelt sich dabei nach *Zeiller* um Rechte, die der Sache ankleben und dem Rechtssubjekt nur vermittelt durch den Besitz an der unbeweglichen Sache zukommen.²⁸⁵⁹ Als unbeweglich werden etwa Jagdrechte,²⁸⁶⁰ Grunddienstbarkeiten unabhängig von deren Verbücherung,²⁸⁶¹ Grundreallasten und (dinglich) radizierte Gewerbe²⁸⁶² angesehen. Nicht unbeweglich sind mit Rückgriff auf *Zeiller* aber persönliche Dienstbarkeiten, die eine unbewegliche Sache zum Gegenstand haben, da bei diesen nicht zwingend ein Besitz der unbeweglichen Sache gegeben ist.²⁸⁶³ Dies wird durch § 299 ABGB bestätigt, wonach auch mit einer Hypothek befestigte Forderungen nicht als unbeweglich gelten, da hier das Recht nicht mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden ist.²⁸⁶⁴

Die zweite Ausnahme ist *prima vista* nur eine formelle Anerkennung, dass Rechte durch gesetzliche Anordnung zu einer unbeweglichen Sache erklärt werden können. Davon hat der Gesetzgeber explizit hinsichtlich des Baurechts (§ 6 BauRG) und der Bergwerksberechtigung (§ 40 MinroG) Gebrauch gemacht.²⁸⁶⁵ Nach *Zeiller* ist bei dieser Ausnahme aber darüber hinaus darauf abzustellen, ob die Rechte in den öffentlichen Büchern „*an dem Orte, wo sonst nur*

2857 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 298 Rz 1 ff (21 ff).

2858 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 298 Rz 4 (23).

2859 AaO.

2860 Zu diesen ausf *Kisslinger* in Klang³ § 298 Rz 8 ff.

2861 So auch die richtige stRsp, s OGH 3.8.2005, 9 Ob 88/04p; RIS-Justiz RS0009981.

2862 OGH 5.4.1990, 7 Ob 556/90.

2863 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 298 Rz 4 (23).

2864 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 299 (25).

2865 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 298 Rz 4, für die historische Entwicklung s auch *Klang* in Klang II² § 298 Rz 1b (33).

das Eigentum an unbeweglichen Sachen eingetragen ist“ verbüchert werden;²⁸⁶⁶ dies könne als stillschweigende Legalfiktion angesehen werden.²⁸⁶⁷ Dementsprechend könnte ausweislich der Wertungen des § 9 GBG das Wiederverkaufs- und Vorkaufsrecht sowie das Bestandrecht und nach § 11 Abs 2 AllGAG auch das Belastungs- und Veräußerungsverbot als unbewegliche Sache qualifiziert werden, an der durch die Eintragung in das Grundbuch Rechtsbesitz erworben wird. An einer solchen Interpretation des § 298 ABGB bestehen aber erhebliche Zweifel: Zeiller geht explizit davon aus, dass diese Rechte in das Gewähr- bzw Hauptbuch eingetragen werden müssen; ob dafür die Eintragung im Lastenblatt mit Ersichtlichmachung im Eigentumsblatt hinreichend ist, muss in einer hier nicht durchführbaren, historisch fundierten Prüfung des Grundbuchsrechts des frühen 19. Jhds ermittelt werden. Aus zwei Gründen bestehen jedoch Zweifel an einer solchen Auslegung: Erstens würde dadurch durch die Wertung des § 299 ABGB, dass Hypotheken an unbeweglichen Sachen als bewegliche Rechte aufzufassen sind, eine isolierte Ausnahme zu einer Regel geschaffen; es wäre aber nicht ersichtlich, weshalb Hypotheken hinsichtlich der Beweglichkeit anders als andere Lasten beurteilt werden sollen. Zweitens weist Nippel darauf hin, dass im frühen 19. Jhd basierend auf landesgesetzlichen Regelungen tw die Praxis bestand, gewisse Rechte – etwa das Recht an einem veräußerbaren Betrieb – in das öffentliche Register einzutragen. Diese bestanden dabei unabhängig von der unbeweglichen Sache,²⁸⁶⁸ weshalb sich Zeillers Anmerkung auch auf diese beziehen könnte. Daraus kann zumindest einstweilig gefolgert werden, dass das Wiederverkaufs- und Vorkaufsrecht, das Bestandrecht und das Belastungs- und Veräußerungsverbot als bewegliche Sache anzusehen sind, wovon auch die Rsp ausgeht.²⁸⁶⁹ Aus heutiger Sicht kann der Grundsatz, dass Rechte als bewegliche Sachen anzusehen sind, nur durch eine ausdrückliche Äußerung des Gesetzgebers außer Kraft gesetzt werden; die bloße Existenz eines öffentlichen Registers machen etwa GmbH-Anteile²⁸⁷⁰ oder Patentrechte²⁸⁷¹ nicht zu unbeweglichen Sachen.

2.1.2.2. Analogiefähigkeit von § 321 ABGB

Die Wertung des § 321 ABGB bezieht sich nach dem klaren Gesetzeswortlaut ausschließlich auf öffentliche Register, in denen dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen eingetragen werden. Dabei war zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ABGB das Grundbuch – soweit ersichtlich – das einzige öffentliche Buch, in das Vermögensrechte eingetragen wurden.²⁸⁷² Zum heutigen Zeit-

2866 Zeiller, Kommentar 2.1 § 298 f Rz 2 (22 f).

2867 So Nippel, Erläuterung 3 § 298 Rz 4 (27).

2868 Nippel, Erläuterung 3 § 298 Rz 4 (27).

2869 OGH 21.9.1982, 5 Ob 644/82 NZ 1983, 93; OGH 29.3.1990, 6 Ob 554/90.

2870 So auch die stRsp, s OGH 10.4.2008, 3 Ob 22/08v; OGH 3.8.2005, 9 Ob 88/04p.

2871 BA 27.4.1984, B 60/83 ÖBl 1985, 67.

2872 Dies ergibt sich aus Zeiller, Kommentar 2.1 § 321 Rz 1 (53).

punkt bestehen jedoch über das Grundbuch hinaus Register, in die (bewegliche) Rechte eingetragen werden – allen voran das Firmenbuch, aber auch das Patent- oder Markenregister.²⁸⁷³ Es stellt sich somit die Frage, ob die Wertung des § 321 ABGB für die in diese Register eingetragenen Rechte, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ABGB noch nicht bekannt waren, analog angewendet werden kann. Zu klären gilt es somit, ob der Besitz der in diesen Registern eingetragenen Rechte durch Intabulation oder nach dem Modell der §§ 312 f ABGB durch Gebrauch im eigenen Namen erworben wird.

Voraussetzung für einen Analogieschluss ist die Existenz einer Gesetzeslücke, die sich auf Grund der Auslegung der betreffenden Norm unter Heranziehung aller methodischen Möglichkeiten ergibt.²⁸⁷⁴ Es muss sich dabei um eine planwidrige Unvollständigkeit handeln – das ist ein nicht gewolltes Manko im Bereich der ausdrücklich gesetzten Rechtsanordnung.²⁸⁷⁵ Eine Lücke kann dabei als Fehlen einer bestimmten, nach dem Regelungsplan oder Gesamtzusammenhang des Gesetzes zu erwartenden Regel verstanden werden.²⁸⁷⁶ In § 321 ABGB trifft der Gesetzgeber eine Sonderwertung hinsichtlich des Besitzerwerbs von dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen im Fall ihrer Verbücherung, die auf Grund des klaren Wortlauts der Bestimmung nicht unmittelbar auf verbücherte bewegliche Rechte Anwendung finden kann. Fraglich ist somit, ob das ABGB hinsichtlich des Besitzerwerbs an beweglichen Rechten, die in ein öffentliches Register eingetragen sind, unvollständig ist. Diese Lücke wäre dabei zweifellos nachträglich entstanden, da zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Stamfassung des ABGB – soweit ersichtlich²⁸⁷⁷ – bei Vermögensrechten einzig ein Register für unbewegliche Sachen bestand.²⁸⁷⁸ Der Gesetzgeber war sich daher wohl nicht dessen bewusst, dass bei einem etwaigen Register für bewegliche Rechte ein Regelungsbedarf hinsichtlich des Besitzerwerbs besteht. Diese potenzielle Unvollständigkeit des Gesetzes kann zudem als verdeckte bzw unechte Gesetzeslücke angesehen werden, da das Gesetz hier durchaus eine Regel zum Besitzerwerb vorsieht, diese aber uU *„ihrem Sinn und Zweck nach hier nicht passt, weil sie für die Wertung gerade dieser Fälle relevante Besonderheit der-*

2873 1811 gab es keine Bestimmungen zum Patentrecht; jedes Patent galt vielmehr als singuläre Rechtsvorschrift, mit der dem Erfinder das Privileg zur Nutzung der Erfindung zugesprochen wurde, s dazu weiterführend Zoll, *Privatrechtliche Studien* aus dem Patentrechte mit vornehmlicher Berücksichtigung des österreichischen Rechtes, GrünhutsZ 1894, 533 (539).

2874 Vgl F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre*² 472.

2875 F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre*² 473.

2876 Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³ (1995) 197.

2877 Die schon seit dem 17. Jhd bestehenden Handelsregister waren va zur Kundbarmachung von Haftungsverhältnissen gedacht und waren somit als Haftungsregister ausgestaltet, s dazu ausf Zib in Zib/Dellinger, UGB I (2010) § 7 Rz 1 ff.

2878 In diese Richtung gehend auch Nippel, *Erläuterung* 3 § 321 Rz 1 (81).

*selben außer Acht lässt.*²⁸⁷⁹“ Denn auf in Register eingetragene bewegliche Rechte finden hinsichtlich des Erwerbs des Rechtsbesitzes §§ 312 f ABGB Anwendung; der Besitz kann somit nur dann erworben werden, wenn ein Gebrauch des Rechts im eigenen Namen vorliegt. Bei dieser Wertung kann aber nur dann eine planwidrige Lücke identifiziert werden, wenn sie für den spezifischen Fall von verbücherten beweglichen Rechten nicht passend ist.

Ob eine verdeckte bzw unechte Gesetzeslücke vorliegt, muss unter Beachtung der *ratio legis* und des Gleichheitssatzes ermittelt werden.²⁸⁸⁰ Es gilt somit zunächst zu begründen, warum gem § 321 ABGB in Register eingetragene Rechte hinsichtlich des Erwerbs von Rechtsbesitz anders zu beurteilen sind als nicht verbücherte Rechte. Wesentlich ist dabei – wie bereits ausgeführt²⁸⁸¹ – der Gleichlauf des Erwerbs des Besitzes und des Eigentums an einer Sache; ausweislich der Kommentierung von *Zeiller* soll durch § 321 ABGB der Besitzerwerb auf dieselbe Art und Weise wie der Erwerb des Eigentumsrechts vonstatten gehen.²⁸⁸² Mit dem Eigentumserwerb soll somit auch der Erwerb des Besitzes einhergehen, was indes dahingehend von Bedeutung ist, als dass im Grundkonzept des ABGB ein wesentlicher Teil des negatorischen Schutzes in § 339 ABGB – also einer Norm des Besitzrechts – situiert ist.²⁸⁸³ Aus diesem Gedanken lässt sich die Regel des § 321 ABGB erklären: Da das Eigentum an unbeweglichen Sachen nur durch Intabulation erworben werden kann (§ 431 ABGB), sofern ein Grundbuch besteht, hängt an der Verbücherung auch der Besitzerwerb. Der Eigentümer soll somit idR auch Besitzer sein. Nicht von Relevanz ist für den Erwerb des Eigentumsrechts gleichermaßen wie für den Erwerb des Besitzes im Anwendungsbereich des § 321 ABGB indessen, ob die unbewegliche Sache durch Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung in Besitz genommen wurde oder ob das Recht an der unbeweglichen Sache tatsächlich ausgeübt wird.²⁸⁸⁴ Wenn das Eigentum an einer Sache nach den Grundsätzen der §§ 426 ff ABGB aber ohne Intabulation erworben wird, besteht auch für den Besitz kein Erfordernis der Verbücherung; vielmehr wird hinsichtlich der mittelbaren Erwerbung in § 315 ABGB ebenso auf die Erwerbungsart des Eigentumsrechts verwiesen. Die wesentliche *ratio* dieser Bestimmungen kann somit darin erblickt werden, dass mit dem Erwerb des Eigentumsrechts an einer Sache auch der Besitz erworben wird; wenn der Eigentumserwerb an einer unbeweglichen Sache eine Verbücherung erfordert, muss dies auch für den Besitzerwerb gelten. Vermieden wird durch die-

2879 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 198.

2880 *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 474.

2881 AT 4.1.2.

2882 *Zeiller*, Commentar 2.1 § 321 Rz 6 (56).

2883 AT 4.2.5.2.1.

2884 Der Anwendungsbereich der Wertungen des § 312 ABGB für unbewegliche Sachen beschränkt sich sohin auf Konstellationen, in denen kein Grundbuch besteht.

se Regelung folglich, dass Besitz und Eigentum aufgespalten werden und dem Eigentümer der unbeweglichen Sache mangels Besitzerwerbung iSd §§ 312 f ABGB bloß ein – unzureichend bewehrtes – Eigentumsrecht als *nudum jus* zukommt.

Eine verdeckte Gesetzeslücke kann identifiziert werden, wenn die Anwendung der §§ 312 f ABGB zum Erwerb von Rechtsbesitz an verbücherten, aber beweglichen Rechten ihrem Sinn und Zweck nach nicht passt, weil damit den Besonderheiten dieser Rechte nicht Rechnung getragen wird. Dabei wird insb iZm immaterialgüterrechtlichen Registerrechten davon ausgegangen, dass der Besitzerwerb in § 313 ABGB nur unzureichend geregelt ist.²⁸⁸⁵ Diese wären als Ausschließlichkeitsrechte grundsätzlich als Verbotsrechte anzusehen, bei denen der Rechtsbesitz erworben wird, wenn jemand etwas unterlässt, was er ansonsten zu tun befugt wäre. Der Besitzerwerb bei immaterialgüterrechtlichen Registerrechten hätte somit eine faktische Anerkennung des Rechts durch den Belangten zur Voraussetzung. Aus dieser Überlegung folgt, dass nach Anwendung des §§ 312 f ABGB entweder generell kein Rechtsbesitz an immaterialgüterrechtlichen Registerrechten erworben wird²⁸⁸⁶ oder aber dieser durch die faktische Anerkennung erst nachgelagert entsteht. Beides ist wenig überzeugend: Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Registerrechte, die faktisch befolgt werden, anders zu beurteilen sind als solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Andererseits widerspricht die zeitliche Diskrepanz zwischen der Zurechnung des Rechts zu einem Rechtssubjekt²⁸⁸⁷ und dem Entstehen des Rechtsbesitzes klar der ratio der identifizierten Wertungen des ABGB. Daraus folgt, dass die Anwendung von §§ 312 f ABGB auf bewegliche Registerrechte zu Ergebnissen führt, die im Widerspruch zu den sonstigen Wertungen des Besitzerwerbs stehen.

Zuletzt gilt es zu ermitteln, ob die unterschiedliche Behandlung von unbeweglichen und beweglichen Registerrechten gleichheitswidrig ist. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist dabei, dass durch Register bei besonders wertvollen Wirtschaftsgütern Rechtssicherheit geschaffen werden soll, welchen Rechtssubjekten Rechte über diese zukommen.²⁸⁸⁸ Dabei sollen aus dem Register ausweislich der Kommentierung von *Zeiller* gleichermaßen Eigentum wie auch Besitz über die Sache ersichtlich sein.²⁸⁸⁹ Es soll somit ein Zustand vermieden werden, in dem jemandem, der nicht in ein Register eingetragen ist, dinglich wirkende Rechte zukommen. Dabei ist es eine gesetzgeberische Entscheidung,

2885 *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 5; *Schey/Klang* in Klang II² § 312 f (79).

2886 Dies ist der Fall, wenn keine Anerkennung des Rechts besteht.

2887 Der Rechtserwerb erfolgt dabei durch Registereintrag, s § 43 Abs 1 PatG, § 19 Abs 1 MaSchG.

2888 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 321 Rz 1 (54), in jüngerer Zeit wird etwa diskutiert, ob es eines Registers für Mobiliarsicherheiten bedarf, so etwa *G. Koziol*, Sicherungsrechte an Immaterialgüterrechten und Register für Mobiliarsicherheiten, in FS Iro (2012) 365 (374 ff).

2889 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 321 Rz 1 (54).

hinsichtlich welcher Wirtschaftsgüter das Erfordernis der Rechtssicherheit so schwer wiegt, dass die mit einem Register einhergehenden erhöhten Transaktionskosten in Kauf genommen werden. Die Notwendigkeit eines Registers ergibt sich – auf Grund der häufig schwierigen Umstände des Nachweises der Zuordnungsverhältnisse in zeitlich oft weit gestreckten Sachverhalten – zweifellos bei Liegenschaften, auf Grund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, mittlerweile aber auch bei beweglichen Rechten wie gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechten und Immaterialgüterrechten. Da der Gesetzgeber diese als bewegliche Sache zu qualifizierende Rechte den unbeweglichen Sachen durch die Einführung eines öffentlichen Registers gleichgestellt hat, wäre es unsachlich, wenn diese Differenzierung hinsichtlich des Besitzerwerbs nicht nachvollzogen würde. Wenn sich der Erwerb des Besitzes nach §§ 312 f ABGB ergibt, ist dieser völlig entkoppelt vom Registereintrag; es könnte der Besitz an diesen Registerrechten – anders als bei unbeweglichen Sachen – auch ohne Eintragung entstehen, was dem Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit abträglich wäre. Gleiches – der Besitz an Registerrechten – wird somit nach dem Konzept des ABGB hinsichtlich des Besitzerwerbs ungleich behandelt.

Da der Erwerb des Rechtsbesitzes bei beweglichen Registerrechten nach Maßgabe der § 312 f ABGB der *ratio* des ABGB, aber auch Gleichheitsüberlegungen iZm dem Besitz bei unbeweglichen intabulierten Sachen widerspricht, ist davon auszugehen, dass hier die Regelung des ABGB planwidrig unvollständig ist. Für eine Lückenfüllung kommt eine analoge Anwendung von § 321 ABGB in Betracht, sodass potenziell auch der Besitz an beweglichen Rechten, die in ein öffentliches Register eingetragen sind, ausschließlich durch Intabulation erworben werden kann. Voraussetzung für eine analoge Anwendung ist aber, dass die Registereintragung eines beweglichen Rechts und die Intabulation des Rechts an einer unbeweglichen Sache in das Grundbuch hinreichend ähnlich sind, um gleich bewertet zu werden.²⁸⁹⁰ Dies betrifft dabei einerseits das Register, in das das bewegliche Recht eingetragen wird; dieses muss insb hinsichtlich der Publizität dem Grundbuch gleichzuhalten sein. Andererseits muss sich der Rechtserwerb bei dem betreffenden Recht mit der Eintragung in das Register vollziehen; eine rein deklarative Wirkung der Registereintragung würde im Vergleich zum Wertungsgehalt des § 321 ABGB eine bedeutende Änderung darstellen, die wohl einer analogen Anwendung entgegenstehen würde.

2.1.3. Besitzerwerb bei ausgewählten Rechten

Da nach der hL der Rechtsbesitz auf dinglich radizierte Rechte beschränkt ist, wurde in der Lit bislang kaum thematisiert, nach welchen Grundsätzen der Besitz bei anderen Rechten erworben wird. Nach der hier vertretenen

²⁸⁹⁰ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 202.

These besteht in Anschluss an *Kodek* für den Rechtsbesitz aber keine grundsätzliche Voraussetzung, dass das Recht in Verbindung mit der Innehabung einer körperlichen Sache stehen muss.²⁸⁹¹ Dementsprechend besteht durchaus Bedarf, den Erwerb des Rechtsbesitzes bei Rechten, die nicht dinglich radiziert sind, zu beleuchten. An dieser Stelle soll dies für ausgewählte, im Fokus stehende Rechte erfolgen, wobei in weiterer Folge die Rechtswirkungen des Besitzes in diesem Kontext näher beleuchtet werden.

An dieser Stelle gilt es einerseits zu klären, nach welchen Maßgaben der Erwerb des Besitzes an Immaterialgüter- und Mitgliedschaftsrechten erfolgt. Denn bei diesen besteht in mehreren Fällen ein öffentliches Register, in das diese Rechte eingetragen werden müssen; es gilt sohin zu klären, ob der Rechtsbesitz in analoger Anwendung des § 321 ABGB bereits mit Intabulation erworben wird. Andererseits ist auch bei Rechten, die im ABGB geregelt sind, tw noch ungeklärt, wie und ob es zu einem Erwerb von Rechtsbesitz kommt. Hierbei soll exemplarisch auf verbücherungsfähige Rechte – allen voran das Veräußerungsverbot – und das Prekarium eingegangen werden. Darüber hinaus soll auf den Besitz im Kontext von in Wertpapieren verbrieften Rechten eingegangen werden.

2.1.3.1. Immaterialgüterrechte

Die Lit des späten 19. Jhds setzte sich durchaus eingehend mit der Frage auseinander, inwiefern Immaterialgüterrechte Gegenstand des Besitzes sein können. So geht etwa *Zoll* von einem Patentbesitz aus,²⁸⁹² *Randa* spricht von einem Besitz am Autorrecht, Marken bzw dem Musterrecht.²⁸⁹³ Mit der Ablehnung des Instituts des Rechtsbesitzes im BGB ist diese Diskussion aber wieder weitgehend verstummt.²⁸⁹⁴ Da das ABGB grds auch Rechte, die zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens noch nicht bekannt waren, als unkörperliche Sache und somit Gegenstand des Besitzes ansieht, ist in der Folge zu klären, nach welchen Grundsätzen Besitz an diesen Rechten erworben werden kann.

Vorab kann jedoch bereits zur These von *Randa* Stellung genommen werden, dass auch das Autorrecht – also nach heutigen Begrifflichkeiten das Urheberrecht – Gegenstand des Rechtsbesitzes sein kann. Da – wie gesehen – das Urheberrecht untrennbar mit der Person des Urhebers verbunden ist,²⁸⁹⁵ kann es nicht als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden, weshalb nach § 311 ABGB ein Rechtsbesitz am Urheberrecht bereits dem Grunde nach

2891 AT 4.3.5.

2892 *Zoll*, GrünhutsZ 1894, 533 (570 ff).

2893 MwN *Randa*, Besitz⁴ 661. Dies findet sich auch in der älteren Rsp, vgl OGH 19.9.1894, Nr 11233 GIU 15231.

2894 So *Müller*, Der Rechtsbesitz als Erscheinungsform des Besitzgedankens in der geltenden Privatrechtsordnung (1935) 55 f; in der Schweiz wird aber teils weiterhin von einem Besitz an Immaterialgüterrechten ausgegangen, s dazu ausf *Troller*, Immaterialgüterrecht I³ (1983) 76 ff.

2895 AT 2.2.2.1.1.

ausscheiden muss. Denkbar ist aber ein Rechtsbesitz beim Patent- und Erfinderrecht, bei Kennzeichenrechten, aber auch bei Lizenzen, da diesen Sachqualität zukommt.

Die Anerkennung eines Rechtsbesitzes an Immaterialgüterrechten ermöglicht es etwa, schwierige Rechtsprobleme iZm der Ungültigkeit des Schutzrechts einer Lösung zuzuführen, was an Hand des Patentrechts illustriert werden kann.²⁸⁹⁶ Denn die Nichtigkeitserklärung wirkt grds²⁸⁹⁷ auf den Anmeldetag zurück; es bleiben somit keine Rechte bestehen.²⁸⁹⁸ Noch nicht abschließend geklärt ist dabei, welche Auswirkungen die Nichtigkeitserklärung des Schutzrechts auf empfangene Lizenzentgelte und Vergütungsleistungen, aber auch auf Dispositionen des (scheinbar) Berechtigten hat. Hierbei wird in L²⁸⁹⁹ und Rsp²⁹⁰⁰ davon ausgegangen, dass es trotz der *Ex-tunc*-Wirkung der Nichtigkeit zu keinem rückwirkenden Wegfall der Zahlungsverpflichtung kommt, weshalb auch der Lizenznehmer kein Recht zur Rückforderung bereits gezahlter Entgelte hat. Dies kann durch die §§ 329 f ABGB in den Wertungen zum Besitz dogmatisch verankert werden: Gem § 329 ABGB kann der redliche Besitzer mit der Substanz einer Sache nach Belieben verfahren; ein redlicher Besitzer eines Patentrechts ist somit durchaus berechtigt, Lizenzen zu erteilen. Ebenso kommen dem redlichen Besitzer die Nutzungen der Sache zu, worunter nach *Zeiller* explizit auch das Mietentgelt für eine Bestandsache fällt.²⁹⁰¹ Hieraus folgt, dass der redliche Rechtsbesitzer das empfangene Lizenzentgelt nicht zurückerstaten muss. Dass der Wegfall des Patents iE nur Wirkungen *ex nunc* hat, obwohl die Nichtigkeitserklärung auf den Tag der Anmeldung zurückwirkt, kann somit im österreichischen Recht als unmittelbare Folge von Wertungen zum Rechtsbesitz aufgefasst werden – dies ist ein erstes Indiz, dass die Anwendung sachenrechtlicher Wertungen auf Rechte dogmatischen Mehrwert bietet.

2.1.3.1.1. Patentrecht

Der Besitz wird im Patent- und Erfinderrecht in unterschiedlicher Art und Weise thematisiert. Sowohl in der österreichischen²⁹⁰² wie auch in der deut-

2896 Da es sich hier um Fragen der Wertzuordnung und somit nicht um dingliche Wirkungen handelt, soll dieser Aspekt hier nur angedeutet werden.

2897 Vgl zB § 48 Abs 3 PatG. Eine Ausnahme besteht beim Nichtigkeitsgrund des § 48 Abs 1 Z 4 PatG, bei dem die Nichtigkeit auf den Tag zurückwirkt, an dem die Hinterlegungsstelle erstmals festgestellt hat, dass sie nicht in der Lage ist, Proben des patentierten biologischen Materials abzugeben.

2898 *Stadler/Puchberger/Alge/Brunner* in *Stadler/Koller*, PatG § 48 Rz 16.

2899 *Koller* in *Stadler/Koller*, PatG § 35 Rz 44; *Friebel/Pulitzer*, Österreichisches Patentrecht² (1971) 397.

2900 Zum Gebrauchsmuster: OGH 26.8.2008, 17 Ob 18/08h; OGH 28.9.2006, 4 Ob 128/06m.

2901 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 330 Rz 1 (71).

2902 *Gufner/Stadler* in *Stadler/Koller*, PatG § 23 Rz 11 ff.

schen²⁹⁰³ Lit wird der Erfindungsbesitz²⁹⁰⁴ iZm dem Vorbenutzungsrecht des § 23 PatG diskutiert.²⁹⁰⁵ Darunter wird verstanden, dass ein Rechtssubjekt über die später patentierte Erfindung verfügt und in der Lage ist, eine unter die Erfindung fallende Ausführungsform zu verwirklichen.²⁹⁰⁶ Erfindungsbesitz ist somit gegeben, wenn jemand unmittelbar oder mittelbar durch Gehilfen weiß, welche Maßnahmen getroffen werden müssen, um zum erfindungsgemäßen Erfolg zu gelangen.²⁹⁰⁷ Nicht hinreichend ist aber ein Handeln, das noch nicht über das Stadium von Versuchen zur Ermittlung der Problemlösung hinausgegangen ist und somit noch keine Erkenntnis vorliegt, mit der die technische Lehre wiederholbar ausgeführt werden kann.²⁹⁰⁸ Beim Erfindungsbesitz handelt sich somit um eine Form der Zuordnung der – zumindest vom Besitzer – nicht patentierten Erfindung zu einem Rechtssubjekt, die es diesem erlaubt, jene zu verwenden.

Der Begriff des Erfindungsbesitzes, wie er iZm dem Vorbenutzungsrecht verwendet wird, ist nur schwierig mit den Vorgaben des zivilrechtlichen Besitzes vereinbar. Seine Grundlage findet dieser Begriff dabei im besitzrechtlichen Kontinuitätsgedanken, nach dem der faktische Besitzstand auch bei einem Gegenübertreten der formalen Rechtslage geschützt ist.²⁹⁰⁹ Es handelt sich sohin nicht um einen Besitz am Erfinderrecht, der als Rechtsbesitz aufzufassen wäre, sondern um einen Besitz an der als unkörperliche Sache zu qualifizierenden Erfindung. Hier scheidet nach dem deutschen Recht deshalb eine zivilrechtliche Besitzposition generell aus,²⁹¹⁰ im ABGB fehlen ebenso Regelungen zu einer Besitzposition an unkörperlichen Sachen, die nicht als Rechte zu qualifizieren sind.²⁹¹¹ Der Gesetzgeber sieht freilich in § 23 PatG eigenständige Rechtsfolgen für den Erfindungsbesitz vor: Durch das Vorbenutzungsrecht entfaltet dieser Rechtsfolgen gegen den Patentinhaber, der die Verwendung der Erfindung durch den Besitzer tolerieren muss; eine irgendwie geartete Drittwirkung des Erfindungsbesitzes besteht indes nicht. Der Erfindungsbesitz ist sohin nicht als Besitz iSd §§ 311 ff ABGB anzusehen, weshalb auch die besitzrechtlichen Wertungen des ABGB hier keine Anwendung finden.²⁹¹²

2903 S bspw *Scharen* in Benkard, Patentgesetz¹² § 12 Rz 5.

2904 Vgl § 5 Abs 2 öPatG.

2905 Vgl auch OGH 23.9.2008, 17 Ob 26/08k; RIS-Justiz RS0071169.

2906 *Gufner/Stadler* in Stadler/Koller, PatG § 23 Rz 11.

2907 MWN zur älteren Rsp *Scharen* in Benkard, Patentgesetz¹² § 12 Rz 5.

2908 BGH 12.6.2012, X ZR 131/09 – *Desmopressin*, Rz 18.

2909 *Müller*, Rechtsbesitz 57; freilich ist im beschränkten Rahmen auch eine Anpassung der Nutzung möglich, s dazu ausf *Busche*, Die „Doppelerfindung“, in FS Schrickner (2005) 883 (890 ff).

2910 Ausf gegen den Begriff des Besitzes an Immaterialgüterrechten im deutschen Recht *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums (2006) 507 ff.

2911 S dazu bereits AT 2.2.1. Dies bedeutet aber nicht, dass ein Besitz an Wissen bzw Know-how grds ausscheiden muss.

2912 So auch zum deutschen Recht *Pablow*, Lizenz 511.

Ein auch aus heutiger Sicht hochinteressanter²⁹¹³ Versuch, den Patentbesitz zu fassen, findet sich bei *Zoll jun*, der versuchte, das Patentrecht in das Gesamtsystem des österreichischen Zivilrechts einzugliedern.²⁹¹⁴ *Zoll* knüpft am Befund an, dass Voraussetzung für den patentrechtlichen Schutz einer Erfindung ist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Patentierung erfüllt (heute §§ 1 ff PatG) sind, was durch staatliche Organe zu überprüfen ist.²⁹¹⁵ Das ausschließliche Recht zur Ausbeutung der Erfindung besteht somit nur, soweit diese Voraussetzungen gegeben sind; trotz staatlicher Prüfung könne es jedoch dazu kommen, dass eine Erfindung in das Patentregister eingetragen wird, obwohl die Voraussetzungen nicht erfüllt sind; *Zoll* spricht hier von einem „*ungültigen Patent*“ bzw Scheinpatent.²⁹¹⁶ Er geht dabei davon aus, dass die Rechtsposition des Inhabers des Scheinpatents derjenigen eines Besitzers entspricht,²⁹¹⁷ während jemand, dessen Erfindung tatsächlich die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt, als Eigentümer anzusehen sei.²⁹¹⁸ Ein Patentbesitz, der vom Patenteigentum nicht gedeckt ist, trete zu Tage, wenn ein Scheinpatent erteilt wird oder ein anderer als der Patentinhaber Anspruch auf das Patent hat (vgl § 49 Abs 1 PatG).²⁹¹⁹ *Zoll* geht dabei davon aus, dass der Patentbesitz mit der Eintragung in das Patentregister erworben wird, da nur der Intabulierte Rechte aus dem Patent ableiten könne.²⁹²⁰ IE²⁹²¹ plädiert *Zoll* somit für einen Rechtsbesitz am Patentrecht, der in analoger Anwendung der Wertungen des § 321 ABGB durch Eintragung in das Patentregister erworben wird.

Ob der Besitz am Patentrecht tatsächlich durch Eintragung in das Patentregister erworben werden kann, ergibt sich nach den hier ausgearbeiteten Grundsätzen danach, ob die Wertung des § 321 ABGB auf Patentrechte analog angewendet werden kann. Dabei ist einerseits von Bedeutung, ob das Patentregister hinsichtlich der gewährleisteten Publizität dem Grundbuch entspricht. Dies ist zu bejahen, da das Patentregister ein öffentliches Register dar-

2913 Auch seine Hinführung, in der er das Problem der Anwendung des ABGB auf Phänomene der Industriellen Revolution – Immaterialgüterrechte und Gesellschaften – thematisiert, ist äußerst lesenswert, s *Zoll*, GrünhutsZ 1894, 533 (533 ff).

2914 *Zoll*, GrünhutsZ 1894, 533 (535).

2915 *Zoll*, GrünhutsZ 1894, 533 (551).

2916 *Zoll*, GrünhutsZ 1894, 533 (552).

2917 *Zoll*, GrünhutsZ 1894, 533 (570 ff).

2918 *Zoll*, GrünhutsZ 1894, 533 (561).

2919 *Zoll*, GrünhutsZ 1894, 533 (572).

2920 *Zoll*, GrünhutsZ 1894, 533 (577), aA ohne weitere Argumentation *Randa*, Besitz⁴ 661.

2921 Im Einzelnen ist die Argumentation von *Zoll* freilich stark in einem pandektistischen Rechtsverständnis verhaftet. So sieht er die Wurzeln des Zivilrechts im römischen Recht (537), er geht vom engen Sachbegriff *Ungers* (555) aus und verneint den Tabularbesitz (580). Umso bemerkenswerter ist aber, dass *Zoll* trotz dieser Ausgangsvoraussetzungen zu dem folgenswürdigen Ergebnis des Patentbesitzes – als Naturalbesitz am Patent – kommt.

stellt, das der Allgemeinheit zur Information über den Rechtsbestand von Patenten sowie über deren Inhaber dient; es ist dabei dem Grundbuch nachgebildet und weist für jedes Patent eine Einlage auf, die als Bestandsblatt, Inhaberblatt sowie Lasten- und Anmerkungsblatt bezeichnet wird.²⁹²² Dabei sind Änderungen im Schutzbereich des Patents etwa durch Verzicht, Löschung, Aberkennung, Aufhebung oder Widerruf gleichermaßen in das Patentregister einzutragen wie Belastungen.²⁹²³ Obwohl im Einzelnen – auch unabhängig von den eingetragenen Sachen – durchaus Unterschiede zwischen dem Patentregister und dem Grundbuch bestehen,²⁹²⁴ sind die Gemeinsamkeiten wohl hinreichend, um eine analoge Anwendung der Wertungen des ABGB zum Besitzerwerb zu rechtfertigen. Darüber hinaus wird das Patentrecht gem § 43 Abs 1 PatG nach gesetzlicher Anordnung mit Eintragung in das Patentregister erworben, bei der Übertragung eines Patentrechts wird die Eintragung in das Patentregister als gesetzlich vorgegebene Übergabeart vorausgesetzt.²⁹²⁵ Daraus folgt, dass die Intabulation eines Patentrechts hinreichend ähnlich zu einer Verbücherung einer unbeweglichen Sache anzusehen ist, weshalb *Zoll* darin gefolgt werden kann, dass der Besitz an einem Patentrecht ausschließlich durch die Eintragung in das Patentregister entstehen kann.

2.1.3.1.2. Kennzeichenrechte

Auch bei Kennzeichenrechten hat sich der Gesetzgeber entschlossen, dem Registerprinzip zu folgen.²⁹²⁶ Dementsprechend ist für den Schutz einer Marke die Eintragung in das Markenregister vonnöten, die Firma erfordert die Eintragung in das Firmenbuch. Dem Gebrauchsprinzip – also der Begründung des Kennzeichenschutzes durch Rechtsausübung – folgt hingegen § 9 UWG. Hinsichtlich des Erwerbs von Rechtsbesitz ist sohin zwischen den in einem Register eingetragenen Kennzeichenrechten und § 9 UWG zu unterscheiden.

Der Eintragung in das Markenregister kommt für die Ausübung von Kennzeichenrechten eine hervorgehobene Bedeutung zu. So entsteht die Marke gem § 19 MaSchG mit Eintragung in das Markenregister, das nach § 17 Abs 6 MaSchG als öffentliches Register ausgestaltet ist. Gem § 11 Abs 3 MaSchG kann die Marke gegenüber dem Patentamt nur dann geltend gemacht werden, wenn eine Eintragung in das Register erfolgt ist; ebenso geht die Rsp davon aus, dass erst ab der Umschreibung im Register gegen den Übergeber vorgegangen werden kann.²⁹²⁷ Darüber hinaus ist nach der Rsp die kennzeichenmäßige Benutzung

2922 *Stadler/Gehring/Holzweber* in Stadler/Koller, PatG §§ 43–45 Rz 2 ff.

2923 *Stadler/Gehring* in Stadler/Koller, PatG § 80 Rz 4 ff.

2924 So ist etwa eine Streitanmerkung nach § 45 PatG etwa nicht wie in § 61 GBG auf Wiederherstellung des vorigen Registerstands gerichtet.

2925 *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 33 Rz 6.

2926 *Asperger* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz³ § 2 Rz 2.

2927 OGH 25.4.1995, 4 Ob 3/95 – *Wirobit*.

stets demjenigen zuzurechnen, der im Register eingetragen ist.²⁹²⁸ Die Ausübung des Markenrechts hat somit die Intabulation zur Voraussetzung. Daraus folgt, dass der Rechtsbesitz am Markenrecht als rechtlich anerkannte Möglichkeit der Rechtsausübung²⁹²⁹ ausschließlich durch Eintragung in das Markenregister entstehen kann.

Der Gesetzgeber hat aber durchaus anerkannt, dass eine schützenswerte Rechtsposition auch durch den unmittelbaren Gebrauch eines Kennzeichens im eigenen Namen entstehen kann. Denn § 9 UWG beinhaltet den Schutz des nicht eingetragenen Kennzeichens, worunter Unternehmenskennzeichen wie etwa die Geschäftsbezeichnung ebenso fallen wie die Ausstattung von Waren (§ 9 Abs 3 UWG). Im Schutzzumfang entspricht § 9 UWG weitgehend den Vorgaben des MaSchG, wobei zur Lückenfüllung regelmäßig auf markenrechtliche Grundsätze verwiesen wird.²⁹³⁰ Die durch § 9 UWG vermittelte Rechtsposition wird dabei in der älteren Lit durchaus auch mit dem Besitz eines Kennzeichenrechts gleichgesetzt, da ein faktischer Zustand der Kennzeichennutzung geschützt wird.²⁹³¹ Zu Recht wird dabei aber von den generellen Wertungen zum Erwerb von Rechtsbesitz abgegangen: Denn anders als nach § 313 ABGB bedarf es für den Gebrauch des nicht eingetragenen Kennzeichenrechts nicht, dass auf ein Verbot jemand etwas unterlässt, was er ansonsten zu tun befugt wäre; vielmehr wird nach § 9 UWG darauf abgestellt, ob sich der Berechtigte im geschäftlichen Verkehr des Kennzeichens bedient. Dies ist bei Firmenbestandteilen, Unternehmensbezeichnungen, bei unterscheidungskräftigen Titel eines Werks (§ 80 UrhG) und bei dem mit einer Domain verbundenen Kennzeichenrecht die Ingebrauchnahme im geschäftlichen Verkehr, von der auf eine dauernde wirtschaftliche Betätigung im Inland geschlossen werden kann; Verkehrsbekanntheit ist mit Ausnahme des Ausstattungsschutzes des § 9 Abs 3 UWG nicht vonnöten.²⁹³² Daraus folgt, dass durch den tatsächlichen Gebrauch eines Kennzeichens eine durchaus besitzähnliche Rechtsposition entsteht;²⁹³³ diese ist jedoch an den spezifischen kennzeichenrechtlichen Kontext angepasst.

2.1.3.1.3. Lizenzen

Für das Patentrecht (§ 35 PatG), das Kennzeichenrecht (§ 14 MaSchG) und auch für das Urheberrecht (§ 24 UrhG) ist gesetzlich explizit anerkannt,²⁹³⁴

2928 OPM 24.11.2010, Om 10/10 – *Nuke*.

2929 *Krückmann*, AcP 1912, 179 (184 ff).

2930 RIS-Justiz RS0118396 ; RIS-Justiz RS0117763 ; RIS-Justiz RS0116970.

2931 *Pawłowski*, Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht (1961) 80 ff; *Müller*, Rechtsbesitz 64.

2932 OGH 9.8.2011, 17 Ob 6/11y – *alcom-international.at*, Rz 3.4.

2933 Dazu ausf *Pawłowski*, Rechtsbesitz 73 ff.

2934 Diese Ausführungen sind aber *prima vista* auch für Lizenzen an anderen, hier nicht näher betrachteten Schutzrechten passend, was aber noch einer näheren Überprüfung

dass der Berechtigte anderen gestatten kann, Dritten eine ursprünglich vorbehaltene Handlung durch eine Lizenz²⁹³⁵ zu erlauben. Lizenzen sind dabei vom ursprünglichen Schutzrecht abgeleitete Nutzungsrechte, die als eigenständige Rechtsobjekte auch beim Urheberrecht als Sache iSd § 285 ABGB qualifiziert werden können.²⁹³⁶ Die rechtliche Einordnung der Lizenz ist seit jeher str., tendenziell kann aber der hL zugestimmt werden, die davon ausgeht, dass es sich bei einer Lizenz – unabhängig vom Schutzgegenstand²⁹³⁷ – um ein positives Nutzungsrecht handelt, das voraussetzt, dass der Lizenznehmer das Recht verwenden kann, ohne eine Schutzrechtsverletzung zu begehen.²⁹³⁸ Im Beurteilungsrahmen des § 313 ABGB handelt es sich bei Lizenzen aber zweifellos um einen Besitz an einem verneinenden Recht, da dem Lizenznehmer durch die vertragliche Vereinbarung gestattet wird, eine allein dem Schutzrechtsinhaber zukommende Befugnis auszuüben. Für den Erwerb von Rechtsbesitz an einer Lizenz bedarf es somit der tatsächlichen Duldung einer als Rechtsausübung erkennbaren Benützung²⁹³⁹ – also das Setzen einer durch das Immaterialgüterrecht ausschließlich dem Rechtsinhaber zugewiesenen Handlung, wobei diese nach generellen Grundsätzen sozialtypisch offenkundig sein muss.²⁹⁴⁰

Der Besitz an Lizenzen wurde auch in der deutschen Lit diskutiert. Ausgangspunkt war dabei die als unsachlich empfundene fehlende Möglichkeit des einfachen Lizenznehmers, gegen Eingriffe in das geschützte Schutzrecht vorzugehen. Denn nach hL kam nur der ausschließlichen Lizenz dingliche Wirkung zu, nicht aber der einfachen. *Lichtenstein* plädierte dabei dafür, auch der einfachen Lizenz dingliche Wirkung zuzuerkennen; dies soll dadurch erfolgen, dass dem einfachen Lizenznehmer eine Besitzstörungsklage zukomme, wenn in das Schutzrecht eingegriffen wird.²⁹⁴¹ Diese Position wird aber zu Recht als im deutschen Recht systemwidrig mehrheitlich ab-

fung im Einzelfall bedarf.

2935 Im UrhG werden Lizenzen aber freilich – etwas altertümlich – noch Werknutzungsbewilligung und Werknutzungsrecht genannt.

2936 S dazu ausf AT 2.2.2.1.1.

2937 Für das PatentR, s *Koller* in Stadler/Koller, PatG § 35 Rz 3 ff; für das Markenrecht *Fezer*, Markenrecht⁵ § 30 Rz 6; für das Urheberrecht *Grünberger* in Schrickel/Löwenheim, Urheberrecht⁶ § 79 Rz 26.

2938 Ausf zu den einzelnen Immaterialgüterrechten *McGuire*, Lizenz 48 ff. Freilich erinnert die Diskussion, ob sich eine Lizenz als positives Benutzungsrecht oder als bloß passives Dulden des Berechtigten darstellt, an die zum dinglichen Recht erörterte Frage, ob auch Erlaubnisrechte bestehen können oder ob die Erlaubnis als Fehlen von Verpflichtungen aufgefasst werden muss, s dazu ausf AT 3.1.2.5 und auch *Schönherr* in FS Troller 85.

2939 *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 23.

2940 S dazu ausf AT 3.2.2.3.

2941 *Lichtenstein*, Zum Abwehranspruch des einfachen Lizenznehmers, GRUR 1965, 344 (346).

gelehnt.²⁹⁴² Da im österreichischen Recht ein solcher Ansatz auf Grund des weiten Begriffs des Rechtsbesitzes nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden kann, soll dies an anderer Stelle²⁹⁴³ ausführlicher diskutiert werden.

Bei den immaterialgüterrechtlichen Registerrechten besteht ausweislich von § 28 MaSchG und § 43 Abs 2 PatG die Möglichkeit, Lizenzen in das Register einzutragen. Es stellt sich somit die Frage, ob hinsichtlich des Besitz-erwerbs eine analoge Anwendung von § 321 ABGB angezeigt ist, sodass der Rechtsbesitz an Lizenzen in diesen Konstellationen ausschließlich durch Verbücherung erworben wird. Obwohl Patent- und Markenregister – wie bereits gesehen – hinsichtlich ihrer Wirkungen durchaus dem Grundbuch gleichzuhalten sind, gilt es Lizenzen aber anders zu beurteilen als die Schutzrechte, auf die sie sich beziehen: Denn es ist völlig unstr., dass der Erwerb und die Übertragung von Lizenzen die Eintragung in ein Register nicht zur Voraussetzung haben; die Eintragung wirkt bloß deklarativ und steigert die Publizität der Lizenz.²⁹⁴⁴ Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zu den Wertungen der Verbücherung von dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen gem § 321 ABGB dar, da bei diesen die Eintragung in das Grundbuch notwendig für den Rechtsübergang ist; eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Lizenzverträge ist folglich abzulehnen.

Auslegungsbedürftig ist idZ die patentrechtliche Bestimmung des § 43 Abs 2 PatG, die vorsieht, dass Lizenzrechte – unabhängig vom Erwerbszeitpunkt – erst mit der Eintragung in das Patentregister gegenüber Dritten wirksam werden. Hieraus könnte der Schluss gezogen werden, dass der Rechtsbesitz und somit auch eine etwaige Drittwirkung der Lizenz erst ab Registereintragung möglich ist.²⁹⁴⁵ Tatsächlich wird aber von der stRsp von einem anderen Verständnis dieser Bestimmung ausgegangen. So wird dafür plädiert, dass diese Norm bloß das Verhältnis von Personen regle, „*die sonst befugt wären, das von ihnen nicht erteilte Lizenzrecht selbst zu beseitigen*“;²⁹⁴⁶ als Dritter iSd § 43 Abs 2 PatG gelte sohin nicht der bloße Patentverletzer.²⁹⁴⁷ In einer sachenrechtlichen Terminologie bedeutet diese Auslegung, dass durch § 43 Abs 2 PatG nicht die Entstehung des Rechtsbesitzes, sondern vielmehr die Kollision des Rechtsbesitzes mit anderen Rechtspositionen geregelt ist. Eine solche Auslegung ist wohl auch vom Gesetzgeber intendiert: Diese Bestimmung geht auf PatG 1897 zurück, wo sie wortgleich in § 23 Abs 2 verankert wurde. Aus den Mat ergibt sich hier, dass eine Lizenz „*stets eine absolute Wirkung hat, sobald sie in das Register eingetragen wurde*“²⁹⁴⁸. Den Zweck des

2942 Rüfner, The Consequences of Possession 181 f; Pablow, Lizenz 513.

2943 S dazu auch 3.1.3.

2944 Lang in Kucsko/Schumacher, marken.schutz³ § 28 Rz 2; Koller in Stadler/Koller, PatG § 35 Rz 16.

2945 In diese Richtung etwa OGH 26.11.1917, Kr I 184/17 PBl 1919, 8.

2946 OGH 8.1.1913, Rv III 543/12/1 PBl 1913, 289.

2947 OGH 12.2.1991, 4 Ob 173/90, vgl RIS-Justiz RS0071442.

2948 ErlRV 1420 BlgAH, 11. Sess, 66.

§ 23 Abs 2 PatG 1897 erklärt der Gesetzgeber mit der Notwendigkeit, „*die Rangordnung konkurrierender Rechte klarzustellen*“;²⁹⁴⁹ hier verweist er auf § 29 der GrundbuchsO 1871, wonach sich die Rangordnung nach der Eingabe bei der Grundbuchsbehörde richte. IdZ von Interesse ist, dass in § 28 GrundbuchsO die Löschungsklage als Anfechtung eines Rechts, das dritte Personen im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erwerben, bezeichnet wird. All dies spricht dafür, dass im Einklang mit der Rsp der Begriff der dritten Person des (nunmehr) § 43 Abs 2 PatG nicht – wie das heutige Begriffsverständnis nahelegen würde – jede nicht vertraglich gebundene Person umfasst, sondern nur Personen, denen ein Recht zukommt, das sie geltend machen können. Für den Rechtsbesitz bedeutet dies, dass auch bei der Patentlizenz die Eintragung in das Patentregister keine notwendige Voraussetzung für den Rechtserwerb ist; die Bestimmung des § 43 Abs 2 PatG ist vielmehr als Sonderwertung für den Fall der Rechtskollision aufzufassen.²⁹⁵⁰

2.1.3.2. Mitgliedschaftsrechte

Soweit ersichtlich wurde – zumindest in der jüngeren Lit – noch nie diskutiert, inwieweit gesellschaftsrechtliche Mitgliedschaftsrechte Gegenstand des Rechtsbesitzes sein können.²⁹⁵¹ Dass dies im Konzept des ABGB nicht völlig abwegig ist, zeigt aber ein Blick in die ältere Rsp: So wurden Rechte aus Gesellschaftsverträgen,²⁹⁵² wie das Recht des Aufenthalts des Gesellschafters in der gemeinschaftlichen Fabrik²⁹⁵³ oder das Recht der Fabrikation bestimmter Waren,²⁹⁵⁴ als Gegenstand des Besitzes angesehen. Ebenso wurde ein Besitz an Sozietätsrechten anerkannt, die durch die Beendigung der Gesellschaft potenziell gestört werden.²⁹⁵⁵ Besonders interessant ist eine E, in der darüber abgesprochen wurde, ob es zulässig sei, dass ein Gesellschafter die Vermögensgegenstände der Gesellschaft – im vorliegenden Fall Konstruktionspläne – an sich nimmt: Der OGH sprach dazu aus, dass den Gesellschaftern kein Sachbesitz an den „*dem Gesellschaftsbetriebe gewidmeten Gegenständen*“ zukomme, es käme ihnen jedoch – auf Grund des Mitgliedschaftsrechts – ein Rechtsbesitz auf Einsichtnahme in die Kon-

2949 ErlRV 1420 BlgAH, 11. Sess, 70.

2950 S zur Drittwirkung von Lizenzen weiterführend 3.1.3.

2951 Auch in der deutschen Lit werden unterschiedliche Formen der Zurechnung der Mitgliedschaft diskutiert. *Max Foerster* unterscheidet hier zwischen dem formellen Tatbestand und dem materiellen Tatbestand der Mitgliedschaft; ein formelles Mitglied ist dabei derjenige, der nach außen hin den Eindruck erweckt, Mitglied zu sein, was in der hier vorliegenden Betrachtung durchaus Ähnlichkeiten zur Position des Besitzers aufweist, s dazu ausf *Foerster*, Mitgliedschaft 221 ff.

2952 *Hermann* in FS ABGB I 617.

2953 Oberste Justizstelle 12.5.1819, Z. 1575.

2954 Oberste Justizstelle 29.9.1820, Z. 4266.

2955 Dies wurde aber verneint, s OGH 31.10.1893, Nr 12697 GIU 14890.

struktionspläne zu, der durch die Wegnahme gestört werden kann.²⁹⁵⁶ Seit dem Inkrafttreten des ABGB und der frühen Rsp sind jedoch – insb im Zuge der Industrialisierung – vielfältige neue Organisationsformen entstanden, die der Gesetzgeber in ihrer Tragweite nicht vor Augen hatte. Es ist somit im Regelungskonzept des ABGB eine durchaus lohnenswerte Aufgabe, die Besitzfähigkeit von Mitgliedschaftsrechten zu beleuchten.

Denkbar ist ein Rechtsbesitz aber freilich nicht nur an gesellschaftsvertraglich eingeräumten Sonderrechten des Gesellschafters. Darüber hinaus können auch die gesetzlich vorgesehenen allgemeinen Rechte des Gesellschafters potenziell Gegenstand des Besitzes sein. Das wichtigste Herrschaftsrecht ist dabei wohl das Stimmrecht, das dem Gesellschafter gleichermaßen bei der OG,²⁹⁵⁷ der GmbH²⁹⁵⁸ und der AG²⁹⁵⁹ zukommt. In ihrer Struktur entsprechen diese Rechte den Sonderrechten, über die der OGH und die Oberste Justizstelle abzusprechen hatten; am ehesten werden diese Herrschaftsrechte wohl als Besitz an Verbotsrechten iSd § 313 ABGB aufzufassen sein, da der Verband verpflichtet ist, ohne die Mitwirkung der Gesellschafter näher bestimmte Maßnahmen zu unterlassen. Hinsichtlich der dem Gesellschafter zukommenden Vermögensrechte – also iW das Recht auf Ausschüttung des Bilanzgewinns²⁹⁶⁰ – ist die Beurteilung nach § 313 ABGB klarer: Es handelt sich hier um den Besitz an einem bejahenden Recht, da die Gesellschaft etwas leistet, was der Gesellschafter als eine Schuldigkeit fordert. Während die Rechte eines Gesellschafters dem Grunde nach Gegenstand des Rechtsbesitzes sein können, sofern sie tatsächlich im eigenen Namen ausgeübt werden, ist aber fraglich, inwiefern hier eine analoge Anwendung von § 321 ABGB in Betracht kommt. Denn zumindest der Bestand von OG, GmbH und AG muss in ein Register eingetragen werden.

Auch bei Mitgliedschaftsrechten kann der Gedanke des Rechtsbesitzes fruchtbar gemacht werden, um schwerwiegende Störungen der Rechtszuordnung abzumildern.²⁹⁶¹ Denn es kann zu Situationen kommen, in denen ein Recht gegenüber der Gesellschaft ausgeübt wird, obwohl es an einem rechtsgültigen Mitgliedschaftsverhältnis fehlt. Dies ist *va* dann problematisch, wenn die Gesellschaft und somit auch das Mitgliedschaftsrecht auf Grund der Nichtigkeit oder Angreifbarkeit des organisationsbegründenden oder -ändernden Akts nicht rechtswirksam entstanden ist. In der gesellschaftsrechtlichen Lit wird diese Konstellation unter dem Schlagwort der Lehre der fehlerhaften Ge-

2956 OGH 14.8.1888, Nr 9384 GIU 12305.

2957 § 119 UGB.

2958 § 39 GmbHG.

2959 § 12 AktG.

2960 Vgl § 121 UGB, § 82 GmbHG, § 53 AktG.

2961 Zu diesem Gedanken im Immaterialgüterrecht, s bereits 2.1.3.1. Da es sich hier nicht um eine dingliche Wirkung iS handelt, soll dieser Gedanke hier nur angedeutet werden.

sellschaft diskutiert.²⁹⁶² Nach dieser Lehre zeitigen Mängel im Gesellschaftsverhältnis keine Wirkungen *ex tunc*; denkbar sind allenfalls Wirkungen *ex nunc*,²⁹⁶³ wobei sich diese Wirkungen freilich nicht auf das Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern beschränken, sondern auch das Außenverhältnis der Gesellschaft zu Dritten betreffen.²⁹⁶⁴ Diesem Ansatz liegt der Gedanke zu Grunde, dass auch ohne materielle Berechtigung Rechtstatsachen geschaffen werden können, an denen die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann.²⁹⁶⁵ Es kommt somit zur Anerkennung einer Rechtsposition, die auf der bloßen Ausübung von Rechten der Gesellschaft gleichwohl wie der Gesellschafter fußt. Diese Rechtsposition bedingt, dass die Gesellschaft bei einem Mangel des Gesellschaftsvertrags nicht mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben gestrichen wird,²⁹⁶⁶ sondern allenfalls eine Beendigung der Gesellschaft mit Wirkung *pro futuro* in Betracht kommt. Vor der Geltendmachung des Mangels ist die fehlerhafte Gesellschaft – trotz des nach allgemeinen Grundsätzen grds *ex tunc* wirkenden Mangels – nach den Wertungen der Lehren der fehlerhaften Gesellschaft nach innen und außen somit vollwirksam.²⁹⁶⁷ Dieser Gedanke lässt sich nahtlos in den Wertungen des ABGB zum Rechtsbesitz verankern: Geschützt ist nicht nur die Rechtsposition durch die Rechtszuordnung, sondern darüber hinaus auch die Rechtsausübung.²⁹⁶⁸ Demgemäß steht es – auch ohne materielle Berechtigung – dem redlichen Rechtsbesitzer zu, ein Recht nach Belieben zu gebrauchen, verbrauchen und auch zu zerstören (§ 329 ABGB); ihm gehören die Früchte (§ 330 ABGB). Würde die Gesellschaft daher bei einem Mangel im Gesellschaftsvertrag mit Wirkung *ex tunc* beseitigt, käme es zu einem Eingriff in die Rechtsposition des redlichen Gesellschafters als Rechtsbesitzer. Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft betrifft gleich wie der Rechtsbesitz im Kern somit den Schutz der (bloßen) Rechtsausübung, die nicht mit einer materiellen Berechtigung einhergeht. Nach dem naturrechtlichen

2962 K. Schmidt in MüKoHGB II⁴ (2016) § 105 Rz 229 ff; Fleischer in MüKoHGB II⁵ (2022) § 105 Rz 472 ff; U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2012) § 105 Rz 87 ff.

2963 Kraus in U. Torggler, UGB³ (2019) § 105 Rz 34 f; Artmann in Artmann, UGB I³ § 105 Rz 52; so auch OGH 30.3.2011, 7 Ob 77/10i.

2964 Roth in Hopt, Handelsgesetzbuch⁴¹ (2022) § 105 Rz 85 ff; U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2012) § 105 Rz 95; K. Schmidt, „Fehlerhafte Gesellschaft“ und allgemeines Verbandsrecht, AcP 1986, 421 (430).

2965 So sehr prägnant BGH 10.4.1978, II ZR 61/77 NJW 1978, 2505.

2966 K. Schmidt, AcP 1986, 421 (421).

2967 Fleischer in MüKoHGB II⁵ § 105 Rz 473; K. Schmidt in MüKoHGB II⁴ § 105 Rz 244; s auch OGH 20.12.2023, 6 Ob 215/23w.

2968 Dieser Zusammenhang findet sich auch bei Krückmann angedeutet: Dieser erörtert den Fall eines nicht registrierfähigen Vereins, der in das Register eingetragen ist; hier sei davon auszugehen, dass die Personenmehrheit durch Eintragung in den Besitz des Rechts an der juristischen Person gelange, s Krückmann, Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des Gemeinen Rechts, AcP 1912, 179 (375).

Paradigma des ABGB kann für die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft somit an allgemeinen zivilrechtlichen Wertungen angeknüpft werden.

Ein wesentliches gemeinsames Charakteristikum der hier betrachteten Gesellschaftsformen ist, dass bei diesen durch das Firmenbuch eine Publizität hergestellt wird. Hinsichtlich der näher untersuchten Mitgliedschaftsrechte besteht jedoch eine wesentliche Unterscheidung: Während bei der OG gem § 3 Abs 1 Z 8 und § 4 Z 5 FBG vertretungsbefugte gleich wie nicht vertretungsbefugte Gesellschafter und bei der GmbH gem § 5 Z 6 FBG die einzelnen Gesellschafter in das Firmenbuch eingetragen werden, ist dies bei der AG hinsichtlich der Aktionäre nicht der Fall. Das individuelle Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters ergibt sich somit nur bei der OG und der GmbH aus dem öffentlichen Firmenbuch. Dementsprechend ist es sinnvoll, OG, GmbH bzw die AG hinsichtlich des Erwerbs von Rechtsbesitz zu unterscheiden.

2.1.3.2.1. OG

Die Bestimmungen des UGB zur OG enthalten keine expliziten Wertungen zur Frage, ab welchem Zeitpunkt ein Gesellschafter zur Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte berechtigt ist. Zwar regelt § 123 Abs 1 UGB, dass die OG mit der Eintragung in das Firmenbuch entsteht; das Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern wird aber – vorbehaltlich aufschiebender Bedingungen – bereits mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags begründet.²⁹⁶⁹ Ein Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters besteht somit bereits vor der Entstehung der OG durch Eintragung in das Firmenbuch.²⁹⁷⁰ Hinsichtlich der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten sieht § 124 Abs 1 UGB bloß vor, dass – soweit nichts anderes im Gesellschaftsvertrag geregelt ist – ein Gesellschafter nur dann über seinen Gesellschaftsanteil verfügen kann, wenn die Zustimmung aller anderen Gesellschafter vorliegt; weitere Regelungen zur Übertragung fehlen. In Zusammenschau mit § 15 Abs 1 UGB geht die richtige hM davon aus, dass es für die Anteilsübertragung keiner Eintragung in das Firmenbuch bedarf; die Firmenbucheintragung ist für den Rechtsübergang bloß deklarativ.²⁹⁷¹ Es finden sich in §§ 105 ff UGB – anders als für die GmbH²⁹⁷² und die AG²⁹⁷³ – zudem keine Sonderwertungen zur Frage, ab welchem Zeitpunkt ein Rechtssubjekt als Gesellschafter einer OG

2969 *U. Torggler* in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2012) § 105 Rz 99; *U. Torggler*, Die Vorgesellschaften als Rechtsverhältnis und als Rechtsträger, in FS Krejci I (2001) 945 (953).

2970 Str ist idZ, ob im Innenverhältnis generell OG-Recht zur Anwendung kommt oder ob sich dies aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben muss. Da diese Problematik die hier betrachtete Entstehung des Rechtsbesitzes am Mitgliedschaftsrecht nicht weiter tangiert, kann dies hier offen gelassen werden, s dazu weiterführend *U. Torggler* in FS Krejci I 945 (953 ff); *Artmann* in Artmann, UGB I³ § 123 Rz 20.

2971 *Zib* in Zib/Dellinger, UGB II (2017) § 124 Rz 30.

2972 § 78 Abs 1 GmbHG.

2973 § 61 Abs 2 AktG.

anzusehen ist. Diese (kurzen) Ausführungen zur OG lassen bereits einen zweifachen Schluss zu: Erstens richtet sich mangels diesbezüglicher Sonderwertungen der Beginn der geschützten Rechtsausübung des OG-Gesellschafters nach den allgemeinen Wertungen des ABGB. Zweitens muss eine analoge Anwendung von § 321 ABGB auf das Mitgliedschaftsrecht an der OG ausscheiden, da der Firmenbucheintragung – anders als die Eintragung in das Grundbuch bei § 321 ABGB – keine konstitutive Wirkung zukommt.

Der Besitz an einem Mitgliedschaftsrecht an der OG ergibt sich somit aus den allgemeinen Grundsätzen der §§ 312 f ABGB. Es ist für den Erwerb des Rechtsbesitzes allein darauf abzustellen, ob der Gesellschafter sein Mitgliedschaftsrecht im eigenen Namen sozialtypisch offenkundig gebraucht, unabhängig davon, ob die Berechtigung dazu tatsächlich vorliegt. Die Eintragung in das Firmenbuch ist – wenngleich dieser für den Erwerb des Rechtsbesitzes keine konstitutive Wirkung zukommt – dabei von großer Relevanz: Denn der Eintritt eines neuen Gesellschafters ist gem § 107 UGB von sämtlichen Gesellschaftern beim Firmenbuch anzumelden.²⁹⁷⁴ Dementsprechend kann ab der Firmenbucheintragung davon ausgegangen werden, dass – zumindest aus der Perspektive sämtlicher Gesellschafter – die Gesellschaft dem Einzutragenden in der Pflicht steht und etwa die Auszahlung des Gewinns zu leisten (§ 122 UGB) und dessen Stimmabgabe bei der Gesellschafterversammlung zu akzeptieren hat. Mit der Firmenbucheintragung wird der Eingetragene jedenfalls in die Lage versetzt, gegenüber der Gesellschaft seine Rechte auszuüben. Daraus folgt, dass bei der OG jedenfalls mit der Firmenbucheintragung vom Erwerb des Rechtsbesitzes auszugehen ist; dem steht freilich nicht entgegen, dass nach allgemein-zivilrechtlichen Wertungen der Rechtsbesitz bereits zuvor durch den Rechtsgebrauch im eigenen Namen erworben werden kann.

Eine extremere Form der Diskrepanz zwischen materieller Berechtigung und der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten liegt bei der sog Scheingesellschaft vor. Bei dieser fehlt es auch an einem wenigstens schlüssigen Abschluss eines Gesellschaftsvertrags,²⁹⁷⁵ dennoch wird der Anschein eines Bestehens einer OG bzw einer Gesellschafterstellung erweckt.²⁹⁷⁶ In diesen Konstellationen wird basierend auf dem Rechtsscheingrundsatz²⁹⁷⁷ der scheinbare

2974 *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB II § 107 Rz 3.

2975 RIS-Justiz RS0035183.

2976 *Kraus* in *U. Torggler*, UGB³ § 105 Rz 36.

2977 Nicht näher eingegangen werden kann an dieser Stelle auf das Verhältnis von Rechtsschein und Rechtsbesitz. Folgt man der – in einem über 250 Seiten zählenden Aufsatz durchaus monumental vorgebrachten – These von *Krückmann*, sind diese gleichzusetzen; der Rechtsschein gehe demnach nicht weiter als der Rechtsbesitz. Dieser heute seltsam anmutende Gedanke hat jedoch einiges für sich, was sich am Beispiel der Anscheinsvollmacht zeigt: Diese liegt vor, wenn der Vertretene durch eine sozialtypisch offenkundige Handlung den Rechtsschein für die Vollmacht schafft; in der Sache könnte der Anscheinsvertreter somit als Rechtsbesitzer der Vollmacht angese-

Sachverhalt als gegeben fingiert; ein Scheingesellschafter kann daher wie ein tatsächlicher Gesellschafter in Anspruch genommen werden.²⁹⁷⁸ Hierbei kommt es ebenso zur Anknüpfung an die Ausübung des – mit einer Vertretungsbefugnis ausgestatteten – Mitgliedschaftsrechts, der keine materielle Berechtigung gegenüber steht.

Die potenzielle Diskrepanz zwischen der rechtlich geschützten Ausübung von Mitgliedschaftsrechten an der OG und der tatsächlichen Berechtigung ist Ausgangspunkt für weitere Sonderkonstellationen. Ein – soweit ersichtlich fast ausschließlich²⁹⁷⁹ in Deutschland diskutierter – Fall betrifft die Rechtsfigur des sog Quasi-Gesellschafters. Denn der BGH erkennt in laufender Rsp an, dass dem Treugeber im Gesellschaftsvertrag oder durch Zustimmung sämtlicher Gesellschafter unmittelbare Ansprüche und Rechte gegenüber der Gesellschaft eingeräumt werden können;²⁹⁸⁰ der Treugeber ist dann als Quasi-Gesellschafter zu qualifizieren. Dies wird damit begründet, dass den Beteiligten auf Grund der Privatautonomie die Möglichkeit offen stehen soll, ihre Rechtsbeziehungen untereinander der wirklichen Sachlage anzupassen;²⁹⁸¹ der BGH spricht von einer von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerten Treuhandbeziehung.²⁹⁸² Aus dieser besonderen Rechtsbeziehung folgt ein Stimm-²⁹⁸³ und Auskunftsrecht²⁹⁸⁴ des Quasi-Gesellschafters. Im Innenverhältnis kommt es im Gegenzug zu einer Einlage- und Nachschussverpflichtung²⁹⁸⁵ und einer Haftung für einen Liquidationsfehlbetrag²⁹⁸⁶ des Treugebers als Quasi-Gesellschafter. Im Außenverhältnis haftet jedoch der Quasi-Gesellschafter hingegen nicht für die Gesellschaftsschulden.²⁹⁸⁷ Daraus folgt, dass der Treugeber in die-

hen werden. Nicht durch den Rechtsschein erklärbar ist freilich das Erfordernis, dass der Geschäftspartner konkret auf die Vollmacht vertraut hat, da das subjektive Wissen des Einzelnen für die dingliche Rechtswirkung ohne Belang ist. Der Rechtsbesitz könnte somit als Argument für einen abstrakten Vertrauensschutz gesehen werden, wovon der konkrete Vertrauensschutz zu unterscheiden ist. Zum Zusammenhang von Anscheinsvollmacht und Rechtsbesitz s *Krückmann*, AcP 1912, 179 (312 ff). Zum konkreten Vertrauensschutz und dessen Unterscheidung von einem absoluten Vertrauensschutz statt aller *Canaris*, Vertrauenshaftung 1 ff.

2978 Im Einzelnen ist dabei danach zu differenzieren, ob die Scheingesellschaft in das Firmenbuch eingetragen wurde, da dann § 15 Abs 3 UGB Anwendung findet, s dazu im Einzelnen *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB II § 105 Rz 110 ff.

2979 Nur kurz erwähnt wird dies in OGH 25.11.2020, 6 Ob 220/20a.

2980 Grundlegend dazu BGH 30.3.1987, II ZR 163/86 NJW 1987, 2677; ausf zur Entwicklung der Rsp *Foerster*, Mitgliedschaft 128 ff.

2981 BGH 13.5.1953, II ZR 157/52 NJW 1953, 1548.

2982 BGH 23.6.2003, II ZR 46/02.

2983 BGH 5.2.2013, II ZR 134/11.

2984 BGH 16.12.2014, II ZR 277/13.

2985 BGH 30.1.2018, II ZR 137/16.

2986 BGH 11.10.2011, II ZR 242/09.

2987 BGH 11.11.2008, XI ZR 468/07.

sen Fällen ausschließlich im Innenverhältnis Gesellschafter ist.²⁹⁸⁸ Dem Quasi-Gesellschafter ist somit das Mitgliedschaftsrecht an der OG nicht iSe Rechtszuordnung zuzurechnen,²⁹⁸⁹ es kommt aber zu einer durch die Rechtsordnung anerkannten Ausübung der Rechte eines Gesellschafters, zu der auch die Gesellschaftspflichten im Innenverhältnis treten.

Für das österreichische Recht kann die Sonderkonstellation des Quasi-Gesellschafters der OG als Ausprägung des Rechtsbesitzes angesehen werden. Denn der Rechtsbesitz an Mitgliedschaftsrechten kann bei der OG nach Maßgabe der §§ 312 f ABGB erworben werden; dies wird bei der offenkundigen Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag idR wohl der Fall sein. Der Quasi-Gesellschafter ist somit als Rechtsbesitzer aufzufassen, dem keine Rechtszuständigkeit am Mitgliedschaftsrecht zukommt; das Verhältnis zwischen dem Treuhänder als Rechtszuständigem und dem Treugeber richtet sich nach den §§ 329 ff ABGB, sofern davon nicht privat-autonom abgewichen wird. Aus dieser Betrachtung ergibt sich auch, weshalb die Rechtsfigur des Quasi-Gesellschafters ausschließlich bei der OG und nicht auch bei GmbH und AG diskutiert wird: Bei den genannten Kapitalgesellschaften ergibt sich – wie noch näher ausgeführt wird – die Gesellschafterstellung im Verhältnis zur Gesellschaft zwingend durch die Eintragung in ein Register bzw durch eine Buchung am Depotkonto; ein Erwerb von Rechtsbesitz durch Rechtsgebrauch im eigenen Namen muss hier somit ausscheiden. Damit einher geht, dass die als Rechtsposition anerkannte Ausübung von Rechten bei GmbH und AG nicht frei von der Rechtszuständigkeit abgespalten werden kann. So geht auch die Rsp zur GmbH davon aus, dass zwischen Treugeber und Gesellschaft keinerlei Rechtsbeziehungen bestehen, was der Rechtsfigur des Quasi-Gesellschafters entgegensteht.²⁹⁹⁰ Durch Rückgriffnahme auf den Rechtsbesitz an Mitgliedschaftsrechten kann auch im österreichischen Recht somit bei der OG²⁹⁹¹ eine Stellung als Quasi-Gesellschafter systemkonform begründet werden, dem mitgliederschaftliche Rechte und Pflichten zukommen, ohne tatsächlich Gesellschafter einer OG zu sein.

2.1.3.2.2. GmbH

Im GmbHG findet sich in § 78 eine explizite Bestimmung, unter welchen Umständen ein Rechtssubjekt Rechte gegenüber einer GmbH geltend ma-

2988 Ausf dazu auch *Wertenbruch* in Ebenroth et al, *Handelsgesetzbuch*⁵ (2024) § 105 Rz 388 ff; *Foerster*, *Mitgliedschaft* 142.

2989 So auch *Wertenbruch* in Ebenroth et al, *Handelsgesetzbuch*⁵ § 105 Rz 388.

2990 Zuletzt OGH 14.9.2021, 6 Ob 71/21s Rz 40 ff; RIS-Justiz RS0123563.

2991 Denkbar ist dies freilich auch bei anderen, hier nicht näher betrachteten Gesellschaftsformen, bei denen der Besitz am Mitgliedschaftsrecht nach den Grundsätzen der §§ 312 f ABGB erworben wird.

chen kann. Diese entspricht iW § 61 Abs 2 AktG und regelt,²⁹⁹² dass im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter gilt, der im Firmenbuch als solcher aufscheint. Diese – wie sich zeigen wird – durchaus unterschiedlich ausgelegte Bestimmung ist dabei primärer Anknüpfungspunkt für die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein Rechtssubjekt Mitgliedschaftsrechte an einer GmbH ausüben kann. Dabei gilt es zu beachten, dass diese Norm in der Stammfassung des GmbHG auf die Eintragung in das – von der Gesellschaft geführte – Anteilsbuch abstellte; erst mit einer Novelle des GmbHG²⁹⁹³ wurde die Eintragung in das Firmenbuch als relevant angesehen. Die ursprüngliche Regelung war somit deutlich näher an der Eintragung von Aktionären in das Aktienbuch als die – dem Grundbuch grds ähnliche – Eintragung in ein öffentliches Register. § 78 Abs 1 GmbHG ist somit als gesetzliche Wertung anzusehen, ab welchem Zeitpunkt die mitgliederschaftlichen Rechte aus der Beteiligung ausgeübt werden können: Es kommt nicht auf die tatsächliche Rechtszuständigkeit an, sondern auf den Rechtschein der Eintragung in das Register.

Rund um die an sich eindeutige Regelung, dass im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter gilt, der in ein Register – sei es das Anteilsbuch, sei es das Firmenbuch – eingetragen ist, entwickelte sich in der Lit eine erstaunliche Kontroverse.²⁹⁹⁴ Denn beginnend mit *Reich-Rohrwig* wurde vertreten, dass nicht die Eintragung in das Register, sondern bereits die Anmeldung zur Eintragung in das Register für die Begründung der Gesellschafterstellung bei der GmbH ausreichend sein soll.²⁹⁹⁵ Dies wird durch eine teleologische Reduktion der Norm begründet, da § 78 GmbHG allein als Schutzbestimmung für die Gesellschaft aufzufassen sei; notwendig für den Schutz der Gesellschaft sei aber einzig die Information vom Gesellschafterwechsel. Für die Gesellschafterstellung hinreichend sei somit bereits die Anmeldung des Gesellschafterwechsels zum Firmenbuch, die gem § 26 Abs 1 GmbHG durch die Geschäftsführer erfolgen muss.²⁹⁹⁶ Nach dieser Auslegung soll

2992 Eine Angleichung an das Regime für Namensaktien war dabei expliziter Wille des Gesetzgebers, s ErlRV 236 BlgHH, 17. Sess 85.

2993 BGBl 1991/10.

2994 Bemerkenswert ist dabei etwa die Kommentierung von *Koppensteiner/Rüffler*, nach der „*diese Bestimmung im Prinzip so zu verstehen [sei], wie sie lautet.*“ Dass eine Norm auch anders verstanden werden soll, als sie lautet, ist aber nicht nur methodisch, sondern auch rechtsstaatlich hochbedenklich, s *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ (2007) § 78 Rz 5.

2995 *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983) 645 f.

2996 S dahingehend *Bittner*, Die Auslegung des neuen § 78 Abs 1 GmbH-Gesetz – ein Problem, das keines sein sollte, NZ 1991, 100; *Wagner*, Gesellschafter, Gesellschaft und Firmenbuch, NZ 1991, 101; in jüngerer Zeit s *Verweijen* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2020) § 78 Rz 5; in diese Richtung auch OGH 19.10.1989, 7 Ob 681/89 und OGH 17.2.2006, 10 Ob 132/05t wonach es hinreichend ist, wenn die Voraussetzungen einer Eintragung erfüllt sind.

demnach nicht derjenige als Gesellschafter gelten, der in das Register eingetragen ist, sondern derjenige, dessen Eintragung angemeldet ist.

Eine derartige teleologische Reduktion des § 78 Abs 1 GmbHG ist freilich methodisch unzulässig. Denn generelle Voraussetzung für eine teleologische Reduktion ist eine Gesetzeslücke – verstanden als Fehlen einer bestimmten, nach dem Regelungsplan oder Gesamtzusammenhang des Gesetzes zu erwartende Regel.²⁹⁹⁷ Hierbei kommt allenfalls eine verdeckte Gesetzeslücke in Betracht, da für die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein Rechtssubjekt im Verhältnis zur GmbH als Gesellschafter gilt, in § 78 Abs 1 GmbHG explizit auf die Eintragung in das Firmenbuch – bzw in das Anteilsbuch in der Stammfassung – abgestellt wird. Die vorgeschlagene Wertung, dass für die Gesellschafterstellung in der GmbH nicht auf die Eintragung, sondern bereits auf die Anmeldung zur Eintragung abzustellen sei, betrifft dabei keine Sonderkonstellation, deren Regelung iSe Lücke planwidrig ist und durch teleologische Reduktion saniert werden müsste, sondern ist im Vergleich zur Wertung des § 78 Abs 1 GmbHG ein *aliud*. Es wird an die Stelle der gesetzgeberischen Wertung – Gesellschafterstellung ab Eintragung – eine andere – Gesellschafterstellung ab Anmeldung zur Eintragung – gesetzt. Somit besteht bei § 78 Abs 1 GmbHG keine planwidrige Lücke; allenfalls liegt ein Fehler des Gesetzes vor, der aus rechtspolitischer Sicht zwar durchaus kritisiert werden kann, für die Gesetzesauslegung indes ohne weitere Bedeutung ist. Dass es an einer Lücke in § 78 Abs 1 GmbHG fehlt, bestätigt sich insb dadurch, dass in den Materialien explizit auch die Anmeldung, die eine Eintragung in das Anteilsbuch zur Folge hat, thematisiert wird; der Gesetzgeber stellt aber ausdrücklich auf die Eintragung in das Register und nicht auf die Kenntnisnahme der Gesellschaft ab.²⁹⁹⁸ Der Fall, dass die Geschäftsführer vom Wechsel der Gesellschafter Kenntnis erlangt haben, wurde vom Gesetzgeber somit mitbedacht, wenn für die Stellung als Gesellschafter auf die später erfolgende²⁹⁹⁹ Registereintragung abgestellt wird. Daran ändert auch die Modifikation der Eintragungsmodalitäten, nach der nunmehr eine Eintragung in das Firmenbuch erfolgt und damit eine potenziell längere Dauer bis zur Eintragung einhergeht, grds nichts. Mangels Lücke muss die geforderte teleologische Reduktion des § 78 GmbHG somit ausscheiden.³⁰⁰⁰

2997 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 197.

2998 ErlRV 236 BlgHH, 17. Sess 85.

2999 Auf die zeitliche Diskrepanz zwischen Anmeldung und Eintragung wird in den Materialien explizit hingewiesen, als Ausgleich wurde die Haftungsbestimmung des (heute) § 78 Abs 2 GmbHG vorgesehen, ErlRV 236 BlgHH, 17. Sess 86.

3000 So iE auch *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991) 82.

Zweifel bestehen aber ebenso am identifizierten ausschließlichen Zweck der Bestimmung im Schutz der Gesellschaft.³⁰⁰¹ Wenn man als Grund für diese Regelung einzig die Information der GmbH, verstanden als juristische Person, der das Wissen ihrer Geschäftsführer zugerechnet wird,³⁰⁰² ansieht, hätte es der Regelung des § 78 GmbHG nicht bedurft; eine Meldeverpflichtung an die Geschäftsführer über den Wechsel der Gesellschafterstellung wäre völlig hinreichend. Die Eintragung der Gesellschafterstellung in das Anteilsbuch hatte aber ausweislich der Materialien einen anderen Zweck: Es soll insb³⁰⁰³ für Gesellschafter die Möglichkeit bestehen, jederzeit über den Kreis der Mitgesellschafter informiert zu werden.³⁰⁰⁴ Dieser Zweck der Publizität des Wechsels der Gesellschafter für andere Gesellschafter ist zweifellos auch gegeben, wenn dieser nunmehr in das öffentlich einsehbare Firmenbuch eingetragen wird. Sieht man aber nicht nur die Gesellschaft, sondern auch ihre Anteilsinhaber im Schutzbereich der Bestimmung des § 78 Abs 1 GmbHG, fällt jede Grundlage für eine teleologische Reduktion weg: Ließe man die Anmeldung zum Register genügen, würde es vor der Eintragung an einer Informierung der Gesellschafter über den Gesellschafterwechsel fehlen. Der ausdrückliche Hinweis, dass § 78 Abs 1 GmbHG nur das Verhältnis zur Gesellschaft betrifft, hat indes einen anderen Hintergrund: Die Bestimmung entfaltet demnach keine Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber des Anteils. Demnach kann aus der Eintragung in das Firmenbuch etwa kein Hinweis auf die Berechtigung zur Verfügung über den Geschäftsanteil entnommen werden; ebenso erfolgt der Übergang des Rechts grds unabhängig von der Eintragung in ein Register.³⁰⁰⁵ Es ist somit nicht ausschließlich die Gesellschaft im Schutzbereich des § 78 GmbHG, vielmehr soll bloß das „Valutaverhältnis“ zwischen Veräußerer und Erwerber des Anteils explizit unberührt von diesen Wertungen bleiben.

Heute wird in der L³⁰⁰⁶ eine teleologische Reduktion des § 78 GmbHG bei Herrschaftsrechten herrschend abgelehnt. Daraus folgt, dass ein Rechtssubjekt erst ab der Eintragung in das Firmenbuch – und nicht schon davor – mit-

3001 S etwa *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 2, für die stRsp s RIS-Justiz RS0060058.

3002 Statt aller *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 4/212.

3003 Darüber hinaus nennen die Materialien auch frühere Gesellschafter, aber uU auch interessierte Gläubiger.

3004 ErlRV 236 BlgHH, 17. Sess 66.

3005 So auch die stRsp, s zB OGH 28.2.2018, 6 Ob 167/17b, vgl auch RIS-Justiz RS0059827; zum Modus beim Erwerb von GmbH-Anteilen weiterführend 2.2.1.2.2.2.

3006 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 8, *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 78 Rz 5; *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb 78 ff; *Hoffenscher-Summer* in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (2017) § 78 Rz 5; zweifelnd *Zollner* in U. Torggler, GmbHG (2014) § 78 Rz 3 ff; aA *Verweijen* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2020) § 78 Rz 5.

gliedschaftliche Herrschaftsrechte an der GmbH ausüben kann. Dem folgt auch die Rsp: So wird zu Recht davon ausgegangen, dass für einen noch nicht im Firmenbuch eingetragenen Neugesellschafter kein durchsetzbarer Anspruch besteht, an der Generalversammlung einer Gesellschaft teilzunehmen,³⁰⁰⁷ ebenso ist die Ausübung des Stimmrechts an die Verbücherung der Gesellschafterstellung gebunden.³⁰⁰⁸ Der Nachweis einer Anmeldung alleine genügt nicht.³⁰⁰⁹ Gleichmaßen sind ausgeschiedene Gesellschafter bis zu ihrer Löschung im Firmenbuch befugt, bei der Generalversammlung mitzustimmen.³⁰¹⁰ Zur Einbringung einer Nichtigkeitsklage iSd § 41 Abs 1 GmbHG ist ausschließlich berechtigt, wer als Gesellschafter registriert ist.³⁰¹¹ Daraus folgt freilich nicht, dass derjenige, dem ohne Eintragung in das Firmenbuch ein Recht an der GmbH iSe Rechtszuordnung zuzurechnen ist, ohne Rechte bleiben muss.³⁰¹² So besteht ein Anspruch auf Registereintragung desjenigen, der behauptet, Gesellschafter zu sein; dieser kann durch Leistungsklage gegen die Gesellschaft durchgesetzt werden.³⁰¹³ Darüber hinaus kann die Gesellschaft dem Gesellschafter ein Stimmrecht bereits vor der Eintragung in das Firmenbuch gewähren,³⁰¹⁴ wobei diesbezüglich noch vieles ungeklärt ist. Klar scheint aber, dass es sich hierbei nicht um das vom Vormann abgeleitete, vollumfängliche Mitgliedschaftsrecht, sondern um ein eigenständiges Recht handelt;³⁰¹⁵ allein durch die Übertragung des Anteils erwächst dem nicht eingetragenen Rechtsinhaber dafür kein durchsetzbarer Anspruch.³⁰¹⁶ Mangels besonderer Satzungsbestimmungen liegt die Einladung zur Generalversammlung dabei im freien Ermessen der Geschäftsführung,³⁰¹⁷ die auf Grund von § 26 Abs 1 GmbHG zwingend über die Anmeldung zum Firmenbuch informiert ist. Hinsichtlich der Möglichkeiten der Ausübung des Stimmrechts gelten die Grundsätze der Bevollmächtigung zur Ausübung des Stimmrechts in § 39 GmbHG,³⁰¹⁸ dh der Neugesellschafter übt das Stimmrecht des noch in

3007 OLG Wien 11.9.2007, 28 R 135/07i NZ 2008, G 55, wiederholt in OGH 28.2.2018, 6 Ob 167/17b; RIS-Justiz RS0110338.

3008 OGH 19.10.1989, 7 Ob 681/89, vgl RIS-Justiz RS0059792.

3009 OGH 25.6.1998, 6 Ob 168/98v.

3010 OGH 16.10.2009, 6 Ob 199/09x; RIS-Justiz RS0117624.

3011 OGH 14.8.2008, 2 Ob 138/08w; RIS-Justiz RS0060118.

3012 Da sich diese Rechte größtenteils nicht aus dem Besitz am Mitgliedschaftsrecht an der GmbH, sondern vielmehr aus eigenständigen gesellschaftsrechtlichen Wertungen ergeben, soll auf diese nur kurz eingegangen werden.

3013 OGH 28.2.2018, 6 Ob 167/17b; RIS-Justiz RS0059812.

3014 Illustrativ dazu OGH 17.2.2006, 10 Ob 132/05t; RIS-Justiz RS0112377.

3015 In diese Richtung gehend auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 78 Rz 6.

3016 OGH 28.2.2018, 6 Ob 167/17b.

3017 In diese Richtung gehend OGH 18.2.2010, 6 Ob 1/10f.

3018 Übt der Veräußerer die Stimmrechte aus, muss er auf Grund des Innenverhältnisses im Sinne des Erwerbers abstimmen, s *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb 87 f. Dies ergibt sich bereits aus den besitzrechtlichen Grundlagen, da der Veräußerer hier als unredlicher Rechtsbesitzer anzusehen ist, der nach § 335 ABGB dem Er-

das Firmenbuch eingetragenen Gesellschafters aus, wobei der Veräußerer hier nach *Koppensteiner/Rüffler* als Ermächtigungstreuhand anzusehen ist.³⁰¹⁹ Auch wenn im Verhältnis zur Gesellschaft der Veräußerer des Anteils noch als Gesellschafter gilt, können dem Erwerber somit bereits vor Eintragung in das Firmenbuch mitgliedschaftliche Herrschaftsrechte zukommen.

Anders beurteilt die hL freilich die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte des Gesellschafters – also allen voran den Anspruch auf Gewinn und auf den Liquidationserlös. Hier wird in Anschluss an *Peter Bydlinski* davon ausgegangen, dass nach zessionsrechtlichen Überlegungen der Erwerber nach Verständigung der Gesellschaft im eigenen Namen Anspruch auf Auszahlung erheben kann.³⁰²⁰ Dem ist aber nicht beizupflichten, da es hier zu einem Verstoß gegen einen der tragenden Pfeiler des gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechts kommt: dem Abspaltungsverbot. Ganz herrschend wird davon ausgegangen, dass die Stammrechte der Mitgliedschaft untrennbar mit dem Mitgliedschaftsrecht verbunden sind.³⁰²¹ Aus diesem Grundsatz folgt etwa, dass die isolierte Abtretung des Gewinnbeteiligungsrechts unzulässig ist.³⁰²² Erlaubt man die Übertragung von mitgliedschaftlichen Vermögensrechten durch Anwendung von zessionsrechtlichen Regelungen, kommt es aus der Sicht der Gesellschaft aber zu einer ebensolchen Aufspaltung des Mitgliedschaftsrechts: Das mitgliedschaftliche Herrschaftsrecht käme kraft Eintragung in das Firmenbuch dem Veräußerer, das mitgliedschaftliche Vermögensrecht durch die Verständigung aber dem Erwerber zu. Zudem kommt es durch eine derartige Aufspaltung der Behandlung von mitgliedschaftlichen Herrschafts- und Vermögensrechten zu einer Minderung der rechtssicherheitsfördernden Wirkung der Registereintragung, die auch von der Rsp betont wird.³⁰²³ Genau diese rechtliche Sicherheit würde aber verlustig gehen, wenn die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte isoliert dem Neugesellschafter zugeordnet würden. Denn im Streit, ob der Übertragungsvertrag gültig ist, müsste die Gesellschaft feststellen, ob der Gewinn dem Alt- oder Neugesellschafter ausgeschüttet werden muss, was aus der Sicht der Gesellschaft der Rechtssicherheit abträglich ist. Ein solches system- und zweckwidriges Ergebnis muss somit ausschlei-

werber als Eigentümer des Mitgliedschaftsrechts auch jene Vorteile zurückstellen muss, die der Verkürzte erlangt haben würde.

3019 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 39 Rz 10.

3020 *Verweijen* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2020) § 78 Rz 5; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 9; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 78 Rz 7; *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb 86 f; differenzierend *Hartlieb/Saurer/Zollner*, Anteilsübertragung bei der GmbH (2024) 27 f.

3021 Ausf dazu und mwN *Foerster*, Mitgliedschaft 65 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 560 ff; *Habersack*, Die Mitgliedschaft 78 ff.

3022 Vgl zum deutschen Recht etwa *Ekkenga* in MüKoGmbHG⁴ (2021) § 29 Rz 55.

3023 Auf Grund dieser Wirkung folgert etwa der OGH, dass die Gesellschaft idR kein rechtliches Interesse hat, mit Feststellungsklage gegen den Alt- oder den Neugesellschafter vorzugehen, s OGH 28.2.2018, 6 Ob 167/17b.

den, zumal es keinerlei Stütze im GmbHG findet; es kommt somit generell bloß auf die Eintragung im Register an.³⁰²⁴

Mit der Eintragung in das Firmenbuch ist ein Rechtssubjekt zur Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte der GmbH legitimiert. Die Gesellschaft ist somit verpflichtet, es als legitimen Gesellschafter zu behandeln.³⁰²⁵ Neben den Rechten des Gesellschafters treffen es aber auch alle mit dem Geschäftsanteil verknüpften Pflichten.³⁰²⁶ Von systematisch großer Bedeutung dabei ist, dass diese Rechtswirkungen unabhängig von der tatsächlichen Berechtigung des Eingetragenen iSe Rechtszuordnung als Eigentum des Berechtigten entstehen.³⁰²⁷ Die Berechtigung zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte bestehen für den im Firmenbuch Eingetragenen somit unabhängig davon, ob ihm der Anteil tatsächlich zukommt oder ob er – etwa auf Grund von Mängeln bei der Übertragung des Anteils – als Scheingesellschafter keine Rechtszuständigkeit am Mitgliedschaftsrecht erworben hat. Daraus folgt, dass Beschlüsse der Generalversammlung, bei denen der in das Firmenbuch eingetragene scheinbar Berechtigte mitstimmt, wirksam sind und bleiben,³⁰²⁸ grds auch, wenn diese Strukturmaßnahmen betreffen.³⁰²⁹ Auf Grund des Mitgliedschaftsrechts erfolgende Zahlungen an den in das Register Eingetragenen sind für die Gesellschaft schuldfreiend.³⁰³⁰ Nach § 78 Abs 1 GmbHG besteht die Legitimation zur Ausübung von Mitgliedschaftsrechten somit unabhängig von der materiellen Berechtigung, was einer Position als Rechtsbesitzer gleichkommt.

Im Resultat wird durch diese Wertung die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten von ihrer Zurechnung streng getrennt. Unabhängig von der Rechtszuständigkeit ist nur der in das Firmenbuch Eingetragene berechtigt, die Mitgliedschaftsrechte an der GmbH im eigenen Namen zu gebrauchen. Dieser Rechtsgebrauch im eigenen Namen ist nach den Wertungen des § 312 ABGB als Rechtsbesitz zu qualifizieren, der andauert, solange die Eintragung aufrecht ist.³⁰³¹ Davon zu unterscheiden ist die Zuordnung des Rechts als materielle Berechtigung am Geschäftsanteil iSd Eigentumsrechts: Nur der tatsächliche Rechtsinhaber kann die Mitgliedschaftsrechte abtreten oder verpfänden; der Anteil gehört nur zu seiner Insolvenzmasse.³⁰³² Dem-

3024 Dies entspricht auch der deutschen L, vgl *Heidinger* in MüKoGmbHG⁴ § 16 Rz 152.

3025 *Seibt* in Scholz, GmbHG¹³ (2022) § 16 Rz 34.

3026 Nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft kann der in das Firmenbuch eingetragene Scheingesellschafter aber nach der Rsp nicht zur Zahlung der Stammeinlage verhalten werden, s OLG Frankfurt 17.6.2009, 13 U 104/08.

3027 So auch BGH 18.9.2018, II ZR 312/16.

3028 *Heidinger* in MüKoGmbHG⁴ § 16 Rz 238 ff.

3029 Ausf *Schnorbus*, Die Teilnahme des Scheingesellschafters an Strukturmaßnahmen in der GmbH, ZGR 2004, 126.

3030 Zum Dividendenempfang des Scheinerben *Seibt* in Scholz, GmbHG¹³ § 16 Rz 42.

3031 Vgl § 350 ABGB.

3032 *Bayar* in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar²¹ (2023) § 16 Rz 30.

entsprechend ist derjenige, der im Firmenbuch als Gesellschafter eingetragen ist, als Besitzer des Mitgliedschaftsrechts an der GmbH anzusehen, dem nicht notwendigerweise die Rechtszuständigkeit zukommen muss. Dies kann dogmatisch fruchtbar gemacht werden: Denn nach dieser Interpretation entspricht das Verhältnis zwischen eingetragenen Scheingesellschafter und dem nicht-eingetragenen, aber materiell berechtigten Gesellschafter jenem zwischen Besitzer und Eigentümer. Da im ABGB der Besitz an Rechten gleichermaßen anerkannt ist wie eine Eigentumsposition an Rechten, besteht für dieses Verhältnis – anders nach der deutschen Rechtslage – eine abgesicherte rechtliche Grundlage: Die Handlungen des in das Firmenbuch eingetragenen, aber materiell nicht (mehr) Berechtigten sind nach Maßgabe der §§ 329 ff ABGB zu beurteilen; in der Sache ist somit insb auf die Redlichkeit des Eingetragenen abzustellen. § 78 Abs 1 GmbHG ist somit – inhaltlich gleichlaufend wie § 321 ABGB – dahingehend zu interpretieren, dass der im öffentlichen Register Eingetragene als Rechtsbesitzer gilt.

2.1.3.2.3. AG

Beim Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs ist danach zu unterscheiden, ob die AG Namensaktien oder Inhaberaktien ausgibt. Dabei haben nach dem GesRÄG 2011 ausschließlich börsennotierte Gesellschaften die freie Wahl zwischen Inhaber- und Namensaktien; mangels Börsennotierung (§ 3 AktG) oder Handel über ein multilaterales Handelssystem müssen Aktien gem § 9 Abs 1 AktG nunmehr auf Namen lauten.³⁰³³ Hinsichtlich der Eintragung der Anteile in ein Register unterscheiden sich Namensaktien und Inhaberaktien dabei erheblich.

Sofern eine AG Namensaktien ausgibt, ist sie gem § 61 AktG zur Führung eines Aktienbuchs verpflichtet, in das alle Namensaktien eingetragen werden müssen. Der einzelne Gesellschafter hat dabei gegenüber der Gesellschaft einen klagsweise durchsetzbaren Anspruch auf Eintragung.³⁰³⁴ Hinsichtlich der Publizität unterscheidet sich das Aktienbuch aber von einem öffentlichen Register: Einsichtnahme in das Aktienbuch können nach L³⁰³⁵ und Rsp³⁰³⁶ ausschließlich die Aktionäre der Gesellschaft nehmen, nicht aber Dritte. Die Publizitätswirkung des Aktienbuchs ist somit nur eine interne;³⁰³⁷ sie ist wesentlich geringer als jene eines öffentlichen Registers. Daraus folgt, dass bzgl der Eintragung von Namensaktien in das Aktienbuch eine analoge Anwen-

3033 Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 1.

3034 Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 3/120.

3035 S bspw Haberer/Zehetner in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 35; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 3/120.

3036 OGH 16.11.1965, 8 Ob 260/65.

3037 Nach der Regelung in § 67 Abs 6 dAktG kann der Aktionär grds nur Auskunft zu seiner eigenen Person verlangen, was mit datenschutzrechtlichen Erwägungen begründet wird, s dazu weiterführend Bayer in MüKoAktG⁵ § 67 Rz 7 ff.

dung des § 321 ABGB bereits dem Grundsatz nach ausscheiden muss, da hier ein manifester Unterschied bei der Publizität des Registers besteht.

Hinsichtlich der Rechte, die einem Aktionär gegenüber der Gesellschaft zukommen, findet sich bei Namensaktien in § 61 Abs 2 AktG eine Sonderwertung, die jener des § 78 Abs 1 GmbHG weitgehend entspricht. Nach dieser Bestimmung gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Aktionär, der in das Aktienbuch eingetragen ist – auch wenn der Gesellschaft positiv bekannt ist, dass dies nicht der Fall ist.³⁰³⁸ Nach herrschender, aber nicht unwidersprochener L umfasst diese unwiderlegliche Vermutung mitgliedschaftliche Rechte gleichermaßen wie mitgliedschaftliche Pflichten.³⁰³⁹ Daraus folgt, dass bei Namensaktien nur derjenige Rechte gegenüber der Gesellschaft – insb nach § 61 Abs 5 AktG auch den Dividendenanspruch – ausüben kann, der in das Aktienbuch eingetragen ist; davon ist unabhängig, wem die Aktie iSe Rechtszuständigkeit zugeordnet ist. Wie auch bei der GmbH wird durch diese Wertung die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten von ihrer Rechtszuordnung somit streng getrennt: Die Eintragung in das Aktienbuch hat keinerlei Einfluss auf die materielle Rechtslage,³⁰⁴⁰ andererseits ist – was bei umlauffähigen Aktien von besonderer Relevanz ist³⁰⁴¹ – ohne Belang für die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten gegenüber der Gesellschaft, wer tatsächlich Eigentümer der Aktie ist.³⁰⁴² Die Eintragung in das Aktienbuch begründet somit – wie die Eintragung des GmbH-Anteils in das Firmenbuch – den Besitz an der Namensaktie. In der Sache wird der Rechtsbesitz bei der Namensaktie somit – in materiell gleicher Weise wie die Regelung des § 321 ABGB – an die Eintragung in ein Register gekoppelt; der Gebrauch des Mitgliedschaftsrechts ist hier somit für das Entstehen des Rechtsbesitzes ohne Belang.

Inhaberaktien werden nicht in das Aktienbuch eingetragen, sondern gem § 10 Abs 2 AktG in einer oder mehreren Sammelurkunden verbrieft und bei einer Wertpapiersammelbank³⁰⁴³ iSd § 1 Abs 3 DepotG hinterlegt. Die Sammel- oder Globalurkunde ist ein Wertpapier, das eine Vielzahl selbstständiger Rechte verbrieft.³⁰⁴⁴ Die Gesellschafter erhalten gem § 5 iVm § 24 DepotG Miteigentum an der Sammelurkunde; sie haben nach § 6 Abs 2 DepotG aber

3038 MWN zu L und Rsp *Bayer* in MüKoAktG⁵ § 67 Rz 51.

3039 S etwa *Bayer* in MüKoAktG⁵ § 67 Rz 52; *Cahn* in Spindler/Stilz, beck.online.Großkommentar § 67 Rz 33; *Koch* in Hüffer/Koch, Aktiengesetz¹⁵ § 67 Rz 14; *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 45; *Eckert/Schopper/Reheis* in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 61 Rz 16; aA *Foerster*, Mitgliedschaft 171 ff.

3040 *Bayer* in MüKoAktG⁵ § 70 Rz 46, s auch 2.2.1.2.2.3.

3041 So ist in § 62 AktG explizit anerkannt, dass Namensaktien anders als GmbH-Anteile durch Indossament übertragen werden können.

3042 *Eckert/Schopper/Reheis* in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 61 Rz 13; *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 41 ff.

3043 In Österreich ist dies die Österreichische Kontrollbank.

3044 Mit einer lesenswerten historischen Herleitung der heutigen Sammelurkunde im Wertpapierrecht *Lehmann*, Finanzinstrumente 29.

keinen Anspruch auf Ausfolgung einer Urkunde. Der Berechtigte hält seinen Anteil an der Sammelurkunde indes nicht unmittelbar, sondern vermittelt über eine Depotbank,³⁰⁴⁵ die als Verwahrer iSd § 1 Abs 2 DepotG fungiert und gem § 11 DepotG ein Verwahrungsbuch zu führen hat, in das jedes Wertpapierkonto einzutragen ist. Die Depotbank hält wiederum unmittelbar oder mittelbar über weitere Depotbanken ein Depot bei der Wertpapiersammelbank. Es besteht sohin ein System der mediatisierten Verwahrung, das sich auch über mehrere Ebenen erstrecken kann, an dessen Basis sich der Anleger befindet.³⁰⁴⁶ Auf Grund dieser Mediatisierung und der fehlenden Offenlegung der Rechtsinhaber in einem öffentlichen Register kommt eine analoge Anwendung von § 321 ABGB auf Inhaberaktien nicht in Frage.

Bei nach diesen Grundsätzen depotverwahrten³⁰⁴⁷ Inhaberaktien ergibt sich der Nachweis der Aktionärseigenschaft, der für die Inanspruchnahme von Mitgliedschaftsrechten vonnöten ist, gem § 10a AktG aus einer Bestätigung des depotführenden Kreditinstituts.³⁰⁴⁸ Dabei geht der Gesetzgeber explizit davon aus, dass durch die Depotbestätigung der Aktienbesitz³⁰⁴⁹ nachgewiesen werden kann. Dies erlaubt Rückschlüsse auf den Beginn des Aktienbesitzes: Dieser besteht ab dem Zeitpunkt, ab dem eine solche Bestätigung möglich ist, also ab der Gutschrift auf dem erwerbenden Depotkonto.³⁰⁵⁰ Dass der Besitz an einer depotverwahrten Inhaberaktie durch die Buchung auf das Depotkonto erfolgt, kann mittelbar auch aus § 64 S 1 AktG geschlossen werden. Denn nach dieser Bestimmung steht dem Erwerb des Eigentums an einer Aktie der Anspruch auf Übereignung gegen ein Kreditinstitut gleich, wenn die Ausübung von Rechten aus einer Aktie davon abhängig gemacht wird, dass der Aktionär während eines gewissen Zeitraums Inhaber der Aktie gewesen ist. Gem § 64 S 2 AktG kommt es dabei unter bestimmten Umständen zur Hinzurechnung von Zeiträumen vor der Eigentumszeit. Aus der Marginalie des § 64 AktG („Berechnung der Ak-

3045 Kunden von Wertpapierbanken können nur Kreditinstitute und dgl sein, vgl Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II² (2009) 4/43.

3046 Vgl auch Zellweger-Gutknecht, Vermögenswerte im Finanzmarktrecht, in Domej et al (Hrsg), Einheit des Privatrechts (2009) 87 (90).

3047 Ausnahmsweise können Inhaberaktien auch nicht depotverwahrt sein, wenn die Zulassung der ausgegebenen Inhaberaktien zum Handel an einer Börse nicht beantragt wird. In diesem Fall richtet sich der Legitimationsnachweis nach den Vorschriften für Namensaktien. Es ist sohin ein Aktienbuch zu führen; der Aktienbesitz wird sohin auch durch Eintragung in das Aktienbuch erworben, s zu nicht depotverwahrten Inhaberaktien Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10a Rz 7.

3048 Eine satzungsgemäße Erleichterung des Nachweises zu Gunsten der Aktionäre aber zulässig, s Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10a Rz 14.

3049 Freilich kann – wenn man der wertpapierrechtlichen Verkörperungstheorie folgt – hier gleichermaßen ein Sachbesitz wie ein Rechtsbesitz vorhanden sein, s zu dieser aus Micheler, Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht (2004) 103 ff.

3050 Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz I³ (2021) § 10 Rz 22 ff.

tienbesitzzeit“) kann somit gefolgert werden, dass mit dieser Regelung der Aktienbesitz, mit dem Rechte des Aktionärs einhergehen, als Ausnahme von der Regel bereits vor der Eigentumsübertragung erworben werden kann.³⁰⁵¹ Der Normalfall, auf den § 64 AktG keine Anwendung findet, ist sohin, dass der Besitz an der Aktie gemeinsam mit dem Eigentum erworben wird. Da der Eigentumserwerb der depotverwahrten Inhaberaktie durch die Gutschrift am Depotkonto erfolgt, wird ab diesem Zeitpunkt sohin idR auch der Aktienbesitz erworben.³⁰⁵² Aus den expliziten Bestimmungen zum Aktienbesitz im AktG kann somit geschlossen werden, dass der Besitz bei depotverwahrten Inhaberaktien nicht durch Gebrauch des Rechts im eigenen Namen iSd §§ 312 f ABGB, sondern nur die Gutschrift am Depotkonto erworben wird.

2.1.3.3. Wertpapiere

Eine Sonderkonstellation besteht bei Wertpapieren, da es bei diesen zu einer Verkörperung des Rechts in einer Urkunde kommt. Durch die Verbriefung wird nach den Worten von *Günter Roth* ein Publizitätsmedium geschaffen, das als Anknüpfungspunkt für den rechtlichen Verkehrs- und Vertrauensschutz fungiert.³⁰⁵³ Hierbei finden sich bereits in der Stammfassung des ABGB Hinweise auf die besondere Funktion von Wertpapieren: So wird in § 371 ABGB gleich wie in § 1393 ABGB gleichermaßen auf Schuldbriefe bzw. Schuldscheine verwiesen, die auf den Überbringer lauten, was auf eine explizite Anerkennung von Inhaberpapieren hinweist; *Zeiller* spricht darüber hinaus von Wechselbriefen und Anweisungen unter Kaufleuten, die durch eigene Regelungen erfasst seien.³⁰⁵⁴ Bei der Verbriefung kommt es zu einer qualifizierten Verbindung des unkörperlichen Rechts und der körperlichen Urkunde, mit der weitgehende wertpapierrechtliche Funktionen – Beweisfunktion, Liberationsfunktion, Sperrfunktion, Legitimationsfunktion, Gutglaubensschutzfunktion und Radierfunktion³⁰⁵⁵ – einhergehen. Durch die Verbriefung und der damit einhergehenden Offenkundigkeit kommt es somit zu einer manifesten Änderung der Charakteristika von Rechten.

Bisher – soweit ersichtlich – noch nicht in den Blick genommen wurde dabei die Frage, welche Auswirkungen die Verbriefung auf die besitzrechtliche Beurteilung hat. Denkbar ist hier einerseits der Sachbesitz an der Urkunde, andererseits der Rechtsbesitz am verbrieften Recht. Während ersterer völlig unstr. ist, erfordert der Rechtsbesitz als rechtlich anerkannte Möglichkeit der

3051 Da diese Bestimmung explizit nur Wertungen zur Berechnung der Aktienbesitzzeit in Konstellationen enthält, in denen es notwendig ist, dass die Aktie während eines bestimmten Zeitraums gehalten wurde, wird dadurch der Zeitpunkt des Besitzerwerbs nicht verändert.

3052 *Micheler*, Wertpapierrecht 187 ff, s dazu weiterführend 2.2.1.2.2.4.

3053 *Roth*, Wertpapierrecht² (1999) 2.

3054 *Zeiller*, Commentar 4 § 1393 Rz 4 (85).

3055 S statt aller dazu *Aicher/F. Schuhmacher* in Krejci, Unternehmensrecht⁵ 554 ff.

Rechtsausübung³⁰⁵⁶ nähere Betrachtung. Hierbei ist zu beachten, dass nach dem herrschenden (weiten) Wertpapierbegriff ein Wertpapier dadurch definiert ist, dass die Innehabung des Papiers zur Geltendmachung von Rechten erforderlich ist.³⁰⁵⁷ Daraus folgt eine enge Verbindung zwischen dem Rechtsbesitz und der Innehabung des Papiers bzw dem Sachbesitz an der Urkunde.

Es gilt hinsichtlich der Begründung von Rechtsbesitz zwischen den unterschiedlichen Wertpapierkategorien zu unterscheiden: Bei Inhaberpapieren ist der Inhaber der Urkunde berechtigt, weshalb ein Schuldner bei Fälligkeit zur Leistung an diesen verpflichtet ist; dem Inhaber der Urkunde kommt somit die rechtlich anerkannte Möglichkeit der Rechtsausübung zu. Orderpapiere lauten dahingehend auf den Namen des ersten Berechtigten, wobei dieser durch eine schriftliche Anordnung („Indossament“) seine Rechtsposition an einen anderen übertragen kann.³⁰⁵⁸ Die Möglichkeit zur Rechtsausübung kommt somit dem auf der Urkunde genannten – dh uU auch dem Indossatar – zu. Bei Rektapapieren, die auf den Namen des Gläubigers lauten, kann der Schuldner nur an den tatsächlich Berechtigten schuldbefreiend leisten. Eine Übertragung von in Rektapapieren verbrieften Rechten ist zwar im Wege der Zession möglich, jedoch muss sich der Schuldner stets von der materiellen Berechtigung des Urkundenvorlegers überzeugen.³⁰⁵⁹ Aus den wertpapierrechtlichen Wertungen lassen sich somit unterschiedliche Positionen zum Rechtsbesitz destillieren: Während bei Inhaberpapieren dem Inhaber der Urkunde die rechtlich anerkannte Möglichkeit zur Rechtsausübung zukommt, ist dies bei Orderpapieren derjenige, der auf der Urkunde genannt ist; bei Rektapapieren besteht dahingehend keine von etablierten Grundsätzen abweichende Wertung zum Rechtsbesitz.³⁰⁶⁰

IZm verbrieften Rechten besteht Anlass dazu, von der Begrenzung des Rechtsbesitzes auf dauerhaft ausgeübte Rechte abzugehen. Denn diese Einschränkung findet sich dadurch begründet, dass insb bei Zielschuldverhältnissen kein Raum für den Rechtsbesitz besteht, da diese durch den Gebrauch erlöschen, weshalb die Rechtsausübung auch keinen eigenständigen Schutz erfordert. Bei verbrieften Rechten ist dies indes nicht der Fall, da sich hier der Gebrauch des Rechts nicht in seiner – vom Zeitpunkt der Rechtsbegründung in aller Regel weit entfernten – Aufhebung durch Erfüllung der Verbindlichkeit erschöpft. Vielmehr wird – etwa bei verbrieften Forderungen – nicht die Erfüllung der Schuld im Vordergrund stehen, sondern vielmehr deren Han-

3056 *Krückmann*, AcP 1912, 179 (184 ff).

3057 *Roth*, Wertpapierrecht² 12 f; *Koller/Wolkerstorfer*, Wertpapierrecht² (2022) 8 ff; *Aicher/F. Schuhmacher* in *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 552.

3058 *Aicher/F. Schuhmacher* in *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 557.

3059 *Koller/Wolkerstorfer*, Wertpapierrecht² 14.

3060 Dies kann auch als Grund gesehen werden, weshalb die wertpapierrechtlichen Charakteristika bei Rektapapieren im Vergleich zu den Orderpapieren deutlich eingeschränkt sind.

delbarkeit und somit der freie Umlauf des Rechts. Auch bei verbrieften Ziel-schuldverhältnissen kann daher die Rechtsausübung potenziell gestört werden, wenn die Handelbarkeit eingeschränkt wird. Eine weite Anerkennung des Rechtsbesitzes bei verbrieften Rechten überzeugt auch, wenn man die wesentliche Funktion des Besitzes zur Gewährleistung einer hinreichenden Kundbarkeit in den Blick nimmt: Anders als bei unverbrieften Rechten, bei denen sich die Offenkundigkeit durch den Rechtsgebrauch ergeben muss, besteht bei verbrieften Rechten die Publizitätsfunktion der Urkunde, aus der sich der Berechtigte ergibt.³⁰⁶¹ Durch das Wertpapier wird – funktional ähnlich zur Innehabung einer körperlichen Sache – kundbar, dass das verbrieftete Recht einem Rechtssubjekt zukommt und nur dieses zur Rechtsausübung berechtigt ist. Aus dem mit der Verbriefung einhergehenden Rechtsschein folgt sohin, dass bei in Order- und Inhaberpapieren verbrieften Rechten davon ausgegangen werden kann, dass ein Rechtsbesitz unabhängig davon besteht, ob das verbrieftete Recht dauerhaft ausgeübt werden kann.³⁰⁶²

In Bezug auf Orderpapiere hat der Befund, dass demjenigen, der als Berechtigter auf der Urkunde genannt wird, Rechtsbesitz zukommt, wohl idR keine große praktische Relevanz. In der älteren Rsp wurde dabei etwa ausgesprochen, dass im Streitfall über die Zugehörigkeit der verbrieften Forderung derjenige, der auf einem Wechsel genannt wird, possessorisch gegen den Inhaber der Urkunde vorgehen kann.³⁰⁶³ Darüber hinaus wird für die Ersitzbarkeit von in Orderpapieren verbrieften Rechten plädiert, sofern eine geschlossene Indossamentenkette vorliegt,³⁰⁶⁴ wobei hier in aller Regel auch ein gutgläubiger Eigentumserwerb vorliegen wird.³⁰⁶⁵ In Hinblick auf den Befund, dass bei Orderpapieren dem in der Urkunde Genannten Rechtsbesitz zukommt, zeigt sich aber die Bedeutung des Aktienbuchs: Ohne die Sonderwertung, dass für den Rechtsbesitz auf die Eintragung in das Aktienbuch abgestellt wird, kämen dem bzw der auf der Namensaktie Genannten sämtliche Mitgliedschaftsrechte zu, womit eine hohe Gefahr von Fehlern und etwaigem Missbrauch einherginge. Zur Steigerung der Rechtssicherheit wird somit bei Namensaktien zu Recht von den besitzrechtlichen Grundwertungen bei Orderpapieren abgegangen: Der Rechtsbesitz hängt somit nicht von der Nennung auf der Aktienurkunde ab.

Für Inhaberpapiere gilt, dass in aller Regel eine Konkordanz zwischen Sach- und Rechtsbesitz besteht. Denn meist wird demjenigen, der Inhaber eines solchen Wertpapiers ist und ein darin verbrieftes Recht ausübt, auch

3061 *Wellspacher*, Vertrauen 208.

3062 Dies entspricht auch der Auffassung in der älteren Lit und Rsp, vgl dazu *Hermann* in FS ABGB I 614 f.

3063 *Hermann* in FS ABGB I 615.

3064 Hierbei kann zuletzt auch ein Blankoindossament erfolgt sein, vgl *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 40.

3065 *Gusenleitner*, Ersitzung 295 f.

der Besitzwille zukommen, sodass es nicht bei der Stellung als bloßer Sachinhaber der Urkunde bleibt.³⁰⁶⁶ Eine solche Konstruktion hat weitgehende Folgen für die dogmatische Einordnung der wertpapierrechtlichen Wirkungen von Inhaberpapieren.³⁰⁶⁷ Denn wie *Micheler* hervorhebt, ist es eines der Hauptprobleme des Wertpapierrechts, eine Begründung dazu zu finden, dass der Inhaber des Papiers als Gläubiger berechtigt ist und vom Schuldner Leistung verlangen kann.³⁰⁶⁸ Hierbei findet sich im ABGB eine durchaus kongruente Herleitung: Geht man davon aus, dass der Inhaber der Urkunde auch Besitzer des verbrieften Rechts ist, kommen die Wertungen der §§ 329 f ABGB zur Anwendung: Dem redlichen Besitzer des Rechts gehören somit alle Nutzungen, wobei darunter nach *Zeiller* bspw auch Zinsen zu verstehen sind;³⁰⁶⁹ ebenso kann der redliche Besitzer die Substanz der Sache verbrauchen und somit etwa die Aufhebung einer Forderung durch Bezahlung durch den Schuldner veranlassen.³⁰⁷⁰ Daraus folgt unschwer, dass (nur) der redliche Inhaber des Inhaberpapiers als Rechtsbesitzer berechtigt ist, vom Schuldner die Leistung zu verlangen, was auch der hL im Wertpapierrecht entspricht.³⁰⁷¹ Das Recht des Schuldners, schuldbefreiend an den Inhaber eines Papiers zu leisten, ergibt sich aus § 1428 ABGB: Der Gläubiger ist demnach verbunden, dem Schuldner den Schuldschein zu retournieren bzw eine Quittung auszustellen; der zurückerhaltene Schuldschein geht dabei mit der widerleglichen Vermutung der geleisteten Zahlung einher.³⁰⁷² Der Schuldner ist somit berechtigt, gegen Rückgabe des Schuldscheins schuldbefreiend an den Inhaber der Urkunde zu leisten, wobei hiervon im

3066 Teils wird auch vertreten, dass nur der Besitzer und nicht auch der Inhaber des Inhaberpapiers papiermäßig legitimiert ist, vgl *Wolff* in *Klang* VI² § 1393 Rz 2 (298).

3067 Auch der wertpapierrechtliche Einwendungsausschluss kann freilich mit einer Besitzposition in Zusammenhang gebracht werden, wenn man diesen wie *Canaris* als Tatbestand der Rechtsscheinhaftung auffasst. Denn es kann durchaus davon ausgegangen werden, dass der Rechtsbesitz ein wesentlicher Grund für einen Rechtsschein ist. Für die konkreten Abwägungen, die nicht unmittelbar mit der dinglichen Wirkung von verbrieften Rechten im Zusammenhang stehen, s *Canaris*, Vertrauenshaftung 237 ff.

3068 *Micheler*, Wertpapierrecht 107.

3069 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 330 Rz 1 (71).

3070 Freilich ist hier im Verhältnis zwischen Besitzer und tatsächlich Berechtigtem ein Bereicherungsausgleich möglich.

3071 *Micheler*, Wertpapierrecht 107. Hierbei geht mit dem Besitz nach § 323 ABGB auch die Vermutung der Rechtszuständigkeit einher, weshalb es dem Schuldner zukommt, den Nachweis zu erbringen, dass der Vorlegende nicht Eigentümer bzw Besitzer ist. In Betracht kommt dies freilich va bei Inhaberpapieren, vgl dazu *Wolff* in *Klang* VI² § 1393 Rz 2 (305).

3072 Auch die ähnlich gelagerte Bestimmung des § 370 BGB, nach der der Überbringer einer Quittung als ermächtigt angesehen wird, die Leistung zu empfangen, kann aus einem Rechtsscheingedanken heraus erklärt werden, s dazu auch *Canaris*, Vertrauenshaftung 52 f.

Einzelfall auch abgewichen werden kann. Daraus folgt, dass der Zessus nur gegenüber demjenigen ohne Weiteres zahlen kann, der die Schuldurkunde in den Händen hält.³⁰⁷³ Bei Inhaberpapieren wird aber regelmäßig keine Ausnahme von dieser Regel bestehen. Daraus lässt sich zwanglos die Wertung folgern, dass nur der bösgläubige Schuldner nicht schuldbefreiend an den Inhaber des Inhaberpapiers leisten kann, was der hL im Wertpapierrecht entspricht.³⁰⁷⁴ Hieraus folgt, dass nach dem naturrechtlichen Paradigma des ABGB die besonderen Charakteristika von Wertpapieren darauf zurückgeführt werden können, dass an diesen – anders als bei völlig publizitätslosen Rechten – eine Position des Rechtsbesitzes bestehen kann.

Komplexer ist die Herleitung der wertpapierrechtlichen Wirkungen in einem pandektistisch inspirierten System unter Zugrundelegung einer strengen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht. Diese wurde maßgeblich durch die von *Savigny* im Jahr 1853 – also deutlich nach Inkrafttreten des ABGB – im deutschen Sprachraum³⁰⁷⁵ populär gemachte Verkörperungstheorie geprägt.³⁰⁷⁶ Hierbei geht *Savigny* – ganz in der Denkschule der Pandektistik³⁰⁷⁷ – davon aus, dass Obligationen nicht übertragen werden können; veräußert werden könne bloß die Möglichkeit der Verfolgung der Forderung durch die Schuldklage, weshalb eine „*völlige Ablösung von der Person des ursprünglichen Gläubigers und den übrigen Rechtsverhältnissen desselben nicht eintritt*“.³⁰⁷⁸ Um aber dem praktischen Bedürfnis der freien Übertragbarkeit von Rechten Rechnung zu tragen, komme es zur Verkörperung des Rechts in einer Urkunde.³⁰⁷⁹ Das Recht wird dabei als in der Urkunde inkorporiert angesehen, weshalb es – verkürzt ausgedrückt – das rechtliche Schicksal der Urkunde teilt; das Recht mutiert somit zur körperlichen Sache. Auf eine bekannte Parömie verdichtet heißt es dazu: „*Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier*“³⁰⁸⁰. Damit in Verbindung steht der als Eigentumstheorie bezeichnete Gedanke, dass vom Eigentum an der Urkunde auf die Berechtigung am darin verbrieften Recht geschlossen werden kann;³⁰⁸¹ darüber hinaus wird aber aus dem Sachbesitz an der Ur-

3073 *Wellspacher*, Vertrauen 191.

3074 *Micheler*, Wertpapierrecht 107.

3075 Zuvor wurde die Verkörperungstheorie im deutschen Sprachraum eher kritisch beurteilt, s dazu ausf *Lehmann*, Finanzinstrumente 179 ff.

3076 Ausf dazu *Micheler*, Wertpapierrecht 111 ff; *Zöllner*, Die Zurückdrängung des Verkörperungselements bei den Wertpapieren, in FS Raiser (1974) 249 (Fn 1).

3077 S dazu bereits AT 2.1.3.1.

3078 *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts 2 (1853) 95.

3079 *Savigny*, Obligationenrecht II 98 ff.

3080 S etwa *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere (1938) 20 f.

3081 Dies wird auf § 326 ABGB gestützt, sodass auch mit dem Besitz des Papiers die Eigentumsvermutung einhergeht, s *Wolff* in Klang VI² § 1393 Rz 2 (296). Tatsächlich kann die Eigentumsvermutung durch den Besitz im österreichischen Recht

kunde eine wertpapierrechtliche Legitimations- und Liberationsfunktion gefolgt.³⁰⁸² Daraus folgt, dass nach der Verkörperungstheorie auch unter Zugrundelegung eines engen Sachbegriffs die Wertungen des Sachenrechts auf verbriefte Rechte Anwendung finden. Zöllner meint zur Verbriefung illustrativ: „*Dem Wertpapierrecht ist dadurch nicht nur die ‚klirrende Schneidigkeit‘ des Sachenrechts zugewachsen, sondern auch der an den Besitz anknüpfende Schutz des guten Glaubens.*“³⁰⁸³ Die Verkörperungstheorie ist auch in Österreich für die Herleitung der besonderen Charakteristika von Wertpapieren herrschend;³⁰⁸⁴ für die Begründung von wertpapierrechtlichen Wirkungen ist sie aber durch das Konzept des Rechtsbesitzes für das österreichische Recht – wie gezeigt – nicht alternativlos.³⁰⁸⁵

In jüngerer Zeit ist die wertpapierrechtliche Verkörperungstheorie zunehmender Kritik ausgesetzt.³⁰⁸⁶ Denn durch die Entmaterialisierung von Wertpapieren verlor die Grundannahme der Verkörperungstheorie, dass die besonderen Wirkungen von verbrieften Wertpapieren zwingend Ausfluss ihrer Inkorporierung in einer körperlichen Urkunde sind, an Überzeugungskraft. Dies zeigt sich bereits beim stückelosen Effektenverkehr und der Schaffung von Global- und Sammelurkunden, die es mit sich bringen, dass die körperliche Gestalt der Urkunde nicht mehr in Erscheinung tritt, sondern bloß den Hintergrund reiner Buchungsvorgänge darstellt.³⁰⁸⁷ Eine auf der Körperlichkeit der Urkunde beruhende Rechtfertigung von wertpapierrechtlichen Wirkungen ist aber gänzlich undenkbar bei in ein Schuldbuch eingetragenen

aber wohl in § 323 f ABGB verankert werden: Wenn für den Besitzer einer Sache die Vermutung eines rechtmäßigen Titels besteht, kann – da hier die rechtliche Erwerbungsart idR gegeben sein wird – auch davon ausgegangen werden, dass eine Position als Eigentümer gegeben ist. Jedenfalls ergibt sich bereits aus den Ausführungen Zeillers, dass derjenige, der eine Sache besitzt, die Vermutung für sich habe, dass er Eigentümer sei, s Zeiller, Kommentar 2.1 § 425 Rz 2 (219).

3082 Weiterführend dazu Lehmann, Finanzinstrumente 172 ff.

3083 Zöllner in FS Raiser 250.

3084 S dazu auch Micheler, Wertpapierrecht 161 ff.

3085 Dass die Verkörperungstheorie wohl nicht dem Regelungssystem des ABGB entspricht, zeigt sich insb in den §§ 426 f ABGB. Denn nach § 427 ABGB besteht als subsidiäre Form der rechtlichen Erwerbungsart die Möglichkeit der Urkundenübergabe, was als unmittelbarer Anknüpfungspunkt für den Rechtserwerb bei verbrieften Rechten gesehen werden kann. Folgt man aber der Verkörperungstheorie, nach der es für die Übertragung von Rechten bloß auf die Übertragung der körperlichen Urkunde ankommt, wäre hier vielmehr § 426 ABGB einschlägig, weil keinerlei Notwendigkeit für eine subsidiäre Erwerbungsart besteht. Daraus folgt, dass in Übernahme der Wertungen der Verkörperungstheorie § 427 ABGB hinsichtlich der Erwerbungsart durch Übergabe von Urkunden leerlaufen würde, s dazu weiterführend iZm der Übertragung von Namensaktien 2.2.1.2.2.3.

3086 S bspw Lehmann, Finanzinstrumente 181 ff; Micheler, Wertpapierrecht 161 ff.

3087 Zöllner in FS Raiser 255; s auch Ebner/Kalss, Die österreichische Sammelurkunde, RD i 2022, 108 (110).

Staatsanleihen und bei den kürzlich vom Gesetzgeber anerkannten digitalen Sammelurkunden, da es hier gänzlich an einer körperlichen Urkunde fehlt, ohne dass dies funktional zu Unterschieden führt.³⁰⁸⁸ Daraus folgt, dass wertpapierrechtliche Funktionen auch ohne die Verkörperung eines Rechts in einer Urkunde ohne Weiteres erfüllt werden können. Wie gezeigt führt dies im Regelungssystem des ABGB aber nicht zu Brüchen, da sich wesentliche wertpapierrechtliche Charakteristika auch ohne die Existenz einer körperlichen Urkunde begründen lassen. Denn durch die Anerkennung eines weiten Konzepts des Rechtsbesitzes sind die besitzrechtlichen Wirkungen nicht zwingend mit dem Sachbesitz einer Urkunde verbunden. Es geht vielmehr um die offenkundige Festlegung, dass ein inhaltlich bestimmtes Recht nur durch ein spezifisches Rechtssubjekt ausgeübt werden kann.³⁰⁸⁹ Folglich kann die legitimierende Publizitätsfunktion aber auch die Zuordnungsfunktion der Urkunde durch andere Maßnahmen – wie etwa die Buchung im Wertpapierdepot, aber auch durch die Eintragung in eine Blockchain³⁰⁹⁰ – erfüllt werden.³⁰⁹¹ Ein illustratives Beispiel dafür ist der bereits thematisierte Besitz an der depotverwahrten Inhaberaktie, der nach den Wertungen des AktG ab der Gutschrift auf dem erwerbenden Depotkonto besteht. Hieraus zeigt sich illustrativ: Begründet man die besonderen Charakteristika von Wertpapieren mit dem Rechtsbesitz, können auch neue Phänomene der Digitalisierung systemkonform eingeordnet werden, was nach der pandektistischen Verkörperungstheorie scheitern muss.

2.1.3.4. Veräußerungsverbote und -einschränkungen

Im ABGB finden an einigen Stellen Rechte Erwähnungen, mit denen die freie Disposition über ein Rechtsobjekt eingeschränkt wird. Besonders deutlich zeigt sich dies im Veräußerungs- und Belastungsverbot des § 364c ABGB, darüber hinaus wird aber etwa auch das Vor- und Wiederkaufsrecht explizit erwähnt. Bei diesen Rechten stellt sich die eminente Frage, ob diese bloß gegen das vertraglich gebundene Rechtssubjekt oder gegen einen unbestimmten Adressatenkreis wirken. Dies ist ein wesentlicher Parameter für die Durchsetzbarkeit dieser Rechte: Während bei einer bloß relativen Wirkung idR bloß ein Ersatz des Schadens vom Verpflichteten begehrt werden kann, ist es bei einer absoluten Wirkung uU möglich, gegen den Erwerber vorzugehen und die Sache heraus zu verlangen. Bei Veräußerungsverboten

3088 *Micheler*, Wertpapierrecht 155 ff.

3089 Dahingehend auch *Miernicki*, Kryptowerte und Tokenisierung nach österreichischem Privatrecht, GesRZ 2024, 163.

3090 Zum Begriff der public blockchain, an der jedermann teilnehmen kann, s auch *Regner*, Blockchain – Einführung und Begriffserklärung, in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg), Handbuch Digitalisierung (2021) 3 (4 f); vgl dazu auch Kogler/Holzweber (Hrsg), Kryptoassets im Zivilrecht.

3091 So auch *Fabricius*, AcP 1963, 456 (482).

und -einschränkungen ist die Frage, ob dingliche Wirkungen vorliegen, somit von praktisch hoher Relevanz. Hierbei lässt sich zeigen, dass sich diese Wirkungen im Regelungssystem des ABGB in Wertungen zum Rechtsbesitz verorten lassen, der an solchen Rechten bestehen kann.

Das ABGB definiert das Vor-³⁰⁹² und Wiederkaufsrecht³⁰⁹³ und das Belastungs- und Veräußerungsrecht als dingliche Rechte, wenn sie in ein öffentliches Register eingetragen sind.³⁰⁹⁴ Dasselbe gilt aber auch für den Bestandvertrag³⁰⁹⁵ und die eheliche Gütergemeinschaft,³⁰⁹⁶ die bei Eintragung in ein öffentliches Register als dingliche Rechte angesehen werden. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass auch durch ein aufrechtes Bestandverhältnis bzw die eheliche Gütergemeinschaft die Möglichkeiten einer vollständigen Übertragung eingeschränkt werden, was in § 1236 ABGB auch explizit ausgedrückt wird.³⁰⁹⁷ Hierbei wird teils explizit geregelt, dass sich diese Bestimmungen nur auf Verfügungen über unbewegliche Sachen beziehen;³⁰⁹⁸ teils ergibt sich dies aber auch implizit, da zum Regelungszeitpunkt allein das Grundbuch als Register in Betracht kam.³⁰⁹⁹ Die ausdrücklich im ABGB erwähnte dingliche Wirkung von Veräußerungsverboten und -einschränkungen bezieht sich somit allein auf unbewegliche Sachen.

Die Entstehung von dinglichen Wirkungen bei Rechten iZm unbeweglichen Sachen wird in der komplexen Bestimmung des § 321 ABGB geregelt. Diese beinhaltet den Erwerb des Besitzes eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache. Es werden somit zwei Rechtsobjekte unterschiedlicher Ordnung und der sich auf diese beziehende Besitz betrachtet: einerseits die unbewegliche Sache, andererseits das sich auf diese beziehende, dingliche Recht; dieses Rechtsobjekt höherer Ordnung³¹⁰⁰ ist potenziell Gegenstand des Besitzes, dessen Erwerb § 321 ABGB regelt. Sofern sich ein dingliches Recht auf eine unbewegliche Sache – unerheblich ob körperlich oder nicht³¹⁰¹ – bezieht, kann der Besitz an diesem Recht somit nur durch Intabulation erworben

3092 § 1070 ABGB.

3093 § 1073 ABGB.

3094 *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1070 Rz 9; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1073 Rz 6; *Leupold* in Klang³ § 364c Rz 58 ff.

3095 § 1095 ABGB.

3096 § 1236 ABGB.

3097 Auf dieses Recht soll in weiterer Folge aber nicht mehr weiter eingegangen werden, da sich hier durchaus eigenständige Fragestellungen im Spannungsfeld zwischen Personenrecht und Sachenrecht ergeben können.

3098 § 364c ABGB, § 1070 ABGB, § 1236 ABGB.

3099 Die Bestimmungen des § 1095 ABGB und des § 1073 ABGB entsprechen noch der Stammfassung, für die angenommen werden kann, dass hinsichtlich von Vermögensgegenständen einzig ein Register für unbewegliche Sachen bestand, vgl dazu 2.1.2.2.

3100 S dazu AT 2.1.3.1.

3101 Beachte die Legalfiktion des § 298 ABGB.

werden. Dabei bedarf es wohl keiner näheren Ausführung, dass etwa bei einem Vor- und Wiederkaufsrecht, einem Bestandvertrag und einem Veräußerungs- und Belastungsverbot ein von § 321 ABGB verlangter Konnex zwischen Recht und unbeweglicher Sache besteht. Interpretationsschwierigkeiten erwachsen idZ aber dadurch, dass § 321 ABGB explizit nur auf dingliche Rechte Anwendung findet. Daraus folgt, dass nur dann der Besitz durch Intabulation erworben werden kann, wenn Vor- und Wiederkaufsrecht, Belastungs- und Veräußerungsverbot sowie Bestandvertrag als dingliche Rechte qualifiziert werden können. Der historische Gesetzgeber war sich der Notwendigkeit, die genannten Rechte näher zu qualifizieren, aber durchaus bewusst. Er bezeichnet diese explizit³¹⁰² oder implizit³¹⁰³ als dingliche Rechte, wenn sie in öffentliche Bücher einverleibt sind. Unterbleibt eine Eintragung, sind diese Rechte aber als persönliche Rechte anzusehen, was insb auch aus § 1073 ABGB klar hervorgeht. Aus dieser Anknüpfung folgt, dass auf Grundlage der Wertung des § 321 ABGB ein Rechtsbesitz an Vor- und Wiederkaufsrecht, Bestandvertrag und Veräußerungs- und Belastungsverbot besteht, wenn diese in ein öffentliches Register eingetragen sind.

Aus dieser Regulationsstruktur folgt, dass zwei Möglichkeiten bestehen, den Rechtsbesitz an den genannten Rechten zu erwerben. Wenn diese ohne Verbücherung als persönliche Rechte zu qualifizieren sind, erfüllen sie den Tatbestand des § 321 ABGB nicht, sodass auch §§ 312 f ABGB nicht durch die *Lex specialis*-Wirkung dieser Bestimmung verdrängt wird. Im Resultat kann der Besitz an diesen Rechten somit (nur) durch den Rechtsgebrauch im eigenen Namen erworben werden, sofern keine Verbücherung erfolgt. Dies ist insb beim Bestandvertrag ersichtlich, bei dem in L³¹⁰⁴ und Rsp³¹⁰⁵ völlig unstr ist, dass bei diesem auch ohne Eintragung in die öffentlichen Bücher Rechtsbesitz erworben werden kann.³¹⁰⁶ Ähnliches gilt dem Grunde nach trotz der unterschiedlichen Textierung auch für das Veräußerungs- und Belastungsverbot.³¹⁰⁷ Wenn diese Rechte aber in öffentliche Register eingetragen und sohin als dinglich zu qualifizieren sind, findet § 321 ABGB Anwendung, weshalb dann §§ 312 f ABGB verdrängt werden und der Rechtsbesitz nicht (mehr) durch den

3102 Zum Vorkaufsrecht s § 1073 ABGB, zum Bestandvertrag s § 1095.

3103 Zum Wiederkaufsrecht s § 1070 ABGB, zum Veräußerungs- und Belastungsverbot s § 364c ABGB. Bei diesen später in den TN eingefügten Bestimmungen wird auf die Drittwirkung abgestellt, was idS aber als Umschreibung der dinglichen Rechtswirkung verstanden werden kann.

3104 MwN *Kodek*, Besitzstörung 105 ff.

3105 RIS-Justiz RS0105725; RIS-Justiz RS0021134; RIS-Justiz RS0010133.

3106 Beachte dabei aber die Einschränkung der dinglichen Wirkungen durch § 364c ABGB. Wenig Relevanz wird dies auch beim Wiederkaufs- und Verkaufsrecht haben, da hier die Entstehung nach Maßgabe des § 313 ABGB und die sozialtypische Offenkundigkeit regelmäßig nur schwer nachgewiesen werden kann.

3107 § 364c ABGB wurde anders als die anderen genannten Bestimmungen durch die 3. TN eingeführt.

Rechtsgebrauch im eigenen Namen erworben werden kann. Im Ergebnis hat die Regelung des § 321 ABGB somit zum Inhalt, dass an Vor- und Wiederkaufsrecht, Bestandvertrag und Veräußerungs- und Belastungsverbot jedenfalls ein Rechtsbesitz besteht, wenn diese verbüchert sind; ohne Intabulation ist dieser nach Maßgabe der §§ 312 f ABGB im Einzelfall nachzuweisen.

Eine solche Auslegung des § 321 ABGB erlaubt es, die Bezeichnung dieser Rechte als dinglich neu zu fassen. Denn die durch Intabulation mit diesen Rechten vermittelte Möglichkeit, bei Störungen des jeweiligen Rechts³¹⁰⁸ gegen einen unbestimmten Adressatenkreis vorzugehen, kann als Ausfluss des Rechtsbesitzes aufgefasst werden, der possessorisch und petitorisch geltend gemacht werden kann.³¹⁰⁹ Folgt man dieser Ansicht, kann der hL³¹¹⁰ zugestimmt werden, die die genannten verbücherten Rechte nicht als eigenständige dingliche (Sachen-)Rechte anerkennt: Es handelt sich um persönliche Rechte, denen auf Grund ihrer Eintragung in die öffentlichen Bücher Wirkung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis zukommt; diese dingliche Wirkung ist jedoch nicht Ausdruck eines eigenständigen dinglichen (Sachen-)rechts, sondern vielmehr des Umstands, dass diese Rechte durch die Intabulation Gegenstand des Rechtsbesitzes geworden sind.³¹¹¹ Gegen eine Störung dieser Rechte kann somit mit einem Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung vorgegangen werden – dieser erfolgt aus der Position des Rechtsbesitzes.³¹¹²

Freilich ist mittlerweile weitgehend unstr., dass sich Veräußerungsverbote und -einschränkungen nicht nur auf unbewegliche Sachen beziehen können. So kann sich das Vor- und Wiederkaufsrecht auf Grund des weiten Sachbegriffs des ABGB auch auf Rechte beziehen; außerhalb des engen auf unbewegliche Sachen begrenzten Anwendungsbereichs des § 364c ABGB wird die Möglichkeit eines dinglich wirkenden Belastungs- und Veräußerungsverbots bejaht und etwa im gesellschaftsrechtlichen Diskurs als Vinkulierung bezeichnet. Die Lit unterscheidet dabei zwischen dem Begriff der Vinkulierung i.e.S., worunter nur ein Genehmigungserfordernis verstanden wird,

3108 Das ist die Sache zu kaufen, zu mieten und die Sache unveräußert und unbelastet zu wissen.

3109 Dies steht damit im Einklang, dass nach dem Konzept des ABGB der Besitzschutz einen wesentlichen Anteil der dinglichen Rechtswirkungen abdeckt, s dazu weiterführend AT 4.2.5.2.1. Es kann dabei gegen die Störung der Rechtsausübung vorgegangen werden, was im Besitzstörungsverfahren ebenso möglich ist wie im ordentlichen Verfahren. Für letzteres ist mit der hL – wie gesehen – auf die §§ 372 ff ABGB abzustellen; nach der hier vertretenen Ansicht kann gegen die Besitzstörung aber auch nach Ablauf der 30-Tage-Frist im ordentlichen Verfahren vorgegangen werden, da diese keine materiellrechtlichen Wirkungen zeitigt, s dazu bereits AT 4.3.4.

3110 Sehr deutlich *Spitzer/Told/Felzmann* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1073 Rz 7.

3111 Zur Diskussion, ob diese Rechte als dinglich zu qualifizieren sind, s bereits AT 3.4.

3112 Die Besitzwirkungen beim Veräußerungsverbot wurden auch vom OGH anerkannt, s OGH 27.7.1995, 1 Ob 537/95.

und jenem der Vinkulierung iW, der daneben auch Angebotspflichten zu bestimmten Bedingungen und Vorkaufsrechte – also iW die genannten verbücherungsfähigen Rechte³¹¹³ – umfasst.³¹¹⁴ Die Möglichkeit der Vinkulierung ist dabei etwa in § 76 Abs 2 GmbHG³¹¹⁵ bzw in § 62 Abs 2 AktG vorgesehen, was freilich nicht bedeutet, dass dies bei anderen Rechten unzulässig wäre. Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass die Funktionsweise von gesetzlich verankerten Vinkulierungen bzw Veräußerungsverboten wohl eine andere ist als bei sonstigen Verbotsrechten: Diese sind als qualifizierte Anforderungen an die rechtliche Erwerbungsart anzusehen;³¹¹⁶ mangels Zustimmung der Berechtigten fehlt es sohin am notwendigen Modus und die Rechtsübertragung muss bereits dem Grunde nach scheitern.³¹¹⁷

Nach diesem Gedankengang ist eine dingliche Wirkung von Veräußerungsverboten auch ohne Eintragung in ein öffentliches Register denkbar. Denn nach den Grundsätzen des § 313 ABGB entsteht der Besitz an einem Verbotsrecht, wenn jemand anders auf Grund des Verbots etwas unterlässt, wozu er ansonsten befugt wäre.³¹¹⁸ Wenn nach dieser Bestimmung die Ausübung eines Veräußerungsverbots explizit geschützt ist, müssen auch Möglichkeiten bestehen, gegen die Störung des Rechtsgebrauchs im Fall der Veräußerung vorzugehen.³¹¹⁹ Dabei besteht die allgemeine Problematik des Nachweises, dass jemand nur auf Grund des Verbots eine Handlung unterlässt, da aus vielerlei Gründen von einer Transaktion Abstand genommen werden kann. In der L wird daher zu Recht dafür plädiert, an den Erwerb eines Verbotsrechts nicht zu strenge Anforderungen zu stellen und jede Achtung des Verbots – ob freiwillig oder nicht – ausreichen zu lassen.³¹²⁰ Es muss hingegen ein Anlass zur Einhaltung des Verbots bestehen,³¹²¹ was wohl abstrakt zu beurteilen ist; es ist somit notwendig, dass der Verbotsunterworfenen potenziell die Möglichkeit hatte, sich dem Verbot zu widersetzen. Wesentliche Voraussetzung für den Besitzerwerb am Verbotsrecht ist zudem die sozialtypische Offenkundigkeit

3113 Mit Ausnahme des Bestandrechts.

3114 *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 54.

3115 Tatsächlich sind 95% der GmbH-Anteile vinkuliert, s *Schauer* in Kalss/Schauer, GA 16. ÖJT (2006) 751.

3116 Vgl auch OGH 27.9.2017, 9 Ob 62/16g; OGH 22.2.2000, 1 Ob 8/00h; OGH 9.4.1992, 8 Ob 631/90.

3117 S dazu ausf 2.2.1.2.2.

3118 Freilich ist str, ob das Belastungs- und Veräußerungsverbot übertragbar ist, s dazu mwN *Leupold* in Klang³ § 364c Rz 22; für eine Qualifikation als übertragbares Vermögensrecht *Aschauer*, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungs- und Belastungsverbot bei Liegenschaften (1998) 92 ff.

3119 An dieser Stelle kann offenbleiben, ob der Rechtsübergang durch eine Klage rückgängig gemacht werden kann oder ob dieser wie bei der Vinkulierung mangels rechtlicher Erwerbungsart ohne Zustimmung bereits dem Grunde nach fehlschlägt.

3120 *Klang* in Klang II² § 312 f Rz 2b (78), vgl auch OGH 4.5.1898, Nr 6087 GIUNF 154.

3121 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 4; *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 35.

des Rechts. Es muss einem potenziellen Käufer sohin kundbar sein, dass ein Veräußerungsverbot besteht. Daran fehlt es etwa nach der Rsp, wenn das Veräußerungsverbot nur in einer Treuhandabrede verankert ist.³¹²² Sofern keine Eintragung in ein öffentliches Register gegeben ist, muss die für die dinglichen Rechtswirkungen notwendige Kundbarkeit von Veräußerungsverboten somit im Einzelfall nachgewiesen werden.

Besondere Bedeutung kommt der Drittwirksamkeit eines Veräußerungsverbots bei der Beurteilung von Zessionsverboten zu. Nach lange schwankender Rsp hat der verstärkte Senat des OGH im Jahr 1984 ausgesprochen,³¹²³ dass ein deutlich sichtbar gemachtes Verbot der Forderungsabtretung³¹²⁴ Drittwirkung entfaltet.³¹²⁵ Dies stützt er auf Überlegungen zum Rechtsschein: Grundsätzlich sei zwar davon auszugehen, dass ein schützenswertes Vertrauen des Zessionars hinsichtlich der Umlauffähigkeit der Forderung besteht, weshalb es keiner positiven Anhaltspunkte für die Abtretbarkeit der Forderung bedürfe. Freilich könne dieser Anschein auch beseitigt werden, wenn der Forderungserwerber das Verbot kannte oder aus einer ihm als Nachlässigkeit in eigenen Angelegenheiten vorwerfbaren Sorglosigkeit unbekannt geblieben ist;³¹²⁶ hier bestehe eine Drittwirkung des Zessionsverbots.³¹²⁷ In einer späteren E knüpft der OGH die Drittwirkung des Zessionsverbots explizit an die Einhaltung von Publizitätsvorschriften; wenn das Verbot zu Sicherheitszwecken erfolgt, gilt es demnach, die Vorschriften für die Pfandrechtsbegründung anzuwenden.³¹²⁸ Im versicherungsrechtlichen Kontext ließ es der OGH zu Recht genügen, wenn das Abtretungsverbot in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen verankert ist.³¹²⁹ Je nach der konkreten Ausgestaltung und den Umständen des Einzelfalls kann ein Zessionsverbot somit entweder absolut oder relativ wirken.³¹³⁰

3122 S dazu etwa OGH 19.12.2019, 6 Ob 214/19t. In diesem Fall kann eine Unzulässigkeit der Übertragung nicht aus der dinglichen Rechtswirkung, sondern allenfalls aus den Grundsätzen des Treuhandmissbrauchs folgen.

3123 OGH 16.1.1984, 5 Ob 609/81 (verst Sen).

3124 Dieses Verbot wurde auf der ersten Seite des Auftragsformulars an deutlich sichtbarer Stelle ebenso wie in den Einkaufsbedingungen erwähnt.

3125 S dazu bereits OGH 17.9.1912, Rv. II, 709/12 GIUNF 6043.

3126 So wurde in der Rsp auf die Offenkundigkeit des Abtretungsverbots abgestellt: Wenn der Vermerk etwa auf der Rückseite des Auftragsscheins angebracht sei, müsse eine Drittwirkung des Zessionsverbots ausscheiden. S mwN OGH 7.2.1968, 5 Ob 12/68.

3127 OGH 16.1.1984, 5 Ob 609/81 (verst Sen).

3128 OGH 13.9.1990, 8 Ob 569/90, ebenso für Fälle des verlängerten Eigentumsvorbehalts, s OGH 18.9.1991, 3 Ob 531/91.

3129 S etwa OGH 4.7.1985, 7 Ob 27/85, weiterführend dazu *Fenyves*, Abtretungsverbote in Allgemeinen Versicherungsbedingungen und § 1396a ABGB, ZVers 2019, 178 (179 ff).

3130 So auch bereits *F. Bydlinski*, der jedoch nicht auf die Publizität abstellt, vgl *F. Bydlinski*, Zessionsverbot und Vertragsauslegung, in FS Kramer (2004) 121 (135 ff).

Hier lässt sich ein Zusammenhang zwischen der absoluten Wirkung eines Veräußerungsverbots und dem Rechtsbesitz identifizieren. Wenn sozial-typisch offenkundig ist, dass ein Zessionsverbot existiert, besteht ein Besitz an einem Verbotsrecht (§ 313, 3. Fall ABGB), gegen dessen Beeinträchtigung unabhängig vom Verschulden vorgegangen und eine Beseitigung des verbotswidrigen Zustands begehrt werden kann. Gegen die Beeinträchtigung des Verbotsrechts in Bezug auf die Übertragung einer Forderung kann demgemäß über die Grundsätze der Beeinträchtigung fremder Forderungsinteressen³¹³¹ hinaus gegen Dritte vorgegangen werden. Dies betrifft *va den Fall*, der vom historischen Gesetzgeber, der bei zedierten Forderungen wohl in aller Regel von der Existenz eines Schuldscheins ausgegangen ist, am ehesten mitbedacht wurde.³¹³² Wenn direkt am Schuldschein das Zessionsverbot erkenntlich aufgebracht ist, gibt es wohl keine berücksichtigungswürdige Position des Käufers,³¹³³ der auf dieses keine Rücksicht nimmt; auf sein Verschulden kommt es hier nicht an.³¹³⁴ Die weitgehende absolute Wirkung des Zessionsverbots ist nach dieser Betrachtung als Ausnahme der bloß relativen Wirkung von Schuldrechten keine systemwidrige Anomalie, sondern allgemeiner Ausdruck von dinglichen Wirkungen kundbarer Rechte. Freilich steht den Vertragsparteien die Vereinbarung eines absolut wirkenden Zessionsverbots mittlerweile nicht mehr grenzenlos zu, da der Gesetzgeber auf Grund der steigenden Bedeutung von Forderungen für die Kreditsicherung³¹³⁵ in § 1396a Abs 1 S 2 ABGB eine deutliche Einschränkung der Drittwirksamkeit von Zessionsverboten vorgesehen hat.³¹³⁶ Es wurde jedoch explizit anerkannt, dass außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Bestimmung Nichtabtretungsvereinbarungen weiterhin absolute Rechtswirkungen entfalten können,³¹³⁷ die jedoch nach den hier dargestellten Grundsätzen jedenfalls einer hinreichenden Offenkundigkeit bedürfen. Unter den gesetzlichen Einschränkungen kann die absolute Wirkung von Zessionsverboten sohin weiterhin als Ausfluss von dinglichen Rechtswirkungen angesehen werden, die sich im Rechtsbesitz materialisieren.

2.1.3.5. Bittleihe

In der Lit ist str, inwiefern bei einer Bittleihe ein umfassender Rechtsbesitz besteht. Diese ist nach § 974 ABGB dadurch charakterisiert, dass weder Dauer

3131 Dies kann insb der Fall sein, wenn dem Zessionar das Zessionsverbot positiv bekannt ist.

3132 S dazu bereits 2.2.1.1.

3133 Vgl dazu auch OGH 3.11.1908, Rv II 792/8 GIUNF 4363.

3134 S in diese Richtung auch *Canaris*, Vertrauenshaftung 86 f.

3135 Weiterführend zu den Hintergründen dieser Sonderwertungen *Lukas*, Das vertragliche Zessionsverbot de lege ferenda, ÖBA 2004, 755 (755 ff).

3136 Diese umfasst nunmehr keine Geldforderungen zwischen Unternehmern mehr.

3137 ErlRV 861 BlgNR 22. GP 6.

noch Absicht des Gebrauchs bestimmt wird; der Verleiher kann die Sache nach Willkür zurückfordern. Die Bittleihe vermittelt dem Entlehner das Recht, die Sache so lange zu gebrauchen, bis sie zurückverlangt wird; es erwächst aber keine Verbindlichkeit des Verleihers, da dieser die Sache jederzeit wieder zurückverlangen kann.³¹³⁸ Die Besonderheit der Bittleihe ist sohin, dass das Recht des Entlehners nicht mit einer Pflicht des Verleihers korrespondiert.

Ob im Verhältnis zwischen Entlehner und Verleiher Rechtsbesitz besteht, ist nach den Grundsätzen der § 312 f ABGB zu beurteilen. Dementsprechend ist aus der Perspektive des Entlehners auf den Gebrauch des Rechts im eigenen Namen abzustellen, was bedeutet, dass der Entlehner die Sache des Verleihers mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet. Interpretationsbedürftig ist dabei beim Prekarium, ob eine faktische Gestattung der Handlung des Entleihers ausreicht oder ob die Gestattung deshalb erfolgen muss, weil der Verleiher der Auffassung ist, er sei dazu verpflichtet; Zweiteres liegt bei der Bittleihe als Sonderfall nicht vor. Hierzu lässt sich aus der Historie der Gesetzwerdung eine eindeutige Position entnehmen: Denn im Entwurf Martini wurde noch ausdrücklich darauf abgestellt, dass sich ein anderer „*verbunden glaubt*“³¹³⁹ Auf Anraten der juristischen Fakultät von Wien wurde dies jedoch mit Zustimmung von *Zeiller* entfernt, da es auf den Glauben oder die Meinung des Verpflichteten nicht ankomme.³¹⁴⁰ Daraus folgt, dass auch bei der Bittleihe in der Folge der Duldung einer sozialtypisch offenkundigen Nutzung der entlehnten Sache der Entlehner Rechtsbesitz erwirbt, auch wenn sich der Verleiher nicht rechtlich verpflichtet glaubt.³¹⁴¹ Eine Stütze findet diese Ansicht in der Bestimmung des § 1464 ABGB, wo explizit anerkannt ist, dass eine Sache auch bittweise besessen werden kann – es scheidet hier aber eine ordentliche Ersitzung aus, da – auch nach Ansicht von *Zeiller* – für den rechtmäßigen Besitz der Titel unwiderruflich sein muss.³¹⁴² Daraus folgt, dass auch der Prekarist als Rechtsbesitzer zu qualifizieren ist, was auch der hL entspricht.³¹⁴³

Bejaht man den Rechtsbesitz des Entlehners, stellt sich die Frage, welche besitzrechtlichen Konsequenzen es hat, wenn der Prekariumsgeber seine Sa-

3138 RIS-Justiz RS0020524; s bereits *Zeiller*, Kommentar 3.1 § 974 (215 f).

3139 Entwurf Martini II, 2. HS, § 34.

3140 *Ofner*, Urentwurf I 227.

3141 So auch *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 10; aA ohne weitere Argumentation *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 3. Daraus folgt aber auch, dass es für den Erwerb des Rechtsbesitzes nicht auf den rechtsgeschäftlichen Bindungswillen des Verleihers ankommt, solange eine sozialtypisch-offenkundige Duldung der Nutzung vorliegt. Dies kann als Anknüpfungspunkt für den str Besitz bei familienrechtlichen Wohnverhältnissen angesehen werden: Hier liegt wohl kein Mitbesitz an der Wohnung, sondern vielmehr ein Besitz am verneinenden Recht vor, da die Nutzung der Wohnung gestattet wird; auf den Bindungswillen kommt es – wie gesehen – nicht an.

3142 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1462 Rz 3 (206).

3143 S mwN zur älteren Lit *Kodek*, Besitzstörung 337.

che zurückverlangt. Es würde zu einem Normwiderspruch führen, wenn durch die Anerkennung des Rechtsbesitzes bei der Bittleihe die Möglichkeit des Zurückforderns nach Willkür des Verleihers, die noch in § 974 ABGB explizit anerkannt ist, verhindert würde. In der Sache handelt es sich hierbei um ein Problem der Auslegung des § 351 ABGB: Geht man mit der heute wohl herrschenden Ansicht³¹⁴⁴ davon aus, dass die entzogene Duldung der Rechtsausübung – also das Zurückverlangen des verliehenen Gegenstands – als Besitzstörung anzusehen ist, kommt es in der Tat zu dem genannten Widerspruch. Wie aber bereits ausgeführt, kann nach dem Willen des historischen Gesetzgebers in den Fällen des § 351 ABGB – also auch bei Zurückverlangen der geliehenen Sache – nicht mit § 339 ABGB, sondern allenfalls mit §§ 345 ff ABGB vorgegangen werden.³¹⁴⁵ Daraus folgt, dass der Prekarist nur dann gegen den Prekariumsgeber vorgehen kann, wenn dieser das Verbotrecht unecht erwirbt, was wohl bloß eine theoretische Möglichkeit darstellt; allenfalls wäre hier an die Anwendung von Gewalt zu denken. Der Entleiher kann beim Prekarium im Resultat somit seinen Rechtsbesitz nur äußerst eingeschränkt gegenüber dem Verleiher durchsetzen.³¹⁴⁶

Da im Verhältnis zwischen Prekariumsgeber und Prekarist ein Rechtsbesitz bejaht werden kann, überrascht es nicht, dass dies grds auch für das Verhältnis zu Dritten zutrifft. Im Regelfall ist dabei die sozialtypische Offenkundigkeit, die nach allgemeinen Grundsätzen Voraussetzung für die Geltendmachung des Rechtsbesitzes ist, wenig problematisch, da bei der Bittleihe ein Konnex zu einer körperlichen Sache besteht. Denn die Verhaltenspflichten von Dritten ergeben sich bereits aus der Existenz einer aus ihrer Perspektive fremden Sache; durch die Bittleihe besteht für Dritte keine Notwendigkeit der Verhaltensadaptation. Aus diesen Überlegungen folgt, dass gegen Störungen der Bittleihe durch Dritte vorgegangen werden kann; die in der jüngeren Rsp³¹⁴⁷ erfolgte Einschränkung der Geltendmachung von nachbarschaftlichen Ansprüchen für den Prekaristen sollte somit einer kritischen Überprüfung zugeführt werden.

2.1.4. Gegenüberstellung

Vergleicht man ein pandektistisches Paradigma des Sachenrechts mit einem naturrechtlichen Ansatz, der dem ABGB zu Grunde liegt, offenbart sich, dass dem Rechtsbesitz ein völlig unterschiedlicher Stellenwert zugemessen wird. Nach dem derzeit für das österreichische Recht herrschenden pandektistischen Paradigma beschränkt sich seine Funktion auf die Durchsetzung von Rechten mit Konnex zu körperlichen Sachen – also iW beschränkten dingli-

3144 So etwa *Kodek*, Besitzstörung 189 ff; *Ehrenzweig*, System I/2² 83; *Randa*, Besitz⁴ 795 ff; aA *Iro*, Besitzerwerb 39 (Fn 109); *Schey/Klang* in *Klang II*² § 339 Rz 2 (105).

3145 Ausf AT 4.3.6.3.

3146 *Kodek* in *Klang*³ § 313 Rz 10.

3147 OGH 26.11.2008, 6 Ob 227/07m.

chen Rechten und Bestandrechten – im Besitzstörungsverfahren. Zeugnis für die Abschwächung der Rolle des Rechtsbesitzes ist etwa die Interpretation des § 321 ABGB, die iW dazu führt, dass Handlungen, die nach dem Willen des Gesetzgebers nur einen Rechtsbesitz begründen können, dem Sachbesitz zugeordnet werden. Die vorliegende Betrachtung hat ergeben, dass auf Grund dieser hL der Besitz an Rechten, die keinen Konnex mit körperlichen Sachen aufweisen, kaum thematisiert wird. Zwar sind insb in der älteren Lit durchaus auch Stimmen aufzufinden, die etwa von einem Patentbesitz ausgehen; im jüngeren Schrifttum wird dieser jedoch nicht mehr diskutiert. Auch in der Rsp wird der Erwerb des Rechtsbesitzes bei diesen Rechten nur abgeleitet thematisiert. Dies ist ein Zeugnis dafür, dass nach dem pandektistischen Paradigma des Sachenrechts der Rechtsbesitz nur sehr eingeschränkt anerkannt wird; für die Wirkungen des Rechtsbesitzes wird auf funktional äquivalente Begründungsstrukturen zurückgegriffen. Mangels anderer gesetzlicher Grundlagen werden hier Wertungen auf Prinzipienebene – insb dabei der Rechtsscheingrundsatz – dienstbar gemacht. Der alleinige Umstand, dass der Rechtsbesitz in dogmatischen Begründungen keinen Platz findet, bedeutet sohin nicht, dass die dahinterliegenden Wertungsentscheidungen obsolet geworden sind.

Im naturrechtlich inspirierten System des ABGB kommt dem Rechtsbesitz eine wesentlich wichtigere Rolle zu, da ein unmittelbarer Konnex zu einer körperlichen Sache nicht vonnöten ist. Es bestehen dabei vier Grundmodelle für Erwerb von Rechtsbesitz: Erstens kann der Rechtsbesitz nach Maßgabe der §§ 312 f ABGB durch Rechtsgebrauch im eigenen Namen erworben werden. Es ist dabei ohne Belang, ob sich der Belastete rechtlich zu der Handlung verpflichtet fühlt, sodass auch ein Rechtsbesitz an der Bittleihe erworben werden kann. Ob ein schützenswerter Rechtsgebrauch im eigenen Namen vorliegt, muss aber im Einzelfall beurteilt werden, was sich auch an Rechten zeigt, die erst (deutlich) nach dem Inkrafttreten des ABGB konzipiert wurden: Bei den Mitgliedschaftsrechten an der OG wird der Rechtsbesitz durch Ausübung der Gesellschafterrechte – etwa durch Leistung der Einlagen – erworben; bei Lizenzen durch Duldung der Vornahme von Handlungen, die ausschließlich dem Schutzrechtsinhaber zugeordnet sind; bei Veräußerungsverboten dadurch, dass der Verbotsunterworfen eine Veräußerung unterlässt, obwohl er potenziell die Möglichkeit hatte, sich dem Verbot zu widersetzen. Im zweiten Modell entsteht der Rechtsbesitz unabhängig von der Rechtsausübung durch Eintragung in ein öffentliches Register. Da diese Wertung analogiefähig ist, kann beim Besitz am Patent- und Kennzeichenrecht³¹⁴⁸ davon ausgegangen werden, dass der Rechtsbesitz (nur) durch Registereintragung erworben wird. Einen Sonderfall stellen die verbücherungsfähigen Rechte des ABGB dar, an denen der Rechtsbesitz gleichermaßen durch Intabulation wie auch durch Rechtsausübung im eigenen Namen erworben werden kann. Das letzte Modell betrifft Rechte, für die –

3148 Freilich mit Ausnahme des Kennzeichens gem § 9 UWG.

etwa mangels Dauerelements – kein Rechtsbesitz in Betracht kommt, wie etwa völlig publizitätslose Forderungsrechte. Die verschiedenen Modelle zum Erwerb von Rechtsbesitz teilen einen gemeinsamen Zweck: Es soll eine sozialtypische Offenkundigkeit der Rechtsausübung gewährleistet werden, wobei der Gesetzgeber hierzu im Rahmen seines gesetzgeberischen Spielraums ganz unterschiedliche Realisierungsformen vorsieht. Klar ist aber, dass ein Recht, dem keinerlei Publizität zukommt und nur dem Gläubiger und dem Schuldner bekannt ist, auch nicht Gegenstand des Rechtsbesitzes sein kann und sohin auch nur deutlich eingeschränkte dingliche Wirkungen entfalten kann.

Diese allgemeinen Grundmodelle des Erwerbs des Rechtsbesitzes werden freilich durch Sonderwertungen modifiziert. So wird die dingliche Wirkung des Rechtsbesitzes vom Gesetzgeber teils erheblich eingeschränkt (zB § 1396a ABGB) oder auf die Eintragung in ein Register beschränkt (§ 364c ABGB). Teils ergibt sich der Erwerb des Rechtsbesitzes durch eigene Wertungen, wie bspw beim nicht eingetragenen Kennzeichen gem § 9 UWG und den Mitgliedschaftsrechten an der GmbH und der AG. Eine weitere Sonderkonstellation liegt bei verbrieften Rechten vor, wo eine enge Verbindung zwischen Sach- und Rechtsbesitz besteht. Auch hier ist der tragende Gesichtspunkt, dass für eine Drittwirkung von Rechten ihre Offenkundigkeit unabdinglich ist.

Die vorliegende Betrachtung hat gezeigt, dass sich durch den Rechtsbesitz Phänomene, die nach einem pandektistischen Paradigma als systemwidrige Anomalien gelten, in die Gesetzessystematik einordnen lassen. Dies umfasst etwa Konstellationen, in denen dem bloß faktischen Rechtsgebrauch Rechtswirkungen zugemessen werden. Beispiele dafür sind etwa die Folgen des nichtigen Patents für den Lizenznehmer oder aber auch die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft, die jeweils als Ausdruck der rechtlichen Anerkennung der bloßen Rechtsausübung aufgefasst werden können. Auch die besonderen Charakteristika des Wertpapierrechts können auf den mit dem Rechtsbesitz verbundenen Rechtsschein zurückgeführt werden. Darüber hinaus kann die potenziell absolute Wirkung von Veräußerungsverboten als Folge einheitlicher Wertungen aufgefasst werden, die sich im ABGB zum Besitzrecht finden. Stets geht es hier darum, dass bereits die sozialtypisch offenkundige Ausübung eines Rechts durch die Rechtsordnung anerkannt und gegen Eingriffe Dritter geschützt ist, ohne dass das Recht zwangsläufig rechtsgültig bestehen muss. Dadurch zeigt sich, dass mit dem Rechtsbesitz im naturrechtlichen Paradigma des ABGB eine durchaus fruchtbringende Möglichkeit besteht, konzeptionelle Anomalien in verschiedensten Bereichen systemkonform einzuordnen. Die Wertungen zum Rechtsbesitz zur Erklärung von Sonderfällen in diversen Rechtsbereichen sind somit Ausdruck der besonderen Leistungsfähigkeit des naturrechtlichen Paradigmas des ABGB: Der Rechtsbesitz erlaubt die dogmatische Einordnung von einschlägigen Problemlösungen in die allgemeinen Wertungen des Zivilrechts, was in einem pandektistischen Paradigma nur eingeschränkt möglich ist. Es ist zur

Lösung dieser Rechtsprobleme somit kein Rückgriff auf Wertungen auf Prinzipienebene notwendig; vielmehr ergibt sich eine Lösung unmittelbar aus der Rechtsordnung, was für die Robustheit des Regelungsansatzes des österreichischen Zivilrechts spricht.³¹⁴⁹

2.2. Eigentum

Der Erwerb des Eigentumsrechts ist in §§ 380–447 ABGB ausführlich geregelt. Hierbei wird wie beim Erwerb des Besitzes zwischen der unmittelbaren Erwerbung (§§ 380 ff ABGB) und der mittelbaren Erwerbung (§§ 423 ff ABGB) unterschieden, wobei im Regelungskonzept des ABGB der unmittelbare Erwerb nur an freistehenden Sachen in Betracht kommt; bei Sachen, die bereits einen Eigentümer haben, ist bloß eine mittelbare Erwerbung möglich.³¹⁵⁰ Außerhalb dieses Abschnitts finden sich freilich noch die Bestimmungen zum gutgläubigen Eigentumserwerb sowie zur Ersitzung.

Der mittelbare und der unmittelbare Erwerb des Eigentums kommen darin überein, dass Titel und rechtliche Übereignungsart gleichermaßen gegeben sein müssen (§§ 380, 424 f ABGB). Nachdem im allgemeinen Teil aufgezeigt wurde, dass im Regelungssystem des ABGB Rechte Gegenstand des Eigentumsrechts sein können, gilt es nun weiter zu beleuchten, ob diese Regelungen auch für die Übertragung von Rechten heranzuziehen sind, wobei hier mit der hL zwischen dem derivativen und dem originären Erwerb zu unterscheiden ist.

2.2.1. Derivativer Erwerb

Das ABGB knüpft in § 425 an den abgeleiteten Erwerb von Eigentum explizit zwei Voraussetzungen. Erstens bedarf es eines Titels, der nach § 424 ABGB in einem Vertrag, in einer Verfügung auf den Todesfall, einem richterlichen Ausspruch oder einer Anordnung des Gesetzes bestehen kann.³¹⁵¹ Zweitens muss es zu einer „rechtlichen Übergabe und Übernahme“ kommen. Eine weitere Voraussetzung für den derivativen Rechtserwerb ist zudem die Berechtigung des Vormanns, was sich ausdrücklich aus § 442 S 2 ABGB ergibt. Eigentum kann bekanntlich nur dann derivativ erworben werden, wenn diese drei Voraussetzungen erfüllt sind.

Die am schwierigsten zu fassende Voraussetzung für den derivativen Eigentumserwerb stellt wohl die rechtliche Übergabe dar, die in der heutigen L mit dem Begriff des Modus³¹⁵² gleichgesetzt wird. Diese Unsicherheit ist ganz we-

3149 Dies zeigt sich insb auch bei der mit dem Rechtsbesitz verbundenen, noch eingehender zu thematisierenden Möglichkeit der Störungsabwehr, vgl 3.1.

3150 Zeiller, Kommentar 2.1 § 423 (215), vgl auch den Wortlaut des § 423 ABGB.

3151 Krit dazu Klang in Klang II² § 424 Rz 1b (298), der anmerkt, dass jeder Erwerb auf einer gesetzlichen Anordnung basiert.

3152 Tatsächlich findet sich weder im Normtext des ABGB noch in der Kommentierung Zeillers das Wort *modus*. Da dieser Begriff im gemeinen Recht durchaus üblich war,

sentlich auf die Lehren der Historischen Rechtsschule zurückzuführen: Denn das ABGB folgt dem sog Kausalprinzip,³¹⁵³ wonach es für die Übertragung des Eigentums zweier *causae* – die Vereinbarung als *causa remota* und der Realakt³¹⁵⁴ des Zugriffs zur Sache als *causa proxima* – bedarf.³¹⁵⁵ Dem wird seit *Savigny* das Abstraktionsprinzip entgegengehalten, nach dem die Übertragung einen eigenständigen, dinglichen Vertrag darstellt.³¹⁵⁶ Der wesentliche konstruktive Unterschied zwischen diesen Prinzipien besteht somit in der Konzeption der Übergabe: Während sie nach dem Kausalitätsprinzip als faktischer Akt angesehen wird, ist sie nach dem Abstraktionsprinzip ein Rechtsgeschäft, das die Voraussetzungen eines Vertrags erfüllt. Mittlerweile wird die Anwendung des Abstraktionsprinzips für das ABGB richtigerweise weitgehend abgelehnt;³¹⁵⁷ es kann aber nachgewiesen werden, dass Teile dieses Prinzips in Gestalt des Verfügungsgeschäfts in der österreichischen Zivilrechts-

kann dies als Indiz angesehen werden, dass im ABGB nicht an dieses gemeinrechtliche Institut angeknüpft werden sollte. Da in der vorliegenden Arbeit der Versuch unternommen wird, das ABGB möglichst authentisch zu interpretieren, wird hier der Begriff der rechtlichen Erwerbungsart, wie er in § 380 ABGB gebraucht wird, verwendet.

3153 Vgl dazu auch *Kogler*, Vergleich und Anerkenntnis 288 ff.

3154 *Isola* hat idZ zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich hier nicht um einen reinen Realakt handelt, da nach österreichischem Recht auch der Wille, die Sache für sich zu haben, rechtserheblich ist; es handle sich somit um einen rechtsgeschäftsähnlichen Realakt, s *Isola*, Notwendigkeit einer ‚dinglichen Einigung‘ 121 ff.

3155 Die wesentliche Folge des Kausalprinzips ist, dass bei einem ungültigen Titel eine *causa* für den derivativen Eigentumserwerb fehlt und dieser somit scheitert. Nach dem Abstraktionsprinzip wäre etwa ein Dissens bei der vertraglichen Vereinbarung für den Eigentumsübergang jedoch ohne Bedeutung; eine Rückabwicklung wäre nur nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen möglich. Von den Anhängern der Historischen Rechtsschule wurde der Versuch unternommen, das Kausalprinzip – entgegen dem klaren Wortlaut des ABGB – an das Abstraktionsprinzip anzunähern und konzipierte dabei die sog Lehre der subjektiven *causa*, nach der es für eine gültige Übertragung des Eigentums bloß einer ausreichenden Spezialisierung des Übereignungswillens bedarf, sodass im Resultat die Fälle des Mangels im Titel wie nach dem Abstraktionsprinzip beurteilt werden müssten.

3156 Nach dem von *Savigny* geprägten Abstraktionsprinzip wird die römisch-rechtliche *traditio* als dinglicher Vertrag und nicht als faktischer Akt der Übergabe interpretiert. Der dingliche Vertrag ist dabei einzig auf die Übertragung des Eigentums gerichtet und völlig unabhängig von vorhergegangenen Vereinbarungen, die den Rechtsgrund festlegen. Einzig der dingliche Vertrag vermag es demnach, sachenrechtliche Wirkungen herbeizuführen; der obligatorische Vertrag kann dahingegen nur schuldrechtlich relevant sein, s dazu weiterführend *Michaels*, Sachzuordnung 160 f; *Savigny*, System III 312; *Eisenhardt* in FS Kroeschell 216; *Rappaport*, Über die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit der Eigentumsübergabe nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in FS ABGB II (1911) 401 (403 f); zuletzt auch *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024, 4 f.

3157 S dafür statt aller *Spielbüchler* in FS 200 Jahre ABGB.

dogmatik Platz gegriffen haben.³¹⁵⁸ Bei der Analyse des derivativen Eigentumserwerbs gilt es sohin, die Notwendigkeit einer Erwerbungsart iSd §§ 423 ff ABGB bei unkörperlichen Sachen besonders zu beleuchten, wobei diese in der Folge an Hand ausgewählter Rechte diskutiert werden soll.

2.2.1.1. Anwendbarkeit der §§ 423 ff ABGB auf Rechte

Zunächst gilt es der Frage nachzugehen, ob die Bestimmungen zum mittelbaren Eigentumserwerb in §§ 423 ff ABGB auch auf den Rechtserwerb Anwendung finden. Dies hätte zur Folge, dass es für die Übertragung von Rechten gleichermaßen eines Titels wie einer rechtlichen Erwerbungsart bedürfte. Während die Notwendigkeit eines Titels für den Rechtsübergang auch in einer pandektistischen Interpretation völlig unstr ist, wird eine eigenständige rechtliche Erwerbungsart – also im heutigen Begriffsverständnis ein *modus* wie er in §§ 426 ff ABGB geregelt ist – für nicht notwendig befunden.³¹⁵⁹ Es ist somit zunächst allgemein auf die Funktion der rechtlichen Erwerbungsart im ABGB einzugehen, bevor die gesetzgeberische Wertung zur Anwendung der §§ 423 ff ABGB auf Rechte thematisiert wird. Schließlich wird an Hand der Übertragung von Forderungen im Wege der Zession die weitere Rechtsentwicklung beleuchtet.

2.2.1.1.1. Rechtliche Erwerbungsart

In einem naturrechtlich inspirierten Gesetzbuch ist es nicht selbstverständlich, dass an die derivative Übertragung von Eigentum neben dem Titel und dem Recht des Übertragenden ein weiteres Kriterium geknüpft wird. Nach dem naturrechtlichen Konsensprinzip, das sich etwa auch im Code Civil verwirklicht findet,³¹⁶⁰ geht das Eigentum beim Spezieskauf bereits mit dem Vertragsabschluss auf den Erwerber über. Schon in seinen Ausführungen zum Naturrecht führt *Zeiller* aber aus, dass der Staat zur Sicherung des Rechtsverkehrs ein weiteres Kriterium für den Eigentumserwerb vorsehen kann.³¹⁶¹ Denn wesentliches Manko des Konsensprinzips ist, dass sich ein Käufer nicht sicher sein kann, ob die Kaufsache schon zuvor rechtsgültig veräußert worden ist und er vom Nichtberechtigten erwirbt – und somit auch kein Eigentumsrecht ableiten kann.³¹⁶² Durch die Notwendigkeit der Übertragung der Sache für den Erwerb des Eigentumsrechts ergibt sich die Vermutung, dass vom (besitzenden) Veräußerer auch

3158 *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024, 12 ff; *Kronthaler*, Verfügung über (dingliche) Rechte – Ein Diskussionsbeitrag über einen allgemeinen Verfügungstatbestand des ABGB, ÖJA 2023, 234; zur dinglichen Einigung auch aus *Isola*, Notwendigkeit einer ‚dinglichen Einigung‘ 11 ff.

3159 Für das österreichische Recht nur *Kodek* in Schwimann/Neumayr, ABGB: Taschenkommentar⁶ § 292 Rz 2.

3160 Vgl dazu etwa *Michaels*, Sachzuordnung 148 ff.

3161 *Zeiller*, Privat-Recht¹ § 109 (119 f).

3162 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 425 Rz 2 (218 f).

das Eigentumsrecht an der Kaufsache erworben werden kann. Daraus ergibt sich zwanglos der Zweck der im ABGB explizit vorgesehenen Notwendigkeit einer Übergabe neben dem Titel: Es soll der Rechtsverkehr vor Konstellationen geschützt werden, in denen eine Sache doppelt veräußert wird und der derivative Eigentumserwerb an der fehlenden Berechtigung des Vormanns scheitert.

Wie bereits mehrmals angeklungen ist im Regelungsplan des ABGB die rechtliche Übergabe mit dem Erwerb des Besitzes an der Sache gleichzustellen.³¹⁶³ Denn die rechtliche Übergabe nach Maßgabe der §§ 426 ff ABGB ist nach expliziten Ausführungen Zeillers dahingehend zu verstehen, dass dem Erwerber der Besitz an der Sache eingeräumt wird; der Übernehmer soll sohin „in den Stand gesetzt werden, ausschließlich über die Sache zu verfügen (§ 312 ABGB) und zwar auf eine solche Art, woraus auch andere annehmen können, dass das Eigentum an ihn übertragen worden sei.“³¹⁶⁴ Der Besitzwille des Erwerbers ist dabei in den Fällen der Übertragung des Eigentums idR nicht weiter problematisch.³¹⁶⁵ In diesem Kontext sind auch die in §§ 426 ff ABGB aufgezählten Arten der Übergabe zu verstehen: Bei der körperlichen Übergabe gem § 426 ABGB kommt es nach § 312 ABGB zum Besitzerwerb durch eine physische Ergreifung oder Wegführung der körperlichen beweglichen Sache. Bei der Übergabe durch Erklärung gem § 428 ABGB handelt es sich um eine Variation beim Besitzwillen, da beim Besitzkonstitut der Besitzwille beim Veräußerer wegfällt und dieser somit die Sache mittelbar für den Erwerber innehat; bei der Übergabe kurzer Hand tritt der Besitzwille beim bisherigen Inhaber hinzu.³¹⁶⁶ Hierbei kann von demjenigen, dem die Sache anvertraut ist, das Eigentum nach Maßgabe des § 367 Abs 1 ABGB uU gutgläubig erworben werden.³¹⁶⁷ Bei unbeweglichen Sachen geht mit der Intabulation – wie gesehen³¹⁶⁸ – gleichermaßen der Erwerb des Eigentums wie auch des Besitzes einher. Der gleichsam als Besitzeinräumung anzusehenden Übertragung kommt somit die Funktion zu, als „äußeres Merkmal“³¹⁶⁹ auf die Zuordnung des Objekts zu einem Rechtssubjekt hinzuweisen.³¹⁷⁰

3163 Dazu bereits ausf AT 4.1.2, s auch *Spielbüchler*, Der Dritte im Schuldverhältnis 104.

3164 Zeiller, Kommentar 2.1 § 426 Rz 1 (221).

3165 Anders ist dies freilich beim Eigentumsvorbehalt, bei dem dem Käufer vor der Zahlung des Kaufpreises wohl der Wille, die Sache als die seinige zu behalten, fehlt. Da es aber bloß auf die äußeren Umstände der Übertragung ankommt, ist hier auch die Übertragung nach Maßgabe der §§ 425 ff ABGB zu bejahen; dem Vorbehaltskäufer kommt vor der vollständigen Übertragung des Eigentums aber Rechtsbesitz zu.

3166 S bereits AT 4.1.2.

3167 Zeiller, Kommentar 2.1 § 425 Rz 2 (219). Nach *Wellspacher* wird dadurch der äußere Vertrauenstatbestand abgesichert, s *Wellspacher*, Vertrauen 157.

3168 Vgl 2.1.2.

3169 Zeiller, Kommentar 2.1 § 425 Rz 2 (219).

3170 Eine besondere Bedeutung kommt der Übertragung freilich bei Schenkungen zu, da hier die Übertragung dem Geschenkgeber auch die Konsequenzen seiner Erklärung vor Augen führen soll, s dazu etwa OGH 3.5.2018, 2 Ob 122/17f (verst Sen); OGH 28.11.2000, 1 Ob 147/00z.

Setzt man die Übertragung iSd §§ 426 ff ABGB und die Besitzübertragung gleich, kommt der Übergabe durch Zeichen eine besondere Rolle zu. Denn es ist unstr, dass bewegliche Sachen existieren, die sich auf Grund ihrer physischen Charakteristika einer (zumutbaren) körperlichen Übergabe entziehen; das ABGB nennt diesbezüglich in § 427 Warenlager und Frachtgüter. Dazu kommen auch Rechte, die als unkörperliche Sachen einer physischen Ergreifung generell entgegenstehen. In diesen Fällen tritt nach der Wertung des § 427 ABGB ein Zeichen an die Stelle des Besitzes der Sache. Als Zeichen kommt dabei eine Urkunde gleichermaßen in Betracht wie ein Werkzeug, mit dem sich der Übernehmer der Sache bemächtigen kann, oder aber auch ein äußeres Merkmal, mit dem jedermann die Überlassung der Sache verbindet. In diesen Fällen ergibt sich sohin durch das Zeichen die Zuordnung des Objekts zum Rechtssubjekt; das Zeichen bewirkt somit gleichermaßen die Zurechnung des Objekts wie die Möglichkeit, dieses zu gebrauchen.³¹⁷¹

Aus diesen Überlegungen ergibt sich für die Übertragung als Voraussetzung für den derivativen Eigentumserwerb sohin zweierlei: Erstens müssen die Übertragungsformen der §§ 426 ff ABGB im Einklang mit den Bestimmungen zum Besitzerwerb ausgelegt werden. Zweitens ist die Übertragung im ABGB – ausweislich der Materialien³¹⁷² – nicht als dinglicher Vertrag oder sonstiges Rechtsgeschäft, sondern bloß als Akt der Besitzeinräumung ausgestaltet, was dahingehend, dass die Übertragung als Realakt angesehen wird,³¹⁷³ auch der wohl hL³¹⁷⁴ und Rsp³¹⁷⁵ entspricht.³¹⁷⁶

3171 Dahingehend auch Zeiller, Kommentar 2.1 § 427 Rz 4 (224).

3172 Ofner, Urentwurf II 445.

3173 So explizit auch Zeiller, der die Erwerbsart als „*Faktum, Handlung oder Begebenheit*“ bezeichnet, s Zeiller, Kommentar 2.1 § 380 Rz 2 (156 f). An anderer Stelle schreibt Zeiller, dass der Besitz die Erwerbung der dinglichen Rechte begründe, s Zeiller, Kommentar 2.1 § 309 Rz 1 (39).

3174 S mwN Wagner in Klang³ § 425 Rz 4; ausf Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 425 Rz 2; Spielbüchler in FS 200 Jahre ABGB 1435; ausf F. Bydliński, Die rechtsgeschäftigen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht, in FS Larenz (1973) 1027; aA Leupold in Klang³ § 358 Rz 65; mwN zur älteren, von der Historischen Rechtsschule geprägten Lit Klang in Klang II² § 425 Rz 2b (307 f); differenzierend Koziol, Zur Ungültigkeit des zweiten Kaufvertrages und der Übereignung bei Doppelveräußerungen, in FS Eccher (2017) 607 (615 ff); jüngst auch Holzweber/Isola, ÖJA 2024, 16 ff.

3175 RIS-Justiz RS0011124. Kritisch ist daher die E des 1. Senats zu sehen, in der explizit auf eine dingliche Einigung abgestellt wurde, s OGH 7.9.2021, 1 Ob 132/21z.

3176 Nimmt man die Funktion der Übertragung als Besitzverschaffung und die dinglichen Wirkungen von Rechten im System des ABGB ernst, kann auch eine eindeutige Position zum – in pandektistischen System nur mit dogmatischen Winkelzügen bewältigbaren – Eigentumsvorbehalt gefunden werden, die an dieser Stelle freilich nur skizziert werden kann. Jedenfalls ausscheiden muss hier eine von Klang vorgeschlagene Figur der bedingten Tradition, da der Besitzerwerb als Realakt keiner Bedingung zugänglich ist [Klang in Klang II² § 425 (308)]. Vielmehr ist mit Zeiller

2.2.1.1.2. Wertungen des ABGB

Die gesetzgeberischen Wertungen zur Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 423 ff ABGB auf Rechte sind sehr deutlich. So sehen die §§ 426 ff ABGB drei Arten der Übergabe bei beweglichen Sachen vor, wobei ausweislich des § 298 ABGB Rechte grds als bewegliche Sache anzusehen sind. Gem § 427 ABGB erfolgt die Übergabe bei Sachen, die auf Grund ihrer Beschaffenheit keine körperliche Übergabe zulassen, durch Zeichen; als solche Sachen sind explizit auch Schuldforderungen anerkannt. Daraus folgt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Übertragung von Schuldforderungen mittels Übergabe durch Zeichen erfolgen soll. Aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich somit ohne weitere Zweifel die Anwendbarkeit der §§ 423 ff ABGB auf Rechte begründen.

Dass die §§ 423 ff ABGB auf Rechte Anwendung finden, ergibt sich auch eindeutig aus den Materialien. Bei der Diskussion über die Bestimmungen zum mittelbaren Eigentumserwerb wurde auf Anregung des innerösterreichischen Appellationsgerichts thematisiert, inwiefern eine Einschränkung auf den mittelbaren Erwerb körperlicher Sachen erfolgen soll.³¹⁷⁷ Dem erwiderte Zeiller, dass eine solche Einschränkung unbegründet sei, „*weil auch unkörperliche Sachen mittelbar erworben werden*“³¹⁷⁸. Auf die Anregung des innerösterreichischen Appellationsgerichts, eigene Formen der Erwerbungsart für unkörperliche Sachen vorzusehen, erwiderte Zeiller: „*Da die unkörperlichen Sachen oben zu den beweglichen gezählt worden sind, so bedürfe es über die Art, dieselben zu*

darauf hinzuweisen, dass die Übertragung iSd §§ 426 ff ABGB – also die Besitzverschaffung – auch zeitlich dem Titel vorgehen kann [Zeiller, Kommentar 2.1 § 425 Rz 3 (220)]. Eben dies ist der Fall beim Eigentumsvorbehalt: Die rechtliche Übergabe erfolgt, bevor der Kaufpreis bezahlt wird. Die Besonderheit liegt somit im Titel, der erst ab dem Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung einen Eigentumsübergang vorsieht; im Zeitraum davor wird bloß ein Gebrauchsrecht an der Sache gewährt. Vor der Zahlung des Kaufpreises ist der Vorbehaltskäufer (zumindest der körperlichen Sache) somit bloß Inhaber eines dinglich radizierten und somit sozialtypisch offenkundigen Gebrauchsrechts an der Sache, mit dem wohl idR auch ein Rechtsbesitz einhergeht; dieses Recht wird in der Lit als – in einem pandektistischen Verständnis des Sachenrechts iW systemwidriges – Anwartschaftsrecht qualifiziert. Im System des ABGB entfaltet dieses Gebrauchsrecht ganz unproblematisch dingliche Rechtswirkungen: Gegen Störungen des Gebrauchsrechts kann auf Grund des Rechtsbesitzes (possessorisch und petitorisch) vorgegangen werden. In der Insolvenz kann der Verkäufer als Eigentümer die Kaufsache aussondern, dasselbe gilt aber wohl auch für den Vorbehaltskäufer durch die dinglichen Wirkungen des sozialtypisch offenkundigen Gebrauchsrechts. Unzulässig ist aber ein einseitiger Eigentumsvorbehalt, der erst bei der Übergabe der Sache erklärt wird, weil die Übergabe als Realakt für die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts keine Relevanz hat, vgl zur Struktur des Eigentumsvorbehalts ausf auch rechtsvergleichend Riss, Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt und Käuferinsolvenz (2023) 9 ff.

3177 Ofner, Urentwurf I 276.

3178 Ofner, Urentwurf I 277.

*übergeben, keiner besonderen Bestimmung.*³¹⁷⁹ Diese Ansicht findet sich ebenso in *Zeillers* Kommentierung des ABGB, wo er davon ausgeht, dass eigenständige Bestimmungen zur Übertragung von Rechten entbehrlich seien, da die Bestimmungen der §§ 423 ff ABGB Anwendung fänden.³¹⁸⁰ Insb in Betracht käme hier eine Übergabe durch Zeichen, Anweisung oder Erklärung.³¹⁸¹ Diese Ansicht wurde auch in der ersten Hälfte des 20. Jhds noch weitgehend geteilt.³¹⁸² Daraus folgt zweifellos, dass nach dem Willen des historischen Gesetzgebers die §§ 423 ff ABGB auf den Erwerb von Rechten Anwendung finden.

Gegen eine Anwendbarkeit der §§ 423 ff ABGB auf den Erwerb von obligatorischen Rechten sprachen sich – wenig überraschend – die Anhänger der Historischen Rechtsschule aus. Diese verneinen das Eigentum an Rechten als gegen die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht verstößend bereits dem Grunde nach, weshalb auch von einem Eigentumserwerb an Rechten nicht die Rede sein könne.³¹⁸³ Daraus folge, dass § 427 ABGB auf das Eigentum am körperlichen Inhaberpapier reduziert werden müsse, was iW der wertpapierrechtlichen Verkörperungstheorie entspricht;³¹⁸⁴ ansonsten seien die Bestimmungen der §§ 423 ff ABGB für den Rechtserwerb von Forderungen unanwendbar, da sich dieser allein nach den Regeln zur Zession bestimme. iW bedeutet dies, dass für den derivativen Erwerb von persönlichen Rechten – anders als nach der Vorgabe der §§ 423 ff ABGB – keine rechtliche Übergabe vonnöten sei.³¹⁸⁵

Eine solche Auffassung, die den Erwerb der Rechtszuständigkeit an persönlichen Rechten allein nach Maßgabe der zessionsrechtlichen Bestimmungen der §§ 1392 ff ABGB beurteilt, entspricht freilich nicht dem Willen des historischen Gesetzgebers. Denn nach *Zeiller* beschränken sich die Regelungen zur Zession nicht auf persönliche Rechte, sondern umfassen vielmehr auch dingliche Rechte;³¹⁸⁶ die Zession ist im Konzept der Stamfassung somit kein gesondert geregelter Fall der Übertragung von Forderungen. Denn nach § 1393 ABGB sind alle veräußerlichen Rechte Gegenstand der Abtretung; somit können nur höchstpersönliche Rechte und Familienrechte unstr nicht ze-

3179 *Ofner*, Urentwurf I 278. Dies zeigt sich etwa auch darin, dass bei der Zession für den Erwerb des Eigentums an der Forderung eine angemessene Übergabe notwendig ist, vgl *Zeiller*, Kommentar 4 § 1393 Rz 4 (84 f).

3180 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 443 Rz 3 (246).

3181 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 443 Rz 3 (246 f).

3182 *MwN Lurger*, Die Zession im sachenrechtlichen Übertragungssystem des ABGB, in *FS Welser* (2004) 639 (651); *mwN zu Schuster* AT 3.3.6.2.2.

3183 S etwa *Randa*, Besitz⁴ 435.

3184 *Randa*, Eigentumsrecht² 311 f; jüngst auch *Kronthaler*, ÖJA 2023, 234 (268 ff). Fraglich scheint hier aber, warum die Urkunde dann nicht nach Maßgabe des § 426 ABGB übergeben wird, was von der heutigen hL aber durchaus auch vertreten wird.

3185 *Randa*, Besitz⁴ 435 f.

3186 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1393 Rz 2 (84).

diert werden.³¹⁸⁷ Zeiller nannte idZ explizit dingliche Rechte wie Besitz-, Pfand- und Erbrecht, aber auch die Ausübung persönlicher Servitute als mögliche Gegenstände der Zession.³¹⁸⁸ Hieraus ergibt sich der tatsächliche Inhalt der zessionrechtlichen Regelungen: Bei der Abtretung von Rechten besteht – im Vergleich zur Übertragung körperlicher Sachen – ein zusätzlicher Regelungsbedarf. Denn es sind – unabhängig von der Qualifikation eines Rechts – Wertungen zum Verhältnis zwischen den wechselnden Gläubigern und dem Schuldner (§§ 1394 ff ABGB) und Sonderwertungen zum Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar (§§ 1397 ABGB) erforderlich; diese sind aber gleichermaßen für die Abtretung einer Forderung einschlägig wie etwa auch für die entgeltliche Übertragung eines Fruchtgenussrechts.³¹⁸⁹ Dies bestätigt sich auch dadurch, dass die Regelungen zur Zession im Abschnitt zu den gemeinsamen Bestimmungen und nicht zum persönlichen Sachenrecht verortet sind.

Darüber hinaus zeigt sich die Notwendigkeit einer rechtlichen Erwerbungsart bei der Zession auch in § 1393 S 3 ABGB, wonach Schuldscheine, die auf den Überbringer lauten, bereits durch die Übergabe abgetreten werden. Im Urentwurf hieß es dazu noch, dass derartige Schuldscheine generell keiner Zession bedürften.³¹⁹⁰ Zeiller stellte in der Diskussion der Hofkommission dazu klar,³¹⁹¹ dass die Zession als Überlassung von Forderungen anzusehen sei, weshalb Schuldscheine, die auf den Überbringer lauten, dem Besitzer überlassen werden müssen; darüber hinaus sei aber kein Nachweis erforderlich. Daraus ergibt sich nach Zeiller im Umkehrschluss für andere Forderungen:

*„Um aber das Eigentum mittelst der Abtretung zu erlangen, muss eine, dem Gegenstand (...) angemessene, Übergabe (§ 425 ff) hinzukommen. Insbesondere werden Schuldforderungen durch eine von dem Zedenten dem Übernehmer (allenfalls auf der Rückseite der Schuldurkunde) ausgestellten Erklärung abgetreten.“*³¹⁹²

Keine Zweifel lässt folgende Aussage von Zeiller übrig:

„Aus dem Abtretungsvertrage erhält der Zessionar ein persönliches Recht auf die Übergabe des abgetretenen Rechts samt allen damit verbundenen Behel-

3187 S dazu nur Ertl in Rummel, ABGB³ § 1393 Rz 2; Zeiller, Kommentar 4 § 1393 Rz 1 (84).

3188 Zeiller, Kommentar 4 § 1393 Rz 2.

3189 Wenn etwa eine durch ein entgeltliches Fruchtgenussrecht belastete Liegenschaft an einen anderen übertragen wird, können die Wertungen der §§ 1393 ff ABGB – etwa im Verhältnis vom neuen Eigentümer zum Schuldner des Entgelts – durchaus von Relevanz sein.

3190 Urentwurf, Dritter Teil, § 548.

3191 Ofner, Urentwurf II 236.

3192 Zeiller, Kommentar 4 § 1393 Rz 2 (84 f).

*fen, Sicherheitsmitteln und Vorrechten (...) zu dringen. Durch die angemessene Übergabe und Übernahme kommen sie, wie vormals dem Zedenten, so nun dem Zessionar eigentümlich zu (...)*³¹⁹³.

Hieraus ergibt sich, dass nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers aus 1811 auch für die Übertragung einer Forderung neben dem Titel eine rechtliche Erwerbungsart gegeben sein muss.³¹⁹⁴ Die Regelungen der Zession gehen demnach als *leges speciales* nicht gegenüber den §§ 423 ff ABGB vor, da ansonsten die Anmerkungen der Gesetzeskommission und in Zeillers Kommentierung völlig sinnwidrig wären. Vielmehr besteht der wesentliche Inhalt der Wertungen der zessionsrechtlichen Bestimmungen in der Regelung des Verhältnisses zwischen Schuldner und wechselndem Gläubiger und lässt die Rechtszuordnung der Forderung selbst unangetastet – insofern ergibt sich auch die Schlussfolgerung, weshalb nach Ansicht von Zeiller die Wertungen der Zession auch für dingliche Rechte wie etwa Fruchtgenussrechte von Relevanz sind.³¹⁹⁵

Die Ansicht des Gesetzgebers wurde auch in der älteren L³¹⁹⁶ und Rsp übernommen.³¹⁹⁷ Hierbei wird regelmäßig für die Zession auf die Übergabe einer Urkunde abgestellt, zuvor wurde ein Übergang der Rechtszuständigkeit verneint.³¹⁹⁸ Ein veritables historisches Juwel ist dabei eine Plenissimar-Entscheidung aus dem Jahr 1899, in der zur schenkungsweisen Erwerbung von Forderungen Stellung genommen wurde.³¹⁹⁹ Während das Ergebnis – das Erfordernis einer Übergabe der Urkunde gem § 427 ABGB bzw die Einhaltung der Notariatsaktspflicht – im Einklang mit der heutigen hL ist, überrascht vielmehr die Begründung. Zur Einordnung muss in Erinnerung gerufen werden, dass auch damals in der L vielfach davon ausgegangen wurde, dass die Zession ein an keine Form gebundener Konsensualvertrag sei, zu dessen Perfektion – mit Ausnahme von Wertpapieren – keine Übergabe vonnöten sei:

„[es geht] vom Standpunkte unseres bürgerlichen Gesetzbuches nicht an, die Übergabe einer Schuldforderung grundsätzlich als etwas begrifflich Unmögliches zu erklären, da § 427 ABGB ausdrücklich der Übergabe von Schuldforderungen gedenkt und unter Konstatierung des Umstandes, dass dieselben zu jenen beweglichen Sachen gehören, welche ihrer Beschaffenheit nach keine

3193 Zeiller, Kommentar 4 § 1394 Rz 1 (85).

3194 Diese Position findet sich auch bei Klang, der hierfür auch Bsp aus der Rsp anführt, s Klang in Klang IP² § 427 Rz 2 (319).

3195 S dazu bereits Holzweber/Isola, ÖJA 2024. 22 ff.

3196 Vgl dazu die Kontroverse zwischen Nippel und Schuster, die beide davon ausgingen, dass ohne eigenständigen Modus kein Rechtsübergang bei der Zession möglich sei, AT 3.3.6.2.2.

3197 MwN Hamburger, Perfektion der Zession, GrünhutsZ 1908, 105 (111).

3198 OGH 18.2.1880, Nr 1004 GIU 7862; OGH 2.4.1879, Nr 2435 GIU 7398; OGH 21.3.1872, Nr 11861 GIU 4534; OGH 28.10.1871, Nr 4697 GIU 4410.

3199 Plenissimar-E OGH 20.6.1899, Nr 20 GIUNF 650.

körperliche Übergabe zulassen, bezüglich ihrer die Übergabe durch Zeichen für gestattet erklärt. Eine derartige ausdrückliche Norm, mit welcher der Gesetzgeber doch sicherlich einen bestimmten Gedanken zum Ausdrucke bringen wollte, kann nicht aus theoretischen Gründen einfach ignoriert werden. (...)“

Freilich ergibt sich bei genauer Betrachtung von Zeillers Anmerkungen sowie der Rsp ein Indiz für einen Funktionswandel bei der Zession: Es wird wiederholt ausdrücklich auf den Schuldschein abgestellt, der indossiert bzw dem Zessionar übergeben werden muss.³²⁰⁰ Dies könnte als Hinweis darauf verstanden werden, dass in der Vorstellungswelt des 19. Jhds über Rechte, die Gegenstand einer Abtretung waren, zumindest im Regelfall ein Schuldschein ausgestellt oder eine andere physische Repräsentation³²⁰¹ des Rechts geschaffen wurde.³²⁰² Dies ergibt sich auch aus Zeillers direktem Hinweis, dass der alleinige Besitz eines Schuldscheins noch nicht hinreichend für eine Verständigung iSd § 1395 ABGB sei.³²⁰³ Die Bedeutung von Schuldscheinen für den Gesetzgeber zeigt sich besonders eindrücklich in den Wertungen im Erbrecht, wo hinsichtlich des Vermächtnisses einer Forderung ein Regelungsbedarf im Verhältnis zwischen Legatar und Erben erblickt wurde. Hier sah § 663 aF ABGB vor, dass der Erbe verpflichtet ist, dem Legatar den Schuldschein zurückzustellen; Zeiller sah dies als unentgeltliche Zession an, die durch Übergabe des Schuldscheins und anderer damit verbundener Beweis- und Sicherungsmittel „in das Werk“ gesetzt werden müsse; der Rechtsübergang vollzieht sich demnach erst mit der Übergabe des Schuldscheins.³²⁰⁴ Schuldscheinen kam auch eine wichtige Funktion im Kreditwesen zu, was sich in der Stammfassung insb in § 1001 aF ABGB zeigt, wo ausführlich die Voraussetzungen an den Schuldschein geregelt wurden; Zeiller führt dazu aus, dass über ein Darlehen gewöhnlich Schuldscheine ausgestellt werden.³²⁰⁵ Die Bedeutung der Beurkundung von Rechten zeigt sich dabei auch in § 1379 ABGB, wonach die Neuausstellung eines Schuldscheins bzw einer ähnlichen Urkunde nicht als Novation gilt; ebenso wird in § 1428 ABGB die Pflicht des Gläubigers zur Rückgabe des Schuldscheins angeordnet, die die rechtliche Vermutung der ge-

3200 Zeiller, Kommentar 4 § 1393 Rz 2 (84 f), vgl auch im Bezug auf einen Bon OGH 28.9.1886, Nr 7897 GIU 11181.

3201 So ist etwa an das Kerbholz zu denken, mit dem im Alpenraum bis ins 20. Jhd Schuldverhältnisse fälschungssicher auf einem Stück Holz dokumentiert wurden. Dies ist dem Autor aus dem überaus hörenswerten Podcast „Geschichten oder aus Geschichte“ bekannt, dazu ausf Hemmer/Meißner, Wer den englischen Parlamentsbrand auf dem Kerbholz hat, GAG09 (2015).

3202 Vgl auch Zeiller, Kommentar 4 § 1397 Rz 4 (91 f).

3203 Zeiller, Kommentar 4 § 1395 Rz 2 (88).

3204 Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie 2.2 (1812) § 664 Rz 1 (605).

3205 Zeiller, Kommentar 3.1 § 1001 Rz 1 (263).

leisteten Zahlung beinhaltet.³²⁰⁶ Dabei geht *Zeiller* explizit auf die Notwendigkeit der Entwertung des Schuldscheins bei Tilgung einer Schuld und die ansonsten erwachsenden Beweisprobleme ein.³²⁰⁷ Besonders deutlich wird die Wirkung des Schuldscheins, wenn der Schuldner gem § 1428 S 3 ABGB bei seinem Verlust eine Sicherstellung fordern bzw den Betrag gerichtlich hinterlegen kann.³²⁰⁸ Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass bei Zessions-sachverhalten im Verständnis des Gesetzgebers zumindest ganz regelmäßig ein Schuldschein vorhanden war, der die Offenkundigkeit des Rechts gewährleistete. Damit verbunden ist der Gedanke, dass Verbindlichkeiten, die nicht immediat beglichen werden mussten und somit einer Zession zugänglich waren, im wirtschaftlichen Verständnis des frühen 19. Jhds wohl auch eine wesentliche Kreditierungsfunktion zukam. Aus alledem folgt, dass nach dem Verständnis des Gesetzgebers die Zession wohl iW eine Handlung in Bezug auf den Schuldschein erforderte. Das Erfordernis einer rechtlichen Erwerbungsart bei Rechten ist somit im engen Zusammenhang mit der Existenz eines die Verpflichtung des Schuldners beurkundenden Schuldscheins zu sehen und bezieht sich in aller Regel auf diesen.

Folgt man der These, dass die Zession in den Augen des Gesetzgebers einen Realakt in Bezug auf einen Schuldschein erforderte, könnte mittlerweile freilich eine nachträgliche Regelungslücke entstanden sein.³²⁰⁹ Denn durch die Ausbildung des modernen Rechtsverkehrs sowie des Wertpapierrechts ist die Beurkundung von Verpflichtungen in Schuldscheinen weitgehend außer Übung geraten. IdZ ist unstr, dass eine nachträgliche Regelungslücke entstehen kann, wenn in Folge der technischen oder wirtschaftlichen Entwicklung neue Fragen auftauchen, die der Gesetzgeber nicht beachtet hat.³²¹⁰ Andererseits könnte es aber auch durch jüngere Rechtsschichten zu einem Funktionswandel gekommen sein, sodass eine nachträgliche Gesetzeslücke entstanden

3206 Bis zur Superrevision war diese Regelung noch schärfer: So sollte sich der Schuldner, der keine Rückgabe des Schuldscheins verlangt, gegen einen dritten redlichen Inhaber des Schuldscheins nicht schützen können; vgl *Ofner*, Urentwurf II 583.

3207 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1428 Rz 5 (140).

3208 Dahingehend auch *Wellspacher*, Vertrauen 200 f.

3209 Ein sehr illustratives Zeugnis der zunehmenden Entmaterialisierung von Forderungen ergibt sich aus einem Fall des frühen 20. Jahrhunderts, in dem die rechtliche Erwerbungsart bei der Zession von (reinen) Buchforderungen str war. Hierbei wiederholte der OGH, dass bei verbrieften Forderungen die Übergabe der Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird, als Erwerbungsart iSd § 427 ABGB anzusehen sei; bei kaufmännischen Buchforderungen seien dahingehend die ordnungsgemäß geführten Geschäftsbücher beweismachend. Dementsprechend sei dem „gesetzlichen Erfordernisse, dass die erfolgte Tradition durch irgendein Zeichen nach außen kenntlich gemacht werde“ durch eine Ausfolgung eines Auszugs aus den Büchern genüge getan, vgl OGH 5.2.1908, Nr 15.937 GIUNF 4114.

3210 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 200.

ist.³²¹¹ Zur Frage der Lückenhaftigkeit des Regelungsplans des Gesetzgebers muss sohin im Einzelfall darauf abgestellt werden, ob die Voraussetzung der §§ 426 ff ABGB beim Rechtserwerb zu unsachlichen und planwidrigen Ergebnissen führt, die im Rahmen der Gesetzesauslegung und -fortbildung korrigiert werden müssen. Als methodisch unzulässig abzulehnen ist aber die These, dass die Anwendbarkeit der §§ 423 ff ABGB auf Rechte durch die *Lex-specialis*-Wirkung der Bestimmungen zur Zession ausgeschlossen ist.

2.2.1.1.3. „Modus“ bei Zessionen?

Der derivative Erwerb von Forderungen ist zweifellos der Kristallisationspunkt der Konzeptionsunterschiede für die Voraussetzungen eines Rechtsübergangs. Geht man in der Folge eines pandektistischen Paradigmas von einer strengen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht aus,³²¹² scheidet das Erfordernis einer rechtlichen Übergabe iSd §§ 426 ff ABGB als systemwidrig bereits dem Grunde nach aus. Nach dem Regelungsplan der Stammfassung³²¹³ ist für die Übertragung von Forderungen aber – wie bereits gezeigt – eine rechtliche Übergabe explizit notwendig. Zumindest in der Begründung folgen dabei L³²¹⁴ gleich wie Rsp³²¹⁵ einem pandektistischen Paradigma, ohne sich mit den Vorgaben des Gesetzgebers näher auseinanderzusetzen.³²¹⁶ Der noch im frühen 20. Jhd von *Moritz Wellspacher* erbrachte Nachweis, dass es im Regelungskonzept des ABGB bei der Zession einer Übergabe der Schuldurkunde bedarf,³²¹⁷ findet – wiewohl unwiderlegt³²¹⁸ – keine Beachtung mehr. Es wird sohin davon ausgegangen, dass für den Rechtsübergang bereits die Einigung zwischen Zedent und Zessionar ausreicht, ohne dass es eines Publizitätsakts wie etwa der Verständigung des Schuldners bedarf. Es gilt sohin zu beleuchten, ob hinsichtlich der Übertragung von Forderungen eine Modifikation des Regelungsplans erfolgt ist, den der Gesetzgeber aus 1811 verfolgte.

Der jüngere Gesetzgeber hat zur Frage des Rechtsübergangs bei der Zession eine eindeutige Position bezogen. Denn nach expliziter Wertung des im

3211 F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre² 585 ff.

3212 MWN zur pandektistisch geprägten Lit *Hamburger*, GrünhutsZ 1908, 105 (106).

3213 Dazu auch ausf *Dearing* in FS Eichler 92 ff.

3214 *Neumayr* in KBB⁷ § 1392 Rz 2; *Lukas/Geroldinger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1392 Rz 7 ff; *Thöni* in Klang³ § 1392 Rz 15 ff; *Schubert* in Rummel, ABGB³ § 1393 Rz 3.

3215 Statt aller OGH 3.5.2018, 2 Ob 122/17f (verst Sen), RIS-Justiz RS0032614, vgl jüngst aber auch OGH 21.12.2020, 1 Ob 141/20x.

3216 Krit dazu *Lurjer* in FS Welser 651 ff.

3217 *Wellspacher*, Vertrauen 190 ff.

3218 Nicht gefolgt werden kann etwa der kritischen Anmerkung *Löbels*, der iZm Zessionen davon ausgeht, dass keinerlei rechtliche Erwerbungsart vonnöten sei. Dessen Argument beruht auf der Prämisse, dass die rechtliche Erwerbungsart einen dinglichen Vertrag darstellt. Wie an anderer Stelle (*Holzweber/Isola*, ÖJA 2024, 1) gezeigt werden konnte, ist dies im Regelungssystem des ABGB freilich nicht der Fall. Vgl *Löbl*, Studien zur Zessionslehre des österreichischen Rechtes, ZBl 1929, 81 (86 ff).

Jahr 1992 in Kraft getretenen § 300a Abs 1 EO erfasst ein gerichtliches Pfandrecht eine Forderung nicht, wenn diese vor seiner Begründung übertragen wurde.³²¹⁹ Hierbei geht der Gesetzgeber in den Materialien explizit davon aus, dass das Eigentum an der zedierten Forderung³²²⁰ „bereits im Zeitpunkt der Zessionsvereinbarung vom Zedenten auf den Zessionar übergeht“, weshalb die Zession auch ohne Verständigung des Zessus einer erwirkten gerichtlichen Pfändung vorgehe.³²²¹ Der Gesetzgeber folgt hinsichtlich der Übertragung von Forderungen somit nunmehr einem pandektistischen Paradigma und situiert die zedierte Forderung ab Abschluss der Zessionsvereinbarung im Vermögen des Zessionars.³²²² Die Regelung des § 300a Abs 1 EO kann somit als klare gesetzgeberische Abkehr von einer Wertung verstanden werden, dass es für den derivativen Erwerb von Forderungen einer Drittschuldnerverständigung als rechtliche Erwerbungsart bedarf.

Der eindeutigen gesetzgeberischen Wertung zur Rechtsdurchsetzung bei abgetretenen Forderungen kommt generelle Bedeutung für den derivativen Erwerb von Forderungsrechten zu. Denn in einem naturrechtlich inspirierten System des Rechtsübergangs, das der diesbezüglich unveränderten Stammfassung des ABGB weiterhin zu Grunde liegt, könnte ein gerichtliches Pfandrecht eine Forderung nur dann nicht erfassen, wenn vor seiner Begründung neben der Zessionsvereinbarung auch eine rechtliche Übergabe vonstattengegangen ist. Durch § 300a Abs 1 EO kommt es durch die Außerachtlassung der Erwerbungsart für die gerichtliche Pfandrechtsbegründung somit zu einer Modifikation der Interessensabwägung: Während nach einem naturrechtlich inspirierten System der Rechtsübertragung die Interessen des Gläubigers, der auf den äußeren Anschein vertraut – und dafür uU den Drittschuldner kontaktiert oder den Schuldschein einsehen will – überwiegen, soll nun im Konfliktfall derjenige, der eine Zessionsvereinbarung abgeschlossen hat, obsiegen. Es besteht somit ein Wertungswiderspruch im positiven Recht, wobei die in Konflikt stehenden Wertungen verschiedenen Rechtsschichten zugeordnet werden können, insb da der Gesetzgeber die Bestimmung des § 300a EO in eine generelle Ansicht zum Eigentumsübergang bei Forderungen einbettet. Dass sich hinsichtlich der Begründung von gerichtlichen Pfandrechten § 300a EO gegenüber den Wertungen der §§ 426 ff ABGB nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* durchsetzt, ist wohl ganz unzweifelhaft. Darüber hinaus kann aber davon ausgegangen werden, dass durch das Einschreiten des Gesetzgebers eine nachträgliche

3219 Dies widerspricht ganz explizit der älteren Rsp, nach der alleine durch Zessionsabrede alleine kein Übergang in das Vermögen des Zessionars bewirkt wird, vgl OGH 2.4.1879, Nr 2435 GIU 7398; OGH 21.3.1872, Nr 11861 GIU 4534.

3220 Man beachte, dass der Gesetzgeber selbst auch von einem Eigentum am Forderungsrecht ausgeht, was der Vorstellung einer Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht völlig entgegensteht.

3221 ErlRV 261 BlgNR, 18. GP 6.

3222 Dem folgt auch die Rsp, besonders deutlich dahingehend etwa OGH 22.2.1995, 3 Ob 522/95.

Regelungslücke im ABGB entstanden ist. Denn durch die Änderung des allgemeinen Wertbewusstseins kann es zu einem Funktionswandel gekommen sein, durch den mit dem Abschluss der Zessionsvereinbarung eine stärkere Rechtsposition vermittelt wird.³²²³

Folgt man diesem Gedanken, sind die Wertungen der §§ 426 ff ABGB hinsichtlich des derivativen Erwerbs von Forderungsrechten durch § 300a EO lückenhaft geworden: Es käme zu einer unsachlichen Differenzierung zwischen der Rechtsdurchsetzung, bei der nach § 300a ABGB nach Abschluss der Zessionsvereinbarung mangels Berechtigung nicht mehr gegen den Zedenten vorgegangen werden kann, und etwa Fällen der Doppelzession, wo nach Maßgabe der §§ 426 ff ABGB vor der rechtlichen Übergabe vom Zweiterwerber durchaus noch ein Recht abgeleitet werden könnte. Für die Anwendung der §§ 426 ff ABGB auf zederte Forderungen lässt sich somit mittlerweile sagen, dass diese *„ihrem Sinn und Zweck nach hier nicht passt, weil sie für die Wertung gerade dieser Fälle relevante Besonderheit derselben außer Acht lässt“*³²²⁴ – die Besonderheit von Forderungen besteht dabei darin, dass nach Abschluss der Zessionsvereinbarung beim Zedenten nicht mehr darauf zugegriffen werden kann. Durch die gesetzgeberische Wertung in § 300a EO ist somit das ursprüngliche Regelungssystem zum derivativen Rechtserwerb bei Forderungen lückenhaft geworden.

Eine Bestätigung für den Rechtsübergang bei Forderungen nach Abschluss der Zessionsvereinbarung findet sich auch in Einzelwertungen der Rsp. Eine Fallkonstellation betrifft dabei die sog stille Zession, worunter eine Abtretung verstanden wird, bei der der Zessus nicht vom Rechtsübergang verständigt wird;³²²⁵ in den meisten Fällen soll aber weiterhin der Zedent als Gläubiger auftreten.³²²⁶ Da der Rechtsübergang ohne Rücksicht auf die rechtliche Übertragungsform mit Abschluss der Zessionsvereinbarung vonstattengeht, ist der Zedent ab diesem Zeitpunkt auch nicht mehr klagsbefugt.³²²⁷ Um das Ziel zu erreichen, dass ausschließlich der Zedent als Gläubiger auftreten kann, bedarf es somit einer eigenständigen Vereinbarung. Da dem österreichischen Recht eine gewillkürte Prozessstandschaft fremd ist, kann dabei das Prozessführungsrecht nicht isoliert übertragen werden;³²²⁸ vielmehr muss es zu einer Rückzession zum Inkasso kommen, die wiederum zu einem Rechtsübergang führt, wobei die Klagsbefugnis des Zedenten da-

3223 F. Bydliński, Juristische Methodenlehre² 585 ff.

3224 Larenz/Canaris, Methodenlehre³ 198.

3225 Statt aller Thöni in Klang³ § 1392 Rz 140.

3226 Dies ist wirtschaftlich von Bedeutung, da hiermit etwaige Zweifel des Schuldners an der Bonität des Zedenten vermieden werden können, vgl Lukas/Geroldinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1392 Rz 40.

3227 So auch die Rsp, vgl OGH 28.1.1970, 3 Ob 142/69; OGH 2.7.1969, 7 Ob 99/69; zur Beantragung einer Exekutionsbewilligung durch den Zedenten, s OGH 22.3.2011, 3 Ob 14/11x.

3228 RIS-Justiz RS0053157; s OGH 25.9.2002, 7 Ob 137/02a; ausf auch OGH 10.10.1985, 8 Ob 557/85.

hingehend umgedeutet werden kann.³²²⁹ Wenn der Zedent durch die Zessionsvereinbarung klagslegitimiert ist, verbleibt ihm daher die Rechtszuständigkeit;³²³⁰ er kann daher etwa auch auf das Recht verzichten oder dieses an Dritte weiterveräußern.³²³¹ Dies entspricht auch der Ansicht des Gesetzgebers, der in den Materialien zu § 300a EO ausführt, dass die stille Zession nur im Innenverhältnis wirkt.³²³² Zu Recht kann die stille Zession, bei der der Zedent noch zur Klagsführung berechtigt sein soll, mit der stRsp mit der mittelbaren Stellvertretung in eine Reihe gestellt werden.³²³³ Wesentliche Folge dessen ist, dass die Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung ohne Belang ist, da dem Zedenten noch die Rechtszuständigkeit für die Forderung zukommt.³²³⁴ Die stille Zession ist somit – sofern noch der Zedent gegenüber den Gläubigern auftreten soll – eine innerhalb der dargestellten Grundsätze systemkonforme Ausnahme zum Grundsatz, dass der Rechtsübergang mit Abschluss der Zessionsvereinbarung vonstattengeht.³²³⁵

Ähnlich ist die Position der jüngeren Rsp³²³⁶ bei der Doppelzession, wenn bei der ersten Zession kein Übertragungsakt gesetzt wird: Der Ersterwerber obsiegt hier nach Ansicht des OGH – entgegen jener des OLG Linz – auch dann, wenn der Zweiterwerber den Gläubiger zuerst von der Zession verständigt hat.³²³⁷ Da die Drittschuldnerverständigung wohl durchaus als rechtliche Erwerbungsart iSd §§ 427 f ABGB aufgefasst werden könnte, ist dies ein unmittelbares Zeugnis dafür, dass der Eigentumsübergang an der zedierten Forderung bereits mit dem Titel zustande kommt. Daraus folgt konsequent, dass im Fall der Doppelzession auch kein Bereicherungsanspruch nach § 1041 ABGB für den Zweiterwerber besteht.³²³⁸

Der Modus bei der Rechtsübertragung bei der Zession ist aber auch nach der hL³²³⁹ nicht völlig ohne Bedeutung. Denn aus dem Erfordernis der „wirklichen Übergabe“ in § 943 ABGB wird auch bei Schenkungen von unkörper-

3229 OGH 4.6.1987, 7 Ob 30/86.

3230 StRsp; s bspw OGH 22.2.1995, 3 Ob 522/95; OGH 13.7.1972, 2 Ob 91/72, OGH 2.7.1969, 7 Ob 99/69.

3231 OGH 11.3.1996, 1 Ob 638/95.

3232 ErlRV 261 BlgNR, 18. GP 6.

3233 OGH 25.11.2009, 3 Ob 191/09y; OGH 25.9.2002, 7 Ob 137/02a; OGH 28.1.1970, 3 Ob 142/69.

3234 OGH 13.12.1984, 8 Ob 590/84; OGH 2.7.1969, 7 Ob 99/69.

3235 AA *Thöni* in Klang³ § 1392 Rz 141.

3236 Die ältere Rsp lässt dahingehend denjenigen, gegen den ein Erwerbsakt gesetzt wird, gegenüber dem Ersterwerber prävalieren, vgl OGH 18.2.1880, Nr 1004 GIU 7862. Auch im ALR wurde in stRsp davon ausgegangen, dass dem zweiten Zessionar, dem die Schuldurkunde übergeben wurde, die Rechtszuständigkeit zukommt, s mwN *Wellspacher*, Vertrauen 191.

3237 OGH 21.1.1975, 5 Ob 322/74.

3238 OGH 21.12.2020, 1 Ob 141/20x.

3239 Statt aller *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁷ § 943 Rz 7; *Ertl* in Klang³ § 943 Rz 12 ff.

lichen Sachen gefolgert, dass eine rechtliche Erwerbungsart iSd §§ 426 ff ABGB gegeben sein muss. Dies wird jedoch eigenständig mit dem Übereilungsschutz und dem Schutz der Gläubiger vor einem unlauteren Zusammenspiel zwischen Geschenkgeber und Beschenktem begründet.³²⁴⁰

2.2.1.1.4. *Eigene Ansicht*

Zur Frage, ob auf den derivativen Erwerb von Rechten die §§ 423 ff ABGB Anwendung finden und sohin auch eine rechtliche Erwerbungsart vonnöten ist, besteht – wie gesehen – eine komplexe Gemengelage. Während dies im Regelungskonzept des Gesetzgebers klar bejaht wird, kam es zwischenzeitlich zu einem wirtschaftlichen Funktionswandel insb im Kontext der Zession: Während der Gesetzgeber davon ausging, dass zederte Rechte in Schuldscheinen beurkundet sind, die – etwa nach Maßgabe des § 427 ABGB – ohne Weiteres einer rechtlichen Erwerbungsart zugänglich sind, ist dies im modernen Rechtsverkehr nur noch sehr eingeschränkt der Fall. Es erwächst somit die Frage, wie der veränderten Bedeutung von Schuldscheinen normativ Rechnung getragen werden kann.

Klar abzulehnen ist hierbei eine Position, die diesbezüglich von einer absoluten Unveränderlichkeit der Wertungen des ABGB ausgeht. Denn es ist unzweifelhaft, dass mit dem Zeitraum, der zwischen dem gesetzlichen Regelungsplan und der Regelauslegung liegt, auch die Notwendigkeit von Rechtsfortbildungen wächst.³²⁴¹ Durch zivilrechtliche Wertungen aus dem frühen 19. Jhd soll nicht ein Wirtschaftssystem aus dieser Zeit versteinert und konserviert werden. Vielmehr zeigt sich insb durch moderne gesetzgeberische Wertungen wie etwa in § 1396a ABGB, dass Forderungen eine zunehmende Bedeutung für die Kreditsicherung zukommt.³²⁴² Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass für den Rechtsübergang im Zessionskontext die Ausstellung eines Schuldscheins, der nach Maßgabe der §§ 426 f ABGB übergeben wird, nicht vonnöten ist. Rechte können auch ohne eine Beurkundung bzw Verbriefung übertragen werden, was heute auch völlig unstr ist.

Bejaht man die Existenz einer Regelungslücke hinsichtlich der Erwerbungsart iZm der Zession von völlig publizitätslosen Rechten, stellt sich die Frage der Lückenfüllung. Einerseits könnte der klare Wortlaut des Gesetzes dahingehend interpretiert werden, dass auch bei Fehlen eines Schuldscheins eine sonstige Übergabe iSd §§ 427 f ABGB vorliegen müsse. Hierbei kommt va die Drittschuldnerverständigung in Betracht, da eine sonstige Übergabe durch Zeichen bei rein unkörperlichen Rechten ohne Publizität ausscheiden muss.³²⁴³ Andererseits könnte auf das Erfordernis einer eigenständigen rechtlichen Er-

3240 Ertl in Klang³ § 943 Rz 12.

3241 Mayer-Maly, Auslegen und Verstehen, JBl 1969, 413 (413, Fn 5); Zweigert, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, in FS Böttcher (1969) 443 (447).

3242 Weiterführend Lukas ÖBA 2004, 755 (755 ff).

3243 Dahingehend Dearing in FS Eichler 94 ff; Hamburger, GrünhutsZ 1908, 105 (118 ff).

werbungsart durch teleologische Reduktion dieser Bestimmungen auch verzichtet und sohin iE eine Harmonisierung mit dem pandektistischen Paradigma der Zession hergestellt werden. Wiewohl erstere Auslegung wohl eher dem Ansinnen des Gesetzgebers aus 1811 entsprochen hätte, gibt es hierfür auch durchaus gewichtige Gegenargumente: So war auch in der Stammfassung anerkannt, dass für den Rechtsübergang bei der Zession die Verständigung des Schuldners keine unabdingbare Voraussetzung war; möglich war auch ein auf den Schuldschein bezogener Realakt. Eine stille Zession war somit auch in den Augen des Gesetzgebers der Stammfassung zulässig,³²⁴⁴ was bei einer Lückenfüllung nah am Gesetzeswortlaut nicht mehr der Fall sein würde. Es ist somit – insb mit Blick auf das vom Gesetzgeber anerkannte Interesse an der verbesserten Verwertbarkeit von Forderungen – bei der Zession methodisch zulässig, im Wege der Rechtsfortbildung auf das Erfordernis einer eigenständigen Erwerbungsart zu verzichten, sofern das Recht völlig publizitätslos ist.

Außer Streit gestellt wurde diese Auslegung mittlerweile durch den modernen Gesetzgeber. Dieser geht iZm der Forderungsexekution in § 300a EO ganz klar davon aus, dass es für den Übergang einer Forderung keiner Drittschuldnerverständigung bedarf. Es kommt somit zu einer ganz klaren Ablehnung einer – durchaus denkbaren – Position, die für den Rechtsübergang im Zessionskontext stets auf die Drittschuldnerverständigung abstellt. Hiermit stellt sich der jüngere Gesetzgeber aber explizit gegen die Wertungen, die sich in der Stammfassung wiederfinden. Denn es besteht ganz offensichtlich ein Widerspruch mit dem wesentlichen Zweck der rechtlichen Erwerbungsart, was sich besonders illustrativ bei der Doppelzession zeigt. Hier realisiert sich im Verständnis der hL genau jene Gefahr, die *Zeiller* dazu gebracht hat, vom Konsensprinzip abzugehen: Der redliche Zweiterwerber der Forderung kann keinerlei Maßnahmen setzen, um sicherzugehen, dass er ein Recht an der Forderung vom Zedenten ableiten kann; insb besteht im Regelfall – also außerhalb der Fälle der Beeinträchtigung fremder Forderungsinteressen – für den Zweiterwerber nur noch die Möglichkeit, sich an den Zedenten zu wenden.³²⁴⁵ Ebenso kann sich der Inhaber einer Forderung der Rechtsdurchsetzung durch die – im Einzelfall wohl nur schwerlich widerlegbare – stille Zession entziehen. Es kommt somit zu einer Bevorzugung desjenigen, der eine Zessionsvereinbarung abgeschlossen hat, gegenüber dem auf die äußerlichen Umstände vertrauenden Dritten bzw dem Zweiterwerber. Die Grundwertung des modernen Gesetzgebers steht somit jener des Gesetzgebers der Stammfassung diametral entgegen und kann somit durchaus auch rechtspolitisch hinterfragt werden.

Der auch gesetzgeberisch abgesicherte Befund, dass es beim derivativen Eigentumserwerb von publizitätslosen Rechten keiner Drittschuldnerverständigung bedarf, beantwortet die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 426 ff ABGB

3244 Dies erkannte auch die ältere Rsp an, vgl etwa OGH 28.10.1871, Nr 4697 GIU 4410.

3245 Dahingehend auch bereits *Hamburger*, GrünhutsZ 1908, 105 (107 ff).

auf den derivativen Erwerb von Rechten aber nicht vollumfänglich. Denn die Wertungen zur Zession werden ganz unstr auch für verbrieft Rechte herangezogen, ebenso denkbar ist, dass entgegen der allgemeinen Übung noch Schuldscheine bei zedierten Forderungen bestehen.³²⁴⁶ In diesen Fällen besteht durch die Urkunde eine gewisse sozialtypische Offenkundigkeit der jeweiligen Rechte und ihrer Zuordnung, von der auch der Gesetzgeber ausgegangen ist. Hierbei sind die Bestimmungen des ABGB klar: Es steht die Möglichkeit der Übergabe durch Zeichen (§ 427 ABGB) offen, sodass die rechtliche Erwerbsart ohne Weiteres durch einen Realakt in Bezug auf eine Urkunde gesetzt werden kann. Dementsprechend erfolgte hinsichtlich verbrieft Rechte auch kein eine Regelungslücke erzeugender Funktionswandel, der die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung nach sich ziehen würde. Ebenso bezieht sich die gesetzgeberische Wertung in § 300a EO nur auf die Notwendigkeit der Drittschuldnerverständigung; in Bezug auf die Übergabe durch Zeichen bleibt sie stumm. Daraus folgt, dass bei verbrieften Rechten eine Übertragungsart nach §§ 426 ff ABGB für den Rechtsübergang vonnöten ist.

Eine unterschiedliche Behandlung von publizitätslosen Rechten und durch Ausstellung von Urkunden kundbaren Rechten hinsichtlich ihrer Übertragung überzeugt auch wertungsmäßig. Denn die Besonderheit bei unverbrieften Rechten, für die auch anderwärtig keine Publizität hergestellt wird, besteht darin, dass eine sozialtypische Offenkundigkeit einzig durch die Information des Schuldners hergestellt werden kann. Sieht man es wie der Gesetzgeber als berücksichtigungswürdiges Interesse des Veräußerers an, dass die Rechtsübertragung nicht nach außen dringt, wird hier generell keine Möglichkeit bestehen, den Rechtsübergang kundbar zu machen. Der redliche Zessionar muss sich daher mit der Möglichkeit befassen, dass das Recht bereits zuvor abgetreten wurde, und hat dahingehend Vorkehrungen zu treffen. Anders liegen die Wertungsgesichtspunkte aber, wenn das Recht beurkundet ist. Denn die Urkunde kann durchaus als Rechtsscheinträger angesehen werden; der Zessionar, dem eine Urkunde übergeben wird, kann davon ausgehen, dass der Zedent in der Lage war, das Recht zu übertragen, und muss nur in geringerem Maße Nachforschungen betreiben. Bejaht man bei verbrieften Rechten die Rechtsübertragung ohne rechtliche Übergabeart, käme es sohin zu einer Diskrepanz zwischen dem Rechtsscheinträger der Urkunde und der tatsächlichen Berechtigung, die dadurch akzentuiert wird, dass die hL den gutgläubigen Eigentumserwerb bei Rechten ausschließt.³²⁴⁷ Dass bei verbrieften Rechten eine rechtliche Übergabeart vonnöten ist, ergibt sich sohin nicht nur unmittel-

3246 IdZ plädiert etwa *Wellspacher* mit dem beachtlichen Argument, dass der Schuldschein einen Rechtsschein erzeugt, für die Notwendigkeit einer rechtlichen Erwerbsart, s *Wellspacher*, Vertrauen 190 ff.

3247 S dazu ausf 2.2.2.4.

bar aus den Wertungen des Gesetzgebers der Stammfassung, sondern auch aus dem Interesse des Rechtsverkehrs.

Tatsächlich wird iZm der Übertragung von verbrieften Rechten auch von der hA die Notwendigkeit einer rechtlichen Erwerbungsart anerkannt. So wird bei Inhaberpapieren davon ausgegangen, dass die Übertragung nach sachenrechtlichen Regeln zu erfolgen hat,³²⁴⁸ wobei die Rsp hier eng auf die Übergabe der körperlichen Urkunde abstellt.³²⁴⁹ Bei Orderpapieren wird neben dem Indossament ebenso die Möglichkeit einer Abtretung bejaht,³²⁵⁰ wobei es nach der Rsp auch hier zur Übergabe des Papiers kommen muss.³²⁵¹ Str ist dies freilich bei Rektapapieren, bei denen aus der Innehabung allein noch nicht auf die Berechtigung des Vorlegenden geschlossen werden kann, weshalb stets die materiell-rechtliche Legitimation des Vorlegers zu prüfen ist.³²⁵² Hierbei ist unklar, ob es einer eigenständigen rechtlichen Erwerbungsart bedarf: Während hinsichtlich unternehmerischer Wertpapiere ohne Orderklausel (§ 363 UGB) von der hL die Auffassung vertreten wird, dass es auch einer Übergabe des Papiers bedarf,³²⁵³ hat sich insb iZm der Übertragung von als Rektapapiere zu qualifizierenden Sparbüchern³²⁵⁴ der Rechtssatz gebildet, dass die Übergabe des Papiers kein Tatbestandselement des Rechtsübergangs sei.³²⁵⁵ Die Entscheidungen, die diesen Rechtssatz bil-

3248 *Kepplinger* in Schwimann/Neumayr, ABGB: Taschenkommentar⁶ § 1392 Rz 4; *Lukas/Geroldinger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1392 Rz 8; *Heidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) § 1392 Rz 21.

3249 Vgl OGH 22.10.2014, 1 Ob 173/14v. Diese Wertung basiert iW auf dem engen, in Österreich abgelehnten Wertpapierbegriff, nach dem sich Wertpapiere nach den für körperliche Sachen entwickelten Grundsätzen übertragen lassen. Nach der hier vertretenen Ansicht sind, wie noch weiter ausgeführt wird, neben der Übergabe der Urkunde iSd § 427 ABGB freilich noch andere Formen der Übertragung möglich. Das verbrieft Recht ist somit ein von der Urkunde zu unterscheidendes Rechtsobjekt, über das auch grds eigenständig verfügt werden kann. Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass für die Geltendmachung des Rechts aus einem Wertpapier in aller Regel die Vorlage der Urkunde vonnöten ist. Dementsprechend besteht nach dem Rechtsübergang ein Anspruch auf Ausfolgung der Urkunde, s dazu weiterführend iZm der rechtlichen Erwerbungsart bei Namensaktien 2.2.1.2.2.3.

3250 *Thöni* in Klang³ § 1392 Rz 17; *Lukas/Geroldinger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1392 Rz 8.

3251 OGH 24.2.1971, 5 Ob 35/71.

3252 *Wolkerstorfer*, Zur Schenkung von Kleinbetragssparbüchern, ÖBA 2016, 201 (201); OGH 25.5.2016, 2 Ob 103/15h.

3253 MwN *Thöni* in Klang³ § 1392 Rz 18.

3254 Dies wird für Namensspargbücher der Postsparkasse ebenso angenommen wie sog Typ 2 Sparbücher mit einem Guthaben von zumindest 15 000 €, s dazu *Thöni* in Klang³ § 1392 Rz 20 f; OGH 25.5.2016, 2 Ob 103/15h (zu Großbetragssparbüchern); OGH 8.7.1975, 5 Ob 109/75 (zu Sparbüchern der Postsparkasse); dasselbe wird bzgl eines auf Namen lautenden Sparbuchs ohne Lösungswort angenommen, s OGH 24.2.2015, 5 Ob 20/15z.

3255 RIS-Justiz RS0010938.

deten, haben dabei durchwegs eine ähnliche Struktur: Es geht dabei um die Rechtsgültigkeit einer unentgeltlichen Übertragung von Sparbüchern. Hierbei spricht der OGH *obiter dictum* aus, dass die Übertragung von als Rektapapiere zu qualifizierenden Sparbüchern zwar grundsätzlich keines Modus bedürfe, bei einer schenkungsweisen Zession aber dennoch eine rechtliche Erwerbungsart gegeben sein müsse.³²⁵⁶ Unmittelbar über die Notwendigkeit der rechtlichen Erwerbungsart bei einem entgeltlichen Erwerb wird indes nicht abgesprochen. Bei verbrieften Rechten wird somit durchwegs von der Notwendigkeit einer rechtlichen Erwerbungsart ausgegangen, wobei dies nur hinsichtlich des entgeltlichen Erwerbs von Rektapapieren str ist.

In einer wertenden Betrachtung ist freilich auch beim entgeltlichen Erwerb von Rektapapieren die Notwendigkeit einer eigenständigen Erwerbungsart zu bejahen.³²⁵⁷ Denn auch wenn allein durch die Innehabung solcher Papiere noch nicht ohne Weiteres auf die Berechtigung geschlossen werden darf, geht von diesen eine wesentliche Rechtsscheinwirkung aus: Ein redlicher Zessionar kann darauf vertrauen, dass der Zedent, der ihm das Rektapapier überträgt, auch zur Rechtsübertragung berechtigt ist und dieses nicht bereits zuvor übertragen hat. Denn auch nach dem weiten Wertpapierbegriff liegt ein Wertpapier nur vor, wenn zur Geltendmachung des verbrieften Rechts die Innehabung der Urkunde vonnöten ist;³²⁵⁸ ein Zessionar wird daher regelmäßig auf Übergabe der Urkunde drängen. Dass es entgegen der älteren Rsp³²⁵⁹ auch für den entgeltlichen Erwerb von in Rektapapieren verbrieften Rechten einer rechtlichen Erwerbungsart bedarf, ist aber wohl in aller Regel nur von theoretischem Interesse. Denn ein Zessionar, der ein Recht entgeltlich erwirbt, wird nur in äußerst seltenen Fällen auf einen Realakt verzichten, mit dem ihm die Verfügungsmacht über das Recht eingeräumt wird.³²⁶⁰ IE kann daraus aber die These gebildet werden, dass bei der Übertragung sämtlicher verbriefter Rechte eine rechtliche Erwerbungsart iSd §§ 426 ff ABGB vonnöten ist, was sich auch stringent in das – hinsichtlich dieser Rechte wie gezeigt lückenlose – Regelungssystem des ABGB einfügt. Auch wenn sich durch die Anerkennung der Notwendigkeit einer rechtlichen Erwerbungsart beim entgeltlichen Erwerb von Rektapapieren in der Rechtspraxis nur wenig ändern dürfte, kann dadurch eine dogmatisch konsistente Einordnung in das System der Rechtsübertragung im ABGB sichergestellt werden.

3256 Ausdrücklich OGH 8.4.1981, 1 Ob 567/81; OGH 8.7.1975, 5 Ob 109/75; in diese Richtung gehend auch OGH 25.5.2016, 2 Ob 103/15h.

3257 S dazu bereits *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024, 30 ff.

3258 *Koller/Wolkerstorfer*, Wertpapierrecht² 9 f.

3259 Ausdrücklich OGH 8.4.1981, 1 Ob 567/81; OGH 8.7.1975, 5 Ob 109/75.

3260 Wenn bspw ein als Rektapapier zu qualifizierendes Sparbuch entgeltlich erworben wird, wird wohl ganz regelmäßig die Übergabe des Sparbuchs – meist samt Lösungswort – verlangt werden. Ansonsten könnte ein bösgläubiger Zedent seine Gegenleistung nach seinem Belieben verringern.

Die Erwägungen zu verbrieften Rechten treffen in einem verstärkten Maß auch für Rechte zu, die in ein öffentliches Register eingetragen sind. Denn durch die Publizität der Intabulation wird ein besonders starker Rechtschein geschaffen, dass dem Eingetragenen auch tatsächlich das Recht zukommt, weshalb es hier besonders unbillig scheint, dem redlichen Zweitzessionar, der auf die Registereintragung vertraut hat, auf Schadenersatzansprüche gegen den Zedenten zu verweisen.³²⁶¹ Im allgemein-zivilrechtlichen Kontext wird dies insb iZm der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Hypothekarforderungen³²⁶² diskutiert, wobei hierzu als zusätzlicher Wertungsgesichtspunkt die akzessorische Ausgestaltung der Hypothek kommt: Wenn die Rechtszuständigkeit an der Forderung und am Pfandrecht verschiedenen Rechtssubjekten zukäme, würde ein Pfandrecht ohne Sicherungszweck geschaffen, weshalb diese zwingend gemeinsam übertragen werden müssen.³²⁶³ Denkbar ist dabei einerseits ein *ipso-jure*-Übergang beider Rechte, der keiner Erwerbungsart bedarf,³²⁶⁴ aber auch andererseits, dass die Übertragung der Hypothekarforderung von einer Intabulation abhängig ist. Die stRsp³²⁶⁵ und die üL³²⁶⁶ folgen zu Recht dem zweiten Ansatz: Geht man davon aus, dass der Erwerb von Rechten im Regelungssystem des ABGB grundsätzlich einer rechtlichen Erwerbungsart bedarf, wäre es unzulässig, die Sonderwertung für publizitätslose unverbriefte Rechte auf Rechte, die durch Eintragung in ein öffentliches Register im höchsten Maße kundbar sind, zu übertragen. Vielmehr ist daher als rechtliche Erwerbungsart bei Hypothekarforderungen – gleich wie bei der Hypothek selbst – gem § 431, § 445 ABGB eine Intabulation der Übertragung vonnöten. Gegenstand der grundbücherlichen Eintragung ist dabei aber nicht der Übergang

3261 Tw wird idZ auch für die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs der gesicherten Forderung plädiert, s dazu ausf *Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen (2003) 81 ff, vgl dazu auch *Moser*, Das Einlösungsrecht des § 462 ABGB (2021) 184 ff.

3262 Hierbei ist freilich zwischen der Festbetragshypothek und der Höchstbetragshypothek zu unterscheiden, da bei letzterer grundsätzlich nur die Forderung, nicht aber das Pfandrecht auf den Neugläubiger übergeht.

3263 *Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 76 ff.

3264 Dafür ausf plädierend *Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 40 ff.

3265 OGH 14.12.2011, 3 Ob 218/11x; OGH 21.10.2010, 5 Ob 126/10f; OGH 24.7.1996, 8 Ob 2042/96v.

3266 *Kepplinger* in Schwimann/Neumayr, ABGB: Taschenkommentar⁶ § 1392 Rz 6; *Neumayr* in KBB⁷ § 1394 Rz 3; *Lukas/Geroldinger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1392 Rz 9; *Thöni* in Klang³ § 1392 Rz 15; *Hofmann* in Rummel, ABGB³ (2000) § 449 Rz 6; *Gschnitzer*, Sachenrecht 180; die Notwendigkeit eines Modus für die Übertragung einer hypothekarisch besicherten Forderung ablehnend *Reischauer*, Probleme bei Umschuldung hypothekarisch sichergestellter Verbindlichkeiten Teil 2, ÖJZ 1982, 309 (311 f); *F. Bydliński* in Klang IV/2² (1978) § 1063 (651 f); mit einer solchen Herangehensweise wohl sympathisierend *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht² § 13 Rz 82, s mwN zur älteren Lit OGH 21.10.2010, 5 Ob 126/10f Rz 2.

der Forderung, sondern bloß die Pfandrechtseintragung,³²⁶⁷ was jedoch nichts daran ändert, dass ohne grundbücherliche Einverleibung die besicherte Forderung nicht übergehen kann. Daraus ergibt sich, dass bei der rechtsgeschäftlichen³²⁶⁸ Übertragung von in öffentlichen Registern eingetragenen Rechten nach allgemeinen Wertungen der Rechtsschein durch die rechtliche Erwerbungsart beseitigt werden muss.

Aus alledem folgt im Ergebnis, dass nach dem Regelungssystem des ABGB für den derivativen Rechtserwerb grds auch eine rechtliche Erwerbungsart gegeben sein muss. Durch jüngere Rechtsschichten und einen Funktionswandel hinsichtlich der Bedeutung des Schuldscheins hat sich jedoch für völlig publizitätslose Rechte eine nachträgliche Regelungslücke ergeben, die durch eine teleologische Reduktion der Bestimmungen der §§ 426 ff ABGB saniert werden kann. Bei verbrieften Rechten oder aber auch bei Rechten, die in ein öffentliches Register eingetragen sind, steht die gesetzgeberische Wertung aus 1811 aber nach wie vor in Geltung, weshalb hier für den derivativen Rechtsübergang neben dem Recht des Vormanns auch ein Titel und eine rechtliche Erwerbungsart gegeben sein müssen.

2.2.1.2. Erwerb ausgewählter Rechte

Nachdem festgestellt werden konnte, dass im Regelungssystem des ABGB die §§ 426 ff grds auch auf die Übertragung von Rechten Anwendung finden, soll nun der derivative Erwerb an Hand ausgewählter Beispiele im Kontext von Immaterialgüterrechten und Mitgliedschaftsrechten thematisiert werden. Der Fokus liegt hierbei – wie schon in der vorangegangenen allgemeinen Betrachtung – auf der Frage, welche rechtliche Übergabeart für den Rechtserwerb gegeben sein muss.

Besondere Bedeutung kommt idZ der Übergabe durch Zeichen zu. In § 427 ABGB finden sich drei Typen von Zeichen, die für eine symbolische Übergabe in Betracht kommen. Dies sind Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird, Werkzeuge, die die Übernehmer in den Stand setzen, abschließend Besitz an der Sache zu ergreifen, und Merkmale, die das Eigentumsrecht anzeigen. Diese Aufzählung ist freilich nur deklarativ, was auch der

3267 OGH 21.10.2010, 5 Ob 126/10f.

3268 Aus diesem Blickwinkel erklärt sich auch, weshalb bei der gesetzlichen Zession (§ 1358 ABGB) und der notwendigen Zession (§ 1422 ABGB) anders als bei der rechtsgeschäftlichen Zession der Rechtsübergang bei der hypothekarisch gesicherten Forderung ohne besondere Traditionshandlung vonstattengeht. Denn hier begründet sich das Recht des Neugläubigers unmittelbar auf Gesetz (§ 859 ABGB); die Voraussetzungen von Titel und Erwerbungsart, wie sie für die rechtsgeschäftliche Zession bestehen, müssen hier nicht erfüllt sein. Erachtet man bei der Übertragung der hypothekarisch gesicherten Forderung die Eintragung in das Grundbuch als rechtliche Erwerbungsart, muss diese somit bei den genannten Formen der Zession nicht vorliegen; ihr kommt nur deklarative Bedeutung zu, vgl dazu OGH 14.12.2011, 3 Ob 218/11x; OGH 24.1.2006, 5 Ob 169/05x.

hL entspricht:³²⁶⁹ Nach *Zeiller* sind alle Zeichen, die zweckmäßig zur Darstellung des übertragenen Eigentums sind, hinreichend für eine Übergabe, solange der Besitzergreifung des Übernehmers nichts entgegensteht; iZw muss darauf abgestellt werden, ob durch das Zeichen redlich und vorsichtig handelnde Personen zu Schaden kommen.³²⁷⁰ Nach *Klang* ist wesentlich, ob die Zeichen so beschaffen sind, „dass sie nach der Verkehrsübung als Zeichen der Eigentumsübertragung gelten und als solche jedem Interessenten erkennbar sind.“³²⁷¹ Der Begriff des Zeichens in § 427 ABGB ist somit prinzipiell weit.

Als in § 427 ABGB nicht explizit angeführtes Zeichen kann etwa die tatsächliche Rechtsausübung angesehen werden. Hierbei besteht in der Rsp eine Tendenz, auch auf die konkrete Möglichkeit der Nutzung der übergebenen Sache abzustellen.³²⁷² So sprach der OGH etwa aus, dass ein Wohnrecht rechtsgültig übertragen werden kann, wenn ein Besitz am versprochenen Gebrauchsrecht eingeräumt wird.³²⁷³ Auch wird die nachträgliche Zustimmung des Kontoinhabers zu einer durch den Übernehmer veranlassten Überweisung auf sein Konto als wirkliche Übergabe angesehen.³²⁷⁴ Damit im Einklang steht auch die Wertung, dass die fortwährende Nutzung einer Sache samt alleiniger Kostentragung als Übergabe anzusehen ist.³²⁷⁵ Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass die Rsp nicht nur die Einräumung der Möglichkeit der Besitzergreifung durch ein Werkzeug, sondern auch die konkret erfolgte Besitzergreifung des übertragenen Gegenstands als Übertragung iSd § 427 ABGB anerkennt.³²⁷⁶ Dies ist auch für den Rechtserwerb von Bedeutung: Denn der Gebrauch eines Rechts durch den Übernehmer ist – sofern er im eigenen Namen erfolgt – gem § 312 ABGB als Erwerb des Rechtsbesitzes anzusehen. Durch die Ausübung des Rechts kommt es hinsichtlich der Übertragung des Rechts somit in gleicher Weise zum Erwerb einer Besitzposition wie bei der körperlichen Übergabe hinsichtlich der Übertragung einer körperlichen Sache. In der Folge der Ausübung des Rechts ist der Berechtigte in beiden Fällen in der Lage, gegen Störungen vorzugehen. Hieraus folgt, dass auch das konkrete Verhalten des Veräußerers, das den Rechtsbesitz des Erwerbers begründet, als Zeichen iSd § 427 ABGB angesehen werden könnte.

3269 MwN *Klang* in *Klang* II² § 427 Rz 4 (321).

3270 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 427 Rz 4 (224).

3271 *Klang* in *Klang* II² § 427 Rz 4 (321).

3272 Dahingehend auch *Gusenleitner*, Ersitzung 199.

3273 OGH 18.11.1981, 3 Ob 580/81 NZ 1983, 40.

3274 OGH 22.1.2015, 1 Ob 1/15a.

3275 OGH 20.12.2016, 1 Ob 229/16g.

3276 Freilich muss hierzu ein Einverständnis mit dem Übertragenden bestehen.

2.2.1.2.1. Immaterialgüterrechte

Hinsichtlich des Erwerbs von Immaterialgüterrechten gilt es auf Grund des unterschiedlichen Regelungskontexts zwischen dem Patentrecht,³²⁷⁷ dem Kennzeichenrecht und dem Erwerb von Lizenzen zu differenzieren. Da das Urheberrecht am Schöpfer anhaftet und nicht übertragen werden kann, braucht hier nur der Erwerb von urheberrechtlichen Werknutzungsrechten und -bewilligungen thematisiert werden.

2.2.1.2.1.1. Patentrecht

Das PatG beinhaltet sehr eindeutige Wertungen zum Rechtserwerb. Gem § 33 PatG kann das Patentrecht sowie das Recht aus der Anmeldung eines Patents³²⁷⁸ zur Gänze oder nach ideellen Teilen durch Rechtsgeschäft auf andere übertragen werden.³²⁷⁹ Diesbezüglich ergibt sich aus § 43 Abs 1 PatG, dass das Patentrecht sowie dingliche Rechte am Patentrecht mit der Eintragung in das Patentregister erworben und gegenüber Dritten wirksam werden. Dies gilt dabei gleichermaßen für den ursprünglichen Rechtserwerb in Folge der Patentanmeldung wie auch für den derivativen Rechtserwerb nach Maßgabe des § 33 PatG.³²⁸⁰ Im Resultat ist der Erwerb des Patentrechts somit dem Erwerb einer unbeweglichen Sache gem § 431 ABGB nachgebildet.

Es bestehen freilich Indizien dahingehend, dass das patentrechtliche Eintragungsprinzip über das allgemein-zivilrechtliche hinausgeht. Denn im Fall der Gesamtrechtsnachfolge wird von der Rsp³²⁸¹ davon ausgegangen, dass es vor der Eintragung in das Patentregister zu keinem echten außerbücherlichen Rechtserwerb kommt, vielmehr bedarf es hier stets einer Registereintragung.³²⁸² Diese strenge Auslegung des Eintragungsprinzips wird freilich dadurch abgemildert, dass auch dem Titel der Übertragung Wirkungen gegenüber Dritten eingeräumt werden.³²⁸³ Ob diese Abweichung von den

3277 Auf Grund der relativ geringen Bedeutung der Übertragung des Erfinderrechts soll dieses hier nicht näher thematisiert werden.

3278 Hierbei wird die rechtliche Übergabe – wie auch beim Markenrecht – darin bestehen, dass dem Übernehmer die Unterlagen, um eine Umschreibung des Patents zu erwirken, übergeben werden.

3279 Vor der Eintragung wird im Fall der Dienstervindung davon ausgegangen, dass eine positive Inanspruchnahmeerklärung durch den Dienstgeber als Erwerbungsart anzusehen ist. S dazu weiterführend *Mayr*, Der Eigentumserwerb an Dienstervindungen und sachenrechtliche bzw schuldrechtliche Konsequenzen des Erwerbs vom Nichtberechtigten, ÖJZ 1997, 691 (692 f).

3280 *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 33 Rz 28; *Hodik*, Überlegungen zur Theorie des Immaterialgüterrechts, UFITA 96 (1983) 93 (100); ebenso auch OGH 12.2.1991, 4 Ob 173/90.

3281 OPM 27.2.2008, Op 2/07 PBl 2008, 97; für das strenge Eintragungsprinzip im Patentrecht grundlegend OGH 12.2.1991, 4 Ob 173/90 – *Trennwand*.

3282 Zur Gesamtrechtsnachfolge im Patentrecht, s *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 33 Rz 27 ff.

3283 Dazu weiterführend 3.1.3.

allgemein-zivilrechtlichen Wertungen zulässig ist, muss freilich kritisch beurteilt werden. Erstens hat der Gesetzgeber selbst klargestellt, dass im Fall des Ablebens des Patentberechtigten eine Ausnahme vom Eintragungsprinzip vorliegt, sodass „*die Erben, ohne dass die Registereintragung erfolgt, in die Rechte und den Besitz des Erblassers*“ eintreten.³²⁸⁴ Zweitens ist bei den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge eine eigenständige rechtliche Übertragungsart vorgesehen – die Einantwortung gem § 819 ABGB im Fall der Erbschaft, im Fall von Umgründungen die Eintragung in das Firmenbuch.³²⁸⁵ Wenn es somit nach allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge zur Aufweichung des Eintragungsprinzips kommt, ist nicht ersichtlich, weshalb im Patentgesetz – ohne gesetzliche Veranlassung – davon abgewichen werden sollte.

Diese strenge Handhabung des Eintragungsprinzips verspricht zwar Rechtssicherheit, erschwert aber die Übertragbarkeit des Patentrechts. Dies betrifft insb die Konstellation des Streckengeschäfts – wenn also mehrere Kaufverträge in einer Kette geschlossen werden; hier müsste das Patent stets in das Register eingetragen werden, bevor es weiterveräußert wird, da ansonsten mangels Berechtigung des Vormanns kein Recht derivativ erworben werden könnte. Abhilfe könnte hier eine analoge Anwendung des § 22 GBG schaffen, wonach die einzelnen Rechtsübergänge nicht einzeln in das Register eingetragen werden müssen; vielmehr reicht es aus, wenn eine geschlossene Titelkette in der Form vorliegt,³²⁸⁶ wie es auch für die Einverleibung der außerbücherlichen Vormänner notwendig gewesen wäre.³²⁸⁷ Voraussetzung hierfür ist freilich, dass jeder Zwischenerwerber das einzutragende Recht in verbücherungsfähiger Art und Weise erworben hat.³²⁸⁸ Es kommt nach expliziter Aussage der Rsp somit nicht zu einer Einschränkung des grundbücherlichen Eintragungsgrundsatzes oder der Anerkennung des außerbücherlichen Rechtserwerbs, sondern bloß zu einem Entfall von überflüssigen Einverleibungen.³²⁸⁹ Durch § 22 GBG kommt es somit unter Einhaltung des Eintragungsgrundsatzes zu einer Erleichterung der Übertragbarkeit einer Liegenschaft.

Um eine – wohl unbestrittenermaßen sinnvolle³²⁹⁰ – analoge Anwendung von § 22 GBG auf die Übertragung von Patentrechten rechtfertigen zu können, bedarf es einer Lücke im Regelungsplan des Gesetzgebers des PatG. An einer solchen fehlt es aber wohl: In den Materialien wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für das Patentrecht nur mit äußerstem Bedacht auf die Be-

3284 ErlRV 1420 BlgAH, 11. Sess, 69.

3285 Vgl zB § 14 Abs 2 SpaltG.

3286 Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht² § 22 Rz 1.

3287 Wagner/Ecker in Klang³ § 431 Rz 15.

3288 S jüngst OGH 5.3.2021, 5 Ob 220/20v, vgl RIS-Justiz RS0060662.

3289 RIS-Justiz RS0107463.

3290 Vgl aber zum Gebührenrecht Stadler/Gehring/Holzweber in Stadler/Koller, PatG §§ 43 ff Rz 101.

stimmungen zum Grundbuch zurückgegriffen werden soll.³²⁹¹ Zudem fand sich die Bestimmung des § 22 GBG bereits wortgleich in § 22 des Allgemeinen Grundbuchgesetzes aus 1871. Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber im Jahr 1896 die Möglichkeit einer Sprungeintragung auch beim Patentrecht bewusst war, er sich aber ausdrücklich gegen eine Einbeziehung dieser Möglichkeit im PatG entschieden hat. Es fehlt sohin an einer Lücke im PatG, die durch analoge Anwendung von § 22 GBG geschlossen werden könnte; es liegt daher am Gesetzgeber, diese Möglichkeiten den Rechtsinhabern zu eröffnen.

2.2.1.2.1.2. Kennzeichenrecht

Anders als im PatG fehlt es im MaSchG an einer umfassenden Regelung zum derivativen Rechtserwerb. Als Realisierung des Grundsatzes der freien Übertragbarkeit der Marke sieht § 11 Abs 1 MaSchG bloß vor, dass die eingetragene Marke unabhängig von einem Eigentumswechsel am Unternehmen übertragen werden kann; nach § 11 Abs 3 MaSchG kann nur derjenige, der in das Markenregister eingetragen ist, Rechte gegenüber dem Patentamt geltend machen. Die Bestimmung des § 2 MaSchG, nach der der Erwerb des Markenrechts eine Registereintragung erfordert, ist systematisch im Regelungskontext des originären Erwerbs des Markenrechts zu interpretieren. Dies bestätigt sich dadurch, dass nach § 19 Abs 1 MaSchG das Markenrecht mit Eintragung in das Markenregister entsteht. Aus den Bestimmungen des in Geltung stehenden MaSchG geht somit nicht klar hervor, ob für den derivativen Erwerb der Marke die Registereintragung vonnöten ist.

Dieses Regelungsdefizit lässt sich darauf zurückführen, dass die Marke bis zur Markenrechtsnovelle 1977 nur sehr eingeschränkt übertragen werden konnte. Davor klebte das Markenrecht – nach explizitem Wortlaut des Gesetzes – am Unternehmen; Ausnahmen für den Fall der Fortführung des Unternehmens fanden sich aber bereits im MaSchG 1858.³²⁹² Die Struktur dieser Ausnahmeregeln ist hier von Interesse: Nach § 5 MaSchG 1858 sowie § 9 MaSchG 1890³²⁹³ musste im Fall des „Besitzwechsels des Unternehmens“ der neue Besitzer die Marke binnen dreier Monate nach erfolgter Erwerbung des Besitzes am Unternehmen auf seinen Namen umschreiben lassen, widrigenfalls es zum Erlöschen des Rechts kam. Mit § 9 Abs 2 MaSchG 1935³²⁹⁴ wurde die Rechtsfolge der Übertragung geändert: Der neue Besitzer des

3291 „Trotzdem das Eintragungsprinzip dem Grundbuchsrecht entlehnt wurde und nebst dem in den Entwurf noch einige andere Bestimmungen aus der Grundbuchsordnung übernommen wurden, so sollte doch keinesfalls über den vorgezeichneten Zweck der Bestimmung des Erwerbsakts hinausgegangen werden.“, s ErlRV 1420 BlgAH, 11. Sess, 70.

3292 RGBI 1858/230.

3293 RGBI 1890/19.

3294 BGBI 1935/130.

Unternehmens hatte eine Änderung des Registerstands nur noch zu erwirken, wenn er das Unternehmen unter veränderter Firma fortführt; unterlässt er eine Registeränderung, „*kann er das Markenrecht nicht geltend machen*“, was auch der Rechtslage nach dem MaSchG 1970 entspricht. Die heute in Kraft stehende Regelung ist auf die Novelle im Jahr 1977 zurückzuführen, mit der die freie Übertragbarkeit von Marken eingeführt wurde.³²⁹⁵ Hierbei wurde die Einschränkung der Geltendmachung des Rechts auf das Verfahren vor dem Patentamt eingeschränkt.³²⁹⁶

Aus der historischen Genese des Markenrechts lassen sich Schlüsse für die Auslegung der Übertragung ziehen. Dabei ergibt sich aus den historischen Bestimmungen des 19. Jhds, dass das Markenrecht gemeinsam mit dem Unternehmen übergegangen ist. Das Markenrecht verbleibt somit nicht beim Übergeber; nur dann ist die Nichtigkeitssanktion bei fehlender Ummeldung der Marke sinnvoll. Dasselbe gilt auch für die Wertung des MaSchG 1935: Die Marke geht mit dem Unternehmen über, nun ist der Übernehmer aber bloß daran gehindert, das Markenrecht auszuüben. Verstärkt wird dies in der momentan in Geltung stehenden Fassung des MaSchG, in der nur die Geltendmachung von Rechten im Verhältnis zum Patentamt bis zur Umschreibung des Registerstands gehemmt ist. Daraus folgt, dass in der Genese der Bestimmungen für die Zuordnung des Markenrechts nie auf die Eintragung in das Markenregister abgestellt wurde; die fehlende Änderung des Registerstands zog allenfalls negative Wirkungen für den Rechtsinhaber mit sich.³²⁹⁷ Anders als nach generellen Wertungen ist beim Markenrecht als ein in ein öffentliches Register eingetragenes Recht somit die Registereintragung keine notwendige Voraussetzung für den Rechtsübergang.

Es stellt sich somit für registrierte und für nicht registrierte³²⁹⁸ Kennzeichen gleichermaßen die Frage, nach welchen Grundsätzen der derivative Rechtserwerb vonstattengeht. Hierbei kommt für die registrierte Marke in sinngemäßer Anwendung des § 427 ABGB eine Übergabe durch den schriftlichen Nachweis für den Abschluss des Rechtsgeschäfts samt Zustimmung zur Übertragung der Marke mit beglaubigten Unterschriften in Betracht.³²⁹⁹ Hierdurch wird der Übernehmer ermächtigt, die Umschreibung beim Patentamt zu veranlassen und dadurch in der Folge auch umfassend alle Rechte eines Markeninhabers auszuüben; es handelt sich somit um eine Adaption der Wer-

3295 ErlRV 489 BlgNR, 14. GP 8.

3296 ErlRV 489 BlgNR, 14. GP 11.

3297 Dies entspricht auch der hL, s. *Salomonowitz* in Kucsko/Schumacher, marken. schutz³ § 11 Rz 8; *Grünzweig*, Markenrecht: Praxiskommentar¹¹ (2018) § 11 Rz 17; *Engin-Deniz*, MSchG³ 532 f.

3298 S dazu bereits AT 2.2.2.2.3.

3299 *Engin-Deniz*, MSchG³ 536.

tungen des § 427 ABGB zur Übertragung durch Werkzeuge.³³⁰⁰ Es wird somit dem Übernehmer freigestellt, zu welchem Zeitpunkt er eine Ummeldung beim Markenregister vornehmen möchte. Beim nicht-eingetragenen Kennzeichen scheidet eine Übergabe durch Zeichen hingegen in aller Regel aus. Vielmehr wird hier nur eine tatsächliche Ausübung des Kennzeichenrechts in Frage kommen, weshalb das Kennzeichen für den Rechtsübergang im geschäftlichen Verkehr gebraucht werden muss. Anders als im Patentrecht ergibt sich die Erwerbungsart des Kennzeichens somit nach Maßgabe der §§ 427 f ABGB.

2.2.1.2.1.3. Lizenzen

Zur Übertragung von immaterialgüterrechtlichen Lizenzen traf der Gesetzgeber Sonderwertungen, die deren Veräußerbarkeit einschränken. Dies zeigt sich besonders illustrativ bei urheberrechtlichen Werknutzungsrechten: Hier sieht § 27 Abs 2 UrhG vor, dass eine Übertragung im Weg der Sonderrechtsnachfolge der Einwilligung des Urhebers bedarf, die dieser aber nur aus wichtigem Grund verweigern kann; freilich kann dieses Zustimmungserfordernis auch abbedungen werden.³³⁰¹ Im Fall eines Unternehmensübergangs entfällt dieses Erfordernis aber nach § 28 UrhG, sofern mit dem Urheber nichts anderes vereinbart wurde.³³⁰² Diese Bestimmungen können als Sonderwertung zur Erwerbungsart aufgefasst werden: Ein Werknutzungsrecht kann nur dann derivativ erworben werden, wenn als rechtliche Übergabeart eine Zustimmung des Urhebers vorliegt, andere Erwerbungsarten scheiden aus. Daraus folgt, dass die fehlende Einwilligung des Urhebers – ob berechtigt oder nicht – absolut wirkt und den Rechtsübergang hindert; allenfalls kann der Erwerber Klage auf Einwilligung erheben.³³⁰³ Während die lizenzvertraglich abbedungene Einwilligungserfordernis als vorweggenommene Übergabeart angesehen werden kann, kann umgekehrt im Lizenzvertrag auch ein gegen Dritte wirksames Veräußerungsverbot vereinbart werden.³³⁰⁴ Der derivative Erwerb von urheberrechtlichen Werknutzungsrechten hat somit grds³³⁰⁵ die Einwilligung des Urhebers zur Voraussetzung.

Strukturell ähnlich, aber im Einzelnen weitergehend, sind die Wertungen zur Übertragbarkeit der Patentlizenz. Gem § 38 PatG bedarf die Übertragung von Lizenzen generell der Zustimmung des Patentinhabers, sofern kein Unternehmensübergang vorliegt.³³⁰⁶ Es besteht somit – anders als nach

3300 Mangels hinreichender Publizität wird dies für die Begründung eines Pfandrechts freilich nicht ausreichen, vgl auch *Salomonowitz* in *Kucsco/Schumacher*, markenschutz³ § 11 Rz 71 ff.

3301 *Büchele* in *Handig/Hofmarcher/Kucsco*, urheber.recht³ § 28 UrhG Rz 21.

3302 *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht 22. Lfg (2021) § 27 Rz 1.

3303 *Büchele* in *Handig/Hofmarcher/Kucsco*, urheber.recht³ § 28 UrhG Rz 20 ff; *Feltl* in *Görg/Feltl*, UrhG Praxiskommentar (2023) § 27 Rz 3.

3304 *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 27 Rz 7.

3305 Sofern kein Fall des § 28 UrhG vorliegt.

3306 Dazu ausf *Koller* in *Stadler/Koller*, PatG § 38 Rz 9 ff.

urheberrechtlichen Wertungen – weder eine Einschränkung auf ausschließliche Lizenzen noch auf ein Verweigerungsrecht aus wichtigem Grund. Die Zustimmung des Patentinhabers ist auch hier als Übertragungsart iSd §§ 427 f ABGB anzusehen, weshalb der Rechtsübergang scheitert, sofern es an einer Einwilligung fehlt.

Fraglich ist, nach welchen Grundsätzen sich die Übertragung von Lizenzen³³⁰⁷ richtet, sofern keine gesetzlichen Sonderwertungen vorhanden sind. Dies betrifft markenrechtliche Lizenzen gleichermaßen wie die urheberrechtliche Werknutzungsbewilligung. Hierzu wurde vom VwGH erwogen, dass die Übertragung der Lizenz mangels gesetzlicher Verankerung generell unzulässig sei.³³⁰⁸ Diese Ansicht ist jedoch mit der hL³³⁰⁹ abzulehnen, da hier eine unzulässige Erweiterung des Legalitätsprinzips auf das Privatrecht vorliegt: Denn nach Art 18 B-VG ist nur die Vollziehung an publizierte Gesetze gebunden, nicht aber das Privatrechtssubjekt, dem die Freiheit zukommt, alles zu tun, was nicht verboten ist.³³¹⁰ Dementsprechend kann aus der bloßen Regelungslücke kein Verbot geschlossen werden. Eine solche Wertung wäre zudem inkongruent, da die nicht geregelten Lizenzarten idR für den Rechtsinhaber eingriffsärmer sind als die geregelten – wenn eine Veräußerung des ausschließlichen urheberrechtlichen Werknutzungsrechts mit Einwilligung zulässig ist, wäre nicht einzusehen, weshalb dies bei der nicht ausschließlichen Werknutzungsbewilligung nicht der Fall ist; bei der Markenrechtslizenz hat der Rechtsinhaber jedenfalls eine geringere Bindung zu seinem immateriellen Gut als zu einer urheberrechtlich geschützten geistigen Schöpfung. Die Übertragung von Lizenzen ist somit grds zulässig, auch wenn diese gesetzlich nicht explizit vorgesehen ist.

Mangels gesetzlicher Wertung richtet sich die Zulässigkeit von Übertragungen von Lizenzen nach der Vereinbarung zwischen dem Rechtsinhaber und dem Lizenznehmer. Dabei wird für Werknutzungsbewilligungen³³¹¹ und Markenlizenzen³³¹² davon ausgegangen, dass mangels ausdrücklicher Vereinbarung eine Nichtübertragbarkeit vorliegt, notwendig ist hier aber stets eine Auslegung des Lizenzvertrags im Einzelfall. Dementsprechend

3307 Zu unterscheiden ist dies von der Erteilung von Sub-Lizenzen, da es sich hier nicht um einen abgeleiteten, sondern um einen originären Rechtserwerb handelt. Hierzu wird es idR einer Einwilligung des Rechtsinhabers bedürfen, da es dadurch zu einer Erweiterung der Belastung seines Rechts kommt.

3308 Zur Werknutzungsbewilligung s VwGH 19.4.1995, 94/16/0193.

3309 Zum Markenrecht *Salomonowitz* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz³ § 14 Rz 75 ff; zum Urheberrecht *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht § 27 Rz 2; *Büchle* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 28 UrhG Rz 28 f.

3310 Grundlegend dazu *Potacs*, Auslegung und Legalitätsprinzip, ZfV 2015, 230.

3311 So auch OGH 9.4.2002, 4 Ob 77/02f ÖBl 2003, 250 (*Dittrich*); ebenso *Büchle* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 28 UrhG Rz 28.

3312 *Salomonowitz* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz³ § 14 Rz 75.

kann davon ausgegangen werden, dass auch hier die Zustimmung des Rechteinhabers für einen gültigen Rechtsübergang notwendig ist.³³¹³

Zuletzt gilt es hinsichtlich der Patent- und Markenlizenz zu klären, ob bei diesen die Eintragung in das Markenregister gem § 28 MaSchG und § 43 Abs 2 PatG in sinngemäßer Anwendung des § 431 ABGB als einzig zulässige Erwerbsart in Betracht kommt. Das MaSchG nimmt hierzu nicht ausdrücklich Stellung, erwähnt wird bloß die Möglichkeit, Lizenzen auch in das Register einzutragen; das PatG sieht darüber hinaus vor, dass mit der Registereintragung die Lizenz gegenüber Dritten wirkt. Da die Eintragung in das Markenregister aber jedenfalls nicht als Pflicht anzusehen ist, sondern durch die verstärkte Offenkundigkeit dem Lizenznehmer bloß rechtliche Vorteile gewährt, ist nicht davon auszugehen, dass die Registereintragung konstitutiv für den Rechtsübergang ist. Sofern der Rechtsübergang nicht schon zuvor vollzogen wurde, kann die Zustimmung zur Registereintragung aber wohl als Übergabe durch Werkzeug iSd § 427 ABGB angesehen werden.

2.2.1.2.2. Mitgliedschaftsrechte

In weiterer Folge gilt es, den derivativen Erwerb von gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechten näher zu betrachten. Hierbei ist der Erwerb von Anteilen an der OG, der GmbH und der AG zu thematisieren;³³¹⁴ auf Grund der wesentlichen Unterschiede des Erwerbs von Namensaktien und Inhaberaktien sollen diese nun in weiterer Folge aber getrennt beleuchtet werden. Zuletzt wird in einem Exkurs thematisiert, inwiefern nach neueren Entwicklungen die Verkörperung in einer Urkunde notwendige Voraussetzung für ein Wertpapier ist.

2.2.1.2.2.1. OG

Zur Übertragung von Anteilen an der OG sieht § 124 Abs 1 UGB vor, dass diese nur dann zulässig ist, wenn eine Zustimmung aller Gesellschafter vorliegt. Daraus folgt ausdrücklich, dass der Anteil an der OG eine grds übertragbare bewegliche Sache darstellt, was freilich bereits für das HGB anerkannt war.³³¹⁵ Die gesetzliche Vinkulierung ist dabei Ausdruck der engen Personenbindung bei der OG.³³¹⁶ Von § 124 Abs 1 UGB erfasst sind aber nur

3313 An dieser Stelle kann freilich offen bleiben, ob die Zustimmung als Modus angesehen wird oder ob bei einem Verstoß gegen das Veräußerungsverbot die Übertragung rückgängig gemacht werden kann. In letzterem Fall würde die rechtliche Erwerbsart wohl in einer Information des Rechtsinhabers bestehen.

3314 In der älteren Rsp wurde dies ausf mit der Übertragung von Bergwerksberechtigungen diskutiert, wobei hier die Anzeige bei der Bergwerksbehörde als rechtliche Übergabe angesehen wurde, s dazu OGH 5.3.1889, Nr 988 GlU 12611.

3315 MwN Artmann in UGB I³ § 124 Rz 52.

3316 Zib in Zib/Dellinger, UGB II § 124 Rz 7.

Fälle der Einzelrechtsnachfolge,³³¹⁷ wobei nach hA auch die Bestellung eines Fruchtgenussrechts³³¹⁸ bzw die Verpfändung des Gesellschaftsanteils³³¹⁹ der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf.

Bei der Übertragung des Mitgliedschaftsrechts wird die Zustimmung der Mitgesellschafter als Teil des Verfügungsgeschäfts angesehen.³³²⁰ Fehlt es an einer solchen Zustimmung, liegt somit ein Mangel in der Erwerbungsart vor, der nach hM auch den Rechtsübergang verhindert.³³²¹ § 124 Abs 1 UGB kann somit als Sonderwertung zur rechtlichen Übertragungsart angesehen werden,³³²² die als *lex specialis* den §§ 426 ff ABGB vorgeht: Der derivative Erwerb des Mitgliedschaftsrechts erfordert neben der Berechtigung des Vormanns und des Titels somit als Erwerbungsart zwingend die Zustimmung der Mitgesellschafter, die formfrei erfolgen kann.³³²³ Im Gesellschaftsvertrag kann die Zustimmung freilich vorweggenommen werden, was dahingehend zu interpretieren ist, dass die rechtliche Übergabe dem Titel vorangeht; ebenso ist etwa die Verankerung der Notwendigkeit eines bloßen Mehrheitsbeschlusses im Gesellschaftsvertrag möglich.³³²⁴ Beifall verdient dabei die hA, wenn sie davon ausgeht, dass die Verpfändung des Gesellschaftsanteils ebenso der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf; es wäre inkonsequent, wenn für den Erwerb eines Pfandrechts eine andere Erwerbsart vorgesehen wäre als für den Erwerb des Vollrechts. Im Fall einer im Gesellschaftsvertrag vorweggenommenen Zustimmung bedarf es bei der Verpfändung freilich eines eigenständigen Publizitätsakts, wobei hier insb die Verständigung der Gesellschaft oder ein Buchvermerk beim buchführenden Gesellschafter in Betracht kommt.³³²⁵ Im Resultat verdrängt § 124 Abs 1 UGB sohin die §§ 426 ff ABGB.

3317 Ausf Zib in Zib/Dellinger, UGB II § 124 Rz 10 ff, ebenso die Rsp, s OGH 22.5.2007, 4 Ob 51/07i.

3318 Ausf dazu Klampfl, GesRZ 2014, 23 (23); zur deutschen Rechtslage ausf Hauck, Nießbrauch an Rechten 368 ff.

3319 Artmann in UGB I³ § 124 Rz 10, OGH 5.10.1999, 2 Ob 250/99z.

3320 Zib in Zib/Dellinger, UGB II § 124 Rz 20; Eckert in U. Torggler, UGB³ § 124 Rz 3; in diese Richtung auch Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2020) § 124 Rz 5 f, zur Vinkulierung bei der GmbH auch Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 77; krit zum Begriff des Verfügungsgeschäfts Holzweber/Isola, ÖJA 2024, 1.

3321 S nur Artmann in UGB I³ § 124 Rz 6; Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 124 Rz 5.

3322 AA Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 2/765, der davon ausgeht, dass für die Übertragung des OG-Anteils ein formfreies Verfügungsgeschäft ausreicht. Dies stellt eine mE unzulässige Anlehnung an das dem ABGB fremde Konzept des dinglichen Vertrags dar.

3323 Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 124 Rz 5.

3324 Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 2/766.

3325 Ausf Zib in Zib/Dellinger, UGB II § 124 Rz 36 ff, der aber die Eintragung in den Firmenbuchakt mangels hinreichender Publizität als geeignete Erwerbungsform iSd § 452 ABGB zu Recht ablehnt.

Da gem den §§ 3 f FBG der Gesellschafterwechsel in das Firmenbuch einzutragen ist, kommt hinsichtlich der rechtlichen Übergabe grds eine analoge Anwendung des § 431 ABGB in Betracht, sodass es für den Rechtserwerb einer Eintragung in das Firmenbuch bedarf. Hierbei liegen die Wertungen jedoch anders als beim Immobilienerwerb: Die Firmenbucheintragung ist nach einhelliger Ansicht³³²⁶ deklarativ; die Rechtswirkungen einer Eintragung des Gesellschafterwechsels ergeben sich vielmehr aus § 15 UGB. Demgemäß ist die Eintragung in das Firmenbuch für den Rechtsübergang des Gesellschaftsanteils ohne Belang.

Qualifiziert man die Zustimmung der Mitgesellschafter als rechtliche Übergabe, stellt sich die Frage, welche Folgen die unterbliebene Zustimmung auf die Vereinbarung zeitigt.³³²⁷ *Schauer* plädiert dabei dafür, die Zustimmung als aufschiebende Bedingung für das Verfügungsgeschäft zu qualifizieren;³³²⁸ dem folgt wohl die hL, wenn sie die Übertragung als schwebend unwirksam bezeichnet.³³²⁹ Im Konzept des ABGB, in dem die Verfügung als Realakt und nicht als dingliches Rechtsgeschäft ausgestaltet ist, überzeugt diese eng an die deutsche Lit angelehnte Ansicht freilich nicht: Versteht man die rechtliche Übergabe als tatsächliche Handlung und nicht als Rechtsgeschäft, ist diese einer Bedingung nicht zugänglich. Auch die Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber wird durch die unterbliebene Zustimmung zur Übertragung grds nicht tangiert: Denn das Unterbleiben der Übertragung des Gesellschaftsanteils stellt ebenso wenig die Gültigkeit des Titels in Frage, wie die fehlende Lieferung einer Ware unmittelbar den Kaufvertrag tangiert.³³³⁰ Vielmehr ist der (gescheiterte) Übernehmer nach den allgemeinen Regelungen des Leistungsstörungsrechts befugt, gegen den Veräußerer vorzugehen. Viel mehr besteht mit *Walther Kastner* wohl die Möglichkeit der Umdeutung des Kaufvertrags in eine Unterbeteiligung, die keiner Zustimmung der Mitgesellschaf-

3326 *Koppensteiner/Auer* in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 124 Rz 6; *Artmann* in UGB I³ § 124 Rz 6; *Zib* in Zib/Dellinger, UGB II § 124 Rz 30; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 2/767; ebenso die Rsp, s etwa OGH 4.7.2013, 6 Ob 66/13v; OGH 26.3.2009, 6 Ob 528/08x.

3327 Dies trifft freilich die fehlende Zustimmung bei anderen Gesellschaftsformen ebenso wie die OG. *Mutatis mutandis* gelten die folgenden Ausführungen daher auch für die GmbH und die AG, sofern eine Vinkulierung im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde.

3328 *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 2/766.

3329 *Artmann* in UGB I³ § 124 Rz 6; *Zib* in Zib/Dellinger, UGB II § 124 Rz 20; *Schopper*, Gesellschafterwechsel durch Anteilsübertragung in der Kapitalgesellschaft & Co, in FS Reich-Rohrwig (2014) 207 (208). Unproblematisch ist aber dabei, dass die Übertragung des Anteils bei nachträglicher Genehmigung der Gesellschaft zustande kommt, was auch die Rsp anerkennt, vgl zur GmbH OGH 21.2.2008, 6 Ob 7/08k.

3330 Es ist freilich in der Rsp seit langem etabliert, dass der Titel von einem Verstoß gegen ein Veräußerungsverbot nicht beeinträchtigt wird, vgl dazu bereits OGH 25.6.1912, 1465/12 GIUNF 5983; hinsichtlich der jüngeren Rsp, s OGH 22.2.2000, 1 Ob 8/00h; OGH 9.4.1992, 8 Ob 631/90.

ter bedarf.³³³¹ Dem Veräußerer bleibt somit das Mitgliedschaftsrecht zugeordnet, weshalb der Erwerber keinerlei Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft erwirbt; im Innenverhältnis agiert der Veräußerer dann aber als Treuhänder für den Erwerber.³³³² Hinsichtlich des Stimmverhaltens ist der Veräußerer an den Willen des Erwerbers vertraglich gebunden, der Gewinn ist ebenso an diesen weiterzuleiten.³³³³ Fehlt es an der Zustimmung der Mitgesellschafter, ist der Erwerber mangels rechtlicher Übergabe somit im Verhältnis zum Veräußerer so zu stellen, als wäre er Gesellschafter.

2.2.1.2.2.2. GmbH

Aus § 76 GmbHG ergibt sich, dass die Geschäftsanteile der GmbH übertragbar und vererblich sind, es bedarf bei der Übertragung mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden aber eines Notariatsakts. Dabei besteht die Möglichkeit, die Übertragbarkeit des Anteils im Gesellschaftsvertrag an die Zustimmung der Gesellschaft zu knüpfen, wobei der Veräußerer gem § 77 GmbHG auf Zustimmung klagen kann, wenn nicht genügend Gründe für eine Verweigerung vorliegen.³³³⁴ Wird von einer solchen Möglichkeit der Vinkulierung Gebrauch gemacht, ist – wie bereits für die OG dargelegt – § 77 GmbHG als Sonderwertung zur rechtlichen Übergabe anzusehen: Fehlt die Zustimmung der Gesellschaft, scheitert der Rechtsübergang somit mangels Erwerbungsart.³³³⁵ Damit einher geht die dingliche Wirkung der gesellschaftsvertraglich verankerten Vinkulierung (iwS)³³³⁶ der Geschäftsanteile der GmbH, die von der hA³³³⁷ einhellig bejaht wird.

Für eine derartige dingliche Wirkung müssen Vinkulierungen in diesem Kontext freilich hinreichend offenkundig sein. Die Vinkulierungsbestimmungen des GmbHG und des AktG teilen das Charakteristikum, dass sie sich ausschließlich auf im Gesellschaftsvertrag verankerte Übertragungshindernisse beziehen. Dabei ist zu beachten, dass der Gesellschaftsvertrag gem § 12 FBG in die Urkundensammlung aufzunehmen ist, in die jedermann Einsicht nehmen kann.³³³⁸ Eine unmittelbare Eintragung der Vinku-

3331 *Kastner*, Die Unterbeteiligung, JBl 1965, 72 (73), ebenso *Artmann* in UGB I³ § 124 Rz 6.

3332 Instruktiv *Kastner*, JBl 1965, 72 (72 f).

3333 *Kastner*, JBl 1965, 72 (74 f).

3334 Vgl idZ die ähnlichen Wertungen zur Übertragung von urheberrechtlichen Lizenzen, s 2.1.3.1.3.

3335 In Betracht kommt – wie gezeigt – allenfalls eine Unterbeteiligung des Erwerbers, da diese bloß das Innenverhältnis betrifft.

3336 Zu diesem Begriff bereits 2.1.3.4. So entfaltet nach der Rsp auch das im Gesellschaftsvertrag verankerte Vorkaufsrecht dingliche Wirkungen und hindert den Rechtsübergang, s OGH 22.2.2000, 1 Ob 8/00h.

3337 S nur *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 75; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 26; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 76 Rz 6, vgl auch OGH 22.2.2000, 1 Ob 8/00h.

3338 *Pilgerstorfer* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 12 Rz 2.

lierung in das Firmenbuch ist mangels Erwähnung in §§ 3 ff FBG nicht möglich.³³³⁹ Die Publizität der Vinkulierung wird somit nicht durch Eintragung in das Hauptbuch, sondern durch die Urkundensammlung hergestellt. Es kann aber der Rsp³³⁴⁰ zugestimmt werden, dass die damit bewirkte Kundbarkeit hinreichend ist, um eine Drittwirkung zu rechtfertigen: Da die Veräußerung eines – nur begrenzt umlauffähigen – Gesellschaftsanteils einen außeralltäglichen Vorgang darstellt, ist eine nähere Beschäftigung mit den rechtlichen Umständen der Transaktion sozialtypisch; die Einsichtnahme in die Urkundensammlung kann somit vorausgesetzt werden. Diskutiert wird im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum darüber hinaus, inwiefern ein Hinweis im Gesellschaftsvertrag auf eine im Syndikatsvertrag vorgenommene Vinkulierung hinreichend für die Drittwirksamkeit ist.³³⁴¹ Dies ist dabei wohl grds zu bejahen, soweit im Gesellschaftsvertrag konkret auf die Existenz einer im Syndikatsvertrag näher geregelten Vinkulierung hingewiesen wird.³³⁴² Nicht hinreichend für eine dingliche Rechtswirkung der Vinkulierung ist jedoch der individuelle Hinweis des Erwerbers auf diese, da hier keine sozialtypische Offenkundigkeit für einen unbestimmten Adressatenkreis vorliegt und somit keine Verhaltenspflichten *erga omnes* begründet werden können;³³⁴³ allenfalls wäre hier nach den Grundsätzen der Beeinträchtigung fremder Forderungsinteressen vorzugehen.³³⁴⁴ Eine Vinkulierung von Geschäftsanteilen kann somit auch ohne Eintragung in den Gesellschaftsvertrag Drittwirkung zukommen, wenn sie für eine Maßfigur unter Heranziehung der spezifischen Umstände des Einzelfalls kundbar ist. Dadurch lässt sich die völlig unstr³³⁴⁵ gegebene Drittwirkung von gesellschaftsvertraglichen Vinkulierungen aus einem Gedanken zur dinglichen Wirkung von Rechten unproblematisch herleiten.³³⁴⁶

3339 *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 75.

3340 OGH 20.1.2000, 6 Ob 313/99v.

3341 *Kalss/Probst*, Syndikatsverträge in Familienunternehmen – rasch überprüfen! GesRZ 2015, 154 (156).

3342 So auch *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 26.

3343 AA *Fantur/Zebetner*, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil II), *ecolex* 2000, 506; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 78, die hier mE unrichtigerweise von einer quasi-dinglichen Rechtswirkung ausgehen. Tatsächlich handelt es sich hier aber um ein uU individuell vorwerfbares Verhalten des Informierten, das einen auf Naturalrestitution gestützten Schadenersatzanspruch zu begründen vermag, aber nicht um eine einen unbestimmten Adressatenkreis treffende Verhaltensanordnung.

3344 Dahingehend auch *Hartlieb/Saurer/Zollner*, Anteilsübertragung bei der GmbH 122 ff.

3345 S nur *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 75; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 26; *Zollner* in U. Torggler, GmbHG § 76 Rz 8.

3346 Dahingehend auch *Kralik*, Bemerkungen zum Veräußerungsverbot und zur Verpfändung nach § 76 GmbHG, in FS Kastner (1972) 215 (218).

Weniger eindeutig ist die Sachlage, wenn der Geschäftsanteil mangels Vinkulierung frei übertragbar ist. Die gesellschaftsrechtliche Lit folgt hier zur Frage des Übergangs des Geschäftsanteils klar einem pandektistischen Paradigma: So wird davon ausgegangen, dass für den Rechtsübergang des Mitgliedschaftsrechts an der GmbH eine Einigung zwischen Erwerber und Veräußerer ausreicht, wobei die rechtliche Qualifikation im Einzelnen abweicht.³³⁴⁷ Die hA³³⁴⁸ differenziert dabei zwischen einem Verfügungs- und einem Verpflichtungsgeschäft, wobei neben der Aussage, dass diese häufig zusammenfallen, idR keine Angaben darüber gemacht werden, wie diese rechtlich zu qualifizieren sind. Die L geht somit davon aus, dass es für den Rechtsübergang keines Realakts wie etwa der Verständigung der Gesellschaft, sondern allenfalls einer Willenseinigung im Rahmen des Verfügungsgeschäfts bedarf. Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum sieht für den Übergang des Geschäftsanteiles somit eine doppelte Willenseinigung als notwendig an.

Die Ansicht, dass für den derivativen Erwerb neben dem Verpflichtungsgeschäft ein Verfügungsgeschäft als dinglicher Vertrag erforderlich ist, kann unmittelbar auf das der österreichischen Rechtsordnung weitgehend³³⁴⁹ fremde Abstraktionsprinzip zurückgeführt werden.³³⁵⁰ Demnach gilt es zwischen einem obligatorischen und einem dinglichen Rechtsgeschäft zu unterscheiden, wobei der Übertragungswille als Abgrenzungskriterium zwischen diesen angesehen wird.³³⁵¹ Nach hA in Deutschland ist dabei der Abtretungsvertrag als dinglicher Verfügungsvertrag zu qualifizieren, der auf eine Änderung der Rechtsverhältnisse gerichtet ist,³³⁵² dieser ist vom obligatorischen Verpflichtungsvertrag zu trennen. Nach dem Trennungsprinzip gilt dabei, dass eine formwirksame Abtretung eine formnichtige Verpflichtung zu heilen vermag.³³⁵³ Eine solche den Vorgaben der Pandektistik folgende Konzeption des

3347 Für eine Vertragsübernahme plädierend *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 4; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 617; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 37; für eine Zession *Warto*, Zum Modus bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 2012, 437; offen lassend *P. Bydlinki*, Veräußerung und Erwerb 39 ff.

3348 *Hartlieb/Saurer/Zollner*, Anteilsübertragung bei der GmbH 20 ff; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 31; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 4; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 76 Rz 17 ff.

3349 In Randbereichen findet sich im österreichischen Recht jedoch durchaus auch das Abstraktionsprinzip, wie etwa beim Erwerb eigener Aktien, wo nach § 65 Abs 4 AktG der Erwerb trotz ungültigen Titels wirksam ist. S dazu ausf *Rummel*, Zum Grundsatz der abstrakten Tradition – Überlegungen aus Anlaß der Neuregelung des § 65 AktG durch das Aktienrückerwerbsgesetz, ÖBA 2000, 567.

3350 Ausf dazu *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024 1 (3 ff).

3351 *Weller/Reichert* in MüKoGmbHG⁴ § 15 Rz 21 f.

3352 Statt aller *Busche* in Staudinger BGB II (2022) § 398 Rz 1 ff.

3353 *Ebbing* in Michalski et al, GmbHG-Gesetz⁴ (2023) § 15 Rz 114 f.

Rechtsübergangs ist dem österreichischen Recht aber fremd: Denn nach dem im ABGB realisierten Prinzip der kausalen Tradition ist die rechtliche Übergabe nicht als Rechtsgeschäft, sondern als Realakt ausgestaltet, mit dem der Übernehmer in den Stand gesetzt wird, das Recht tatsächlich auszuüben.³³⁵⁴

Eine Modifikation des allgemeinen Systems der Übertragung von Rechten ist zwar grds möglich, sie erfordert aber jedenfalls eine gesetzliche Grundlage, die den allgemeinen Wertungen der §§ 426 ff ABGB vorgeht; eine solche besteht im GmbHG aber nicht. Wenn die hA den Rechtsübergang des GmbH-Anteils zum Zeitpunkt des Abschlusses eines dinglichen Rechtsgeschäfts situiert, transponiert sie daher das Abstraktionsprinzip in das österreichische Recht.

Dieser einem pandektistischen Paradigma entsprechenden Interpretation des Rechtsübergangs beim GmbH-Anteil kann ein näher an den Regelungsvorstellungen des Gesetzgebers konstruierter Ansatz entgegengehalten werden. Hier muss die formale Unterscheidung zwischen Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft weitgehend abgeschwächt werden. Denn Voraussetzung für den derivativen Rechtsübergang sind mangels anderer Wertungen des GmbHG neben der Berechtigung des Vormanns einzig der gültige Titel und die rechtliche Erwerbungsart; ein Verfügungsgeschäft ist nicht notwendig.³³⁵⁵ Sämtliche im Rahmen der Privatautonomie frei gestaltbaren³³⁵⁶ Vereinbarungen zwischen Erwerber und Veräußerer sind als Titel iSd § 424 ABGB und nicht als rechtliche Erwerbungsart bzw Modus anzusehen. Da die tatsächliche Einigung über die Übertragung des Anteils aber häufig vom Eintritt diverser Bedingungen – etwa auch einer kartellrechtlichen Freigabe der Transaktion – abhängig gemacht wird, kann die Vereinbarung auch ohne unmittelbaren Übertragungswillen abgeschlossen werden,³³⁵⁷ was sich auch in § 76 Abs 2 S 2 GmbHG widerspiegelt, wonach auch eine Verpflichtung zur künftigen Abtretung eines Gesellschaftsanteils explizit anerkannt ist. In dieser Diktion ist das Verpflichtungsgeschäft somit als Verpflichtung zur künftigen Abtretung aufzufassen und das Verfügungsgeschäft als Abtretungsvereinbarung selbst.

Eine Stütze findet diese Auffassung bei den gesetzlichen Wertungen zur Notariatsaktsspflicht der Übertragung. Denn § 76 Abs 2 GmbHG sieht zur Immobilisierung der GmbH-Anteile vor, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen eines Notariatsaktes bedarf; dasselbe gilt für die Vereinbarung zur Verpflichtung zur künftigen Abtretung eines Gesellschaftsanteils. Geht man mit der hA von einer Trennung von obligatorischem Verpflichtungsgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft aus, wäre der Wortlaut

3354 S dazu bereits 2.2.1.2.1.

3355 *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024 1 (22 ff).

3356 So besteht wohl kein Grund, die Zulässigkeit aufschiebender oder auflösender Bedingungen in diesem Kontext einzuschränken, s dazu weiterführend *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 37/1.

3357 Dieser wird häufig Signing genannt.

der Bestimmung freilich hinsichtlich des Hinweises auf die künftige Übertragung überschießend, da mit dem Verpflichtungsgeschäft die unmittelbare Pflicht zur Abtretung des Anteils erwächst.³³⁵⁸ Auch eine historische Interpretation dieser Bestimmung weist in eine andere Richtung als die Trennung zwischen obligatorischem Verpflichtungsgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft. Denn in den Materialien³³⁵⁹ wird für die Begründung dafür, dass auch die Vereinbarung über die künftige Abtretung eines Geschäftsanteils einer Notariatspflicht unterliegt, auf eine E des OGH aus dem Jahr 1898 verwiesen.³³⁶⁰ Darin wurde über einen Fall abgesprochen, in dem zwei Eheleute vor einem Notar übereinkamen, eine „Realitätenhälfte“ zu kaufen, und sie vereinbarten, an einem bestimmten späteren Tag wieder zum Notar zu kommen und den Notariatsakt zu unterschreiben, wozu es aber nicht kam; weshalb auf Einhaltung der Vereinbarung durch Errichtung und Unterfertigung des Notariatsakts geklagt wurde. Der OGH qualifizierte die getroffene Vereinbarung als Vorvertrag; jedoch gelte die Formpflicht des Kaufvertrags auch für den Vorvertrag, weshalb dieser nicht gültig sei. Daraus folgt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Vereinbarung über die Verpflichtung zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteils in den Augen des Gesetzgebers als Vorvertrag aufzufassen ist, zu dem noch in weiterer Folge der eigentliche Vertragsabschluss kommt.³³⁶¹

Fraglich ist idZ, was als rechtliche Erwerbungsart bei der Übertragung von Anteilen an einer GmbH gelten kann. Ausweislich der Materialien ist die Herangehensweise des Gesetzgebers des GmbHG dabei differenziert: Im Verhältnis zwischen Veräußerer und dem Erwerber finde der Übergang des Geschäftsanteils schon durch die Veräußerung statt, gegenüber der Gesellschaft

„kann die Wirkung der Veräußerung – mag diese freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt sein – nur auf Grund eines ihr gegenüber vorzunehmenden Rechtsaktes eintreten, wie dem Schuldner gegenüber die Wirkung der Zession erst mit der Denuntiation eintritt. Dieser Akt liegt in der Anmeldung, die wieder die Eintragung in das Anteilsbuch (...) als notwendige Folge nach sich zieht.“³³⁶²

„Da demnach der Übergang des Geschäftsanteiles gegenüber der Gesellschaft regelmäßig erst in einem späteren Zeitpunkte wirksam wird, als im Verhält-

3358 So auch P. Bydliński, Veräußerung und Erwerb 40.

3359 ErlRV 236 BlgHH, 17. Sess 85.

3360 OGH 8.6.1889, Nr 7624 GIUNF 216.

3361 Es ist somit auch der stRsp zuzustimmen, wenn sie für das Verfügungsgeschäft eine Notariatsaktpflicht vorsieht, da es sich hier im Konzept des GmbHG um einen Vertrag iSd § 76 Abs 2 S 1 GmbHG handelt, s dazu RIS-Justiz RS0115336.

3362 ErlRV 236 BlgHH, 17. Sess 85.

*nisse zwischen Rechtsvorgänger und Erwerber, können die in der Zwischenzeit dem Rechtsvorgänger etwa noch erwachsenen Verbindlichkeiten gegen die Gesellschaft nicht unmittelbar für und gegen den Erwerber wirken.*³³⁶³

Der Gesetzgeber³³⁶⁴ unterscheidet beim Rechtsübergang sohin zwischen dem Verhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer und dem Verhältnis zur Gesellschaft. Fraglich ist vor diesem Hintergrund, zu welchem Zeitpunkt das Mitgliedschaftsrecht im Vermögen des Erwerbers zu situieren ist. Hier differenziert der Gesetzgeber zwischen drei verschiedenen Handlungen: dem Vertragsabschluss, der Verständigung der Gesellschaft durch die Anmeldung zur Eintragung in das Anteilsbuch sowie schließlich der Eintragung in das Anteilsbuch selbst. Die Ausführungen in den Materialien könnten dahingehend interpretiert werden, dass nach Ansinnen des Gesetzgebers durch den Vertragsabschluss alleine noch keine Änderung der Rechtszuordnung erfolgt, da hier nur das Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, nicht aber das Verhältnis zu Dritten tangiert wird. Mit dem Vertragsabschluss ist somit nur der Veräußerer verpflichtet, dem Erwerber die Stellung als Gesellschafter einzuräumen; die Veräußerung des GmbH-Anteils hat als Unterbeteiligung nur Wirkungen im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber; der Veräußerer bleibt als Treuhänder für den Erwerber Gesellschafter.³³⁶⁵ Dass die Zuordnung des Geschäftsanteils allein durch Vertragsabschluss aber nicht verändert wird, zeigt sich auch, wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass nach Vertragsabschluss ohne die Regelung des § 78 Abs 2 GmbHG rückständige Leistungen gegenüber der Gesellschaft – wie etwa offene Einlagenverpflichtungen – ausschließlich gegenüber dem Veräußerer bestehen und der Erwerber dafür nicht einstehen müsste. Hieraus ergibt sich somit die Position des Gesetzgebers, dass der Rechtsübergang nicht alleine durch den Veräußerungsvertrag zustande kommen soll.

Aus den gesetzlichen Wertungen des § 78 Abs 2 GmbHG lässt sich aber auch eine positive Festlegung zum Zeitpunkt des Rechtsübergangs entnehmen. Denn der Gesetzgeber hat es für notwendig befunden, eine solidarische Haftung des Erwerbers für rückständige Leistungen vorzusehen, die bis zum Zeitpunkt der Anmeldung des Überganges des Anteils erwachsen sind, für alle später anfallenden Verpflichtungen muss alleine der Erwerber geradestehen. Somit kann die Anmeldung iSd § 78 Abs 2 GmbHG als jene Handlung angesehen werden, die den Rechtsübergang bewirkt. Andernfalls wäre nicht ersichtlich, weshalb der Veräußerer bis zum Zeitpunkt der Anmeldung – und nicht etwa bis zur Eintragung – gemeinsam mit dem Erwerber haften soll, wenn der

3363 ErlRV 236 BlgHH, 17. Sess 86.

3364 Für das Verständnis dieser Äußerung des Gesetzgebers ist freilich auch der Kontext von Bedeutung. Denn dieser Auszug bezog sich auf die Bestimmung des § 71 GmbHG 1906, die heute iW § 78 GmbHG entspricht. Wie bereits erwähnt tritt an die Stelle des Anteilsbuchs nunmehr das Firmenbuch.

3365 S dazu bereits 2.2.1.2.2.1.

Rechtsübergang bereits mit Vertragsabschluss vonstattengeht.³³⁶⁶ Dies ist auch im Einklang mit den Ausführungen in den Materialien, die auf die Wertungen zur Zession verweisen: In der ersten Hälfte des 20. Jhds wurde – wie gezeigt – noch herrschend davon ausgegangen, dass bei Forderungsabtretungen eine gesonderte Erwerbsart gegeben sein müsse, wobei dies insb auch die Verständigung des Schuldners umfasste.³³⁶⁷ Daraus kann gefolgert werden, dass für den Gesetzgeber des GmbHG 1906 der Realakt der Anmeldung zur Änderung des Anteilsbuchs als rechtliche Übergabe notwendige Voraussetzung für den Rechtsübergang am Gesellschaftsanteil war.

Eine nur scheinbar nebensächliche Modifikation dieser Grundsätze erfolgte durch die Abschaffung der bisher zu führenden Anteilsbücher durch das FBG 1991. Denn während nach § 25 GmbHG 1906 die Geschäftsführer dazu verpflichtet waren, das Anteilsbuch zu führen und eine Anmeldung zur Registeränderung somit im Resultat eine Verständigung der Geschäftsführer war, ist das Firmenbuch vom Firmenbuchgericht zu führen; die Anmeldung ist gem § 26 Abs 1 GmbHG von den Geschäftsführern vorzunehmen. Dies bedeutet eine wesentliche Änderung des Konzepts der Anmeldung: Während diese nach dem GmbHG 1906 iW als Verständigung der Gesellschaft ausgestaltet war, ist diese nunmehr der Verständigung nachgelagert und verlangt ein eigenständiges Tätigwerden der Geschäftsführer. Da jedoch dem – diesbezüglich stumm bleibenden – Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass den Geschäftsführern eine Blockadeposition hinsichtlich des Anteilserwerbs eingeräumt werden sollte, ist wohl der Grundgedanke des GmbHG 1906 immer noch aufrecht: Wenn der Gesellschaft – repräsentiert durch die Geschäftsführer – ein neuer Gesellschafter nachgewiesen wurde, geht der Anteil auf den Erwerber über.³³⁶⁸ Nach einem solchen Ansatz muss die veränderte Zuordnung des Rechts daher nach außen treten.

Aus diesen Überlegungen lässt sich auch eine Position, nach der für den Rechtserwerb die Eintragung in das Register vonnöten sei, widerlegen. Denn das Erfordernis der Registereintragung betrifft nur die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten gegenüber der Gesellschaft (§ 78 Abs 1 GmbHG),³³⁶⁹ nicht aber die Rechtszuordnung. Die Registereintragung wirkt somit nach den Vorgaben des Gesetzgebers nicht konstitutiv, was auch der völlig hL³³⁷⁰

3366 Vgl dazu etwa die deutsche Parallelnorm des § 16 Abs 2 dGmbHG, in der für die Haftung explizit auf den Zeitpunkt abgestellt wird, ab dem der Erwerber im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt.

3367 MWN dazu *Lurger* in FS Welser 651 ff. Ausf zur Zession 2.2.1.1.

3368 Dies entspricht auch der hA zur Begründung eines Pfandrechts an einem GmbH-Anteil, vgl nur *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 260; für die stRsp RIS-Justiz RS0107695.

3369 S dazu bereits ausf 2.1.3.2.2.

3370 *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 31; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 4, vgl auch OGH 23.4.2020, 6 Ob 59/20z.

und Rsp³³⁷¹ entspricht. Der wesentliche Unterschied zwischen einem pandektistischen Paradigma und jenem des historischen Gesetzgebers besteht somit bei der Frage, ob bei Mitgliedschaftsrechten an der GmbH eine stillschweigende Rechtsübertragung, von der nur Erwerber und Veräußerer wissen, möglich sein soll. Die im ABGB stark akzentuierte Notwendigkeit der Publizität bei der Übertragung des Eigentums ist hier ein Indiz dafür, dass dieser wohl kritisch zu betrachten ist. Auch wertungsmäßig ist nicht ersichtlich, weshalb bei der GmbH die Möglichkeit bestehen soll, Anteile ohne Publizitätsakt zu übertragen: Dagegen spricht einerseits der Umstand, dass mit der Eintragung in das Firmenbuch ein Rechtsschein hinsichtlich der Zuordnung des Mitgliedschaftsrechts geschaffen wird, andererseits soll die Übertragbarkeit von Anteilen im Vergleich zur AG eingeschränkt sein. Eine entsprechende Diskussion steht freilich noch am Anfang, da bislang dem pandektistischen Paradigma ohne Einschränkungen gefolgt wurde.

2.2.1.2.2.3. Namensaktien

Bei Namensaktien besteht nach § 9 Abs 3 AktG grds ein Anspruch des Aktionärs auf Verbriefung seines Anteils, der jedoch in der Satzung eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann.³³⁷² Es ist hinsichtlich der Übertragung von Namensaktien sohin dahingehend zu differenzieren, ob die Aktie verbrieft worden ist oder nicht. Unabhängig von der Verbriefung kann aber in der Satzung die Übertragung von Namensaktien nach § 62 Abs 2 AktG von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden, wobei diese nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf.³³⁷³ Besteht eine Vinkulierung, ist die Zustimmung der Gesellschaft dabei stets als rechtliche Erwerbungsart aufzufassen, deren Fehlen den Rechtsübergang hindert,³³⁷⁴ allenfalls kommt es im Fall der Zustimmungsverweigerung zu einer Unterbeteiligung des Erwerbers. Besteht eine Vinkulierung, bedarf es für den Rechtsübergang – unabhängig von der Verbriefung der Aktie – somit der Zustimmung der Gesellschaft als rechtliche Erwerbungsart iSd §§ 426 ff ABGB.

Das AktG beinhaltet keine Regelungen zur Übertragung von Namensaktien, die nicht verbrieft sind. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass bis zum EU-GesRÄG 1996 jedem Aktionär ein unentziehbarer Anspruch auf Verbriefung der einzelnen Aktie zukam,³³⁷⁵ weshalb die Übertragung von nicht verbrieften Aktien wohl erst in jüngerer Zeit größere Bedeutung gewon-

3371 RIS-Justiz RS0059827.

3372 In der Regel wird dieses Recht in der Praxis ausgeschlossen, s *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 3/99.

3373 S dazu etwa OGH 27.6.2019, 6 Ob 18/19v.

3374 Dies ist auch hL, s dazu nur *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 49; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 3/127.

3375 *Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 9 Rz 18.

nen hat.³³⁷⁶ Wenn der Gesetzgeber in § 62 Abs 1 AktG somit zum Ausdruck bringt, dass Namensaktien durch Indossament übertragen werden können, ist er wohl davon ausgegangen, dass dies zumindest für den Großteil der Aktien zutrifft. Es ist aber völlig unstr., dass auch unverbriefte Aktien übertragen werden können, wobei hier die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zur Anwendung kommen.³³⁷⁷ Dementsprechend bedarf es für den Erwerb der unverbrieften Aktie nach den Grundsätzen der §§ 423 ff ABGB neben der Berechtigung des Vormanns gleichermaßen eines Titels wie einer Erwerbungsart. In Anlehnung an die diesbezüglich ähnlich konstruierte GmbH ist bei der rechtlichen Erwerbungsart *va an* die Verständigung der Gesellschaft vom Übergang des Anteils zu denken, da das Aktienbuch gem § 61 Abs 3 AktG aktualisiert werden muss. Wie aber bei der GmbH kommt es für den Rechtsübergang nicht auf die Eintragung in das Aktienbuch an, da sonst für die Gesellschaft die Möglichkeit offen stünde, den Erwerb der Aktie zu blockieren. Ohne einen Publizitätsakt durch Verständigung der Gesellschaft ist der Übernehmer aber jedenfalls nicht in der Lage, im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär aufzutreten (§ 61 Abs 2 AktG). Auch bei der unverbrieften Aktie stellt sich somit die Frage, ob der Rechtsübergang im Einklang mit einem pandektistischen Paradigma völlig stillschweigend vonstatten gehen kann oder ein Publizitätsakt vonnöten ist, was freilich bislang noch nicht diskutiert wurde.³³⁷⁸

Die verbriefte Aktie gilt als kausales Wertpapier, das ausgegeben wird, um die gesellschaftliche Beteiligung an der AG zu verbriefen.³³⁷⁹ Im Fall der Verbriefung sieht § 62 Abs 1 AktG vor, dass eine Übertragung durch Indossament erfolgen kann, wobei ausdrücklich auf Bestimmungen des WechselG verwiesen wird. Der Rechtsübergang vollzieht sich hier in einer Variation des Modells des § 427, 1. Fall ABGB: Es kommt zu einer Übergabe einer Urkunde, wodurch in Folge des Indossaments das Eigentum des Übernehmers dargetan wird. Die Rechtszuständigkeit an der Aktie geht aber auf Grund der wertpapierrechtlichen Sonderwertungen mit dem Indossament auf den Erwerber über.

Fraglich ist *idZ*, ob die Übertragung des Rechts durch Indossament zwingend ist, wenn die Aktie verbrieft ist.³³⁸⁰ Die verbriefte Aktie wird dabei zu Recht als deklaratives Wertpapier angesehen, da die Mitgliedschaftsrechte auch ohne das Wertpapier bestehen.³³⁸¹ Auch § 62 Abs 1 AktG weist darauf hin, dass

3376 Dies gilt es jedoch noch weitergehend historisch nachzuweisen, wofür hier aber nicht der geeignete Platz ist.

3377 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 3/127; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz P 9 Rz 21.

3378 Für nähere Ausführungen kann auf den diesbezüglich ähnlichen Abschnitt zum derivativen Erwerb des Mitgliedschaftsrechts an der GmbH verwiesen werden, s 2.2.1.2.2.2.

3379 *Aicher/F. Schuhmacher* in *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 567.

3380 Dies verneinend *Zöllner* in *FS Raiser* 278 ff.

3381 *Aicher/F. Schuhmacher* in *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 566 f.

Namensaktien durch Indossament übertragen werden können – dass eine Pflicht dazu bestünde, ergibt sich ebenso nicht wie aus Art 182 AHGB 1863, der die Wertung zur Übertragung der Namensaktie wortgleich zu § 62 Abs 1 AktG beinhaltet. Darüber hinaus scheint der moderne Gesetzgeber der Auffassung zu sein, dass neben der wertpapierrechtlichen Übertragung auch eine Übertragung durch Zession in Betracht kommt.³³⁸² Ein Indiz wird auch in der direkten Erwähnung der Abtretungserklärungen neben den Indossamenten gesehen,³³⁸³ was seinen Ursprung in § 223 dHGB 1897 findet. Daher geht die hL richtigerweise davon aus, dass auch die verbrieft Aktie nach allgemein zivilrechtlichen Grundsätzen – also ohne Indossament – übertragen werden kann.³³⁸⁴

Während für die Übertragung einer verbrieften Namensaktie die Notwendigkeit eines Publizitätsakts bejaht wird, ist unklar, worin dieser bestehen kann.³³⁸⁵ Nach den Wertungen des ABGB käme hier neben der Übergabe der Aktienurkunde auch die Verständigung der Gesellschaft in Betracht, wobei diese die Ordnungsmäßigkeit der Abtretungserklärungen – also der Vereinbarungen, die zur Abtretung geführt haben – zu prüfen und eine Aktualisierung des Aktienbuchs vorzunehmen hat. Str ist idZ, ob es für den Rechtsübergang stets zwingend der Übergabe der Aktienurkunde bedarf.³³⁸⁶ Diese Frage kann in einen größeren wertpapierrechtlichen Kontext eingeordnet werden: Die Position, dass es für den Rechtsübergang zwingend der Übergabe der Urkunde bedarf, wird als Ausfluss des engen Wertpapierbegriffs angesehen, nach dem die Übertragung der rechtsverbriefenden Urkunde das entscheidende Kriterium für die Wertpapierrechtsqualität ist.³³⁸⁷ Dementsprechend wird für die Übertragung des Rechts allein auf die Übergabe der Urkunde abgestellt. Nach einem weiten Wertpapierbegriff wird indes bloß auf die Notwendigkeit der Urkunde für die Geltendmachung der darin verbrieften Rechte abgestellt, weshalb für den Rechtsübergang die Übergabe der Urkunde nicht zwingend ist; vielmehr kann diese potenziell auch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Da in der österreichischen hL von einem weiten Wertpapierbegriff ausgegangen wird,³³⁸⁸ ist die Übergabe der Wertpapierurkunde für den Rechtsüber-

3382 Nicht ganz eindeutig ErlRV 1252 BlgNR, 24. GP 6.

3383 *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 25.

3384 *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 24; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 3/118.

3385 Tatsächlich handelt es sich um eine uralte wertpapierrechtliche Streitfrage, ob das Recht auch ohne Übergabe der Urkunde übergehen kann. Eine allgemeingültige Lösung für dieses Problem kann hier freilich nicht erarbeitet werden, vielmehr ist nur auf die Position des ABGB hierzu hinzuweisen, s dazu mwN *Lehmann*, Finanzinstrumente 175 ff.

3386 Dies mit ausführlicher Begründung verneinend *Zöllner* in FS Raiser 277 ff.

3387 *Aicher/F. Schuhmacher* in *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 551.

3388 *Koller/Wolkerstorfer*, Wertpapierrecht² 10; *Aicher/F. Schuhmacher* in *Krejci* (Hrsg) Unternehmensrecht⁵ 552; *Roth*, Wertpapierrecht² 12 f.

gang jedenfalls nicht konzeptionell zwingend; ein solches Erfordernis kann sich aber aus den Wertungen des Zivilrechts ergeben.

Das Argument der L,³³⁸⁹ dass die Notwendigkeit der Übergabe der Aktienurkunde aus den Vorgaben des § 426 ABGB folge, kann dabei aus zweierlei Gründen nicht durchdringen. Erstens scheint hier schon die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 426 ABGB fraglich: Denn auch nach der hL richtet sich die rechtliche Erwerbungsart bei verbrieften Rechten nach § 427 ABGB und nicht § 426 ABGB.³³⁹⁰ Dieser Befund bestätigt sich darin, dass ansonsten das Recht – verkörpert im Wertpapier – stets nach Maßgabe des § 426 ABGB übertragen werden könnte; die subsidiär wirkende Anordnung, dass das Eigentum durch Übergabe der Urkunde gem § 427 ABGB übertragen wird, fände keinerlei Anwendungsbereich und liefe leer.³³⁹¹ Wenn man die rechtliche Erwerbungsart bei Namensaktien aber nach § 427 ABGB beurteilt, ergibt sich, dass hier auf eine Urkunde abgestellt wird, wodurch das Eigentum dargetan wird; wenn es aber an einem Indossament fehlt, ergibt sich aus der Aktienurkunde als Orderpapier aber nur das Eigentum des Übergebers und nicht des Übernehmers, weshalb hier bereits zweifelhaft ist, ob eine Übergabe durch Zeichen vorliegen kann.³³⁹² Selbst wenn man idZ eine rechtliche Erwerbungsart durch Übergabe der Aktienurkunde ohne Indossament bejaht, folgt aus der Normstruktur des § 427 ABGB jedoch nicht, dass die Übergabe der Urkunde notwendige Voraussetzung für den Rechtsübergang ist. Denn in dieser Bestimmung werden alternativ mehrere Formen der rechtlichen Erwerbungsart genannt, die gleichrangig nebeneinanderstehen. Der Schluss, dass die Übergabe der Aktienurkunde Priorität gegenüber anderen Übergabeformen durch Zeichen hätte oder gar als einzig gültiges Zeichen anzusehen wäre, ist somit unzulässig; vielmehr ist etwa auch die Verständigung der Gesellschaft ausreichend.

Auch aus dem Hinweis darauf, dass § 62 Abs 1 S 3 AktG – in Übernahme der Wertung des § 223 dHGB 1897 – die Vorlage der Aktienurkunde für die Anmeldung zum Aktienbuch verlangt, lässt sich kein zwingendes Argument für die Notwendigkeit der Übergabe der Aktienurkunde konstruieren:³³⁹³ Denn diese Interpretation fingiert einen konstitutiven Zusammenhang zwischen der Anmeldung zur Eintragung und dem Rechtsübergang, sofern eine Aktienurkunde besteht. Folgt man diesem Gedanken, würde aber auch bei der wertpapierrechtlichen Übertragung nicht allein durch Indossament, sondern

3389 *Edelmann* in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG: Praxiskommentar (2020) § 62 Rz 11; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 3/118.

3390 S statt aller *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 427 Rz 2.

3391 IW entspricht dieses Argument der Verkörperungstheorie, s dazu auch auf 2.2.1.2.2.4.

3392 Dies ergibt sich aber aus der älteren Rsp, die davon ausgeht, dass ein nicht indossierter Wechsel nicht als Zeichen iSd § 427 ABGB anzusehen ist, s OGH 23.3.1892, Nr 2786 GIU 14178.

3393 Dahingehend aber *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 25.

erst durch Vorlage der Urkunde an die Gesellschaft die Rechtszuständigkeit erworben werden, was klarerweise eine bedeutende Einschränkung für die freie Übertragbarkeit von verbrieften Aktien darstellen würde.³³⁹⁴ § 62 Abs 1 S 3 AktG ist vielmehr dahingehend zu interpretieren, dass bloß für die Ausübung des durch die verbrieft Aktie vermittelten Mitgliedschaftsrechts, das – wie gesehen – einer Eintragung in das Aktienbuch bedarf,³³⁹⁵ die Vorlage der Aktienurkunde notwendig ist. Der Rechtsübergang erfolgt in diesem Fall aber bereits vor Übergabe der Urkunde, was auch der Rsp des BGH³³⁹⁶ und der hL³³⁹⁷ in Deutschland entspricht. Freilich ist aber der Erwerber in sinngemäßer Anwendung des § 1428 ABGB nach dem Rechtsübergang berechtigt, die Urkunde vom Veräußerer heraus zu verlangen,³³⁹⁸ um die Anmeldung durchführen zu können.³³⁹⁹ Hieraus folgt, dass für die Übertragung einer verbrieften Namensaktie stets ein Publizitätsakt erforderlich ist, der aber nicht zwingend in der Übergabe der Aktienurkunde bestehen muss.

2.2.1.2.2.4. Inhaberaktien

Inhaberaktien sind gem § 10 Abs 2 AktG nach der vollen Leistung des Ausgabebetrags in einer oder mehreren Sammelurkunden zu verbriefen und bei einer Wertpapiersammelbank zu hinterlegen.³⁴⁰⁰ Durch § 5 Abs 1 iVm § 24 lit d DepotG entsteht dabei für den Rechtsinhaber Miteigentum an der Sammelurkunde. Die Depotbank hat dabei gleichermaßen wie die Wertpapiersammelbank gem § 11 DepotG ein Verwahrungsbuch zu führen, in das die verwahrten Wertpapiere einzutragen sind. Weitgehend unstr ist dabei,³⁴⁰¹ dass der Eigentumsübergang der in einer Sammelurkunde verbrieften Inhaberaktie durch die Gutschrift am Depotkonto als rechtliche Übergabeart erfolgt,³⁴⁰² wobei unterschiedliche Ansichten dahingehend bestehen, ob die Gutschrift konstitutiv für

3394 Man denke an die bereits von *Micheler* skizzierten Unannehmlichkeiten der Verständigung der Gesellschaft im späten 19. Jhd, s *Micheler*, Wertpapierrecht 133.

3395 S dazu bereits ausf 2.1.3.2.3.

3396 BGH 14.5.2013, XI ZR 160/12.

3397 Statt aller *Koch* in Hüffer/Koch, Aktiengesetz¹⁵ § 68 Rz 3; *Bayer* in MüKoAktG⁵ § 68 Rz 30 ff.

3398 So auch *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 25.

3399 Dies entspricht einem Wertpapierbegriff, bei dem es ausreicht, dass sichergestellt ist, dass nur der Berechtigte das Recht ausüben kann, s dazu auch *Zöllner* in FS Raiser 268 ff.

3400 Noch im Jahr 1970 bestanden in Österreich etwa 2 Millionen Einzelurkunden alleine für ausgegebene Anleihen, s *Mayer*, Die Sammelurkunden des Depotgesetzes 1970, in FS Kastner (1972) 289 (289).

3401 S dazu etwa *Barth/Obradovic* in Kalss et al, BörseG/MAR (2019) § 9 Rz 10; *Aicher/F. Schuhmacher* in Krejci, Unternehmensrecht⁵ 659, OGH 19.11.2014, 6 Ob 172/14h.

3402 Daraus folgt notwendigerweise, dass bei Inhaberaktien eine andere Form der Übertragung – wie etwa die Verständigung der Gesellschaft vom Rechtsübergang – nicht zulässig ist. Dies ergibt sich auch aus der expliziten Wertung des § 10a AktG, dass die Aktionärs-eigenschaft bei Inhaberaktien ausschließlich durch Depotbestätigung nachgewiesen werden kann. Durch die Verständigung vom Rechtsübergang kann

den Rechtsübergang oder nur deklaratorisch ist. Unklarheit besteht insb hinsichtlich der Begründung für dieses Ergebnis, was auf wesentliche Divergenzen in den dogmatischen Grundannahmen zurückzuführen ist.³⁴⁰³

Die in jüngerer Zeit insb von *Iro* und *Oppitz* vertretene hL³⁴⁰⁴ geht davon aus, dass bei Inhaberpapieren, die bei einem Verwahrer bleiben, die rechtliche Erwerbungsart in einer Besitzanweisung besteht, bei der der Kunde die Bank anweist, die Wertpapiere künftig für den Erwerber innezuhaben.³⁴⁰⁵ Diese Ansicht findet ihre Grundlage darin, dass dem Depotinhaber Mitbesitz an der Sammelurkunde zukommt, den er mittelbar durch die Wertpapiersammelbank ausübt; die Bank, bei der der Veräußerer sein Depot hat, weist demnach die Wertpapiersammelbank an, den Mitbesitz an der Sammelurkunde in Zukunft für die Bank, bei der der Erwerber sein Depot hat, auszuüben.³⁴⁰⁶ Die Eintragung in das Verwahrungsbuch sei dabei als Dokumentation des Willens des Verwahrers aufzufassen, das Wertpapier künftig für einen anderen innehaben zu wollen.³⁴⁰⁷ Die Buchung hat somit nach Ansicht von *Iro* nur deklaratorische Bedeutung für die dadurch bezeugten besitzmäßigen Vorgänge.³⁴⁰⁸ Zu einem Eigentumserwerb des Kunden kommt es durch die Eintragung in das Verwahrungsbuch gem § 17 Abs 2 DepotG, wobei teils aber auch von einem unmittelbaren Eigentumserwerb des Kunden ausgegangen wird.³⁴⁰⁹ Dementsprechend sei bei der Übertragung von Sammelbestandsanteilen – wie bei in einer Sammelurkunde verbriefen In-

somit das Mitgliedschaftsrecht nicht ausgeübt werden; allenfalls kann bei einer solchen Konstruktion eine Unterbeteiligung vorliegen.

3403 In der wertpapierrechtlichen Lit besteht eine sehr kritische Position zum Konzept der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht, was wohl va darauf zurückzuführen ist, dass sich das Wertpapierrecht und der Effektenverkehr nicht nahtlos in diese Zweiteilung einordnen lassen. Dies zeigt sich besonders illustrativ daran, dass *Georg Opitz* von einer eigenen Kategorie der (unverbriefen) Wertrechte ausgegangen ist, für die er forderte, den engen Sachbegriff des § 90 BGB auf unkörperliche Sachen zu erweitern, s dazu ausf *Opitz*, Wertrechte und Wertpapiere, in *Opitz*, 50 depotrechtliche Abhandlungen (1954) 426 (430 ff). Die vorliegende Betrachtung widmet sich aber – dem Duktus des vorliegenden Teils folgend – bloß der Frage, ob sich der derivative Erwerb von in Sammelurkunden verbriefen Inhaberaktien nach Maßgabe der Bestimmungen des ABGB, die ein Eigentum an Rechten explizit anerkennen, erklären lässt. Zur Verortung des Wertpapierrechts in der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht, s ausf *Micheler*, Wertpapierrecht 161 ff; *Lehmann*, Finanzinstrumente 222 ff.

3404 S etwa *Kalss*, Die Vererbung von Aktien, JEV 2015, 112 (114); *Dokalik*, Der Nachweis der Aktionärserschaft nach dem Entwurf eines ARÄG 2009, GesRZ 2008, 329 (331).

3405 *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 4/113.

3406 *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² (2007) 2/203.

3407 *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 4/114.

3408 *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 4/115.

3409 *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² 2/205.

haberaktien – die Besitzanweisung an die die Sammelurkunde verwahrende Wertpapiersammelbank die einschlägige Übertragungsart.³⁴¹⁰

Gegen diese Ansicht regte sich insb aus wertpapierrechtlicher Perspektive Widerstand. Denn durch die Entmaterialisierung des Kapitalmarkts – va durch den Effekten giro³⁴¹¹ – und damit einhergehend dem weitgehenden Funktionsverlust der Urkunde müsse von einer alleinigen Anknüpfung an den Mitbesitz an der Sammelurkunde für den Rechtsübergang Abstand genommen werden.³⁴¹² Für das österreichische Recht führte dabei insb *Micheler* aus, dass sammelverwahrte Wertpapiere ihre Legitimations- und Befreiungswirkung eingebüßt hätten, weshalb die wertpapierrechtlichen Regelungen im Wege einer Gesamtanalogie auf die Übertragung im Effekten giro anzuwenden seien.³⁴¹³ IZm dem Erwerb von in einer Sammelurkunde verbriefen Inhaberaktien plädiert sie dafür, die Norm des § 17 Abs 2 DepotG für den Eigentumserwerb fruchtbar zu machen, wonach der Kommittent Eigentum erwirbt, wenn der verfügungsberechtigte Kommissionär – also die Bank – eine Eintragung im Verwahrungsbuch vornimmt. Durch den Funktionswandel des entmaterialisierten Effektenverkehrs sei bei dieser Bestimmung, die mangels Kommissionärseigenschaft der Wertpapiersammelbank für den Eigentumserwerb des Effektenkäufers bzw der von diesem beauftragten Bank unmittelbar keine Anwendung findet,³⁴¹⁴ eine nachträgliche Lücke entstanden, die durch Analogie geschlossen werden müsse. Demgemäß sei die Gutschrift am Depot in analoger Anwendung des § 17 Abs 2 DepotG konstitutiv für den Rechtsübergang und könne sohin auch als rechtliche Erwerbungsart angesehen werden.

Auch wenn diese Herangehensweisen zu ähnlichen Auslegungsergebnissen gelangen, trennen sie dogmatisch Welten. Denn sie unterscheiden sich – obwohl dies in der Position der für eine Besitzanweisung plädierenden hL nicht klar hervorgeht – in ihrer Konzeption des Wertpapierrechts. Die hL versteht das Wertpapier iSd von *Savigny* entwickelten Verkörperungstheorie: Das Recht wird dabei als in der Urkunde inkorporiert angesehen, weshalb es – verkürzt ausgedrückt – das rechtliche Schicksal der Urkunde teilt; das Recht mutiert somit zur körperlichen Sache, weshalb auch die strikten Regelungen zur Zession keine Anwendung mehr finden.³⁴¹⁵ Auf eine bekannte Parömie konzentriert heißt es dazu: „*Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier*“³⁴¹⁶. Dieser stark in einem pandektistischen Paradigma verankerte Gedanke bringt es somit mit sich, dass es für die freie Handelbarkeit eines Rechts der Verkörperung in einer Urkunde bedarf. Die sachenrechtlichen Regelungen

3410 Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 4/119.

3411 Dazu weiterführend *Aicher/F. Schuhmacher* in Krejci, Unternehmensrecht⁵ 655.

3412 Eindrucksvoll dazu *Lehmann*, Finanzinstrumente 37 ff.

3413 *Micheler*, Wertpapierrecht 184.

3414 *Oppitz* in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² 2/201.

3415 *Lehmann*, Finanzinstrumente 179 ff.

3416 S etwa *Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere (1938) 20 f.

zum Eigentumserwerb können somit nach dieser Ansicht bloß auf die körperliche Urkunde Anwendung finden, in die das Recht inkorporiert ist, weshalb die Hinterlegung einer körperlichen Sammelurkunde denknotwendig ist. Im derzeitigen System des Effektenverkehrs ist die Hinterlegung der Sammelurkunde bei der Wertpapiersammelbank aber freilich nicht mehr als ein sachenrechtliches Feigenblatt,³⁴¹⁷ das keinerlei Wirkungen in der Welt des Reellen entfaltet. Aus wertpapierrechtlicher Sicht wird die Verkörperungstheorie in ihrer Anwendung auf den modernen Kapitalmarkt daher zu Recht als völlig anachronistisch kritisiert.³⁴¹⁸ Micheler versteht ihren Beitrag ausdrücklich als Überwindung der Verkörperungstheorie; sie unterscheidet sich in ihren Prämissen ganz wesentlich von der hL.

Auch wenn dieser Theorienstreit abstrakt – zumindest an dieser Stelle – nicht gelöst werden kann, kann doch davon ausgegangen werden, dass eine Rechtsordnung unterschiedliche Konzeptionen von Wertpapierrechten verwirklichen kann. Mangels sondergesetzlicher Regelungen bei den in Sammelurkunden verbrieften Inhaberaktien kommt den allgemeinen Regeln des Zivilrechts besondere Bedeutung zu. Hierbei kann aus den Wertungen des ABGB – wie bereits angedeutet³⁴¹⁹ – ein Indiz entnommen werden, dass Wertpapiere nicht im Sinn der Verkörperungstheorie verstanden wurden.

Ein Hinweis ergibt sich bereits aus der historischen Genese³⁴²⁰: So wurde etwa in der deutschen L – soweit ersichtlich – noch im frühen 19. Jhd davon ausgegangen, dass der Wechsel vom Grundlagengeschäft weitgehend unabhängig sei; die Verkörperungstheorie wurde von Savigny erst 1853 – also deutlich nach Inkrafttreten des ABGB – entwickelt.³⁴²¹ Auch in einer dogmatischen Analyse spricht der Regelungsplan des ABGB gegen die Kernthese der Verkörperungstheorie, dass die Regelungen des Sachenrechts nur auf die urkundliche Verkörperung von Rechten Anwendung finden kann. Dies zeigt sich bereits in der hier ausführlich thematisierten Anwendbarkeit der Regelungen der §§ 423 ff ABGB auf Rechte. Besonders illustrativ ist dabei, dass die symbolische Übergabe durch Ausfolgerung der Urkunde, die das Eigentum dartut, gem § 427 ABGB als rechtliche Erwerbungsart für Rechte anzusehen ist, die insb auch für Schuldforderungen in Betracht kommt. Nach einem der Verkörperungstheorie folgenden Regelungssystem wäre dies aber nicht notwendig, da in diesem Fall das verkörperte Recht durch körperliche Übergabe

3417 So auch Zöllner: „Sieht man genauer zu, so erkennt man unschwer, dass es sich bei der Verbriefung in Globalurkunden nur mehr um eine von der Sache her funktionslose und daher austauschbare Form der Begründung von kapitalwerten Rechten handelt“, s Zöllner in FS Raiser 258.

3418 MWN Micheler, Wertpapierrecht 181 ff; Lehmann, Finanzinstrumente 181 ff.

3419 S 2.1.3.3.

3420 Hierzu ist jedoch eine weitergehende historische Analyse vonnöten, weshalb dies hier nur als These skizziert werden kann.

3421 Weiterführend dazu Lehmann, Finanzinstrumente 178 f.

(§ 426 ABGB) einschlägig wäre. Dies kann dahingehend interpretiert werden, dass Recht und Urkunde durchaus differenziert betrachtet werden müssen. Ein weiteres Indiz findet sich in der Kommentierung des § 366 ABGB von *Zeiller*: Demnach könne durch die Eigentumsklage die Urkunde, mit der ein Recht abgeleitet oder bewiesen wird, herausverlangt werden; dies wäre jedoch völlig sinnwidrig, wenn die Rechtszuständigkeit ausschließlich mittels Übergabe des Wertpapiers übergehen könnte.³⁴²² Das Recht und das Wertpapier, in dem dieses verbrieft ist, sind im Regelungssystem des ABGB somit zwei zu unterscheidende Rechtsobjekte, über die auch grds unabhängig voneinander verfügt werden kann. Die Ausstellung einer Urkunde ist im System des ABGB somit nicht unabdingbar dafür, um sachenrechtliche Regelungen auf Rechte Anwendung finden zu lassen. Vielmehr hat diese den Zweck, den Rechtsverkehr zu vereinfachen, was sich insb auch hinsichtlich der Legitimationswirkung von Inhaberpapieren in § 1393 S 3 ABGB und der Wertung in § 371 ABGB zeigt. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass im Regelungssystem des ABGB eine strenge Ausprägung der Verkörperungstheorie, nach der die Rechtszuständigkeit am Recht zwingend dem Eigentum an der Urkunde folgt, keine Realisierung findet.

Aus diesem Gedanken folgt, dass die Besitzeanweisung hinsichtlich des Mitbesitzes an der Sammelurkunde zwar eine grds denkbare Erwerbungsart bei Inhaberaktien darstellt, jedoch auch andere Arten der Übergabe iSd §§ 426 ff ABGB potenziell in Betracht kommen. Zunächst muss aber die Übertragung durch Besitzeanweisung, wie sie von der hL vorgeschlagen wird, näher untersucht werden. Hierbei kann wohl noch *Iro* darin gefolgt werden, dass der Mitbesitz an der Sammelurkunde trotz der Mediatisierung in Folge der Verwahrung bei der Wertpapiersammelbank bzw der Unmöglichkeit, unmittelbare Besitzhandlungen vorzunehmen, unbeschadet bleibt.³⁴²³ Von Bedeutung sind hierbei die Wertungen des DepotG: Denn nach § 9 Abs 2 DepotG gilt gegenüber einem Drittverwahrer die Vermutung, dass die Wertpapiere nicht im Eigentum des Verwahrers sind, womit gesetzlich anerkannt ist, dass die Eigentumsverhältnisse nicht dem durch den Besitz der körperlichen Dokumente entsprechenden Anschein entsprechen.³⁴²⁴ Dieser mittelbare Konnex zur Urkunde ist hinreichend, da es für den Sachbesitz mit *Zeiller* ausreicht, wenn der Berechtigte die Sache durch einen anderen inne hat, sofern er

³⁴²² *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 366 Rz 4 (131).

³⁴²³ *Iro* in Apathy/Iro/Kozioł, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 4/117. Dem wird jedoch in der wertpapierrechtlichen Lit entgegengetreten. Insb auf *Dorothee Einsele* geht dabei die Ansicht zurück, dass auf Grund der fehlenden Möglichkeit, Individualurkunden ausgestellt zu bekommen, kein mittelbarer Besitz vorliegt, s dazu weiterführend *Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht: Funktionsverlust von Effektenurkunden im internationalen Rechtsverkehr (1995) 64 ff.

³⁴²⁴ *Micheler*, Wertpapierrecht 148.

den Willen an den Tag legt, die Sache als die seinige zu behandeln.³⁴²⁵ Es besteht für den (Mit)-Besitz somit kein Erfordernis, dass der Berechtigte selbst Gewahrsame an der Sache begründet. Fraglich scheint jedoch, ob hier eine in den §§ 426 ff ABGB genannte Übergabeart vorliegt. Da str ist, ob die Übertragung im Effektingiro als Übergabe durch Zeichen oder als Übergabe durch Erklärung zu qualifizieren ist,³⁴²⁶ muss in der Folge eine dahingehend differenzierte Betrachtungsweise eingenommen werden.

Der Tatbestand des § 428 ABGB erfasst Fälle, in denen eine Erklärung erfolgt, dass von nun an ein bestimmter anderer die Sache besitzen soll. Beim Besitzkonstitut erklärt der Veräußerer, dass künftig der Erwerber die Sache besitzen soll und er die Sache für ihn innehat; bei der Übergabe kurzer Hand wird dem Inhaber erklärt, dass er künftig die Sache anstatt des anderen besitzen werde.³⁴²⁷ Wiewohl auf Grund der nicht abschließenden Natur des § 427 ABGB durchaus fraglich scheint, ob diesbezüglich eine Regelungslücke besteht,³⁴²⁸ kann dieser Gedanke durchaus weitergesponnen werden, sodass in analoger Anwendung von § 428 ABGB auch die Erklärung des Besitzers an den innehabenden Dritten, dass er die Sache künftig für einen anderen verwahren soll, als rechtliche Übergabeart angesehen wird. Denn es geht bei der Übergabe durch Erklärung nicht darum, wer Inhaber der Sache ist, sondern bei wem der Besitzwille hinzutritt, wobei dieser beim mittelbaren Erwerb vom Übergeber abgeleitet werden muss.³⁴²⁹ Im Kontext des Effektingiros scheint eine derartige Analogie aber überaus gezwungen:³⁴³⁰ Denn zumindest beim Handel über die Börse ist dem Veräußerer der Erwerber nicht bekannt.³⁴³¹ Mit der Verkaufssorder geht somit keine Erklärung an die Wertpapiersammelbank einher, die Aktie künftig für einen bestimmten anderen innezuhaben. Der Veräußerer erklärt nur, dass die Aktie nicht mehr für ihn verwahrt werden soll, nicht aber, wer an seine Stelle tritt, was er in aller Regel auch nicht weiß. Der Veräußerer kann somit dem Verwahrer allenfalls seine Besitzaufgabe, nicht aber die Übertra-

3425 Zeiller, Kommentar 2.1 § 309 Rz 2 (40).

3426 S dazu bereits 2.2.1.1.1.

3427 Tatsächlich geht es darum, dass der Eigentümer die Aufgabe des Besitzwillens erklärt, s Zeiller, Kommentar 2.1 § 428 Rz 1 (225).

3428 Zur Besitzeinweisung als unter § 427 ABGB fallend eintretend vgl Mader in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 428 Rz 1; F. Bydlinski in Klang IV/2² (1978) § 1063 (659), Frotz in FS Kastner 138.

3429 Zeiller, Kommentar 2.1 § 428 Rz 1 (225).

3430 Canaris, Bankvertragsrecht (1981) Rz 2022.

3431 Freilich ist die Sachlage weitaus komplexer als hier dargestellt. Denn es besteht eine für einen durchaus alltäglichen Sachverhalt erstaunliche Rechtsunsicherheit zur tatsächlichen Konstruktion des Eigentumserwerbs beim Effektingiro. So sind die Umstände der Übertragung – etwa ob es zu einem Durchgangserwerb bei den involvierten Banken kommt – im Einzelnen hochumstritten und ungeklärt, s dazu weiterführend für die österreichische Rechtslage Micheler, Wertpapierrecht 207 f.

gung des Besitzes an den Erwerber erklären.³⁴³² Demgemäß lässt sich der Rechtsübergang im Anwendungsfall der Übertragung von Inhaberaktien im Börsenhandel durch Rückgriffnahme auf § 428 ABGB nur sehr beschränkt erklären,³⁴³³ den diesbezüglichen Konstruktionsversuchen³⁴³⁴ haftet nach den Worten von *Matthias Lehmann* das „*Odium des Künstlichen*“ an;³⁴³⁵ *Rainer Walz* spricht von „*hochgradig künstlichen Konstruktionsarabesken*“³⁴³⁶.

Die Vorgänge beim Effektingiro können freilich auch als symbolische Übergabe aufgefasst werden, da die in § 427 ABGB aufgezählten Zeichen nicht abschließend erfasst sind.³⁴³⁷ Es ist hierbei darauf abzustellen, ob der Erwerber in die Lage versetzt wird, das Recht im eigenen Namen zu gebrauchen. Betrachtet man die Erklärung, die Ausschlag zum Rechtsübergang gibt, unter diesem Licht, wird man vom Erfordernis, dass in dieser auch der Übernehmer des Anteils benannt wird, abrücken müssen. Denn solange sichergestellt ist, dass durch die Erklärung der Übernehmer in die Lage versetzt wird, das Recht auszuüben, ist ohne Relevanz, ob er sich auch in der Erklärung des Veräußerers wiederfindet. Verstanden als eine symbolische Übergabe ist somit der hL zuzustimmen, dass das Miteigentum an der Sammelurkunde und somit auch eine darin verbrieftete Inhaberaktie durch Erklärung an die Wertpapiersammelbank übertragen wird. Von Bedeutung ist bei dieser Überlegung freilich der Zeitpunkt des Übergangs der Rechtszuständigkeit: Dieser erfolgt nach generellen Wertungen, wenn der Erwerber in die Lage versetzt wird, das Recht auszuüben.³⁴³⁸ Nicht hinreichend ist somit der Zugang der Erklärung beim Verwahrer oder dessen Annahme der Erklärung. Vielmehr muss im Verhältnis zum Erwerber eine Handlung gesetzt

3432 In diese Richtung auch zur deutschen Rechtslage *Heinsius/Horn/Than*, Depotgesetz (1975) § 6 Rz 35. Anders wäre dies freilich zu beurteilen, wenn man einen Durchgangserwerb der einzelnen Banken bejaht.

3433 Dies entspricht auch der dt hL, die die Rechtsübertragung nicht unter § 929 S 2 BGB subsumiert, s dazu etwa *Canaris*, Bankvertragsrecht Rz 2020; *Einsele* in *MüKoHGB*⁵ VI (2024) Teil 2, Q Depotgeschäft Rz 107 ff.

3434 Mit einer ausführlichen Begründung zur auch von der österreichischen hL vertretenen Ansicht etwa *Rögner* in *Scherer*, DepotG (2012) § 5 Rz 76 ff.

3435 *Lehmann*, Finanzinstrumente 390.

3436 *Walz*, *KritV* 1986, 131 (138).

3437 *MwN Klang* in *Klang II*² § 427 Rz 4 (321), s bereits *Zeiller*, *Commentar* 2.1 § 427 Rz 4 (224).

3438 So wird von der Rsp darauf abgestellt, ob eine konkrete Möglichkeit der Nutzung der übergebenen Sache möglich ist. So sprach der OGH etwa aus, dass ein Wohnrecht rechtsgültig übertragen werden kann, wenn ein Besitz am versprochenen Gebrauchsrecht eingeräumt wird, vgl OGH 18.11.1981, 3 Ob 580/81 NZ 1983, 40. Auch wird die nachträgliche Zustimmung des Kontoinhabers zu einer durch den Übernehmer veranlassten Überweisung auf sein Konto als wirkliche Übergabe angesehen, vgl OGH 22.1.2015, 1 Ob 1/15a. Damit im Einklang steht auch die Wertung, dass die fortwährende Nutzung einer Sache samt alleiniger Kostentragung als Übergabe anzusehen ist, s OGH 20.12.2016, 1 Ob 229/16g.

werden, die diesem die Rechtsausübung ermöglichen; im Fall des Effektengiros erfolgt dies mit der Gutschrift durch die Wertpapiersammelbank, da ab diesem Zeitpunkt der Erwerber nach § 17 Abs 2 DepotG auch Eigentum erwirbt. Dies ist auch im Einklang mit dem Befund, dass die rechtliche Erwerbsart regelmäßig im Kontext des Besitzerwerbs auszulegen ist: Wie bereits ausgeführt wird bei Inhaberaktien nach den Wertungen des AktG die Stellung als Rechtsbesitzer mit der Gutschrift am Depotkonto begründet.³⁴³⁹ Demgemäß geht mit der Depotbuchung gleichermaßen der Erwerb des Besitzes wie auch des Eigentumsrechts einher.³⁴⁴⁰ Versteht man die Besitzanweisung als Ausprägung der symbolischen Übergabe, kommt es somit konstitutiv auf die Buchung im Verwahrungsbuch des Empfängers an.

Aus der Herleitung des Rechtsübergangs bei in Sammelurkunden verbriefenen Inhaberaktien aus § 427 ABGB ergibt sich somit ein Gleichklang zwischen einer von *Micheler* aufgeworfenen wertpapierrechtlichen Position und den Wertungen des ABGB. Lässt man jedoch darüber hinaus die Hauptaussage der Verkörperungstheorie fallen, dass die Rechtszuständigkeit zwingend dem Eigentum an der Urkunde folgt, kommen darüber hinaus auch andere Formen des Rechtsübergangs potenziell in Betracht. Demnach wäre es auch *de lege lata* zivilrechtlich möglich, die Inhaberaktie ohne Verbriefung in einer physischen Sammelurkunde unter Anwendung von sachenrechtlichen Bestimmungen zu übertragen. In der speziellen Konstellation der Mediatisierung beim Effektengiro ist hier als symbolische Übergabe eine Form der Mitteilung an die Wertpapiersammelbank erforderlich, da ohne Änderungen im Verwahrungsbuch der Erwerber nicht in die Lage gesetzt wird, seine Mitgliedschaftsrechte auszuüben. Deshalb müsste auch hier eine Erklärung des Veräußerers stattfinden, die iSd § 427 ABGB als Zeichen verstanden wird und den Erwerber in die Lage versetzt, das Recht auszuüben. Wie nach den dargestellten wertpapierrechtlichen und sachenrechtlichen Wertungen wird dieses Zeichen in einer Gutschrift im Verwahrungsbuch bestehen. Lässt man die Prämisse der Verkörperungstheorie fallen, kommt es somit unter den gleichen Umständen zum Erwerb des Rechts wie zum Erwerb des Miteigentumsanteils an der Sammelurkunde, ohne dass diese notwendigerweise verbunden sein müssten.

³⁴³⁹ S bereits 2.1.3.2.3.

³⁴⁴⁰ Hierbei besteht im ABGB eine deutlich größere Flexibilität als etwa im BGB. Denn für die dt Rechtslage wird vertreten, dass der Eigentumserwerb durch Depotbuchung eine offene Rechtsfortbildung darstelle, die sich *de lege lata* nicht begründen ließe. Dies ist durch das offene Konzept der Eigentumsübertragung des § 427 ABGB im österreichischen Recht nicht der Fall; vielmehr kann dieses – idR als wirtschaftlich wünschenswert dargestellte Ergebnis – durch bloße Norminterpretation erreicht werden. Der Eigentumserwerb durch Depotgutbuchung ist im System des ABGB somit keineswegs als Anomalie anzusehen, s zur dt Rechtslage diesbezüglich ausf *Rögner* in Scherer, DepotG § 5 Rz 70; *Than*, Wertpapierrecht ohne Wertpapier? in FS Schimansky (1999) 821 (822 ff); ebenso von einer Rechtsfortbildung ausgehend *Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht 172 ff.

Dieser Befund beinhaltet eine wichtige Folgerung für den Effektengiro: Wenn man davon ausgeht, dass das ABGB den Aussagen der Verkörperungstheorie nicht folgt, ist es für die sachenrechtlichen Beurteilung des derivativen Rechtsübergangs ohne Bedeutung, ob eine Sammelurkunde besteht oder nicht. Von Relevanz ist einzig ein Zeichen für den Rechtsübergang, das iZm Inhaberaktien allein in der Eintragung in das Verwahrungsbuch – also iW in einer Registereintragung – besteht.³⁴⁴¹ Für die rechtliche Erwerbungsart und daher auch für den Rechtsübergang ist es hier somit ohne Belang, ob die Inhaberaktie in einer Sammelurkunde verkörpert ist, solange eine rechtliche Erwerbungsart durch Zeichen iSd § 427 ABGB vorliegt.

2.2.1.2.2.5. Exkurs: Notwendigkeit der Verkörperung von Wertpapieren

Die These, dass es für die Rechtsübertragung bei Inhaberaktien keiner Verfügung über den Mitbesitz an einer Sammelurkunde bedarf, kann auch aus einer anderen Perspektive begründet werden. Es kann ganz grundsätzlich die Frage gestellt werden, ob die Verkörperung von Wertpapieren in Urkunden zwingend notwendig ist. Verneint man dies, wird dies als gewichtiges Argument dahingehend verstanden werden müssen, dass die Verfügung über den Mitbesitz an einer körperlichen Sammelurkunde nicht unerlässlich für den Rechtserwerb ist. Hierbei gilt es zunächst daran zu erinnern, dass durch das weite Konzept des Rechtsbesitzes wesentliche mit der Besitzposition assoziierte wertpapierrechtliche Rechtswirkungen nicht zwingend mit dem Besitz einer körperlichen Urkunde verbunden sind.³⁴⁴² Nun soll der Fokus aber auf aktuelle Entwicklungen gerichtet werden, die auf die Position des Gesetzgebers zu dieser Frage schließen lassen.

Ein erstes Indiz, dass der Gesetzgeber die Verkörperung in einer Urkunde als nicht erforderlich für Wertpapiere erachtet, findet sich bei Staatsanleihen. Seit dem frühen 20. Jhd wurden diese nicht mehr in Wertpapieren

3441 Ganz ähnlich strukturiert ist die in jüngerer Zeit diskutierte Frage, inwieweit bei Kryptowährungen eine Übertragung durch Übergabe einer sog physischen Wallet vonstattengehen kann. Hierbei handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, in dem der Übertragungsschlüssel für die Blockchain inkorporiert wird, wobei dieser teils nur durch Zerstörung – etwa durch Aufrubbeln von Losen oder Zerbrechen von Münzen – eingesehen werden kann. Auch hier wird davon ausgegangen, dass die Zuordnung einer virtuellen Währung durch die Übertragung der physischen Wallet erfolgen kann; was sich im Regelungssystem des ABGB nahtlos in § 427 verankern lässt. Es zeigt sich sohin, dass es für das österreichische Zivilrecht nicht notwendig ist, die unkörperliche Sache – sei es ein Recht, sei es eine virtuelle Währungseinheit – mit einer körperlichen Sache zu identifizieren, s dazu bereits *Völkel*, *Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen*, ÖBA 2017, 385 (388); ausf *Miernicki*, *Kryptowerte* 262 ff; alternativ kann hierin aber auch unmittelbar ein Besitzerwerb erblickt werden, s *Kogler/Holzweber* (Hrsg), *Krypto-Assets im Zivilrecht* (im Erscheinen).

3442 Vgl bereits 2.1.3.3.

verbriefte, sondern durch Eintragungen in ein Schuldbuch übertragen.³⁴⁴³ Um den dabei entstehenden Verwaltungsaufwand zu reduzieren, wurden ab 1940 kriegsbedingt Kreditinstitute für die Verwaltung von Schuldverschreibungen in Dienst genommen,³⁴⁴⁴ was darin resultierte, dass Staatsanleihen in den Effekten giro einbezogen wurden: Wertpapiersammelbanken wurden als Gläubiger in das Schuldbuch eingetragen, wobei diese als Treuhänder für Verwahrer fungierten, die wiederum als Treuhänder für ihre Depotkunden tätig wurden.³⁴⁴⁵ Im österreichischen Recht findet sich dies in § 24 lit c DepotG verwirklicht, wonach die Bestimmungen über die Sammelverwahrung, die Verschaffung von Eigentum am Sammelbestand und zur Behandlung in der Insolvenz auch für Bundesschuldbuchforderungen gelten. In der Sache macht es somit – auch mit Blick auf die erfolgte Mediatisierung – keinen Unterschied, ob eine körperliche Sammelurkunde vorliegt oder nicht: Die Eintragung in ein Register ersetzt die Verbriefung, wobei über Anteile an diesen Forderungen in gleicher Weise verfügt werden kann wie über in Sammelurkunden verkörperte Rechte, sodass im Resultat auch der Verkehrsschutz im selben Ausmaß gegeben ist.³⁴⁴⁶

Verstärkt wird dieser Befund durch rezente gesetzgeberische Aktivitäten iZm digitalen Sammelurkunden. Gem dem 2021 eingefügten³⁴⁴⁷ § 24 lit e DepotG kommen die Bestimmungen des DepotG auf Anteile an einer digitalen Sammelurkunde³⁴⁴⁸ in gleicher Weise wie auf Bundesschuldbuchforderungen zur Anwendung; idS kommt eine digitale Sammelurkunde im derzeitigen Stand aber nur für Schuldverschreibungen und für Investmentzertifikate in Betracht.³⁴⁴⁹ Die Rechtswirkungen der digitalen und der physischen Sammelurkunde sind nach den Mat dabei deckungsgleich;³⁴⁵⁰ auch hier kommt es durch die Depotgutschrift zum Eigentumsübergang.³⁴⁵¹ Deutlich weiter geht dabei das deutsche Gesetz über elektronische Wertpapiere, das auf Inhaberschuldverschreibungen und mittlerweile auch Aktien³⁴⁵² Anwendung findet, aber auch

3443 *Micheler*, Wertpapierrecht 155 ff.

3444 *Fabricius*, AcP 1963, 456 (461 ff).

3445 Ausf dazu *Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht 15 ff.

3446 *Zöllner* in FS Raiser 256.

3447 BGBl I Nr 51/2021.

3448 Vgl dazu die Legaldefinition in § 1 Abs 4 DepotG.

3449 *Ebner/Kalss*, Die digitale Sammelurkunde – ein erster Schritt zur vollständigen Digitalisierung des österreichischen Wertpapierrechts, GesRZ 2020, 369 (376); *Ebner/Kalss*, RD 2022, 109 ff; für eine Anwendung auf Aktien plädieren *Raschner/Reheis*, Die Einführung der digitalen Sammelurkunde, ÖBA 2021, 456 (466).

3450 ErlRV 596 BlgNR 27. GP 1.

3451 *Raschner/Reheis*, ÖBA 2021, 456 (460).

3452 Durch das sog Zukunftsfinanzierungsgesetz, das am 15.12.2023 in Kraft getreten ist, wurden auch elektronische Aktien ermöglicht, s dazu ausf *Omlor*, Elektronische Aktien nach dem Zukunftsfinanzierungsgesetz, RD 2024, 19; *Casper*, Das Zukunftsfinanzierungsgesetz, ZHR 2023, 5.

die Eintragung in dezentrale Register – etwa auf Basis von Blockchains – erfasst.³⁴⁵³ Es zeigt sich somit, dass im Angesicht der Digitalisierung weiter Lebensbereiche der österreichische gleich wie der deutsche Gesetzgeber von der Notwendigkeit der Verbriefung von Wertpapieren in physischen Sammelurkunden Abstand nimmt. Durch die Eintragung in ein Register werden einem Recht somit in gleicher Weise wertpapierrechtliche Rechtsqualitäten verliehen, wie das auch durch die Verbriefung in einer körperlichen Urkunde erfolgt.³⁴⁵⁴

Im vorliegenden Forschungsansatz interessiert idZ weniger die konkrete Ausgestaltung von entmaterialisierten Wertpapieren, sondern vielmehr die Begründung der wertpapierrechtlichen Rechtswirkungen ohne Verankerung in einer körperlichen Urkunde. Hierbei zeigen sich manifeste Unterschiede in der Regelungstechnik: Während hinsichtlich Staatsanleihen im deutschen BWpVerG in § 10 explizit die Umstände der Rechtsübertragung, der gutgläubige Eigentumserwerb sowie die Begründung von beschränkten dinglichen Rechten geregelt ist,³⁴⁵⁵ finden sich in Österreich durch die bloße Anwendbarkeit der Bestimmungen des DepotG auf Bundesschuldbuchforderungen keine allgemein-zivilrechtlichen Sonderwertungen.³⁴⁵⁶ Ähnliches gilt für elektronische Wertpapiere: Im deutschen eWpG wird in § 2 Abs 3 explizit festgehalten, dass das elektronische Wertpapier als Sache iSd § 90 BGB gilt; auch hier finden sich in den §§ 25 ff explizit Wertungen zur Übereignung, zum gutgläubigen Erwerb sowie eine Eigentumsvermutung, die in Österreich durch die bloße Änderung des DepotG nicht eigens gesetzlich normiert wurden. Dies ist von Relevanz, da der österreichische Gesetzgeber wiederholt zum Ausdruck bringt, dass mit der digitalen Sammelurkunde dieselben wertpapierrechtlichen Funktionen verbunden sind wie mit Anteilen an einer physischen Sammelurkunde;³⁴⁵⁷ um ein solches Resultat zu erreichen, sah sich der deutsche Gesetzgeber aber gezwungen, auch Wertungen zur Übertragung und zum gutgläubigen Eigentumserwerb zu positivieren. Dies zeugt von einer unterschiedlichen Einordnung der wertpapierrechtlichen Funktionen in das Zivilrecht: Während der österreichische Gesetzgeber davon ausgeht, dass diese Funktionen ohne Verkörperung in einer Urkunde alleine durch die allgemeinen Wertungen des ABGB bewerkstelligt werden können, sieht der deutsche Gesetzgeber die Notwendigkeit, vom BGB abweichende Sonderwertungen zu treffen.

3453 *Ebner*, (R)evolution im Nachbarland: Das deutsche Gesetz über elektronische Wertpapiere, *GesRZ* 2021, 228 (229 ff).

3454 *Roth*, Das zukünftige Recht der Bucheffekten, *ÖBA* 2011, 607 (611).

3455 Diese Wertungen fanden sich bereits in den §§ 11 ff des deutschen Reichsschuldbuchgesetzes (RGBl 1910 I S. 665).

3456 Auch in der mittlerweile gegenstandslos gewordenen Bundesschuldbuchverordnung BGBl Nr 162/1948 gibt es keine vergleichbaren Bestimmungen.

3457 ErlRV 596 BlgNR 27. GP 1.

Die unterschiedliche Umsetzung von körperlosen Wertpapieren in Österreich und Deutschland lässt auf eine Diskrepanz im allgemein zivilrechtlichen System schließen. Da dem BGB einem pandektistischen Paradigma folgend eine strenge Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht zu Grunde liegt, bedarf es einer eigenständigen Begründung, weshalb sachenrechtliche Wertungen – wie bspw die Notwendigkeit der Eintragung in ein Register zur Übertragung – bei Rechten zur Anwendung kommen können. Dies wird überwiegend mit einer von *Opitz* geprägten „Sachwerdungstheorie“³⁴⁵⁸ begründet: *Opitz* geht davon aus, dass Rechte durch ihre Einbeziehung in den Effektingiroverkehr ihre Charakteristika verändern; sie werden zu Wertrechten.³⁴⁵⁹ Diese seien im Rechtssinn als Sache zu qualifizieren, weshalb hinsichtlich der Übereignung, dem gutgläubigen Erwerb und der Verpfändung auch ohne Verkörperung in einer Urkunde auf sachenrechtliche Wertungen abgestellt werden könne.³⁴⁶⁰ Zum selben Resultat der Anwendung der Bestimmungen des Sachenrechts führt eine aA, die idZ von einer reinen Rechtsfolgenanordnung ausgeht.³⁴⁶¹ Der deutsche Gesetzgeber lässt diesbezüglich beim eWpG aber keinen Raum für Zweifel: Gem § 2 Abs 3 eWpG gilt die gesetzliche Fiktion, dass elektronische Wertpapiere – dh Inhaberschuldverschreibungen und Aktien, die durch Eintragung in ein elektronisches Wertpapierregister begeben werden – Sachen iSd § 90 BGB sind, weshalb die Anwendbarkeit der sachenrechtlichen Wertungen außer Streit gestellt wird.³⁴⁶² Die deutsche Regelungstechnik hinsichtlich Wertpapieren ohne Verkörperung in einer Urkunde ist somit im allgemeinen Kontext des BGB wohl unumgänglich.

Ein Regelungssystem wie das ABGB, das auf einem weiten Sachbegriff basiert, bietet einen völlig anderen Rahmen für nicht in physischen Urkunden verkörperte Wertpapiere. Denn die Anordnung des § 2 Abs 3 eWpG wäre im österreichischen Recht völlig redundant: Wenn nach § 292 ABGB auch Rechte als Sache zu qualifizieren sind, muss nicht wiederholt werden, dass Inhaberschuldverschreibungen, die durch Eintragung in ein elektronisches Register begeben werden, Sachqualität zukommt. Es ist somit konsequent, dass der österreichische Gesetzgeber eine derartige Klarstellung, die für das deutsche Recht unumgänglich ist, nicht vorgenommen hat. Zudem ist es – wie in der vorliegenden Untersuchung gezeigt werden soll – im ABGB nicht bereits dem Grunde nach ausgeschlossen, die Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts auf Rechte anzuwenden. Die Konstruktion einer eigenständigen, nicht gesetzlich normierten Kategorie von Wertrechten, auf die die Bestimmungen des Sachenrechts ausnahmsweise Anwendung finden können, ist für das naturrechtliche

3458 So die Bezeichnung von *Fabricius*, AcP 1963, 456 (464).

3459 *Opitz* in 50 depotrechtliche Abhandlungen 430 f.

3460 *Opitz*, Die gesetzliche Bestätigung der Wertrechtslehre, in 50 depotrechtliche Abhandlungen (1954) 455 (459 ff).

3461 MwN *Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht 19 f.

3462 Krit dazu *Lehmann*, Zeitenwende im Wertpapierrecht, BKR 2020, 431 (433).

Paradigma, wie es im ABGB realisiert ist, somit nicht notwendig.³⁴⁶³ Der Regelungsrahmen des ABGB ist hinsichtlich der Entmaterialisierung von Wertpapieren deutlich flexibler als jener des BGB und erlaubt es, Rechten unter qualifizierten Umständen wertpapierrechtliche Charakteristika zuzuerkennen.³⁴⁶⁴

Nach der hier vertretenen Ansicht ist für die wertpapierrechtlichen Rechtscharakteristika die Position des Besitzes von Relevanz. Sie erlaubt es einerseits dem redlichen Besitzer gem den §§ 329 f ABGB die Nutzungen eines Rechts – wie etwa die Zinsen – zu behalten, aber andererseits auch auf die Substanz des Rechts einzuwirken und sohin etwa auch die Aufhebung des Rechts durch Zahlung herbeizuführen. Auf Grund des weiten Konzepts des Rechtsbesitzes im ABGB bedarf es dafür eines sozialtypisch offenkundigen Rechtsgebrauchs im eigenen Namen, der aber auch durch die Verbriefung in einer körperlichen Urkunde und dem damit einhergehenden Rechtsschein erfolgen kann.³⁴⁶⁵ Betrachtet man sohin die Verbriefung in einer Urkunde funktional als ein Mittel zur Gewährleistung der Publizität der Zuordnung eines Rechts zu einem Rechtssubjekt, ist die körperliche Urkunde mittlerweile nicht mehr alternativlos. Funktional äquivalent ist die Eintragung in ein vertrauenswürdigen Register,³⁴⁶⁶ mit der die Zuordnung des Rechts eindeutig vorgenommen werden kann.³⁴⁶⁷ Daraus kann als These die Schlussfolgerung gezogen werden, dass derjenige, dessen Recht in ein vertrauenswürdigen, aber nicht notwendigerweise öffentliches³⁴⁶⁸ Register eingetragen ist, auch Rechtsbesitzer ist und sohin nach Maßgabe der § 329 f ABGB zu behandeln ist.

Andererseits ergibt sich aus § 1428 ABGB, dass bei Zahlung an den Besitzer eines Schuldscheins bei dessen Rückerhalt die widerlegliche Vermutung besteht, dass die Zahlung geleistet wurde. Auch diese Bestimmung ist einer funktionalen Auslegung zugänglich: Der Schuldschein ist nicht auf Grund seiner Körperlichkeit von Relevanz, sondern weil mit ihm der Rechtsschein der Berechtigung des Vorlegers einhergeht. Ein solcher ist jedoch nicht zwingend mit einer körperlichen Urkunde verbunden; vielmehr ist der Auszug aus einem vertrauenswürdigen Register, aus dem sich die Berechti-

3463 So auch *Kogler*, JBl 2021, 685 (688).

3464 Der wertpapierrechtliche Einwendungsausschluss kann mE nicht aus den sachenrechtlichen Wertungen des ABGB gefolgert werden.

3465 S dazu bereits 2.1.3.3.

3466 Ausf zu den Anforderungen an ein solches Register *Ebner/Kalss*, GesRZ 2020, 369 (377 f).

3467 Eine solche Position findet im wertpapierrechtlichen Schrifttum durchaus Zustimmung, vgl *Roth*, ÖBA 2011, 607 (609 f); *Micheler*, Wertpapierrecht 183 ff; *Zöllner* in FS Raiser 258; *Fabrizius*, AcP 1963, 456 (470 ff).

3468 Tatsächlich werden Register idZ häufig nicht amtlich geführt, s weiterführend *Roth*, ÖBA 2011, 607 (613 f).

gung des Vorliegenden ergibt, funktional äquivalent.³⁴⁶⁹ Bei Vorlage eines Registerauszugs kann somit der Nachweis der Berechtigung geführt werden, was sich bei Inhaberaktien auch explizit aus § 10a AktG ergibt.

Betrachtet man die Verbriefung in körperlichen Urkunden und die Eintragung in ein vertrauenswürdiges Register als funktional äquivalente Mittel zur Gewährleistung einer hinreichenden Offenkundigkeit der Rechtszuordnung, erhellt sich der Ansatz des österreichischen Gesetzgebers. Durch die Anwendung der Bestimmungen zur Sammelverwahrung auf Bundesschuldbuchforderungen und digitale Sammelurkunden erfolgt eine Einbeziehung in den Effektengiro und sohin die Integration in ein durch Mediatisierung geprägtes, vertrauenswürdiges Register. Insofern ergibt sich eine Parallele zur Konzeption der Wertrechte durch *Opitz*: Durch die Einbeziehung in den Effektengiro verändern sich die Charakteristika der betroffenen Rechte; im Regelungssystem des ABGB ermöglicht dies die Anwendung der Wertungen zum Rechtsbesitz, auf die sich wertpapierrechtliche Funktionen stützen lassen. Von Interesse ist dabei, dass derselbe Regelungsansatz auch für Sammelurkunden gewählt wird.³⁴⁷⁰ Dies ist durchaus konsequent: Durch die Sammelurkunde allein ergibt sich kein sozialtypisch offenkundiger Rechtsschein der Zuordnung eines Rechts zu einem Rechtssubjekt, vielmehr wird dies erst durch die Depotbuchung erreicht. Es zeigt sich dadurch, dass die körperliche Sammelurkunde ein aus analogen Zeiten herrührender Bestandteil des Aufbaus eines vertrauenswürdigen Registers ist, auf den mittlerweile verzichtet werden kann. Die wertpapierrechtlichen Wirkungen im Effektengiro sind somit generell nicht durch die Körperlichkeit der Urkunde, sondern durch die Etablierung eines vertrauenswürdigen Registers zu erklären.³⁴⁷¹

Der unterschiedliche Regelungsrahmen für die digitale Sammelurkunde in Österreich und in Deutschland ist sohin ganz wesentlich auf die unterschiedlichen Konzeptionen des Sachenrechts zurückzuführen. Durch den im ABGB verankerten, weiten Rechtsbesitz kann derjenige, dessen Recht in ein vertrauenswürdiges Register eingetragen ist, ebenso wie der Sachbesitzer einer körperlichen Urkunde als Rechtsbesitzer angesehen werden, weshalb die Bestimmungen zum Sachenrecht hier ohne Weiteres Anwendung finden können und keine Notwendigkeit besteht, sachenrechtliche Wertungen eigens zu positivieren. Denn konzeptionell besteht im System des ABGB kein zwingender Grund, in physischen Urkunden verkörperte Rechte und solche, die in ein vertrauenswürdiges Register eingetragen sind, unterschiedlich zu behandeln. Zudem besteht mit der rechtlichen Erwerbungsart durch Zei-

3469 In diese Richtung auch *Fasching/Bernsteiner*, Das ABGB in der digitalen Welt: Überlegungen zur rechtlichen Einordnung von NFT, rdw 2022, 234 (236).

3470 § 24 lit a, lit b, lit d DepotG.

3471 Dementsprechend ist auch die in der Lit geäußerte Forderung, wertpapierrechtliche Wertungen auf Krypto-Assets analog anzuwenden, durchaus berechtigt, s dazu weiterführend *Aigner*, ÖBA 2019, 816 (819).

chen in § 427 ABGB eine Bestimmung, mit der sich die Notwendigkeit der Registereintragung für den Rechtsübergang mühelos herleiten lässt.³⁴⁷² Im Regelungssystem des BGB, dem eine strenge Dichotomie von Schuld- und Sachenrechten zu Grunde liegt, kann dies nur durch grundsätzlich systemwidrige³⁴⁷³ Sonderwertungen erreicht werden. Der Ansatz des ABGB beweist damit eine überraschende Zeitlosigkeit, die sich insb bei Rechten zeigt, die – ähnlich wie körperliche Sachen – regelmäßig zum Gegenstand von Rechtsgeschäften gemacht werden und sich daher nicht als starres Band zwischen Schuldner und Gläubiger darstellen: Rechte und Sachen stehen einander dem Grunde nach gleich; Voraussetzung ist hier aber eine sozialtypische Offenkundigkeit der Rechtszuordnung, die durch eine Urkunde gleichermaßen hergestellt werden kann wie durch ein Register. Es erfolgt somit – anders als im BGB – explizit keine Begrenzung der verkehrsschützenden Funktionen des Sachenrechts auf körperliche Sachen, was angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung von unkörperlichen Gegenständen und Rechten den heutigen Notwendigkeiten entspricht.³⁴⁷⁴ Was in der Welt bei Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 noch als überkommener philosophischer Manierismus gelten konnte, ist in einer durch eine weitgehende Entmaterialisierung geprägten Wirtschaftsordnung mittlerweile ein manifestes Regelungsbedürfnis. An dieser Stelle zeigt sich daher wieder die außergewöhnliche Lebenskraft des ABGB,³⁴⁷⁵ das basierend auf abstrakten, naturrechtlich fundierten Rechtsprinzipien auch Phänomene der Digitalisierung zu erfassen vermag und flexibel genug ist, neuartige Regelungen ohne Änderungen der Grundannahmen systemkonform zu integrieren.

2.2.1.3. Gegenüberstellung

Beim derivativen Erwerb von Rechten zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen einem pandektistischen Paradigma und einem naturrechtlichen Ansatz, wie er im ABGB realisiert ist. Während nach dem pandektistischen Paradigma – in Folge einer strengen Trennung von Schuld- und Sachenrecht – die Übertragung von Rechten nach den eigenständigen Regelungen zur Zession vonstatten geht, hat sich gezeigt, dass nach dem Regelungskonzept des historischen Gesetzgebers die Regelungen des Sachenrechts (§§ 426 ff ABGB) nicht

3472 S dazu §§ 24 ff eWpG.

3473 Die Anordnung, dass eine körperlose Inhaberschuldverschreibung als Sache anzusehen ist, sofern ein elektronisches Wertpapier begeben wird, widerspricht unmittelbar dem Grundsatz der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht.

3474 Insoweit visionär, als dass die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht als gegen moderne wirtschaftliche Bedürfnisse stehend beschrieben wird, *Opitz* in 50 depotrechtliche Abhandlungen 431.

3475 Vgl dazu bereits *Klein*, Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in FS ABGB I 1. In einer moderneren Diktion würde man wohl eher davon sprechen, dass die Grundwertungen des ABGB äußerst robust sind.

nur auf den Eigentumserwerb bei körperlichen Sachen, sondern auch auf den Erwerb von Rechten Anwendung finden sollen. Diese Ansätze unterscheiden sich hinsichtlich der Voraussetzungen für den Rechtsübergang signifikant: Nach pandektistischen Vorstellungen ist hier idR nur eine doppelte Willensübereinkunft – das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft – Voraussetzung; nach dem naturrechtlichen Paradigma des ABGB ist für den derivativen Rechtserwerb neben dem Titel hingegen auch eine rechtliche Übergabe erforderlich, die als nach außen dringender (rechtsgeschäftsähnlicher) Realakt anzusehen ist. Für die rechtliche Übergabe von Rechten kommen nach § 427 ABGB insbes Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird, Werkzeuge, die die Übernehmer in den Stand setzen, ausschließend Besitz an der Sache zu ergreifen, und Merkmale, die das Eigentumsrecht anzeigen, in Betracht; darüber hinaus wird auch der Rechtsgebrauch im eigenen Namen, durch den ein Rechtsbesitz begründet wird, als rechtliche Übergabe anzusehen sein.

Bei der Gegenüberstellung der Ansätze ist freilich zu beachten, dass die rechtliche Erwerbungsart bei Rechten in der Vorstellungswelt des Gesetzgebers aus 1811 eng mit einem Akt in Bezug auf eine physische Repräsentation des Rechts – wie etwa dem Schuldschein – verbunden war. Durch einen Funktionswandel im Wirtschaftssystem und insb die zunehmende Entmaterialisierung bereits im frühen 20. Jhd verloren diese Symbole bei der Rechtsübertragung aber an Bedeutung. Die sich daraus ergebende Regelungslücke wurde dadurch saniert, dass auf die Übertragung von publizitätslosen Forderungen die Wertungen der §§ 423 ff ABGB nunmehr keine Anwendung mehr finden und eine rechtliche Erwerbungsart somit auch nicht mehr vonnöten ist. Diese Wertung ist durchaus stimmig, wenn man ein legitimes Interesse des Gläubigers anerkennt, dass der Schuldner (einstweilen) nichts vom Übergang der Forderung erfährt. Die pandektistische Position zum derivativen Rechtserwerb ist daher – soweit diese publizitätslose Rechte betrifft – als praktikable und methodisch zulässige Rechtsfortbildung anzusehen. Dass entgegen des Regelungsansatzes des historischen Gesetzgebers der Erwerb von publizitätslosen Rechten nunmehr ohne Rückgriff auf sachrechtliche Wertungen vonstattengeht, kann auch innerhalb des naturrechtlichen Regelungsansatzes des ABGB somit durchaus begründet werden.

Unverändert bleibt das Erfordernis einer rechtlichen Erwerbungsart aber bei offenkundigen Rechten. Dies wird zT auch in einer pandektistischen Herangehensweise anerkannt; im Detail bestehen jedoch deutliche Unterschiede. Während nach einem pandektistischen Paradigma nach der wertpapierrechtlichen Verkörperungstheorie zumindest für Inhaber- und Orderpapiere allein auf die Übergabe der Urkunde abgestellt wird, ist nach dem Konzept der Stammfassung des ABGB hier eine rechtliche Erwerbungsart iSd §§ 427 f ABGB vonnöten, die aber nicht zwingend in der Übergabe der Urkunde bestehen muss. Bei Rektapapieren gilt im Regelungskonzept des ABGB nichts anderes; die Position der hL dazu ist aber uneinheitlich. Bei in öffentlichen Registern

eingetragenen Rechten ist nach dem Grundmodell des ABGB die Intabulation als rechtliche Erwerbungsart vonnöten, wobei hier bei Immaterialgüterrechten – allen voran dem Markenrecht – und gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechten gesetzliche Sonderwertungen bestehen, sodass der Rechtsübergang bereits vor Registereintragung vonstattengehen kann. Es zeigt sich sohin, dass der sachenrechtliche Regelungsrahmen des ABGB die Übertragung von unterschiedlichen Rechten zu integrieren vermag.

Es bleibt jedoch der Befund, dass die pandektistisch geprägte hL an die Rechtsübertragung andere Maßstäbe setzt als der historische Gesetzgeber, der hier auf die Bestimmungen des (dinglichen) Sachenrechts abstellt. Die praktische Bedeutung der Diskrepanz zwischen den Auslegungen ist freilich gering, da auch nach der hL bei einer unentgeltlichen Rechtsübertragung gem § 943 ABGB eine „wirkliche Übergabe“ verlangt wird, was zu Recht als Verweis auf die Anforderungen der §§ 426 ff ABGB verstanden wird. Bei der entgeltlichen Rechtsübertragung ist das Erfordernis der rechtlichen Erwerbungsart für den Eigentumsübergang aber idR unproblematisch, da der Erwerber typischerweise daran interessiert ist, durch einen Realakt zeitnah sicherzustellen, dass der Veräußerer nicht mehr über das Recht verfügen kann. Die Frage, ob es für den derivativen Rechtserwerb einer eigenständigen Erwerbungsart bedarf, ist daher va für die dogmatische Konstruktion von Relevanz, auf die jedoch bei Grenzfällen – wie etwa der Übertragung der hypothekarisch besicherten Forderung³⁴⁷⁶ – zurückgegriffen werden muss. In einem größeren Rahmen ergibt sich jedoch durchaus die Notwendigkeit einer Diskussion, inwiefern die Übertragung eines Rechts ohne jegliche Publizität vonstatten gehen kann, was sich etwa bei der Frage kristallisiert, ob ein GmbH-Anteil völlig im Stillen übertragen werden kann. Während dies nach einem pandektistischen Paradigma iW unproblematisch bejaht werden kann, wäre nach dem Ansatz der Stammfassung des ABGB wohl ein nach außen dringender Akt wie die Information der Gesellschaft vonnöten.

Aus der Darstellung des derivativen Erwerbs von Rechten haben sich durchaus Vorteile der Anknüpfung an sachenrechtliche Wertungen gezeigt. Ein solcher ergibt sich etwa bei gesetzlichen Übertragungseinschränkungen wie etwa bei der Patentlizenz oder aber bei der (gesetzlichen) Vinkulierung von Mitgliedschaftsrechten. Hier kann die Zustimmung des Berechtigten als Sonderwertung zur rechtlichen Erwerbungsart angesehen werden, woraus sich auch die dingliche Wirkung der unterlassenen Zustimmung unproblematisch erklärt.³⁴⁷⁷ Ebenso zeigt das Regulationssystem des ABGB seine Stär-

3476 Im Regulationssystem des ABGB ist hier eine Intabulation als rechtliche Erwerbungsart zwingend; folgt man aber einem pandektistisch inspirierten Ansatz, könnte hier auch – wie bei der gesetzlichen oder notwendigen Zession dieser Forderungen – darauf verzichtet werden.

3477 Dies wäre nur äußerst schwierig zu erklären, ginge man davon aus, dass das Recht bereits mit Vertragsabschluss übergeht.

ken in Bereichen, die durch eine zunehmende Entmaterialisierung geprägt sind – wie etwa beim derivativen Erwerb von Inhaberaktien. Folgt man der im Geist des pandektistischen Paradigmas entstandenen wertpapierrechtlichen Verkörperungstheorie, ist die Rechtsübertragung hier von der Anwendung der sachenrechtlichen Bestimmungen vom Miteigentum an einer Sammelurkunde abhängig. Dabei ist es der Dogmatik für das – dahingehend pandektistisch geprägte – BGB aber nicht gelungen, die rechtliche Konstruktion eines Lebenssachverhalts wie des Erwerbs von Inhaberaktien im Effekten giro außer Streit zu stellen. Sehr viel flexibler ist dabei das Regelungsprogramm des ABGB, das für den Rechtserwerb nach § 427 ABGB auf ein Zeichen abstellt – als solches kann zweifellos auch die Gutschrift am Depotkonto gelten. In einer wertenden Betrachtung sind die Regelungen zum mittelbaren Erwerb des Eigentums im ABGB somit deutlich offener für entmaterialisierte Formen der Zuordnung von Vermögensgütern zu Rechtssubjekten als das BGB. Das Regelungskonzept der Stammfassung des ABGB ohne die pandektistische Beschränkung des Sachenrechts auf körperliche Sachen ist somit ein fruchtbarer Boden, um Interessensgegensätze in einer weitgehend unkörperlichen Welt einer Lösung zuzuführen, was mit Blick auf die derzeitige Bedeutung von digitalen Sachverhalten ein besonders deutliches Zeichen der Leistungsfähigkeit dieses Ansatzes darstellt.

2.2.2. Originärer Erwerb

Neben dem von einem anderen Rechtssubjekt abgeleiteten Erwerb des Eigentumsrechts finden sich im ABGB verschiedene Konzepte zum originären Eigentumserwerb. Dabei gilt es zwei verschiedene Formen zu unterscheiden: einerseits die unmittelbare Erwerbung des Eigentumsrechts an einer Sache; diese ist dadurch charakterisiert, dass das fragliche Rechtsobjekt freistehend ist und somit (unmittelbar) vor dem Erwerb in keiner Verbindung zu einem Rechtssubjekt gestanden ist. Hierbei ergibt sich aus den gesetzlichen Wertungen, unter welchen Umständen ein Rechtsband zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt geknüpft wird. Andererseits kann der originäre Eigentumserwerb auch mittelbar bzw. translativ erfolgen, wenn das erworbene Rechtsobjekt bereits mit einem Rechtssubjekt verbunden war, ein derivativer Rechtserwerb aber an der Berechtigung des Vormanns scheitert. Hierbei regelt das ABGB die Umstände, in denen das Interesse des Erwerbers schwerer wiegt als jenes des Berechtigten, sodass ersterer Eigentum am Rechtsobjekt erwirbt. Diesen Formen des Rechtserwerbs ist dabei gemein, dass das Recht nicht *„auf den Erwerber in Folge eines (...) juristischen Verhältnisses dergestalt übertragen wird, dass der Erwerber sein Recht von jenem ableitet“*³⁴⁷⁸.

Die Tatbestände des originären Eigentumserwerbs finden sich verstreut im ABGB. Während der unmittelbare Eigentumserwerb durch Zueignung oder

³⁴⁷⁸ Unger, System II 4 f.

Zuwachs in §§ 380–420 ABGB ausführlich in einem dezidiert gewidmeten Abschnitt geregelt wird, sind die Wertungen zum originären mittelbaren Eigentumserwerb an unterschiedlichen Stellen verortet. So befindet sich der gutgläubige Eigentumserwerb an einer beweglichen Sache (§ 367 Abs 1 ABGB) beim Abschnitt zu den Klagen aus dem Eigentumsrecht, der gutgläubige Erwerb vom Scheinerben in § 824 S 2 ABGB, der gutgläubige Erwerb bei Scheingeschäften gem § 916 Abs 2 ABGB im Hauptstück von Verträgen und Rechtsgeschäften und die Ersitzung in einem eigenständigen Abschnitt zu den gemeinsamen Bestimmungen (§§ 1451 ff ABGB). In der Folge der These, dass im ABGB auch Rechte Gegenstand des Eigentumsrechts sein können, gilt es nun zu untersuchen, ob dies auch für die genannten Formen des originären Eigentumserwerbs zutrifft.

2.2.2.1. Zueignung

Die Regelungen zur Erwerbung des Eigentumsrechts durch Zueignung in den §§ 380–403 ABGB sind ganz klar auf körperliche Sachen zugeschnitten. Denn die Modalitäten des Eigentumserwerbs durch den Tierfang, das Finden oder die Erbeutung von Sachen finden ohne Zweifel keine Anwendung auf unkörperliche Sache und Rechte. Nichtsdestoweniger ist der Erwerb der Rechtszuständigkeit durch Zueignung wohl quantitativ die bedeutendste Form des originären Eigentumserwerbs bei Rechten. Denn die Rechtszuständigkeit wird va durch die Schaffung eines Rechts begründet.³⁴⁷⁹ Der Daseinsgrund von Rechten findet sich dabei in § 859 ABGB geregelt: Ein (persönliches) Recht entsteht entweder durch Gesetz oder durch eine Handlung des Verpflichteten. Dabei kann ein Recht gleichermaßen aus einer erlaubten Handlung – wie etwa dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts – wie auch aus einer verbotenen Handlung – wie dem Schadenersatzanspruch in Folge einer erlittenen Beschädigung – erwachsen.³⁴⁸⁰ Darüber hinaus bestehen etwa für das Immaterialgüterrecht,³⁴⁸¹ aber auch für gesellschaftsrechtliche Mitgliedschaftsrechte³⁴⁸² gesetzliche Sonderwertungen zum Entstehen eines Rechts. Durch Gesetz oder Handlung des Verpflichteten wird somit ein Recht geschaffen, das in die Rechtszuständigkeit

³⁴⁷⁹ So auch *Zenati*, RTD 1993, 305 (311).

³⁴⁸⁰ Ausdrücklich *Zeiller*, Kommentar 3.1 § 859 Rz 3 (2 f).

³⁴⁸¹ Hierbei wird – etwa beim Erfinderrecht oder beim Urheberrecht – auf den Realakt der Schöpfung oder aber auch auf die Eintragung in ein Register (vgl § 43 Abs 1 PatG; § 2 Abs 1 MaSchG) abgestellt. Beim nicht eingetragenen Kennzeichen wird das Recht aber durch Verwendung im geschäftlichen Verkehr erworben, wobei hier im Einzelnen nach den verschiedenen Kennzeichen differenziert wird.

³⁴⁸² Von wesentlicher Relevanz ist dabei die Eintragung in das Firmenbuch, vgl § 123 Abs 1 UGB für die OG, § 2 Abs 1 GmbHG und § 34 Abs 1 AktG. Hierbei besteht aber die Problematik, dass auch vor der Eintragung ein Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern besteht, was als Vorgesellschaftsproblematik bezeichnet wird, s für eine differenzierte Darstellung diesbezüglich *Torggler*, Die Verbandsgründung – de lege lata betrachtet (2009) 85 ff.

des Berechtigten fällt. Mit der Begründung eines Rechts geht sohin eine Zueignung in das Vermögen des Berechtigten einher, womit das Eigentum am Recht unmittelbar erworben wird.

Die Zueignung von Rechten durch Rechtskreation weicht vom allgemeinen Muster der Eigentumserwerbung im ABGB ab. Denn nach der Wertung des § 381 ABGB bedarf es bei der Zueignung grds keines Titels; die Erwerbungsart besteht in der Absicht des Berechtigten, die Sache als die seinige zu behandeln. Dementsprechend besteht keine Zweistufigkeit des Rechtserwerbs, wie sie etwa in den §§ 423 ff ABGB für den mittelbaren Eigentumserwerb vorgesehen ist.³⁴⁸³ Thematisiert wurde dies auch im immaterialgüterrechtlichen Kontext: Hier war es fraglich, inwiefern für die Erteilung einer Lizenz Titel und Erwerbungsart gleichermaßen gegeben sein müssen. Die Rsp ist hier klar: Eine Lizenz bzw ein Werknutzungsrecht ist als ein vom Immaterialgüterrecht verschiedenes Recht anzusehen, weshalb dieses konstitutiv begründet wird.³⁴⁸⁴ Dem ist zuzustimmen: Die Lizenz ist ein eigenständiges, vom Schutzrecht verschiedenes Rechtsobjekt; die Rechtszuständigkeit daran wird unmittelbar durch Rechtsgeschäft erworben;³⁴⁸⁵ es ist kein abgeleiteter Splitter des Vollrechts, wie es in einem pandektistischen Paradigma bei beschränkten dinglichen Rechten angenommen wird. Das durch die Lizenzvereinbarung vermittelte Recht ist somit ab Vertragsabschluss im Eigentum des Berechtigten.³⁴⁸⁶ Daher wird auch zu Recht davon ausgegangen, dass es bei der Erteilung von Lizenzen durch den Schutzrechtsinhaber keiner eigenständigen Erwerbungsart – wie etwa der Überlassung des Schutzobjekts – bedarf.³⁴⁸⁷ Bei der Begründung der Rechtszuständigkeit durch die Schaffung eines Rechts ist somit entgegen der Vorgaben des § 380 ABGB keine eigene rechtliche Erwerbungsart iSd §§ 423 ff ABGB vonnöten.³⁴⁸⁸

Der Umstand, dass mit Vertragsabschluss die Rechtszuständigkeit begründet wird, ist nach überzeugender Darlegung von *Karin Gusenleitner*³⁴⁸⁹ systematisch von Bedeutung. Denn an den Rechtserwerb durch Zueignung werden keine zusätzlichen Voraussetzungen geknüpft. So ist es bei der Rechtsbegrün-

3483 So auch *Gusenleitner*, Ersitzung 258.

3484 RIS-Justiz RS0077657, richtungsweisend OGH 10.10.1978, 4 Ob 340/78.

3485 Dies entspricht iW auch der älteren deutschen L, s *Pahlow*, Lizenz 33 ff.

3486 Dies ändert freilich nichts daran, dass der Lizenzgeber verfügungsberechtigt sein muss, s *Walter*, Gutgläubiger Erwerb urheberrechtlicher Nutzungsrechte nach österreichischem Recht? in FS Nordemann (2004) 625 (628).

3487 RIS-Justiz RS0038797, grundlegend ebenso OGH 10.10.1978, 4 Ob 340/78.

3488 Damit im Einklang steht, dass bei einer mangelhaften Erwerbungsart – wie etwa bei der Vinkulierung von Gesellschaftsanteilen – von einer Unterbeteiligung ausgegangen werden kann. Hierbei kommt es zu einer Rechtskreation und Zueignung eines Rechts, bei der keine eigenständige Erwerbungsart vonnöten ist.

3489 Nunmehr *Gusenleitner-Helm*, zur Vermeidung von Missverständnissen verweise ich im Fließtext aber auf den am zitierten Werk angegebenen Mädchennamen *Gusenleitner*.

dung durch Rechtsgeschäft ohne Belang, ob der Vormann zur Disposition über das Recht berechtigt ist, solange das Rechtsgeschäft gültig ist. Wenn etwa eine fremde Sache ohne Berechtigung vermietet wird, entsteht das Recht nur Nutzung der Bestandsache in der Sphäre des Mieters; die Konsequenzen einer fehlenden Berechtigung des Vormanns gibt das Leistungsstörungsrecht vor, nicht die Regelungen des (dinglichen) Sachenrechts.³⁴⁹⁰ Der Berechtigte kann somit auch über ein mangelhaftes Recht im Rahmen seiner Rechtszuständigkeit verfügen. Die durch das (dingliche) Sachenrecht geregelte Zuordnung von Rechten sagt damit nichts darüber aus, ob das Recht auch gegen einen Verpflichteten durchgesetzt werden kann; die Zuordnung des Rechts muss von seinem Inhalt sohin streng getrennt werden.

2.2.2.2. Zuwachs

Im ABGB finden sich in den §§ 404–422 die Bestimmungen zur Erwerbung des Eigentums durch Zuwachs. Unter dem Begriff des Zuwachses wird von Zeiller eine Erwerbsart verstanden, *„wodurch der Eigentümer einer Hauptsache eine andere als Nebensache, ohne dass die letztere ihm eigentümlich übergeben worden ist, deswegen erhält, weil sie mit der seinigen verbunden ist.“*³⁴⁹¹ Hierbei findet sich im ABGB eine Trennung zwischen dem Zuwachs, der Folge der physischen Natur des Rechtsobjekts ist (§§ 405 ff ABGB), und dem Zuwachs, der durch die Anwendung menschlicher Kräfte erfolgt ist (§§ 414 ff ABGB);³⁴⁹² darüber hinaus finden sich in den §§ 420 ff ABGB Bestimmungen zum vermischten Zuwachs.

Nach Ansicht von Zeiller bestehen zwei Gründe für den Eigentumserwerb durch Zuwachs: Erstens erfolgt ein Erwerb, weil *„eine Sache erst aus unserer eigentümlichen entsteht, mithin unser Eigentum wird, ohne dass es einer Besitzergreifung oder Übergabe eines fremden Eigentümers bedarf“* und zweitens, *„dass eine fremde Sache, ohne Willen des Eigentümers mit der unsrigen in Verbindung gesetzt und von dem Gesetz für unser Eigentum erklärt wird“*³⁴⁹³. Aus diesen Ausführungen und der systematischen Stellung der Bestimmungen zum Zuwachs ergibt sich sohin, dass das in § 380 ABGB genannte Erfordernis, dass für den Eigentumserwerb stets Titel und rechtliche Erwerbungsart gegeben sein müssen, abgeschwächt wird: Wie bei der Zueignung besteht der Titel in der Freiheit, die Sache gemäß dem eigenen Willen zu behalten (§ 381 ABGB). Es muss somit für den Eigentumserwerb durch Zuwachs weder Titel noch Erwerbungsart nachgewiesen werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Aus der hier eingenommenen Perspektive erwächst die Frage, inwiefern die gesetzlichen Wertungen zum Zuwachs auch in Bezug auf Rechte Anwen-

3490 Gusenleitner, Ersitzung 258.

3491 Zeiller, Kommentar 2.1 § 404 Rz 1 (190).

3492 Zeiller, Kommentar 2.1 § 404 Rz 1 (191).

3493 Zeiller, Kommentar 2.1 § 404 Rz 1 (190 f).

dung finden können. Weitgehend unstr ist dies hinsichtlich der Bestimmungen zum natürlichen Zuwachs: Bereits nach Ansicht von *Zeiller* geht es hier nur um den Erwerb von natürlichen Früchten, der Erwerb von Zivilfrüchten – wie etwa Zinsen oder Miete³⁴⁹⁴ – sei nicht von den in den §§ 405 ff ABGB genannten Erwerbungsarten erfasst.³⁴⁹⁵ Ein Recht kann somit – zumindest im Horizont des Gesetzgebers³⁴⁹⁶ – bereits seiner Natur nach nicht durch natürlichen Zuwachs erworben werden.³⁴⁹⁷ Auch wenn die Bestimmungen der §§ 414 ff ABGB ganz unstr auf körperliche Sachen zugeschnitten sind, wird jedoch durchaus diskutiert, ob der künstliche Zuwachs auch für unkörperliche Sachen in Betracht kommt.³⁴⁹⁸

Der in der Lit am häufigsten diskutierte Fall des künstlichen Zuwachses iZm Rechten stellt zweifellos die Vermengung dar, bei der verschiedene gleichartige (unkörperliche) Sachen zum Bestandteil einer neuen, einheitlichen Sache werden.³⁴⁹⁹ Dies wird insb iZm Buchgeld diskutiert, wenn es etwa zu einer Fehlüberweisung kommt, die zu einer Vermengung auf dem Konto des Empfängers führt. Auch wenn die Analogie zum Bargeld hier nahe liegt, handelt es sich hier tatsächlich um eine Frage der Anwendbarkeit der gesetzlichen Wertungen zur Vermengung auf Rechte: Denn der Empfänger von Buchgeld erhält nichts anderes als eine Forderung gegenüber der kontoführenden Bank, da die Verschaffung eines Guthabens bloß die Be-

3494 Vgl *Zeiller*, Commentar 2.1 § 330 Rz 1 (71).

3495 *Zeiller*, Commentar 2.1 § 406 Rz 1 (192).

3496 Durch neue technische Entwicklungen gilt dies mittlerweile freilich nur noch eingeschränkt. Denn durch rezente Entwicklungen in der Informatik kann nun ein Rechtsobjekt ohne Mitwirkung eines Rechtssubjekts ein rechtlich grds schutzwürdiges Objekt schaffen; ein immaterialgüterrechtlich geschützter Algorithmus kann etwa eine Melodie komponieren, der – wäre sie von einem Menschen geschaffen – urheberrechtlicher Schutz zukommen würde. Im derzeitigen Stand ist freilich völlig unklar, wie mit dieser Form des Zuwachses von Rechtsobjekten umzugehen ist. Teils wird hierbei – wertungsgleich zu § 405 f ABGB – davon ausgegangen, dass auch die Arbeitsergebnisse von künstlicher Intelligenz Gegenstand des Urheberrechts – freilich vermindert um urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte – bzw von Leistungsschutzrechten sein können, s zu dieser hochinteressanten, hier aber nicht nachzuvollziehenden Diskussion einführend etwa *Becker*, Das Urheberrecht als Trostpreis für den Menschen? GRUR 2024, 505; *Maamar*, Urheberrechtliche Fragen beim Einsatz von generativen KI-Systemen, ZUM 2023, 481 (490 f); *Ory/Sorge*, Schöpfung durch Künstliche Intelligenz? NJW 2019, 710.

3497 Es ist jedoch mit *Raimund Madl* darauf hinzuweisen, dass die Verarbeitung als Vereinigung der Arbeitsleistung als unkörperliche Sache mit einer körperlichen Sache aufzufassen ist, s *Madl*, Grundprobleme der Verarbeitung nach österreichischem Recht (Dissertation Uni Wien 1999) 6.

3498 *Holzner* in *Klang*³ § 414 Rz 9.

3499 *Karner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 414 Rz 5; zum Verarbeitungsbegriff auf *Madl*, Verarbeitung 5 ff.

gründung einer Verbindlichkeit der Bank gegenüber dem Kunden ist.³⁵⁰⁰ Ob der Empfänger von Buchgeld durch Vermengung (gutgläubig) Eigentum an der überwiesenen Summe erwerben kann, ist somit unmittelbar damit verbunden, inwiefern die diesbezüglichen Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts auch Anwendung auf Rechte finden können.

Der künstliche Zuwachs durch Vermengung als Rechtserwerb findet sich in § 415 ABGB geregelt. Demnach ist danach zu differenzieren, ob vermengte Sachen wieder abgesondert werden können oder nicht. Ist dies der Fall, werden die jeweiligen Sachen den Eigentümern zurückgestellt, ansonsten entsteht – sofern es sich nicht um bloße Ausbesserungen iSd § 416 ABGB handelt – Miteigentum an der Sache.³⁵⁰¹ Eine Komplikation entsteht freilich dadurch, dass § 371 ABGB eigene Wertungen zur Vermengung von Sachen, die sich nicht unterscheiden lassen, beinhaltet, wobei explizit bares Geld und auf den Überbringer lautende Schuldscheine genannt werden: Diese sind nur unter eingeschränkten Umständen Gegenstand der Eigentumsklage. Ob es durch Vermengung zum Eigentumserwerb kommen kann, ergibt sich somit aus dem Zusammenspiel von § 371 und § 415 ABGB.

Zur Frage, inwiefern Rechte Gegenstand des Erwerbs durch Vermengung sein können, gilt es somit zunächst auf die Umstände des Eigentumserwerbs einzugehen, wie er sich ggf aus § 371 ABGB ergibt. Danach kann thematisiert werden, ob ein Eigentumserwerb durch Vermengung auch für Buchgeld, aber darüber hinaus auch für andere Rechte und Rechtsobjekte in Betracht kommt.

2.2.2.2.1. Exkurs: § 371 ABGB als Rechtserwerbstatbestand

Aus § 371 ABGB ergibt sich, dass Sachen, die „*sich auf diese Art*“ nicht unterscheiden lassen, in der Regel kein Gegenstand der Eigentumsklage (des § 366 ABGB) sind, wenn nicht besondere Umstände gegeben sind. Die Auslegung der erforderlichen Qualität der Nichtunterscheidbarkeit ergibt sich ganz klar aus einer systematischen Interpretation: Gem § 370 ABGB ist für die Eigentumsklage eine Sache durch Merkmale zu beschreiben, die sie von allen ähnlichen Sachen gleicher Gattung unterscheidbar machen. Der Normgehalt von § 371 ABGB besteht somit darin, dass unter den spezifischen Voraussetzungen eine ununterscheidbare Sache entgegen der allgemeinen Wertungen der §§ 369 f ABGB durch die Eigentumsklage herausgefordert werden kann; es handelt sich sohin um eine Gegenausnahme zum Umfang der Eigentumsklage. In der älteren Rsp lässt sich diese Auslegung gut nachvoll-

3500 Statt aller *Koch*, Bargeld und Buchgeld – Ist nur Bares Wahres? rdw 2016, 665 (667); OLG Wien 22.7.2014, 30 R 24/14s.

3501 Hierbei besteht freilich ein Wahlrecht desjenigen, dessen Sache der andere durch Verschulden vermengt hat: Er kann die ganze Sache gegen Ersatz der Verbesserung behalten oder aber dem anderen gegen eine Vergütung seines Anteils überlassen, s dazu weiterführend *Holzner* in Klang³ § 415 Rz 3 ff.

ziehen: So wird § 371 ABGB klar als Ausnahme von den Grundsätzen der § 369 f ABGB,³⁵⁰² als Eigentumsklage³⁵⁰³ bzw als Norm, mit der das Eigentum nachgewiesen wird,³⁵⁰⁴ bezeichnet; § 371 ABGB wird als eine die Voraussetzungen der Vindikation von Inhaberpapieren und Bargeld normierende Bestimmung aufgefasst.³⁵⁰⁵ Besonders illustrativ wird dies in einer E des OGH aus 1881 ausgeführt:

*„Es ist in dem Wesen der Eigentumsklage (§ 371 ABGB) [sic!] gelegen, dass sie nur auf solche Sachen sich erstrecken kann, welche durch besonders unterscheidende Merkmale beschrieben werden können (§ 370 ABGB). Aus diesem Grunde sind alle Sachen, die individuell nicht bestimmt werden können, kein Gegenstand der Eigentumsklage. Als derlei individuell nicht bestimmbar Sachen führt das Gesetz ausdrücklich bares Geld mit anderem baren Geld vermengt, und auf den Überbringer lautende Schuldscheine an. Unter gewissen Umständen gestattet das Gesetz aber auch bei diesen Gegenständen eine Eigentumsklage, nämlich dann wenn der Kläger sein Eigentumsrecht beweisen könne (...). Der Umstand, dass der Kläger sein Eigentumsrecht beweisen kann, genügt aber noch nicht, da ihm nach § 371 ABGB noch der weitere Beweis obliegt, dass der Beklagte auch in unredlichem Glauben gehandelt habe (...). Wenn sich der daher der Erwerber in gutem Glauben befunden hat, so greift, wiewohl die Sachen noch unvermengt vorhanden sind, die Eigentumsklage ebenso wenig Platz, als sie gegen den unredlichen Besitzer mit Erfolg angestellt werden könnte, wenn sich die in seinem Besitz befindlichen Geldstücke nicht mehr unterscheiden lassen.“*³⁵⁰⁶

Seiner Struktur nach ist § 371 ABGB somit eine Bestimmung, die die Voraussetzungen der Eigentumsklage für einen spezifischen Fall vor Augen hat: das Herausfordern einer Sache, die nicht von „ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet“ werden kann.

§ 371 ABGB knüpft die Anwendung der Eigentumsklage an zwei Voraussetzungen: Einerseits müssen Umstände eintreten, aus denen der Kläger – trotz der Ununterscheidbarkeit der Sachen – sein Eigentum dartun kann. Andererseits muss bewiesen werden, dass der Geklagte wissen musste, dass er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtigt war. Hierbei ist str, ob nur grobe Fahrlässigkeit oder bereits leichte Fahrlässigkeit schädlich ist;³⁵⁰⁷ in jüngerer Zeit wird dabei verstärkt davon ausgegangen, dass § 371 ABGB nur bei grober

3502 OGH 15.10.1861, Nr 6010 GIU 1400.

3503 OGH 29.3.1904, Nr 3189 GIUNF 2648.

3504 OGH 8.7.1885, Nr 7699 GIU 10634.

3505 OGH 8.10.1907, Nr 10.573 GIUNF 4472; OGH 25.1.1905, Nr 1200 GIUNF 3623.

3506 OGH 17.11.1881, Nr 11045 GIU 8556.

3507 Mit umfangreichen Nachweisen, jedoch im Resultat offenlassend OGH 22.10.2014, 1 Ob 173/14v.

Fahrlässigkeit ausscheiden muss.³⁵⁰⁸ Dem von *Sixtus-Ferdinand Kraus* jüngst vorgebrachten Argument, dass § 371 ABGB zum Sorgfaltsmaßstab ausfüllungsbedürftig ist und dass durch das HaRÄG 2005 der Wille des Gesetzgebers erkennbar ist, § 371 ABGB anders als § 367 ABGB zu bewerten, kann dabei – hinsichtlich des Gutgläubenserwerbs³⁵⁰⁹ – vollinhaltlich zugestimmt werden. Hinzuzufügen ist dem bloß, dass auch nach den Wertungen des Gesetzgebers der Stammfassung an § 371 ABGB wohl ein anderer Maßstab anzulegen ist als dem gutgläubigen Eigentumserwerb, da diesem – wie noch näher ausgeführt wird – ein anderes Regelungskonzept zu Grunde liegt. Hinsichtlich des Gutgläubenserwerbs, der in § 371, 2. Fall ABGB erblickt wird, ist somit bloß schädlich, wenn der Geklagte grob fahrlässig gehandelt hat.³⁵¹⁰

Dass es bei ununterscheidbaren Sachen eines Nachweises der Unredlichkeit des Geklagten bedarf, wurde erst in der Superrevision des ABGB hinzugefügt, da zuvor einzig darauf abgestellt wurde, ob der Kläger sein Eigentumsrecht beweisen kann.³⁵¹¹ *Zeiller* begründet dies damit, dass der Beweis des Eigentumsrechts dem Kläger schwer fallen würde, es könne aber durchaus sein, dass dem Dritten bewusst sei, dass die ihnen angebotene verkaufte Sache kein Eigentum des Verkäufers sei; dies müsse „*dem Eigentümer zum Beweis dienen*“.³⁵¹² Auch wenn das von *Zeiller* angeführte Beispiel³⁵¹³ in einem heutigen Rechtsverständnis nicht recht illustrativ ist, legt dies doch den Schluss nahe, dass – entgegen den Ausführungen der älteren Rsp – der Nachweis des Eigentums des Klägers und die Unredlichkeit des Beklagten keine kumulativ nachzuweisenden Tatbestandsmerkmale des § 371 ABGB sind. Vielmehr reicht es aus, wenn bloß einer der genannten Umstände – die Beweisbarkeit des Eigentums oder die Unredlichkeit des Geklagten – vorliegt. Freilich kann die Unredlichkeit des Vermengers aber auch andere Rechtswirkungen – wie etwa Schadenersatzansprüche – nach sich ziehen.

3508 S statt aller *Kraus*, Zum erforderlichen Sorgfaltsgrad beim gutgläubigen Erwerb nach § 371 ABGB, JBl 2018, 568.

3509 S dazu weiterführend 2.2.2.4.3.2.

3510 Nach der hier vertretenen und noch ausf zu begründenden Ansicht ist § 371 ABGB bloß als Vindikationsausschluss, nicht aber als Bestimmung des gutgläubigen Eigentumserwerbs aufzufassen. Sofern aber – etwa durch Übernahme von wertpapierrechtlichen Wertungen – der gültige Erwerb vom Nichtberechtigten erst ab grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird, muss dies in einem Größenschluss umso mehr auch für die Vindikation gelten. Denn es wäre ein unstimmliges Auslegungsergebnis, wenn an den Gutgläubenserwerb niedrigere Anforderungen an die Redlichkeit gestellt würden als an den Vindikationsausschluss. Offen bleibt freilich, ob außerhalb einer etwaigen analogen Anwendung von wertpapierrechtlichen Wertungen die leichte Fahrlässigkeit als unproblematisch angesehen werden kann.

3511 *Ofner*, Urentwurf I 248.

3512 *Ofner*, Urentwurf II 523.

3513 Er nennt den Diebstahl von Inhaberpapieren, die vom Dieb einem unredlichen Silberarbeiter verkauft wurden. Es geht hier nicht deutlich hervor, ob das Eigentum an den Inhaberpapieren dargetan werden kann, s *Ofner*, Urentwurf II 523.

Diese bei bloßer Lektüre der Bestimmungen der §§ 369 ff ABGB etwas banal wirkenden Ausführungen sind von Interesse, da § 371 ABGB heute völlig anders verstanden wird. Nach überwiegender Ansicht wird § 371 ABGB dahingehend interpretiert, dass dieser einen originären Eigentumserwerb zum Inhalt hat.³⁵¹⁴ Hierbei werden zwei eigenständige Erwerbstatbestände identifiziert: einerseits der Eigentumserwerb durch Vermengung, andererseits der Eigentumserwerb durch guten Glauben.³⁵¹⁵ Diese Auslegung ist – was mittlerweile wohl nicht mehr zu überraschen vermag – auf die Einflüsse der Historischen Rechtsschule zurückzuführen und entspricht klar einem pandektistischen Paradigma: Während bei Zeiller,³⁵¹⁶ Nippel,³⁵¹⁷ Winiwarter³⁵¹⁸ und Stubenrauch³⁵¹⁹ § 371 ABGB eng iZm den Voraussetzungen der Eigentumsklage gesehen wurde, ging Unger explizit davon aus, dass etwa das Eigentum an Geld durch Vermengung oder durch den Erwerb „von Seiten eines bona fida Empfängers“ verlustig geht.³⁵²⁰ Ebenso findet sich bei Randa die Auffassung, dass § 371 ABGB den Eigentumserwerb zum Inhalt hat.³⁵²¹ Diese Ansicht ist wesentlich auf das römische Recht zurückzuführen,³⁵²² sodass Richard Gamauf zum Schluss kommt, dass § 371 ABGB – freilich in pandektistischer Auslegung – der in D 46.3.78 gefundenen Lösung entspricht³⁵²³ – Unger und Randa verweisen in ihren Ausführungen auch explizit auf ebendiese Stelle. Gegen eine solche pandektistisch orientierte Interpretation des § 371 ABGB regt sich freilich in jüngerer Zeit Widerstand. So geht etwa Erik Hödl mit Hinweis auf den – eigentlich sehr klaren – Wortlaut und die Systematik von § 371 ABGB davon aus, dass diese Bestimmung keine Regelung hinsichtlich des Eigentumserwerbs beinhalte; vielmehr sei sie rein prozessual zu interpretieren;³⁵²⁴ dies entspricht iW auch der Ansicht von Franz Bydliński.³⁵²⁵ Die heute herrschende Interpretation des § 371 ABGB

3514 Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 371 Rz 2; Zoppel in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 371 Rz 1; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 1; Leupold in Klang³ § 371 Rz 8.

3515 S etwa Zoppel in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 371 Rz 3 ff.

3516 Zeiller, Kommentar 2.1 § 371 Rz 1 (140).

3517 Nippel, Erläuterung 3 § 371 Rz 1 (230).

3518 Winiwarter, Das Oesterreichische bürgerliche Recht 2¹ 118 f.

3519 Stubenrauch, ABGB I¹ § 369 ff Rz 2 (739 f).

3520 Unger, System I 403 f (Fn 10).

3521 Randa, Eigentumsrecht² 351 ff.

3522 Tatsächlich sah der stärker gemeinrechtlich ausgestaltete Codex Theresianus bei der Vermengung von Geld noch den Erwerb von Alleineigentum vor, erst mit dem Entwurf Martini wurde dies geändert, vgl zur Redaktionsgeschichte der Norm ausf Holzner, Vermengung und Eigentum (Teil I), JBl 1988, 564 (565).

3523 Gamauf, Eigentumserwerb an Geld durch Vermengung im römischen Recht (D 46.3.78) und in § 371 ABGB (Teil II), JAP 1997, 217, s näher zu den römisch-rechtlichen Grundlagen Gamauf, Eigentumserwerb an Geld durch Vermengung im römischen Recht (D 46.3.78) und in § 371 ABGB (Teil I), JAP 1997, 154.

3524 Hödl, Der Lieferantenpool (2010) 45 ff.

3525 F. Bydliński in Klang IV/2² § 1063 (694 f).

ist somit ein besonders illustratives Beispiel für den Einfluss der Pandektistik bei der Auslegung des ABGB: Ein gesetzlich vorgesehenes Regelungsmodell – wie Erweiterung der Klagbarkeit bei ununterscheidbaren Sachen – wurde durch ein römisch-rechtliches – den Eigentumserwerb bei ununterscheidbaren Sachen – ersetzt.

Diese Diskrepanz zwischen dem Regelungskonzept, das der Gesetzgeber § 371 ABGB zu Grunde gelegt hat, und einer pandektistisch inspirierten Interpretation als Tatbestand des originären Eigentumserwerbs wird freilich in der Lit in Abrede gestellt.³⁵²⁶ So wird davon ausgegangen, dass der originäre Eigentumserwerb *e contrario* aus den Voraussetzungen des § 371 ABGB folge. Der Umkehrschluss kann aber nicht glücken, da aus der fehlenden Durchsetzbarkeit der Eigentumsklage noch nicht zwingend der Eigentumserwerb des anderen folgt.³⁵²⁷ Denn zweifellos ist die Verneinung der Eigentumsklage eine Folge des Eigentumserwerbs, sie ist jedoch nicht die einzige;³⁵²⁸ der Schluss von der abgelehnten Vindikation auf andere Rechtsfolgen des gutgläubigen Eigentumserwerbs ist unzulässig.³⁵²⁹ Anderenfalls würde etwa die Verjährung eines Anspruchs zwangsläufig zum Rechtserwerb des anderen führen; die Bestimmungen zur Ersitzung wären obsolet. Dass dies nicht dem Verständnis des Gesetzgebers entspricht, ergibt sich auch aus § 367 Abs 1 S 2 ABGB, wo – seit der Stammfassung unverändert – explizit auf den Eigentumserwerb hingewiesen wird. Auch die Äußerung Zeillers zu § 371, 2. Fall ABGB, dass beim redlichen Geklagten „*die obige Betrachtung und Vorschrift (§ 367) auch hier ihre Anwendung finden*“,³⁵³⁰ kann allenfalls als Hinweis, dass auf Grundlage von § 371 ABGB kein eigenständiger Eigentumserwerb stattfindet, verstanden werden; denn der Verweis auf den gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 367 ABGB wäre völlig sinnlos, wenn dieser bereits unter geringeren Voraussetzungen nach Maßgabe von § 371 ABGB erfolgen würde. Aus der Regelungssystematik des § 371 ABGB kann somit ausgeschlossen werden, dass damit ein Tatbestand des originären Eigentumserwerbs konzipiert werden sollte.

Dass der Gesetzgeber der Stammfassung nicht leichtfertig mit der Statuierung eines gutgläubigen Eigentumserwerbs umgegangen ist, ergibt sich

3526 Vgl Leupold in Klang³ § 371 Rz 6 ff.

3527 AA Holzner, JBl 1988, 564 (567).

3528 Wie noch ausgeführt wird, geht der gutgläubige Eigentumserwerb darüber hinaus mit einer Vermögenszuordnung einher, die über die bloße Durchsetzung des Eigentumsrechts hinausgeht.

3529 In einer sprachformalen Betrachtung wäre dieses Ergebnis noch seltsamer: Denn der Umkehrschluss kann nur die Folge, dass eine Eigentumsklage auf Grund des § 371 ABGB nicht möglich ist, betreffen. Dementsprechend wäre nach diesem Argument immer dann, wenn eine Eigentumsklage nach § 371 ABGB nicht möglich wäre – zB wenn sie nach § 370 ABGB durch Merkmale beschrieben werden kann – ein originärer Eigentumserwerb gegeben. Dies ist ganz klar abzulehnen.

3530 Zeiller, Kommentar 2.1 § 371 Rz 3 (142).

auch aus einer dogmengeschichtlichen Betrachtung. Denn im Naturrecht findet sich – ebenso wie auch im römischen Recht – ein strenges Vindikationsprinzip verwirklicht; nach der Lehre von *Christian Wolff* sei ein originärer Eigentumserwerb etwa ausschließlich dann möglich, wenn der Alteigentümer sein Eigentum aufgegeben hat.³⁵³¹ Dem folgt auch weitgehend der Entwurf Martini, der die im Codex Theresianus noch umfangreich vorgesehenen Möglichkeiten des gutgläubigen Eigentumserwerbs wesentlich einschränkte; diese waren klar als Ausnahmebestimmungen konstruiert.³⁵³² Diesbezüglich findet sich im Urentwurf in der Vorgängerbestimmung des heutigen § 367 ABGB³⁵³³ eine Einschränkung der Vindikationsklage. Diesem Vindikationsausschluss wurde jedoch ein folgenreicher Satz hinzugefügt: „*Nur gegen diese Gewährsmänner* [also bspw den Vertrauensmann] *kann der vorige Eigentümer sein Recht auf die Sache verfolgen*“; im Umkehrschluss aber nicht gegen den neuen Eigentümer.³⁵³⁴ Da dies Fragen zur Schadenersatzpflicht der Gewährsmänner offen ließ, wurde dieser Zusatz auf Anraten von *Zeiller* dahingehend geändert, dass der rechtmäßige und redliche Besitzer Eigentum erwirbt.³⁵³⁵ Eben diese Wendung fehlt aber in der Vorgängerbestimmung des § 371 ABGB³⁵³⁶ ebenso wie in der heutigen Bestimmung. Vor dem Hintergrund, dass der gutgläubige Eigentumserwerb in einem naturrechtlichen Regelungskonzept einen – dem Verkehrsschutz geschuldeten – Fremdkörper darstellt, muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber diesen nur mit großer Bedacht statuierte.³⁵³⁷ Auf Grund des eindeutigen Wortlauts des § 371 ABGB folgt sohin, dass dieser im Ansinnen des Gesetzgebers bloß einen Vindikationsausschluss, nicht aber wie § 367 ABGB einen gutgläubigen Eigentumserwerb zum Inhalt hat.

Einen durchaus illustrativen Einblick in die Gedankenwelt des Gesetzgebers findet sich in einem der äußerst raren Quellenverweise der Kommentierung *Zeillers*. IZm § 371 ABGB zitiert er eine Arbeit von *Nikolaus Gönner*, in der anfänglich der Fall besprochen wird, dass eine Frau einem anderen gutgläubig Geld anvertraute und mehrere Jahre hindurch Zinsen dafür bekam; das Geld wurde jedoch durch einen Dritten vermengt.³⁵³⁸ *Gönner* geht hier davon aus, dass eine Vindikation des unversiegelten Gelds nicht mehr möglich

3531 Erst mit *Kant* wurde der Gedanke eines gutgläubigen Eigentumserwerbs auch philosophisch begründet, s zu *Wolff* und *Kant* ausf *Huwiler*, Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand. Dogmengeschichtliches zur Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs, in FS Bader (1986) 75 (84 ff).

3532 *Huwiler* in FS 80 Jahre Bader 95.

3533 Dies entspricht auch der heutigen Regelungstechnik.

3534 Urentwurf, Zweiter Teil, Drittes HS, § 92.

3535 *Ofner*, Urentwurf I 251.

3536 Urentwurf, Zweiter Teil, Drittes HS, § 88.

3537 S dazu auch weiterführend 2.2.2.4.1.

3538 *Gönner*, Findet gegen den dritten redlichen Besitzer einer auf jeden Inhaber (au porteur) lautenden Schuldurkunde von Seiten des wahren Eigentümers eine Vindi-

sei; ein „solches *Despositum* geht durch den Verbrauch des *Despositars* in ein *Anlehen über*“, weshalb nichtsdestoweniger eine Zahlung des Empfängers erfolgen müsse.³⁵³⁹ Explizit abgelehnt von *Gönnner* wird die römisch-rechtliche Vorstellung zur Vindikation von gestohlenem Geld.³⁵⁴⁰ Inhaberpapiere seien diesbezüglich wie Bargeld zu behandeln, da sie den wahren Eigentümer nicht erkennbar machen und einen eigenen Kurs haben; eine Untersuchung des wahren Eigentümers könne hier somit nicht stattfinden.³⁵⁴¹ Inhaberpapiere seien – so die in § 371 ABGB aufgegriffene These von *Gönnner* – dem Bargeld gleichzuhalten, weshalb eine Vindikation in diesen Fällen nicht in Betracht komme.³⁵⁴² Dieser Verweis kann somit als Indiz dafür angesehen werden, dass § 371 ABGB als eigenständige gesetzgeberische Wertung zum weitgehenden Ausschluss der Eigentumsklage bei Geld und Inhaberpapieren und nicht bloß als Übernahme der Wertungen des römischen Rechts konzipiert wurde.

Versteht man § 371 ABGB – entgegen der hL – nicht als Tatbestand des originären Eigentumserwerbs, erwachsen für beide identifizierten Erwerbungsformen – den Eigentumserwerb durch Vermengung gleich wie den Eigentumserwerb durch guten Glauben – geänderte Voraussetzungen der Norminterpretation. Ein wesentliches Problem bei einer Auslegung des § 371 ABGB im Einklang mit einem pandektistischen Paradigma stellt dabei das Verhältnis dieser Bestimmung zu § 415 ABGB dar. Sieht man § 371, 1. Fall ABGB als Tatbestand des Eigentumserwerbs durch Vermengung, ergibt sich ein Normwiderspruch zu § 415 ABGB: Während § 371, 1. Fall ABGB bei der Vermengung den Erwerb von Alleineigentum anordnet, sieht § 415 ABGB – wie gesehen – grds die Begründung von Miteigentum vor. In der Lit finden sich iW zwei Ansätze, wie dieser Regelungskonflikt gelöst werden könnte. Einige Stimmen gehen davon aus, dass § 371 ABGB in Bezug auf Rechte und Inhaberpapiere als *lex specialis* aufzufassen sei, weshalb diesbezüglich § 415 ABGB verdrängt werde.³⁵⁴³ Etwas weiter ist eine Ansicht, die den Vorrang von § 371 ABGB nicht auf Geld und Inhaberpapiere, sondern auch auf ähnlich verkehrs- und umlauffähige Sachen beschränken.³⁵⁴⁴ Diesen Herangehensweisen haftet freilich der Makel an, dass

cation statt? Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums I 1808, 471 (471 f).

3539 *Gönnner*, Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums I 1808, 471 (473).

3540 *Gönnner*, Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums I 1808, 476.

3541 *Gönnner*, Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums I 1808, 475.

3542 *Gönnner*, Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums I 1808, 477.

3543 *Rabl*, Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 575 (579); *Randa*, Eigentumsrecht² 352 f.

3544 *Harnoncourt/Spitzer*, Eigentumsvorbehalt, Vermengung und Individualisierbarkeit, ÖJZ 2014, 488 (490); *Leupold* in Klang³ § 371 Rz 23 ff; *Micheler*, Wertpapier-

sie sich im Regelungskonzept des ABGB nicht verorten lassen, da sich § 371 ABGB ganz offensichtlich auf sämtliche Sachen bezieht, die nicht durch Merkmale beschrieben werden können, wodurch sie von allen ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet werden (§ 370 ABGB). Bargeld und Inhaberpapiere sind – auch sprachlich deutlich hervorgehoben – bloß praktisch relevante Regelungsbeispiele. Eine andere insb auf *Ehrenzweig* zurückzuführende Ansicht stellt darauf ab, ob die vermengten Sachen im Vermögen des Erwerbers noch abgrenzbar sind; solange die Zugehörigkeit der Sache zum entstandenen Gemenge sichergestellt sei, könne nicht von einem Alleineigentum des Erwerbers ausgegangen werden.³⁵⁴⁵ Modifiziert wurde diese Theorie von *Holzner* in seiner ausführlichen Darstellung der Rechtsfolgen der Vermengung, wobei er darauf abstellt, ob ein Anteilsnachweis noch möglich ist, weshalb auch Entnahmen vom Gemenge nicht von vornherein die Begründung von Alleineigentum nach sich ziehen.³⁵⁴⁶ Geht man mit *Hödl* und *Franz Bydliniski* im Einklang mit dem Wortlaut und der Systematik der Bestimmung, der älteren Rsp und Lit davon aus, dass § 371 ABGB keinen eigenständigen Eigentumserwerb zum Inhalt hat,³⁵⁴⁷ folgt zwangsläufig, dass sich der Rechtserwerb ausschließlich aus den §§ 414 f ABGB ergibt – eine auflösungsbedürftige Antinomie besteht somit bereits dem Grundsatz nach nicht.

Die Wertungen von § 371 ABGB zur Vermengung können jedoch ohne Bruchstellen in das Regelungssystem des ABGB eingefügt werden, wenn man diese Bestimmung als Gegen Ausnahme zum Umfang der Eigentumsklage auffasst. Durch die Vermengung nach Maßgabe der §§ 414 f ABGB wird eine Gemeinschaft des Eigentums iSd §§ 825 ff ABGB geschaffen.³⁵⁴⁸ Nach Ansicht von *Zeiller* ist dabei freilich auch der Miteigentümer zur Geltendmachung der Eigentumsklage legitimiert.³⁵⁴⁹ Bei der Beurteilung, ob der Kläger trotz der Vermengung sein Eigentum nachweisen kann, kommt den Erwägungen von *Ehrenzweig* und *Holzner* Relevanz zu: Wenn die Sache noch einem unveränderten Gemenge zugehört, wird es ohne Zweifel hinreichend sein, statt der Sache das Gemenge zu beschreiben.³⁵⁵⁰ Ebenso ist mit *Holzner* und der ihm folgenden Rsp³⁵⁵¹ die Entnahme vom Gemenge für den Beweis des Eigentums grds unproblematisch, wobei die Höhe der Entnahme nachgewiesen werden muss, damit die Auswirkungen auf den Anteil

recht 52 ff; in diese Richtung auch *Klang* in *Klang II* § 371 Rz 3 (233).

3545 *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/2: Das Sachenrecht² (1957) 215 f.

3546 *Holzner*, Vermengung und Eigentum (Teil 2), JBl 1988, 632 (635 ff).

3547 *Hödl*, Lieferantenpool 48.

3548 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 415 f Rz 5 (202).

3549 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 366 f Rz 3 (131).

3550 *Ehrenzweig*, System I/2² 216.

3551 OGH 21.12.1995, 8 Ob 29/95; OGH 31.8.1994, 8 Ob 4/94.

berechnet werden können.³⁵⁵² Scheitert die Eigentumsklage in diesem Kontext, bedeutet dies jedoch nicht, dass der Kläger ohne Anspruch bleibt. Denn nach der expliziten Wertung des § 415 ABGB bestehen darüber hinaus auch bereicherungsrechtliche Ansprüche, was auch der hL³⁵⁵³ entspricht. Der Wertung des § 371 ABGB zur Vermengung kommt somit nur dann Bedeutung zu, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalls die sachenrechtliche Zuordnung entscheidend ist.³⁵⁵⁴ Praktisch relevant ist die Vermengung heute *va* im Insolvenzfall, da hierdurch die Aussonderungsfähigkeit der Sache verlustig gehen kann;³⁵⁵⁵ der wesentliche Inhalt des § 371 ABGB ist somit eine Wertung zur Zuweisung des Insolvenzrisikos.³⁵⁵⁶

Wesentlich weitgehender, wenngleich deutlich weniger besprochen sind die Folgen der Interpretation des § 371 ABGB als eigenständiger Tatbestand des gutgläubigen Eigentumserwerbs. Auf Grund der Struktur des § 371 ABGB können die Voraussetzungen für den gutgläubigen Eigentumserwerb nicht ohne erhebliche Zweifel aus der Bestimmung ermittelt werden. So ist bereits völlig unklar, auf welche Sachen sich der gutgläubige Eigentumserwerb des § 371, 2. Fall ABGB bezieht. Aus dem Regelungszusammenhang würde sich eine Anwendbarkeit auf alle ununterscheidbaren Sachen ergeben; dies wird aber von der L – methodisch durchaus problematisch³⁵⁵⁷ – teleologisch reduziert auf Sachen, denen besondere Umlauf- und Verkehrsfähigkeit zukommt.³⁵⁵⁸ Unklar ist mangels gesetzlicher Festlegung darüber hinaus, ob es für einen gutgläubigen Erwerb nach § 371 ABGB eines entgeltlichen Titels bedarf. Während

3552 S dazu weiterführend *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 8.

3553 *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 371 Rz 5; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 5; *Leupold* in Klang³ § 371 Rz 43.

3554 In der älteren Rsp wurde hier vor allem über die richterliche Pfändung abgesprochen, gegen die die Vermengung eingewandt wurde, s bspw OGH 8.7.1885, Nr 7699 GIU 10634, wo gegen das exekutive Pfandrecht eingewandt wurde, dass in der Geldbörse eines verstorbenen Handelsreisenden Bargeld des Auftraggebers ist, ähnlich auch OGH 27.3.1900, Nr 4190 GIUNF 949; OGH 30.10.1902, Nr 16.325 GIUNF 1742. Besonders illustrativ ist ein Fall, in dem auf Grund einer Forderung gegen einen Kaffeehausbetreiber einem Kellner die Geldbörse im Exekutionsweg abgenommen wurde, hierbei war fraglich, inwiefern es zu einer Vermengung mit dem Trinkgeld für den Kellner gekommen ist, vgl OGH 29.3.1904, Nr 3189 GIUNF 2648.

3555 Ausf dazu *Harnoncourt/Spitzer*, ÖJZ 2014, 488 (489).

3556 Dies ist freilich auch ein wesentlicher Gesichtspunkt bei der Interessenslage des gutgläubigen Eigentumserwerbs, s dazu *Karner*, Mobilärerwerb 57.

3557 Auch wenn das vorgebrachte Argument des besonderen Verkehrsschutzbedürfnisses durchaus stichhaltig ist, kann es doch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es für die teleologische Reduktion einer gesetzlichen Regelung einer (unechten) Regelungslücke bedarf. Dazu finden sich aber keinerlei Ausführungen. Streng genommen sind diese Argumente somit nur in der rechtspolitischen Diskussion von Belang.

3558 *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 371 Rz 3; *Leupold* in Klang³ § 371 Rz 35 ff; eher aA *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 12.

dies in der älteren Lit³⁵⁵⁹ und der Rsp³⁵⁶⁰ nicht als notwendig angesehen wird, plädiert die jüngere L für ein solches Erfordernis.³⁵⁶¹ Freilich lässt sich auch das – durchaus einleuchtende – Argument von *Martin Winner*, dass ansonsten auch gestohlene Sachen Eigentum des Beschenkten werden könnten, nur äußerst schwer mit einer den §§ 6 ff ABGB entsprechenden Norminterpretation des § 371 ABGB vereinbaren. Zumindest in der Rsp besteht aber Einigkeit, dass für den gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 371 ABGB die drei Erwerbungs Voraussetzungen des § 367 ABGB nicht gegeben sein müssen.³⁵⁶² Im Resultat wird § 371 ABGB hinsichtlich des gutgläubigen Eigentumserwerbs zu einer Generalklausel des Rechtserwerbs, bei der – einschließlich der Redlichkeit – jedes Tatbestandselement unklar und str ist.³⁵⁶³

Die wohl wichtigste Diskrepanz zwischen dem Verständnis der hL von § 371, 2. Fall und dem Regelungskonzept des Gesetzgebers von dieser Bestimmung betrifft freilich nicht die Bestimmungen des (dinglichen) Sachenrechts. Denn bei der fehlenden Gutgläubigkeit wird bei den erfassten Sachen ganz unstr die Eigentumsklage ausscheiden. Mit dem gutgläubigen Eigentumserwerb wird jedoch – anders als beim bloßen Ausschluss der Klagbarkeit des Eigentums – von L³⁵⁶⁴ und Rsp³⁵⁶⁵ eine weitere Folge verbunden: Der gutgläubige Erwerber ist weder Bereicherungsansprüchen noch Schadenersatzansprüchen des ehemals Berechtigten ausgesetzt. Es kommt somit – in den Worten von *J. Schmidt*³⁵⁶⁶ – zu einer Neuuzuordnung nicht nur der Aktionsberechtigung, sondern darüber hinaus auch noch der Vermögensberechtigung an der Sache.³⁵⁶⁷ Genau hierin besteht der Unterschied zwischen dem gesetzlichen Konzept der Einschränkung der Klagsbefugnis bei der Eigentumsklage und dem gutgläubigen Eigentumserwerb: Bei der Einschränkung der sachenrechtlich zugeordneten Handlungsmöglichkeiten

3559 Ausf dazu *Frotz* in FS Kastner 147.

3560 RIS-Justiz RS0010923.

3561 Überzeugend dazu *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 13; *Leupold* in Klang³ § 371 Rz 40 ff.

3562 RIS-Justiz RS0129841.

3563 Wie wenig eine solche Regelungstechnik zu überzeugen vermag, zeigt sich illustrativ bei folgendem Diktum von *Wilburg*: „Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ist nicht als Regel, sondern als pathologischer Ausnahmefall anzusehen, der einer sorgfältigen Heilung bedarf“. Ob dies im nur äußerst schwach konturierten Tatbestand des gutgläubigen Eigentumserwerbs des § 371 ABGB, wie er von der hL konzipiert wird, der Fall ist, kann bezweifelt werden, s *Wilburg*, Zum Problem des gutgläubigen Erwerbes, in FS Baltl (1978) 557 (570).

3564 *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 371 Rz 5; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 14; *Leupold* in Klang³ § 371 Rz 42; *F. Bydliński*, Missbräuchliche Verfügungen über Bankkonten und Verwendungsansprüche des Kontoberechtigten, QuHGZ 1981, 51 (53).

3565 RIS-Justiz RS0010922.

3566 *Schmidt*, Anspruchsberechtigung 54 ff.

3567 S zu dieser Differenzierung bereits aus AT 3.4.2.2.

bleibt die Vermögenszuordnung unangetastet; dies ergibt sich auch illustrativ daraus, wenn *Gönnert* davon spricht, dass das vermengte Geld zu einem – durchaus rückzahlbaren – „Anlehen“ wird. § 371 ABGB trifft nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers somit keine Aussage darüber, ob ein gutgläubiger Empfänger einen Vermögenszuwachs zu Lasten des Eigentümers der vermengten Sachen erhält, sondern vielmehr nur darüber, ob der Eigentümer einer Sache diese mit der Eigentumsklage herausverlangen kann. Durch den Ausschluss von Bereicherungs- und Schadenersatzansprüchen im Fall von § 371, 2. Fall ABGB³⁵⁶⁸ kommt es somit zu einer methodisch nicht nachvollziehbaren Gesetzesfortbildung.³⁵⁶⁹

Die Auffassung der hL und Rsp zum gutgläubigen Eigentumserwerb resultiert innerhalb des Regelungskonzepts des ABGB in deutlich wahrnehmbaren Verwerfungen, die sich insb bei ihrer Anwendung auf Geld zeigen. So führen die im Vergleich zu § 367 ABGB deutlich geringeren Anforderungen an den gutgläubigen Eigentumserwerb zu durchaus seltsamen Einzelfallentscheidungen.³⁵⁷⁰ Darüber hinaus kann es zu Systemspannungen mit anderen Bereichen des Privatrechtssystems zu kommen: So wäre nach dieser weiten Interpretation des § 371 ABGB denkbar, dass bei *ex nunc* oder *ex tunc* wirkender Aufhebung eines Kaufvertrags der Verkäufer vorbringt, er habe den Geldbetrag gutgläubig empfangen, weshalb ein Bereicherungsanspruch dann bereits dem Grunde nach ausscheiden müsse.

Praktisch relevanter ist hingegen der sich daraus ergebende Wertungsunterschied zu einer höchst relevanten Konstellation der Vermengung von Geld: der Rückforderung von Überzahlungen im arbeitsrechtlichen Kontext: Hier-

3568 Für § 371, 1. Fall ABGB wird wiederum der Bereicherungsanspruch anders als bei § 371, 2. Fall ABGB bejaht. Diese aus konzeptioneller Sicht höchstbedeutsame Differenzierung lässt sich weder aus dem Gesetz ableiten, noch findet sich in der L eine hinreichende Begründung dafür.

3569 Dies bedeutet freilich nicht, dass ein gutgläubiger Eigentumserwerb hier ausgeschlossen wäre; vielmehr müssen aber die Voraussetzungen des § 367 ABGB erfüllt sein.

3570 Besonders illustrativ ist eine E des OGH aus dem Jahr 1988: A hob durch gefälschte Unterschriften einen höheren Geldbetrag vom Konto des B ab und schenkte der gutgläubigen C darum teure Kleider und einen Pelzmantel. Im Verhältnis von B-C ging der OGH davon aus, dass C auf Grund von § 371 ABGB gutgläubig Eigentum erworben habe, weshalb sämtliche Ansprüche von B ins Leere gingen. Auf Grundlage der Argumente des OGH muss davon ausgegangen werden, dass er zum selben Ergebnis kommen würde, wenn der Geldbetrag noch unverändert am Konto der Beschenkten aufscheinen würde. Auch wenn dies in einer dogmatischen Argumentation eine nur äußerst geringe Bedeutung hat, gibt es wohl wenige zivilrechtliche E des OGH, die stärker einem Gerechtigkeitsempfinden widerstreben: Weshalb soll das Opfer einer Straftat gegenüber einer Beschenkten nicht zumindest die Bereicherung herausverlangen können? Richtiger wäre hier die Anwendung von § 367 ABGB: Ein gutgläubiger Eigentumserwerb scheitert hier – neben der Entgeltlichkeit – auch an der fehlenden Vertrauensmanneigenschaft von A, vgl dazu OGH 28.6.1988, 4 Ob 569/88.

bei kommt es ganz regelmäßig³⁵⁷¹ dazu, dass der AG dem AN irrtümlich einen zu hohen Geldbetrag überweist; da der Lohn in Geld bzw Buchgeld besteht, wird hier in aller Regel von einer Anwendbarkeit des § 371 ABGB ausgegangen werden können. Nach dem von der hL vertretenen Verständnis dieser Bestimmung müsste bloß darauf abgestellt werden, ob der Bezug des Lohns gutgläubig ist, bejahendenfalls sämtliche Ansprüche des AG abgelehnt werden müssten. Dies steht aber völlig im Gegensatz zu den etablierten arbeitsrechtlichen Wertungen für diese Konstellation: Es ist völlig unstr, dass der AG eine irrtümlich geleistete Nichtschuld grds vom AN zurückverlangen kann; von einer Bereicherung könne aber nicht ausgegangen werden, wenn die Zahlungen für den Lebensunterhalt des Empfängers gutgläubig verbraucht wurden.³⁵⁷² Nach der arbeitsrechtlichen Wertung ist der redliche AN hinsichtlich des zu viel ausbezahlten Entgelts somit nicht Eigentümer, sondern bloß Besitzer, der unter Voraussetzung seiner Redlichkeit gem § 329 ABGB berechtigt ist, die Sache nach Belieben zu verbrauchen und zu vertilgen; nichtsdestoweniger kann die dadurch erfolgte Bereicherung des AN – in Abhängigkeit von dessen Redlichkeit – abgeschöpft werden. Es entsteht durch die verdeckte Rechtsfortbildung des § 371 ABGB somit eine klärungsbedürftige Diskrepanz zwischen der Vermengung nach allgemeinen Wertungen, wo Bereicherungsansprüche kategorisch ausgeschlossen sind, und der praktisch wohl relevantesten Vermengung von Geld im Kontext eines Dienstverhältnisses, wo der AN seine Bereicherung zumindest zum Teil herausgeben muss.

Es ergibt sich somit, dass § 371 ABGB Gegenstand eines erheblichen Interpretationswandels war: Während dieser nach dem Konzept des Gesetzgebers, dem auch die ältere Rsp noch vollinhaltlich folgte, bloß eine Wertung zur Durchsetzbarkeit der Eigentumsklage beinhaltete, wurde diese Bestimmung in der Folge pandektistischer Einflüsse zu einem zweifachen Rechtserwerbstatbestand. Während dies hinsichtlich der Vermengung (§ 371, 1. Fall ABGB) zu einem dogmatischen Problem eines Normwiderspruchs führte, kam es in Bezug auf den gutgläubigen Erwerb (§ 371, 2. Fall ABGB) zu einer wesentlichen Modifikation der Sachlage in Bezug auf bereicherungsrechtliche Ansprüche. Es soll sohin in weiterer Folge entgegen der hL und Rsp davon ausgegangen werden, dass § 371 ABGB keinen Rechtserwerbstatbestand beinhaltet.³⁵⁷³

3571 *Preiss* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ (2018) § 1154 ABGB Rz 52.

3572 *Auf* dazu *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1152 ABGB Rz 87 ff.

3573 Zu einem ähnlich gelagerten, aus wertpapierrechtlichen Wertungen geschöpften gutgläubigen Eigentumserwerb, durch den die von der Lit erfassten Fälle iZm § 371 ABGB erfasst sind, s weiterführend 2.2.4.3.2.

2.2.2.2.2. Vermengung von Buchgeld

2.2.2.2.2.1. Problemaufriss

Durch den Befund, dass in § 371 ABGB generell kein Rechtserwerb, sondern bloß eine Gegen Ausnahme zur Vindikation geregelt ist, erübrigt sich freilich nicht die Beantwortung der Frage, ob Rechte durch Vermengung erworben werden können. Dieses Rechtsproblem stellt sich idZ aber in einem besonderen Regelungsrahmen: Geht man von einem weiten Sachbegriff aus, können nach § 415 ABGB grds auch Rechte vermengt werden; sofern eine Zurücksetzung in den vorigen Stand bzw eine Absonderung nicht möglich ist, entsteht somit gemeinschaftliches Eigentum. Durch Eigentumsklage kann der sohin entstandene Anteil nach Maßgabe des § 371 ABGB jedoch nur herausverlangt werden, wenn (i) der Kläger sein Eigentumsrecht durch besondere Umstände beweisen kann oder (ii) der Geklagte wissen musste, dass er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtigt ist. Scheitert die Vindikation an diesen Vorgaben, entsteht nach Maßgabe der §§ 415 f ABGB ein gesetzlicher Bereicherungsanspruch über den Wert des vermengten Rechts. Wenn somit die Voraussetzungen des § 371 ABGB nicht erfüllt sind, kommt es zu einem Wechsel der Rechtsposition bei demjenigen, der die Herausgabe eines Rechts fordert: An die Stelle des aus einem dinglichen Recht erwachsenden, *erga omnes* wirkenden Anspruchs auf Herausgabe tritt ein unmittelbar aus dem Gesetz entstandener Anspruch gegen den Bereicherten – also ein persönliches Sachenrecht iSd § 307 ABGB. Praktische Bedeutung kommt dem insb in der Insolvenz des Bereicherten zu: Während der Bereicherungsanspruch als Insolvenzforderung iSd § 51 IO anzusehen ist, kann bei einem Vorgehen nach Maßgabe von § 371 ABGB Aussonderung begehrt werden.³⁵⁷⁴ Ob eine Vermengung von Buchgeld in Betracht kommt, ist somit va in der Insolvenz des Bereicherungsschuldners von Belang.

2.2.2.2.2.2. Rechtsprechung

Inwiefern die Grundsätze zur Vermengung von Geld auch auf Buchgeld Anwendung finden können, wurde in der Rsp bereits weit vor dem Entstehen des modernen Giroverkehrs diskutiert. So sprach der OGH in einem Fall aus dem Jahr 1900 aus, in dem in einem Exekutionsverfahren dem Schuldner Bargeld eines Dritten abgenommen und vom Gläubiger bei der Postsparkasse eingelegt wurde, dass es durch die Einlage zu einer Vermengung gekommen sei und die Exszindierungsklage des Dritten abgewiesen werden müsse, da die Voraussetzungen des § 371 ABGB nicht erfüllt seien.³⁵⁷⁵ In einem etwas anders gelagerten Fall wurden die vom Exekutionsvollzugsorgan abgenommenen Geldscheine von A auf ein Sparbuch („Sparkassenbüchel“) einbezahlt; die Exszindierungsklage von A wurde vom BG mit dem Argument

3574 So explizit auch für Buchgeld OGH 10.7.2008, 8 Ob 131/07h.

3575 OGH 27.3.1900, Nr 4190 GIUNF 949.

abgewiesen, dass die Geldscheine nicht mehr vorhanden seien und deshalb allenfalls Schadenersatzansprüche in Betracht kämen. Dem widersprachen aber das Berufungsgericht und in weiterer Folge auch der OGH. Die Ausführungen sind dabei illustrativ:

„Wurden aber in das besagte Büchel nicht die dem Schuldner des B, sondern der A gehörige Gelder eingelegt, (...) so muss die A auf die in dieses Büchel gemachte Einlage dasselbe Recht zur Gänze haben, wie sie es auf die gepfändete Barsumme hatte.“³⁵⁷⁶

In dieselbe Kerbe schlägt eine spätere E³⁵⁷⁷ des OGH, die von *Martin Spitzer*³⁵⁷⁸ als Leitentscheidung zur Frage der Vermengung von Buchgeld bezeichnet wird. Streitgegenständlich war ein höherer Betrag, der einem Versicherungsnehmer von der Feuerversicherung ausgezahlt und umgehend auf sein Einlagebuch in der Sparkasse eingelegt wurde. Später stellte sich heraus, dass auf Grund der Brandlegung des Versicherungsnehmers der Anspruch nicht berechtigt war; die Feuerversicherung stellte nun, da über das Vermögen des Versicherungsnehmers zwischenzeitlich der Konkurs eröffnet worden war, einen Antrag auf Aussonderung der irrtümlich geleisteten Geldsumme. Hierzu führte das OLG Innsbruck aus, dass die Sparkasse durch die Einlage und die damit einhergehende Vermengung Eigentümerin des Geldbetrags geworden sei; die eingelegten Geldstücke bzw Geldnoten und das Guthaben seien streng voneinander zu unterscheiden, weshalb auch ein Aussonderungsanspruch am Guthaben scheitern müsse. Dieser Ansicht trat der OGH entschieden entgegen: Er beurteilte den Aussonderungsanspruch an Hand der Voraussetzungen des § 371 ABGB, da Geld idR kein Gegenstand der Rückforderung sei:³⁵⁷⁹ Während die fehlende Redlichkeit des Versicherungsnehmers unstr war, ging der OGH ausführlich auf das Argument ein, ob unter diesen Umständen das Eigentum des Klägers bewiesen werden könne. Hierbei zog er eine Parallele zwischen der Einlage in ein Sparkassenbuch und der Verwahrung von Bargeld in einem eigenständigen Behälter: In beiden Fällen könne die wirtschaftliche Selbstständigkeit festgestellt werden; das Schicksal des eingelegten Gelds könne dabei zweifelsfrei nachgewiesen werden. Der Aussonderungsanspruch wurde vom OGH somit im

3576 OGH 12.2.1903, Nr 963 GIUNF 2259.

3577 OGH 19.12.1928, 1 Ob 1014/28 SZ 10/356.

3578 *Spitzer*, Bargeld, Buchgeld, Kontokorrent, in Fucik/Konecny/Oberhammer (Hrsg), Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 11 (2011) 215 (221).

3579 Dabei ist beachtlich, dass der OGH nicht von einem Eigentumserwerb durch § 371 ABGB ausging, sondern diesen vielmehr als Ausnahme von der Regel, dass Geld nicht herausverlangt werden kann, beschrieb. Dies zeugt davon, dass die in 2.2.2.2.1. kritisierte Auffassung, dass § 371 ABGB als Rechtserwerbstatbestands aufzufassen sei, auch in den 30er Jahren noch nicht herrschend war.

Ergebnis auch hinsichtlich der Sparkasseneinlage bejaht. Es zeigt sich somit, dass die ältere Rsp die Wertung des § 371 ABGB auch bei der Transformation von Bargeld in Buchgeld ganz unbefangen angewendet hat.

In der jüngeren Rsp wurde vorwiegend nicht mehr über die Vermengung durch Einlage von Bargeld auf ein Sparbuch, sondern über die Überweisung auf ein Konto abgesprochen, mit der eine Vermengung von Buchgeld einhergeht. Hierbei wurde ausgesprochen, dass die Grundsätze des § 371 ABGB auch auf die Aussonderung des auf das Girokonto eines Hausverwalters gezahlten Betrags zulässig sei,³⁵⁸⁰ dasselbe gilt für die Aussonderung der auf das Geschäftskonto des insolventen Unternehmers überwiesenen Urlaubsentgelte der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse³⁵⁸¹ – in beiden Fällen gelang der Nachweis des Eigentums jedoch auf Grund der fehlenden Individualisierbarkeit des Geldbetrags nicht. Die Individualisierung wurde indes bei der Weiterleitung des überwiesenen Betrags auf ein anderes Konto bejaht, wenn zwischenzeitlich keine Entnahmen oder Überweisungen getätigt wurden.³⁵⁸² In jüngerer Zeit findet sich in der Rsp auch die allgemein gehaltene Aussage, dass die Aussonderung von Buchgeld nach den für Bargeld geltenden Grundsätzen der Vermengung zu beurteilen sei.³⁵⁸³ Es entspricht somit der stRsp,³⁵⁸⁴ dass zumindest für die Beurteilung der Aussonderungsfähigkeit von Buchgeld auf die Grundsätze des § 371 ABGB zurückgegriffen werden kann.

2.2.2.2.3. Lehre

Bei der überwiegenden L stößt die Anwendung von § 371 ABGB auf Buchgeld auf weitgehende Ablehnung.³⁵⁸⁵ Ein wesentlicher Kritikpunkt betrifft dabei die Transformation von Bar- in Buchgeld, die nach der Rsp nichts an der Rechtszuordnung ändern soll. Diesbezüglich wurde erstmalig in einer kritischen Urteilsbesprechung von *Ernst Durig*³⁵⁸⁶ ausgeführt, dass durch die Ein-

3580 OGH 31.8.1994, 8 Ob 4/94.

3581 OGH 21.12.1995, 8 Ob 29/95.

3582 OGH 10.4.1997, 6 Ob 2352/96t.

3583 OGH 10.7.2008, 8 Ob 131/07h; OLG Wien 22.7.2014, 30 R 24/14s.

3584 Abweichend aber OGH 23.2.1999, 4 Ob 34/99z. Gegenstand der E war aber eine Frage des IPR, ob die Rechtszuständigkeit an einer Bankeinlage kollisionsrechtlich von Belang ist, wobei § 31 IPRG als kollisionsrechtliche Anknüpfungsnorm abgelehnt wurde; vielmehr sei der Erwerb von Forderungsrechten an einer Bank nach § 37 IPRG zu beurteilen. Diese Sonderwertung ist jedoch nicht unbedingt als Widerspruch zur stRsp zu werten, wenngleich die Begründung diesbezüglich überschießend ist.

3585 In jüngerer Zeit insb *Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (§ 44 Abs 1, 2. Fall IO) (2017) 265 ff; *Leupold* in Klang³ § 371 Rz 29; *Rabl*, ÖBA 2006, 575; durchaus für die Position der Rsp eintretend aber *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 11; ebenso bereits *Winner* in FS Doralt 723 f; vermittelnd *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 371 Rz 4.

3586 Hierbei ist jedoch anzumerken, dass *Durig* Präsident des OLG Innsbruck war, dem der OGH in seiner E OGH 19.12.1928, 1 Ob 1014/28 SZ 10/356 explizit nicht gefolgt ist.

lage in ein Sparbuch eine Forderung entsteht, die bloß ein Rechtsverhältnis zwischen dem Einleger und der Sparkasse darstelle.³⁵⁸⁷ Diese Kritik wurde in jüngerer Zeit insb von *Gamauf*,³⁵⁸⁸ *Rabl*³⁵⁸⁹ und *Spitzer*³⁵⁹⁰ aufgenommen und weiter verfeinert: Eine Beibehaltung der dinglichen Zurechnung bei der Transformation von Bar- in Buchgeld käme einer dinglichen Surrogation gleich, bei der die dingliche Rechtslage hinsichtlich des Bargelds am Ersatzgegenstand der Forderung gegenüber dem Kreditinstitut ihre Fortsetzung findet; diese sei dem österreichischen Recht aber fremd. Darüber hinaus stellt *Spitzer* in Frage, ob eine Forderung, die durch Gutbuchung auf einem Konto entsteht, auf Grund der kontokorrentbedingten Lähmung der Forderung überhaupt ausgesondert werden kann.³⁵⁹¹ In der L wird somit dafür plädiert, die Wertungen zur Vermengung nur auf Bar- und nicht auf Buchgeld anzuwenden und somit im Ergebnis auch den Aussonderungsanspruch bei Buchgeld zu verneinen. IE folgt die L somit einem pandektistischen Paradigma, nach dem die Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts bereits dem Grunde nach nicht auf Forderungen Anwendung finden können.

2.2.2.2.4. Stellungnahme

Die hier vorgeschlagene Interpretation des § 371 ABGB unter Zugrundelegung der Prämisse, dass auch Forderungen Gegenstand des Eigentumsrechts sein können, lässt eine differenzierte Bewertung der Rsp und der daran geäußerten Kritik der Lehre zu. Hierbei ist völlig unstr, dass Buchgeld als Forderung des Kunden gegen ein Kreditinstitut aufzufassen ist, die sich in der Gutschrift des Betrags auf dem Konto des Kunden manifestiert.³⁵⁹² Die hinter der Diskussion über die Vermengung von Buchgeld stehende Frage lautet somit iW, wem die Rechtszuständigkeit an einer Forderung gegenüber dem Kreditinstitut zukommt. Wenn dies jemand anders ist als der Kontoinhaber, kann in der Insolvenz des Kontoinhabers Aussonderung begehrt werden, da durch die Verwertung im Zuge der Insolvenz in die mit der Rechtszuständigkeit einhergehenden Handlungsbefugnisse eingegriffen würde.³⁵⁹³ Wenn man daher einem pandektistischen Paradigma folgend eine Eigentumsposition an Forderungsrechten dem Grunde nach verneint, ist es nur konsequent, auch die Aussonderung von Buchgeld abzulehnen.

Zunächst kann unter diesen Voraussetzungen die von der L kritisierte dingliche Surrogation bei der Einlage von Bargeld in den Blick genommen werden. Hierbei hat das Argument der L durchaus Gewicht: Das Bargeld, das auf ein

3587 *Durig*, Anmerkung zu OGH SZ 10/356, ZBl 1929, 287 f.

3588 *Gamauf*, JAP 1997, 217 (220 f).

3589 *Rabl*, ÖBA 2006, 575 (580 f).

3590 *Spitzer*, Aussonderung 273 ff.

3591 *Spitzer*, Aussonderung 276 ff.

3592 Statt aller *Koch*, Bargeld und Buchgeld – Ist nur Bares Wahres? rdw 2016, 665 (667).

3593 S dazu bereits AT 3.4.2.3.

Sparbuch bzw ein Konto gelegt wird, ist zweifellos ein anderes Rechtsobjekt als die daraus entstehende Forderung gegen ein Kreditinstitut. Dementsprechend kann auch von einem Eigentumsrecht am Bargeld nicht ohne Weiteres auf die Rechtszuständigkeit an der Forderung geschlossen werden. Hierbei bestehen iW zwei Auslegungsmöglichkeiten, die sich bei der Einlage von fremdem Bargeld unterscheiden: Einerseits könnte davon ausgegangen werden, dass die Einlage bei der Bank hinsichtlich der Zuordnung der Rechtsobjekte ohne Auswirkungen bleibt; der Einleger begründet sohin die Rechtszuständigkeit an der Forderung (§ 859 ABGB), während der Eigentümer des Bargelds in aller Regel auf Grund der Vermengung bei der Bank den Geldbetrag nicht mehr vindizieren kann.³⁵⁹⁴ Eine andere Auslegung könnte in der Einlage des Bargeldbetrags einen Rechtserwerbstatbestand hinsichtlich der Forderung erblicken, wonach der Eigentümer des Bargelds die Rechtszuständigkeit an der Forderung – quasi als Transformation von Bar- in Buchgeld – erwirbt, die jedoch nach den Wertungen des § 371 ABGB auf Grund der Vermengung uU nicht durch die Eigentumsklage durchgesetzt werden kann. Diese Auslegungsvarianten sind auch jene, die der Leitentscheidung des OGH aus dem Jahr 1928 zu Grunde lagen: Während das OLG Innsbruck erstere Auslegungsvariante wählte, präferierte der OGH im Ergebnis die zweite.

Das ABGB enthält ganz unstr keine explizite Regelung zur Frage, wer für die Einlage von Bargeld die Rechtszuständigkeit an der daraus entstehenden Forderung gegenüber dem Kreditinstitut erwirbt. Im vorliegenden Zusammenhang müsste diese Bestimmung dahingehend lauten, dass der Eigentümer des Bargelds durch die Einlage Eigentum an der Forderung erwirbt – in Betracht kommt somit bloß der Eigentumserwerb durch Zuwachs: Nach dem Grundkonzept der §§ 404 ff ABGB erwirbt der Eigentümer einer Sache das Eigentum an einer anderen Sache, ohne dass es einer Besitzergreifung oder Übergabe eines fremden Eigentümers bedarf.³⁵⁹⁵ Da eine durch Geld-einlage erworbene Forderung weder als natürliche Frucht noch als Vereinigung verschiedener Rechtsobjekte aufgefasst werden kann, kommt hier allenfalls die Regelung zur Verarbeitung in § 414 ABGB in Betracht. Freilich ist diese hier nicht einschlägig, da die Verarbeitung stets die Umgestaltung eines Rechtsobjekts mit Untergang des verarbeiteten Stoffs zum Inhalt hat;³⁵⁹⁶ bei der Einlage von Bargeld bei einer Bank wird jedoch nicht das Rechtsobjekt Bargeld umgestaltet,³⁵⁹⁷ sondern vielmehr ein eigenständiges Rechtsobjekt – die Forderung gegenüber einem Kreditinstitut – begründet,

3594 Nach der hier vertretenen Rechtsansicht kommt ihm dann aber ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zu, da § 371 ABGB nicht als Tatbestand des gutgläubigen Eigentumserwerbs aufgefasst werden kann.

3595 Zeiller, Kommentar 2.1 § 404 (190).

3596 Madl, Verarbeitung 16 ff; zum Erfordernis des Objektwechsels auch Spielbüchler, Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, JBl 1968, 589 (595).

3597 Holzner in Klang³ § 414 Rz 10.

während das Rechtsobjekt Bargeld weiterhin besteht. Die Einlage von Bargeld ist somit nicht unmittelbar von einem der Tatbestände des ABGB zum Eigentumserwerb erfasst.

Das Fehlen einer expliziten Regelung zur Behandlung der Einlage von Bargeld kann jedoch als Ausdruck einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke angesehen werden. Zur Feststellung der Lückenhaftigkeit kann dabei mit *Canaris* auf das positive Recht und den Gleichheitssatz zurückgegriffen werden.³⁵⁹⁸ Hierbei findet sich hinsichtlich des Zuwachses die deutliche Wertung, dass der Eigentümer der Sache und nicht derjenige, der eine irgendwie geartete Manipulation am Rechtsobjekt vornimmt, besser gestellt wird. Dies trifft nach § 406 ABGB für den Eigentümer eines Tieres, das von einem anderen befruchtet wird, ebenso zu wie für die Verarbeitung einer Sache (§ 414 ABGB) und die Bauführung auf fremdem Boden (§§ 417 ff ABGB): Hier erfolgt die dingliche Zuordnung stets zum Eigentümer der Sache, die manipuliert wurde; der andere erwirbt allenfalls einen Bereicherungsanspruch.³⁵⁹⁹ Anders wäre dies bei der Einlage von Bargeld, wenn man von einer Lückenlosigkeit der Regelungen des ABGB ausgeht: Hier würde derjenige, der die Manipulation des Bargelds (= die Einlegung auf das Sparbuch) vornimmt, die Rechtszuständigkeit an der Forderung gegenüber dem Kreditinstitut erlangen, während dem Eigentümer des Bargelds – im besten Fall – ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zukäme. Diese Schlechterstellung des Eigentümers bzgl der dinglichen Zuordnung eines manipulierten Rechtsobjekts wäre eine Sonderwertung, die sich in den sachenrechtlichen Regelungen ansonsten nicht widerspiegelt. Ausschlaggebend für die Rsp war freilich die Gegenüberstellung der Behandlung von Bargeld und Buchgeld in der Insolvenz: Wenn fremdes Bargeld in einem Behälter der Bank zur Verwahrung gegeben wird, ist unstr, dass im Fall der Insolvenz der Eigentümer einen Aussonderungsanspruch hat. Geht man aber von der Lückenlosigkeit der Wertungen des ABGB aus, hat der Eigentümer des Buchgelds hingegen keinen Aussonderungsanspruch, sondern bloß eine Insolvenzforderung. Tatsächlich fällt es schwer, einen hinreichenden Unterschied zwischen diesen Sachverhalten zu identifizieren, der eine völlig unterschiedliche Behandlung in der Insolvenz rechtfertigt. Erschwerend kommt hinzu, dass es nicht in der Sphäre des Eigentümers liegt, ob das Bargeld in einem Behälter zur Verwahrung oder als Einlage in ein Sparbuch zu einem Kreditinstitut gebracht wird; ein Dritter hat somit – zumindest für den Fall seiner Insolvenz – die Möglichkeit, über das Vermögen des Eigentümers zu disponieren. Die Annahme einer Lückenlosigkeit der Regelungen des ABGB hinsichtlich der Einlage von Bargeld würde somit nicht nur gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, weil der Eigentümer des Bargelds in diesem

3598 *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² 71.

3599 Eine Ausnahme besteht nach § 418 S 3 ABGB nur bei der Bauführung auf fremdem Grund, wenn der Eigentümer von der Bauführung gewusst hat und diese nicht sogleich dem Bauführer untersagt.

Kontext schlechter behandelt würde als bei vergleichbaren Formen der Manipulation von Rechtsobjekten durch Dritte, sondern auch dem privatrechtlichen Prinzip der Selbstverantwortung³⁶⁰⁰ entgegenstehen: Ein Dritter könnte durch seine Einlage auf ein Sparkonto die Rechtsposition des Eigentümers im Fall seiner Insolvenz bedeutend verschlechtern. Es kann somit hinsichtlich der Beurteilung der Rechtszuständigkeit bei der Einlage von Bargeld auf ein Konto bzw ein Sparbuch durchaus von einer Lückenhaftigkeit des ABGB ausgegangen werden. Diese Lücke kann aber durch Übernahme der klaren sachenrechtlichen Wertungen zum Zuwachs, dass bei einer Manipulation einer Sache durch einen Dritten der Eigentümer dinglich berechtigt bleibt, unproblematisch gefüllt werden. Die analoge Anwendung der Wertungen zum Bargeld auf Buchgeld kann daher als zulässige und durchaus gelungene Rechtsfortbildung durch die Rsp angesehen werden.

Geht man von einem weiten Sachbegriff aus, der auch Rechte umfasst, können Forderungen gegenüber einem Kreditinstitut wohl als paradigmatisches Beispiel des § 370 ABGB aufgefasst werden: Eine spezifische Forderung wird kaum durch Merkmale beschrieben werden können, wodurch sie sich von anderen Forderungen unterscheidet. Ein Konto bzw ein Sparbuch, bei dem sich die Forderungen gegenüber dem Kreditinstitut in einem Guthabenstand manifestieren, ist somit nach richtiger Rsp gleich zu behandeln wie ein mit Bargeld gefülltes Behältnis, das von der Bank verwahrt wird. Eine Eigentumsklage bei Buchgeld kann – gleich wie bei von der Bank verwahrtem Bargeld – ausschließlich nach Maßgabe des § 371 ABGB erfolgen. Ausweislich der Kommentierung von *Zeiller* ist die Anwendung von § 371 ABGB auf Forderungen gegenüber einer Bank nicht völlig denkunmöglich: So seien explizit auch Schuldscheine von privilegierten Banken erfasst, die auf den Überbringer lauten.³⁶⁰¹ Auch wenn die heutigen Modalitäten des Bankenverkehrs nur sehr wenig mit der Vorstellungswelt des Gesetzgebers des frühen 19. Jhds gemein haben, lässt sich dieser Gedanke durchaus fruchtbar machen: Ein Bankkonto, in das verschiedene Forderungen gegenüber einem Kreditinstitut eingestellt werden, kann als entmaterialisierte Manifestation eines Behältnisses, in dem verschiedene Schuldscheine einer Bank gelagert werden, angesehen werden. Auf einem Konto bzw einem Sparbuch werden verschiedene Forderungen gegenüber dem Kreditinstitut somit ebenso vermengt wie auf den Überbringender lautende Schuldscheine gegenüber einer Bank; inwiefern dies einer Vindikation entgegensteht, ergibt sich aus den Wertungen des § 371 ABGB.

Als zweiter Einwand gegen die Anwendung von § 371 ABGB wird in jüngerer Zeit insb von *Martin Spitzer* die Unselbstständigkeit des Aussonderungsobjekts genannt.³⁶⁰² Denn durch das Kontokorrentverhältnis, das dem Giro-

3600 Ausf dazu *F. Bydlinksi*, System und Prinzipien des Privatrechts 99 ff.

3601 *Zeiller*, Commentar 2.1 § 371 (140).

3602 *Spitzer*, Aussonderung 276 ff.

konto zu Grunde liegt, würde den einzelnen Forderungen gegenüber dem Kreditinstitut die Selbstständigkeit genommen, sodass kein aussonderbares Recht mehr bestünde,³⁶⁰³ darüber hinaus stehe auch das Saldoanerkennen einer Anwendung von § 371 ABGB auf Buchgeld entgegen.³⁶⁰⁴ Hieraus wird gefolgert, dass die Vermengung von Buchgeld auf Grund des Kontokorrentverhältnisses nicht in Betracht komme. IW basiert dieses Argument darauf, dass das Verhältnis zwischen Einleger und Kreditinstitut im Fall des Buchgelds ein anderes ist als bei der Verwahrung von Bargeld in einem Behältnis, woraus Folgen für die Rechtszuständigkeit an einer Forderung gezogen werden.

Der erste Strang dieser Überlegung geht dahin, dass eine Anwendung von § 371 ABGB auf Buchgeld ausscheide, weil durch die kontokorrentbedingte Lähmung³⁶⁰⁵ der Forderung die Aussonderungsfähigkeit von Buchgeld verlustig gehe.³⁶⁰⁶ Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen: Zunächst scheint nicht klar, weshalb durch die Sonderkonstellation des Kontokorrents beim Girokonto die Vermengung von Buchgeld auch in anderen Konstellationen – wie etwa die in der älteren Rsp vor allem diskutierte Einlage auf ein Sparbuch – beeinflusst sein soll. Auch hinsichtlich der Vermengung am Girokonto verfängt das vorgebrachte Argument wohl nicht: Denn eine Besonderheit des Bankkontokorrents besteht darin, dass der Kontoinhaber im Bankverkehr jederzeit über sein etwaiges Guthaben verfügen kann; es steht ihm somit frei, seine Forderung gegen die Bank in Höhe des Guthabens jederzeit abzutreten oder zu verpfänden.³⁶⁰⁷ Wenn beim Bankkontokorrent – anders als nach den Wertungen zum Kontokorrent gem § 355 UGB – keine Lähmung der Forderung eintritt, kann daraus aber kein Argument gegen die Aussonderungsfähigkeit von Buchgeld gewonnen werden.

3603 *Spitzer*, Aussonderung 282.

3604 *Spitzer*, Aussonderung 285 ff, ausf dazu auch *Rabl*, ÖBA 2006, 575 (583 f).

3605 Überhaupt steht die These, dass es durch das Kontokorrentverhältnis zu einer *erga omnes* wirkenden Lähmung kommen soll, mE auf dogmatisch äußerst wackeligen Beinen, was hier freilich nur angedeutet werden kann. Denn es käme hier zu einer dinglichen Wirkung des Kontokorrentverhältnisses, ohne dass dieses sozialtypisch offenkundig wäre; ein Dritter, der eine eingestellte Forderung erwirbt, wäre durch einen Vertrag ohne die Möglichkeit einer Verhaltensadaption schlechter gestellt. Auch die These, dass es durch das Kontokorrentverhältnis zu einer vorweggenommenen Zession der Forderungen kommt, überzeugt nicht: Denn dadurch würde nur die Rechtszuständigkeit wechseln; der Zessionar könnte anstatt des Zedenten über die Forderung verfügen, weshalb keine Lähmung eintreten würde. Darüber hinaus käme es zum – durchaus seltsamen – Ergebnis, dass im Fall der Insolvenz vor der Verrechnung bzw Saldofeststellung die jeweiligen, vom anderen in den Kontokorrent eingestellten Forderungen in die Masse fallen würden, ohne dass die Möglichkeit einer Aussonderung bestünde. Ohne dies hier im Einzelnen ausführen zu können, wäre es vorzuzugswert, von einer rein relativen Wirkung der Lähmung auszugehen – eine dagegen vorgenommene Verfügung würde somit bloß im Verhältnis der Vertragsparteien von Relevanz sein und ggf zu Schadenersatzansprüchen führen.

3606 *Spitzer*, Aussonderung 282.

3607 Vgl dazu statt aller *Burtscher* in Zib/Dellinger, UGB IV (2019) § 355 Rz 40 ff.

Der zweite, mit dem ersten eng verbundene Teil des Arguments der an der stRsp zweifelnden Lehre besteht in einer Überlegung zur Forderung als Rechtsobjekt im Kontokorrentverhältnis. Dieser Kritik liegt ganz offensichtlich die Vorstellung zu Grunde, dass der Forderung im Kontokorrentverhältnis die Qualität als eigenständiges Rechtsobjekt verlustig geht,³⁶⁰⁸ weshalb auch ein Aussonderungsanspruch in der Insolvenz scheitern müsse. Dieser Gedanke verdient unabhängig von der etwaigen Lähmung der Forderung beim Bankkontokorrent eine eigenständige Würdigung.³⁶⁰⁹ Hierbei drängt sich der Eindruck auf, dass dieser Ansicht eine Vermengung der unterschiedlichen Rechtswirkungen einer Forderung zu Grunde liegt: Denn eine Forderung ist gleichermaßen ein persönliches Sachenrecht – im Fall von Buchgeld gegen ein Kreditinstitut auf Auszahlung des Guthabens – wie auch ein Rechtsobjekt, das einem Rechtssubjekt zugeordnet ist. Zur Frage der Aussonderungsfähigkeit von Forderungen ist aber allein auf die Rechtszuständigkeit und nicht auf das persönliche Verhältnis abzustellen. Dies wird klar, wenn man statt des Bankkontokorrents ein Kontokorrentverhältnis betrachtet, bei dem nicht Forderungen oder sonstige Rechte, sondern körperliche Sachen erfasst sind – wie bspw Euro-Paletten.³⁶¹⁰ Hierbei ist unstr, dass das Eigentum an einer Palette vom durch den Kontokorrentvertrag geschaffenen Rechtsverhältnis zu trennen ist. Es wird daher wohl keiner vertieften Ausführung bedürfen, dass trotz eines Palettenkontokorrents das Eigentum an einer einzelnen Palette nicht dadurch untergeht, dass der Anspruch auf Herausgabe einer Palette in einen Kontokorrent eingestellt wird. Während das Einstellen des Herausgabeanspruchs, die Verrechnung und Saldierung im Kontokorrent bloß das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien betrifft, bleibt die Zuordnung des Rechtsobjekts davon unbeeinflusst.³⁶¹¹ Daran ändert sich auch nichts, wenn anstatt des Eigentumsrechts an einer Palette die Rechtszuständigkeit einer Forderung betrachtet

3608 Dies zeigt sich besonders illustrativ bei *Rabl*, der ausführt, dass ein „*Aussonderungsobjekt in Gestalt einer abtretbaren Forderung aufgrund der Kontovereinbarung rechtlich nicht existiert*“, vgl *Rabl*, ÖBA 2006, 575 (584).

3609 Diesen Einwand vorhersehend wird von *Burtscher* in Anschluss an *Spitzer* davon ausgegangen, dass die Verfügbarkeit der Forderung alleine auf den Girovertrag zurückzuführen sei, weshalb für die Aussonderung von Buchgeld dafür nichts gewonnen sei, s *Burtscher* in *Zib/Dellinger*, UGB IV § 355 Rz 83 ff.

3610 Vgl OGH 12.3.1996, 4 Ob 514/96.

3611 ZB: Es besteht ein Palettenkontokorrent zwischen A und B, wonach die beidseitigen Ansprüche auf Herausgabe von Euro-Paletten abzurechnen sind und das daraus ergebende Guthaben eine unabhängige Forderung darstellt. Wenn die Palette von C irrtümlich zu A gelangt, der diese an B liefert und somit der Herausgabeanspruch in das Kontokorrentverhältnis einbezogen wird, wird weder bei der Verrechnung noch bei der Saldierung zwischen A und B das Eigentum des C an der Palette tangiert. Unabhängig von der Vereinbarung zwischen A und B kann C seine Palette von A nach Maßgabe des § 371 ABGB herausverlangen, vorausgesetzt es handelt sich um eine ununterscheidbare Sache. Wenn A insolvent ist, besteht nach diesen Grundsätzen in diesem Fall ganz klar ein Aussonderungsanspruch.

wird, da im ABGB – wie gezeigt – explizit ein Eigentum an Forderungsrechten anerkannt ist. Das Kontokorrentverhältnis tangiert somit in einer abstrakten Betrachtung die Zuordnung von Rechtsobjekten zu einem Rechtssubjekt grds nicht.³⁶¹² Es kommt durch das Kontokorrentverhältnis somit insb nicht zu einer Transformation der Rechtsobjekte, in dem sämtliche Posten auf der Soll- bzw Habenseite eines Kontos zu einem eigenständigen Rechtsobjekt werden, über das nur *in toto* verfügt werden könnte;³⁶¹³ ebenso besteht keine eigenständige Wertung zum originären Eigentumserwerb im Kontokorrentverhältnis. Vielmehr bleiben die Rechtsobjekte und auch die Rechtszuordnung durch das Kontokorrentverhältnis grds unverändert, wenngleich es auf Grund der Umstände des Einzelfalls dazu kommen kann, dass die Individualisierung des herausverlangten Rechtsobjekts im Gemenge fehlschlägt.³⁶¹⁴

Ein besonderes Augenmerk verdient idZ freilich die Folge des Saldoanerkenntnisses. Denn in der älteren,³⁶¹⁵ mittlerweile überkommenen³⁶¹⁶ Rsp des BGH wird davon ausgegangen, dass durch die mit dem Rechnungsabschluss verbundene Saldoanerkennung die eingestellten Forderungen untergehen und nur die durch Schuldanerkenntnis begründete Saldoforderung übrig bleibt. Der österreichische Gesetzgeber ist dem aber freilich nicht gefolgt: Gem den § 355 Abs 4 S 2 UGB kann sich der aus dem Saldo Berechtigte explizit „auch auf diesen berufen“, wenn ein festgestellter Rechnungsabschluss vorliegt. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass die den Saldo bildenden (Teil-)Forderungen das Saldoanerkenntnis „überleben“, was auch *Spitzer* anerkennt.³⁶¹⁷ Hieraus folgt, dass das in ein Kontokorrentverhältnis einbezogene Rechtsobjekt und seine Zuordnung zu einem Rechtssubjekt durch das Saldoanerkenntnis nach dem österreichischen Recht nicht tangiert wird. Die Rechtszuständigkeit bei Buchgeld ist beim Bankkontokorrent somit nicht anders zu beurteilen als bei der Verwahrung eines Behältnisses mit Bargeld durch eine Bank. Aus diesen Ausführungen ergibt sich somit, dass die stRsp zur Anwendung von § 371 ABGB auf Buchgeld nicht nur in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise überzeugt, sondern für das österreichische Recht auch dogmatisch konsistent hergeleitet werden kann. Es zeigt sich dabei auch, dass die Rsp idZ explizit die Anwendung von sachenrechtlichen Wertungen auf Forderungsrechte

3612 Durchaus denkbar ist jedoch ein derivativer Eigentumserwerb in diesem Kontext.

3613 So auch explizit BGH 11.3.1999, IX ZR 164/98 NJW 1999, 1709.

3614 Davon geht auch der BGH aus, der eine Ersatzaussonderungsfähigkeit so lange annimmt, als dass ein Konto eine ausreichende Deckung aufweist, s BGH 11.3.1999, IX ZR 164/98. MwN zu dieser als „Bodensatztheorie“ bezeichneten Herangehensweise *Burtscher* in Zib/Dellinger, UGB § 355 IV Rz 81 ff.

3615 S zB BGH 28.4.1975, II ZR 113/74 WM 1975, 556; mwN BGH 11.3.1999, IX ZR 164/98 Rz 17.

3616 BGH 11.3.1999, IX ZR 164/98 Rz 18 ff.

3617 *Spitzer*, Aussonderung 285.

bejaht, was innerhalb des Regelungssystems des ABGB, in dem ausdrücklich ein Eigentum an Rechten verankert ist, überzeugt.

2.2.2.2.3. Vermengung von sonstigen Rechten

Die Bestimmung des § 371 ABGB bezieht sich hinsichtlich der Eigentumsklage bei nicht-unterscheidbaren Sachen ausdrücklich auch auf Schuldbriefe, die auf den Überbringer lauten.³⁶¹⁸ Hierbei hat *Eva Micheler* durch Zusammenschau der Bestimmungen der § 371 und § 1393 ABGB überzeugend nachgewiesen, dass sich die Wertung des § 371 ABGB nicht nur auf das Papierdokument des Schuldbriefs, sondern darüber hinaus auch das verbrieftete Recht erstreckt, was im Resultat auch der Verkörperungstheorie entspricht.³⁶¹⁹ Durch die Wertung der stRsp, dass auch Buchgeld Gegenstand der Vermengung ist, kann generell die These entwickelt werden, dass für die Anwendung von § 371 ABGB nicht auf die Verkörperung des Rechts abgestellt werden muss. Vielmehr könnte dem Grundsatz nach § 371 ABGB auf jedes Recht Anwendung finden, sofern es nicht *von ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet*³⁶²⁰ – also unterscheidbar – ist.

In der Rsp finden sich zur Anwendung von § 371 ABGB freilich insb Konstellationen iZm verkörperten Rechten. So wurde in der älteren Rsp eine auf diese Bestimmung gestützte Eigentumsklage bei einem auf den Inhaber lautenden Sparbuch abgelehnt, weil dieses durch Nummern, Serien und Namen unterschieden werden kann.³⁶²¹ Anwendung fand § 371 ABGB in der älteren Rsp aber bspw auch auf Brieflose.³⁶²² In der jüngeren Rsp findet sich eine gewisse Einschränkung dahingehend, dass von einem geschlossenen Kreis an Inhaberpapieren ausgegangen wird, weshalb auch der Gutglaubenschutz des § 371 ABGB nicht privatautonom herbeigeführt werden könne.³⁶²³ Im Fall einer Inhaberschuldverschreibung, bei der das Papier den Anspruch auf Rückzahlung eines festen Geldbetrags verbrieft, wurde jedoch unproblematisch die Anwendbarkeit von § 371 ABGB bejaht.³⁶²⁴

In der Lit finden sich zum Umfang der Rechte, auf die die Wertung des § 371 ABGB Anwendung finden können, nur wenige Stellungnahmen. Weitgehend außer Streit steht wohl, dass Versicherungspolizzen, Pfandscheine oder Orderpapiere auf Grund ihrer Unterscheidbarkeit nicht von dieser Bestimmung

3618 Zum Gutglaubenserwerb bei diesen Rechten, s weiterführend 2.2.2.4.3.

3619 *Micheler*, Wertpapierrecht 55 ff.

3620 Vgl § 370 ABGB.

3621 OGH 4.6.1857, Nr 4472 GIU 373; ebenso aber mit anderer Begründung OGH 10.3.1982, 3 Ob 660/81 EvBl 1982/140.

3622 OGH 8.10.1907, Nr 10.573 GIUNF 4472; hier wurde die Eigentumsklage aber mangels Redlichkeit abgewiesen.

3623 Vgl OGH 2.8.2000, 2 Ob 115/99x; RIS-Justiz RS0110564.

3624 OGH 22.10.2014, 1 Ob 173/14v. In der Begründung ist dieser E aber wohl nicht zuzustimmen, da der Erwerb der Inhaberschuldverschreibung auf § 367 ABGB und nicht auf § 371 ABGB gestützt werden müsste.

erfasst sind.³⁶²⁵ Obwohl dies nicht weiter diskutiert wird, kann bei Immaterialgüterrechten ebenso nicht von einer Anwendbarkeit des § 371 ABGB ausgegangen werden, da diese schon auf Grund der unterschiedlichen Schutzobjekte nicht vermengt werden können.³⁶²⁶ Bei Mitgliedschaftsrechten ist eine differenzierte Betrachtungsweise notwendig: Auf Grund der gesamthandschaftlichen Verbindung der Gesellschafter bei der OG wird eine Vermengung von Mitgliedschaftsrechten hier ausscheiden, da stets eine Unterscheidbarkeit der einzelnen Rechte gegeben sein wird. Hinsichtlich Geschäftsanteilen an der GmbH finden sich für diese Konstellation sondergesetzliche Wertungen: Denn nach § 75 Abs 2 GmbHG kommt jedem Gesellschafter stets nur ein Geschäftsanteil zu; dem entspricht § 6 Abs 3 GmbHG, wonach ein Gesellschafter bei der Errichtung der Gesellschaft nicht mehrere Stammeinlagen übernehmen darf. Nach diesem Grundsatz der Einheitlichkeit des Geschäftsanteils erhöht sich nach der hL beim Rechtserwerb der Geschäftsanteil eines Gesellschafters;³⁶²⁷ sie bilden einen einheitlichen Anteil,³⁶²⁸ der der Summe der übernommenen Stammeinlagen sowohl des alten als auch des dazu erworbenen Geschäftsanteils entspricht.³⁶²⁹ Ausweislich der Materialien soll es dadurch zu einer Einheit der Stammeinlage und des Geschäftsanteils kommen, die die Übertragung des Geschäftsanteils erschwert.³⁶³⁰ Dementsprechend ist davon auszugehen, dass GmbH Anteile individualisiert sind und somit § 371 ABGB keine Anwendung finden kann.³⁶³¹ Der Kreis der Rechte, die Gegenstand der Vermengung sein können, ist somit ein enger; Immaterialgüterrechte sind davon ebenso wenig erfasst wie das Mitgliedschaftsrecht an der OG, der GmbH und Namensaktien.

Durchaus diskutiert wird die Anwendung von § 371 ABGB indes iZm Inhaberaktien. Denn die Inhaberaktie konnte – zumindest als sie noch in

3625 Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 2.

3626 Dafür kann aber uU eine Vermengung der Schutzobjekte in Betracht kommen, s dazu weiterführend 2.2.2.2.4.

3627 Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2023) § 75 Rz 30; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 75 Rz 7.

3628 Noch weitgehend ungeklärt sind freilich die rechtlichen Folgen einer Übernahme des Geschäftsanteils durch einen anderen Gesellschafter. Hierbei wird in einer erbrechtlichen Diktion teils von einer Anwachsung gesprochen. Nimmt man aber die Vorgabe der Wertung, dass ein Gesellschafter immer nur einen Geschäftsanteil an einer GmbH halten kann, ernst, hat dies weitgehende Auswirkungen auf das Mitgliedschaftsrecht: Das übernommene Mitgliedschaftsrecht wird mit dem bestehenden verschmolzen; es hört aber mit der Übernahme durch einen Gesellschafter auf, ein eigenständiges Rechtsobjekt und somit Gegenstand einer Rechtszuordnung zu sein. Hierbei können sich durchaus auch Fragen bei der Rückabwicklung der Transaktion stellen, die an dieser Stelle nicht weiter behandelt werden können.

3629 VwGH 26.6.1996, 95/16/0256; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 616.

3630 ErlRV 236 BlgHH, 17. Sess 84.

3631 Ebenso Drobnik/Mayer, Differenzhaftung bei Verschmelzung und nomineller Kapitalerhöhung, rdw 2019, 448 (454); Palma, Kein Gutgläubenserwerb von GmbH-Geschäftsanteilen? (Teil II), wbl 2023, 61 (65).

Papierform bestand – durchaus als Schuldschein, der auf den Überbringer lautet, qualifiziert werden.³⁶³² Auch nach der weitgehenden Entmaterialisierung durch die Übertragung im Effektengiro wird für Inhaberaktien die Anwendbarkeit von § 371 ABGB in der L weitgehend bejaht.³⁶³³ Dafür plädiert iE auch *Karollus* mit Hinweis auf die fehlende Individualisierbarkeit von einzelnen Aktien im Depot.³⁶³⁴ Besonders ausführlich mit der Vermengung von Wertpapieren beim Effektengiro setzte sich dabei *Eva Micheler* auseinander: Sie thematisiert den Fall einer Fehlbuchung durch die Depotbank,³⁶³⁵ bei der aus einem Versehen Anteile vom Konto eines ihrer Kunden abgebucht und auf dem Konto eines anderen Kunden gutgeschrieben werden: Hier geht sie zu Recht davon aus, dass das Eigentumsrecht des Dritten am Anteil bestehen bleibt,³⁶³⁶ solange der Bestand des Depotkontos unverändert ist; werden alle Anteile verkauft, bestehe bei der Insolvenz des Kontoinhabers auch dann kein Aussonderungsrecht, wenn später neue Anteile erworben werden.³⁶³⁷ Zum selben Ergebnis gelangt sie, wenn der derivative Eigentumserwerb an der Inhaberaktie auf Grund einer unwirksamen Übertragung fehlschlägt.³⁶³⁸ Im Ergebnis plädiert *Micheler* somit völlig zu Recht für eine Anwendung von § 371 ABGB auf in Sammelurkunden verbrieften Inhaberaktien, weshalb in Folge der Vermengung allenfalls ein Aussonderungsanspruch in der Insolvenz ausscheidet.³⁶³⁹ Die hL geht daher ganz unproblematisch von der Anwendung von § 371 ABGB auf Inhaberaktien aus.

2.2.2.2.4. Künstlicher Zuwachs bei Schutzobjekten

Besondere Fragestellungen zum künstlichen Zuwachs bei Rechten ergeben sich beim Immaterialgüterrecht. Dies folgt daraus, dass Rechtsobjekte, die Gegenstand des immaterialgüterrechtlichen Schutzes sind, nach Maßgabe der §§ 414 f ABGB verarbeitet oder vereinigt werden können. Denkbar ist

3632 *Micheler*, Wertpapierrecht 27; ebenso *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 26.

3633 *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 371 Rz 4; *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 43; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 3.

3634 *Karollus*, Neues zur Prospekthaftung (Konkurrenz zum Verbot der Einlagenrückgewähr und zur „fehlerhaften Gesellschaft“, Kausalität des Prospektfehlers für die Disposition des Anlegers, Schadensberechnung und Schadensnachweis), ÖBA 2011, 450 (455 f).

3635 Die Fehlbuchung durch die Wertpapiersammelbank ist bloß nach depotrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen und ist somit in dem hier untersuchten Zusammenhang nicht von Bedeutung, s dazu weiterführend *Micheler*, Wertpapierrecht 221 ff.

3636 iE geht *Micheler* somit – ganz zu Recht – entgegen der hL davon aus, dass § 371 ABGB keinen Tatbestand des originären Eigentumserwerbs darstellt.

3637 *Micheler*, Wertpapierrecht 223 ff. Hierbei diskutiert die Autorin auch aufsichtsrechtliche Aufzeichnungspflichten, die hier nicht von Belang sind.

3638 *Micheler*, Wertpapierrecht 225 ff.

3639 *Micheler*, Wertpapierrecht 226.

hier etwa, dass eine geistige Schöpfung als unkörperliche Sache von einem anderen be- bzw. verarbeitet wird, aber auch, dass es zur Vereinigung von Rechtsobjekten kommt, die Gegenstand eines immaterialgüterrechtlichen Schutzes sind. Fraglich ist dann aber, welche Auswirkungen der künstliche Zuwachs bei den Schutzobjekten auf die Immaterialgüterrechte hat, die sich auf diese beziehen.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die gemeinschaftliche Schöpfung von Werken im Urheberrecht, da hier zwischen der Miturheberschaft, bei der das Urheberrecht allen Schöpfern gemeinsam zukommt, und der Teilverheberschaft, bei der jeder Urheber ein eigenes Recht hält, zu unterscheiden ist. Voraussetzung für die Miturheberschaft ist dabei nach ganz hL und stRsp ein bewusstes Zusammenarbeiten der Schöpfer, das vom gemeinschaftlichen Willen der Kollaboration getragen ist;³⁶⁴⁰ zudem muss jeder Miturheber einen eigenen schöpferischen Beitrag leisten.³⁶⁴¹ Darüber hinaus wird von L³⁶⁴² und Rsp³⁶⁴³ gefordert, dass das Werk eine untrennbare Einheit darstellt. Dies äußert sich auch in § 11 Abs 3 UrhG, nachdem die Verbindung von Werken verschiedener Art keine Miturheberschaft begründet. Dass zur Beurteilung, ob eine untrennbare Einheit des Werks vorliegt, durchaus auf die Wertungen des Sachenrechts abgestellt werden kann, illustriert eine rezente E³⁶⁴⁴ des OGH: Bei dieser war str., ob ein gemeinschaftliches Kunstwerk, das aus den Skulpturen zweier Künstler zusammengesetzt war, eine Mit- oder eine Teilverheberschaft begründet. Ob eine Untrennbarkeit des Werks vorliegt, beurteilt der OGH dabei mit Rückgriff auf § 415 ABGB; es sei somit darauf abzustellen, ob eine Rückführbarkeit der verarbeiteten Sachen möglich sei, wobei eine solche zu verneinen ist, wenn damit unverhältnismäßige Kosten einhergehen bzw. das Werk zerstört wird.³⁶⁴⁵ Dies lässt den Schluss zu, dass bei der vom Willen der Schöpfer getragenen Vereinigung mehrerer urheberrechtlich geschützter Rechtsobjekte eine Miturheberschaft entsteht, wenn die geschützten Rechtsobjekte nach Maßgabe des § 415 ABGB nicht in ihren vorigen Stand zurückgebracht werden können. Die Vereinigung von körperlichen Sachen hat – soweit diese urheberrechtlich geschützt sind – somit potenziell unmittelbare Auswirkungen auf das Urheberrecht: Es kann zu einer gemeinschaftlichen Zuordnung eines einzelnen Rechts zu mehreren Schöpfern kommen.

Etwas modifiziert findet sich dieser Zusammenhang auch im Patentrecht. Auch hier sind auf Grund der zunehmenden Verbreitung von kollaborativen

3640 Ciresa in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht 21. Lfg (2019) § 11 Rz 11; Kuszner in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 11 UrhG Rz 31.

3641 Ciresa in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht § 11 Rz 9.

3642 MwN zur deutschen Lit Kuszner in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 11 UrhG Rz 22 ff.

3643 OGH 26.9.2017, 4 Ob 64/17s – T-Guardian.

3644 OGH 26.9.2017, 4 Ob 64/17s – T-Guardian.

3645 OGH 26.9.2017, 4 Ob 64/17s – T-Guardian, Rz 2.3.5.

Innovationsprozessen häufig mehrere Rechtssubjekte an der Schöpfung einer Erfindung beteiligt.³⁶⁴⁶ Im Unterschied zum Urheberrecht beginnt der vollständige immaterialgüterrechtliche Schutz aber nicht mit dem Realakt der Schöpfung der Erfindung, sondern erst ab der Patenterteilung. Dementsprechend kann es dazu kommen, dass vor der Patentanmeldung durch vom ursprünglichen Erfinder verschiedene Personen noch Modifikationen an der Erfindung vorgenommen werden. Hierbei ist es völlig unstr., dass es durch den schöpferischen Beitrag mehrerer Personen zu einer Erfindergemeinschaft kommt, wobei darauf abgestellt wird, ob die Handlung der Beteiligten ursächlich für den Enderfolg der Erfindung ist und ob dem Beitrag schöpferische Qualität zukommt.³⁶⁴⁷ Ist dies der Fall, wird das Recht an der Erfindung den Erfindern gemein, wobei zum Verhältnis zwischen den Erfindern nach der Patenterteilung die Regelungen der §§ 825 ff ABGB Anwendung finden.³⁶⁴⁸ Die Auswirkung des Zusammenwirkens bei der Schöpfung der Erfindung kann dabei – insb bei einem zeitlich gestreckten Vorgang – durchaus als Ausprägung der Wertung der §§ 414 ff ABGB aufgefasst werden: Die Erfindung als unkörperliche Sache wird durch einen erfinderischen Beitrag verarbeitet, sodass – mangels Rückführbarkeit – ein gemeinschaftliches Recht begründet wird. Wenn der Beitrag zur Erfindung nur marginal ist, entsteht wie nach § 416 ABGB kein gemeinschaftliches Recht; allenfalls muss die Bereicherung des Erfinders abgegolten werden. Anders gilt freilich, wenn ein Miterfinder durch seinen Beitrag ein Recht an der Erfindung erworben hat: Auf Grund der persönlichkeitsrechtlichen Komponente des Erfinderrechts³⁶⁴⁹ hat derjenige, dessen Anteil an der Erfindung mehr wert ist, keine Möglichkeit, die Erfindung alleine gegen Ersatz der Bereicherung zur Patentierung anzumelden. Dies ist insb deswegen von Relevanz, weil die Patentanmeldung nach der österreichischen – anders als nach der deutschen – Rechtslage stets nur mit Zustimmung aller Miterfinder möglich ist.³⁶⁵⁰ Durch Rückgriff auf die Wertungen zur Verarbeitung in den §§ 415 f ABGB lassen sich somit zT auch Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen mehreren Miterfindern ziehen.

2.2.2.2.5. Gegenüberstellung

Die Betrachtung des Eigentumserwerbs an Rechten durch Zuwachs zeichnet ein für die vorliegende Untersuchung typisches Bild. Nach dem Willen des Gesetzgebers, der sich in der älteren Lit ebenso nachweisen lässt wie in der älteren Rsp, war § 371 ABGB als Bestimmung zur Eigentumsklage bei ununterscheidbaren Sachen konzipiert. Eine Eigentumsklage sei demnach entgegen der Wertungen der § 369 f ABGB möglich, wenn hinsichtlich einer

3646 Ausf dazu *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 27 Rz 1 ff.

3647 *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 20 Rz 17 f.

3648 *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 27 Rz 9.

3649 Vgl AT 2.2.2.1.2.

3650 MwN *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 27 Rz 6.

ununterscheidbaren Sache Umstände eintreten, aus denen der Kläger sein Eigentumsrecht beweisen kann oder der Geklagte wissen musste, dass er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtigt ist. Durch ein pandektistisches Paradigma kam es aber zu einer völligen Uminterpretation dieser Bestimmung, die iW an die Wertungen des römischen Rechts eingepasst wurde. Demnach sei § 371 ABGB als Bestimmung des originären Eigentumserwerbs aufzufassen, bei dem zwei verschiedene Tatbestände unterschieden werden können: einerseits ein Eigentumserwerb durch Vermengung, der etwaige Bereicherungsansprüche unberührt lässt, andererseits ein Gutgläubenserwerb, bei dem Bereicherungsansprüche scheitern müssen. Beim Wandel der Auslegung des § 371 ABGB lässt sich der Paradigmenwechsel in Folge der Historischen Rechtsschule besonders eindrucksvoll zeigen.

Besondere praktische Relevanz hat der zweite Fall des § 371 ABGB: Durch die pandektistische Interpretation wird hier in einer Rechtsfortbildung ein neuer Tatbestand des originären Eigentumserwerbs geschaffen, der eine Neuzuteilung von Vermögensgegenständen zum Inhalt hat. In einer wertenden Betrachtung ist dieser aber durchaus kritisch zu sehen: Es ist im ausdifferenzierten Regelungssystem der Zurechnung von Vermögenswerten im ABGB ein untragbarer Zustand, wenn der größte denkbare Einschnitt – die Neuzuteilung von Rechtsobjekten – ohne klare rechtliche Rahmenbedingungen erfolgen soll. Tatsächlich ist bei der Interpretation des Gutgläubenserwerbs in § 371, 2. Fall ABGB jedes Tatbestandsmerkmal unklar und str; im Resultat handelt es sich somit um eine Generalklausel, deren Anwendungsbereich und -voraussetzungen für den Rechtsunterworfenen völlig im Dunkeln liegen. Selbst im typischen Anwendungsfall – dem gutgläubigen Erwerb von Geld – führt diese Regel zum unbilligen Ergebnis, dass der redliche Empfänger des von einem anderen gestohlenen Bargelds gegenüber dem schuldlosen Bestohlenen obsiegt. Es ist hier nach dem privatrechtlichen Selbstverantwortlichkeitsprinzip aber nicht nachvollziehbar, weshalb der Bestohlene, der ohne sein eigenes Zutun entreichert wird, keinerlei Ausgleich vom Beschenkten verlangen kann.³⁶⁵¹ Eine solche grundlose Besserstellung des Empfängers von Geld ist auch sonst in der österreichischen Rechtsordnung nicht verankert, was sich insb bei Rückforderung von Überzahlungen im arbeitsrechtlichen Kontext zeigt. Aus alledem folgt, dass die pandektistische Interpretation des § 371 ABGB als Tatbestand des gutgläubigen Eigentumserwerbs wertungsmäßig abzulehnen ist und nicht mehr weiterverfolgt werden sollte.

Hinsichtlich der Praktikabilität hat der von der hL iZm § 371 ABGB propagierte, erleichterte Gutgläubenserwerb aber durchaus eine Berechtigung. Denn bei Sachen, denen eine besondere Umlauf- und Verkehrsfähigkeit zukommt, ist das Bedürfnis nach einem über die § 367 f ABGB hinausgehenden

3651 Dieser Gedanke trifft auch zu, wenn der Bereicherte das Bargeld nicht geschenkt bekommt, sondern eine Gegenleistung erbringt.

Verkehrsschutz nachvollziehbar. Wie an späterer Stelle ausgeführt wird,³⁶⁵² kann dem durch die analoge Anwendung von wertpapierrechtlichen Wertungen zum Gutgläubenserwerb methodisch einwandfrei Abhilfe geschaffen werden: Art 16 Abs 2 WechselG und Art 21 ScheckG können als Grundlage dafür genommen werden, die Regelungslücke hinsichtlich eines vereinfachten Gutgläubenserwerbs in diesem Zusammenhang zu schließen. Voraussetzung für eine Lückenfüllung durch Analogie ist aber, dass zwei Tatbestände hinsichtlich ihrer rechtlichen Bewertung gleich zu behandeln sind,³⁶⁵³ weshalb ein vereinfachter Gutgläubenserwerb nur dann in Betracht kommt, wenn das erworbene Rechtsobjekt hinreichend ähnlich zu einem Wechsel bzw einem Scheck ist. Bedenken bestehen idZ insb in Bezug auf als Zahlungsmittel verwendetes Geld, da hier manifeste Unterschiede zu sonstigen Wertpapieren bestehen; die Zulässigkeit der analogen Anwendung von wertpapierrechtlichen Wertungen ist hier äußerst fraglich. Dies stimmt mit dem Befund überein, dass die Anwendung des vereinfachten Gutgläubenserwerbs bei Geld zu besonders fragwürdigen Ergebnissen führt. IE bedeutet dies, dass nicht der Gedanke des von der hL fälschlicherweise in § 371 ABGB verankerten, vereinfachten Gutgläubenserwerbs, sondern bloß der durch den Wortlaut dieser Bestimmung nahegelegte, weite Anwendungsumfang abgelehnt wird.

Eine besondere Konstellation besteht bei dem wohl praktisch relevantesten Anwendungsfall des Zuwachs bei Rechten: der Vermengung von Buchgeld. Hierbei konnte dargelegt werden, dass die stRsp die Wertungen zum § 371 ABGB seit 1900 ohne Weiteres auf Forderungen gegen eine Bank anwendet. In der L trifft diese Rsp freilich auf harsche Kritik, da sie diese für nicht dogmatisch haltbar hält; idS findet die Konzeption der L dabei ihren Ursprung in der pandektistischen Vorstellung, dass Forderungen nur sehr eingeschränkt als Rechtsobjekt in Betracht kommen. Geht man dahingehend im Regelungskonzept der Stammfassung davon aus, dass Forderungen gegen eine Bank als unkörperliche Sachen anzusehen sind, auf die die Wertungen des Sachenrechts und sohin auch § 371 ABGB dem Grunde nach Anwendung finden können, spricht nichts gegen die Vermengung von Buchgeld. Innerhalb der Prämissen des ABGB ist es dabei auch zulässig, die Transformation von Bar- in Buchgeld als intrasystematische Rechtsfortbildung aufzufassen. Es besteht hinsichtlich der Vermengung von Rechten somit die Konstellation, dass die stRsp – wohl auch auf Grund von Pfadabhängigkeiten, da sie vor der vollständigen Etablierung eines pandektistischen Paradigmas in Österreich entstand – dem naturrechtlich-inspirierten Modell des Gesetzgebers folgt, während die von den Lehren der Historischen Rechtsschule beeinflusste L dies – innerhalb ihres dogmatischen Systems völlig konsequent – ablehnt. Der weite Sachbegriff versetzt die österreichische Zivilrechtswissenschaft sohin in die Lage, wirtschaft-

3652 S ausf 2.2.2.4.3.2.

3653 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 202.

lich gleichzuhaltende Tatbestände – die Vermengung von Bar- und Buchgeld – auch rechtlich gleich zu behandeln, was unmittelbar auf die Leistungsfähigkeit dieses Konzepts rückschließen lässt.

2.2.2.3. Ersitzung

Im dritten Teil zu den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte finden sich im ABGB die Regelungen zur Ersitzung. Ganz im Einklang mit einer naturrechtlichen Denktradition werden dabei Verjährung und Ersitzung gemeinsam in §§ 1451 ff ABGB geregelt.³⁶⁵⁴ Nach § 1452 ABGB geht mit der Ersitzung somit stets eine Verjährung einher; nach Ansicht *Zeillers* erfolgt der Rechtserwerb des Besitzers bei der Ersitzung bloß dadurch, weil „*der wahre Eigentümer sein Eigentumsrecht nicht geltend machte und es verjähren ließ*“³⁶⁵⁵. Diese gemeinsame Regelung findet ihren Grund in Überlegungen zur Rechtssicherheit, da durch Verjährung und Ersitzung gleichermaßen der Beweis des Eigentums erleichtert und Rechtsstreitigkeiten vermindert würden; in einem naturrechtlichen System wären beide freilich nicht vonnöten.³⁶⁵⁶ Im Regelungskonzept der Stammfassung des ABGB sind Verjährung und Ersitzung somit zwei Seiten derselben Medaille.³⁶⁵⁷

Unter dem Einfluss der Pandektistik kam es jedoch zu einer strikten Unterscheidung von Ersitzung und Verjährung. Ausdruck dessen ist der Umstand, dass in pandektistischen Kodifikationen wie etwa dem BGB die Ersitzung systematisch von der Verjährung getrennt ist. In Österreich wurde von Anhängern der Historischen Rechtsschule entsprechend dafür plädiert, die Ersitzung von der Verjährung zu lösen und erstere als Teil des pandektistischen Konzepts des Sachenrechts zu interpretieren.³⁶⁵⁸ Obwohl dies dem klaren Gesetzeswortlaut, der Gesetzessystematik und auch dem Gesetzeszweck widerspricht, wird dem von der hL in Österreich weitgehend Folge geleistet.³⁶⁵⁹ Die Bestimmungen zur Ersitzung und deren Interpretation ist somit ein Kristalli-

3654 Tatsächlich ist diese Struktur auf den Entwurf Martini zurückzuführen; sie findet sich im ALR ebenso wieder wie im Code Civil, s dazu ausf *Gusenleitner*, Ersitzung 58 ff. Derzeit bestehen freilich Bemühungen dahingehend, die Ersitzung und die Verjährung voneinander zu trennen, wobei hierzu eine Reform des Verjährungsrechts angedacht ist.

3655 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1452 Rz 3 (192).

3656 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1452 Rz 3 (193) freilich wird von anderen Autoren die Ersitzung auch in naturrechtlichen Systemen inkludiert, s mwN *Wellspacher*, Vertrauen 126 ff.

3657 So auch *Gusenleitner-Helm/Vollmaier* in Klang³ Vor § 1451 Rz 6.

3658 Ganz typisch für die Historische Rechtsschule wurde das Regelungsmodell des ABGB auf ein Missverständnis des römischen Rechts zurückgeführt, s *Unger*, System II 257 ff.

3659 S dazu bereits AT 1.4.

sationspunkt des Konflikts zwischen einem naturrechtlich inspirierten Gesetzeskonzept und einem pandektistisch inspirierten Gesetzesverständnis.

Vor diesem Hintergrund gilt es zu klären, inwiefern Rechte originär durch Ersitzung erworben werden können. Hierbei ist freilich bereits zu Beginn auf die tiefeschürfende Arbeit von *Karin Gusenleitner* hinzuweisen, die unter Zugrundelegung einer rechtshistorisch fundierten Herangehensweise den Ersitzungstatbestand bei Rechten im Regelungskonzept des ABGB rekonstruiert hat.³⁶⁶⁰ Die vorliegende Untersuchung der Ersitzbarkeit von Rechten versteht sich somit auch als Weiterführung und kritische Auseinandersetzung mit den Thesen *Gusenleitners*. In der Folge soll somit zunächst an Hand der Wertungen des ABGB die Ersitzung von Rechtsobjekten und der Meinungsstand zur Frage, ob diese auch auf Rechte Anwendung finden kann, dargestellt werden. Darauf folgend wird die Ersitzung in das bereits erarbeitete System der dinglichen Sachenrechte eingeordnet. Schließlich ist mit Blick auf ausgewählte Rechte deren Ersitzbarkeit zu thematisieren.

2.2.2.3.1. Wertungen des ABGB

Das ABGB beinhaltet ausführliche Wertungen, unter welchen Umständen eine Ersitzung stattfindet. Gem § 1453 ABGB kann jeder, der sonst zu erwerben fähig ist, ein Eigentum oder ein sonstiges Recht ersitzen, dies ist gem § 1454 ABGB gegen alle Privatpersonen möglich, die ihre Rechte selbst auszuüben fähig sind. In den §§ 1455–1459 ABGB finden sich ausführliche Regelungen zum Gegenstand der Ersitzung. Hierbei stellt § 1455 ABGB klar, dass alles ersessen werden kann, was sich erwerben lässt; Ausnahmen dazu stellen Sachen dar, die man nicht besitzen kann oder die schlechterdings unveräußerlich sind. Zu diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis sehen die §§ 1456–1459 ABGB Präzisierungen vor: So können gem § 1456 ABGB Majestäts- und Hoheitsrechte generell nicht ersessen werden; dem Staat nicht ausschließlich vorbehaltene Rechte gem § 1457 ABGB sind ausschließlich durch Staatsbürger und über einen längeren Zeitraum ersitzbar. Ebenso sind Personenrechte gem § 1458 ABGB von der Ersitzung ausgenommen. Hieraus ergibt sich im Grundsatz, dass alles ersessen werden kann, was Gegenstand des Besitzes und des Verkehrs ist.³⁶⁶¹

Die in § 1452 ABGB aufgestellte Regel, dass die Ersitzung Folge der Verjährung ist, findet in § 1459 ABGB eine Modifikation. Hier kommt es zu einer expliziten Anerkennung von Rechten der natürlichen Freiheit³⁶⁶² – also der Freiheit des Menschen, über seine Handlungen und über sein Eigentum nach seinem Willen zu verfügen. Diese sind nach der Wertung des § 1481 ABGB

3660 *Gusenleitner*, Ersitzung 93 ff.

3661 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1455 Rz 1 (196).

3662 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1459 Rz 1 (201).

grds unverjährbar. Eine kraft Qualifikation als Rechtssubjekt oder durch ein dingliches Recht vermittelte Handlungsmöglichkeit kann somit nicht durch den bloßen Nichtgebrauch verlustig gehen.³⁶⁶³ Durch die Regelung des § 1459 ABGB wird aber klargestellt, dass auch in diesem Kontext eine Ersitzung in Betracht kommt. Dies rührt daher, dass ein anderer nach Maßgabe des § 313 ABGB einen – die Freiheit des Verpflichteten beeinträchtigenden – Rechtsbesitz erwerben kann,³⁶⁶⁴ der uU zur Ersitzung des ausgeübten Rechts führen kann.³⁶⁶⁵ So ist bspw das Recht der Eigentümerin, ihre Liegenschaft zu begehren, nach einem in § 1459 ABGB angeführten Regelungsbeispiel ein unverjährbares Recht der natürlichen Freiheit; wenn ein anderer den Weg nützt, kann er nach Maßgabe des § 313 ABGB den Besitz am verneinenden Recht erwerben. Auf Grundlage der Vorschriften der §§ 1460 ff ABGB kann das Wegerecht ersessen werden, weshalb es insoweit zu einer Verjährung des Rechts der natürlichen Freiheit der Liegenschaftseigentümerin kommt; sie kann sich dann nicht mehr gegen die Ausübung des Wegerechts wehren. Innerhalb des Anwendungsbereichs des § 1459 ABGB ist somit die Verjährung – in Umkehr der Wertung des § 1452 ABGB – Folge der Ersitzung.

Das ABGB kennt zwei Formen der Ersitzung, die an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft sind. Die „eigentliche“ Ersitzung ist in § 1460 ABGB prominent angeführt und setzt voraus, dass die zu erwerbende Sache wirklich besessen wird, wobei hierfür ganz unstr auch der Rechtsbesitz iSd §§ 312 f ABGB hinreicht.³⁶⁶⁶ Für die „eigentliche“ Ersitzung muss der Besitz dabei bekanntlich rechtmäßig (§ 1461 ABGB), redlich (§ 1463 ABGB) und echt (§ 1464 ABGB) sein. Für die Ersitzung muss es dabei zum Zeitverlauf (§ 1465 ABGB) kommen, wobei im Konzept der Stammfassung des ABGB bei der ordentlichen Ersitzungszeit fein zwischen den unterschiedlichen Rechtsobjekten unterschieden wurde: Bei beweglichen Sachen – also nach der Vermutung des § 298 ABGB idR bei Rechten – erfolgt die Ersitzung nach dreijährigem qualifizierten Besitz (§ 1466 ABGB); eine Ausnahme stellen aber nach § 1471 ABGB selten ausgeübte Rechte dar, bei denen die Ersitzungszeit 30 Jahre beträgt, wobei das Recht während dieser Frist zumindest drei Mal ausgeübt werden muss. Bei unbeweglichen Sachen differenzierte die Stammfassung noch danach, ob die unbewegliche Sache (§ 1467 ABGB aF) bzw das auf diesem ausgeübte Recht (§ 1469 ABGB aF) in den öffentlichen Büchern eingetragen war. Wenn dies der Fall war, betrug die Ersitzungszeit drei Jahre, ansonsten 30 Jahre. Mit den Teilnovellen wurde diese sog Tabularersitzung, deren Anwendungsbereich seit der Einführung des Grundbuchgesetzes 1871 deutlich eingeschränkt war, aufgehoben.³⁶⁶⁷ Somit

3663 S dazu weiterführend AT 3.1.2.5.

3664 Zeiller, Kommentar 4 § 1482 Rz 4 (241).

3665 Zeiller, Kommentar 4 § 1459 Rz 2 (202).

3666 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1460 Rz 15 ff; Zeiller, Kommentar 4 § 1460 Rz 2 (203).

3667 Ausf dazu *Gusenleitner*, Ersitzung 240 ff.

kommt bei unbeweglichen Sachen und auf diesen ausgeübten Rechten *de lege lata* bloß eine 30-jährige Ersitzungszeit in Betracht. Im Resultat verlangt die „eigentliche“ Ersitzung somit neben einem dreifach qualifizierten Besitz grds³⁶⁶⁸ den Verlauf einer drei- bzw 30-jährigen Ersitzungszeit.

Darüber hinaus findet sich in § 1477 ABGB auch die uneigentliche Ersitzung. Diese setzt eine lange Ersitzungszeit von 30 bzw bei der Ersitzung gegen „erlaubte Körper“ 40 Jahren³⁶⁶⁹ sowie einen redlichen Besitz voraus. Explizit nicht erforderlich ist ein rechtmäßiger Besitz, da sich hier durch den Zeitverlauf die mit dem Besitz einhergehende Vermutung des rechtmäßigen Titels zu einem gültigen Rechtsgrund materialisiert.³⁶⁷⁰ Ein Mangel im Titel steht somit der uneigentlichen Ersitzung nicht im Weg.³⁶⁷¹ Ob der Besitz bei der uneigentlichen Ersitzung auch echt sein muss (§ 1464 ABGB), ist gegenwärtig str. Während die hL³⁶⁷² und Rsp³⁶⁷³ auch den echten Besitz als Voraussetzung für die uneigentliche Ersitzung ansieht, plädiert *Kodek* mit historischen Argumenten dafür, dass dieser in diesem Kontext nicht notwendig sei: *Kodek* verweist auf die Materialien, in denen die Ersitzung des redlichen Erben des unechten Besitzers nach 30 bzw 40 Jahren thematisiert wird, wobei hierfür auf die heutige Bestimmung des § 1493 ABGB verwiesen wurde.³⁶⁷⁴ Daraus folgert er, dass von § 1493 ABGB auch der unechte Besitz erfasst sei, weshalb der Besitz des unecht besitzenden Verstorbenen angerechnet werden könne, wobei diese Wertung für die gesamte uneigentliche Ersitzung generalisierbar sei.³⁶⁷⁵ Diese Interpretation führt freilich zu einem Konflikt mit der ausdrücklichen Anordnung des § 1464 ABGB, nach der weder der unechte Besitzer noch seine Erben eine Sache ersitzen können. *Zeiller* führt idZ explizit aus, dass der Erbe des unechten Besitzers zur Anrechnung der Ersitzungszeit nicht berechtigt ist.³⁶⁷⁶ Darüber betont er, dass der unechte Besitzer immer zugleich auch ein unrechtmäßiger und unredlicher sei.³⁶⁷⁷ Dies steht im Einklang damit, dass der unechte Besitz im Ersitzungskontext besonders verpönt ist: Während beim unredlichen Besitz für

3668 Beachte aber die Sonderregeln der §§ 1471 ff ABGB.

3669 Ob der Begriff der „erlaubten Körper“ tatsächlich mit jenem der juristischen Person gleichzusetzen ist, war lange sehr str, s dazu auch *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1472 Rz 3 ff; *Auer*, Sind Personen- und Kapitalgesellschaften „erlaubte Körper“ iS von §§ 1472, 1485 ABGB? JBl 2015, 477; abl dazu OGH 22.4.2022, 8 Ob 81/21a.

3670 Vgl *Zeiller*, Kommentar 4 § 1477 Rz 1 (230).

3671 Differenzierend dazu *Apathy*, Ausgewählte Fragen des Ersitzungsrechts, JBl 1999, 205 (215 f).

3672 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1477 Rz 7 ff; *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1477 Rz 1; *Klang* in Klang VI² § 1477 Rz 3 (596 f).

3673 RIS-Justiz RS0034138.

3674 *Kodek*, Besitzstörung 512 ff.

3675 *Kodek*, Besitzstörung 515.

3676 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1493 Rz 5 (256) – *Zeiller* verweist hier explizit auf § 1464 ABGB.

3677 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1464 Rz 1 (209).

den Erben nach § 1463 ABGB die Ersitzung grds in Betracht kommt,³⁶⁷⁸ scheidet dies beim unechten Besitz gem § 1464 ABGB explizit aus. Da der unechte Besitz eine negative Steigerung des unredlichen darstellt, wäre es somit widersprüchlich, mangels Echtheit eine Ersitzung zuzulassen. Für die uneigentliche Ersitzung bedarf es somit neben der langen Ersitzungszeit eines zweifach qualifizierten Besitzes: Dieser muss redlich und echt sein.

2.2.2.3.2. Anwendbarkeit auf Rechte

Mangels expliziter Aufzählung der Rechtsobjekte, die einer Ersitzung zugänglich sind, muss durch Norminterpretation ermittelt werden, ob und inwieweit die Bestimmungen zur Ersitzung Anwendung auf Rechte finden können. Hierbei gilt es, den aktuellen Meinungsstand darzustellen und diesen mit Blick auf die aufgestellte These, dass Rechte ebenso Gegenstand von Besitz- und Eigentumsrecht sein können, zu bewerten.

2.2.2.3.2.1. Meinungsstand

Die L tritt für eine enge Interpretation der Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Ersitzung ein. Einigkeit besteht dabei darin, dass eine Ersitzung von Rechten jedenfalls nur insoweit in Betracht kommt, als dass ein Recht Gegenstand des Rechtsbesitzes sein kann;³⁶⁷⁹ hieraus folgt, dass Rechte, bei denen – etwa mangels Dauerelements – ein Rechtsbesitz ausscheidet, nicht ersessen werden können.³⁶⁸⁰ Daraus schließt die hL, die im Anschluss an ein pandektistisches Paradigma die These vertritt,³⁶⁸¹ dass der Rechtsbesitz bloß an dinglich radizierten Rechten in Betracht kommt, dass andere Rechte – wie etwa Bezugsrechte – generell nicht Gegenstand der Ersitzung sein können.³⁶⁸² Zudem wird dafür plädiert, die Ersitzbarkeit von Rechten weiter einzuschränken und auch Rechte, an denen auf Grund der Verbindung mit einer körperlichen Sache von der hL ein Rechtsbesitz für möglich angesehen wird, vom Anwendungsbereich des § 1455 ABGB auszunehmen.³⁶⁸³ Eine Begründung findet sich dafür einzig bei *Klang*: Es müsse die Forderung durch den Schuldgrund individualisiert sein, weshalb die Ersitzung durch die Ausübung des Inhalts nicht hinreichend sei.³⁶⁸⁴ Bei dinglichen Rechten ist die hL gegenüber der Er-

3678 Die Ersitzungsdauer beginnt freilich erst mit dem Tag des Besitzes des Rechtsnachfolgers.

3679 Statt aller *Gusenleitner-Helm* in *Klang*³ § 1455 Rz 2.

3680 Vgl dazu *Apathy*, der es als unbestritten bezeichnet, dass gewöhnliche Forderungen nicht ersessen werden können, s *Apathy*, JBl 1999, 205 (206).

3681 S dazu ausf bereits AT 4.3.2.

3682 *Meissl* in *KBB*⁷ § 1455 Rz 1; *Mader/Janisch* in *ABGB*: Praxiskommentar⁴ § 1455 Rz 8; *M. Bydlinski* in *Rummel*, *ABGB*³ § 1455 Rz 7; *Klang* in *Klang* VI² § 1455 Rz 7 (574).

3683 *Meissl* in *KBB*⁷ § 1455 Rz 1; *Mader/Janisch* in *ABGB*: Praxiskommentar⁴ § 1455 Rz 12; *M. Bydlinski* in *Rummel*, *ABGB*³ § 1455 Rz 7; sehr differenziert *Ehgartner/Winkler* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.04} § 1455 Rz 4.

3684 *Klang* in *Klang* VI² § 1455 Rz 7 (574).

sitzung freilich deutlich aufgeschlossener: Diese wird bei Dienstbarkeiten bejaht, soweit sie nicht durch sondergesetzliche Wertungen ausgeschlossen ist;³⁶⁸⁵ dasselbe gilt für Reallasten.³⁶⁸⁶ Hinsichtlich der Ersitzbarkeit von Pfandrechten an beweglichen Sachen³⁶⁸⁷ besteht Uneinigkeit: Während diese in der älteren L abgelehnt wird,³⁶⁸⁸ trifft sie bei der jüngeren L weitgehend auf Zustimmung.³⁶⁸⁹ Ohne dies explizit auszusprechen folgt die L bei der Frage, welche Rechte Gegenstand der Ersitzung sein können, dem pandektistischen Modell der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht: Ersitzbar sind grds nur dingliche Rechte,³⁶⁹⁰ nicht aber obligatorische.³⁶⁹¹

Gegen die insb in der Kommentarliteratur unwidersprochene hL wurden beachtliche Argumente vorgebracht. Hervorzuheben ist dabei insb die Arbeit von *Karin Gusenleitner*, die die Ersitzung als allgemeinen Rechtserwerbstatbestand herausarbeitet. Sie weist mit einer historischen Interpretation und mit dem Wortlaut der Bestimmungen unter Darlegung der älteren L nach, dass obligatorische Rechte zweifellos von § 1455 ABGB erfasst sind.³⁶⁹² Darüber hinaus verortet sie in der Systematik des ABGB, in dem die Verjährung und die Ersitzung gemeinsam geregelt sind, ein Indiz dafür, dass grds alle Rechte Gegenstand der Ersitzung sein können.³⁶⁹³ Zudem spreche die Regel-Ausnahme-Struktur der §§ 1455–1459 ABGB, die nur sehr beschränkte Ausnahmen vorsieht, dafür, dass der Anwendungsbereich der Ersitzung weit sei.³⁶⁹⁴ Als Folge seiner weiten Konzeption des Rechtsbesitzes plädiert auch *Georg Kodek* ganz zu Recht dafür,³⁶⁹⁵ die die Ersitzbarkeit von Forderungsrechten weitgehend ablehnende Position der hL zu überdenken.³⁶⁹⁶ Ebenso sieht *Peter Huber* die Ersitzung von obligatorischen Rechten als Möglichkeit, lang andauernde

3685 Ausf *Ehgartner/Winkler* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1455 Rz 12 ff; *Mader/Janisch* in ABGB: Praxiskommentar⁴ § 1455 Rz 8; *M. Bydlinski* in Rummel, ABGB³ § 1455 Rz 4.

3686 *Ehgartner/Winkler* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1455 Rz 17 f; *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1455 Rz 46.

3687 Für die Hypothek wird die Ersitzung seit der Aufhebung der Vorschriften über die Tabularersitzung zu Recht ausgeschlossen, s statt aller *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1455 Rz 53.

3688 MwN *Klang* in Klang VI² § 1455 Rz 5 (573).

3689 *Meissl* in KBB⁷ § 1455 Rz 4; *Ehgartner/Winkler* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1455 Rz 20; ausf dazu *Gusenleitner*, Ersitzung 184 ff; *Apathy*, JBl 1999, 205 (206 ff).

3690 Zur Ersitzbarkeit des Baurechts ist freilich str, s dazu statt aller *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1455 Rz 47 ff.

3691 Explizit *M. Bydlinski* in Rummel, ABGB³ § 1452 Rz 2. Dies ist wohl auch zwingend, wenn man ein Eigentum an Rechten ablehnt. Dabei besteht eine direkte Verbindungslinie zu *Unger*, System II 260 f.

3692 *Gusenleitner*, Ersitzung 244 ff.

3693 *Gusenleitner*, Ersitzung 87 ff.

3694 *Gusenleitner*, Ersitzung 249.

3695 S dazu bereits ausf AT 4.3.2.

3696 *Kodek*, Besitzstörung 159.

faktische Zustände im Mietrecht abzusichern.³⁶⁹⁷ Auf diese Argumente wird in der Lit freilich nicht eingegangen. Für die Ermittlung des Meinungsstands gilt es daher festzuhalten, dass anders als in der Kommentarliteratur in tiefergehenden Untersuchungen durchaus die These vertreten wird, dass sämtliche Rechte dem Grunde nach der Ersitzung zugänglich sind.

Eine gewisse Uneinigkeit zur Frage, welche Rechte Gegenstand der Ersitzung sein können, findet sich auch in der Rsp. In älteren Judikaten wurde die Ersitzbarkeit von obligatorischen Rechten in durchaus illustrativen Fallkonstellationen bejaht. In einer E aus dem Jahr 1874 musste über einen Darlehensvertrag abgesprochen werden, in dem die Währung, in der die Zinsen zu bezahlen waren, nicht näher spezifiziert war; zwischen 1823 und 1870 wurden die Zinsen in der Conventionsmünze beglichen.³⁶⁹⁸ Der OGH sprach dazu aus, dass das Recht auf Zinsen in einer gewissen Währung Gegenstand des Rechtsbesitzes sei und somit auch ersessen werden könne. Ebenso wurde das Zinsbezugsrecht als Gegenstand der Ersitzung angesehen, wobei explizit darauf hingewiesen wurde, dass es keinen Zweifel unterliege, dass auch an Rechten, nicht nur an körperlichen Sachen ein Besitz ausgeübt werden könne.³⁶⁹⁹ Darüber hinaus wurde das Recht auf „*Mitbesitz und Mitgenuss an den Gemeindegütern (...) d. i. an Wäldern, Wiesen, Weiden, Alpen und Bergen in gleichem Maße wie die Gemeindeangehörigen (...)*“ – also die Rechte eines Gemeindemitglieds – als ersitzungsfähig angesehen.³⁷⁰⁰ Besonders anschaulich ist eine Entscheidung aus dem Jahr 1897, in dem ein Bauunternehmer vorbrachte, durch Vertrag im Besitz des Rechts „*auf ausschließliche Benützung des öffentlichen Grundes im XI. Bezirke in Wien (Simmering) zur Gasrohrlegung, sowie auf Untersagung der Benützung dieses Grundes zur Gasrohrlegung durch die Gemeinde oder einen Dritten*“ zu sein, das ersessen wurde.³⁷⁰¹ Hierbei wurde ausführlich dazu Stellung genommen, ob ein obligatorisches Recht ersessen werden kann, was nur deshalb verneint wurde, weil im vorliegenden Fall mit dem Vertrag nur ein Titel, nicht aber nach Maßgabe des § 313 ABGB ein Rechtsbesitz des Unternehmers begründet wurde. In der älteren Rsp wurde somit der Anwendungsbereich der Bestimmungen zur Ersitzung auf Rechte weit interpretiert.

Die jüngere Rsp ist dabei deutlich restriktiver. Illustrativ ist dabei eine E aus dem Jahr 1959, die noch heute als Rechtssatz³⁷⁰² auffindbar ist.³⁷⁰³ Hierbei wurde über eine Hausbesorgerin abgesprochen, die über den Mietvertrag hinaus Räume einer Liegenschaft nutzte und die Ersitzung eines Mietrechts

3697 OGH 16.9.1985, 1 Ob 634/85 JBl 1986, 386 (Anm P. Huber).

3698 OGH 21.10.1874, Nr 1874 GIU 5510.

3699 OGH 17.1.1878, Nr 6427 GIU 6803.

3700 OGH 11.4.1889, Nr 2647 GIU 12677.

3701 OGH 30.6.1897, Nr 7676 GIU 16069.

3702 RIS-Justiz RS0034096.

3703 OGH 28.10.1959, 2 Ob 442 EvBl 1959, 660.

geltend machte, was den OGH zum Rechtssatz „*Forderungen können nicht ersessen werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie (wie zB das Bestandrecht) Besitzesschutz [sic] genießen oder nicht*“³⁷⁰⁴ veranlasste. Hinsichtlich der Ersitzbarkeit einer Werknutzungsbewilligung sprach der OGH in einem Zurückweisungsbeschluss aus, dass die Ersitzung für obligatorische Rechte von vornherein nicht in Betracht komme.³⁷⁰⁵ Ebenso wurde die Ersitzbarkeit von Mitgliedschaftsrechten bei Agrargemeinschaften verneint.³⁷⁰⁶ In Anschluss an die pandektistisch geprägte L geht die jüngere Rsp somit vom Regelungskonzept des ABGB ab und schränkt die Ersitzung von Rechten ein. Dies ist insoweit bemerkenswert, als dass in der Rsp³⁷⁰⁷ – entgegen der hL – ein weiter Rechtsbesitz durchaus anerkannt ist.

2.2.2.3.2.2. Naturrechtliches Paradigma des ABGB

Nachdem bereits ausführlich dargelegt wurde, dass dem ABGB ein weites Konzept des Rechtsbesitzes zu Grunde liegt, das sich nicht auf die Durchsetzung von dinglichen Sachenrechten beschränkt,³⁷⁰⁸ muss hier nur noch zum Argument Stellung genommen werden, dass der Kreis der ersitzbaren Rechte kleiner ist als jener der besitzbaren. Ein starkes Indiz gegen eine Diskrepanz von besitzbaren und ersitzbaren Rechten im Regelungskonzept des ABGB ergibt sich aus der Kommentierung Zeillers des § 313 ABGB. Demnach bestehe der praktische Nutzen der Erwerbung des Rechtsbesitzes „*vorzüglich darin, dass hierdurch das Recht zu einer fortdauernden Leistung, Duldung, oder Unterlassung verjährt werden könne* (§ 1470 ABGB)“.³⁷⁰⁹ Es wäre überaus überraschend, wenn Zeiller eine solche vorbehaltlose Aussage getätigt hätte, wenn nicht alle besitzbaren Rechte, sondern nur dingliche Rechte Gegenstand der Ersitzung sein könnten. An anderer Stelle finden sich Hinweise, dass grds sämtliche unkörperliche Sachen ohne Einschränkung ersessen werden können.³⁷¹⁰ Ebenso wird angedeutet, dass Rechte, die Gegenstand der Ersitzung sind, nicht dinglich radiziert sein müssen; so führt Zeiller aus:

„Bei Rechten, die keinen körperlichen Besitz zulassen, leuchtet, wenn sie auf den Namen des Berechtigten in dem öffentlichen Buche eingetragen sind, der Besitz schon daraus ein. Außerdem muss der Anfang des Besitzes und seine

3704 Diese Aussage ist angesichts des Umstands, dass die Räumlichkeiten seit maximal 12 Jahren genützt wurden, klar überschießend. Denn mangels rechtmäßigen Titels der Nutzung der Räumlichkeiten käme hier allenfalls eine außerordentliche Ersitzungszeit in Frage, die im vorliegenden Fall noch nicht verlaufen war.

3705 OGH 24.5.2005, 4 Ob 63/05a.

3706 OGH 10.10.1983, 1 Ob 557/83.

3707 Ausf dazu *Kodek*, Besitzstörung 105 ff.

3708 Vgl AT 4.3.

3709 Zeiller, Kommentar 2.1 § 313 Rz 1 (45).

3710 Zeiller, Kommentar 4 § 1452 Rz 3 (192); Zeiller, Kommentar 4 § 1460 Rz 1 (203).

*Fortsetzung durch (...) den ununterbrochen (§ 1497) fortgesetzten Gebrauche des Rechts (...) bewiesen werden.*³⁷¹¹

Hieraus kann nicht nur die Schlussfolgerung gezogen werden, dass sämtliche Rechtsobjekte, die Gegenstand des Besitzes sind, im Regelungskonzept des ABGB grds auch ersessen werden können. Darüber hinaus bestätigt sich die bereits früher³⁷¹² dargestellte These, dass Gegenstand des Rechtsbesitzes nicht nur dinglich radizierte Rechte sind.

Das – soweit ersichtlich einzige – Sachargument für die Begrenzung der ersitzbaren Rechte besteht darin, dass bei obligatorischen Rechten der Schuldgrund nicht ausreichend individualisiert sei. Wie *P. Huber* ganz zu Recht ausführt, betrifft dieser Gesichtspunkt freilich keine Spezifität von obligatorischen Rechten, da auch bei der Ersitzung von Dienstbarkeiten der Rechtsinhalt durch die Handlungen des Ersitzenden erschlossen werden muss.³⁷¹³ Dem kann hinzugefügt werden, dass das Argument von *Klang* ganz offensichtlich bloß die titellose Ersitzung über die lange Ersitzungszeit im Blick hat, nicht aber die eigentliche Ersitzung, bei der der Schuldgrund durch einen Titel individualisiert ist und nur das Recht des Vormanns durch den Zeitverlauf substituiert wird. Darüber hinaus stellt sich die Frage, worin dieses Postulat seine Begründung findet. Denn diese Aussage betrifft iW nicht allein die Ersitzung, sondern auch den Rechtsbesitz schlechthin;³⁷¹⁴ es kommt demnach zu einer teleologischen Reduktion der §§ 312 f ABGB, ohne dass eine Lücke nachgewiesen wurde. Daraus folgt, dass dieses Argument nicht tragfähig ist, um eine Beschränkung der Ersitzbarkeit von Rechten zu rechtfertigen.³⁷¹⁵ Die weitgehend begründungslose Einschränkung der Anwendbarkeit der Ersitzung auf dingliche Rechte kann somit als allein axiomatisch abgesichert betrachtet werden: Sie folgt ausschließlich aus einer – dem Regelungskonzept des ABGB grds fremden – Vorstellung der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht.

Die Darstellung des Meinungsstands hat ergeben, dass in L und Rsp durchaus keine gefestigte Meinung dahingehend besteht, welche Rechte Gegenstand der Ersitzung sein können. Selbst bei einem weiten Verständnis des Wohnheitsrechts kann somit keine Rechtsübung festgestellt werden, der gegenüber dem Ersitzungskonzept des Gesetzgebers der Stamfassung derogierende Kraft zukommen könnte. Dementsprechend ist zur Auslegung der Frage, welche Rechte Gegenstand der Ersitzung sein können, ausschließlich auf die Wertungen des Gesetzgebers des frühen 19. Jhds und nicht auf anderslautende, pandektistisch inspirierte Konzeptionen abzustellen.

3711 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1469 f Rz 4 (217).

3712 AT 4.3.

3713 OGH 16.9.1985, 1 Ob 634/85 JBl 1986, 386 (Anm *P. Huber*).

3714 *Iro*, Besitzerwerb 6.

3715 So auch *Gusenleitner*, Ersitzung 253 f; *Kodek*, Besitzstörung 123 f.

2.2.2.3.3. *Rechtserwerb durch Ersitzung*

Die Erwerbung der Rechtszuständigkeit durch Ersitzung kann den allgemeinen Wertungen des ABGB zum Eigentumserwerb zugeordnet werden. Hierbei ergibt sich aus den §§ 380, 423 ABGB, dass unabhängig davon, ob die Erwerbung mittelbar oder unmittelbar ist, hierfür Titel und rechtliche Erwerbungsart gegeben sein muss. Dies gilt abgeschwächt auch für die Ersitzung, bei der das fehlende Recht des Vormanns – anders als nach § 442 ABGB – den Rechtserwerb freilich nicht verhindert: Bei der eigentlichen Ersitzung bedarf es somit gem § 1461 ABGB eines rechtmäßigen Titels; bei der uneigentlichen muss nach § 1477 ABGB nach Verlauf der langen Ersitzungszeit der Titel nicht mehr angegeben werden. Die rechtliche Erwerbungsart ist bei der Ersitzung unproblematisch, sofern die Übergabe nach Maßgabe der §§ 426–428 ABGB erfolgt,³⁷¹⁶ da diese durch Ausübung des (Rechts-)Besitzes in aller Regel gegeben sein wird.³⁷¹⁷ Zumindest auf den ersten Blick fügt sich die Ersitzung somit in das System des Rechtserwerbs des ABGB ein, wobei zumindest das mangelhafte Recht des Vormanns durch den jeweiligen Ersitzungsbesitz und den Verlauf der Ersitzungszeit substituiert wird.

Auslegungsbedürftig ist aber die Bestimmung des § 1477 ABGB, nach der es bei der langen Ersitzungsdauer keiner Angabe eines rechtmäßigen Titels bedarf. Während sich bei *Zeiller* im Einklang mit der heutigen hL³⁷¹⁸ klar ergibt, dass der lange Besitz der Rechtsgrund der Ersitzung und der Erwerbung sei,³⁷¹⁹ wird in der älteren Lit davon ausgegangen, dass es sich hierbei nur um eine Beweisregelung handle.³⁷²⁰ IW ergibt sich somit die Frage, ob die Vermutung des gültigen Titels im ersitzungsrechtlichen Kontext widerleglich ist oder nicht. Eine völlige Unwiderleglichkeit der Vermutung des rechtmäßigen Titels muss dabei bereits dadurch ausscheiden, dass durch das Erfordernis des redlichen Besitzes nur derjenige, der an einen rechtmäßigen Titel glaubt, ersitzen kann.³⁷²¹ Da in vielen Konstellationen der fehlende bzw mangelhafte Titel auf die Redlichkeit des Besitzes ausstrahlt, kann somit von einer abgeschwächten Relevanz des Titels für die Ersitzung ausgegangen werden.³⁷²² Bei der Redlichkeit nach § 326 ABGB ist darauf abzustellen, ob der Besitzer die Sache für die seinige hält, wobei ihm ein Irrtum in Tatsachen

3716 Ausf dazu bereits 2.2.1.1.1.

3717 S auch *Zeiller*, Kommentar 4 § 1495 Rz 2 (267). Dies ergibt sich auch unmittelbar aus der Aussage *Zeillers*, dass bei der Ersitzung die Erwerbungsart dem Titel vorausgeht, s *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 425 Rz 3 (220).

3718 Vgl *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1477 Rz 3.

3719 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1477 Rz 1 (230).

3720 MwN *Nippel*, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesamten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, mit besonderer Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses 9 (1838) § 1477 Rz 3 (70 ff).

3721 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1477 Rz 5.

3722 *Gusenleitner*, Ersitzung 111 ff.

oder Unwissenheit nicht zu Lasten fällt; es kann somit derjenige, der im guten Glauben irrtümlicherweise auf einen gültigen Titel vertraut, über die lange Ersitzungszeit Eigentum erwerben.³⁷²³ Bei der uneigentlichen Ersitzung kommt es somit zu einem Wechsel der Maßstäbe, an denen sich der Titel bemisst: Während bei der eigentlichen Ersitzung nach § 1461 ABGB die Gültigkeit des Titels objektiv beurteilt wird, reicht bei der uneigentlichen Ersitzung das subjektive Glauben des Ersitzenden an die Gültigkeit des Titels. Im Ergebnis kommt es nach § 1477 ABGB somit zu einer Einschränkung der Einwendungen gegen die Ersitzung, soweit sie den Titel betreffen: Diese dringen nur dann durch, wenn der mangelhafte Titel während der Ersitzungszeit den guten Glauben des Ersitzenden zerstört hat.

Hinsichtlich der rechtlichen Erwerbungsart erwachsen Unklarheiten, wenn für die Übertragung des Eigentumsrechts eine gesonderte Übergabeart vorgesehen ist. Diskutiert wurden idZ inbes unbewegliche Sachen, bei denen nach Maßgabe des § 431 ABGB die Intabulation Voraussetzung für den Eigentumserwerb ist.³⁷²⁴ Hierbei widerstreiten einander zwei unterschiedliche Theorien: einerseits eine Herangehensweise, bei der der Eigentumserwerb an die entsprechende Erwerbungsart geknüpft ist und somit vor der Registereintragung keine Eigentumsposition des Ersitzers besteht; andererseits die Theorie der außerbücherlichen Ersitzung, nach der bei der Ersitzung als Ausnahme des Intabulationsprinzips schon vor der Registereintragung Eigentum erworben wird. Die geschichtlichen Zusammenhänge hierzu sind insb auf Grund der Arbeit von *Herbert Hofmeister* gut erforscht: Der Gesetzgeber aus dem frühen 19. Jhd folgte zweifellos dem Eintragungsprinzip und somit der ersteren Theorie; er sah diese als so selbstverständlich an, dass zum außerbücherlichen Rechtserwerb gar nicht Stellung genommen wurde.³⁷²⁵ Ein außerbücherlicher Rechtserwerb durch Ersitzung wurde ausweislich der Materialien ausdrücklich abgelehnt.³⁷²⁶ Dies ergibt sich auch aus der Kommentierung von *Zeiller*, der explizit davon ausgeht, dass vor der Einverleibung bloß ein persönliches Ersitzungsrecht bestehe; erst mit Registereintragung besteht „*ein dingliches Recht auch gegen jeden künftigen dritten Universal- und Partikular-Nachfolger*“³⁷²⁷. Die Theorie des außerbücherlichen Rechtserwerbs bei Ersitzungen wurde erst deutlich später – in den 70er Jahren des 19. Jhds – unter maßgeblicher Beteiligung von *Strohal*

3723 Dies gilt auch, wenn der Ersitzende fälschlicherweise glaubt, dass sein Titel – wie etwa ein Mietvertrag – Eigentum verschafft, s *Gusenleitner*, Ersitzung 113 f.

3724 S dazu bereits ausf 2.1.2.2.

3725 Sehr ausf *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs (1977) 72 ff; vgl auch *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften (2019) 62 f.

3726 *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 81.

3727 *Zeiller*, Commentar 4 § 1500 Rz 1 f (271).

und *Randa* entwickelt,³⁷²⁸ wobei diese wohl stark vom preußischen Eigentumserwerbsgesetz aus 1872 beeinflusst waren.³⁷²⁹ Die Interpretation der Normen erfolgt dabei ganz im Geist der Historischen Rechtsschule, was sich bei folgendem Zitat illustrativ zeigt:

„Bei der Beantwortung der Frage [der Folgen der Ersitzung] können wir den theoretischen Standpunkt, welchen die Redaktoren unseres Gesetzbuches derselben gegenüber eingenommen haben mögen, völlig bei Seite lassen (...)“³⁷³⁰

Trotz der – durchaus problematischen – Genese der Theorie des außerbücherlichen Rechtserwerbs ist es heute ganz unstr. hL³⁷³¹ und stRsp,³⁷³² dass bei der Ersitzung der grundbücherliche Eintragungsgrundsatz durchbrochen wird. Dies ist jedoch mit *Karin Gusenleitner* nicht auf die unverändert in Geltung stehenden Bestimmungen der Stammfassung des ABGB, sondern vielmehr auf spätere sondergesetzliche Wertungen zurückzuführen: So findet sich in § 136 GBG eine aus dem reichsdeutschen Normbestand übernommene Bestimmung zur Berichtigung des Grundbuches, mit der eine Abkehr vom strengen Eintragungsprinzip vollzogen wurde.³⁷³³ Durch jüngere Rechtsschichten kam es somit zu einem Funktionswandel bei der Ersitzung,³⁷³⁴ sodass diese zu einem eigenständigen Erwerbstatbestand wurde, für den nicht mehr auf die allgemeinen Wertungen zur rechtlichen Übergabe abzustellen ist. Diese Modifikation wird dabei durch den abstrakten Wortlaut der Bestimmungen zur Ersitzung begünstigt: Der Regelungsplan des Gesetzgebers, dass beim Eigentumserwerb durch Ersitzung stets auch eine eigenständige Übergabeart gegeben sein muss, ergibt sich nur mittelbar aus den Materialien und den Stellungnahmen *Zeillers*. Dementsprechend kann es als methodisch zulässig angesehen werden, dass entgegen dem Konzept des Gesetzgebers aus dem frühen 19. Jhd nunmehr der Eigentumserwerb bei der Ersitzung unabhängig von der rechtlichen Übergabe

3728 *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 77.

3729 *Hofmeister*, Zur Entwicklung des Eigentumserwerbs an Grundstücken und des Grundkredits in Österreich unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses der preußischen Gesetzgebung von 1872, in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert (1976) 346 (352). Dies entspricht auch ganz den damaligen Bestrebungen der Angleichung der österreichischen Rechtswissenschaft an die deutsche, s dazu auch bereits AT 2.3.6.1.2.

3730 *Strohal*, Zur Lehre vom Eigentum an Immobilien: eine Studie aus dem österreichischen Grundbuchsrecht (1876) 142.

3731 Statt aller *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1498 Rz 2.

3732 RIS-Justiz RS0011591; RIS-Justiz RS0034955.

3733 *Gusenleitner*, Ersitzung 162 f; diese Wertung zeigt sich demnach aber auch bereits aus § 237 EO.

3734 S dazu im Allgemeinen *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 585 ff.

gem den §§ 426 ff ABGB vonstattengeht.³⁷³⁵ Hinsichtlich des Rechtserwerbs bei der Ersitzung hat sich somit klar ein pandektistisches Paradigma durchgesetzt.

Im Regelungskonzept des ABGB ist die Ersitzung als mittelbarer Eigentumserwerb ausgestaltet. Dies ergibt sich nicht nur explizit aus den Ausführungen Zeillers,³⁷³⁶ sondern auch aus der Systematik des Gesetzes: Wenn nach den Wertungen des § 1452 ABGB die Ersitzung Folge der Verjährung ist, bedeutet dies, dass das ersessene Recht nicht neu geschaffen wird, sondern übertragen werden muss.³⁷³⁷ Hieraus können wesentliche Schranken für die Ersitzbarkeit von Rechten gefolgert werden: Nach richtiger Ansicht von *Gusenleitner* können nur solche Rechte Gegenstand der Ersitzung sein, die bereits einem anderen Rechtssubjekt zugeordnet waren,³⁷³⁸ nicht aber jene, die durch einen – für die eigentliche Ersitzung notwendigen – Titel geschaffen wurden.³⁷³⁹ Bei Rechten, die – wie etwa bei obligatorischen Rechten – ihren Daseinsgrund in einer Handlung des Verpflichteten finden, kann eine Ersitzung somit nur bei einem derivativen Rechtserwerb³⁷⁴⁰ oder – wenn der das Recht begründende Titel ungültig ist – durch die uneigentliche Ersitzung³⁷⁴¹ erfolgen.³⁷⁴² Bei Rechten, die sich auf Gesetz gründen, folgt daraus, dass es durch die Ersitzung nicht zur Rechtskreation kommen kann,³⁷⁴³ die Ersitzung eines

3735 Tatsächlich sind die Auswirkungen dieser Interpretation nur marginal, da schon vor der Ersitzung eine schützenswerte Position des Rechtsbesitzers gegeben ist, was sich insb auch bei der Diskussion zur unverbücherten Dienstbarkeit zeigt; s dazu *Holzweber*, *Mirakel der unverbücherten Dienstbarkeit* 1 ff.

3736 *Zeiller*, *Commentar* 4 § 1460 Rz 2 (203).

3737 Krit dazu *Apathy*, *JBl* 1999, 205 (208 f); zur Ersitzung von Dienstbarkeiten, s weiterführend 2.2.2.3.4.1.

3738 Freilich ist auch die Belastung eines bereits vorhandenen Rechts möglich – wie etwa bei der Ersitzung einer Dienstbarkeit, bei der das Recht des Liegenschaftseigentümers belastet wird.

3739 *Gusenleitner*, *Ersitzung* 258 f.

3740 ZB: Ein ersitzungsfähiges Rechts wird von A an B und von B an C veräußert, wobei der Titel im Verhältnis A–B ungültig ist. Hier kann B durch Ersitzung uU das Recht von A ersitzen, was als mittelbarer Erwerb anzusehen ist.

3741 ZB: Ein ersitzungsfähiges Recht wird von A an B veräußert, wobei der Titel ungültig ist. Wenn B über die lange Ersitzungsdauer einen redlichen Rechtsbesitz ausübt, kann er das Recht ersitzen. Hierbei handelt es sich um eine in § 1459 ABGB genannte Ersitzung gegenüber dem Recht eines Menschen über seine Handlungen.

3742 *Gusenleitner*, *Ersitzung* 259.

3743 *Gusenleitner*, *Ersitzung* 263 ff.

mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen nicht existent³⁷⁴⁴ Rechts muss somit bereits dem Grunde nach ausscheiden.³⁷⁴⁵

2.2.2.3.4. Ersitzung ausgewählter Rechte

Nachdem die Ersitzbarkeit von Rechten dem Grunde nach bejaht wurde, gilt es nun, den Erwerb der Rechtszuständigkeit durch Ersitzung an Hand einzelner Beispiele zu beleuchten. Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass auf Grund von pandektistischen Einflüssen die Ersitzung von Rechten weder in der Lit noch in der Rsp ausführlich thematisiert wird. Da – wie gezeigt – dem ABGB aber ein weites Konzept der Ersitzung zu Grunde liegt, muss hier vielfach Neuland beschritten werden. Bei der Frage, inwiefern Immaterialgüterrechte und gesellschaftsrechtliche Mitgliedschaftsrechte Gegenstand der Ersitzung sein können, ist zudem den eigenen sondergesetzlichen Wertungen Rechnung zu tragen. Darüber hinaus soll auch noch die Ersitzung von Dienstbarkeiten thematisiert werden; diese ist im Ergebnis zwar völlig unstr., sie erlaubt aber einen durchaus illustrativen Einblick in die Konzeption der Ersitzung von Rechten im ABGB.

2.2.2.3.4.1. Dienstbarkeiten

Nach einem pandektistischen Paradigma bereitet die methodisch korrekte Verortung der Ersitzung von Dienstbarkeiten im Regelungskonzept des ABGB manifeste Probleme. Zwar war in § 1469 aF ABGB ausdrücklich anerkannt, dass Dienstbarkeiten und andere auf fremdem Boden ausgeübte besondere Rechte erressen werden können,³⁷⁴⁶ nichtsdestoweniger scheint die-

3744 Nicht gefolgt werden kann *Gusenleitner* aber in ihrer sehr weiten Konzeption des Bestehens eines Rechts, die zu durchaus seltsamen Ergebnissen führt. Dies lässt sich an der von ihr diskutierten Konstellation, in der A dem B ein Bestandobjekt vermietet und C dieses Mietrecht an D verkauft, illustrieren. *Gusenleitner* geht hier davon aus, dass das Bestandrecht besteht und sohin für D eine Ersitzung offen steht. Bei einem persönlichen Recht wie dem Bestandrecht ist jedoch die Verbindung zwischen bestimmten Rechtssubjekten konstitutiv; das Bestandverhältnis A–B ist somit ein *aliud* zum – nicht existenten – Bestandverhältnis A–C. Wenn C ein persönliches Recht verkauft, das er weder begründet noch abgeleitet hat, kann D sich somit nicht auf den Bestand eines Rechts zwischen A–B berufen. Dies ergibt sich auch aus Überlegungen zum Rechtsbesitz: Denn nach § 313 ABGB ist der Besitz an einem verneinenden Recht davon abhängig, dass der Besitzer die einem anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet; wenn A das Bestandobjekt an B vermietet, wird aber wohl nicht davon ausgegangen werden können, dass D sich das Bestandobjekt mit der Gestattung von A zu seinem Nutzen anwenden kann, s dazu ausf *Gusenleitner*, Ersitzung 262.

3745 Dies betrifft insb auch immaterialgüterrechtliche Registerrechte, die mangels Vorliegen der Schutzvoraussetzungen nichtig sind, s dahingehend auch *Gusenleitner*, Ersitzung 333 f. Dasselbe gilt nach der älteren Rsp für die Ersitzung eines Teils eines Bauernguts in der Folge einer gesetzeswidrigen Teilung, die von der älteren Rsp abgelehnt wurde, s OGH 14.1.1863, Nr 163 GlU 1641; OGH 22.4.1857, Nr 2079 GlU 331.

3746 Aus *Zeillers* Kommentierung ergibt sich ganz klar, dass Dienstbarkeiten idR im Weg der uneigentlichen Ersitzung erworben werden, s *Zeiller*, Kommentar 4 § 1469 f Rz 1 (216).

se im ABGB systemfremd, sodass etwa *Apathy* konstatiert, der Gesetzgeber habe die titellose Servitutenersetzung übersehen.³⁷⁴⁷ Denn die Bestimmungen der §§ 1452 ff ABGB scheinen für die Ersitzung von Dienstbarkeiten zu eng: § 1452 ABGB stellt die Ersitzung in einen direkten Zusammenhang mit der Verjährung und schließt somit die konstitutive Ersitzung, bei der ein noch nicht abgesondert bestehendes Recht erworben wird – wie etwa jenes einer Dienstbarkeit an einer Sache – aus;³⁷⁴⁸ § 1461 f ABGB spricht explizit nur von einem Titel, der zur Übernahme des Eigentums hinlänglich ist,³⁷⁴⁹ nicht aber von der Bestellung von Dienstbarkeiten. Die hL geht somit von einer Lückenhaftigkeit der Bestimmungen des ABGB zur Ersitzung von Dienstbarkeiten aus, die aber durch die Erstreckung des § 1461 ABGB auf Titel, die den Erwerb anderer Rechte zum Inhalt haben, und die teleologische Reduktion von § 1452 ABGB saniert werden kann.³⁷⁵⁰

Die von der hL identifizierte Lückenhaftigkeit des Regelungssystems ist freilich maßgeblich auf eine pandektistische Interpretation der Bestimmungen der §§ 1452 ff ABGB zurückzuführen. Ausgangspunkt ist die dem Regelungskonzept des ABGB fremde Unterscheidung zwischen translativer und konstitutiver Ersitzung, wobei letztere dann erblickt wird, wenn der Ersitzende ein Recht erwirbt, welches bisher beim Verlierenden nicht als ein besonderes bestanden hatte; die Servitutenersetzung wird dafür als paradigmatisches Beispiel genannt.³⁷⁵¹ Dabei handelt es sich freilich um eine überaus formale Rechtsbetrachtung: Es wird nicht auf die durch das Eigentumsrecht vermittelten Handlungsbefugnisse – wie etwa das Recht des Begehens einer Liegenschaft – abgestellt, die durch die Ersitzung einem anderen zugeordnet werden, sondern bloß darauf, ob dieses Recht *tel qu'il est* bereits beim ursprünglich Berechtigten bestanden hat. Im Resultat wird durch die pandektistische Interpretation eine neue, dem ABGB nicht verankerte Kategorisierung bei der Ersitzung hinzugefügt und in der Folge ein Mangel des ABGB darin erblickt, dass sich die Ersitzung von Dienstbarkeiten nicht dieser Einteilung fügt.

Die Zentralnorm für die (titellose) Ersitzung von Dienstbarkeiten im Regelungskonzept des ABGB ist zweifellos die Bestimmung des § 1459 ABGB. Diese bildet einen Zusammenhang zwischen den mit dem Eigentumsrecht einhergehenden Handlungsrechten – explizit genannt wird das Recht des Eigentümers, seine Wiesen oder sein Wasser zu benutzen³⁷⁵² – und der Ersitzung: Nach Maßgabe des § 313 ABGB kann durch Rechtsausübung ein

3747 *Apathy*, JBl 1999, 205 (208).

3748 So etwa *Gusenleitner*, Ersitzung 95.

3749 *Apathy*, JBl 1999, 205 (208).

3750 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1461 f Rz 3; *Gusenleitner*, Ersitzung 96; *Apathy*, JBl 1999, 205 (210).

3751 Diese kann für das ABGB auf *Unger* zurückgeführt werden, vgl *Unger*, System II 252.

3752 Dies entspricht iW den in § 477 ABGB genannten Feld-Servituten.

Rechtsbesitz erworben werden, der die Handlungsbefugnisse des Eigentümers einschränkt. Unter den Voraussetzungen der uneigentlichen Ersitzung (§ 1477 ABGB) kann dieses die Freiheit des Eigentümers beeinträchtigende Recht ersessen werden.³⁷⁵³ Es handelt sich dann um eine Eigentumsposition an einem Recht; ab dem Verlauf der Ersitzungszeit kann das ausgeübte Recht somit als Dienstbarkeit aufgefasst werden,³⁷⁵⁴ die gegenüber dem Ersitzungsgegner bzw seinen Erben³⁷⁵⁵ durch die Servitutenklage (§ 523, 1. Fall ABGB) bewehrt ist. Ein gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis wirksames dingliches Recht entsteht nach den Wertungen des § 1498 ABGB aber erst ab Eintragung in die öffentlichen Bücher. Eine solche Interpretation erlaubt es, die von der hL in Zweifel gezogenen Wertungen des ABGB zum Erwerb von Dienstbarkeiten in die Bestimmungen des ABGB einzuordnen: Gem § 1459 ABGB ist die Ersitzung von Dienstbarkeiten eine Ausnahme vom in § 1452 ABGB geregelten Grundsatz, dass die Ersitzung stets der Verjährung folgt; eine teleologische Reduktion von § 1452 ABGB ist somit nicht vonnöten. Erkennt man ein Eigentum an Rechten an, sind auch die in § 1461 ABGB genannten Titel nicht unvollständig: Erfasst sind sämtliche Titel, die den Erwerb der Rechtszuständigkeit erlauben, was auch Vereinbarungen zur Bestellung einer Dienstbarkeit gem § 480 ABGB umfasst; die Dienstbarkeit kann somit auch als Eigentum an einem Recht angesehen werden. § 1461 ABGB bedarf somit keiner erweiternden Auslegung.³⁷⁵⁶ Nach dem Regelungskonzept des ABGB sind die Bestimmungen zur Ersitzung von Dienstbarkeiten somit nicht lückenhaft, weshalb sie auch nicht Gegenstand der Rechtsfortbildung sein können. Hier zeigt sich, dass das pandektistische Paradigma zu wesentlichen Systemspannungen innerhalb des ABGB führt.

2.2.2.3.4.2. Patent- und Erfinderrecht

Auf Grund der Sonderkonstellation des Patentrechts sind die Möglichkeiten der Ersitzung begrenzt. Denn die Höchstdauer des Patents beträgt gem § 28 Abs 1 PatG 20 Jahre ab dem Tag der Anmeldung; bei Arzneimitteln und Pflanzenschutzmitteln kann darüber hinaus aber noch ein ergänzendes Schutz-zertifikat für max 5 Jahre erwirkt werden.³⁷⁵⁷ Daraus folgt, dass die uneigentliche Ersitzung über die lange Ersitzungszeit für das Patentrecht bereits dem Grunde nach ausscheiden muss. Denkbar ist somit nur die eigentliche Ersitzung, die einen dreifach qualifizierten Besitz voraussetzt und bloß einen Man-

3753 Zeiller, Kommentar 4 § 1459 f Rz 2 (201).

3754 Zeiller, Kommentar 4 § 1498 Rz 4 (268).

3755 Zeiller, Kommentar 4 § 1500 Rz 1 (271).

3756 Dem steht auch nicht entgegen, dass nach der Bestimmung des § 1462 ABGB die bloße Überlassung des Gebrauchs, der Fruchtnießung, der Obsorge oder des Sicherheitsrechts nicht als rechtmäßiger Titel gelten, vgl Zeiller, Kommentar 4 § 1461 f Rz 2 (205 f).

3757 Vgl Art 13 VO (EG) Nr 469/2009 über das ergänzende Schutz-zertifikat für Arzneimittel.

gel bei der Berechtigung des Vormanns saniert. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass – wie bereits ausgeführt³⁷⁵⁸ – der Rechtsbesitz beim Patentrecht die Eintragung in das Patentregister voraussetzt. Erforderlich für die Ersitzung eines Patentrechts ist somit, dass der Erwerber während der Ersitzungszeit³⁷⁵⁹ in das Patentregister eingetragen ist. In der Sache erfasst die Ersitzung im Patentrecht potenziell somit einzig³⁷⁶⁰ Konstellationen der Übertragung eines Patents, bei denen der Erwerb des Patentrechts am mangelnden Recht des Vormanns scheitern würde³⁷⁶¹ und bereits eine Registereintragung des Erwerbers besteht.

Die einer möglichen Ersitzung des Patentrechts zu Grunde liegende Wertung findet sich mühelos in den allgemein-zivilrechtlichen Grundlagen wieder. Dies wird klar, wenn *Zeiller* ausführt, dass der Besitzer an einer unkörperlichen Sache Eigentum erwirbt, wenn der wahre Eigentümer sein Eigentumsrecht nicht geltend macht und es verjähren lässt.³⁷⁶² Genau dies ist der Fall bei der dargestellten Ersitzung des Patentrechts: Der wahre Rechtszuständige des Patentrechts, der im patentrechtlichen Verfahren zur Änderung des Inhabers Parteistellung hat,³⁷⁶³ macht sein Recht gegenüber einem im Patentregister eingetragenen Rechtsbesitzer nicht geltend. Es gibt keinen Grund, weshalb der „wahre Eigentümer“ eines Patents, der trotz der sozialtypisch offenkundigen Registereintragung eines anderen keine Maßnahmen setzt, anders beurteilt werden soll als der Eigentümer einer körperlichen Sache, der diese über Jahre hinweg nicht zurückfordert. Bei beiden Konstellationen kommt es zu einem Nichtgebrauch, der zum Rechtsverlust führen kann; dieser fällt dem unachtsamen Eigentümer zu Lasten.³⁷⁶⁴ Auch der Gesetzgeber des PatG 1896 erkannte eindeutig an, dass der gute Glaube des Erwerbers durch die Ersitzung geschützt sei.³⁷⁶⁵ Unter den Voraussetzungen der eigentlichen Ersitzung kann der in das Patentregister eingetragene Er-

3758 S bereits 2.1.3.1.1.

3759 Als bewegliche Sache kommt für das Patentrecht die kurze Ersitzungszeit des § 1466 ABGB zur Anwendung. Daran ändert auch nichts, wenn es sich beim Patentinhaber um eine juristische Person handelt, s dazu auch *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1472 Rz 3 ff.

3760 Da die Ersitzung nur einen mittelbaren Rechtserwerb erfasst, kann durch die Ersitzung insb keine Rechtszuständigkeit erworben werden, wenn die Patentierungsvoraussetzungen der §§ 1 ff PatG fehlen.

3761 Am einfachsten darstellbar ist hierbei der Verkauf in der Kette, bei der der Erwerb von A–B ungültig ist und danach C von B das Patent erwirbt. Beim dreifach qualifizierten Besitz unter Eintragung in das Patentregister erwirbt der Erwerber nach Ablauf der Ersitzungszeit das Eigentum am Recht.

3762 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1452 Rz 3 (192).

3763 *Stadler/Gehring/Holzweber* in Stadler/Koller, PatG §§ 43 ff Rz 66.

3764 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1452 Rz 4 (193).

3765 Es wird hier unmittelbar auf die Anwendung von § 1463 ABGB hingewiesen, s ErlRV 1420 BlgAH, 11. Sess, 69.

werber somit auch bei einem mangelhaften Recht des Vormanns die Rechtszuständigkeit am Patent erwerben.³⁷⁶⁶

Eine Sonderwertung findet sich im PatG zum Verhältnis zwischen Erfinderrecht und Patentrecht. Gem § 4 Abs 1 PatG hat nur der Erfinder oder sein Rechtsnachfolger Anspruch auf Patenterteilung, wobei nach einer gesetzlichen Vermutung der erste Anmelder als Erfinder gilt; keinen Anspruch auf Patenterteilung hat gem § 5 Abs 1 PatG auch derjenige, der die wesentlichen Inhalte des Patents ohne Einwilligung entnommen hat. Zum Schutz des Erfinderrechts findet sich in § 49 Abs 1 PatG der Aberkennungsantrag, mit dem der Erfinder bzw der Beeinträchtigte bei der Nichtigkeitsabteilung des Patentamts³⁷⁶⁷ die fehlende Anspruchsberechtigung des Anmelders (Z 1) – also wenn der Anmelder weder Erfinder noch sein Rechtsnachfolger ist – oder die widerrechtlicher Entnahme der Erfindung³⁷⁶⁸ geltend machen kann, wobei die Aberkennung des Patents gleichermaßen wie die Patentübertragung begehrt werden kann. Im vorliegenden Kontext von Bedeutung ist dabei die Verjährungsbestimmung des § 49 Abs 3 PatG: Der Anspruch auf Aberkennung bzw Übertragung des Patents verjährt gegen den gutgläubigen Patentinhaber innerhalb von drei Jahren ab der Eintragung in das Patentregister.³⁷⁶⁹ Nach Zeitablauf ersitzt somit der gutgläubige Inhaber des eingetragenen Patents das aus dem Erfinderrecht rührende Recht auf Patenterteilung. Da hier explizit auf die Redlichkeit des Patentinhabers abgestellt wird, entspricht die Bestimmung des § 49 Abs 3 PatG mehr den Vorgaben der Ersitzung als jenen der Anspruchsverjährung.³⁷⁷⁰ Dabei wird aber insoweit von den Wertungen der §§ 1460 ff ABGB abgewichen, als dass für die „Verjährung“ kein rechtmäßiger Besitz gegeben sein muss und die Ersitzungszeit unabhängig vom Ersitzungsgegner ist. Die Bestimmung des § 49 Abs 3 PatG kann somit als ersitzungsrechtliche Sonderwertung aufgefasst werden, die dem Nebeneinander von Erfinder- und Patentrecht Rechnung trägt.

2.2.2.3.4.3. Kennzeichenrecht

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen auf die Ersitzung von Kennzeichenrechten ist nach den Umständen der Besitzerwerbung zu differenzieren. Wie bereits ausgeführt ist bei der eingetragenen Marke wie bei der Firma die Registereintragung konstitutiv für den Erwerb von Rechtsbesitz.³⁷⁷¹ Eine Ersitzung auf Grundlage der §§ 1452 ff ABGB kommt somit nur dann in Betracht, wenn der in das Register Eintragene redlich ist (§ 1477 ABGB), für die eigentliche Ersitzung muss zudem ein dreifach

3766 Nicht sehr klar diesbezüglich *Gusenleitner*, Ersitzung 338.

3767 *Kresbach* in Stadler/Koller, PatG § 49 Rz 21.

3768 S dazu ausf *Kresbach* in Stadler/Koller, PatG § 49 Rz 5 ff.

3769 Bei schlechtem Glauben verjährt der Anspruch auf Aberkennung nicht.

3770 Ebenso *Gusenleitner*, Ersitzung 337.

3771 S bereits 2.1.3.1.2.

qualifizierter Rechtsbesitz vorliegen. Wie bereits für die Ersitzung von Patentrechten ausgeführt, entspricht diese Konstellation nahtlos den Wertungen des ABGB zur Verjährung und Ersitzung: Dem wahren Eigentümer des eingetragenen Kennzeichenrechts ist die Unachtsamkeit hinsichtlich der Registereintragung seines Rechts vorwerfbar, weshalb ihm die Interessen des Eingetragenen – wie auch beim Eigentum über körperliche Sachen – vorgehen.

Besondere Wertungen finden sich jedoch hinsichtlich des nicht eingetragenen Kennzeichens gem § 9 UWG. Hierbei wird für den Rechtsbesitz darauf abgestellt, ob sich der Berechtigte im geschäftlichen Verkehr des Kennzeichens bedient. Problematisch sind dabei Konstellationen, in denen ein Dritter ohne Bewilligung das nicht eingetragene Kennzeichen verwendet, der Berechtigte dagegen aber nicht vorgeht. Hierbei ist die Auffassung der älteren Rsp³⁷⁷² illustrativ: In einer E³⁷⁷³ wurde über die Geschäftsbezeichnung „Zum schwarzen Hund“ abgesprochen, die von einem Mitbewerber als Firma verwendet wurde, wobei der Kläger zwölf Jahre (fünf Jahre davon ab Inkrafttreten des UWG) Kenntnis vom Gebrauch der Geschäftsbezeichnung hatte. Der OGH verneinte den Unterlassungsanspruch und führte aus:

„Die jüngere Firma, die gutgläubig für ihre Bezeichnung durch Aufwand von Mühe und Kosten sich einen Besitzstand geschaffen hat, muss nicht ohne Weiteres einem geschäftlichen Mitbewerber weichen, der, mag er auch noch so in seinen Rechten durch die Führung dieser Bezeichnung geschädigt werden, es verabsäumt, dagegen rechtzeitig Stellung zu nehmen.“³⁷⁷⁴

Dieser Gedanke findet sich heute in § 9 Abs 5 UWG iVm § 58 MaSchG wieder, nach dem sich der Inhaber eines älteren Kennzeichens nicht einem jüngeren Kennzeichen widersetzen kann, wenn dieses während eines Zeitraums von fünf Jahren in Kenntnis der Benutzung geduldet wurde und der Inhaber der jüngeren Marke bei Aufnahme der Benutzung³⁷⁷⁵ nicht bösgläubig war. Diese Bestimmung ist somit eine den §§ 1452 ff ABGB ähnliche Sonderwertung, dass der Rechtsbesitzer durch die Passivität des besser Berechtigten ein Recht ableiten kann. In der Sache ist hier freilich eine Ersitzung eines nicht eingetragenen Kennzeichenrechts abzulehnen: Das nicht eingetragene Kennzeichen entsteht durch Gesetz, wenn die Voraussetzungen des § 9 UWG erfüllt sind, weshalb die Möglichkeit der Ersitzung hier bereits dem Grunde nach wegfällt.³⁷⁷⁶

3772 S dazu ausf *Knecht-Kleber*, Die Verwirkung im Immaterialgüterrecht (2008) 106 ff.

3773 OGH 5.5.1931, 4 Ob 225/31 JBl 1932, 63.

3774 OGH 5.5.1931, 4 Ob 225/31 JBl 1932, 63 (64).

3775 So die Rsp, vgl OGH 22.9.2009, 17 Ob 14/09x.

3776 In der Sache wird dies aber wohl nicht als Ersitzung eines nicht eingetragenen Kennzeichenrechts, sondern viel mehr als Ersitzung einer Lizenz an diesem Recht angesehen werden können, s dazu weiterführend 2.2.2.3.4.4.

Die für das Markenrecht gleichermaßen wie für das nicht eingetragene Kennzeichen gültige Wertung, dass sich der gutgläubige Inhaber des jüngeren Kennzeichens gegenüber einem passiv bleibenden Inhaber eines älteren Kennzeichens durchsetzt, ist iW auf die Wertung von Art 9 MarkenRL³⁷⁷⁷ zurückzuführen. Hierbei wird in der RL der Begriff der Verwirkung verwendet, der auch in der deutschen Zivilrechtsdogmatik geläufig ist.³⁷⁷⁸ Es ist jedoch ganz unstr., dass dem ABGB – anders als dem BGB – kein allgemeiner Verwirkungstatbestand als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung zu Grunde liegt.³⁷⁷⁹ IdZ bestehen Versuche, das Modell der Ersitzung und Verjährung von Rechten fruchtbar zu machen,³⁷⁸⁰ was aber freilich nur im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung in Betracht kommt. Anknüpfungspunkt ist hierbei das Recht des Inhabers des älteren Kennzeichens, unter gewissen Umständen eine jüngere Marke löschen zu lassen;³⁷⁸¹ dasselbe besteht, wenn eine jüngere Marke den Namen, die Firma oder die besondere Bezeichnung eines anderen Unternehmens beinhaltet.³⁷⁸² Nach expliziter Wertung des § 34a Abs 3 MaSchG wird hier die jüngere Marke mit Wirkung zum Beginn der Schutzdauer für nichtig erklärt. In diesen Fällen besteht aber die Ausnahme, dass der Löschungsantrag abzuweisen ist, wenn der Antragsteller die Benutzung der jüngeren Marke während des Zeitraums von fünf aufeinanderfolgenden Jahren geduldet hat, sofern die Anmeldung der jüngeren Marke nicht bösgläubig vorgenommen wurde.³⁷⁸³ Diese Wertungen entsprechen aber nicht dem Konzept der Ersitzung eines Rechts, wie es dem ABGB zu Grunde liegt: Denn durch die Passivität des Inhabers der älteren Marke „verjährt“ in der Diktion des ABGB nicht sein Kennzeichenrecht, sondern bloß sein Recht, gegen die prioritätsjüngere Marke vorzugehen. Es kommt somit zu einer Koexistenz zweier Kennzeichen (vgl § 58 Abs 2 MaSchG). Somit kann nicht davon ausgegangen werden, dass das jüngere Kennzeichenrecht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verjährung des Löschungsantrags steht. Daraus folgt, dass die Verwirkungstatbestände der §§ 30–32 MaSchG in ihrer Interessenabwägung zwischen dem passiven Rechtsinhaber und dem Rechtsausübenden den Wertungen des ABGB ähnlich sind, jedoch keinen weiteren Anwendungsfall der Ersitzung von Markenrechten zum Inhalt haben.

3777 RL 89/104/EWG.

3778 Ausf dazu *Knecht-Kleber*, Verwirkung 15 ff.

3779 OGH 22.9.2009, 17 Ob 14/09x; ausf und mwN *Gamerith*, Die Verwirkung im Urheberrecht, in Dittrich (Hrsg), Beiträge zum Urheberrecht VII (2003) 113 (124 ff).

3780 *Gusenleitner*, Ersitzung 338; mwN *Pawłowski*, Rechtsbesitz 105.

3781 Zum registrierten Kennzeichen s § 30 Abs 1 MaSchG; zum nichtregistrierten Kennzeichen § 31 Abs 1 MaSchG.

3782 § 32 Abs 1 MaSchG.

3783 § 30 Abs 3 MaSchG, § 31 Abs 2 MaSchG, § 32 Abs 2 MaSchG.

2.2.2.3.4.4. Lizenzen

Der dem ABGB innewohnende Gedanke, dass es durch die Nichtausübung eines Rechts zum mittelbaren Rechtserwerb durch Ersitzung kommen kann, kommt grds auch für Lizenzen bzw Werknutzungsrechte bzw -bewilligungen³⁷⁸⁴ in Betracht.³⁷⁸⁵ Wie bereits ausgeführt³⁷⁸⁶ kommt es hier zum Erwerb von Rechtsbesitz durch die tatsächliche Duldung einer als Rechtsausübung erkennbaren Benützung³⁷⁸⁷ – also das Setzen einer durch das Immaterialgüterrecht ausschließlich dem Rechtsinhaber zugewiesenen Handlung, wobei diese nach generellen Grundsätzen sozialtypisch offenkundig sein muss.³⁷⁸⁸ Da die Rechtszuständigkeit des Lizenznehmers bereits durch eine Handlung des Schutzrechtsinhabers – den Abschluss der Lizenzvereinbarung – entsteht, muss hier die eigentliche Ersitzung aber schon dem Grunde nach ausscheiden.³⁷⁸⁹ In Betracht kommt somit bloß eine Anwendung der allgemeinen Wertungen zur uneigentlichen Ersitzung, bei der es nicht zu einer Rechtskreation durch einen gültigen Lizenzvertrag gekommen ist.

Gedankliche Voraussetzung für die Analyse der uneigentlichen Ersitzung von Lizenzen ist, dass auch der Verzicht des Rechtsinhabers auf sein Verbotungsrecht als Lizenz aufgefasst wird, die dann freilich mit dem Attribut negativ versehen wird.³⁷⁹⁰ Die Lizenz muss aber nicht zwingend auf einem Verzicht iSd § 1444 ABGB beruhen;³⁷⁹¹ vielmehr kann auch das faktische Gewährenlassen einer Nutzungshandlung als negative Lizenz angesehen werden.³⁷⁹² Dementsprechend kann die negative Lizenz mit *Gabriele Koziol* als prekaristische Gebrauchseinräumung, die jederzeit beendet werden kann, bezeichnet werden.³⁷⁹³ Im Kontext der Ersitzung relevant sind somit Situationen, in denen durch die sozialtypisch offenkundige Ausübung von dem Schutzrechtsinhaber

3784 Diese haben – anders als das Urheberrecht selbst – Sachqualität und sind somit auch potenziell Gegenstand der Ersitzung, s AT 2.2.2.1.1.

3785 Dies ist bislang noch weitgehend unerforscht, vgl dazu die Aussage von *M. Walter*: „Die Frage der Ersitzbarkeit von Werknutzungsrechten bedarf gleichwohl noch näherer Untersuchung“, *Walter*, Schutz des Kitzbüheler Walde-Logos, MR 2005, 252.

3786 S ausf 2.1.3.1.3.

3787 *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 23.

3788 S dazu ausf AT 3.2.2.3.

3789 S bereits 2.2.2.1.

3790 *Koziol*, öHPR II³ A. 5. Rz 354 (548); für den Kontext des Patentrechts, vgl *Ann*, Patentrecht⁸ § 40 Rz 27 f.

3791 Dahingehend weiterführend LG München I 28.1.2015, 7 O 28263/13 GRUR-Prax 2015, 149.

3792 Dies zeigt sich etwa auch in der kartellrechtlichen Rsp, wo das Nichtdurchsetzen von Schutzrechten einer Lizenzerteilung gleichgehalten wird, was für die Frage des Missbrauchs von Marktmacht durch diskriminierende Lizenzverweigerung durchaus von Bedeutung sein kann, s LG Düsseldorf 30.11.2006, 4b O 46/05 NJOZ 2007, 2100.

3793 *G. Koziol*, Lizenzen als Kreditsicherheiten: zivilrechtliche Grundlagen in Deutschland, Österreich und Japan (2011) 56 f.

zugewiesenen Handlungen ein Rechtsbesitz erworben wird, der nicht auf einem gültigen Titel beruht. Sofern der Rechtsbesitz redlich ist, kann nach den Wertungen des § 1477 ABGB über die lange Ersitzungszeit die Rechtszuständigkeit am Gebrauchsrecht erworben werden, sodass ein jederzeitiger grundloser³⁷⁹⁴ Widerruf durch den Schutzrechtsinhaber nicht mehr in Betracht kommt. Wendet man die Ersitzungsregelungen der §§ 1452 ff ABGB auf Immaterialgüterrechte an, kann ein redlicher Nutzer nach Ablauf der langen Ersitzungszeit somit ein abgesichertes Gebrauchsrecht erwerben.

Eine derart ausgestaltete Ersitzung eines Lizenzrechts muss freilich im System der Verjährung von immaterialgüterrechtlichen Ansprüchen Platz finden. Hierbei regelt § 154 PatG, dass Ansprüche in Geld, der Anspruch auf Rechnungslegung und der Anspruch auf Auskunft auf Grundlage von § 1489 ABGB in drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger verjähren, auf § 154 PatG bezieht sich auch § 55 MaSchG, während § 90 Abs 1 UrhG für die Verjährung der Ansprüche auf angemessenes Entgelt, angemessene Vergütung, Herausgabe des Gewinns und Auskunft direkt auf die „Vorschriften für Entschädigungsklagen“ verweist. Nicht explizit gesetzlich geregelt ist indes die Verjährung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen. In der Rsp werden hier hinsichtlich der einzelnen Immaterialgüterrechte trotz des äußerst ähnlichen normativen Umfelds ganz unterschiedliche Herangehensweisen gewählt.³⁷⁹⁵ Beim Patentrecht folgt der OGH der Ansicht von *Schönherr*³⁷⁹⁶ und wendet die Bestimmung des § 1489 ABGB analog an, sodass diese Ansprüche wie Ansprüche in Geld verjähren;³⁷⁹⁷ dasselbe wird für das Markenrecht angenommen.³⁷⁹⁸ Für das Urheberrecht geht die Rsp aber von einer 30-jährigen Verjährungszeit von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen aus.³⁷⁹⁹ Die von der Rsp zum PatG³⁸⁰⁰ vertretene Analogie zu § 1489 ABGB ist hierbei methodisch äußerst problematisch,³⁸⁰¹ da es ganz offensichtlich an

3794 Nähere Erwägungen erfordern freilich die Grenzen dieser negativen Lizenz, was eine tiefergehende Auseinandersetzung verdient. Ohne Zweifel wird jedoch davon ausgegangen werden können, dass diese nach Maßgabe der allgemeinen Wertungen zu Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund jederzeit aufgelöst werden können.

3795 Krit dazu *Vollmaier* in Klang³ § 1478 Rz 29.

3796 Diese Ansicht dürfte aber mittlerweile überholt sein, da *Schönherr* für PatG, MuSchG und UrhG gleichermaßen eine 3-jährige Verjährung fordert, eine Begründung dafür aber leider vermissen lässt, s dazu *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht AT (1982) 48.

3797 OGH 15.5.1985, 4 Ob 317/85 – *UNO-City*.

3798 OGH 18.8.2004, 4 Ob 134/04i – *Newton*.

3799 OGH 17.1.2012, 4 Ob 104/11i – *Natascha K*; OGH 24.5.2005, 4 Ob 63/05a.

3800 Da § 55 MaSchG nur auf das PatG verweist, soll in der Folge bloß auf § 154 PatG eingegangen werden.

3801 Bemerkenswert ist hier auch das für die Rsp ausschlaggebende Argument, dass § 141 dPatG eine solche Verjährungsfrist vorsehe. Es wird österreichisches Recht mit seinen durchaus beachtenswerten Spezifika mit Rückgriff auf die deutsche Rechtslage ausgelegt, ohne auf den Willen des österreichischen Gesetzgebers zu achten.

einer Gesetzeslücke fehlt, was sich in der Genese der Bestimmung äußerst illustrativ zeigt. Im hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung deutlich anders strukturierten³⁸⁰² PatG 1970 findet sich ein Hinweis auf die Anwendbarkeit von § 1489 ABGB nur hinsichtlich der Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe der Bereicherung; mit der PatentG-Novelle 1977 wurde der Verweis auf § 1489 ABGB – nunmehr in § 154 PatG – darüber hinaus um Ansprüche auf Herausgabe des Gewinns und Rechnungslegung erweitert. Dies findet sich in den Mat damit begründet, dass diese keine Entschädigungsansprüche darstellen und „ohne diese Vorschrift der dreißigjährigen Verjährung unterlägen“.³⁸⁰³ Mit der PatG-Novelle 1984 wurde die Bestimmung mit dem Ziel der Klarstellung³⁸⁰⁴ dahingehend geändert, dass § 1489 ABGB für alle Ansprüche in Geld und den Anspruch auf Rechnungslegung Anwendung findet. Mit der letzten Änderung³⁸⁰⁵ wurde die Verjährungsbestimmung auf den Anspruch auf Auskunft erweitert. Daraus ergibt sich der klare Wille des Gesetzgebers, dass sämtliche Ansprüche, die nicht in § 154 PatG aufgezählt sind, einer langen Verjährungsfrist unterliegen; durch einzelne Sonderwertungen wird die kürzere Frist des § 1489 ABGB auf gewisse Ansprüche erweitert, wobei der Gesetzgeber hier wiederholt feine Anpassungen vorgenommen hat. Es besteht angesichts des klaren Willens des Gesetzgebers somit keine Regelungslücke hinsichtlich der Verjährung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen im PatG: Auf diese ist mangels Erwähnung in § 154 PatG das Verjährungsregime des § 1489 ABGB nicht anwendbar, weshalb die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren gem § 1478 ABGB einschlägig ist; durch expliziten Verweis in § 55 MaSchG gilt dasselbe für das Markenrecht. Die Verjährung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen erfolgt entgegen der Rsp somit bei Urheberrecht, Markenrecht und Patentrecht gleichermaßen nach 30 Jahren, während Ansprüche auf Geldersatz nach Maßgabe des § 1489 ABGB verjähren.

Auf den ersten Blick besteht somit ein Widerspruch zwischen den Wertungen der Verjährung und der Ersitzung im immaterialgüterrechtlichen Kontext. Denn nach 30 Jahren erfolgt die Verjährung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen gegen die Eingriffe in ein Immaterialgüterrecht; gleichermaßen beträgt die Ersitzungszeit mindestens³⁸⁰⁶ 30 Jahre. Dies könnte dahingehend verstanden werden, dass die Wertungen zur Ersitzung ohne Bedeutung seien, da nach 30 Jahren – auch ohne Redlichkeit des Ersitzenden – ohnehin eine Verjährung stattfinden würde und somit die Nutzung des Immaterialgüterrechts ohne Konsequenzen bliebe. Der wesentliche Unterschied besteht hier aber im Zeitpunkt, an dem die jeweilige Frist beginnt: Die Ersit-

3802 Hier wurde in §§ 147 ff PatG noch stark auf eine strafrechtliche Sanktion abgestellt.

3803 ErlRV 490 BlgNR 14. GP 16.

3804 ErlRV 265 BlgNR 16. GP 23.

3805 BGBl I Nr 149/2004.

3806 Vgl aber die Regeln der §§ 1472 ff ABGB.

zungszeit beginnt, wenn alle Ersitzungsvoraussetzungen gegeben sind³⁸⁰⁷ – also im Fall der uneigentlichen Ersitzung gem § 1477 ABGB ab Begründung des redlichen Rechtsbesitzes durch Rechtsausübung. Die Verjährungszeit beginnt dahingehend erst mit dem Ende des gesetzesverletzenden Zustands zu laufen.³⁸⁰⁸ Da während der Ausübung des Rechtsbesitzes bei Immaterialgüterrechten durchgehend eine gesetzlich dem Schutzrechtsinhaber vorbehalten Handlung gesetzt wird, bleibt somit ein Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung unabhängig vom Zeitablauf gewahrt.³⁸⁰⁹ Daraus folgt ein gestuftes System der Verjährung und Ersitzung bei Immaterialgüterrechten: Solange ein Eingriff in immaterialgüterrechtliche Ausschließlichkeitsrechte anhält, kann generell keine Verjährung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen stattfinden; wenn der Störer einen redlichen Rechtsbesitz ausübt, kann er nach Verlauf der langen Ersitzungszeit ein Gebrauchsrecht ersitzen,³⁸¹⁰ sodass gleichzeitig der dementsprechende Unterlassungs- bzw Beseitigungsanspruch des Berechtigten verjährt. Es besteht somit ein in sich stimmiges System des Rechtsverlusts bei langanhaltenden Nutzungshandlungen, das wesentlich von der Redlichkeit des Eingrifiers geprägt ist.

Mit Blick auf die Ersitzung von Nutzungsrechten lassen sich auch die Bestimmungen zur markenrechtlichen Verwirkung in das Regelungskonzept des ABGB einordnen. Besonders illustrativ lässt sich dies an Hand von § 58 MaSchG zeigen,³⁸¹¹ wonach der Inhaber einer älteren Marke nicht mehr gegen eine jüngere registrierte Marke vorgehen kann, wenn er diese in fünf aufeinanderfolgenden Jahren mit Kenntnis geduldet hat und die Anmeldung der jüngeren Marke nicht bösgläubig vorgenommen wurde. Dies kann als gesonderte Wertung zur Ersitzung eines Nutzungsrechts durch den Inhaber der jüngeren Marke aufgefasst werden, das einer Klage entgegensteht: Es bedarf hier nur eines fünfjährigen Rechtsbesitzes durch Eintragung in das Markenregister, der bloß zum Zeitpunkt der Anmeldung redlich sein muss; über die allgemeinen Grundsätze der Ersitzung hinaus muss jedoch nachgewiesen werden, dass dem Inhaber des älteren Zeichens die Benutzung des jüngeren Zeichens bekannt war.³⁸¹² Es handelt sich hierbei um eine markenrechtliche Sonderwertung, die durch die Passivität des Rechtsinhabers schon

3807 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1465 Rz 1.

3808 Grundlegend dazu OGH 15.5.1985, 4 Ob 317/85 – *UNO-City*; dass eine Verjährung nicht schon davor erfolgen kann, ist auch durch den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz abgesichert, s EuGH 18.4.2024, C-605/21 – *Heureka/Google*.

3809 Vgl § 20 Abs 2 UWG.

3810 Die Ersitzbarkeit von Lizenzen ebenso bejahend *Handig* in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ Vor § 23 UrhG Rz 39; *Gusenleitner*, Ersitzung 345 f.

3811 Zur funktionell gleichartigen Verwirkung iZm dem Löschantrag in §§ 30 ff MaSchG, s bereits 2.2.3.4.3.

3812 RIS-Justiz RS0119756.

in einem deutlich kürzeren Zeitraum in einer Berechtigung des in das Register eingetragenen Kennzeichennutzers resultiert.

In diesem Rahmen lässt sich die Rsp zur Zulässigkeit der Ersitzung von Nutzungsrechten verorten. In der E *Hunderwasserhaus II* verneinte der OGH die Erheblichkeit einer rund 20 Jahre andauernden Untätigkeit des Rechteinhabers, was er damit begründet, dass die Verwirkungslehre im österreichischen Recht nicht verankert sei.³⁸¹³ Dem kann hier iE zugestimmt werden, da grds erst ab Verlauf einer 30-jährigen Ersitzungsfrist der Besitzstand des Ersitzers hinreichend gefestigt ist, um den Rechtsverlust des Inhabers des Schutzrechts zu rechtfertigen. Besonders illustrativ ist hierbei die E bezüglich der von *Alfons Walde* in den 1920er Jahren für die Skischule Kitzbühel geschaffenen „Kitzbühler Gams“, die vom Tourismusverband Kitzbühel über einen längeren Zeitraum ohne Zustimmung des Urhebers bzw seiner Rechtsnachfolger verwendet wurde, sodass die Ersitzung eines Werknutzungsrechts eingewandt wurde. Das OLG Innsbruck verwies zwar auf die die Ersitzung von obligatorischen Rechten ausschließende hL, beschäftigte sich aber auch in der Sache mit dem Einwand der Ersitzung: Eine Ersitzung könne nur im Umfang erfolgen, der sich aus dem redlichen Gebrauch während eines zumindest 30 Jahre andauernden Zeitraums hindurch ergebe, weshalb neue Nutzungsarten – etwa bei Registrierung als Wort-Bild-Marke – nicht erfasst seien.³⁸¹⁴ Der OGH tritt dieser Beurteilung bei und fügt hinzu, dass es im vorliegenden Fall auch an der Gutgläubigkeit des Ersitzenden fehle, weshalb die E nicht von der Frage, ob Immaterialgüterrechte ersessen werden können, abhängen.³⁸¹⁵ Auch wenn die Begründung nach der hier vertretenen Rechtsansicht überschüssig ist, kann der E in der Sache zugestimmt werden: Mangels redlichem Besitz sei eine Ersitzung einer Werknutzungsbewilligung bereits dem Grunde nach nicht möglich; bei einer andauernden Rechtsverletzung kommt auch keine Verjährung in Betracht. Darüber hinaus muss streng darauf abgestellt werden, in welchem Ausmaß dem Schutzrechtsinhaber zukommende Handlungen ersessen worden sind. Mit Blick auf die spärliche Rsp kann somit der Schluss gezogen werden, dass bislang – soweit ersichtlich – noch nie über einen Sachverhalt abgesprochen wurde, in dem nach den hier dargestellten Grundsätzen eine Ersitzung einer Lizenz in Betracht kommt; die diesbezügliche Beurteilung durch die Rsp ist somit noch völlig offen. Da jedoch nur in Ausnahmefällen von einem redlichen Rechtsgebrauch ohne gültige Lizenz auszugehen ist, wird hier nur in seltenen Fällen eine Ersitzung in Frage kommen.

3813 OGH 19.11.2002, 4 Ob 229/02h.

3814 OLG Innsbruck 21.1.2005, 2 R 288/04a M&R 2005, 252.

3815 OGH 24.5.2005, 4 Ob 63/05a.

2.2.2.3.4.5. Mitgliedschaftsrechte

Bei der – bislang in Österreich soweit ersichtlich noch nie ausführlicher in der Lit thematisierten³⁸¹⁶ – Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten stellt sich die Frage, inwiefern der Rechtsbesitzer eines Geschäftsanteils durch Zeitablauf die Rechtszuständigkeit erwerben kann. Zu trennen ist dies freilich von der Frage, ob ein das Mitgliedschaftsrecht verbriefendes Wertpapier Gegenstand der Ersitzung ist: Hierbei kann mit *Gusenleitner* ganz zu Recht davon ausgegangen werden, dass die Namensaktie als Orderpapier³⁸¹⁷ nicht durch den bloßen Besitz der Aktienurkunde ersessen werden kann, wenn kein Indossament vorgenommen wurde;³⁸¹⁸ hier kommt es allenfalls zu einem Eigentumserwerb am Schriftstück und nicht am verbrieften Recht. In Bezug auf die Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten muss analytisch zwischen Geschäftsanteilen, an denen Rechtsbesitz durch Registereintragung (AG, GmbH) und solchen, in denen der Rechtsbesitz nach Maßgabe der Ausübung von Gesellschafterrechten erworben wird (OG), unterschieden werden. Auf Grund der fehlenden Diskussion zur Ersitzbarkeit von Mitgliedschaftsrechten soll hier einzig die Anwendung der allgemein-zivilrechtlichen Wertungen der §§ 1452 ff ABGB auf Mitgliedschaftsrechte als Ansatz zur Lösung bestehender Problemlagen in den Diskurs eingebracht werden; nicht in der Tiefe thematisiert werden die gesellschaftsrechtlichen Implikationen der Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten.

Ein Grund für die völlig fehlende Diskussion zur Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten findet sich in der Rsp des OGH. Dieser sprach iZm der Berechtigung an einer Agrargemeinschaft apodiktisch aus, dass Mitgliedschaftsrechte an juristischen Personen oder Gemeinschaften, die der juristischen Person ähnlich sind, für sich allein nicht Gegenstand der Ersitzung sein können.³⁸¹⁹ Eine Begründung für diese sehr weitgehende Aussage findet sich nicht. Der entschiedene Fall ist tatsächlich sehr unrepräsentativ für die Ersitzbarkeit von Mitgliedschaftsrechten:³⁸²⁰ Hierbei ging es um die rechtsgeschäftliche Übertragung von an das Eigentum einer Liegenschaft gebundenen Anteilsrechten an agrargemeinschaftlichen Grundstücken, die der Bewilligung durch die Agrarbehörde bedarf. Obwohl eine solche Bewilligung nicht eingeholt wurde, übte der Erwerber die Rechte und Pflichten des

3816 Eine bejahende Haltung nur andeutend *Gusenleitner*, Ersitzung 346 f; in anderen Jurisdiktionen – wie etwa der tschechischen – ist die Ersitzung von Geschäftsanteilen aber durchaus etabliert, s *Von Bar*, Rechtsbesitz, in FS Baums (2017) 127 (136).

3817 Auf Grund der weitgehenden Immaterialisierung von Inhaberaktien kommt die Ersitzung der Rechtszuständigkeit durch Besitz der Aktienurkunde hier wohl generell nicht in Betracht.

3818 *Gusenleitner*, Ersitzung 295 f.

3819 OGH 10.10.1983, 1 Ob 557/83.

3820 Es drängt sich hier durchaus die Parömie „*hard cases make bad law*“ auf, da für ein spezielles Rechtsproblem ein allgemeiner Rechtssatz geprägt wurde, der viele andere Konstellationen miterfasst, denen aber völlig andere Wertungen zu Grunde liegen.

Anteilsinhabers über die (lange) Ersitzungszeit aus, weshalb er die Ersitzung des Anteils vorbrachte. Entgegen der älteren Rsp, wo die Ersitzbarkeit eines Anteils an einer agrarischen Gemeinschaft noch bejaht wurde,³⁸²¹ schloss der OGH diese aus. Auch wenn man sich grds offen für die Ersitzbarkeit von Mitgliedschaftsrechten zeigt, muss der Rechtserwerb freilich im entschiedenen Fall verneint werden: Zweck der Bewilligung durch die Agrarbehörde ist gerade die Einschränkung der Verkehrsfähigkeit von Anteilsrechten an der Agrargemeinschaft, die Voraussetzung für den Rechtsbesitz ist. Würde man hier eine Ersitzung bejahen, käme es somit zu einer – durch den Verlauf der Ersitzungszeit legitimierten – Umgehung dieser Bestimmungen.³⁸²² Darüber hinaus bestehen durchaus Zweifel daran, dass der Erwerber mangels Bewilligung das Recht aus wahrscheinlichen Gründen für das seinige hielt, weshalb es hier wohl bereits an der Redlichkeit des Besitzes fehlte. Es kann somit der Verneinung der Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten durch den OGH im vorliegenden Fall durchaus zugestimmt werden, nicht aber der zum Rechtssatz³⁸²³ gewordenen, zu allgemeinen Begründung.

Die Ersitzung der Mitgliedschaftsrechte an der AG und GmbH betrifft Konstellationen, in denen derjenige, der in das Register (Firmen- bzw Aktienbuch) eingetragen ist oder derjenige, der eine Inhaberaktie in seinem Depot hat,³⁸²⁴ kein Eigentum erwerben konnte.³⁸²⁵ Fraglich ist dabei, in welchem Zeitraum der tatsächliche Eigentümer die Rückübertragung des Anteils fordern kann. Schließt man die Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten bereits dem Grunde nach aus, besteht für den wahren Rechtszuständigen – zumindest dem Modell nach³⁸²⁶ – zeitlich unbegrenzt die Möglichkeit, gegen den Rechtsbesitzer vorzugehen,³⁸²⁷ da das Eigentumsrecht am Mitglied-

3821 OGH 9.3.1910, Rv. VI, 70/10 GIUNF 4992.

3822 Um ein praktisch relevanteres Beispiel zu nennen, würde eine solche Position etwa auch dazu führen, dass ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot des § 17 KartG durch eine längere Rechtsausübung am Mitgliedschaftsrecht geheilt werden könnte, was jedenfalls abzulehnen ist.

3823 RIS-Justiz RS0034133.

3824 Da hinsichtlich von Inhaberaktien ein gutgläubiger Eigentumserwerb von der hL bejaht wird, ist der Anwendungsbereich der Ersitzung freilich deutlich eingeschränkt. IW kommt in diesem Kontext somit bloß die uneigentliche Ersitzung in Betracht, s zum gutgläubigen Erwerb von Inhaberaktien bspw Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 43, weiterführend dazu 2.2.2.4.3.4.

3825 Zu den Quellen der Zuordnungsverwirrung bei Mitgliedschaftsrechten auf Altgen, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (2009) 47 ff.

3826 Durch den im Zeitverlauf immer schwieriger nachweisbaren Fehler bei der Anteilsübertragung wird jedoch idR faktisch eine Verjährung der Ansprüche bestehen.

3827 Eine solche Position würde aber nach Kant dem Postulat der rechtlich-praktischen Vernunft widersprechen, s Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1803) § 33 (133).

schaftsrecht nach den Wertungen des § 1459 ABGB nicht verjährt.³⁸²⁸ Demgegenüber steht die Wertung der §§ 1452 ff ABGB, die eine Begrenzung für die Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen des Eigentümers vorsieht: Bei einem dreifach qualifizierten Rechtsbesitz – also wenn der Eigentumserwerb nur am Recht des Vormanns scheitert – kann eine Registeränderung bzw Rückübertragung nur drei Jahre ab Erwerb des Rechtsbesitzes gefordert werden; fehlt es an einem objektiv gültigen Titel, erfolgt eine Ersitzung über die lange Ersitzungszeit. In der Sache betrifft die Ersitzbarkeit von Geschäftsanteilen bei AG und GmbH somit eine Interessensabwägung, ob der durch Registereintragung sozialtypisch offenkundige Rechtsbesitzer oder der über einen längeren Zeitraum passiv bleibende tatsächliche Rechtszuständige obsiegen soll.

Der Standpunkt des ABGB zu diesem Interessengegensatz ist klar: Die Ersitzung von unkörperlichen Sachen und die damit einhergehende Verjährung *„vermehrt die Industrie, erleichtert den Beweis des Eigentums und vermindert die Rechtsstreitigkeiten“*, wobei die Interessen des *„minder achtamen“* Eigentümers nicht schutzwürdig sind.³⁸²⁹ Es müsste sich somit aus den gesonderten Wertungen zur AG bzw zur GmbH ergeben, dass auf Grund der Besonderheiten des Regelungsgegenstands der passiv bleibende Eigentümer des Geschäftsanteils bzw der Aktie entgegen der allgemeinen Wertungen schutzwürdig ist, wobei einer solchen Position auf Grund der sehr eindeutigen Wertungen des ABGB die wissenschaftliche Darlegungslast zukommt. Dass insb im Kontext des Erwerbs von Geschäftsanteilen ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht, zeigt sich insb bei der die Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten bereits dem Grunde nach ausschließenden³⁸³⁰ deutschen Rechtslage: Hier wurde durch die GmbH-Reform des Jahres 2008 das Verkehrsschutzbedürfnis bei der Übertragung von Geschäftsanteilen explizit anerkannt, was sich insb im Tatbestand des Anteilserwerbs vom Nichtberechtigten in § 16 Abs 3 dGmbHG zeigt.³⁸³¹ Demnach kann der gutgläubige Erwerber einen GmbH-Geschäftsanteil wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in das Handelsregister eingetragen ist; eine Ausnahme davon besteht aber, wenn die Eintragung weniger als drei Jahre lang unrichtig war und dem Berechtigten die Unrichtigkeit nicht zuzurechnen ist. In ihren Voraussetzungen ähnelt der gutgläubige Eigentumserwerb

3828 Dies kann insb bei lang bestehenden Gesellschaften zu erheblichen Problemen führen, da stets eine geschlossene Titelkette nachgewiesen werden muss. Die Praxis behilft sich dabei mit entsprechenden Gewährleistungszusagen, die im Resultat dem Erwerber aber nur wenig weiterhelfen, s dazu auch *Wünscher*, Überlegungen de lege lata zum gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, rdw 2021, 86 (86).

3829 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1452 Rz 4 (193).

3830 *MwN Altgen*, Gutgläubiger Erwerb 67.

3831 Zur Genese dieser Bestimmung ausf *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht (2010) 248 ff.

gem § 16 Abs 3 dGmbHG der eigentlichen Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten: Erforderlich ist sowohl ein rechtmäßiger Titel als auch die Gutgläubigkeit des Erwerbers; darüber hinaus muss es – zumindest wenn die Unrichtigkeit des Registers dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist – zum Verlauf eines Zeitraums von drei Jahren kommen, währenddessen der Berechtigte sein Recht zur Berichtigung des Registerstands nicht geltend gemacht hat.³⁸³² Der Regelungsmechanismus geschuldet finden sich im Detail aber durchaus deutliche Unterschiede.³⁸³³ Während beim gutgläubigen Erwerb die Rechtszuständigkeit unmittelbar erworben wird, erfolgt dies bei der Ersitzung erst nach Zeitverlauf; darüber hinaus muss nach § 16 Abs 3 dGmbHG die Gutgläubigkeit nur zum Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs bestehen,³⁸³⁴ während sie bei der Ersitzung während der gesamten Ersitzungszeit vorliegen muss.³⁸³⁵ Dies ändert jedoch im Grundsatz nichts daran, dass es nach den spezifischen Wertungen des deutschen Gesetzgebers – gleich wie nach den österreichischen Bestimmungen zur Ersitzung – zum Rechtsverlust eines bei einer unrichtigen Registereintragung passiv bleibenden Berechtigten gegenüber einem gutgläubigen Erwerber kommt. Vorbehaltlich zwingender Gründe in der Sphäre des Gesellschaftsrechts ist somit davon auszugehen, dass der zumindest drei Jahre in ein Register eingetragene redliche Rechtsbesitzer die Rechtszuständigkeit am Mitgliedschaftsrecht der AG und der GmbH durch Ersitzung erwerben kann.

Unklarer ist die Interessenslage hinsichtlich der Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten, bei denen der Rechtsbesitz nicht von der Eintragung in ein Register abhängig ist. Im hier gewählten Fokus ist dies – wie gesehen – bei der OG der Fall,³⁸³⁶ der OGH sprach aber ebenso über eine derartige Konstellation ab, als er die Ersitzung einer Berechtigung an einer Agrargemeinschaft zu beurteilen hatte. In dieser E wird bereits die Problematik der Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten ohne Registereintragung klar: So bestanden hinsichtlich der Ausübung von Stimmrechten und den mit der Beteiligung verbundenen Gesellschafterpflichten durchaus widersprüchliche Handlungen bei Veräußerer und Erwerber.³⁸³⁷ Auf Grund des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots, nach dem die Stammrechte der Mitgliedschaft untrennbar mit

3832 Aus allgemeinen Grundsätzen der Ersitzung ergibt sich zudem, dass nicht-existierende Geschäftsanteile, die bspw in Folge einer fehlerhaften Strukturmaßnahme entstanden sind, weder ersessen noch gutgläubig erworben werden können, s zur deutschen Rechtslage *Heidinger* in MüKoGmbHG³ § 16 Rz 322 ff; zur Ersitzung 2.2.2.3.3.

3833 Zur Gegenüberstellung von gutgläubigem Erwerb des Mitgliedschaftsrechts und der Ersitzung im deutschen Recht, vgl *Omlor*, Verkehrsschutz 437 ff.

3834 *Heidinger* in MüKoGmbHG⁴ § 16 Rz 302.

3835 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1463 Rz 9.

3836 S 2.1.3.2.1.

3837 So übte zwar der Erwerber auch die fraglichen Stimmrechte aus, die mit den Anteilen verbundene Beitragspflicht wurde aber vom Veräußerer übernommen, s OGH 10.10.1983, 1 Ob 557/83.

dem Mitgliedschaftsrecht verbunden sind,³⁸³⁸ darf es durch die Ersitzung nicht zur Aufspaltung der mitgliedschaftlichen Berechtigungen auf verschiedene Rechtssubjekte kommen – dies umfasst dabei auch einen etwaigen Rechtserwerb durch Ersitzung. Dementsprechend muss der Rechtsbesitz sämtliche mit dem Mitgliedschaftsrecht verbundene Stammrechte umfassen, damit die Ersitzung in Betracht kommen kann, was es im Einzelfall nachzuweisen gilt. IZm der Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten an der OG wird auf Grund dieser Beweisproblematik wohl in aller Regel ein Rechtserwerb auf Grundlage der §§ 1452 ff ABGB nur dann in Betracht kommen, wenn eine Eintragung des Rechtsübergangs in das Firmenbuch erfolgt ist.

Bei der OG kann der Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten jedoch auch in einem anderen Zusammenhang Bedeutung zukommen. Denn hier ist es denkbar, dass es durch eine jahrelange Übung zur Begründung von Rechten eines Gesellschafters kommt, die nicht im Gesellschaftsvertrag verankert sind. Bei den untersuchten Mitgliedschaftsrechten kommt dies freilich nur für die OG in Betracht: Während bei der AG eine Änderung der Satzung nach § 145 Abs 1 AktG stets eines Beschlusses der Hauptversammlung bedarf³⁸³⁹ und eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags nur gem § 49 Abs 1 GmbHG durch einen notariell beurkundeten Beschluss der Gesellschafter erfolgen kann,³⁸⁴⁰ ist bei der OG eine Änderung des Gesellschaftsvertrags formfrei möglich.³⁸⁴¹ Setzt man jedoch die Begründung von Mitgliedschaftsrechten, die vom Gesellschaftsvertrag nicht erfasst sind, unter die Voraussetzung eines Beschlusses der Gesellschafter, muss eine Ersitzung durch langjährige Rechtsausübung ausscheiden: Zwar kann durchaus ein Rechtsbesitz erworben werden, mangels Anerkennung im Gesellschaftsvertrag bestehen für die AG und die GmbH aber keine Verpflichtung, die Ausübung der Rechte weiterhin zu tolerieren. Dies hat den Zweck, für neu eintretende Gesellschafter die Publizität des Inhalts der Satzung sicherzustellen.³⁸⁴² Anders ist dies bei der OG: Hier ist eine Änderung des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich aber auch konkludent möglich, sofern die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter vorliegt; dies wird insb auch bei einer von einem allseitigen Änderungswillen getragenen Übung angenommen.³⁸⁴³ Durch die tatsächliche Ausübung von Mitgliedschaftsrechten kann es bei der OG – anders als bei der AG und der GmbH – somit ganz unstr zur Begründung von Mitgliedschaftsrechten kommen.

3838 Ausf dazu und mwN *Foerster*, Mitgliedschaft 65 ff.

3839 Eine faktische Satzungsänderung scheidet somit nach hL aus, vgl statt aller *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG III⁶ (2019) § 145 Rz 14 ff.

3840 *Rauter/Milchbrahm* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2022) § 49 Rz 22, vgl auch OLG Köln 11.10.1995, 2 U 159/94 NJW-RR 1996, 1439.

3841 *Kraus* in U. *Torggler*, UGB³ § 105 Rz 32.

3842 OLG Köln 11.10.1995, 2 U 159/94 Rn 2c.

3843 MwN U. *Torggler* in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2012) § 105 Rz 83.

Im österreichischen Recht lässt sich das Entstehen von Mitgliedschaftsrechten ohne explizite Änderung des Gesellschaftsvertrags durch einen Parallelismus zweier verschiedener Begründungsstränge dogmatisch einordnen. Einerseits kann der Wille der Gesellschafter zur Abänderung des Gesellschaftsvertrags nach Maßgabe des § 863 ABGB auch durch Handlungen erklärt werden, welche am Willen der Erklärenden zur Begründung von zusätzlichen Rechten keinen vernünftigen Grund zum Zweifel übriglassen. Hierbei ist freilich ein strenger Maßstab anzulegen;³⁸⁴⁴ insb wenn dies – wie es bei zusätzlichen Mitgliedschaftsrechten eines Gesellschafters wohl mittelbar in aller Regel der Fall sein dürfte – mit der Annahme eines stillschweigenden Verzichts bei den anderen Gesellschaftern einhergehen würde.³⁸⁴⁵ In der österreichischen Rsp wurde insb die konkludente Vereinbarung einer Vergütung für die im Rahmen der Geschäftsführung eines Gesellschafters erbrachten Leistungen betrachtet, wobei es hier häufig an einer stillschweigenden Vereinbarung fehlt.³⁸⁴⁶

Als zweite Begründungsschiene kommt die langjährige tatsächliche Übung in Betracht. Es geht hier nicht darum, dass die Gesellschafter (konkludent) den Willen geäußert hätten, ein Sonderrecht zu begründen, sondern um eine Erwägung zur Verjährung von Ansprüchen: Durch die sozialtypisch offenkundige Ausübung von Mitgliedschaftsrechten entsteht ein Rechtsschein, der sich durch das jahrelange unwidersprochene Gewährenlassen zum tatsächlich eingeräumten Recht verdichtet. Die Gesellschafter verlieren somit durch Zeitablauf die Möglichkeit, gegen die Rechtsausübung eines anderen vorzugehen; ihr Recht ist verjährt. Dies wird – freilich unter anderer dogmatischer Einordnung – auch von der deutschen Rsp anerkannt: So geht der BGH davon aus, dass bei einer vorbehalts- und widerspruchslosen Auszahlung eines vom Gesellschaftsvertrag nicht gedeckten Gewinnanteils über 20 Jahre hindurch die Vermutung eines abgeänderten Gesellschaftsvertrags besteht.³⁸⁴⁷ Ist eine Gewinnentnahme aber von der Rahmenvereinbarung des Gesellschaftervertrags gedeckt, kann auch kein eigenständiges Recht erworben werden.³⁸⁴⁸ Darüber

3844 Deutlich großzügiger wird dies im Arbeitsrecht beurteilt, wo durch eine betriebliche Übung ohne Weiteres von einer Änderung des Dienstvertrags ausgegangen wird. Hier wird eine regelmäßig wiederholte, gleichförmige Verhaltensweise des Dienstgebers als konkludentes Offert zur Ergänzung der bestehenden Arbeitsverträge angesehen, die durch schlüssige Zustimmung der Arbeitnehmer zum Vertragsinhalt werden kann, s zu der differenzierten Rsp dahingehend RIS-Justiz RS0014543.

3845 S statt aller *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 Rz 25 f.

3846 Illustrativ: OGH 18.6.1970, 1 Ob 134/70: Hier wurde die stillschweigende Vereinbarung eines Honoraranspruchs – trotz des erheblichen Mehraufwands eines Gesellschafters – verneint, da zwischen den involvierten Gesellschaftern seit Jahren tiefgreifende Differenzen bestanden, s auch OGH 30.6.1966, 1 Ob 145/66 JBl 1967, 149 (zur KG).

3847 BGH 17.1.1966, II ZR 8/64 NJW 1966, 826.

3848 BGH 18.4.2005, II ZR 55/03.

hinaus sieht es *Canaris* durchaus als möglich an, dass durch ein langjähriges Abweichen von einem gesellschaftsrechtlichen Einstimmigkeitserfordernis das Einstimmigkeits- durch das Mehrheitsprinzip hinsichtlich künftiger Beschlüsse getauscht wird.³⁸⁴⁹ Es ist bei der OG basierend auf Überlegungen zum Rechtsschein somit möglich, durch die jahrelange tatsächliche Übung über den Gesellschaftsvertrag hinausgehend Rechte zu begründen.

Für das österreichische Recht besteht mit dem Institut der Ersitzung die Möglichkeit, den Erwerb von Mitgliedschaftsrechten durch die langjährige Übung dogmatisch einzuordnen. Von Bedeutung ist hier *va* die uneigentliche Ersitzung, da es bei einem rechtmäßigen – ggf auch durch konkludente Willensübereinkunft zustande gekommenen – Titel keines weiteren Nachweises des Zeitablaufs bedarf. Daraus folgt, dass eine nicht im Gesellschaftsvertrag verankerte Berechtigung nach den Wertungen des ABGB bloß auf Grund einer mindestens 30 Jahre andauernden Rechtsausübung ersessen werden kann, wobei hier auch Redlichkeit gegeben sein muss. Dies ist überzeugend: Nur nach einem langen Zeitraum der offenkundigen Rechtsausübung kann davon ausgegangen werden, dass die Interessen des Rechtsbesitzers schwerer wiegen als jene der Gesellschafter, die passiv geblieben sind und keine Maßnahmen ergriffen haben. Sofern keine konkludente Änderung des Gesellschaftsvertrags vorliegt, können nach den Wertungen des ABGB bei der OG somit nur im Ausnahmefall gesellschaftsrechtliche Sonderrechte durch Ersitzung erworben werden.

2.2.2.3.5. Gegenüberstellung

Aus der vorliegenden Darstellung hat sich ergeben, dass nach den unverändert in Geltung stehenden Wertungen der Stammfassung des ABGB Rechte grds ebenso der Ersitzung zugänglich sind wie körperliche Sachen, sofern jene Gegenstand des Rechtsbesitzes sind. Nach dem Konzept der eigentlichen Ersitzung kann die Rechtszuständigkeit unter Voraussetzung der §§ 1460 ff ABGB somit auch bei Fehlen der Berechtigung des Vormanns erworben werden; nach Verlauf der langen Ersitzungszeit muss darüber hinaus auch der rechtmäßige Titel nicht mehr nachgewiesen werden. Anders ist dies nach einem pandektistischen Paradigma, bei dem die Ersitzung von Rechten ausscheiden muss, sofern es sich nicht um dingliche Rechte handelt.

Die Ansichten zur Ersitzung von Rechten sind heute durchaus gespalten: Während die hL – iW ohne Begründung – einer streng pandektistischen Interpretation der Ersitzung folgt und somit außerhalb von dinglichen Rechten die Ersitzbarkeit von Rechten bereits dem Grunde nach ausschließt, finden sich in jüngerer Zeit zunehmend tiefergehende Untersuchungen, die eine solche Einschränkung ausschließen. In ihrer Argumentation folgt die jüngere Rsp – anders als noch die ältere Rsp – ganz der hL, in der Sache ist dies

³⁸⁴⁹ *Canaris*, Vertrauenshaftung 385 ff.

jedoch weniger eindeutig: So konnte gezeigt werden, dass bei den einzelnen E die Ersitzung von Rechten auf Grund der Umstände des Einzelfalls keine Anwendung finden konnte; es ist keine E aufzufinden, in der eine Ersitzung von Rechten im hier vertretenen, weiten Verständnis in Betracht gekommen wäre. Eine genuine Ablehnung der Ersitzung von Rechten außerhalb von dinglichen Rechten kann der bisher ergangenen Rsp somit nicht entnommen werden. Es ist nach dem derzeitigen Meinungsstand daher durchaus str, ob Rechte Gegenstand der Ersitzung sein können.

In der Diskussion völlig zu kurz kommt dabei, ob die Anwendung der Ersitzung auf Rechte zu praktikablen Ergebnissen führt. Dabei sprechen durchaus gewichtige Argumente dafür, die Ersitzung weit zu fassen. Die von Zeiller identifizierte ratio der Ersitzung,³⁸⁵⁰ dass diese die Industrie vermehrt, den Beweis des Eigentums erleichtert und Rechtsstreitigkeiten vermeidet, betrifft nicht nur körperliche Sachen. Dies zeigt sich besonders deutlich darin, dass bei einem dauerhaft ausgeübten Recht die Verjährung ansonsten nie eintreten könnte, was zum durchaus seltsamen Ergebnis führt, dass gegen den – etwa auf Grund eines fehlerhaften Titels – zu Unrecht in das Firmenbuch eingetragenen GmbH-Gesellschafter zeitlich unbegrenzt vorgegangen werden könnte. Dies führt zu einer erheblichen Steigerung von Transaktionskosten und Rechtsstreitigkeiten, da beim Rechtserwerb eine geschlossene Titelkette nachgewiesen werden muss. Ebenso ist nicht ersichtlich, weshalb die Interessen des „*minder achtamen*“ Rechtszuständigen hier schwerer wiegen sollen als jene des Eigentümers einer körperlichen Sache. Es ist somit durchaus zweifelhaft, ob die Auffassung, dass die Ersitzung von Rechten nur bei dinglichen Rechten in Betracht kommt, zu praktikablen und interessewahrenden Ergebnissen führt.

Der Gedanke, dass bei dauerhaft ausgeübten Rechten die mit der Ersitzung einhergehende Verjährung die Rechtssicherheit fördert, ist dabei keineswegs überholt und wurde in ähnlicher Form auch jüngst vom deutschen Gesetzgeber hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen anerkannt. Dies kann als Indiz dafür angesehen werden, dass der originäre Rechtserwerb zumindest bei in Registern eingetragenen Rechten zu zweckmäßigen Ergebnissen führt. Diese Sonderwertung des deutschen Gesetzgebers für die GmbH kann im österreichischen Recht funktional ähnlich in den allgemeinen Wertungen zur eigentlichen Ersitzung verortet werden, was zweifellos für die Flexibilität des Regelungsansatzes spricht. In einer wertenden Betrachtung darf auch der dogmatische Wert der uneigentlichen Ersitzung von Rechten betont werden. Hier geht es um die rechtliche Anerkennung von lang andauernden faktischen Zuständen, wie sie im Bestandrecht wie auch im Gesellschaftsrecht durchaus vorkommen können. Dies kann als zivilrechtliche Ausprägung des Gewohnheitsrechts interpretiert werden:

3850 Zeiller, Commentar 4 § 1452 Rz 4 (193).

Liegt Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) und eine lang andauernde Übung (*longa consuetudo*) vor, entsteht eine auch von Dritten zu berücksichtigende Rechtsposition.³⁸⁵¹ Die uneigentliche Ersitzung von Rechten kann sohin als Konzeptionalisierungswerkzeug herangezogen werden, um lang andauernde faktische Zustände einer rechtlichen Interessensabwägung zugänglich zu machen. Dies bietet einen parallelen Begründungsansatz zu einer rechtsgeschäftlichen Begründung dieser Rechtspositionen, die durch die strengen Anforderungen an den konkludenten Vertragsabschluss häufig nicht in Betracht kommen werden. In einer Gesamtschau biete ein weiteres Verständnis der Ersitzung somit einen durchaus geeigneten Rahmen zur einheitlichen Lösung verschiedener Rechtsprobleme, für die ansonsten vereinzelte Sonderwertungen notwendig wären.

2.2.2.4. Gutgläubiger Erwerb

Der gutgläubige Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ist eine der seit jeher am meisten diskutierten Grundwertungen des (dinglichen) Sachenrechts. Denn nach den Worten *Wilburgs* muss dieser geradezu „*das juristische Temperament entzünden, soweit das Rechtsempfinden nicht durch eingefahrene Denkbahnen verschüttet ist*“³⁸⁵². Der Umstand, dass der redliche Käufer auf Kosten des wahren Berechtigten Eigentum erwerben kann, ist im ABGB aber weniger einheitlich geregelt, als es *prima vista* den Eindruck haben könnte: Zwar findet sich unter der Marginalie „Gutgläubiger Erwerb“ in § 367 Abs 1 ABGB die Wertung, dass der rechtmäßige und redliche Besitzer unter qualifizierten Umständen Eigentum erwirbt, darüber hinaus wird aber auch aus § 916 Abs 2 ABGB bei Scheingeschäften und aus § 824 S 2 ABGB beim Erwerb vom Scheinerben von einem gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ausgegangen. Auch aus allgemeinen Überlegungen zum Rechtsschein – wie etwa bei hypothekarisch gesicherten Forderungen³⁸⁵³ – wird in der L für einen gutgläubigen Erwerb plädiert. Diesen Wertungen ist gemein, dass die Redlichkeit des Erwerbers Voraussetzung dafür ist, dass dieser trotz der fehlenden Berechtigung des Veräußerers gültig Eigentum erwerben kann.

Bei den Tatbeständen des gutgläubigen Eigentumserwerbes kommt es somit stets zu einer Abwägung der Interessen des Erwerbers und des tatsächlich Berechtigten. Fehlt es an der Redlichkeit des Erwerbers, sind seine Interessen da-

3851 Das Erfordernis des redlichen Besitzes kann dabei als *opinio iuris* interpretiert werden, da es hier darum geht, ob sich der Rechtsbesitzer dazu berechtigt sieht, das Recht auszuüben; als lang andauernde Übung kann die lange Ersitzungszeit des § 1477 ABGB angesehen werden. Im Einzelnen bedarf es hier aber weiterer Erwägungen.

3852 *Wilburg* in FS Baltl 557.

3853 Ausf dazu *Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 81 ff, vgl auch OGH 10.7.1973, 3 Ob 119/73 EvBl 1974, 42; *Klang* in Klang II² § 469 Rz 7 (523).

her generell nicht schutzwürdig. Die Gutgläubigkeit ist dabei eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für den Eigentumserwerb, wenn es an der Berechtigung des Veräußerers fehlt.³⁸⁵⁴ Hierbei finden sich im österreichischen Recht zwei zusätzliche Umstände, die in diesem Zusammenhang von Belang sind: Zum einen ist der Verkehrsschutz zu nennen,³⁸⁵⁵ dem insb dann Relevanz zukommt, wenn ein Rechtsschein dahingehend besteht, dass der Veräußerer Eigentümer ist. So sieht § 367 Abs 1 ABGB bei Entgeltlichkeit einen originären Eigentumserwerb im Fall einer öffentlichen Versteigerung oder beim Erwerb vom Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens vor; beim Erwerb vom Scheinerben wird – auf Grund des besonders schützenswerten Vertrauens auf die gerichtliche Anerkennung als Erbe³⁸⁵⁶ – auch der unentgeltliche Erwerb erfasst.³⁸⁵⁷ Besonders deutlich wird das Element des Verkehrsschutzes, wenn man mit der hier abgelehnten³⁸⁵⁸ hL § 371 ABGB als Tatbestand des Eigentumserwerbs ansieht, da hier für Bargeld und Inhaberpapiere – also bei Sachen, denen besondere Umlauf- und Verkehrsfähigkeit zukommt – im Extremfall ein Eigentumserwerb auch ohne Redlichkeit³⁸⁵⁹ in Betracht kommt. Zum anderen wiegen die Interessen des redlichen Erwerbers auch dann schwerer, wenn der Erwerb vom tatsächlichen Rechtsinhaber zu verantworten ist.³⁸⁶⁰ Dies zeigt sich besonders illustrativ beim Erwerb vom Vertrauensmann, wo es nach dem Selbstverantwortungsprinzip dem Berechtigten zuzurechnen ist, dass ein Rechtsobjekt ohne Berechtigung veräußert wird.³⁸⁶¹ Eine Mischform dahingehend stellt der gutgläubige Erwerb im Kontext von Scheingeschäften dar: Nach der Konzeption von *Claus-Wilhelm Canaris* ist dieser Teil eines allgemeinen Grundsatzes, nach dem basierend auf Erwägungen zur Vertrauenshaftung ein gutgläubiger Eigentumserwerb möglich sei, wenn der Rechtsschein eines gültigen Geschäfts bzw einer abtretbaren Forderung bewusst gesetzt wird.³⁸⁶² Es bestehen sohin differenzierte und auch einer Rechtsfortbildung zugängliche

3854 Dies wird im Naturrecht ebenso gesehen wie im römischen Recht, s mwN *Karner*, Mobilärerwerb 116.

3855 Dieser wird auch in den Mat explizit als Grund für § 367 Abs 1 ABGB angeführt, s *Ofner*, Urentwurf I 251.

3856 Ausf dazu *Krasnopolski*, Der Schutz des redlichen Verkehrs im österreichischen Zivilrechte (1892) 26.

3857 Statt aller *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 824 Rz 30.

3858 Ausf 2.2.2.2.1. Dieser Gedanke kann auch dogmatisch stringenter aus einer Analogie von wertpapierrechtlichen Wertungen aufgefasst werden, s dazu im Folgenden 2.2.2.4.3.2.

3859 § 371, 1. Fall ABGB.

3860 *Zeiller* spricht hier von der „schuldbaren Unvorsichtigkeit oder Sorglosigkeit des Eigentümers“, vgl *Zeiller*, Commentar 2.1 § 367 Rz 1 (134).

3861 Zum Zurechnungsprinzip als tragende Säule des Erwerbs vom Vertrauensmann ausf *Karner*, Mobilärerwerb 226 ff.

3862 *Canaris*, Vertrauenshaftung 90 ff.

Wertungen, unter welchen Umständen die Interessen des redlichen Erwerbers schwerer wiegen als jene des tatsächlichen Berechtigten.

Eine der wesentlichen Folgerungen der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht besteht darin, dass der gutgläubige Eigentumserwerb ausschließlich für körperliche Sachen und nicht für Rechte in Betracht kommt. Tatsächlich findet sich dieses Postulat aber nur sehr eingeschränkt im aktuellen Meinungsstand wieder, wenn man von einem weiten Konzept des gutgläubigen Erwerbs ausgeht: So wird beim Erwerb vom Scheinerben von der hL ohne weitere Begründung davon ausgegangen, dass dieser auf Rechte ebenso Anwendung findet wie auf körperliche Erbschaftssachen.³⁸⁶³ Auch beim gutgläubigen Erwerb im Kontext von Scheingeschäften gem § 916 Abs 2 ABGB wird ganz unbefangen dafür plädiert, dass dieser auch den Erwerb von Forderungen und anderen Rechten umfassen soll.³⁸⁶⁴ Sieht man mit der hL § 371 ABGB als Tatbestand des originären Eigentumserwerbs an, wäre auch hier die Anwendung des gutgläubigen Erwerbs auf Rechte nicht schlechthin ausgeschlossen, was sich illustrativ bei der Diskussion zur Vermengung von Buchgeld zeigt.³⁸⁶⁵ IdS zeigt sich sohin, dass sich das Postulat, dass der gutgläubige Eigentumserwerb ausschließlich bei körperlichen Sachen in Betracht kommt, allein auf die Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB bezieht. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs des gutgläubigen Erwerbs ist § 367 Abs 1 ABGB sohin im herrschenden Verständnis enger als die anderen genannten Bestimmungen, bei denen der Erwerb von Rechten zumindest nicht völlig ausgeschlossen wird.

Diese Sonderstellung des gutgläubigen Eigentumserwerbs gem § 367 Abs 1 ABGB erlaubt vorliegend eine stärkere Fokussierung. Es soll dem Duktus der Untersuchung folgend einzig darauf eingegangen werden, inwiefern die Wertungen dieser Bestimmung auf Rechte Anwendung finden können und weshalb hier eine Diskrepanz zu den anderen Tatbeständen des gutgläubigen Eigentumserwerbs besteht. Dafür soll zunächst durch eine Klärung der Anwendungsvoraussetzungen des § 367 Abs 1 ABGB der Boden bereitet werden, bevor im Einzelnen die Gründe beleuchtet werden, aus denen die fehlende Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Rechte gefolgert wird. Zuletzt wird anhand ausgewählter Rechte der gutgläubige Eigentumserwerb gem § 367 Abs 1 ABGB thematisiert.

2.2.2.4.1. Voraussetzungen des § 367 Abs 1 ABGB

Als zentraler Anker für die Möglichkeit des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten wird § 367 Abs 1 ABGB angesehen. Die fehlende Berechtigung

3863 *Schweda* in Klang³ IV (2021) § 824 Rz 31; *Nemeth* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ (2018) § 824 Rz 4; *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 824 Rz 31.

3864 *Kolmasch* in Schwimann/Neumayr, ABGB: Taschenkommentar⁶ § 916 Rz 7; *Kolmasch* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 916 Rz 15 ff; *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 916 Rz 9; *Vonkilch* in Klang³ § 916 Rz 48.

3865 S dazu bereits ausf 2.2.2.2.1.

des Veräußerers kann hier dadurch ersetzt werden, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, woraus folgt, dass auch für einen auf § 367 Abs 1 ABGB gestützten Eigentumserwerb nach Maßgabe von § 380 ABGB Titel und rechtliche Erwerbungsart gegeben sein müssen.³⁸⁶⁶ Das Erfordernis eines gültigen Titels ergibt sich dabei auch unmittelbar daraus, dass nur der rechtmäßige Besitzer gutgläubig Eigentum erwerben kann.³⁸⁶⁷ Erfasst von der Bestimmung sind aber bekanntlich nur entgeltliche Titel, was als Indiz für ihre verkehrsschützende Ausrichtung gesehen wird, da der unentgeltliche Erwerber nicht geschützt wird.³⁸⁶⁸ In § 368 ABGB findet sich seit dem HaRÄG 2005³⁸⁶⁹ zudem eine Konkretisierung des davor sehr strittigen³⁸⁷⁰ Erfordernisses der Redlichkeit des Erwerbers: Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört, was nach der hL objektiv an Hand einer Maßfigur aus der Personengruppe des Erwerbers zu beurteilen ist.³⁸⁷¹ Während beim Erwerb vom Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis ausreicht, ist dies beim Erwerb vom Vertrauensmann nach überwiegender Ansicht³⁸⁷² nicht der Fall. Voraussetzung für einen gutgläubigen Eigentumserwerb gem § 367 Abs 1 ABGB ist somit neben einem entgeltlichen Titel und einem hinreichenden Modus ganz unstr die Redlichkeit des Erwerbers; darüber hinaus ist diese Bestimmung aber durchaus noch auslegungsbedürftig.³⁸⁷³

Der gutgläubige Eigentumserwerb nach § 367 Abs 1 ABGB ist seit der Stammfassung unverändert als Einwendung gegen die Eigentumsklage des § 366 ABGB konzipiert.³⁸⁷⁴ Demnach steht es grds dem Eigentümer zu, jeden anderen vom Besitz seiner Sache auszuschließen; dagegen kann aber der rechtmäßige und redliche Besitzer näher genannte Umstände nachweisen, die dazu führen, dass die Eigentumsklage abzuweisen ist. Diese Regelungs-

3866 Hierbei bestehen aber durchaus auch Situationen, in denen die Wertungen zur Ersetzung der Berechtigung des Vormanns und zum Bestand eines gültigen Titels parallel laufen, wie etwa in Konstellationen des Erwerbs von einem Anscheinsvollmächtigten, s dazu auch *Frotz* in FS Kastner 139 f; krit *Iro*, Gutglaubenserwerb versus Anscheinsvollmacht: Die Irrwege des OGH, rdw 1998, 388.

3867 Vgl § 316 ABGB.

3868 *Huwiler* in FS 80 Jahre Bader 75 f; *Wellspacher*, Vertrauen 182.

3869 BGBl I 2005/120.

3870 Vgl dazu *Karner*, Mobilärerwerb 387 ff.

3871 *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 368 Rz 2; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 368 Rz 4; *Leupold* in Klang³ § 368 Rz 4 ff; *Karner*, Mobilärerwerb 402 ff.

3872 *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 368 Rz 7; *Leupold* in Klang³ § 367 Rz 40 aA *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 367 Rz 6.

3873 Da diese Tatbestandsvoraussetzungen für eine etwaige Anwendbarkeit von § 367 Abs 1 ABGB auf Rechte nur wenig Relevanz haben, kann für eine tiefergehende Auseinandersetzung auf die einschlägige Lit verwiesen werden.

3874 Im Urentwurf war die Wertung des heutigen § 367 Abs 1 ABGB noch direkt im Anschluss an die *actio Publiciana* im Zweiten Teil, Drittes HS, § 92 verankert.

technik ist Ausdruck der historischen Evolution der Wertungen zum originären Eigentumserwerb: Nach dem Vindikationsprinzip, das im Naturrecht³⁸⁷⁵ gleichermaßen verankert ist wie im römischen Recht, wird die Erhaltung des Eigentums lückenlos garantiert, weshalb die Eigentumsklage grds uneingeschränkt – also auch gegen den redlichen Besitzer – durchdringt; dem steht der „Hand wahre Hand“-Grundsatz³⁸⁷⁶ des heimischen Rechts entgegen,³⁸⁷⁷ nach dem unter gewissen Umständen das Eigentumsrecht gegen einen Erwerber nicht mehr durchgesetzt werden kann.³⁸⁷⁸ Die iW auf dem Entwurf Martini beruhende Regelung³⁸⁷⁹ in § 367 Abs 1 ABGB versteht sich somit als Ausgleich zweier unterschiedlicher Prinzipien, wobei ein Regel-Ausnahme-Verhältnis geschaffen wird: Ganz im Verständnis eines naturrechtlichen Gesetzbuches lautet die Regel, dass das Eigentum vindiziert werden kann, als Ausnahme dazu besteht jedoch die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs nach § 367 Abs 1 ABGB,³⁸⁸⁰ die aber über den „Hand wahre Hand“ – Grundsatz hinausgeht. Im heutigen ABGB ist diese dem Entwurf Martini entnommene Regelungstechnik freilich nicht mehr sehr überzeugend. So wurde im Entwurf Martini und im Urentwurf der gutgläubige Eigentumserwerb des redlichen und rechtmäßigen Besitzers nicht explizit angesprochen;³⁸⁸¹ es findet sich bloß ein Vindikationsausschluss mit dem Zusatz, dass sich der Alteigentümer bloß an seine Gewährsmänner halten kann. Dementsprechend war hier die Gestaltung der Bestimmung des heutigen § 367 Abs 1 ABGB als Einwand gegen die Vindikation naheliegend. Da nach Intervention von Zeiller aber explizit ein materieller Eigentumserwerb des Erwerbers statuiert wurde,³⁸⁸² hat diese Regelungsstruktur keine normative Bedeutung mehr.³⁸⁸³ Denn es bedarf für den gutgläubigen Eigentumserwerb ganz unstr nicht der abgewehrten Eigentumsklage des Alteigentümers; dass die Vindikation nicht durchdringen kann, ist unter den gesetzlich vorgegebenen Umständen vielmehr Folge der qualifizierten Ver-

3875 Vgl dazu Wellspacher, Vertrauen 121 ff.

3876 Dieser Grundsatz umfasst nur den freiwilligen Besitzverlust, was bloß beim Erwerb vom Vertrauensmann der Fall ist.

3877 S dazu ausf Lübtow, Hand wahre Hand: Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, in FS 41. DJT (1955) 119 (177 ff).

3878 Ausf zur geschichtlichen Entwicklung des gutgläubigen Eigentumserwerbs Karner, Mobiliarerwerb 92 ff.

3879 Deutlich weitgehend war dahingehend die Regelung im Codex Theresianus, die ohne direktes Vorbild einen gutgläubigen Eigentumserwerb vorsah, vgl Krasnopolski, Schutz des redlichen Verkehrs 17 ff.

3880 So auch Huwiler in FS 80 Jahre Bader 96; Klang in Klang II² § 367 Rz 2 (220); Lübtow in FS 41. DJT 199 f.

3881 Urentwurf, Zweiter Teil, Drittes HS, § 92.

3882 Ofner, Urentwurf I 251.

3883 In diese Richtung gehend auch Klang in Klang II² § 367 Rz 2 (220).

äußerung an den redlichen Erwerber.³⁸⁸⁴ Die Konstruktion des § 367 Abs 1 ABGB ist somit als Zeugnis einer dogmatischen Evolution anzusehen, der aber für die Auslegung der Bestimmung nur sehr eingeschränkt Bedeutung zugemessen werden kann.

Verstärkt wirkt der Eindruck, dass die Regelungsmechanik des § 367 Abs 1 ABGB nicht mehr zeitgemäß ist, durch neuere Entwicklungen. Durch das HaRÄG 2005 wurde § 367 ABGB novelliert, sodass nunmehr in Abs 2 auch ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb vorgesehen ist, der zuvor im HGB geregelt wurde. Zwar wurde dieser in einem Größenschluss von § 367 [Abs 1] ABGB auch zuvor schon ganz unstr bejaht,³⁸⁸⁵ nun zeigt sich aber deutlich die Unabhängigkeit der Wertungen des § 367 ABGB von der Eigentumsklage, die für den Kontext einer durch ein beschränktes dingliches Recht belasteten Sache wohl ohne Anwendungsbereich bliebe.

Nach expliziter Anordnung findet § 367 Abs 1 ABGB nur bei beweglichen Sachen Anwendung. Zeiller begründet dies damit, dass die Sicherheit des Verkehrs bei unbeweglichen Sachen eine andere Stütze finde – nämlich das Grundbuch.³⁸⁸⁶ Im Regelungskonzept der Stammfassung des ABGB ist diese Aussage weitgehender, als es das heutige Verständnis nahe legen würde, da erst erheblich später eine eigenständige Grundbuchsordnung geschaffen wurde³⁸⁸⁷ – es bestand im Regelungskonzept der Stammfassung somit generell keine Möglichkeit des immediaten gutgläubigen Immobiliärerwerbs.³⁸⁸⁸ Vielmehr stand für den redlichen Erwerber bloß die Möglichkeit der Ersitzung offen, wobei hier bei Eintragung in das Grundbuch auf Grund der – durch die Teilnovellen aufgehobenen – Tabularersitzung bloß die kurze Ersitzungszeit von zumindest drei Jahren einschlägig war.³⁸⁸⁹ Erst durch die über einen längeren Zeitraum vorliegende Untätigkeit des tatsächlich Berechtigten schlägt hier bei der Interessensabwägung das Pendel zu Gunsten des redlichen Erwerbers aus.³⁸⁹⁰ Damit realisiert sich im Regelungsplan des Gesetzgebers der Stammfassung ein Zustand, der auch in der Lit immer wieder konstatiert wird: Hinsichtlich des Verkehrsschutzes wird die Eintragung in einem öffentlichen Register dem Besitz als deutlich überlegen angesehen

3884 Zeiller, Kommentar 2.1 § 367 Rz 6 (136).

3885 MWN zur Entwicklung diesbezüglich ab der Mitte des 19. Jahrhunderts *Krasnopolski*, Schutz des redlichen Verkehrs 5 ff.

3886 Zeiller, Kommentar 2.1 § 367 Rz 2 (134).

3887 Ausf zur geschichtlichen Entwicklung des GBG ab 1848 *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 256 ff.

3888 Heute wird aus den §§ 63 f GBG ein gutgläubiger Erwerb im Grundbuchsrecht gefolgert, s statt aller *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 63 Rz 1.

3889 S bereits 2.2.2.3.1.

3890 Dies kann auch als Ausdruck des Selbstverantwortungsprinzips angesehen werden, da der Erwerb vom Vertrauensmann bei Immobilien wohl nur äußerst geringe Relevanz zukommen würde.

hen;³⁸⁹¹ sie bietet „eine ausreichende Garantie dafür, dass das schriftlich fixierte Buchrecht mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt.“³⁸⁹² Dies kann als Ausdruck einer gesteigerten Bedeutung der Registereintragung aufgefasst werden, der im Konzept des ABGB eine klare rechtserhaltende Funktion zukommt.³⁸⁹³ Für unbewegliche Sachen besteht nach dem Ansinnen des Gesetzgebers auf Grund der Eintragung in ein öffentliches Register somit keine weitere Notwendigkeit des Verkehrsschutzes durch den Gutgläubenserwerb des § 367 Abs 1 ABGB.

Heute nur noch sehr eingeschränkt thematisiert wird das Erfordernis des (qualifizierten) Besitzes für den gutgläubigen Eigentumserwerb.³⁸⁹⁴ Dieser wird dabei va mit der Rechtsscheinwirkung des Besitzes in Zusammenhang gebracht.³⁸⁹⁵ Durch die Stellung als Besitzer könne demnach vermutet werden, dass der Veräußerer zur Verfügung über die Sache berechtigt ist, was sich auch in den Wertungen des § 323 ABGB wiederfindet. Die Rechtsscheinwirkung wurde in der älteren Lit mit der sog Legitimationstheorie als wahrer Grund für den gutgläubigen Eigentumserwerb angesehen, was mittlerweile aber zu Recht abgelehnt wird.³⁸⁹⁶ Nach § 367 Abs 1 ABGB ist dabei durchaus zweifelhaft, ob das Erfordernis einer Besitzstellung tatsächlich auf Erwägungen zum Rechtsschein zurückgeführt werden kann,³⁸⁹⁷ da nach eindeutigen Wortlaut der Bestimmung auf die Stellung des Erwerbers als Besitzer und nicht auf jene des Veräußerers abgestellt wird.³⁸⁹⁸ Dies lässt eine andere Interpretation des Erfordernisses der Besitzstellung in § 367 Abs 1 ABGB überzeugender scheinen: Bei der Interessensabwägung zwischen dem Alteigentümer und dem redlichen Erwerber kann zweiterer nur dann prävalieren, wenn ihm die Stellung als Besitzer eingeräumt wurde und er damit bereits Dispositionen über die erworbene Sache treffen konnte. Dies ist im Zusammenhang damit zu sehen, dass im Regelungskonzept der

3891 *Karner*, Mobiliarerwerb 169 ff; *Krasnopolski*, Schutz des redlichen Verkehrs 40.

3892 *Lübtow* in FS 41. DJT 210 f.

3893 S zur Unterscheidung zwischen der Nachweisfunktion, der rechtserhaltenden und rechtskonstituierenden Funktion der Registereintragung *Kreutz*, Das Objekt 485 f.

3894 In der aktuellen Kommentarliteratur wird der Besitz der Sache nicht mehr als Tatbestandsvoraussetzung des § 367 Abs 1 ABGB genannt, vgl *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 367 Rz 6 ff; *Leupold* in Klang³ § 367 Rz 18 ff.

3895 *Karner*, Mobiliarerwerb 165; *Karner*, Rechtsscheinwirkung des Besitzes und Scheinermächtigung, JBl 2004, 486 (486 f).

3896 Tatsächlich wird heute zT ein über den Besitz hinausgehender, verstärkter Rechtsschein gefordert, s mwN *Karner*, Mobiliarerwerb 170 ff.

3897 Generell krit zum Erfordernis des Rechtsscheins beim gutgläubigen Eigentumserwerb *Ernst*, Ist der gutgläubige Mobiliarerwerb eine Rechtsscheinwirkung? in FS Gernhuber (1993) 95 (99 ff).

3898 Dies bestätigt sich bei der Aussage von *Zeiller*, dass etwa der Verkauf durch einen Mieter von § 367 ABGB erfasst ist, dieser ist im österreichischen Recht aber jedenfalls kein Sach-, sondern Rechtsbesitzer, s *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 367 Rz 5 (136).

Stammfassung die rechtliche Erwerbungsart beim Eigentumserwerb als Akt der Besitzeinräumung zu interpretieren ist.³⁸⁹⁹ Aus dem Erfordernis des redlichen Besitzes des Erwerbers für den gutgläubigen Eigentumserwerb ergibt sich somit die Notwendigkeit einer rechtlichen Erwerbungsart, was auch der völlig hL³⁹⁰⁰ entspricht.³⁹⁰¹

In § 367 Abs 1 ABGB finden sich drei Erwerbskonstellationen, in denen das Interesse des redlichen Erwerbers berücksichtigungswürdiger ist als jenes des Berechtigten. Hierzu wurde bereits bemerkt, dass diese Fälle keiner einheitlichen ratio folgen,³⁹⁰² vielmehr handelt es sich um gesetzlich typisierte Interessensabwägungen, in denen entweder der Verkehrsschutz oder aber das Verhalten des Berechtigten Ausschlag für den Eigentumserwerb des redlichen Erwerbers gibt.³⁹⁰³ In erstere Kategorie fällt der Erwerb durch öffentliche Versteigerung.³⁹⁰⁴ In der Konzeption von *Zeiller* kann bei dieser jedermann erscheinen und allenfalls einen Einspruch kundtun; der Gutgläubenserwerb hat hier zudem einen institutionellen Zweck: Es soll durch den gesicherten Eigentumserwerb gewährleistet werden, dass ein möglichst hoher Preis erzielt wird.³⁹⁰⁵ Tragender Gesichtspunkt dabei ist, dass die Versteigerung eine behördliche Ermächtigung voraussetzt, weshalb auch das Vertrauen, das einer staatlich autorisierten Stelle entgegengebracht wird, geschützt wird.³⁹⁰⁶ Ebenso primär einem verkehrsschützenden Zweck folgt seit dem HaRÄG 2005 die Privilegierung des Erwerbs von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens. In der Stammfassung war hier noch auf den befugten Gewerbsmann abgestellt worden, womit wiederum an eine staatliche Befugnis angeknüpft wurde.³⁹⁰⁷ IdS sieht der Gesetzgeber somit bei der öffentlichen Versteigerung und beim Erwerb vom Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens Erwerbskonstellationen vor, in denen es einem Abnehmer typisiert nicht zumutbar ist, vom Veräußerer den Eigentumsnachweis zu verlangen und zu überprü-

3899 S bereits 2.2.1.1.1.

3900 *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 367 Rz 6; *Leupold* in Klang³ § 367 Rz 51.

3901 Sehr str ist idZ, ob auch das Besitzkonstitut ein hinreichender Modus ist. Da dieses aber iZm unkörperlichen Sachen wohl allenfalls eine untergeordnete Rolle spielt, kann eine Stellungnahme dazu unterbleiben, s dazu ausf *Karner*, Mobilärerwerb 339 ff; *Leupold* in Klang³ § 367 Rz 51 ff.

3902 S bereits *Krasnopolski*, Schutz des redlichen Verkehrs 23.

3903 *Karner*, Mobilärerwerb 206; *Ernst* in FS Gernhuber 114.

3904 Vgl dazu ausf statt aller *Leupold* in Klang³ § 367 Rz 57 ff.

3905 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 367 Rz 3 (135).

3906 *Karner*, Mobilärerwerb 286 f. Daraus folgt ganz zwanglos, dass völlig privat vorgenommene Versteigerungen – wie etwa über das Internet – nicht von den Rechtswirkungen des § 367 Abs 1 ABGB erfasst sind.

3907 *Karner*, Mobilärerwerb 292.

fen.³⁹⁰⁸ Einen anderen Gedanken verfolgt der Erwerb vom Vertrauensmann, der ein historisches Vorbild beim Grundsatz „Hand wahre Hand“ findet: Hier wurde von *Ernst Karner* überzeugend dargelegt, dass es sich um eine Ausprägung des Selbstverantwortungsprinzips handelt, weshalb dem Berechtigten der Nachteil zuzurechnen ist, der durch sein enttäushtes Vertrauen in einen anderen entstanden ist.³⁹⁰⁹ Erfasst sind dabei Konstellationen, in denen die erworbene Sache mit Willen des Eigentümers in die Hand des Vertrauensmanns gelangt ist;³⁹¹⁰ dies umfasst auch Fälle der Einzelrechtsnachfolge, in denen der Erwerber etwa mangels gültigen Titels kein Eigentum erwerben kann und in der Folge an einen redlichen Dritten weiterveräußert.³⁹¹¹ Generell muss sohin ein äußerer Umstand hinzutreten, dass der redliche Erwerber gegen den Berechtigten durchzudringen vermag, wobei die in den Tatbeständen des Erwerbs in einer öffentlichen Versteigerung, des Erwerbs vom Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens und des Erwerbs vom Vertrauensmann verankerten Wertungen durchaus auch Ausgangspunkt für Rechtsfortbildungen³⁹¹² sein können.³⁹¹³

2.2.2.4.2. Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB auf Rechte

Es gilt heute als weitgehend unbestrittener Lehrsatz, dass der gutgläubige Eigentumserwerb gem § 367 Abs 1 ABGB ausschließlich auf körperliche und nicht auf unkörperliche Sachen Anwendung findet.³⁹¹⁴ Vom Grundsatz, dass Rechte nicht Gegenstand des gutgläubigen Erwerbs sein können, wird aber im Einzelnen durchaus auch abgewichen: So findet sich in § 456 ABGB seit der Stammfassung eine Bestimmung zum gutgläubigen Erwerb eines Pfandrechts; darüber hinaus wird von der L auch ein gutgläubiger Erwerb eines Retentionsrechts gem § 471 ABGB³⁹¹⁵ sowie einer Servitut an einer be-

3908 Zum Ziel der Senkung der Transaktionskosten durch den Gutglaubenserwerb in diesem Kontext, s auch *Haberer*, Systembau oder Systembruch, in Domej et al (Hrsg), Einheit des Privatrechts (2009) 420 f.

3909 *Karner*, Mobilärerwerb 229 ff.

3910 Statt aller *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 367 Rz 16.

3911 *Karner*, Mobilärerwerb 261 ff.

3912 Dass auch Ausnahmenvorschriften wie der gutgläubige Eigentumserwerb einer Analogie zugänglich sind, ist mittlerweile nicht mehr str, s dazu weiterführend *Canaris*, Lücken² 181 ff.

3913 Zu denken ist hier etwa an den Erwerb in einer Vertrauensmännerkette.

3914 *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 367 Rz 2; *Riss* in KBB⁷ § 367 Rz 2; *Zoppel* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 367 Rz 2; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 367 Rz 3; *Leupold* in Klang³ § 367 Rz 8.

3915 Dies ist freilich sehr str. Während in der Rsp ein gutgläubiger Eigentumserwerb bejaht wird (RIS-Justiz RS0011507; zuletzt OGH 22.1.2015, 1 Ob 215/14w), sind die Auffassungen in der Lit dazu sehr gespalten. Dagegen auftretend etwa *Wilhelm*, Gutgläubiger Erwerb eines Zurückbehaltungsrechts, *ecolex* 1991, 145; *Rummel*, Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten? JBl 1977, 521.

weglichen Sache gefordert.³⁹¹⁶ IdS wird somit die Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB auf beschränkte dingliche Rechte durchaus nicht schlechthin ausgeschlossen.³⁹¹⁷ Zur Frage der Anwendbarkeit von § 367 Abs 1 ABGB läuft die Grenzziehung somit nicht zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen; vielmehr wird – einem pandektistischen Paradigma folgend³⁹¹⁸ – zwischen dinglichen Rechten und sonstigen Rechten unterschieden, wobei der gutgläubige Eigentumserwerb nur für erstere grds in Betracht kommen soll.³⁹¹⁹

In der Folge soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern sich diese Unterscheidung hinsichtlich des gutgläubigen Eigentumserwerbs gem § 367 Abs 1 ABGB rechtfertigen lässt. Erachtet man die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht, die ein solches Auslegungsergebnis zweifellos stützt, nicht als Axiom, muss in einem Regelungssystem, das eine Eigentumsposition an Rechten anerkennt, gesondert begründet werden, weshalb der gutgläubige Eigentumserwerb nicht in Betracht kommt. Hierbei finden sich in der Lit durchaus verschiedene Ansätze, auf die nun in der Folge systematisch einzugehen ist. Der Fokus liegt hierbei klar auf der Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB auf Rechte, die nicht als dingliche qualifiziert werden, da bei diesen in L und Rsp ein starker Konsens dahingehend besteht, dass ein gutgläubiger Erwerb nicht stattfinden kann. Zunächst sind dabei systematisch-teleologische Argumente zu beleuchten, bevor die einzelnen diesbezüglich relevanten Tatbestandsmerkmale des § 367 Abs 1 ABGB thematisiert werden.

2.2.2.4.2.1. Vervielfachung des erworbenen Rechts

Eine in der Lit mehrfach vorgebrachte Begründung für den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei Rechten liegt darin, dass es hierdurch zu einer Ver-

3916 Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 367 Rz 2; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 367 Rz 5.

3917 Überzeugender ist hier mE eine Anknüpfung an § 456 Abs 1 ABGB. Denn obwohl sich die Tatbestandsvoraussetzungen gleichen, ist die Funktion hier eine andere: Während beim gutgläubigen Eigentumserwerb gem § 367 Abs 1 ABGB der mittelbare Erwerb eines Rechtsobjekts von einem anderen eine Regelung findet, hat § 456 Abs 1 ABGB den unmittelbaren Erwerb eines Pfandrechts auf eine fremde Sache zum Inhalt. Die genannten Fälle haben aber durchwegs die Kreation eines Rechts zum Inhalt, nicht aber den abgeleiteten Rechtserwerb, weshalb hier § 367 Abs 1 ABGB nicht einschlägig ist.

3918 Eine solche Herangehensweise ist auch durchaus überzeugend, wenn man das Eigentumsrecht als Universal Mutterrecht ansieht, von dem beschränkte dingliche Rechte nur Absplitterungen darstellen. Hier kann aus der Behandlung des Eigentumsrechts mit einem *argumentum a maiore ad minus* auf beschränkte dingliche Rechte geschlossen werden.

3919 Eine Illustration für diesen Befund ergibt sich auch aus der Diskussion zum gutgläubigen Erwerb des Retentionsrechts, wo dieser auf Grund der obligatorischen Natur dieses Rechts abgelehnt wird, s dazu weiterführend Rummel, JBl 1977, 521 (524 f).

vielfachung des erworbenen Rechts kommen könne.³⁹²⁰ Dieses Argument ist dabei klar auf den Erwerb von Forderungen zugeschnitten: Denn im Fall einer Mehrfachzession könnte es – bei Bejahung eines gutgläubigen Forderungserwerbs – zu einer Situation kommen, in der sowohl der Erst- als auch der Zweiterwerber eine Forderung gegen den Zessus erwerben könnte und dieser somit doppelt belastet wäre.³⁹²¹ Darüber hinaus wäre es denkbar, dass durch einen gutgläubigen Erwerb von Forderungsrechten ein Rechtssubjekt ohne es zu wollen zum Schuldner würde.³⁹²² Allgemeiner formuliert wird dieser Gedanke von *Ertl*: Während bei körperlichen Sachen vom gutgläubigen Erwerb stets nur die Rechtsposition zu einem bestimmten Rechtsobjekt betroffen ist, gebe es bei Rechten keine Obergrenze – der gutgläubige Eigentumserwerb könnte sohin über die erworbene Sache hinaus Vermögenswirkungen zeitigen.³⁹²³ Dementsprechend müsse ein gutgläubiger Erwerb von Forderungsrechten nach Maßgabe des § 1394 ABGB scheitern, da sich die Rechtsstellung des Schuldners durch die Zession nicht verschlechtern dürfe.³⁹²⁴

Gegen diese Argumentation wurden in jüngerer Zeit freilich Zweifel laut. *Kundi* verortet hier ein Missverständnis, da nicht zwischen dem Erwerb kraft Rechtsschein, bei dem eine Forderung erst zum Entstehen gebracht wird, und dem gutgläubigen Erwerb einer bestehenden Forderung unterschieden werde.³⁹²⁵ Im zweiten Fall komme es freilich nicht zu einer Verdoppelung des Rechts, da es durch den gutgläubigen Eigentumserwerb gleichzeitig zu einem Rechtsverlust des tatsächlich Berechtigten kommen müsse.³⁹²⁶ In eine ähnliche Richtung geht die Argumentation von *Karner*: Durch den gutgläubigen Erwerb wechsle bloß die Rechtszuständigkeit, weshalb der berechtigte Forderungsinhaber sein Recht zu Lasten des redlichen Erwerbers, dem die Forderung auf Grund der gesetzlichen Interessensabwägung zukommt, verliere.³⁹²⁷ Nach dieser Ansicht müsse der Ausschluss des Gutglaubenserwerbs bei Rechten anderwärtig begründet werden, da es hier bereits dem Grundsatz nach nicht zu einer Rechtsvervielfachung kommen könne.

Tatsächlich besteht aber bei einem gutgläubigen Rechtserwerb potenziell eine Problematik der Vervielfältigung, die bei körperlichen Sachen so nicht gegeben ist. Dies erklärt sich daraus, dass körperliche Sachen grds rivale Güter sind; die Zuordnung eines Rechtsobjekts zu einem Rechtssubjekt schließt denk-

3920 *Ertl* in *Rummel*, ABGB³ § 1394 Rz 2; *Koziol*, Rechtsfragen beim Factoring-Geschäft, QuHGZ 1972, 313 (326).

3921 *Lukas/Geroldinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1394 Rz 13.

3922 So bspw *Raber*, JBl 1972, 441 (451).

3923 *Ertl*, Gutgläubiger Erwerb von Softwarepiraten: Zugleich ein Beitrag zum Gutglaubenserwerb an Forderungen, MR 1997, 314 (316 ff).

3924 *Thöni* in *Klang*³ § 1394 Rz 38.

3925 *Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 137 f.

3926 *Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 16.

3927 *Karner*, Mobiliarerwerb 153 f.

notwendig die Zuordnung zu einem anderen aus. § 367 Abs 1 ABGB bezieht sich sohin stets auf eine Erwerbssituation iZm einem spezifischen Rechtsobjekt, das unter näher geregelten Umständen einem anderen als dem Berechtigten zugewiesen wird. Das Rechtsobjekt selbst ändert sich durch die modifizierte Zuordnung aber nicht. Bei Rechten ist dies aber nicht notwendigerweise der Fall. Denn die Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB erschöpft sich nicht zwingend nach dem ersten Erwerb; vielmehr kann der Zedent potenziell seine Forderung mehrfach zedieren, weshalb unter Voraussetzung des § 367 Abs 1 ABGB³⁹²⁸ ein wiederholter gutgläubiger Forderungserwerb grds denkbar ist. Es käme dann potenziell zu einer Vervielfachung des Rechtsobjekts: Jeder Zessionar würde mit der gleichen Berechtigung ein Forderungsrecht erwerben; der Rechtsverlust beträfe aber nur den wahrhaft Berechtigten, der sein Recht nur einmal verlieren kann. Aus der Anwendung des gutgläubigen Erwerbs resultiert somit im Ergebnis eine Nichtrivalität des Forderungsrechts: Das Recht kann mehrfach übertragen werden, ohne dass es ein faktisches Hindernis dafür gäbe, wie dies bei rivalen körperlichen Sachen der Fall ist.

Diese durchaus stringente Herleitung des Ausschlusses eines gutgläubigen Erwerbs von Forderungsrechten trifft jedoch nicht im selben Ausmaß auf sämtliche Rechte zu. Denn auch Rechte können einer Vervielfältigung durch den gutgläubigen Eigentumserwerb entgegenstehen. So könnte etwa ein gewerbliches Schutzrecht, das zwingend in ein Register eingetragen wird, auch durch einen gutgläubigen Eigentumserwerb nicht dupliziert werden, da dafür eine neue Registereintragung vonnöten wäre, für die keine gesetzliche Grundlage besteht. Zudem wäre es hier ausgeschlossen, dass zwei Rechte mit demselben Inhalt – etwa zwei Patente für eine identische Erfindung – bestehen. Auch bei in Schuldscheinen verbrieften Forderungen³⁹²⁹ stellt sich die Problematik der Vervielfältigung deutlich eingeschränkt, wenn man mit *Wellspacher* die Übergabe der Urkunde als rechtliche Erwerbungsart ansieht.³⁹³⁰ Nur derjenige, der den Schuldschein übergeben bekommt, erlangt die Rechtszuständigkeit; eine Vervielfältigung des Rechts hätte wohl eine Vervielfältigung der Urkunde zur Voraussetzung.³⁹³¹ Zuletzt steht auch der Inhalt eines Rechts potenziell einer Vervielfältigung entgegen. So kann etwa das durch einen Bestandvertrag vermittelte Recht zur Nutzung einer Mietsache nicht ohne Weiteres dupliziert und sohin der Vermieter doppelt belastet werden; allenfalls

3928 Freilich betrifft dies *va* den Erwerb vom Unternehmer im Betrieb seines Unternehmens, da beim Erwerb in einer öffentlichen Versteigerung eine Mehrfachzession wohl nur schwerlich denkbar ist; beim Erwerb vom Vertrauensmann ist fraglich, ob nach einer Neuordnung des Rechts der Zedent nach der Erstzession weiterhin als ein solcher zu qualifizieren ist.

3929 Der gutgläubige Eigentumserwerb bei Wertpapieren wird von der hL bejaht, s dazu weiterführend 2.2.2.4.3.2.

3930 *Wellspacher*, Vertrauen 190.

3931 So auch *Micheler*, Wertpapierrecht 213.

fraglich ist die Zurechnung des Rechts. Die Wertung des § 1394 ABGB ist sohin nicht als generelle Grundlage für den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei Rechten aufzufassen, sondern bezieht sich primär auf unverbriefte Forderungen.

Es stellt sich somit die Frage, inwieweit die potenzielle Vervielfältigung einem gutgläubigen Erwerb entgegensteht. Denkbar sind hierbei zwei Auslegungsmöglichkeiten, bei denen ein Normkonflikt zwischen § 367 Abs 1 ABGB und § 1394 ABGB vermieden wird: Einerseits könnte § 367 Abs 1 ABGB strikt als Tatbestand des mittelbaren Eigentumserwerbs aufgefasst werden, bei dem das Recht – wenn nicht unmittelbar vom Veräußerer – von einem anderen abgeleitet werden muss. Nicht anwendbar wäre diese Bestimmung somit in Konstellationen, bei denen es zu einer Vervielfältigung des Rechtsobjekts und somit zur Schaffung eines neuen Rechts kommen würde. Andererseits könnte die Anwendbarkeit von § 367 Abs 1 ABGB auf Rechte, bei denen der gutgläubige Eigentumserwerb zu einer Vervielfältigung des Rechts führen könnte, auch generell ausgeschlossen werden. Vorzugswürdig ist freilich letztere Ansicht, da die bloße Einschränkung der Anwendbarkeit von § 367 Abs 1 ABGB auf den mittelbaren Erwerb zu Wertungsproblemen im Fall des wiederholten gutgläubigen Rechtserwerbs führen könnte. Wenn sowohl Erst- als auch Zweitcessionar ihre Berechtigung auf den gutgläubigen Erwerb stützen, wäre es nicht unmittelbar einsichtig, weshalb der Erstcessionar besser gestellt würde, da der Zweitcessionar nach denselben Grundsätzen schützenswert ist. Vielmehr bedürfte diese Konstellation einer gesetzlichen Regelung, die freilich nicht besteht. Aus diesen Erwägungen kann der hL beim Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei Forderungen gefolgt werden; auf den Gedanken der einem Gutglaubenserwerb entgegenstehenden Nichtrivalität ist in der Folge aber freilich auch bei sonstigen Rechten zurückzukommen.

2.2.2.4.2.2. Mangelnder Rechtsschein

Das mittlerweile am häufigsten vorgebrachte Begründungsmuster für den Ausschluss von § 367 Abs 1 ABGB bei Rechten knüpft am fehlenden Rechtsschein bei Rechten an.³⁹³² Hinter dieser idR nur schlagwortartig vorgebrachten Begründung steckt die Erwägung, dass bei Rechten als unkörperliche Sache die Zurechnung zu einem einzelnen Rechtssubjekt nicht offenkundig ist. Demnach fehle es beim Erwerber an einer hinreichenden Vertrauensbasis, die Voraussetzung für den gutgläubigen Eigentumserwerb ist;³⁹³³ die Interessensabwägung zwischen dem Berechtigten und dem redlichen Erwerber müsse demnach stets zu Gunsten von ersterem ausfallen. Basierend auf diesem Ansatz wird in der Lit auch der ausnahmsweise mögliche Gutglaubenserwerb bei Rechten begründet: So bestehe bei Wertpapieren mit der Urkunde etwa ein

3932 *Karner*, Mobilärerwerb 155; in diese Richtung gehend auch *F. Bydliński*, System 508; vgl auch *Reidinger*, Die dinglich wirkende Einrede, in FS Binder (2010) 143 (158).

3933 *Leupold* in Klang³ § 367 Rz 18.

sinnfälliges Objekt, das eine „handfeste Grundlage für Verkehrsschutzwirkungen“³⁹³⁴ darstellt, weshalb bei Inhaber- und Orderpapieren die Möglichkeit eines gutgläubigen Eigentumserwerbs bejaht wird.³⁹³⁵ Ebenso sei bei Hypothekarforderungen auf Grund der Eintragung in das Grundbuch ein Rechtsschein gegeben, der einen gutgläubigen Eigentumserwerb rechtfertigen soll.³⁹³⁶ Vereinzelt geblieben ist die Ansicht, nach der bei urheberrechtlichen Werknutzungsbewilligungen ein gutgläubiger Rechtserwerb möglich sei, wenn eine Verkörperung auf einem Speicherträger erfolgt ist, da dadurch ein Rechtsscheintatbestand geschaffen würde.³⁹³⁷ Aus diesen Überlegungen zum Rechtsschein folgt, dass bei Rechten, denen generell keine Publizität zukommt, ein gutgläubiger Eigentumserwerb ausscheiden muss.

Die Begründung der Einschränkung des Gutgläubenserwerbs bei Rechten auf Prinzipienebene krankt freilich daran, dass dadurch die verwehrte Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB auf kundbare Rechte nicht erklärt werden kann. So lässt sich nicht ableiten, weshalb bei Rechten, die im höchsten Maße offenkundig sind – wie etwa in öffentliche Register eingetragene gewerbliche Schutzrechte³⁹³⁸ – eine Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB abgelehnt wird; ebenso wird bei intabulierten Mietrechten ein Gutgläubenserwerb ausgeschlossen.³⁹³⁹ In diesem Kontext bestünde freilich durch die Registereintragung ein starker Rechtsschein, dass der Eingetragene tatsächlich berechtigt ist; es ist nicht ersichtlich, weshalb hier der Rechtsinhaber, der einen unrichtigen Registereintrag toleriert, wertungsmäßig besser gestellt werden soll als der redliche Erwerber. Im abgeschwächten Maße zeigt sich diese Inkonsistenz auch bei der Behandlung von Rechten, die – ohne Wertpapiere zu sein – in Schuldscheinen verbrieft werden. Auch hier besteht – wie auch beim Sachbesitz – ein Rechtsschein dahingehend, dass demjenigen, der den Schuldschein innehat, auch das Recht zukommt. Obwohl in diesem Kontext durchaus auch Stimmen für einen gutgläubigen Forderungserwerb plädieren,³⁹⁴⁰ wird dieser von der L – soweit dies überhaupt thematisiert wird – abgelehnt.³⁹⁴¹ Das prinzipielle Erfordernis eines Rechtsscheins für den gutgläubigen Eigentums-

3934 F. Bydlinski, System 508.

3935 Koller/Wolkerstorfer, Wertpapierrecht² 23; Aicher/F. Schuhmacher in Krejci, Unternehmensrecht⁵ 550; Roth, Wertpapierrecht² 53 f.

3936 Zum Grundbuch als Basis für eine Rechtsscheinhaftung Kundi, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 109 ff; Moser, Einlösungsrecht 184 ff.

3937 Weiterführend Ertl, MR 1997, 314.

3938 Zum Patentrecht, s Holzweber in Stadler/Koller, PatG § 33 Rz 9; zum Markenrecht s OPM 26.3.2008, Om 12/07 PBl 2009, 21.

3939 Vgl OGH 16.10.2001, 4 Ob 241/01x.

3940 Moecke, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb (1962) 74 ff; Wellspa-cher, Vertrauen 195 ff.

3941 Karner, Mobiliarerwerb 155 (Fn 816); Kundi, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 138; Krasnopolski, Schutz des redlichen Verkehrs 42 f, vgl auch OGH 5.2.1908, Nr 1908 GlUNF 4114.

erwerb allein ist sohin nicht geeignet, den Ausschluss der Anwendung dieser Bestimmung auf Rechte abschließend zu begründen.

Das Erfordernis einer gewissen Offenkundigkeit des Rechts bzw der Rechtsausübung, die Grundlage für einen Rechtsschein ist, lässt sich freilich direkt im Tatbestand des § 367 Abs 1 ABGB verorten. Denn dieser erfasst explizit nur Rechtsobjekte, an denen eine Besitzposition offensteht, da nur der rechtmäßige und redliche Besitzer uU dem tatsächlich Berechtigten vorgeht. Daraus folgt, dass ausschließlich Rechte, die Gegenstand des Rechtsbesitzes sind, dem Grunde nach tatbestandsgegenständlich für § 367 Abs 1 ABGB sein können.³⁹⁴² Durch die den Rechtsbesitz begründende, sozialtypisch offenkundige Rechtsausübung kann aber nach den Wertungen des ABGB durchaus ein Rechtsschein geschaffen werden, da auch beim Rechtsbesitz dem Besitzer nach § 323 ABGB die Vermutung eines gültigen Titels zukommt. Er muss eine Störung seiner Rechtsausübung nicht tolerieren und kann gegen diese gerichtlich vorgehen; schließlich kann sich die andauernde Rechtsausübung durch Ersitzung auch zu einer tatsächlichen Rechtsposition verdichten. Hieraus folgt klar, dass Rechte, die nicht Gegenstand des Rechtsbesitzes sind – wie etwa völlig publizitätslose Forderungsrechte – mangels Rechtsscheinwirkung auch nicht den Tatbestand des § 367 Abs 1 ABGB erfüllen können.³⁹⁴³ Durch die Voraussetzung einer Besitzstellung wird somit das Erfordernis eines Rechtsscheins im Tatbestand des § 367 Abs 1 ABGB konkretisiert, womit der Ausschluss des Gutgläubenserwerbs bei sämtlichen publizitätslosen Rechten, die nicht Gegenstand des Rechtsbesitzes sein können, begründet werden kann.

2.2.2.4.2.3. Fehlende Tatbestandsvoraussetzungen

Ein Teil der L argumentiert dahingehend, dass bei Rechten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 367 ABGB generell nicht erfüllt sind. Auf *Roswitha Kundi* zurückzuführen ist die Ansicht, dass der gutgläubige Erwerb von Forderungsrechten ausgeschlossen sei, da die in § 367 Abs 1 ABGB genannten Erwerbsumstände auf körperliche Sachen zugeschnitten seien.³⁹⁴⁴ Dieses Argument hat *prima facie* generell für den gutgläubigen Erwerb von Rechten Gewicht: So werden der Erwerb in öffentlichen Versteigerungen bzw vom Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens durchaus

³⁹⁴² Dies ist auch innerhalb der Herangehensweise der hL konsistent, da diese einen Rechtsbesitz ausschließlich bei dinglich radizierten Rechten annimmt; es kann sohin ein gutgläubiger Erwerb am Retentionsrecht bzw an der Dienstbarkeit begründet werden, s zum engen Konzept des Rechtsbesitzes bei der hL weiterführend AT 4.3.2.

³⁹⁴³ In diese Richtung geht auch die ältere Rsp, die den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei Rechten noch eingehender begründete: Demnach sei die Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB bei – wenngleich auch verbrieften – Forderungen ausgeschlossen, da hier keine „*Ausübung eines Besitzes, der Innehabung, Verwahrung oder eines fortdauernden Gebrauchs*“ stattfinden könne, was durchaus als Verweis auf § 313 ABGB gelesen werden kann, s OGH 5.2.1908, Nr 1908 GIUNF 4114.

³⁹⁴⁴ *Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 139 f.

mit körperlichen Sachen assoziiert; auch der Erwerb von demjenigen, dem die Sache anvertraut worden ist, scheint auf den gutgläubigen Rechtserwerb nicht zu passen. Die Auswahl der privilegierten Erwerbsumstände können somit zumindest als Indiz dafür verstanden werden, dass der Gesetzgeber bei § 367 Abs 1 ABGB primär den Erwerb von körperlichen Sachen vor Augen gehabt hat.

Ein durchschlagendes Argument dafür, dass der gutgläubige Erwerb bei Rechten generell ausgeschlossen sei, setzt freilich voraus, dass es keine Konstellation gibt, in denen die Erwerbsumstände des § 367 Abs 1 ABGB erfüllt sind. Dies ist aber ganz offensichtlich nicht der Fall, was sich insb im Fall der öffentlichen Versteigerung zeigt.³⁹⁴⁵ Nach § 319 EO ist zur Verwertung von Forderungen auch der Verkauf von Forderungen in öffentlichen Versteigerungen möglich, wenn nicht einer der in Abs 1 genannten Gründe vorliegt,³⁹⁴⁶ weshalb bei Forderungsrechten eine der in § 367 Abs 1 ABGB angeführten Erwerbsarten in Betracht kommt.³⁹⁴⁷ Auch der Erwerb von Rechten vom Unternehmer im Betrieb seines Unternehmens ist zwar unüblich, aber dennoch nicht undenkbar, was insb beim Factoring in Betracht kommen könnte: Eine Bank, die ihre Forderung gegenüber einem Unternehmer an einen Factor abtritt, würde zumindest nicht ohne nähere Prüfung aus dem Anwendungsbereich des § 367 Abs 1, 2. Fall ABGB herausfallen. Zuletzt scheint auch der Erwerb von Rechten vom Vertrauensmann möglich, wenn dieser auch den Rechtserwerb von demjenigen erfasst, der etwa mangels gültigen Titels keine Rechtszuständigkeit erworben hat.³⁹⁴⁸ Es ist sohin durchaus möglich, dass eine der in § 367 Abs 1 ABGB genannten Erwerbskonstellationen auch iZm Rechten erfüllt ist, weshalb hieraus kein zwingender Grund dahingehend abgeleitet werden kann, dass ein gutgläubiger Erwerb bei Rechten ausscheiden muss.

Sehr viel mehr Überzeugungskraft hat das von *Gabriel Kogler* vorgebrachte Argument, dass mit der Bezugnahme des § 367 Abs 1 ABGB auf bewegliche Sachen gleichzeitig auch eine Voraussetzung der Körperlichkeit besteht.³⁹⁴⁹ Denn die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen in § 293 ABGB bezieht sich nur auf körperliche Sachen, was sich unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt und auch der hL entspricht.³⁹⁵⁰ Bei

3945 Dahingehend auch *Palma*, wbl 2023, 62.

3946 *Höllwerth* in Deixler-Hübner, Exekutionsordnung – Kommentar 31. Lfg § 319 Rz 2; *Oberhammer* in Angst/Oberhammer, EO³ § 319 EO Rz 1.

3947 Bei anderen Rechten wird nach sondergesetzlichen Wertungen die Möglichkeit der öffentlichen Versteigerung erwähnt, vgl § 68 GmbHG; § 59, 179 AktG; zur Verwertung von Patenten durch öffentliche Versteigerung *Koller* in Stadler/Koller, PatG § 34 Rz 47.

3948 *Karner*, Mobilärerwerb 261 ff.

3949 *Kogler*, JBl 2021, 685 (688 f).

3950 *Riss* in KBB⁷ § 293 Rz 1; *Helmich* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 293 Rz 3; *Holzner* in Rummel, ABGB⁴ § 293 Rz 2; *Kisslinger* in Klang³ § 293 Rz 6.

Rechten sieht § 298 ABGB bloß eine Legalfiktion vor, die nach Ansicht *Zeillers* nur dann Platz greifen kann, wenn die rechtliche Notwendigkeit besteht, Rechte der einen oder der anderen Kategorie zuzuordnen.³⁹⁵¹ Hieraus kann wohl zu Recht der Schluss gezogen werden, dass sich § 367 ABGB nach den Regelungsvorstellungen des historischen Gesetzgebers bloß auf bewegliche körperliche Sachen bezieht.

2.2.2.4.2.4. Rechtsbesitz

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 367 Abs 1 ABGB ist, dass dem redlichen Erwerber eine Position als Besitzer eingeräumt worden ist. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass ohne einen Besitz des Erwerbers auch ein gutgläubiger Erwerb ausscheiden muss. Ob ein gutgläubiger Rechtserwerb tatsächlich in Betracht kommt, hängt somit wesentlich vom Konzept des Besitzes ab, auf das diese Bestimmung abstellt. IdS stellt sich somit die Frage, ob für § 367 Abs 1 ABGB der Rechtsbesitz ebenso tatbestandsgegenständlich ist wie der Sachbesitz.

Zunächst kann aus dem Erfordernis, dass ein gutgläubiger Erwerb von Rechten nur dann möglich ist, wenn ein Rechtsbesitz gegeben ist, der Kreis der hierfür in Frage kommenden Rechte eingeschränkt werden. Denn bei Rechten, bei denen ein Rechtsbesitz – etwa auf Grund des fehlenden Dauerelements – nicht in Betracht kommt, sind sohin auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 367 Abs 1 ABGB nicht erfüllt. Dies trifft – wie bereits angeklungen – ganz unstr auf publizitätslose Forderungsrechte zu;³⁹⁵² darüber hinaus wird ein Gutglaubenserwerb aber auch bei in Schuldscheinen verbriefen Forderungen ausscheiden müssen, sofern es sich nicht um ein Wertpapier handelt. Denn wie aufgezeigt,³⁹⁵³ ist die Besitzstellung hier auf die genuin wertpapierrechtliche Wertung, dass einzig der Inhaber des Papiers bzw der am Wertpapier Genannte zur Rechtsausübung berechtigt ist, zurückzuführen. Daraus folgt, dass außerhalb des wertpapierrechtlichen Kontextes trotz der Verbriefung des Rechts und der damit einhergehenden Publizität ein gutgläubiger Erwerb von Forderungsrechten – entgegen der Ansicht von *Wellspacher*³⁹⁵⁴ – mangels Rechtsbesitz ebenso wie bei publizitätslosen Forderungsrechten ausscheiden muss.

Wenn – wie nach der hier vertretenen Rechtsansicht – der Kreis der Rechte, für die ein Rechtsbesitz möglich ist, weit gezogen werden kann und somit auch Rechte ohne dinglichen Konnex dafür grds in Betracht kommen, sind noch weitere Überlegungen zum Gutglaubenserwerb von Rechten notwendig. Ein wesentliches Ergebnis der vorliegenden Untersuchung besteht dabei

3951 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 298 Rz 1 (22).

3952 Dies ergibt sich bereits aus Überlegungen zum erforderlichen Rechtsschein, s 2.2.2.4.2.2.

3953 Vgl 2.1.3.3.

3954 *Wellspacher*, Vertrauen 195.

darin, dass seit der Stammfassung des ABGB Rechte geschaffen wurden, die – obwohl sie als bewegliche Sache zu qualifizieren sind – in ein öffentliches Register einzutragen sind; bei diesen wird der Rechtsbesitz durch die Registereintragung erworben. Dementsprechend stellt sich bei gewerblichen Schutzrechten und Mitgliedschaftsrechten, die in ein öffentliches Register eingetragen werden, durchaus die Frage, ob § 367 Abs 1 ABGB Anwendung finden kann; dies wird dadurch akzentuiert, dass bei diesen Rechten durch die Registereintragung auch ein manifester Rechtsschein hinsichtlich der Berechtigung des Eingetragenen besteht. Bei dieser Auslegungsfrage gilt es, sich das Regelungskonzept des § 367 Abs 1 ABGB in Erinnerung zu rufen: Diese Bestimmung sieht bei beweglichen Sachen im Interesse des Verkehrsschutzes einen Eigentumserwerb des gutgläubigen Erwerbers vor; bei unbeweglichen Sachen wird ein solcher aber auf Grund des Grundbuchs für nicht notwendig erachtet.³⁹⁵⁵ In Betracht kommt bei unbeweglichen Sachen aber die Ersitzung, wobei im Regelungskonzept der Stammfassung durch die Tabularersitzung die Ersitzungszeit verkürzt wurde. Wenn der Gesetzgeber nun Rechte geschaffen hat, die zwar als bewegliche Sache zu qualifizieren sind und demnach *prima vista* den Tatbestand des § 367 Abs 1 ABGB erfüllen, darüber hinaus aber die Eintragung in ein öffentliches Register zur Voraussetzung haben, ist das Auslegungsergebnis sehr eindeutig: Auch bei diesen Rechten übt das öffentliche Register eine Verkehrsschutzfunktion aus, wie es das Grundbuch bei unbeweglichen Sachen tut. Dementsprechend kommt die Wertung zur Anwendung, dass es eines eigenständigen Schutzes des redlichen Verkehrs durch § 367 Abs 1 ABGB nicht bedarf; für eine unterschiedliche Behandlung von unbeweglichen Sachen und in öffentliche Register eingetragenen unkörperlichen Sachen bedürfte es vielmehr einer eigenständigen Rechtfertigung. Hieraus folgt, dass bei in öffentliche, dem Grundbuch gleichzuhaltende Register eingetragenen Rechten eine Anwendung des Gutgläubenserwerb gem § 367 Abs 1 ABGB ausscheiden muss; es bedarf hierfür vielmehr einer gesetzlichen Sonderwertung, wie sie für unbewegliche Sachen in den §§ 63 f GBG auffindbar ist.

Sieht man die Besitzposition als notwendige Voraussetzung für die Anwendung des § 367 Abs 1 ABGB, ist der Gutgläubenserwerb nach dem Regelungskonzept der Stammfassung iW³⁹⁵⁶ bloß an solchen Rechten denkbar, an denen der Rechtsbesitz durch Gebrauch im eigenen Namen nach Maßgabe der §§ 312 f ABGB erworben wird. Hier zeigt sich jedoch ein struktureller Unterschied zwischen dem Sach- und Rechtsbesitz, der für den gutgläubigen Erwerb von Relevanz ist. Bei körperlichen Sachen ist im Regelungskonzept des

³⁹⁵⁵ Zeiller, Kommentar 2.1 § 367 Rz 2 (134).

³⁹⁵⁶ Darüber hinaus besteht aber nach wertpapierrechtlichen Wertungen eine Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs. Denkbar ist dies freilich auch in Konstellationen, in denen sich abweichend vom Regelungskonzept des ABGB die Stellung als Besitzer aus eigenen Wertungen ergibt – wie etwa beim Mitgliedschaftsrecht an der AG.

ABGB – wie gezeigt³⁹⁵⁷ – der Erwerb des Sachbesitzes als rechtliche Erwerbungsart Voraussetzung für den Eigentumsübergang und fällt mit diesem zeitlich zusammen. Der gutgläubige Eigentumserwerb kann sohin als qualifizierte Besitzerlangung angesehen werden.³⁹⁵⁸ Anders ist dies freilich beim Rechtsbesitz, bei dem die Besitzerlangung nicht notwendig für den Rechtsübergang ist. Dementsprechend sind der Übergang des Rechts und der Erwerb von Rechtsbesitz unabhängig voneinander zu betrachten; diese bedingen einander nicht zwingend und können auch zeitlich auseinanderfallen. Bejaht man hier den gutgläubigen Erwerb von Rechten, würde dies sohin bedeuten, dass neben einer wirksamen rechtlichen Erwerbungsart noch eine weitere Voraussetzung gegeben sein muss: Das Recht müsste vom redlichen Erwerber im eigenen Namen gebraucht werden, sodass ein Rechtsbesitz begründet werden kann. Dem nach Maßgabe von § 313 ABGB erworbenen Rechtsbesitz kommt somit idZ eine andere Funktion zu als dem Sachbesitz.

Mit der Struktur des § 367 Abs 1 ABGB lässt sich eine Position, nach der auch ein nach Maßgabe des § 313 ABGB erworbener Rechtsbesitz für den gutgläubigen Erwerb hinreichend ist, nur schwer vereinbaren. Denn wie gesehen ist diese Bestimmung grds als Vindikationsausschluss konzipiert, in dem das Verhältnis zwischen dem nicht-besitzenden Eigentümer und dem Besitzer näher geregelt wird. Im Verhältnis zwischen dem Rechtszuständigen und dem Rechtsbesitzer – also demjenigen, der ein Recht im eigenen Namen ausübt – wird die Vindikation aber in aller Regel keine Abhilfe schaffen: Beim Prätendentenstreit, der als ein Anwendungsfall der Eigentumsklage bei Rechten angesehen werden kann,³⁹⁵⁹ ist es nicht von Belang, ob das Recht ausgeübt wird oder nicht; fraglich ist alleine die Rechtszuordnung. Wenn es tatsächlich zu einem Konflikt zwischen dem Rechtszuständigen und dem Rechtsbesitzer kommt, wird in aller Regel das Interesse des Rechtszuständigen in der Abstellung der Ausübung des Rechts und nicht in einer irgendwie gearteten Herausgabe des Rechts bestehen. Einschlägig ist somit im Verhältnis zwischen Rechtszuständigen und Rechtsbesitzer vielmehr die Eigentumsfreiheitsklage gem § 523 ABGB. Da es iW keinen realistischen Fall gibt, in dem der Rechtszuständige gegen denjenigen, der das Recht im eigenen Namen ausübt, gem § 366 ABGB vorgeht, kann der Schluss gezogen werden, dass der als Einwendung konzipierte § 367 Abs 1 ABGB in diesem Kontext auch keine Anwendung finden kann.

Auch wertungsmäßig ist im Kontext des Gutgläubenserwerbs die den Rechtsbesitz begründende Ausübung von Rechten nicht dem Sachbesitz gleichzuhalten. Bei körperlichen Sachen kommt es durch den Besitzwechsel

3957 S oben 2.2.1.1.1.

3958 MwN *Karner*, Mobilärerwerb 128.

3959 S bereits AT 4.2.5.1.

dazu, dass der Berechtigte „aus der Besitzposition herausgedrängt wird“;³⁹⁶⁰ gleichzeitig erfolgt ein „Näherherantreten“ des Erwerbers zur Sache,³⁹⁶¹ was nach *Karner* konstitutiv für die Interessensabwägung zu Gunsten des redlichen Erwerbers ist. Eben diese Verlagerung der Sache vom tatsächlich Berechtigten zum Erwerber fehlt aber beim Rechtsbesitz: Denn anders als der Sachbesitz hat dieser nicht zwingend rivalen Charakter; potenziell können mehrere Rechtssubjekte ein Recht im eigenen Namen ausüben und somit Rechtsbesitzer sein.³⁹⁶² Selbst der gutgläubige Rechtserwerb und die Rechtsausübung im eigenen Namen durch den redlichen Erwerber schließen es noch nicht notwendigerweise aus, dass der (ehemals) Berechtigte noch weiterhin Rechtsbesitzer bleibt, solange dieser sein Recht ausübt. Dazu kommt der Umstand, dass der Rechtsbesitz nicht durch Rechtsausübung gegenüber dem (ehemals) Berechtigten, sondern im Verhältnis zum Schuldner – dh in einer zessionsrechtlichen Sprache dem Zessus – erfolgt. Es könnte sohin potenziell zu einem Gutgläubenserwerb kommen, ohne dass mit diesem für den Berechtigten greifbare Änderungen im Rechtsgebrauch einhergehen. All dies führt zum Befund, dass die Voraussetzung eines nach Maßgabe des § 313 ABGB begründeten Rechtsbesitzes im Kontext des Gutgläubenserwerbs einen Fremdkörper darstellt. Es ergeben sich eine Vielzahl an systematischen Schwierigkeiten und Wertungsinkongruenzen, die weder in den Mat noch in der älteren Lit erörtert werden. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass auch ein nach Maßgabe des § 313 ABGB begründeter Rechtsbesitz nicht hinreichend ist, um die Voraussetzungen des Gutgläubenserwerbs gem § 367 Abs 1 ABGB zu erfüllen.

2.2.2.4.2.5. Synthese

Aus der vorgegangenen Untersuchung kann gefolgert werden, dass nach dem Regelungskonzept des ABGB der Gutgläubenserwerb des § 367 Abs 1 ABGB auf körperliche Sachen begrenzt ist. Hierfür bestehen bereits im Tatbestand einige Indizien: So ist das Erfordernis, dass dem Erwerber eine Stellung als Besitzer zukommt, klar auf den Sachbesitz und nicht auf den Rechtsbesitz ausgelegt, zudem wirken auch die genannten Erwerbsumstände nicht passend für eine Anwendung auf Rechte. Auch in den Mat bzw der älteren Lit finden sich keinerlei Hinweise dahingehend, dass auch unkörperliche Sachen Gegenstand des gutgläubigen Erwerbs gem § 367 Abs 1 ABGB sein können. Ein solches Auslegungsergebnis bestätigt sich durch die Evolution der Bestimmung: Der gutgläubige Eigentumserwerb gem § 367 Abs 1 ABGB beruht ganz we-

3960 *Karner*, Mobilärerwerb 191; vgl auch § 349 ABGB.

3961 *Karner*, Mobilärerwerb 349 f.

3962 Dies zeigt sich illustrativ daran, dass § 351 ABGB hinsichtlich des Rechtsbesitzes anders als § 349 ABGB beim Sachbesitz den Umstand, dass ein anderer den Besitz erwirbt, nicht als Erlösungsgrund anführt.

sentlich auf dem Entwurf Martini, der nur geringfügig abgeändert wurde.³⁹⁶³ Hierbei gilt es zu bedenken, dass dem Entwurf Martini und dem Urentwurf ein enges Eigentumskonzept zu Grunde lag, bei dem das Eigentum i.e.S. als Recht „mit der Substanz einer körperlichen Sache und ihren Nutzungen frei zu schalten und zu walten, mithin auch jeden Anderen davon auszuschließen“³⁹⁶⁴ aufgefasst wurde. Dies legt nahe, dass der gutgläubige Eigentumserwerb hier nur auf körperliche Sachen begrenzt wurde, was sich mit der naturrechtlichen Anschauung, nach der der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten nur ganz ausnahmsweise zulässig ist, deckt. Da die zu Grunde gelegte Regelungsmechanik nicht geändert wurde, ist davon auszugehen, dass nach dem Ansinnen des Gesetzgebers Rechte nicht auf Basis von § 367 Abs 1 ABGB gutgläubig erworben werden können. Hinsichtlich des Gutglaubenserwerbs bei Rechten stimmen der Ansatz des historischen Gesetzgebers und ein pandektistisches Paradigma somit überein.

Nach den zwischenzeitlich erfolgten Rechtsentwicklungen überzeugt die Wertung des Gesetzgebers mittlerweile in unterschiedlichem Maße. Für völlig publizitätslose Forderungsrechte muss ein gutgläubiger Erwerb völlig unstr. ausscheiden. Hier fehlt es an einem den Rechtsübergang legitimierenden Rechtsschein, ebenso droht eine Vervielfachung des erworbenen Rechts und somit ein Normkonflikt mit § 1394 ABGB. Auch bei Rechten, bei denen sich der Rechtsbesitz durch den Gebrauch im eigenen Namen ergibt, fehlt eine Grundlage für den gutgläubigen Erwerb. Es haben sich aber mittlerweile durchaus Konstellationen ergeben, in denen die Grundwertung, dass ein gutgläubiger Rechtserwerb generell ausgeschlossen ist, weniger überzeugend ist. So wird in der Folge der modernen Wertpapierrechtsdogmatik bei in Order- oder Inhaberpapieren verbrieften Rechten ein gutgläubiger Erwerb für zulässig angesehen; hier besteht einerseits eine Rechtsscheingrundlage, andererseits ist die Gefahr der Rechtsverdoppelung durch die Verbriefung in einer Urkunde in aller Regel gebannt. Ebenso ist bei Rechten, die in ein öffentliches Register eingetragen sind, ein kategorischer Ausschluss des gutgläubigen Rechtserwerbs weniger überzeugend: Da es hier weder an einem Rechtsschein mangelt noch die Gefahr einer Rechtsvervielfältigung besteht, ist nicht unmittelbar einsichtig, weshalb die Interessen des redlichen, auf den Registereintrag vertrauenden Erwerbers nicht schutzwürdig sind; es gilt idZ somit zu überlegen, ob es durch neuere Entwicklungen mittlerweile zu einer Regelungslücke gekommen ist. Völlig offen bleibt indes, wie der gutgläubige Erwerb von unkörperlichen Sachen zu beurteilen ist, wenn die Besitzposition weder durch den Rechtsgebrauch im eigenen Namen noch durch die Eintragung in ein öffentliches Register begründet wird,

3963 Karner, Mobilärerwerb 115; Frotz in FS Kastner 143 ff; Krasnopolski, Schutz des redlichen Verkehrs 21.

3964 Entwurf Martini II, 3. Hauptstück, § 1.

sondern durch spezifische gesetzliche Wertungen – wie etwa durch die Eintragung in das Aktienbuch bei Namensaktien oder bei der Depotbuchung bei Inhaberaktien.³⁹⁶⁵ Dies muss freilich innerhalb des Regelungskontextes der einzelnen Rechte gesondert beurteilt werden.

2.2.2.4.3. Gutgläubiger Erwerb ausgewählter Rechte

Ausgehend vom Befund, dass nach dem Regelungskonzept des ABGB der gutgläubige Erwerb gem § 367 Abs 1 ABGB nur körperliche Sachen erfasst, gilt es nun zu beleuchten, inwiefern bei einzelnen Rechten von diesem Grundsatz abgewichen wird. Dies ist insoweit denkbar, als dass bei Rechten ein – mit körperlichen Sachen vergleichbarer – Rechtsschein besteht und auch eine Vervielfältigung des Rechtsobjekts nicht in Betracht kommt. In diesen Fällen, in denen ein Recht seinen Charakteristika nach einer körperlichen Sache angenähert wird, ist es durchaus begründungsbedürftig, weshalb bei der Interessensabwägung der redliche Erwerber gegenüber dem Rechtszuständigen stets das Nachsehen hat. Auf Grund der Rechtsentwicklungen seit der Stamfassung des ABGB ist dies nicht nur eine theoretische Möglichkeit: So wird mittlerweile nach wertpapierrechtlichen Wertungen auch der Gutglaubenserwerb bei verbrieften Forderungen bejaht, zudem bestehen – allen voran bei gewerblichen Schutzrechten – vielfältige Registerrechte; schließlich bestehen auch gesetzliche Sonderwertungen, die potenziell auch Auswirkungen auf den gutgläubigen Erwerb haben könnten. In der Folge gilt es sohin, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs an Hand ausgewählter Rechte³⁹⁶⁶ zu thematisieren.³⁹⁶⁷

³⁹⁶⁵ Denkbar ist dies freilich auch bei einer Eintragung in der Blockchain, weshalb *Vonkilch/Knoll* hier zu Recht einen Gutglaubenserwerb in Betracht ziehen, s dazu weiterführend *Vonkilch/Knoll*, Bitcoins und das Sachenrecht des ABGB, JBl 2019, 139 (147 f); vgl auch *Kogler*, JBl 2021, 685 (697 f); *Miernicki*, Kryptowerte 299 ff.

³⁹⁶⁶ Nicht näher beleuchtet wird hier der in der Lit häufig genannte gutgläubige Erwerb von Hypothekarforderungen. Dies hat den Hintergrund, dass bei diesen nach der hier vertretenen, aber auch von der stRsp eingenommenen Position die Intabulation Voraussetzung für den Rechtsübergang ist. Daraus folgt einerseits, dass § 367 Abs 1 ABGB nur in einer äußerst geringen Anzahl von Fällen überhaupt zur Anwendung kommen könnte. Andererseits kommt hier die Erwägung zu tragen, die der Gesetzgeber generell mit im Grundbuch eingetragenen Rechtsobjekten getroffen hat: Auf Grund der Verkehrsschutzfunktion des Grundbuchs müsste hier eine Anwendung der Bestimmung des § 367 ABGB ausscheiden. Für eine ausführliche Darstellung des Gutglaubenserwerbs in diesem Kontext s *Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 81 ff.

³⁹⁶⁷ Nicht als gutgläubiger Erwerb gem § 367 ABGB ist freilich die Fallpraxis zu werten, nach der die Devastationsklage gegen einen Dritten, der gutgläubig ein Bestandrecht an der Pfandsache erworben hat, nicht durchdringen kann. Denn hier kommt es nicht zu einem tatbestandsgemäßen mittelbaren Rechtserwerb durch den Bestandnehmer, sondern vielmehr zu einer originären Rechtsbegründung durch Vertragsschluss, die nicht vom Anwendungsbereich des § 367 ABGB erfasst ist. Es geht sohin nicht um den

2.2.2.4.3.1. Immaterialgüterrechte

Bei Immaterialgüterrechten wird der Erwerb vom Nichtberechtigten gesetzlich nicht gesondert geregelt.³⁹⁶⁸ Auch in der Rsp wird dieser kaum thematisiert. So ist weder zum Patent- noch zum Markenrecht eine Entscheidung hinsichtlich des Gutgläubenserwerbs auffindbar; nur einmal hat der OGH im markenrechtlichen Kontext ausgesprochen, dass ein lastenfreier Erwerb nicht in Betracht komme.³⁹⁶⁹ Dem entspricht auch die hA, die jedoch den Ausschluss des Gutgläubenserwerbs bei Immaterialgüterrechten meist nicht eigens begründet.³⁹⁷⁰ Vereinzelt geblieben ist dabei die Ansicht von *Mayr*, der für Patente von einer unmittelbaren Anwendbarkeit des § 367 ABGB ausgeht.³⁹⁷¹ Die Ablehnung des Gutgläubenserwerbs bei gewerblichen Schutzrechten wird jedoch tw durchaus kritisiert: So weist *Gusenleitner* zu Recht darauf hin, dass der gutgläubige Erwerb gem § 824 ABGB bei Immaterialgüterrechten bejaht wird; es sei aber kein Grund ersichtlich, weshalb der Erwerb vom Nichtberechtigten gem § 367 Abs 1 ABGB anders als der Erwerb vom Scheinerben kategorisch ausscheiden müsse.³⁹⁷² *Handig* weist *de lege ferenda* auf die wachsende Bedeutung von Immaterialgüterrechten hin, weshalb ein verstärktes Bedürfnis nach einem – durch einen Gutgläubenserwerb zu gewährleistenden – Verkehrsschutz bestehe.³⁹⁷³ Dass bei gewerblichen Schutzrechten *de lege lata* die Möglichkeit des gutgläubigen Rechtserwerbs besteht, wurde in jüngerer Zeit nicht mehr vertreten.

Der Ausschluss des Gutgläubenserwerbs bei gewerblichen Schutzrechten erklärt sich freilich nicht von selbst. Denn durch die Eintragung in ein öffentliches Register besteht ein starker Rechtsschein dahingehend, dass der Eingetragene zur Verfügung über das Recht befugt ist; es leuchtet somit nicht unmittelbar ein, weshalb die Interessen des Rechtsinhabers, der die Registereintragung eines anderen toleriert, stets schwerer wiegen sollen als jene des redlichen Erwerbers, der auf den Registereintrag vertraut. Auf Grund seiner engen Tatbe-

gutgläubigen Erwerb eines Rechts, sondern vielmehr um die Belastung einer körperlichen Sache mit einem Recht. IdS ist diese Rsp aber stimmig: Wenn nach § 456 ABGB unter gewissen Umständen die Belastung des Eigentums eines anderen durch ein Pfandrecht zulässig ist, muss dies in einem Größenschluss auch für das Pfandrecht eines anderen gelten, s dazu OGH 27.6.2006, 3 Ob 66/06m; RIS-Justiz RS0113350; ausf und mwN zum Schrifttum *Reidinger* in FS Binder 154 f.

3968 Vgl dazu *Hodik*, UFITA 1983, 93 (102).

3969 OGH 3.5.2000, 4 Ob 109/00h.

3970 Generell zum Immaterialgüterrecht *Schönherr*, AT 23; *Pawlowski*, Rechtsbesitz 53; zum Patent *Holzweber* in Stadler/Koller, PatG § 33 Rz 9. *Dittrich* stützt den Ausschluss des Gutgläubenserwerbs im Immaterialgüterrecht auf die Überlegung, dass dieser als Ausnahme nicht analogiefähig sei, s weiterführend *Dittrich*, Das österreichische Verlagsrecht (1969) 99 ff.

3971 *Mayr*, ÖJZ 1997, 691 (695 f).

3972 *Gusenleitner*, Ersitzung 344 f.

3973 *Handig*, Guter Glaube – schlechte Chancen, wbl 2010, 209.

standsvoraussetzungen kann § 367 Abs 1 ABGB hier aber keine Anwendung finden.³⁹⁷⁴ Wie gezeigt ist diese Bestimmung ihrer Konzeption nach nur auf körperliche Sachen gemünzt; bei in Registern eingetragenen Rechten wird der Verkehrsschutz eigenständig durch die Publizitätswirkung der öffentlichen Bücher gewährleistet. Auch wertungsmäßig würde bei intabulierten Immaterialgüterrechten eine unmittelbare Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB nicht überzeugen, was sich in Gegenüberstellung zu den grundbücherlichen Regelungen zum Gutgläubenserwerb zeigt. Denn unter den in § 367 Abs 1 ABGB genannten Alternativen würde wohl *va* ein Erwerb vom Vertrauensmann in Betracht kommen,³⁹⁷⁵ der nach *Karner*³⁹⁷⁶ auch Fälle der Einzelrechtsnachfolge erfasst, bei denen der Erwerber mangels gültigen Titels keine Rechtszuständigkeit erwerben kann und das Recht in der Folge an einen redlichen Dritten weiterveräußert.³⁹⁷⁷

Hier zeigt sich die Diskrepanz der Wertungen deutlich: Für den Gutgläubenserwerb gem § 63 GBG ist erforderlich, dass eine rechtskräftige Eintragung in das Grundbuch erfolgt, von der der Berechtigte vorschriftsmäßig verständigt wird; dann hat er binnen der Rekursfrist die Möglichkeit, eine Streitannmerkung vorzunehmen und danach kann er binnen 60 Tagen nach Ablauf der Rekursfrist eine Löschungsklage einbringen.³⁹⁷⁸ Erfolgt eine solche Verständigung nicht, besteht gem § 64 GBG binnen drei Jahren ab der Einverleibung in das Grundbuch die Möglichkeit, die Löschungsklage zu erheben. Im Gegensatz dazu erfordert § 367 Abs 1, 3. Fall ABGB bloß das Anvertrauen durch den Rechtsinhaber, das durchaus schon durch den im Titel ausgedrückten Willen des Rechtsübergangs gegeben sein könnte. Bei einer Anwendung des § 367 Abs 1 ABGB auf Registerrechte wäre die Benachrichtigung des Berechtigten von der Registereintragung somit ohne Bedeutung; die Rechtszuständigkeit würde mit der Registereintragung als Modus erworben. Dies beschneidet die Möglichkeiten des Berechtigten, gegen den Rechtsverlust vorzugehen, wesentlich und verschlechtert somit seine Position gegenüber dem redlichen Erwerber. *Va* bestünde in den von § 64 GBG erfassten Konstellationen wohl keinerlei Möglichkeit, den Rechtserwerb des redlichen Erwerbers zu verhindern. Das

3974 Es ist freilich unklar, ob dies auch der historische Gesetzgeber so gesehen hat. Dieser führt aus, dass beim Patentrecht „*die allgemeinen Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, nach denen bekanntlich der gute oder böse Glauben des Erwerbers in einem viel beschränkteren Maße (§§ 367, 371, 456, 814 und 1463) als in dem Grundbuchsrechte in Betracht kommt, Platz greifen*“, vgl ErlRV 1420 BlgAH, 11. Sess, 69.

3975 Durchaus denkbar wäre ein gutgläubiger Erwerb im Kontext einer öffentlichen Versteigerung, wenn in öffentliche Register eingetragene Rechte den regelungsgegenständlichen Liegenschaften gleichgehalten werden.

3976 *Karner*, Mobilärerwerb 261 ff.

3977 Dies kann freilich auch im Verhältnis zwischen Dienstgeber und erfunderisch tätigen Dienstnehmern gelten, auf die die §§ 6 ff PatG Anwendung finden, s dazu auch *Mayr*, ÖJZ 1997, 691 (695).

3978 *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 63 Rz 8.

Risiko der fehlenden Verständigung würde daher völlig dem Rechtsinhaber zugeordnet.³⁹⁷⁹ Es zeigt sich hier, dass die Abwägung des § 367 Abs 1 ABGB im Kontext eines Registers deutlich von jener des GBG abweicht; durch eine solche Regelung würde wohl vielmehr ein Formalprinzip realisiert, wonach der Bucheintrag als solcher rechtsbegründend wirkt.³⁹⁸⁰ Es wäre aber durchaus eigenständig begründungsbedürftig, weshalb bei gewerblichen Schutzrechten ein von grundbücherlichen Wertungen abweichendes Konzept des Gutgläubenserwerbs verortet wird. Da es für eine derartige Sonderstellung von in öffentliche Register eingetragenen Immaterialgüterrechten keinerlei Hinweise gibt, bestätigt sich die Auffassung, dass hier ein Gutgläubenserwerb nach § 367 Abs 1 ABGB ausscheiden muss.

Schließt man die Möglichkeit des Erwerbs vom Nichtberechtigten aus, ergibt sich eine deutliche Wertungsdiskrepanz zwischen gewerblichen Schutzrechten und in das Grundbuch eingetragenen unbeweglichen Sachen. Hierbei drängt sich durchaus die Frage auf, ob die Bestimmungen des PatG und des MaSchG hinsichtlich des Gutgläubenserwerbs eine planwidrige Lücke aufweisen, die etwa durch eine analoge Anwendung der Bestimmungen der §§ 63 f GBG gefüllt werden könnte. Voraussetzung dafür wäre freilich, dass der Gesetzgeber gewerbliche Schutzrechte und unbewegliche Sachen gleich behandeln wollte. Dies ist aber nicht der Fall, wovon insb die Materialien zum PatG zeugen, wo explizit ausgeführt wird, dass auf die Bestimmungen zum Grundbuch nur mit Bedacht zurückgegriffen werden darf und explizit keine Löschungsklage nach dem Muster des Grundbuchsrechts eingeführt wurde.³⁹⁸¹ Der Gesetzgeber hätte zudem in der Zwischenzeit mannigfaltige Gelegenheiten gehabt, einen Gutgläubenserwerb bei gewerblichen Schutzrechten vorzusehen und sohin eine Annäherung zu den grundbuchsrechtlichen Wertungen zu erreichen. Darüber hinaus kann die konstatierte Wertungsdiskrepanz abgemildert werden, wenn wie nach der hier vertretenen Ansicht die Ersitzbarkeit von Immaterialgüterrechten dem Grunde nach bejaht wird.³⁹⁸² Denn ganz nach dem Muster der durch die Teilnovellen aufgehobenen Tabularersatzung besteht demnach für den redlichen und rechtmäßigen Rechtsbesitzer nach zumindest dreijähriger Eintragung in das Register die Möglichkeit, die Rechtszuständigkeit zu erlangen. IdS liegt die Diskrepanz zwischen den grundbücherlichen Wertungen und der Behandlung von gewerblichen Schutzrechten somit darin, dass es nach ersteren im Fall der vorschriftsmäßigen Verständigung des Berechtigten deutlich früher zum Rechtsübergang kommt; zudem muss die Redlichkeit des Erwerbers nicht über den gesamten

3979 Dieser müsste potenziell unentwegt das Register auf etwaige Änderungen kontrollieren, um einen Rechtsverlust zu vermeiden.

3980 *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 61 Rz 1. In diese Richtung gehend auch ErlRV 1420 BlgAH, 11. Sess, 69.

3981 RV 1420 BlgAH, 11. Sess, 69 f.

3982 S ausf 2.2.2.3.4.2.

Ersitzungszeitraum gegeben sein.³⁹⁸³ Es liegt aber ganz klar im gesetzgeberischen Ermessen, die Verkehrsschutzinteressen bei Liegenschaften und bei gewerblichen Schutzrechten unterschiedlich zu beurteilen, weshalb im immaterialgüterrechtlichen Kontext auch keine analoge Anwendung von grundbuchsrechtlichen Wertungen zulässig ist.

Intensiver als der gutgläubige Erwerb des Schutzrechts selbst wurde bislang die Möglichkeit des Erwerbs einer immaterialgüterrechtlichen Nutzungsberechtigung vom Nichtberechtigten diskutiert. Die Fallgestaltungen sind hierbei durchaus illustrativ: Diese umfassen neben einem Lizenzerwerb bei einer gefälschten Urkunde³⁹⁸⁴ die (unberechtigte) Erteilung einer Lizenz durch einen bloßen Inhaber einer Werknutzungsbewilligung³⁹⁸⁵ oder aber auch die entgeltliche Lizenzierung von Senderechten von einer international renommierten, vermeintlichen Lizenzgeberin, wenn der tatsächliche Rechtsinhaber eine etwa 60 Jahre davor aus dem Handelsregister gelöschte GmbH ist.³⁹⁸⁶ Gemein ist diesen Fällen, dass derjenige, der eine immaterialgüterrechtlich vorbehaltene Handlung setzt, sich durch Abschluss einer Lizenzvereinbarung dazu berechtigt sieht und dabei gutgläubig ist; auf Grund einer mangelnden Berechtigung des Lizenzgebers kann aber kein Nutzungsrecht abgeleitet werden. Die Rsp ist hier sehr eindeutig: Die Interessen des Rechtsinhabers sind als schutzwürdiger anzusehen als jene des redlichen Erwerbers, weshalb ein Gutglaubenserwerb von Lizenzen scheitern muss. In der Lit wird dies überwiegend positiv aufgenommen.³⁹⁸⁷ Einen die strenge Herangehensweise der Rsp modifizierenden, aber durch die technische Realität mittlerweile wohl überholten³⁹⁸⁸ Ansatz vertrat dazu aber *Gunter Ertl*, der von einer analogen Anwendung des § 367 ABGB hinsichtlich Nutzungsrechten ausgeht, wenn eine Raubkopie in Form eines körperlichen Speicher-

3983 Darüber hinaus wird teils dafür plädiert, dass es durch die Funktionsweise der Löschungsklage auch zu einem gutgläubigen Erwerb kommen kann, wenn es an einem gültigen Titel fehlt, sodass der Gutglaubenserwerb hier nicht nur auf die Heilung der fehlenden Berechtigung des Vormanns begrenzt ist, s dazu *Rassi*, Grundbuchsrecht³ (2019) 263.

3984 OGH 6.9.1983, 4 Ob 410/82; der volle Entscheidungstext ist nicht auffindbar.

3985 OGH 26.4.1994, 4 Ob 50/94; mit Verweis auf OGH 18.2.1992, 4 Ob 106/91, wo dies obiter ausgesprochen wurde.

3986 OGH 29.4.2003, 4 Ob 57/03s – *Puppenfee*.

3987 *Walter* in FS Nordemann 625 f, vgl bereits *Schönherr*, AT 23; differenzierend *Handig*, wbl 2010, 209 (211 ff).

3988 Mittlerweile werden Software und andere Programme meist zeitlich begrenzt lizenziert, ohne dass eine verkörperte Kopie verkauft wird, was auch ganz wesentlich auf die rechtlichen Rahmenbedingungen zurückzuführen ist. Denn seit der Entscheidung des EuGH in der E *UsedSoft* tritt bei auf Speichermedien verkörperter Software gleich wie bei zeitlich unbegrenzter Lizenzerteilung eine Erschöpfung des Rechts ein, die dazu führt, dass bei Computerprogrammen ein Sekundärmarkt entstanden ist, was nur sehr eingeschränkt den Interessen der Rechtsinhaber entspricht, s dazu EuGH 3.7.2012, C-128/11 – *UsedSoft*.

mediums von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens gutgläubig erworben wird.³⁹⁸⁹ Gegen diesen Ansatz wandte sich *Michel Walter* mit dem überzeugenden Argument, dass das Eigentum am Werkexemplar streng von der immaterialgüterrechtlichen Nutzungsberechtigung zu trennen sei; dementsprechend könne vom (gutgläubigen) Erwerb des Speichermediums auch nichts für die Beurteilung der Werknutzungsbewilligung gewonnen werden.³⁹⁹⁰ Ein gutgläubiger Erwerb eines Lizenzrechts wird somit in der Lit gleich wie in der Rsp ganz überwiegend abgelehnt.

Beim Versuch einer Bewertung der mittlerweile völlig verfestigten Beurteilung des Lizenzerwerbs vom Nichtberechtigten muss zunächst darauf hingewiesen werden, dass ein solcher wohl jedenfalls nicht nach § 367 ABGB Platz greifen könnte. Denn anders als bei einem Gutglaubenserwerb von körperlichen Sachen handelt es sich hier nicht um einen mittelbaren Rechtserwerb, bei dem das Recht von einem Berechtigten³⁹⁹¹ abgeleitet wird; in den vorliegenden Fällen wird das Nutzungsrecht aber unmittelbar erworben und somit neu geschaffen. Einschlägig wäre hier allenfalls eine analoge Anwendung der Wertungen, die sich in § 456 ABGB wiederfinden: Durch den (originären) Erwerb eines Nutzungsrechts kommt es zu einer Belastung des Immaterialgüterrechts, der einer Verpfändung einer fremden Sache gleichgehalten werden könnte.³⁹⁹² IdS ändert dies freilich nichts an der Tatsache, dass ein Rechtserwerb allenfalls unter den Voraussetzungen der §§ 367 f ABGB stattfinden könnte. Es zeigt sich jedoch, dass die Interessensabwägung hier anders verläuft als beim Gutglaubenserwerb körperlicher Sachen, da es an einem zusätzlichen Element fehlt, das den Interessen des redlichen Erwerbers gegenüber jenen des Rechtsinhabers zum Durchbruch verhilft. Ein Erwerb vom Vertrauensmann kommt hier nicht in Betracht, da es beim Erwerb einer Lizenz idR an einem Anvertrauen fehlen wird; durch die Nichtrivalität von Immaterialgüterrechten geht mit der Erteilung einer Lizenz nicht das selbe Maß an Vertrauen einher wie bei der Übergabe einer körperlichen Sache, deren Enttäuschung nach dem Selbstverantwortungsprinzip eine Schlechterstellung des Berechtigten rechtfertigt.³⁹⁹³ Denn die bloße Erteilung einer einfachen Lizenz bzw einer Werknutzungsbewilligung ist als typische wirtschaftliche Verwertung eines Immaterialgüterrechts anzusehen; die Mög-

3989 *Ertl*, MR 1997, 314 (314 ff).

3990 *Walter* in FS Nordemann 630 ff; in diese Richtung auch OGH 29.4.2003, 4 Ob 57/03s – *Puppenfee*, Rz 2.

3991 Dies ist aber nicht der Vertragspartner, da ansonsten der derivative Rechtserwerb Platz greifen könnte.

3992 Ein solcher Befund ist insoweit von Bedeutung, als dass das Argument *Ertls*, wonach es bei Lizenzen nicht zu einer uferlosen Belastung des Schuldners kommen kann, hier nicht mehr durchdringt. Denn anders als nach § 367 ABGB kann in einer an § 456 ABGB angelehnten Betrachtung im schlimmsten Fall das belastete Rechtsobjekt völlig ausgehöhlt werden, s dazu *Ertl*, MR 1997, 314 (316 ff).

3993 Vgl *Karner*, Mobilärerwerb 229 ff.

lichkeiten des Rechtsinhabers, über das Immaterialgüterrecht zu disponieren wird dadurch nur unwesentlich eingeschränkt. Auch ein Erwerb vom Unternehmer im Betrieb seines Unternehmens kommt bei Lizenzen wohl nicht in Betracht.³⁹⁹⁴ Hierzu kommen die besonderen Umstände des immaterialgüterrechtlichen Kontextes: Bei gewerblichen Schutzrechten besteht durch die Publizität des öffentlichen Registers ohne Weiteres die Möglichkeit, den Rechtsinhaber hinsichtlich der Berechtigung des prospektiven Vertragspartners zu kontaktieren. Der Lizenzsucher kann somit das Risiko, mit einem Nichtberechtigten zu kontrahieren, effektiv verringern. Hinsichtlich des Urheberrechts besteht bei vielerlei Werknutzungsarten zudem die Möglichkeit, eine Nutzungsbewilligung von Verwertungsgesellschaften, die als Monopolisten einem Kontrahierungszwang unterliegen, zu erlangen.³⁹⁹⁵ Hieraus folgt, dass im Vergleich zu der in § 456 ABGB verankerten Wertung der Erwerber von Lizenzen weniger schutzbedürftig ist und die Interessensabwägung somit zu seinen Ungunsten ausgeht; dem Rechtsinhaber ist eine Belastung seines Rechts aber vergleichsweise weniger zumutbar.³⁹⁹⁶ Der Ausschluss des gutgläubigen Lizenzzerwerbs ist somit in einer Gesamtwertung durchaus stimmig, weshalb der dahingehenden hL und stRsp beige-pflichtet werden kann.

2.2.2.4.3.2. Wertpapiere

Im Rahmen dieser Untersuchung hat sich bereits ergeben, dass Rechte durch ihre Verbriefung in Wertpapieren in ihren Charakteristika deutlich modifiziert werden. Dies trifft zweifellos auch auf den gutgläubigen Erwerb zu, der bei Wertpapieren grds für zulässig angesehen wird, was sich auch im normativen Kontext widerspiegelt: So finden sich in Art 16 Abs 2 WechselG und Art 21 ScheckG Sonderwertungen des gutgläubigen Eigentumserwerbs; ebenso wird bei Inhaberpapieren § 371, 2. Fall ABGB als Grundlage des Erwerbs vom Nichtberechtigten angesehen. Die Notwendigkeit der Begründung des Gutglaubenserwerbs von in Wertpapieren verbrieften Rechten stellt sich jedoch zT aufs Neue, wenn wie hier § 371 ABGB nicht als Bestimmung des Eigentumserwerbs,³⁹⁹⁷ sondern als bloßer Vindikationsausschluss verstanden wird, der auf die Wertzuordnung keine Auswirkungen zeitigt. Auch dann, wenn nach Maßgabe des § 371, 2. Fall ABGB die Eigentumsklage ausscheiden muss, bestehen demgemäß potenziell noch bereicherungs-

3994 Nicht völlig ausgeschlossen wäre freilich der Denkansatz, dass der Erwerb eines Werknutzungsrechts bzw einer ausschließlichen Lizenz bei einer öffentlichen Versteigerung möglich ist.

3995 Vgl §§ 36 VerwGesG.

3996 Anders wäre dies aber im Fall der Ersitzung zu beurteilen, bei der die Interessen auf Grund der langjährigen Untätigkeit des Berechtigten überwiegen. Sofern aber kein rechtmäßiger Titel vom Berechtigten vorliegt, muss es hier aber zum Verlauf von zumindest 30 Jahren kommen, was wohl auch als angemessen zu qualifizieren sein wird.

3997 Vgl 2.2.2.2.1.

rechtliche Ansprüche gegen den redlichen Erwerber. Es stellt sich somit generell die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein gutgläubiger Erwerb von Wertpapieren möglich ist, sofern dieser nicht gesetzlich geregelt sind.

Es entspricht der völlig hL, dass ein Gutgläubenserwerb bei Inhaberpapieren generell in Betracht kommt.³⁹⁹⁸ Dem folgt auch die Rsp, die den gutgläubigen Erwerb aber unterschiedlich verankert. So wird insb im Kontext des Erwerbs von Sparbüchern, die als Inhaberpapiere zu qualifizieren sind, der Erwerb vom Nichtberechtigten nach den Voraussetzungen des § 367 Abs 1 ABGB beurteilt.³⁹⁹⁹ Dementsprechend sei ein gutgläubiger Erwerb möglich, wenn neben einem entgeltlichen Rechtsgrund und der Übergabe auch eine der gesetzlich genannten Erwerbungsformen – Erwerb vom Unternehmer, Vertrauensmann oder in einer Versteigerung – gegeben ist. Die jüngere Rsp geht hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von Inhaberpapieren jedoch noch weiter: Demgemäß wird das Vorliegen einer der drei Alternativen des § 367 Abs 1 ABGB für nicht erforderlich angesehen,⁴⁰⁰⁰ auch ist die Notwendigkeit eines entgeltlichen Titels hier durchaus fraglich.⁴⁰⁰¹ Begründet wird der erleichterte Gutgläubenserwerb in der Form mit einem – hier abgelehnten – Verweis auf § 371, 2. Fall ABGB und in der Sache mit dem erhöhten Verkehrsschutzinteresse bei Inhaberpapieren:⁴⁰⁰² Auf Grund der hohen Umlauf- und Verkehrsfähigkeit bedürfe es hier eines gesteigerten Vertrauensschutzes, da etwaige Nachforschungspflichten des Erwerbers der freien Handelbarkeit diametral entgegenstehen würden.⁴⁰⁰³

Lehnt man entgegen der hL die Qualifikation des § 371 ABGB als Tatbestand des gutgläubigen Eigentumserwerbs ab, stellt sich die Frage, inwiefern dem bei Inhaberpapieren gegebenen, erhöhten Bedürfnis nach Verkehrsschutz Rechnung getragen werden kann. Denn alleine durch den Ausschluss der Vindikation ist dem redlichen Erwerber nur wenig geholfen; es drohen ihm Bereicherungsansprüche durch den tatsächlich Berechtigten, was die Transaktionskosten erhöhen und somit die Verkehrsfähigkeit von Inhaberpapieren mindern würde. Ein solches Auslegungsergebnis steht jedoch in einem groben Gegensatz zu den sonstigen Wertungen des Wertpapierrechts: Nach Art 16 Abs 2 WechselG kommt es zu einem gültigen Rechtserwerb eines Wechsels vom Nichtberechtigten, wenn eine

3998 *Koller/Wolkerstorfer*, Wertpapierrecht² 23; *Aicher/F. Schuhmacher* in *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 550; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 3/70.

3999 OGH 28.2.2012, 4 Ob 170/11w; OGH 24.4.1997, 6 Ob 69/97h; OGH 10.3.1982, 3 Ob 660/81 EvBl 1982/140; zu Inhaberpapieren im Allgemeinen, s OGH 7.9.1971, 4 Ob 588/71; OGH 7.2.1968, 5 Ob 12/68.

4000 OGH 22.10.2014, 1 Ob 173/14v.

4001 Zum Erwerb von Geld OGH 28.6.1988, 4 Ob 569/88; dies ist jedoch durchaus str, vgl *Casper* in *Baumbach/Hefermehl/Casper*, Wechselgesetz/Scheckgesetz²⁴ § 16 WG Rz 13 mit Rückgriff auf BGH 2.12.1964, VIII ZR 88/63 WM 1965, 124.

4002 S etwa *Karner*, Mobilärerwerb 68 f.

4003 Dahingehend auch *Roth*, ÖBA 2011, 607 (608); *Zöllner* in *FS Raiser* 261 ff.

geschlossene Indossamentenkette vorliegt und der Erwerber diesen nicht in bösem Glauben erworben hat oder ihm eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.⁴⁰⁰⁴ Trotz des offenen Wortlauts der Bestimmung wird ganz zu Recht davon ausgegangen, dass durch diese Wertung wie auch nach allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen alleine die mangelnde Berechtigung des Veräußerers geheilt wird,⁴⁰⁰⁵ teils wird darüber hinaus auch dafür plädiert, dass von diesen Bestimmungen auch Mängel im Titelgeschäft – wie etwa die fehlende Geschäftsfähigkeit – erfasst seien.⁴⁰⁰⁶ Gleichermaßen sieht Art 21 ScheckG für Schecks – und explizit auch für Inhaberschecks – vor, dass ein Erwerb vom Nichtberechtigten nur dann scheitert, wenn der Erwerber in bösem Glauben erworben hat oder ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Diesen Bestimmungen des Wertpapierrechts ist gemein, dass weder auf die Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts, noch auf die Erwerbsumstände abgestellt wird; ebenso ist nur grobe Fahrlässigkeit schädlich. Nach dem Regelungskonzept des ABGB wird der gutgläubige Eigentumserwerb somit deutlich restriktiver gehandhabt als nach wertpapierrechtlichen Sonderwertungen.

Aus der Gegenüberstellung zwischen den wertpapierrechtlichen Bestimmungen und den allgemeinen Wertungen des ABGB ergibt sich zweifellos eine begründungsbedürftige Wertungsdiskrepanz. Denn anders als hinsichtlich des Schecks und des Wechsels gibt es für sonstige Wertpapiere keine eigenständige Regel zum Erwerb vom Nichtberechtigten, was dazu führt, dass bloß § 367 Abs 1 ABGB hier potenziell Anwendung finden kann. Dies ist aber nicht als planvolles Schweigen des Gesetzgebers aufzufassen, mit dem dieser Schecks und Wechsel anders als alle sonstigen Wertpapiere regeln wollte. Vielmehr führt das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung zum gutgläubigen Erwerb von Inhaber- und Orderpapieren, bei denen der gutgläubige Erwerb nicht ausdrücklich geregelt ist, zu Ergebnissen, die dem Gleichheitssatz widerstreben.⁴⁰⁰⁷ Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb etwa bei Inhaberschecks von einem weitgehenden Vertrauensschutz ausgegangen wird, bei anderen Inhaberpapieren aber immer die strengeren Voraussetzungen des § 367 Abs 1 ABGB

4004 Statt aller *Aicher/F. Schuhmacher* in Krejci, Unternehmensrecht⁵ 605. Die Bestimmung des Art 16 Abs 2 WechselG ähnelt auf erstem Blick dem § 367 Abs 1 ABGB, da auch hier eine Ausnahme von der Verpflichtung, den Wechsel herauszugeben, statuiert wird. IdS ist hier jedoch ganz klar von einem Erwerb der Zuständigkeit am verbrieften Recht auszugehen: Denn der Akzeptant ist nach Art 28 WechselG verpflichtet, an denjenigen zu zahlen, der die Urkunde mit einer geschlossenen Indossamentenkette vorweisen kann.

4005 *Casper* in Baumbach/Hefermehl/Casper, Wechselgesetz/Scheckgesetz²⁴ § 16 WG Rz 17; *Aicher/F. Schuhmacher* in Krejci, Unternehmensrecht⁵ 605; *Roth*, Wertpapierrecht² 57.

4006 MwN zur deutschen Lit dahingehend *Hakenberg* in Ebenroth et al, Handelsgesetzbuch II⁵ (2024) B, Scheckrecht, Rz 52.

4007 Zur Anwendung des Gleichheitssatzes zur Feststellung von Lücken s *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 195 f.

erfüllt werden müssen. Die unterschiedslose Anwendung der allgemeinen Bestimmung des § 367 Abs 1 ABGB passt ihrem Sinn und Zweck aber nicht im Kontext von Wertpapieren: Denn es wird dem besonderen Bedürfnis des Vertrauensschutzes, der mit der potenziell erhöhten Verkehrsfähigkeit von Wertpapieren einhergeht, nicht Rechnung getragen; vielmehr werden dem redlichen Erwerber Nachforschungspflichten auferlegt. Dies betrifft insb den wohl regelmäßig vorkommenden Fall, wenn das Wertpapier nicht bei einer öffentlichen Versteigerung oder von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens erworben wird; hier müsste der Erwerber zum Ausschluss seines Risikos feststellen, dass der Veräußerer Vertrauensmann ist. Hieraus ergibt sich, dass hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von Wertpapieren eine Regelungslücke⁴⁰⁰⁸ besteht, die ausfüllungsbedürftig ist.

Voraussetzung für eine Lückenfüllung durch Analogie ist, dass zwei Tatbestände hinsichtlich ihrer rechtlichen Bewertung gleich zu behandeln sind.⁴⁰⁰⁹ Hieraus ergibt sich der Rahmen für die privilegierte Anwendung des Gutgläubenserwerbs:⁴⁰¹⁰ Auf die strengeren Voraussetzungen des § 367 Abs 1 ABGB kann nur dann verzichtet werden, wenn das vom Nichtberechtigten erworbene Rechtsobjekt hinreichend ähnlich zu einem Wechsel bzw zu einem Scheck ist. Der wesentliche Gesichtspunkt der Beurteilung ist dabei insb die Verkehrs- und Umlauffähigkeit, die dem Wechsel und dem Scheck zu eigen ist. Denn diese ist der maßgebliche Grund für das Bedürfnis eines weitergehenden Vertrauensschutzes: Wesentliche Voraussetzung für die freie Handelbarkeit von Rechtsobjekten ist ihre Fungibilität, also der Umstand, dass sie mit anderen Gütern der gleichen Art, Menge und Güte austauschbar sind; diesem kommt insb in modernen Kapitalmärkten große Bedeutung zu, für die die ungestörte Handelbarkeit eine Funktionsvoraussetzung ist. Einer solchen Gleichförmigkeit von Gütern stünde es freilich entgegen, wenn die Übertragung eines Rechtsobjekts durch die mangelnde

4008 Diese wäre als Rechtslücke zu qualifizieren, da nicht ein einzelnes Gesetz, sondern die Rechtsordnung im Ganzen lückenhaft ist, s dazu krit *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 196 ff.

4009 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 202.

4010 Versteht man den von der hL in § 371, 2. Fall ABGB verorteten Gutgläubenserwerb von Inhaberpapieren als analoge Anwendung von wertpapierrechtlichen Wertungen, können auch die einzelnen Voraussetzungen für diesen dogmatisch abgesichert hergeleitet werden. Dies betrifft insb auch den Grad der Gutgläubigkeit, der bei der Anwendung von § 371, 2. Fall seit jeher str ist. Da hinsichtlich des Gutgläubenserwerbs nach wertpapierrechtlichen Wertungen nur die grobe Fahrlässigkeit schädlich ist, besteht bei der Rechtsfortbildung kein Grund dafür, von der analog angewendeten Norm abzugehen. Dies entspricht iE dabei der Ansicht von *Kraus*, der dies jedoch in § 371, 2. Fall verortet, was mit deutlich schwerwiegenderen Problemen einhergeht, s dazu weiterführend *Kraus*, JBl 2018, 568.

Berechtigung des Veräußerers scheitern könnte.⁴⁰¹¹ Denn es würden dadurch zwei Klassen von Rechtsobjekten geschaffen – einerseits Güter, die auf Grund der Berechtigung des Vormanns ohne Weiteres erworben werden können, andererseits Güter, bei denen mangels der Berechtigung des Vormanns der rechtsgültige Erwerb nur unter weiteren Umständen möglich ist, die nachzuweisen Sache des Erwerbers ist. Da die damit einhergehenden Nachweiserfordernisse in einer ökonomischen Betrachtungsweise als Kosten dargestellt werden können, würden sich die gehandelten Güter – in Abhängigkeit davon, ob sie Gegenstand des derivativen Erwerbs sein können – in ihrem Wert unterscheiden; sie wären daher nicht völlig frei untereinander austauschbar. Ein Erwerber müsste in seinem Eigeninteresse sohin in jedem Fall prüfen, ob die Berechtigung des Veräußerers besteht, was der freien Handelbarkeit aber in jedem Fall abträglich wäre. Durch einen erleichterten Gutgläubenserwerb nach wertpapierrechtlichem Muster wird dies freilich vermieden, da der gültige Erwerb bloß durch Gründe in der Sphäre des Erwerbers bzw durch relativ einfach nachzuvollziehende Umstände scheitern kann. Dies resultiert in einer vergrößerten Fungibilität von Gütern und somit in einer freieren Übertragbarkeit, was allgemein auch als Grund für die Entwicklung der Wertpapierrechtstheorie gesehen wird.⁴⁰¹² Aus diesen Überlegungen folgt, dass für eine analoge Anwendung der Wertungen des Art 16 Abs 2 WechselG bzw Art 21 ScheckG darauf abgestellt werden muss, inwiefern ein Wertpapier in einer typisierenden Betrachtung einem Wechsel

4011 Eine der wesentlichen rechtlichen Folgen der Fungibilität ist die wertpapierrechtliche Einwendungslehre, s dazu ausf *Aicher/F. Schubmacher* in Krejci, Unternehmensrecht⁵ 621 ff.

4012 S dazu bereits *Savigny*, Obligationenrecht II 98 ff.

bzw einem Scheck ähnelt,⁴⁰¹³ wobei hier insb auf das Erfordernis einer hinreichenden Übertragbarkeit abzustellen ist.⁴⁰¹⁴

Besondere Bedeutung haben diese Überlegungen für Inhaberpapiere, da bei diesen die Umstände des Gutgläubenserwerbs idR nicht näher gesetzlich konkretisiert sind.⁴⁰¹⁵ IdZ hat bereits *Eva Micheler* aus einer Zusammenschau von § 367, § 371, § 668,⁴⁰¹⁶ § 985 und § 1393 ABGB die grundlegende gesetzgeberische Wertung abgeleitet, dass Rechte aus Inhaberpapieren in besonderem Maße für den Umlauf bestimmt sind.⁴⁰¹⁷ Dem folgt auch die Rsp, die etwa auch den gutgläubigen Erwerb von Teilschuldverschreibungen nach wertpapierrechtlichen Maßstäben beurteilt.⁴⁰¹⁸ Dies bedeutet freilich nicht, dass bei Inhaberpapieren ein privilegierter Gutgläubenserwerb unterschiedslos zur Anwendung kommen würde.⁴⁰¹⁹ Vielmehr existieren auch Inhaberpapiere, bei

4013 An dieser Stelle nur angeschnitten kann idZ die Frage werden, inwiefern ein privilegierter Eigentumserwerb auch bei Geld in Betracht kommt. Dies wird von der hL auf Grundlage von § 371 ABGB gefordert; wie gezeigt führt dies aber zu Systemspannungen und zum durchaus seltsamen Ergebnis, dass der vom Dieb beschenkte Empfänger von Geld gegenüber dem Bestohlenen obsiegt, s dazu bereits 2.2.2.2.1. Nach der hier vertretenen Rechtsansicht betrifft § 371, 2. Fall ABGB aber bloß die Frage der Vindizierbarkeit von Geld, nicht aber die Wertzuordnung; diese gilt es eigenständig zu beurteilen, wobei hier auf die Ähnlichkeit mit dem Wechsel bzw dem Scheck abzustellen ist. Hierbei muss bei Geld aber wohl eine Analogie abgelehnt werden. Denn anders als bei den genannten Wertpapieren handelt es sich bei Geld um ein universales Zahlungsmittel, das als Gegenleistung für sämtliche Rechtsobjekte angesehen wird. Davon sind aber Wertpapiere zu unterscheiden; diese gelten grds als Anlageprodukte und nicht als Zahlungsmittel, was sich auch im Gesetzeskonzept des ABGB widerspiegelt. So wurde etwa in § 680 ABGB vor dem ErbRÄG 2015 explizit auch öffentliche Credits-Papiere als zur Barschaft gehörend definiert; ansonsten müssten Papiergeld und sonstige „Privatschuldscheine“ streng unterschieden werden. Hieraus ergibt sich eine – freilich an diesem Ort nicht weiter zu vertiefende – Position, dass zumindest der nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen privilegierte Gutgläubenserwerb bei als Zahlungsmittel verwendetem Geld ausscheiden muss. Anderes kann aber freilich bei Fremdwährungen gelten, vgl dazu *Zeiller*, Kommentar 3.1 § 989 Rz 1 ff (248); *Zeiller*, Kommentar 2.2 § 680 (627).

4014 In jüngerer Zeit wird vermehrt angenommen, dass auch für Kryptowährungen ein Gutgläubenserwerb nach wertpapierrechtlichen Maßstäben erfolgen kann, was *prima facie* durchaus zustimmungswürdig ist, s dazu *Miernicki*, Kryptowerte 299 ff; *Vonkilch/Knoll*, JBl 2019, 139 (148 f); *Völkel*, ÖBA 2017, 385 (388).

4015 Vgl etwa unternehmerische Wertpapiere, wo in § 365 Abs 1 UGB explizit auf Art 16 WechselG verwiesen wird.

4016 IdF vor ErbRÄG 2015.

4017 *Micheler*, Wertpapierrecht 80 ff.

4018 OGH 22.10.2014, 1 Ob 173/14v.

4019 Dies wäre eine Problematik der Herleitung des Gutgläubenserwerbs aus § 371 ABGB. Denn diese Bestimmung findet auf sämtliche ununterscheidbaren Sachen Anwendung, Geld und Inhaberpapiere sind nur Anwendungsbeispiele. Demgemäß müsste auch der privilegierte Gutgläubenserwerb auf sämtliche ununterscheidbaren Sachen Anwendung finden.

denen die ungestörte Übertragung typischerweise nicht im Vordergrund steht, weshalb eine analoge Anwendung der Wertungen des Art 16 Abs 2 WechselG bzw Art 21 ScheckG ausscheiden muss. Dementsprechend wird von der Rsp⁴⁰²⁰ ganz zu Recht für Sparbücher der Erwerb vom Nichtberechtigten nicht nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen, sondern nach Maßgabe des § 367 Abs 1 ABGB beurteilt: Zwar besteht durchaus die Möglichkeit der Übertragung von Sparbüchern, diese steht aber anders als bei Scheck und Wechsel nicht im Vordergrund. Dasselbe wird von der L zu Recht für Pfandscheine und Versicherungspolizzen angenommen.⁴⁰²¹ Hieraus ergibt sich ein wesentlicher Vorteil einer Herangehensweise, die den privilegierten Gutgläubenserwerb nach wertpapierrechtlichem Muster in einer analogen Anwendung der Art 16 Abs 2 WechselG bzw Art 21 ScheckG und nicht in § 371, 2. Fall ABGB verortet. Da die Regelungslücke hier offensichtlich ist, muss für die Rechtsfortbildung durch Analogie bloß die hinreichende Ähnlichkeit der Tatbestände nachgewiesen werden, wobei hier auf sämtliche Einzelheiten des Einzelfalls eingegangen werden kann; es ist daher durchaus dogmatisch stringent, Inhaberpapiere auf Grund ihrer unterschiedlichen Umlauffähigkeit auch verschieden zu behandeln. Anders wäre dies freilich, wenn dieses Auslegungsergebnis aus § 371, 2. Fall ABGB gewonnen werden müsste, da hier eine teleologische Einschränkung dieser Bestimmung auf umlauffähige Inhaberpapiere begründet werden müsste. Hier ist aber wohl der Nachweis einer Lücke mit Schwierigkeiten verbunden: Denn diese Bestimmung ist ganz klar auf die Durchsetzbarkeit der Eigentumsklage bei ununterscheidbaren Sachen gemünzt, unabhängig davon, zu welchem Grad diese im Verkehr stehen. Die Umlauffähigkeit stellt dabei eine externe Wertung dar, die wohl unzulässigerweise in den Tatbestand des § 371 ABGB hineingetragen wird; es wäre sohin nicht darstellbar, weshalb bei ununterscheidbaren, wenngleich nicht verkehrsfähigen Inhaberpapieren eine Eigentumsklage stets durchdringen könnte.⁴⁰²² Daraus folgt, dass durch eine Analogie der Bestimmungen des WechselG und des ScheckG nicht nur eine dogmatisch stringente Herleitung des privilegierten Gutgläubenserwerbs bei besonders umlauffähigen Inhaberpapieren möglich ist, sondern auch die Anwendung von § 367 Abs 1 ABGB auf sonstige Inhaberpapiere begründet werden kann.

Eigenständig begründungsbedürftig bleibt der gutgläubige Erwerb von in Wertpapieren verbrieften Rechten gem § 367 Abs 1 ABGB, wenn – wie hier vertreten – Recht und Urkunde grds als zwei zu unterscheidende Rechtsobjekte aufgefasst werden. Hierbei bedarf es wohl keiner weiteren Ausführungen, dass

4020 OGH 28.2.2012, 4 Ob 170/11w; OGH 24.4.1997, 6 Ob 69/97h.

4021 *Leupold* in Klang³ § 371 Rz 36; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 2; *Klang* in Klang IP² § 371 (231).

4022 § 371, 2. Fall ABGB ist als Gegen Ausnahme konzipiert, dass bei ununterscheidbaren Sachen, bei denen die Eigentumsklage grds nicht durchdringen kann, im Fall der Unredlichkeit des Belangen eine solche ausnahmsweise möglich ist.

die Urkunde, in der das Recht verbriefte ist, als körperliche Sache nach Maßgabe des § 367 Abs 1 ABGB vom Nichtberechtigten erworben werden kann – ganz unabhängig davon, um welche Art von Wertpapier es sich handelt oder ob der Urkunde überhaupt Wertpapierqualität zukommt. Im Fall des gutgläubigen Erwerbs eines Schuldscheins, der nicht als Wertpapier zu qualifizieren ist, kommt es aber nicht zum Übergang des Rechts; der Besitzer des Schuldscheins ist auch nicht als Rechtsbesitzer anzusehen.⁴⁰²³ Zwar begründet für den Schuldner der zurückerhaltene Schuldschein gem § 1428 S 2 ABGB die Vermutung der geleisteten Zahlung; dennoch ist derjenige, der den Schuldschein erworben hat, gem den §§ 329 f ABGB weder zum Gebrauch des Rechts berechtigt noch kommen ihm die Nutzungen zu. Dasselbe gilt für Rektapapiere:⁴⁰²⁴ Sofern diese keine Liberationsklausel enthalten, hat sich der Schuldner eigens von der materiellen Berechtigung desjenigen, der die Urkunde vorlegt, zu vergewissern, da diese nicht zwangsläufig mit der Urkunde zusammenfällt; der gutgläubige Erwerb der Urkunde geht somit nicht zwingend mit einem Rechtserwerb einher, weshalb nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten abzulehnen ist.⁴⁰²⁵ Deutlich anders ist dies freilich bei Inhaberpapieren, bei denen der Inhaber zur Rechtsausübung berechtigt ist. Dies zeigt sich auch im normativen Rahmen des ABGB: So werden gem § 1393 S 3 ABGB Schuldscheine, die auf den Überbringer lauten, bereits durch die Übergabe abgetreten; dies betrifft freilich nicht nur die Urkunde, sondern auch das verbriefte Recht.⁴⁰²⁶ Demgemäß teilt bei Inhaberpapieren im Fall der Übertragung das Recht das Schicksal der Urkunde. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass sich bei einem gültigen gutgläubigen Erwerb der Urkunde von einem Nichtberechtigten auch die Zuständigkeit des Rechts ändert. Somit ist ganz im Einklang mit der hL⁴⁰²⁷ nur bei Inhaberpapieren ein Erwerb des Rechts vom Nichtberechtigten nach Maßgabe des § 367 Abs 1 ABGB möglich.

4023 S bereits 2.1.3.3.

4024 Davon besteht aber eine denkbare, wiewohl praktisch nicht bedeutsame Ausnahme: Wenn ein Rektapapier, das auf den Namen eines Berechtigten lautet, sowie das daran verbriefte Recht an einen Dritten übertragen wird und dann in weiterer Folge an den auf der Urkunde genannten Berechtigten über mehrere Mittelsmänner zurückübertragen wird, könnte es trotz eines Fehlers in der Übertragungskette zu einem rechtsgültigen Erwerb vom Nichtberechtigten kommen. Denn der Schuldner ist berechtigt, bei Vorlage der Urkunde direkt an den in der Urkunde genannten Berechtigten zu leisten.

4025 S auch OGH 29.4.1992, 3 Ob 519/92.

4026 Micheler, Wertpapierrecht 55 ff.

4027 Koller/Wolkerstorfer, Wertpapierrecht² 23; Aicher/F. Schuhmacher in Krejci, Unternehmensrecht⁵ 550; Apathy in Apathy/Iro/Kozioł, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 3/70.

2.2.2.4.3.3. Mitgliedschaftsrechte an der OG & GmbH

Die Mitgliedschaftsrechte an der OG und der GmbH teilen ein Charakteristikum, das ihre gemeinsame Behandlung hinsichtlich des Gutgläubenserwerbs rechtfertigt. Bei beiden ist die Änderung des Gesellschafterkreises in das Firmenbuch einzutragen; konstitutiv ist dies für den Rechtsübergang freilich nicht. In einem ersten Ansatz spricht daher einiges dafür, dass der durch die Firmenbucheintragung gegebene Rechtsschein in gleicher Weise auf die Möglichkeit des Erwerbs vom Nichtberechtigten einwirkt. Nichtsdestoweniger ist der Stand der Diskussion zum Gutgläubenserwerb von Mitgliedschaftsrechten bei der OG und der GmbH äußerst heterogen: Während der Erwerb von Geschäftsanteilen an der GmbH ganz regelmäßig und durchaus kontrovers thematisiert wird,⁴⁰²⁸ bleibt dieser hinsichtlich der OG weitgehend unerwähnt. Ein Grund dafür könnte in Unterschieden bei der Verbandsverfassung erblickt werden, die sich insb dahingehend äußert, dass nach der für Personengesellschaften entwickelten Doppelvertragstheorie die Übertragung als gleichzeitiger Austritt des Veräußerers und Eintritt des Erwerbers in die Gesellschaft aufgefasst wird; da es beim Eintritt in die Gesellschaft demnach zu einer originären Rechtsbegründung kommt, muss ein Gutgläubenserwerb vom nicht berechtigten Veräußerer bereits dem Grunde nach ausscheiden.⁴⁰²⁹ Ohne hier auf die Diskussion einzugehen, ob das Mitgliedschaftsrecht an der OG ein Rechtsobjekt darstellt, über das frei verfügt werden kann, ist jedoch für die weitere Behandlung des Erwerbs vom Nichtberechtigten festzuhalten, dass die Ablehnung des Gutgläubenserwerbs hinsichtlich eines GmbH-Anteils unmittelbar auch für die OG Geltung hat; umgekehrt folgt aus der Möglichkeit des Erwerbs eines GmbH-Anteils vom Nichtberechtigten aber nicht zwingend, dass dieser auch bei der OG möglich ist.

Die Rsp lässt bei ihrer Ablehnung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen keine Zweifel offen. Beginnend mit einer E der frühen 70er Jahre hat sich der Rechtssatz etabliert, dass Mitgliedschaftsrechte gegenüber einer Gesellschaft bzw einer Genossenschaft Forderungen näher stehen als körperlichen Sachen, weshalb eine Anwendung des § 367 ABGB ausscheiden müsse.⁴⁰³⁰ Ebenso wird aus diesem Grund der lastenfreie Erwerb von GmbH-Anteilen verneint.⁴⁰³¹ Diese Auffassung wird in der Lit breit rezi-

4028 S dazu nur jüngst *Wünscher*, rdw 2021, 86.

4029 Mit reichhaltigen Nachweisen dazu *Omlor*, Verkehrsschutz 119 ff. Tatsächlich wird die Doppelvertragstheorie in der deutschen Lit mittlerweile zu Gunsten der Verfügungstheorie als überkommen angesehen, nach der auch das Mitgliedschaftsrecht an der OG selbst übertragen werden kann, s dazu mwN aaO 121 ff, vgl zur Übertragung von Anteilen an einer Personengesellschaft auch *Lutter*, AcP 1980, 85 (99 ff).

4030 OGH 7.9.1971, 4 Ob 588/71 SZ 44/125, s dazu auch OGH 8.11.1995, 3 Ob 186/94; mittelbar auch in OGH 23.5.2019, 3 Ob 50/19b.

4031 OLG Wien 26.8.2004, 28 R 28/04z NZ 2005/76.

piert;⁴⁰³² eine eigenständige Begründung dafür findet sich neuerdings bei *Palma*, der freilich einen Gutgläubenserwerb im Fall der öffentlichen Versteigerung bejaht.⁴⁰³³ Der ablehnenden Position der Rsp kann hier freilich beigeprüft werden: Wie gezeigt findet § 367 ABGB im Regelungskonzept des österreichischen Zivilrechts keine Anwendung auf Rechte; der Gutgläubenserwerb vom Nichtberechtigten müsste sich sohin aus eigenständigen Wertungen ergeben.⁴⁰³⁴ Die Übernahme von wertpapierrechtlichen Wertungen zum Gutgläubenserwerb scheidet dabei bereits dem Grundsatz nach aus. So wird in § 75 Abs 3 GmbHG ausdrücklich festgelegt, dass eine Verbriefung von GmbH-Anteilen in ein Order- oder Inhaberpapier ausgeschlossen ist, was gemeinsam mit der Notariatsaktpflicht der Übertragung den Zweck hat, die freie Handelbarkeit des Mitgliedschaftsrechts einzuschränken.⁴⁰³⁵ Es wäre ein überaus paradoxes Auslegungsergebnis, würde durch Rechtsfortbildung ein Zustand – die Anwendung des verkehrsschützenden Gutgläubenserwerbs – geschaffen, der vom Gesetzgeber explizit ausgeschlossen wird; ebenso sind GmbH-Anteile auf Grund ihrer durch die Notariatsaktpflicht eingeschränkte Übertragbarkeit wohl nicht hinreichend ähnlich zu Wechsel und Scheck, um eine analoge Anwendung von wertpapierrechtlichen Wertungen zu rechtfertigen. Damit kann der hL und Rsp somit zugestimmt werden, dass aus allgemein-zivilrechtlichen Wertungen auch unter Berücksichtigung etwaiger Rechtsfortbildungen ein gutgläubiger Erwerb von Anteilen an der GmbH nicht stattfinden kann – was *a fortiori* wohl auch für die Anteile an der OG gilt.⁴⁰³⁶

Ein berücksichtigungswürdiges Interesse des redlichen Erwerbers könnte sich allenfalls aus einer Firmenbucheintragung ergeben, die den Veräußerer als

4032 *Verweijen* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2020) § 78 Rz 43; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 2; *C. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 4/307; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 78 Rz 11; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 615; ebenso das zivilrechtliche Schrifttum, vgl nur *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 367 Rz 2; *Leupold* in Klang³ § 367 Rz 18.

4033 S aus *Palma*, wbl 2023, 61 (61 ff). Das Argument, dass zur Zulässigkeit des Gutgläubenserwerbs von GmbH-Anteilen nach den einzelnen Erwerbsumständen zu differenzieren ist, überzeugt freilich nicht, wenn man sich vor Augen hält, dass § 367 ABGB wie dargestellt generell nur auf körperliche Sachen Anwendung finden soll.

4034 Anderes mag nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung gelten, da bei Scheingeschäften auch von einem Gutgläubenserwerb von Rechten ausgegangen wird, s dahingehend auch *Reich-Rohrwig*, 100 Jahre GmbH-Gesetz, ecolex 2006, 488 (492).

4035 Vgl *C. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 4/28.

4036 Hier ist nach den gesetzlichen Wertungen die Übertragbarkeit noch weiter eingeschränkt, da ein Gesellschafter gem § 124 Abs 1 UGB über seinen Anteil ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter nicht verfügen kann, sofern nichts anderes im Gesellschaftsvertrag geregelt ist.

Gesellschafter ausweist und sohin eine Rechtsscheinsgrundlage hinsichtlich seiner Verfügungsberechtigung darstellt. Die Wirkungen der firmenbuchrechtlichen Publizität finden sich dabei in § 15 UGB geregelt. Tatsächlich wurde in der Folge des FBG 1991⁴⁰³⁷ durchaus dafür plädiert, dass vom im Firmenbuch eingetragenen Nicht-Gesellschafter ein Gutgläubenserwerb gem § 15 Abs 1 UGB möglich sei.⁴⁰³⁸ Nach dieser Bestimmung kann eine in das Firmenbuch einzutragende Tatsache, die jedoch nicht eingetragen wird, von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten grds nicht entgegengehalten werden; wenn die Veräußerung eines Anteils nicht in das Firmenbuch eingetragen würde, könnte daher gegen einen Dritten, der vom Eingetragenen erwirbt, dessen fehlende Berechtigung nicht vorgebracht werden. Dagegen wandte sich bereits früh *Peter Bydlinski* mit dem Argument, dass in diesem Fall der Rechtsschein nicht dem Berechtigten zuzurechnen sei; das Versäumnis der Geschäftsführer könne dem Berechtigten nicht angelastet werden,⁴⁰³⁹ da es sonst zu „*Reflexwirkungen zu Lasten Unbeteiligter*“ komme.⁴⁰⁴⁰ Darüber hinaus sei die Eintragung der Gesellschafterstellung in das Firmenbuch in ihren Wirkungen nicht einer Eintragung in das Grundbuch gleichzuhalten, da dieser keine konstitutive Rechtswirkung zukomme.⁴⁰⁴¹ Ebenso wird bereits zu Recht in Frage gestellt, ob der Erwerb vom im Firmenbuch eingetragenen Nichtberechtigten den Tatbestand des § 15 Abs 1 UGB erfüllt, da der Veräußerer hinsichtlich seiner Gesellschafterstellung nicht als derjenige gilt, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war – der Veräußerer hat typischerweise keine Einflussmöglichkeiten auf den Firmenbuchstand.⁴⁰⁴² Die mittlerweile völlig hL geht somit zu Recht davon aus, dass aus der Regelung des § 15 Abs 1 UGB keine Wertung zum Gutgläubenserwerb von Gesellschaftsanteilen enthalten ist.⁴⁰⁴³

Wesentlich uneinheitlicher ist das Bild, das sich hinsichtlich einer möglichen Begründung des gutgläubigen Anteilserwerbs mit § 15 Abs 3 UGB ergibt, wenn die Eintragung in das Firmenbuch – etwa auf Grund eines mangelhaften Titels – ursprünglich unrichtig ist. Nach dieser Bestimmung muss derjenige, der eine unrichtige Eintragung veranlasst oder eine als unrichtig erkannte oder als unrichtig erkennbare Eintragung nicht löschen lässt, die unrichtige Eintra-

4037 BGBl Nr 10/1991.

4038 C. Nowotny, Anteilbuch, Firmenbuch und Gesellschafterstellung in der GmbH, rdw 1991, 71; Schummer, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, ecoloex 1991, 319; Bittner, NZ 1991, 100 (101).

4039 P. Bydlinski, Veräußerung und Erwerb 81.

4040 Omlor, Verkehrsschutz 139.

4041 P. Bydlinski, Veräußerung und Erwerb 81 f.

4042 Mit ausführlicher Begründung Zib in Zib/Dellinger, UGB I § 15 Rz 71 ff.

4043 Wünscher, rdw 2021, 86 (89); Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2024) § 76 Rz 43; Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 2; Haberer in Domej et al (Hrsg), Einheit des Privatrechts 425 f; C. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 4/307; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 78 Rz 11; Schauer in Kalss/Schauer, GA 16. ÖJT 741 f.

gung dem Dritten gegenüber im Geschäftsverkehr gegen sich gelten lassen. *Martin Schauer* führt diesbezüglich aus, dass hier ein Vertrauensschutz Dritter „nicht von der Hand zu weisen sei“. ⁴⁰⁴⁴ *Haberer* meint, dass in diesem Kontext ein Gutgläubenserwerb nicht ausgeschlossen sei. ⁴⁰⁴⁵ Ganz offen für einen auf § 15 Abs 3 UGB gestützten Gutgläubenserwerb plädierte jüngst *Wünscher*. ⁴⁰⁴⁶ Ein durchaus beachtliches Argument dagegen findet sich bei *Verweijen*, der den Unterschied der Rechtsfolgen betont, da in Anwendung von § 15 Abs 3 UGB bloß Schadenersatzansprüche entstehen könnten. ⁴⁰⁴⁷ Dies ist aber wohl nicht zutreffend: Die Rechtsfolge des § 15 Abs 3 UGB ist, dass der für die Eintragung Verantwortliche sich diese so gegen sich gelten lassen muss, als wäre sie richtig. ⁴⁰⁴⁸ Wenn der Berechtigte sohin die Eintragung eines anderen als Gesellschafter veranlasst, muss dieser – sofern der Tatbestand des § 15 Abs 3 UGB erfüllt ist – es gegen sich gelten lassen, dass der Eingetragene als Anteilsinhaber gilt; diesem kommt insb dann Bedeutung zu, wenn ein gutgläubiger Dritter von diesem Anteile erwirbt. Wenn der (ursprünglich) Berechtigte nun gegen den redlichen Erwerber vorgeht und die Rückübertragung des Anteils fordert, könnte er auf Grund des § 15 Abs 3 UGB nicht durchdringen; er müsste es gegen sich gelten lassen, dass der in das Firmenbuch eingetragene Veräußerer Verfügungsberechtigt war. IdS folgt aus § 15 Abs 3 UGB sohin ein Vindikationsausschluss, wie er auch § 367 Abs 1 ABGB zu Grunde liegt. Auf Rechtsfolgenseite kann ein auf § 15 Abs 3 UGB gestützter Gutgläubenserwerb von Mitgliedschaftsrechten sohin nicht ausgeschlossen werden.

Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs 3 UGB fällt – insb bei der Betrachtung des Erwerbs von GmbH-Anteilen – eine Nähe zur deutschen Bestimmung des Gutgläubenserwerbs in § 16 Abs 3 dGmbHG ins Auge. Nach der durch das MoMiG ⁴⁰⁴⁹ in den deutschen Rechtsbestand eingeführten Bestimmung kann ein Geschäftsanteil an der GmbH bzw ein Recht daran auch gültig vom Nichtberechtigten erworben werden, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist, sofern dem Erwerber die mangelnde Berechtigung nicht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist. Darüber hinaus muss als eine von zwei zusätzlichen Voraussetzungen ⁴⁰⁵⁰ die Unrichtigkeit der Liste dem Berechtigten zuzurechnen sein. Tatbestandsgegenständlich für § 16 Abs 3 dGmbHG ist somit gleich wie nach § 15 Abs 3 UGB, dass der Veräußerer in ein öffentliches Register

4044 *Schauer* in Kalss/Schauer, GA 16. ÖJT 742 f.

4045 *Haberer* in Domej et al (Hrsg), Einheit des Privatrechts 428.

4046 *Wünscher*, rdw 2021, 86 (90 f).

4047 *Verweijen* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2019) § 26 Rz 20.

4048 Statt aller *Völkl/Ettmayer* in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 15 Rz 32.

4049 BGBl I 2008, Nr 48.

4050 Als zweite Alternative kann der Registerstand auch während eines Zeitraums von drei Jahren unrichtig sein.

eingetragen ist,⁴⁰⁵¹ der Berechtigte die unrichtige Eintragung veranlasst hat und der Erwerber die Unrichtigkeit nicht kannte bzw grob fahrlässig nicht kannte. Darüber hinaus wird von § 15 Abs 3 UGB auch die unterlassene Korrektur einer für als unrichtig erkannten bzw als unrichtig erkennbaren Eintragung erfasst, was jedoch nach der deutschen L ebenso unter den Tatbestand der Zurechenbarkeit fällt.⁴⁰⁵² Die isolierte Betrachtung des Erwerbs von GmbH-Anteilen lässt somit den Schluss zu, dass der Gutgläubenserwerb nach § 16 Abs 3 dGmbHG *prima facie* dieselben Tatbestandsmerkmale aufweist wie § 15 Abs 3 UGB.

Eine Wertungsähnlichkeit hinsichtlich des Erwerbs von GmbH-Anteilen ersetzt jedoch nicht eine konkrete Auslegung des § 15 Abs 3 UGB. Auf Grund dieser durch das HARÄG 2005 eingefügten Bestimmung sollte ausweislich der Mat die bereits davor anerkannten Grundsätze der Rechtsscheinhaftung für unrichtige Eintragungen positiviert werden.⁴⁰⁵³ Für die Interpretation des § 15 Abs 3 ABGB muss somit die Frage beantwortet werden, ob es einem anerkannten Grundsatz der Rechtsscheinhaftung entspricht, dass derjenige, der einen falschen Eintrag in ein öffentliches Register zu verantworten hat, sämtliche Ansprüche gegen einen redlichen Erwerber verliert, wobei nur die ursprünglich unrichtige Eintragung in ein öffentliches Register erfasst ist.⁴⁰⁵⁴ Dass sich ein solcher Grundsatz dem österreichischen Recht nicht entnehmen lässt, zeigt jedoch bereits die Behandlung von in das Grundbuch eingetragenen unbeweglichen Sachen: Mit § 1500 ABGB ist zwar der gute Glaube des auf die öffentlichen Bücher vertrauenden Erwerbers geschützt, jedoch gilt diese Wertung nicht für die ursprüngliche Richtigkeit der Eintragung, da explizit nur Rechtsänderungen aus der Ersitzung oder der Verjährung erfasst sind. Das auch in § 15 Abs 3 UGB niedergelegte positive Publizitätsprinzip findet sich bei Liegenschaften vielmehr in den §§ 63 ff GBG verwirklicht.⁴⁰⁵⁵ Allein der Umstand, dass der gutgläubige Erwerb hier einer eigenständigen gesetzlichen Regelung bedarf, streitet dabei bereits gegen das Argument, dass der Gutgläubenserwerb bei öffentlichen Registern schon aus allgemeinen Grundsätzen zum Rechtsschein folgt. Auch bei der konkreten Regelung entspricht der Gutgläubenserwerb nach den §§ 63 ff GBG nicht dem Muster, das in § 15 Abs 3 UGB erblickt wird: Der Erwerb vom Nichtberechtigten setzt hier den Verlauf eines gewissen Zeitraums voraus, der davon abhängt, ob der Be-

4051 Tatsächlich reicht es aber für § 16 Abs 3 dGmbHG, dass der Veräußerer in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist, was wertungsmäßig aber der Eintragung in das öffentliche Register gleichzuhalten ist.

4052 S nur *Heidinger* in MüKoGmbHG⁴ § 16 Rz 296; *Servatius* in Noack/Servatius/Haas, GmbHG²³ § 16 Rz 38 f; *Ebbing* in Michalski et al, GmbHG-Gesetz⁴ § 16 Rz 214.

4053 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 24.

4054 Ausf *Zib* in Zib/Dellinger, UGB I § 15 Rz 124 ff.

4055 Vgl auch *Perner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1500 Rz 2.

rechtigte von der Eintragung vorschriftsmäßig verständigt wurde.⁴⁰⁵⁶ Dies beinhaltet jedoch eine andere Wertung wie § 15 Abs 3 UGB, wo ausschließlich auf die Zurechenbarkeit des Registerstands abgestellt wird; dies wäre vielmehr einer Regelung gleichzuhalten, dass bereits mit der Abgabe einer Aufsandungserklärung ein gutgläubiger Erwerb des Dritten in Betracht käme. Auch bei anderen Registerrechten – wie etwa bei gewerblichen Schutzrechten – ist kein Grundsatz etabliert, dass ein redlicher Dritter die Rechtszuständigkeit erwirbt, sofern dem Berechtigten ein falscher Registerstand zuzurechnen ist. Hieraus folgt, dass die Statuierung eines immediaten Gutgläubenserwerbs bei öffentlichen Registern nicht den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung entspricht, die der Gesetzgeber in § 15 Abs 3 UGB positiviert hat. Daher gilt es, diese Bestimmung eng auszulegen, sodass ein gutgläubiger Anteilserwerb generell nicht erfasst ist. Dies kann etwa dadurch erfolgen, dass das Erfordernis des Geschäftsverkehrs, in dem die Rechtswirkungen des § 15 Abs 3 UGB zum Tragen kommen, restriktiv ausgelegt wird, sodass ausschließlich das Verhältnis zwischen dem gutgläubigen Dritten und dem eingetragenen Unternehmer erfasst ist.⁴⁰⁵⁷ Es zeigt sich sohin, dass auch nach § 15 Abs 3 UGB kein Gutgläubenserwerb von Anteilen der GmbH bzw der OG möglich ist.⁴⁰⁵⁸

Da im österreichischen Recht der gutgläubige Anteilserwerb *de lege lata* – wie gezeigt – nicht vorgesehen ist, wurde in der rechtspolitischen Diskussion hinsichtlich der GmbH für einen Gutgläubenserwerb plädiert. Denn der mangelnde Verkehrsschutz resultiere bei Transaktionen in der Notwendigkeit von aufwendigen Überprüfungen der Berechtigung des Veräußerers, was dadurch akzentuiert wird, dass viele GmbHs ein beträchtliches Alter erreicht haben und sohin das Risiko einer fehlerhaften Übertragung nur schwer eingeschätzt werden könne.⁴⁰⁵⁹ Daher empfiehlt *Martin Schauer* in seinem Gutachten zum ÖJT dem österreichischen Gesetzgeber, nach dem Muster des (späteren) § 16 Abs 3 dGmbHG, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs der Rechtszuständigkeit an einem GmbH-Anteil vorzusehen. Bei einer anfänglich unrichtigen Eintragung soll daran angeknüpft werden, ob der Berechtigte die fehlerhafte Eintragung veranlasst oder schuldhaft zu berichtigen unterlassen hat; bei einer nachträglichen Unrichtigkeit soll ein immediater Rechtserwerb mög-

4056 Im Fall der vorschriftsmäßigen Verständigung kann gem § 63 GBG in der Rekursfrist eine Streitanmerkung erwirkt werden, eine Löschungsklage kann dann innerhalb von 60 Tagen nach Ende der Rekursfrist erfolgen. Wenn eine Verständigung unterblieben ist, besteht nach § 64 GBG die Möglichkeit, innerhalb von drei Jahren ab der Einverleibung gegen den redlichen Erwerber vorzugehen.

4057 Dahingehend auch *Haberer* in Domej et al (Hrsg), Einheit des Privatrechts 428.

4058 Mit ausf Nachweisen den Gutgläubenserwerb auf Grundlage von § 15 UGB verneinend *Palma*, Kein Gutgläubenserwerb von GmbH-Geschäftsanteilen? (Teil I), wbl 2023, 2 (5 ff).

4059 *Schauer* in Kalss/Schauer, GA 16. ÖJT 743.

lich sein.⁴⁰⁶⁰ Bei der Bewertung dieser Forderung *de lege ferenda* soll aus dem hier eingenommenen Standpunkt bloß auf die Möglichkeit der Ersitzung von Mitgliedschaftsrechten hingewiesen werden, die nach dem Konzept des ABGB durchaus nicht ausgeschlossen ist.⁴⁰⁶¹ Bei einem gültigen Titel kann der in das Firmenbuch eingetragene, redliche Erwerber nach Verlauf von (mindestens) drei Jahren die Rechtszuständigkeit erwerben;⁴⁰⁶² dies ähnelt konzeptionell auch § 16 Abs 3 dGmbHG⁴⁰⁶³. Hierdurch kann dem Bedürfnis nach Verkehrsschutz durchaus Rechnung getragen werden, da die Notwendigkeit der Überprüfung der Berechtigung des Veräußerers nur in einem zeitlich begrenzten Rahmen⁴⁰⁶⁴ stattfinden müsste. Gleichmaßen wird auch den Interessen des Berechtigten Rechnung getragen, da dieser nur nach zumindest dreijähriger Untätigkeit sein Recht verliert, was dessen Rechtsposition im Vergleich zum Vorschlag *Schauers* durchaus verstärkt. Hierbei ist die Wertung, dass die fehlende Überprüfung des Registerstands über einen Zeitraum von drei Jahren zum Rechtsverlust führen kann, in der Rechtsordnung durchaus etabliert, was sich hinsichtlich unbeweglicher Sachen bei den sog Schreijahren des § 64 GBG zeigt. Wenn man somit im Einklang mit dem weiten Konzept der Ersitzung von Rechten, das dem ABGB zu Grunde liegt, einen Rechtserwerb nach dem Verlauf von zumindest drei Jahren ermöglicht, wird die Notwendigkeit für ein Tätigwerden des Gesetzgebers zur Statuierung eines eigenständigen Gutgläubenserwerbs iZm GmbH-Anteilen wohl nur eingeschränkt bestehen.

2.2.2.4.3.4. Mitgliedschaftsrechte an der AG

Hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von Namensaktien ist danach zu unterscheiden, ob diese verbrieft worden sind. Bei verbrieften Namensaktien gilt nach § 62 Abs 1 S 2 AktG, dass ein gutgläubiger Erwerb nach Maßgabe des Art 16 WechselG in Betracht kommt; Voraussetzung ist somit neben einer geschlossenen Indossamentenkette,⁴⁰⁶⁵ dass der Erwerber weder bösgläubig noch grob fahrlässig war.⁴⁰⁶⁶ Verbriefte Aktien können aber gleich

4060 *Schauer* in Kalss/Schauer, GA 16. ÖJT 747 f.

4061 S dazu ausf 2.2.2.3.4.5.

4062 Ähnlich die rechtspolitische Forderung von *Haberer* in Domej et al (Hrsg), Einheit des Privatrechts 440.

4063 Auch hier wird die Untätigkeit des Berechtigten während eines Zeitraums von drei Jahren – neben der Veranlassung der falschen Eintragung – als Grundlage für den Gutgläubenserwerb angesehen.

4064 Tatsächlich müssten bei Zweifeln über die Gültigkeit des Titels aber 30 Jahre verlaufen sein, um einen sicheren Rechtsübergang zu gewährleisten.

4065 Hierbei kann zuletzt auch ein Blankoindossament erfolgt sein, vgl *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 40.

4066 Str ist hierbei, ob durch den gutgläubigen Erwerb hier wie nach allgemeinen Grundsätzen nur die fehlende Berechtigung des Vormanns oder auch andere Mängel geheilt werden können, was auch generell im wertpapierrechtlichen Schrifttum thematisiert wird. Diskutiert wird dies insb hinsichtlich der Rechtsstellung, die dem Erwerber zukommt, wenn die Aktien unwirksam oder mangelhaft begeben wur-

wie unverbriefte Mitgliedschaftsrechte – wie gesehen – auch ohne Indossament übertragen werden, wobei dann der wertpapierrechtliche Vertrauensschutz des Art 16 Abs 2 WechselG keine unmittelbare Anwendung findet. Dies bedeutet noch nicht zwingend, dass ein gutgläubiger Erwerb ausscheiden muss, dieser wäre aber eigenständig zu begründen.

Nicht in Betracht kommt hier aber jedenfalls eine analoge Anwendung der wertpapierrechtlichen Bestimmungen zum Gutgläubenserwerb auf die Übertragung ohne Indossament, da dies einzig dazu führen würde, das Erfordernis einer wertpapierrechtlichen Übertragung zu untergraben. Auch die von der hL⁴⁰⁶⁷ geforderte Übergabe der nicht indossierten Aktienurkunde gleichzeitig mit der Rechtsübertragung bietet keinen hinreichenden Anknüpfungspunkt für einen Gutgläubenserwerb: Da der Veräußerer nicht auf der Urkunde als Berechtigter ausgewiesen ist, ergibt sich keine schützenswerte Stellung des – wenngleich auch redlichen – Erwerbers; zudem vermittelt auch eine Eigentumsstellung an der Aktienurkunde allein noch nicht zwingend das Mitgliedschaftsrecht an der AG.⁴⁰⁶⁸ Zuletzt kann auch eine etwaige Eintragung in das Aktienbuch, die – wie gesehen – Voraussetzung für die Ausübung des Mitgliedschaftsrechts an der AG ist,⁴⁰⁶⁹ keine ausreichende Grundlage für einen Gutgläubenserwerb bieten.⁴⁰⁷⁰ Zwar geht mit der Eintragung in das Aktienbuch ein gewisser, im Vergleich zu einem öffentlichen Register freilich reduzierter Rechtsschein einher; dieser allein ist aber nicht hinreichend dafür, dass die Interessensabwägung zu Gunsten des redlichen Erwerbers ausschlägt. Dies ergibt sich zum einen aus einem Größenschluss der Wertungen zu in öffentlichen Registern eingetragenen Rechtsobjekten,⁴⁰⁷¹ wo es – wie gezeigt – eigenständiger registerrechtlicher Regelungen für den Gutgläubenserwerb bedarf; da diese hinsichtlich in das Aktienbuch eingetragener Namensaktien fehlen, kann der im Vergleich zu öffentlichen Registern geringere Rechtsschein nicht dazu führen, dass hier der redliche Erwerber gegenüber dem tatsächlichen Berechtigten obsiegt.

den. Dem steht die jüngere L durchaus aufgeschlossen gegenüber; freilich ist ein solcher Erwerb auf Erwägungen zur Rechtsscheinhaltung und nicht auf allgemeine Überlegungen zum gutgläubigen Erwerb zu stützen, weshalb eine detaillierte Bewertung hier offenbleiben kann, s mwN *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz³ § 9 Rz 17 f; *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 42 f; grundlegend dazu *Canaris*, Vertrauenshaftung 251 ff.

4067 Weiterführend 2.2.1.2.2.3.

4068 AA dazu wohl die ältere Rsp, vgl OGH 11.4.1890, Nr 3628 GIU 13250.

4069 Vgl 2.1.3.2.3.

4070 Denkbar ist in diesem Kontext freilich die Ersitzung, da hier der Besitz am Mitgliedschaftsrecht durch die Eintragung in das Aktienbuch erworben wird. Demgemäß würde der redliche und rechtmäßige Besitzer, der über einen Zeitraum von drei Jahren in das Aktienbuch eingetragen ist, die Rechtszuständigkeit am Mitgliedschaftsrecht erwerben, s dazu bereits ausf iZm Immaterialgüterrechten 2.2.2.4.3.1.

4071 In das Aktienbuch können nur Gesellschafter Einsicht nehmen, s bereits 2.1.3.2.3.

Zum anderen sprechen auch die spezifischen Umstände der Führung des Aktienbuchs gegen einen Gutgläubenserwerb. Denn es ist Sache des Vorstands, das Aktienbuch einzurichten und die darin gebotenen Eintragungen vorzunehmen.⁴⁰⁷² Auch wenn der Vorstand nach Maßgabe des § 84 AktG zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angehalten ist, muss einer Eintragung in das Aktienbuch geringere Rechtssicherheit zukommen als bei einem von einem Gericht geführten Register. Die Möglichkeit, zum gutgläubigen Erwerb durch Eintragung in das Aktienbuch beizutragen, hätte für den Vorstand zudem durchaus auch unerwünschte Anreizwirkungen zur Folge – so könnte dem Vorstand durch den unmittelbaren gutgläubigen Erwerb der Aktionärsstellung uU die Möglichkeit eröffnet werden, einen missliebigen Aktionär aus der Gesellschaft zu entfernen. Die einzige Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs bei Namensaktien besteht somit in der Übertragung durch Indossament, bei der die Wertung des Art 16 Abs 2 WechselG unmittelbar zur Anwendung kommt.⁴⁰⁷³

Zumindest theoretische⁴⁰⁷⁴ Schwierigkeiten bereitet aber der gutgläubige Erwerb von depotverwahrten Inhaberaktien, wovon die Diskussion in der Lit zeugt. So zeigt sich *Gert Iro* in der ersten Auflage des „Österreichischen Bankvertragsrechts“ hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs bei in Sammelurkunden verbrieften Rechten eher ablehnend.⁴⁰⁷⁵ Dies begründet er damit, dass der bloße Mitbesitz an der Sammelurkunde keine hinreichende Rechtscheingrundlage biete; zudem sei fraglich, ob mit der Besitzeinweisung ein zulässiger Modus für den Gutgläubenserwerb gegeben sei. Diese kritische Ansicht entspricht dabei auch der deutschen L, wobei hier insb die ausführliche Untersuchung von *Dorothee Einsele* hervorzuheben ist. Auch hier wird die fehlende Anscheingrundlage des Mitbesitzes an der Sammelurkunde als Hindernis für den gutgläubigen Erwerb angesehen;⁴⁰⁷⁶ die Buchung im Depot sei nicht als hinreichender Rechtsscheinträger anzusehen, da sie für die Allgemeinheit nicht offenkundig sei.⁴⁰⁷⁷ Im österreichischen Schrifttum wurde diese Auffassung insb von *Micheler* kritisiert, die davon ausgeht, dass die sich mittlerweile nicht mehr in Kraft befindliche Bestimmung des Gutgläubenserwerbs in § 366 HGB auch im Kontext des Privatkaufts von Aktien Anwendung finden soll.⁴⁰⁷⁸ Darüber hinaus plädiert sie dafür, dass bei der

4072 Statt aller *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 18.

4073 Dahingehend auch *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² 3/100.

4074 Praktisch ist dies aber wohl weniger relevant, s dazu auch *Micheler*, Wertpapierrecht 168.

4075 *Iro* in Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II¹ 7/124, aaO auch abgeschwächt in 7/153 f.

4076 *Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht 157 ff.

4077 *Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht 173 ff.

4078 *Micheler*, Wertpapierrecht 215 f.

Übertragung im Effektingiro auch § 371 ABGB zu berücksichtigen sei, weshalb auch unabhängig von den Voraussetzungen des § 367 Abs 1 ABGB ein gültiger Erwerb vom Nichtberechtigten zu bejahen sei.⁴⁰⁷⁹ Dieser Ansicht schloss sich in der Folge auch *Iro* an, der nunmehr den gutgläubigen Erwerb im Kontext des Effektingiros auf die §§ 367 bzw 371 ABGB stützt.⁴⁰⁸⁰ Es kam somit in der jüngeren Zeit in der L zu einer Änderung der Auffassungen, sodass nunmehr davon ausgegangen wird, dass auch bei in Sammelurkunden verbrieften Inhaberaktien ein Gutgläubenserwerb nach allgemeinzivilrechtlichen Wertungen erfolgen kann.

Nach der hier vertretenen Rechtsauffassung, nach der § 367 Abs 1 ABGB seinem Konzept nach ausschließlich auf körperliche Sachen Anwendung findet und § 371, 2. Fall ABGB als bloßer Vindikationsausschluss nicht als Tatbestand des gutgläubigen Eigentumserwerbs aufzufassen ist, muss der Gutgläubenserwerb bei in Sammelurkunden verbrieften Inhaberaktien freilich eigenständig gerechtfertigt werden. Eine Regelungslücke ist hier – wenn man gemäß dem Regelungskonzept der Stammfassung einen Gutgläubenserwerb bei Rechten generell ablehnt – völlig augenscheinlich: Bei börsengehandelten Inhaberaktien ist es dem Erwerber völlig unmöglich, die Berechtigung des ihm unbekannten Vormanns zu überprüfen. Der völlige Ausschluss des Gutgläubenserwerbs würde somit zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der freien Handelbarkeit von Aktien führen, da der Erwerber nicht sichergehen kann, dass ihm – auf Grund der mangelnden Berechtigung des Vormanns – tatsächlich die Rechtszuständigkeit übertragen wurde; es käme somit zu einer nachhaltigen Behinderung des Effektingiroverkehrs.⁴⁰⁸¹ Es ergibt sich somit zweifellos, dass ein Regelungssystem, in dem ein Gutgläubenserwerb von in Sammelurkunden verbrieften Inhaberaktien mangels eigenständiger Wertung generell nicht Platz greifen kann, planwidrig unvollständig ist.

Für das österreichische Recht wird bei besonders umlauffähigen Sachen – wie gesehen⁴⁰⁸² – zu Recht ein Gutgläubenserwerb nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen bejaht. Dies kann im Wege der Analogie der Wertungen des Art 16 Abs 2 WechselG und des Art 21 ScheckG hergeleitet werden; Voraussetzung für die Lückenfüllung ist dabei, dass eine hinreichende Ähnlichkeit zum Tatbestand des Gutgläubenserwerbs bei Wechsel bzw Scheck besteht. Dies ist bei in Sammelurkunden verbrieften Inhaberaktien aber wohl unstr der Fall: Gem § 10 Abs 1 AktG können Inhaberaktien ausschließlich dann ausgegeben werden, wenn die Gesellschaft börsennotiert ist, die

4079 *Micheler*, Wertpapierrecht 216 ff.

4080 *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 4/117 ff; dahingehend auch *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 43.

4081 So auch bspw *Micheler*, Wertpapierrecht 170; *Westermann*, Das Girosammeldepot im deutschen Recht, RabelsZ 1984, 214 (231 f); *Fabricius*, AcP 1963, 456 (482).

4082 Vgl 2.2.2.4.3.2.

Aktien über ein multilaterales Handelssystem gehandelt werden oder die Satzung dies vorsieht. Daraus folgt, dass bei der Wahl für die Ausgabe von Inhaberaktien die erleichterte Übertragbarkeit der Aktie in einem institutionalisierten Handelssystem im Mittelpunkt steht; in einer typisierenden Betrachtung ist sohin bei Inhaberaktien von einer besonders großen Umlauffähigkeit auszugehen. Hinsichtlich der Verkehrsfähigkeit sind Inhaberaktien somit nicht nur ähnlich zu anderen Wertpapieren; es drängt sich vielmehr ein Größenschluss auf: Wenn bei verbrieften Namensaktien ein erleichterter Gutgläubenserwerb möglich ist, muss dies umso mehr bei Inhaberaktien der Fall sein.

Freilich unterscheiden sich Inhaberaktien und die gesetzlich gesondert geregelten Wertpapiere auch in mannigfaltiger Art und Weise. Hierbei drängt sich insb die Verschiedenheit der Verbriefung der Rechte auf: Während bei Wechsel und Scheck ebenso wie bei der Namensaktie eine Einzelverbriefung vorliegt, besteht bei Inhaberaktien ein dahingehendes Verbot; vielmehr kann gem § 10 Abs 2 AktG eine Verbriefung hier nur in Sammelurkunden erfolgen. Anders als bei Wechsel und Scheck bekommt der Erwerber des Inhaberpapiers somit keine körperliche Urkunde in die Hand; es fehlt somit an einer offenkundigen Manifestation der Rechtszuordnung, die Grundlage eines Rechtsscheins ist.⁴⁰⁸³ Dem kann aber entgegnet werden, dass bereits durch die Institution des Effektengiros ein Vertrauenstatbestand geschaffen wird: Ein Erwerber kann darauf vertrauen, dass eine im Einklang mit dem DepotG abgewickelte Transaktion ihm einen unbelasteten Vermögenswert beschafft;⁴⁰⁸⁴ dies trifft umso mehr bei börsengehandelte Rechten zu.⁴⁰⁸⁵ Pointiert zusammengefasst erfolgt der Vertrauensschutz dabei durch Banken, deren Redlichkeit und Korrektheit im Wirtschaftssystem vermutet wird.⁴⁰⁸⁶ Durch die Gutbuchung am Konto des Erwerbers⁴⁰⁸⁷ entsteht durch die Mediatisierung im Effektengiro somit ein Rechtsschein dahingehend, dass der Veräußerer über das Recht verfügen konnte.

Der Befund, dass im Effektengiro ein von allgemeinen Grundsätzen abweichender Gutgläubenserwerb zulässig ist, bestätigt sich durch zwei weitere Erwägungen. Einerseits besteht beim Effektengiro ein manifestes Un-

4083 MwN *Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht 176 ff.

4084 Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 4/120; *Oppitz* in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² 2/208; *Micheler*, Wertpapierrecht 214.

4085 Demgemäß ist auch durchaus nicht ausgeschlossen, dass der außerbörsliche Handel (OTC) anders zu beurteilen ist, s dahingehend *Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht 174.

4086 *Zöllner* in FS Raiser 267.

4087 Die hL in Deutschland geht dahingehend davon aus, dass die Gutbuchung am Konto des Veräußerers Rechtsscheinwirkungen hat. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, da dieses für Dritte nicht einsehbar ist; s mwN Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II² 4/120.

gleichgewicht zwischen dem Berechtigten und dem Erwerber bei der Möglichkeit, einen – möglicherweise zum Gutgläubenserwerb führenden – Fehler bei der Transaktion zu vermeiden. So kommen dem Rechtsinhaber die institutionellen Sicherungen des Finanzmarkts zu Gute; er hat Möglichkeiten der Kontrolle seiner Anteile in seinem Depot, während dies für den Erwerber, der bei börsengehandelten Inhaberpapieren seinen Vertragspartner nicht wählen kann, nicht möglich ist. Der Berechtigte ist hier also der *cheapest cost avoider*; er kann den Fall eines Erwerbs vom Nichtberechtigten deutlich leichter vermeiden als der Erwerber.⁴⁰⁸⁸ Neben einem rechtsökonomischen Argument ist dies auch ein bedeutender Umstand bei der Interessensabwägung: Der Erwerber ist besonders schutzbedürftig, da er nur sehr eingeschränkt Maßnahmen setzen kann, um einen Nichtberechtigten als Vertragspartner zu vermeiden, weshalb ihm nach dem Selbstverantwortungsprinzip auch dieses Risiko nicht zugeordnet werden kann. Andererseits kann durch den Effekten giro auch eine den Emittenten belastende Rechtsvervielfältigung, die einem gutgläubigen Rechtserwerb entgegensteht, ausgeschlossen werden. Denn durch die Buchung im Depot wird das Rechtsobjekt eindeutig einem Rechtssubjekt zugeordnet; der Gutgläubenserwerb könnte somit bloß auf die Zuordnung des Rechtsobjekts einwirken. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass für im Effekten giro gehandelte Inhaberaktien nach wertpapierrechtlichen Maßstäben ein gutgläubiger Erwerb möglich ist – Voraussetzung ist somit neben einem gültigen Titel und der Buchung im Depot bloß,⁴⁰⁸⁹ dass der Erwerber die Inhaberaktie nicht im bösen Glauben oder grob fahrlässig erworben hat.

Die Herleitung des Gutgläubenserwerbs bei im Effekten giro übertragenen Inhaberaktien aus wertpapierrechtlichen Wertungen hat im hier untersuchten Zusammenhang weitergehende Auswirkungen. Dies zeigt sich illustrativ daran, dass es bei der Abwägung, ob Inhaberaktien hinreichend ähnlich zu Wechsel und Scheck sind, nicht entscheidend auf die Form der Verbriefung ankommt. Der für den Gutgläubenserwerb notwendige Rechtsschein wird vielmehr durch die Institution des Effekten giros und nicht durch eine – uneinsehbar im Banktresor gelagerte – Sammelurkunde gewährleistet. Beim Gutgläubenserwerb nach wertpapierrechtlichem Muster kommt es somit nicht auf den mittelbaren Sachbesitz an einer Urkunde an.⁴⁰⁹⁰ Der Erwerb vom Nichtberechtigten ist viel-

4088 Dementsprechend ist es gerechtfertigt, hier die Interessensabwägung zu Gunsten des Erwerbers ausschlagen zu lassen und das Risiko der fehlenden Berechtigung dem Veräußerer zuzuordnen, s dazu auch Walz, KritV 1986, 131 (160 ff).

4089 AA Schopper, der nur Titel und (eingeschränkte) Redlichkeit für ausreichend befindet, s Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 43. Offenbleiben kann aber, ob die Gutschrift am Depotkonto der Erwerberbank hinreichend für den Rechtserwerb ist, vgl dafür Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² 2/209.

4090 Die Begründung durch den Sachbesitz ist im Effekten giro hochproblematisch, s dazu auch Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² 2/208.

mehr auch unabhängig davon möglich, ob ein Recht in einer körperlichen Urkunde verbrieft ist.⁴⁰⁹¹ Daraus folgt, dass bei einer digitalen Sammelurkunde der Gutgläubenserwerb nach denselben Maßstäben erfolgt wie bei der körperlichen Sammelurkunde, was auch der hL entspricht.⁴⁰⁹² Beim Gutgläubenserwerb im Kontext der digitalen Sammelurkunde zeigt sich wiederum das unterschiedliche normative Umfeld in Österreich und Deutschland, wo dieses Resultat in ganz unterschiedlicher Weise erreicht wird. So findet sich in § 26 eWpG explizit die Bestimmung, dass derjenige, der in ein elektronisches Wertpapierregister eingetragen wird, als Berechtigter gilt; ein Gutgläubenserwerb kommt sohin in Betracht, wenn dem Erwerber zum Zeitpunkt seiner Eintragung nichts anderes bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist. Ebendieser gesetzlichen Festlegung bedarf es im österreichischen Recht aber nicht; im Wege der Analogie von wertpapierrechtlichen Wertungen kann hier der Gutgläubenserwerb unter denselben Voraussetzungen bejaht werden. Die durch Rechtsfortbildung gewonnene Erweiterung des Gutgläubenserwerbs zeigt somit den Vorteil, dass sie auch für neuartige Phänomene wie etwa die digitale Sammelurkunde flexibel anwendbar ist und nicht auf die tw durchaus träge Reaktion des Gesetzgebers angewiesen ist.

2.2.2.4.4. Gegenüberstellung

Hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs besteht eine große Nähe zwischen den naturrechtlich inspirierten Regelungen des ABGB und einer pandektistischen Rechtskonzeption. Beide sehen dem Vindikationsprinzip folgend vor, dass ein Erwerb vom Nichtberechtigten nur ganz ausnahmsweise stattfinden kann. Damit geht einher, dass der Tatbestand des § 367 Abs 1 ABGB eng zu interpretieren ist und allein auf körperliche Sachen Anwendung findet, was bislang auch noch nie ernsthaft in Frage gestellt wurde. Es ist der hL somit zuzustimmen, dass der gutgläubige Eigentumserwerb nach § 367 ABGB bei unkörperlichen Sachen nicht Platz greifen kann. Daran ändert nichts, dass seit dem Inkrafttreten des ABGB in öffentliche Register eingetragene Rechte wie etwa gewerbliche Schutzrechte entstanden sind, da hier mangels eigenständiger registerrechtlicher Regelungen ein Erwerb vom Nichtberechtigten ausscheiden muss; eine iE vergleichbare, verkehrsschützende Funktion kommt im ABGB allenfalls der Ersitzung bzw der Verjährung zu.

Die sehr klare Position des Gesetzgebers zum Ausschluss des Gutgläubenserwerbs bei Rechten wurde jedoch mittlerweile durch neuere Rechtsentwick-

4091 Dies ist bei einer reinen Lösung durch Auslegung des § 371, 2. Fall ABGB freilich nicht eindeutig, da für diese Bestimmung angenommen wird, dass sie nur für körperliche Sachen Anwendung findet, s dahingehend etwa *Vonkilch/Knoll*, JBl 2019, 139 (146).

4092 So auch *Raschner/Reheis*, ÖBA 2021, 456 (460); *Subash*, Die Einführung von digitalen Sammelurkunden in Österreich, wbl 2021, 421 (428); etwas unklar *Ebner/Kalss*, GesRZ 2020, 369 (379).

lungen aufgeweicht. Besondere Bedeutung kommen idZ wertpapierrechtlichen Wertungen zu, nach denen bei Wechsel und Scheck unter weniger strengen Voraussetzungen als nach allgemein-zivilrechtlichen Wertungen Eigentum vom Nichtberechtigten erworben werden kann. Dies hat den Hintergrund, dass der Gutgläubenserwerb eine wesentliche Voraussetzung für ungestörte Umlauffähigkeit von Wertpapieren ist. Durch die verhältnismäßig geringe Reglungsdichte des ABGB wurde diese wertpapierrechtliche Wertung zum Ausgangspunkt von Rechtsfortbildungen, weshalb auch außerhalb von Wechsel und Scheck ein vereinfachter Gutgläubenserwerb nach wertpapierrechtlichem Muster stattfinden kann. Auch idZ kann der expliziten Anerkennung eines weiten Sachbegriffs Bedeutung zugemessen werden: Wenn in wertender Betrachtung – insb hinsichtlich der Umlauffähigkeit – eine hinreichende Ähnlichkeit zu Wertpapieren besteht, können die Bestimmungen zum Gutgläubenserwerb unabhängig von der Verkörperung in einer physischen Urkunde analog angewendet werden. Dementsprechend kann nach dem österreichischen Recht auch bei in digitalen Urkunden verbrieften Rechten ein Gutgläubenserwerb vom Nichtberechtigten stattfinden, ohne dass es diesbezüglich einer expliziten gesetzlichen Regelung bedürfte. Dies ist ein weiteres illustratives Beispiel für die Flexibilität des Regelungsansatzes des ABGB.

2.2.3. Schlussfolgerungen

Bei der Betrachtung des Rechtserwerbs zeigen sich die wesentlichen Konstruktionsunterschiede zwischen einem naturrechtlich inspirierten und einem pandektistisch inspirierten Regelungssystem. Dies wird insb beim derivativen Rechtserwerb deutlich, der sich nach den Wertungen der Stammfassung des ABGB nach sachenrechtlichen Bestimmungen richtet. Es bedarf daher neben dem Titel grds auch eines nach außen dringenden Realakts, der als rechtliche Erwerbungsart bezeichnet wird. In einer pandektistischen Interpretation ist die Rechtsübertragung dahingehend nach zessionsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen, die von sachenrechtlichen Wertungen streng zu trennen sind. Eine Ausnahme besteht dabei bloß bei Wertpapieren, bei denen es nach der pandektistischen Verkörperungstheorie zu einer Verkörperung des Rechts in einer Urkunde kommt, weshalb hier der Rechtserwerb im Einklang mit dem Sachenrecht erfolgt. Die Systemunterschiede kulminieren somit bei der Frage, ob es für die Rechtsübertragung eines eigenständigen Publizitätsakts bedarf.

Die Rechtsentwicklungen sind seit der Stammfassung des ABGB aus 1811 geprägt von einer zunehmenden Entmaterialisierung des Wirtschaftslebens. Während im frühen 19. Jhd dem Schuldschein bei der Rechtsübertragung noch eine wichtige Rolle zukam (vgl § 427 ABGB), verlor dieser später an Bedeutung. Dementsprechend wurde auch der Rechtsübertragung durch Übergabe des Schuldscheins ihre Grundlage entzogen. Vor dem Hintergrund dieses Funktionswandels sind die Wertungen der Pandektistik, die

später auch im BGB Niederschlag gefunden haben, auch für das österreichische Recht stimmig: Zur Übertragung von Forderungsrechten muss grds kein Publizitätsakt gesetzt werden. Für das ABGB gilt dies aber nur insoweit, als dass völlig publizitätslose Rechte betroffen sind. Denn die grundsätzliche Wertung, dass es zur Übertragung des Rechts eines nach außen dringenden Realakts – wie etwa einer Übergabe durch Zeichen – bedarf, blieb unverändert, sofern ein Rechtsscheinträger vorhanden ist. Da die unterschiedlichen Konstruktionen des Rechtsübergangs im Regelfall keine Auswirkungen haben, sind diese dogmatischen Unterschiede in der Diskussion mittlerweile aber völlig in Vergessenheit geraten.

Eben diese Konstruktion, dass der Rechtsübergang durch einen Publizitätsakt – wie etwa die Übergabe eines Zeichens – vollzogen werden kann, erwies sich in der weiteren Rechtsentwicklung als manifester Vorteil. Denn anders als in einem pandektistischen Denksystem, wo im wertpapierrechtlichen Kontext von einer Verkörperung des Rechts in einer Urkunde ausgegangen wurde, bleiben im Konzept des ABGB Recht und Zeichen stets getrennt. Durch den offenen Begriff des Zeichens sind die Wertungen zur Rechtsübertragung in vielfältigen Kontexten anwendbar – sie reichen von der Übergabe eines Wertpapiers bis hin zur Gutschrift im Depot beim Effekten giro. Durch diese erstaunliche Adaptabilität der Wertungen zur Rechtsübertragung ist das ABGB sohin in der Lage, neue Phänomene in der Sphäre des Reellen in das dogmatische Gesamtsystem einzugliedern, wofür es in einem pandektistischen System abweichender Sonderregelungen bedarf. Hier hat sich zumindest im Bezug zur digitalen Sammelurkunde gezeigt, dass die zeitgenössischen Wertungen des deutschen Gesetzgebers weitgehend jenen des über 200 Jahre alten ABGB entsprechen – ein Zeichen für die andauernde Lebenskraft des ABGB.⁴⁰⁹³

Stärkere Reibungen ergeben sich aber bei der Betrachtung des originären Rechtserwerbs. Während dieser bei Rechten nach einem pandektistischen Paradigma iW ausgeschlossen wird, kommt er unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs bei Rechten durchaus in Betracht. Dies zeigt sich illustrativ bei der Diskussion zur Vermengung von Geld: Hier wird von der in pandektistischen Bahnen argumentierenden L dafür plädiert, Bar- und Buchgeld völlig unterschiedlich zu behandeln und sohin die Bestimmung zur Vermengung ausschließlich auf körperliches Bargeld anzuwenden. Unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs steht jedoch kein grundsätzlicher Einwand dagegen, § 371 ABGB auch für die Beurteilung der Vermengung von Buchgeld zu Grunde zu legen, da es sich hier um nichts anderes als um Forderungen gegenüber einer Bank handelt. Eine solche Gleichsetzung wird dabei auch von der stRsp – entgegen der Kritik der L – seit dem frühen 20. Jhd angenommen. In einer wertenden Betrachtung spricht vor dem Hintergrund der weitgehenden Entmaterialisierung von Zahlungsvorgängen und der damit einhergehen-

4093 Diese wurde auch schon vor über 100 Jahren konstatiert, s *Klein* in FS ABGB I.

den funktionalen Gleichsetzung von Bar- und Buchgeld aber nur wenig dafür, diese hinsichtlich ihrer Behandlung in der Insolvenz grundlegend unterschiedlich zu behandeln. In einer wertenden Betrachtung führt der weite Sachbegriff bei der Beurteilung der Vermengung von Buchgeld sohin zu stimmigeren Ergebnissen als eine pandektistische Interpretation, was sich auch in den Wertungsentscheidungen der stRsp widerspiegelt.

Auch bei der Ersitzung besteht ein manifester Unterschied zwischen einem pandektistischen und einem naturrechtlich-inspirierten Ansatz. Während in ersterem eine Ersitzung ausschließlich bei dinglichen Rechten in Betracht kommt, ist eine solche Einschränkung im Regelungssystem des ABGB nicht vorgesehen. Tatsächlich bestehen in einer wertenden Betrachtung aber durchaus gute Gründe dafür, die Ersitzung von Rechten weiter zu fassen, was sich insb bei Registerrechten zeigt. Hier würde ein Fehler in der Rechtsübertragung dazu führen, dass zeitlich unbegrenzt gegen den Intabulierten vorgegangen werden könnte, was insb bei Mitgliedschaftsrechten zu einer erheblichen Erhöhung von Transaktionskosten führt. Darüber hinaus kann die uneigentliche Ersitzung von Rechten ein durchaus geeigneter Rahmen sein, um lang andauernde faktische Zustände in eine rechtliche Interessensabwägung einzubeziehen. Unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs können somit Konstellationen, die bislang ungeregelt geblieben sind oder nur mit Rückgriff auf Behelfskonstruktionen gelöst werden konnten, einer interessewahrenden Lösung zugeführt werden.

Ein anderes Bild ergibt sich freilich bei der Betrachtung des Gutgläubenserwerbs in § 367 Abs 1 ABGB. Hier wird in beiden betrachteten Ansätzen eine Anwendung auf unkörperliche Sachen abgelehnt, was auch der völlig hL und stRsp entspricht. Durch neuere Rechtsschichten kam es – insb durch wertpapierrechtliche Bestimmungen – aber zur Ausbildung eines Tatbestands des vereinfachten Gutgläubenserwerbs, der ganz unproblematisch auf Rechte angewendet wird. Durch den weiten Sachbegriff ist das österreichische Zivilrecht dabei in der Lage, diese Wertung auch auf neuartige Phänomene in der Sphäre des Reellen anzuwenden.

In einer Gesamtbetrachtung ergibt sich sohin, dass das pandektistische Paradigma zu einer deutlich rigideren Auslegung des Sachenrechts führt als ein naturrechtlich-inspirierter Ansatz. Dies zeigt sich darin, dass mögliche Wertungsspielräume ohne weitere Differenzierung ungenutzt bleiben. Besonders augenscheinlich wird dies bei der Bewertung von entmaterialisierten Formen der Rechtsübertragung, die bei konsequentem Anhalten an einen engen Sachbegriff nur unter großen Schwierigkeiten interessewahrend in das bestehende System der Zivilrechtsdogmatik eingeordnet werden können. Tendenziell führt der herrschend vertretene Ansatz vielmehr dazu, dass die unkörperliche Manifestation eines Sachverhalts völlig anders beurteilt wird als die körperliche. Es ergibt sich sohin ein durchaus überraschender Befund: Der größte praktische Mehrwert des über 200 Jahre alten Konzepts

der unkörperlichen Sache beim Rechtserwerb besteht in seiner Anwendung auf entmaterialisierte Phänomene der jüngeren Zeit.

3. Rechtsausübung

Ein wesentliches Ergebnis der bisherigen Ausführungen ist, dass Rechte im Regelungssystem des ABGB grundsätzlich ebenso Gegenstand des Besitzes wie auch des Eigentumsrechts sein können. Damit geht eine spezifische Rechtsposition einher, die ihrem Grunde nach Ausfluss von dinglichen Rechtswirkungen ist: Dem Berechtigten wird in Bezug auf das Recht ein Handlungsraum eröffnet, der auch gegen Störungen geschützt ist. Ein solches Recht, bei Störungen der Rechtsausübung gegen jedermann vorzugehen, besteht nach einem pandektistischen Paradigma nicht. Dementsprechend soll nun der Fokus darauf gelegt werden, inwiefern bei Rechten dingliche Rechtswirkungen bestehen, die auf sachenrechtliche Wertungen zum Besitz- und Eigentumsrecht zurückgeführt werden können.

Wie bereits allgemein ausgeführt⁴⁰⁹⁴ sind dingliche Rechte durch eine Dualität geprägt, die mit *Oertmann* als Innen- und Außenwirkung bezeichnet werden kann.⁴⁰⁹⁵ Die Außenwirkung von dinglichen Rechten besteht dabei in der jedermann zukommenden Verpflichtung der Nichtstörung des Berechtigten. In Bezug auf dingliche Wirkungen bei Rechten bedeutet dies somit, dass die Ausübung von Rechten gegen Störungen Dritter bewehrt ist. Davon zu trennen gilt es die Innenwirkung, die das Verhältnis von Rechtssubjekten erfasst, die jeweils eine Berechtigung haben, gewisse Handlungen in Bezug auf ein Rechtsobjekt zu setzen. Hierbei kann es – wie gesehen⁴⁰⁹⁶ – zu auflösungsbedürftigen Kollisionen kommen, wenn dieselben Handlungsbefugnisse verschiedenen Rechtssubjekten zugeordnet werden. Durch die generelle Anerkennung von dinglichen Rechtswirkungen bei Rechten können somit gegenläufige Rechtspositionen entstehen, deren Interessen durch die Rechtsordnung abgewogen werden müssen. Bei der Betrachtung der Rechtswirkungen, die durch die Ausübung von Besitz- und Eigentumsrecht an Rechten entstehen, soll in der Folge daher zwischen der mit der Außenwirkung verbundenen Störungsabwehr und der mit der Innenwirkung assoziierten Auflösung von Kollisionen dinglicher Rechte unterschieden werden. Beide können gleichermaßen als Ausfluss von dinglichen Rechtswirkungen angesehen werden.

Dingliche Rechtswirkungen – betreffend sowohl die dingliche Außen- als auch die Innenwirkung – bei Rechten sind in der österreichischen Rechtsordnung zwar nicht der Normalfall, aber dennoch – wie gezeigt werden soll – durchaus verbreitet. In der Folge soll sohin auf ausgewählte Problemfelder des allgemeinen Zivilrechts eingegangen werden, bei denen sich dingliche Rechts-

4094 Vgl zur Außenwirkung von Rechten bereits AT 4.2.5.

4095 *Oertmann*, AcP 1925, 129 (133).

4096 AT 3.2.2.2.

wirkungen besonders deutlich zeigen. Darüber hinaus soll dem Duktus der vorliegenden Arbeit folgend auch auf die Frage, inwieweit die Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts bei Immaterialgüterrechten und Mitgliedschaftsrechten fruchtbar gemacht werden können, eingegangen werden.

Bei den in weiterer Folge aufgeworfenen Fragestellungen handelt es sich durchwegs um Grundsatzprobleme, die es jeweils verdienen, in einer eigenständigen Monographie beleuchtet zu werden, was vielfach auch bereits erfolgt ist. Häufig handelt es sich um Rechtserscheinungen, die in einem pandektistisch geprägten Gesamtsystem als Anomalie aufgefasst werden, weshalb aus unterschiedlichsten Perspektiven Versuche bestehen, diese systemkonform zu rechtfertigen bzw mit Blick auf die Grundwertungen zu kritisieren. Die Aufgabe des folgenden Abschnitts kann somit nicht sein, sämtliche in der Folge thematisierten Problemstellungen unter Darlegung sämtlicher dazu entwickelter Lehrmeinungen in monographischer Tiefe darzustellen. Vielmehr soll gezeigt werden, dass die behandelten Rechtsprobleme aus unterschiedlichen Bereichen der österreichischen Privatrechtsordnung ein ähnliches Muster aufweisen: Die gemeinsame Klammer ist die Frage, inwiefern dingliche Wirkungen bei Rechten bestehen können. Mit Rückgriff auf den bisher erarbeiteten Rahmen soll somit gezeigt werden, dass sich aus dem Regelungssystem des ABGB ein genuin sachenrechtlicher Rahmen für diese Fragestellungen ergibt, der in der Diskussion auf Grund der Begrenzung auf einen engen Sachbegriff vernachlässigt wurde. Ziel des kommenden Abschnitts ist es somit, aufzuzeigen, dass die Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts Lösungen zu ganz unterschiedlichen Rechtsproblemen iZm der Drittwirkung von Rechten beinhalten, die es ermöglichen, jene einheitlich zu lösen.

3.1. Störungsabwehr

Der dingliche Schutz der Rechtsausübung vor Störungen wird im Regelungssystem des ABGB ausschließlich durch den Rechtsbesitz gewährleistet. Wie gezeigt⁴⁰⁹⁷ ist das Konzept des Besitzes im österreichischen Zivilrecht weit und erfasst neben dem Sach- auch den Rechtsbesitz, der in § 312 ABGB als der Gebrauch von Rechten im eigenen Namen definiert wird; gem § 339 ABGB ist niemand befugt, den Besitz zu stören, wobei explizit auch auf den Rechtsbesitz Bezug genommen wird.⁴⁰⁹⁸ Ein Rechtsbesitzer kann somit auf Unterlassung klagen, wenn er im Gebrauch seines Rechts gestört wird. Nicht im Kontext der Abwehr von Störungen der Rechtsausübung kann freilich die Eigentumsfreiheitsklage in § 523 ABGB angesehen werden, da diese ausschließlich die Anmaßung einer Servitut erfasst und somit in ihrem Anwendungsbereich eng auf das Verhältnis zwischen zwei dinglich

4097 Ausf AT 4.3.

4098 So auch *F. Bydlinski*, Der negatorische Schutz des Mieters gegen Dritte und das Rechtssystem, in FS Gunter Wesener (1992) 81 (83); *Apathy*, publizianische Klage 75.

Berechtigten – also die Innenwirkung des dinglichen Rechts – begrenzt ist,⁴⁰⁹⁹ was auch idS der in Deutschland herrschenden Usurpationstheorie *Pickers* entspricht.⁴¹⁰⁰ Da es bei den hier thematisierten Fällen aber bloß um die Störung des Rechtsgebrauchs und nicht um die Anmaßung von Befugnissen, die zu einer Rechtskollision führt, geht, findet die Eigentumsfreiheitsklage in diesen Fällen keine Anwendung.

Dass der dingliche Schutz der Rechtsausübung an die Position des Rechtsbesitzes anknüpft, ist für den Umfang der dinglichen Rechtswirkungen von großer Bedeutung. Denn Rechte, die nicht Gegenstand des Rechtsbesitzes sein können, weisen im österreichischen Recht demnach auch keinen dinglichen Schutz der Rechtsausübung auf. Daraus folgt, dass Rechten, die etwa nicht dauerhaft ausgeübt werden oder nicht sozialtypisch offenkundig sind, nur sehr eingeschränkt dingliche Wirkungen zukommen. Dies steht in Einklang mit der generellen Konzeption von dinglichen Rechtswirkungen, die dieser Untersuchung zu Grunde gelegt wird: Voraussetzung für eine jeden Rechtsgenossen treffende Verhaltenspflicht in Bezug auf ein Rechtsobjekt ist die Offenkundigkeit der zu respektierenden Rechtsposition; fehlt diese, ist der durch staatlichen Zwang verfügte, umfassende Schutz der Handlungsbefugnisse des Berechtigten nicht legitim. Im ABGB findet sich sohin eine diese konzeptionellen Überlegungen konkretisierende Wertung: Ein dinglicher Schutz der Handlungsbefugnisse des Berechtigten besteht, soweit diese den Gebrauch eines Rechts betreffen, ausschließlich für offenkundige Rechte, die Gegenstand des Rechtsbesitzes sind.

Situiert man den dinglichen Schutz der Rechtsausübung im Rechtsbesitz, muss die Evolution des Besitzschutzes im ABGB in Erinnerung gerufen werden. Wie gezeigt kam der Klage nach § 339 ABGB im Regelungssystem der Stamfassung der ABGB eine weit umfassendere Rolle zu, als ihr heute zugemessen wird.⁴¹⁰¹ Die Besitzstörungsklage wird mittlerweile nach der hL auf die Durchsetzung im provisorischen Besitzstörungsverfahren reduziert;⁴¹⁰² außerhalb davon werden die dinglichen Schutzwirkungen – zumindest hinsichtlich körperlicher Sachen – generell in § 523 ABGB bzw va in den §§ 372 ff ABGB verankert. Diese funktionale Verschiebung führte wie aufgezeigt dazu, dass die *actio Publiciana* mit negatorischen Wirkungen aufgeladen wurde, die eigentlich im Besitzschutz gem § 339 ABGB, der nach der hier vertretenen Ansicht mit *Kodek*⁴¹⁰³ auch außerhalb des Besitzstörungs-

4099 IdS geht es hier um das Verhältnis zwischen Rechtsbesitzer und dem Rechtszuständigen.

4100 S bereits AT 4.2.5.2.

4101 AT 4.2.5.2.

4102 AT 4.3.4.

4103 *Kodek* in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2³ § 454 Rz 232 ff; *Kodek* in Klang³ § 339 Rz 240 ff; sehr ausf *Kodek*, Besitzstörung 598 ff.

verfahrens durchgesetzt werden kann, zu verorten sind.⁴¹⁰⁴ Im Unterschied zur hA bedeutet dies, dass die dingliche Störungsabwehr nicht an die Voraussetzung eines qualifizierten Besitzes geknüpft ist; auch ohne Titel kommen dem Rechtsbesitzer außerhalb des Besitzstörungsverfahrens Abwehransprüche zu. Wenn eine solche streng am Regelungskonzept der Stammfassung orientierte Auslegung abgelehnt wird, gelten die folgenden Ausführungen grundsätzlich auch im Rahmen einer Durchsetzung im ordentlichen Verfahren auf Grundlage der §§ 372 ff ABGB;⁴¹⁰⁵ auf das Erfordernis eines qualifizierten Besitzes, der nach der ganz hL für die dingliche Störungsabwehr gegeben sein muss, wird in der Folge daher nicht mehr eingegangen.

3.1.1. Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten

Der Musiklehrer A ist Untermieter einer Wohnung, die über der Wohnung der B liegt. B stört das Klavierspiel des A durch häufiges grundloses Klopfen mit einem Besen gegen die Zwischendecke, weshalb sich A in seinen Rechten verletzt sieht. Kann A nach Ablauf der Klagfrist für das Besitzstörungsverfahren noch erfolgreich auf Unterlassung der Einwirkung klagen?⁴¹⁰⁶

Mit dieser scheinbar trivialen Frage beschäftigen sich L und Rsp seit Jahrzehnten intensiv. Die Lösungen divergieren dabei ganz erheblich: Während die Rsp unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg einen Abwehranspruch des Mieters – und somit umso mehr auch des Untermieters – hier bereits dem Grunde nach verneinte,⁴¹⁰⁷ ist seit einer E des verst Senats der Rechtssatz gebildet worden, dass dem Bestandnehmer einer unbeweglichen Sache im Fall einer rechtswidrigen Beeinträchtigung seines Rechts eine Unterlassungsklage gegen den Störer zusteht.⁴¹⁰⁸ Im rechtswissenschaftlichen Diskurs hat sich jedoch bislang noch keine einheitliche Begründung für diese Wertung herauskristallisiert; teils wird diese Grundsatzentscheidung auch ganz offen als unzutreffend abgelehnt.⁴¹⁰⁹ Bis dato auch in der Rsp str ist, ob auch dem Unterbestandnehmer die Möglichkeit zukommt, gegen Störungen seines Rechts vorzugehen⁴¹¹⁰ –

4104 S bereits AT 4.3.4.1.

4105 Ausf zu den Voraussetzungen der §§ 372 ABGB *Müller*, Das quasidingliche Recht (2019) 15 ff; *Apathy*, publizianische Klage 41 ff.

4106 Dies ist der etwas modifizierte Sachverhalt, der die E OGH 14.12.1989, 7 ob 654/89 (verst Sen) zu Grunde liegt. In dieser E war A jedoch nicht Untermieter, sondern Mieter.

4107 OGH 7.6.1950, 1 Ob 184/50.

4108 OGH 14.12.1989, 7 ob 654/89 (verst Sen); RIS-Justiz RS0010655.

4109 Vgl dazu nur jüngst *Müller*, Das quasidingliche Recht 203 ff.

4110 Dies offenlassend OGH 21.5.2014, 7 Ob 71/14p; OGH 15.10.2002, 4 Ob 168/02p; OGH 11.7.2001, 7 Ob 218/00k; ablehnend zB OGH 31.5.1989, 6 Ob 569/89; OGH 21.12.1949, 2 Ob 69/49 SZ 22/208.

was maßgeblich auf die zweifelhafte dogmatische Fundierung des Anspruchs zurückzuführen ist. Tatsächlich ist daher heute unklar, ob A direkt gegen B vorgehen kann oder sich an den Hauptmieter bzw an den Vermieter wenden muss, damit dieser auf eine Abstellung des Klopfens drängt.

Die Komplikation in diesem Sachverhalt liegt maßgeblich im letzten Satz. Denn es ist weitgehend unstr, dass der Bestandnehmer als Rechtsbesitzer im Besitzstörungsverfahren gegen Störungen seines Bestandrechts vorgehen kann.⁴¹¹¹ Dies trifft ebenso ganz unstr auf andere obligatorische Rechte zu, soweit diese die Anforderungen der §§ 312 f ABGB erfüllen; auch für den Unterbestandnehmer wird etwa zu Recht davon ausgegangen, dass sich dieser als Rechtsbesitzer gegen Störungen seines Rechtsgebrauchs wehren kann.⁴¹¹² Es muss sohin generell der Frage nachgegangen werden, inwiefern gegen die Störung der Ausübung von obligatorischen Rechten außerhalb des Besitzstörungsverfahrens vorgegangen werden kann. Die häufig im selben Atemzug mit der Störungsabwehr genannte Problematik der Doppelvermietung soll hier aber ebenso wie eine vom Vermieter genehmigte Störungshandlung bewusst analytisch getrennt thematisiert werden, da dieser eine Kollision verschiedener Rechte zu Grunde liegt und somit die Innenwirkung des dinglichen Rechts betrifft.

Diese Unsicherheit bei der Beurteilung des Ausgangsfalls ist ganz wesentlich auf die dogmatische Schwierigkeit zurückzuführen, einen dinglichen Abwehranspruch bei obligatorischen Rechten zu begründen. Illustrativ zeigt sich dies daran, dass dieselbe Konstellation völlig unstr ist, wäre A durch ein dingliches Wohnungsrecht iSd § 521 ABGB zur Nutzung der Wohnung berechtigt.⁴¹¹³ In der Folge soll daher zunächst abstrakt die Problematik von Abwehransprüchen obligatorisch Berechtigter thematisiert werden, bevor auf die in Lit und Rsp dabei wohl am intensivsten diskutierte Fallkonstellation des Schutzes des Bestandnehmers eingegangen wird. Davon ausgehend werden allgemeine Grundsätze herausgearbeitet, die die Beurteilung anderer Konstellationen der Störung obligatorischer Rechte erlauben soll. Schließlich gilt es, diese Diskussion in den allgemeinen Kontext von dinglichen Wirkungen bei Rechten einzuordnen.

4111 Müller, Das quasidingliche Recht 83; Apathy, Der Schutz der Miete gegenüber Dritten, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 799 (800); Apathy, publizianische Klage 76; zur Kommentarlit, s statt aller Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 311 Rz 3; zur älteren Lit, vgl Klang, Der Rechtsschutz des Mieters gegen Dritte, ZBl 1926, 324 (325 ff).

4112 S statt aller Kodek in Klang³ § 311 Rz 37.

4113 So kann nach stRsp auch bei einer nicht verbücherten Servitut unter Voraussetzung eines rechtmäßigen, redlichen und echten Besitzes die publizianische Klage erhoben werden, vgl OGH 14.3.1974, 2 Ob 229/73; s auch RIS-Justiz RS0010993.

3.1.1.1. Problemaufriss

Dass der obligatorisch Berechtigte bei der Ausübung seiner Rechte als schützenswert angesehen wird, ist keine neue Entwicklung. Bereits im ausklingenden 19. Jhd wurden Mieter grds als berechtigt angesehen, gegen nächtliche „Tanzunterhaltungen“ in der Wohnung eines Nachbarn,⁴¹¹⁴ den ungebührlichen Entzug von Licht⁴¹¹⁵ oder die Zerstörung einer Zauntüre durch den Vermieter⁴¹¹⁶ vorzugehen. Verankert waren diese Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten dabei zweifellos im Rechtsbesitz, weshalb gegen Störungen Dritter mit § 339 ABGB vorgegangen werden konnte. Hierbei war in der älteren Rsp anerkannt, dass der Rechtsbesitz gleichermaßen im Besitzstörungsverfahren wie auch – nach Verlauf der Frist von 30 Tagen – im Verfahren *possessorio ordinario* durchgesetzt werden konnte.⁴¹¹⁷ In der Folge einer Plenissimar-E des OGH aus dem Jahr 1902⁴¹¹⁸ wird die 30-Tage-Frist des § 454 Abs 1 ZPO aber als materiellrechtliche Frist angesehen, was zur Folge hat, dass der Kläger nach Verstreichen der Frist auf die Eigentumsklage, die Eigentumsfreiheitsklage und die *actio Publiciana* beschränkt ist.⁴¹¹⁹ Der Ursprung des Auslegungsproblems hinsichtlich der Abwehransprüche von obligatorisch Berechtigten liegt sohin iW darin, dass der Besitz entgegen dem Regelungskonzept des ABGB⁴¹²⁰ durch die Interpretation der 30-Tage-Frist des § 454 Abs 1 ZPO nur noch zeitlich eingeschränkter Schutz vor Störungen Dritter bietet.

Die Folgen der veränderten Interpretation des Besitzes zeigen sich bei obligatorischen Rechten besonders illustrativ. Denn in Folge eines pandektistischen Paradigmas wurde bei dinglichen Rechten der Schutz vor Störungen – entgegen dem klaren Wortlaut des § 523 ABGB – in der Eigentumsfreiheitsklage verankert und das Eigentumsrecht sohin zu einem „Universalmutterrecht“ aufgewertet.⁴¹²¹ Gegen Störungen von dinglichen Rechten kann somit unverändert auch außerhalb des Besitzstörungsverfahrens vorgegangen werden. Anderes gilt freilich für obligatorische Rechte, bei denen eine Durchset-

4114 OGH 2.9.1884, Nr 10125 GIU 10145; diese E erging aber in einem Besitzstörungsverfahren und wurde iE wegen Ortsüblichkeit abschlägig beschieden.

4115 OGH 15.9.1891, Nr 11310 GIU 13907.

4116 OGH 30.5.1911, R. II, 468/11 GIUNF 5490.

4117 S besonders illustrativ OGH 3.4.1878, Nr 11652 GIU 6901.

4118 OGH 22.4.1902, Nr 9997 GIUNF 1858. Hierbei wurde aber trotz der Qualifizierung als materiellrechtliche Frist durchaus von einem Nebeneinander der Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren und im ordentlichen Verfahren ausgegangen, s dazu ausf AT 4.3.4.1.

4119 *Kodek* in Klang³ § 339 Rz 232.

4120 Wie insb von *Lepeska* aufgezeigt, ist die Position des Eigentümers im ABGB ganz wesentlich durch den Besitzschutz geprägt, vgl *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch 12 ff.

4121 S nur *Kodek*, Die heutige Bedeutung der *actio Publiciana*, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1139 (1150 f), vgl dazu bereits AT 4.2.5.2.1.

zung mit Rückgriff auf eigentumsrechtliche Wertungen in einem pandektistisch geprägten Regelungssystem auf Grund der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht bereits dem Grunde nach ausscheiden muss.⁴¹²² Hier würden die dinglichen Wirkungen von obligatorischen Rechten deutlich abgeschwächt, so dass sich etwa der Bestandnehmer außerhalb des Besitzstörungsverfahrens zur Abwehr von Störungen stets an den Bestandgeber halten müsste, was in der Tendenz durchaus auch der schwachen Position des Mieters im antiken Rom entspricht.⁴¹²³ Diese Grundwertung stößt freilich dann an ihre Grenzen, wenn auf Grund gesamtgesellschaftlicher Umstände der Vermieter nicht anzutreffen ist oder der Mieter sich für längere Zeit außerhalb des Bestandsobjekts befindet, weshalb hier – so intensiv wie bei wenigen dogmatischen Grundsatzfragen – auch in rezenten Darstellungen auf die besonderen Lebensbedürfnisse der Weltkriege bzw auf die Nachkriegszeit hingewiesen wird.⁴¹²⁴ Generell wird auch heute ganz weitgehend davon ausgegangen, dass ein praktisches Bedürfnis danach besteht, dass sich der Bestandnehmer für die Abwehr von Störungen nicht den Weg zum Bestandgeber suchen muss.⁴¹²⁵ Bei Abwehransprüchen von obligatorisch Berechtigten besteht somit eine Diskrepanz zwischen einem praktisch gewünschten Auslegungsergebnis und dem dogmatischen Rahmen, der sich aus der pandektistisch orientierten Auslegung des ABGB ergibt.

Die Auffassung, dass für obligatorisch Berechtigte außerhalb des Besitzstörungsverfahrens keine Abwehransprüche bestehen, wird freilich nicht in derselben Intensität für sämtliche persönlichen Sachenrechte vertreten. So ist weitgehend unstr., dass der Ersitzungsbesitzer bzw der berechtigte Inhaber einer Liegenschaft als „Naturalbesitzer“ als „werdender Eigentümer“ auch außerhalb des Besitzstörungsverfahrens mit der publizianischen Klage

4122 Wie gezeigt würde die Anerkennung einer auf dem Eigentumsrecht anknüpfenden, umfassenden Störungsabwehr auch konzeptionell nicht überzeugen, da dies – auf Grund des weiteren Anwendungsbereichs des Eigentumsrechts – potenziell für jedes Recht in Betracht käme und sohin in einer völligen Immobilisierung des Rechtsverkehrs resultieren könnte.

4123 Im antiken römischen Recht bestand kein Besitzschutz des Mieters – weder gegen Dritte, noch gegen den Vermieter. Daraus folgt, dass der Vermieter den Mieter selbst bei aufrechtem Mietvertrag vertreiben konnte, freilich bestanden dann Schadenersatzansprüche des Mieters. Ausf dazu *Hattenbauer*, Bricht Miete Kauf? in *GedS Sonnenschein* (2003) 153 (154); *Genius*, Der Bestandschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskondifikationen (1972) 22 ff.

4124 *Müller*, Das quasidingliche Recht 83; *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1141; *F. Bydliński* in FS Gunter Wesener 81; *Klang*, ZBl 1926, 324 (340).

4125 Eindringlich *Klang*, Nachbarrecht und Miete, ÖJZ 1951, 1 (1 f); s aber auch *Müller*, Das quasidingliche Recht 87; *Apathy* in FS 200 Jahre ABGB 804; *Apathy*, publizianische Klage 64 f; *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB. Dagegen wird aber von *Kodek* eine etwaige Verdoppelung des Rechtsschutzes vorgebracht, die aus dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit problematisch sei, vgl *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1157 f.

vorgehen kann,⁴¹²⁶ was auch den Hauptanwendungsfall dieser Klage im römischen Recht bildet.⁴¹²⁷ Dem Ersitzungsbesitzer kommt freilich kein dingliches Recht zu, er ist nur durch ein persönliches Sachenrecht zum Sachbesitz berechtigt. Dasselbe wird auch für den Wohnungseigentumsbewerber iSd § 2 Abs 6 WEG angenommen, dem die zugesagte Wohnung nach Bezugsfertigkeit übergeben wurde.⁴¹²⁸ Auch dem Eigentumsvorbehaltskäufer wird von der üA außerhalb des Besitzstörungsverfahrens die Möglichkeit zur Störungsabwehr eingeräumt;⁴¹²⁹ dies überrascht deshalb, weil dieser weder Sachbesitzer ist,⁴¹³⁰ noch seine Position als Inhaber von einem als dinglich qualifizierten Recht ableitet.⁴¹³¹ Zweifellos am heftigsten umstritten sind somit die Abwehransprüche desjenigen, der durch ein persönliches Sachenrecht zur Innehabung einer Sache berechtigt ist, ohne eine dingliche Rechtsposition in Aussicht zu haben – wie eben der Bestandnehmer. Hieraus folgt einerseits, dass Abwehransprüche in Abhängigkeit von der Aussicht, eine dingliche Rechtsposition zu erwerben, durchaus anerkannt werden, obwohl diese einer strengen pandektistischen Ansicht widerstreben. Andererseits kann hinsichtlich der dogmatischen Begründung von Abwehransprüchen bei obligatorischen Rechten, bei denen keine Aussicht auf den Erwerb einer dinglichen Rechtsposition besteht, auf andere Rechte rückgeschlossen werden. Eine Begründung, die hinsichtlich Abwehransprüchen von Bestandrechten tragfähig ist, kann grds sohin auch für andere obligatorische Rechte fruchtbar gemacht werden.

Bei Abwehransprüchen des Bestandnehmers ergibt sich freilich eine Komplikation, soweit sich diese auf Liegenschaften beziehen. Denn seit den Teilnovellen bezieht sich der Abwehranspruch gegen Immissionen im nachbarrechtlichen Kontext in § 364 Abs 2 ABGB ausdrücklich auf den Eigentümer eines Grundstücks, ebenso ist nach § 364a ABGB bloß der Grundbesitzer zur Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen berechtigt. Es gilt sohin zu klären, ob und warum sich der Bestandnehmer, der weder Eigen-

4126 Statt aller *Müller* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 372 Rz 5 ff; *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 372 Rz 2; *Apathy*, publizianische Klage 50 ff.

4127 *Müller*, Das quasidingliche Recht 32.

4128 Vgl OGH 1.6.1982, 5 Ob 43/81, s auch RIS-Justiz RS0010989.

4129 Vgl nur *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 372 Rz 7; mit abweichender Begründung, die beim Eigentumsvorbehalt den Erwerb eines dinglichen Fruchtgenussrechts sieht, *Müller*, Das quasidingliche Recht 61 ff. Zur Rsp, s OGH 25.6.1958, 5 Ob 197/58, vgl RIS-Justiz RS0010996.

4130 Vgl *Kodek* in Klang³ § 372 Rz 13.

4131 Das Anwartschaftsrecht wird in Österreich nach üA nicht als dingliches Recht angesehen, s mit ausführlichen Nachweisen *Müller*, Das quasidingliche Recht 65. In der hier eingenommenen Perspektive kann eine abschließende Beurteilung dieser Frage freilich dahinstehen, da auch dingliche Wirkungen bei persönlichen Rechten anerkannt werden, weshalb die Bedeutung dieser Einteilung stark reduziert ist.

tümer noch Sachbesitzer eines Grundstücks ist, sondern bloß Rechtsbesitzer, auf diese Bestimmungen stützen kann.

3.1.1.2. Meinungsstand zu Abwehransprüchen des Bestandnehmers

Im Folgenden soll als *pars pro toto* der dinglichen Abwehransprüche von obligatorisch Berechtigten auf die Rechtsposition des Bestandnehmers einer unbeweglichen Sache eingegangen werden. Es handelt sich dabei um die wohl am intensivsten diskutierte Ausprägung von dinglichen Rechtswirkungen bei obligatorischen Rechten, was sich an einer kaum mehr überblickbaren Anzahl von E und Stellungnahmen aus der Wissenschaft in diesem Kontext zeigt. Mit Blick auf das hier verfolgte Erkenntnisinteresse sollen va die Grundwertungen zum Umfang der Abwehransprüche betrachtet werden, wobei insb die Rechtsentwicklungen seit dem Zweiten Weltkrieg im Fokus stehen.⁴¹³² Der Meinungsstand ist hierbei durch eine intensive Auseinandersetzung zwischen Rsp und L geprägt,⁴¹³³ auf die in der Folge getrennt eingegangen werden soll; in einer abschließenden Synthese wird dabei diskutiert, inwieweit die von der L entwickelten Ansätze durch die Rsp aufgenommen werden.

3.1.1.2.1. Rechtsprechung

Die Rsp nach dem Zweiten Weltkrieg zeigte sich durchaus skeptisch, dem Bestandnehmer Abwehransprüche gegen Störungen zu gewähren. Zunächst wurde der Anspruch des Hauptmieters gegen den Liebhaber seiner Ehegattin, der die Ehewohnung gegen ein ausdrückliches Verbot aufgesucht hat, zwar noch bejaht, wobei insb auf das berücksichtigungswürdige Rechtsschutzinteresse des Mieters hingewiesen wurde.⁴¹³⁴ Kurz darauf wurde die petitorische Störungsklage des Mieters aber für unzulässig erklärt, da die Rechtskonstruktion eines quasi-dinglichen Rechts zu – nicht näher ausgeführten – lebensfremden Ergebnissen führe; dies überrascht wertungsmäßig insofern, als dass der OGH dem Bestandnehmer bei Entziehung des Bestandobjekts explizit eine Räumungsklage zuerkennt, was er mit der Not der Nachkriegszeit begründet.⁴¹³⁵ Abgelehnt wurde der petitorische Rechtsschutz ebenso bei der Untermiete, da dieser jedenfalls kein relativ-dinglicher Charakter zukomme.⁴¹³⁶ Auch der Unterlassungsanspruch eines Mieters gegen einen benachbarten Betrieb, von dem eine übermäßige Lärmentwick-

4132 Für einen illustrativen Einblick in die Rsp in der Zeit davor, s *Klang*, ZBl 1926, 324 (324 ff), vgl auch *Müller*, Das quasidingliche Recht 87 ff.

4133 Dies war durchaus auch früher der Fall, s dazu *Klang*, Der Oberste Gerichtshof und die Entwicklung des bürgerlichen Rechts, in FS 100 Jahre OGH (1950) 80 (91 f).

4134 OGH 8.4.1946, 1 Ob 26/46 SZ 21/1.

4135 OGH 7.5.1952, 1 Ob 340/52 JBl 1953, 72 (krit *Gschnitzer*).

4136 OGH 3.4.1947, 1 Ob 209 EvBl 1947, 377; OGH 21.12.1949, 2 Ob 69/49 SZ 22/208; krit zu letzterer E *Klang*, Nochmals: Der Schutz des Mieters gegen Dritte, ÖJZ 1952, 169.

lung und Erschütterungen ausgingen, konnte nicht durchdringen, da sich der Bestandnehmer, ohne Eigentümer des Grundstücks zu sein, nicht auf § 364 Abs 2 ABGB stützen könne.⁴¹³⁷ In der Rsp nach dem Zweiten Weltkrieg wurden die Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten somit eng interpretiert: Geschützt war nur der Hauptmieter, der bloß gegen die Entziehung des Bestandgegenstands vorgehen konnte.

In den 60er Jahren begann die Rsp zu den Abwehransprüchen des Bestandnehmers zunehmend uneinheitlicher zu werden. So wird dem Mieter in einer E explizit das Recht eingeräumt, gegen Störungen seines Mietrechts auf Unterlassung zu klagen, was damit begründet wird, dass es sich beim Mietrecht um ein absolutes, quasi-dingliches Recht handle; nur nachbarrechtliche Ansprüche müssten ausscheiden.⁴¹³⁸ In einer anderen E wurde dem Pächter aber wiederum kein Schutz vor Störungen seines Rechts zuerkannt, vielmehr sei nur die Entziehung des Bestandgegenstands durch Dritte erfasst.⁴¹³⁹ Die aus der Unsicherheit der dogmatischen Einordnung entstehende Rechtsunsicherheit ist dabei augenscheinlich: So wird mit kurzem zeitlichen Abstand ausgesprochen, dass das Recht des Mieters ein quasi-dingliches sei, weshalb ein Rechtsschutz des Mieters gegenüber Dritten bestehe,⁴¹⁴⁰ aber auch, dass das Bestandrecht ein obligatorisches Recht sei, weshalb der Bestandnehmer seine Rechte nur gegenüber dem Vertragspartner ausüben könne.⁴¹⁴¹ Als vermittelnden Ansatz zwischen diesen miteinander inkompatiblen Positionen wurden vom OGH die Anforderungen an die Besitzentziehung aufgeweicht: Es wurde als ausreichend angesehen, wenn nur ein Teil des Bestandgegenstands entzogen wurde, was den Unterschied zur bloßen Störung zum Verschwimmen brachte.⁴¹⁴² In der Folge wurde die petitorische Klage des Bestandnehmers bspw bejaht, wenn der in seiner Wohnung ausgeübte Musikunterricht gestört,⁴¹⁴³ oder aber der Zugang zu einem Geschäftslokal durch einen Schaukasten blockiert wird.⁴¹⁴⁴ Unverändert blieb jedoch noch die Ansicht, dass nachbarschaftsrechtliche Ansprüche nicht durch den Mieter geltend gemacht werden können.⁴¹⁴⁵ Es kam somit zu einer schrittweisen Erweiterung der Abwehrbefugnisse des obligatorisch Berechtigten, die aber ganz unstr keine nachbarrechtlichen Ansprüche beinhalteten.⁴¹⁴⁶

4137 OGH 7.6.1950, 1 Ob 184/50 EvBl 1950, 473 (474 f).

4138 OGH 7.4.1965, 7 Ob 90/65 MietSlg 17.028.

4139 OGH 2.4.1969, 6 Ob 51/69 MietSlg 21.040.

4140 LGZ Wien 29.7.1970, 45 R 315/70 MietSlg 22.034.

4141 LGZ Wien 2.3.1970, 42 R 119/70 MietSlg 22.033.

4142 So reichte bei der Miete der gesamten Außenfläche eines Hauses aus, dass ein 20x30 cm großes Schild aufgehängt wurde, s OGH 15.10.1969, 7 Ob 157/69 EvBl 1970, 69.

4143 OGH 7.12.1978, 6 Ob 764/78 MietSlg 30.047.

4144 OGH 22.10.1985, 5 Ob 596/85 MietSlg 37.027.

4145 OGH 4.12.1974, 1 Ob 196/74; OGH 18.11.1970, 7 Ob 216/70 MietSlg 22.032; OGH 27.6.1968, 1 Ob 151/68.

4146 S zur stRsp RIS-Justiz RS0010652.

Eine umfassende Änderung der Rsp erfolgte durch eine E des verst Senats im Jahr 1989, dessen Sachverhalt anfänglich kurz wiedergegeben wurde.⁴¹⁴⁷ Hierbei führte dieser die bis dahin stRsp an, die fast unwidersprochen⁴¹⁴⁸ von einem Ausschluss von nachbarrechtlichen Ansprüchen ausging; diese stand aber im Widerspruch zur „*fast einheitlichen Lehre*“, die für einen umfassenden Schutz von obligatorisch Berechtigten plädierte. In Abkehr von der bisherigen Rsp ging der verst Senat davon aus, dass einem Teil der L folgend⁴¹⁴⁹ auf Grund einer Analogie zu § 372 ABGB auch § 364 Abs 2 ABGB auf den Bestandnehmer einer unbeweglichen Sache analog angewendet werden müsse. Dies begründet er einerseits mit den Besonderheiten des Bestandverhältnisses, das „*nach heutigem Gesetzesstand nicht als bloß obligatorisches Recht im alten Sinne*“ angesehen werden könne. Darüber hinaus führe es zu Abgrenzungsschwierigkeiten, wenn dem Bestandnehmer zwar Unterlassungsansprüche wegen Störung gewährt, nachbarschaftsrechtliche aber verwehrt würden. Vielmehr sei es bloß ein gradueller Unterschied, ob der Dritte die Bestandsache entzieht oder auf andere Weise beeinträchtigt. In der Lit führte diese E zu durchaus heftigen Reaktionen. So beklagte *Spielbüchler* „*mit welcher Leichtigkeit sich der oberste Hüter der Rechtsordnung über eindeutige Aussagen des ABGB hinwegsetzt*“⁴¹⁵⁰; *Kerschner* meint, dass durch diese E die Strukturprinzipien des Privatrechts – gemeint die Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht – nicht hinreichend gewürdigt würden.⁴¹⁵¹ Auch *Holzner*⁴¹⁵² und dessen Schüler *Alexander Müller*⁴¹⁵³ zeigen sich krit zur Aktivlegitimation des Bestandnehmers bei nachbarschaftsrechtlichen Ansprüchen. Von dieser Kritik unbeeinflusst ist es aber seitdem stRsp, dass dem Bestandnehmer auch Abwehransprüche nach § 364 Abs 2 ABGB zukommen.⁴¹⁵⁴

Seither hat die Rsp die Ansprüche des obligatorisch Berechtigten noch weiter konkretisiert. So wird ganz unproblematisch davon ausgegangen, dass auch ein Pächter⁴¹⁵⁵ oder der Mieter von Garagen⁴¹⁵⁶ bzw Parkplätzen⁴¹⁵⁷

4147 OGH 14.12.1989, 7 Ob 654/89 (verst Sen).

4148 Gegenläufige Tendenzen finden sich, was der verst Senat auch hervorhebt, in OGH 26.1.1977, 1 Ob 515/77 SZ 50/10.

4149 S dafür sogleich 3.1.1.2.2.

4150 JBl 1990, 447 (krit *Spielbüchler*); hierbei ist anzumerken, dass *Spielbüchler* sich schon zuvor – wohl entgegen der damaligen hL – ausdrücklich gegen eine Ausdehnung der Ansprüche des obligatorisch Berechtigten ausgesprochen hatte, was vom verst Senat aber nicht weiter beachtet wurde, vgl *Spielbüchler* in Rummel, ABGB¹ (1983) § 372 Rz 5.

4151 *Kerschner*, Immissionsabwehranspruch des Mieters gegen Dritte, JAP 1990, 36 (40).

4152 *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 372 Rz 3.

4153 *Müller*, Das quasidingliche Recht 115 ff.

4154 Explizit OGH 12.3.1992, 8 Ob 523/92, vgl auch RIS-Justiz RS0010644.

4155 OGH 29.3.2017, 6 Ob 231/16p; OGH 27.2.2001, 1 Ob 278/00i.

4156 OGH 10.7.1991, 3 Ob 548/91.

4157 OGH 20.12.2016, 10 Ob 74/16d.

außerhalb des Besitzstörungsverfahrens berechtigt ist, gegen Störungen Dritter vorzugehen. Auch dem Leasingnehmer einer beweglichen Sache werden mittlerweile Abwehransprüche zuerkannt.⁴¹⁵⁸ Offen bleibt dabei die Aktivlegitimation des Unterbestandnehmers, wobei durchaus eine Tendenz zu erkennen ist, dass diese eher bejaht wird.⁴¹⁵⁹ Im vorliegenden Kontext besonders interessant ist eine E, nach der auch der Pächter eines Jagdrechts mit der Unterlassungsklage gegen Störungen vorgehen kann.⁴¹⁶⁰ Hier wurde explizit ausgesprochen, dass demjenigen, dem an einer unkörperlichen Sache ein obligatorisches Recht zukommt, ein Schutz vor Störungen zukommt. Hinsichtlich der Aktivlegitimation setzte der OGH freilich durchaus auch Grenzen: Demgemäß ist weder der Gatte des Mieters⁴¹⁶¹ noch der Lebensgefährte⁴¹⁶² zur Geltendmachung von Störungsansprüchen berechtigt. Ebenso kommt nach der Rsp dem Prekaristen kein Abwehranspruch zu.⁴¹⁶³ Davon abgesehen wird die Möglichkeit, gegen Störungen des Bestandverhältnisses vorzugehen, weit ausgelegt: So wurde dem Mieter auch gegenüber dem Vermieter ein Abwehranspruch zuerkannt,⁴¹⁶⁴ was in der Diskussion aber kaum Beachtung gefunden hat. Der Schutz des Bestandnehmers beschränkt sich nach der Rsp aber nicht mehr auf Unterlassungsansprüche, vielmehr wird diesem mittlerweile auch ein Ausgleichsanspruch gem § 364a ABGB gewährt.⁴¹⁶⁵ Durch die neuere Rsp wurden die Ansprüche des obligatorisch Berechtigten somit tendenziell erweitert, was mit einer Verstärkung seiner Rechtsposition einhergeht.

An einigen Stellen finden sich auch in jüngeren E generellere Stellungnahmen zur Einordnung des Abwehranspruchs des obligatorisch Berechtigten. So geht der OGH davon aus, dass der Bestandnehmer seine Abwehransprüche vom Eigentümer ableitet, was zur Folge hat, dass diese nicht weiter reichen können als die Abwehransprüche des Eigentümers.⁴¹⁶⁶ In einer anderen E des 1. Senats werden auch außerhalb des Besitzstörungsverfahrens die Abwehransprüche in direktem Zusammenhang mit dem Rechtsbesitz gestellt: Demgemäß sei es unabdinglich, dass die Sache dem Bestandnehmer übergeben wird.⁴¹⁶⁷ Hieraus ergibt sich, dass nach der Rsp der Anspruch des obligatorisch Berechtigten gegen Dritte wesentlich von einer vom Eigentümer abgeleiteten Position als Rechtsbesitzer abhängt.

4158 S dazu OGH 27.11.2020, 2 Ob 29/20h Rz 31 f.

4159 So etwa OGH 27.11.2020, 2 Ob 29/20h Rz 42.

4160 OGH 10.11.2003, 7 Ob 251/03t; vgl auch OGH 25.2.2022, 6 Ob 14/22k.

4161 OGH 26.1.1999, 4 Ob 324/98w.

4162 OGH 22.10.2010, 9 Ob 69/10b.

4163 OGH 26.11.2008, 6 Ob 227/07m.

4164 OGH 25.11.2016, 8 Ob 111/16f.

4165 OGH 28.1.2016, 1 Ob 47/15s; OGH 29.1.2002, 1 Ob 285/01w; OGH 12.3.1992, 8 Ob 523/92.

4166 OGH 5.3.2019, 1 Ob 239/18f; in diese Richtung auch OGH 15.6.1997, 1 Ob 594/94.

4167 OGH 19.9.2013, 1 Ob 131/13s; s dazu aber bereits OGH 10.9.1947, 1 Ob 494/47 SZ 21/45, vgl zur stRsp RIS-Justiz RS0012078.

3.1.1.2.2. Lehre

Der Umfang der Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten war und ist auch in der L hochumstritten. Hierbei haben sich freilich die Vorzeichen geändert: Während vor der E des verstorbenen Senats eine insb von *Klang* vertretene Ansicht⁴¹⁶⁸ die damalige stRsp kritisierte und für die Möglichkeit plädierte, dem obligatorisch Berechtigten einen Anspruch gegen den störenden Dritten zuzuerkennen, wird nach dieser E va die dogmatische Herleitung eines solchen Anspruchs in Frage gestellt. In der vorliegenden Betrachtung sollen die unterschiedlichen Ansichten aber weitgehend aus ihrem zeitlichen Kontext genommen und allein ihre Argumentationslinie beleuchtet werden.

3.1.1.2.2.1. Spezifität des Mietrechts

Ein erster Ansatz besteht darin, dem Mietrecht eine eigenständige Charakteristik zuzuschreiben, die es mit sich bringt, dass der Mieter entgegen der allgemeinen Grundsätze Ansprüche gegen den störenden Dritten hat. Dies ist dogmengeschichtlich nicht völlig abwegig: So kam etwa im heimischen Partikularrecht dem Mieter mit der Gewere eine gegenüber jedermann durchsetzbare Rechtsposition zu.⁴¹⁶⁹ Auch in der naturrechtlichen Darstellung *Zeillers* finden sich Hinweise dafür, dass die Position des Mieters dingliche Züge aufweist;⁴¹⁷⁰ ebenso war die Miete im ALR als dingliche Rechtsposition ausgestaltet.⁴¹⁷¹ Damit im Einklang steht, dass das Mietrecht in der Rsp tw als relativ-dingliches⁴¹⁷² bzw quasi-dingliches⁴¹⁷³ Recht bezeichnet wurde. Im Kern beruht dieser Ansatz somit darin, dass das Mietrecht auf Grund seiner Spezifität anders zu beurteilen sei als sonstige persönliche (Sachen)-Rechte, weshalb hier ausnahmsweise ein Abwehranspruch zu bejahen sei.

Die Besonderheit des Mietrechts wird in der älteren L im Einzelnen unterschiedlich begründet. *Ehrenzweig* stellt darauf ab, dass eine unmittelbare Beziehung des Bestandnehmers zur Bestandsache bestehe, die zur Folge habe, dass der Bestandnehmer ein relativ-dingliches Recht erwirbt, das

4168 S dazu bereits ausf *Klang*, ZBl 1926, 324 (324 ff).

4169 Im heimischen Partikularrecht wurde die Miete unbeweglicher Sachen als Form der Zeitleihe gesehen, die mit einer leiblichen Gewere einherging. In Österreich galten dabei die Grundsätze des „Kauf bricht nicht Miete“, sodass der Erwerber einer Mietsache den bestehenden Mietvertrag gegen sich gelten lassen musste, s dazu weiterführend *Floßmann/Kalb/Newirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁹ 328 ff; *Kocher*, Privatrechtsentwicklung² 86; *Gierke*, Deutsches Privatrecht III (1917) 512 f.

4170 *Zeiller*, Privat-Recht¹ § 134 (192 f).

4171 Vgl §§ 570 ff I 19 ALR.

4172 OGH 4.11.1959, 2 Ob 417/59; OGH 9.10.1949, 2 Ob 449/49; OGH 10.3.1948, 3 Ob 64/48; OGH 3.4.1947, 1 Ob 219/47.

4173 S zB OGH 23.10.2013, 2 Ob 179/12f. Besonders interessant ist hier OGH 26.11.2008, 6 Ob 227/07m, wo dem Prekaristen ein Abwehranspruch verwehrt wird, weil sein Recht nicht als quasi-dingliche Rechtsposition qualifiziert wird.

auch gegen Dritte geltend gemacht werden könne.⁴¹⁷⁴ *Swoboda* betont zwar, dass das Bestandrecht als persönliches Sachenrecht nur gegenüber bestimmten Personen Wirkung entfalte; auf Grund der Übergabe der Bestandsache komme es aber zu einer „*Verbundenheit der Person mit der Sache*“, die darin resultiert, dass gegenüber unberechtigten Dritten, denen eine Rechtsverletzung anzulasten ist, ein Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung bestehe.⁴¹⁷⁵ Außerhalb des Besitzstörungsverfahrens könne der Mieter immer dann gegen Dritte vorgehen, wenn ein Schadenersatzanspruch besteht – dies sei va bei der der Entziehung der Bestandsache der Fall, weshalb Abwehransprüche die Übergabe der (körperlichen) Sache zur Voraussetzung haben.⁴¹⁷⁶ Nach *Swoboda* ist der Schutz des Bestandnehmers somit Folge des weiten Eigentumsbegriffs des ABGB.⁴¹⁷⁷ *Ehrenzweig* und *Swoboda* sehen das besondere Charakteristikum von Mietrechten somit darin, dass durch die enge Verbindung zu einer körperlichen Sache die Grenzen zwischen persönlichem und dinglichem Recht verschwimmen und somit dem Bestandverhältnis dingliche Wirkungen zukommen.

Stärker aus der Perspektive der Rechtsfortbildung begründet *Franz Bydlinski* die Rechtswirkungen des Bestandverhältnisses gegen Dritte.⁴¹⁷⁸ Er räumt zwar ein, dass im Regelungssystem des ABGB der Miete ein dingliches Element zukomme, dieses stehe einer vollständigen Einordnung in das Schuldrecht aber nicht entgegen.⁴¹⁷⁹ Der Gesetzgeber habe die Position des Bestandnehmers aber sukzessive verstärkt, was sich insb im verstärkten Kündigungsschutz des Mieters widerspiegele; auf Grund dieses Funktionswandels sei eine planwidrige nachträgliche Lücke entstanden, wenn der Mieter außerhalb des Besitzstörungsverfahrens gegen Störungen völlig schutzlos wäre.⁴¹⁸⁰ Hieraus folge, dass basierend auf einem Prinzip des Bestandsschutzes der Mieter auch außerhalb des Besitzstörungsverfahrens gegen Dritte vorgehen könne, wobei dies ausdrücklich nur für kündigungsgeschützte Mietobjekte gelte.⁴¹⁸¹ Der Schutz des Bestandnehmers ergebe sich demnach

4174 *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II: Das Recht der Schuldverhältnisse² (1928) 446.

4175 *Swoboda*, Der Begriff des Eigentums im weiteren Sinne des § 353 ABGB und seine Bedeutung für die Gegenwart – Teil 1, RZ 1928, 32 (37 f); *Swoboda*, Kommentar zum Mietengesetz² (1950) 33 ff.

4176 *Swoboda*, RZ 1928, 32 (38).

4177 Vgl dazu auch *Swoboda*, Der Begriff des Eigentums im weiteren Sinne des § 353 ABGB und seine Bedeutung für die Gegenwart – Teil 2, RZ 1928, 49 (52 ff).

4178 *F. Bydlinski* in FS Gunter Wesener 81 ff; soweit ersichtlich wortgleich *F. Bydlinski*, Der negatorische Schutz des Mieters gegen Dritte und das Rechtssystem, wobl 1993, 1.

4179 *F. Bydlinski* in FS Gunter Wesener 84.

4180 *F. Bydlinski* in FS Gunter Wesener 85 f.

4181 *F. Bydlinski* in FS Gunter Wesener 86 f.

nicht unmittelbar aus dem ABGB, sondern vielmehr aus der Füllung einer planwidrigen Lücke unter Indienstnahme eines Rechtsprinzips.

3.1.1.2.2. Analoge Anwendung der §§ 372 ff ABGB

Erste Ansätze zur Heranziehung von Eigentumsklagen im Bestandverhältnis finden sich bei *Klang* in den frühen 50er Jahren. Dieser geht davon aus, dass die Drittwirkung des Bestandrechts – insb auch im Kontext des Nachbarrechts – auf Grundlage einer analogen Anwendung der *actio negatoria* folge; die Klage auf Rückstellung der Bestandsache sei als Analogie zur *rei vindictio* zu qualifizieren.⁴¹⁸² Die dafür erforderliche Lücke bestehe auf Grund eines praktischen Bedürfnisses, da etwa bei Gemeindehäusern die Austragung der nachbarrechtlichen Streitigkeiten der Mieter durch die Gemeinde zu einer schweren Belastung der Gemeinden, aber auch zu einer Verzögerung der Rechtsdurchsetzung führen würde;⁴¹⁸³ ebenso sei gar nicht im Interesse des Bestandgebers, sich in einen Konflikt zwischen Mietern einzumischen.⁴¹⁸⁴

Wesentlich vertieft wurde dieser Gedanke durch *Apathy*, der jedoch – wie bereits die Rsp⁴¹⁸⁵ und L⁴¹⁸⁶ zuvor – die Analogie direkt auf die §§ 372 ff ABGB stützt. Sein Ausgangspunkt ist dabei ein dogmengeschichtlich fundierter: Er geht zu Recht davon aus, dass sich im Regelungskonzept der Stammfassung die Position als Rechtsbesitzer, die dem Mieter eingeräumt wird, nicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen im Besitzstörungsverfahren beschränke, da dieses erst erheblich später eingeführt wurde.⁴¹⁸⁷ Wenn nun die Möglichkeiten, gegen Störungen Dritter vorzugehen, auf das Besitzstörungsverfahren beschränkt würden, käme es zu einer Lücke im Rechtssystem, was sich insb im Wertungswiderspruch zeige, dass der Mieter nach § 1120 ABGB zwar gegen einen neuen Eigentümer der Bestandsache, nicht aber gegenüber einen störenden Dritten vorgehen könne.⁴¹⁸⁸ Diese planwidrige Lücke könne durch eine analoge Anwendung der §§ 372 ff ABGB gefüllt werden.⁴¹⁸⁹ Da auch nachbarrechtliche Ansprüche als „besondere Anwendung des allgemeinen negatorischen Anspruchs“⁴¹⁹⁰ gesehen werden müssten, käme auch hier die Analogie zum Tragen.

Die genauen Umstände des Abwehranspruchs bleiben bei *Apathy* dabei im Dunkeln, da er sich in der Folge näher mit dem – hier an anderer Stelle betrachteten – Problem der Doppelvermietung auseinandersetzt. Es wird je-

4182 *Klang*, ÖJZ 1952, 169 (169).

4183 *Klang*, Der Schutz des Mieters gegen Dritte, ÖJZ 1950, 1 (1).

4184 *Klang*, ÖJZ 1952, 169 (170).

4185 S etwa OGH 7.6.1950, 1 Ob 184/50 SZ 23/188.

4186 Vgl *Ehrenzweig*, System II² 447.

4187 *Apathy*, publizianische Klage 68 f.

4188 *Apathy*, publizianische Klage 71 f.

4189 Da die Begründung insb bei der Rechtskollision interessiert, soll diese in 3.2. näher betrachtet werden.

4190 *Apathy*, publizianische Klage 77.

doch nahegelegt, dass in analoger Anwendung der Wertung des § 372 ABGB der Mieter als Rechtsbesitzer aktivlegitimiert ist. Dies ist konsequent im Ansatz *Apathys*, der die *actio Publiciana* als relativ-dingliche Klage ansieht, die die Lücke zwischen dem absoluten Eigentumsschutz und dem bloß vorläufigen Besitzschutz füllt.⁴¹⁹¹

3.1.1.2.2.3. Anwendung besitzrechtlicher Wertungen

Die Herleitung der Drittwirkung des Bestandrechts außerhalb des Besitzstörungsverfahrens kann auch mit Rückgriff auf die Wertungen zum Rechtsbesitz erfolgen. Hierbei gehen *Jabornegg/Strasser* davon aus, dass der petitorische Schutz des Mieters dadurch gerechtfertigt sei, dass auch ein possessorischer bestehe.⁴¹⁹² Die Autoren weisen idZ darauf hin, dass das Besitzkonzept im ABGB ein anderes sei als jenes des BGB und den Inhaber nicht schütze; es werde vielmehr auf ein Recht hingewiesen, „*das der Inhaber mit der Herrschaft über die Sache auszuüben vorgibt*“⁴¹⁹³. Es sei vor diesem Hintergrund aber inkonsequent, wenn ein Recht nicht von vornherein den Schutz aufweise, den es vorläufig durch das Besitzschutzverfahren erhält; nicht einzusehen sei es, „*warum der Inhaber einer Sache wegen seiner Berufung auf ein Recht zur Innehabung Besitzschutz genießen solle, wenn er die dadurch erzielbare vorläufige Regelung des Besitzstands auf Grund des nachgewiesenen Rechtes selbst nie erreichen könnte*“.⁴¹⁹⁴ Hieraus folge, dass die Rechte, die im Besitzstörungsverfahren geschützt sind, auch petitorischen Schutz genießen müssten.

Zu einem durchaus vergleichbaren Ergebnis gelangt aus anderen Erwägungen *Georg Kodek*. Wie gezeigt geht dieser zu Recht davon aus, dass der Besitzer nach Verlauf der 30-Tage-Frist des § 454 Abs 1 ZPO seine Ansprüche im ordentlichen Verfahren geltend machen kann.⁴¹⁹⁵ Daraus folgt, dass auch dem Mieter als Rechtsbesitzer gegen Störungen ohne zeitliche Begrenzung mit § 339 ABGB ein Abwehranspruch zukommt, weshalb der Rsp in diesem Ausmaß zu folgen sei.⁴¹⁹⁶ Freilich ist hier aber die Handhabe gegen eine Entziehung der Bestandsache begrenzt: Nach den §§ 345 ff ABGB kann nur gegen den unechten Besitzer vorgegangen werden, womit nur Fälle besonderer Dringlichkeit erfasst sind.⁴¹⁹⁷ In der Lit hat diese Ansicht dabei durchaus Zuspruch erfahren;⁴¹⁹⁸ sie gibt insb bei den hier näher betrachteten Abwehransprüchen eine überzeugende Begründung für die Entwicklung der aktuellen Rsp. Wie in der Folge gezeigt werden soll, handelt es sich bei

4191 *Apathy*, publizianische Klage 29.

4192 *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 175.

4193 *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 176.

4194 *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 176.

4195 *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1162 f, s bereits AT 4.3.4.1.

4196 *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1167; *Kodek* in Klang³ § 372 Rz 47.

4197 *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1164 f.

4198 *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 372 Rz 15; *Kietaihl* in Klang³ § 354 Rz 20; vorsichtig zustimmend auch *Müller*, Das quasidingliche Recht 188.

der direkten Anknüpfung an § 339 ABGB um die überzeugendste Begründung von Abwehransprüchen obligatorisch Berechtigter.

3.1.1.2.2.4. Enger Anwendungsbereich von Abwehransprüchen

Seit der E des verst Senats wird die dogmatische Grundlage für die Drittwirkung von Bestandrechten in der L zunehmend in Frage gestellt. Dies nimmt einen Anfang bei der Urteilkritik der E, wo etwa *Spielbüchler* sich „bedrückt“ zeigt, dass die bislang bloß erwogene Möglichkeit von petitorischen Abwehrmaßnahmen für den Mieter nun endgültig festgeschrieben würde.⁴¹⁹⁹ Vielmehr sei das Bestandverhältnis ganz is einer strengen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht auf eine relative Wirkung zu reduzieren; etwaige Drittwirkungen bedürften eines eigenen Gesetzgebungsakts. Auch aus dem Besitzschutz könne aus diesem Zusammenhang nichts gewonnen werden, weil dieser bloß als Ausdruck des Eigenmachtverbots und der Minimierung privater Gewalt anzusehen sei; es werde ausschließlich eine vorläufige Interessenwahrung angestrebt.⁴²⁰⁰ Ebenso müsse eine Analogie – sei es wie von *Franz Bydlinkski* vorgeschlagen des durch die Mietrechtsgesetzgebung konstituierten Prinzips des Bestandschutzes, sei wie von *Klang* und *Apathy* angedacht des § 372 ABGB – mangels Lücke scheitern: Es bestünden für den Mieter ausreichend Möglichkeiten, im Besitzstörungsverfahren gegen Störungen, aber auch gegen Immissionen Dritter vorzugehen.⁴²⁰¹ Darüber hinaus sei zu betonen, dass sich der Mieter an den Vermieter wenden könne, um gegen die Störung vorzugehen, wobei jenem hierbei auch sämtliche mietvertraglichen Behelfe offenstehen;⁴²⁰² handelt der Vermieter nicht, könne der Mieter zudem auf Mietzinsminderung drängen.⁴²⁰³ IE wird nach diesem Ansatz die dingliche Wirkung von Bestandrechten auf ein absolutes Minimum – die Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren – reduziert.⁴²⁰⁴

3.1.1.2.3. Synthese

In Zusammenschau der Ergebnisse zeigt sich eine wechselvolle Beziehung der Ansätze von L und Rsp. Die von der L entwickelten Argumente wurden häufig von der Rsp übernommen, es gab jedoch – insb zur Frage, ob auch nachbarrechtliche Ansprüche vom Bestandnehmer durchgesetzt werden

4199 OGH 14.12.1989, 7 Ob 654/89 JBl 1990, 447 (krit *Spielbüchler*).

4200 *Ecker*, Nachbarrechtliche Sonderrechtsverhältnisse (2021) 114 f; *Müller*, Das quasidingliche Recht 147 f.

4201 Ausf dazu *Müller*, Das quasidingliche Recht 151 ff.

4202 *Kerschner*, JAP 1990, 36 (40).

4203 *Ecker*, Sonderrechtsverhältnisse 115; *Müller*, Das quasidingliche Recht 162.

4204 Teils wird aber ein Anspruch des Mieters bei der gänzlichen Entziehung der Mietsache bejaht, wobei dies innerhalb der dargestellten Grundsätze nicht nachvollzogen werden kann: Es ist nicht klar, weshalb die Entziehung der Sache kategorial anders zu beurteilen ist als die Störung, was auch die ältere Rsp anerkennt, s dazu aber *Ecker*, Sonderrechtsverhältnisse 115 f.

können – stets auch stark kontrastierende Ansichten. Nach der E des verst Senats, der die stRsp seither gefolgt ist, muss aber konstatiert werden, dass der für einen engen Anwendungsbereich von Abwehransprüchen des Bestandnehmers plädierende Ansatz nur noch äußerst wenig Beachtung findet. Unabhängig von seiner dogmatischen Fundierung muss dieser Ansatz als weitgehend überkommen angesehen werden, da er im derzeitigen Gesamtsystem zu manifesten Widersprüchen mit der durch den verst Senat gefestigten Rechtsprechung führt.⁴²⁰⁵ Die sonstigen Konzeptionen der L finden sich in ihrer grundsätzlichen Bejahung von Abwehransprüchen des Bestandnehmers stärker im Einklang mit der Rsp. Im Einzelnen zeigt sich bei der stRsp jedoch durchaus die Tendenz, über den Ansatz von *Franz Bydlinski* hinaus auch bei nicht gesondert kündigungsgeschützten Bestandobjekten – wie etwa Parkplätze oder etwa auch Jagdrechte – Abwehransprüche ohne Weiteres zu bejahen. Letztlich befindet sich aber auch bei einer am Rechtsbesitz anknüpfenden Herleitung des Abwehranspruchs eine Diskrepanz zur Rsp: Denn wie gesehen wird die Aktivlegitimation des Unterbestandnehmers hier offengelassen, dem Prekaristen wird ein Anspruch verwehrt, obwohl dieser nach ÜA⁴²⁰⁶ als Rechtsbesitzer aufzufassen ist, der gegen Störungen Dritter vorgehen kann. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass keiner der momentan entwickelten Ansätze in der L geeignet ist, die Rsp vollumfänglich abzubilden.

3.1.1.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB

Erkennt man – wie in der vorliegenden Untersuchung herausgearbeitet – ein Eigentum und einen umfassenden Besitz an obligatorischen Rechten an, stellt sich die Frage nach der Störungsabwehr unter besonderen Voraussetzungen. Innerhalb des erarbeiteten abstrakten Rahmens gilt es nun, den Abwehranspruch des Bestandnehmers dogmatisch zu verorten und die bestehenden Ansätze zu bewerten. Darauf folgend sind die Auswirkungen auf den Schutzzumfang der Abwehransprüche sowie die Berechtigung, diese zu erheben, innerhalb des Lösungsansatzes zu diskutieren.

3.1.1.3.1. Herleitung des Abwehranspruchs

Für einen Versuch der Herleitung des Abwehranspruchs des Bestandnehmers gilt es zunächst, Stellung zu den bisherigen Ansätzen zu nehmen. Diesen liegen dabei ganz unterschiedliche Prämissen zu Grunde: In der älteren Lit wurde davon ausgegangen, dass das Bestandrecht auf Grund der Verbindung zu einer körperlichen Sache – zumindest eingeschränkt – als dingliches Recht qualifiziert werden müsse, woraus Folgen für seine Drittwirksamkeit

4205 S zum Konzept der rechtswissenschaftlichen Falsifikation, die auf den Diskurs abstellt, weiterführend Einführung 2.5.

4206 Vgl *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 10; ausf auch 2.1.3.5.

zu ziehen seien. Die andere Extremposition besteht darin, das Rechtsverhältnis des Mieters streng in einer relativen Wirkung gegenüber dem Vermieter zu begrenzen, woraus folgt, dass Drittwirkungen nur sehr eingeschränkt möglich sind. Als Synthese zwischen diesen Ansätzen wird mit unterschiedlichen Begründungen versucht, durch einen Analogieschluss eine dogmatische Grundlage für die Abwehransprüche des Mieters zu finden. Dem steht der Ansatz entgegen, dass die dingliche Wirkung von Bestandrechten unmittelbar auf den Rechtsbesitz zurückgeführt werden kann, der auch außerhalb des Besitzstörungsverfahrens durchgesetzt werden kann. Wiewohl diese Ansätze ausgehend von ihren Prämissen in sich durchaus kongruent sind, überzeugen diese im Regelungssystem des ABGB in unterschiedlichem Maße.

In der älteren Lit wurde die Bewehrung des Bestandrechts aus dessen dinglicher Natur gefolgert. Wie bereits dargestellt hatte der Gesetzgeber des ABGB aber nicht im Sinn, das Bestandrecht als dingliches Recht auszugestalten;⁴²⁰⁷ Zeiller bezeichnet das Bestandrecht explizit als persönliches Recht, das durch eine persönliche Klage auf Erfüllung der Vertragspflichten durchgesetzt werden kann.⁴²⁰⁸ Die Begründung des Unterlassungsanspruchs mit Rückgriff auf die behauptete Besonderheit des Mietrechts ist zudem durchaus zirkulär: Der Anspruch gegenüber Dritten wird aus den spezifischen Charakteristika des Bestandverhältnisses abgeleitet; diese spezifischen Charakteristika äußern sich aber insb dadurch, dass gegen Störungen Dritter vorgegangen werden kann. Auch die von Ehrenzweig und Swoboda ins Feld geführte Besonderheit des Mietverhältnisses, die sich durch die Verknüpfung mit einer körperlichen Sache ergeben soll, ist nicht zwingend: Einerseits ergibt sich eine solche Differenzierung zwischen dinglich-radizierten Rechten und sonstigen Rechten nicht aus dem Regelungssystem des ABGB und ist somit als *deus ex machina* anzusehen, um die Herleitung von Abwehransprüchen beim Mieter zu begründen; andererseits bestehen auch andere persönliche Rechte, die – wie etwa das Recht auf Übergabe einer Kaufsache – eng mit körperlichen Sachen verbunden sind, wobei hier ein dinglicher Abwehranspruch – mangels hinreichender Offenkundigkeit des Rechts – jedenfalls ausscheiden muss. Zudem ist insb der Ansatz von Ehrenzweig stark in Begrifflichkeiten verhaftet, ohne die dahinterliegenden Wertungen im ABGB zu verorten – so scheint es im Regelungssystem des österreichischen Zivilrechts, das ein Recht am Recht anerkennt, nicht notwendig, eine dem ABGB fremde Kategorie des quasi-dinglichen Rechts zu schaffen. Die direkt am Wesen des Mietverhältnisses anknüpfenden Versuche, Drittwirkungen von Bestandverhältnissen zu begründen, ist somit im Regelungssystem des ABGB nur wenig passend und wird mittlerweile zu Recht verworfen.

4207 S bereits Ofner, Urentwurf II 314.

4208 Zeiller, Commentar 3.2 § 1095 Rz 2 (403).

Die Gegenposition, die aus der bloß relativen Wirkung des Bestandrechts eine Drittwirkung außerhalb des Besitzstörungsverfahrens kategorisch ausschließt, ist in sich völlig geschlossen. Geht man innerhalb eines pandektistischen Paradigmas von einer strikten Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht aus, die durch die Friedensschutzfunktion des Besitzstörungsverfahrens nur partiell eingeschränkt wird, muss eine Drittwirkung des Bestandrechts logisch zwingend ausscheiden. Wenn einem obligatorischen Recht dingliche Wirkungen zukämen, könnte nicht mehr von einer strikten Trennung von Schuld- und Sachenrecht ausgegangen werden, weshalb dieses Auslegungsergebnis ausnahmslos abzulehnen sei.

Angreifbar ist diese Position sohin nur in ihren Prämissen. Dabei ist eines der wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung, dass dem ABGB eine derartige Dichotomie weder in den Wertungen noch in der Struktur innewohnt. Auch ist der Besitz – im ABGB explizit als Besitzrecht tituiert – im österreichischen Zivilrecht insb im Hinblick auf den in § 339 ABGB verankerten Störungsschutz nicht auf den vorläufigen Friedensschutz beschränkt. Diese Aussagen wurden vielmehr von der Historischen Rechtsschule in das ABGB hineingetragen, ohne dem tatsächlichen Regelungskonzept des Gesetzgebers Beachtung zu schenken. Sieht man die strikte Trennung von dinglichen und obligatorischen Rechten im österreichischen Zivilrecht nicht als Axiom, sondern als an Hand der Wertungen des Gesetzgebers eigens begründungsbedürftige These an, bricht diesem Begründungsansatz freilich das Fundament weg. Denn wenn es keinen überpositiven Satz gibt, dass obligatorischen Rechten keine dingliche Wirkung zukommen darf, muss durch Auslegung der in der österreichischen Rechtsordnung verankerten Wertungen erhoben werden, ob der Mieter gegen Dritte schutzwürdig ist. Hierbei hat bereits *Franz Bydlinki* an Hand der Mietrechtsgesetzgebung überzeugend eine Tendenz zum verstärkten Schutz von Mietern identifiziert; idS ist aber völlig unstr., dass die Verneinung von Störungsansprüchen des bloß obligatorisch Berechtigten außer dem Störer selbst niemandem Vorteile bringt und daher in einer modernen Rechtsordnung kein wünschenswertes Ergebnis darstellt. Dies zeigt sich einerseits bei aktuellen Entwicklungen in der Sphäre des Reellen, wo unter dem Schlagwort der „*Sharing-Economy*“ die Bedeutung von ausschließlichem Sacheigentum zunehmend in Frage gestellt wird; der schwindende Stellenwert des Eigentums kann aber kein Freibrief für das ungebührliche Verhalten von Störern sein.

Andererseits ist die Wertung, dass gegen den Störer nur binnen einer 30-Tage-Frist direkt vorgegangen werden kann, auch in Gegenüberstellung mit dem BGB für die Mieter ungebührlich hart: Im BGB wird dem Mieter als mittelbarem Besitzer nach § 862 iVm § 869 BGB ein Jahr lang Zeit gegeben, gegen Störungen vorzugehen. Weshalb die nicht gerade für ihre mangelnde Mieterfreundlichkeit bekannte österreichische Rechtsordnung hier dem Bestandnehmer gerade im Verhältnis zu einem störenden Dritten eine qualifiziert schlechtere Position einräumen soll, müsste eigens nachgewiesen werden. Aus

dem folgt, dass die für einen engen Anwendungsbereich von Abwehransprüchen des obligatorisch Berechtigten plädierende L sowohl wertungsmäßig als auch auf Grund ihrer fehlenden dogmatischen Fundierung im Regelungskonzept des ABGB abgelehnt werden muss. An Hand der Ablehnung des Störungsschutzes des Bestandnehmers zeigt sich somit illustrativ, dass eine von einem pandektistischen Paradigma inspirierte Auslegung im Regulationssystem des ABGB zu Wertungsinkongruenzen führt.

Den Ansätzen von *Klang/Apathy* bzw *Franz Bydlinski* ist gemein, dass die Abwehransprüche des Bestandnehmers durch Rechtsfortbildung begründet werden. Voraussetzung hierfür ist somit eine planwidrige Lücke. Hierbei ist noch nicht weiter problematisch, dass die Verwehrung von Drittwirkungen beim Bestandnehmer als gegen den Gleichheitssatz verstoßend qualifiziert wird: Tatsächlich ist die ungleiche Rechtsposition des Bestandnehmers im Verhältnis zum Vermieter im Vergleich zum störenden Dritten durchaus als Indiz zu werten, dass eine planwidrige Lücke vorliegt. Denn es gibt wohl keinen sachlichen Grund dafür, dem Störer eine bessere Rechtsposition einzuräumen als dem Vermieter. Dem vorgelagert ist jedoch die Frage, ob die Position des Rechtsbesitzers tatsächlich nur im Besitzstörungsverfahren durchgesetzt werden kann oder ob der Mieter auch später im ordentlichen Verfahren auf Unterlassung klagen kann. Wenn – wie in der hier eingenommenen Position und mit *Georg Kodek* – nach Ablauf der 30-Tage-Frist des § 454 Abs 1 ZPO die Ansprüche des Rechtsbesitzers nicht völlig verlustig gehen, sondern noch im ordentlichen Verfahren durchgesetzt werden können, ist die Existenz einer Regelungslücke durchaus fraglich. Denn insb hinsichtlich der Störung des Rechts des Bestandnehmers, die Bestandsache zu nützen, besteht mit § 339 ABGB eine Grundlage für umfassende Abwehransprüche. Aus der Stellung als Rechtsbesitzer können sohin Ansprüche gegen Störer abgeleitet werden, die sich nicht auf die Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren beschränken.⁴²⁰⁹ Wenn aber der Rechtsbesitzer auf Grund des im ABGB verankerten Konzepts des Besitzes gegen Störungen vorgehen kann, besteht keine dahingehende, ausfüllungsbedürftige Regelungslücke. Freilich gilt es davon Konstellationen der Kollision verschiedener gleichrangiger Rechte – wie etwa bei der Doppelvermietung – zu trennen, bei der der Rechtsbesitz allein – außer in den wohl seltenen Fällen des unechten Besitzerwerbs gem den §§ 345 ff ABGB – keine Handhabe bietet.

⁴²⁰⁹ Freilich könnte hier in einer formalen Betrachtungsweise eingewandt werden, dass insb im Kontext von nachbarschaftlichen Immissionen die Störung als Ausübung von Rechtsbesitz aufgefasst werden kann, weshalb § 339 ABGB dagegen keine Handhabe bietet. Tatsächlich wäre dann in der Herleitung wohl auf die §§ 372 ff ABGB abzustellen, die den Konflikt verschiedener Besitzer einer Regelung zuführen; der Störer würde mangels Titels den Kürzeren ziehen. Darüber hinaus wird bei Immissionen aber durchaus auch von einem unechten Besitzerwerb auszugehen sein, weshalb auch mit den §§ 345 ff ABGB vorgegangen werden könnte.

Es soll somit dem von *Jabornegg/Strasser* bzw *Kodek* geprägten Ansatz gefolgt werden, dass die Abwehr von Störungen unmittelbar auf den Rechtsbesitz des Bestandnehmers zu stützen ist. Hieraus bestätigt sich der Befund, dass Abwehransprüche bei obligatorisch Berechtigten vom Rechtsbesitz abgeleitet sind, der nicht nur im Verfahren gem den §§ 454 ff ZPO durchgesetzt werden kann.

3.1.1.3.2. *Schutzumfang*

Der Umfang des Rechtsbesitzes findet sich im ABGB in § 315 explizit geregelt; dieser hängt iW davon ab, ob der Besitz unmittelbar oder mittelbar erworben wird und ob der Besitzerwerb eigenmächtig erfolgt.⁴²¹⁰ Da der Erwerb eines Bestandrechts wohl kaum an einem freistehenden Bestandsobjekt oder durch eine eigenmächtige Besitzergreifung stattfinden kann, umfasst der Rechtsbesitz dem Gesetzeswortlaut nach *„alles was der vorige Inhaber gehabt und durch ein deutliches Zeichen übergeben hat“*. In Hinblick auf den Rechtsbesitz des Bestandnehmers bedeutet dies, dass der Schutzumfang von der Vereinbarung abhängt;⁴²¹¹ ist keine Einschränkung der Übertragung vorgesehen, wird der Rechtsbesitz hinsichtlich der vereinbarten Nutzung⁴²¹² vollumfänglich übertragen. Es kann sohin jedenfalls davon ausgegangen werden, dass ein Rechtsbesitz für die Privatnutzung in einem Umfang erworben wird, welcher zur ungestörten Benutzung der Wohnung erforderlich ist;⁴²¹³ die Rsp spricht dabei davon, dass sich der Rechtsbesitz *„auf den vertragsgemäßen, der Verkehrssitte entsprechenden Gebrauch am Bestandsobjekt“* erstreckt.⁴²¹⁴ Dabei kann aber davon ausgegangen werden, dass der Rechtsbesitz – sofern dies nicht ausdrücklich anders ausbedungen wird – keine Befugnisse umfasst, die auch dem Eigentümer nicht zukommen. Freilich ist es durchaus denkbar und zulässig, dass der Bestandgeber mehr verspricht, als er nach seiner dinglichen Rechtsposition überhaupt verschaffen kann.⁴²¹⁵ In diesem Fall besteht zwar durchaus ein dahingehender Rechtsbesitz des Bestandnehmers, dieser kann aber idR nicht⁴²¹⁶ gegenüber Dritten durchgesetzt werden: Dem vom Bestandgeber eingeräumten Recht, das über die Befugnisse eines Eigentümers hinaus-

4210 S dazu bereits auf 2.1.1.1.

4211 *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 314 f Rz 4 (49).

4212 Dies bedeutet freilich, dass der Rechtsbesitz bspw die kommerzielle Nutzung einer Privatliegenschaft mangels Vereinbarung nicht umfasst. Illustrativ ist dabei eine frühe E, bei der dem Mieter einer Privatwohnung kein Besitz am Recht, ein Aushängeschild anzubringen, zugesprochen wurde, s OGH 26.9.1900, Nr 13141 GIUNF 1132.

4213 So auch bereits *Klang*, ZBl 1926, 324 (341).

4214 LGZ Wien 5.6.2019, 39 R 23/19z MietSlg 71.006; LGZ Wien 11.10.2017, 38 R 145/17f MietSgl 69.012; mwN LGZ Wien 8.2.2000, 41 R 676/99m MietSlg 52.012.

4215 *Ecker* nennt hier die vertraglich vereinbarte absolute Ruhe einer Wohnung zu jeder Tages- und Nachtzeit, s *Ecker*, Sonderrechtsverhältnisse 120.

4216 Eine Ausnahme davon könnte freilich bei Konstellationen bestehen, in denen dem Bestandnehmer auf Grund eines gem §§ 312 f ABGB erworbenen Rechtsbesitzes

geht, kommt keine sozialtypische Offenkundigkeit zu.⁴²¹⁷ Mangels Kundbarkeit ist einem Dritten somit bereits dem Grunde nach keine Verhaltensadaption zumutbar; auch würde durch eine solche die Rechtsposition der Nachbarn eingeschränkt, die über § 364 Abs 2 ABGB hinaus in ihren Befugnissen eingeschränkt wären. Das sohin eingeräumte Recht kann sohin nur gegenüber dem Bestandgeber durchgesetzt werden.⁴²¹⁸ Ebenso ist denkbar, dass durch vertragliche Vereinbarung der Schutz des Bestandnehmers auch gegenüber jenem eines Eigentümers eingeschränkt wird, wodurch der Vermieter sich seiner gem § 1096 ABGB bestehenden Verpflichtungen enthebt. Hier kommt dem Bestandnehmer auch nur ein weniger weit reichender Rechtsbesitz zu; er kann sich sohin im Außenverhältnis nicht auf sämtliche Befugnisse eines Eigentümers berufen, weshalb auch Abwehransprüche gegenüber Dritten eingeschränkt sind.⁴²¹⁹ Der Rechtsschutz des Bestandnehmers gegen Dritte umfasst – sofern im Bestandvertrag keine Einschränkung vereinbart wurde – somit die Befugnisse eines Eigentümers; darüber hinaus müssen für eine Bewehrung die Voraussetzungen der §§ 312 ff ABGB im Verhältnis zum Anspruchsgegner erfüllt sein.

Diese Ausführungen sind für die Frage von Bedeutung, ob ein Bestandnehmer auch im nachbarrechtlichen Kontext gem § 364 Abs 2 ABGB gegen Immissionen vorgehen kann. Denn diese Bestimmung stellt ganz klar auf den Eigentümer eines Grundstücks ab; ein Bestandnehmer ist aber keinesfalls als solcher zu qualifizieren. Betrachtet man die Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten aber als Folge seines Rechtsbesitzes, dessen Umfang sich nach der Berechtigung des Eigentümers richtet, ist das Auslegungsergebnis hier bereits vorgezeichnet: Auch wenn sich die Wertung des § 364 Abs 2 ABGB explizit nur auf den Eigentümer bezieht, werden als Reflex auch die Möglichkeiten der Durchsetzung des Rechtsbesitzes tangiert.⁴²²⁰ Denn wenn die Befugnisse des Eigentümers gesetzlich vermehrt bzw vermindert werden, hat dies unmittelbare Auswirkungen auf die dem Bestandnehmer eingeräumten, bewehrten Befugnisse, da diese mangels eigenständiger Vereinbarung jenen des Eigentümers entsprechen. Es ist somit iE dem verst Senat zuzustimmen, dass auch dem Bestandnehmer die Möglichkeit der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen von Immissionen eingeräumt wird; dies erfolgt frei-

eine Durchsetzung gegenüber einem Dritten zukommt. Denkbar wäre hier va der Besitz eines verneinenden Rechts bzw eines Verbotsrechts gem § 313 ABGB.

4217 S dazu bereits AT 4.3.6.3.

4218 IE ebenso *Ecker*, Sonderrechtsverhältnisse 121.

4219 So auch *Müller*, Das quasidingliche Recht 182.

4220 Dafür spricht auch, dass nach hL Immissionen auch als Besitzstörung iE aufgefasst werden, s dazu auf *Kodek*, Besitzstörung 210 ff, s auch *Müller*, Das quasidingliche Recht 151 ff; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 339 Rz 7; *Anzenberger* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 339 Rz 9. Dem entspricht auch die Rsp, vgl zur Geruchsbelästigung LGZ Wien 20.5.2015, 39 R 156/15b MietSlg 67.682.

lich durch bloße Auslegung im Regelungssystem des ABGB ohne die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung durch Analogie.

Zuletzt kann aus der Perspektive, die die Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten auf den Rechtsbesitz zurückführt, auch eine Position zur Gewährung von Schadenersatzansprüchen entwickelt werden, wie an dieser Stelle freilich nicht weiter vertieft zu werden braucht. Denn § 364a ABGB räumt den Ausgleichsanspruch bei Bergwerksanlagen und behördlich genehmigten Anlagen ausdrücklich nur dem Grundbesitzer ein. Nach demselben Argument wie für die nachbarrechtlichen Ansprüche kann der Ausgleichsanspruch aber – sofern keine anderen vertraglichen Regelungen zum Bestandgeber bestehen – auch dem Bestandnehmer als Rechtsbesitzer zukommen. Denn die Ausgleichsansprüche treten im Interesse der Allgemeinheit an die Stelle von Unterlassungsansprüchen. Dies verstärkt sich dadurch, dass das ABGB in § 339 ABGB explizit auch dem Besitzer Schadenersatzansprüche zuerkennt. Dementsprechend kann – vorbehaltlich einer hier nicht durchzuführenden schadenersatzrechtlichen Analyse – auch der Position der dies bejahenden Rsp zugestimmt werden.⁴²²¹

3.1.1.3.3. Aktivlegitimation

Erachtet man die Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten als Folge des auch außerhalb des Besitzstörungsverfahrens durchsetzbaren Rechtsbesitzes, kann eine Position dahingehend abgeleitet werden, wer zur Geltendmachung dieser Ansprüche berechtigt ist. Es handelt sich sohin stets um jemanden, der nach Maßgabe der §§ 312 f ABGB Rechtsbesitz erworben hat.⁴²²² Der Rechtsbesitz beginnt dabei nach allgemeinen Grundsätzen mit dem tatsächlichen Beginn des Gebrauchs und nicht bereits mit etwaigen Vorkehrungen,⁴²²³ weshalb nicht auf den Vertragsabschluss, sondern auf die Übergabe der Bestandsache abzustellen ist, was auch ganz stRsp⁴²²⁴ ist. Aus

4221 Dies wird in der L aber entgegen der stRsp kritisch gesehen, vgl *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 364a Rz 9; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 364a Rz 19; *Kerschner/Wagner* in Klang³ § 364a Rz 230.

4222 Die Herleitung von negatorischen Abwehransprüchen aus einer Besitzposition hat freilich potenziell noch eine weitere Auswirkung auf die Aktivlegitimation, die an dieser Stelle freilich nur angedeutet werden kann. Denn es ist völlig stRsp, dass auch ein Miteigentümer allein und nicht nur die Eigentümergemeinschaft berechtigt ist, einen Abwehranspruch durchzusetzen; es muss sohin nicht nach Maßgabe der §§ 833 ff ABGB vorgegangen werden. Dies kann als Folge des Umstands interpretiert werden, dass jedem Miteigentümer bzw Wohnungseigentümer eine eigenständige und durchsetzungsfähige Position als Besitzer zukommt, vgl dazu die stRsp RIS-Justiz RS0012114; *Kietaibl* in Klang³ § 354 Rz 18.

4223 *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 20.

4224 OGH 19.9.2013, 1 Ob 131/13s; s dazu aber bereits OGH 10.9.1947, 1 Ob 494/47 SZ 21/45, vgl zur stRsp RIS-Justiz RS0012078. Zur gleichlautenden Wertung für den Rechtsbesitz, s zB LGZ Wien 13.7.2016, 39 R 12/16b MietSlg 68.596; LGZ Wien 15.4.2015, 38 R 302/14i MietSlg 67.032; LGZ Wien 25.8.2004, 39 R 181/04p MietSlg 56.020.

dieser Anknüpfung folgt, dass nicht nur dem Hauptmieter, sondern auch dem als Rechtsbesitzer⁴²²⁵ zu qualifizierenden Untermieter Abwehransprüche zukommen, was iW auch der hL⁴²²⁶ entspricht und nicht im Widerspruch mit der jüngeren, dies offenlassenden Rsp⁴²²⁷ steht. Ganz ähnlich sind die Erwägungen zur Frage, ob auch dem Prekaristen die Möglichkeit zukommen soll, gegen Störungen Dritter vorzugehen. Wie gezeigt besteht auch im Kontext der Bittleihe ein Rechtsbesitz des Prekaristen; dieser wirkt freilich gegenüber dem Prekariusgeber nur äußerst eingeschränkt.⁴²²⁸ Im Verhältnis zum Dritten macht es aber keinen Unterschied, unter welchen Umständen der Eigentümer die Bestandsache herausverlangen kann; vielmehr ergibt sich die Bewehrung unmittelbar aus den übertragenen Nutzungsbefugnissen.⁴²²⁹ Dementsprechend wird nach hA auch davon ausgegangen, dass der Prekarist im Besitzstörungsverfahren gegen Störungen seines Gebrauchsrechts durch Dritte vorgehen kann.⁴²³⁰ Nichtsdestoweniger lehnt der OGH Abwehransprüche des Prekaristen außerhalb des Besitzstörungsverfahrens ab,⁴²³¹ was sich freilich mit der hier eingenommenen Position, die eine Herleitung dieser Ansprüche aus dem Rechtsbesitz als einzig dogmatisch vertretbare ansieht, nicht verträgt.⁴²³² Die unterschiedlichen Herangehensweisen zeigen sich deutlich in der Begründung des 6. Senats, der iW einem an der Spezifität des Bestandsverhältnisses anknüpfenden Ansatz folgt: Auf Grund des fehlenden Bestandschutzes der Bittleihe sei beim

4225 *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 37; ebenso die Rsp, s LGZ Wien 20.1.2016, 39 R 425/15m MietSlg 68.010.

4226 *Müller* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 372 Rz 18; *Apathy*, publizianische Klage 76; *Klang*, ZBl 1926, 324 (351); aA wohl *Kodek* in Klang³ § 372 Rz 25.

4227 OGH 21.5.2014, 7 Ob 71/14p; OGH 11.7.2001, 7 Ob 218/00k; OGH 15.10.2002, 4 Ob 168/02p; ablehnend zB OGH 31.5.1989, 6 Ob 569/89; OGH 21.12.1949, 2 Ob 69/49 SZ 22/208.

4228 S bereits 2.1.3.5.

4229 Tatsächlich könnte diese Überlegung auf eine fälschliche Anwendung der §§ 372 ff ABGB auf die bloße Störung von Befugnissen zurückzuführen sein. Denn nach § 373 ABGB muss der Besitzer mit schlechterem Titel weichen; als schwächer gilt dabei ein unentgeltlicher Titel. Es ist dabei durchaus darstellbar, dass die prekaristische Überlassung wertungsmäßig einer unentgeltlichen Überlassung gleichgestellt wird. Nichtsdestoweniger überzeugt diese E hier nicht: Denn bei der bloßen Störung der Befugnisse eines obligatorisch Berechtigten muss nicht auf das Verhältnis der Rechtspositionen eingegangen werden, sofern diese nicht vom selben Bestandgeber abgeleitet werden. Insofern ist der Fall der Störung von der Doppelvermietung zu unterscheiden, s dazu weiterführend 3.2.2.

4230 *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 10; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 313 Rz 3; mwN zur älteren Lit *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1147.

4231 OGH 26.11.2008, 6 Ob 227/07m.

4232 Auch aus einer anderen Perspektive wird diese E kritisiert; idZ auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Miete und Prekarium hinweisend *Müller* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 372 Rz 18 (Fn 127).

Prekarium die Rechtsposition nicht an ein dingliches Recht angenähert, weshalb ein erweiterter Schutz gegenüber Dritten nicht in Betracht käme. Diese Herleitung vermag dabei – unabhängig von dem hier eingenommenen, unterschiedlichen dogmatischen Standpunkt – nicht zu überzeugen, da sie eine manifeste Abweichung zur sonstigen Rsp darstellt: Denn Abwehransprüche wurden ganz unabhängig davon gewährt, ob der Bestandnehmer von einem besonderen Bestandschutz profitiert oder nicht; dem Mieter von Parkplätzen wurde diese ebenso gewährt wie dem Pächter eines Jagdrechts. Würde man diese Erwägungen ernst nehmen, folgte die Notwendigkeit einer restriktiveren Auslegung der Abwehransprüche des Bestandnehmers, die nicht der stRsp entspricht. Die Sonderstellung der dieser E zu Grunde liegenden Wertung zeigt sich besonders illustrativ daran, dass das Prekarium der einzige Fall wäre, in dem ein von einem Eigentümer abgeleiteter Rechtsbesitz zwar im Besitzstörungsverfahren, nicht aber im ordentlichen Verfahren zur Störungsabwehr herangezogen werden könnte. Die Bittleihe würde in der Folge dieser E somit zu einer begründungsbedürftigen Anomalie in einem ansonsten weitgehend konsistenten System der Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten. Freilich ist mittlerweile bereits eine gewisse Abschwächung dieser Rsp dadurch erfolgt, dass dem prekaristisch am Grundstück berechtigten Superädifikatseigentümer Abwehransprüche gegen Immissionen eingeräumt wurden.⁴²³³ Das alleinige Abstellen auf Eigentum am Gebäude überzeugt dabei – wie *Holzner* treffend ausführt – aber nicht, da im nachbarschaftlichen Kontext Abwehransprüche – mit Ausnahme des Grundeigentümers – gem § 364 Abs 2 ABGB erst durch ihr Benützungsverhältnis zum Grundeigentümer erwachsen.⁴²³⁴ Konstitutiv für die Möglichkeit der Störungsabwehr in diesem Fall ist somit das Prekarium am Grundstück und nicht das Eigentum am Gebäude. Im Resultat⁴²³⁵ folgt somit die jüngere Rsp dem eingeschlagenen Weg, dem Prekaristen außerhalb des Besitzstörungsverfahrens Abwehransprüche zu verweigern, nicht. Es muss sich somit erst herausstellen, ob der die Abwehransprüche des Prekaristen verneinenden E des OGH tatsächlich Folge geleistet wird oder ob diese vereinzelt bleibt. Aus der hier eingenommenen Position folgt aber klar, dass unabhängig vom Verhältnis zwischen Bestandgeber und -nehmer dem Grunde nach Abwehransprüche für den obligatorisch Berechtigten bestehen können, sofern damit ein Rechtsbesitz vermittelt wird.

Die Klagslegitimation im Einzelfall muss freilich an Hand der streitgegenständlichen Störung beurteilt werden. Denn eine auf dinglichen Wirkungen beruhende Unterlassungsklage kann nur dann durchdringen, wenn durch die

4233 OGH 28.6.2011, 9 Ob 29/11x.

4234 *Holzner*, „Immissionsabwehransprüche“ für Superädifikatseigentümer mit nur prekaristischem Grundbenützungsverhältnis? JBl 2012, 136.

4235 In der Begründung schließt sich der 9. Senat freilich dem 6. Senat hinsichtlich der vorhergegangenen E an.

Handlung eines Dritten eine dem Kläger zugewiesene Befugnis gestört wird; erforderlich ist somit stets, den Umfang des Rechtsbesitzes zu bestimmen.⁴²³⁶ Während sich dieser nach § 315 ABGB beim mittelbaren Besitzerwerb nach der Berechtigung des Vormanns richtet und mangels gesonderter Vereinbarung sämtliche Befugnisse des Eigentümers der Bestandsache – also auch die Immissionsabwehr – umfasst,⁴²³⁷ ist dies im Fall eines mit der Bestandsache assoziierten Rechtsbesitzes, der jedoch nicht vom Bestandgeber abgeleitet wird, differenziert zu beurteilen. Dies trifft iW auf die – im Einzelnen freilich hochumstrittenen⁴²³⁸ – familienrechtlichen Wohnverhältnisse zu, wo die Rsp die Aktivlegitimation vom Gatten des Mieters⁴²³⁹ bzw des Lebensgefährten der Eigentümerin⁴²⁴⁰ ablehnte. Hier muss durch Auslegung der Umfang des Besitzes⁴²⁴¹ des Angehörigen bestimmt werden. Die zustimmungswürdige Auffassung der Rsp ist hier sehr eindeutig: Da dem Ehegatten auf Grund des familienrechtlichen Wohnverhältnisses unter Voraussetzung eines dringenden Wohnbedürfnisses nur Unterlassungs- bzw Wiederherstellungsansprüche gegen den anderen Ehegatten zukommen, wird eine dem Bestandnehmer gleichzuhaltende Stellung gegenüber Dritten nicht vermittelt;⁴²⁴² dies trifft umso mehr für den Lebensgefährten zu. Voraussetzung für die Geltendmachung von Abwehransprüchen nach den §§ 364 ff ABGB wäre vielmehr ein besonderer Rechtstitel wie ein – zumindest konkludent abgeschlossener – Bestand- oder Gesellschaftsvertrag.⁴²⁴³ Hieraus bestätigt sich der Befund von *Holzner*, dass Voraussetzung für die Geltendmachung von Abwehransprüchen im nachbarrechtlichen Kontext ein Benützungsverhältnis mit dem Grundbesitzer ist.⁴²⁴⁴

3.1.1.4. Gegenüberstellung

Die intensiv geführte Diskussion zur Frage, in welchem Rahmen ein Bestandnehmer gegen Störungen vorgehen kann, zeugt von einem Konflikt

4236 So umfasst der Rechtsbesitz des Wohnungseigentumsbewerbers nach der Rsp etwa nicht die Möglichkeit, gegen den Aufbau einer Hütte im Garten der Wohnung eines anderen vorzugehen, vgl OGH 26.8.2008, 5 Ob 173/08i.

4237 Dementsprechend können die dem Eigentümer zugewiesenen Befugnisse auch an den Unterbestandnehmer weitergereicht werden, sodass auch dieser gegen Immissionen vorgehen kann.

4238 Ausf dazu *Kodek*, Besitzstörung 171 ff.

4239 OGH 26.1.1999, 4 Ob 324/98w.

4240 OGH 22.10.2010, 9 Ob 69/10b.

4241 Dies kann als Anknüpfungspunkt für den str Besitz bei familienrechtlichen Wohnverhältnissen angesehen werden: Hier liegt wohl kein Mitbesitz an der Wohnung, sondern vielmehr ein Besitz am verneinenden Recht vor, da die Nutzung der Wohnung gestattet wird; auf den Bindungswillen kommt es – wie gesehen – nicht an, s dazu bereits 2.1.3.5.

4242 OGH 26.1.1999, 4 Ob 324/98w.

4243 OGH 22.10.2010, 9 Ob 69/10b Rz 4.

4244 *Holzner*, JBl 2012, 136 (136).

zwischen einem pandektistischen Paradigma und den im Einzelfall für sinnvoll erachteten Lösungen eines Rechtsproblems. Allgemein gefasst geht es darum, inwieweit dem obligatorisch Berechtigten dingliche Abwehransprüche zukommen. In der stRsp und üL werden dabei dem Bestandnehmer umfassende Möglichkeiten der Störungsabwehr zuerkannt, obwohl sein Recht kein dingliches, sondern bloß ein obligatorisches ist. Dies steht einer pandektistischen Rechtsvorstellung, nach der dingliche Rechtswirkungen ausschließlich bei dinglichen Rechten in Betracht kommen, diametral entgegen. Als wesentlicher Befund dieser Betrachtung kann sohin festgehalten werden, dass ein pandektistisches Paradigma nicht in der Lage ist, den wertungsmäßig als weitgehend sinnvoll erachteten Störungsschutz des Bestandnehmers in das österreichische Zivilrechtssystem einzuordnen.

Innerhalb der hA gibt es freilich Tendenzen, den Störungsschutz des Bestandnehmers als Sonderwertung des Bestandverhältnisses darzustellen, der von der allgemeinen Theorie nicht erfasst ist. Dies ist als Versuch zu werten, das pandektistische Paradigma trotz dieses Widerspruchs aufrecht zu erhalten. Tatsächlich ist der paradigmatische Fall, für den diese Rsp anfänglich entwickelt wurde, die Störungsabwehr des Mieters eines Wohnobjekts. An dieser Stelle ist die Entwicklung freilich nicht stehen geblieben, was sich besonders illustrativ darin zeigt, dass die Rsp⁴²⁴⁵ auch dem Pächter eines Jagdrechts dingliche Abwehransprüche zuerkennt. Es handelt sich hier um ein obligatorisches Recht an einem Recht, das zwar durchaus einen Konnex zu einer körperlichen Sache aufweist, aber nicht als dinglich qualifiziert werden kann. Für die Möglichkeit, gegen Störungen vorzugehen, ist somit weder eine unmittelbare Verbindung zu einem besonders schutzwürdigen Gebrauch zu Wohnzwecken noch zu einem kündigungsgeschützten Bestandobjekt vonnöten. Dass die Ausnahmen nicht begründet und eingegrenzt werden können, ist somit zweifellos ein Zeichen für die mangelnde Leistungsfähigkeit des pandektistischen Paradigmas im österreichischen Zivilrecht.

Stützt man sich auf die Rechtsvorstellungen der Stammfassung, stellt der Störungsschutz des Bestandnehmers freilich keine Anomalie mehr dar. Unter Zugrundelegung des weiten Sachbegriffs können die Wertungen der Rsp weitgehend auf den Rechtsbesitz des Bestandnehmers zurückgeführt werden. Die geschützte Rechtsposition erwächst nach Maßgabe der §§ 312 f ABGB allein durch den sozialtypisch offenkundigen Gebrauch des Rechts im eigenen Namen. Dies bestätigt sich darin, dass eine umfassende Möglichkeit der Störungsabwehr ebenso dem Vorbehaltskäufer eingeräumt wird, da auch diesem Rechtsbesitz zukommt;⁴²⁴⁶ auch der Ersitzungsbesitzer kann als Ausfluss der dinglichen Wirkungen seines Rechts auf Unterlassung bzw Beseitigung kla-

4245 OGH 10.11.2003, 7 Ob 251/03t.

4246 *Kodek* in Klang³ § 372 Rz 13.

gen.⁴²⁴⁷ Im Ergebnis besteht in üL und Rsp somit ein weitgehender Gleichklang zwischen der Position als Sach- oder Rechtsbesitzer und der Möglichkeit, auch außerhalb des Besitzstörungsverfahrens gegen Störungen vorzugehen. Die als quasi-dingliche Wirkung bezeichnete Spezifität des Bestandrechts kann durch den weiten Sachbegriff sohin harmonisch in das allgemeine Regelungssystem des ABGB eingeordnet werden. Da nur der naturrechtlich inspirierte Regelungsansatz eine dogmatische Einordnung der Problemlösung der Rsp ermöglicht, ist dieser hinsichtlich der Störungsabwehr des obligatorisch Berechtigten als leistungsfähiger anzusehen.

Die Folgen dieses Befunds können für das in dieser Arbeit verfolgte Erkenntnisinteresse kaum überschätzt werden. Denn stRsp und üL begrenzen den aus einer dinglichen Wirkung folgenden, verschuldensunabhängigen Abwehranspruch *erga omnes* nicht auf dingliche Rechte iSd § 308 ABGB, sondern erkennen diesen explizit auch für obligatorische Rechtspositionen an. Dies bestätigt unmittelbar die bereits abstrakt erarbeitete These, dass im Regelungssystem des ABGB dingliche Rechtswirkungen nicht ausschließlich bei dinglichen Rechten in Betracht kommen. Vielmehr erlaubt es der weite, auch Rechte umfassende Sachbegriff, ein dingliches Recht – den Rechtsbesitz – an einem obligatorischen – dem Bestandrecht – zu begründen und daraus dingliche Rechtswirkungen abzuleiten. Rechtstechnisch wird man wohl auch nicht fehlgehen,⁴²⁴⁸ die Durchsetzung von dinglichen Rechten im Fall der Störung auf den Rechtsbesitz zurückzuführen.⁴²⁴⁹ Es zeigt sich sohin, dass es im Regelungssystem des ABGB hinsichtlich dinglicher Rechtswirkungen nicht auf die Form des Rechts, sondern vielmehr auf dessen Inhalt ankommt – das sind die damit einhergehenden Befugnisse des Berechtigten. Dementsprechend ist die gefestigte Rsp zur Störungsabwehr des Bestandnehmers als Absage an ein pandektistisches Rechtsverständnis anzusehen, das dingliche Wirkungen nur bei dinglichen Rechten anerkennt. Dies überzeugt freilich auch wertungsmäßig: So ist es hinsichtlich des eingangs angeführten Beispiels des Klopfens an die Zwischenwand nicht darstellbar, warum der Nachbarin bei der Störung eines Untermieters eine andere⁴²⁵⁰ Rechtsdurchsetzung droht als bei einem Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts, wenn diese Rechte im selben Ausmaß die Nutzung des Bestandobjekts zum Inhalt haben.

4247 Müller in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 372 Rz 5 ff.

4248 Dies könnte zB die Frage betreffen, inwiefern dem Fruchtgenussberechtigten vor der Verbücherung Abwehransprüche zukommen.

4249 Eine solche Position findet sich auch unmittelbar im Normtext des ABGB wieder, wo in § 340 ABGB etwa dem Besitzer eines dinglichen Rechts Rechtsmittel bei der Bauführung eingeräumt werden. Ebenso spricht § 1472 ABGB vom Besitz an Dienstbarkeiten.

4250 Tatsächlich wird die Rechtsdurchsetzung deutlich unwahrscheinlicher sein, wenn der Bestandegeber dazu verhalten werden muss.

3.1.2. Abwehransprüche des mitgliedschaftsrechtlich Berechtigten

Die H-AG betreibt einen Holzhandel und einen Seehafen. Der Vorstand der H-AG trifft den Beschluss, den Seehafen – das „Herzstück“ des Unternehmens – in eine neu zu gründende Gesellschaft auszugliedern. Die Zustimmung der Aktionäre in der Hauptversammlung soll dafür aber nicht eingeholt werden. Kann R, der ca 8 % der Anteile der H-AG hält, den Vorstand auf Unterlassung der Maßnahme klagen?⁴²⁵¹

Es gibt wohl nur wenige Beispiele für Judikate, die Wissenschaft und Rechtspraxis gleichermaßen beschäftigen wie die *Holzmüller*-E des BGH. Diese beinhaltet nicht nur eine – später durch die *Gelatine* E⁴²⁵² wieder etwas zurückgenommene – Position zu ungeschriebenen Kompetenzen der Hauptversammlung der AG. Vielmehr findet sich auch eine Aussage, inwieweit ein einzelner Gesellschafter im Rahmen seiner Treuepflicht⁴²⁵³ gegen Störungen seines Mitgliedschaftsrechts vorgehen kann:

*„Wie jeder Aktionär hat der Kläger einen verbandsrechtlichen Anspruch darauf, dass die Gesellschaft seine Mitgliedschaftsrechte achtet und alles unterlässt, was sie über das durch Gesetz und Satzung gedeckte Maß hinaus beeinträchtigt. Dieser Anspruch wird verletzt, wenn der Vorstand die Hauptversammlung und damit auch die einzelnen Aktionäre bei einer Entscheidung von der nach der Sachlage gebotenen Mitwirkung ausschließt.“*⁴²⁵⁴

Der BGH blieb hinsichtlich der Störungsabwehr bei Eingriffen in ein Mitgliedschaftsrecht freilich dabei nicht stehen. So wurde auch anerkannt, dass ein Vereinsmitglied auf Grund seiner Mitgliedschaft das bewehrte Recht hat, nicht entgegen der vereinsrechtlichen Bestimmungen behandelt zu werden, wobei auch direkt gegen den Vereinsvorstand vorgegangen werden kann.⁴²⁵⁵ Auch iZm einem Bezugsrechtsausschluss beim genehmigten Kapital hat der BGH ausgesprochen, dass sich ein Aktionär gegen die Verletzung individueller Mitgliedschaftsrechte wehren kann.⁴²⁵⁶ Dem schloss sich auch der OGH an, der im Bezug auf das Auskunftsrecht eines GmbH-Gesellschafters *obiter* festhielt,

4251 Dies ist der etwas modifizierte Sachverhalt, der der E BGH 25.2.1982, II ZR 174/80 NJW 1982, 1703 – *Holzmüller* zu Grunde liegt. In dieser E wurde aber gegen die Gesellschaft und nicht gegen den Vorstand vorgegangen.

4252 BGH 26.4.2004, II ZR 155/02 – *Gelatine*.

4253 Demnach ist die Unterlassungsklage ohne unangemessene Verzögerung zu erheben, vgl dazu auch BGH 7.5.2019, II ZR 278/16.

4254 BGH 25.2.1982, II ZR 174/80 – *Holzmüller*, Rz 41.

4255 BGH 12.3.1990, II ZR 179/89 NJW 1990, 2877 – *Schärenkreuzer*.

4256 BGH 10.10.2005, II ZR 90/03 – *Mangusta/Comerzbank II*.

dass „die Beeinträchtigung des Mitgliedschaftsrechts eines Verbandsmitglieds, aber auch der aus der Mitgliedschaft folgenden Herrschafts- und Teilhaberechte als Eingriff in ein absolut geschütztes Recht“⁴²⁵⁷ aufgefasst werden könne. Auch in seiner 3-Banken-E setzte sich der OGH im Detail mit der Aktivlegitimation von einzelnen Aktionären auseinander.⁴²⁵⁸ Es ist in der Rsp somit weitgehend unstr., dass Mitgliedschaftsrechte dem Grunde nach gegen Störungen bewehrt sind, was im österreichischen Schrifttum auf generelle Zustimmung stößt.⁴²⁵⁹

Sehr viel weniger Einigkeit besteht zur Frage, auf welche Grundlage ein solcher Abwehranspruch aus dem Mitgliedschaftsrecht gestützt werden kann. Denn die idZ diskutierten Fälle haben gemein, dass kein gesonderter gesetzlich normierter Rechtsbehelf gegen die Beeinträchtigung des Mitgliedschaftsrechts besteht. Hieraus folgt eine erhebliche Unsicherheit zum Umfang der dem Gesellschafter eingeräumten Möglichkeiten, gegen die Beeinträchtigung seiner Rechte vorzugehen. So ist derzeit etwa völlig unklar, ob in der *Holzmüller*-Konstellation unmittelbar gegen das handelnde Organ vorgegangen werden und dieses durch Richterspruch zu einem gewissen Verhalten angehalten werden kann oder ob der Anspruch ausschließlich gegen die Gesellschaft besteht.

In der vorliegenden Betrachtung soll sohin die dogmatische Grundlage für die Drittwirkung von Mitgliedschaftsrechten im Verhältnis zur Gesellschaft⁴²⁶⁰ in den Blick genommen werden. Notwendig sind im hier gegebenen Rahmen freilich zwei Einschränkungen: So muss einerseits für die ausführliche Begründung von Mitgliedschaftsrechten und deren spezifische Charakteristika auf die einschlägige Lit verwiesen werden.⁴²⁶¹ Andererseits ist es auch nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit, die Abwehrmöglichkeiten des Gesellschafters einer OG, einer GmbH und einer AG im Einzelnen abschließend darzustellen.⁴²⁶² Vielmehr ist das hier verfolgte Anliegen ein strukturelles: Es soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern es der weite Sachbegriff des ABGB erlaubt, die Störungsabwehr beim Mitgliedschaftsverhältnis im österreichischen Rechtssystem systemkonform einzuordnen. Hierfür soll zuerst abstrakt das Problem der mitgliedschaftsrechtlichen Abwehrklage dargestellt werden, bevor die für das österreichische Recht ver-

4257 OGH 15.3.2021, 6 Ob 248/20v Rz 15.

4258 IE wurde diese freilich verneint, s dazu ausf OGH 28.6.2023, 6 Ob 178/22b Rz 168 ff.

4259 S nur *Rüffler*, Die Aktionärsklage, ÖJZ 2021, 405; *Rastegar*, Die Gesellschafterklage in der GmbH (2020) 248 ff; *Koppensteiner*, Gesellschaftszweck, Treuebindung und Mitgliedschaft, GES 2017, 408 (410 ff); *Bachner*, Individuelle Abwehransprüche und einstweilige Verfügungen bei Missachtung der Holzmüller-Doktrin, in FS Nowotny (2015) 215; *Torggler*, JBl 2003, 747 (479 ff).

4260 Denkbar ist freilich auch eine Drittwirkung von Rechten im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern, auf die hier aber nicht weiter eingegangen wird.

4261 Über das Mitgliedschaftsrecht können nach *Lutter* ganze Lehrbücher verfasst werden, vgl *Lutter*, AcP 1980, 85 (85).

4262 S dazu etwa *Obergruber*, Der deliktische Schutz der Mitgliedschaft, Dissertation Universität Wien (im Erscheinen).

tretenen Ansätze der Einordnung dieser Klage thematisiert werden. Zuletzt gilt es, in einer für das österreichische Recht bislang noch nicht ausgeführten Perspektive, den mitgliedschaftlichen Abwehranspruch als negatorische Klage und somit Folge von dinglichen Rechtswirkungen darzustellen.

3.1.2.1. Problemaufriss

Das Mitgliedschaftsverhältnis kann als rechtliches Phänomen dahingehend erfasst werden, dass ein Einzelner Teil einer rechtlich geordneten Gruppe von Personen ist.⁴²⁶³ Bezugspunkt der Mitgliedschaft ist dabei der Verband;⁴²⁶⁴ es besteht sohin ein Rechtsverhältnis zwischen dem Mitglied und dem Verband, in dem auch der Verband als Rechtssubjekt angesehen wird.⁴²⁶⁵ Durch das Mitgliedschaftsverhältnis werden dem einzelnen Mitglied Rechte und Pflichten eingeräumt – gegenüber dem Verband gleichermaßen wie gegenüber anderen Mitgliedern.⁴²⁶⁶ Die aus dem Verbandsverhältnis begründeten Rechte variieren dabei in Abhängigkeit von den einzelnen Rechtsformen und der spezifischen Ausgestaltung erheblich; in einer funktionalen Betrachtungsweise kann aber stets zwischen mitgliedschaftlichen Teilhaberechten – wie das Recht zur Teilnahme an Versammlungen, das Stimmrecht und das Informationsrecht – und mitgliedschaftlichen Vermögensrechten – wie das Recht auf Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös – unterschieden werden, die durch Klagsrechte bewehrt sind.⁴²⁶⁷

In der Lit ist unstr, dass die mitgliedschaftsrechtliche Abwehrklage von der *actio pro socio* unterschieden werden muss.⁴²⁶⁸ Es handelt sich bei den Abwehransprüchen somit nicht um eine Geltendmachung von Verbandsrechten durch das Mitglied, sondern um die Durchsetzung der eigenen Befugnisse des einzelnen Mitglieds. Durch die Abwehrklage wird sohin nach *Baums* nicht der Anspruch der Gesellschaft auf Einhaltung der Verbandsordnung durchgesetzt; vielmehr geht es darum, Störungen der Rechte an der Gesellschaft abzuwehren.⁴²⁶⁹ Während nach den Worten von *Habersack* die *actio pro socio* somit die Verbandssphäre betrifft, muss der Abwehranspruch

4263 So grundlegend *Lutter*, AcP 1980, 85 (89).

4264 Der Begriff des Verbands umfasst dabei nicht nur Kapitalgesellschaften und Vereine, sondern auch Personengesellschaften, s dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 547 f.

4265 Dahingehend *Habersack*, Die Mitgliedschaft 155.

4266 Letztere wird auch als Treuepflicht bezeichnet, s dazu auch *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (408).

4267 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 557 f.

4268 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 645; für das österreichische Recht *Bachner* in FS Nowotny 219.

4269 *Baums*, Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insb der Klagemöglichkeiten von Aktionären? in GA DJT I (2000) 200.

als Klage aus der Sphäre des Mitglieds aufgefasst werden, mit der gegen Eingriffe in dessen Recht vorgegangen wird.⁴²⁷⁰

Schwierigkeiten bereitet freilich nur die Rechtsdurchsetzung bei einem Teil der Rechte, die einem Mitglied zukommen. Denn die aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechte sind unterschiedlich strukturiert, worauf *Zöllner*⁴²⁷¹ richtigerweise hinweist: So bestehen einerseits Rechte mit alleiniger Sachbefugnis des einzelnen Mitglieds, bei denen der individuelle Gesellschafter Träger eines Anspruchs gegen die Gesellschaft ist. Diese umfassen etwa Gewinnansprüche, Abfindungs- und Auseinandersetzungsansprüche; hier erfolgt die rechtliche Beurteilung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen und ist nicht weiter problematisch. Andererseits begründet das Mitgliedschaftsverhältnis auch Rechte, bei denen nicht einem Gesellschafter alleine, sondern allenfalls allen Mitgliedern gemeinsam die Sachbefugnis zukommt und ein einzelnes Mitglied somit keine positive Leistung vom Verband verlangen kann. Es handelt sich hier nach *Zöllner* nicht um inhaltlich fixierte Ansprüche, sondern primär um Rechte auf Tätigwerden bzw Unterlassen.⁴²⁷² Diese Differenzierung lässt sich normlogisch in den *hohfeld'schen Relationen* ausdrücken:⁴²⁷³ Während bei Ansprüchen mit alleiniger Sachbefugnis des einzelnen Mitglieds ein Recht/Pflicht-Verhältnis vorliegt – der konkreten Verhaltenspflicht der Gesellschaft entspricht das Recht eines Mitglieds – ist bei Ansprüchen ohne alleinige Sachbefugnis des einzelnen Mitglieds von einem Erlaubnisrecht auszugehen; der Erlaubnis des Gesellschafters entspricht das Nicht-Recht des Verbands, die Rechtsposition des Mitglieds durch ein Tun oder ein Unterlassen zu stören. Mit der Erlaubnis, bei gewissen Angelegenheiten ein Stimmrecht auszuüben, korrespondiert etwa das Nicht-Recht des Verbands, eine entsprechende Stimmabgabe zu verwehren. Diese Rechte sind somit normlogisch gleich strukturiert wie dingliche Rechte. Nur hinsichtlich der Durchsetzung von Mitgliedschaftsrechten ohne alleinige Sachbefugnis des einzelnen Gesellschafters, die strukturell dinglichen Rechten ähneln, eröffnet sich ein dogmatisches Problemfeld; es stellt sich somit die Frage, inwieweit diese Erlaubnisrechte gegen Eingriffe bewehrt sind.⁴²⁷⁴

Die *Holzmüller*-Konstellation ist ein paradigmatisches Beispiel für die Verletzung eines mitgliedschaftlichen Erlaubnisrechts. Obwohl bei der AG die Teilhaberechte im Vergleich zu anderen Gesellschaftsformen deutlich herabgesetzt sind, ist seither weitgehend unstr., dass bei besonders schwerwiegenden Änderungen im Verband ein Mitbestimmungsrecht der einzelnen

4270 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 14 ff; aaO 193 ff.

4271 *Zöllner*, Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1988, 392 (399 f).

4272 *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (400).

4273 *Hohfeld*, Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning, Yale L. J. 1913, 16 (33 ff).

4274 *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (400).

Aktionäre besteht. Dies zeigt sich besonders deutlich in § 146 Abs 1 AktG, wonach es für eine Satzungsänderung einer Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals bedarf. In dieses Recht wird eingegriffen, wenn der Vorstand – gedeckt von der Mehrheit – durch Änderung des Unternehmensgegenstands eine faktische Satzungsänderung herbeiführt, ohne einen Beschluss der Hauptversammlung einzuholen.⁴²⁷⁵ Die Position des BGH, dass jedem Mitglied ein Unterlassungsanspruch zukommt, wenn der Vorstand die Hauptversammlung und damit auch die einzelnen Aktionäre von der nach der Sachlage gebotenen Mitwirkung ausschließt, ist somit als Aussage zur Bewehrung des mitgliederschaftlichen Erlaubnisrechts zur Entscheidungsteilhabe aufzufassen.

Neben der – hier nicht im Fokus stehenden – im Einzelfall vorzunehmenden Auslegung, welche Erlaubnisrechte einem Gesellschafter aus der Mitgliedschaft zukommen und inwieweit diese gegen Störungen bewehrt sind, besteht bei mitgliederschaftsrechtlichen Abwehrklagen eine weitere Komplikation. Denn wie *Habersack* ausführlich hergeleitet hat, ist bei Mitgliedschaftsrechten wie bei dinglichen Rechten zwischen einer gegen den Verband gerichteten Innenwirkung und einer gegen Dritte gerichteten Außenwirkung zu unterscheiden,⁴²⁷⁶ wobei hier Organe allenfalls durch eine Außenwirkung des Mitgliedschaftsrechts erfasst sein können.⁴²⁷⁷ Die Frage, ob und inwieweit bei Eingriffen in das Mitgliedschaftsrecht auch gegen die Gesellschaftsorgane vorgegangen werden kann, hängt somit konzeptionell davon ab, inwiefern bei Mitgliedschaftsrechten auch Außenwirkungen anerkannt sind, was durch Auslegung der gesamten Rechtsordnung zu ermitteln ist. Wie *Zöllner* zu Recht ausführt, gehen mit der Ablehnung einer Außenwirkung von Mitgliedschaftsrechten aber erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsdurchsetzung einher: Verneint man diese, ergibt sich das Problem von sog Überkreuzprozessen, bei denen der Unterlassungsanspruch des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft jenem der Gesellschaft gegenüber dem handelnden Organ entspricht.⁴²⁷⁸ Hierbei müsste die Gesellschaft – vertreten durch das Organ⁴²⁷⁹ – im Prozess gegen den Gesellschafter einerseits geltend machen, dass das Handeln rechtens sei, im Prozess gegen das Organ aber genau das Gegenteil davon.⁴²⁸⁰ Verwehrt man dem Mitgliedschaftsrecht somit die Außenwirkung, wird die Rechtsposition

4275 Hier besteht keine effektive, gesetzlich vorgesehene Handhabe, solange der Vorstand von der Mehrheit gestützt wird, s dazu ausf und grundlegend *Keuk-Knobbe*, Das Klagerecht des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft wegen gesetz- und satzungswidriger Maßnahmen der Geschäftsführung, in FS Ballerstedt (1975) 239 (240 ff).

4276 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 178 ff. *Habersack* bezieht sich hierbei explizit auf *Oertmanns* Konzeption des dinglichen Rechts, s zu dieser bereits AT 3.1.2.5.

4277 Dies unabhängig davon, ob diese selbst Anteile an der Gesellschaft halten, s *Habersack*, Die Mitgliedschaft 201 ff.

4278 *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (433 ff).

4279 Vgl § 71 Abs 1 AktG; § 18 Abs 1 GmbHG.

4280 *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (433).

des Gesellschafters geschwächt;⁴²⁸¹ es ergeben sich aber darüber durchaus weitergehende, komplexe Problematiken bei der Rechtsdurchsetzung.

3.1.2.2. Meinungsstand

Im österreichischen Schrifttum bestehen zwei verschiedene Ansätze, den mitgliedschaftlichen Abwehranspruch dogmatisch zu fundieren. Zum einen wird dieser direkt aus Wertungen zum Verbandsverhältnis entwickelt, zum anderen wird dieser auf das Deliktsrecht gestützt. Hierbei gilt es aber zu beachten, dass sich die große Mehrzahl der Stellungnahmen hinsichtlich der Gesellschafterklage auf Kapitalgesellschaften und insb auf die Rechte des Aktionärs beziehen;⁴²⁸² eine umfassende, allgemein auf die Mitgliedschaft abstellende Stellungnahme fehlt in der österreichischen Lit noch weitgehend. Nicht näher ausgeführt wird – anders als in der deutschen Lit⁴²⁸³ – auch das Argument, dass mit der Mitgliedschaft subjektive Rechte einhergehen, die mit Abwehransprüchen bewehrt sind; hierauf wird in der Folge bei der Erarbeitung eines auf negatorischen Rechtswirkungen basierenden Ansatzes zurückzukommen sein.

3.1.2.2.1. Verbandsrechtlicher Ansatz

Der in Österreich wahrscheinlich herrschende Ansatz zur Einordnung von mitgliedschaftsrechtlichen Abwehrklagen verortet diese unmittelbar im Verbandsverhältnis.⁴²⁸⁴ Eine solche Herangehensweise lässt sich unmittelbar auf die Rsp des BGH zurückführen, der in der *Holzmüller-E* – wie gezeigt – ausdrücklich von einem verbandsrechtlichen Anspruch spricht,⁴²⁸⁵ was in der deutschen Rsp mittlerweile zum wohl herrschenden Begründungsansatz geworden ist.⁴²⁸⁶ Im Kern wird der Abwehranspruch dabei aus einer Rechtsfortbildung der verbandsrechtlichen Bestimmungen gewonnen; er rührt daher aus genuin gesellschaftsrechtlichen Überlegungen.

3.1.2.2.1.1. Herleitung des Abwehranspruchs

Ausgangspunkt für den verbandsrechtlichen Abwehranspruch ist die Feststellung einer Regelungslücke in den gesetzlichen Bestimmungen zur Verbands-

4281 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 195, vgl dazu das Ko-Referat von *v Gerkan* abgedruckt in *Zöllner*, ZGR 1988, 441 (442 ff).

4282 Ein gutes Beispiel hierfür ist ein Beitrag von *Rüffler*, der den Abwehranspruch generell als Aktionärsklage bezeichnet, s *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405.

4283 S dazu etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 549 ff; *Habersack*, Die Mitgliedschaft 190; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (405); *Lutter*, AcP 1980, 85 (102 ff).

4284 *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (409 ff); wohl auch *Koppensteiner*, Von actiones pro socio bei der GmbH, wbl 2018, 428 (428); *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (413 f); *Bachner* in FS Nowotny 219.

4285 BGH 25.2.1982, II ZR 174/80 – *Holzmüller*, Rz 41.

4286 S BGH 7.5.2019, II ZR 278/16 Rz 17; BGH 10.10.2005, II ZR 90/03 – *Mangusta/Commerzbank II*, Rz 24.

ordnung. *Keuk-Knobbe* führt etwa das Beispiel einer faktischen Satzungsänderung durch Änderung des Unternehmensgegenstands an, gegen die dem Minderheitsgesellschafter bei der AG und der GmbH kein effektives Rechtsmittel zur Verfügung stehe; die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften⁴²⁸⁷ für die Satzungsänderung könne hier nicht eingeklagt werden.⁴²⁸⁸ *Rüffler* identifiziert mit Blick auf den Schutz des Mitgliedschaftsrechts durch die Beschlussanfechtung⁴²⁸⁹ generell eine Regelungslücke: Wenn der Gesetzgeber dem Gesellschafter das Recht einräumt, gegen einen Beschluss mit rechtswidrigem Inhalt vorzugehen, muss in einem Größenschluss umso mehr ein Klagsrecht bestehen, wenn entsprechende Handlungen gesetzt werden, ohne einen Beschluss herbeizuführen.⁴²⁹⁰ Auch der BGH geht explizit von der Existenz einer Lücke im AktG aus, da der Gesetzgeber dem einzelnen Gesellschafter keine Möglichkeiten eingeräumt hat, sich gegen die Nichtigkeit eines rechtswidrigen Verwaltungsbeschlusses zur Ausnutzung von genehmigtem Kapital zu wehren;⁴²⁹¹ die Kontrolle durch den Aufsichtsrat alleine sei nicht hinreichend.⁴²⁹² Der mitgliedschaftliche Abwehranspruch dient demnach dazu, eine bestehende Rechtsschutzlücke zu schließen.⁴²⁹³

Aus diesem Ansatz folgt notwendigerweise, dass die verbandsrechtliche Abwehrklage nur dann Platz greifen kann, wenn das Gesetz dem Gesellschafter keine anderen Rechtsschutzmöglichkeiten einräumt.⁴²⁹⁴ Dies macht bei der AG und der GmbH aber eine Harmonisierung mit der Beschlussanfechtungsklage erforderlich. Hierbei geht die hL davon aus, dass die Anfechtungsklage die verbandsrechtliche Abwehrklage ausschließt.⁴²⁹⁵ Auch nach der Rsp des BGH steht eine gültige Mehrheitsentscheidung etwaigen verbandsrechtlichen Ansprüchen entgegen.⁴²⁹⁶ Freilich kann eine Anfechtungsklage nach der hA auch mit einer Abwehrklage verbunden werden, um ein Verbot der Ausführung zu erwirken.⁴²⁹⁷ Besonders ausführlich setzt sich

4287 Vgl § 146 AktG, § 50 GmbHG.

4288 *Keuk-Knobbe* in FS Ballerstedt 241 ff.

4289 Vgl §§ 195 ff AktG, § 41 GmbHG.

4290 *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (409), vgl dazu bereits *Rüffler*, Lücken 485 f; so auch *Adolff*, Zur Reichweite des verbandsrechtlichen Abwehranspruchs des Aktionärs gegen rechtswidriges Verwaltungshandeln, ZHR 2005, 310 (315).

4291 BGH 10.10.2005, II ZR 90/03 – *Mangusta/Comerzbank II*, Rz 24 f.

4292 BGH 10.10.2005, II ZR 90/03 – *Mangusta/Comerzbank II*, Rz 31.

4293 So auch *Rastegar*, Gesellschaftserklage 248 f.

4294 Dies erkennt auch der OGH an, wenn er für die Möglichkeit einer Aktionärsklage auf den hohen Organisationsgrad der AG verweist, s OGH 28.6.2023, 6 Ob 178/22b – 3-Banken, Rz 170.

4295 *Casper* in beck-online Großkommentar (2024) § 241 AktG Rz 24 ff; *Harrer*, Die Einflussnahme auf die Geschäftsführung, GES 2019, 182 (185); *Baums* in GA DJT I 197; *Habersack*, Die Mitgliedschaft 226 ff; *Lutter*, AcP 1980, 85 (128); wohl auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 646 ff.

4296 BGH 12.3.1990, II ZR 179/89 – *Schärenkreuzer*.

4297 *Baums* in GA DJT I 205; *Habersack*, Die Mitgliedschaft 233.

Habersack iZm der AG mit dieser Thematik auseinander: Er geht davon aus, dass ein zur Hauptversammlung erschienener Aktionär ebenso wenig Abwehransprüche geltend machen kann wie ein trotz ordnungsgemäßer Einberufung und Bekanntmachung nicht zur Versammlung erschienener Gesellschafter; auch würde auf Grund des Vorrangs der Beschlussanfechtungsklage dem Aktionär, dessen Stimmabgabe zu Unrecht nicht berücksichtigt wurde, keine verbandsrechtliche Abwehrklage zukommen.⁴²⁹⁸ Wenn ein anfechtbarer Beschluss mit Ablauf der Anfechtungsfrist Bestandskraft erlangt hat, könnten demnach keine verbandsrechtlichen Abwehransprüche mehr durchdringen; der Gesellschafter müsste dann den Eingriff in sein Mitgliedschaftsrecht dulden.⁴²⁹⁹ Anders sei dies freilich bei nichtigen Beschlüssen, mit denen keine Ausschlusswirkung für Abwehransprüche einhergeht.⁴³⁰⁰ Diese Ansicht ist überzeugend: Wenn der Gesetzgeber einem Gesellschafter die Möglichkeit gibt, bei einem in seine Rechte eingreifenden Beschluss eine Anfechtungsklage zu erheben, fehlt es an einer Lücke, die durch eine Gewährung einer eigenständigen Abwehrklage gefüllt werden müsste. Gegen diese Ansicht plädiert *Koppensteiner*, der gestützt auf schadenersatzrechtliche Erwägungen davon ausgeht, dass auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist gegen Beeinträchtigungen des Mitgliedschaftsrechts vorgegangen und damit im Weg der Naturalrestitution eine Aufhebung des nicht angefochtenen Beschlusses verlangt werden könne.⁴³⁰¹ Dem ist freilich nicht zu folgen, wenn man den Abwehranspruch als Folge einer Lückenfüllung auffasst. Denn bei Rechtsverletzungen durch einen Beschluss, der nicht in die Sphäre der Nichtigkeit reicht, sind die Wertungen des Gesetzgebers eindeutig: Nach Ablauf der Anfechtungsfrist überwiegt das Interesse der Gesellschaft an einem ruhigen Fortgang der Geschäfte gegenüber jenem des in seinen Rechten geschädigten Gesellschafters. Liegt ein bestandskräftiger Beschluss der Gesellschafterversammlung vor, fehlt es sohin generell an einer Regelungslücke, die den verbandsrechtlichen Abwehranspruch und sohin eine Aufhebung des Beschlusses rechtfertigen würde.

Sehr viel weniger Aufmerksamkeit wurde in der Diskussion der Frage geschenkt, wie die festgestellte Lücke im Rechtsschutz des Mitgliedschaftsrechts gefüllt werden kann. Es wird ganz herrschend davon ausgegangen, dass sich verbandsrechtliche Abwehransprüche in Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen manifestieren; während diese nach der deutschen Rechtslage mit einer analogen Anwendung von § 1004 BGB – also der *actio negatoria* – ver-

4298 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 231.

4299 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 236.

4300 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 252; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (421); zur Unterscheidung von anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen ausf. *Koppensteiner*, Beschlussmängel im Gesellschaftsrecht – Teil 1, wbl 2022, 1.

4301 *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (411 f).

ankert sind,⁴³⁰² wird dasselbe Ergebnis im österreichischen Schrifttum weitgehend unbegründet übernommen.⁴³⁰³ Es ist für das österreichische Recht somit völlig offen, welche gesetzlichen Wertungen als Grundlage für die Füllung der Regelungslücke herangezogen werden können, was insb auch hinsichtlich der Bestimmung der konkreten Rechtsfolgen hochproblematisch ist.⁴³⁰⁴ Die Gewährung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen bei Beeinträchtigungen von Mitgliedschaftsrechten ist dabei durchaus nicht alternativlos und liegt somit auch nicht in der „Natur der Sache“⁴³⁰⁵: So betont der BGH hier ausdrücklich die Bedeutung von Feststellungsklagen, die idZ auch nicht subsidiär zu Leistungsklagen sind.⁴³⁰⁶ Nach der Feststellung, dass durch eine Handlung in die Rechte eines Mitglieds eingegriffen wird, obliege es demnach der Gesellschaft, durch ihre Organe Abhilfe zu schaffen, widrigenfalls explizit vorgesehene verbandsrechtliche Maßnahmen – wie etwa die Versagung der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern oder die Geltendmachung von Ersatzansprüchen – ergriffen werden könnten.⁴³⁰⁷ Es ist für das österreichische Recht somit durchaus unklar, ob die Gewährung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen bei Beeinträchtigungen des Mitgliedschaftsrechts eine methodisch zulässige Rechtsfortbildung darstellt.

3.1.2.2.1.2. Schutzzumfang

In der Lit werden die Grenzen des verbandsrechtlichen Abwehranspruchs ganz unterschiedlich gezogen. Mittlerweile abgesichert ist dabei, dass dem Gesellschafter ein solcher Anspruch zukommt, wenn es zu Eingriffen in das Recht auf Entscheidungsteilhabe – also das Recht auf Mitbestimmung im Verband – kommt, die gleichermaßen mit einer Störung der Kompetenzordnung der Gesellschaft einhergehen.⁴³⁰⁸ Dies betrifft unmittelbar die *Holzmüller*-Konstellation: Wenn der Vorstand einer AG Maßnahmen, die der Zustimmung der Hauptversammlung bedurft hätten, ohne diese Zustimmung durchführt, kommt es zu einem Eingriff in die Kompetenz der Hauptversammlung und sohin auch in die Berechtigung jedes einzelnen Aktionärs, im Rahmen seines

4302 S nur *Casper* in beck-online Großkommentar § 241 AktG Rz 21 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 645; *Habersack*, Die Mitgliedschaft 345 ff; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (428 f).

4303 Vgl etwa *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (413 f); *Rastegar*, Gesellschafterklage 248 f; *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (411).

4304 So bestehen bei der Beseitigung etwa wesentliche Unterschiede zwischen einem negatorischen und einem deliktischen Ansatz, s dazu bereits AT 3.2.4.

4305 Zur „Natur der Sache“ als Grundlage einer Analogie, s *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 202.

4306 BGH 10.10.2005, II ZR 90/03 – *Mangusta/Comerzbank II*, Rz 34.

4307 BGH 10.10.2005, II ZR 90/03 – *Mangusta/Comerzbank II*, Rz 22.

4308 *Casper* in beck-online Großkommentar § 241 AktG Rz 28; *Torggler*, JBl 2003, 747 (754 f); ausf *Habersack*, Die Mitgliedschaft 297 ff; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (425 f).

Stimmrechts das Handeln der Gesellschaft mitzubestimmen.⁴³⁰⁹ Ebenso wird für die GmbH davon ausgegangen, dass dann, wenn der Geschäftsführer zu Lasten der Generalversammlung seinen Kompetenzbereich erweitert, jedem Gesellschafter ein Abwehranspruch zukommt.⁴³¹⁰ Eine ganz ähnliche Konstellation besteht auch bei der OG, bei der nach § 116 Abs 2 UGB eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme einen einstimmigen Beschluss aller Gesellschafter erfordert. Wenn eine solche Geschäftsführungsmaßnahme ohne einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss gesetzt wird, liegt analog der Wertung in *Holzmüller* ein Eingriff in das Recht auf Entscheidungsteilhabe der Mitgesellschafter vor. Dementsprechend wird auch hier – ohne dass dies explizit als mitgliedschaftsrechtliche Abwehrklage bezeichnet würde – davon ausgegangen, dass den anderen Gesellschaftern ein Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung der Maßnahme zukommt.⁴³¹¹ Der unumstrittene Kernbereich der verbandsrechtlichen Abwehrklage besteht somit im Schutz der Mitbestimmungsmöglichkeiten jedes einzelnen Verbandsmitglieds.

Eng damit in Zusammenhang steht der Schutz der ausgeübten Entscheidungsteilhabe. Dies entspricht jenen Konstellationen, über die der BGH in der Folge der *Holzmüller*-E abzusprechen hatte: Denn nach der *Siemens/Nold-E*⁴³¹² kann die Hauptversammlung den Vorstand im Rahmen des genehmigten Kapitals ermächtigen, das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschließen, wobei diese Maßnahme nur allgemein umschrieben und im Interesse der Gesellschaft ausgeübt werden muss. Wenn der Vorstand die Möglichkeit des Bezugsrechtsausschlusses ausnützt, obwohl diese allgemein beschriebenen Kriterien nicht erfüllt sind oder das Gesellschaftsinteresse nicht gegeben ist, kommt dem einzelnen Aktionär nach der *Mangusta/Comerzbank II-E*⁴³¹³ ein Abwehranspruch zu.⁴³¹⁴ Dieser Gedanke ist dabei durchaus verallgemeinerungsfähig: Es stellt eine Störung des Mitgliedschaftsrechts dar, wenn sich das Organ bei einer zustimmungspflichtigen Angelegenheit nicht an die Vorgaben der Gesellschafterversammlung hält; denn hier wird gleichermaßen in das Recht auf Entscheidungsteilhabe eingegriffen, wie wenn die Mitglieder um ihr Stimmrecht gebracht werden. Dem ist die von *Rüffler* thematisierte Konstellation

4309 *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (406); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 648 f; *Baums* in GA DJT I 209 ff; *Keuk-Knobbe* in FS Ballerstedt 243.

4310 *MwN Rastegar*, Gesellschafterklage 248 f.

4311 *Hagl Müller* in Artmann, UGB I³ § 116 Rz 13; *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB II § 116 Rz 48; zum deutschen Recht *Habersack*, Die Mitgliedschaft 308; diese Klage wohl unrichtig als *actio pro socio* qualifizierend *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH (1990) 53 f.

4312 BGH 23.6.1997, II ZR 132/93 NJW 1997, 2815.

4313 BGH 10.10.2005, II ZR 90/03 – *Mangusta/Comerzbank II*, Rz 19.

4314 Ausf dazu *Cahn*, Ansprüche und Klagemöglichkeiten der Aktionäre wegen Pflichtverletzungen der Verwaltung beim genehmigten Kapital, ZHR 2000, 113 (135 ff); zur Notwendigkeit der Erhebung der Klage ohne unangemessene Verzögerung BGH 7.5.2019, II ZR 278/16; BGH 10.7.2018, II ZR 120/16.

tion gleichzuhalten, dass eine Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen erfolgt, ohne dass ein Sachkapitalerhöhungsbeschluss eingeholt wird;⁴³¹⁵ ebenso kann es nach diesen Grundsätzen zu einem verbandsrechtlichen Abwehranspruch führen, wenn der Geschäftsführer einer GmbH gegen die Weisung der Generalversammlung handelt.⁴³¹⁶ Der verbandsrechtlich fundierte Abwehranspruch erfasst im Kern somit auch das Recht, dass die Verwaltung gemäß dem durch Gesellschafterbeschluss gebildeten Willen des Verbands handelt.

Nicht weiter problematisch ist idZ das mitgliedschaftliche Informationsrecht, das dem Recht auf Entscheidungsteilhabe vorgelagert unerlässlich ist, um eine verantwortliche Entscheidung und Kontrolle durch die Mitglieder zu ermöglichen.⁴³¹⁷ Das Informationsrecht unterscheidet sich vom Schutz der Entscheidungsteilhabe insoweit, als dass der einzelne Gesellschafter Träger eines Anspruchs gegen die Gesellschaft ist; das einzelne Mitglied kann somit ein konkretes Tun der Gesellschaft verlangen.⁴³¹⁸ Dies zeigt sich bei der AG in § 118 AktG, wonach dem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben ist, soweit diese zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunkts vonnöten ist. Gegen eine Verweigerung kann der Aktionär im außerstreitigen Verfahren gegen die Gesellschaft vorgehen.⁴³¹⁹ Bei der GmbH erkennt die Rsp dem Gesellschafter einen umfassenden Informationsanspruch gegen die Gesellschaft zu, der keiner näheren Begründung bedarf.⁴³²⁰ Davon abweichend wird bei der OG von der üA eine Informationspflicht des geschäftsführenden Gesellschafters allein gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den anderen Gesellschaftern gesehen, was aber nichts daran ändert, dass jeder Gesellschafter den Anspruch durch die *actio pro socio* durchsetzen kann.⁴³²¹ Mit dem verbandsrechtlichen Recht auf Informationserteilung korrespondiert somit eine entsprechende Pflicht der Gesellschaft, die ganz unstr auch gerichtlich durchgesetzt werden kann.⁴³²²

Über diesen auch von der Rsp abgesicherten Kernbereich hinaus wird in der L für einen weiten Anwendungsbereich der Abwehrklage plädiert. Die denkbar weiteste Konzeption vertritt dabei *Walter Paefgen*, der für ein umfassendes Recht des Aktionärs auf gesetz- und satzungsmäßige Betätigung

4315 *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (411).

4316 Für diese Konstellation wird jedoch nur ein geringer praktischer Bedarf bestehen, vgl *Harrer*, GES 2019, 182 (183 f).

4317 Ausf dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 624 ff.

4318 *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (399 f).

4319 OGH 12.1.2012, 6 Ob 155/11d.

4320 RIS-Justiz RS0060098, vgl OGH 20.9.2020, 6 Ob 11/20s; OGH 14.7.2005, 6 Ob 72/05i, vgl dazu mit ausführlicher Begründung bereits OGH 24.1.1911, Rv I, 978/10 GIUNF 5331.

4321 *Haglmüller* in Artmann, UGB I³ § 114 Rz 16; *Enzinger* in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2022) § 114 Rz 52; *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB II § 116 Rz 163 ff.

4322 Insofern besteht eine Nähe zu einem schuldrechtlichen Informationsanspruch, vgl dazu auch *Habersack*, Die Mitgliedschaft 341.

der Gesellschaft eintritt.⁴³²³ Dies folgert er daraus, dass die Verbandsmacht als privatautonome Delegation von Verfügungs- und Herrschaftsbefugnissen aufzufassen sei, die stets nur innerhalb der Grenzen des geltenden Rechts und der Satzung stattfinden könne – es sei aber nicht davon auszugehen, dass die Mitglieder das Recht zu einem gesetz- oder satzungswidrigen Handeln übertragen hätten.⁴³²⁴ Damit einher gehe ein durch jedes Mitglied durchsetzbares Recht auf organisationelle Legalität – also die Einhaltung des verbandsrechtlichen Organisationsstatus wie etwa die Zustimmungsrechte des Aufsichtsrats – aber auch ein Recht auf materielle Legalität, was die Bindung an sämtliche Gesetze bedeutet.⁴³²⁵ Das Modell der Universalkontrolle durch die mitgliedschaftsrechtliche Abwehrklage wird freilich weitgehend abgelehnt. Denn es wird insb bei der AG als gegen das verbandsrechtliche Ordnungsprinzip verstoßend wahrgenommen, wenn dem einzelnen Gesellschafter in der Form der Abwehrklage ein Ersatzaufsichtsrecht zukommen würde.⁴³²⁶

Dieser ablehnenden Haltung zu einer Universalkontrolle durch den Abwehrensanspruch kann auch aus der hier eingenommenen Perspektive zugestimmt werden: Es müsste der Nachweis geführt werden, dass die verbandsrechtlichen Regelungen hinsichtlich der Kontrolle der Organe lückenhaft sind. *Prima facie* ist im ausdifferenzierten und immer wieder novellierten Bereich des Gesellschaftsrechts wenig wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber hinsichtlich dieser Kontrollmöglichkeiten eine derart manifeste planwidrige Lücke bestehen ließe;⁴³²⁷ bei der von *Paefgen* thematisierten AG ergibt sich die Verantwortlichkeit des Vorstands darüber hinaus insb aus § 84 AktG – gem Abs 2 sind dabei die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft und nicht dem einzelnen Aktionär zum Ersatz verpflichtet. Hieraus ergibt sich der wohl verallgemeinerbare Befund, dass die allgemeine Verpflichtung zur gesetz- und satzungsmäßigen Verwaltung nur gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den Gesellschaftern besteht; mangels Lücke müssen individuelle Rechtsbehelfe des Mitglieds ausscheiden.⁴³²⁸ Hieraus ergibt sich der heute wohl weitgehend gefestigte Befund, dass die verbandsrechtliche Abwehrklage keine Universalkontrolle von gesellschaftlichem Handeln ermög-

4323 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG (2002) 312 ff.

4324 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen 316 f.

4325 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen 321 ff.

4326 *Adolff*, ZHR 2005, 310 (320 ff); *Baums* in GA DJT I 201; *Krieger*, Aktionärsklage zur Kontrolle von Vorstand und Aufsichtsrat, 1999, 343 (353 ff); *Lutter*, AcP 1980, 85 (142 ff); *Keuk-Knobbe* in FS Ballerstedt 253; dies wird auch vom BGH explizit abgelehnt, s BGH 25.2.1982, II ZR 174/80 – *Holz Müller*, Rz 43.

4327 Vielmehr hat der Gesetzgeber die früher zentrale Rolle der Hauptversammlung zurückgenommen, was auch von der Rsp anerkannt ist, vgl BGH 26.4.2004, II ZR 155/02 – *Gelatine*, Rz 39.

4328 Dahingehend auch *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (423).

licht und insb auch Verstöße gegen allgemeine, nicht das Verbandsverhältnis regelnde Bestimmungen nicht releviert werden können.

Ganz ähnlich liegen die Wertungen zur Frage, ob mit der Abwehrklage gegen ein sorgfaltswidrig agierendes Organ vorgegangen und so eine spezifische Geschäftsführungsmaßnahme verhindert oder herbeigeführt werden kann. Dies käme einem durchaus manifesten Eingriff in die Organisationsstruktur einer Gesellschaft gleich; *Habersack* spricht idZ davon, dass die ausdifferenzierte Binnenstruktur eines Verbands aus den Angeln gehoben werden könnte, da das Geschäftsführungsmonopol der Leitungsorgane dadurch in Frage gestellt wäre.⁴³²⁹ Mit diesem Argument wird ein Abwehranspruch des einzelnen Gesellschafters gegen sorgfaltswidrige Geschäftsführungsmaßnahmen ganz unstr abgelehnt.⁴³³⁰ Dem folgt auch der BGH in seiner *Gelatine-E*: Bei der AG kommen Recht und Pflicht zur eigenverantwortlichen, an objektiven Sorgfaltsmaßstäben orientierten Geschäftsführung allein dem Vorstand zu, wobei dieser vom Aufsichtsrat kontrolliert wird; die Mitwirkung der Hauptversammlung ist nur in gesetzlich explizit geregelten Fällen vorgesehen, weshalb auch keine Individualansprüche der einzelnen Mitglieder bestehen.⁴³³¹ Ebenso erkannte der OGH an, dass die Kontrolle des Vorstands dem Aufsichtsrat obliegt und keine Mitwirkung bzw Korrekturmöglichkeit durch (einzelne) Aktionäre besteht.⁴³³² Ein verbandsrechtlich begründeter Abwehranspruch wird somit nur dann anerkannt, wenn es zu einem unmittelbaren Eingriff in die Rechte eines Gesellschafters kommt, was bei sorgfaltswidrigem Organhandeln idR nicht der Fall ist.⁴³³³

Außerhalb dieser – auch durch die Rsp abgesicherten – Grenzen besteht ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit zum Schutzzumfang der mitgliedschaftsrechtlichen Abwehrklage.⁴³³⁴ Dies überrascht nicht, ist doch die für

4329 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 195 f.

4330 Zur AG *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (410); zur GmbH *Rastegar*, Gesellschafterklage 250; zur OG *Harrer*, GES 2019, 182 (182); allgemein: *Adolff*, ZHR 2005, 310 (326); *Keuk-Knobbe* in FS Ballerstedt 252; anderes kann allenfalls gelten, wenn im Gesellschaftsvertrag ein Sonderrecht bzw eine Pflicht eines Gesellschafters zur Geschäftsführung verankert wird; hier könnte ggf auf ein Tätigwerden geklagt werden, s *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (411).

4331 BGH 26.4.2004, II ZR 155/02 – *Gelatine*, Rz 39; dies kann durchaus als unmittelbare Kritik an der *Holz Müller-E* aufgefasst werden, in der auch von ungeschriebenen Kompetenzen der Hauptversammlung ausgegangen wurde.

4332 OGH 28.6.2023, 6 Ob 178/22b – 3-*Banken*, Rz 180.

4333 Schwierige Abgrenzungsfragen ergeben sich idZ bei der OG: Während gegen die Vornahme einer außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahme ohne Einholung eines (einstimmigen) Beschlusses die Möglichkeit einer Abwehrklage offensteht, ist dies bei schlicht sorgfalts- aber nicht kompetenzwidrigen Geschäftsführungsmaßnahmen nicht der Fall; hier kommen allenfalls Schadenersatzansprüche in Betracht, s dazu auch *Haglmüller* in Artmann, UGB I³ § 116 Rz 13.

4334 Für eine Einschränkung der Abwehrklage auf die Anmaßung von Kompetenzen plädiert etwa *Adolff*, ZHR 2005, 310 (319 ff).

einen verbandsrechtlichen Ansatz notwendige Feststellung einer Regelungslücke mit einem erheblichen Wertungsspielraum behaftet. Hier ist freilich nicht der Platz, zu den idZ abgegebenen Positionen im Einzelnen Stellung zu nehmen; es handelt um eine gesellschaftsrechtliche Grundlagendiskussion, die die hier entwickelte Position zur Drittwirkung von Rechten nur eingeschränkt tangiert. Von weitergehender dogmatischer Bedeutung ist aber die Frage, inwiefern die verbandsrechtliche Gleichbehandlungspflicht aller Mitglieder durch die Abwehrklage durchgesetzt werden kann. In Österreich hat sich hierfür insb *Rüffler* ausgesprochen, der auch aufzeigt, dass damit dem einzelnen Gesellschafter weitgehende Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verstößen gegen die Finanzverfassung zukommen.⁴³³⁵ Dem entspricht auch die Ansicht von *Zöllner*, der davon ausgeht, dass bei Verstößen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der benachteiligte Gesellschafter auf Unterlassungsklagen kann, sofern keine Beschlussanfechtung in Betracht kommt;⁴³³⁶ zum iW selben Ergebnis kommt auch *Lutter*.⁴³³⁷ Gegen die Ausdehnung von mitgliedschaftlichen Abwehrklagen über die Verletzung der Kompetenzordnung hinaus spricht sich aber *Adolff* aus: Das einzelne Mitglied einer AG könne sich nur dagegen wehren, wenn die Informations- und Interventionsmöglichkeiten eingeschränkt werden; darüber hinaus bestehe ein interventionsfreier Raum der Organe.⁴³³⁸ Anders gewendet: Die Einschränkung der Klagsmöglichkeiten des Mitglieds entspreche dem Regelungsplan des Gesetzgebers, weshalb hier eine Rechtsfortbildung ausscheiden müsse. Auch *Habersack* geht davon aus, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht zu einer Abwehrklage führen könne, da allein ein Schutz auf kollektiver Ebene besteht.⁴³³⁹ Innerhalb eines verbandsrechtlichen Ansatzes zur Begründung von mitgliedschaftlichen Abwehransprüchen ist sohin noch nicht abschließend geklärt, inwiefern ein Gesellschafter auch Eingriffe in andere als seine Rechte zur Entscheidungsteilhabe abwehren kann.

3.1.2.2.1.3. Passivlegitimation

Bei einer verbandsrechtlichen Begründung des Abwehranspruchs besteht hinsichtlich der Frage, wer Adressat der Klage ist, weitgehend Einigkeit: Die Klage muss sich gegen die Gesellschaft richten, der das Handeln ihrer Organe zuzurechnen ist.⁴³⁴⁰ Ein unmittelbarer Anspruch gegen die Gesellschaftsorgane be-

4335 *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (410 ff).

4336 *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (427), vgl aaO auch 405 f.

4337 *Lutter*, AcP 1980, 85 (127 f).

4338 *Adolff*, ZHR 2005, 310 (324 ff).

4339 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 282 f.

4340 *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (407); *Rastegar*, Gesellschafterklage 138; *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (414); *Bachner* in FS Nowotny 219; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (432); *Keuk-Knobbe* in FS Ballerstedt 245.

steht nach der üA aber nicht.⁴³⁴¹ Dies lässt den Schluss zu, dass nach einem verbandsrechtlichen Ansatz die Grundlage des Abwehranspruchs im Mitgliedschaftsverhältnis gesehen wird, das Gesellschafter und Gesellschaft, nicht aber die Gesellschaftsorgane umfasst. Es besteht somit kein gegenüber jedermann bestehender Schutz des Mitgliedschaftsrechts gegen Störungen, sondern nur ein relativer Schutz des Gesellschafters im Verhältnis zur Gesellschaft. Ein Gesellschaftsorgan, das bspw eine zustimmungspflichtige Geschäftsführungsmaßnahme eigenmächtig durchführt, kann somit nicht belangt werden, obwohl es als unmittelbarer Störer anzusehen wäre. Nach einem verbandsrechtlichen Ansatz beschränkt sich der Schutz des Mitgliedschaftsrechts somit auf eine bloße Innenwirkung; eine absolute Wirkung besteht nicht.

3.1.2.2.2. Deliktsrechtlicher Ansatz

Ein zweiter Ansatz zur Begründung der mitgliedschaftsrechtlichen Abwehrklage kann darin erblickt werden, dass der Eingriff in ein Mitgliedschaftsrecht schadenersatzpflichtig macht. Nach dem Prinzip der Naturalrestitution ist der Geschädigte dabei bekanntlich so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde, was eine Zurückversetzung in den vorigen Stand, aber auch einen Wertersatz beinhaltet. Auf Grund des Vorrangs der Verhinderung von Rechtsverletzungen vor deren Beseitigung wird idZ auch die Zuerkennung von Unterlassungsansprüchen für geboten erachtet.⁴³⁴² Der Schutz der Mitgliedschaft ergibt sich nach diesem Ansatz somit aus allgemein-zivilrechtlichen Wertungen.

In der deutschen Lit ist weitgehend anerkannt, dass die Mitgliedschaft als sonstiges absolut geschütztes Recht iSd § 823 Abs 1 BGB zu qualifizieren ist, weshalb ein Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht zu Schadenersatzansprüchen führen soll.⁴³⁴³ Auch der BGH hat in seiner *Schärenkreuzer*-E explizit anerkannt, dass ein Mitglied eines Vereins bei Verletzung seiner Rechte mit Schadenersatzansprüchen vorgehen kann.⁴³⁴⁴ In Österreich wird die deliktische Ausprägung des Schutzes des Mitgliedschaftsrechts aber nur äußerst spärlich diskutiert.⁴³⁴⁵ Umso erstaunlicher ist dabei, dass der OGH hinsichtlich der Beeinträchtigung des Informationsrechts des GmbH-Gesell-

4341 Explizit *Bachner* in FS Nowotny 219; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (414 f), vgl krit dazu das Ko-Referat zu *Zöllner* von *v Gerkan*, s dazu aaO 442 f; wohl aA *Koppensteiner*, Gesellschaftsklagen und Gleichbehandlungsgrundsatz im Kapitalgesellschaftsrecht, ÖJZ 2023, 824 (829).

4342 *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1294 Rz 72 ff.

4343 *Casper* in beck-online Großkommentar § 241 AktG Rz 21 f; *Baums* in GA DJT I 226 f; monographisch dazu *Habersack*, Die Mitgliedschaft 117 ff; krit *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (429 f); zum zivilrechtlichen Schrifttum vgl statt aller und mwN *Wagner* in MüKoBGB⁹ § 823 Rz 398 ff.

4344 BGH 12.3.1990, II ZR 179/89 – *Schärenkreuzer* NJW 1990, 2877.

4345 Hervorzuheben ist hier aber die grundlegende Untersuchung bei *Torggler*, JBl 2003, 747.

schafters *obiter* durchaus anerkennt, dass ein deliktischer Anspruch entstehen kann.⁴³⁴⁶ Es ist somit davon auszugehen, dass zum deliktischen Schutz von Mitgliedschaftsrechten im österreichischen System des Schadenersatzes weitere Impulse von Rsp und L folgen werden.

Mit Blick auf das verfolgte Forschungsinteresse ist hier freilich nicht der Platz, den deliktischen Schutz des Mitgliedschaftsrechts in Österreich fortzuentwickeln. Vielmehr soll in der notwendigen Kürze der derzeitige Meinungsstand dargestellt werden, um ein umfassendes Bild der Bewehrung von Mitgliedschaftsrechten vor Eingriffen zu ermöglichen.

3.1.2.2.2.1. Herleitung des Abwehranspruchs

Zentrale Grundlage für den Schadenersatzanspruch ist § 1295 Abs 1 ABGB, der sich als Generalklausel anders als § 823 Abs 1 BGB nicht auf Verhaltenspflichten in Bezug auf den Schutz absoluter Rechte beschränkt.⁴³⁴⁷ Die für die Haftung notwendige Feststellung der Rechtswidrigkeit ist vielmehr durch Auslegung der gesamten Rechtsordnung zu ermitteln; hierbei müssen zuerst die Interessen identifiziert werden, die nach den Wertungen des Gesetzgebers gegen Verletzungen geschützt sind.⁴³⁴⁸ Nachgelagert ist nach der Verhaltensunrechtslehre die Frage, ob ein konkretes Handeln als sorgfaltswidrig anzusehen ist.⁴³⁴⁹ Voraussetzung für einen deliktisch begründeten Anspruch des Gesellschafters ist im österreichischen Schadenersatzrecht somit, dass die durch das Mitgliedschaftsverhältnis vermittelte Rechtsposition als geschütztes Rechtsgut anerkannt wird.

Für das deutsche Schadenersatzrecht hat *Habersack* ausführlich hergeleitet, dass das Mitgliedschaftsrecht als subjektives Recht und absolutes geschütztes Rechtsgut deliktisch gegen Eingriffe geschützt ist. Hierbei rückt er die Mitgliedschaft in die Nähe des Herrschaftsrechts: Es wird eine Teilhabe am Verband vermittelt, die sich durch die Beteiligung an Verwaltung und Organisation, aber auch an den Vermögensvorteilen äußert; insoweit vermittelt das Mitgliedschaftsrecht ein beschränktes Herrschaftsrecht am Verband.⁴³⁵⁰ Ebenso wie der Eingriff in ein beschränktes dingliches Recht könne daher gegen die Verletzung von Mitgliedschaftsrechten deliktisch vorgegangen werden.⁴³⁵¹ Diese Überlegungen können *prima facie* auch für das idZ wohl flexiblere österreichische Schadenersatzregime fruchtbar gemacht werden: Wenn durch Rechtsordnung oder privatautonom gestaltete Satzung dem einzelnen Mitglied Befugnisse eingeräumt werden, kann deliktsrecht-

4346 OGH 15.3.2021, 6 Ob 248/20v Rz 15.

4347 S statt aller *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1294 Rz 6.

4348 Grundlegend *Koziol*, öHPR II³ 9 f.

4349 S dazu ausf *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1294 Rz 10 ff.

4350 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 142 ff.

4351 Zu den Gemeinsamkeiten von Mitgliedschaftsrechten und beschränkten dinglichen Rechten ausf *Habersack*, Die Mitgliedschaft 70 ff.

lich wohl ohne Weiteres von der Anerkennung von geschützten Interessen ausgegangen werden. Dies findet auch im österreichischen Schrifttum Zustimmung: Da die Rechtsordnung einem einzelnen Rechtssubjekt Befugnisse iZm einem Verband zuordnet, könnten diese nach *Torggler* als geschützte Interessen aufgefasst werden, deren Verletzung ggf zu Schadenersatzansprüchen führt.⁴³⁵² *Koppensteiner* knüpft unmittelbar an Erwägungen zum deutschen Schadenersatzrecht an und schließt daraus, dass dem Mitglied Herrschaftsrechte zugewiesen sind, denen deliktischer Schutz gegen Beeinträchtigungen zukommt.⁴³⁵³ Für das österreichische Recht wird somit gleich wie für das deutsche davon ausgegangen, dass ein Eingriff in Mitgliedschaftsrechte dem Grunde nach schadenersatzpflichtig macht.

3.1.2.2.2. Schutzzumfang

Es ist völlig unstr, dass es der deliktsrechtlich begründete Abwehranspruch nicht erlaubt, gegen jede erdenkliche, den Wert des Mitgliedschaftsrechts herabsetzende Handlung vorzugehen.⁴³⁵⁴ Hier stellt sich das Problem einer potenziellen Doppelung der Schadensposition, da bei einer Schädigung der Gesellschaft der Schaden des Gesellschafters nur einen Anteil des Schadens der Gesellschaft ausmacht. Der Schaden des Mitglieds ist sohin als Reflexschaden zu qualifizieren, dessen Ersatz regelmäßig am fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang scheitern muss.⁴³⁵⁵ *Habersack* unterscheidet idZ überzeugend zwischen der Schädigung des Verbands und der Schädigung der Mitgliedschaft; diese sei notwendig, da der Verband nicht Objekt, sondern Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten ist.⁴³⁵⁶ Bei einer Schädigung des Verbands, die zu dessen Wertherabsetzung führt, kämen Ersatzansprüche somit ausschließlich für diesen selbst in Betracht; die Schädigung des Verbands sei sohin nicht als Verletzung des Mitgliedschaftsrechts anzusehen.⁴³⁵⁷ Ein deliktsrechtlich begründeter Abwehr- und Ersatzanspruch des Gesellschafters besteht somit ausschließlich soweit ein Eingriff das Mitgliedschaftsrecht und nicht den Verband betrifft.

Vor diesem Hintergrund gilt es sohin zu klären, durch welche Handlungen in ein Mitgliedschaftsrecht eingegriffen wird. Hierbei ist weitgehend unstr, dass der Umfang des Mitgliedschaftsrechts vom Verbandsverhältnis konstituiert wird; es erfordert sohin eine Auslegung im Einzelfall unter Einbeziehung des Gesellschaftsvertrags, welche Rechte dem Mitglied zugeordnet werden

4352 *Torggler*, JBl 2003, 747 (749 f).

4353 *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (414).

4354 Vgl dazu statt aller *Baums* in GA DJT I 223 ff.

4355 Ausf dazu *Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10 (13), s auch *Torggler*, JBl 2003, 747 (750 ff).

4356 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 155.

4357 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 156.

und sohin potenziell auch vor Eingriffen geschützt sind.⁴³⁵⁸ In der deutschen Lit behilft man sich zur näheren Konturierung des deliktischen Schutzbereichs der Mitgliedschaft mit der Brücke, dass das Mitgliedschaftsrecht als subjektives Recht qualifiziert wird, das gegen Entziehung geschützt ist.⁴³⁵⁹ Dementsprechend sei ein Mitglied (nur) dann zum Schadenersatz berechtigt, wenn in die Mitgliedschaft als solche oder aber auch in einzelne Befugnisse des Mitgliedschaftsverhältnisses eingegriffen wird.⁴³⁶⁰

Dieser Ansatz ist auch für das österreichische Schadenersatzrecht überzeugend: Wenn mit *Koziol* bei Forderungen die Rechtszuständigkeit gegen die Eingriffe Dritter schadenersatzrechtlich geschützt ist,⁴³⁶¹ wird dies wohl auch bei Mitgliedschaftsrechten unproblematisch zu bejahen sein. Der deliktische Schutzbereich des Mitgliedschaftsrechts erfasst somit jedenfalls die Zuordnung zu einem bestimmten Rechtssubjekt,⁴³⁶² diese ist auch verletzt, wenn das Mitglied seine Befugnisse nicht mehr vollumfänglich ausüben kann und diese sohin verkürzt werden.⁴³⁶³ Ebenso wie die Beeinträchtigung des Rechts des Forderungsgläubigers auf obligationsgemäße Willensrichtung des Schuldners⁴³⁶⁴ führt auch der Eingriff in mitgliedschaftsrechtliche Teilhabe- und Vermögensrechte zu Ersatzpflichten. Eine Rechtswidrigkeit kann hier freilich auch bei einem Unterlassen bestehen – etwa bei einer verweigerten Informationserteilung, bei der das Auskunftsrecht des Gesellschafters beeinträchtigt wird.⁴³⁶⁵ Die Auslegung, welche Rechte dem einzelnen Gesellschafter zugeordnet und somit gegen Eingriffe deliktisch bewehrt sind, muss an Hand des Verbandsverhältnisses erfolgen, wobei idZ eingewendet werden kann, dass das Gesellschaftsrecht den Gehalt und die Grenzen der Rechte des Gesellschafters abschließend regle.⁴³⁶⁶ Hier besteht im Kern ein Gleichklang mit einem verbandsrechtlich begründeten Ansatz der Abwehrklage, da ermittelt werden muss, inwiefern die Regelungen des Verbandsrechts hinsichtlich der Rechtsschutzmöglichkeiten lückenhaft sind und somit dem einzelnen Gesellschafter gesetzlich nicht explizit geregelte Klagsmöglichkeiten zukommen können. Im Resultat folgt aus diesen Erwägungen, dass ein deliktsrechtlicher

4358 *Torggler*, JBl 2003, 747 (748); *Habersack*, Die Mitgliedschaft 196; dies ist im Einklang mit dem Befund, dass der Schutzzinhalt bei Rechten privatautonom festgelegt werden kann, vgl dazu *Walz*, KritV 1986, 131 (151).

4359 Mit Nachweisen zur Rsp des Reichsgerichts *Habersack*, Die Mitgliedschaft 153 ff.

4360 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 161 f.

4361 Ausf dazu *Koziol*, Beeinträchtigung 140 ff, vgl auch *Koziol*, öHPR II³ 120 ff.

4362 *Koziol*, Beeinträchtigung 141.

4363 *Torggler*, JBl 2003, 747 (749).

4364 Ausf dazu *Koziol*, öHPR II³ 125 ff; *Koziol*, Beeinträchtigung 152 ff.

4365 *Torggler*, JBl 2003, 747 (755).

4366 *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (414); nach *Zöllner* ist dies ein „methodisches Uralt-Dilemma“, vgl *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (407).

Schutz des Mitgliedschaftsrechts nur soweit besteht, als dass auch ein verbandsrechtlicher Abwehranspruch begründet werden kann.⁴³⁶⁷

Der deliktisch begründete Abwehranspruch findet jedoch im Vergleich zu einer verbandsrechtlichen Begründung eine Einschränkung durch die allgemeinen Wertungen des Schadenersatzrechts. So ist bei Eingriffen in die Rechtszuständigkeit völlig unstr., dass eine Ersatzpflicht von der Offenkundigkeit des Rechts abhängt; anders als bei dinglichen Rechtswirkungen ist hier – wie *Koziol* überzeugend darlegt – aber auch die tatsächliche Kenntnis des Schädigers ausreichend.⁴³⁶⁸ Zu unterscheiden gilt es dabei wohl die Offenkundigkeit des Rechts und die Offenkundigkeit des Berechtigten; in beiderlei Hinsicht ist die Publizität der Rechtsposition des Mitglieds im Vergleich zum Forderungsrecht eine höhere: Sofern es sich nicht um Sonderrechte handelt, werden die mitglied-schaftlichen Befugnisse allen Gesellschaftern im selben Umfang zugeordnet. Durch die Aufnahme des Gesellschaftsvertrags in die Urkundensammlung des Firmenbuchs besteht darüber hinaus eine allgemeine Publizität der Ausgestaltung der Mitgliedschaftsrechte.⁴³⁶⁹ Problematisch könnte aber – trotz der gebotenen Firmenbucheintragung – die Offenkundigkeit der Gesellschafterstellung sein; da für einen Dritten nicht immer kundbar ist, wem diese zukommt.⁴³⁷⁰ Diese Einschränkung der Haftung betrifft aber nach zustimmungswürdiger Ansicht des OGH nicht die Geschäftsführungsorgane, die „*als intranei ohnedies mit der verbandsinternen Pflichten- und Rechtelage vertraut seien und damit vom Zuweisungsgehalt der Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter hinreichend Kenntnis haben müssen*“⁴³⁷¹. Darüber hinaus muss nach allgemeinen Grundsätzen ein Verschulden des Schädigers nachgewiesen werden, wobei es hier auf Grundlage von § 337 ABGB zu einer Zurechnung der Organe zur Gesellschaft kommen kann.⁴³⁷² Die Beschränkungen des deliktisch begründeten Abwehranspruchs sind somit ein wesentlicher Bestandteil dafür, eine uferlose Ausweitung dieses Rechtsbehelfs hintanzuhalten.

3.1.2.2.2.3. Passivlegitimation

Bei einem aus dem Deliktsrecht konstruierten Abwehranspruch des Gesellschafters ist nicht weiter str., dass sich dieser va gegen Dritte richtet.⁴³⁷³ Dies betrifft insb Mitglieder der Geschäftsführungsorgane, die schon auf Grund

4367 So auch *Casper* in beck-online Großkommentar § 241 AktG Rz 23.

4368 *Koziol*, öHPR II³ 127 ff; *Koziol*, Beeinträchtigung 178 ff.

4369 *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB I § 12 FBG Rz 2.

4370 *Torggler*, JBl 2003, 747 (750). Damit geht freilich auch eine wichtige Haftungsbe-grenzung einher: Ansonsten wäre es denkbar, dass derjenige, der schuldhaft einen Verkehrsstau verursacht, durch den ein Gesellschafter an der Teilnahme an der Gesellschafterversammlung gehindert wird, haften muss.

4371 OGH 15.3.2021, 6 Ob 248/20v Rz 15.

4372 S statt aller *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 337 Rz 1.

4373 *Casper* in beck-online Großkommentar § 241 AktG Rz 31; ausf dazu *Habersack*, Die Mitgliedschaft 202 ff; *Lutter*, AcP 1980, 85 (142).

ihrer Organstellung verpflichtet sind, die Rechte der Verbandsmitglieder zu achten.⁴³⁷⁴ Ebenso wird bei Verletzungen der Treuepflicht ein deliktischer Anspruch gegen die Mitgesellschafter bejaht.⁴³⁷⁵ Sehr str und bislang noch ungeklärt ist aber, ob ein deliktisch begründeter Abwehranspruch bei Eingriffen in das Mitgliedschaftsrecht bloß komplementär zu einem verbandsrechtlichen in Betracht kommt und somit ein deliktisches Vorgehen des Geschädigten gegen die Gesellschaft ausscheiden muss oder ob beide Abwehrlagen unabhängig voneinander bestehen.⁴³⁷⁶ Dagegen spricht, dass dies zu einer „Vergesellschaftung“ eines Privatschadens, der potenziell alle Aktionäre gleichermaßen betrifft, führen würde, was die Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens in Frage stellt.⁴³⁷⁷ Zumindest in Zusammenschau mit einem verbandsrechtlich begründeten Abwehranspruch wird die Möglichkeit des einzelnen Gesellschafters, gegen Beeinträchtigungen seines Mitgliedschaftsrechts vorzugehen, aber jedenfalls weit gefasst.

3.1.2.2.3. *Synthese*

Es hat sich gezeigt, dass für das österreichische Recht ganz herrschend davon ausgegangen wird, dass dem einzelnen Gesellschafter Abwehransprüche gegen Eingriffe in sein Mitgliedschaftsrecht zustehen. Diese werden gleichermaßen auf verbandsrechtliche Erwägungen wie auch auf Überlegungen zum Schadenersatz gestützt, wobei diesen wohl dieselbe sachliche Reichweite zukommt. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen Ansätzen besteht zur Frage, gegen wen vorgegangen werden kann: Während der verbandsrechtlich begründete Abwehranspruch nach der hL ausschließlich gegenüber dem Verband geltend gemacht werden kann und das Mitgliedschaftsrecht somit auf eine Innenwirkung beschränkt ist, besteht deliktsrechtlich nach üA die Möglichkeit, gegen Eingriffe Dritter – wozu auch die Gesellschaftsorgane zu zählen sind – vorzugehen, wobei zT davon ausgegangen wird, dass hier ausschließlich ein Schutz der Außenwirkung des Mitgliedschaftsverhältnisses besteht. Es liegt somit ein Nebeneinander dieser Ansätze vor, die jeweils unterschiedliche Konstellationen erfassen.

3.1.2.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB

In der österreichischen Diskussion zum mitgliedschaftlichen Abwehrrecht wird – ganz im Gegensatz zur deutschen – ein Aspekt völlig vernachlässigt:

4374 *Torggler*, JBl 2003, 747 (754 f); OGH 15.3.2021, 6 Ob 248/20v Rz 15; tendenziell aA *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (414 f).

4375 *Torggler*, JBl 2003, 747 (756 f).

4376 Für die Möglichkeit eines deliktisch begründeten Abwehranspruchs gegen die Gesellschaft eintretend *Habersack*, Die Mitgliedschaft 202 ff; mwN *Casper* in beckenonline. Großkommentar § 241 AktG Rz 23; wohl auch *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (413 f); dagegen mwN *Wagner* in MüKoBGB⁹ § 823 Rz 400; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (429 f); *Lutter*, AcP 1980, 85 (141 f); vermittelnd *Torggler*, JBl 2003, 747 (757).

4377 Ausf dazu *Baums* in GA DJT I 223 ff.

der dingliche Schutz der Mitgliedschaft. Denn in Deutschland ist nicht weiter str., dass dem Mitglied bei Eingriffen in seine Befugnisse in Analogie zu § 1004 BGB ein negatorischer Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung zusteht,⁴³⁷⁸ was auch vom BGH anerkannt ist.⁴³⁷⁹ In Österreich wurde aber – soweit ersichtlich – noch nie thematisiert, inwiefern sich der mitgliedschaftliche Abwehranspruch aus den dinglichen Wirkungen des Mitgliedschaftsrechts begründen lässt. Dies vermag durchaus zu überraschen, ist doch für die österreichische Rechtsordnung durch den weiten Sachbegriff, der zweifellos auch Mitgliedschaftsrechte umfasst,⁴³⁸⁰ eine Herleitung eines negatorischen Anspruchs idZ deutlich naheliegender als für die deutsche. Es handelt sich im österreichischen Recht somit nicht um eine Frage der Rechtsfortbildung durch Analogie, sondern vielmehr um eine reine Auslegung der Wertungen des allgemeinen Zivilrechts, die auf das Regelungskonzept des Gesetzgebers aus 1811 zurückgehen. IdS bedeutet dies, dass es für einen negatorisch begründeten mitgliedschaftlichen Abwehranspruch nicht zur Ausfüllung von Regelungslücken im Verbandsrecht kommen muss; vielmehr ist allein zu prüfen, ob die Anwendung von sachenrechtlichen Wertungen zur Störungsabwehr im Verbandsrecht zu sachwidrigen Ergebnissen führt, was eine teleologische Reduktion notwendig machen würde.

3.1.2.3.1. Herleitung des Abwehranspruchs

Dass der mitgliedschaftliche Abwehranspruch als Ausfluss von dinglichen Wirkungen aufgefasst werden kann, wird in jüngerer Zeit indes von *Karsten Schmidt* vertreten. Dieser bezeichnet den in der *Holzmüller-E* vom BGH anerkannten Anspruch des Aktionärs gegen die unterlassene Befassung der Hauptversammlung als *mitgliedschaftliche actio negatoria*.⁴³⁸¹ Diese sei darauf zurückzuführen, dass die Mitgliedschaft als absolutes Recht zu qualifizieren sei;⁴³⁸² wird dieses verletzt, könne auf Unterlassung und Beseitigung geklagt werden. Daraus folge auch, dass kein Abwehranspruch bei Maßnahmen bestehen könne, wenn dem Mitglied kein entsprechendes Recht zukommt; da der einzelne Gesellschafter im Verhältnis zu den Gesellschaftsorganen keinen Anspruch auf rechtmäßiges Verhalten hat, müsse hier ein Abwehranspruch ausscheiden.⁴³⁸³ Auch in der österreichischen Lit wird von *Koppensteiner* von einem dinglichen Charakter des Mitgliedschaftsrechts

4378 *Casper* in beck-online Großkommentar § 241 AktG Rz 19 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 645; *Baums* in GA DJT I 198 ff; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (428 ff), ausf *Habersack*, Die Mitgliedschaft 345 ff.

4379 BGH 12.3.1990, II ZR 179/89 – *Schärenkreuzer* NJW 1990, 2877.

4380 So auch *Torggler*, JBl 2003, 747 (749).

4381 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 648.

4382 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 645; ebenso *Torggler*, JBl 2003, 747 (749).

4383 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 649 f; ausf auch *K. Schmidt*, Die Beschlufanfechtung bei Vereinen und Personengesellschaften, in FS Stimpel (1985) 217 (221 f).

ausgegangen.⁴³⁸⁴ Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum ist somit – ohne dass eine nähere Auseinandersetzung mit den Wertungen des Sachenrechts erfolgen würde – durchaus anerkannt, dass mit dem Mitgliedschaftsrecht dingliche Rechtswirkungen einhergehen, auf die die Störungsabwehr des einzelnen Gesellschafters zurückzuführen ist.

Diese Position ist für die Frage, ob die Anwendung von sachenrechtlichen Regelungen auf Mitgliedschaftsrechte zu wertungswidrigen Ergebnissen führt, von großer Bedeutung. Wenn nämlich davon ausgegangen werden kann, dass im deutschen Regelungssystem das Mitgliedschaftsrecht hinreichend ähnlich zu einem dinglichen Recht ist, um eine analoge Anwendung der *actio negatoria* zu rechtfertigen, ist für das österreichische Recht, das insb beim Gesellschaftsrecht besonders starke Einflüsse durch das deutsche Recht erfahren hat,⁴³⁸⁵ die Gegenthese, dass die Anwendung der sachenrechtlichen Störungsabwehr zu wertungswidrigen Ergebnissen führt, wohl nicht sehr plausibel; einer solchen Position würde jedenfalls die wissenschaftliche Darlegungslast obliegen. Nichtsdestoweniger soll hier näher auf die Begründung der negatorischen Wirkungen des Mitgliedschaftsverhältnisses eingegangen werden. Dies betrifft dabei einerseits die Beschlussanfechtungsklage, die in Österreich (nur) für die GmbH und für die AG explizit geregelt ist.⁴³⁸⁶ Andererseits wurde in der älteren Rsp auch unmittelbar von einem negatorischen Schutz des Mitgliedschaftsrechts ausgegangen.

3.1.2.3.1.1. Beschlussanfechtung als negatorische Klage

Karsten Schmidt stützt seinen Befund, dass dem einzelnen Mitglied eine *actio negatoria* gegen Störungen seiner Befugnisse zukomme, iW auf seine Ergebnisse zur Untersuchung von Beschlussanfechtungsklagen. Hierbei weist er darauf hin, dass die gesonderte Beschlussanfechtungsklage erst 1884 vom deutschen Aktiengesetzgeber eingeführt wurde; das ADHGB regelte die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen ursprünglich nicht.⁴³⁸⁷ Bemerkenswert ist dabei, dass der historische Gesetzgeber die Möglichkeit der Mitgliederklage gegen rechtswidrige Mehrheitsbeschlüsse in der Rechtspraxis vorfand,⁴³⁸⁸ was sich illustrativ in den Mat zeigt: „*Eine Befugnis des einzelnen Aktionärs, gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse der Generalversammlung als ungültig anzufechten, muss schon jetzt als bestehendes Recht angesehen*

4384 *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (413).

4385 Diese geht bereits bis das AHGB 1861 zurück, s dazu ausf *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 86 ff.

4386 Im Unterschied zu Österreich besteht nach dem dGmbHG keine explizit geregelte Beschlussanfechtung; diese wurde aber im Weg der Rechtsfortbildung entwickelt, vgl dazu *K. Schmidt* in FS Stimpel 226 f.

4387 *K. Schmidt*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (Teil II), AG 1977, 243 (243 f).

4388 MWN zur dt Rsp des 19. Jahrhunderts *K. Schmidt* in FS Stimpel 233 f; *Keuk-Knobbe* in FS Ballerstedt 246.

werden.“⁴³⁸⁹ Dogmatisch begründet dies der deutsche Gesetzgeber damit, dass die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung durch Gesetz und Gesellschaftsvertrag begrenzt seien, weshalb einzelne Aktionäre dagegen verstößende Beschlüsse nicht gegen sich gelten lassen müssen.⁴³⁹⁰ Die iW gleiche gesetzgeberische Position lässt sich für das dGmbHG und für das deutsche Vereinsrecht nachweisen.⁴³⁹¹ Die Einführung einer eigenständigen Beschlussanfechtungsklage hatte vielmehr den Hintergrund, die als überschießend empfundene Reichweite der Klagsmöglichkeiten des einzelnen Aktionärs, welche „*Schikanen und Erpressungen Tür und Tor öffnet*“, zu beschränken.⁴³⁹² Hieraus schließt *Karsten Schmidt* als allgemeines Prinzip im Gesellschaftsrecht darauf, dass bei parteifähigen Personenverbänden die Möglichkeit von Anfechtungsklagen stets gegeben sein müsse, wenn die Verbandsverfassung Mehrheitsbeschlüsse zulässt.⁴³⁹³ Wenn es zu einem fehlerhaften Beschluss kommt, liegt somit ein Eingriff in die Rechte der einzelnen Gesellschafter vor, gegen den sich diese durch eine negatorische Klage wehren können.⁴³⁹⁴ Das Beschlussanfechtungsrecht sei nach dieser Ansicht somit dem Grunde nach als eine – den besonderen Umständen des Verbandsverhältnisses Rechnung tragende – Ausformung der *actio negatoria* anzusehen.⁴³⁹⁵

Ganz ähnlich ist die historische Genese der Beschlussanfechtungsklage im österreichischen Recht. Diese wird erstmals in den aktienrechtlichen Entwürfen von 1874 erwähnt,⁴³⁹⁶ wobei sich auch hier in den Mat⁴³⁹⁷ der Be-

4389 *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht (1985) 467.

4390 *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht 467.

4391 *K. Schmidt* in FS Stimpel 233 f.; *K. Schmidt*, AG 1977, 243 (247 ff).

4392 *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht 467.

4393 *K. Schmidt* in FS Stimpel 220. Sein primäres Ziel, die Anfechtungsklage bei Gesellschaftsformen, die eine solche nicht explizit vorsehen, näher zu konturieren, interessiert an dieser Stelle nicht weiter.

4394 *K. Schmidt* in FS Stimpel 234; zum Anfechtungsrecht als Erscheinungsform eines allgemeinen Rechts auf gesetz- und satzungsgemäße Betätigung auch ausf *Keuk-Knobbe* in FS Ballerstedt 246 ff.

4395 Unproblematisch lässt sich die Gestaltungswirkung der Anfechtungsklage – also ihre Wirkung für und gegen alle Gesellschafter sowie die Organmitglieder, auch wenn sie nicht Partei des Streits sind – aus dem Konzept der Dinglichkeit herleiten, was an dieser Stelle nur skizziert zu werden braucht. Denn die Rechtsfolge eines dinglichen Rechts ist, dass der das Recht beeinträchtigende Erfolg beseitigt werden muss. Wenn nun der fehlerhafte Beschluss der Gesellschaft eine Verletzung des Mitgliedschaftsrechts darstellt, folgt aus einer – allenfalls analog angewandten – *actio negatoria* die Verpflichtung eines *contrarius actus*, der den Beschluss rückgängig macht. Eine Klage mit negatorischem Charakter kann somit durchaus auch eine Gestaltungsklage sein, da die Gestaltungswirkung nur eine Folge davon ist, dass das materielle Recht bestimmte Rechtsfolgen an ein Urteil knüpft. Ausf dazu *K. Schmidt*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (I), AG 1977, 205 (206 f), vgl dazu auch *K. Schmidt* in FS Stimpel 224 f.

4396 *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 834.

4397 ErlRV 50 BlgAH, 8. Sess, 394 ff.

fund findet, dass bereits zuvor theoretisch anerkannt gewesen ist, dass die Ungültigerklärung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung durch Klage begehrt werden könne; diese sei – die Mat zitieren dabei direkt *Behrend*⁴³⁹⁸ – aber „praktisch ohne Wert, weil sowohl die Voraussetzungen wie auch die Wirkungen einer solchen Nichtigkeitsklage zweifelhaft“ seien. Ein Regelungsbedürfnis wurde dabei insb hinsichtlich der Gestaltungswirkung von Urteilen erblickt. Ähnlich wurde dies 1906 auch hinsichtlich der GmbH gesehen, wo in einem Größenschluss vom Recht der staatlich geregelten Aktiengesellschaft davon ausgegangen wurde, „dass bei einer jeder Aufsicht entzogenen Gesellschaft ein solches Anfechtungsrecht bestehen muss“.⁴³⁹⁹ Auch für das österreichische Recht kann sohin davon ausgegangen werden, dass die für die AG und die GmbH gesetzlich geregelte Anfechtungsklage als besondere Ausprägung des generell gegebenen Schutzes des einzelnen Gesellschafters vor fehlerhaften Beschlüssen aufgefasst wurde.

Aus allgemein-zivilrechtlichen Wertungen ergibt sich im österreichischen Recht zudem eine unmittelbare Verbindung zwischen der Beschlussanfechtung und den Wertungen des Sachenrechts. Dies zeigt sich besonders illustrativ bei den Regeln zur Verwaltung bei der Gemeinschaft des Eigentums in den §§ 833 ff ABGB, auf die vor der umfassenden Novelle in § 1188 aF auch hinsichtlich der Verwaltung der GesBR verwiesen wurde. Grundsätzlich wird hier gem § 833 ABGB das Mehrheitsprinzip realisiert, bei Angelegenheiten, die nicht der ordentlichen Verwaltung und Benützung der gemeinschaftlichen Sache angehören, findet sich jedoch ein dispositiver Mechanismus zum Schutz der Minderheit. Zunächst kann bei wichtigen Entscheidungen die Minderheit gem § 834 ABGB Sicherstellung oder den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen; wenn ein Austritt nicht in Frage kommt, soll gem § 835 ABGB – wenn keine Entscheidung durch Los oder einen „Schiedsmann“ herbeigeführt werden kann – im ordentlichen Rechtsweg entschieden werden.⁴⁴⁰⁰ Diese Wertung aus dem frühen 19. Jhd kann als Keimzelle für die späteren ausdifferenzierten Regelungen der Beschlussanfechtung als Ausfluss von negatorischen Wirkungen aufgefasst werden: Wenn bei einer Entscheidung zur ordentlichen Verwaltung und Benützung der Wille rechtsfehlerhaft ohne die Zustimmung der Mehrheit gebildet oder bei wichtigen Veränderungen eine Handlung ohne eine (richterliche) Entscheidung gesetzt wird,⁴⁴⁰¹ kommt es zu einer Störung der Rechte der Miteigentümer, die um ihre Mitbestimmungsmöglichkeiten gebracht werden. Hierbei ist ganz unstr,

4398 *Behrend* in Wiener/Goldschmidt/Behrend, Zur Reform des Aktiengesellschaftswesens (1873) 76.

4399 ErlRV 236 BlgHH, 17. Session, 71; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 565 f.

4400 Freilich ist heute die richterliche Entscheidung der Regelfall und kann sofort beantragt werden, vgl *Sailer/Painsi* in KBB⁷ § 835 Rz 1.

4401 So auch *Zeiller*, Kommentar 2.2 § 828 f Rz 2(890).

dass dem Minderheitseigentümer dingliche Ansprüche auf Unterlassung der Maßnahme und Beseitigung der Folgen zukommen, die auch im Besitzstörungsverfahren durchgesetzt werden können.⁴⁴⁰² Auch für die GesBR wird davon ausgegangen, dass ein solcher Beschluss gegenüber der übergangenen Minderheit rechtsunwirksam ist.⁴⁴⁰³ Die Wertung, dass gegen die fehlerhafte Willensbildung in der Gemeinschaft mit negatorischen Mitteln vorgegangen werden kann, findet sich sohin im ABGB seit der Stammfassung angelegt.

3.1.2.3.1.2. Negatorischer Schutz des Mitgliedschaftsrechts

In der älteren Rsp finden sich auch Indizien für einen aus dinglichen Wirkungen begründeten Anspruch eines Gesellschafters gegen Eingriffe in seine mitgliederschaftlichen Befugnisse. Wesentlicher Anknüpfungspunkt war dabei der Rechtsbesitz am Mitgliedschaftsrecht, der auch im Besitzstörungsverfahren durchgesetzt werden konnte. So wurde in einer E aus dem Jahr 1888 darüber abgesprochen, inwiefern ein Gesellschafter gegen das Entfernen und Einsperren von Geschäftsbüchern einer Handelsgesellschaft vorgehen kann.⁴⁴⁰⁴ Der OGH sprach dabei aus, dass den einzelnen Gesellschaftern kein Sachbesitz an den Geschäftsbüchern, sehr wohl aber ein Rechtsbesitz auf Einsichtnahme zukam. Die Besitzstörungsklage scheiterte dabei daran, dass dem Kläger die Einsichtnahme in die versperrten Geschäftsbücher durchaus ermöglicht wurde. Später wurde diskutiert, inwiefern durch die Kündigung einer offenen Handelsgesellschaft der Rechtsbesitz an Rechten, „*welche der Kläger als Gesellschafter der genannten Firma und nach dem Gesellschaftsvertrage in Anspruch nimmt*“ gestört wird, was jedoch iE abgelehnt wurde.⁴⁴⁰⁵ Auch bereits direkt nach Inkrafttreten des ABGB wurde von einem Besitzschutz von Mitgliedschaftsrechten ausgegangen, was sich aus einem Beitrag von *Hermann*⁴⁴⁰⁶ zur Hundertjahrfeier des ABGB zeigt: So wurden Rechte aus Gesellschaftsverträgen wie das Recht des Aufenthalts des Gesellschafters in der gemeinschaftlichen Fabrik⁴⁴⁰⁷ oder das Recht der Fabrikation bestimmter Waren⁴⁴⁰⁸ als Gegenstand des Rechtsbesitzes angesehen. Im 19. Jhd war es sohin noch durchaus anerkannt, dass bei Eingriffen in die Befugnisse eines Mitglieds mit einem sachenrechtlichen Rechtsbehelf – der Besitzstörungsklage – vorgegangen werden konnte.

Die deutsche Rsp, mit der der mitgliederschaftliche Abwehranspruch begründet wurde, befindet sich ebenso in großer Nähe zu sachenrechtlichen Wertun-

4402 MwN *Tanczos/Eliskases* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 829 Rz 5; illustrativ OGH 20.4.1993, 1 Ob 11/93.

4403 Zum alten Recht: OGH 28.1.2003, 1 Ob 267/02z.

4404 OGH 4.8.1888, Nr 9384 GIU 12305.

4405 OGH 31.10.1893, Nr 12697 GIU 14890. Die Begründung ist hier aber nicht sehr verständlich: Der Rechtsbesitz wird abgelehnt, weil der Gesellschafter die Rechte nicht im eigenen Namen, sondern als Gesellschafter wahrnimmt.

4406 *Hermann* in FS ABGB I 617.

4407 Oberste Justizstelle 12.5.1819, Z. 1575.

4408 Oberste Justizstelle 29.9.1820, Z. 4266.

gen. Als maßgeblich wird von *Habersack* dabei eine E des RG genannt,⁴⁴⁰⁹ in der über die Rechtsfolgen der Veräußerung eines zunächst verpfändeten Geschäftsanteils durch den vermeintlichen Pfandgläubiger abzusprechen war, bei der der Schuldner vor der Durchführung der öffentlichen Versteigerung die gesicherte Forderung erfüllt und das Pfandrecht somit zum Erlöschen gebracht hatte.⁴⁴¹⁰ IdZ ist hier nicht so sehr von Relevanz, dass das RG dem Schuldner Schadenersatz zugesprochen hat, was als erste explizite Anerkennung eines deliktischen Schadenersatzes bei Beeinträchtigungen eines Mitgliedschaftsrechts gilt.⁴⁴¹¹ Diese Konstellation zeigt vielmehr, wie nahe die Begründung des mitgliederschaftlichen Abwehranspruchs zu sachenrechtlichen Wertungen liegt: Gemünzt auf eine verpfändete körperliche Sache wäre es wohl völlig unstr., dass gegen eine rechtswidrige Versteigerung durch den Pfandnehmer als Störung der dinglichen Rechtsposition des Eigentümers negatorisch vorgegangen werden kann. Ebenso wird bei einem verpfändeten Mitgliedschaftsrecht die rechtswidrige Versteigerung als Eingriff in die Rechtszuständigkeit aufgefasst werden müssen, der mit einem dinglichen Rechtsmittel abgewehrt werden kann. Die dieser E zu Grunde liegende Wertung lautet somit, dass dann, wenn ein Eingriff in die Rechtszuständigkeit an einem Mitgliedschaftsrecht vorliegt, mit einer negatorischen Klage und bei Verschulden ggf auch mit Schadenersatzansprüchen vorgegangen werden kann.

Es kann damit als wohl weitgehend gesichert angesehen werden, dass gegen eine Störung des Mitgliedschaftsrechts, mit der die völlige Entziehung der Mitgliedschaft einhergeht, mit dinglichen Rechtsmitteln vorgegangen werden kann. Ein Gesellschafter ist somit in der Lage, gegen denjenigen vorzugehen, der sein Recht unberechtigt anmaßt und sohin in seine Rechtszuständigkeit eingreift. Damit hat der negatorische Schutz des Mitgliedschaftsverhältnisses aber nicht sein Bewenden: Der Berechtigte kann sich nicht nur gegen die Entziehung der Mitgliedschaft als solcher, sondern auch gegen den Eingriff in einzelne mitgliederschaftliche Befugnisse wehren, da hier ebenso ein Eingriff in die Rechtszuständigkeit erfolgt und der Berechtigte partiell „enteignet“ wird. Dies zeigt sich illustrativ bei der älteren österreichischen Rsp, wo ganz unbefangen von dinglichen Abwehransprüchen bei der Störung von Einsichts- und Informationsrechten ebenso wie von gesellschaftsvertraglichen Sonderrechten ausgegangen wurde. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass immer dann, wenn ein Mitglied in der eigenen Wahrnehmung seiner Rechte beeinträchtigt ist,⁴⁴¹² ein auf dinglichen Grundsätzen bestehender Anspruch auf Abwehr der Eingriffe besteht.

4409 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 118 ff.

4410 BGH 26.11.1920, IV 286/20 RGZ 100, 274.

4411 Nach *Habersack* hat diese E das Meinungsbild zum deliktischen Schutz von Mitgliedschaftsrechten „ganz entscheidend geprägt“, vgl *Habersack*, Die Mitgliedschaft 119.

4412 Nach einer Formulierung bei *Habersack*, Die Mitgliedschaft 163.

3.1.2.3.1.3. Stellungnahme

Der Blick in die historische Entwicklung des Gesellschaftsrechts offenbart, dass die Wertungen des Sachenrechts und des Verbandsrechts enger verbunden sind, als dies im heutigen rechtswissenschaftlichen Diskurs wahrgenommen wird. Der negatorische Schutz des Mitgliedschaftsrechts erfüllte wesentliche Funktionen, was sich insb in der – auch vor ihrer gesetzlichen Regelung explizit anerkannten – Beschlussanfechtungsklage, aber auch bei der Störungsabwehr bei Eingriffen in das Mitgliedschaftsrecht zeigt. Erst wenn man diese dinglichen Aspekte ausblendet, wird das Verbandsrecht lückenhaft: Die *Holzmüller*-Konstellation⁴⁴¹³ findet ebenso wenig eine explizite Regelung wie die Beschlussanfechtung bei der OG. Es ist daher für das deutsche Recht somit nur konsequent, wenn zumindest hinsichtlich des mitgliedschaftlichen Abwehranspruchs⁴⁴¹⁴ von einer analogen Anwendung der *actio negatoria* ausgegangen wird – diese Auffassung ist wohl nahe am Willen des historischen Gesetzgebers des 19. Jhds, der freilich auch auf den weiten, auch Rechte umfassenden Sachbegriff des ALR aufbaute.⁴⁴¹⁵

Für das österreichische Recht zeigt sich, dass eine Anwendung von sachenrechtlichen Wertungen zur Störungsabwehr iZm dem Gesellschaftsrecht zumindest im 19. Jhd durchaus diskutiert wurde. Während die Problemstellung – die Abwehr von unrechtmäßigen Eingriffen in die Befugnisse eines Mitglieds – bis heute weitgehend unverändert bleibt, ist die dingliche Komponente des Mitgliedschaftsrechts in Folge des pandektistischen Paradigmas mittlerweile weitgehend in Vergessenheit geraten. Dies ändert jedoch nichts daran, dass auf Grund des unverändert weiten Sachbegriffs die sachenrechtlichen Abwehrmöglichkeiten auch weiterhin für Mitgliedschaftsrechte in Betracht kommen. Eine teleologische Reduktion mit dem Inhalt, dass die Wertungen des Sachenrechts bei Eingriffen in das Mitgliedschaftsverhältnis generell nicht mehr Anwendung finden sollen, kommt nicht in Betracht. Denn es ist nicht der Fall, dass der negatorische Schutz des Mitgliedschaftsrechts durch einen Funktionswandel sinnwidrig oder funktionslos geworden wäre, sodass die Anerkennung von dinglichen Rechtsbehelfen idZ zu überschießenden Ergebnissen führen würde. Vielmehr zeigt der Blick in die deutsche Rechtslage, dass die Anwendung der *actio negatoria* bei Eingriffen in das Mitgliedschaftsrecht gerade auch aus verbandsrechtlicher Sicht zu sinnvollen Ergebnissen führt. Der gesetzlich vorgesehene dingliche Schutz der Mitgliedschaft steht sohin in Österreich auch heute noch unverändert in Gel-

4413 Tatsächlich wurde bereits vom RG im späten 19. Jahrhundert bei der AG die Vornahme eines wichtigen Rechtsgeschäfts ohne vorherige Einberufung der Gesellschafterversammlung für rechtswidrig angesehen, was in der heutigen Diskussion aber weitgehend in Vergessenheit geraten ist, s RG 28.5.1895, II 69/95 RGZ 35, 83.

4414 S zur Beschlussanfechtungsklage bei Personengesellschaften K. Schmidt in FS Stimpel 240 f.

4415 Zum Sachbegriff des ALR s bereits AT 2.3.4.

tung und ist – mit Blick auf die derzeit geführte Diskussion zur Bewehrung von Mitgliedschaftsrechten – auch von höchster praktischer Relevanz.

3.1.2.3.2. Schutzzumfang

Betrachtet man die Abwehrklage als Folge von dinglichen Wirkungen des Mitgliedschaftsrechts, muss der konkrete Umfang des Schutzes durch Auslegung des Mitgliedschaftsverhältnisses ermittelt werden. Es gilt sohin im Einzelfall, die Rechte des Mitglieds, die sich gleichermaßen aus dem Gesetz wie aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben,⁴⁴¹⁶ zu identifizieren und daraufhin zu prüfen, ob diese gegen Eingriffe Dritter bewehrt sind. Nach generellen Grundsätzen⁴⁴¹⁷ ist dabei die Offenkundigkeit eine wesentliche Voraussetzung für die dingliche Bewehrung einer Rechtsposition, was bei Mitgliedschaftsrechten besonders deutlich wird. Denn auch wenn die Gesellschafterstellung in ein öffentliches Register eingetragen wird, ist für einen allgemeinen Verkehrskreis nicht unmittelbar kundbar, dass einem Rechtssubjekt Rechte gegenüber einem Verband zukommen, die auch von Dritten zu beachten sind; dies steht einem mit Zwang durchsetzbaren Gebot der Verhaltensadaption entgegen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist für dingliche Rechtsbehelfe aber nur die sozialtypische Offenkundigkeit vonnöten, weshalb auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme im konkreten Kontext der Rechtsausübung abgestellt werden muss.⁴⁴¹⁸ Dies wird bei Gesellschaftsorganen regelmäßig gegeben sein,⁴⁴¹⁹ nicht aber bei gesellschaftsfremden Störern; hier kann im Störungsfall aber bei individueller Kenntnis von der Berechtigung des Geschädigten ein Schadenersatzanspruch bestehen.⁴⁴²⁰ Ein negatorischer Abwehranspruch hat somit zur Voraussetzung, dass für den Störer die mitgliedschaftliche Befugnis sozialtypisch offenkundig ist, was an einem objektiven Maßstab unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls beurteilt werden muss.

Eine weitere Einschränkung findet ein negatorisch begründeter Abwehranspruch bei gültigen und nicht mehr anfechtbaren Beschlüssen, was auch der Rsp des BGH entspricht.⁴⁴²¹ Der Argumentationsstrang ist hier freilich etwas anders gelegen als nach einem verbandsrechtlichen Ansatz, der maßgeblich auf dem Bestand einer Regelungslücke aufbaut. Ausgangspunkt muss die Überlegung sein, dass von einem den Willen der Gesellschaft bildenden Mehrheitsbeschluss grds auch die sich widersetzende Minderheit erfasst ist, was bereits Zeiller mit dem „größeren Interesse, welches die beträchtlicheren Teilhaber an

4416 Vgl K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 557.

4417 Zu diesen allgemein AT 3.2.

4418 S dazu bereits AT 4.3.6.3.

4419 So auch OGH 15.3.2021, 6 Ob 248/20v Rz 15.

4420 Mit dem Beispiel eines Dritten, der die Geschäftsführung zu einem rechtswidrigen Verhalten bestimmt, Torggler, JBl 2003, 747 (750 f).

4421 BGH 12.3.1990, II ZR 179/89 – Schärenkreuzer. In dieser E wurde explizit auch auf § 1004 BGB Bezug genommen.

der guten Verwaltung“ haben, begründet.⁴⁴²² Ein Mitglied ist an einen gültigen Beschluss daher ebenso gebunden wie ein Bestandgeber an einen Mietvertrag. Dementsprechend können durch einen gültigen Mehrheitsbeschluss die dinglich bewehrten Befugnisse der einzelnen Mitglieder grds auch reduziert werden, sofern dies nicht gegen Gesellschaftsvertrag oder gesetzliche Vorgaben verstößt. Wenn nun der Gesetzgeber im Interesse des Geschäftsfortgangs der Gesellschaft die Anfechtbarkeit von Beschlüssen einschränkt, hat dies unmittelbare Auswirkungen auf die Möglichkeit des einzelnen Mitglieds, gegen Eingriffe in die eigene Rechtsposition vorzugehen: Es ist unabhängig von seiner Zustimmung an den gültigen, die eigenen Befugnisse reduzierenden Beschluss gebunden und kann nicht weiter dagegen vorgehen. Liegt ein bestandskräftiger Beschluss der Gesellschafterversammlung vor, muss ein Mitglied den damit einhergehenden Eingriff in seine Rechte am Verband somit dulden; ihm kommen sohin keine dinglichen Rechtsbehelfe zu, weil seine Befugnisse rechtsgültig reduziert worden sind.

Neben diesen auf konzeptionellen Überlegungen zur Dinglichkeit fußenden Einschränkungen des Schutzzumfangs einer negatorisch begründeten mitgliedschaftsrechtlichen Abwehrklage ergeben sich Vorgaben auch aus dem positiven Recht. In der hier vertretenen Auslegung, die sich um eine große Nähe zu den Regelungsvorstellungen des Gesetzgebers der Stammfassung bemüht, ist die Möglichkeit der dinglichen Störungsabwehr alleine im Besitzschutz zu verorten, der freilich auch außerhalb des Besitzstörungsverfahrens durchgesetzt werden kann. Voraussetzung für die Geltendmachung von dinglichen Abwehransprüchen ist sohin, dass dem Mitglied die Stellung als Rechtsbesitzer zukommt, die – wie gezeigt⁴⁴²³ – durchaus von der Rechtszuständigkeit abweichen kann. IdR bedarf es hierfür einer Eintragung in ein Register, mit der die Gesellschafterstellung zumindest für die Gesellschaft und ihre Organe offenkundig wird.⁴⁴²⁴ Dies überzeugt auch wertungsmäßig: Wie bei völlig publizitätslosen Forderungsrechten ist bei nicht in ein Register eingetragenen Mitgliedern die Rechtsstellung nicht kundbar, weshalb nach allgemeinen Grundsätzen dingliche Rechtswirkungen ausscheiden müssen.⁴⁴²⁵ Denn es ist auch Gesellschaftsorganen und der Gesellschaft selbst nicht zumutbar, eine nicht hinreichend manifestierte Rechtsposition zu beachten. Hieraus folgt, dass etwa derjenige, dem eine Namensaktie – ohne eine Eintragung in das Aktienbuch zu veranlassen – durch Indossament übertragen wurde, bei Störungen seiner Befugnisse mangels Rechtsbesitz nicht nach dinglichen Grundsätzen gegen den Verband oder Dritte vorgehen kann.

4422 Zeiller, Commentar 2.2 § 833 Rz 2 (887).

4423 S bereits 2.1.3.2.

4424 Die Registereintragung ist freilich bei der OG nicht unumgänglich, s 2.1.3.2.1.

4425 Torggler, JBl 2003, 747 (750).

Im österreichischen Recht kann der mitgliedschaftliche Abwehranspruch sohin als Rechtsmittel gegen die Störung der Ausübung von Rechten aufgefasst werden, die mit dem Mitgliedschaftsverhältnis einhergehen. Hierbei wird in § 313 ABGB zwischen dem Besitz an bejahenden und verneinenden Rechten bzw Verbotsrechten differenziert,⁴⁴²⁶ wobei auch die vielfältigen Befugnisse eines Mitglieds in dieser Einteilung Platz finden. Nun soll der Frage nachgegangen werden, wieweit sich die in der Lit diskutierten Abwehrrechte im österreichischen Recht auch negatorisch begründen lassen. Das Erkenntnisinteresse ist hier freilich auf die Struktur des dinglichen Abwehranspruchs im mitgliedschaftlichen Kontext beschränkt – eine umfassende Darstellung der negatorischen Abwehrklagen bei OG, GmbH und AG im Einzelnen soll und kann an dieser Stelle nicht erfolgen.

3.1.2.3.2.1. Bejahende Mitgliedschaftsrechte

Der Besitz an bejahenden Rechten, der von *Zeiller* auch explizit als Besitz an Leistungsrechten genannt wird,⁴⁴²⁷ ergibt sich daraus, dass ein anderer etwas leistet, was als Schuldigkeit gefordert wird. Im mitgliedschaftlichen Kontext handelt es sich sohin um Rechte des Gesellschafters auf Leistung durch die Gesellschaft, die gegen Störungen geschützt sind. Dies betrifft va die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft, die sich etwa bei Ansprüchen auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös im Ausgangsfall manifestiert.⁴⁴²⁸ Dementsprechend ist im deutschen gesellschaftsrechtlichen Schrifttum weitgehend unstr, dass die Weigerung, einen Jahresabschluss festzustellen, auf dessen Grundlage es zur Ausschüttung des Gewinns kommt, als Verletzung von Mitgliedschaftsrechten aufzufassen ist, gegen die ein einzelner Gesellschafter mittels Abwehrklage vorgehen kann; dasselbe gilt für das Unterbleiben eines für den Gewinnanspruch notwendigen Gewinnverwendungsbeschlusses.⁴⁴²⁹ Dieses Beispiel ist illustrativ für die Struktur des negatorisch begründeten Abwehranspruchs: Das Leistungsrecht des Gesellschafters begrenzt sich nicht auf die Pflicht der Gesellschaft, nach der Feststellung des Jahresabschlusses und einer etwaigen Beschlussfassung hinsichtlich der Gewinnverteilung den Gewinn an den einzelnen Gesellschafter

4426 Freilich ist die wesentliche Rechtsfolgenanordnung dieser Bestimmung hinsichtlich des Besitzerwerbs zumindest bei der GmbH und der AG idZ nicht von Relevanz, da hier der Rechtsbesitz durch die Eintragung in ein Register erworben wird.

4427 *Zeiller*, Commentar 2.1 § 313 Rz 1 (45).

4428 Statt aller *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 558. Ansprüche auf Gewinnbezug und Liquidationserlös sind aber iW gleich zu behandeln, weshalb in der Folge nur noch ersterer thematisiert wird, s *Habersack*, Die Mitgliedschaft 277. Darüber hinaus fällt darunter wohl auch das Recht, an Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und dort zu reden, s dazu *Koppensteiner*, Individual- und Minderheitenrechte im Gesellschaftsrecht, wbl 2023, 545 (545).

4429 Mit vielen Nachweisen *Habersack*, Die Mitgliedschaft 274 (Fn 17); *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (416 f).

auszuschütten; vielmehr ist dieses Recht auch gegen Störungen Dritter bewehrt. Denn es wäre mit den Worten des Reichs-Oberhandelsgerichts tatsächlich „*ein sonderbarer Rechtszustand, wenn der Aktionär zwar den Anspruch auf die aus der festgesetzten Bilanz sich ergebenden Dividende verfolgen könnte, aber gegenüber der Weigerung der Gesellschaftsorgane, überhaupt Bilanzen zu ziehen, machtlos wäre*“.⁴⁴³⁰ Der dingliche Schutz des Gewinnbezugsrechts als Leistungsrecht führt somit dazu, dass vom einzelnen Mitglied die Feststellung eines Jahresabschlusses und die Entscheidung über die Ergebnisverwendung gerichtlich erzwungen werden kann.⁴⁴³¹

Ähnlich liegen die Wertungen beim mitgliedschaftlichen Informationsrecht. Hierbei besteht eine – je nach Gesellschaftsform unterschiedlich weit reichende – Verpflichtung der Gesellschaft, dem einzelnen Mitglied Auskunft zu erteilen, das als gegen Dritte bewehrtes Leistungsrecht angesehen werden kann. Dementsprechend geht *Habersack* ganz zu Recht davon aus, dass bei Verweigerung der Auskunft durch die dazu verpflichteten Personen in Analogie zur *actio negatoria* ein Unterlassungsanspruch – und somit ein durchsetzbarer Anspruch auf Informationserteilung – besteht.⁴⁴³² Dies überzeugt auch für das österreichische Recht, wo der OGH grds davon ausgeht, dass gegen den Geschäftsführer einer GmbH vorgegangen werden kann, wenn dieser die Auskunftserteilung an den Gesellschafter torpediert.⁴⁴³³ Zwar betrifft diese E die deliktische Haftung für den aus der verweigerten Auskunftserteilung entstandenen Schaden; idS können die Ausführungen auch für einen aus dinglichen Rechtswirkungen begründeten Abwehranspruch fruchtbar gemacht werden: Gesellschaftsorgane werden auf Grund ihrer Kenntnisse über die verbandsinterne Pflichten- und Rechtslage generell für verpflichtet angesehen, die Rechte des einzelnen Mitglieds nicht zu stören; die Verpflichtung zur Auskunftserteilung an die Gesellschafter ist sohin für die Gesellschaftsorgane sozialtypisch offenkundig. Wenn dabei ein Gesellschaftsorgan ein pflichtgemäßes Verhalten der Gesellschaft hintertreibt, kann jedes Mitglied auf Unterlassung der Störung seiner Leistungsrechte klagen. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass auf Grund von dinglichen Rechtswirkungen ein mitgliedschaftliches Leistungsrecht – wie etwa auf Informationsauskunft – nicht nur als Pflicht der Gesellschaft, sondern auch als gegen Störungen Dritter bewehrtes Abwehrrecht aufgefasst werden kann.

4430 ROHG 9.9.1879, Rep. 657/79 ROHG 25, 307 (310 f).

4431 Ausf zu den Details der Rechtsdurchsetzung diesbezüglich: *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (416 ff).

4432 *Habersack*, Die Mitgliedschaft 343.

4433 OGH 15.3.2021, 6 Ob 248/20v Rz 15.

3.1.2.3.2.2. Verneinende Mitgliedschaftsrechte

Als Besitz verneinender Rechte wird der Zustand bezeichnet, wenn jemand die einem anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet.⁴⁴³⁴ Deutlicher wird dieses Konzept in der Parallelbestimmung des ALR: Es handelt sich demnach um das Recht, von einem anderen zu fordern, eine Handlung, die dieser grds untersagen könnte, weiterhin zu tolerieren.⁴⁴³⁵ Gemünzt auf das Mitgliedschaftsverhältnis bedeutet dies, dass der Verband gegenüber dem Mitglied verpflichtet ist, gewisse Nutzungen, die er ansonsten untersagen könnte, zu gestatten. Dies beinhaltet etwa das Recht auf Fabrikation bestimmter Waren⁴⁴³⁶ oder das Recht des Aufenthalts des Gesellschafters in der gemeinschaftlichen Fabrik,⁴⁴³⁷ über die im frühen 19. Jhd iZm der Besitzstörung abzusprechen war.⁴⁴³⁸ Denkbar ist dies aber auch bei einem mitgliedschaftlichen Recht auf Einsichtnahme der Geschäftsunterlagen.⁴⁴³⁹ Heute wird diese Konstellation insb im – hier freilich nicht näher betrachteten – vereinsrechtlichen Kontext thematisiert, wo von einem an die Mitgliedschaft gebundenen Genussrecht auf Benutzung der Vereinseinrichtungen ausgegangen wird.⁴⁴⁴⁰ Eine Störung dieses Rechts liegt dabei darin, wenn dem Mitglied eine zugesicherte Nutzung untersagt wird. Über eine solche Konstellation hatte der BGH in seiner *Schärenkreuzer*-E abzusprechen, in der ein Vorstand eines Vereins, dem die Entscheidungskompetenz über Bau und Ausstattung von Segelbooten der Schärenkreuzer-Klasse zukommt, einem Vereinsmitglied die Teilnahme an einer Regatta verweigerte.⁴⁴⁴¹ Die nicht gerechtfertigte Weigerung, das Schiff als regattatauglich anzuerkennen, traf nach Ansicht des BGH die Mitgliedschaft des Klägers in ihrem Kern, weshalb ihm Schadenersatzansprüche zuerkannt wurden. Diese E kann auch hinsichtlich der – vom BGH durch Erwähnung von § 1004 BGB auch direkt angesprochenen – dinglichen Wirkungen fruchtbar gemacht werden: Zwar kommt dem genannten Verein im Rahmen der Privatautonomie durchaus ein Recht zu, Schiffe von einer von ihm (mit)-organisierten Regatta auszuschließen; auf Grund des Mitgliedschaftsverhältnisses hat das Mitglied aber ein Recht darauf, innerhalb der Vereinsrichtlinien an dieser teilzunehmen. Wenn nun der Vereinsvorstand das Mitglied trotz eines richtlinienkonformen Boots von der Regatta ausschließt, liegt sohin ein Eingriff in das mitgliedschaftliche Recht auf Duldung der Teilnahme an einer Ver-

4434 Vgl die Definition der verneinenden Dienstbarkeit in § 313 ABGB *Zeiller*, Kommentar 2.1 § 313 Rz 2 (46).

4435 I 7 § 81 ff ALR.

4436 Oberste Justizstelle 12.5.1819, Z. 1575.

4437 Oberste Justizstelle 29.9.1820, Z. 4266.

4438 *Hermann* in FS ABGB I 617.

4439 OGH 4.8.1888, Nr 9384 GLU 12305.

4440 MwN *Habersack*, Die Mitgliedschaft 271.

4441 BGH 12.3.1990, II ZR 179/89 – *Schärenkreuzer*.

einsaktivität vor, gegen die auf Unterlassung – und sohin iE auf Anerkennung der Regattafähigkeit des Boots – geklagt werden kann.⁴⁴⁴² Aus der dinglichen Wirkung des Mitgliedschaftsrechts folgt sohin auch die Möglichkeit, mit diesem einhergehende Nutzungsrechte einzuklagen.

3.1.2.3.2.3. Mitgliedschaftliche Verbotsrechte

Als ein Besitz an Verbotsrechten gilt es, wenn ein anderer verpflichtet ist, etwas zu unterlassen, was ihm ansonsten zu tun frei steht.⁴⁴⁴³ Hiermit korrespondiert – da es sich nicht um ein allgemeines Verbot, sondern um ein subjektives Recht handelt – denknotwendigerweise das Recht, das verbotene Handeln zu erlauben, was sich bereits dadurch ergibt, dass dem Berechtigten die Durchsetzung des Verbotsrechts freigestellt wird.⁴⁴⁴⁴ Es besteht somit eine normlogische Verbindung zwischen dem Recht des einen, dem anderen eine Handlung zu erlauben, und dem Verbot des anderen, die Handlung ohne Erlaubnis zu setzen.⁴⁴⁴⁵ Im Verbandskontext bedeutet dies insb, dass das Recht der Mitglieder, über das Verhalten der Gesellschaft zu bestimmen, notwendigerweise mit einem korrespondierenden, an die Gesellschaft gerichteten Verbot einhergeht, ohne eine Entscheidung der Mitglieder entsprechende Handlungen zu setzen. Widersetzt sich der Verband diesem Verbot, indem er eigenmächtig Maßnahmen ergreift, die etwa einer Genehmigung durch die Mitglieder bedürften, kommt es gleichermaßen zu einer Verkürzung der Mitbestimmungsrechte der Mitglieder wie auch zu einer Verletzung eines Verbotsrechts, gegen die nach dinglichen Grundsätzen vorgegangen werden kann.

Der primäre Anknüpfungspunkt für Verbotsrechte im Verbandskontext sind wohl zweifellos die mitgliedschaftlichen Rechte auf Entscheidungsteilhabe, also va das Stimmrecht. Wenn aus dem Mitgliedschaftsverhältnis ein Recht abgeleitet werden kann, bei bestimmten Maßnahmen der Gesellschaft mitzubestimmen, besteht im selben Ausmaß ein Verbot für den Verband, diese Maßnahmen eigenmächtig zu setzen; ansonsten würde das Mitbestimmungsrecht leerlaufen. Dem Recht auf Entscheidungsteilhabe entspricht sohin die Pflicht⁴⁴⁴⁶ des Verbands, nicht eigenständig – also ohne eine Entscheidung der berechtigten Mitglieder einzuholen – tätig zu werden. Unter

4442 In diese Richtung auch *Habersack*, Die Mitgliedschaft 273, vgl auch *Könen* in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck.online Großkommentar § 38 BGB Rz 135 (Stand 1.7.2024).

4443 Vgl die Definition von verneinenden Servituten in § 476 ABGB, *Zeiller*, Commentar 2.1 § 313 Rz 2 (46).

4444 Die fehlende Durchsetzung ist dabei nichts anderes als die Erlaubnis einer Handlung, was sich insb beim Begriff der negativen Lizenz zeigt, vgl 2.2.2.3.4.4.

4445 Dies entspricht in den *hobfeld'schen Relationen* der Verbindung zwischen „privilege“ und „no-right“, vgl ausf *Hobfeld*, Yale L. J. 1913, 16 (33 ff).

4446 Normlogisch präziser wäre es wohl, nach den *hobfeld'schen Relationen* hier von einem Nicht-Recht und nicht von einer Pflicht zu sprechen.

diesem Blickwinkel kann die *Holzmüller*-Konstellation somit als Verletzung eines an den Verband gerichteten Verbots aufgefasst werden, einen wesentlichen Betriebsteil auszugliedern; diese korrespondiert mit dem Recht der Aktionäre, über eine solche Maßnahme durch Hauptversammlungsbeschluss zu entscheiden. Kommt es pflichtwidrig ohne Einbeziehung der Hauptversammlung zu einer solchen Ausgliederung, liegt somit gleichermaßen ein Eingriff in das Recht der Mitglieder vor, über diese Maßnahme zu entscheiden, wie auch ein Verstoß gegen das damit korrespondierende Verbot. Dasselbe gilt für die in der *Mangusta/Comerzbank II-E*⁴⁴⁴⁷ angesprochene Konstellation, dass sich die Verwaltung nicht an die eingeholte Willensäußerung hält: Auch hier liegt eine Verkürzung des mitgliedschaftlichen Rechts der Mitbestimmung im Verband und gleichermaßen eine Verletzung des entsprechenden, an den Verband gerichteten Verbots vor. Jedes Mitglied, in dessen Recht auf Entscheidungsteilhabe eingegriffen wird, hat somit die Möglichkeit, das korrespondierende, an den Verband gerichtete Verbot durchzusetzen – unabhängig davon, ob es etwa durch einen Mehrheitsanteil an der Gesellschaft in der Lage wäre, ein konkretes Handeln der Gesellschaft herbeizuführen. Das Recht auf Entscheidungsteilhabe im Verband ist somit gegen Eingriffe bewehrt, da diese als Störung eines damit einhergehenden mitgliedschaftlichen Verbotsrechts aufgefasst werden können, weshalb jeder Berechtigte ein Unterlassen erzwingen kann.

Die iE wohl weitgehend unstr. Konstellation des mitgliedschaftlichen Abwehranspruchs bei Eingriffen in Rechte der Entscheidungsteilhabe hilft dabei, den negatorisch begründeten Anspruch eines jeden Mitglieds näher zu konturieren. Erfasst sind dabei bloß Verletzungen von Verhaltenspflichten der Gesellschaft, die gegenüber dem einzelnen Berechtigten bestehen; dem Verbot muss sohin ein Recht entsprechen, das im hier betrachteten Kontext dem Mitglied individuell zukommen muss. Konzeptionell sehr nahe ist der *va* für das deutsche Recht vertretene Ansatz, das Mitgliedschaftsrecht als bewehrtes subjektives Recht zu qualifizieren.⁴⁴⁴⁸ Ein bloßer Reflex dieses Entstehungsgrunds des Abwehranspruchs ist im verbandsrechtlichen Kontext, dass es *idR* zu einer Störung der Kompetenzordnung der Gesellschaft kommt.⁴⁴⁴⁹ Eine

4447 BGH 10.10.2005, II ZR 90/03 – *Mangusta/Comerzbank II*.

4448 *Casper* in beck-online Großkommentar § 241 AktG Rz 21; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 549 f; ausf. *Habersack*, Die Mitgliedschaft 98 ff; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (429 f); für das österreichische Recht, vgl. auch *Koppensteiner*, GES 2017, 408 (413); *Torggler*, JBl 2003, 747 (749).

4449 Von der hL wird die Kompetenzanmaßung aber unrichtig als maßgeblich für den Abwehranspruch angesehen. Urgrund des Abwehranspruchs in der *Holzmüller*-Konstellation ist aber nicht das Recht der Hauptversammlung auf Mitbestimmung, sondern vielmehr jenes des einzelnen Mitglieds. Tatsächlich sind diese aber meist deckungsgleich; als Illustration soll nur ein akademisches Beispiel dienen: Ein nicht stimmberechtigter Gesellschafter kann nach dem hier vertretenen Ansatz – wohl entgegen der hL – keinen Abwehranspruch durchsetzen, vgl. dazu bspw. *Harzer*,

mitgliedschaftliche Abwehrklage besteht sohin nicht deswegen, weil es zu einer Kompetenzanmaßung des Störers kommt, sondern auf Grund der Verletzung eines dem einzelnen Mitglied zukommenden Rechts; ein Aktionär kann auf dieser Grundlage bspw nicht dagegen vorgehen, wenn der Vorstand einer AG entgegen des § 95 Abs 5 AktG die Zustimmung des Aufsichtsrats nicht einholt und damit ebenso die Kompetenzordnung der AG verletzt. Ebenso ist idZ nicht von Relevanz, ob es sich um einen „schweren“ oder um einen „leichten“ Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht handelt.⁴⁴⁵⁰ Voraussetzung für einen mitgliedschaftlichen Abwehranspruch ist sohin, dass ein Gesellschafter in einem subjektiven Mitgliedschaftsrecht verletzt wird, das mit einem an den Verband gerichteten Verbot korrespondiert.

Aus dieser Perspektive ergibt sich eine eindeutige Position zur Frage, inwiefern dem einzelnen Mitglied durch die Abwehrklage die Möglichkeit zukommt, gegen ein gesetzwidriges Verhalten des Verbands vorzugehen. Ausscheiden muss jedenfalls eine Abwehrklage bei einer – auch in die Sphäre der Gesetzeswidrigkeit reichenden – Sorgfaltswidrigkeit der Geschäftsführung. Denn dem an die Gesellschaftsorgane gerichteten Verbot, sorgfaltswidrig zu handeln, entspricht kein Recht des einzelnen Mitglieds; vielmehr besteht die Verpflichtung zu sorgfältigem Handeln nur gegenüber dem Verband.⁴⁴⁵¹ Dementsprechend ist selbst bei einem sorgfaltswidrigen Handeln der Organe das einzelne Mitglied nicht in seinen eigenen Rechten verletzt; es ist sohin auch nicht zur Erhebung einer Abwehrklage befugt.⁴⁴⁵² Ebenso wird bei einem dem Verband zurechenbaren, gesetzwidrigen Verhalten ein unmittelbarer Abwehranspruch des einzelnen Mitglieds ausscheiden müssen: Hier liegt zwar durchaus ein Verstoß gegen ein Verbot vor, diesem entspricht aber kein subjektives Recht des einzelnen Mitglieds. Ein Gesellschafter kann der Gesellschaft rechtskonform kein gesetzwidriges Verhalten erlauben; das Verbot ist hier somit nicht Korrelat eines Rechts des Mitglieds, sondern vielmehr eine allgemeine Verhaltensordnung, die aus dem Mitgliedschaftsverhältnis nicht durchgesetzt werden kann. Durch den mitgliedschaftlichen Abwehranspruch wird somit auch in einer negatorischen Begründung ganz unzweifelhaft kein Ersatz-Aufsichtsrecht hinsichtlich der Gesetzeskonformität des Handelns der Gesellschaft etabliert, was iE auch ganz der hA entspricht.⁴⁴⁵³

GES 2019, 182 (182 f); *Adolff*, ZHR 2005, 310 (324); *Rüffler*, Lücken 486; *Habersack*, Die Mitgliedschaft 197; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (426 ff); *Lutter*, AcP 1980, 85 (143).
4450 AA *Adolff*, ZHR 2005, 310 (325 ff).

4451 So auch *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (407); *Habersack*, Die Mitgliedschaft 196 f; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (427); vgl dazu auch BGH 11.2.1980, II ZR 41/79 NJW 1980, 1463.

4452 In Betracht kommt allenfalls die Geltendmachung des Rechts des Verbands durch das eigene Mitglied, s dazu auch *Torggler*, Gesellschafterklagen auf Unterlassung oder Vornahme von Geschäftsführungsmaßnahmen, GES 2011, 57 (58 ff).

4453 Statt aller *Baums* in GA DJT I 201; so auch BGH 25.2.1982, II ZR 174/80 – *Holz-müller*, Rz 43.

Fasst man den Abwehranspruch als Folge von dinglichen Wirkungen des Mitgliedschaftsrechts auf, ergibt sich auch ein Rahmen, inwieweit dem einzelnen Gesellschafter ein Individualanspruch bei Verstößen gegen das Verbandsrecht zukommt. In der gesellschaftsrechtlichen Diskussion wird im Dunstkreis der 3-*Banken*-E des OGH insb die Frage diskutiert, ob ein Mitglied auch gegen die Verletzung von Gleichbehandlungspflichten vorgehen kann.⁴⁴⁵⁴ Der OGH lehnte dies mit dem Argument ab, dass damit jede (auch noch so geringe) Maßnahme der Verwaltung den womöglich diametralen Steuerungsversuchen einzelner Aktionäre (auch) im Wege von Gerichtsverfahren unterworfen wären.⁴⁴⁵⁵

Diese zustimmungswürdige Wertung des OGH kann auch mit Blick auf die hier vorgeschlagene Struktur des Individualanspruchs fundiert werden. Denn die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre ergibt sich dabei für die AG unmittelbar aus § 47a AktG, für die GmbH⁴⁴⁵⁶ wird aber ebenso wie für die OG⁴⁴⁵⁷ von einem ungeschriebenen Gleichbehandlungsgebot ausgegangen. Es ist sohin weitgehend unstr, dass der Verband einem Verbot unterliegt, seine Mitglieder unter gleichen Voraussetzungen ungleich zu behandeln. Nach den hier dargestellten Grundsätzen ist für die Begründung eines mitgliedschaftlichen Abwehranspruchs indes stets erforderlich, dass es sich hierbei nicht um eine allgemeine Verhaltensanordnung, sondern um ein Verbot handelt, mit dem ein subjektives Recht eines Mitglieds korrespondiert. Es bestehen aber eingehende Zweifel, ob das Verbot der Ungleichbehandlung gleich strukturiert ist wie das Verbot, die mitgliedschaftliche Entscheidungsteilhabe zu stören. Dies zeigt sich bereits daran, dass sich das Gleichbehandlungsgebot auf wesentlich höherer Abstraktionsstufe befindet und keine konkrete Verhaltensanordnung an den Verband beinhaltet; es erfordert stets eine Konkretisierung im Einzelfall. Eine Verhaltenspflicht der Gesellschaft ergibt sich sohin erst, wenn eine Handlung in Bezug auf ein Mitglied gesetzt wird; diese darf dann den anderen Mitgliedern nicht unbegründet vorbehalten werden. Während also hinsichtlich des Schutzes der Entscheidungsteilhabe die Notwendigkeit einer Verhaltensadaption – dh iW die Notwendigkeit, einen Beschluss der Gesellschafterversammlung einzuholen – bestimmt ist, ergibt sich ein etwaiger Abwehranspruch bei der Verletzung des Verbots der Ungleichbehandlung erst durch die Ungleichbehandlung selbst.⁴⁴⁵⁸ Geschützt durch das Gleichbehandlungsgebot

4454 Dafür: *Rüffler*, ÖJZ 2021, 405 (410 ff); *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (427), vgl aaO auch 405 f; *Lutter*, AcP 1980, 85 (127 f); dagegen: *Adolff*, ZHR 2005, 310 (324 ff); *Habersack*, Die Mitgliedschaft 282 f.

4455 OGH 28.6.2023, 6 Ob 178/22b – 3 *Banken*, Rz 187 ff.

4456 Ein Verstoß kann dabei zur Anfechtbarkeit des Gesellschafterbeschlusses führen, s *Enzinger* in Straube, WK GmbHG¹ (2013) § 41 Rz 46; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 41 Rz 30.

4457 S statt aller *Schauer* in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2018) § 108 Rz 31 ff.

4458 In diese Richtung auch *Habersack*, Die Mitgliedschaft 284.

sind sohin nicht die konkreten Handlungsmöglichkeiten des Gesellschafters, sondern vielmehr sein abstraktes Interesse, nicht schlechter als seine Mitgesellschafter behandelt zu werden. Daraus folgt, dass das Verbot der Ungleichbehandlung wohl nicht mit einem subjektiven Recht auf eine konkrete Handlung korreliert, sondern als allgemeine Verhaltensanordnung aufgefasst werden muss. Zudem ist durchaus fraglich, ob von einer sozialtypischen Offenkundigkeit der dahingehenden Verpflichtungen des Verbands ausgegangen werden kann, wenn potenziell jede Handlung im Verhältnis zu einem Mitglied zu einer Verhaltenspflicht im Verhältnis zu allen anderen führt. Es ist somit auch aus dieser Betrachtung dem OGH zuzustimmen, dass eine Verletzung der Gleichbehandlungspflicht durch den Verband nach dinglichen Grundsätzen nicht zu einem individuell durchsetzbaren Abwehranspruch des Mitglieds führt.

Darüber hinaus ist in der gesellschaftsrechtlichen Lit str, ob einem Mitglied auch die Möglichkeit zukommt, gegen satzungswidriges Verhalten des Verbands vorzugehen. Während die *üL*⁴⁴⁵⁹ dem Gesellschafter – ohne dies weiter zu begründen – kein Recht auf ein satzungsgemäßes Verhalten des Verbands zuerkennt, hat *Keuk-Knobbe* am Beispiel einer faktischen Satzungsänderung durch die Änderung des Unternehmensgegenstands ausführlich nachgewiesen, dass idZ ein Abwehranspruch des einzelnen Gesellschafters besteht.⁴⁴⁶⁰ Aus der Überlegung, dass aus der Berechtigung der Mitglieder auf Mitbestimmung ein entsprechendes, an den Verband gerichtetes Verbot folgt, wird der Schutzzumfang des Abwehranspruchs hier aber wohl weiter reichen: Wenn den Mitgliedern das Recht zukommt, über eine etwaige Änderung des Gesellschaftsvertrags zu bestimmen, darf die Entscheidung nicht durch Verwaltungshandeln vorweggenommen werden.⁴⁴⁶¹ Zumindest soweit ein satzungswidriges Verhalten als faktische Satzungsänderung aufgefasst werden kann, ist ein Abwehranspruch des einzelnen Gesellschafters somit zu bejahen.

3.1.2.3.3. *Passivlegitimation*

Nach allgemeinen Grundsätzen kann bei Verletzungen von dinglichen Rechtspositionen gegen den Störer – also denjenigen, auf den der unberechtigte Eingriff zurückgeht – vorgegangen werden.⁴⁴⁶² Begründet man die mitgliedschaftsrechtliche Abwehrklage mit Rückgriff auf dingliche Wertungen, ist ebenso davon auszugehen, dass grds jedermann dazu verhalten werden kann,

4459 *Casper* in beck-online Großkommentar § 241 AktG Rz 20; *Baums* in GA DJT I 202; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (421 ff); wohl aA *Bachner* in FS Nowotny 217 ff.

4460 *Keuk-Knobbe* in FS Ballerstedt 253.

4461 *Bachner* nennt hier das Beispiel, dass die Satzung einer AG die Unternehmenstätigkeit einer Gesellschaft auf das Inland beschränkt; hier wird die Expansion ins Ausland durch Beteiligungserwerb ohne Zustimmung der Hauptversammlung in Form einer Satzungsänderung unzulässig sein, s *Bachner* in FS Nowotny 217 f.

4462 So auch die Rsp, s OGH 15.5.2014, 6 Ob 193/13w, vgl auch RIS-Justiz RS0012110.

die Befugnisse eines Mitglieds nicht zu stören. Dies ist Ausdruck dessen, dass auf Grund der dinglichen Wirkungen einem unbestimmten Adressatenkreis – also grds jedermann – die Verhaltenspflicht auferlegt wird, nicht in die Befugnisse des Berechtigten einzugreifen. Eine Einschränkung findet die Passivlegitimation hier freilich auf Grund der erforderlichen sozialtypischen Offenkundigkeit der Verhaltenspflichten, die bei der dinglichen Bewehrung von Rechten stets nachgewiesen werden muss. Gegen gesellschaftsfremde Dritte kann sohin mangels objektiver Kundbarkeit der Rechtsposition in aller Regel nicht nach dinglichen Grundsätzen vorgegangen werden. Anderes gilt für die Gesellschaftsorgane, die mit den Mitgliedschaftsrechten vertraut sein müssen; gegen diese kann bei Eingriffen in mitgliedschaftliche Befugnisse mit einer negatorisch begründeten Abwehrklage vorgegangen werden, was auch ganz der hA in Deutschland entspricht.⁴⁴⁶³ Auch die Aussage des OGH, dass eine deliktische Haftung eines Gesellschaftsorgans bei Verletzung von mitgliedschaftlichen Informationsrechten in Betracht kommt, kann als Indiz dafür gesehen werden, dass jenes auch bei einer dinglichen Betrachtung passivlegitimiert ist.⁴⁴⁶⁴ Wenn die schuldhafte Verweigerung des Organs zur Auskunftserteilung zu Schadenersatzpflichten führt, wäre es nur schwer erklärbar, weshalb *ex ante* die Informationspflicht nicht unmittelbar gerichtlich erzwungen werden kann. Es ist sohin weitgehend unstr, dass ein mitgliedschaftlicher Abwehranspruch – soweit er mit dinglichen Rechtswirkungen begründet wird – auch gegen die Gesellschaftsorgane besteht, was Ausdruck der Außenwirkung des Mitgliedschaftsverhältnisses ist.

Bislang noch unbeleuchtet ist, inwieweit bei Störungen des Mitgliedschaftsverhältnisses auch gegen die Gesellschaft selbst nach dinglichen Grundsätzen vorgegangen werden kann.⁴⁴⁶⁵ Diese Frage stellt sich insb, wenn die negatorisch begründete Abwehrklage nicht rechtsfortbildend als Analogie der *actio negatoria*, sondern als Ausdruck des Umstands, dass der weite Sachbegriff auch Mitgliedschaftsrechte umfasst und diesen somit unmittelbar dingliche Rechtswirkungen zukommen, angesehen wird; eine Regelungslücke ist dann keine Voraussetzung für einen derart begründeten Anspruch des Mitglieds gegen den Verband. Hierbei ist in der Dogmatik des Sachenrechts völlig unstr, dass bei Eingriffen in eine dingliche Rechtsposition auch gegen den mittelbaren Störer vorgegangen werden kann.⁴⁴⁶⁶ Als mittelbarer Störer wird nach der Rsp bezeichnet, wer durch Handlungen oder Unterlassungen die Voraussetzung für die Störung durch Dritte schafft,⁴⁴⁶⁷ den Eingriff selbst veranlasst, den un-

4463 Casper in beck-online Großkommentar § 241 AktG Rz 31; Habersack, Die Mitgliedschaft 202 ff, vgl auch BGH 12.3.1990, II ZR 179/89 – Schärenkreuzer.

4464 OGH 15.3.2021, 6 Ob 248/20v Rz 15.

4465 IdZ hat Habersack ausf nachgewiesen, dass die Klagbarkeit der Gesellschaft bei Verletzungen des Mitgliedschaftsverhältnisses das Kompetenzgefüge nicht beeinträchtigt, s Habersack, Die Mitgliedschaft 196 ff.

4466 S zur Verantwortung des mittelbaren Störers bereits Holzweber, wbl 2020, 427 (434 ff).

4467 RIS-Justiz RS0011737, vgl OGH 27.6.2019, 6 Ob 6/19d.

erlaubten Zustand aufrechterhält oder untätig bleibt, wenn von ihm Abhilfe zu erwarten ist.⁴⁴⁶⁸ Als maßgeblich wird die Möglichkeit bzw Pflicht angesehen, die Störung zu steuern und allenfalls zu verhindern.⁴⁴⁶⁹ Es kann sohin ein Dritter geklagt werden, damit dieser seiner Pflicht, die Rechtsverletzung zu verhindern, nachkommt.⁴⁴⁷⁰ Hierbei wird etwa davon ausgegangen, dass eine Stadt passivlegitimiert ist, wenn von einer für die Allgemeinheit geöffneten Plattform Gegenstände fallen gelassen werden,⁴⁴⁷¹ ein Hotel dafür einstehen muss, wenn Gäste am Grundstück des Nachbarn parken⁴⁴⁷² oder eine Kite-Surfing-Schule geklagt werden kann, wenn fremde Liegenschaften durch die Flugversuche der Schüler beeinträchtigt werden.⁴⁴⁷³ Bei einer Störung einer dinglichen Rechtsposition besteht sohin eine großzügige Zurechnung Dritter, wenn deren Handeln Voraussetzung für die erfolgte Störung ist.⁴⁴⁷⁴

Diese strengen Wertungen lassen sich ohne Weiteres übertragen, wenn es durch die Gesellschaftsorgane zu einer Verletzung der Rechte eines Mitglieds kommt. Hierbei kann einerseits ganz unproblematisch davon ausgegangen werden, dass dem Verband im Verhältnis zu den Gesellschaftern die Pflicht trifft, Rechtsverletzungen abzuwehren. Dies ergibt sich bereits aus der *Erga-omnes*-Wirkung einer dinglich abgesicherten Rechtsposition: Die jedermann obliegende Pflicht, die Befugnisse eines Dritten nicht zu beeinträchtigen, umfasst nicht nur unmittelbare Störungen, sondern auch das Gewährenlassen von Störungen anderer. Akzentuiert wird dies im Mitgliedschaftsverhältnis, wo die Gesellschaft ein Gebot der Rücksichtnahme gegenüber der Rechtsposition ihrer Mitglieder trifft, insb wenn sich die Störung in ihrer Ingerenz befindet. Andererseits wird dem Verband die Möglichkeit zukommen, einem Eingriff in mitgliederschaftliche Befugnisse durch seine Organe Einhalt zu gebieten. Die Verbindung zwischen Gesellschaft und Organ wird wohl ein sehr viel engeres sein als jene zwischen Hotel und Gast bzw Kite-Surfing-Schule und Schüler, bei denen die Rsp bereits eine Verantwortung als mittelbarer Störer anerkannt hat. IdZ hat auch der BGH explizit ausgeführt, dass bei einer Klage gegen die Gesellschaft, bei der die Pflichtwidrigkeit der Verwaltung festgestellt wird, „*der Aktionär begründete Aussicht [hat], dass die Gesellschaftsorgane hieraus die notwendigen Folgen ziehen*“.⁴⁴⁷⁵ Dieser Befund findet auch eine Stütze in Überlegungen zur Struktur von Mitgliedschaftsrechten und der korrespondierenden Verpflichtungen des Verbands: Es wäre wohl ein unhaltbarer Zustand, könnte sich eine Gesellschaft durch Einschaltung ihrer Organe ihrer Pflichten – etwa hinsichtlich der Mitbestimmung ihrer Mitglieder – entledigen. Hieraus folgt, dass der

4468 RIS-Justiz RS0012110, vgl OGH 18.12.2014, 2 Ob 109/14i.

4469 OGH 23.7.2019, 9 Ob 29/19h.

4470 OGH 13.2.2007, 4 Ob 250/06b.

4471 OGH 30.10.2014, 8 Ob 20/14w.

4472 OGH 22.1.2015, 2 Ob 229/14m.

4473 LG Eisenstadt 13 R 254/01b, zitiert nach *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 112.

4474 *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 112.

4475 BGH 10.10.2005, II ZR 90/03 – *Mangusta/Comerzbank II*, Rz 22.

Verband wohl ganz unproblematisch als mittelbarer Störer bei der mitglied-schaftlichen Abwehrklage passivlegitimiert ist, wenn die unmittelbare Störung von einem Gesellschaftsorgan ausgeht; es kommt sohin dem geschädigten Mit-glied die Wahl zu, gegen wen es negatorisch vorgehen möchte.

3.1.2.4. Gegenüberstellung

Die Diskussion zum mitglied-schaftlichen Abwehranspruch ist dadurch ge-prägt, dass weitgehender Konsens besteht, dass Mitgliedschaftsrechte gegen Störungen bewehrt sind; unklar ist hingegen, wie dies dogmatisch verankert werden kann. Unstr ist hier, dass die gesetzlichen Sonderregelungen des Ge-sellschaftsrechts nicht abschließend sind. Denn es sind nur ungenügend Mög-lichkeiten vorgesehen, mit denen sich ein Gesellschafter gegen die Beeinträch-tigung seiner Befugnisse wehren kann. So sind zwar ein mitglied-schaftliches Recht auf Entscheidungsteilhabe, aber auch ein mitglied-schaftliches Vermö-gensrecht – etwa auf Beteiligung am festgestellten Gewinn – explizit vorge-sehen; das Gesetz bleibt aber stumm, wenn es um die Folgen einer Beeinträch-tigung dieser Rechte geht. Ein Rechtsmittel ist weder gegen die Weigerung, einen Jahresabschluss festzustellen, noch gegen die eigenmächtige Vornahme von Geschäften, die der Zustimmung der Gesellschafter bedürfen, vorgesehen. Nicht ausdrücklich geregelt ist sohin die Folge davon, dass es zu einer Anma-ßung und Störung der Befugnisse eines Gesellschafters durch die Gesellschaft oder einen Dritten kommt. Die (partielle) Enteignung des Mitglieds bleibt nach dem Buchstaben des Gesetzes daher ohne Konsequenz. Anders gewendet: Es fehlen sondergesetzliche Wertungen zur Bewehrung von mitglied-schaftlichen Befugnissen, wie sie den dinglichen Rechtswirkungen entsprechen.

In L und Rsp haben sich unterschiedliche Begründungsmuster herauskris-tallisiert, weshalb dem Gesellschafter im Einzelfall die Möglichkeit einge-räumt wird, gegen die Verletzung seiner Rechte vorzugehen. Probleme bereitet aber die dogmatische Einordnung eines solchen Abwehranspruchs, womit im Detail große Unsicherheiten über den Umfang der Rechtsdurchsetzungsmög-lichkeiten erwachsen. Insbes in der österreichischen L wird dies jedoch weit-gehend als gesellschaftsrechtliches Spezialproblem angesehen, weshalb hier keine umfassendere Perspektive gesucht wird. Anknüpfend an die deutsche L, die idZ für eine analoge Anwendung der Negatoria plädiert, zeigt sich aber, dass der Störungsschutz des Gesellschafters im ABGB auch dinglich begrün-det werden kann. Denn wie von der älteren Rsp angenommen, kann von einem Rechtsbesitz an Mitgliedschaftsrechten ausgegangen werden, weshalb ein Ge-sellschafter gegen Beeinträchtigungen der damit einhergehenden Befugnisse vorgehen kann. In einer wertenden Betrachtung ist dies als Vorteil für ein Re-gelungssystem anzusehen, dem ein weiter Sachbegriff zu Grunde liegt: Dritt-wirkungen bei nicht-dinglichen Rechten müssen hier nicht als Anomalie auf-gefasst werden, sondern können als Ausdruck allgemein-zivilrechtlicher Wer-tungen verstanden werden, die für die weitere Rechtsentwicklung fruchtbar

gemacht werden können. Ohne dass dies explizit angesprochen wäre, zeigt sich an diesem Beispiel, dass die Vorteile der Anwendung von sachenrechtlichen Wertungen bei Mitgliedschaftsrechten so schwer wiegen, dass diese auch für die deutsche Rechtslage – obwohl sie einem pandektistischen Paradigma diametral entgegenstehen – *per analogiam* zur Anwendung kommen.

Sieht man sohin die mitgliedschaftsrechtliche Abwehrklage im österreichischen Recht als unmittelbare Anwendung von dinglichen Rechtsbehelfen, ergeben sich Folgen für andere Begründungen für diesen Anspruch des Mitglieds. Insb scheint fraglich, ob tatsächlich eine den genuin verbandsrechtlichen Ansatz des Abwehranspruchs rechtfertigende Regelungslücke besteht, wenn im ABGB die Möglichkeit vorgesehen ist, gegen Störungen der Rechtsausübung iZm dem Mitgliedschaftsrecht vorzugehen. Hieraus folgt, dass sich die Möglichkeit der Abwehr von Eingriffen in mitgliedschaftliche Befugnisse bereits durch Auslegung der geltenden Rechtsordnung ergibt; einer Rechtsfortbildung bedarf es nicht. Dies überzeugt umso mehr, als dass die Lückenfüllung mit dem Ziel der Begründung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen im österreichischen Recht auf tönernen Füßen steht und nur wenig zu überzeugen vermag. Der verbandsrechtliche Ansatz kann sohin als Vorüberlegung für eine negatorische Durchsetzung des Mitgliedschaftsrechts angesehen werden und entspricht dieser weitgehend. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass in einer dinglichen Betrachtungsweise gleichermaßen die Innen- wie auch eine Außenwirkung des Mitgliedschaftsverhältnisses erfasst ist, was wertungsmäßig mit Blick auf die häufig geforderte Stärkung der Rechtsposition von (Minderheits-) Gesellschaftern durchaus begrüßenswert ist. Nichtsdestoweniger kann bei Verschulden darüber hinaus auch Schadenersatz verlangt werden, was zumindest im Verhältnis zu den Gesellschaftsorganen auch weitgehend unstr. ist. Es kann bei Eingriffen in die Befugnisse von Gesellschaftern somit von einem Nebeneinander von deliktischen und negatorischen Ansprüchen ausgegangen werden, was dem allgemeinen System der Rechtsdurchsetzung entspricht.

Für die hier vorliegende Perspektive, die die aus dem weiten Sachbegriff des ABGB rührenden, dinglichen Wirkungen von Rechten in den Blick nimmt, ist die mitgliedschaftsrechtliche Abwehrklage von besonderer Relevanz. Es zeigt sich hier, dass in der bisherigen Diskussion der negatorische Schutz von Rechten – wohl in Folge des herrschenden pandektistischen Paradigmas – fast generell⁴⁴⁷⁶ ignoriert wurde; operiert wird vielmehr mit dogmatischen Behelfskonstruktionen, die das vorliegende Rechtsproblem – die Beeinträchtigung von Handlungsbefugnissen, die strukturell nichts anderes ist als das Verparken einer Einfahrt – nur unzureichend erfassen. Der Rückgriff auf einen weiten Sachbegriff erlaubt es sohin, auch für Rechtsprobleme, die auf erstem Blick nichts mit dem Sachenrecht zu tun haben, etablierte Wertungen des Gesellschaftsrechts in ein umfassendes System des Zivilrechts einzuordnen, was als

4476 Als Ausnahme ist hier insb *Karsten Schmidt* hervorzuheben.

Zeichen für die Leistungsfähigkeit dieses Ansatzes angesehen werden kann. Negatorisch begründet kann sohin auch für das österreichische Recht ganz unproblematisch davon ausgegangen werden, dass ein Gesellschafter in der eingangs aufgeworfenen *Holzmüller*-Konstellation auch den Vorstand auf Unterlassung der Ausgliederung des Betriebsteils klagen kann.

3.1.3. Abwehransprüche des immaterialgüterrechtlich Berechtigten

Der Erfinder A überträgt der B-GmbH seine Rechte an einem Patent für eine Trennwand. C stellt ohne Berechtigung Trennwände her, wobei in das Ausschließlichkeitsrecht eingegriffen wird. Kann die B-GmbH vor der Eintragung der Übertragung in das Patentregister gegen C vorgehen?⁴⁴⁷⁷

Auf den hier dargestellten Sachverhalt bieten immaterialgüterrechtliche Wertungen nur auf den ersten Blick eine Lösung. Denn es ist völlig unstr., dass es für den Rechtsübergang im Patentrecht einer Eintragung in das Patentregister bedarf.⁴⁴⁷⁸ In dieser E musste sohin darüber entschieden werden, ob auch derjenige, der kein immaterialgüterrechtliches Ausschließlichkeitsrecht, sondern bloß ein Recht auf Übertragung eines Patentrechts hat, gegen eine unberechtigte Patentnutzung vorgehen kann. Der OGH nahm dabei explizit Rückgriff auf sachenrechtliche Wertungen: Das Recht des Erwerbers sei als quasi-dingliches Benutzungsrecht zu qualifizieren, weshalb dieser mit Rückgriff auf § 372 ABGB jeden Dritten, der sich auf keinen oder nur einen schwächeren Rechtstitel berufen kann, auf Unterlassung von Störungen klagen könne. Zur Lösung dieses scheinbar patentrechtlichen Rechtsproblems wird sohin auf sachenrechtliche Wertungen zurückgegriffen, sodass sich der Kläger durchsetzt, wenn er nach dinglichen Grundsätzen eine Störung seiner Befugnisse nachweisen kann.

Näher betrachtet soll hier ein besonderer Aspekt des Verhältnisses von allgemein-zivilrechtlichen Wertungen zum Immaterialgüterrecht werden. Es gilt zu untersuchen, wie sich die immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitseffekte zu dinglichen Drittwirkungen verhalten. Denn wie die eingangs angeführte E illustriert, können diese durchaus komplementär bestehen, sodass der dingliche Schutz den immaterialgüterrechtlichen ergänzt. In den Blick genommen wird daher, inwiefern einer immaterialgüterrechtlichen Berechtigung nach dinglichen Grundsätzen Drittwirkung zukommen kann. Nach dem hier vertretenen Dinglichkeitskonzept erfasst dies ausschließlich den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, von denen die

⁴⁴⁷⁷ Dieser Sachverhalt entspricht weitgehend der E OGH 12.2.1991, 4 Ob 173/90 – *Trennwand*. IW gleich war die Fallkonstellation bereits in OGH 13.11.1934, 4 Ob 430/34 SZ 16/221.

⁴⁴⁷⁸ S dazu bereits ausf 2.2.1.2.1.1.

hier nicht näher thematisierte Frage des Verhältnisses von allgemeinem Zivilrecht und Immaterialgüterrecht bei Bereicherungs- und Schadenersatzansprüchen getrennt werden muss.⁴⁴⁷⁹ Es gilt sohin zu klären, inwieweit auf Grund einer immaterialgüterrechtlichen Berechtigung nach dinglichen Grundsätzen gegen Störungen vorgegangen werden kann.

3.1.3.1. Problemaufriss

Die Schwierigkeit bei der Gegenüberstellung von immaterialgüterrechtlichen und dinglichen Rechtswirkungen liegt in ihrer Ähnlichkeit. Bei beiden besteht eine Drittwirkung *erga omnes*, sodass ein Rechtssubjekt – ohne dass eine vertragliche Verbindung oder ein besonders verpöntes Verhalten erforderlich wäre – angehalten werden kann, ein gewisses Verhalten zu unterlassen. Wie bereits im Allgemeinen Teil dieser Untersuchung ausgeführt⁴⁴⁸⁰ sind diese Rechtswirkungen jedoch Folge unterschiedlicher Konstruktionen: Während bei dinglichen Rechten als bewehrte Erlaubnisrechte ein Rechtsmittel dagegen besteht, wenn es zu Eingriffen in die Handlungsmöglichkeiten des Berechtigten kommt, sehen immaterialgüterrechtliche Ausschließlichkeitsrechte ein Verbot von abstrakt definierten Handlungen vor. Bei Immaterialgüterrechten ist sohin ohne Belang, ob durch die vorbehaltenen Handlung die Nutzungsmöglichkeiten des Berechtigten beeinträchtigt werden, was auf Grund der Nichtrivalität von Immaterialgüterrechten funktional auch unverzichtbar ist. In der Sprache der Biologie handelt es sich bei der Ähnlichkeit zwischen immaterialgüterrechtlichen und dinglichen Rechtswirkungen somit nicht um eine Homologie, sondern um eine Analogie – sie sind daher nicht auf einen gemeinsamen Ursprung zurückzuführen.⁴⁴⁸¹

Aus dieser Überlegung folgt, dass dingliche und immaterialgüterrechtliche Drittwirkungen iW parallel laufen. Es kann sich sohin auch ein Schutzrechtsinhaber dinglich gegen die Beeinträchtigung seiner Nutzungsbefugnisse wehren. In der immaterialgüterrechtlichen Diskussion wird dies unter dem Schlagwort der positiven Befugnis zum Gebrauch von Immaterialgü-

4479 Diese sind für das österreichische Recht besser erforscht, vgl dazu bereits *Schacherreiter*, die sich insb einer Gegenüberstellung der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten widmet: *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht (2018); hervorzuheben ist auch die tiefschürfende, aber bedauerlicherweise unveröffentlichte Dissertation von *Barbara Bauer*, die insb das Verhältnis von allgemeinem Zivilrecht und Urheberrecht untersucht, s *Bauer*, Urheberrechtliche Ansprüche gegen öffentliche Rechtsträger – Das Spannungsverhältnis von AHG und Sonderhaftungsrecht (Dissertation WU-Wien 2017) 34 ff.

4480 Vgl AT 3.1.3.2.2.

4481 Ein bekanntes Beispiel für eine Analogie sind in der Biologie etwa die Flügel bei Vögeln und Fledermäusen – diese sind trotz ihrer Ähnlichkeit nicht auf einen gemeinsamen „Bauplan“ zurückzuführen, da Fledermäuse anders als Vögel eine Flughaut zwischen den Fingern ihrer Vordergliedmaßen aufgespannt haben.

terrechten diskutiert.⁴⁴⁸² Darunter wird verstanden, dass dem Rechteinhaber nicht nur ein (negatives) Ausschließungsrecht, sondern auch ein positives Recht auf eigenen Gebrauch des Immaterialguts – also ein Recht des Patentinhabers, die Erfindung etwa selbst betriebsmäßig herzustellen,⁴⁴⁸³ ein Recht des Markeninhabers zum eigenen kennzeichenmäßigen Gebrauch⁴⁴⁸⁴ oder ein Verwertungsrecht des Urhebers⁴⁴⁸⁵ – zukommt. Dieses positive Recht des Schutzrechtsinhabers wird aber nur in ganz außergewöhnlichen und wohl meist nur hypothetischen Konstellationen beeinträchtigt. *Schönherr* zitiert idZ etwa das Beispiel eines Rechteinhabers, dessen patentierte Maschinen angezündet werden; hier würde klarerweise eine Störung des positiven Rechts des Erfinders, seine Erfindung selbst gewerbsmäßig zu gebrauchen, vorliegen.⁴⁴⁸⁶ Da die Zerstörung von patentgeschützten Maschinen unzweifelhaft nicht vom patentrechtlichen Ausschließungsrecht erfasst ist, wäre dies einer der raren Anwendungsfälle von dinglichen Drittwirkungen für den Schutzrechtsinhaber.⁴⁴⁸⁷ Der mit der positiven Seite des Immaterialgüterrechts einhergehende dingliche Rechtsschutz hat für den Inhaber eines immaterialgüterrechtlichen Schutzrechts somit nur eine äußerst geringe Bedeutung.

Sehr viel relevanter ist die dingliche Rechtswirkung aber bei abgeleiteten Rechten. Hier besteht eine in Deutschland sehr intensiv geführte Debatte, inwiefern mit Lizenzen ein positives Nutzungsrecht einhergeht; damit eng verbunden ist die Frage, ob ausschließliche Lizenzen als dingliche Rechte zu qualifizieren sind.⁴⁴⁸⁸ Auch in der eingangs erwähnten *Trennwand*-E des OGH wurde über die Dinglichkeit eines vom Patentrecht abgeleiteten Rechts und nicht über das Schutzrecht selbst abgesprochen. IdS geht es sohin darum, ob das abgeleitete Recht auf Nutzung des Immaterialguts gegen Beeinträchtigungen Dritter geschützt ist. Hierbei handelt es sich konzeptionell um einen Ausdruck von dinglichen Rechtswirkungen: Durch das Nutzungsrecht werden dem Berechtigten konkrete Handlungsmöglichkeiten eingeräumt, die *erga omnes* gegen Störungen geschützt sein können. Es geht sohin darum, inwieweit sich der Nut-

4482 Zum Urheberrecht etwa *Wiebe* in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien⁴ (2019) § 15 UrhG Rz 3; zum PatentR etwa *Haedicke/Timmann* in Haedicke/Timmann, Handbuch des Patentrechts² (2020) § 12 Rz 2 ff.

4483 Vgl § 22 Abs 1 PatG.

4484 Vgl § 10 MaSchG. IdZ weist *Schönherr* auf eine interessante E hin, in der eine Markeneintragung verweigert wurde, da das Kennzeichen auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften vom prospektiven Rechteinhaber nicht genutzt werden dürfte, s PA 5.11.1956, PBl 1956, 209, zitiert nach *Schönherr* in FS Troller 75.

4485 Vgl §§ 14 ff UrhG.

4486 *Schönherr* in FS Troller 75.

4487 Relevant könnte das positive Benutzungsrecht in dieser Konstellation va dann sein, wenn für den Rechteinhaber sonst keine dingliche Berechtigung an der Maschine besteht.

4488 S dazu ausf 3.1.3.2.1.

zungsberechtigte gegen Eingriffe in seine Handlungsbefugnisse durch Dritte, aber potenziell auch durch den Schutzrechtsinhaber wehren kann. Der dingliche Schutz von immaterialgüterrechtlichen Nutzungsbefugnissen betrifft sohin weniger das Schutzrecht selbst, sondern vielmehr das abgeleitete Nutzungsrecht, weshalb dieses in der Folge in den Fokus genommen wird.

3.1.3.2. Meinungsstand

Die rechtswissenschaftliche Diskussion zur dinglichen Wirkung von immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechten verläuft in Österreich und Deutschland in völlig unterschiedlichen Intensitäten. Während sich in Deutschland mehrere Habilitationen⁴⁴⁸⁹- und Dissertationsschriften⁴⁴⁹⁰ der Drittwirkung von Lizenzen und ihrer Verankerung im allgemeinen Zivilrecht widmen, wird in Österreich der juristische Diskurs vorwiegend durch die Rsp und darauf Bezug nehmende Kommentierungen und Zeitschriftenbeiträge geprägt. Da für immaterialgüterrechtliche Fragen aber auch in der österreichischen Diskussion ganz regelmäßig auf die deutsche Lit verwiesen wird, muss auch in dieser allein dem österreichischen Recht gewidmeten Untersuchung auf den Meinungsstand in Deutschland eingegangen werden. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, dass die hier ausführlich thematisierten Konstruktionsunterschiede des Sachenrechts im ABGB und im BGB auch bei der Drittwirkung von immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechten potenziell zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können.

3.1.3.2.1. Deutschland

Der Drittschutz von immaterialgüterrechtlichen Lizenzen wird in der deutschen Diskussion entlang der Unterscheidung zwischen einfacher und ausschließlicher Lizenz diskutiert. Bereits im Jahr 1904 sprach das Reichsgericht aus, dass nur einer ausschließlichen Lizenz quasi-dingliche Wirkung zukomme, die es dem Lizenznehmer erlaube, gegen Eingriffe in ein Immaterialgüterrecht vorzugehen.⁴⁴⁹¹ Auch heute wird noch ganz herrschend davon ausgegangen, dass ohne gesonderte Vereinbarung nur der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz, nicht aber der durch eine einfache Lizenz Berechtigte zur Abwehr von unberechtigten Eingriffen in ein Immaterialgüterrecht in der Lage ist.⁴⁴⁹² Eine Sonderstellung nimmt hierbei das Markenrecht ein, wo der Lizenznehmer nach der Sonderbestimmung des § 30 Abs 3 dMarkG

4489 *McGuire*, Die Lizenz 267 ff; *Pahlow*, Lizenz 338 ff.

4490 Vgl statt aller nur *Tochtermann*, Sukzessionsschutz; *Knobloch*, Abwehransprüche für den Nehmer einer einfachen Patentlizenz? (2006); *Herbst*, Die rechtliche Ausgestaltung der Lizenz und ihre Einordnung in das System des bürgerlichen Rechts (1968).

4491 RG 16.1.1904, I 373/03 RGZ 57, 38.

4492 Zum Urheberrecht mwN *U. Reber* in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts³ (2021) § 86 Rz 24 ff; zum Patentrecht s *Mes* in Mes, Patentgesetz⁵ (2020) § 139 Rz 102 f.

nur mit Zustimmung des Markeninhabers eine Verletzungsklage erheben kann, was gleichermaßen für den ausschließlichen wie für den einfachen Lizenznehmer zutrifft.⁴⁴⁹³ Während für die ausschließliche Lizenz somit generell davon ausgegangen wird, dass auch der Lizenznehmer gegen Eingriffe in das Immaterialgüterrecht vorgehen kann und somit (dingliche) Drittwirkungen bestehen, wird dies bei einfachen Lizenzen von der hA verneint.⁴⁴⁹⁴

An dieser Stelle interessiert vor allem die Begründung der dinglichen Wirkungen von ausschließlichen Lizenzen, die sich in der Möglichkeit, gegen Eingriffe in das Immaterialgüterrecht vorzugehen, manifestiert. In diesem seit mehr als 100 Jahren mit großem Aufwand geführten Streit um die korrekte Beurteilung der Rechtsnatur von Lizenzen⁴⁴⁹⁵ können *cum grano salis* drei verschiedene Argumentationsmuster unterschieden werden: Erstens wird von einem grundsätzlichen konstruktiven Unterschied zwischen ausschließlichen und einfachen Lizenzen ausgegangen. Während ausschließliche Lizenzen als dingliche Rechte qualifiziert werden, sieht man einfache Lizenzen als obligatorische Rechte an, was dazu führt, dass dingliche Drittwirkungen nur bei ersteren in Betracht kommen. Eine zweite Herangehensweise besteht darin, dass Lizenzen grundsätzlich gleich als obligatorische Rechte strukturiert sind, auf Grund gesetzlicher Wertungen aber punktuell dingliche Wirkungen hinzutreten, weshalb von einer Mischform von persönlichen und dinglichen Rechten auszugehen sei. Zuletzt wird von einer Mindermeinung idZ auch von einem Rechtsbesitz ausgegangen, was angesichts des engen Sachbegriffs des BGB durchaus erstaunlich ist.

3.1.3.2.1.1. Dichotomie von ausschließlicher und einfacher Lizenz

Die bis in jüngerer Zeit wohl hA ging davon aus, dass ausschließliche und einfache Lizenz kategorial verschieden seien. Dieser Unterschied orientiert sich dabei an der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht: Während die einfache Lizenz als bloß den Lizenzgeber verpflichtende Vereinbarung zu qualifizieren sei, wurde die ausschließliche Lizenz als Teil eines Herrschaftsrechts an einem Immaterialgut angesehen, mit dem auch gegen Störer vorgegangen werden könne.⁴⁴⁹⁶ Der ausschließlichen Lizenz komme demgemäß eine dem Sachenrecht angenäherte, absolute Natur zu;⁴⁴⁹⁷ die einfache Lizenz sei dahingehend ein bloß relativ wirkendes obligatorisches Recht. Die verschiedenen Abwehrmöglichkeiten von Eingriffen in ein Immaterialgü-

4493 MWN Ingerl/Rohnke, Markengesetz³ (2010) § 30 Rz 93.

4494 Eine Mindermeinung plädiert aber für die Zulässigkeit von Abwehrklagen bei einfachen Lizenzen, vgl Knobloch, Abwehrrsprüche 237 ff; Weinmann, Rechtsnatur der Lizenz (1996) 556 ff.

4495 So die Einschätzung in McGuire, Lizenz 537.

4496 MWN McGuire, Lizenz 143 ff; Stöckel/Brandi-Dohrn, Der dingliche Charakter von Lizenzen, CR 2011, 553 (557 f); Pablow, Lizenz 289 f; Herbst, Lizenz 203 ff.

4497 MWN Sosnitza, Gedanken zur Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, in FS Schricker (2005) 183 (190).

terrecht sind nach dieser Ansicht auf die Unterschiede in der rechtlichen Konstruktion von ausschließlicher und einfacher Lizenz zurückzuführen.

Während sich innerhalb des allgemein-zivilrechtlichen Rahmens die relative Wirkung von als schuldrechtliche Vereinbarungen angesehenen, einfachen Lizenzen ohne Weiteres verorten lässt, bedarf die Qualifikation der ausschließlichen Lizenz in diesem Rahmen einer näheren Betrachtung. Wesentlich ist hierbei der Abspaltungsgedanke: Demnach sei die Einräumung einer ausschließlichen Lizenz als Akt der Rechtsübertragung aufzufassen, mit dem ein Ausschnitt aus dem Mutterrecht herausgelöst und als Tochterrecht auf den Lizenznehmer übertragen wird.⁴⁴⁹⁸ Dem Inhaber einer ausschließlichen Lizenz wird nach diesem Ansatz somit ein Splitter des absolut wirkenden Immaterialgüterrechts zugeordnet, was in einer qualitativen Teilung des Immaterialgüterrechts resultiert.⁴⁴⁹⁹ Erforderlich sei dafür ein eigenständiges sachenrechtliches Verfügungsgeschäft, das bei der Lizenz aber idR mit dem Verpflichtungsgeschäft zusammenfallen soll.⁴⁵⁰⁰ Diese Vorstellung erinnert frappant an die deutsche Dogmatik zu dinglichen Rechten, wo das Eigentumsrecht als Mutterrecht angesehen wird, von dem beschränkte dingliche Rechte nur Ausschnitte darstellen.⁴⁵⁰¹ Tatsächlich wird auch die ausschließliche Lizenz in die Nähe des beschränkten dinglichen Rechts gerückt;⁴⁵⁰² *Louis Pablow* spricht etwa von der exklusiven Lizenz als dienstbarkeitsähnlichem Recht am geistigen Eigentum.⁴⁵⁰³

In jüngerer Zeit wurde die Auffassung, dass ausschließliche Lizenzen als (quasi-)dingliche Rechte zu qualifizieren seien, zunehmend kritisiert. Dingliche Rechte seien im deutschen Recht nur iZm körperlichen Sachen denkbar, weshalb nach *Sosnitza* diese Kategorisierung schon dem Ansatz nach problematisch sei.⁴⁵⁰⁴ Darüber hinaus verbleibt dem Rechtsinhaber trotz der „Abspaltung“ von Befugnissen im Zuge der Erteilung der ausschließlichen Lizenz die Möglichkeit zur eigenständigen Rechtsdurchsetzung.⁴⁵⁰⁵ Sehr str ist auch, ob in diesem Ansatz Alleinlizenzen – diese liegen vor, wenn sich der Lizenzgeber zwar verpflichtet, keine andere Lizenz zu erteilen, sich selbst aber ein

4498 MWN zur älteren Lit *Sosnitza* in FS Schrickner 189 f.

4499 S dazu auch *Tochtermann*, Sukzessionsschutz 110; *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553 (555); *Pablow*, Lizenz 359 ff; *Herbst*, Lizenz 112 ff.

4500 Ausf *Pablow*, Lizenz 406 ff.

4501 S dazu bereits ausf AT 4.1.1.1.

4502 *Knobloch*, Abwehransprüche 268; *Weinmann*, Rechtsnatur 557; *Herbst*, Lizenz 54.

4503 *Pablow*, Lizenz 372 f.

4504 *Sosnitza* in FS Schrickner 184.

4505 *Pablow*, Lizenz 363 ff; ausf zur Rechtsposition des Lizenzgebers nach Erteilung einer ausschließlichen Lizenz *Kühnen*, Die Ansprüche des Patentinhabers wegen Schutzrechtsverletzung nach Vergabe einer ausschließlichen Lizenz, in FS Schilling (2007) 311 (315 ff).

Nutzungsrecht vorbehält – als dinglich zu qualifizieren seien.⁴⁵⁰⁶ Als problematisch wird ebenso die Konstruktion der ausschließlichen Lizenz als dingliches Recht für das Innenverhältnis zwischen Lizenzgeber und -nehmer angesehen, da hier zur Parteienvereinbarung noch eine weitere dingliche Ebene tritt, die aber der Interessenlage der Parteien nicht entsprechen würde.⁴⁵⁰⁷ Es ist sohin in der jüngeren Diskussion in Deutschland eine gewisse Abkehr von der Vorstellung festzustellen, dass ausschließliche Lizenzen als dingliche Rechte konstruktiv völlig verschieden von einfachen Lizenzen seien.

3.1.3.2.1.2. Hybride Natur der Lizenz

Die strenge Trennung von obligatorischen einfachen Lizenzen und (quasi-)dinglichen ausschließlichen Lizenzen wurde in jüngerer Zeit vermehrt in Frage gestellt. Vielmehr seien die Drittwirkungen von ausschließlichen Lizenzen auf das Phänomen der Verdinglichung obligatorischer Rechtspositionen zurückzuführen, weshalb Lizenzen den dinglichen Rechten insoweit angenähert seien.⁴⁵⁰⁸ In diese Richtung geht auch der Ansatz, den *Mary-Rose McGuire* in ihrer Habilitationsschrift entwickelte:⁴⁵⁰⁹ In Anlehnung an *Dulkeit* konzipiert die Autorin die Lizenz als eine verdinglichte Obligation, bei der der Gesetzgeber einen für den Regelfall der Obligation hinausgehenden Drittschutz vorsieht.⁴⁵¹⁰ Die verdinglichte Obligation sei als „*obligatorische Überlassung eines Gegenstandes zum Gebrauch oder zur Nutzung, die die rechtliche Zuordnung unverändert lässt und dem Berechtigten lediglich über die Person des Rechtsinhabers eine Beziehung zum Gegenstand der Nutzung vermittelt*“ aufzufassen,⁴⁵¹¹ wofür Miete und Pacht paradigmatische Beispiele sind. Wesentliche Folge davon ist, dass es anders als nach einer dichotomen Vorstellung zu keiner Aufspaltung des Immaterialgüterrechts kommen muss, um dingliche Rechtswirkungen zu begründen.⁴⁵¹² In Bezug auf die Klagsbefugnis des Lizenznehmers gegen den Schutzrechtsverletzer bedeutet dies aber, dass auch dem ausschließlichen Lizenznehmer grundsätzlich nur ein mittelbarer Schutz zukommt; in einem eigenen Recht ist er bei Eingriffen in das Schutzrecht nicht verletzt.⁴⁵¹³ Eine Aktivlegitimation eines Lizenznehmers könne sich demnach allenfalls aus einer – im deutschen anders als im österreichischen Recht zulässigen – gewillkürten Prozessstandschaft ergeben.⁴⁵¹⁴ Zumindest hinsichtlich des hier betrachteten Schutzes vor Störun-

4506 S dazu *Forkel*, Zur dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen, NJW 1983, 1764 (1766).

4507 *McGuire*, Lizenz 536.

4508 *Hauck*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte am Beispiel einfacher immaterialgüterrechtlicher Lizenzen, AcP 2011, 626 (629 ff).

4509 Dem folgend *Tochtermann*, Sukzessionsschutz 147 ff; *Schöneich*, Dinglichkeit 265 ff.

4510 *McGuire*, Lizenz 555.

4511 *McGuire*, Lizenz 556.

4512 *McGuire*, Lizenz 557.

4513 *McGuire*, Lizenz 591 ff.

4514 *McGuire*, Lizenz 591 f. Nicht recht überzeugend ist es dabei, wenn *McGuire* dies als Vorteil ihres Modells bezeichnet, da damit die Möglichkeit der Parteiendisposition

gen⁴⁵¹⁵ von immaterialgüterrechtlichen Befugnissen geht mit dem Modell der Lizenz als verdinglichter Obligation somit eine Verringerung von dinglichen Rechtswirkungen einher.

3.1.3.2.1.3. Rechtsbesitz

Durchaus erstaunlich ist, dass zum Teil auch für das deutsche Recht dafür plädiert wird, die dinglichen Rechtswirkungen von Lizenzen durch den Rechtsbesitz zu begründen. In seiner Untersuchung der Pacht nichtsächlicher Gegenstände verweist *Cebulla* auf die Ähnlichkeit zwischen Lizenz- und Pachtvertrag und schließt daraus, dass entgegen der engen Formulierung der §§ 1029 f BGB auch dem Lizenznehmer die Position als Besitzer einzuräumen sei, der mit einem eigenständigen Abwehranspruch einhergehe.⁴⁵¹⁶ Auch *Lichtenstein* plädiert für einen Störungsschutz des einfachen Lizenznehmers durch eine Besitzstörungsklage.⁴⁵¹⁷ Dagegen wendet sich aber explizit *Louis Pablow*, der auf das enge Konzept des Rechtsbesitzes im BGB hinweist und kritisch anmerkt, dass nach einer solchen Auffassung auch der Inhaber einer relativen Lizenz gegen Störungen des Schutzrechts vorgehen könnte.⁴⁵¹⁸ Für das deutsche Recht ist der Rückgriff auf den Rechtsbesitz zwar eine durchaus originelle, aber dennoch nicht besonders überzeugende Begründung von dinglichen Rechtswirkungen bei Lizenzen.

3.1.3.2.2. Österreich

Im österreichischen Recht finden sich in den immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen vereinzelt Wertungen zu den Rechtswirkungen von Lizenzen. Gem § 35 PatG steht dem Patentinhaber die Möglichkeit zu, anderen die Benützung der Erfindung zu überlassen, wobei nach dem Gesetzeswortlaut explizit auch der Ausschluss Dritter übertragen werden kann. Im Urheberrecht ist in § 24 Abs 2 UrhG anerkannt, dass ausschließliche Werknutzungsrechte, aber auch schlichte Werknutzungsberechtigungen erteilt werden können; eigene gesetzliche Wertungen zur Aktivlegitimation des Lizenznehmers im Verletzungsprozess finden sich indes nicht. In Umsetzung der Marken-RL⁴⁵¹⁹ ist seit 2018 in § 14 Abs 3 MaSchG vorgesehen, dass der Lizenznehmer eine Verletzungsklage nur mit Zustimmung des Markeninhabers anhängig machen kann. Aus den gesetzlichen Vorgaben ergibt sich so-

gestärkt würde.

4515 *McGuire* bezieht dieses Modell auf andere Charakteristika von dinglichen Rechten wie den Sukzessionsschutz und die Behandlung in der Zwangsvollstreckung und in der Insolvenz, wo es überzeugendere Ergebnisse liefert.

4516 *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände (1999) 114.

4517 *Lichtenstein*, GRUR 1965, 344 (346).

4518 *Pablow*, Lizenz 510 ff.

4519 RL (EU) 2015/2436.

hin, dass auch ein Lizenznehmer dem Grunde nach gegen Verletzungen des Schutzrechts vorgehen kann – dies wurde von Rsp und L näher präzisiert.

Bereits früher thematisiert wurde die auslegungsbedürftige Bestimmung des § 43 Abs 2 PatG, wonach eine Patentlizenz erst ab Eintragung in das Patentregister Wirkung gegenüber dritten Personen zukommt.⁴⁵²⁰ Mit Blick auf die Mat ist bei dieser aus dem PatG 1897 stammenden Wertung ein enges Verständnis angezeigt: Anders als nach dem heutigen Sprachgebrauch betrifft die Notwendigkeit der Registereintragung nur das Verhältnis zu Personen, denen ein Recht am Patent zukommt – also die Innenwirkung des Rechts. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass die Eintragung in das Patentregister für die Aktivlegitimation des Lizenznehmers im Verletzungsprozess ohne Bedeutung ist.

3.1.3.2.2.1. Rechtsprechung

Die Rsp unterscheidet hinsichtlich der Aktivlegitimation des Lizenznehmers nach der Ausgestaltung der Lizenz. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1913 prägte der OGH den Rechtssatz, dass nur der Inhaber einer ausschließlichen, nicht auch der einer einfachen Lizenz zur Klage wegen Eingriffs in ein Schutzrecht legitimiert ist.⁴⁵²¹ Die Begründung ist dabei ausführlich und illustrativ: Einerseits soll es zur Drittwirkung nicht auf die Eintragung der Lizenz in das Patentregister ankommen, da die Parallelbestimmung des heute § 43 Abs 2 PatG bloß das Verhältnis zu Personen regle, *„die sonst befugt wären, das von ihnen nicht erteilte Lizenzrecht selbst zu beseitigen“*, nicht aber zu Verletzern des Schutzrechts. Andererseits sei in einer wirtschaftlichen Betrachtung auf das Risiko des Lizenznehmers abzustellen: Da der Zweck der ausschließlichen Lizenz in der Exklusivität der Nutzungsbefugnis bestehe, müsse hier stets ein Abwehrrecht gegeben sein; nicht aber bei einer nicht-ausschließlichen Lizenz. Als ausreichend für die Aktivlegitimation des Lizenznehmers wird aber bereits eine Ausschließlichkeit in Teilen des damaligen Kaiserreichs⁴⁵²² angesehen. Interessant bei dieser Begründung ist, dass der Lizenznehmer nicht auf Grund eines Eingriffs in das Schutzrecht, sondern basierend auf der Verletzung seines vertraglich zugesicherten Nutzungsrechts als klagslegitimiert angesehen wurde, da nach Auffassung des OGH nicht einzusehen sei, *„warum ein dem Wesen und dem Zwecke der ausschließlichen Lizenz entsprechendes subjektives Recht nicht Rechtsschutz genießen sollte“*. Kurz darauf wählte der OGH als Kassationshof⁴⁵²³ eine völlig andere Begründung für die Aktivlegitimation des Inhabers einer ausschließlichen Patentlizenz: Nur wenn die Lizenz in das Patentregister eingetragen sei, könne der Lizenzinhaber klagen, da sein Recht mit

4520 S bereits 2.1.3.1.3.

4521 OGH 8.1.1913, Rv III 543/12/1 PBl 1913, 289.

4522 Die Ausschließlichkeit betraf in diesem Fall nur Schlesien und Galizien.

4523 OGH 26.11.1917, Kr I 184/17 PBl 1919, 8.

der Intabulation zu einem dinglichen geworden sei. Mit der Eintragung in das Register trete der Lizenznehmer an die Stelle des Patentinhabers, weshalb ihm, da er „in sinngemäßer Anwendung des § 309 ABGB Besitzer des Patentrechts im Wege der Rechtsnachfolge geworden ist, ganz zweifellos Klagen auf Anerkennung des Rechts, auf Unterlassung fernerer Eingriffshandlungen, auf Entschädigung oder Bereicherung“ zustehen. Ähnlich ist eine E aus 1934, in der nur dem ausschließlichen Lizenznehmer die Möglichkeit zur Klagserhebung eingeräumt wurde, gegen Rechtsverletzungen vorzugehen, was damit begründet wurde, dass im Fall der Erteilung einer ausschließlichen Lizenz nicht mehr der Schutzrechtsinhaber, sondern nur noch der Lizenznehmer gegen Eingriffe vorgehen könne.⁴⁵²⁴ Dem widersprach aber kurz darauf eine E eines anderen Senats des OGH, in der betont wurde, dass Schutzrechtsinhaber und ausschließlicher Lizenznehmer gleichermaßen zur Geltendmachung von Verletzungsansprüchen legitimiert seien.⁴⁵²⁵ Die Ausführungen des Höchstgerichts zur Erteilung der ausschließlichen Lizenz sind dabei illustrativ:

„Es erfolgt keine Abtretung von Rechten; vielmehr überlässt der Patentinhaber die Benutzung der Erfindung dritten Personen (...); er bleibt aber Herr des Patentrechts, das er nicht aufgibt; er gestattet nur anderen, die Vorteile der Erfindung zu genießen (...). Die Einräumung der Ausübung selbst eines ausschließlichen Gebrauchsrechts an der Erfindung ist mit der Übertragung der Erfinderrechte nicht zu verwechseln. Selbst wenn der Erfindungsberechtigte von der Benutzung der Erfindung völlig ausgeschlossen wird, bleibt er dennoch das alleinige Subjekt des Erfinderrechts; die Überlassung der Benutzung der Erfindung an dritte Personen schafft diesen allerdings auch ein Recht, und zwar sowohl gegen den Erfindungsberechtigten, wie auch unter Umständen gegen Dritte, die der ausschließlichen Ausübungsbefugnis zuwiderhandeln.“⁴⁵²⁶

Die ältere Rsp schwankte sohin zwischen zwei verschiedenen Begründungsansätzen für die Aktivlegitimation des ausschließlichen Lizenznehmers: Einerseits wird davon ausgegangen, dass die drittbewehrte Lizenz als dingliches Recht anzusehen sei, wobei hier für die Patentlizenz die Eintragung in das Patentregister als notwendige Voraussetzung gesehen wurde. Andererseits wird die Drittwirkung aus der Ausschließlichkeit des Gebrauchsrechts gefolgert, wobei das Schutzrecht selbst unangetastet bleibt.

Wiewohl in der jüngeren Rsp auf die unterschiedlichen Begründungsansätze nicht explizit eingegangen wird, tendieren die Einzelfallwertungen deutlich in eine Richtung. So ist für das Urheberrecht völlig unstr., dass der

4524 OGH 13.11.1934, 4 Ob 430/34 JBl 1935, 235.

4525 OGH 22.4.1936, 1 Ob 261/36 SZ 18/71.

4526 OGH 22.4.1936, 1 Ob 261/36 SZ 18/71 (S 206 f).

Inhaber eines ausschließlichen Werknutzungsrechts zur Klagserhebung aktivlegitimiert ist, wobei nach nicht völlig widerspruchsfreier Rsp parallel auch der Urheber zur Geltendmachung aller urheberrechtlichen Rechtsbehelfe berechtigt ist.⁴⁵²⁷ Auch für das Patentrecht wird davon ausgegangen, dass der ausschließliche Lizenznehmer – unabhängig von der Eintragung der Lizenz in das Patentregister – aktivlegitimiert ist.⁴⁵²⁸ Nur eingeschränkt unmittelbar heranzuziehen ist auf Grund der Neufassung des § 14 MaSchG⁴⁵²⁹ auf unionsrechtlicher Grundlage die Rsp zur Drittwirkung von Lizenzen im Marken- und Kennzeichenrecht.⁴⁵³⁰ Die älteren Entscheidungen zur Drittwirkung der markenrechtlichen Lizenz enthalten aber durchaus verallgemeinerbare und noch gültige Wertungen. So wurde etwa betont, dass der Lizenznehmer kein abgeleitetes, sondern ein originäres Recht erwirbt.⁴⁵³¹ In der Entscheidung *Hugo Boss I* findet sich bestätigt, dass nur der ausschließliche Lizenznehmer gegen Beeinträchtigungen des Markenrechts vorgehen kann, wobei hier auf den in der deutschen Lit geläufigen Abspaltungsgedanken⁴⁵³² Bezug genommen wird.⁴⁵³³ Dieser ist in der darauffolgenden *Hugo Boss II-E* wieder etwas relativiert, da betont wurde, dass die Drittwirkung „aus dem ausschließlichen Charakter der Lizenz folgt“; dementsprechend besteht bei Eingriffen in das Markenrecht eine doppelte Klagsbefugnis von Markeninhaber und ausschließlichem Lizenznehmer.⁴⁵³⁴ Von besonderem Interesse ist hier, dass auch der Alleinlizenz – also wenn sich der Lizenzgeber zwar verpflichtet, keine andere Lizenz zu erteilen, sich selbst aber ein Nutzungsrecht vorbehält – Drittwirkungen zugemessen wird. Es wird von der Rsp aber auch anerkannt, dass bei einer einfachen Lizenz ein Klagsrecht eingeräumt werden kann, wobei dies nicht als bloße Prozessstandschaft zu qualifizieren sei, da es zu einer Ableitung des Rechts des Markeninhabers

4527 S OGH 25.1.2022, 4 Ob 219/21s; OGH 26.11.2020, 4 Ob 175/20v; OGH 20.6.2006, 4 Ob 47/06z; OGH 24.4.2001, 4 Ob 93/01g; OGH 12.3.1996, 4 Ob 9/96; OGH 28.6.1994, 4 Ob 76/94. Nunmehr überkommen ist wohl die Rsp, dass dem Urheber nach Erteilung eines Werknutzungsrechts keine Schadenersatzansprüche mehr zukommen, s dahingehend aber OGH 12.4.1983, 4 Ob 319/83 ÖBl 1984, 26.

4528 OGH 12.2.1991, 4 Ob 173/90 – *Trennwand*, vgl auch *Koller* in Stadler/Koller, PatG § 35 Rz 10.

4529 Vgl dazu jüngst OGH 25.6.2024, 4 Ob 3/24f, in der ausgesprochen wurde, dass dem Lizenznehmer nur eine abgeleitete Aktivlegitimation zukommt. Der Lizenznehmer kann sich dem Streit nach § 14 Abs 4 MSchG als einfacher Nebenintervenient anschließen.

4530 Hier wurde mit Rückgriffnahme auf § 9 UWG auch zT für den Berechtigten einer einfachen Lizenz von einer Aktivlegitimation ausgegangen, vgl OGH 18.10.1994, 4 Ob 115/94 – *Slender You*.

4531 OGH 10.7.2007, 4 Ob 103/07m.

4532 S dazu bereits AT 4.1.1.1.

4533 OGH 15.2.2000, 4 Ob 29/00v – *Hugo Boss I*.

4534 OGH 17.8.2000, 4 Ob 178/00f – *Hugo Boss II*.

komme.⁴⁵³⁵ Alle diese Einzelentscheidungen können sohin als Indiz dafür gesehen werden, dass die jüngere Rsp eher davon ausgeht, dass die Aktivlegitimation des ausschließlichen Lizenznehmers nicht auf eine Abspaltung von Befugnissen des Schutzrechtsinhabers, sondern auf das ausschließliche Nutzungsrecht des Lizenznehmers zurückzuführen ist.

3.1.3.2.2.2. Lehre

Die unterschiedlichen Ansätze zur Begründung von Drittwirkungen der ausschließlichen Lizenz zeigen sich auch im Schrifttum. *Schanda* geht dabei entgegen der Rsp davon aus, dass auf Grund der Anordnung des § 43 Abs 2 PatG Patentlizenzen stets nur unter Voraussetzung ihrer Eintragung in das Patentregister gegen Dritte wirksam sein können; dasselbe gelte für die Markenlizenz.⁴⁵³⁶ In der Konstruktion der dinglichen Wirkung der absoluten Lizenz verweist *Schanda* auf den im deutschen Recht etablierten Abspaltungsgedanken: Es müsse eine Verfügung vorliegen, mit der es zu einer Übertragung eines Anteils des Schutzrechts komme, wobei der Begünstigte durch die Verfügung etwas erhält, was der Verfügende verliert.⁴⁵³⁷ Die Unterscheidung zwischen ausschließlicher und einfacher Lizenz alleine liefere aber keinen hinreichenden Anhaltspunkt für die Drittwirkung von Lizenzen.⁴⁵³⁸ Ebenso sieht *Nauta* bei ausschließlichen Lizenzen die Verfügung über das Schutzrecht als Grund für die Drittwirkung, wobei als Modus eine Registrierung der Lizenz notwendig sei.⁴⁵³⁹ *Hiti* plädiert dahingehend dafür, die Begriffe der absoluten und der dinglichen Rechtswirkung stärker voneinander zu trennen, weshalb die Drittwirkung von Lizenzen auch nicht dinglich gerechtfertigt werden müsse; im Einklang mit der Rsp sei eine Eintragung der Lizenz in ein Register dafür aber nicht vonnöten.⁴⁵⁴⁰ Auch von *McGuire* wird darauf hingewiesen, dass im österreichischen Recht die Drittwirkung von Lizenzen keinen dinglichen Charakter habe.⁴⁵⁴¹ Es herrscht im österreichischen Schrifttum somit Unklarheit, ob die Drittwirkung von ausschließlichen Lizenzen auf den Gedanken der Abspaltung von Befugnissen vom Schutzrecht oder auf die eigenständige Drittwirkung der ausschließlichen Lizenz zurückgeführt werden kann.

Die wohl tiefeschürfendste Begründung für die besonderen Charakteristika von ausschließlichen Lizenzen findet sich für das österreichische Recht bei *Helmut Koziol*. Diesen Ansatz entwickelte er iW bereits in der 2. Auflage seines

4535 OGH 15.10.2002, 4 Ob 209/02t – *Brühl*; bestätigt in OGH 16.12.2003, 4 Ob 213/03g – *Canon*.

4536 *Schanda*, Die Wirkung der Markenlizenz gegenüber Dritten, GRUR Int 1994, 275 (276 ff).

4537 *Schanda*, GRUR Int 1994, 275 (284 ff).

4538 *Schanda*, Kritisches zur Aktivlegitimation des Markenlizenznehmers, ÖBl 2001, 151.

4539 *Nauta*, Die Rechtsstellung des Lizenznehmers, ÖJZ 2003, 404 (406 f).

4540 *Hiti*, Zur Drittwirkung von Marken- und Patentlizenzen, ÖBl 2003, 4 (5 ff).

4541 *McGuire*, Lizenz 498.

Österreichischen Haftpflichtrechts im Jahr 1984;⁴⁵⁴² aktualisiert und im Detail modifiziert wurde er in der aktuellen 3. Auflage.⁴⁵⁴³ Sein – auch davor von *Gabriele Koziol*⁴⁵⁴⁴ formuliertes – Anliegen ist es dabei, die Rechtswirkungen der Lizenz durch Besinnung auf die allgemeinen Regeln in ein zivilrechtliches Gesamtsystem einzuordnen.⁴⁵⁴⁵ *Helmut Koziol* kritisiert dabei einen Ansatz, nach dem bloß aus der Ausschließlichkeit einer Lizenz auf die Drittwirkung geschlossen werden könne. Für seinen eigenen Erklärungsansatz nimmt *Koziol* unmittelbar Bezug auf das Konzept der unkörperlichen Sache und qualifiziert Immaterialgüterrechte als Eigentumsrecht iW.S. an einem Immaterialgut.⁴⁵⁴⁶ Eine mit Drittwirkung ausgestattete Lizenz sei dabei als beschränktes dingliches Recht anzusehen, wobei auf Grund des weiten Sachbegriffs die einschlägigen sachenrechtlichen Bestimmungen des ABGB Anwendung finden.⁴⁵⁴⁷ Die mit Drittwirkung ausgestattete Lizenz könne sohin als dingliches Recht qualifiziert werden; ansonsten sei von einer rein schuldrechtlichen Einräumung der Benutzung auszugehen.⁴⁵⁴⁸ Voraussetzung für die Drittwirkung der Lizenz sei ein dingliches Verfügungsgeschäft; während *Koziol* bei Patentlizenzen in der 2. Auflage noch für die Notwendigkeit der Eintragung in das Patentregister als Modus plädierte,⁴⁵⁴⁹ lässt er diese Voraussetzung in der 3. Auflage aber fallen, sodass hier die Einräumung von dinglich wirkenden Nutzungsrechten formfrei wie bei einer Zession erfolgen könne.⁴⁵⁵⁰ IdS ist der Ansatz von *Koziol* als Übernahme der von der deutschen Diskussion bekannten⁴⁵⁵¹ Dichotomie von dinglicher und obligatorischer Lizenz anzusehen, wobei keine Einbettung in das System des österreichischen Zivilrechts erfolgt.

3.1.3.2.3. *Synthese*

Die Betrachtung des Meinungsstands hinsichtlich der Rechtswirkungen von Lizenzen ergibt zumindest hinsichtlich des Auslegungsergebnisses ein homogenes Bild: Während – vorbehaltlich gesonderter gesetzlicher Vorschriften – der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz gegen Eingriffe in das Schutzrecht vorgehen kann, kommt dem durch eine einfache Lizenz Berechtigten ohne gesonderte Vereinbarung diese Möglichkeit nicht zu. Dieses Ergebnis überzeugt auch in einer wirtschaftlichen Betrachtung: Da der ausschließliche Lizenznehmer typischerweise höhere Investitionen auf sich nimmt als der In-

4542 *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 245 ff.

4543 Im Folgenden wird va auf die jüngere Ansicht *Koziols* eingegangen.

4544 *G. Koziol*, Lizenzen 4 ff.

4545 *Koziol*, öHPR II³ 543 f (Rz 347).

4546 *Koziol*, öHPR II³ 543 f (Rz 348).

4547 *Koziol*, öHPR II³ 544 f (Rz 349); *G. Koziol*, Lizenzen 73 f.

4548 *Koziol*, öHPR II³ 546 f (Rz 351).

4549 *Koziol*, öHPR II² 250 f.

4550 *Koziol*, öHPR II³ 543 f (Rz 3559).

4551 S bereits 3.1.3.2.1.1.

haber einer einfachen Lizenz, besteht hier ein berechtigtes Interesse, Eingriffe in das Schutzrecht eigenständig abzustellen.⁴⁵⁵² Die eine dingliche Wirkung von ausschließlichen Lizenzen bejahende hL und stRsp sind sohin im Einklang mit den Erfordernissen des Rechtsverkehrs.⁴⁵⁵³

Größere Schwierigkeiten bereitet indes die dogmatische Verankerung einer etwaigen Drittwirkung von Lizenzen im System des allgemeinen Zivilrechts. Hier bestehen iW drei Herangehensweisen: Erstens wird die mit Drittwirkung ausgestattete Lizenz als (quasi-)dingliches Recht angesehen, bei dem dem Lizenznehmer durch ein Verfügungsgeschäft ein Teil des Immaterialgüterrechts zugeordnet wird; dies wird vor allem von der älteren deutschen L und in Österreich von Teilen der L und der älteren Rsp vertreten. Auf *Mary-Rose McGuire* ist der Ansatz zurückzuführen, Lizenzen als verdinglichte Obligationen anzusehen, was jedoch eine Ablehnung der Aktivlegitimation des Lizenznehmers im Störfall zur Folge hat, außer wenn diese gesondert vereinbart wurde. Zuletzt wird auch dem exklusiven Nutzungsrecht selbst ein – vom Immaterialgüterrecht unabhängiger – Schutz vor Störungen zugemessen, was durch pragmatische Überlegungen bei Teilen der österreichischen Rsp oder aber auch durch Rückgriff auf den Rechtsbesitz erfolgt.

3.1.3.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB

Zur Begründung der Aktivlegitimation des Lizenznehmers bei Eingriffen in immaterialgüterrechtliche Befugnisse soll nun unmittelbar an die zivilrechtlichen Wertungen des Sachenrechts des ABGB angeknüpft werden. Dabei kann die Möglichkeit der Störfallabwehr – wie bereits von *Mario Cebulla*⁴⁵⁵⁴ herausgearbeitet – im Rechtsbesitz des Lizenznehmers verortet werden. Dies überzeugt va in einem Regelungssystem wie dem ABGB, in dem durch den weiten Sachbegriff auch Rechte Gegenstand dinglicher Rechte sein können.⁴⁵⁵⁵ Durch den Rechtsbesitz kann der Lizenznehmer generell gegen Störungen seiner Befugnisse vorgehen, wobei die Klage gegen denjenigen, der in immaterialgüterrechtlich vorbehaltene Rechte eingreift, nur eine der denkbaren Fallgruppen ist. Darüber hinaus sind auch Rechtsmittel gegen einen Dritten, der die Rechtsausübung des Lizenznehmers stört, ohne eine immaterialgüterrechtlich vorbehaltene Handlung zu setzen, aber potenziell auch Ansprüche gegen den Lizenzgeber denkbar. In der Folge sollen zunächst die bislang vertretenen Ansätze zur Drittwirkung von Lizenzen einer kritischen Überprü-

4552 MwN G. Koziol, Lizenzen 81 f.

4553 AA Knobloch, der mit Rückgriff auf rechtsökonomische Argumente für Abwehransprüche des einfachen Lizenznehmers plädiert, s Knobloch, Abwehransprüche 307 ff.

4554 Cebulla, Pacht 114.

4555 Den Rechtsbesitz an Lizenzen bejahend Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht (1991) 109.

fung unterzogen werden, soweit dies die Aktivlegitimation bei Verletzungsprozessen betrifft.⁴⁵⁵⁶ Danach werden die Ableitung von Abwehransprüchen aus dem Rechtsbesitz und der Umfang des Störungsschutzes thematisiert.

3.1.3.3.1. Kritik an der hl

Wie im Überblick über den Meinungsstand dargestellt, bestehen derzeit neben der Anknüpfung an den Rechtsbesitz iW zwei verschiedene dogmatische Ansätze zur Beurteilung der Aktivlegitimation von Lizenznehmern im immaterialgüterrechtlichen Verletzungsprozess. IdZ plädiert insb *McGuire* für eine primär schuldrechtliche Konzeption (auch) der ausschließlichen Lizenz, sodass hier ein Störungsschutz des Lizenznehmers ohne vertragliche Einräumung ausscheiden muss. Mit Blick auf die österreichische Rsp lässt sich aber feststellen, dass der Ansatz von *McGuire*, dass auch der ausschließliche Lizenznehmer nicht gegen Dritte vorgehen kann, klar abgelehnt wird. Denn seit dem frühen 20. Jhd ist unstr, dass sich der ausschließliche Lizenznehmer neben dem Schutzrechtsinhaber gegen Verletzungen des Schutzrechts wehren kann. Auch die eng am Sachenrecht des deutschen BGB erfolgte Konstruktion⁴⁵⁵⁷ der Lizenz als verdinglichte Obligation überzeugt für das ABGB nicht. Im Regelungssystem des ABGB, das auf Grund des weiten Sachbegriffs nicht auf einer kategorialen Trennung von Schuld- und Sachenrecht aufgebaut ist, ist die Rechtsfigur der „verdinglichten Obligation“ nicht notwendig, um etwaige Drittwirkungen von Rechten erklären zu können. Vielmehr geht mit der grundsätzlichen Anwendbarkeit von sachenrechtlichen Bestimmungen auf Rechte die Möglichkeit einher, dingliche Rechtswirkungen ohne die Kreation eines Hybrids zwischen Schuld- und Sachenrecht – wie er in der Figur der verdinglichten Obligation besteht – systemkonform einzuordnen. Für das österreichische Recht ist der Ansatz von *McGuire* zur Einordnung der Lizenz sohin konzeptionell abzulehnen; dieser ist zudem nicht in der Lage, die etablierten Wertungen der österreichischen Rsp dogmatisch einzuordnen.

Sehr viel näher an den Wertungen der österreichischen Rsp ist *prima vista* der Ansatz, der von einer (quasi-)dinglichen Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz ausgeht, was für das österreichische Recht insb von *Helmut* und *Gabriele Koziol* vertreten wird. Dies ist iW auf die Überlegung zurückzuführen, dass

4556 Als weitere Charakteristika der Dinglichkeit von Lizenzen werden idR der Sukzessionschutz und die Behandlung in der Insolvenz genannt. Diese sollen im vorliegenden Rahmen aber nicht weiter diskutiert werden, da dies vom grundsätzlichen Forschungsinteresse wegführen würde. Hingewiesen wird bloß darauf, dass bei der insolvenzrechtlichen Beurteilung Lizenzverträge grds wie Bestandverträge beurteilt werden, was angesichts des Umstands, dass hier dieselbe dingliche Rechtsposition als Rechtsbesitzer gegeben ist, nicht überrascht, s dazu weiterführend: *Höller* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz³ § 14 Rz 216 ff; *Höller* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz³ § 32 Rz 21 ff.

4557 S *McGuire*, Lizenz 267 ff.

durch die Lizenz ein Teil des Immaterialgüterrechts abgespalten und an den Lizenznehmer übertragen wird. Auch hier bestehen freilich Spannungen mit der Rsp: So ist durchaus unklar, weshalb der Schutzrechtsinhaber nach stRsp vollumfänglich neben dem Lizenznehmer gegen Rechtsverletzungen vorgehen kann, wenn sich jener eines Teils seines Rechts entäußert haben soll. Viel eher würde mit diesem Ansatz die – explizit von der stRsp abgelehnte – Wertung naheliegen, dass im Umfang der Aktivlegitimation des Lizenznehmers dem Schutzrechtsinhaber keine bzw nur eingeschränkte Möglichkeiten zukommen, gegen Verletzungen vorzugehen. Auch die von der Rsp bejahte Drittwirkung der Alleinlizenz bzw der geographisch begrenzten Exklusivlizenz lässt sich nach diesem Modell nicht ohne Weiteres begründen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich sohin, dass iE auch ein Ansatz, der von einer (quasi-)dinglichen Natur der ausschließlichen Lizenz ausgeht, die Wertungen der österreichischen Rsp nicht reibungslos dogmatisch einzuordnen vermag.

Auch konzeptionell verursacht ein Ansatz, der die ausschließliche Lizenz als (quasi-)dingliches Recht ansieht, im österreichischen Rechtssystem durchaus Reibungen. So sieht *Helmut Koziol* das Immaterialgüterrecht als ein Eigentumsrecht im weiten Sinne an Immaterialgütern an;⁴⁵⁵⁸ das Urheberrecht könne somit etwa auch als ein Eigentum an der eigentümlichen geistigen Schöpfung angesehen werden. Daraus folge, dass einer ausschließlichen Lizenz ebenso wie einem dinglichen Nutzungsrecht an einer körperlichen Sache Drittwirkungen zukommen müssen. Auch wenn nach dem weiten Sachbegriff eine Eigentumsposition an nicht in Rechten bestehenden, unkörperlichen Sachen durchaus denkbar ist,⁴⁵⁵⁹ kommt einer solchen Begründung aus immaterialgüterrechtlicher Sicht ungeahnte Sprengkraft zu. Denn dies bedeutet nichts weniger, als dass bei jedem immaterialgüterrechtlichen Schutzrecht noch parallel eine zivilrechtliche Rechtsposition an der unkörperlichen Geistesschöpfung besteht. Dies erfordert eine – bislang noch nicht einmal im Ansatz begonnene – Ausleuchtung des Verhältnisses zwischen immaterialgüterrechtlichen und zivilrechtlichen Wertungen. Besondere Schwierigkeiten bereitet hier zweifellos die Beurteilung von geistigen Schöpfungen, die nicht die Voraussetzungen eines immaterialgüterrechtlichen Schutzrechts erfüllen: Diesen würde potenziell dingliche Drittwirkung zukommen, obwohl sie nach immaterialgüterrechtlichen Wertungen gemeinfrei sind und sohin von jedermann frei genutzt werden können; wodurch diesbezüglich eine auflösungsbedürftige Antinomie zwischen Immaterialgüterrecht und allgemeinem Zivilrecht entstünde. Das ABGB würde somit potenziell zum allumfassenden Meta-Immaterialgüterrecht, ohne dass es dazu einschlägige Wertungen⁴⁵⁶⁰ enthielte. Der Ansatz, die Drittwirkung von Lizenzen durch eine Eigentumsposition an geistigen Schöpfungen zu

4558 Durchaus beachtlich dabei *Hodik*, UFITA 1985, 109 (123 ff).

4559 Vgl dazu bereits AT 3.1.3.2.3.

4560 S dazu bereits ausf AT 2.2.1.

erklären, ist somit im derzeitigen Stand der Forschung durch die ungelösten Friktionen mit etablierten immaterialgüterrechtlichen Wertungen nur wenig tragfähig.

Eine besondere Problematik entsteht bei der Vorstellung der Abspaltung von Befugnissen an den Lizenznehmer durch die persönlichkeitsrechtliche Ausprägung von Immaterialgüterrechten. Dies zeigt sich besonders illustrativ beim Urheberrecht, dem auf Grund seiner monistischen Ausgestaltung die Sachqualität fehlt.⁴⁵⁶¹ Dementsprechend besteht auch unstr keine Möglichkeit, das Urheberrecht zu übertragen, was sich auch unmittelbar aus § 23 Abs 3 UrhG ergibt. Vor diesem Hintergrund wäre es aber inkonsequent, zur Begründung von Drittwirkungen bei Lizenzen auf die Übertragung eines Rechtsspieters des Urheberrechts zurückzugreifen – in Umgehung der Wertung des § 23 Abs 3 UrhG käme es dann zu einer partiellen Übertragung des Urheberrechts. Vielmehr kann mit *Robert Dittrich* ganz zu Recht davon ausgegangen werden, dass auch das (ausschließliche) Werknutzungsrecht nicht als Rechtsübertragung angesehen werden kann, sondern vielmehr ein neues, vom Schutzrecht verschiedenes Recht begründet.⁴⁵⁶² Der Abspaltungsgedanke führt somit immer dann zu Problemen, wenn das Recht untrennbar mit der Person des Berechtigten verbunden ist.⁴⁵⁶³

Zuletzt ist auch die Vorstellung, dass es für die Drittwirkung von Lizenzen im österreichischen Recht eines eigenständigen Verfügungsgeschäfts bedarf, problematisch.⁴⁵⁶⁴ Denn unabhängig davon, ob für das Patentrecht die Eintragung in das Patentregister als einzig zulässiger Modus für die Rechtsübertragung angesehen wird, bedarf es nach diesem Ansatz stets einer eigenständigen rechtlichen Erwerbungsart. Es ist jedoch nicht abzusehen, welche der in den §§ 426 ff ABGB angeführten Formen der rechtlichen Übergabe hier in Betracht kommen. Vielmehr wird wohl an die pandektistische Vorstellung angeknüpft, dass für die rechtliche Übergabe ein „dinglicher Vertrag“ abzuschließen sei, mit dem über das Rechtsobjekt verfügt wird. Tatsächlich stellt die Rsp aber auch auf die dingliche Einigung nicht ab: So wird dem Erwerber eines gewerblichen Schutzrechts schon mit Vertragsabschluss die Möglichkeit eingeräumt, gleich einem Inhaber einer ausschließlichen Lizenz gegen Verletzungen vorzugehen – unabhängig davon, ob eine Eintragung in das öffentliche Register erfolgt ist.⁴⁵⁶⁵ Beim Patenterwerber, der noch nicht in das Patentregister eingetragen ist, wird jedenfalls noch keine Form der dinglichen Einigung vorliegen; der einschlägige Modus wäre wohl die Registereintragung. Da es in diesem Fall an einer Verfügung fehlt, müsste nach diesem Ansatz eine Drittwirkung bei Verletzungen des Schutzrechts ausscheiden; die stRsp bejaht

4561 Vgl bereits ausf AT 2.2.2.1.1.

4562 *Dittrich*, Verlagsrecht 8 f.

4563 S zur Namenslizenz auch *Nauta*, ÖJZ 2003, 404 (406 f).

4564 S dazu bereits ausf *Holzweber/Isola*, ÖJA 2024, 1.

4565 OGH 12.2.1991, 4 Ob 173/90 – *Trennwand*; OGH 13.11.1934, 4 Ob 430/34 SZ 16/221.

diese aber. Das Anknüpfen an das Verfügungsgeschäft für die Drittwirkung von Lizenzen kann sohin für das österreichische Recht weder konzeptionell noch in ihren Folgerungen für konkrete Auslegungsergebnisse überzeugen.

3.1.3.3.2. *Herleitung des Abwehranspruchs*

Im hier vorgeschlagenen Ansatz können die Abwehransprüche des Lizenznehmers auf die Drittwirkungen seines Nutzungsrechts zurückgeführt werden. Denn wie bereits ausgeführt⁴⁵⁶⁶ kommt dem Lizenznehmer im Rahmen des § 313 ABGB potenziell ein Besitz an einem verneinenden Recht zu, da ihm gestattet wird, eine ansonsten alleine dem Schutzrechtsinhaber zukommende Befugnis auszuüben. Für den Erwerb von Rechtsbesitz an einer Lizenz bedarf es somit der tatsächlichen Duldung einer als Rechtsausübung erkennbaren Benützung.⁴⁵⁶⁷ Nach den Grundsätzen des § 315 ABGB richtet sich der Umfang des gegen Störungen geschützten Rechtsbesitzes daher nach der Lizenzvereinbarung. Im Regelungssystem des ABGB finden sich sohin unmittelbar Anknüpfungspunkte, dass die Drittwirkungen von Lizenzen auf den Rechtsbesitz zurückgeführt werden können.

Als ein Besitz an einem verneinenden Recht kann eine Rechtsposition verstanden werden, die es erlaubt, von einem anderen zu fordern, eine Handlung, die dieser grds untersagen könnte, weiterhin zu tolerieren.⁴⁵⁶⁸ Dementsprechend kommt dem Lizenznehmer gegenüber dem Lizenzgeber das Recht zu, dass dieser seine Ausübung von immaterialgüterrechtlich dem Schutzrechtsinhaber vorbehaltenen Handlungen duldet. Der Rechtsbesitzer kann sohin grds aus seinem eigenen Recht gegen jedermann vorgehen, der ihn in der Ausübung seiner Befugnisse stört und Unterlassung bzw Beseitigung der Störung verlangen. Diese Betonung der eigenständigen, vom Schutzrechtsinhaber unabhängigen Rechtsposition des Lizenznehmers entspricht auch dem Begründungsansatz der Rsp; unmittelbare Auswirkungen hat dieser Ansatz beim von der Rsp anerkannten doppelten Klagsrecht von Schutzrechtsinhaber und Lizenznehmer.

An dieser Stelle interessiert vor allem, inwieweit es die Stellung als Rechtsbesitzer dem Lizenznehmer erlaubt, gegen Eingriffe in immaterialgüterrechtliche Rechtspositionen vorzugehen. Es handelt sich hier um Fälle, in denen ein Unberechtigter Handlungen setzt, die dem Schutzrechtsinhaber vorbehalten sind, aber gleichermaßen dem Lizenznehmer erlaubt wurden. Die wesentliche Frage ist dabei, ob die unberechtigte Ausübung von immaterialgüterrechtlich ausschließlich dem Schutzrechtsinhaber zustehenden Handlungen – unabhängig von der Exklusivität der Lizenz – eine Beeinträchtigung der Rechtsposition des Lizenznehmers darstellt. Hierzu wurde

4566 Vgl dazu bereits 2.1.3.1.3.

4567 *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 23.

4568 Vgl I 7 § 81 ff ALR.

in der Lit vertreten, dass durch Schutzrechtsverletzungen (auch) der einfache Lizenznehmer geschädigt werde,⁴⁵⁶⁹ was mit dem Argument verbunden wird, dass auch dieser zur Geltendmachung von Abwehransprüchen berechtigt sein soll.⁴⁵⁷⁰ Aus der hier eingenommenen Perspektive überzeugt diese Überlegung freilich nicht: Denn durch den Rechtsbesitz geschützt ist nicht der wirtschaftliche Wert des Lizenzrechts, sondern bloß die Befugnis, immaterialgüterrechtlich vorbehaltene Handlungen zu setzen. Auf Grund der Nichttrivalität von Immaterialgüterrechten beeinträchtigt die Schutzrechtsverletzung aber die Rechtsausübung des einfachen Lizenznehmers nicht; sein Recht, die vom Rechtsinhaber geduldete Handlung auszuführen, bleibt von der Schutzrechtsverletzung unberührt. Hieraus folgt unproblematisch, dass dem einfachen Lizenznehmer – sofern nichts anders explizit vereinbart wurde – keine Möglichkeit zukommt, gegen Verletzungen des Immaterialgüterrechts vorzugehen, was auch der völlig stRsp in Deutschland und Österreich entspricht.

Davon zu trennen gilt es die Rechtsposition des Berechtigten einer ausschließlichen Lizenz. Bei dieser ist völlig unstr, dass neben der Duldungspflicht der Rechtsausübung für den Lizenzgeber noch die Pflicht besteht, keine weiteren Lizenzen zu erteilen.⁴⁵⁷¹ Je nach Ausgestaltung kann darüber hinaus auch ein an den Lizenzgeber gerichtetes Verbot bestehen, eine immaterialgüterrechtlich vorbehaltene Handlung selbst zu setzen;⁴⁵⁷² ebenso ist es im Rahmen der Privatautonomie möglich, die Exklusivität – etwa territorial – einzuschränken. Diesen Fällen ist in ihrer Beurteilung im Rahmen des ABGB gemein, dass zum Besitz an einem verneinenden Recht noch ein weiterer kommt: der Besitz an einem Verbotsrecht. Denn der Lizenzgeber muss als Verpflichteter etwas unterlassen, was er ansonsten zu tun berechtigt wäre; es ist sohin als Besitzstörung zu werten, würde der Lizenzgeber entgegen der Vereinbarung weitere Lizenzen erteilen. Dasselbe muss gelten, wenn der Schutzrechtsinhaber nicht gegen Rechtsverletzungen Dritter vorgeht, da dies der Erteilung einer negativen Lizenz gleichzuhalten ist und dadurch das Exklusivitätsrecht des Lizenznehmers beeinträchtigt wird. Wenn dem Lizenznehmer eine exklusive Nutzungsbefugnis zugesichert wird, kann die Nutzung durch einen anderen sohin als Störung des Rechtsbesitzes angesehen werden.

Zivilrechtlich hergeleitet ist die wesentliche dogmatische Frage, die es für die Aktivlegitimation des ausschließlichen Lizenznehmers bei Verletzungen

4569 *McGuire*, Lizenz 329 ff.

4570 *Knobloch*, Abwehransprüche 237 ff; *Weinmann*, Rechtsnatur 556 ff.

4571 *Schöneich*, Dinglichkeit 287; *Sosnitza* in FS Schrickner 195; *Schanda*, GRUR Int 1994, 275 (281).

4572 Dies entspricht der Unterscheidung zwischen der ausschließlichen Lizenz, bei der ein derartiges Verbot für den Lizenzgeber besteht, und der Alleinlizenz, wo der Schutzrechtsinhaber selbst noch immaterialgüterrechtlich vorbehaltene Handlungen setzen kann.

des Schutzrechts zu beantworten gilt, ob dem Besitz am Verbotsrecht Wirkung gegenüber Dritten zukommt. Auf Grund der geringen Bedeutung des Rechtsbesitzes an Verbotsrechten⁴⁵⁷³ ist diese für das österreichische Recht im Detail noch ungeklärt. Nach allgemeinen Grundsätzen kann aber mit § 339 ABGB gegen jeden unmittelbaren Störer – also denjenigen, der ein beeinträchtigendes Verhalten setzt – vorgegangen werden.⁴⁵⁷⁴ Der Besitz am Recht, anderen eine Handlung zu untersagen, wird somit immer dann gestört, wenn gegen diese Unterlassungsverpflichtung verstoßen wird. Dies umfasst somit nicht nur den Lizenzgeber, sondern auch jeden Störer, der sich über das Verbot hinwegsetzt.⁴⁵⁷⁵ IdZ wird zu Recht diskutiert, inwiefern ein Nutzungsrecht nur dann gegen Dritte durchgesetzt werden kann, wenn dieses offenkundig ist. Hier wird teils dafür plädiert, dass die Rechtsstellung als ausschließlicher Lizenznehmer in den „*betreffenden Wirtschaftsverkehrskreisen bekannt und erkennbar*“ sei⁴⁵⁷⁶ bzw nur ein abgeschwächtes Bedürfnis nach Publizität bestehe.⁴⁵⁷⁷ In einer funktionalen Betrachtung dieser Voraussetzung für die Drittwirksamkeit wird der Kundbarkeit im Zusammenhang mit dem Störungsschutz bei ausschließlichen Lizenzen aber tatsächlich eine geringere Bedeutung zukommen: Wie aufgezeigt⁴⁵⁷⁸ ist der wesentliche Grund für das Erfordernis der Offenkundigkeit, dass einem unbestimmten Adressatenkreis nicht zugemutet werden kann, eine störungsvermeidende Verhaltensadaption herbeizuführen, wenn die zu beachtende Rechtsposition nicht verkehrstypisch erkennbar ist. Durch die Erteilung einer ausschließlichen Lizenz erwächst für einen unbestimmten Adressatenkreis freilich kein Anlass, das an den Tag gelegte Verhalten abzuändern. Denn unabhängig von einem etwaigen Nutzungsrecht muss auf Grund der absoluten Wirkung des Immaterialgüterrechts jedermann davon Abstand nehmen, die vorbehaltenen Handlungen ohne Berechtigung zu setzen. Demgemäß entsteht durch die Lizenzerteilung keine neue Pflicht; vielmehr ändern sich bloß die Durchsetzungsmöglichkeiten. Für das normativ gebotene Verhalten ist die Kundbarkeit der Lizenz sohin nicht von Relevanz. Hieraus folgt iE, dass die Möglichkeit des ausschließlichen Lizenznehmers, gegen Störungen des Schutzrechts vorzugehen, auf die drittwirksame Exklusivität seines Nutzungsrechts zurückzuführen ist, was auch in der österreichischen Lit vertreten wird.⁴⁵⁷⁹

Gegen den Ansatz, die Aktivlegitimation des Lizenznehmers auf die Ausschließlichkeit des Nutzungsrechts zu stützen, wendet *Helmut Koziol* die prinzipielle Unterschiedlichkeit von Absolutheit und Ausschließlichkeit

4573 *Kodek* in Klang³ § 313 Rz 34.

4574 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 39 Rz 16; *Kodek*, Besitzstörung 359 ff.

4575 S dazu bereits allgemein AT 4.3.6.3.

4576 *Cebulla*, Pacht 120; in diese Richtung auch *McGuire*, Lizenz 558.

4577 *Herbst*, Lizenz 228; so auch *Pablow*, Lizenz 348.

4578 AT 3.2.2.3.

4579 *Hiti*, ÖBl 2003, 4 (5 ff); so auch für das österreichische Recht *McGuire*, Lizenz 498.

ein.⁴⁵⁸⁰ Es gebe auch absolut wirkende Rechte, die keineswegs ausschließlich sind – wie etwa ein Wegerecht, das der Eigentümer eines Grundstücks mehrmals erteilen könne. Von der Anzahl der Berechtigten könne demnach nicht auf die Wirkungen eines Rechts geschlossen werden. Diesem Gedankengang ist aber nicht zu folgen. Denn das Argument, dass nicht alle absoluten Rechte ausschließlich sind, vermag die These, dass die Lizenz auf Grund ihrer Ausschließlichkeit absolut wirkt, nicht zu erschüttern.⁴⁵⁸¹ Vielmehr müsste im Einzelfall gezeigt werden, dass hinsichtlich der Aktivlegitimation des Lizenznehmers die Ausschließlichkeit des Nutzungsrechts nicht von Relevanz sei, mithin auch einfache Lizenzen – ohne gesonderte vertragliche Vereinbarung – auf Grund der dinglichen Begründung drittwirksam sein können. Es wurde aber noch nie argumentiert, dass eine Untergruppe der nicht-exklusiven Lizenz alleine auf Grund ihrer Dinglichkeit Drittwirkung zukommt; der Rückgriff auf diese ist vielmehr ein Versuch der Konzeptionalisierung von Drittwirkungen von ausschließlichen Lizenzen in einem Rechtssystem, das von einer strengen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht geprägt ist. Die *differentia specifica* hinsichtlich der Klagsbefugnis des Lizenznehmers ist daher die Exklusivität der Rechtsausübung, was sich klar aus der stRsp ergibt. Auch das genannte Beispiel des Wegerechts, das absolut wirkt, obwohl ihm die Ausschließlichkeit fehlt, ist für die Frage der Drittwirksamkeit von Lizenzrechten nur eine eingeschränkt passende Analogie. Denn die ausschlaggebende Frage wäre hier, inwieweit sich der durch ein nicht-exklusives Wegerecht Berechtigte dagegen wehren kann, wenn jemand anders das Grundstück beschreitet, ohne dass seine Nutzungsmöglichkeiten beeinträchtigt sind. Tatsächlich ist in dieser Konstellation ein drittwirksamer Störungsschutz ebenso abzulehnen wie bei einer einfachen Lizenz.⁴⁵⁸² Zusammenfassend besteht somit kein zwingender Grund, am Zusammenhang zwischen der Ausschließlichkeit der durch die Lizenz vermittelten Rechtsposition und der Aktivlegitimation des Lizenznehmers zu zweifeln.

3.1.3.3. Schutzzumfang

Der am häufigsten diskutierte Anwendungsfall des Störungsschutzes des immaterialgüterrechtlich Berechtigten ist zweifellos die Abwehr von Eingriffen in das Schutzrecht durch den Lizenznehmer. Im hier vertretenen Ansatz ist diese Ausfluss des Besitzes an einem Verbotsrecht, sodass ein Lizenznehmer nur insoweit vorgehen kann, als ihm eine ausschließliche Nutzungsbefugnis eingeräumt wurde. Der Schutzzumfang richtet sich dabei nach dem Umfang der zugesicherten Exklusivität; die Eintragung in ein öffentliches Register ist nicht notwendig. Wenn die ausschließliche Lizenz sohin regional begrenzt ist,

4580 Koziol, öHPR II³ 543 f (Rz 348).

4581 Ebenso wenig widerlegt das Argument: „Nicht alle Schwäne sind grau“ die These, dass der beobachtete Schwan im Wiener Stadtpark grau ist.

4582 So auch Weinmann, Rechtsnatur 557; Herbst, Lizenz 218 ff.

besteht keine Möglichkeit, gegen Schutzrechtsverletzungen in nicht exklusiv zugesicherten Gebieten vorzugehen. Gleichmaßen fällt mit Ablauf der (ausschließlichen) Lizenz das Nutzungs- und Klagsrecht weg.⁴⁵⁸³ Der Umfang der Abwehrbefugnis gegen Verletzungen des Schutzrechts durch den Lizenznehmer ergibt sich sohin durch Auslegung des Lizenzvertrags.⁴⁵⁸⁴

Erkennt man mit dem Rechtsbesitz ein bewehrtes Recht des Lizenznehmers auf Nutzung des lizenzierten Gegenstands an, können noch weitere Konstellationen der Störungsabwehr dogmatisch eingeordnet werden. So wird zu Recht davon ausgegangen, dass der Lizenzgeber verpflichtet ist, dem Lizenznehmer alles zur Verfügung zu stellen, was für die Nutzung des Schutzrechts vonnöten ist – insb müssen die Schutzgebühren für die Registereintragung bezahlt und die erforderlichen technischen Unterlagen ausgehändigt werden.⁴⁵⁸⁵ Die unterlassene Zahlung der Schutzgebühr kann dabei als Störung des Rechtsbesitzes des Lizenznehmers aufgefasst werden, gegen die in einem beschleunigten Verfahren vorgegangen werden kann. Es ist sohin denkbar, die Rechtspflichten des Lizenzgebers im Besitzstörungsverfahren durchzusetzen.

Größere Relevanz hatte in der Diskussion die Abwehr von Störungen, die nicht in Verletzungen des Immaterialgüterrechts bestehen, va iZm Software und sonstigen Werknutzungsbewilligungen. So betonten schon im Jahr 1991 *Ertl/Wolf*, dass gegen Zugriffssperren durch das Verändern von Passwörtern, aber auch gegen das gänzliche Entfernen von Programmen mit Besitzstörungsklage vorgegangen werden könne.⁴⁵⁸⁶ In der frühen Zeit der Informationstechnologie kam dieser Konstellation aber durchaus auch praktische Bedeutung zu, was sich bei den *Programmsperr*-Fällen des BGH zeigt.⁴⁵⁸⁷ Hier hatte das deutsche Höchstgericht über eine Konstellation abzusprechen, bei der ein vorprogrammierter Mechanismus den Zugriff auf die Software verhinderte. Zwar ist eine solche Programmsperre nicht schon dem Grunde nach unzulässig,⁴⁵⁸⁸ es muss jedoch stets eine ungehinderte Nutzung der Software im vertraglich vereinbarten Rahmen sichergestellt sein.⁴⁵⁸⁹ Auch über die Zulässigkeit der Fernlöschung von lizenzierten Inhalten⁴⁵⁹⁰ und das virtuelle Hausrecht⁴⁵⁹¹ werden idZ diskutiert. Diesen Fällen ist ge-

4583 So auch OGH 22.11.1994, 4 Ob 118/94.

4584 In diese Richtung auch *Hauck*, AcP 2011, 626 (645).

4585 S etwa *Pahlow*, Lizenz 296.

4586 *Ertl/Wolf*, Software 112 f.

4587 Vgl dazu *Paulus* in FS Karsten Schmidt II 125 ff.

4588 BGH 3.6.1981, VIII ZR 153/80 NJW 1981, 2684.

4589 BGH 25.3.1987, VIII ZR 43/86 NJW 1987, 2004.

4590 Ausf dazu *Stieper*, Big Brother is watching you – Zum ferngesteuerten Löschen urheberrechtswidrig vertriebener E-Books, AfP 2010, 217.

4591 Dieses kann an dieser Stelle nur angedeutet werden, verdient aber jedenfalls eine eigenständige, tiefergehende Betrachtung. So wurde in jüngerer Zeit idZ etwa diskutiert, ob dem Nutzer eines sozialen Netzwerks aus dem Nutzungsvertrag ein

mein, dass es zu einer Beeinträchtigung der Rechtsposition des Lizenznehmers kommt, die im Regelungssystem des ABGB als Besitzstörung aufgefasst werden kann.⁴⁵⁹² Durch den Rechtsbesitz besteht sohin eine Möglichkeit für den Lizenznehmer, auch gegen die faktische Störung seiner Nutzungsbefugnisse vorzugehen.

3.1.3.4. Gegenüberstellung

In einem durch einen weiten Sachbegriff geprägten Regelungssystem ist es erforderlich, die Funktion von dinglichen Rechten an Immaterialgüterrechten zu beleuchten. Die analytische Erfassung der Zusammenhänge erschweren zwei Formen der Drittwirkung von Rechten, die hier nebeneinander bestehen: einerseits die absolute Wirkung von Immaterialgüterrechten, andererseits der ebenso *erga omnes* wirkende dingliche Schutz des Schutzrechtsinhabers. Obwohl sich beide an einen unbestimmten Adressatenkreis richten, sind diese Rechtswirkungen unterschiedlichen Ursprungs. Während die von jedermann zu beachtende immaterialgüterrechtliche Ausschließungswirkung Folge des Exklusivitätsanspruchs des Schutzrechtsinhabers ist, kann die dingliche Wirkung mit dem Schutz des positiven Gebrauchs des Immaterialguts assoziiert werden. Ein aus dinglichen Grundsätzen entstandener Abwehranspruch besteht sohin nur, wenn die Nutzung des Schutzrechtsinhabers gestört wird. Auf Grund ihrer Nichtrivalität lässt die Verletzung von Immaterialgüterrechten aber in aller Regel die Nutzungsmöglichkeiten des Rechtsinhabers unberührt. Für den Schutzrechtsinhaber spielt die dingliche Komponente seines Rechts somit in Wissenschaft und Praxis nur eine sehr unbedeutende Rolle.

Wesentlich wichtiger ist der Aspekt der Dinglichkeit aber bei von Schutzrechten abgeleiteten immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechten. Hier ist seit der frühen immaterialgüterrechtlichen Rechtsprechung etabliert, dass dem Inhaber einer ausschließlichen Lizenz die Möglichkeit zukommt, gegen Beeinträchtigungen des Schutzrechts vorzugehen, dem Berechtigten einer einfachen Lizenz hingegen nicht. Dies stellt unzweifelhaft ein interessewahrendes Auslegungsergebnis dar, das in L und Rsp seither nicht ernsthaft in Frage gestellt wurde. Ganz richtig ist der Gedanke, dass die Klagsmöglichkeit des Inhabers einer ausschließlichen Lizenz Ausfluss von dinglichen Rechtswirkungen ist, da es hier zu einer Störung seines Rechts auf exklusive

Anspruch gegen den Betreiber zukommt, dass eine von ihm eingestellte zulässige Meinungsäußerung nicht von der Plattform entfernt wird. So dazu etwa OLG München 7.1.2020, 18 U 1491/19Pre GRUR-RR 2020, 174. Im digitalen Raum sind verschiedenste Konstellationen denkbar, in denen ein Nutzer gegen eine Einschränkung seiner Befugnisse vorgehen könnte, wobei hierfür der Rechtsbesitz einen durchaus geeigneten Rechtsrahmen bietet.

4592 Zum Fernzugriff als Störungshandlung ausf. Klever/Wöginger, Besitzschutz im Internet der Dinge, in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg), Handbuch Digitalisierung (2021) 643 (655 ff).

Nutzung des Immaterialguts kommt. Schwierigkeiten bereitet aber die dogmatische Einordnung der Dinglichkeit, widerspricht es doch in einem pandektistischen Paradigma dem Konzept der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht, wenn einer vertraglichen Nutzungsbefugnis dingliche Drittwirkungen zugeschrieben werden. In einem pandektistischen Rechtssystem ist die Aktivlegitimation des ausschließlichen Lizenznehmers ganz klar eine Anomalie und so überrascht es nicht, dass die dogmatische Konstruktion der Lizenz eine in der deutschen Dogmatik des Immaterialgüterrechts wohl am heftigsten umstrittene Frage darstellt.⁴⁵⁹³

Deutlich flexibler ist hier der Ansatz des ABGB, in dem die dinglichen Wirkungen der Lizenz ohne Systembruch verortet werden können. Bei der dogmatischen Begründung der Aktivlegitimation des Inhabers einer Exklusivlizenz zeigt sich sohin schon nach der hA ein Vorteil des weiten Sachbegriffs.

Bei näherer Betrachtung kann die dingliche Wirkung der ausschließlichen Lizenz im Regelungssystem des ABGB auf den Rechtsbesitz zurückgeführt werden. Hier kommt dem Nutzungsberechtigten gleichermaßen ein Besitz am verneinenden Recht wie auch an einem Verbotsrecht zu. IE ist die Rechtsposition des ausschließlichen Lizenznehmers ähnlich wie jene eines Bestandnehmers: Beide können gegen jeden vorgehen, der ihre ausschließlichen Nutzungsbefugnisse beeinträchtigt.⁴⁵⁹⁴ Der Rückgriff auf den Rechtsbesitz erlaubt es dabei, die Einzelwertungen der Rsp zur Aktivlegitimation des Lizenznehmers stimmiger in das allgemeine Zivilrecht einzuordnen als pandektistisch geprägte Ansätze. Dies zeigt sich bspw. daran, dass in der eingangs angeführten Konstellation die Aktivlegitimation des noch nicht im Patentregister eingetragenen Erwerbers bejaht wurde: Während bei Rückgriff auf den Rechtsbesitz eine Klagsbefugnis unproblematisch bejaht werden kann, wäre diese mangels Verfügungsgeschäft nach hA problematisch. Darüber hinaus besteht mit dem Rechtsbesitz die Möglichkeit, bislang nur am Rande diskutierte Problemlagen wie etwa Programmsperren oder Fernlösungen von lizenzierten Inhalten in den allgemeinen Wertungen des ABGB zu verankern. Bei der Betrachtung von Abwehransprüchen des immaterialgüterrechtlich Berechtigten ergibt sich sohin in großer Deutlichkeit, dass ein weiter Sachbegriff leistungsfähiger ist als ein enger.

3.2. Rechtskollisionen

Durch die weitgehende Anerkennung von Besitz und Eigentum an Rechten kommt es zweifellos zu einer Vervielfältigung von dinglichen Rechtswirkungen. Denn es ist nicht nur die Zuordnung von körperlichen Sachen, sondern auch jene von sozialtypisch offenkundigen Rechten gegen Eingriffe Dritter

4593 *McGuire* spricht von einem jahrhundertelangen Streit um die Rechtsnatur der Lizenz, s. *McGuire*, Lizenz 537.

4594 Für die Parallelität zwischen Doppelvermietung und Doppellizenzierung, vgl. 3.2.2.3.3.

beweht. Damit geht unweigerlich einher, dass dingliche Rechtspositionen auch vermehrt miteinander in Kollision geraten können. Der berechtigte Gebrauch eines Rechts stellt potenziell einen Eingriff in ein dingliches Recht an einer körperlichen Sache dar; umgekehrt kann auch die Ausübung der mit dem Sacheigentum einhergehenden Befugnisse in einer Störung einer Rechtszuständigkeit resultieren. Ebenso kann es zu einem Konflikt zwischen gleichrangigen Befugnissen an Rechten kommen. Erkennt man dingliche Wirkungen bei Rechten an, stellt sich somit unweigerlich die Frage, wie die Konflikte von verschiedenen dinglichen Rechtspositionen gelöst werden. Regelungsbedürftig ist daher auch die Innenwirkung von dinglichen Rechten.

Im ABGB findet sich zur Auflösung dieser Spannungsverhältnisse eine deutliche Hierarchie von dinglichen Rechtspositionen. Von wesentlicher Bedeutung ist hierbei die Bestimmung des § 523 ABGB, die das Verhältnis von Servitut und Eigentum zum Inhalt hat. Diese beinhaltet eine Wertung für den Konfliktfall der dinglichen Rechtsposition an einer körperlichen Sache und einem Recht.⁴⁵⁹⁵ Hierzu werden zwei Aussagen getroffen: Gegen den Eigentümer einer körperlichen Sache obsiegt dinglich nur derjenige, der die Erwerbung oder den Besitz eines dinglichen Rechts der Servitut vorbringen kann, was nach § 481 Abs 1 ABGB eine eigenständige Erwerbungsart – idR die Eintragung in ein öffentliches Buch – voraussetzt. Der Eigentümer einer körperlichen Sache prävaliert dahingehend, wenn eine Servitut angemäht wird; dies liegt immer dann vor, wenn der Eigentümer etwas unterlassen muss, wozu er sonst zu tun berechtigt wäre (§ 482 ABGB), ohne dass dazu eine Berechtigung bestünde. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass sich der Eigentümer der körperlichen Sache im Konfliktfall durchsetzt, außer es besteht eine als dingliches Recht zu qualifizierende Servitut oder er ist durch ein Recht persönlich gebunden.

Darüber hinaus trifft der Gesetzgeber auch eine Wertung für Rechtskollisionen, in denen keine Eigentumsposition nachgewiesen werden kann. Dies ist beim Rechtsbesitz von besonderer Relevanz, da Rechte häufig nicht rival sind, weshalb potenziell mehrere Besitzpositionen bestehen können, die sich gegenseitig in ihren Befugnissen stören. Eine Abhilfe schaffen hier zT die §§ 345 ff ABGB, womit gegen den unechten Besitzerwerb vorgegangen werden kann. Von größerer Bedeutung sind aber die in den §§ 372 ff ABGB auffindbaren Wertungen, wobei diese nach Zeiller ausdrücklich auch den Besitz an unkörperlichen Sachen – also den Rechtsbesitz – umfassen.⁴⁵⁹⁶ Im ABGB findet sich somit ein Lösungsmechanismus bei Rechtskollisionen zwischen Rechtsbesitzern.

Im betrachteten Kontext sind die Fälle der Kollision dinglicher Wirkungen von besonderer Bedeutung. Denn hier manifestiert sich der deutliche Unter-

4595 Vgl Zeiller, Commentar 2.1 § 523 Rz 3 (365), der unmittelbar vom Verhältnis vom Besitzer der dienstbaren Sache und dem darauf haftenden Recht spricht.

4596 Zeiller, Commentar 2.1 § 372 Rz 3 (145).

schied zwischen einem naturrechtlich inspirierten Regelungssystem, das auch dingliche Wirkungen bei Rechten anerkennt, und einem pandektistisch inspirierten, das solche auf körperliche Sachen und dingliche Rechte beschränkt. Sie führen in Einzelfällen potenziell zu völlig konträren Ergebnissen.⁴⁵⁹⁷ In der Folge soll somit auf ausgewählte Konstellationen eingegangen werden, die konzeptionell als Kollision verschiedener dinglicher Rechtspositionen aufgefasst werden können, soweit diese unkörperliche Sachen betreffen. Vor dem Hintergrund, dass im österreichischen Zivilrecht ein naturrechtlich inspiriertes Gesetz pandektistisch ausgelegt wird, überrascht dabei nicht, dass hier zT⁴⁵⁹⁸ massive Unsicherheiten bestehen. Von Interesse ist hierbei, welche Positionen im aktuellen Rechtsdiskurs zu diesem Spannungsfeld eingenommen werden. Exemplarisch sollen zwei Konstellationen der Kollision von dinglichen Rechten beleuchtet werden: Einerseits der Konflikt zwischen einem wechselnden Sacheigentümer und einem Rechtsbesitzer, wofür der Doppelverkauf von Liegenschaften näher betrachtet wird, andererseits die Kollision zweier Positionen des Rechtsbesitzes, die bei der Doppelvermietung vorliegt. Hierbei soll gezeigt werden, dass die Anwendung der Wertungen der Stamfassung ABGB eine einheitliche, dogmatisch stringente Beurteilung dieser höchststrittigen Konstellationen erlaubt.

3.2.1. Doppelverkauf

K1 kauft im Jahr 2000 einen im Wohnungseigentum stehenden Lagerkeller, den sie seither als Archiv nutzt; sie wurde aber nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. K2 kauft 2014 die gesamte Wohnanlage als Anlageobjekt, besichtigt den Lagerkeller nicht eigens und wird in das Grundbuch eingetragen. Kann K1 von K2 die Herausgabe des Lagerkellers und Eintragung in das Grundbuch verlangen?⁴⁵⁹⁹

4597 Illustrativ ist hierbei insb der Doppelverkauf, der je nach herrschendem Dinglichkeitskonzept ganz unterschiedlich beurteilt wurde, s dazu sogleich 3.2.1. Vgl zur unverbücherten Dienstbarkeit *Holzweber*, Mirakel der unverbücherten Dienstbarkeit 2 ff.

4598 Teils ist die Beurteilung von mit Rechten assoziierten dinglichen Rechtspositionen aber auch völlig unstr. Dies ist etwa im Verhältnis zwischen Hauptmieter und Untermieter der Fall, wo nicht weiter str ist, dass etwa nach Ablauf des Unterbestandsverhältnisses der Hauptmieter dinglich gegen den die Räumung verwehrenden Untermieter vorgehen kann. Diese Konstellation ist dabei als Kollision von dinglichen Wirkungen aufzufassen, da der Rechtsbesitz des Hauptmieters nach § 372 ABGB schwerer wiegt als jener des Unterbestandnehmers, vgl zur dinglichen Konstruktion des Unterbestands auch *Spitzer*, ÖJZ 2010, 10 (10 f).

4599 Hierbei handelt es sich um die vereinfachte Konstellation, über die der OGH kürzlich abzusprechen hatte. Im vorliegenden Sachverhalt wurde der erste Kaufvertrag aber bereits 1980 abgeschlossen; die Ersitzungsthematik ist an dieser Stelle aber nicht von Relevanz, s OGH 25.2.2021, 2 Ob 59/20w.

Der mehrfache Verkauf ein- und derselben Sache ist ein dogmatisches Problem, das die österreichische Privatrechtswissenschaft schon seit Jahrhunderten beschäftigt. So thematisierte *Michael Schuster* bereits 1822 das Verhältnis der Käufer bei Konstellationen des Doppelverkaufs,⁴⁶⁰⁰ aber auch fast 200 Jahre später können zu diesem Thema noch Monographien mit dogmatischem Mehrwert⁴⁶⁰¹ geschrieben werden. Die Problemlage hinter dem Doppelverkauf ist dabei vielschichtig und umfasst neben sachenrechtlichen Aspekten auch vertrags- und schadenersatzrechtliche;⁴⁶⁰² im hier untersuchten Rahmen interessieren freilich aber nur erstere. Schwierigkeiten bereitet dabei va⁴⁶⁰³ die auch im Eingangsbeispiel angeführte Konstellation, dass für den Eigentumserwerb eine gesetzlich geforderte Erwerbungsart – wie bei Liegenschaften gem § 431 ABGB die Eintragung in das Grundbuch – unterbleibt, aber eine sozialtypisch offenkundige Nutzung der Kaufsache vorliegt. Wenn idZ die Sache nochmals verkauft und nun der notwendige Modus gesetzt wird, kommt es zu einem Konflikt zwischen den Rechtspositionen der einzelnen Käufer.

Der Doppelverkauf ist ein Kristallisationspunkt für die Auswirkungen der Dinglichkeitskonzeption in einem Regelungssystem. Dies zeigt sich auch in der historischen Evolution:⁴⁶⁰⁴ Während im römischen Recht bei der mehrfachen Veräußerung generell kein Herausgabeanspruch des Ersterwerbers gegenüber dem Zweiterwerber bestand,⁴⁶⁰⁵ war im heimischen Partikularrecht die Position des Ersterwerbers wesentlich stärker, da diesem bereits mit Abschluss des Kaufvertrags Gewere zukam.⁴⁶⁰⁶ Von *Baldus de Ubaldis*

4600 *Schuster*, Ueber die von dem Eigenthümer vorgenommene Veräußerung einer Sache an zwey verschiedene Personen, und den Vorzug unter denselben, in *Pratobevera* (Hrsg), *Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Staaten* (1822) 220. Beachtenswert ist dabei, dass der Herausgeber *Pratobevera* in Sternchenverweisen Bezug auf die Ausführungen von *Schuster* nimmt und für eine gegensätzliche Position plädiert.

4601 Vgl für eine tiefgehende Analyse, die va schadenersatzrechtliche Aspekte beinhaltet *Frössel*, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften* (2019).

4602 So wird durchwegs in Frage gestellt, ob der zweite Kaufvertrag überhaupt gültig ist, was jedoch von der hL bejaht wird, s dazu statt aller *Koziol* in FS *Eccher* 610; *Bollenberger*, *Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter?* JBl 2013, 137 (146 ff).

4603 Da bei beweglichen Sachen die Übergabe als rechtliche Erwerbungsart anzusehen ist, bestehen hier iW keine sachenrechtlichen Komplikationen, s statt aller *Pletzer*, *Doppelveräußerung und Forderungseingriff* (2000) 28 ff.

4604 S dazu ausf *Holzweber*, *Genese* 36 f, 49 ff, 69 ff.

4605 Hier bestand generell kein Herausgabeanspruch des Ersterwerbers gegenüber dem Zweiterwerber; allenfalls konnte der Ersterwerber gegen den Verkäufer vorgehen, dem eine Strafe und ein doppelter Schadenersatz drohten, s ausf *Sella-Geusen*, *Doppelverkauf* 32 f; *Michaels*, *Sachzuordnung* 73.

4606 In mehreren Stadtrechten – ua Wien – wurde explizit festgehalten, dass im Fall des Doppelverkaufs der erste Käufer den Vorzug hatte, s mwN *Klug*, *Ein Beitrag zur*

wurde maßgeblich auf die Redlichkeit des Zweiterwerbers abgestellt,⁴⁶⁰⁷ was sich ua im ALR,⁴⁶⁰⁸ im Codex Theresianus und im Entwurf Horten⁴⁶⁰⁹ wiederfindet. Die wesentliche Schwierigkeit bei der Lösung des Doppelverkaufs *de lege lata* liegt dabei im Umstand, dass im ABGB – wie auch schon im Entwurf Martini⁴⁶¹⁰ – keine eigenständige Bestimmung für diese Konstellation besteht. Dementsprechend muss durch Auslegung der gesamten Rechtsordnung ermittelt werden, ob der innehabende Erstkäufer gegen den unredlichen Zweitkäufer obsiegen kann.

Sehr eindeutig sind die Wertungen diesbezüglich nach einem pandektistischen Paradigma. Da hier Drittwirkungen nur bei dinglichen Rechten an körperlichen Sachen anerkannt werden, erwirbt der Zweitkäufer – unabhängig davon, ob er redlich ist oder nicht – Eigentum und obsiegt gegen den Erstkäufer.⁴⁶¹¹ Auch für das BGB ist diese Konstellation nicht weiter str.: Beim Doppelverkauf entscheidet allein der Eigentumsübergang, wobei dem Erstkäufer grundsätzlich kein Herausgabeanspruch zukommt; eine Ausnahme besteht nur, wenn es zu einem sittenwidrigen Zusammenwirken von Zweitkäufer und Verkäufer kommt.⁴⁶¹² Da keine dingliche Rechtsposition des Ersterwerbers

Lehre vom zweimaligen Verkauf der gleichen Sache im deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Recht (1932) 6.

4607 *Baldus* ging für den Fall der Doppelveräußerung davon aus, dass das durch tatsächliche Übergabe begründete *jus in re* einem älteren *jus ad rem* vorgeht; er erkannte aber zwei Ausnahmen von dieser Regel an: Der Ersterwerber gehe (i) vor, wenn der Zweiterwerber das *jus ad rem* des Ersterwerbers kannte, als ihm die streitige Sache vom gemeinschaftlichen Vormann tradiert wurde oder (ii) wenn der Zweiterwerber die Kaufsache unentgeltlich erworben hat, s mwN *Sella-Geusen*, Doppelverkauf 181 ff; *Wesener* in FS Niederländer 203.

4608 Grds setzt sich im ALR beim Doppelverkauf der Zweiterwerber durch, dem die Sache übergeben bzw der in das Hypothekenbuch eingetragen wurde, vgl § 23 I 10 ALR. Dies gilt jedoch nicht für denjenigen, der vor der Eintragung bzw vor der Übergabe vom früher entstandenen Recht zur Sache des Ersterwerbers Kenntnis erlangt hat; in diesem Fall setzt sich der Ersterwerber durch, s § 25 I 10 ALR.

4609 Beim Codex Theresianus setzte sich der Ersterwerber durch, wenn der Zweiterwerber vom ersten Kauf „gute Wissenschaft“ hatte, s Codex Theresianus Teil III Cap. II § XII Z 152. Beim Entwurf Horten erwirbt beim Doppelverkauf der Zweiterwerber, dem die Kaufsache übergeben worden ist oder der intabuliert worden ist, Eigentum, es sei denn, ihm ist eine „Gefährde“ unterlaufen, vgl Entwurf Horten II, 5. Cap § 11.

4610 Ausf dazu *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 45 ff.

4611 S dazu auch *Unger*, System I 548.

4612 Vgl statt aller *Mansel* in Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch¹⁹ (2023) § 241 Rz 4. Diese Frage stellt sich hier aber idR nicht, da die Möglichkeit besteht, gem §§ 883 BGB eine Vormerkung in das Grundbuch eintragen zu lassen, die die relative Nichtigkeit vormerkungswidriger Verfügungen zur Folge hat. Dies bewegt etwa *Braun* zur Aussage, dass der Doppelverkauf der Speziessache eine seltene Ausnahme bilde, die aber theoretisch reizvoll sei, vgl *Braun*, Der Doppelverkauf einer Sache zwischen denselben Parteien, AcP 1993, 556 (556).

anerkannt wird, besteht hier auch keine auflösungsbedürftige Rechtskollision. In einer pandektistisch inspirierten Interpretation ist die Rechtsposition des Erstkäufers somit deutlich schlechter als bei historischen Vorbildern.

Vor diesem Hintergrund gilt es sohin, die Wertungen des ABGB zum Konflikt zwischen dem Ersterwerber und Zweiterwerber beim Doppelverkauf zu beleuchten. Näher betrachtet wird dabei nur jene Konstellation, in der der Ersterwerber die Kaufsache innehat, jedoch nur gegenüber dem späteren Zweiterwerber ein Akt gesetzt wird, der zum Eigentumsübergang führt.⁴⁶¹³ Paradigmatisch ist dabei der Fall der Übertragung einer Liegenschaft, bei der dem Ersterwerber die Nutzung gestattet wird, jedoch nur der Zweiterwerber in das Grundbuch eingetragen wird. Nachdem diese Konstellation als Kollision dinglicher Rechtswirkungen dargestellt wird, soll der österreichische Meinungsstand zur Lösung dieses Konflikts dargestellt werden, bevor gezeigt wird, dass es sich hier um ein paradigmatisches Beispiel von dinglichen Wirkungen von Rechten handelt.

3.2.1.1. Problemaufriss

Die betrachtete Konstellation des Doppelverkaufs ist dadurch charakterisiert, dass zwei dinglich bewehrte Rechtspositionen bestehen. Während sich diese für den Zweiterwerber, der durch Eintragung in das Grundbuch Eigentümer einer Liegenschaft geworden ist, ohne Weiteres ergibt, bedarf die Rechtsstellung des Ersterwerbers, dem die Liegenschaft übergeben worden ist, näherer Ausführungen. Denn es ist heute völlig unstr., dass sich auch der außerbücherliche Erwerber als „werdender Eigentümer“ dinglich gegen Eingriffe in seine Befugnisse wehren kann.⁴⁶¹⁴ Dementsprechend steht es dem innehabenden Erstkäufer offen, gegen den schlechter Berechtigten mit der publizianischen Klage vorzugehen. Von der Rsp wurde dabei insb über die Konstellation abgesprochen, dass der in das Grundbuch Eingetragene mangels gültigen Titels nicht Eigentum an einer Liegenschaft erwerben konnte, weshalb sich hier der Ersterwerber nach Maßgabe der §§ 372 ff ABGB durchsetzt.⁴⁶¹⁵ Wird dem Ersterwerber die Liegenschaft übergeben, kommt es somit zu einer Kollision dinglicher Rechtspositionen, wenn der Zweiterwerber durch Eintragung in das Grundbuch Eigentum erwirbt.

Das wesentliche Problem bei der Auflösung dieses Konflikts liegt in der Dynamik der Eigentumsposition. Wird dem Ersterwerber die Liegenschaft über-

⁴⁶¹³ Nicht näher betrachtet wird ebenso die Veräußerung der streitverfangenen Sache, diese ist ebenso durchaus str., was die heftig kritisierte E OGH 25.1.1994, 5 Ob 16/94 zeigt. Zur Krit s nur *Welser*, Posterior tempore, potior iure! Eine unbegreifliche Entscheidung zur Doppelveräußerung, NZ 1994, 73.

⁴⁶¹⁴ *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 372 Rz 2; *Müller* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 372 Rz 7 ff; *Winner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 7; *Kodek* in Klang³ § 372 Rz 13 f; ausf *Müller*, Das quasidingliche Recht 33 ff.

⁴⁶¹⁵ RIS-Justiz RS0097150; vgl OGH 16.4.1996, 5 Ob 2090/96f mwN zur älteren Rsp.

geben, bevor der Vertrag mit dem zweiten Käufer abgeschlossen wird,⁴⁶¹⁶ bestehen im Zeitablauf konsekutiv zwei unterschiedliche Ausprägungen der Rechtskollision: Vor der Intabulation des Zweiterwerbers kommt dem Ersterwerber als werdendem Eigentümer eine dingliche Rechtsposition zu, während der zweite Erwerber allenfalls vertraglich berechtigt ist. Der Abschluss des zweiten Kaufvertrags und die Eintragung in das Grundbuch würden hier als Beeinträchtigung des dinglich wirkenden Rechts des Ersterwerbers zu qualifizieren sein, da dadurch dessen Eigentumserwerb – wenn auch nur im Weg der Ersitzung – vereitelt wird. Dem steht aber – bevor die Intabulation vollzogen wird – keine dingliche Rechtsposition des Zweiterwerbers gegenüber. Wenn der außerbücherliche Erwerber gegen den titellosen Tabularbesitzer obsiegt, wird dies aber umso mehr gegen den besitzlosen Zweiterwerber der Fall sein, da durch den Kaufvertrag nur der Verkäufer gebunden ist.⁴⁶¹⁷ In einer rein statischen Betrachtung ist sohin vor der Intabulation die Rechtsposition des innehabenden Ersterwerbers die stärkere. Nach der Eintragung in das Grundbuch ändern sich die Vorzeichen der Rechtskollision vollständig: Hier steht die Eigentumsposition des Zweiterwerbers dem (rechtmäßigen) Besitz des Ersterwerbers gegenüber. Da der Zweiterwerber durch den Kaufvertrag des Ersterwerbers nicht gebunden ist, setzt sich dieser hier in einer statischen Betrachtung durch.⁴⁶¹⁸ Je nach dem Zeitpunkt, der für die Beurteilung als wesentlich angenommen wird, führen die Regelungen des ABGB sohin in isolierter Betrachtung zu unterschiedlichen Ergebnissen. Durch Auslegung muss sohin ermittelt werden, welche Auswirkungen die Verstärkung der Rechtsposition des Zweiterwerbers durch dessen Eigentumserwerb hat.

3.2.1.2. Meinungsstand

In der österreichischen Lit und Rsp bestehen iW zwei verschiedene Ansätze, den Interessengegensatz zwischen innehabendem Erstkäufer und dem Zweitkäufer, der Eigentum erworben hat, aufzulösen. Der erste basiert auf sachenrechtlichen Erwägungen, wobei hier zwischen dem 19. Jhd und den 70er Jahren des 20. Jhds verschiedene Ansätze mit durchwegs divergierenden Einzelfallergebnissen diskutiert wurden. Seit den Arbeiten von *Koziol*⁴⁶¹⁹

4616 Dasselbe gilt, wenn die Liegenschaft zwischen Vertragsabschluss und Intabulation übergeben wird, nicht aber im wahrscheinlich nur theoretischen Fall, wenn die Liegenschaft dem Erstkäufer nach der Grundbucheintragung des Zweiterwerbers übergeben wird.

4617 Vgl OGH 29.5.2001, 4 Ob 116/01i; OGH 18.1.1991, 8 Ob 612/91 zur einstweiligen Verfügung des Ersterwerbers gegen den Zweiterwerber.

4618 Rein akademisch ist dabei die Frage, ob sich dies aus § 366 ABGB oder aus § 523 ABGB ergibt. Da im unveränderten Regelungskonzept der Stammfassung der Naturalbesitzer entgegen der hL nicht als Besitzer, sondern als bloßer Inhaber anzusehen ist, wäre hier aber wahrscheinlich die Negatoria richtiger.

4619 *Koziol*, Beeinträchtigung 120 ff.

und *Schilcher/Holzer*⁴⁶²⁰ ist seit den 70er Jahren jedoch eine deutliche Hinwendung zum Schadenersatzrecht zu beobachten, wobei hier durchwegs auch sachenrechtliche Wertungen fruchtbar gemacht werden. Dem Erkenntnisinteresse der vorliegenden Arbeit folgend soll nun vertieft auf die sachenrechtlichen Argumente zur Auflösung des Konflikts zwischen Erst- und Zweiterwerber eingegangen werden. Der schadenersatzrechtliche Ansatz ist in diesem Rahmen nur insoweit von Relevanz, als dass dieser zur „Korrektur“ von sachenrechtlichen Wertungen herangezogen wird; für eine vertiefte dogmatische Auseinandersetzung wird auf die umfassende Lit verwiesen.⁴⁶²¹

3.2.1.2.1. Sachenrechtlicher Ansatz

Während das normative Umfeld unverändert geblieben ist, wurden in L und Rsp aus den Bestimmungen des (dinglichen) Sachenrechts ganz unterschiedliche Positionen zum Doppelverkauf abgeleitet. Dass die Diskussion durchwegs intensiv geführt wurde, zeigt sich dabei illustrativ daran, dass beim bereits erwähnten Aufsatz von *Michael Schuster* aus dem Jahr 1822 der Herausgeber *Pratobevera* in Sternchenverweisen Bezug auf die Ausführungen des Autors nimmt und für eine gegensätzliche Position plädiert.⁴⁶²² Die herrschende Interpretation wechselte dabei im Zeitablauf, wobei *grosso modo* vier Abschnitte unterschieden werden können. Zunächst wurde insb im 19. Jhd auf die Besitzposition der einzelnen Käufer abgestellt, sodass sich iE derjenige durchsetzte, dem der stärkere Besitz zukommt. Diese Ansicht wurde von einer „strengen“ Anwendung des Eintragungsgrundsatzes abgelöst, nach dem beim Doppelverkauf stets derjenige obsiegt, der zuerst in das Grundbuch eingetragen wird. Als Wendepunkt gilt dabei eine E aus dem Jahr 1873, die als Rechtssatz unter der Bezeichnung „Spruch 59 alt“ auch in jüngerer Zeit zitiert wird.⁴⁶²³ Später entwickelte *Klang*⁴⁶²⁴ eine als „Lehre des außerbüchlichen Eigentums“ bezeichnete Position, nach der die Übergabe einer Liegenschaft dem Erstkäufer eine dem Eigentum angenäherte Stellung verschafft, mit der er sich gegen den unredlichen Zweitkäufer durchsetzen kann. Nachdem sich die Rsp der Ansicht *Klangs* in den 50er Jahren⁴⁶²⁵ angeschlossen hatte, distanzierte sie sich in den

4620 *Schilcher/Holzer*, Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften – Teil 1, JBl 1974, 445; *Schilcher/Holzer*, Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften – Teil 2, JBl 1974, 512.

4621 Zur Lehre von *Koziol* und *Schilcher/Holzer* ausf *Frössel*, Beeinträchtigung 115 ff; *Pletzer*, Doppelveräußerung 148 ff.

4622 *Schuster* in *Pratobevera* (Hrsg), Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Staaten 220 ff.

4623 OGH 23.10.1873, Nr 5114 GLU 5114.

4624 *Klang* in *Klang* II² § 431 (358 ff).

4625 OGH 29.5.1953, 1 Ob 441/53 JBl 1954, 68.

70er Jahren⁴⁶²⁶ wieder von ihr.⁴⁶²⁷ Damit einher ging eine Rückbesinnung auf eine „strenge“ Anwendung des Eintragungsprinzips, die sich in der Rsp auch im Verweis auf den „Spruch 59 alt“ zeigte;⁴⁶²⁸ die Diskussion um die Schutzwürdigkeit des Ersterwerbers verlagerte sich in der Folge jedoch zum Schadenersatzrecht. Es ist sohin aktuell hL, dass in einer rein sachenrechtlichen Perspektive stets der Zweiterwerber, der Eigentum an der Sache erworben hat, obsiegt,⁴⁶²⁹ anderes ergibt sich allenfalls aus schadenersatzrechtlichen Wertungen.

In der Folge soll nun vertieft auf die Begründungen eingegangen werden, denen die einzelnen Interpretationen zu Grunde liegen. Dabei werden zunächst die Ansätze thematisiert, die aus sachenrechtlicher Perspektive ein Obsiegen des Ersterwerbers uU für möglich angesehen haben, bevor der „strenge Eintragungsgrundsatz“ in den Fokus rückt. Das Interesse ist dabei ein dogmatisches; für eine ausführliche Darstellung der historischen Evolution der Anschauungen kann auf die tiefgründige Ausarbeitung von *Hofmeister* verwiesen werden.⁴⁶³⁰

3.2.1.2.1.1. Stärkere Besitzposition

In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung zum Doppelverkauf wurde bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des ABGB das Verhältnis der Käufer zueinander untersucht. *Schuster* plädierte dabei dafür, dass sich der Zweitkäufer nur dann gegenüber dem Erstkäufer durchsetzen könne, wenn er redlich sei, was iE eine Fortschreibung der Wertungen darstellt, die im ALR, aber wohl auch im Codex Theresianus vorzufinden waren. Diese These stützt er darauf, dass aus verschiedenen Stellen die Absicht des Gesetzgebers erkennbar sei, dass ein redlicher Erwerber stets dem unredlichen vorzuziehen sei, wobei er sich insb auf die §§ 367 f, 1498 und 1500 stützt.⁴⁶³¹ In der späteren Diskussion aufgenommen wurde dabei va das Argument der Ersitzung: Wenn nach § 1500 ABGB dem Ersitzungsbesitzer der Vorzug gegenüber dem unredlichen Erwerber, der die Sache nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich gebracht hat, gewährt wird, müsse dasselbe für den Doppelverkauf gelten.⁴⁶³² Der Gedanke, dass die Besitzposition des Ersterwerbers uU zu einem Obsiegen gegen den intabulierten Zweiterwer-

4626 OGH 21.12.1972, 6 Ob 132/72 JBl 1973, 524 (*Rummel*).

4627 Vgl für eine ausführliche Darstellung der Rsp *Pletzer*, Doppelveräußerung 49 ff.

4628 OGH 11.6.1987, 8 Ob 533/87; OGH 2.12.1986, 2 Ob 586/85; OGH 2.7.1985, 2 Ob 541/84.

4629 *Hinteregger* in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁵ § 440 Rz 6; *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 440 Rz 1; *Wagner/Ecker* in Klang³ § 440 Rz 1; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 341 Rz 28.

4630 *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 154 ff.

4631 *Schuster* in Pratobevera (Hrsg), Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Staaten 231 ff.

4632 *Schuster* in Pratobevera (Hrsg), Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Staaten 239 ff.

ber führt, findet sich später auch bei *Krainz*⁴⁶³³ wieder: Dem Ersterwerber kämen durch den Besitz ein Benutzungsrecht sowie possessorische Rechtsmittel zu, die primär gegen den Veräußerer gerichtet seien; dieses Recht stehe aber in Anwendung der Wertungen der §§ 468, 527, 1443, 1500 auch gegen den unredlichen Einzelrechtsnachfolger des Verkäufers zu.⁴⁶³⁴ Aus dieser Position folgt sohin, dass sich der besitzende Ersterwerber gegen den unredlichen Zweiterwerber durchsetzt.

Der Ansatz, dass der Konflikt zwischen dem innehabenden Ersterwerber und dem Zweiterwerber mit Rückgriff auf Wertungen zum Besitz gelöst werden könnte, fand sich auch in der Rsp des 19. Jhds wieder. So wurde etwa in einer E aus 1858 ausgesprochen, dass es „*ein in unserem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche ausgesprochener und festgehaltener Grundsatz ist, dass ein unredlicher Besitzer keinen gesetzlichen Schutz zu genießen habe, derselbe vielmehr dem redlichen Besitzer den Besitz abtreten müsse*“⁴⁶³⁵, was in der Folge auch mehrfach wiederholt wurde.⁴⁶³⁶ Für die Redlichkeit des Zweiterwerbers wurde aber nicht verlangt, dass sich dieser „*vor Abschluss des Kaufes die Überzeugung zu verschaffen [hat], ob der Verkäufer zu diesem Geschäfte berechtigt ist*“; er muss daher nur gegen den Ersterwerber eines Gartengrundes zurücktreten, wenn er sich bewusst war bzw bewusst sein musste, dass dieser bereits verkauft war.⁴⁶³⁷ Teils wurde der Konflikt zwischen verschiedenen Besitzpositionen auch ausdrücklich thematisiert: Während der Zweiterwerber als Zivilbesitzer angesehen wurde, erkannte die Rsp dem innehabenden Ersterwerber einen sog faktischen Besitz zu; es setze sich dabei derjenige durch, der ein „stärkeres Recht zum Besitz“ nachweisen könne, was regelmäßig den Nachweis der Unredlichkeit des Zweitkäufers erforderte.⁴⁶³⁸ Für die Interessensabwägung zwischen den Käufern wurden auch tw die Wertungen der §§ 372 ff ABGB fruchtbar gemacht – bemerkenswerterweise auch noch im frühen 20. Jhd.⁴⁶³⁹ Dass der Übergang zu einem „strengen“ Eintragungsprinzip nur schrittweise erfolgte, zeigt besonders illustrativ ein Fall des Konflikts einer schlechtgläubig vorgenommenen Pfandrechtspränotation und einem späteren grundbücherlich einverleibten Eigentümer. Während das Instanzgericht mit Rückgriff auf *Exner* und *Randa* das früher eingetragene Pfandrecht für stärker erachtete, sprach der OGH hier ganz allgemein aus, dass jeder Rechtserwerb nach den §§ 326

4633 Vgl zur Lehre von *Krainz* ausf *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 226 ff.

4634 *Krainz*, Das leitende Princip der bürgerlichen Rechte, GZ 1868, 383 (396 f). Die Ausführungen zum Doppelverkauf finden sich va in Nr 98 der GZ.

4635 OGH 5.5.1858, Nr 3156 GIU 556.

4636 OGH 10.4.1902, Nr 3817 GIUNF 2549; OGH 10.6.1870, Nr 2904 GIU 3810; OGH 30.1.1866, Nr 110 GIU 2374.

4637 OGH 17.2.1870, Nr 13764 GIU 3717.

4638 OGH 28.1.1873, Nr 12937 GIU 4850.

4639 OGH 18.2.1908, Rv. II, 97/8 GIUNF 4133; s auch OGH 31.3.1881, Nr 1499 GIU 8354.

und 335 ABGB Redlichkeit auf Seite des Erwerbers voraussetze, weshalb das Pfandrecht hier nicht schützenswert sei.⁴⁶⁴⁰ Der stärkere Besitz diene bis in das 20. Jhd sohin als Anknüpfungspunkt, den innehabenden Erstkäufer gegen den unredlichen Zweiterwerber obsiegen zu lassen.

3.2.1.2.1.2. Außerbücherliches Eigentumsrecht

Parallel zu einem auf besitzrechtlichen Erwägungen basierenden Lösungsmodell entwickelte sich in der L ein alternativer Ansatz zur sachenrechtlichen Beurteilung von Konstellationen des Doppelverkaufs. Ausgangspunkt war dabei die insb von Anhängern der Historischen Rechtsschule entwickelte These, dass neben dem durch Eintragung in das Grundbuch erworbenen Eigentumsrecht an unbeweglichen Sachen noch ein separates, außerbücherliches Eigentumsrecht bestehe.⁴⁶⁴¹ Populär gemacht wurde diese Idee va durch eine abgedruckte Vorlesung von *Unger*: Dieser unterscheidet zwischen dem bürgerlichen Zivileigentümer und dem außerbücherlichen Naturaleigentümer, wobei der Naturaleigentümer gegen die Vindikation des bürgerlichen Eigentümers durch die *exceptio rei venditae et traditae* geschützt sei.⁴⁶⁴² Im Verhältnis zum Einzelrechtsnachfolger des Zivileigentümers käme dem Naturaleigentümer neben der *exceptio rei venditae et traditae* auch die *actio Publiciana* zu; hier müsse aber auf § 1500 ABGB abgestellt werden.⁴⁶⁴³ Um ein Recht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher zu erwerben, sei nach *Unger* neben der Gutgläubigkeit aber ein entgeltlicher Titel zu verlangen, wobei er letzteres allein aus dem Grundsatz „*dem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul*“ ableitet, ohne diesen im Gesetz zu verankern.⁴⁶⁴⁴ Dieses Modell eines *dominium duplex* ist dem Denken der Historischen Rechtsschule aber durchaus vertraut, da sie konzeptionell auf der Unterscheidung zwischen dem römisch-rechtlichen bonitarischen und dem quiritischen Eigentum beruht.⁴⁶⁴⁵ Aus einem maßgeblich durch die Dogmatik der Historischen Rechtsschule geprägten Ansatz ist der Doppelverkauf sohin als Konflikt zweier Eigentumspositionen anzusehen.

Ohne dass dieser den Begriff des Naturaleigentums oder des außerbücherlichen Eigentums explizit nennt, wird die Renaissance dieser Rechtsfi-

4640 OGH 11.11.1903, Nr 13.261 GIUNF 2485.

4641 Zur ursprünglichen Entwicklung dieser Idee von *Randa* und *Arndt*, s ausf *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 214 ff.

4642 Die Argumentation ist dabei paradigmatisch für die Dogmatik der Historischen Schule: Es wird nicht einmal versucht, dies im ABGB zu verorten; alleiniger Anknüpfungspunkt ist die Behandlung des bonitarischen Eigentümers im römischen Recht, s *Unger*, Die materielle Seite des Instituts der öffentlichen Bücher, GZ 1868, 101 (105).

4643 *Unger*, GZ 1868, 101 (106).

4644 *Unger*, GZ 1868, 101 (102).

4645 *Pletzer*, Doppelveräußerung 34; *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 219 ff.

gur im 20. Jhd auf *Klang* zurückgeführt.⁴⁶⁴⁶ Der in der ersten und zweiten Auflage seiner Kommentierung des § 431 ABGB entwickelte Begründungsansatz ist dabei durchaus außergewöhnlich: Nach dem Befund, dass die strikte Einhaltung des Eintragungsgrundsatzes und das damit einhergehende Obsiegen des Zweitkäufers unabhängig von seiner Redlichkeit zu unbilligen Ergebnissen führt, stellt er fest, dass die Rechtssätze des ABGB „*untereinander nicht in Einklang zu bringen und mit der neueren Gesetzgebung nicht zu vereinigen*“ seien.⁴⁶⁴⁷ Dementsprechend könne auf den natürlichen Rechtsgrundsatz zurückgegriffen werden, dass „*es wohl niemals vorkommt, dass Liegenschaften bloß nach dem Buchstande veräußert werden, ohne dass der Erwerber sich um die tatsächlichen Verhältnisse kümmert*“.⁴⁶⁴⁸ Dementsprechend sei nur derjenige Zweiterwerber schützenswert, der nicht in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Übergabe war; anders sei dies aber beim Pfandrechterwerb, wo dem strengen Eintragungsprinzip gefolgt werden könne. Ebenso sei die übergebene Liegenschaft in die Verlassenschaft des außerbücherlichen Besitzers einzubeziehen; bei der Exekution durch Gläubiger des bücherlichen Eigentümers bestehe für den außerbücherlichen Eigentümer die Möglichkeit des Widerspruchs.⁴⁶⁴⁹ Im Ergebnis wird nach der Konzeption von *Klang* der innehabende Ersterwerber daher so gestellt, als hätte er Eigentum erworben, wenn der im Grundbuch eingetragene Zweiterwerber nicht schutzwürdig ist.⁴⁶⁵⁰

Die 2. Auflage der *Klang*-Kommentierung im Jahr 1950 zeigte bald Auswirkungen auf die Rsp zum Doppelverkauf.⁴⁶⁵¹ So berief sich der OGH auf *Klang*, wenn er die Stellung des Ersterwerbers derjenigen eines Ersitzers gleichstellt und den Zweiterwerber sohin nur dann obsiegen lässt, wenn er im Vertrauen auf das Grundbuch erworben hat.⁴⁶⁵² In weiterer Folge wird – mit direktem Verweis auf die Ansicht von *Klang* – davon ausgegangen, dass sich der intabulierte Zweiterwerber nur dann durchsetzt, wenn er von der Übergabe weder wusste noch wissen musste.⁴⁶⁵³ Der innehabende Ersterwerber obsiegt demnach, wenn auffällige Umstände für einen außerbücherlichen Eigentumserwerb sprechen, wie etwa eine bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht zu übersehende Übergabe der Liegenschaft, sofern eine Benutzung aus einem anderen Rechtsgrund nicht plausibel erscheint;⁴⁶⁵⁴ ein solcher Umstand wurde dabei

4646 Frössel, Beeinträchtigung 38; Pletzer, Doppelveräußerung 40 ff.

4647 *Klang* in *Klang* II² § 431 (361 f); *Klang* in *Klang*¹ I/2 (1931) § 431 (206).

4648 *Klang* in *Klang* II² § 431 (361 f); *Klang* in *Klang*¹ I/2 § 431 (206).

4649 Dies findet sich durchaus auch in der älteren Rsp angedeutet, vgl OGH 18.6.1907, Nr 7998 GIUNF 3815.

4650 Ebenso Gschnitzer, Sachenrecht 96.

4651 Vgl dazu auch Pletzer, Doppelveräußerung 49 ff.

4652 OGH 29.5.1953, 1 Ob 441/53 JBl 1954, 68.

4653 OGH 17.10.1956, 1 Ob 485/56 JBl 1957, 290, mwN zur nicht veröffentlichten E OGH 9.11.1960, 1 Ob 222/60, vgl auch RIS-Justiz RS0011250.

4654 Vgl RIS-Justiz RS0011227; OGH 22.11.1961, 1 Ob 454/61.

etwa in der Errichtung eines Zauns erblickt.⁴⁶⁵⁵ Nicht notwendig sei es aber, dass der Zweitkäufer eigene Nachforschungen unternimmt, wenn er keine Wahrnehmungen gemacht hat, die ihn zur Ansicht bringen mussten, dass die tatsächlichen Verhältnisse mit dem Grundbuch nicht übereinstimmen.⁴⁶⁵⁶ In den 60er Jahren bis Anfang der 70er Jahre war es somit mit *Klang* stRsp, dass dem innehabenden Ersterwerber eine besonders geschützte Rechtsposition zukommt, die die Geltung des Eintragungsgrundsatzes aufweicht.⁴⁶⁵⁷

Die Position von *Klang* und die ihm folgenden Rsp wurden jedoch bald in Frage gestellt. Nach anfänglichen Zweifeln von *Barfuß* sprachen sich *va Koziol* und *Franz Bydlinski* gegen eine sachenrechtlich berücksichtigungswürdige Rechtsstellung des innehabenden Ersterwerbers und somit iE für eine strenge Geltung des Eintragungsprinzips aus. Problematisiert wird dabei insb die rechtliche Qualifikation der dinglichen Stellung von Erst- und Zweiterwerber in diesem Ansatz. Der eingetragene Zweiterwerber sei nach *Barfuß* als bloß bedingter Eigentümer zu qualifizieren, was im ABGB jedoch nicht anerkannt sei.⁴⁶⁵⁸ Auch *Koziol* betont, dass nach dem Ansatz von *Klang* der Ersterwerber Eigentum erwerben würde, was den Wertungen der §§ 431, 440 entgegenlaufen würde, da keine geeignete rechtliche Erwerbungsart gegeben sei.⁴⁶⁵⁹ Ebenso geht *Franz Bydlinski* davon aus, dass diese Ansicht darauf hinauslaufe, dass für den Grundstückskauf die Einverleibung für die Erlangung des Eigentums nicht notwendig sei, womit das Eintragungsprinzip völlig entwertet werde.⁴⁶⁶⁰ Besonders betonen *Koziol* und *Franz Bydlinski* dabei den Umstand, dass nach der stRsp ein Gläubiger des Verkäufers gegen die Liegenschaft Exekution führen kann, ohne dass dem der Titel und die physische Übergabe an den Käufer entgegenstünden.⁴⁶⁶¹ Nach anfänglichem Zögern⁴⁶⁶² schloss sich auch die Rsp dieser Kritik an und sprach aus, dass die bloße Übergabe der Liegenschaft keinen Eigentumsübergang nach sich ziehe, was seither ganz stRsp⁴⁶⁶³ ist. Seitdem gilt die – zuletzt als „*unglückliche Konstruktion*“ bezeichnete⁴⁶⁶⁴ – Lehre des außerbücherlichen Eigentums an Liegenschaften als überkommen.

4655 OGH 9.7.1963, 8 Ob 185/63 EvBl 1963, 572; RIS-Justiz RS0011233.

4656 OGH 26.5.1964, 8 Ob 155/64 EvBl 1965, 100; RIS-Justiz RS0011258.

4657 RIS-Justiz RS0011224; s für eine Aufzählung der *Klang* folgenden E des OGH in den 60er-Jahren, *Pletzer*, Doppelveräußerung 52 (FN 232).

4658 *Barfuß*, Doppelveräußerung und Intabulationsprinzip, JBl 1962, 350 (355 f).

4659 *Koziol*, Probleme der Doppelveräußerung (Vortrag abgedruckt in ÖJZ 1971, 759 und JBl 1971, 616); *Koziol*, Beeinträchtigung 123 ff.

4660 *F. Bydlinski* in *Klang* IV/2² § 1053 (118 ff).

4661 *F. Bydlinski* in *Klang* IV/2² § 1053 (121); *Koziol*, Beeinträchtigung 125.

4662 Vgl OGH 8.2.1972, 4 Ob 635/71 EvBl 1972, 519; RIS-Justiz RS0011224.

4663 Erstmalig OGH 14.10.1975, 5 Ob 183/75; zur sehr umfangreichen Rsp vgl RIS-Justiz RS0011111.

4664 *Rummel*, Glosse zu 6 Ob 132/72, JBl 1973, 524 (526).

3.2.1.2.1.3. „Starres“ Eintragungsprinzip

Die heute herrschende strenge Auslegung des Eintragungsprinzips, nach dem sich der in das Grundbuch eingetragene Zweiterwerber sachenrechtlich unabhängig von seiner Redlichkeit durchsetzt, ist deutlich jüngeren Datums, als heute scheint. Zwar lassen auch die Kommentare von *Pratobevera* zum Beitrag von *Schuster* durchaus Sympathien mit einer strengen Auslegung des Eintragungsprinzips erkennen; dogmatisch verankert wurde das unbedingte Obsiegen des Eingetragenen aber erst durch *Emil Strohal*.⁴⁶⁶⁵ Dieser wandte sich Mitte der 70er Jahre des 19. Jhds gegen die damals wohl hL, dass beim Doppelverkauf dem innehabenden Ersterwerber der Vorrang gegen den unredlichen, aber in das Grundbuch eingetragenen Zweiterwerber gebührt. Dies stützt er auf die stark von der Pandektistik geprägte Idee, dass die Eintragung in das Grundbuch als dinglicher Vertrag qualifiziert werden müsse, der für den Eigentumsübergang unabdingbar sei.⁴⁶⁶⁶ Damit wurde die Intabulation vom Publizitätsgedanken gelöst, sodass die Funktion des Grundbuchs allein darin erblickt wurde, gutgläubige Dritte gegen etwaige aus dem unrichtigen Registerstand entspringende Nachteile zu schützen.⁴⁶⁶⁷ Hieraus folge, dass durch die Tradition die übergebene Liegenschaft nicht aufhört, Bestandteil des Vermögens des A zu sein, weshalb der Veräußerer dinglich noch vollumfänglich über sie verfügen kann; dementsprechend sei sie weiterhin Exekutionsobjekt für die Gläubiger des Verkäufers.⁴⁶⁶⁸ Als einzige Ausnahmen für das Obsiegen des in das Grundbuch eingetragenen Zweiterwerbers sieht es *Strohal* an, wenn die Verletzung der Forderungsrechte des Erstkäufer als Betrug im strafrechtlichen Sinne angesehen werden könne oder wenn ein Tatbestand der Gläubigeranfechtung erfüllt sei.⁴⁶⁶⁹ Nach diesem Ansatz besteht durch die Übergabe der Liegenschaft sohin keine berücksichtigungswürdige Stellung des Ersterwerbers.

Die Ansicht von *Strohal* zum starren Eintragungsprinzip fand unmittelbar Eingang in die Rsp. Zwar war schon zuvor ausgesprochen worden, dass die Kenntnis des Zweiterwerbers vom Kauf des Ersterwerbers § 440 ABGB und sohin dem Eigentumsübergang nicht entgegenstehe,⁴⁶⁷⁰ anfänglich blieb sie jedoch eher vereinzelt.⁴⁶⁷¹ Explizite Ausführungen zum Verhältnis zum innehabenden Ersterwerber finden sich erst später. So wurde mit der Zustimmung des OGH ausgesprochen, dass der physische Besitz von Liegenschaften, von

⁴⁶⁶⁵ MwN *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 320 ff.

⁴⁶⁶⁶ *Strohal*, Eigentum an Immobilien 25 ff.

⁴⁶⁶⁷ *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 325 f.

⁴⁶⁶⁸ *Strohal*, Eigentum an Immobilien 85 ff.

⁴⁶⁶⁹ *Strohal*, Eigentum an Immobilien 85 f (Fn 32); *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 326.

⁴⁶⁷⁰ OGH 23.10.1873, Nr 8489 GIU 5114 = Spruch 59 (alt).

⁴⁶⁷¹ Vgl die Rechtsprechungsübersicht oben in 3.2.1.2.1.1.

denen der Zweitkäufer Kenntnis gehabt hat, rechtlich bedeutungslos sei.⁴⁶⁷² Dies wurde in einer Plenissimar-E auch für den Erwerb eines Pfandrechts betont.⁴⁶⁷³ Im frühen 20. Jhd hob der OGH eine instanzgerichtliche E, bei der für den Doppelverkauf auf die Wertungen der §§ 372 ff ABGB abgestellt wurde, auf und verwies darauf, dass der Ersterwerber nur dann obsiegen könne, wenn der Zweiterwerber arglistig gehandelt hat;⁴⁶⁷⁴ später wird auf eine betrügerische Übervorteilung abgestellt.⁴⁶⁷⁵ Diese bis kurz nach dem Zweiten Weltkrieg nachzeichenbare Rsp⁴⁶⁷⁶ wurde in weiterer Folge von der Ansicht *Klangs* und einer stärker auf schadenersatzrechtliche Erwägungen abstellenden Entscheidungspraxis abgelöst.

3.2.1.2.2. *Schadenersatzrechtlicher Ansatz*

Auf schadenersatzrechtliche Begründungsmuster zur Auflösung der Interessenkollision beim Doppelverkauf von Liegenschaften wurde bereits früh hingewiesen. Im vorliegenden Rahmen von besonderer Bedeutung sind dabei die Ausführungen von *Franz Xaver Nippel* aus dem Jahr 1831: Dieser ging davon aus, dass nach § 431 ABGB beim Doppelverkauf das Eigentum mit der Eintragung ins Grundbuch an den Zweiterwerber übergehe – unabhängig davon, ob dieser „von dem früheren Vertragsrechte des Dritten Wissenschaft hatte“.⁴⁶⁷⁷ Der Ersterwerber könne aber mit einer Entschädigungsklage vorgehen und sohin die Übergabe der Liegenschaft verlangen.

Wenn auch nicht mit Übernahme von *Nippels* Begründung wird auch in der frühen Rsp bei Doppelverkäufen teils auf das Schadenersatzrecht zurückgegriffen;⁴⁶⁷⁸ wirklich durchsetzen konnte sich eine solche Herangehensweise im 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jhds indes nicht.⁴⁶⁷⁹ Dies ist wohl maßgeblich darauf zurückzuführen, dass seit den Lehren der Historischen Rechtsschule äußerst unklar war, inwieweit bei Verletzungen von relativen Forderungsrechten auch ein vertraglich nicht gebundener Dritter auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden kann.⁴⁶⁸⁰ Einen wesentlichen

4672 OGH 27.2.1895, Nr 2221 GIU 15422; OGH 12.7.1888, Nr 7893 GIU 12262; OGH 25.9.1884, Nr 1884 GIU 10183.

4673 OGH 25.2.1890, Nr 1601 GIU 13170.

4674 OGH 12.5.1903, Nr 6263 GIUNF 2343.

4675 OGH 22.12.1909, Rv. IV, 837/9 GIUNF 4847.

4676 MwN zur Rsp in der Zwischenkriegszeit OGH 26.9.1951, 3 Ob 413/51 JBl 1952, 158; zuletzt wahrscheinlich OGH 2.2.1955, 7 Ob 44/55; vgl auch *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 352.

4677 *Nippel*, Erläuterung 3 § 440 Rz 5 (406).

4678 MwN *Hofmeister*, Frühe Ansätze einer Lehre über die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, JBl 1972, 523.

4679 *Pletzer*, Doppelveräußerung 180 ff; *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 162 f.

4680 Ein besonders illustratives Zeugnis für diese Ansicht gibt die Buchbesprechung von *Koziols* Habilitationsschrift durch *Kramer* und *Schwimann*, in der den Thesen

Beitrag zur Weiterentwicklung der schadenersatzrechtlichen Dogmatik leistete dabei die Habilitationsschrift von *Helmut Koziol*, in der er nachwies, dass der bloß gegen einen Schuldner bestehende Erfüllungsanspruch schadenersatzrechtlich auch gegen Eingriffe Dritter bewehrt ist, weshalb jedermann fremde Forderungsrechte zu achten habe.⁴⁶⁸¹ Den Doppelverkauf fasst *Koziol* als typischen Fall der Außenwirkung eines kundbaren Forderungsrechts, dem unter Zugrundelegung eines „starren“ Eintragungsprinzips aber sachenrechtlich nicht beizukommen sei.⁴⁶⁸² Die Außenwirkung des ersten Kaufvertrags könne aber in die schadenersatzrechtliche Beurteilung einfließen, wobei hier eine Korrektur der sachenrechtlichen Zuordnung in Frage komme, wenn der Zweiterwerber vom Recht des Ersterwerbers Kenntnis hat.⁴⁶⁸³ Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution könne der Ersterwerber daher dem Grunde nach die Herausgabe der Liegenschaft verlangen.⁴⁶⁸⁴ Nach dem Ansatz von *Koziol* kann sich der Ersterwerber bei wissentlichen Eingriffen in sein durch den Kaufvertrag vermitteltes Forderungsrecht gegen den Zweiterwerber durchsetzen und eine Änderung des Grundbuchsstands verlangen.⁴⁶⁸⁵

Relativ kurze Zeit nach *Koziol* wurde der Gedanke, dass zur Lösung der Konstellationen des Doppelverkaufs auch schadenersatzrechtliche Wertungen zur Anwendung gebracht werden können, maßgeblich von *Schilcher* und *Holzer* weiterentwickelt. Diese weisen auf Unzulänglichkeiten des „starren“ Eintragungsprinzips hin, da dieses dort, wo der Erstkäufer die Sache bereits sehr lange besitzt bzw nutzt, zu unbilligen Ergebnissen führe.⁴⁶⁸⁶ Problematisch sei insb das Erfordernis der Wissentlichkeit, da dies dazu führen könnte, dass der Zweiterwerber, der die zu kaufende Liegenschaft nie besichtigt und sohin allenfalls als fahrlässig anzusehen ist, obsiegt.⁴⁶⁸⁷ Es könne der Ansatz von *Klang* aber insoweit auch in das Schadenersatzrecht übernommen werden, als dass der besitzende Käufer als besonders schutzwürdig angesehen werden könne, was sich auch in der deutschen L wiederfinde.⁴⁶⁸⁸ Der Besitz sei daher ein Ausdrucksmittel typischer Erkennbarkeit und ein Alarmsignal, weshalb jeder Erwerber fragen muss, „ob dieses Benutzen und

Koziols entgegengehalten wird, dass relative Rechte bereits dem Grunde nach keine Drittwirkungen entfalten können, s *Kramer/Schwimmann*, ÖJZ 1968, 195 f; für weitere Nachweise, s *Koziol*, öHPR II³ 190.

4681 Ausf dazu *Koziol*, öHPR II³ 125 ff.

4682 *Koziol*, Beeinträchtigung 120 ff.

4683 *Koziol*, Beeinträchtigung 126 f.

4684 *Koziol*, Beeinträchtigung 203 ff.

4685 *Koziol*, Beeinträchtigung 127; mwN zur *Koziol* folgenden Rsp *Pletzer*, Doppelveräußerung 184 ff.

4686 *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 445 (446).

4687 *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 445 (451).

4688 *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 445 (453 ff).

*Wohnen einen rechtlichen Hintergrund haben kann.*⁴⁶⁸⁹ Daraus folge, dass der Haftungsmaßstab bei Vorliegen eines Besitzes ein strengerer sei und schon Fahrlässigkeit ausreiche, um den Ersterwerber obsiegen zu lassen.⁴⁶⁹⁰ *Schilcher* und *Holzer* plädieren dabei iSe beweglichen Systems dafür, objektive und subjektive Elemente bei der Interessensabwägung flexibel einzubeziehen; je schwerwiegender die objektiven Umstände – wie etwa eine erfüllte Forderung oder ein langanhaltender Besitz, desto weniger wichtig sei das Verschulden, wobei alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen seien.⁴⁶⁹¹ Im Resultat muss beim Doppelverkauf sohin danach unterschieden werden, ob dem Erstkäufer die Liegenschaft übergeben wurde oder nicht. Der Besitz wird bei *Schilcher/Holzer* daher nicht mehr als sachenrechtliches Institut, sondern basierend auf der damit einhergehenden Kundbarkeit funktional als Grund für eine Haftungsverschärfung interpretiert.

Wie wohl nur wenige Zeitschriftenbeiträge hatte der zweiteilige Aufsatz von *Schilcher/Holzer* unmittelbare Auswirkungen auf die Rsp.⁴⁶⁹² Hierbei wird bald nach Erscheinen mit direktem Bezug auf die Autoren festgehalten, dass es bei typischer Erkennbarkeit des Forderungsrechts für ein Obsiegen des Ersterwerbers ausreicht, „*wenn der Zweiterwerber die obligatorische Position des Beeinträchtigten kannte oder kennen musste*“, wobei hier eine Kontinuität mit der dem Ansatz *Klangs* folgenden Rsp gesehen wird.⁴⁶⁹³ Bald wurde dem das Erfordernis hinzugefügt, dass der Besitz deutlich erkennbar sein müsse;⁴⁶⁹⁴ bei einer nicht genutzten Liegenschaft sei dies etwa nicht der Fall.⁴⁶⁹⁵ Tw wird auch auf die sozialtypische Erkennbarkeit abgestellt.⁴⁶⁹⁶ Es wird dabei als Verpflichtung eines Käufers angesehen, die Liegenschaft in natura zu besichtigen; wenn hier ersichtlich ist, dass das Grundstück von einem Dritten bewohnt oder benützt wird, besteht eine gewisse Nachforschungspflicht, deren fahrlässige Verletzung schadenersatzpflichtig macht.⁴⁶⁹⁷ Keine Sorgfaltswidrigkeit liege aber vor, wenn den Ausführungen des Verkäufers zum Rechtsgrund des Dritten geglaubt wird, ohne dass weitere Nachforschungen unternommen werden.⁴⁶⁹⁸ Das Spannungsfeld des Umfangs der Nachforschungspflichten umschreibt der OGH später durchaus eindrücklich: „*Dem Erwerber einer Liegenschaft dürfen zwar keine weitwendigen und ängstlichen Nachforschungen über die Richtigkeit des*

4689 *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 445 (454).

4690 *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 445 (454).

4691 *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 512 (513 ff).

4692 Vgl die Darstellung der Rsp bei *Pletzer*, Doppelveräußerung 188 ff.

4693 OGH 19.10.1976, 5 Ob 671/76 JBl 1977, 257.

4694 OGH 27.11.1980, 7 Ob 642/80 JBl 1981, 353.

4695 RIS-Justiz RS0011226; OGH 31.8.1983, 1 Ob 674/83; s zuletzt auch OGH 27.10.2016, 2 Ob 137/16k.

4696 OGH 2.7.1985, 2 Ob 541/84; OGH 31.8.1983, 1 Ob 674/83.

4697 OGH 11.6.1987, 8 Ob 533/87.

4698 OGH 18.2.1981, 1 Ob 784/80 EvBl 1981, 462.

*Grundbuchsstandes zugemutet werden (...), doch darf er vor Bedenken auslösenden Umständen nicht einfach die Augen verschließen.*⁴⁶⁹⁹ IE besteht somit in Anschluss an *Schilcher/Holzer* eine einheitliche Rsp, nach der der Ersterwerber gegen den unredlichen Zweiterwerber obsiegt.⁴⁷⁰⁰

Innerhalb des Rahmens, den der Schutz besitzverstärkter Forderungsrechte bietet, schwenkte der Fokus der Rsp in jüngerer Zeit auf die Lösung von Detailfragen. Ein wesentliches Problem wurde dabei in der Bestimmung des Zeitpunkts gesehen, in dem die Rechtswidrigkeit vorliegen muss. Hierbei findet sich bei *Nippel*⁴⁷⁰¹ gleich wie bei *Schilcher/Holzer*⁴⁷⁰² und später auch bei *Frössel*⁴⁷⁰³ die Position, dass es hier allein auf den Vertragsabschluss ankomme; eine zwischen Abschluss des Kaufvertrags und Einverleibung in das Grundbuch eintretende Unredlichkeit sei daher nicht schädlich. Dem folgt die nicht ganz einheitliche⁴⁷⁰⁴ Rsp aber nicht: Die Gutgläubigkeit des Zweiterwerbers müsse bis zur Verbücherung des Erwerbsgeschäfts gegeben sein, widrigenfalls der Ersterwerber obsiege.⁴⁷⁰⁵ Zur etwaigen Bedeutung des Mitverschuldens des Ersterwerbers durch Unterlassung der Intabulation besteht große Unklarheit.⁴⁷⁰⁶ Von *Schilcher/Holzer* übernommen⁴⁷⁰⁷ wurde die Position, dass ein unentgeltlicher Titel in Übernahme der Wertung des § 373 ABGB grundsätzlich schwächer ist als ein entgeltlicher, weshalb ein unentgeltlicher Ersterwerber nicht durchdringen kann;⁴⁷⁰⁸ ein unentgeltlicher, intabulierter Zweiterwerber muss aber nicht weichen.⁴⁷⁰⁹ Dogmatische Schwierigkeiten bereitet auch der Inhalt des Schadenersatzanspruchs: Hier wird zT davon ausgegangen, dass durch die Naturalrestitution nur die Rücküberweisung der Liegenschaft an den Verkäufer, nicht aber die Übertragung an den übervorteilten Erstkäufer verlangt werden könne.⁴⁷¹⁰ Insb *Koziol* plädiert dahingehend dafür, dass der Erstkäufer auch unmittelbar die Überweisung der Liegenschaft verlangen könne.⁴⁷¹¹ Die Rsp nimmt hierbei eine nuancierte Stellung ein: Ein

4699 OGH 24.10.1990, 1 Ob 671/90.

4700 So auch *Pletzer*, Doppelveräußerung 197 f.

4701 *Nippel*, Erläuterung 3 § 440 Rz 5 (407 f).

4702 Sehr überzeugend *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 512 (515 f).

4703 *Frössel*, Beeinträchtigung 241 f.

4704 Die gegenläufige Rsp, nach der es allein auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommt, wird mittlerweile wohl überkommen sein, vgl dazu RIS-Justiz RS0011352.

4705 Explizit OGH 14.11.2013, 2 Ob 126/13p; vgl RIS-Justiz RS0011224.

4706 Zweifelnd OGH 13.9.2007, 6 Ob 169/07g; offenlassend OGH 29.9.2004, 7 Ob 225/03v; einschränkend *Frössel*, Beeinträchtigung 251 ff; für die Berücksichtigung des Mitverschuldens plädierend *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 512 (514 f).

4707 *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 512 (513), krit dazu *Frössel*, Beeinträchtigung 237 ff.

4708 OGH 27.8.2014, 2 Ob 81/14x.

4709 MwN OGH 2.12.1986, 2 Ob 586/85.

4710 *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 431 Rz 28; *Hoyer*, Doppelverkauf und kein Ende – Anmerkungen zu OGH 27.7.1995, 1 Ob 537, JBl 1996, 539.

4711 *Koziol*, öHPR II³ 137 f; *Koziol*, Beeinträchtigung 203 ff.

Anspruch auf unmittelbare Übertragung wird dem Erstkäufer nur insoweit gewährt, als dass dieser den Kaufpreis bereits an den Verkäufer bezahlt hat.⁴⁷¹² In einer Gesamtschau sind im Einzelnen noch viele Details beim schadenersatzrechtlichen Schutz des besitzverstärkten Forderungsrechts ungeklärt.

Der Fokus auf die Verhaltenspflichten des Zweitkäufers, deren Verletzung zu einem Obsiegen des Ersterwerbers einer Liegenschaft führt, hat die Betrachtung der Rechtsposition des innehabenden Ersterwerbers weitgehend in den Hintergrund treten lassen. Hierbei wird freilich weiterhin einem „starren“ Eintragungsprinzip gefolgt: So besteht nach der stRsp für den außerbüchlichen Liegenschaftserwerber bei einer Liegenschaftsexekution keine Möglichkeit, Widerspruch nach § 37 EO zu erheben,⁴⁷¹³ wobei hier eine Kontinuität mit einer Plenissimar-Entscheidung des frühen 20. Jhds gesehen wird.⁴⁷¹⁴ Besonders deutlich wird dies aber im Insolvenzfall, wo es nach der Rsp – unabhängig von der Übergabe der Liegenschaft – zu einer Forderungsumwandlung nach § 14 IO kommt, weshalb dem Ersterwerber nur eine Insolvenzforderung zukommt; abgelehnt wird die Gleichbehandlung mit einem Bestandvertrag gem § 24 IO.⁴⁷¹⁵ Dem Recht des innehabenden Ersterwerbers wird von der Rsp sohin jegliche Drittwirkung abgesprochen.

3.2.1.2.3. *Synthese*

Bei der Betrachtung der Entwicklung des österreichischen Meinungsstands zur Beurteilung des Doppelverkaufs bestätigt sich der Befund von *Roland Dubischar*, dass bei gleichbleibenden Schutzbedürfnissen auch in verschiedenen Rechtsepochen grundsätzlich gleich entschieden wird, auch wenn sich die für die Lösung herangezogenen Rechtsfiguren ändern.⁴⁷¹⁶ Im österreichischen Recht wurde dabei seit dem frühen 19. Jhd fast durchwegs davon ausgegangen, dass sich der nicht intabulierte, innehabende Ersterwerber gegen den unredlichen Zweiterwerber einer Liegenschaft durchsetzt. Dies findet freilich eine Ausnahme im Zeitraum zwischen dem Ende des 19. Jhds und dem Zweiten Weltkrieg, wo herrschend dem intabulierten Zweiterwerber der Vorzug gegeben wurde, wobei hier gezeigt werden konnte, dass die Rsp in diesem Zeitraum durchaus nicht einheitlich war.⁴⁷¹⁷ Die Begründungen für dieses Auslegungsergebnis änderten sich im Zeitablauf aber erheblich: Während anfänglich auf die Besitzposition des innehabenden Ersterwerbers abgestellt wurde, näherte man später seine Rechtsposition an eine

4712 OGH 12.4.2016, 2 Ob 87/15f; OGH 15.12.2008, 4 Ob 198/08h.

4713 RIS-Justiz RS0002004; mit ausführlicher Auseinandersetzung OGH 13.2.1985, 3 Ob 125/84.

4714 Plenissimar-E 28.10.1908, Rv. V 1545/8 GIUNF 4359 = Judikatenbuch Nr 186.

4715 OGH 18.12.2007, 10 Ob 14/07t; OGH 20.6.2007, 7 Ob 114/07a; vgl RIS-Justiz RS0115899.

4716 *Dubischar*, Doppelverkauf und „ius ad rem“, JuS 1970, 6 (7).

4717 Vgl *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 350 ff.

Eigentümerstellung an, was durchaus als Folge von pandektistischen Einflüssen angesehen werden kann. Zuletzt wurde der Blick vom Recht des Ersterwerbers auf die Pflicht des Zweiterwerbers gerichtet, erkennbare Rechte eines anderen zu respektieren, widrigenfalls mit Schadenersatzansprüchen vorgegangen werden könne. Zwar unterscheidet sich je nach dem jeweils herrschenden Ansatz die Beurteilung im Detail; das Gesamtbild, dass sich der innehabende Ersterwerber gegen den unredlichen Zweiterwerber durchsetzt, blieb aber unabhängig von der dogmatischen Begründung weitgehend unverändert.

Manifeste Auswirkungen hatte die Änderung des dogmatischen Rahmens außerhalb des unmittelbaren Verhältnisses zwischen Erst- und Zweiterwerber einer Liegenschaft. Denn während nach einem sachenrechtlich inspirierten Ansatz, für den auch *Klang* plädierte, für den innehabenden Ersterwerber eine auch in der Zwangsvollstreckung berücksichtigungswürdige Rechtsposition besteht,⁴⁷¹⁸ ist dies nach einer rein schadenersatzrechtlichen Beurteilung nicht der Fall. Nach der jüngeren Rsp ist in dieser Konstellation der Umstand, dass dem Ersterwerber die Liegenschaft übergeben wurde, ohne rechtliche Relevanz. Hieraus ergibt sich der wesentliche konzeptionelle Unterschied zwischen einem sachenrechtlichen und einem schadenersatzrechtlichen Ansatz zur Lösung des Doppelverkaufs: Während in einer sachenrechtlichen Betrachtung dem innehabenden Ersterwerber eine dinglich wirkende Rechtsposition eingeräumt wird, konstruiert der schadenersatzrechtliche Ansatz Verhaltenspflichten für jeden Liegenschaftskäufer, ohne im gleichen Maß eine schützenswerte Rechtsposition des Ersterwerbers anzuerkennen. Durch den momentan herrschenden Ansatz ist die Position des innehabenden Ersterwerbers sohin durchaus schwächer als nach früher vertretenen Rechtsfiguren.

3.2.1.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB

Die wesentliche dogmatische Frage, die sich beim Doppelverkauf stellt, besteht darin, ob und inwieweit dem Ersterwerber, dem die Liegenschaft übergeben wurde, eine gegen Dritte bewehrte Rechtsposition zukommt. Hierfür lässt sich im hier dargestellten Rahmen, nach dem auf Grund des weiten Sachbegriffs des ABGB auch Rechte Gegenstand von dinglichen Rechten sein können, eine rein sachenrechtliche Herangehensweise erarbeiten, wie diese Rechtskollision aufzulösen ist. Dementsprechend gilt es die außerbüchliche Rechtsposition des innehabenden Ersterwerbers einer Liegenschaft mit der bücherlichen Rechtsposition des später in das Grundbuch eingetragenen Zweiterwerbers abzuwägen. Zuvor soll jedoch gezeigt werden, dass selbst nach einem herrschenden, engen Verständnis des Sachbegriffs die

⁴⁷¹⁸ *Klang* in *Klang* II² § 431 (362).

derzeit vertretenen Ansätze zur dogmatischen Verankerung des Doppelverkaufs von Liegenschaften nicht überzeugen.

3.2.1.3.1. Kritik an der hL

Im derzeit herrschenden Verständnis sind die sachenrechtlichen Wertungen für den Doppelverkauf von einer starken Rigidität geprägt. Diese zeigt sich va darin, dass nach einem „starren“ Eintragungsprinzip ganz unterschiedliche Sachverhalte nach denselben Grundsätzen beurteilt werden. So macht es nach dieser Lesart sachenrechtlich keinen Unterschied, ob die Liegenschaft dem Ersterwerber übergeben wurde oder nicht, die Übergabe vor oder nach der Intabulation stattgefunden hat oder der Zweiterwerber bösgläubig war: Nach den §§ 431, 440 ABGB obsiege demnach ausnahmslos der in das Grundbuch eingetragene Zweiterwerber. Folgt man der hL, besteht somit im Sachenrecht keinerlei Möglichkeit der differenzierten Behandlung von unterschiedlichen Konstellationen des Doppelverkaufs.

Diese einheitliche sachenrechtliche Behandlung des Doppelverkaufs ist aber auch im herrschenden Verständnis keineswegs selbstverständlich. Dies zeigt sich insb bei der Gegenüberstellung einer Konstellation, in der dem Erstkäufer die Liegenschaft übergeben wurde mit jener, dass dieser bloß einen Kaufvertrag hat. Hierbei wird von der hL ganz unstr davon ausgegangen, dass der innehabende Ersterwerber als Naturalbesitzer zu qualifizieren ist, dem auch besitzrechtliche Rechtsmittel zukommen; darüber hinaus ist dieser als Ersitzungsbesitzer auch zur Erhebung der publizianischen Klage berechtigt. Ist der Zweiterwerber bösgläubig, könnte darüber hinaus potenziell auch von einer unechten Besitzerwerbung durch List ausgegangen werden, gegen die sich der Ersterwerber mit den §§ 345 ff ABGB wehren könnte. Während der innehabende Ersterwerber auf Grund seines Besitzes sohin possessorisch und petitorisch⁴⁷¹⁹ gegen die Beeinträchtigung seiner Rechtsposition durch den zweiten Verkauf vorgehen kann, kommen dem Ersterwerber, dem die Liegenschaft nicht übergeben wurde, keine vergleichbaren Rechtsbehelfe zu. Es ist in einer rein sachenrechtlichen Perspektive daher durchaus zweifelhaft, weshalb die Beeinträchtigung der Besitzposition des Ersterwerbers keinerlei Auswirkungen auf die Beurteilung der Doppelveräußerung haben soll.

Erkennt man die Position des innehabenden Ersterwerbers einer Liegenschaft als Besitzer an, muss das Schicksal seiner Ansprüche gegen den späteren Eigentümer geklärt werden. Es gilt sohin, das Verhältnis zwischen dem besitzenden Ersterwerber und dem Zweiterwerber, der das Eigentum unter Außerachtlassung der Besitzposition des Ersterwerbers erworben hat, zu klären. Die Position der hL besteht dabei offenbar darin, dass durch die stärkere Eigentumsstellung der Besitzer stets weichen muss, unabhängig davon, was vor dem

4719 Vgl dazu Müller in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 372 Rz 14.

Eigentumserwerb geschah. Eine Grundlage dafür kann aber jedenfalls nicht in § 431 ABGB erblickt werden: Diese Bestimmung sieht nur vor, dass zur Übertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen eine Intabulation vonnöten ist; über das Verhältnis zum besitzenden Ersterwerber finden sich keine Wertungen. Auslegungsbedürftig ist aber § 440 ABGB, wonach im Fall, dass eine unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen überlassen wurde, sie demjenigen zufällt, der früher um die Erwerbung angesucht hat. Die ältere Rsp stellt sich dabei auf den Standpunkt, dass hiermit bloß der Fall des Aufeinandertreffens zweier Kaufverträge, nicht aber ein unbedingter Vorrang des Eigentümers gegen den Besitzer geregelt sei.⁴⁷²⁰ Besonders deutlich wird dies in einer E aus 1873, wo ausgesprochen wurde, dass § 440 ABGB „nur ein Corollar der §§ 320 bis 322“ sei, weshalb trotz des Eigentumserwerbs von Seite der Partei, die ein stärkeres Recht zum Besitz nachweisen kann, der Vorrang gegen den unredlichen Intabulierten zukomme.⁴⁷²¹ Ebenso wird davon ausgegangen, dass § 440 ABGB bloß „die Kollision von Einverleibungen regelt“ und sohin für den Konflikt zwischen dem innehabenden Ersterwerber und dem in das Grundbuch eingetragenen Zweiterwerber keine generellen Regelungen beinhalte.⁴⁷²² Auch *Klang* sieht die Kollision zwischen innehabendem Ersterwerber und intabulierten Zweiterwerber als nicht von § 440 ABGB erfasst an.⁴⁷²³ Dieser Befund findet eine Bestätigung in jüngeren, rechtshistorisch fundierten Untersuchungen, die zum Ergebnis gelangen, dass der Anwendungsbereich des § 440 ABGB sehr eng sei und ausschließlich den Fall vor Augen habe, dass die Grundbuchsbehörde zwei wechselseitig ausschließende Gesuche zu beurteilen hat.⁴⁷²⁴ Der hL ist somit vorzuwerfen, die dinglichen Wirkungen der Berechtigung des innehabenden Ersterwerbers iW begründungslos völlig negiert und somit die Augen vor den sachenrechtlichen Wertungsspielfräumen verschlossen zu haben.

Die mangelnde Differenzierung bei der sachenrechtlichen Betrachtung des Doppelverkaufs wurde durch den verstärkten Rückgriff auf schadenersatzrechtliche Wertungen wettgemacht. Hier ist freilich nicht der Platz, die Figur des besitzverstärkten Forderungsrechts innerhalb der schaden-

4720 OGH 17.2.1871, Nr 13764 GIU 3717; OGH 10.6.1870, Nr 2904 GIU 3810; OGH 30.1.1866, Nr 110 GIU 2374; OGH 7.8.1861, Nr 2023 GIU 1369. Das „strenge“ Eintragungsprinzip wurde – mit einem zu dieser Zeit seltenen – Rückgriff auf die Lit auch explizit abgelehnt, s OGH 11.11.1903, Nr 13.261 GIUNF 2485.

4721 OGH 10.4.1902, Nr 3817 GIUNF 2549; OGH 28.1.1873, Nr 12937 GIU 4850.

4722 OGH 31.3.1881, Nr 1409 GIU 8354.

4723 *Klang* in *Klang* IP² § 440 (362); so auch explizit OGH 9.11.1960, 1 Ob 222/60.

4724 Ausf *Pletzer*, Doppelveräußerung 197 f; *Hofmeister*, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 103 f. Letzterer formuliert prägnant: „(...) einer Auffassung, die im Bucheintrag die einzig relevante Form der Übergabe im Liegenschaftsrecht erblickt, muss es ganz überflüssig, ja geradezu irreführend erscheinen, das „Verhältnis“ der bücherialen Eintragung zur tatsächlichen Übergabe, die ja als solche im juristisch-technischen Sinne gar nicht anerkannt wird, zu normieren,“ s aaO 105.

ersatzrechtlichen Dogmatik näher in den Blick zu nehmen.⁴⁷²⁵ Vielmehr soll allein in Frage gestellt werden, ob das Schadenersatzrecht tatsächlich der geeignete Platz ist, um die Problematik des Doppelverkaufs einer dogmatisch stringenten Lösung zuzuführen. Auch wenn die Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB weit genug ist, um auch sachenrechtliche Wertungen zu integrieren, wird das Obsiegen des Ersterwerbers hier ganz unterschiedlich begründet. Während in einer sachenrechtlichen Perspektive der rechtswidrige „Erfolg“ – die Störung einer dinglichen Rechtsposition – eine mit Zwang verbundene Rechtsfolge nach sich zieht,⁴⁷²⁶ ist nach der im österreichischen Schadenersatzrecht herrschenden Verhaltensunrechtslehre der Verstoß gegen Verbote und Gebote der Rechtsordnung anspruchsbegründend.⁴⁷²⁷

Als Schadenersatzanspruch konstruiert bedeutet dies, dass der Ersterwerber nur dann obsiegt, wenn dem Zweiterwerber individuell vorwerfbar eine objektiv sorgfaltswidrige Handlung angelastet werden kann. Eine solche wird einerseits klar darin gesehen, wenn eine Liegenschaft nicht in natura besichtigt wird,⁴⁷²⁸ oder aber auch, wenn in ein erkennbares Recht eines Dritten eingegriffen wird, was die Rechtswidrigkeit indiziert.⁴⁷²⁹ Diese Verhaltenspflichten ergeben sich freilich nicht unmittelbar aus der Rechtsordnung; vielmehr sind diese nichts anderes als das Spiegelbild der Rechte des innehabenden Ersterwerbers. Die Rsp bleibt dem schadenersatzrechtlichen Fokus auf der rechtswidrigen Handlung zudem nicht treu, sondern nähert die Haftung an die Erfolgsunwertlehre an, was sich besonders daran zeigt, dass die Unredlichkeit bis zur Eintragung in das Grundbuch schädlich sein soll.⁴⁷³⁰ Auch andere schadenersatzrechtliche Spezifika scheinen im Kontext der Doppelveräußerung von Liegenschaften nicht recht zu passen. So liegt es nicht auf der Hand, weshalb der Handlungsunwert bei einer fehlenden Besichtigung einer Liegenschaft dermaßen höher ist als bei einer unterlassenen Eintragung in das Grundbuch, dass bislang nicht einmal ein Mitverschuldenseinwand thematisiert wird; in beiden Fällen wird der Eingriff in ein fremdes Recht in Kauf genommen. Zuletzt scheint auch der nicht abschließend geklärte Umfang der Naturalrestitution von Liegenschaften ein Indiz dafür zu sein, dass genuin schadenersatzrechtliche Wertungen zur Lösung des Doppelverkaufs von Liegenschaften nur eingeschränkt fruchtbar gemacht werden können; idS wird damit ein dinglicher Be-

4725 S zur Kritik etwa *Koziol*, öHPR II³ 128 ff; *Holzner*, Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte durch den Erwerber im angemerkten Rang, in FS *Koziol* (2010) 681 (684 ff).

4726 S dazu bereits ausf AT 3.2.4.

4727 Statt aller *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I⁴ (2020) 271 ff.

4728 OGH 25.2.2021, 2 Ob 59/20w; OGH 11.6.1987, 8 Ob 533/87. Konsequenz weitergeführt hieße dies aber, dass jeder Liegenschaftsverkauf ohne vorherige Besichtigung rechtswidrig wäre, wobei ein Schadenersatzanspruch idR mangels Schadens ausscheidet, wenn kein anderes Recht besteht.

4729 *Koziol*, öHPR II³ 125 ff; *Frösse*, Beeinträchtigung 226 ff.

4730 S dazu OGH 14.11.2013, 2 Ob 126/13p, vgl RIS-Justiz RS0011352.

seitigungsanspruch in das Schadenersatzrecht transponiert. Es drängt sich insb bei der Diskussion um das besitzverstärkte Forderungsrecht daher der Eindruck auf, dass die Lösung des Doppelverkaufs von Liegenschaften vom Ergebnis her⁴⁷³¹ gedacht wurde: Da das gewünschte Resultat der Einschränkung des Eintragungsgrundsatzes durch die rigide Auslegung des Sachenrechts in Folge des pandektistischen Paradigmas nicht erreichbar war, wurde versucht, dieses durch Indienstnahme des (flexibleren) Schadenersatzrechts zu erreichen.⁴⁷³² Pointiert zusammengefasst kann der Schutz des besitzverstärkten Forderungsrechts als ein sachenrechtlicher Rechtsbehelf im Kleid des Schadenersatzrechts angesehen werden – ohne zumindest implizite Anerkennung einer sachenrechtlichen Dimension⁴⁷³³ bleibt dieser aber völlig konturlos.

3.2.1.3.2. Herleitung

Versucht man den Konflikt zwischen innehabendem Ersterwerber und intabuliertem Zweiterwerber beim Doppelverkauf einer Liegenschaft nah an den Vorstellungen des Gesetzgebers zu lösen, ist va die Position des Ersterwerbers, dem die Liegenschaft übergeben wurde, in den Blick zu nehmen. Hier lässt sich – wie gezeigt⁴⁷³⁴ – nachweisen, dass nach dem Regelungskonzept der Stammfassung mit der Übergabe der Liegenschaft kein Sachbesitz einhergeht,⁴⁷³⁵ Zeiller weist vielmehr explizit darauf hin, dass ohne Eintragung in das Grundbuch bei unbeweglichen Sachen bloß eine Stellung als Inhaber in Betracht komme.⁴⁷³⁶ Dies bestätigt sich insb auch darin, dass ohne Eintragung in das Grundbuch nach § 1470 ABGB explizit der redliche Inhaber eine unbewegliche Sache ersitzen kann.⁴⁷³⁷ Nichtsdestoweniger kommt dem Ersterwerber, dem die Liegenschaft übergeben wurde, die Stellung als Besitzer zu: Denn durch die Nutzung bzw Bewohnung der Liegenschaft kommt es zur Ausübung von Rechten im eigenen Namen, die einen Rechtsbesitz begründet. Durch die Gebrauchsüberlassung der Liegenschaft wird der Ersterwerber sohin zum Besitzer des Rechts, diese für sich zu nutzen; durch einen gültigen Kaufvertrag wird dieser Besitz auch als redlich und rechtmäßig aufgefasst werden können. Dem Ersterwerber, dem die gekaufte Liegenschaft übergeben

4731 Ebenso Frössel, Beeinträchtigung 176 f.

4732 Dies ergibt sich auch unmittelbar aus dem Ansatz von Schilcher/Holzer, vgl Schilcher/Holzer, JBl 1974, 445 (446 f).

4733 Schilcher ging später etwa von relativen Eigentumsrechten aus, die iZm besitzverstärkten Forderungsrechten von Bedeutung seien, vgl Schilcher, Ein Abschied, der schon längst fällig war – Nekrolog auf den Dualismus von dinglichen und obligatorischen Rechten in Österreich, in FS Fenyves (2013) 311 (327 ff).

4734 Vgl bereits AT 4.1.2.

4735 Zur Entwicklung des „Naturalbesitzes“ durch Einflüsse von Savigny ausf Hofmeister, Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 204 ff.

4736 Zeiller, Kommentar 2.1 § 321 Rz 4 (55 f).

4737 Im Regelungskonzept der Stammfassung kam dem in das Grundbuch eingetragenen Besitzer (§ 321 ABGB) die Möglichkeit zur kürzeren Tabularersitzung zu.

wird, kommt somit gleichermaßen eine Position als ersitzungsberechtigter Inhaber der Liegenschaft als auch als Besitzer eines Nutzungsrechts an dieser zu.

Mit dem sozialtypisch offenkundigen⁴⁷³⁸ Rechtsbesitz geht ganz unstr ein Schutz vor Beeinträchtigungen der Rechtsausübung einher. Die Sonderkonsellation beim Doppelverkauf besteht dabei darin, dass es zum Abschluss einer Vereinbarung kommt, die mit dem Rechtsbesitz des innehabenden Ersterwerbers kollidiert. Spätestens wenn der Zweiterwerber versucht, die Liegenschaft zu nutzen, kommt es somit zu einer Besitzstörung, die nach der hier vertretenen Rechtsansicht auch nach Ablauf der 30-Tage-Frist des § 454 ZPO durchgesetzt werden kann.⁴⁷³⁹ Während dies in Bezug auf die Störung durch einen nicht ins Grundbuch eingetragenen Zweiterwerber ganz unproblematisch ist, besteht im Verhältnis zwischen einem Liegenschaftseigentümer und einem Rechtsbesitzer ein klares Hierarchieverhältnis: In einer rein statischen Betrachtungsweise geht hier der eingetragene Eigentümer dem Rechtsbesitzer nach § 523 ABGB vor, da sich letzterer eine umfassende Dienstbarkeit anmaßt, sofern er vom Eigentümer zu den jeweiligen Handlungen nicht ermächtigt wurde. Auf Grund seiner Besitzstellung kann der innehabende Ersterwerber somit grds von jedermann verlangen, die Nutzung der Liegenschaft nicht zu stören; gegen den Eigentümer der Liegenschaft muss er aber zurücktreten, sofern dieser nicht persönlich gebunden ist. Eine Komplikation erfährt die Beurteilung des Doppelverkaufs durch den Umstand, dass es zu einem Wechsel in der Eigentumsposition kommt. Der Zweiterwerber, der vor der Intabulation die Rechte des innehabenden Ersterwerbers zu beachten hatte, wird zum Eigentümer, der dem Rechtsbesitzer vorgeht.

Eine vergleichbare Kollision der Rechte eines Besitzers und eines wechselnden Eigentümers hat im Liegenschaftskontext die ersitzungsrechtliche Bestimmung des § 1500 ABGB vor Augen; auch hier liegt ein dynamisches Element vor, da es zu einer Einzelrechtsnachfolge bei der zu ersitzenden Sache kommt. Dabei sind die Wertungen klar: Der redliche Erwerber, der die Sache im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich gebracht hat, geht gegenüber dem Ersitzungsbesitzer vor, weshalb die Ersitzungszeit wieder von vorne beginnt.⁴⁷⁴⁰ Im Umkehrschluss bedeutet dies aber, dass der Erwerber, der nicht redlich auf die öffentlichen Bücher vertraut hat, die Ersitzung gegen sich gelten lassen muss. Nach erfolgter Ersitzung kann der Ersitzungsbesitzer sohin nicht nur gegen den ursprünglichen Eigentümer, sondern auch gegen seinen unredlichen Rechtsnachfolger gem § 1498 ABGB auf Zuerkennung des Eigentums und Eintragung in das Grundbuch klagen. Aus § 1500 ABGB ergibt sich daher

4738 Ein nicht kundbarer Rechtsbesitz ist dahingehen nicht geschützt, vgl AT 3.2.2.3.

4739 S dazu bereits ausf AT 4.3.4.1.

4740 Zeiller, Kommentar 4 § 1500 Rz 2 (271); das Erfordernis der Redlichkeit kann auch rechtshistorisch mit Blick auf die Vorarbeiten zum ABGB hergeleitet werden, s dazu *Bergkirchner*, Die Durchbrechung des Intabulationsprinzips durch die offenkundigen Servituten seit 1812 (2023) 34 ff.

die Wertung, dass sich nur der redliche Eigentumserwerber gegen den Ersitzungsbesitzer nach Vollendung der Ersitzung durchsetzt.

Diese gesetzliche Wertung zum Verhältnis von Ersitzungsbesitzer und Eigentümer kann als generelle Aussage zur Rechtsposition des Rechtsbesitzers beim Wechsel des Eigentümers ausgelegt werden.⁴⁷⁴¹ Wenn das aus Ersitzung erworbene Recht dem redlichen, im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelnden Erwerber nach dem Wortlaut des § 1500 ABGB nicht zum Nachteil gereicht, wird dies in einem Größenschluss umso mehr für die Rechte gelten, bei denen die Ersitzung noch nicht abgeschlossen ist. Der redliche Erwerber hat die Liegenschaft damit so erworben, wie sie dem Register entspricht, weshalb er außerbücherliche Rechtspositionen, die ihn nicht persönlich binden, nicht beachten muss. Anders ist dies aber, wenn der Erwerber nicht im berechtigten Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt hat. Hier kann – im Umkehrschluss von § 1500 ABGB – die Abweichung der Rechtsverhältnisse vom Registerstand dem Erwerber sehr wohl zum Nachteil gereichen. Damit einher geht, dass vom neuen Eigentümer die Eintragung ins Grundbuch begehrt werden kann; darüber hinaus unterbricht oder hemmt die Rechtsnachfolge die Ersitzung nicht.⁴⁷⁴² Dies kann als generelle Wertung verstanden werden, dass der nicht im berechtigten Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelnde Erwerber die Abweichung vom Registerstand gegen sich gelten lassen muss. Daraus folgt, dass der unredliche Liegenschaftserwerber nicht verbücherte Rechtspositionen iE so beachten muss, als wären sie in das Grundbuch eingetragen.

Für die Beurteilung des Doppelverkaufs kann hieraus der Schluss gezogen werden, dass ganz wesentlich darauf abgestellt werden muss, ob der Zweiterwerber im berechtigten Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben hat. Ist dies der Fall, muss er die Rechtsposition des innehabenden Ersterwerbers nicht beachten; etwaige Unterlassungsansprüche aus einem Eingriff in eine Besitzposition des Ersterwerbers können nicht durchdringen. Anderes gilt aber, wenn der Zweiterwerber nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher bzw unredlich war: Hier gereicht ihm die Rechtsposition des innehabenden Ersterwerbers zum Nachteil – unabhängig davon, dass sie nicht in das Grundbuch eingetragen wurde. Der Zweiterwerber muss sohin den Rechtsbesitz des innehabenden Ersterwerbers gegen sich gelten lassen und darf dessen Nutzungsrecht auch nach dem Eigentumserwerb nicht beeinträchtigen. Dies entspricht auch der Rsp zu unverbücherten Wohnungsdienstbarkeiten, die auch

4741 Für eine weite Anwendung des § 1500 ABGB plädierend ebenso *Ehgartner/Winkler* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1500 Rz 5; *Mader/Janisch* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1500 Rz 2.

4742 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1493 Rz 10 f; *M. Bydlinki* in *Rummel*, ABGB³ § 1493 ABGB Rz 2.

vom unredlichen Erwerber beachtet werden müssen.⁴⁷⁴³ Wenn der Zweiterwerber die Liegenschaft nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben hat, kann er dem innehabenden Ersterwerber die Nutzung der Liegenschaft nicht untersagen, obwohl er (alleiniger) Eigentümer ist.

Zur Verdeutlichung des Standpunkts sei nochmals auf die Rechtsposition des innehabenden Ersterwerbers hingewiesen, wenn der Zweiterwerber nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben hat. Der Ersterwerber ist jedenfalls nicht außerbücherlicher Eigentümer der Liegenschaft, was iW nur von Anhängern der Historischen Rechtsschule mit Rückgriff auf das römische Recht explizit behauptet wurde. Hier ist die Wertung des § 431 ABGB unmissverständlich: Eigentümer einer Liegenschaft kann nur derjenige sein, der in die öffentlichen Bücher eingetragen wurde; ein doppeltes Eigentum an ein und demselben Rechtsobjekt ist dem ABGB – zumindest seit der Abschaffung von Ober- und Untereigentum – jedenfalls fremd. Hieraus folgt, dass die Liegenschaft zum Nachlass des im Grundbuch Eingetragenen zählt, auch wenn sie veräußert und übergeben worden ist.⁴⁷⁴⁴ Durch den Rechtsbesitz kommt dem innehabenden Ersterwerber aber ein umfassendes Nutzungsrecht zu, das gegen den unredlichen späteren Erwerber ebenso bewehrt ist wie gegen Dritte. Der Besitz ist dabei nach hL vererblich,⁴⁷⁴⁵ weshalb sich auch die Erben des innehabenden Ersterwerbers gegen Störungen der Nutzungsbefugnisse wehren können. Ebenso wird grds davon ausgegangen, dass dem Rechtsbesitzer gleich wie dem Ersitzungsbesitzer die Möglichkeit zukommt, mit § 37 EO gegen eine zwangsweise Räumung vorzugehen, wenn der Exekutionstitel nicht gegen ihn gerichtet war.⁴⁷⁴⁶ In einer Gesamtschau zeigt sich dabei, dass die Wirkungen des Rechtsbesitzes durchaus denjenigen entsprechen, die auch *Klang* zur Lösung des Doppelverkaufs vorschlägt.⁴⁷⁴⁷ Der Ansatz von *Klang* muss somit nicht auf natürliche Rechtsgrundsätze gestützt werden, sondern kann unmittelbar auf die Wirkungen des Rechtsbesitzes des Ersterwerbers zurückgeführt werden.

Mittelbar gibt es in der Konstellation des Doppelverkaufs, in der sich ein innehabender Ersterwerber und ein Zweiterwerber, der nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt hat, aber durchaus auch Auswirkungen auf das Eigentum an der Liegenschaft. Unter Voraussetzung der Red-

4743 Vgl RIS-Justiz RS0079882; mit ausführlicher Begründung OGH 17.10.1995, 1 Ob 587/95.

4744 S mit ausführlichen Nachweisen in der Rsp *Schauer* in Klang³ § 531 Rz 58.

4745 *Schauer* in Klang³ § 531 Rz 58; *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 531 Rz 5; explizit auch auf den Rechtsbesitz abstellend OGH 27.3.1995, 1 Ob 530/95.

4746 *Geroldinger/Holzner* in Deixler-Hübner, Exekutionsordnung – Kommentar (29. Lfg) § 37 Rz 89 ff. Dem widerspricht beim außerbücherlichen Erwerber freilich die stRsp, s RIS-Justiz RS0002004.

4747 *Klang* spricht explizit nicht vom außerbücherlichen Eigentum, sondern davon, dass bei fehlendem Vertrauen in das Grundbuch der bücherliche Einzelrechtsnachfolger vom außerbücherlichen Erwerber verdrängt wird, vgl dazu *Klang* in Klang II² § 431 (361 f).

lichkeit⁴⁷⁴⁸ kann es nach § 1470 ABGB zur Ersitzung der Liegenschaft durch den Ersterwerber kommen. Hier ist die Inhaberschaft der Liegenschaft durch den Rechtsbesitz abgesichert, da der Entzug der Liegenschaft als Störung der Rechtsausübung aufgefasst werden könnte. Somit bleibt der Ersterwerber ein „werdender Eigentümer“, dem nach den Regelungen des ABGB nur durch Ersitzung eine Eigentumsposition zukommt.

3.2.1.3.3. Kollisionsregeln

In der hier eingenommenen Perspektive kann der Doppelverkauf einer Liegenschaft, die dem Ersterwerber übergeben wurde, als Kollision zwischen Rechtsbesitz und Sacheigentum aufgefasst werden, was primär als sachenrechtliches Problem aufzufassen ist. Es stellt sich sohin generell die Frage, inwiefern der außerbücherliche Erwerber, dem durch die Übergabe der Liegenschaft eine Besitzposition zukommt, gegen eine verbücherte Rechtspositionen durchdringt. Das Beispiel des Doppelverkaufs ist dabei illustrativ: Hier zeigt sich, dass sich der innehabende Ersterwerber als Rechtsbesitzer gegen den Zweiterwerber, der in das Grundbuch eingetragen und sohin auch Eigentümer der Liegenschaft ist, durchsetzen kann. Im Einzelnen erfordert in einer sachenrechtlichen Betrachtung das Obsiegen des außerbücherlichen Erwerbers dabei einerseits eine prioritätsältere Besitzposition, andererseits darf der spätere Inhaber des intabulierten dinglichen Rechts die Liegenschaft nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben haben.

3.2.1.3.3.1. Besitz

Auf Grundlage von dinglichen Wirkungen kann ein außerbücherlicher Erwerber nur dann durchdringen, wenn ihm die Position eines Besitzers zukommt. Ansonsten fehlt es schon im Ansatz an einer dinglich abgesicherten Rechtsposition des Ersterwerbers, weshalb dieser bloß aus – hier nicht näher betrachteten – schadenersatz- oder schuldrechtlichen Gründen geschützt sein könnte. Als wesentliches Erfordernis für eine verstärkte Rechtsposition wird somit die Übergabe der Liegenschaft an den außerbücherlichen Erwerber angesehen.

Nach dem Regelungskonzept der Stammfassung kann gem § 321 ABGB der Besitz an einer unbeweglichen Sache – entgegen der hL – ausschließlich durch Intabulation erworben werden, sofern ein Grundbuch besteht. Der außerbücherliche Erwerber, dem die Liegenschaft übergeben wurde, ist sohin nicht als Sachbesitzer zu qualifizieren, sondern als Rechtsbesitzer.⁴⁷⁴⁹ Dies hat va Auswirkungen auf die Umstände des Besitzerwerbs: Es ist nach den §§ 312 f ABGB darauf abzustellen, ob es zur sozialtypisch offenkundigen Ausübung eines Nutzungsrechts an der Liegenschaft kommt; das allei-

4748 Auf Grund des § 1500 ABGB kann davon ausgegangen werden, dass sich durch die Rechtsnachfolge an der Redlichkeit des Inhabers nichts ändert.

4749 S dazu bereits mwN oben 3.2.1.3.2.

nige Betreten (vgl § 312 ABGB) der Liegenschaft alleine reicht nicht aus. Voraussetzung für ein etwaiges Obsiegen des außerbücherlichen Erwerbers ist sohin jedenfalls ein kundbarer Rechtsgebrauch, was auch in der Rsp als Erfordernis einer deutlichen Besitzausübung anerkannt ist.⁴⁷⁵⁰ Wenn die übergebene Liegenschaft nicht genutzt wird, kommt mangels Publizität der Rechtsausübung dem außerbücherlichen Erwerber sohin keine dinglich geschützte Rechtsposition zu.

3.2.1.3.3.2. Priorität

Ein in der Diskussion vielfach vorausgesetztes Charakteristikum des Doppelverkaufs ist, dass dem außerbücherlichen Erwerber im Vergleich zum in tabulierten Eigentümer das ältere Recht zukommt. Im Regelungssystem des ABGB ergibt sich dies durch die Hierarchie der dinglichen Rechte: Während nach § 523 ABGB der Eigentümer dinglich gegen einen Rechtsbesitzer vorgeht, kann sich der Rechtsbesitzer gegen Störungen durch jeden dinglich nicht berechtigten Dritten wehren. Denkbar ist ein Obsiegen des Rechtsbesitzers somit allein in dynamischen Konstellationen, in denen der Dritte, der den Rechtsbesitz zu beachten hätte, zum Eigentümer wird und sohin das jüngere Recht hat. Ausschlaggebend ist für die Priorität dabei klarerweise die dingliche Rechtsposition und nicht der Vertragsabschluss: Bislang wurde – soweit ersichtlich – auch noch nie vertreten, dass derjenige, der zwar zuerst den Kaufvertrag abgeschlossen hat, dem aber die Liegenschaft nach der Intabulation des Zweiterwerbers übergeben wurde, obsiegen soll. Tatsächlich schwingt mit der Bezeichnung als Ersterwerber stets mit, dass auch die dingliche Rechtsposition früher entstanden ist als jene des Zweiterwerbers, wovon aber wohl beim Doppelverkauf in aller Regel ausgegangen werden kann. Aus dem Erfordernis der Priorität für den Vorrang eines außerbücherlichen Erwerbers ergibt sich sohin generell, dass er sich iW bloß im Fall der Einzelnachfolge bei der verbücherten Rechtsposition durchsetzen kann.⁴⁷⁵¹

3.2.1.3.3.3. Kollidierende Befugnisse

Im Vergleich zu einem Eigentümer sind die bewehrten Befugnisse des Rechtsbesitzers beschränkt. Denn mit dem Besitz geht kein vergleichbarer Zuweisungsgehalt wie mit dem Eigentumsrecht einher; der Besitzer kann sich sohin nicht gegen den Verkauf, die Vermietung oder Verpfändung der besessenen Sache wehren.⁴⁷⁵² Dies gilt auch für den Rechtsbesitz: Das Nutzungsrecht an einer Liegenschaft wird durch ihren Verkauf ebenso wenig tangiert wie durch die Eintragung einer Hypothek. Durch den zweiten

4750 RIS-Justiz RS0011226. Die Rsp stellt hier auch explizit auf die sozialtypische Erkennbarkeit des Rechts ab.

4751 Vgl zur mangelnden Priorität des außerbücherlichen Erwerbers etwa OGH 25.3.2009, 3 Ob 27/09f; OGH 15.9.1993, 3 Ob 152/93; OGH 20.1.1993, 3 Ob 110/92.

4752 So auch *Kodek*, Besitzstörung 218.

Kaufvertrag selbst oder durch die Eintragung in das Grundbuch kommt es daher nicht unmittelbar zu einer Besitzstörung, da damit nicht immediat eine Einschränkung der Rechtsausübung einhergeht.⁴⁷⁵³ Zweifellos wird mit dem Abschluss eines weiteren Kaufvertrags und der Intabulation aber eine konkret drohende Gefahr einer Besitzstörung einhergehen, da der Zweiterwerber wohl idR kein Interesse daran hat, den Ersterwerber seine umfassenden Nutzungsrechte (unentgeltlich) ausüben zu lassen. Dementsprechend erwachsen mit Abschluss des zweiten Kaufvertrags bzw mit der Eintragung in das Grundbuch bloß vorbeugende Unterlassungsansprüche.⁴⁷⁵⁴

Freilich ist auch ein unmittelbarer Eingriff in die Rechtsposition des innehabenden Ersterwerbers denkbar. Dies ist etwa der Fall, wenn der Zweiterwerber gerichtlich oder außergerichtlich versucht, den innehabenden Ersterwerber zur Räumung der Liegenschaft zu bewegen. Sehr viel intensiver werden Eingriffe in die Befugnisse des außerbücherlichen Erwerbers aber iZm der Zwangsvollstreckung und insb Zwangsversteigerung diskutiert. Hier ist wohl weitgehend unstr, dass hier in die Rechte des außerbücherlichen Erwerbers eingegriffen wird, da diesem die weitere Nutzung der Liegenschaft verunmöglicht wird.⁴⁷⁵⁵ IdZ zeigt sich aber die konzeptionelle Problematik, dass die drittwirkende Rechtsposition des außerbücherlichen Erwerbers mit der Liegenschaft und nicht mit dem Nutzungsrecht assoziiert wird. Denn das Recht des außerbücherlichen Erwerbers, dem die Liegenschaft übergeben wurde, ist in seiner Drittwirkung kein anderes als jenes eines Bestandnehmers: Beide sind Rechtsbesitzer. Wenn es dem innehabenden Mieter einer unbeweglichen Sache auf Grund des Besitzschutzes möglich sein soll,⁴⁷⁵⁶ Exszindierungsrechte auszuüben, müsste dies umso mehr beim außerbücherlichen Erwerber der Fall sein, der darüber hinaus auch als Ersitzungsbesitzer zu qualifizieren ist.⁴⁷⁵⁷ Problematisch ist daher, dass die stRsp⁴⁷⁵⁸ dem außerbücherlichen Erwerber einen Widerspruch gegen die Exekution gem § 37 EO nicht anerkennt. Zu einem Eingriff in die Befugnisse des außerbücherlichen Erwerbers kommt es freilich auch dann, wenn bei Insolvenz des bücherlichen Eigentümers die

4753 So auch *Kodek*, Besitzstörung 218.

4754 Ausf dazu *Kodek*, Besitzstörung 421 ff.

4755 *Haslmayr* sieht dementsprechend in der "Gerechtigkeit" einen Grund für die Exszindierungsklage des außerbücherlichen Erwerbers, s *Haslmayr*, Steht dem Käufer einer verbücherten Liegenschaft oder eines Liegenschaftsteils vor grundbücherlicher Durchführung des Kaufvertrages im Zuge einer nachfolgenden Zwangsversteigerung dieser Kaufliegenschaft eine Exszindierungsklage nach § 37 EO zu? RZ 1967, 154 (155).

4756 Vgl *Geroldinger/Holzner* in Deixler-Hübner, Exekutionsordnung – Kommentar (29. Lfg) § 37 Rz 94.

4757 Der Ersitzungsbesitz wurde teils als ein die Exekution unmöglich machendes Recht angesehen, s OGH 26.11.1958, 1 Ob 392/58 JBl 1959, 349; *Haslmayr*, RZ 1967, 154 (156).

4758 RIS-Justiz RS0002004; grundlegend Plenissimar-E 28.10.1908, Rv.V 1545/8 GIUNF 4359 = Spruch 186.

Liegenschaft in die Insolvenzmasse einbezogen wird. Die Rsp ist hierbei aber äußerst problematisch: Sie verwehrt dem außerbücherlichen Erwerber – unabhängig davon, ob dieser den Kaufpreis bereits entrichtet hat – keine Möglichkeit, die Liegenschaft weiterhin zu nutzen (§ 24 IO) und qualifiziert sein Recht als Insolvenzforderung, wobei es gem § 14 Abs 1 IO zur Forderungsumwandlung kommt.⁴⁷⁵⁹ Konzeptionell bedeutet dies nichts anderes, als dass dem Recht des innehabenden Erwerbers, der nicht in das Grundbuch eingetragen wurde, jegliche Drittwirkung abgesprochen wird – unabhängig von jeglicher sachenrechtlichen Begründung. In Abweichung von allgemeinen Grundsätzen ergibt sich sohin aus der – durchaus überdenkenswerten – Rsp zum Insolvenzrecht, dass dem außerbücherlichen Erwerber trotz Besitzstellung keinerlei gegen Dritte bewehrte Befugnisse zukommen sollen; Ähnliches legt auch die stRsp zur Zwangsvollstreckung nahe.

3.2.1.3.3.4. Kein Vertrauen auf die öffentlichen Bücher

Das Eintragungsprinzip findet sich im Regelungssystem des ABGB wesentlich in der Bestimmung des § 1500 ABGB realisiert. Dies ergibt sich bereits aus der Kommentierung *Zeillers*, wonach diese Norm „in der notwendigen Sorgfalt, den öffentlichen Büchern volles Zutrauen zu verschaffen“ ihre Begründung findet.⁴⁷⁶⁰ Dementsprechend kann ein unverbüchertes Recht demjenigen, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erwirbt, nicht zum Nachteil gereichen, was heute als Ausfluss der negativen Seite des Publizitätsprinzips verstanden wird.⁴⁷⁶¹ Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich aber, dass das Eintragungsprinzip durchbrochen werden kann, weil nur derjenige geschützt ist, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erwirbt. Hieraus folgt im Umkehrschluss ganz unproblematisch, dass sich auch eine außerbücherliche Rechtsposition gegen den späteren Eigentümer durchsetzen kann, wenn dieser nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben hat.

Von wesentlicher Bedeutung für die Rechtsposition des außerbücherlichen Erwerbers ist sohin das Erfordernis des Vertrauens auf die öffentlichen Bücher. Hierbei zog bereits *Zeiller* einen Zusammenhang mit der Redlichkeit des Erwerbers,⁴⁷⁶² was auch heute der hL⁴⁷⁶³ und stRsp⁴⁷⁶⁴ entspricht, nach der sich ausschließlich der gutgläubige Erwerber auf den Registerstand berufen kann. Herrschend wird dabei davon ausgegangen, dass bereits die leichte Fahrlässigkeit des Erwerbers schädlich ist.⁴⁷⁶⁵ Nicht geschützt ist so-

4759 OGH 18.12.2007, 10 Ob 14/07t; OGH 20.6.2007, 7 Ob 114/07a.

4760 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1500 Rz 1 (271).

4761 *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1500 Rz 2; RIS-Justiz RS0034739.

4762 *Zeiller*, Kommentar 4 § 1500 Rz 2 (271).

4763 S statt aller *Mader/Janisch* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1500 Rz 8; *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1500 Rz 11 ff; *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1500 Rz 1.

4764 Vgl RIS-Justiz RS0034730.

4765 OGH 28.4.1999, 7 Ob 209/98; OGH 28.4.1998, 1 Ob 416/97a; OGH 18.3.1997, 1 Ob 14/97h; OGH 23.11.1993, 5 Ob 563/93, zuletzt OGH 3.4.2024, 3 Ob 41/24m; s dazu

hin nach stRsp derjenige, der den Widerspruch zwischen dem Grundbuchsstand und den tatsächlichen Verhältnissen hätte feststellen können.⁴⁷⁶⁶ Zu Nachforschungen ist ein Erwerber aber nur dann angehalten, wenn ihm zur Überprüfung des Grundbuchsstandes ein konkreter Anlass geboten wurde, wozu sich iZm unverbücherten Dienstbarkeiten eine differenzierte Rsp entwickelte;⁴⁷⁶⁷ ganz richtig wird hier auf die Verkehrsübung abgestellt.⁴⁷⁶⁸ Auf den Registerstand kann sich nach der Rsp sohin nur derjenige berufen, der unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls gutgläubig ist.

Die Rsp entwickelte das Erfordernis des Vertrauens auf die öffentlichen Bücher zu einer umfassenden Abwägung der Interessen des Erwerbers und des Inhabers einer außerbücherlichen Rechtsposition. Dies zeigt sich besonders deutlich darin, dass nach ständiger, in der L heftig kritisierter⁴⁷⁶⁹ Rsp nur das Vertrauen des entgeltlichen Erwerbers geschützt ist; der unentgeltliche Erwerber kann sich sohin nicht darauf berufen, dass er mangels grundbücherlicher Eintragung von der außerbücherlichen Rechtsposition nichts gewusst habe.⁴⁷⁷⁰ Darüber hinaus wird davon ausgegangen, dass die Gutgläubigkeit des Erwerbers nicht nur bei Vertragsabschluss, sondern auch noch zum Zeitpunkt des Ansuchens um Einverleibung gegeben sein müsse.⁴⁷⁷¹ Wenn aus objektiven Gründen der außerbücherliche Rechtsinhaber für schutzwürdiger erachtet wird, gibt die Rsp ihm gegenüber dem Erwerber den Vorzug, auch wenn dieser auf die öffentlichen Bücher vertraut hat.

Für die Konstellation des Doppelverkaufs bedeuten diese Grundsätze, dass der Rechtsbesitz des innehabenden Ersterwerbers nur unter qualifizierten Umständen erlischt. Hierbei kann für den Erwerb einer Liegenschaft unproblematisch davon ausgegangen werden, dass ein schutzwürdiges Vertrauen auf die öffentlichen Bücher nur dann gegeben ist, wenn die Liegenschaft in natura besichtigt wurde.⁴⁷⁷² Alleine der Gebrauch der Liegenschaft durch den innehabenden Ersterwerber ist dabei nach der Rsp wohl noch

Holzweber, Mirakel der unverbücherten Dienstbarkeit.

4766 RIS-Justiz RS0011651.

4767 Vgl RIS-Justiz RS0034776.

4768 OGH 25.1.2000, 10 Ob 291/99p; OGH 28.4.1999, 7 Ob 209/98f; OGH 23.11.1993, 5 Ob 563/93.

4769 AA mwN *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 431 Rz 27; *Kodek* in Kodek, Grundbuchsrecht § 63 Rz 10; *Hoyer*, Simultanhypothek, nachfolgende Pfandrechte und Meistbotsverteilung, NZ 2014, 365 (366 f); ausf dazu *Hoyer*, Erwerb dinglicher Rechte im Vertrauen auf den Grundbuchsstand nur entgeltlich? in FS Welser (2004) 295; *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 431 Rz 10.

4770 OGH 18.2.2003, 4 Ob 189/02a; RIS-Justiz RS0117411.

4771 OGH 19.2.2008, 5 Ob 273/07v; OGH 11.12.2002, 7 Ob 160/02h; OGH 14.1.2000, 1 Ob 150/99m.

4772 OGH 21.2.2018, 3 Ob 199/17m; OGH 28.1.1998, 9 Ob 244/97s; *Mader/Janisch* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1500 Rz 8; *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1500 Rz 21.

nicht schädlich,⁴⁷⁷³ dieser wird für den Zweiterwerber aber regelmäßig Nachforschungsobliegenheiten nach sich ziehen. Die Kenntnis des Erwerbers von der außerbücherlichen Rechtsposition schließt dabei ein schutzwürdiges Vertrauen auf die öffentlichen Bücher idR aus.⁴⁷⁷⁴ Die Rsp bezieht bei dieser Beurteilung auch subjektive Elemente – wie etwa nachgewiesene Gedächtnisstörungen des Erwerbers – mit ein.⁴⁷⁷⁵ Der Zweiterwerber setzt sich demnach nur dann durch, wenn die Rechtsposition des innehabenden Ersterwerbers nicht erkennbar war oder aber hinreichende Nachforschungsaktivitäten entwickelt wurden, was im Einzelfall zu beurteilen ist.

Von diesen generellen Grundsätzen zum Eintragungsprinzip wird aber von der Rsp zur Zwangsvollstreckung abgewichen. Hier findet die Rechtsposition des außerbücherlichen Erwerbers nach der stRsp⁴⁷⁷⁶ keinerlei Berücksichtigung – selbst die positive Kenntnis des Gläubigers von der früheren Übertragung und Innehabung vor Ergreifung jeglicher Durchsetzungsmaßnahmen wird für irrelevant angesehen.⁴⁷⁷⁷ Hierbei besteht in Rsp⁴⁷⁷⁸ und L⁴⁷⁷⁹ eine manifeste, aber kaum begründbare unterschiedliche Behandlung zu offenkundigen Servituten, wo beim Zwangsversteigerungsverfahren nach Maßgabe des Rangs eine Durchbrechung des Eintragungsgrundsatzes angenommen wird. Es ist aber kaum ersichtlich, weshalb ein offenkundiges Nutzungsrecht bei der Zwangsvollstreckung völlig anders behandelt werden soll als das iW gleichlautende Recht des innehabenden Ersterwerbers, der darüber hinaus auch noch als Ersitzungsbesitzer zu qualifizieren ist und somit eine verstärkte dingliche Rechtsposition hat. Die exekutionsrechtliche Behandlung des innehabenden Ersterwerbers einer Liegenschaft ist sohin als Sonderwertung aufzufassen, die in ihren Grundlagen durchaus überprüfungsbedürftig ist.

3.2.1.4. Gegenüberstellung

Die vorliegende Betrachtung hat ergeben, dass sich nach der hA beim Doppelverkauf einer Liegenschaft der innehabende Ersterwerber gegen den Zweiterwerber, der die Rechtsposition des Ersterwerbers kannte oder kennen musste, durchsetzt. Die offenkundige Nutzung der Liegenschaft durch den Ersterwerber ist dabei schon hinreichend, dass der intabulierte Zweiterwerber nicht ohne Weiteres obsiegt. Keine Realisierung findet sohin eine pandektisti-

4773 Vgl zu einer unverbücherten persönlichen Dienstbarkeit OGH 31.7.2001, 7 Ob 176/01k.

4774 OGH 14.9.1966, 7 Ob 152/66.

4775 OGH 9.6.2009, 5 Ob 58/09d.

4776 RIS-Justiz RS0002004.

4777 Sehr problematisch OGH 17.11.1987, 5 Ob 597/87.

4778 RIS-Justiz RS0108175; RS0111211; zum offenkundigen Nutzungsrecht an einer Holzhütte vgl OGH 10.2.2009, 5 Ob 281/08x.

4779 Zust *Mader/Janisch* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1500 Rz 3; *Ehgartner/Winkler* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1500 Rz 9; wohl auch *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1500 Rz 5.

sche Vorstellung, dass dem Ersterwerber bloß ein streng relatives Recht zukommt, das ausschließlich gegen den Verkäufer durchgesetzt werden kann. Vielmehr kommt dem Recht des innehabenden Ersterwerbers sehr wohl eine Drittwirkung zu, was im Resultat mit kurzen Unterbrechungen auch seit dem 19. Jhd vertreten wird. Allein vom Ergebnis aus betrachtet kann die Rechtsentwicklung zum Doppelverkauf von Liegenschaften durchaus als Indiz angesehen werden, dass im österreichischen Recht Drittwirkungen von persönlichen Rechten anerkannt sind. Auch aus pandektistischer Perspektive wird unter direkter Bezugnahme auf das römische Recht ein solches Ergebnis zT gefordert; generell wird aber einem „starren“ Eintragungsprinzip gefolgt.

Die dogmatischen Erklärungsansätze für das Obsiegen des Ersterwerbers sind freilich verschieden und wandelten sich im Zeitablauf. Gegenwärtig wird herrschend davon ausgegangen, dass die sachenrechtliche Zuordnung der Liegenschaft zum unredlichen Zweiterwerber durch schadenersatzrechtliche Wertungen korrigiert werden kann. Damit bleibt die sachenrechtliche Beurteilung im Rahmen des pandektistischen Paradigmas, als *deus ex machina* sorgt aber das Schadenersatzrecht für die gewünschten Einzelfallergebnisse. Dies ist freilich nicht zwingend; vielmehr kann auch aus einer sachenrechtlichen Perspektive hergeleitet werden, dass sich das ältere Recht des innehabenden Ersterwerbers gegen den unredlichen Zweiterwerber durchsetzt. Hierfür ist es aber nicht notwendig, auf ein systemwidriges außerbücherliches Eigentum an der Liegenschaft zurückzugreifen; vielmehr reicht ein konsequentes Anknüpfen an den Rechts- und Ersitzungsbesitz des Ersterwerbers, der im Umkehrschluss aus § 1500 ABGB auch vom Erwerber, der nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelt, beachtet werden muss. Der Doppelverkauf einer Liegenschaft kann sohin im Regelungssystem des ABGB als genuin sachenrechtliches Problem des Konflikts zwischen Besitzer und wechselndem Eigentümer aufgefasst werden, der dadurch charakterisiert ist, dass für den Eigentumsübergang die Eintragung in ein Register notwendig ist, eine Position als Besitzer aber durch den bloßen Rechtsgebrauch entsteht.⁴⁷⁸⁰

Es hat sich gezeigt, dass nach dem hier entwickelten sachenrechtlichen Ansatz deutliche Wertungsparallelen zum von der stRsp in Anknüpfung an *Schilcher/Holzer* entwickelten schadenersatzrechtlichen Schutz des besitzverstärkten Forderungsrechts bestehen: Bei beiden kann der Zweiterwerber nur obsiegen, wenn er die Liegenschaft besichtigt hat; etwaige Nachforschungspflichten erwachsen bloß bei „*Bedenken auslösenden Umständen*“.⁴⁷⁸¹ Ebenso kommt es zu einer umfassenden Interessensabwägung, sodass der unentgeltliche Zweiter-

4780 Tatsächlich ist es denkbar, die Wertungen zum Doppelverkauf von Liegenschaften auf andere Konstellationen zu übertragen, in denen ein Registereintrag konstitutiv für den Rechtsübergang ist. Theoretisch in Frage käme dies etwa bei der Mehrfachübertragung eines Patents, da hier die Wirkung der Registereintragung vergleichbar ist; tatsächlich wird dies aber wohl kaum in Betracht kommen, da es in diesem Kontext wohl in aller Regel am offenkundigen Rechtsgebrauch fehlen wird.

4781 OGH 24.10.1990, 1 Ob 671/90.

werber gegen den innehabenden Ersterwerber zurücktreten muss. In einer wertenden Betrachtung sind diese Erfordernisse aber deutlich besser in einer sachenrechtlichen Herangehensweise verankerbar als in einer schadenersatzrechtlichen: Nach der schadenersatzrechtlichen Verhaltensunrechtslehre ist es etwa nur schwer darstellbar, weshalb eine nach Vertragsabschluss erkennbare Rechtsposition des Ersterwerbers schützenswert ist – diese müsste mit einer mehrfachen Besichtigungspflicht korrespondieren, deren Verletzung zur Herausgabe der Liegenschaft führen könnte. Eingebettet in die umfassende Interessensabwägung des § 1500 ABGB, bei der auf den rechtswidrigen Erfolg des Eingriffs abgestellt wird, ist dies leichter herleitbar. Dies ändert freilich nichts daran, dass unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs auch im Einzelfall ein Gleichklang zwischen schadenersatzrechtlichen und sachenrechtlichen Wertungen hergestellt werden kann. Die Diskussion zum Doppelverkauf einer Liegenschaft ist somit durch eine Besonderheit charakterisiert: Während im Ergebnis dem Ansatz des historischen Gesetzgebers gefolgt wird, wird hinsichtlich der dogmatischen Herleitung ein nicht unbeträchtlicher Aufwand betrieben, um einen Einklang mit einem pandektistischen Paradigma herzustellen. Es handelt sich somit um eine sachenrechtliche Wertung im Kleid des Schadenersatzrechts.

Im Detail bestehen jedoch konstruktionsbedingt auch Unterschiede zwischen dem schadenersatzrechtlichen Schutz des besitzverstärkten Forderungsrechts und dem hier vorgeschlagenen sachenrechtlichen Ansatz. Während aus dem Schadenersatzrecht auf Grund des rechtswidrigen und schuldhaften Handelns des Zweiterwerbers unmittelbar ein Anspruch auf Übertragung der Liegenschaft gefolgert wird, besteht in einer sachenrechtlichen Perspektive ein Schutz des innehabenden Ersterwerbers vor Beeinträchtigung seines umfassenden Nutzungsrechts. Folgen hat dies insbes für die Zwangsvollstreckung: Während bei einem sachenrechtlichen Ansatz der innehabende Ersterwerber nach den dargestellten Grundsätzen eine grundsätzlich geschützte Rechtsposition gegen Dritte aufweist, wird diese von der einem schadenersatzrechtlichen Ansatz folgenden Rsp im involvenz- und exekutionsrechtlichen Kontext völlig negiert. Zwar bestehen für eine effiziente Rechtsdurchsetzung durchaus Gründe, den außerbücherlichen Erwerb von Liegenschaften streng zu beurteilen;⁴⁷⁸² nichtsdestoweniger ist die völlige Außerachtlassung der Interessen des innehabenden Ersterwerbers wohl überschießend und im Vergleich zur Behandlung des innehabenden Mieters wohl auch inkonsequent. Diese nur begrenzt überzeugende Sonderwertung kann unmittelbar als Folge eines pandektistischen Paradigmas aufgefasst werden, nach dem der dingliche Schutz des obligatorisch Berechtigten nur eingeschränkt statthaft ist. Hier ist aber durchaus fraglich, ob diese Wertungen mit Blick auf die Wertungen des ABGB noch aufrecht erhalten bleiben können.

4782 Es ist durchaus denkbar, dass die außerbücherliche Übertragung von Liegenschaften häufig mit dem Ziel erfolgt, Betreibungsmaßnahmen zu vereiteln.

Aus alledem ergibt sich für den eingangs zitierten Fall, dass K1 als innehabende Ersterwerberin ein gegen Dritte bewehrtes Recht zukommt, das jedoch davon abhängig ist, ob K2 die Wohnanlage im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben hat. Der OGH hat hier ausgesprochen, dass es nicht sorgfaltswidrig ist, wenn nicht jedes Kellerabteil einer größeren Wohnanlage besichtigt wird, weshalb K2 auf den Registerstand vertrauen durfte.⁴⁷⁸³ Diese sowohl aus schadenersatzrechtlicher wie auch aus sachenrechtlicher Hinsicht vertretbare Einzelfallwertung führt dazu, dass K1 keinerlei Ansprüche gegen K2 hat und auch das Kellerabteil räumen muss.

3.2.2. Doppelvermietung

A betreibt ein Einkaufszentrum und vermietet B einen Automaten mit dem Recht, diesen über die der C vermieteten Geschäftsfläche zu befüllen. Im später abgeschlossenen Mietvertrag des C findet sich aber nichts dergleichen, weshalb C der B den Zugang zum Automaten nach einigen Monaten verweigert. Kann B gegen C vorgehen und den Zugang zum Automaten erzwingen?⁴⁷⁸⁴

Dieser Sachverhalt beschreibt einen typischen Fall der Doppelvermietung, wie er in jüngerer Zeit diskutiert wird. Denn während in der älteren Lit und Rsp die doppelte Vermietung insb im Kontext des Entzugs der gesamten Bestandsache thematisiert wurde, betrifft die Störung mittlerweile häufig nur noch Teile der Befugnisse eines Bestandnehmers. Dies ändert strukturell aber nichts daran, dass es bei diesen Fällen zu einer beidseitigen Störung und sohin zu einer Rechtskollision kommt: Die Verweigerung, den Automaten befüllen zu lassen, stellt einen Eingriff in die vom Bestandverhältnis vermittelten Befugnisse des B dar; ebenso hat C das Recht, gegen die unbewilligte Betretung seiner Geschäftsfläche vorzugehen. Dem dogmatisch gleichzuhalten ist die Konstellation, dass der Erstmietter vom zweiten Mieter, dem die Bestandsache während seiner Abwesenheit übergeben wurde, die Räumung des Bestandobjekts verlangt.⁴⁷⁸⁵ Da zwischen den Konfliktparteien hier keine vertragliche Verbindung besteht, handelt es hier um Konstellationen der Drittwirkung des Bestandrechts. Die Lösung dieser Fälle der Doppelvermietung erlaubt somit unmittelbare Rückschlüsse darauf, wieweit dingliche Rechtswirkungen bei obligatorischen Rechten anerkannt sind.

⁴⁷⁸³ OGH 25.2.2021, 2 Ob 59/20w.

⁴⁷⁸⁴ Hierbei handelt es sich um den vereinfachten Sachverhalt, der OGH 15.10.2002, 4 Ob 168/02p zu Grunde liegt. In der E lag aber ein Unterbestandverhältnis vor; B wurde nicht der Automat, sondern nur die Geschäftsfläche vermietet.

⁴⁷⁸⁵ OGH 21.9.1946, 1 Ob 180/46 JBl 1946, 507. Das Bestandverhältnis zum Erstmietter wurde dabei nie aufgelöst.

Eine sehr eindeutige Position ergibt sich hierbei in einem pandektistisch inspirierten Regelungsmodell. Da in einem solchen dingliche Rechtswirkungen auf dingliche Rechte an körperlichen Sachen beschränkt sind, muss hier eine Drittwirkung des Bestandverhältnisses ausscheiden. Dies zeigt sich auch sehr eindrücklich bei der deutschen Rechtslage: Hier wird davon ausgegangen, dass es alleine Sache des Vermieters ist, zu entscheiden, wie er die kollidierenden Erfüllungsansprüche der Mieter erfüllen will, wobei er in seiner Entscheidung dabei frei ist.⁴⁷⁸⁶ Auch der einstweilige Rechtsschutz eines Mieters gegen die Besitzüberlassung an einen anderen Mieter wird von der hL verneint.⁴⁷⁸⁷ Lehnt man die Drittwirksamkeit von Bestandrechten ab, würde im Eingangsfall hier keine Möglichkeit bestehen, gerichtlich über den Zugang zum Automaten abzusprechen; dies wäre allein die Entscheidung von A, der dafür aber dann die schuldrechtlichen Konsequenzen zu tragen hat.

In der Folge gilt es sohin darzustellen, inwiefern das österreichische Recht eine gesetzliche Wertung zur Rechtskollision von Mietern beinhaltet, das in diesem Verhältnis auch durchgesetzt werden kann. Nicht näher betrachtet wird hier das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter, da sich dieses nach vertraglichen Grundsätzen richtet und dementsprechend außerhalb des hier verfolgten Erkenntnisinteresses liegt.⁴⁷⁸⁸ Hier soll gezeigt werden, dass diese Fälle der Doppelvermietung paradigmatisch für die Rechtskollision dinglicher Rechtswirkungen sind.

3.2.2.1. Problemaufriss

Der Themenkomplex der Doppelvermietung wird in der Lit⁴⁷⁸⁹ ganz regelmäßig mit jenem der Störung der Rechte des Bestandnehmers⁴⁷⁹⁰ vermengt. Obwohl die Sachverhalte oft durchaus ähnlich scheinen, sind diese Konstellationen aber analytisch zu trennen: Während bei der Störung von Bestandrechten – auch im nachbarschaftsrechtlichen Kontext⁴⁷⁹¹ – nur einer der Streitparteien das Recht zukommt, eine Handlung zu setzen, können sich beim Problembereich der Doppelvermietung beide auf eine vom selben Vermieter abgeleitete Berechtigung stützen. Der Unterschied zwischen diesen Konstellationen besteht sohin darin, dass bei der Doppelvermietung auch der Beklagte ein

4786 S statt aller und mit vielen Nachweisen *Wiederhold* in BeckOK BGB⁶¹ (2022) § 523 Rz 115 ff.

4787 Mit vielen Nachweisen *Emmerich* in Staudinger (2021) § 536 Rz 87.

4788 S dazu aber *Apathy*, Doppelvermietung, in FS Iro (2012) 3 (3 ff).

4789 Vgl *Müller*, Das quasidingliche Recht 87 ff; *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1147 ff; mit Ansätzen einer getrennten Betrachtung *Apathy*, publizianische Klage 76 ff; diese klar unterscheidend *Klang*, ZBl 1926, 324 (349 ff).

4790 S zu dieser bereits 3.1.1.

4791 Welche Befugnisse einem Eigentümer im Nachbarschaftskontext zukommen, ergibt sich aus § 364 Abs 2 ABGB; darüber hinaus können einem Bestandnehmer wohl nur dann Rechte eingeräumt werden, wenn sämtliche betroffenen Nachbarn ihre insoweit reduzierten Rechte vom selben Bestandgeber ableiten.

gleichwertiges Recht hat, das sein Handeln rechtfertigt. Anders als bei der Störung des Bestandnehmers wird bei der Doppelvermietung somit die dingliche Innen- und nicht die Außenwirkung des Rechts betrachtet. Von wesentlicher Bedeutung ist hierbei, dass die Rechte vom selben Bestandsgeber abgeleitet werden: Nur hier liegt eine Aufteilung der Eigentümerbefugnisse auf verschiedene Rechtssubjekte vor. Kommt es hingegen – etwa im nachbarschaftsrechtlichen Kontext – zum Konflikt zwischen Bestandnehmern verschiedener Bestandsgeber, kann ein Eingriff nur sehr eingeschränkt mit Rückgriff auf den Bestandvertrag gerechtfertigt werden.⁴⁷⁹² Anders als beim Vorgehen gegen einen unberechtigten Dritten ist bei der Doppelvermietung das alleinige Abstellen auf die Störung der Befugnisse des Klägers nicht hinreichend, da dem Beklagten ein Recht zukommt, die streitgegenständliche Handlung zu setzen; eine Untersagung käme sohin einem Eingriff in seine Rechte gleich. Es geht somit nicht darum, ob eine dem Kläger zukommende Befugnis, mit dem Bestandsobjekt zu walten, von einem anderen beeinträchtigt wird, sondern darum, wem das stärkere Recht zukommt, die Bestandsache zu nutzen. Die Doppelvermietung ist somit wertungsmäßig vom Störungsschutz des Bestandnehmers zu trennen und verlangt weitergehende Abwägungen.

Voraussetzung für die Beurteilung der Doppelvermietung als Fälle der Rechtskollision ist sohin, dass Kläger und Geklagter gleichermaßen drittwirksame Rechte zukommen, die vom selben Rechtssubjekt abgeleitet werden. Im Regelungssystem des ABGB ist dabei unstr., dass dem Bestandnehmer ein drittwirksamer Rechtsbesitz zukommen kann. Die Doppelvermietung kann sohin als Konflikt zweier Positionen des Rechtsbesitzes aufgefasst werden: Potenziell sind beide Mieter als Rechtsbesitzer anzusehen, weshalb sie jeweils gegen die Störung ihrer Befugnisse vorgehen können. Dieser Interessengegensatz kann aber nicht mit Rückgriff auf § 339 ABGB gelöst werden, da der Beklagte ebenso wie der Kläger als Rechtsbesitzer aufzufassen ist und somit keine klare Hierarchie der dinglichen Berechtigungen besteht.⁴⁷⁹³ Hiermit ergeben sich freilich auch die Grenzen der hier betrachteten Rechtskollisionen: Soweit kein Rechtsbesitz für den späteren Mieter begründet wurde, liegt kein Konflikt dinglicher Drittwirkungen vor, weshalb aus dinglichen Grundsätzen auch kein Anspruch gegen den innehabenden Bestandnehmer besteht.⁴⁷⁹⁴ Allenfalls ist hier im Verhältnis zwischen den Mietern an Schadenersatzansprüche zu denken, die nach den Grundsätzen der Beeinträchtigung fremder Forderungsinteressen zu beurteilen sind.⁴⁷⁹⁵

4792 S dazu bereits 3.1.1.3.1.

4793 So auch die stRsp, vgl RIS-Justiz RS0011008; sehr deutlich in OGH 12.7.1990, 8 Ob 687/89.

4794 *Apathy* in FS Iro 14; *Kodek* in Klang³ § 373 Rz 9; vgl auch OGH 7.5.1998, 6 Ob 97/98b.

4795 *Apathy*, publizianische Klage 78.

3.2.2.2. Meinungsstand

Zur Lösung der Rechtskollision zweier Bestandrechte haben sich in Österreich in L und Rsp drei verschiedene Ansätze etabliert. Davon knüpfen zwei unmittelbar an Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts an, einer kann als Folge der schadenersatzrechtlichen Dogmatik aufgefasst werden. Während das Ausmaß der dinglichen Wirkungen des Bestandverhältnisses im Einzelnen str ist, gibt es keinerlei Zweifel daran, dass beide Bestandverhältnisse gültig sind.⁴⁷⁹⁶

3.2.2.2.1. Analoge Anwendung der §§ 372 ff ABGB

Wie auch bereits iZm Abwehransprüchen des obligatorisch Berechtigten aufgezeigt,⁴⁷⁹⁷ ist der Ansatz, den Schutz des Bestandnehmers auf die §§ 372 ff ABGB zu stützen, wesentlich auf *Apathy* zurückzuführen. Dieser geht davon aus, dass sich in der Stammfassung des ABGB die Durchsetzungsmöglichkeiten des Besitzers nicht auf die Geltendmachung im Besitzstörungsverfahren beschränkten; außerhalb des Besitzstörungsverfahrens bestehe somit eine Regelungslücke, die durch eine analoge Anwendung der §§ 372 ff ABGB gefüllt werden könne.⁴⁷⁹⁸ Diese Analogie erfasst nach *Apathy*⁴⁷⁹⁹ und der ihm folgenden L⁴⁸⁰⁰ auch die Doppelvermietung.

Die Klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum beinhaltet eindeutige Wertungen für den Fall der Rechtskollision bei der Doppelvermietung. Nach § 372 ABGB setzt sich grundsätzlich derjenige durch, der den stärkeren Titel hat, was nach § 373 ABGB bedeutet, dass derjenige, der die Bestandsache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Sache besitzt, ebenso weichen muss wie derjenige, der keinen oder nur einen verdächtigen Vormann angeben kann oder nur einen unentgeltlichen Titel hat. Zuletzt ist mit § 374 ABGB darauf abzustellen, wer Besitz an der Sache hat, was dahingehend interpretiert wird, dass sich der Inhaber des Mietgegenstands durchsetzt.⁴⁸⁰¹ Nach diesem Ansatz kommen den einzelnen Bestandverhältnissen jeweils dingliche Rechtswirkungen zu, was sich unmittelbar daran zeigt, dass die Rechtskollision im Fall der Doppelvermietung mit Rückgriff auf Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts gelöst wird.

4796 *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁵ § 1093 Rz 23; *Müller*, Das quasidingliche Recht 92; *Apathy* in FS Iro 3; *Apathy*, publizianische Klage 77 f; s auch RIS-Justiz RS0110222, vgl OGH 9.6.1998, 10 Ob 134/98y; OGH 7.8.1957, 3 Ob 324/57 MietSlg 5523.

4797 S bereits 3.1.1.2.2.2.

4798 *Apathy*, publizianische Klage 68 f.

4799 *Apathy* in FS Iro 8; *Apathy*, publizianische Klage 77 f.

4800 S etwa *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁵ § 1093 Rz 26; *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1094 Rz 10; iE wohl auch *F. Bydliński* in FS Gunter Wesener 88.

4801 *Apathy* in FS Iro 8; *Apathy*, publizianische Klage 77 f; *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar⁵ § 1093 Rz 26; *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1094 Rz 10.

Die Rsp ist bzgl der Indienstnahme der §§ 372 ff ABGB für Konstellationen der Doppelvermietung durchaus schwankend.⁴⁸⁰² Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg, wo sich durch kriegsbedingte Abwesenheiten und Wohnungsknappheit die Fälle der Doppelvermietung mit besonderer Relevanz stellten, wurde dabei der Schutz des Mieters vor Entzug des Mietobjekts explizit auf eine analoge Anwendung der §§ 372–374 ABGB gestützt.⁴⁸⁰³ In weiterer Folge unterschied dabei die Rsp zwischen Fällen der Doppelvermietung und der damit einhergehenden völligen Entziehung der Bestandsache und der bloßen Störung der Befugnisse des Bestandnehmers, wobei nur im ersten Fall außerhalb des Besitzstörungsverfahrens ein Anspruch zuerkannt wurde.⁴⁸⁰⁴ Es hat sich dabei der Rechtssatz gebildet, dass im Fall der Doppelvermietung eine petitorische Klage gegen jeden erfolgreich erhoben werden könne, der kein besseres oder gleichwertiges Recht nachweisen kann.⁴⁸⁰⁵ Für den Fall, dass beide Bestandnehmer ein gleichwertiges Recht vom selben Bestandgeber aufweisen, hat der verstärkte Senat des OGH⁴⁸⁰⁶ klargestellt, dass es auf die Gutgläubigkeit ankommt: War der Beklagte beim Erwerb seiner Bestandrechte gutgläubig, kann der Kläger gegen ihn nicht durchdringen.⁴⁸⁰⁷ IdS handelt es sich hier somit um eine Bezugnahme auf die Wertung des § 373 ABGB, weshalb auch für den Fall der Rechtskollision bei einzelnen Befugnissen von der Anwendbarkeit der Wertungen der §§ 372 ff ABGB ausgegangen werden kann. Anders als dies die hier dargelegte Entwicklung nahelegen würde, hat der OGH in jüngerer Zeit bei Fällen der Rechtskollision zwischen Bestandnehmern nicht mehr explizit auf die §§ 372 ff ABGB Bezug genommen, sondern vermehrt auf das Schadenersatzrecht verwiesen.⁴⁸⁰⁸

3.2.2.2.2. Analoge Anwendung von § 430 ABGB

Ein alternativer Ansatz zur Auflösung der Rechtskollision bei der Doppelvermietung wurde von *Gschnitzer/Faistenberger* in ihrem Lehrbuch entwickelt. Demnach würde bei einer mehrfachen Vermietung und Verpachtung gem § 430 ABGB derjenige obsiegen, dem die Sache zuerst übergeben worden ist; auch wenn ein Bestandrecht in die öffentlichen Bücher eingetragen

4802 S für einen detaillierten Überblick idZ *Müller*, Das quasidingliche Recht 87. Hierbei werden Fälle der Doppelvermietung aber nicht von der Störung des Bestandverhältnisses getrennt.

4803 ZB OGH 16.1.1957, 7 Ob 370/56 MietSlg 5486; OGH 16.1.1952, 3 Ob 731/51 MietSlg 2210; OGH 17.5.1947, 1 Ob 302/47 SZ 21/32.

4804 S zB OGH 2.4.1969, 6 Ob 51/69 MietSlg 21.040; OGH 7.4.1965, 7 Ob 90/65 MietSlg 17.028. Vgl dazu bereits die Ausführungen zur Störungsabwehr in 3.1.1.2.1.

4805 RS0010644 (T5), vgl etwa OGH 14.10.1981, 1 Ob 688/81.

4806 OGH 14.12.1989, 7 Ob 654/89 (verst Senat).

4807 Vgl dazu bereits LGZ Wien 1.4.1981, 41 R 158/81 MietSlg 33.035.

4808 Erstaunlich ist, dass dies in den instanzgerichtlichen E durchaus der Fall war, vgl OGH 6.7.2009, 1 Ob 99/09d; OGH 7.5.1998, 6 Ob 97/98b.

sei, würde die Übergabe vorgehen.⁴⁸⁰⁹ Diese unbegründet vorgetragene These wird erst durch die Arbeit von *Alexander Müller* verständlich: In der älteren Rsp wurde durch die Wortfolge des § 1094 ABGB, wonach durch den Bestandvertrag der Gebrauch der Sache für gekauft anzusehen ist, als Ausgangspunkt dafür gesehen, dass beim Konflikt mehrerer Bestandverträge § 430 ABGB Anwendung finden soll.⁴⁸¹⁰ Dementsprechend sei die Anwendung von § 430 ABGB im Kontext der Doppelvermietung Ausdruck dessen, wie sehr der Bestandvertrag einem dinglichen Recht angenähert sei.⁴⁸¹¹ Dieser Gedanke war in der Rsp vor dem Zweiten Weltkrieg tatsächlich verbreitet: So wurde für die Begründung der Anwendbarkeit von § 430 ABGB davon ausgegangen, dass mit dem Bestandvertrag ein Teil des Eigentumsrechts übertragen werde, was nichts anderes bedeutet als die Qualifikation des Bestandrechts als dingliches Recht;⁴⁸¹² später wurde das Bestandrecht explizit als relativ dingliches Recht bezeichnet.⁴⁸¹³ Unmittelbar nach dem Krieg wurde diese Ansicht aber verworfen, da der Bestandvertrag als obligatorischer Vertrag und nicht als dingliches Recht zu qualifizieren sei; dementsprechend könnten auch die Wertungen des Doppelverkaufs bei Fällen der Doppelvermietung nicht zur Anwendung kommen.⁴⁸¹⁴ Der Rückgriff auf § 430 ABGB zur Auflösung von Fällen der Doppelvermietung ist somit ein manifester Verweis auf eine dingliche Natur des Bestandrechts.

In jüngerer Zeit wurde von der Rsp erstaunlicherweise der Rechtssatz gebildet, dass „*der Grundsatz der mehrfachen Veräußerung von Sachen des § 430 ABGB auch auf den Fall des [sic!] doppelten Vermietung anzuwenden*“⁴⁸¹⁵ sei. Dementsprechend soll im Kollisionsfall jener Bestandnehmer obsiegen, dem das Objekt zuerst übergeben wurde. Die E, die die Grundlage für diesen Rechtssatz bildet, hat die dinglichen Wirkungen des Bestandrechts aber gar nicht im Blick; es geht um eine Konstellation, in denen zwei Bestandverträge – einmal mit der Mutter als Mieterin, einmal mit der Tochter – abgeschlossen wurden und die Bestandsache ausschließlich der Erstmieterin (der Mutter) übergeben wurde, wobei fraglich war, ob mit dem Ableben der Mutter eine Mietzinsanpassung möglich sei.⁴⁸¹⁶ Tatsächlich liegt in dieser Konstellation keine Kollision von dinglichen Rechtswirkungen vor, da die Zweitmieterin mangels Übergabe keinen Rechtsbesitz erwerben konnte. Der Verweis auf § 430 ABGB ist somit nur ein – dogmatisch nicht

4809 *Gschmitzer et al*, Österreichisches Schuldrecht: besonderer Teil und Schadenersatz² (1988) 141.

4810 Ausf dazu *Müller*, Das quasidingliche Recht 89 ff.

4811 *Müller*, Das quasidingliche Recht 143.

4812 OGH 24.2.1925, 3 Ob 70/25 JBl 1925, 113.

4813 OGH 17.3.1931, 1 Ob 172/31 JBl 1931, 286 (krit *Klang*).

4814 OGH 7.10.1946, 1 Ob 214/46 JBl 1946, 507.

4815 RIS-Justiz RS0110222; s auch LGZ Wien 22.5.2007, 38 R 25/07v MietSlg 59.035.

4816 OGH 9.6.1998, 10 Ob 134/98y.

sonderlich glücklicher – Hinweis darauf, dass sich derjenige, dem die Bestandsache übergeben wurde, gegen denjenigen durchsetzt, der sein Recht nur vom Bestandvertrag ableitet und die Erlangung von Besitz erst anstrebt. Der Rechtssatz ist somit insoweit überschießend, als dass er keine Aussage dazu trifft, wie Fällen der Doppelvermietung, wo beiden Bestandnehmern eine dingliche Rechtsposition zukommt, aufgelöst werden können.

3.2.2.2.3. Schadenersatzrechtlicher Ansatz

Zur Auflösung der mit einer Doppelvermietung einhergehenden Interessensgegensätze der einzelnen Mieter wird von Teilen des Schrifttums für einen schadenersatzrechtlichen Ansatz plädiert.⁴⁸¹⁷ Dieser beruht auf der Erwägung, dass die Problematik der Doppelvermietung primär im Verhältnis vom Mieter zum vertragsbrüchigen Vermieter zu lösen sei; im Verhältnis zwischen den Mietern könne aber ein Schadenersatzanspruch erwachsen, sofern ein Mieter den Vermieter zum Vertragsbruch verleitet hat.⁴⁸¹⁸ Nach den Grundsätzen der Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte könne dann deliktisch auf Beseitigung des schädigenden Mietvertrags und Übergabe des Bestandobjekts bzw auf Abänderung des Mietvertrags geklagt werden.⁴⁸¹⁹ Damit einher geht eine Einschränkung der Möglichkeiten eines Bestandnehmers, seine Rechte durchzusetzen: Er kann nur dann obsiegen, wenn der innehabende Mieter besonders verpönt gehandelt hat.

Konzeptionell geht mit der Bejahung eines rein schadenersatzrechtlichen Ansatzes für die Fälle der Doppelvermietung eine deutliche Einschränkung von dinglichen Wirkungen bei Bestandrechten einher. Denn Ausschlag für einen Anspruch gibt hier nicht die offenkundige Existenz eines Rechts, das von jedermann zu respektieren ist, sondern bloß das schuldhafte Verhalten des Mieters. Dementsprechend überrascht es nicht, dass dieser Ansatz von jenen gefordert wird, die dem Bestandnehmer im Fall der bloßen Störung seiner Rechte keine Abwehransprüche zuerkennen und diesen an den Bestandgeber verweisen.⁴⁸²⁰ Es handelt sich somit iE um die Übernahme von pandektistisch inspirierten Wertungen für die Interpretation des ABGB.

Die Rsp nimmt hier eine Mittlerstellung ein. Zwar wird die Problematik der Doppelvermietung in jüngerer Zeit durchaus mit Rückgriff auf schadenersatzrechtliche Wertungen gelöst;⁴⁸²¹ idZ verweist die Rsp aber durchaus auf sachenrechtliche Wertungen. Dies wird besonders deutlich, wenn der OGH

4817 Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 371 Rz 3; Müller, Das quasidingliche Recht 139 ff; Müller in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 372 Rz 19; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 15; in diese Richtung bereits Spielbüchler in Rummel, ABGB³ (2000) § 372 Rz 5.

4818 Vgl statt aller Müller, Das quasidingliche Recht 139.

4819 Müller in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 372 Rz 19.

4820 S dazu bereits 3.1.1.2.2.4.

4821 OGH 6.7.2009, 1 Ob 99/09d; OGH 10.11.1993, 3 Ob 116/92.

ausspricht, dass wesentliches Element der Zuerkennung des Schadenersatzanspruches der Besitz sei – zwar nicht als Institut des Sachenrechts, „*sondern auf seine Funktion als Instrument der typischen Erkennbarkeit von Forderungsrechten*“.⁴⁸²² Auf Grundlage der bereits thematisierten Figur des besitzverstärkten Forderungsrechts⁴⁸²³ wird davon ausgegangen, dass das Bestandrecht auch gegen Eingriffe bewehrt sei, wenn der Verletzer die obligatorische Position kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen musste.⁴⁸²⁴ IE bedeutet dies aber nichts anderes, als dass sachenrechtliche Wertungen in die schadenersatzrechtliche Beurteilung integriert werden: Sofern die Rechtsausübung sozialtypisch offenkundig ist, muss automatisch davon ausgegangen werden, dass die obligatorische Rechtsposition mit gehöriger Aufmerksamkeit erkennbar ist. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass die Rsp – auch wenn sie bei der Doppelvermietung auf den Schadenersatz zurückgreift – die dinglichen Wirkungen des Bestandverhältnisses durchaus anerkennt.

3.2.2.2.4. *Synthese*

Der Blick auf die unterschiedlichen Ansätze zur Lösung der Doppelvermietung zeigt deutlich, dass ganz unstr von dinglichen Rechtswirkungen der jeweiligen Bestandrechte ausgegangen wird. Dies tritt besonders deutlich hervor, wenn im Weg der Lückenfüllung für eine analoge Anwendung der §§ 372 ff ABGB bzw § 430 ABGB – also Bestimmungen des (dinglichen) Sachenrechts – plädiert wird, was als Ausdruck dafür angesehen werden kann, dass die Wertungen zu dinglichen Rechten passend für das Bestandrecht sind. Im Kern wird aber auch in einem schadenersatzrechtlichen Ansatz von dinglichen Wirkungen bei Bestandrechten ausgegangen, die sich dadurch äußern, dass auf Grund des besitzverstärkten Forderungsrechts die vereinfachte Möglichkeit besteht, die Bestandsache heraus zu verlangen, wenn die obligatorische Rechtsposition bei gehöriger Aufmerksamkeit erkannt werden konnte. Es wird sohin unproblematisch von einer Drittwirkung des Bestandrechts ausgegangen, die sich dadurch äußert, dass im Verhältnis zwischen den Mietern – selbst dann wenn die Bestandsache einem anderen übergeben wurde – ein Anspruch auf Herausgabe bejaht wird. Str ist eher, welche der unterschiedlichen Wertungen des (dinglichen) Sachenrechts zur Anwendung kommen sollen. Nicht gefolgt wird idZ somit einer von Teilen der L geforderten Einschränkung von dinglichen Rechtswirkungen des Bestandrechts, die einer pandektistisch inspirierten Auslegung entspräche.

4822 OGH 6.7.2009, 1 Ob 99/09d.

4823 S dazu 3.2.1.2.2.

4824 Vgl zur stRsp RIS-Justiz RS0113118.

3.2.2.3. Naturrechtliches Paradigma des ABGB

Betrachtet man die Doppelvermietung als Fall des Konflikts zweier Positionen des Rechtsbesitzes, ergibt sich aus dem ABGB ein klar strukturierter Mechanismus zur Feststellung, welche Rechtsposition die stärkere ist. In der Folge soll dieser dogmatisch hergeleitet werden, bevor auf die Kollisionsregeln im Einzelnen eingegangen werden kann.

3.2.2.3.1. Herleitung

Wesentliche Voraussetzung für die Verortung der Doppelvermietung im Regelungssystem des ABGB ist zunächst, das Bestandrecht näher in den Blick zu nehmen. Denn wie bereits iZm der Störung der Rechte des obligatorisch Berechtigten ausgeführt, wurde insb in der älteren Lit und Rsp davon ausgegangen, dass das Bestandrecht als dingliches Recht zu qualifizieren sei,⁴⁸²⁵ was auch Vorbilder in älteren Kodifikationen findet.⁴⁸²⁶ Auch iZm der Doppelvermietung wird implizit mit der dinglichen Rechtsnatur des Bestandverhältnisses argumentiert – etwa um die Anwendung von § 430 ABGB zu begründen. Es gilt sohin zu klären, ob die Doppelvermietung bloß eine Spezifität des Mietrechts ist oder als Ausdruck eines Systemgrundsatzes des ABGB aufgefasst werden kann.

Aus dem ABGB ergibt sich eine eindeutige Position zur Ausgestaltung des Bestandrechts. Weitgehend unproblematisch ist dabei, dass dieses als unkörperliche Sache qualifiziert werden kann. Ausweislich des nachvollziehbaren Willens des Gesetzgebers ist das Bestandrecht als persönliches und nicht als dingliches Recht zu qualifizieren.⁴⁸²⁷ Auf Grund des weiten Sachbegriffs ändert dies aber nichts daran, dass das Bestandrecht Gegenstand dinglicher Rechte sein kann; insb kommt hier ein Rechtsbesitz des Bestandnehmers in Betracht, mit dem ein umfassender Schutz vor Störungen des Rechtsgebrauchs einhergeht. Eine auflösungsbedürftige Rechtskollision liegt nur insoweit vor, als dass zwei Besitzpositionen miteinander in Konflikt geraten; der Rechtsbesitzer obsiegt sohin stets gegenüber demjenigen, der obligatorisch berechtigt den Besitz erst anstrebt.⁴⁸²⁸ IZm der Doppelvermietung von besonderer Bedeutung ist dabei die besitzrechtliche Wertung des § 351 S 2 ABGB, wonach der Rechtsbesitz durch den bloßen Nichtgebrauch nicht verloren geht; hieraus folgt, dass bei der erneuten Vermietung – etwa bei längerer Abwesenheit des Erstmieters – durchaus ein doppelter Rechtsbesitz an ein und derselben Bestandsache bestehen kann. Die dinglichen Rechtswirkungen, deren Resultat die Diskussion um die Doppelvermietung ist, sind somit nicht auf die Dinglichkeit des Bestandsrechts selbst zurückzuführen, sondern bloß darauf, dass dieses Gegenstand des Rechtsbesitzes ist. Hieraus folgt, dass die Wertungen

4825 S dazu bereits 3.1.1.2.2.1.

4826 Vgl AT 3.3.4.

4827 *Ofner*, Urentwurf II 314; *Zeiller*, Kommentar 3.2 § 1095 Rz 2 (403).

4828 So auch *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB 1155.

zur Doppelvermietung generell für Konstellationen der Kollision verschiedener Positionen des Rechtsbesitzes furchtbar gemacht werden können.

In den §§ 372 ff ABGB finden sich Wertungen, unter welchen Umständen der Kläger gegen einen Besitzer mit der Klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum durchdringen kann. Der Wortlaut des § 372 ABGB ist dabei klar auf körperliche Sachen gemünzt: So wird davon ausgegangen, dass die Sache dem Kläger vorenthalten wird, was als Hinweis darauf verstanden werden muss, dass diese rivalen Charakter haben muss – sie kommt entweder dem Kläger oder dem Beklagten zu. Dies bestätigt sich auch bei der Kommentierung von Zeiller, nach der bei dieser Klage dem Kläger die Sache „*durch fremdes Verschulden, durch Zufall, oder eigenes Versehen von Handen*“⁴⁸²⁹ gekommen ist; diese Konzeption entspricht wohl auch dem römisch-rechtlichen Vorbild der publizianischen Klage.⁴⁸³⁰ Auch aus § 374 ABGB ergibt sich, dass ausschließlich der Geklagte Besitzer ist. Nichtsdestoweniger finden sich insb bei der Kommentierung Zeillers auch Anknüpfungspunkte, dass die Wertungen der §§ 372 ff ABGB über ihre Anwendung auf körperliche Sachen hinaus von Relevanz sein können. So weist er explizit darauf hin, dass Gegenstand der Klage körperliche oder unkörperliche Sachen sind;⁴⁸³¹ darüber hinaus führt er aus, dass dann, wenn der Kläger Gründe für seine Berechtigung vorbringt, denen der geklagte Besitzer keinen rücksichtswürdigen Grund entgegensetzen kann, es natürlich sei, dass „*der auch die Besitzrechte schützende Gesetzgeber dem Ersteren vor dem Letzteren den Vorzug gebe*“⁴⁸³². Dies kann als Hinweis interpretiert werden, dass den §§ 372 ff ABGB dem Grunde nach auch eine Wertung zum Rechtsbesitz zu entnehmen ist: Wenn der Kläger den Rechtsbesitz auf echte Art erworben hat und einen gültigen Titel aufweist, ist seine Rechtsposition als schutzwürdiger anzusehen als jene des Besitzers eines kollidierenden Rechts, der keinen oder nur einen schwächeren Titel hat. Da der Gesetzgeber den Rechtsbesitz ebenso schützt wie den Sachbesitz, ist nicht ersichtlich, weshalb sich im Konfliktfall hier nicht derjenige, dem nach den §§ 372 ff ABGB die stärkere Rechtsposition zukommt, durchsetzen soll. Wenn sich der nichtbesitzende Kläger gegen den Sachbesitzer durchsetzen kann, muss dasselbe für einen Rechtsbesitzer gelten, der gegen einen anderen schlechter berechtigten Rechtsbesitzer vorgeht. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass mit Rücksicht auf den Regelungsplan des Gesetzgebers eine Interpretation der Bestimmungen der §§ 372 ff ABGB zulässig ist, dass diese auch im Verhältnis zwischen Rechtsbesitzern Anwendung finden können und somit auch einen Mechanismus zur Auflösung des Konflikts von dinglichen Wirkungen bei Rechten darstellen.

4829 Zeiller, Kommentar 2.1 § 372 Rz 4 (146).

4830 Vgl dazu Apathy, publizianische Klage 13 ff.

4831 Zeiller, Kommentar 2.1 § 372 Rz 3 (145).

4832 Zeiller, Kommentar 2.1 § 372 Rz 2 (145).

3.2.2.3.2. Kollisionsregeln

In den §§ 372–374 ABGB finden sich detaillierte Regelungen zur Interessensabwägung eines qualifiziert Berechtigten zu einem Besitzer. Die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte sind dabei kaskadenförmig angeordnet, woraus sich auf verschiedenen Stufen Wertungen zur Auflösung der Rechtskollision ergeben. Das Gesetz gibt hierbei eine Reihenfolge vor: Zunächst ist nach § 372 ABGB zu prüfen, ob der Kläger einen gültigen Titel und eine echte Art der Besitzerlangung vorzuweisen hat und dem Geklagten eine Besitzposition zukommt; hat der Geklagte keinen Titel, obsiegt der Kläger. Danach ist darauf einzugehen, ob der Beklagte einen schwächeren – etwa unentgeltlichen – Titel hat und ob er redlich ist. Zuletzt setzt sich nach § 374 ABGB der innehabende Besitzer durch. Diese Wertungen werden in der Rsp durchaus auch aufgenommen; idR wird aber nicht die gesamte Prüfungsreihenfolge, sondern nur die ausschlaggebende Stufe thematisiert. In der Folge soll daher mit Rückgriff auf die Rsp darauf eingegangen werden, wie die Auflösung der Rechtskollision bei der Doppelvermietung auf den einzelnen Stufen stattfindet.

3.2.2.3.2.1. Rechtsbesitz

Grundlegende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 372 ff ABGB ist, dass dem Geklagten die Position eines Besitzers zukommt. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 372 ABGB, der explizit auf das Verhältnis zu einem Besitzer abstellt; ebenso wird in § 373 ABGB darauf verwiesen, dass der Geklagte die Sache besitzt. Besonders deutlich wird die Notwendigkeit des Besitzes aber in § 374 ABGB, wo explizit auf die Rechtswirkungen des Besitzes abgestellt wird und dem Geklagten „*kraft des Besitzes der Vorzug*“ zukommt. Für die Doppelvermietung bedeutet dies, dass der beklagte Bestandnehmer, der noch keinen Rechtsbesitz erworben hat, schon dem Grunde nach nicht gegen den innehabenden Bestandnehmer durchdringen kann.⁴⁸³³

Weniger deutlich sind die gesetzlichen Wertungen zur Notwendigkeit des Besitzes des Klägers. Zwar ergibt sich aus § 372 S 2 ABGB, dass der Kläger auf echte Art zum Besitz gelangt sein muss; dies bedeutet aber noch nicht notwendigerweise, dass der Besitz zum Zeitpunkt der Klage noch aufrecht ist. Bei der Anwendung dieser Bestimmung auf körperliche Sachen ist die Besitzposition des Klägers vielmehr ausgeschlossen: Gem § 349 ABGB erlischt der Sachbesitz, wenn die Sache in fremden Besitz kommt; wenn aber die §§ 372 ff ABGB den Besitz des Beklagten erfordern, muss automatisch ein Sachbesitz des Klägers ausscheiden. Anders ist dies freilich beim Rechtsbesitz, wo auf Grund des nichtrivalen Charakters von Rechten der Rechtsbesitz des Beklagten den de-

⁴⁸³³ Eine solche – wohl äußerst seltene – Konstellation besteht etwa, wenn eine bereits vermietete und übergebene Bestandsache nochmals vermietet wird, ohne sie zu übergeben. Dies könnte als (drohende) Störung der Rechte des Altmieters verstanden werden, weshalb dieser den Neumietler auf Unterlassung der Besitznahme der Bestandsache klagen könnte.

ckungsgleichen Rechtsbesitz des Klägers nicht ausschließen muss. Die Wertung des § 372 ABGB, dass es zum Besitzerwerb des Klägers gekommen sein muss, trifft dabei gleichermaßen auf den Sach- wie auf den Rechtsbesitz zu. Es muss somit unstr zu einem Besitzerwerb des Klägers gekommen sein, damit dieser nach den §§ 372 ff ABGB durchdringen kann.

Nicht unmittelbar aus den Wertungen der §§ 372 ff ABGB ergibt sich aber, ob der Rechtsbesitz des Klägers zum Zeitpunkt der Klage noch aufrecht sein muss. Dies ist insb bei Fällen der Entziehung der Bestandsache – etwa bei längerer Abwesenheit des Erstmieters – von Relevanz. IZm Bestandrechten erlischt dabei der Rechtsbesitz nach § 351 ABGB dadurch, dass der Bestandgeber die Ausübung des Rechts nicht mehr duldet und dagegen nichts unternommen wird, um den Besitz zu erhalten; der bloße Nichtgebrauch des Rechts ist für den Rechtsbesitz ebenso wenig schädlich wie die Übergabe der Bestandsache an einen anderen.⁴⁸³⁴ Für das Erlöschen des Rechtsbesitzes bedarf es sohin eines Tätigwerdens des Bestandgebers, was wohl idR mit einer Kündigung des Bestandverhältnisses gleichgesetzt werden kann. Wenn aber der geklagte Bestandnehmer anders als der Kläger die Bestandsache mit dem Willen des Bestandgebers innehat, kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Interessen des Klägers berücksichtigungswürdiger sind. Hieraus folgt, dass ein Bestandnehmer nur dann mit den §§ 372 ff ABGB obsiegen kann, wenn ihm ein aufrechter Rechtsbesitz zukommt.⁴⁸³⁵

Das ABGB kennt zwei grds gleichwertige Möglichkeiten, den Besitz am Bestandrecht zu erwerben. Einerseits kann es nach Maßgabe der §§ 312 f ABGB zum Besitzerwerb durch Rechtsgebrauch im eigenen Namen kommen,⁴⁸³⁶ was regelmäßig mit der Übergabe der Bestandsache der Fall ist.⁴⁸³⁷ Andererseits kann nach Maßgabe § 321 ABGB der Rechtsbesitz am Bestandrecht auch durch Eintragung in das Grundbuch erworben werden;⁴⁸³⁸ in diesem Fall ist eine Übergabe der Bestandsache nicht vonnöten.⁴⁸³⁹ Derjenige Bestandnehmer, der weder durch Rechtsgebrauch im eigenen Namen noch durch Intabulation einen Rechtsbesitz erworben hat, muss sohin im Konfliktfall jedenfalls weichen.

4834 Vgl LGZ Graz 27.2.1985, 3 R 91/85 MietSlg 37.133.

4835 Dieser Befund hat auch Auswirkungen für intabulierte Rechte: Die Wertungen der §§ 372 ff ABGB können nach den Wertungen des § 350 ABGB nur insoweit Anwendung finden, als dass eine Eintragung besteht.

4836 Ausreichend ist die Ausübung eines Mitbenutzungsrechts, s LG Wien 19.9.1967, 43 R 574/67 MietSlg 19.021.

4837 Dies ist auch unstr, vgl OGH 7.5.1998, 6 Ob 97/98b; OGH 11.6.1965, 6 Ob 171/65 MietSlg 17.029; OGH 13.2.1957, 3 Ob 70/57 MietSlg 5485; s bereits ausf OGH 17.5.1947, 1 Ob 302/47 SZ 21/31; *Kodek* in Klang³ § 373 Rz 9. Nach der Rsp ist hier aber nicht erforderlich, dass jeder einzelne Raum des Bestandobjekts übergeben wurde, vgl OGH 8.6.1955, 1 Ob 274/55 MietSlg 4323.

4838 S ausf 2.1.3.4.

4839 Ebenso wohl *Gschntzner* et al, BT² 141 f. Dies sagt aber noch nichts darüber aus, wie die Rechtskollision aufzulösen ist.

3.2.2.3.2. Existenz eines Titels

Aus § 372 ABGB ergibt sich unmittelbar, dass die Position des geklagten Besitzers, der keinen Titel hat, nicht schützenswert ist. Da ein Bestandgeber den Rechtsbesitz eines anderen ohne gültigen Titel wohl nur in Ausnahmefällen akzeptieren wird, kommt diesem Kriterium bei der Entziehung der gesamten Bestandsache im Regelfall nur geringe Relevanz zu;⁴⁸⁴⁰ sehr wohl kann es aber bei der Rechtskollision bei einzelnen Befugnissen von Bestandnehmern von Bedeutung sein. Dies zeigt sich illustrativ bei der E des verst Senats, nach der der Störungsschutz des Bestandnehmers darin eine Grenze findet, „wenn der gemeinsame Bestandgeber dem Dritten als Bestandnehmer ein Recht eingeräumt hat, dessen Ausübung zu der Störung führt“⁴⁸⁴¹. Es gilt sohin im Einzelfall nachzuweisen, ob der Bestandvertrag die zum Streitfall führende Handlung des Geklagten deckt. IdZ wurde etwa vorgebracht, dass bei der Vermietung eines Vereinslokals an eine Studentenverbindung von einer schlüssigen Zustimmung der Bestandgeberin zu nächtlichen Ruhestörungen auszugehen sei, was aber zu Recht mit dem Argument abgelehnt wurde, dass – da das ungebührliche Erzeugen von Lärm als Verwaltungsübertretung zu qualifizieren ist – nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Zustimmung des Bestandgebers ein gesetzlich verbotenes Verhalten des Bestandnehmers beinhalte.⁴⁸⁴² Wenn aber bei einer Kleingartenparzelle vom Generalpächter Fichten gepflanzt worden sind, bevor diese weiterverpachtet wurde, kann sich ein benachbarter Unterpächter nicht dagegen wehren, wenn Nadeln, Zweige und Äste auf seine Parzelle fallen.⁴⁸⁴³ Ausschlaggebend ist bei der Doppelvermietung sohin nicht die Existenz des Titels allein, sondern ob sich der Geklagte bei seinen Handlungen auf eine Berechtigung durch den Bestandgeber stützen kann, widrigenfalls mangels Rechtskollision der Kläger, in dessen Rechte eingegriffen wird, obsiegt.

3.2.2.3.2.3. Qualität des Titels

Sofern sowohl Kläger als auch Geklagter einen gültigen Titel haben, ist auf zweiter Stufe auf die Stärke des Titels abzustellen. Nach § 373 ABGB muss ein Rechtsbesitzer weichen, wenn er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag⁴⁸⁴⁴ oder wenn er – anders als der Kläger – die Sache unent-

4840 Denkbar wäre dies insb bei der Nichtigkeit einer Vereinbarung – etwa beim Verstoß gegen eine behördliche Genehmigungspflicht, s dazu etwa OGH 12.7.1990, 8 Ob 687/89.

4841 OGH 14.12.1989, 7 Ob 654/89 (verst Sen). Hierbei gilt es aber auch die Gutgläubigkeit zu berücksichtigen, die sogleich behandelt wird.

4842 OGH 29.8.1994, 1 Ob 594/94.

4843 OGH 21.5.2014, 7 Ob 71/14p.

4844 Im Kontext der Doppelvermietung kommt dem wohl nur eine untergeordnete Bedeutung zu, da beide Bestandnehmer ihre Rechte idR vom selben Bestandgeber ableiten. Denkbar wäre allenfalls, dass dieses Kriterium bei problematischen Konstellationen der Rechtsnachfolge beim Bestandgeber fruchtbar gemacht wird.

geltlich erlangt hat. Dem Wortlaut der Bestimmung nach kommt es demnach zum Obsiegen gegen einen unentgeltlichen Bestandnehmer, aber wohl auch gegen einen Prekaristen,⁴⁸⁴⁵ der bloß die Kosten des Gebrauchs zu bezahlen hat.⁴⁸⁴⁶ Die Anordnung des § 372 ABGB, dass der Besitzer mit dem stärkeren Titel obsiegt, könnte indes auch weiter interpretiert werden, sodass darin auch gesamtgesellschaftliche Wertungen Platz finden. Hiermit ließe sich erklären, weshalb sich nach dem Zweiten Weltkrieg im Unterschied zur späteren Rsp der Altmietter – unabhängig von der Redlichkeit des Neumietters – zT durchsetzte. Es handelte sich hier um Fälle, in denen der Altmietter in ein Konzentrationslager deportiert⁴⁸⁴⁷ oder durch die Gestapo vertrieben wurde.⁴⁸⁴⁸ Dabei ist durchaus denkbar, dass in die Abwägung der Interessen der Bestandnehmer das besondere Unrecht, das den vertriebenen Mietern widerfahren ist, eingeflossen ist. Da hier dem Altmietter ohne Rücksicht auf die Redlichkeit⁴⁸⁴⁹ des Neumietters der Vorzug gegeben wurde, obwohl dieser einen gültigen Titel und Rechtsbesitz aufgewiesen hat, könnte dies dahingehend verstanden werden, dass im Konfliktfall der Titel desjenigen, der durch besonders gravierende Umstände um die Nutzung der Bestandsache gebracht wurde, als stärker anzusehen ist.⁴⁸⁵⁰ Die Beurteilung der relativen Stärke des Titels könnte sohin durchaus auch offen für gesamtrechtliche Wertungen sein.

3.2.2.3.2.4. Redlichkeit

Haben beide als Rechtsbesitzer zu qualifizierende Bestandnehmer einen Titel gleicher Stärke, ist auf nächster Stufe auf die Redlichkeit abzustellen.

4845 Tatsächlich könnte dies ein Anhaltspunkt sein, weshalb der OGH dem Prekaristen die Möglichkeit, gegen Störungen seiner Befugnisse vorzugehen, verweigert. Dies ist freilich nicht überzeugend: Denn bei nachbarschaftsrechtlichen Ansprüchen geht es – sofern die Streitparteien ihre Rechte nicht vom selben Bestandgeber ableiten – nicht um eine Abwägung, ob der Kläger ein besseres oder ein schlechteres Recht als der Geklagte hat; vielmehr muss nur darüber abgesprochen werden, ob die Befugnisse des Bestandnehmers gestört werden, vgl OGH 26.11.2008, 6 Ob 227/07m.

4846 S zur Abgrenzung zwischen Miete und Prekarium grundlegend OGH 10.6.2015, 7 Ob 218/14f.

4847 OGH 21.9.1946, 1 Ob 180/46 JBl 1946, 508.

4848 OGH 30.4.1952, 2 Ob 307/52 MietSlg 2209. Interessant ist hierbei, dass in unmittelbarer zeitlicher Nähe dazu vom Obsiegen des gutgläubigen späteren Mieters ausgegangen wurde, wenn kein Vertreibungskontext gegeben war, vgl etwa mwN OGH 16.1.1952, 3 Ob 731/51 MietSlg 2210.

4849 Diese wurde sogar explizit bejaht, vgl OGH 21.9.1946, 1 Ob 180/46 JBl 1946, 508.

4850 Ebenso könnte ein Fall der frühen 20er Jahre des 20. Jhds interpretiert werden, in dem der Altmietter durch eine rechtswidrige behördliche Wohnanforderung – also iW eine „Enteignung“ und Neuzuweisung von Wohnungen zur besseren Nutzung von Wohnraum – entfernt und die Wohnung einem neuen Bestandnehmer zugewiesen wurde. Auch hier obsiegte der Altmietter, ohne dass es auf die Redlichkeit des Neumietters angekommen wäre, s dazu mwN *Müller*, Das quasidingliche Recht 89 f. Für die angeführte E 2 Ob 465/22 konnte kein Abdruck gefunden werden.

Gem § 373 ABGB muss der Geklagte, wenn er die Sache auf unredliche Weise besitzt, dem Kläger weichen. In Bezug auf die Doppelvermietung geht die Rsp dabei davon aus, dass der spätere Mieter unterliegt, wenn er schlechtgläubig ist.⁴⁸⁵¹ Als unredlich gilt allgemein, wer bei Abschluss des Bestandvertrags wusste oder wissen musste, dass er mit früheren Bestandrechten in Kollision gerät; hierfür ist bereits leichte Fahrlässigkeit ausreichend.⁴⁸⁵² Es reicht dabei nicht, wenn der spätere Mieter subjektiv an die Durchsetzbarkeit einer Kündigung des früheren Bestandverhältnisses glaubte.⁴⁸⁵³ Umgekehrt wird davon ausgegangen, dass der zweite Bestandnehmer gutgläubig⁴⁸⁵⁴ ist, wenn er der Überzeugung sein konnte, dass er durch den Abschluss des Bestandvertrags nicht mit früheren Bestandrechten in Kollision gerät.⁴⁸⁵⁵ Der wesentliche Beurteilungszeitpunkt ist dabei der Vertragsabschluss, nachfolgende Ereignisse sind ohne Bedeutung.⁴⁸⁵⁶ War für den die Bestandsache innehabenden Neumieter somit erkennbar, dass bereits ein anderes Bestandrecht besteht, muss er dem Altm Mieter weichen.

Umgekehrt wird davon ausgegangen, dass der Neumieter obsiegt, wenn zum Rechtsbesitz und dem Titel gleicher Stärke noch Gutgläubigkeit kommt. Diese Wertung ergibt sich aus § 374 ABGB, wonach dem Geklagten der Vorzug gebührt, wenn er einen gleich starken Titel und Besitz wie der Kläger hat. Die gesetzgeberische Begründung, dass dieses Ergebnis auf die Wirkung des Besitzes zurückgeführt werden kann, kommt für den Fall der Doppelvermietung freilich nicht zum Tragen, da hier beide Bestandnehmer als Rechtsbesitzer zu qualifizieren sind. Nichtsdestoweniger gilt diese Wertung auch für den Fall der Doppelvermietung: Die §§ 372 f ABGB sehen die Voraussetzungen vor, unter denen das Recht des Klägers schwerer wiegt als jenes des Geklagten; wenn somit die genannten Voraussetzungen nicht nachgewiesen werden können, obsiegt der Geklagte. Hieraus folgt, dass der redliche Neumieter das Bestandobjekt weiterhin nutzen kann.⁴⁸⁵⁷ Nach der E des verst Senats trifft diese Wertung aber nicht nur für die doppelte Vermietung der Bestandsache,⁴⁸⁵⁸ sondern darüber hinaus auch für Rechtskollisionen bei einzelnen Befugnissen der Bestandnehmer zu, weshalb ein Bestandnehmer die Einschränkung seiner Nutzungsmöglichkeiten hinzunehmen hat, er hat sich sohin an den Bestandgeber zu wenden. Ein Bestandnehmer kann sich sohin nicht dinglich dagegen

4851 S etwa OGH 12.7.1990, 8 Ob 687/89; OGH 12.10.1955, 1 Ob 599/55 MietSlg 4325.

4852 *Kodek* in Klang³ § 373 Rz 9; OGH 27.11.1975, 7 Ob 241/75 MietSlg 27.059; OGH 6.5.1959, 3 Ob 131/59 MietSlg 6906; OGH 23.2.1955, 1 Ob 119/55 MietSlg 4321.

4853 LGZ Wien 22.5.2007, 38 R 25/07v MietSlg 59.035; OGH 31.5.2000, 9 Ob 96/00h.

4854 Dieser Gedanke wurde anfänglich fälschlicherweise auf § 367 ABGB gestützt, vgl etwa OGH 16.4.1947, 1 Ob 198/47 JBl 1947, 278, vgl auch die Anmerkung von Klang in JBl 1931, 286.

4855 StRsp, s RIS-Justiz RS0011008; vgl OGH 31.5.2000, 9 Ob 96/00h.

4856 Ausf OGH 19.1.1955, 2 Ob 508/54 MietSlg 4324.

4857 Vgl bereits OGH 16.1.1952, 3 Ob 731/51 MietSlg 2210.

4858 Dies gilt auch für die doppelte Verpachtung, s OGH 12.10.2022, 1 Ob 183/22a.

wehren, wenn der gemeinsame Bestandgeber einem Dritten als Bestandnehmer ein entsprechendes Recht eingeräumt hat und das Recht gutgläubig erworben wurde.⁴⁸⁵⁹ Wenn der spätere Mieter sohin auf Grund des objektiven Sachverhalts annehmen kann, nicht in andere Rechte einzugreifen, kommt ihm die stärkere Rechtsposition zu.⁴⁸⁶⁰

Der Gedanke, dass ein Bestandnehmer obsiegt, wenn für ihn die Existenz von älteren Rechten nicht erkennbar ist, lässt sich unmittelbar im hier erarbeiteten Konzept der dinglichen Wirkungen verankern. Denn iW geht es hier um die Frage der sozialtypischen Offenkundigkeit, die Voraussetzung für die dingliche Wirkung von Rechten ist.⁴⁸⁶¹ Wenn für einen unbestimmten Adressatenkreis nicht kundbar ist, dass eine Rechtsposition besteht, ist eine Verhaltensadaption nicht zumutbar. Dementsprechend muss auch niemand Abstand vom Abschluss eines Bestandvertrags nehmen, wenn nicht offensichtlich ist, dass ein berücksichtigungswürdiges Recht eines anderen besteht. Es geht somit iW darum, ob für den späteren Bestandnehmer die Existenz des Rechts eines anderen im konkreten Kontext tatsächlich erkennbar ist, was objektiv an Hand aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist.⁴⁸⁶² Ist das ältere Recht nicht sozialtypisch offenkundig, bestehen keine berücksichtigungswürdigen dinglichen Rechtswirkungen, weshalb sich im Konfliktfall auch der spätere Bestandnehmer durchsetzt.

3.2.2.3.3. *Exkurs: Doppellicenzierung*

Eng verbunden mit der Doppelvermietung ist die immaterialgüterrechtliche Problematik der Doppellicenzierung. Hier kommt es zu einer Rechtskollision, wenn einem Lizenznehmer ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wird, darüber hinaus aber weitere – einfache oder ausschließliche – Lizenzen bestehen. Eine explizite Wertung findet sich dafür in § 24 Abs 2 UrhG: Eine frühere Werknutzungsbewilligung bleibt durch die Erteilung eines Werknutzungsrechts jedenfalls unberührt. Nicht explizit geregelt ist indes der umgekehrte Fall, wenn der Schutzrechtsinhaber nach der Erteilung einer ausschließlichen Lizenz vertragswidrig weitere Lizenzen erteilt. Hier ist – parallel zur Doppelvermietung – fraglich, ob der frühere Inhaber der ausschließlichen Lizenz gegen den späteren Lizenznehmer vorgehen kann.

In der Lit wird davon ausgegangen, dass Doppelvermietung und -lizenzierung nach denselben Grundsätzen zu beurteilen sind.⁴⁸⁶³ In Deutschland wird dabei dem Schutzrechtsinhaber das Recht abgesprochen, nach Erteilung einer ausschließlichen Lizenz noch rechtsgültig weitere Lizenzen erteilen zu können. Begründet wird dies damit, dass durch die ausschließliche

4859 OGH 14.12.1989, 7 Ob 654/89 (verst Sen); vgl auch OGH 15.10.2002, 4 Ob 168/02p.

4860 S auch LGZ Wien 1.4.1981, 41 R 158/81 MietSlg 33.035.

4861 S dazu ausf AT 3.2.2.3.

4862 S dazu im Einzelnen die stRsp: RIS-Justiz RS0033021; RIS-Justiz RS0010135.

4863 *McGuire*, Lizenz 577; *Dittrich*, Verlagsrecht 99; *Herbst*, Lizenz 188.

Lizenz das Schutzrecht beschränkt wird und sich der Rechtsinhaber sohin seiner Dispositionsmöglichkeiten begibt,⁴⁸⁶⁴ was innerhalb eines Ansatzes, in dem die Lizenz als dingliches Recht qualifiziert wird,⁴⁸⁶⁵ auch konsequent ist. Soweit ersichtlich wurde diese Konstellation in der österreichischen Lit bislang noch nicht thematisiert. Bemerkenswert ist idZ aber eine E aus den frühen 90er Jahren, in der der OGH über einen Streit zweier Lizenznehmer zu entscheiden hatte.⁴⁸⁶⁶ Hier sprach der OGH aus, dass die etwaige Ausschließlichkeit der Lizenz des Klägers – außer im Fall eines kollusiven Zusammenwirkens – ohne Belang sei, da eine Vertragsverletzung nur gegenüber dem Schutzrechtsinhaber geltend gemacht werden könne; die Klägerin mit der älteren Priorität könne nicht durchdringen, wenn der Gestattungsvertrag der Beklagten aufrecht sei. In Österreich wird sohin anders als in Deutschland davon ausgegangen, dass der ausschließliche Lizenznehmer nicht ohne Weiteres gegen den prioritätsjüngeren obsiegt.

Der hier erarbeitete Rahmen bietet einen dogmatischen Rahmen zur Einordnung dieser Diskrepanz der Auffassungen. Wie auch bei der Doppelvermietung kommt es bei der Doppellizenzierung zu einer Kollision zweier prinzipiell gleichrangiger Rechte. Denn das Recht des ausschließlichen Lizenznehmers wiegt gleich viel wie das Nutzungsrecht bei einer einfachen Lizenz. Da es sich nach der hier vertretenen Ansicht bei der Lizenz um ein persönliches Recht handelt, dem auf Grund des Rechtsbesitzes Wirkungen gegen Dritte zukommen kann, ist ebenso wie bei der Doppelvermietung der Zeitpunkt der Rechtsbegründung allein nicht hinreichend, um die Interessensgegensätze aufzulösen. Vielmehr ist auf den in den §§ 372 ff ABGB verankerten Lösungsmechanismus zurückzugreifen, um das Verhältnis der Lizenznehmer zu klären.

IW kommt es bei der Kollision zweier immaterialgüterrechtlicher Nutzungsrechte sohin auf die Qualität des Titels des Beklagten und seine Redlichkeit an. Hieraus folgt etwa, dass der Inhaber einer Freilizenz nicht schutzwürdig ist. Von größerer Relevanz ist dabei klarerweise die Redlichkeit des späteren Lizenznehmers: Wusste er bei Abschluss des Lizenzvertrags vom Bestand eines älteren ausschließlichen Nutzungsrechts oder musste er davon wissen, ist er nicht schutzwürdig. Von besonderer Bedeutung ist hier im Marken- und im Patentrecht die Möglichkeit der Eintragung der Lizenz in das Register: Sobald der Bestand des ausschließlichen Lizenzrechts in das öffentliche Register eingetragen ist, wird für einen späteren Lizenznehmer keine Möglichkeit mehr bestehen, ein Nutzungsrecht gutgläubig zu erwerben. Diese Interpretation entspricht auch dem Ansinnen des Gesetzgebers des Patentgesetzes 1897, der die Intabulation der Lizenz mit der Notwendigkeit „die Rangordnung

4864 *McGuire*, Lizenz 381 ff; *Pablow*, Lizenz 368 ff.

4865 S zum Meinungsstand ausf 3.1.3.2.1.1.

4866 OGH 24.11.1992, 4 Ob 96/92 – *Gullivers Reisen*.

konkurrierender Rechte klarzustellen“ verbindet.⁴⁸⁶⁷ Bei urheberrechtlichen Werknutzungsbewilligungen wird dabei wohl darauf abzustellen sein, ob bei Abschluss des Nutzungsvertrags der Lizenznehmer Verdacht schöpfen musste. Aus alledem folgt aber, dass ein Inhaber einer ausschließlichen Lizenz nicht gegen einen späteren Lizenznehmer obsiegt, wenn dieser gutgläubig erworben hat – es verbleiben ihm dann nur Ansprüche gegen den Schutzrechtsinhaber, was iE auch der Rsp des OGH entspricht.

3.2.2.4. Gegenüberstellung

Anhand der Doppelvermietung lassen sich die unterschiedlichen Auffassungen zum Sachbegriff besonders illustrativ zeigen. Nach einem pandektistischen Paradigma liegt hier kein rechtlich relevanter Konflikt zwischen den Bestandnehmern vor, da deren Rechte bloß relativ gegen den Bestandgeber wirken. Anders ist dies bei einem weiten Sachbegriff, wo dem Bestandrecht durchaus auch Drittwirkungen zukommen können. Im Regelungssystem des ABGB ist die Doppelvermietung daher als Konflikt zweier Rechtsbesitzer aufzufassen, deren Recht grds gleichrangig ist. Hierbei ergibt sich aus den §§ 372 ff ABGB eine gesetzliche Wertung, welcher Besitzer sich durchzusetzen vermag, weshalb auch die hA für die Doppelvermietung überwiegend auf die §§ 372 ff ABGB zurückgreift. Im Resultat folgen die hL und stRsp hinsichtlich der Doppelvermietung somit einem Ansatz, der dingliche Rechtswirkungen auch bei obligatorischen Bestandrechten bejaht – in einer pandektistischen Auslegung ist dies aber eine systemwidrige Anomalie. Die Doppelvermietung ist sohin ein Beispiel dafür, dass einem pandektistischen Paradigma iE nicht gefolgt wird; sie zeigt auch, dass eine am weiten Sachbegriff orientierte Herangehensweise leistungsfähiger darin ist, spezifische Problemlösungen in das allgemeine System des österreichischen Zivilrechts einzuordnen.

Die etablierten Wertungen zur Doppelvermietung beschränken sich freilich nicht auf die doppelte Inbestandgabe eines Bestandobjekts; vielmehr handelt es sich hier um einen generalisierbaren Mechanismus zur Auflösung des Konflikts dinglicher Wirkungen. In der Rsp ist dabei etwa anerkannt, dass nach denselben Wertungen vorzugehen ist, wenn die Störung der Befugnisse eines Bestandnehmers auf die Genehmigung des (gemeinsamen) Bestandgebers zurückzuführen ist, was ebenso als Kollision zweier Positionen des Rechtsbesitzes aufgefasst werden kann. Systematisch besteht aber kein Hindernis, die gesetzlichen Wertungen auch außerhalb des Mietkontexts auf andere Rechtskollisionen zwischen Rechtsbesitzern, die ihre Rechte von derselben Person ableiten, anzuwenden. Exemplarisch konnte dabei gezeigt werden, dass auch die Kollision des älteren Rechts eines ausschließlichen Lizenznehmers mit jenem eines Inhabers einer einfachen Lizenz nach denselben Grundsätzen zu beurteilen ist. In einer wertenden Betrachtung ist

4867 RV 1420 BlgAH, 11. Sess, 70.

dabei durchaus zu begrüßen, dass der Zustand des Konflikts zwischen Rechtsbesitzern durch eine gerichtlich durchzuführende Interessensabwägung beendet werden kann.

Die Wertungen der §§ 372 ff ABGB bestechen bei der Auflösung dinglicher Rechtskonflikte durch ihre Klarheit. Kommt beiden Bestandnehmern ein Rechtsbesitz zu und ist ihr Titel von gleicher Güte, ist das entscheidende Kriterium die Redlichkeit: Hierbei ist darauf abzustellen, ob dem späteren Rechtsbesitzer bei Vertragsabschluss der Bestand des älteren Rechts erkennbar war, was objektiv zu beurteilen ist. Insoweit liegt hier eine typische dingliche Abwägung vor, bei der auf die Offenkundigkeit des Rechtsgebrauchs abgestellt wird. Hier ist aber der Rsp entgegenzutreten, die bei der Doppelvermietung in analoger Anwendung von § 430 ABGB auf den – ebenso sachenrechtlich fundierten – Prioritätsgrundsatz abstellt.⁴⁸⁶⁸ Wenn der prioritätsältere Rechtsbesitzer keinen gültigen Titel vorweisen kann, ist er ebenso wenig schutzwürdig, wie wenn für den prioritätsjüngeren Rechtsbesitzer bei Vertragsabschluss objektiv nicht erkennbar war, dass er in eine bestehende Rechtsposition eingreift. Eine andere Herangehensweise würde zu einer Paralisierung des Rechtsverkehrs führen, da ein Mieter stets der Gefahr ausgesetzt wäre, dass ein für ihn sozialtypisch nicht erkennbares, älteres Bestandrecht existiert, das seinem Recht vorgeht. Hieraus ergibt sich, dass die Rsp dahingehend zu reduzieren ist, dass § 430 ABGB nur für Situationen fruchtbar gemacht werden kann, in denen dem späteren Bestandnehmer kein Rechtsbesitz zukommt, sodass iE auch kein Konflikt dinglicher Rechtspositionen besteht. Für den eingangs angeführten Fall der strittigen Befugnis zur Auffüllung eines Automaten über die Geschäftsfläche eines anderen ist somit – da eine doppelte Position des Rechtsbesitzes vorliegt – darauf abzustellen, ob ein Titel gleicher Güte vorliegt und ob für C bei Abschluss des Bestandvertrags die Existenz des Rechts des B sozialtypisch erkennbar war.⁴⁸⁶⁹

3.3. Schlussfolgerungen

Trotz ihrer mannigfaltigen Unterschiede teilen die hier betrachteten Rechtsfragen das gleiche dogmatische Grundproblem. Stets geht es darum, ob eine Handhabe gegen Beeinträchtigungen der Rechtsausübung – sei es wie bei der Innenwirkung gegen einen anderen Berechtigten, sei es wie bei der Außenwirkung gegen einen Dritten – besteht. In einer pandektistisch inspirierten Auslegung ist das Ergebnis hier eindeutig: Da Drittwirkungen ausschließlich bei dinglichen Rechten an körperlichen Sachen in Betracht kom-

4868 RIS-Justiz RS0110222.

4869 Tatsächlich sprach hier der OGH aus, dass C gutgläubig davon ausgehen konnte, dass kein Zutrittsrecht der B besteht, weshalb die Klage abgewiesen wurde, s OGH 15.10.2002, 4 Ob 168/02p.

men, kann außerhalb dieses Rahmens nur vorgegangen werden, wenn ein besonders verpöntes Verhalten vorliegt. Mit dieser Ansicht geht einher, dass bei der Beeinträchtigung von Rechten allenfalls verschuldensabhängige Ansprüche unter engen Voraussetzungen in Betracht kommen. Nur die Zuordnung von körperlichen Sachen, nicht aber von unkörperlichen Rechtspositionen müsse sohin von jedermann beachtet werden. Der Blick auf die Behandlung dieser Rechtsfragen im Zivilrechtsdiskurs ergibt jedoch ein anderes Bild: Sehr wohl wird auch bei obligatorischen Rechten davon ausgegangen, dass unabhängig vom Verschulden gegen Eingriffe Dritter vorgegangen werden kann, was sich insb beim Bestandrecht zeigt. Dies kann als Anerkennung von dinglichen Rechtswirkungen bei nicht-dinglichen Rechten interpretiert werden. Bislang war es gängige Praxis, diese Fälle als Ausnahmen aufzufassen, die neben der Regel – keine dinglichen Wirkungen bei unkörperlichen Sachen, sofern es sich nicht um dingliche Rechte handelt – koexistieren. Eine Erklärung ist dies aber nicht, vielmehr wäre dies mit den Worten *Schilchers* „*bestenfalls eine Feststellung bzw Dokumentation des dogmatisch Ungeklärten*“.⁴⁸⁷⁰ Als erstes Ergebnis dieser Ausführungen kann sohin festgehalten werden, dass bei der Lösung von Einzelfallproblemen ganz regelmäßig von einem pandektistischen Paradigma abgewichen wird. Die pandektistische Auslegung führt im österreichischen Zivilrecht zu Anomalien, die sich einer dogmatischen Klärung entziehen.

In einer Metabetrachtung sind die hier untersuchten Rechtsprobleme von einem ähnlichen Muster. Es handelt sich um Auslegungsfragen, die seit langem – teils seit Inkrafttreten des ABGB – diskutiert werden, ohne dass ein Konsens hinsichtlich ihrer dogmatischen Einordnung gefunden werden konnte. Wiewohl im Zeitlauf durchaus Schwankungen feststellbar sind, bejaht die Rsp hier durchwegs eine generelle Drittwirkung von Rechten, ohne eine besonders verpönte Handlung zu fordern. So ist hinsichtlich der Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten, des Doppelverkaufs von Liegenschaften gleichermaßen, eine aktive Stellungnahme der Rsp für die Drittwirkung von nicht-dinglichen Rechtspositionen auffallend. Dies kann als Indiz dafür gesehen werden, dass sich in einer Einzelfallbetrachtung ein solcher Ansatz widerspruchsfreier in das österreichische Zivilrecht einfügt als die pandektistisch inspirierte Gegenposition. Ohne dies explizit auszusprechen, vertritt die Rsp somit vielfach eine Position, die einem pandektistischen Ansatz entgegensteht und sich iE mit einem weiten Sachbegriff verträgt.

Eine deutlich andere Auslegung ist aber in der L vorherrschend. Während sich bei älteren Ansichten – durchaus mit Rückgriff auf sachenrechtliche Argumentationen – Unterstützung für eine dingliche Drittwirkung von Rechten findet, geht die jüngere L mit Hinweis auf die Abweichungen vom pandektistischen Erklärungsmodell häufig in kritische Distanz zur Rsp. Hier kommt es

⁴⁸⁷⁰ *Schilcher*, JBl 2005, 619 (626).

zu einer manifesten Diskrepanz zwischen L und Rsp. In einer streng pandektistischen Lesart des ABGB wird die Rsp etwa hinsichtlich der Abwehransprüche des Bestandnehmers und des Doppelverkaufs scharf kritisiert und es wird – innerhalb der pandektistischen Prämissen durchaus konsequent – für eine Einschränkung von Drittwirkungen bei nicht-dinglichen Rechten plädiert. Dieses starre Festhalten an den Lehrsätzen der Historischen Rechtsschule ist freilich äußerst bedauerlich: Es fehlt in der L damit eine systematische Durchdringung und Fortentwicklung von sachenrechtlichen Wertungen mit Rücksichtnahme auf neuere Rechtsentwicklungen, was in einem äußerst rigiden Verständnis der sachenrechtlichen Bestimmungen resultiert.

Im Konflikt zwischen pandektistischem Dogma und widerstreitenden interessewahrenden Lösungen im Einzelfall hat das Schadenersatzrecht an Bedeutung gewonnen. In Folge der Grundsatzarbeiten von *Koziol* und *Schilcher/Holzer* wurde die Beeinträchtigung von Rechtsbefugnissen in L und Rsp verstärkt in einem schadenersatzrechtlichen Rahmen diskutiert, wobei dies insb iZm der Doppelveräußerung von Liegenschaften zum herrschenden Narrativ wurde. Tatsächlich ist die Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB in besonderem Maße geeignet, eine im Einzelfall interessewahrende Auslegung zu gewährleisten, wobei die Anforderungen an die Feststellung einer verpönten Handlung sukzessive gesenkt wurden. Im Einzelnen hat sich aber gezeigt, dass diese Fälle in der schadenersatzrechtlichen Dogmatik durchaus Reibungen verursachen, da sich einzelne schadenersatzrechtliche Wertungen hier nur schwer einfügen. Vielmehr ist eine manifeste Annäherung an sachenrechtliche Argumentationsstrukturen bemerkbar, was sich besonders deutlich bei der Rechtsfigur des besitzverstärkten Forderungsrechts zeigt, wo ein sachenrechtliches Institut zum Anknüpfungspunkt für eine Haftungsverschärfung wurde. Es kommt somit zu einer Transformation eines ursprünglich sachenrechtlichen Rechtsproblems in ein schadenersatzrechtliches. Damit einher geht die Vorstellung, dass das Sachenrecht nur eine grobe Güterzuteilung zum Inhalt habe, die durch das Schadenersatzrecht im Einzelnen korrigiert werden müsse – das Schadenersatzrecht wird in dieser Interpretation zum Recht der Güterzuteilung und zum Surrogat des Sachenrechts.

Im vorliegenden Ansatz wurde gezeigt, dass eine völlige Verdrängung von sachenrechtlichen Wertungen zu Gunsten von schadenersatzrechtlichen im österreichischen Zivilrecht nicht alternativlos ist. Durch den weiten Sachbegriff und die damit einhergehenden umfassenden Möglichkeiten des Rechtsbesitzers, gegen Beeinträchtigungen der Rechtsausübung vorzugehen, bestehen durchaus Möglichkeiten, die Bestimmungen des Sachenrechts flexibler auszulegen, als dies nach einem pandektistischen Paradigma der Fall ist. Hierbei konnte gezeigt werden, dass es eine solche Interpretation erlaubt, den „quasi-dinglichen“ Anspruch des Bestandnehmers, das Obsiegen des innehabenden Ersterwerbers beim Doppelverkauf einer Liegenschaft und die Doppelvermietung – größtenteils im Einklang mit den Wertungen der Rsp – in ein

dogmatisches Gesamtsystem zu integrieren. Befreit man sich von der Enge des pandektistischen Denkens, kann auch unmittelbar im Sachenrecht nach interessewahrenden Auslegungsergebnissen gesucht werden, ohne einen schadenersatzrechtlichen Korrekturmechanismus bemühen zu müssen. Das Konzept der unkörperlichen Sache kann sohin fruchtbar gemacht werden, um einige der am längsten währenden Probleme der Zivilrechtswissenschaft einer einheitlichen Lösung zuzuführen, sodass diese aufhören, zum Bereich des dogmatisch Ungeklärten zu zählen.

Konsequent fortgedacht beschränkt sich der dogmatische Wert des weiten Sachbegriffs freilich nicht auf die Lösung „altehrwürdiger“ Rechtsprobleme. Vielmehr stellt sich auch in neuartigen Konstellationen die Frage, inwieweit Rechten Drittwirkungen zukommen. Besonders illustrativ zeigt sich dies bei der Diskussion zum mitgliedschaftsrechtlichen Abwehranspruch, mit dem ein Gesellschafter gegen den Verband vorgehen kann, wenn er etwa in seinen Teilhaberechten gestört wird. Diese seit der *Holzmüller-E* eingehend beleuchtete Thematik kann unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs auch sachenrechtlich interpretiert werden: Geht man davon aus, dass Mitgliedschaftsrechte Gegenstand dinglicher Rechte sein können, ist die Begründung von negatorischen Wirkungen bei Eingriffen in die mit dem Recht einhergehenden Befugnisse nicht fernliegend. Etwas anders gelegen ist die Diskussion zur Aktivlegitimation des Inhabers einer ausschließlichen Lizenz im Verletzungsprozess, die seit jeher in der immaterialgüterrechtlichen Rsp etabliert ist. Hier wird selbst für die deutsche Rechtslage davon ausgegangen, dass die ausschließliche Lizenz dinglich sei, was freilich innerhalb des deutschen Rechtssystems durchaus zu Systemspannungen führt. Das Konzept der unkörperlichen Sache erlaubt es hier, diese Auslegung friktionsfrei in die Regelungslogik des ABGB einzuordnen. Der weite Sachbegriff erlaubt es sohin, Rechtsprobleme, die auf erstem Blick nur wenig mit dem Sachenrecht zu tun haben, im Rahmen des allgemeinen Zivilrechts einer praktikablen Lösung zuzuführen.

4. Ergebnisse

Im Besonderen Teil dieser Untersuchung wurde der Frage nachgegangen, ob eine Konstruktion des dinglichen Rechts, die auf einem weiten Sachbegriff aufbaut, im System des österreichischen Zivilrechts leistungsfähiger ist als die herrschende Ansicht, die iE von einem engen Sachkonzept ausgeht. Betrachtet wurde dabei, ob die sachenrechtlichen Bestimmungen des ABGB zur Rechtsübertragung und zur Rechtsausübung auch auf Rechte Anwendung finden. Der Fokus lag dabei auf idZ diskutierten Rechtsproblemen, da ermittelt wurde, inwiefern die herrschend vertretenen Lösungsansätze mit einem weiten Sachbegriff kompatibel sind. Denn die hier untersuchte These, dass sich die sachenrechtlichen Regeln des ABGB nur auf körperliche Sachen beziehen und nur diese Gegenstand dinglicher Rechte sein können, ist in einer induktiven

Herangehensweise auch dadurch zu erschüttern, dass diese in wesentlichen Punkten weniger leistungsfähig ist als die gegenläufige These.

Ein wesentliches Kriterium der Leistungsfähigkeit einer juristischen Theorie besteht darin, dass diese in der Lage ist, einschlägige Problemlösungen dogmatisch einzuordnen.⁴⁸⁷¹ Hier hat sich gezeigt, dass bei der strengen Durchführung des herrschenden, auf einem engen Sachbegriff beruhenden Regelungssystems eine größere Anzahl von Anomalien entsteht, die nicht in einen größeren Zusammenhang eingeordnet werden können. Es eröffnen sich somit diverse Bereiche des dogmatisch Ungeklärten und Unklärbaren. Dies betrifft ua⁴⁸⁷² die Drittwirkung des Zessionsverbots, die Vermengung von Buchgeld, die Abwehransprüche des obligatorisch Berechtigten, die Rechtsposition des innehabenden Ersterwerbers bei der Doppelveräußerung einer Liegenschaft und die Doppelvermietung. Bei diesen Rechtsproblemen widerspricht die teils Jhde andauernde Rechtsprechung den Problemlösungsangeboten der derzeitigen hA, die im Ergebnis einem pandektistischen Paradigma folgt. Für die juristische Theorienbildung folgt daraus, dass diese Fälle als systemwidrige Sonderwertungen aufgefasst werden, die entweder – einer „reinen“ Lehre folgend – mit Eifer bekämpft oder mit diffizilen Abwägungen und Begründungsstrukturen in das Gesamtsystem eingepasst werden. Im Ergebnis verbleibt aber immer eine spannungsgeladene Diskrepanz zwischen juristischer Theorie und Rechtspraxis. Es hat sich gezeigt, dass diese Abweichungen von einem gleichbleibenden Muster sind: Stets geht es um die Anwendung von sachenrechtlichen Wertungen auf Rechte, die von der Rsp iE anerkannt, von der hL aber mit Verweis auf den engen Sachbegriff abgelehnt wird. In der vorliegenden Untersuchung konnte dabei gezeigt werden, dass ein den weiten Sachbegriff anerkennender Regelungsansatz in der Lage ist, diese und andere Rechtsprobleme in einen größeren Zusammenhang einzuordnen, was als Indiz für die größere Leistungsfähigkeit eines solchen Verständnisses angesehen werden kann. Der Befund der Überlegenheit dieser Rechtskonzeption zur Interpretation des österreichischen Zivilrechts ist freilich nicht eindeutig. Denn insb hinsichtlich der Übertragung von publizitätslosen Rechten wurde die noch in der Stamfassung des ABGB vorgesehene Notwendigkeit einer rechtlichen Erwerbungsart als ein nach außen dringender Realakt als nicht zweckmäßig aufgegeben. Die Anwendung von sachenrechtlichen Regelungen auf unkörperliche Sachen führt bei der dogmatischen Einordnung von aktuellen Einzelfalllösungen sohin regelmäßig, aber nicht ausnahmslos zu leistungsfähigeren Ergebnissen als der konkurrierende Ansatz, dem die hL folgt.

4871 *Canaris*, JZ 1993, 377 (388).

4872 Dazu zählt insb auch die Aussonderung bei der offenkundigen Treuhand, die im Allgemeinen Teil dieser Arbeit angesprochen wurde.

Als weiteres Kriterium für die Leistungsfähigkeit einer juristischen Theorie sieht es *Canaris* an, dass diese „*die Verträglichkeit mit dem System des geltenden Rechts*“ gewährleistet.⁴⁸⁷³ Angesprochen damit ist die Fähigkeit einer Theorie, Begründungen für die Lösung verschiedener Einzelfallprobleme anzubieten und sohin eine Verbindung zwischen Rechtsproblem und gesetzlicher Wertung herzustellen. Hinsichtlich des weiten Sachbegriffs reicht das Begründungspotential von der Erklärung der spezifischen Charakteristika von Wertpapieren über die Beurteilung der faktischen Rechtsausübung bei immaterialgüterrechtlichen Registerrechten und Mitgliedschaftsrechten bis hin zu Spezialfragen der Rechtsübertragung bei diesen. Auch bei der Aktivlegitimation des Inhabers einer ausschließlichen Lizenz im immaterialgüterrechtlichen Verletzungsprozess erlaubt der weite Sachbegriff eine friktionsfreie Einordnung in allgemein zivilrechtliche Wertungen. Mittelbar kann auch der vereinfachte Gutgläubenserwerb, der auf Grundlage von wertpapierrechtlichen Wertungen analog auf besonders verkehrsfähige Güter Anwendung findet, mit dem weiten Sachbegriff in Zusammenhang gebracht werden. Es hat sich sohin gezeigt, dass die konsequente Durchführung des weiten Sachbegriffs von beachtlicher Robustheit ist, da sie in der Lage ist, verschiedenste Rechtsprobleme ohne Anpassung der Grundannahmen systemkonform dogmatisch einzuordnen.

Auch die Berücksichtigung von Gerechtigkeitsvorstellungen streitet dafür, sachenrechtliche Wertungen nicht auf körperliche Sachen zu beschränken. Dies wird besonders deutlich, wenn nach einem engen Sachkonzept die sachenrechtlichen Wertungen zur Güterzuordnung als korrekturbedürftig angesehen werden, was insb bei Rechtskollisionen der Fall ist. Hier zeigt sich insb bei der Fallgruppe der Doppelveräußerung einer Liegenschaft, dass das bedingungslose Obsiegen des intabulierten Zweiterwerbers im österreichischen Rechtssystem zu unbilligen Ergebnissen führt. Dass das Schadenersatzrecht – angereichert mit genuin sachenrechtlichen Wertungen – in Dienst genommen werden muss, um die sachenrechtliche Güterzuordnung abzuändern, ist dabei ein Indiz für die mangelnde Leistungsfähigkeit des engen Sachbegriffs im österreichischen Recht. Dieser führt zu einer sehr rigiden und schematischen Anwendung des Sachenrechts, der den in der Rechtsordnung verankerten Gerechtigkeitsvorstellungen zuwiderläuft. Unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs ergeben sich aber auch in der rein sachenrechtlichen Abwägung Wertungsspielräume, die interessewahrende Auslegungsergebnisse ermöglichen.

Am augenscheinlichsten wird die überlegene Leistungskraft eines den weiten Sachbegriff anerkennenden Ansatzes dabei in seiner Fähigkeit, einen Rahmen für die Lösung von bislang ungeklärten Rechtsproblemen zur Verfügung zu stellen. Dies betrifft insb Rechtsfragen, die mit der Entmateriali-

⁴⁸⁷³ *Canaris*, JZ 1993, 377 (379).

sierung weiter Lebensbereiche in Zusammenhang stehen. So ergibt sich unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs die Möglichkeit, die Übertragung im Effektingiro kohärent in das allgemeine Zivilrechtssystem einzuordnen, ohne dass es einer körperlichen Manifestation bedürfte. Auch kann die Gleichbehandlung von Buch- und Bargeld im Fall der Vermengung dogmatisch stringent im Regelungssystem des allgemeinen Zivilrechts verankert werden. Programmsperren und Fernlöschungen bei Software sind ebenso zu Recht wertungsmäßig äquivalent zur Wegnahme einer fremden körperlichen Sache anzusehen. Der dogmatische Wert des Instituts der unkörperlichen Sache zur Einordnung von Neuem beschränkt sich aber nicht auf die Sphäre des Immateriellen. Konsequenterweise durchgeföhrt ergibt sich damit etwa auch ein Rahmen, die mitgliedschaftsrechtliche Abwehrklage, die seit der *Holzmlüller*-E das gesellschaftsrechtliche Schrifttum beschäftigt, in die Wertungen des ABGB einzuordnen und damit auch zu konturieren. Hier hat sich aber auch gezeigt, dass sich bei konsequentem Fortdenken dieses Ansatzes auch praktikable Lösungen zu Einzelrechtsproblemen verankern lassen, die bislang in Rsp und L nicht diskutiert wurden. IdZ ist etwa die Ersitzung bei Registerrechten – etwa dem Mitgliedschaftsrecht an einer GmbH – zu nennen: Dass der originäre Erwerb eines GmbH-Rechts nach Verlauf einer gewissen Zeitdauer zu stimmigen Ergebnissen föhrt, wurde dabei explizit vom deutschen Gesetzgeber anerkannt. Das Institut der unkörperlichen Sache bildet sohin eine belastbare Grundlage, um – auch über die hier untersuchten Fälle hinaus – Rechtsprobleme einer stimmigen und einheitlichen Lösung zuzuföhren.

In einer Gesamtschau ergibt sich aus dieser Untersuchung ein eindeutiger Befund: Die These, dass im ABGB die Bestimmungen des (dinglichen) Sachenrechts ausschließlich auf körperliche Sachen Anwendung finden, muss verworfen werden. Diese entspricht nicht dem Gesetzeskonzept des ABGB, wie im Allgemeinen Teil ausführlich nachgewiesen wurde. Darüber hinaus ist diese These zur Erklärung und Einordnung von aktuellen Rechtsproblemen weniger leistungsfähig als ein Ansatz, der einen weiten Sachbegriff anerkennt. Hieraus ergibt sich, dass die Ablehnung der These nicht zur „gänzlichen Versetzung und Auflösung der Begriffe so wie in maßlose Verwirrung“⁴⁸⁷⁴ föhrt, wie es von den Anhängern der Historischen Rechtsschule behauptet wurde. Vielmehr erlaubt der weite Sachbegriff, etablierte Einzelfalllösungen, die sonst nur als systemfremde Sonderwertungen aufgefasst werden können, in die allgemeinen Wertungen des Zivilrechts einzufügen. Eine weniger rigide Interpretation des Sachenrechts ist daher besser in der Lage als der herrschende Ansatz, Rechtsprobleme zu lösen, weshalb jene in einer induktiven Herangehensweise als überlegen anzusehen ist.

4874 Unger, System I 525.

Die vorliegende Betrachtung hat gezeigt, dass das Konzept der unkörperlichen Sache im Regelungskonzept des ABGB von gesamtsystematischer Bedeutung ist. Rechte entfalten somit nicht nur Wirkungen gegen den unmittelbar Verpflichteten, sondern – unter Voraussetzung ihrer kundbaren Ausübung – potenziell auch gegenüber Dritten. Ein sozialtypisch offenkundiges Recht darf demnach vom unberechtigten Dritten grds ebenso wenig beeinträchtigt werden wie das Sacheigentum. Dies ist Ausdruck eines funktionellen Ansatzes, nach dem es durch das Sachenrecht zur Zuordnung aller Vermögensgüter – unabhängig ob körperlich oder nicht – kommt. Dingliche Rechtsbehelfe haben dabei den Zweck, die Handlungsbefugnisse des Berechtigten iZm diesen Vermögensgütern abzusichern. Auch wenn die Diskussion zur Bedeutung der unkörperlichen Sache stark durch neuartige Phänomene in der Sphäre des Reellen – digitale Daten, Blockchain und dgl – getrieben ist, hofft der Verfasser, dass durch die vorliegende Untersuchung der allgemeine dogmatische Wert des weiten Sachbegriffs und die Schönheit und Eleganz, wie dieser im ABGB verarbeitet ist, gezeigt werden konnte. Denn die unkörperliche Sache ist ein durch das römische Recht gesätes und vom Naturrecht zur Blüte gebrachtes Rechtskonzept, das für alte Rechtsprobleme ebenso fruchtbringend ist wie für die rechtlichen Herausforderungen der Entmaterialisierung weiter Lebensbereiche.

Vierter Abschnitt: Zusammenfassung

I.

Der unkörperlichen Sache kommt eine erstaunliche Stellung im österreichischen Zivilrecht zu. Zwar ist sie seit der Stammfassung aus 1811 im ABGB prominent verankert; nichtsdestoweniger wird ihr im derzeitigen Zivilrechtsdiskurs keinerlei dogmatische Funktion beigemessen. Eine Untersuchung dieses Instituts muss sohin zwangsläufig den Versuch beinhalten, die **herrschend angenommene Bedeutungslosigkeit der unkörperlichen Sache im ABGB zu widerlegen**.⁴⁸⁷⁵ Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist die kritische Überprüfung des folgenden Satzes: „*Die sachenrechtlichen Regeln des ABGB beziehen sich aber, indem sie auf die Sachherrschaft abstellen, grundsätzlich nur auf körperliche Sachen und es können nur diese Gegenstand eigentlicher dinglicher Rechte sein*“.⁴⁸⁷⁶ Aufgabe ist es sohin einerseits, in einer deduktiven Herangehensweise die Widersprüche, die diese These im Regelungssystem des ABGB hervorruft, offen zu legen, wobei hier dem historischen Kontext im besonderen Maße Rechnung zu tragen ist und den ausgelegten Bestimmungen das Verständnis zu Grunde gelegt wird, das ihr der Gesetzgeber zugemessen hat.⁴⁸⁷⁷ Andererseits soll gezeigt werden, dass die Anwendung von sachenrechtlichen Regelungen auf unkörperliche Sachen zu stimmigen Ergebnissen und bei der Betrachtung von Einzelfällen auch zu weniger Widersprüchen führt als das Festhalten an einem engen Sachbegriff.⁴⁸⁷⁸ Da ein dogmatisches System durch Widerspruchsvermeidung geprägt ist, kann eine These, die relativ gesehen mehr Widerspruch hervorruft als eine konkurrierende, verworfen werden.⁴⁸⁷⁹

II.

Die unkörperliche Sache ist **keine Besonderheit des ABGB**. Bereits im römischen Recht findet sich die *res incorporalis*, die ideengeschichtlich auf die stoi-

4875 S 4 ff.

4876 S 6 ff.

4877 S 17 ff.

4878 S 10 ff; S 427 ff.

4879 S 10 f.

sche Philosophie zurückgeführt werden kann.⁴⁸⁸⁰ Nach *Gaius* fallen Erbschaft, Fruchtgenuss, Verbindlichkeiten und Dienstbarkeiten unter den Begriff der *res incorporalis*, wobei str ist, weshalb bei dieser Aufzählung das *dominium* fehlt.⁴⁸⁸¹ Es ist nach heutigem Wissensstand unwahrscheinlich, dass der Unterscheidung zwischen *res corporalis* und *res incorporalis* keinerlei rechtliche Bedeutung zukam.⁴⁸⁸² Auch von den Autoren des Naturrechts – allen voran *Pufendorf* und *Wolff* – wurde von einem weiten Sachbegriff ausgegangen; die heutige Fassung der §§ 285 ff ABGB ist dabei auf *Martini* zurückzuführen, dem *Zeiller* ausdrücklich folgte.⁴⁸⁸³ Der weite Sachbegriff findet sich aber auch im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, im ALR und wohl auch im Codex Theresianus und im Entwurf Horten;⁴⁸⁸⁴ auf Grund dieser eindeutigen Denktradition wäre es sohin überaus überraschend gewesen, wenn die Redaktoren des ABGB vom Konzept der unkörperlichen Sache Abstand genommen hätten. Der enge, auf körperliche Gegenstände begrenzte Sachbegriff wird auf *Savigny* zurückgeführt und wurde iW erst deutlich nach dem Inkrafttreten des ABGB entwickelt.⁴⁸⁸⁵

III.

Dem Institut der unkörperlichen Sache wurde in der Auslegung durchaus Bedeutung zugemessen. So wurde zT – etwa auch von *Zeiller* – davon ausgegangen, dass im römischen Recht durch den weiten Sachbegriff ein Eigentum an Rechten verankert war. Bei *Bartolus* findet sich ebenso die Position, dass ein *dominium* iW unkörperliche Objekte umfasst;⁴⁸⁸⁶ naturrechtliche Autoren – und insb auch *Zeiller* – plädieren für ein weites Eigentumskonzept, das auf Rechte Anwendung finden soll.⁴⁸⁸⁷ Auch hinsichtlich des Besitzes wird spätestens seit dem Mittelalter von einem weiten Begriff des Rechtsbesitzes ausgegangen, der potenziell sämtliche Rechte umfasst.⁴⁸⁸⁸ Die unkörperliche Sache wurde sohin als Anknüpfungspunkt gesehen, **sachenrechtliche Wertungen auf Rechte anzuwenden**; *Zeiller* meint dazu illustrativ: „*Was also in den Gesetzen von Sachen ausgesagt wird, muss (...) insbesondere auch auf Rechte angewendet werden (...)*“.⁴⁸⁸⁹ Tatsächlich findet sich in § 355 ABGB unverändert die Wertung, dass alle Sachen – also auch unkörperliche – Gegenstände des Eigentumsrechts sind; aus § 313 ABGB ergibt sich ein weites Konzept des

4880 S 109 f.

4881 S 105 ff.

4882 S 111 ff.

4883 S 117 ff.

4884 S 120 ff.

4885 S 146 ff.

4886 S 325.

4887 S 329 ff.

4888 S 371 ff.

4889 S 149 ff.

Rechtsbesitzes. In der frühen, als Exegetische Schule⁴⁸⁹⁰ bezeichneten Lit wurde bis ca 1850 überwiegend davon ausgegangen, dass auf Grund des weiten Sachbegriffs Rechte Gegenstand des Besitzes⁴⁸⁹¹ und des Eigentumsrechts⁴⁸⁹² sein können. Auch in der Rsp des 19. Jhds wurden dingliche Wirkungen bei Rechten weithin anerkannt – so findet sich etwa die Position, dass ein Gesellschafter auf Grund seines Rechtsbesitzes gegen Dritte vorgehen kann.⁴⁸⁹³

IV.

In der Mitte des 19. Jhds kam es zu einer **umfassenden Änderung der Rechtsanschauungen**, die bedeutende Auswirkungen auf die Interpretation der unkörperlichen Sache im österreichischen Recht hatte. Unter der wesentlichen Beeinflussung von *Savigny* wurde von der Pandektenwissenschaft der weite Sachbegriff – auch für das römische Recht⁴⁸⁹⁴ – abgelehnt; dingliche Wirkungen könnten ausschließlich Rechten an körperlichen Sachen zukommen.⁴⁸⁹⁵ Charakteristisch für den dogmatischen Ansatz von *Savigny* ist, dass Recht als Ergebnis des Tätigwerdens eines „Volksgesistes“ angesehen wurde, was als direkte Bezugnahme auf die justinianischen Quellen zu verstehen ist; dem Gesetzgeber wurde nur eine dem „Volksgesist“ sichernde Funktion zugewiesen, was sich in einer fundamentalen Abwehrhaltung gegenüber den (naturrechtlichen) Kodifikationen des frühen 19. Jhds äußerte.⁴⁸⁹⁶ Durch die **Historische Rechtsschule** verbreitete sich dieser Ansatz ab etwa 1855 auch in Österreich, wobei hier nach neueren rechtshistorischen Erkenntnissen der politische Wunsch, nach der Revolution von 1848 die liberalen Ideen des ABGB zurückzudrängen und eine Einheit der deutschen Rechtswissenschaft herzustellen, wesentlich war; es kam durch gezielte Postenpolitik an den juristischen Fakultäten zu politisch motivierten Eingriffen in den rechtswissenschaftlichen Diskurs.⁴⁸⁹⁷ Die Historische Rechtsschule ist durch eine äußerst kritische Distanz zum ABGB charakterisiert; der weite Sachbegriff des ABGB wurde etwa als Irrtum des Gesetzgebers angesehen.⁴⁸⁹⁸ Das ABGB müsse durch Rückgriff auf römisch-rechtliche Wertungen berichtigt werden, wobei es insb zu einer Umdeutung des Sachenrechts kam, der auch die heutige Zivilrechtswissenschaft noch weitgehend folgt. Durch die Historische Rechtsschule kam es sohin zu einem Paradigmen-

4890 S 126 ff.

4891 S 381 ff.

4892 S 336 ff.

4893 S 382; S 585 ff; S 718 ff.

4894 S 111; S 218 ff.

4895 S 146 ff.

4896 S 132 ff.

4897 S 137 ff.

4898 S 147.

wechsel im österreichischen Sachenrecht.⁴⁸⁹⁹ Eine Gesamtrevision der sachenrechtlichen Wertungen des ABGB nach pandektistischem Muster erfolgte in den Teilnovellen aus politischen Gründen aber nicht.⁴⁹⁰⁰ Auf Grund der seit der Stammfassung weitgehend unveränderten gesetzlichen Wertungen des Sachenrechts kann das ABGB insoweit als **naturrechtliches Gesetzbuch, das pandektistisch ausgelegt wird**, bezeichnet werden.⁴⁹⁰¹

V.

Die unkörperliche Sache ist sohin ein **Rechtskonzept von großer systematischer Bedeutung**. Sie ist in einem pandektistischen Paradigma, in dem dingliche Wirkungen ausschließlich bei Rechten an körperlichen Sachen in Betracht kommen, nicht nur funktionslos, sondern vielmehr auch völlig systemfremd.⁴⁹⁰² Die untersuchte Ausgangsthese, dass die sachenrechtlichen Regelungen des ABGB nur auf körperliche Sachen Anwendung finden können, ist sohin ein unmittelbarer Ausfluss einer pandektistischen Rechtskonzeption.⁴⁹⁰³ Der Umstand, dass die unkörperliche Sache im ABGB seit über 200 Jahren verankert ist, kann aber umgekehrt als Ausdruck dessen angesehen werden, dass das ABGB kein pandektistisches Gesetzbuch war und ist.⁴⁹⁰⁴ Es gilt sohin in einer deduktiven Herangehensweise, die Widersprüche, die die Übernahme einer pandektistischen Interpretation des Sachenrechts und damit auch die Reduktion des Sachbegriffs auf körperliche Gegenstände verursacht, aufzuzeigen. Dies versteht sich als Teil einer kritischen Auseinandersetzung mit den Lehren der Historischen Rechtsschule, die innerhalb der etablierten Methoden der Rechtswissenschaft – insb durch den vom **Gesetzgeber nicht intendierten, starken Rückgriff auf vermeintlich römisch-rechtliche Wertungen** – als durchaus angreifbares wissenschaftliches Paradigma anzusehen sind.⁴⁹⁰⁵

VI.

Ein besonders sichtbares Beispiel für die Einflüsse der Historischen Rechtsschule ist die **Stoffgliederung des ABGB**. Diese befindet sich im ABGB im Gesetzesrang, es wird danach unterschieden, worauf sich die jeweiligen Rechte beziehen: Person oder Sache; dazu kommt ein übergreifender Teil, der gemeinsame Bestimmungen enthält.⁴⁹⁰⁶ In Anschluss an historische Vorbilder hat sich der Gesetzgeber des ABGB dabei nachweisbar gegen eine Stoffgliederung

4899 S 145 f.

4900 S 140 f.

4901 S 422.

4902 S 111 f.

4903 S 148.

4904 S 291 ff.

4905 S 145 f.

4906 S 24 f.

rung entschieden, in der Schuld- und Sachenrecht vollumfänglich und kategorisch getrennt sind; ausgegangen wird vielmehr von einem dinglichen Sachenrecht und einem persönlichen Sachenrecht, die sich unter einem gemeinsamen Dach befinden.⁴⁹⁰⁷ Die heute geläufige Gliederung des ABGB nach dem Pandektensystem, in dem Schuld- und Sachenrecht systematisch getrennt sind, ist deutlich jüngeren Datums und ist wesentlich auf den Einfluss von *Savigny* zurückzuführen.⁴⁹⁰⁸ Von der Änderung der Stoffgliederung bleibt die Auslegung auf der Ebene der Hauptstücke iW unangetastet, eine Modifikation erfährt bloß die Makrostruktur.⁴⁹⁰⁹ Der **weite Begriff des Sachenrechts** des ABGB, das sowohl dingliche gleich wie persönliche Rechte beinhaltet, kann daher als Hinweis gesehen werden, dass der Gesetzgeber keiner pandektistischen Herangehensweise, die ein eigenständiges Sachenrecht erfordert, folgt.⁴⁹¹⁰ Ein enger, auf körperliche Gegenstände begrenzter Sachbegriff würde im Regelungssystem des ABGB zu Widersprüchen führen, da der Regelungsbereich des persönlichen Sachenrechts ohne Bezugsobjekt bliebe.

VII.

Der weite Sachbegriff ist im ABGB von großer konzeptioneller Bedeutung. Hier besteht eine Dreiteilung sämtlicher Entitäten in Personen, Sachen und Objekte ohne menschliche Gebrauchsmöglichkeiten.⁴⁹¹¹ Das Personenrecht bezieht sich auf Personen und das Sachenrecht auf Sachen; die dritte Kategorie ist ohne rechtliche Bedeutung. Die Sache ist dabei gleichermaßen Bezugspunkt für die Bestimmungen des dinglichen und des persönlichen Sachenrechts.⁴⁹¹² Von Bedeutung ist idZ, dass nach dem Regelungskonzept des ABGB menschliche Handlungen als Sache und von der Person verschieden anzusehen sind (vgl § 303 ABGB), was vor dem Hintergrund, dass Obligationen als persönliche Sachenrechte angesehen werden, nur konsequent ist.⁴⁹¹³ Anders als im BGB kommt der Sache somit im österreichischen Recht eine umfassende Funktion als **Rechtsobjekt** zu.⁴⁹¹⁴ Hieraus folgt, dass alles, was nicht als Sache iSd §§ 285 ff ABGB zu qualifizieren ist, nicht **besessen, erworben, ersessen, verpfändet, vermacht, veräußert, abgetreten werden oder sonst Gegenstand von Verträgen** sein kann,⁴⁹¹⁵ ebenso scheidet eine **zwangsweise Verwertung** – auch in der Insolvenz – aus.⁴⁹¹⁶ Das Konzept

4907 S 34 ff.

4908 S 38 ff.

4909 S 41 ff.

4910 S 269 f.

4911 S 55 ff.

4912 S 61 ff.

4913 S 56 f.

4914 S 63 ff.

4915 S 52 f.

4916 S 73 ff.

der unkörperlichen Sache zeitigt jedoch auch Auswirkungen auf das zivilrechtliche Grundlagenproblem der **Doppelung des Rechtsobjekts**: Werden Rechte ebenso wie körperliche Gegenstände als Rechtsobjekte anerkannt, ergibt sich stets die Problematik, dass mit dem Eigentumsrecht und dem körperlichen Gegenstand potenziell stets zwei Rechtsobjekte für ein und dieselbe Manifestation in der Sphäre des Reellen bestehen.⁴⁹¹⁷ In Deutschland wird dies mit *Larenz* herrschend dahingehend aufgelöst, dass diese Rechtsobjekte unterschiedlichen Ordnungen zugeteilt werden: Das Eigentumsrecht wird als Rechtsobjekt 2. Ordnung angesehen, das sich als rechtliche Repräsentanz auf den körperlichen Gegenstand bezieht, der als Rechtsobjekt 1. Ordnung qualifiziert wird; verfügt werden kann dabei nur über das Rechtsobjekt 2. Ordnung.⁴⁹¹⁸ Anders ist dies auf Grund des Konzepts der unkörperlichen Sache aber im ABGB, in dem stets eine Sache iSd §§ 285 ff ABGB Anknüpfungspunkt für ein dingliches oder persönliches Sachenrecht ist.⁴⁹¹⁹ Da gem § 292 ABGB Rechte als Sache und sohin als Rechtsobjekt qualifiziert werden können, ist auch für das österreichische Zivilrecht von Rechtsobjekten verschiedener Ordnung auszugehen, über die eigenständig disponiert werden kann;⁴⁹²⁰ nicht als Sache bzw Rechtsobjekt sind aber Besitz und Eigentumsrecht anzusehen, da über diese nicht selbstständig verfügt werden kann.⁴⁹²¹ Der wesentliche Grund für diese Konstruktion ist, dass damit auch (Forderungs-)Rechte weitgehend verkehrsfähig gemacht wurden, was im frühen 19. Jhd ein bemerkenswert fortschrittlicher Gedanke war und etwa von pandektistischen Autoren abgelehnt wurde.

VIII.

Dem ABGB liegt *de lege lata* ein **differenzierter Sachbegriff** zu Grunde. Während in der Stammfassung der Begriff der Sache weit iSd § 285 ABGB interpretiert wird, ist dieser in später eingefügten Bestimmungen (§ 364c ABGB, § 917 ABGB) auf körperliche Objekte begrenzt.⁴⁹²² Es muss daher bei der Auslegung von Bestimmungen, die nicht der Stammfassung entstammen, der jeweils anwendbare Sachbegriff ermittelt werden. Für die Sachqualität ist die **physische Beherrschbarkeit** des Objekts keine generelle Voraussetzung; diese ist nur für die Qualifikation als körperliche Sache von Relevanz.⁴⁹²³ Aus heutiger Sicht bemerkenswert ist, dass 1811 in der Sphäre des Reellen keine wirtschaftlich relevante unkörperliche Sache existierte, über die verfügt werden konnte; es kann dabei davon ausgegangen werden, dass *Zeiller* die Begrenzung

4917 S 63 ff.

4918 S 66 f.

4919 S 67 ff.

4920 S 69 ff.

4921 S 71 ff.

4922 S 54 f.

4923 S 59.

der unkörperlichen Sache auf Rechte aus konzeptionellen Gründen wahrscheinlich sogar erst nach der kaiserlichen Sanktion entfernt hat.⁴⁹²⁴ Erst sehr viel später – insb bei der Diskussion zur Sachqualität von Energie/Strom und Daten – kam der unkörperlichen Sache idZ tatsächliche Bedeutung zu. Hier ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass die Kategorie der unkörperlichen Sache anders als im römischen Recht **nicht bloß Objekte, die allein in der Vorstellungskraft bestehen** („*quae intelliguntur*“), umfasst.⁴⁹²⁵ Die Wertungen des ABGB zu unkörperlichen Sachen, die nicht in Rechten bestehen, sind freilich äußerst lückenhaft, weshalb es zur Lückenfüllung durch Rechtsfortbildung kommen muss, bei der den spezifischen Charakteristika der jeweiligen Objekte Rechnung zu tragen ist.⁴⁹²⁶ Das Konzept der körperlichen Sache ist im ABGB dabei eng auf den einzelnen sinnlich wahrnehmbaren und körperlich abgegrenzten Gegenstand begrenzt und setzt daher unmittelbar die Physis des Objekts voraus; **elektrischer Strom** kann daher ebenso wenig als körperliche Sache angesehen werden wie Phänomene in der Sphäre des Digitalen wie **Daten und Kryptowährungen**.⁴⁹²⁷

IX.

Im Kern bedeutet das Konzept der unkörperlichen Sache, dass auch Rechte als Sache qualifiziert werden können. Als Sache können aber nur solche Rechte angesehen werden, über die verfügt werden kann, nicht aber solche, die eine Person in ihrer Gesamtheit zum Bezugspunkt haben – wie etwa Personenrechte.⁴⁹²⁸ Insb bei Rechten, die bei Inkrafttreten des ABGB noch nicht bestanden und eine persönlichkeitsrechtliche Komponente aufweisen, muss daher **im Einzelfall abgewogen werden, ob dem Recht Sachqualität zukommt**. Nicht als Sache zu qualifizieren sind dabei unstr **Persönlichkeitsrechte**.⁴⁹²⁹ Bei Immaterialgüterrechten besteht eine Vermengung von vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Aspekten. **Urheberrechte** sind – anders als abgeleitete vermögenswerte Ansprüche, Werknutzungsbewilligungen und -rechte – nicht als Sache iSd § 285 ABGB zu qualifizieren.⁴⁹³⁰ Beim Schutz der Erfindung durch das **Patent- und Erfinderrecht** hängt die Sachqualität davon ab, inwieweit diese wirtschaftlich verwertet wurde; wenn sich der Erfinder entscheidet, seine Erfindung nicht offen zu legen, überwiegt die persönlichkeitsrechtliche Komponente.⁴⁹³¹ Auch **Geschäftsgeheimnissen** kommt Sachquali-

4924 S 122 f.

4925 S 77 ff.

4926 S 78 f.

4927 S 82.

4928 S 83 ff.

4929 S 84 ff.

4930 S 87 ff.

4931 S 90 ff.

tät zu, wenn diese wirtschaftlich verwertet werden.⁴⁹³² Hinsichtlich der Kennzeichenrechte ist die **Firma** als unselbstständiger Bestandteil des Unternehmens zu qualifizieren.⁴⁹³³ Dem **Markenrecht** kommt dahingehend ebenso Sachqualität zu wie dem Recht aus dem **nicht registrierten Kennzeichen** (§ 9 UWG).⁴⁹³⁴ Generell ist hier eine Liberalisierung bemerkbar, sodass iE zunehmend davon ausgegangen wird, dass über Rechte verfügt werden kann, was aus der hier eingenommenen Perspektive bedeutet, dass diesen Sachqualität zukommt.

X.

Wesentlich für die Beurteilung der Rechtswirkungen des Instituts der unkörperlichen Sache ist die **Konstruktion des dinglichen Rechts**. Denn nach einem pandektistischen Paradigma ist das dingliche Recht iW dadurch definiert, dass es sich ausschließlich auf körperliche Rechtsobjekte bezieht, was freilich ganz im Einklang mit einem engen Sachbegriff ist.⁴⁹³⁵ Durch den weiten Sachbegriff des ABGB stellt sich freilich die Frage, ob sich der Anwendungsbereich von dinglichen Rechten zwingend auf körperliche Sachen begrenzt. Dies erfordert eine Rekonstruktion des dinglichen Rechts, wie es dem historischen Gesetzgeber vor Augen stand. Wesentlich sind hier Überlegungen zur Freiheit aller Rechtssubjekte: Das dingliche Recht sei nach *Zeiller* als die jedermann treffende Rechtspflicht, die freie Verfügung des Eigentümers über den Gegenstand nicht zu beeinträchtigen, aufzufassen; das dingliche Recht ist daher als Rechtsband zwischen Rechtssubjekten anzusehen.⁴⁹³⁶ Im Detail abweichend ist die Konzeption des dinglichen Rechts bei der auf *Savigny* zurückgeführten Willentheorie, bei der der Fokus auf der Berechtigung zur Nutzung und nicht auf der Verhaltenspflicht des anderen liegt.⁴⁹³⁷ Während nach der Willentheorie das Recht die Freiheit konstituiert, wird nach *Zeiller* die Freiheit durch das Recht begrenzt. Dieser Konstruktionsunterschied gipfelte in der rechtstheoretischen Diskussion zur Zulässigkeit von Erlaubnisnormen, was insb von Anhängern der Imperativentheorie und der Reinen Rechtslehre in Abrede gestellt wurde, die alleine Verbotsnormen für relevant ansehen.⁴⁹³⁸ Tatsächlich ist das dingliche Recht aber durch eine idZ beachtliche Dualität geprägt: Die **Außenwirkung des dinglichen Rechts** – also die jedermann obliegende Pflicht zur Nichtstörung – lässt sich alleine durch Verbote konstruieren, nicht aber die **Innen-**

4932 S 94 ff.

4933 S 98 ff.

4934 S 99 ff.

4935 S 277 ff.

4936 S 154 f.

4937 S 160 ff.

4938 S 162 ff.

wirkung des dinglichen Rechts⁴⁹³⁹ – also etwa das Verhältnis zwischen Eigentümer und Servitutsberechtigtem. Die als Verhältnis der an einem Rechtsobjekt Berechtigten aufzufassende Innenwirkung von dinglichen Rechten erfordert dabei ebenso Erlaubnisnormen wie die ergänzende Freiheit des Unterlassens.⁴⁹⁴⁰ Die Konstruktionsschwierigkeit beim dinglichen Recht besteht sohin darin, die Nutzungserlaubnis und die Unterlassungsverpflichtung aller anderen miteinander zu vereinbaren. In einem eigenständigen Ansatz wurde vorgeschlagen, diese Rechtswirkungen zu verbinden, sodass bei dinglichen Rechten die *erga omnes* geltende Verpflichtung besteht, das Dürfen des Berechtigten nicht zu stören.⁴⁹⁴¹ Dingliche Rechte sind demnach als ***inter privatos* bewehrte Erlaubnisrechte** aufzufassen, bei dem sich das Recht auf ein fremdes Verhalten durch das zur Bewehrung der Erlaubnis dienende Recht ergibt.⁴⁹⁴²

XI.

Eine solche Konzeption hat weitgehende Auswirkungen auf die Erfassung des dinglichen Rechts. Das dingliche Recht ist somit stets durch einen rechtlich zugewiesenen Handlungsraum geprägt, der gegen Störungen geschützt ist. Dingliche Rechte können dementsprechend als **Bündel erlaubter und bewehrter Handlungen** angesehen werden.⁴⁹⁴³ Die damit einhergehenden Abwehrmöglichkeiten bestehen dabei abstrakt, dh unabhängig davon, ob eine Handlung in Bezug auf ein Objekt gesetzt wurde, wird oder werden wird; im Einzelfall kann gegenüber spezifischen Rechtssubjekten ein davon zu unterscheidendes konkretes Dürfen geschützt sein.⁴⁹⁴⁴ Der dinglich Berechtigte kann dabei auch gegen Handlungen vorgehen, die er selbst nicht setzen kann, soweit dadurch seine verbleibenden Handlungsmöglichkeiten eingeschränkt werden.⁴⁹⁴⁵ Hieraus folgt, dass gegen Handlungen, bei denen der rechtlich zugewiesene Handlungsraum nicht tangiert wird, nicht mit dinglichen Rechten vorgegangen werden kann, was insb bei nichtrivalen Handlungen der Fall ist; insoweit sind Immaterialgüterrechte von dinglichen Rechten zu unterscheiden.⁴⁹⁴⁶ Vom Recht auf eigenes Verhalten kann aber nicht automatisch auf den Umfang der Bewehrung rückgeschlossen werden, vielmehr bedarf es eines eigenständigen interpretativen Schritts.⁴⁹⁴⁷ Durch die Verbindung von Erlaubnis und Pflicht zur Unterlassung folgt

4939 S 202 ff.

4940 S 171 ff.

4941 S 180 ff.

4942 S 184.

4943 S 199 f.

4944 S 186 f.

4945 S 187 f.

4946 S 189 f.

4947 S 199 ff.

auch, dass das Recht bei Untergang des Rechtsobjekts wegfällt.⁴⁹⁴⁸ Mit dinglichen Rechten geht aber häufig nicht nur eine Zuordnung von Handlungsmöglichkeiten, sondern darüber hinaus auch eine Zuordnung des mit einem Rechtsobjekt verbundenen Werts einher; hier kann gegen Störungen aber nicht mit dinglichen Rechtsmitteln, sondern allenfalls durch Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche vorgegangen werden.⁴⁹⁴⁹ Generell ergibt sich, dass sich nach dieser Konstruktion das **dingliche Recht normlogisch neutral zur Frage** verhält, auf welche Rechtsobjekte es sich bezieht; es erstreckt sich daher potenziell auch auf den Schutz von Handlungsmöglichkeiten iZm Rechten. **Es ist somit eine Entscheidung des Gesetzgebers, inwieweit ein dinglicher Schutz von Rechten besteht.**⁴⁹⁵⁰

XII.

Getrennt von der Konstruktion des dinglichen Rechts zu betrachten sind **dingliche Rechtswirkungen**. Denn es hat sich gezeigt, dass auch außerhalb von dinglichen Rechten solche Rechtswirkungen bestehen, was in der Lit als „quasi-dingliche Rechte“ bzw „Verdinglichung obligatorischer Rechte“ bezeichnet wird; diesen Fällen ist es gemein, dass die offenkundige Ausübung von Rechten gegen Eingriffe Dritter geschützt ist, weshalb hier treffender von einer **konditionalen Dinglichkeit** ausgegangen werden könnte.⁴⁹⁵¹ Es hat sich in der Lit bislang noch kein Ansatz gefunden, mit dem das dingliche Recht so gefasst werden konnte, dass damit sämtliche dingliche Rechtswirkungen umfasst wären.⁴⁹⁵² Konstitutiv für die dingliche Rechtswirkung ist ihre Drittwirkung, die als **Wirkung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis** beschrieben werden kann; das Recht ist sohin an keinen Umstand geknüpft, der den Adressaten von allen anderen Rechtssubjekten unterscheidet und individualisiert.⁴⁹⁵³ Besondere Umstände in der Sphäre des Störers sind für dingliche Rechtswirkungen ohne Belang.⁴⁹⁵⁴ Voraussetzung für dingliche Rechtswirkungen ist die **Offenkundigkeit** nicht nur der Handlungspflichten, sondern auch des Rechtsobjekts selbst; bei unkörperlichen Sachen ist hier auf die verkehrstypische Kundbarkeit des Rechts, nicht aber auf das subjektive Wissen des Störers abzustellen.⁴⁹⁵⁵ Durch die Anknüpfung an die Handlungsmöglichkeiten endet die dingliche Wirkung nicht an den physischen Grenzen des Objekts, was sich insb bei den sog

4948 S 281 f.

4949 S 284 ff.

4950 S 278 f.

4951 S 280.

4952 S 289 ff.

4953 S 195 ff.

4954 S 197.

4955 S 203 ff.

„Verparkungs-Fällen“ zeigt.⁴⁹⁵⁶ Die **Rechtsfolge** eines Eingriffs in ein dingliches Recht ist die mit Zwang durchsetzbare Vorbeugung oder Beendigung des rechtswidrigen Zustands, was ggf auch eine aktive Handlung des Störers oder aber auch eine Zahlung beinhalten kann.⁴⁹⁵⁷ Auch mit Blick auf die dinglichen Rechtswirkungen besteht sohin kein Grund, weshalb diese notwendigerweise nur iZm körperlichen Objekten in Betracht kommen.

XIII.

Die These, dass dingliche Rechte und Wirkungen ausschließlich iZm körperlichen Sachen in Betracht kommen, wird häufig auf eine **rechtshistorische Argumentation** gestützt. Va die römisch-rechtliche Unterscheidung zwischen *actio in personam* und *actio in rem* wird fruchtbar gemacht; in einer von der Pandektistik geprägten Interpretation des römischen Rechts folge daraus, dass dingliche und persönliche Rechte ihrer Natur nach verschieden seien.⁴⁹⁵⁸ Diese Ansicht wurde insb von *Michel Villey* dahingehend kritisiert, dass damit moderne Rechtsvorstellungen in die Interpretation des römischen Rechts transponiert werden; dingliche Rechte seien im römischen Recht nicht von der Freiheit des Individuums, sondern aus einer überindividuellen Gerechtigkeitsidee heraus konstruiert worden, weshalb damit dem Einzelnen ein gerechter Anteil an der Gemeinschaft zugewiesen wurde.⁴⁹⁵⁹ Eine Servitut sei im römischen Recht daher als unkörperliches Rechtsobjekt und nicht wie in modernen Rechtsordnungen als Recht anzusehen, das einzige dingliche Recht im heutigen Sinn stelle im römischen Recht das *dominium* – verstanden als ein Gehören – dar.⁴⁹⁶⁰ Ein dingliches Recht wurde demnach im römischen Recht als direkte Rechtsverbindung zwischen Objekt und Subjekt angesehen; ein persönliches Recht dahingehend als Rechtsverbindung Subjekt-Subjekt. Diese These von *Villey* fand eine weitere Anhängerenschaft,⁴⁹⁶¹ da sie es erlaubt, Widersprüchlichkeiten, die nach einer pandektistischen Auslegung iZm der *res incorporalis* entstehen, zu erklären. Da das dingliche Recht im römischen Recht **wesentlich anders konstruiert war als das ABGB**, sind somit keine unmittelbaren Rückschlüsse zulässig. Im Mittelalter wurde mit dem *ius ad rem* ein Institut geschaffen, das als Hybrid zwischen persönlichem und dinglichem Recht angesehen wird.⁴⁹⁶² Wohl erst in der Neuzeit wurde basierend auf einem Freiheitsnarrativ das dingliche Recht als Rechtsband zwischen Personen konzipiert.⁴⁹⁶³ Bei na-

4956 S 208 ff.

4957 S 212 ff.

4958 S 218 ff.

4959 S 220 ff.

4960 S 221.

4961 S 222 ff.

4962 S 235 ff.

4963 S 243 ff.

turrechtlichen Autoren besteht dabei keine strenge Trennung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten; es wurde etwa von *Christian Wolff* anerkannt, dass ein Forderungsrecht gleichermaßen ein Objekt im Vermögen des Gläubigers wie auch ein *vinculum juris* darstelle.⁴⁹⁶⁴ Auch die frühen Kodifikationen des 18. Jhds kannten keine strenge Trennung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten.⁴⁹⁶⁵ Aus den Beratungsprotokollen,⁴⁹⁶⁶ aber auch aus der frühen Lit⁴⁹⁶⁷ zum ABGB ergibt sich der Befund, dass dingliche Rechte va aus ihrer *erga omnes*-Wirkung und nicht aus einer speziellen „Natur“ des Rechts erfasst wurden. Die strikte Begrenzung der Anwendung von dinglichen Rechten auf körperliche Sachen ist erst auf die Einflüsse der Historischen Rechtsschule zurückzuführen. Nach *Joseph Unger* seien dingliche Rechte und persönliche Rechte ihrem Wesen nach unterschiedlich, da dem dinglichen Recht ein physisches Gewaltverhältnis zu Grunde liege, dem persönlichen nur ein geistiges.⁴⁹⁶⁸ Aus alledem ergibt sich, dass das Konzept der **strengen Begrenzung von dinglichen Rechten auf ihre Anwendung auf körperliche Sachen jüngerer Datums ist als die Stammfassung des ABGB**, weshalb hier keine Beeinflussung gegeben sein konnte. In einer rechtshistorischen Betrachtung bestehen vielmehr mannigfaltige Beispiele dafür, dass dingliche und persönliche Rechte nicht kategorial getrennt sind und somit dingliche Wirkungen nicht auf körperliche Sachen begrenzt sind.

XIV.

Das ABGB löst das Problem von dinglichen Rechtswirkungen bei Rechten elegant. Durch den weiten Sachbegriff können auch **Rechte Gegenstand von Eigentumsrecht und Besitz** sein; zum Inhalt des Rechts tritt somit zusätzlich eine weitere rechtlich erhebliche Komponente. Ein Bestandrecht ist bspw nach klarem Willen des Gesetzgebers als persönliches Rechtsverhältnis zwischen Bestandgeber und -nehmer ausgestaltet;⁴⁹⁶⁹ ihm kommt aber ggf Drittwirkung zu, da es Gegenstand dinglicher Rechte sein kann.⁴⁹⁷⁰ Tatsächlich ergibt sich aus dem Wortlaut,⁴⁹⁷¹ den Beratungsprotokollen⁴⁹⁷² und der älteren Lit⁴⁹⁷³ eindeutig, dass (sämtliche) **Rechte ebenso wie körperliche Sachen Gegenstand des Eigentumsrechts** sein können. Dem ABGB kommt damit freilich

4964 S 246 f.

4965 S 255 ff.

4966 S 261 ff.

4967 S 264 ff.

4968 S 269 ff.

4969 S 682 ff.

4970 S 344 ff.

4971 S 316 f; S 341 ff.

4972 S 336.

4973 S 336 ff.

keine Sonderstellung zu: Eine Eigentumsposition an Rechten wurde von *Bartolus*,⁴⁹⁷⁴ im einheimischen Recht in Österreich des 16. Jhds,⁴⁹⁷⁵ bei naturrechtlichen Autoren,⁴⁹⁷⁶ im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis und im ALR bejaht;⁴⁹⁷⁷ selbst für das römische Recht wird teils – etwa von *Zeiller* – davon ausgegangen, dass ein Eigentum an Rechten anerkannt war.⁴⁹⁷⁸ Die noch heute herrschende kategorische Ablehnung einer Eigentumsposition an Rechten ist für das österreichische Recht unmittelbar auf die Lehren der Historischen Rechtsschule zurückzuführen.⁴⁹⁷⁹ Ähnlich ist das Bild zum **Rechtsbesitz, der nach den Wertungen des ABGB für Rechte generell in Betracht** kommt, sofern sich diese auf Sachen beziehen.⁴⁹⁸⁰ Dieser war im römisch-justinianischen Recht bereits anerkannt,⁴⁹⁸¹ besondere Bedeutung kam ihm aber im kanonischen Recht des Mittelalters zu.⁴⁹⁸² Auch in der frühen Neuzeit und bei der Kodifikation des 18. Jhds blieb der Umfang der mit dem Rechtsbesitz durchsetzbaren Rechte weit.⁴⁹⁸³ Für das ABGB besteht **kein Hinweis für die Einschränkung des Rechtsbesitzes**; vielmehr ist davon auszugehen, dass dieser nach Ansicht des Gesetzgebers und der frühen Lit und Rsp grundsätzlich auch obligatorische Rechtspositionen, nicht aber Personenrechte umfasst.⁴⁹⁸⁴ Die Einschränkung des Rechtsbesitzes wird wiederum auf *Savigny* zurückgeführt, dem jedoch für die österreichische Rechtslage von Autoren der Historischen Rechtsschule nicht uneingeschränkt gefolgt wurde; die derzeit herrschend angenommene Einschränkung des Rechtsbesitzes auf dinglich radiizierte Rechte⁴⁹⁸⁵ beruht aber auf den pandektistischen Gedanken der Beschränkung dinglicher Rechtswirkungen.⁴⁹⁸⁶ Die weitgehende Verneinung eines Eigentums bzw Besitzes an Rechten läuft somit **dem nachweisbaren Willen des Gesetzgebers entgegen**, der seine Konzeption von dinglichen Rechten auf eine Vielzahl von historischen Vorbildern zu stützen weiß; sie ist vielmehr unmittelbare Folge eines Paradigmenwechsels im Sachenrecht durch pandektistische Einflüsse.

4974 S 325 ff.

4975 S 328 f.

4976 S 329 ff.

4977 S 333 f.

4978 S 321 ff.

4979 S 317 f; S 339 f.

4980 S 366.

4981 S 369 ff.

4982 S 371 ff.

4983 S 374 f.

4984 S 378 ff.

4985 S 367 ff.

4986 S 383 ff.

XV.

Die Konstruktion des Sachbegriffs hat **unmittelbare Auswirkungen auf das Verhältnis von dinglichen Rechten** zueinander. Im einem pandektistisch inspirierten Regelungsansatz ist das Eigentumsrecht als eigenständiges Rechtsobjekt anzusehen (s bereits VII), das als „Universal Mutterrecht“ die (körperliche) Sache zum Gegenstand hat und sohin als rechtliche Repräsentanz des Objekts in der Sphäre des Reellen anzusehen ist.⁴⁹⁸⁷ Von diesem werden beschränkte dingliche Rechte als verselbstständigte Splitter des Quellrechts abgeleitet, weshalb von einem **Vertikalverhältnis** der dinglichen Rechte auszugehen ist;⁴⁹⁸⁸ der Sachbesitz ist notwendigerweise als tatsächliches Verhältnis iSe Sachherrschaft aufzufassen.⁴⁹⁸⁹ Eine solche Auffassung verträgt sich indes nicht mit einem weiten Sachbegriff, wonach bloß die Sache und nicht das Eigentumsrecht als Rechtsobjekt anzusehen ist: Hier beziehen sich sämtliche dingliche Rechte auf dasselbe Rechtsobjekt, weshalb von einem **Horizontalverhältnis** der dinglichen Rechte auszugehen ist.⁴⁹⁹⁰ Es besteht eine Rechtsgemeinschaft der an einem Objekt Berechtigten.⁴⁹⁹¹ Damit einher geht eine vergleichsweise herabgesetzte Bedeutung des Eigentumsrechts, die sich im ABGB auch darin zeigt, dass bis nach der Jahrtausendwende die funktionale Teilung in Ober- und Untereigentum im Rechtsbestand war; auch der heutige Verweis in § 358 ABGB, dass das Eigentumsrecht stets vollständig ist, streitet gegen die Vorstellung einer Absplitterung von Teilen des Rechts durch beschränkte dingliche Rechte.⁴⁹⁹² Hieraus folgt, dass im österreichischen Recht die Preisgabe des Eigentums an einer Sache nicht mit dem Wegfall eines beschränkten dinglichen Rechts einhergeht, was in einer pandektistischen Vorstellung durchaus anders gesehen wird.⁴⁹⁹³ In der Praxis relevanter ist aber, dass für das ABGB anders als für das BGB **Eigenrechte** – wie etwa Eigentümerdienstbarkeiten – abgelehnt werden, was sich nahtlos in die Vorstellung des dinglichen Rechts einfügt.⁴⁹⁹⁴ Im ABGB können auch beschränkte dingliche Rechte Gegenstand von Eigentumsrecht und Besitz sein, womit insb ihre Wirkung gegenüber Dritten erklärt werden kann.⁴⁹⁹⁵ Der Besitz ist im ABGB ausweislich des Gesetzeswortlauts eindeutig als Recht konzipiert, das im engen Zusammenhang mit dem Eigentumsrecht steht.⁴⁹⁹⁶ Es kann daher dem rechtsvergleichenden Befund von

4987 S 295 ff.

4988 S 297 ff.

4989 S 308.

4990 S 297 ff.

4991 S 302.

4992 S 300 f.

4993 S 302 f.

4994 S 304 f.

4995 S 305 f.

4996 S 308 ff.

Gretton zugestimmt werden, dass bei der Konstruktion von dinglichen Rechten zwischen einem gaianischen und einem pandektistischen Ansatz unterschieden werden kann – während das BGB klar dem pandektistischen folgt, ist das ABGB wie andere Kodifikationen insb im romanischen Rechtskreis nach einem gaianischen konzipiert;⁴⁹⁹⁷ die österreichische L interpretiert das Sachenrecht aber in Anschluss an das BGB pandektistisch.

XVI.

Kristallisationspunkt der Änderung des Regelungsmodells beim dinglichen Recht ist beim Eigentumsrecht die **Eigentumsfreiheitsklage**. Denn dem ABGB fehlt im Abschnitt zum Eigentumsrecht eine § 1004 BGB entsprechende Anspruchsgrundlage, mit der umfassend gegen Störungen des Eigentumsrechts vorgegangen werden kann; wie etwa auch im Code Civil wird die Eigentumsfreiheitsklage im ABGB als Ausgestaltung der Servitutenklage konzipiert.⁴⁹⁹⁸ Damit einher geht eine **Einschränkung des Anwendungsbereichs der Eigentumsfreiheitsklage** – diese kommt nur in Betracht, wenn es zu einer Rechtsanmaßung kommt, was iW der Usurpationstheorie *Eduard Pickers* entspricht, der heute in Deutschland herrschend gefolgt wird.⁴⁹⁹⁹ Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers ist die **Besitzstörungsklage gem § 339 ABGB komplementär zur Eigentumsfreiheitsklage** ausgestaltet, sodass damit gegen sämtliche Beeinträchtigungen der Befugnisse des Berechtigten vorgegangen werden kann.⁵⁰⁰⁰ Dies ist für die Auslegung der Drittwirkungen von Rechten von Belang: Da durch ein Eigentumsrecht **nur ein Schutz vor Rechtsanmaßungen besteht**, kann gegen sonstige Störungen bloß vorgegangen werden, wenn eine Besitzposition besteht. Typische Anwendungsfälle des Eigentumsrechts an Rechten sind dabei der Prätendentenstreit,⁵⁰⁰¹ aber bspw auch die Möglichkeit der Aussonderung eines schuldnerfremden Rechts in der Insolvenz.⁵⁰⁰² Zusammengefasst bedeutet die Anerkennung eines Eigentumsrechts an Rechten für sich genommen daher nichts anderes als die auch von der hL anerkannte **Rechtszuständigkeit**.⁵⁰⁰³

XVII.

Eine wesentlich ausgeprägtere Funktion als heute herrschend anerkannt kommt im Regelungsansatz des historischen Gesetzgebers dem **Besitz an Rechten** zu. Hier kam es aber zu einer bedeutenden Veränderung der normativen Rahmenbedingungen: Während die materiellrechtlichen Bestim-

⁴⁹⁹⁷ S 295.

⁴⁹⁹⁸ S 348 ff.

⁴⁹⁹⁹ S 350 ff.

⁵⁰⁰⁰ S 354 ff.

⁵⁰⁰¹ S 347 ff.

⁵⁰⁰² S 357 ff.

⁵⁰⁰³ S 417 f.

mungen zum Besitz iW seit der Stammfassung unverändert sind, wurde ab 1849 ein eigenständiges Besitzstörungsverfahren eingeführt.⁵⁰⁰⁴ Mittlerweile wird der Besitzschutz aber mit der **Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren assoziiert**, sodass herrschend davon ausgegangen wird, dass außerhalb dieses Verfahrens nicht gegen Beeinträchtigungen des Besitzes vorgegangen werden kann.⁵⁰⁰⁵ Dem ist aber in Anschluss an *Georg Kodex* zu entgegen, dass die Klagfrist des § 454 Abs 1 ZPO als prozessuale Frist zu qualifizieren ist, sodass **nach Fristablauf noch eine Geltendmachung im ordentlichen Verfahren möglich ist**, was sich durch Überlegungen zur Komplementarität von Eigentums- und Besitzschutz bestätigt.⁵⁰⁰⁶ Folge der derzeit herrschenden restriktiven Auslegung des Besitzschutzes ist, dass die *actio Publiciana* weit über den ursprünglichen Anwendungsbereich ausgedehnt wurde und Funktionen des Besitzschutzes übernahm.⁵⁰⁰⁷ Auch die Einschränkung des Besitzschutzes auf die Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren ist pandektistischen Einflüssen geschuldet.⁵⁰⁰⁸ Bei der Funktion des Besitzes findet sich wohl einer der wesentlichen Konfliktpunkte zwischen einer naturrechtlichen und einer pandektistischen Konzeption von dinglichen Rechten.

XVIII.

Der Rechtsbesitz umfasst nach § 311 ABGB sämtliche körperlichen und unkörperlichen Sachen, die Gegenstand des Privatrechtsverkehrs sind.⁵⁰⁰⁹ Geschützt ist die Möglichkeit der Rechtsausübung, weshalb es ohne Belang ist, ob das Recht tatsächlich besteht; Voraussetzung ist aber ein gewisses **Dauerelement**, weshalb bei Zielschuldverhältnissen ein Rechtsbesitz idR ausscheiden muss.⁵⁰¹⁰ Durch den weiten Begriff des Rechtsbesitzes im ABGB besteht **keine Notwendigkeit einer irgendwie gearteten Verbindung des Rechts zu einer körperlichen Sache**, woran auch die Durchsetzung im Besitzstörungsverfahren nichts ändert.⁵⁰¹¹ Mit dem Rechtsbesitz kann gem den §§ 345 ff ABGB gegen den unechten Besitzerwerb vorgegangen werden, wobei auf Grund der Nichtrivalität von Rechten nicht auf den Verlust einer Besitzposition abgestellt werden muss.⁵⁰¹² Deutlich größere Bedeutung kommt freilich der Besitzstörung gem § 339 ABGB zu, womit ein Mittel

5004 S 365 ff.

5005 S 388 ff.

5006 S 390 ff.

5007 S 394 f.

5008 S 386 ff.

5009 S 400 ff.

5010 S 400 ff.

5011 S 367 ff; S 395 ff.

5012 S 403 ff.

gegen **faktische Störungen der Rechtsausübung** besteht.⁵⁰¹³ Eine Störung liegt jedoch nur vor, wenn eine Handlung nicht verkehrssüblich und die Rechtsausübung sozialtypisch offenkundig ist; bei dinglich radizierten Rechten ist die Publizität hingegen idR unproblematisch, da es durch die Ableitung der Rechtsposition nicht zur Notwendigkeit einer Verhaltensadaption kommt.⁵⁰¹⁴

XIX.

Der Rechtsbesitz wird nach Maßgabe der §§ 312 f ABGB durch den Rechtsgebrauch im eigenen Namen erworben,⁵⁰¹⁵ wobei ohne Relevanz ist, ob sich der Verpflichtete verbunden glaubt.⁵⁰¹⁶ Hierbei kommt es stets zu einem **mittelbaren Erwerb**, außer es handelt sich um ein Recht an einer freistehenden Sache, weshalb sich der Umfang idR nach der Vereinbarung richtet.⁵⁰¹⁷ Darüber hinaus kann eine Besitzposition gem § 321 ABGB auch durch **Eintragung in die öffentlichen Bücher** erworben werden, wobei diese Wertung auf andere Registerrechte analog angewendet werden kann.⁵⁰¹⁸ Dementsprechend kann ein Besitz am Patentrecht,⁵⁰¹⁹ am Markenrecht⁵⁰²⁰ bzw am Mitgliedschaftsrecht an einer GmbH⁵⁰²¹ durch Eintragung in ein öffentliches Register erworben werden. Ähnlich sind im Resultat die Wertungen für das Mitgliedschaftsrecht an der AG, wo bei Namensaktien der Besitz durch Eintragung in das Aktienbuch und bei Inhaberaktien durch Gutschrift am Depotkonto erfolgt.⁵⁰²² Eine Mischform findet sich bei den Veräußerungsverboten und -einschränkungen des ABGB: Bei diesen wird der Rechtsbesitz zwar grundsätzlich durch die Eintragung in ein öffentliches Register erworben; daneben besteht aber auch die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch sozialtypisch-offenkundige Rechtsausübung.⁵⁰²³ Der Besitz an einem Lizenzrecht und am nicht eingetragenen Kennzeichen gem § 9 UWG lässt sich ebenso durch tatsächliche Rechtsausübung erwerben wie das Mitgliedschaftsrecht an einer OG.⁵⁰²⁴ Hieraus ergibt sich, dass sich im ABGB auch **später entstandene Rechte nahtlos in das System des Besitzerwerbs einordnen lassen**.

5013 S 407 ff.

5014 S 411 ff.

5015 S 434 f.

5016 S 482 ff.

5017 S 436 ff.

5018 S 441 ff.

5019 S 447 ff.

5020 S 450 ff.

5021 S 460 ff.

5022 S 467 ff.

5023 S 476 ff.

5024 S 451 ff.

XX.

Dem Rechtsbesitz kommt bei einzelnen Rechtsproblemen durchaus Bedeutung zu. So kann die *ex-nunc*-Wirkung der **Nichtigkeit von Immaterialgüterrechten** auf den Rechtsbesitz zurückgeführt werden;⁵⁰²⁵ ebenso besteht eine enge Verbindung zwischen dem rechtlich anerkannten Schutz der bloßen Rechtsausübung und der **Lehre der fehlerhaften Gesellschaft**.⁵⁰²⁶ Auch die besonderen Rechtswirkungen von **Wertpapieren** können auf den Rechtsbesitz zurückgeführt werden: Bei Inhaberpapieren geht mit dem Sachbesitz an der Urkunde der Rechtsbesitz am verbrieften Recht einher, wodurch sich mit Rückgriff auf § 329 f ABGB herleiten lässt, dass der Inhaber der Urkunde berechtigt ist, vom Schuldner die Leistung zu verlangen.⁵⁰²⁷ Die auf die Lehren der Pandektistik zurückzuführende **wertpapierrechtliche Verkörperungstheorie** ist für das österreichische Recht sohin abzulehnen.⁵⁰²⁸ Darüber hinaus kann auch die Ersitzung von Rechten (XXV) bzw die dingliche Drittwirkung von Rechten gegen Störungen (XXVI–XXIX) in Zusammenhang mit dem Rechtsbesitz gebracht werden. Das Institut des Rechtsbesitzes erlaubt es sohin, verschiedenste Rechtsphänomene, die in einem pandektistischen Rechtsverständnis als systemwidrige Anomalien aufgefasst werden müssen, in den Regelungen des ABGB zu verorten.⁵⁰²⁹

XXI.

Wesentliche Folge der Anerkennung einer Eigentumsposition an Rechten ist, dass sich der **Rechtserwerb nach sachenrechtlichen Wertungen** richtet. Tatsächlich lässt sich eindeutig der Wille des historischen Gesetzgebers nachweisen, dass sich der derivative Erwerb von Rechten nach Maßgabe der §§ 425 ff ABGB richten soll, weshalb es neben dem Recht des Vormanns und dem Titel insb auch einer rechtlichen Erwerbungsart bedürfe.⁵⁰³⁰ Die rechtliche Erwerbungsart ist im ABGB dabei als (rechtsgeschäftsähnlicher) **Realakt** ausgestaltet, der idR mit dem Besitzerwerb zusammenfällt,⁵⁰³¹ wobei iZm dem Rechtserwerb der Erwerbung durch Zeichen besondere Bedeutung zukommt. Aus der Kommentierung von *Zeiller* ergibt sich dabei insb, dass auch die Forderungszession einer eigenständigen rechtlichen Erwerbungsart – insb durch Übergabe von Schuldscheinen⁵⁰³² – bedarf, was auch in der L und Rsp des 19. Jhds etabliert war.⁵⁰³³ Hierbei kam es freilich – auch auf Grund der gesunkenen Bedeutung des Schuldscheins

5025 S 446 f.

5026 S 454 ff.

5027 S 470 ff.

5028 S 474 f; S 538 ff.

5029 S 484 f.

5030 S 492 ff.

5031 S 308 ff; S 489 ff.

5032 S 495 ff.

5033 S 493 ff.

– zu einem **Funktionswandel**, weshalb bei publizitätslosen Rechten nunmehr gilt, dass insb bei der Forderungszession keine der in den §§ 425 ff ABGB genannten Formen der rechtlichen Erwerbungsart gegeben sein muss, wovon auch explizit der moderne Gesetzgeber ausgeht.⁵⁰³⁴ Dies ändert jedoch nichts daran, dass bei kundbaren Rechten ein sachenrechtlicher Übertragungsakt gegeben sein muss, was insb iZm **Wertpapieren aber auch bei Registerrechten** relevant ist.⁵⁰³⁵ Bei offenkundigen Rechten ist für den Rechtsübergang eine rechtliche Übergabe iSd §§ 425 ff ABGB weiterhin notwendig.

XXII.

Für die Übertragung von Rechten kommt der **Übergabe durch Zeichen** die größte Bedeutung zu. Die Aufzählung der Zeichen in § 427 ABGB ist dabei nur deklarativ; vielmehr sind sämtliche Zeichen, die zweckmäßig zur Darstellung des übertragenen Eigentums sind, hinreichend für eine rechtliche Übergabe, solange der Besitzergreifung des Übernehmers nichts entgegensteht. Auf Grund des offenen Begriffs der Übergabe durch Zeichen erlaubt es das Regelungssystem des ABGB aber auch, wirtschaftlichen Phänomenen der entmaterialisierten Wirtschaft Rechnung zu tragen. So kann auch die **Depotbuchung im Effektengiro**⁵⁰³⁶ bei Inhaberaktien als Übergabe durch Zeichen interpretiert werden. Auch der **Rechtserwerb bei Immaterialgüterrechten** erfordert sohin eine rechtliche Erwerbungsart iSd §§ 425 ff ABGB, wobei hier zT Sonderwertungen bestehen: Die Übertragung des Patentrechts erfordert stets eine Eintragung im Patentregister,⁵⁰³⁷ bei der Marke ist sicherzustellen, dass der Erwerber eine Umschreibung im Markenregister veranlassen kann;⁵⁰³⁸ bei der Übertragung von immaterialgüterrechtlichen Lizenzen ist die – uU bereits vorweggenommene – Einwilligung des Schutzrechtsinhabers vonnöten.⁵⁰³⁹ Ebenso bedarf es bei der Übertragung eines **Mitgliedschaftsrechts an einer OG** der Zustimmung der anderen Gesellschafter.⁵⁰⁴⁰ Bei **Mitgliedschaftsrechten an einer GmbH** reicht es – sofern keine Vinkulierung vereinbart wurde – aus, wenn der Übergang des Anteils der Gesellschaft, repräsentiert durch den Geschäftsführer, mitgeteilt wurde.⁵⁰⁴¹ Der Rechtsübergang in verschiedensten Sonderbereichen des Privatrechts kann sohin als Folge der allgemeinen Wertungen der §§ 425 ff ABGB beschrieben werden.

5034 S 498 ff.

5035 S 502 ff.

5036 S 530 ff.

5037 S 510 ff.

5038 S 512 ff.

5039 S 514 ff.

5040 S 516 ff.

5041 S 519 ff.

XXIII.

Wie in wenigen Bestimmungen lässt sich der Einfluss der Historischen Rechtsschule in § 371 ABGB verorten. Während diese Norm vom historischen Gesetzgeber gleich wie von der älteren L und der Rsp des 19. Jhds als **bloßer Ausschluss der Vindikation** konzipiert wurde, gilt er seit den Lehren der Historischen Rechtsschule als Variante des originären Eigentumserwerbs.⁵⁰⁴² Nicht nur kommt es dadurch zu einem Normwiderspruch zwischen § 371, 1. Fall ABGB und § 415 ABGB.⁵⁰⁴³ Wesentlich problematischer ist die Interpretation von § 371, 2. Fall ABGB als Form des gutgläubigen Eigentumserwerbs, bei dem iW sämtliche Voraussetzungen unklar und umstritten sind.⁵⁰⁴⁴ Die wesentliche Diskrepanz zwischen dem Ausschluss der Vindikation und dem Eigentumserwerb liegt dabei in der Zurechnung des mit dem Objekt verbundenen Werts – diese ändert sich nur beim Eigentumserwerb, nicht aber beim bloßen Ausschluss der Vindikation, bei dem weiterhin Bereicherungsansprüche in Betracht kommen. Nach dem Konzept des Gesetzgebers betrifft § 371 ABGB sohin allein die Möglichkeit, ein Objekt mit dinglichen Rechtsmitteln heraus zu verlangen, was iW als **Zuteilung des Insolvenzrisikos** zu verstehen ist. Der Gedanke des vereinfachten Gutgläubenserwerbs lässt sich aber durchaus in der Rechtsordnung verankern: So finden sich in Art 16 Abs 2 WechselG und Art 21 ScheckG Wertungen zum Gutgläubenserwerb, die als Analogiegrundlage fungieren können.⁵⁰⁴⁵ Soweit unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrs- und Umlauffähigkeit eines Objekts ein ähnliches Verkehrssicherungsbedürfnis besteht wie bei Wechsel und Scheck, können die **wertpapierrechtlichen Wertungen zum Gutgläubenserwerb analog Anwendung** finden, was insb bei Inhaberpapieren zu bejahen ist. Die von L und Rsp in § 371 ABGB situierten Wertungen zum Gutgläubenserwerb sind somit tatsächlich wertpapierrechtlicher Provenienz.

XXIV.

Der wesentliche Anwendungsfall der Anwendung von § 371 ABGB auf unkörperliche Sachen ist zweifellos die **Vermengung von Buchgeld**. IdZ ist seit dem frühen 20. Jhd in der Rsp etabliert, dass auf Grundlage von § 371 ABGB eine Aussonderung bzw Exszindierung auch bei Buchgeld in Betracht kommt, obwohl dieses nichts anderes als eine Forderung gegenüber einem Kreditinstitut ist.⁵⁰⁴⁶ Qualifiziert man Buchgeld als unkörperliche Sache, an der eine Eigentumsposition möglich ist, kann die **Rechtsprechungslinie stringent aus den Wertungen des § 371 ABGB hergeleitet werden**. Hinsichtlich der Ein-

5042 S 552 ff.

5043 S 558 ff.

5044 S 560 ff.

5045 S 641 ff.

5046 S 564 ff.

lage von Bargeld kann aus den §§ 414 ff ABGB geschlossen werden, dass demjenigen die Rechtszuständigkeit am Buchgeld zukommt, dem das Bargeld zuzurechnen ist, und nicht demjenigen, der die Einlage vornimmt.⁵⁰⁴⁷ Auch aus dem Kontokorrentverhältnis folgt kein zwingender Grund, die Anwendung von § 371 ABGB auf Buchgeld auszuschließen. Die Wertungen zur Vermengung können aber auch auf andere Rechte Anwendung finden, wobei dies insb bei **im Effektingiro gehandelten Wertpapieren** diskutiert wird;⁵⁰⁴⁸ darüber hinaus finden diese auch im immaterialgüterrechtlichen Kontext Niederschlag.⁵⁰⁴⁹ Der weite Sachbegriff erlaubt es sohin, moderne Probleme, die mit der Entmaterialisierung der Rechtsübertragung einhergehen, einer interessewahrenden Lösung zuzuführen.

XXV.

Das im ABGB verankerte weite Konzept des Rechtsbesitzes geht mit einer umfassenden Möglichkeit der **Ersitzung von Rechten** einher. Während dies in der jüngeren Lit zunehmend bejaht wird, zeigt sich die Rsp hier skeptisch.⁵⁰⁵⁰ Tatsächlich findet sich mit Blick auf den historischen Gesetzgeber aber kein Grund, weshalb Rechte, die besessen werden können, nicht ersessen werden können.⁵⁰⁵¹ Dementsprechend kommt eine eigentliche Ersitzung beim in das öffentliche Register eingetragenen **Patent- und Markenrecht** ebenso in Betracht wie für Mitgliedschaftsrechte.⁵⁰⁵² Es geht hierbei um Fälle, in denen der in das Register Eingetragene kein Eigentum erwerben konnte; auf Grund der Ersitzung kann es dabei zu einem originären Rechtserwerb kommen. Dies wird insb iZm **GmbH-Anteilen** thematisiert, da hier bei einer fehlerhaften Rechtsübertragung potenziell zeitlich unbegrenzt eine Rückübertragung verlangt werden könnte, was für den Rechtsverkehr mit erheblichen Transaktionskosten verbunden ist; durch die Ersitzung kann hier im Resultat ähnlich wie nach deutschen Sonderwertungen Abhilfe geschaffen werden.⁵⁰⁵³ Eng verbunden mit dem Gedanken der Ersitzung ist die Möglichkeit des **Erwerbs von Mitgliedschaftsrechten an der OG durch langjährige Übung**.⁵⁰⁵⁴ Anders ist die Rechtslage hinsichtlich des **Gutgläubenserwerbs gem § 367 Abs 1 ABGB**: Dieser findet auch nach dem Willen des historischen Gesetzgebers, der weitgehend dem Vindikationsprinzip folgte, keine Anwendung auf unkörperliche Sachen.⁵⁰⁵⁵ Verankern lässt sich

5047 S 569 ff.

5048 S 574 ff.

5049 S 576 ff.

5050 S 585 ff.

5051 S 588 ff.

5052 S 596 ff.

5053 S 606 ff.

5054 S 610 ff.

5055 S 633 ff.

dies ua am Erfordernis des Besitzes, wovon aber bloß der Sach- und nicht der Rechtsbesitz erfasst ist.⁵⁰⁵⁶ **Am grundsätzlichen Ausschluss des Gutgläubenserwerbs** bei Rechten ändern auch Sonderwertungen im Gesellschafts- und Immaterialgüterrecht nichts.⁵⁰⁵⁷ Eine Ausnahme besteht aber auf Grund von analogiefähigen **wertpapierrechtlichen Wertungen** (s XXIII), wonach ein vereinfachter Gutgläubenserwerb von Rechten in Betracht kommt.⁵⁰⁵⁸ Dies findet insb bei **Namens- und Inhaberaktien** Anwendung, bei denen ein Gutgläubenserwerb nach wertpapierrechtlichem Muster möglich ist.⁵⁰⁵⁹

XXVI.

Wesentliche Folge des Instituts der unkörperlichen Sache ist, dass **Rechten dingliche Drittwirkung zukommen kann**. Im Regelungsansatz des ABGB ist dies va auf den Rechtsbesitz zurückzuführen, mit dem die Möglichkeit verbunden ist, auch außerhalb des Besitzstörungsverfahrens (vgl XVII) gegen faktische Störungen der Rechtsausübung vorzugehen. Dass auch obligatorische Rechte gegen Beeinträchtigungen Dritter bewehrt sind, zeigt sich eindrücklich bei der Diskussion zum „**quasi-dinglichen**“ **Recht des Bestandnehmers**: Obwohl dem Bestandnehmer bloß ein obligatorisches Recht zukommt, kann er sich umfassend gegen die Beeinträchtigung seiner Nutzungsbefugnisse wehren, was nach durchaus schwankender Rsp nun vom verst Senat – unter teils heftiger Kritik der L – auch für nachbarschaftsrechtliche Ansprüche bejaht wird.⁵⁰⁶⁰ Diese Wertung kann darauf zurückgeführt werden, dass der Bestandnehmer als Rechtsbesitzer dinglich gegen Störungen seiner Nutzungsbefugnisse vorgehen kann; es handelt sich sohin nicht um eine Spezifität des mietrechtlichen Kontexts.⁵⁰⁶¹ Die drittbewehrten Nutzungsbefugnisse entsprechen dabei der Vereinbarung der Vertragsparteien, wobei mangels anderslautender Vereinbarung die eingeräumten Nutzungsbefugnisse jenen eines Eigentümers entsprechen.⁵⁰⁶² Diese Abwehrbefugnis kommt dabei jedem Rechtsbesitzer zu – dh dem Mieter gleichermaßen wie dem Untermieter oder dem Prekaristen, was von der Rsp jedoch teils anders gesehen wird.⁵⁰⁶³ Damit inhaltlich verbunden, aber analytisch zu trennen ist die **Doppelvermietung**, bei der es zu einer Kollision der Befugnisse von mehreren Bestandnehmern, die ihr Recht vom selben Bestandgeber ableiten, kommt.⁵⁰⁶⁴ Hier können potenziell beide Bestandnehmer als Rechtsbesitzer aufgefasst

5056 S 630 ff.

5057 S 635 ff.

5058 S 641 ff.

5059 S 655 ff.

5060 S 673 ff.

5061 S 688 ff.

5062 S 686 ff.

5063 S 688 ff.

5064 S 793 ff.

werden, wobei in den §§ 372 ff ABGB ein Mechanismus zur Auflösung des Konflikts der Nutzungsbefugnisse aufzufinden ist.⁵⁰⁶⁵ Wenn beiden Bestandnehmern eine Position als Rechtsbesitzer zukommt, ist auf den Titel und die Redlichkeit abzustellen.⁵⁰⁶⁶ Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass auch bei obligatorischen Rechten **umfassende dingliche Drittwirkungen** bestehen, sofern ein Rechtsbesitz gegeben ist.

XXVII.

Die von der Rsp anerkannte dingliche Drittwirkung von Rechten führte in der Dogmatik zu erheblichen Verwerfungen. Ein besonders illustratives Beispiel hierfür ist der **Doppelverkauf einer Liegenschaft**, bei dem die Rsp seit dem 19. Jhd iW davon ausgeht, dass sich der besitzende, aber nicht in das Grundbuch eingetragene Ersterwerber gegen den intabulierten Zweiterwerber durchsetzen kann.⁵⁰⁶⁷ Während für dieses – in einem pandektistischen Paradigma systemwidrige – Ergebnis anfänglich sachenrechtliche Begründungen angegeben wurden,⁵⁰⁶⁸ ist mittlerweile eine schadenersatzrechtliche Herangehensweise herrschend, wobei bei der Rechtsfigur des **besitzverstärkten Forderungsrechts** durchaus auch sachenrechtliche Gesichtspunkte miteinfließen.⁵⁰⁶⁹ Es ist unter Zugrundelegung eines weiten Sachbegriffs freilich möglich, den innehabenden Ersterwerber als Rechts- und Ersitzungsbesitzer zu qualifizieren, dessen Rechtsposition gegen Eingriffe geschützt ist.⁵⁰⁷⁰ Im Verhältnis zum Zweiterwerber und (späteren) Eigentümer kann auf die Wertung des § 1500 ABGB zurückgegriffen werden, sodass jener nur dann durchdringen kann, wenn er im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt hat; er ist nicht geschützt, wenn er den Widerspruch zwischen dem Grundbuchsstand und den tatsächlichen Verhältnissen hätte feststellen können.⁵⁰⁷¹ Es besteht somit ein weitgehender Gleichklang zwischen schadenersatzrechtlichen und sachenrechtlichen Wertungen; das Schadenersatzrecht wird dabei zum Recht der Güterzuteilung und zum Surrogat des Sachenrechts. Die unkörperliche Sache und das damit verbundene weite Konzept des Rechtsbesitzes können aber fruchtbar gemacht werden, um „altehrwürdige“ zivilrechtliche Probleme im Rahmen der allgemeinen Wertungen des ABGB stringent einer einheitlichen sachenrechtlichen Lösung zuzuführen.

5065 S 801 ff.

5066 S 803 ff.

5067 S 760 ff.

5068 S 765 ff.

5069 S 772 ff.

5070 S 781 ff.

5071 S 785 ff.

XXVIII.

Der weite Sachbegriff und die damit verbundenen dinglichen Wirkungen von Rechten beschränken sich freilich nicht auf Rechte, die im ABGB geregelt sind. Besonders intensiv diskutiert wurde dabei nach der *Holzmüller*-E des BGH die Frage, inwiefern ein Gesellschafter gegen **Beeinträchtigungen seiner mitgliedschaftsrechtlichen Befugnisse** vorgehen kann.⁵⁰⁷² Tatsächlich kann neben den bestehenden verbands- und deliktsrechtlichen Ansätzen⁵⁰⁷³ zur Begründung der mitgliedschaftlichen Abwehrklage auch auf dingliche Wertungen zurückgegriffen werden, was für das deutsche Recht insb *Karsten Schmidt* vertritt.⁵⁰⁷⁴ Für das österreichische Recht kann idZ der Rechtsbesitz an Mitgliedschaftsrechten fruchtbar gemacht werden, dessen Drittwirkung im Fall der Störung der Rechtsausübung im gesellschaftsrechtlichen Kontext bereits von der Rsp des 19. Jhds anerkannt war.⁵⁰⁷⁵ Als Rechtsbesitzer kann ein Gesellschafter somit grds von jedermann Unterlassung und Beseitigung begehren, der seine Mitgliedschaftsrechte beeinträchtigt; auf Grund der Notwendigkeit der Offenkundigkeit der Verhaltenspflichten wird dies aber iW nur die **Gesellschaft und die Gesellschaftsorgane** betreffen.⁵⁰⁷⁶ Der Umfang der dinglichen Bewehrung des Mitgliedschaftsrechts ergibt sich dabei gleichermaßen aus dem Gesetz wie aus dem Gesellschaftsvertrag, wobei eine Einschränkung bei gültigen und nicht mehr anfechtbaren Beschlüssen besteht.⁵⁰⁷⁷ Nach dem Muster des § 313 ABGB bestehen hier ein Störungsschutz von bejahenden Mitgliedschaftsrechten – also den Rechten des Gesellschafters auf Leistung durch die Gesellschaft. Diese umfassen neben **Ansprüchen auf Beteiligungen am Gewinn und am Liquidationserlös** etwa einen Anspruch auf **Feststellung eines Jahresabschlusses** und **Informationsrechte**.⁵⁰⁷⁸ Darüber hinaus kann auch ein bewehrtes Recht auf Nutzungen der Einrichtungen der Gesellschaft bestehen.⁵⁰⁷⁹ Besonders intensiv diskutiert werden idZ aber die Rechte der Mitglieder, über das Verhalten der Gesellschaft zu bestimmen, die mit einem korrespondierenden, an die Gesellschaft gerichteten Verbot verbunden sind, was iW die mitgliedschaftlichen **Rechte auf Entscheidungsteilhabe** erfasst.⁵⁰⁸⁰ Aus dieser Betrachtung ergibt sich aber klar, dass eine Abwehrklage bei – auch in die Sphäre der Gesetzeswidrigkeit reichenden – **Sorgfaltswidrigkeit der Gesellschaftsorgane ausscheiden** muss, da hier kein mit dem

5072 S 694 ff.

5073 S 699 ff.

5074 S 709 ff.

5075 S 718 ff.

5076 S 730 ff.

5077 S 721 ff.

5078 S 723 f.

5079 S 725.

5080 S 726 f.

Verbot korrespondierendes Recht des einzelnen Mitglieds besteht, das dinglich bewehrt sein könnte.⁵⁰⁸¹ Die mitgliedschaftliche Abwehrklage, die der BGH in der *Holzmüller*-E explizit anerkannt hat, kann im österreichischen Recht durch den weiten Sachbegriff sohin auch nach allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen hergeleitet werden.

XXIX.

Von der dinglichen Außenwirkung abzugrenzen gilt es die **immaterialgüterrechtliche Drittwirkung**. Diese unterscheiden sich in ihrer Konstruktion: Während bei dinglichen Rechten ein Rechtsmittel gegen Beeinträchtigungen der Handlungsmöglichkeiten des Berechtigten besteht, geht mit dem Immaterialgüterrecht ein Verbot von abstrakt definierten Handlungen einher.⁵⁰⁸² Dingliche und immaterialgüterrechtliche Drittwirkungen laufen somit idR parallel. Für den Schutzrechtsinhaber ist der dingliche Schutz aber idR ohne Bedeutung, da er durch Eingriffe in das Immaterialgüterrecht nicht in seinem eigenen Gebrauch des Immaterialguts gestört wird. Praktisch relevant wird die dingliche Rechtswirkung aber bei der Frage, inwiefern ein **Lizenznehmer gegen Verletzungen des Immaterialgüterrechts** vorgehen kann. Hier ist es ganz hL und stRsp, dass bloß der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz im immaterialgüterrechtlichen Verletzungsprozess aktivlegitimiert ist; dies wird teils mit der dinglichen Natur der Lizenz begründet, was freilich der Vorstellung einer Dichotomie von Schuld- und Sachenrechten widerstrebt.⁵⁰⁸³ Tatsächlich kann dieses durchaus praktikable Auslegungsergebnis für das österreichische Recht durch den weiten Sachbegriff des ABGB mit dem Rechtsbesitz des Lizenznehmers begründet werden: Ein Lizenznehmer kann auf Grund seines Rechtsbesitzes gegen Beeinträchtigungen seines Rechts durch Dritte vorgehen;⁵⁰⁸⁴ nur der ausschließliche Lizenznehmer hat jedoch ein bewehrtes Recht auf eine exklusive Rechtsausübung, das durch eine immaterialgüterrechtlich vorbehaltene Handlung beeinträchtigt wird.⁵⁰⁸⁵ Dementsprechend kann der ausschließliche Lizenznehmer auch parallel zum Schutzrechtsinhaber gegen Verletzungen des Immaterialgüterrechts vorgehen, was auch von der stRsp anerkannt wird. Auswirkungen hat der Rechtsbesitz des Lizenznehmers – unabhängig von der Ausschließlichkeit seines Nutzungsrechts – freilich auch für den bislang noch kaum thematisierten Fall der **Doppellizensierung**:⁵⁰⁸⁶ Hier kann mit der Rsp – in Übernahme der Wertungen zur Doppelvermietung – abweichend von der hA in Deutschland davon ausgegangen werden, dass sich

5081 S 726 ff.

5082 S 182 ff; S 735 f.

5083 S 738 ff.

5084 S 748 ff.

5085 S 752 ff.

5086 S 808 f.

der redliche Inhaber einer jüngeren Lizenz uU gegen den Berechtigten einer ausschließlichen Lizenz durchsetzt. Es zeigt sich sohin, dass auch immaterialgüterrechtliche Phänomene in den allgemeinen zivilrechtlichen Wertungen des ABGB Platz finden.

XXX.

Zusammengefasst kommt der unkörperlichen Sache im Regulationssystem des ABGB auch heute noch Bedeutung zu. Der weite Sachbegriff entspricht einer langen Denktradition, die bis zum römischen Recht zurückreicht und insb im Naturrecht starken Einfluss hatte. Sache ist demnach alles, was nicht Person ist und somit alles, was besessen, erworben, ersessen, verpfändet, vererbt, vermacht, veräußert und abgetreten werden kann oder sonst Gegenstand von Verträgen ist. Dies umfasst klarerweise auch Rechte, auf die sich demnach auch die Bestimmungen des (dinglichen) Sachenrechts erstrecken. Es ergibt sich somit klar, dass nach Ansicht des historischen Gesetzgebers die Wertungen des Sachenrechts dem Grunde nach auch auf Rechte Anwendung finden, was sich insb durch die explizite gesetzliche Anerkennung eines Eigentumsrechts und eines Besitzes an Rechten manifestiert. Obwohl sich diese Wertungen seit der Stammfassung unverändert in Gesetzesrang befinden, wurde die unkörperliche Sache durch pandektistische Einflüsse zum funktionslosen und völlig systemwidrigen Störfaktor. Es hat sich gezeigt, dass für das österreichische Recht **eine kategoriale Beschränkung der Anwendung von sachenrechtlichen Bestimmungen auf körperliche Sachen abgelehnt werden muss**, da sich diese nicht mit Methoden der Rechtswissenschaft aus anerkannten Rechtsquellen ableiten lässt. Darüber hinaus kommt dem Institut der unkörperlichen Sache auch für die zeitgenössische Rechtsauslegung Bedeutung zu. Denn die auf die Pandektistik zurückzuführende Konzeption einer strengen Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht führt zu zahlreichen Unstimmigkeiten. Es ist etwa weithin anerkannt, dass Rechten in Einzelfällen dingliche Wirkung zukommen kann – dies reicht von der Aussonderung bei der Insolvenz des Treuhänders⁵⁰⁸⁷ über den Doppelverkauf einer Liegenschaft⁵⁰⁸⁸ bis hin zum „quasi-dinglichen“ Recht des Bestandnehmers;⁵⁰⁸⁹ die Liste ließe sich über die hier betrachteten Konstellationen hinaus fortsetzen. In der vorliegenden Untersuchung wurde der Nachweis versucht, dass diese Sonderfälle im österreichischen Recht Ausdruck eines **einheitlichen Strukturprinzips** sind, das mit dem weiten Sachbegriff verknüpft ist: Unter Voraussetzung ihrer Offenkundigkeit kommen Rechten dingliche Wirkungen zu. Dies kann als Ausdruck des Umstands gedeutet werden, dass bei der Lösung von Einzelfallproblemen das naturrechtliche Paradigma des ABGB sehr wohl noch fortlebt.

5087 S 361.

5088 S 760 ff.

5089 S 668 ff.

Darüber hinaus erlaubt es das Institut der unkörperlichen Sache, moderne Entwicklungen in der Sphäre des Reellen – wie etwa die Übertragung von Wertpapieren im Effekten giro oder die Vermengung von Buchgeld, die Ausdruck einer weitgehenden Entmaterialisierung weiter Lebensbereiche sind – in den allgemeinen zivilrechtlichen Wertungen zu verankern. Hier erweist es sich als manifester Vorteil, dass nicht auf die Körperlichkeit des Objekts abgestellt wird. Es besteht sohin jedenfalls kein Anlass, die unkörperliche Sache zu verleugnen oder hinwegzudeuten; vielmehr kann sie in vielerlei Hinsicht als **Vorbild für andere Rechtsordnungen** angesehen werden.

Verzeichnisse

Literaturverzeichnis

- Adler*, Die Persönlichkeitsrechte im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Band (1911) 163.
- Adolff*, Zur Reichweite des verbandsrechtlichen Abwehranspruchs des Aktionärs gegen rechtswidriges Verwaltungshandeln, ZHR 2005, 310.
- Affolter*, Das römische Institutionen-System (1897).
- Ahn*, Der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt des Persönlichkeitsrechts (2009).
- Aicher*, Das Eigentum als subjektives Recht (1975).
- Aicher/Schuhmacher, F.*, Wertpapierrecht, in Krejci, Unternehmensrecht, 5. Auflage (2013) 541.
- Aigner*, Das Pfandrecht und die Blockchain, ÖBA 2019, 816.
- Altgen*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (2009).
- Andersson*, Basisprobleme, in Keuth (Hrsg), Karl Popper: Logik der Forschung, 3. Auflage (2007) 145.
- Angst/Oberhammer*, Kommentar zur Exekutionsordnung, 3. Auflage (2015).
- Ann*, Patentrecht, 8. Auflage (2022).
- Apathy*, Ausgewählte Fragen des Ersitzungsrechts, JBl 1999, 205.
- Apathy*, Der Schutz der Miete gegenüber Dritten, in Fischer-Czermak et al (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB, 2. Band (2011) 799.
- Apathy*, Die publizianische Klage (1981).
- Apathy*, Doppelvermietung, in Perner/Riss (Hrsg), Festschrift für Gert Iro zum 65. Geburtstag (2012) 3.
- Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht,
Band II, 2. Auflage (2008).
Band VI, 2. Auflage (2007).
- Artmann* (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz, AÖSp, SVS, RVS und CMR, 1. Band, 3. Auflage (2019).
- Artmann/Karollus* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Band, 6. Auflage (2018).
- Aschauer, C.*, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungs- und Belastungsverbot bei Liegenschaften (1998).
- Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014).

- Auer*, Sind Personen- und Kapitalgesellschaften „erlaubte Körper“ iS von §§ 1472, 1485 ABGB? JBl 2015, 477.
- Avancini/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht, 2. Band, 1. Auflage (1993).
- Bachner*, Individuelle Abwehransprüche und einstweilige Verfügungen bei Missachtung der Holzmüller-Doktrin, in Blocher et al (Hrsg), Festschrift Christian Nowotny zum 65. Geburtstag (2015) 215.
- Baldus*, Export des Pandektensystems? JRP 2008, 23.
- Baldus*, Res incorporales im römischen Recht, in Leible/Lehmann/Zech (Hrsg), Unkörperliche Güter im Zivilrecht (2011) 7.
- Baltl/Kocher*, Österreichische Rechtsgeschichte, 11. Auflage (2008).
- Baltl*, Einflüsse des römischen Rechts in Österreich, in Ius Romanum Medii Aevi (1962) 7.
- Barfuß*, Doppelveräußerung und Intabulationsprinzip, JBl 1962, 350.
- Barta*, Karl Anton von Martinis bleibende Bedeutung für die österreichische und europäische Rechtswissenschaft, in Barta/Pallaver (Hrsg), Karl Anton von Martini (2007) 81.
- Barta*, Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (2004).
- Barta*, Zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen Rechts in ihrem Verhältnis zum preußischen Gesetzbuch: Entwurf Martini (1796), (W)GGB (1797), ABGB (1811) und ALR, in Barta/Palme/ Ingenhaeff (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999).
- Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht, 1. Band, 4. Auflage (2000).
- Bauer, B.*, Urheberrechtliche Ansprüche gegen öffentliche Rechtsträger – Das Spannungsverhältnis von AHG und Sonderhaftungsrecht, Dissertation WU Wien (2017).
- Baumbach/Hefermehl/Casper* (Hrsg), Wechselgesetz/Scheckgesetz, 24. Auflage (2020).
- Baums*, Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären? in Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, 1. Band (2000) 1.
- Becker*, Die „res“ bei Gaius (1999).
- Becker*, Sachen und andere Objekte des Rechtsverkehrs. Über den Gegenstandsbe-
griff des Zivilrechts und seine Herkunft, in Wacke/Baldus (Hrsg), Juristische Vor-
lesungen und Prüfungen in Europa (2002) 49.
- Becker*, Das Urheberrecht als Trostpreis für den Menschen? GRUR 2024, 505.
- Beermann*, Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten (2000).
- Behrends*, Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung, in Hoyer et al (Hrsg), Ge-
dächtnisschrift für Jörn Eckert (2008) 65.
- Behrends*, Die geistige Mitte des römischen Rechts, ZRG RA 2008, 25.
- Behrends*, Die Person oder die Sache, Labeo 1998, 26.
- Behrends*, Die Trichotomie „actio, petitio, persecutio“, in Hausmann (Hrsg), „Zur
Erhaltung guter Ordnung“: Beiträge zur Geschichte von Recht und Justiz, Fest-
schrift für Wolfgang Sellert zum 65. Geburtstag (2000) 11.
- Behrends*, Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex
(1976).
- Behrends*, Gesetz und Sprache, in Behrends/Sellert (Hrsg), Nomos und Gesetz
(1995) 135.
- Bekker*, Ueberschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Actio-
nen; Aufkommen, Wesen, Abkommen, Nachwirkungen, ZRG 1894, 145.
- Benkard* (Hrsg), Patentgesetz, 12. Auflage (2023).
- Berberich*, Virtuelles Eigentum (2010).

- Berberich*, Virtuelles Eigentum, in Ruse-Kahn/Klass/Lewinski, Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts (2010) 165.
- Bergkirchner*, Die Durchbrechung des Intabulationsprinzips durch die offenkundigen Servituten seit 1812 (2023).
- Birks*, The Roman Law Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership, AJ 1985, 1.
- Bittner*, Die Auslegung des neuen § 78 Abs 1 GmbH-Gesetz – ein Problem, das keines sein sollte, NZ 1991, 100.
- Böckenförde*, Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in Collegium Philosophicum (1965) 9.
- Boecken*, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz gegen reine Nutzungsbeeinträchtigungen (1995).
- Boente*, Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht (2013).
- Böhm*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (1980).
- Böhmer*, Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1988, 2561.
- Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum (1999).
- Bollenberger*, Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter? JBl 2013, 137.
- Brandstätter*, Bereicherungsausgleich bei Abbildung fremder Sachen, in Garber (Hrsg), Festschrift für Matthias Neumayr, Band I (2023) 407.
- Braun*, Der Doppelverkauf einer Sache zwischen denselben Parteien, AcP 1993, 556.
- Brauneder*, Das ABGB und sein System, JRP 2009, 231.
- Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte (2013).
- Brauneder*, Europas erste Privatrechtskodifikation: Das Galizische bürgerliche Gesetzbuch, in Barta/Palme/Ingenhaeff (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999) 303.
- Brauneder*, Grundbuch und Miteigentum im „Tractatus de Iuribus Incorporalibus“, ZRG Germ. 1977, 218.
- Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (2014).
- Brauneder*, Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich, ZNR 1983, 22.
- Brüggemeier*, Rätsel um das sogenannte „Right of Publicity“, in Apathy et al (Hrsg), Festschrift für Helmut Koziol (2010) 3.
- Brunner*, Die Werthpapiere, in Endemann (Hrsg), Handbuch des deutschen Handels-, See-, und Wechselrechts (1882) 140.
- Bruns*, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1848).
- Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (1965).
- Burckhard*, System des oesterreichischen Privatrechtes, Band III/1 (1889).
- Busche*, Die „Doppelerfindung“, in Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts, Ohly et al (Hrsg), Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag (2005) 883.
- Bydlinski, F.*, Der negatorische Schutz des Mieters gegen Dritte und das Rechtssystem, in Klingenburger (Hrsg), Vestigia iuris Romani, Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag (1992) 81.
- Bydlinski, F.*, Der negatorische Schutz des Mieters gegen Dritte und das Rechtssystem, wobl 1993, 1.
- Bydlinski, F.*, Die rechtsgeschäftigen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht, in Paulus et al (Hrsg), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (1973) 1027.
- Bydlinski, F.*, Energielieferung und Kaufrecht, in Wünsch (Hrsg), Festschrift für Hermann Hämmerle (1972) 31.

- Bydlinski, F.*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage (1991).
- Bydlinski, F.*, Missbräuchliche Verfügungen über Bankkonten und Verwendungsansprüche des Kontoberechtigten, QuHGZ 1981, 51.
- Bydlinski, F.*, System und Prinzipien des Privatrechts (2003; Nachdruck 2013).
- Bydlinski, F.*, Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, in Koller et al (Hrsg), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken (1998) 27.
- Bydlinski, F.*, Zessionsverbot und Vertragsauslegung, in Honsell et al (Hrsg), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer (2004) 121.
- Bydlinski, F.*, Zum doppelten Eigentumsbegriff, in Bucher et al (Hrsg) Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag (2005) 141.
- Bydlinski, F.*, Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht, in Heldrich et al (Hrsg), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag II (2007) 1017.
- Bydlinski, P.*, Das Tier, (k)eine Sache? rdw 1988, 157.
- Bydlinski, P.*, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter, AcP 1998, 287.
- Bydlinski, P.*, Die Eigenmacht im Besitzstörungsrecht, RZ 1998, 97.
- Bydlinski, P.*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991).
- Bydlinski, P.*, Zivilrechtliche Zulässigkeitsgrenzen bei der Verteilung von Werbematerial „an der Wohnungstür“, ÖJZ 1998, 641.
- Bydlinski, P./Perner/Spitzer* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar KBB, 7. Auflage (2023) = KBB⁷.
- Caemmerer*, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, in Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften (1968) 146.
- Cahn*, Ansprüche und Klagemöglichkeiten der Aktionäre wegen Pflichtverletzungen der Verwaltung beim genehmigten Kapital, ZHR 2000, 113.
- Canaris*, Bankvertragsrecht (1981).
- Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage (1983).
- Canaris*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in Ballerstedt et al (Hrsg), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag am 12. September 1978 (1978) 371.
- Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971).
- Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377.
- Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage (1983).
- Canstein*, Der Besitzschutz nach österreichischem Rechte, GrünhutsZ 1879, 120.
- Caroni*, Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB, in Ebert (Hrsg), Festschrift Hermann Baltl (1978) 107.
- Caroni*, Gesetz und Gesetzbuch: Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte (2003).
- Caroni*, Savigny und die Kodifikation, ZRG Germ. 1969, 97.
- Carozzi*, Giurisprudenza del codice civile generale della monarchia Austriaca,
Band IX (1820).
Band VIII (1820).
- Casper*, Das Zukunftsfinanzierungsgesetz, ZHR 2023, 5.
- Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände (1999).
- Charmatz*, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge (1937).
- Chiusi*, Res: Realität und Vorstellung, in Schermaier (Hrsg), Iurisprudentia universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag (2002) 101.
- Chiusi*, Strukturen des römischen Eigentums im Spiegel rhetorisch-philosophischer Texte Ciceros, in Eckl/Bernd (Hrsg), Was ist Eigentum? (2005) 59.
- Ciresa* (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht, 23 Lieferungen (2023).

Coing, Europäisches Privatrecht,

1. Band (1985).

2. Band (1989).

Coing, Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft, in Simon (Hrsg), *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht: 1947–1975*, 1. Band (1982) 178.

Coing, Zur Eigentumslehre des Bartolus, ZRG 1953, 348.

Coing, Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“, in Simon (Hrsg), *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht: 1947–1975*, 1. Band (1982) 241.

Darjes, Discours über sein Natur- und Völkerrecht, 1. Band (1762).

Dearing, Die Denuntiation als Modus, in Floßmann (Hrsg), *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, Festschrift für Hermann Eichler zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 1977* dargebracht von Freunden, Kollegen und Schülern (1977) 89.

Deixler-Hübner (Hrsg), *Exekutionsordnung – Kommentar*, 34 Lieferungen (2022).

Deixler-Hübner/Klicka, *Zivilverfahren*, 13. Auflage (2023).

Dernburg, *Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs*, 5. Auflage (1894).

Dernburg, *Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, 1. Band, 5. Auflage (1879).

Dernburg, *Pandekten*, 2. Auflage (1888).

Dillenz, Warum Österreich-Ungarn nie der Berner Übereinkunft beitrug, in Wadle (Hrsg), *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa* (1993) 167.

Dittrich, *Das österreichische Verlagsrecht* (1969).

Dokalik, Der Nachweis der Aktionärseigenschaft nach dem Entwurf eines ARÄG 2009, *GesRZ* 2008, 329.

Dölemeyer, Die Teilnovellen zum ABGB, in Hofmeister (Hrsg), *Kodifikation als Mittel der Politik* (1986) 49

Dondorp, Ius Ad Rem als Recht, Einsetzung in ein Amt zu verlangen, *RDH* 1991, 285.

Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), *Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. Auflage (2021).

Dörner, *Dynamische Relativität: der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten* (1985).

Drescher/Fleischer/Karsten Schmidt (Hrsg), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch = MüKoHGB*,

2. Band, 5. Auflage (2022).

2. Band, 4. Auflage (2016).

6. Band, 5. Auflage (2024).

Drobnik/Mayer, Differenzhaftung bei Verschmelzung und nomineller Kapitalerhöhung, *rdw* 2019, 448.

Dubischar, Doppelverkauf und „ius ad rem“, *JuS* 1970, 6.

Dubischar, Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht (1961).

Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951).

Dürager, Sind Daten ein schutzfähiges Gut? *ÖJZ* 2018, 260.

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg), *Handelsgesetzbuch*, 5. Auflage (2024).

Ebner, (R)evolution im Nachbarland: Das deutsche Gesetz über elektronische Wertpapiere, *GesRZ* 2021, 228.

Ebner/Kalss, Die digitale Sammelurkunde – ein erster Schritt zur vollständigen Digitalisierung des österreichischen Wertpapierrechts, *GesRZ* 2020, 369.

- Ebner/Kalss*, Die österreichische Sammelurkunde, RD 2022, 108 (110).
- Eccher*, Die Rechtsstellung des Zweitkäufers einer Liegenschaft im österreichischen und italienischen Recht, in Festschrift für Kurt Wagner zum 65. Geburtstag (1987) 83.
- Eckert*, Nachbarrechtliche Sonderrechtsverhältnisse (2021).
- Eckert/Schopper* (Hrsg), AktG-ON – *In Hochzahl wird jeweils der Stand der Kommentierung angegeben*.
- Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I/1.: Allgemeiner Teil, 2. Auflage (1951).
- Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I/2.: Das Sachenrecht, 2. Auflage (1957).
- Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band 2: Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage (1928).
- Eichler*, Die Rechtsidee des Eigentums (1994).
- Eichler*, Institutionen des Sachenrechts (1954).
- Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht: Funktionsverlust von Effektenurkunden im internationalen Rechtsverkehr (1995).
- Eisenhardt*, Die Entwicklung des Abstraktionsprinzips im 20. Jahrhundert, in Köbler/Nehlsen (Hrsg), Wirkungen europäischer Rechtskultur, Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag (1997) 215.
- Engin-Deniz*, MSchG: Markenschutzgesetz und weitere kennzeichenrechtliche Bestimmungen, 3. Auflage (2017).
- Enzinger*, Die Eingriffskondiktion als Rechtsbehelf im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR Int 1997, 96.
- Ernst*, Ist der gutgläubige Mobiliarerwerb eine Rechtsscheinwirkung? in Lange et al (Hrsg), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag (1993) 95.
- Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht (1991).
- Ertl*, Gutgläubiger Erwerb von Softwarepiraten: Zugleich ein Beitrag zum Gutgläubenserwerb an Forderungen, MR 1997, 314.
- Esser*, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in Baur (Hrsg), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag Raiser (1974) 517.
- Esser*, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in Esser/Thieme (Hrsg), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag (1967) 95.
- Ettig*, Bereicherungsausgleich und Lizenzanalogie bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen (2015).
- Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht (1867).
- Fabricius*, Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäß § 823 Abs. 1 BGB, AcP 1961, 274.
- Fabricius*, Zur Theorie des stücklosen Effektengiroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen: Zugleich ein Beitrag zur Frage der Abgrenzung von Schuldrecht und Sachenrecht, AcP 1963, 456.
- Fantur/Zebetner*, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil II), ecolex 2000, 506.
- Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Band 2. Teilband, 3. Auflage (2018).
- Feenstra*, Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen, in Behrendset al. (Hrsg), Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag (1978) 209.
- Feenstra*, Ius in re (1979).
- Feenstra*, L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé, in La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno (1973) 377.

- Feenstra*, Real Rights and their classification in the 17th century: The Rôle of Heinrich Hahn und Gerhard Feltmann, in Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th–18th Centuries (1996) 106.
- Feldmann*, R., Der possessorische Besitzschutz und sein Verhältnis zum petitorischen Recht (2020).
- Fenyves*, Abtretungsverbote in Allgemeinen Versicherungsbedingungen und § 1396a ABGB, ZVers 2019, 178.
- Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Auflage = Klang³, §§ 1–43 (2014).
 §§ 285–352 (2011).
 §§ 353–379 (2011).
 §§ 380–446 (2018).
 §§ 447–530 (2016).
 §§ 1002–1044 (2019).
 §§ 1375–1410 (2011).
 §§ 1451–1502 (2012).
- Feuerbach*, Ueber actio in rem und actio in personam, jus in rem und jus in personam. Gegen Hrñ. Prof. Thibaut, in Versuche über das Civilrecht, 1. Band (1803) 215.
- Fezer*, Dateneigentum, MMR 2017, 3.
- Fezer*, Markenrecht, 5. Auflage (2023).
- Fezer*, Teilhabe und Verantwortung (1986).
- Fiorini*, Das Rechtsobjekt in Frankreich, in Wacke/Baldus (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa (2002) 86.
- Fleischer/Goette* (Hrsg), Münchener Kommentar zum GmbHG = MüKoGmbHG, 1. Band, 4. Auflage (2022).
- Fleißner*, Eigentum an unkörperlichen Sachen am Beispiel von Bitcoins, ÖJZ 2018, 437.
- Floßmann/Kalb/Newirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 9. Auflage (2023).
- Flume*, Die Bewertung der Institutionen des Gaius, ZRG 1962, 1.
- Foerster*, Die Zuordnung der Mitgliedschaft (2018).
- Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017).
- Forgó*, Daten als Gegenstand von sachenrechtlichen datenschutz- und urheberrechtlichen Regelungen, in Verhandlungen des 20. Österreichischen Juristentages, Band II/2 (2018) 351.
- Forkel*, Zur dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen, NJW 1983, 1764.
- Förster/Eccius*: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts,
 1. Band, 4. Auflage (1865, Nachdruck 2019).
 2. Band, 4. Auflage (1866, Nachdruck 2019).
 3. Band, 4. Auflage (1868, Nachdruck 2019).
- Frauenberger*, Einstweiliger Rechtsschutz bei Besitzstörungen (1993).
- Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften (2019).
- Frotz*, G., Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Rechtsscheinprinzip, in Loebenstein (Hrsg), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag (1972) 131.
- Fuchs*, Das Wesen der Dinglichkeit: Ein Beitr. zur allgemeinen Rechtslehre u. zur Kritik d. Entwurfs e. bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich (1889).
- Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? (2006).
- Gadamer*, Hermeneutik, 1. Band, 5. Auflage (1986).

- Gamauf*, Eigentumserwerb an Geld durch Vermengung im römischen Recht (D 46.3.78) und in § 371 ABGB, Teil 1: JAP 1997, 154.
Teil 2: JAP 1997, 217.
- Gamerith*, Die Verwirkung im Urheberrecht, in Dittrich (Hrsg), Beiträge zum Urheberrecht VII (2003) 113.
- Genius*, Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskondifikationen (1972).
- Georgiades*, Eigentumsbegriff und Eigentumsverhältnis, in Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes Sonntis (1977) 149.
- Gierke*, Deutsches Privatrecht, 2. Band (1905).
3. Band (1917).
- Giglio*, Coherence and Corporeality: On Gaius II, 12–14, ZRG 2013, 127.
- Giglio*, Pandectism and the Gaian Classification of Things, U. Toronto L. J. 2012, 1.
- Giglio*, The Concept of Ownership in Roman Law, ZRG 2018, 76.
- Ginossar*, Droit réel, propriété et créance (1960).
- Gönner*, Findet gegen den dritten redlichen Besitzer einer auf jeden Inhaber (au porteur) lautenden Schuldurkunde von Seiten des wahren Eigenthümers eine Vindication statt? Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums, 1. Band 1808, 471.
- Gönner*, Von Staats-Schulden, deren Tilgungs-Anstalten: Und Vom Handel Mit Staatspapieren I (1826).
- Görg/Felzl*, UrhG Praxiskommentar (2023).
- Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte (1995).
- Graf*, G., Plädoyer für die Zulassung der Eigentümerservitut, in Festschrift für Ludwig Bittner (2018) 197.
- Graf*, Pfandverschlechterung durch Vermietung, ÖBA 2002, 777.
- Gräfe*, Die Lehren vom Rechtsbesitz in der Rechtsgeschichte der Neuzeit (1983).
- Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung: Literatur im Konflikt mit Persönlichkeitsrechten (2018).
- Gretton*, Ownership and its Objects, RabelsZ 2007, 802.
- Grotius*, Des Hugo Grotius Recht des Krieges und Friedens I (1869).
- Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG, 2. Auflage (2018).
- Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH (1990).
- Grünzweig*, Markenrecht: Praxiskommentar, 14 Lieferungen (2023).
- Gschnitzer*, Schafft Gerichtsgebrauch Recht? in Festschrift zur Hundertjahrfeier des Österreichischen obersten Gerichtshofes 1850–1950 (1950) 40.
- Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Österreichisches Schuldrecht: besonderer Teil und Schadenersatz, 2. Auflage (1988).
- Gschnitzer*, Sachenrecht, 1. Auflage (1968).
- Gusenleitner*, Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand (2004).
- Gutjahr*, Entwurf des Naturrechts (1799).
- Haberer*, Systembau oder Systembruch, in Domej et al (Hrsg), Einheit des Privatrechts (2009).
- Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht (1996).
- Habersack*, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 9. Auflage (2020).
- Hadding*, Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache? JZ 1986, 926.
- Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung (2003).

- Haferkamp*, Gesetzgebung in der historischen Schule, in Garber (Hrsg), Festschrift für Matthias Neumayr, Band I (2023) 107.
- Hafferl-Bernatzik*, Elektrizitätsgesetzgebung und Privatrecht (1931).
- Hamburger*, Perfektion der Zession, GrünhutsZ 1908, 105.
- Hamza*, Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römisch-rechtliche Tradition (2009).
- Handig*, Guter Glaube – schlechte Chancen, wbl 2010, 209.
- Handig/Hofmarcher/Kucsko* (Hrsg), urheber.recht, 3. Auflage (2023).
- Hannoncourt/Spitzer*, Eigentumsvorbehalt, Vermengung und Individualisierbarkeit, ÖJZ 2014, 488.
- Hartlieb/Saurer/Zollner*, Anteilsübertragung bei der GmbH (2024).
- Harrasowsky, v.*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen,
2. Band (1884).
4. Band (1886).
5. Band V (1886).
- Harrer*, Die Einflussnahme auf die Geschäftsführung, GES 2019, 182.
- Harrer*, Entwicklungsstufen der Rechtsfindung (2018).
- Haselberger*, Ansätze einer juristischen Relativitätstheorie und die Einheit der Rechtsordnung, RZ 2016, 60.
- Haslmayr*, Steht dem Käufer einer verbücherten Liegenschaft oder eines Liegenschaftsteils vor grundbücherlicher Durchführung des Kaufvertrages im Zuge einer nachfolgenden Zwangsversteigerung dieser Kaufliegenschaft eine Exszindierungsklage nach § 37 EO zu? RZ 1967, 154.
- Hattenhauer*, Bricht Miete Kauf? in Jickeli et al (Hrsg), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein (2003) 153.
- Hauck*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte am Beispiel einfacher immaterialgüterrechtlicher Lizenzen, AcP 2011, 626.
- Hauck*, Nießbrauch an Rechten (2015).
- Heindler*, Conceptual approaches to the codification of international law, in Annoni/Forlati/Salerno (Hrsg), Codification in International and European Union Law (2019) 59.
- Heinsius/Horn/Than*, Depotgesetz (1975).
- Herbst*, Die rechtliche Ausgestaltung der Lizenz und ihre Einordnung in das System des bürgerlichen Rechts (1968).
- Hermann*, Der Besitz, in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Band (1911) 607.
- Heymann*, Rechte an Daten, CR 2016, 650.
- Heymann*, Zur Geschichte des jus ad rem, in Festschrift für Otto Gierke zum 70. Geburtstag dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern (1911) 1167.
- Hinteregger*, Rechte des Pfandgläubigers bei Entwertung der Pfandliegenschaft durch Vermietung, ÖBA 2001, 448.
- Hiti*, Zur Drittwirkung von Marken- und Patentrechten, ÖBl 2003, 4.
- Hodik*, Immaterialgüter und das Vollrecht daran im österreichischen Zivilrecht, UFITA 100 (1985) 109.
- Hodik*, Überlegungen zur Theorie des Immaterialgüterrechts, UFITA 96 (1983) 93.
- Hödl*, Der Lieferantenpool: Zur organisierten Durchsetzung der Eigentumsvorbehalte mehrerer Lieferanten im Konkurs des gemeinsamen Schuldners (2010).
- Hoeren*, Datenbesitz statt Dateneigentum, MMR 2019, 5.
- Hoeren*, Dateneigentum, MMR 2013, 486.
- Hofmann, F.*, Zur Lehre vom titulus und modus acquirendi und der iusta causa traditionis (1873).
- Hofmarcher*, Das Geschäftsgeheimnis (2020).

- Hofmarcher*, Hass im Netz: § 17a ABGB und die Vermarktung der Persönlichkeit, *ecolex* 2021, 296.
- Hofmeister*, Die Entwicklung des Urheberrechts in Österreich vom aufgeklärten Absolutismus bis zum Jahre 1895, in Dittrich (Hrsg), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?* (1988) 135.
- Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs (1977).
- Hofmeister*, Frühe Ansätze einer Lehre über die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, *JBl* 1972, 523.
- Hofmeister*, Naturrechtliches Ideengut als Ursache von Auslegungsschwierigkeiten im ABGB, in Ebert (Hrsg), *Festschrift für Nikolaus Grass zum 70. Geburtstag* dargebracht von Fachkollegen u. Freunden (1986) 269.
- Hofmeister*, Zur Entwicklung des Eigentumserwerbs an Grundstücken und des Grundkredits in Österreich unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses der preußischen Gesetzgebung von 1872, in Coing/Wilhelm (Hrsg), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (1976) 346.
- Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, *Yale L. J.* 1917, 710.
- Hohfeld*, Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning, *Yale L. J.* 1913, 16.
- Höllwerth/Ziehensack* (Hrsg), *ZPO Taschenkommentar* (2019).
- Holzner*, „Immissionsabwehransprüche“ für Superädifikatseigentümer mit nur präkaristischem Grundbenützungsverhältnis? *JBl* 2012, 136.
- Holzner*, Ersitzung von Grunddienstbarkeiten und Wasserbezugsrechten, in Rössler/Kerschner (Hrsg), *Wasserrecht und Privatrecht* (2013) 99.
- Holzner*, Vereinbarungen über die inhaltliche Gestaltung dinglicher Rechte und Einzelrechtsnachfolge, *JBl* 2019, 745.
- Holzner*, Vermengung und Eigentum, Teil 1: *JBl* 1988, 564.
Teil 2: *JBl* 1988, 632.
- Holzner*, Zubehör-Wohnungseigentum ohne Eintragung ins Hauptbuch? *wobl* 2010, 157.
- Holzner*, Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte durch den Erwerber im angemerken Rang, in Apathy et al (Hrsg), *Festschrift für Helmut Koziol* (2010) 681.
- Holzweber*, Das Mirakel der unverbücherten Dienstbarkeit im österreichischen Recht, SSRN-Paper (2022) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5039439.
- Holzweber/Isola*, Das Verfügungsgeschäft im österreichischen Privatrecht, *ÖJA* 2024, 1.
- Holzweber*, Sachbegriff und Unternehmensübergang, *wbl* 2023, 605.
- Holzweber*, Zur Genese der Dichotomie von Schuld- und Sachenrecht, SSRN-Paper (2022) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4941288.
- Holzweber*, Zur Haftung von Plattformen für ihre Nutzer (Teil 1) *wbl* 2020, 427.
- Hoop*, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge des Abtretungsverbots (1992).
- Hopt*, *Handelsgesetzbuch*, 41. Auflage (2022).
- Hövermann*, *Recht und Elektrizität* (2018).
- Hoyer*, Bezugsverträge und Besitzstörung, *wbl* 1997, 147.
- Hoyer*, Doppelverkauf und kein Ende – Anmerkungen zu OGH 1 Ob 537, 1551/95, *JBl* 1996, 539.
- Hoyer*, Erwerb dinglicher Rechte im Vertrauen auf den Grundbuchsstand nur entgeltlich? in Fischer-Czermak et al (Hrsg), *Festschrift Welser* (2004) 295.
- Hoyer*, Zum possessorischen Schutz des Rechtsbesitzes, *wbl* 1999, 341.
- Huber*, U., Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip, in Heldrich et al (Hrsg), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, 2. Band (2007) 471.

- Hüffer/Koch (Hrsg), Aktiengesetz, 15. Auflage (2021).
- Hussarek, Die familienrechtliche Alimentation nach österr Rechte, GrünhutsZ 1893, 649.
- Husserl, G., Der Rechtsgegenstand (1933).
- Husserl, G., Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht (1931).
- Huwiler, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht (1975).
- Huwiler, Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand. Dogmengeschichtliches zur Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs, in Schrott (Hrsg), Nit anders denn liebs und guets. Petershauser Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Karl S. Bader (1986) 75.
- Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982).
- Iro, Gutgläubenserwerb versus Anscheinsvollmacht: Die Irrwege des OGH, rdw 1998, 388.
- Isola, Zur Frage der Notwendigkeit einer ‚dinglichen Einigung‘ bei der Übereignung nach österreichischem Recht, Typoskript Universität Wien (2023).
- Jabornegg, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982).
- Jabornegg/Strasser, Nachbarrechtliche Ansprüche als Instrument des Umweltschutzes (1978).
- Jänich, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum? (2002).
- Jauernig (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 19. Auflage (2023).
- Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1892).
- Jhering, Friedrich Karl von Savigny, in Gerber/Jhering, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 5. Band (1861) 354.
- Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Band, 3. Auflage (1877).
- Jordan, Joseph Ritter v, Systematische Darstellung des bürgerlichen Rechts im Königreich Böhmen, 1. Band (1795).
- Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005).
- Kalss, Die Vererbung von Aktien, JEV 2015, 112.
- Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003).
- Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage (2017).
- Kalss/Oppitz/Torggler/Winner, BörseG/MAR (2019).
- Kalss/Probst, Syndikatsverträge in Familienunternehmen – rasch überprüfen! GesRZ 2015, 154.
- Kalss/Schauer, Die Reform des österr Kapitalgesellschaftsrecht, in Verhandlungen des 16. Österreichischen Juristentages, Band II/1 (2006).
- Kambartel, „System“ und „Begründung“ als wissenschaftliche und philosophische Ordnungsbegriffe bei und vor Kant, in Blühdorn/Ritter (Hrsg), Philosophie und Rechtswissenschaft (1969) 99.
- Kämper, Forderungsbegriff und Zession (2019).
- Kant, Die Metaphysik der Sitten, 2. Auflage (1797, Nachdruck 1907).
- Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785, Nachdruck 1870).
- Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft (1787).
- Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1785 Nachdruck 1803).
- Karner, Gutgläubiger Mobiliärerwerb (2006).
- Karner, Rechtsscheinwirkung des Besitzes und Scheinermächtigung, JBl 2004, 486.
- Karollus, Neues zur Prospekthaftung (Konkurrenz zum Verbot der Einlagenrückgewähr und zur „fehlerhaften Gesellschaft“, Kausalität des Prospektfehlers für die Disposition des Anlegers, Schadensberechnung und Schadensnachweis), ÖBA 2011, 450.

- Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Band, 2. Auflage (1971).
Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Band, 2. Auflage (1975).
Kaser, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 2. Auflage (1956).
Kaser, Gaius und die Klassiker, ZRG 1953, 127.
Kaser, Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht, in Festschrift für Paul Koschaker, Band 1 (1939) 445.
Kaser, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, in Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes Sontis (1977) 11.
Kaser, Über „relatives Eigentum“ im altrömischen Recht, ZRG 1985, 1.
Kaser, Wege und Ziele der deutschen Zivilrechtswissenschaft, in Studi in memoria di Paolo Koschaker, Band 1 (1954) 545.
Kaser, Zum Ius – Begriff der Römer, Juridica Acta 1977, 63.
Kaser/bearb Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Auflage (1996).
Kastner, Die Unterbeteiligung, JBl 1965, 72.
Kaufmann, Das Recht auf Eigentum im Mittelalter, in Eckl/Bernd (Hrsg), Was ist Eigentum? (2005) 73.
Kehrer, Gesetzeskonforme Methodik (2013).
Keinert, Prioritätsanrechnung bei Kennzeichenrechten, insbesondere im Konzern, ÖJZ 2002, 750.
Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Auflage (1960).
Kerber, W., Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung (1970).
Kerschner, Die lex-lata-Grenze: Zentrales Element des gewaltenteilenden Rechtsstaates oder bloße Chimäre? in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation (2012) 119.
Kerschner, Immissionsabwehranspruch des Mieters gegen Dritte, JAP 1990, 36.
Kerschner, Juristische Methodenlehre (2022).
Keuk-Knobbe, Das Klagerecht des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft wegen gesetz- und satzungswidriger Maßnahmen der Geschäftsführung, in Flume (Hrsg), Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975 (1975) 239.
Kianfar, Sachfotografie und Hausrecht (2015).
Klammer, Dateneigentum (2019).
Klampfl, Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen, GesRZ 2014, 23.
Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage = Klang²,
Band I/1 (1964).
Band II (1950).
Band IV/2 (1978).
Band VI (1951).
Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Auflage = Klang¹,
Band I/1 (1933).
Band I/2 (1931).
Klang, Der Oberste Gerichtshof und die Entwicklung des bürgerlichen Rechts, in Festschrift zur Hundertjahrfeier des Österreichischen Obersten Gerichtshofes 1850–1950 (1950) 80.
Klang, Der Rechtsschutz des Mieters gegen Dritte, ZBl 1926, 324.
Klang, Der Schutz des Mieters gegen Dritte, ÖJZ 1950, 1.
Klang, Nachbarrecht und Miete, ÖJZ 1951, 1.
Klang, Nochmals: Der Schutz des Mieters gegen Dritte, ÖJZ 1952, 169.

- Klein*, Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Band (1911) 1.
- Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft (1999).
- Kletečka*, Schenkungen und gemeinsame Gewahrsame, NZ 2015, 161.
- Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON. – *In Hochzahl wird jeweils der Stand der Kommentierung angegeben.*
- Klever*, Crypto Assets im bürgerlichen Recht, in Artmann/Bieber/Mayrhofer/Schmid/Tumpel (Hrsg), Crypto Assets (2022) 1.
- Klever/Wöginger*, Besitzschutz im Internet der Dinge, in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg), Handbuch Digitalisierung (2021) 643.
- Klose*, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht (2016).
- Klug*, Ein Beitrag zur Lehre vom zweimaligen Verkauf der gleichen Sache im deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Recht, Dissertation Universität Freiburg (1932).
- Knecht-Kleber*, Die Verwirkung im Immaterialgüterrecht (2008).
- Knobloch*, Abwehransprüche für den Nehmer einer einfachen Patentlizenz? (2006).
- Koch, C.*, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 1. Band, 4. Auflage (1862).
- Koch, B.*, Unterlassungsansprüche aus mietvertraglichen Verboten (1999).
- Koch, B.*, Bargeld und Buchgeld – Ist nur Bares Wahres? rdw 2016, 665.
- Kocher*, Höchstgerichtsbarkeit und Privatrechtskodifikation (1979).
- Kocher*, Privatrechtsentwicklung und Rechtswissenschaft in Österreich, 2. Auflage (1997).
- Kodek, Georg E.*, Besitzstörung durch Sperre der Versorgungsleistungen durch den Vermieter? wobl 2009, 328.
- Kodek, Georg E.*, Die Besitzstörung (2002).
- Kodek, Georg E.*, Die Einrede im Zivilrecht (2020).
- Kodek, Georg E.*, Die heutige Bedeutung der actio Publiciana, in Fischer-Czermak et al (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB II (2011) 1139.
- Kodek, Georg E.* (Hrsg), Grundbuchsrecht, 2. Auflage (2016).
- Kodek, Georg E.*, Petitorische Einwendungen im Besitzstörungsverfahren – eine Entscheidung der Corte costituzionale als Denkanstoß, in Schurr/Umlauf (Hrsg), Festschrift für Bernhard Eccher (2017) 571.
- Kodek, Georg E.*, Richterliche Rechtsfortbildung – Möglichkeiten und Grenzen, in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 1.
- Kodek, Georg E.*, Wechselseitige Besitzstörungen, in Perner/Riss (Hrsg), Festschrift für Gert Iro zum 65. Geburtstag (2012) 49.
- Kogler*, Non Fungible Tokens und Sachenrecht, JBl 2021, 685.
- Kogler*, Vergleich und Anerkenntnis (2021).
- Kohler*, Das Autorrecht (1880).
- Koller, C./Wolkerstorfer*, Wertpapierrecht, 2. Auflage (2022).
- Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), Insolvenzordnung, 2. Auflage (2023).
- Koppensteiner*, Gesellschafterklagen und Gleichbehandlungsgrundsatz im Kapitalgesellschaftsrecht, ÖJZ 2023, 824.
- Koppensteiner*, Individual- und Minderheitenrechte im Gesellschaftsrecht, wbl 2023, 545.
- Koppensteiner*, Beschlussmängel im Gesellschaftsrecht (Teil 1), wbl 2022, 1.
- Koppensteiner*, Gesellschaftszweck, Treuebindung und Mitgliedschaft, GES 2017, 408.
- Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage (1997).
- Koppensteiner*, Von actiones pro socio bei der GmbH, wbl 2018, 428.
- Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Auflage (2007).
- Korves*, Eigentumsunfähige Sachen? (2014).

- Koschembahr-Lyskowski*, Zur Stellung des römischen Rechtes im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für das Kaisertum Österreich, in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Band (1911) 211.
- Koziol, G.*, Lizenzen als Kreditsicherheiten: zivilrechtliche Grundlagen in Deutschland, Österreich und Japan (2011).
- Koziol, G.*, Sicherungsrechte an Immaterialgüterrechten und Register für Mobiliarsicherheiten, in Perner/Riss (Hrsg), Festschrift für Gert Iro zum 65. Geburtstag (2012) 365.
- Koziol, H.*, Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter? in Bucher et al (Hrsg) Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag (2005) 449.
- Koziol, H.*, Der Verwendungsanspruch bei Ausnützung fremder Kenntnisse und schöpferischer Leistungen, JBl 1978, 239.
- Koziol, H.*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967).
- Koziol, H.*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band 1, 4. Auflage (2020) = öHPR I⁴.
- Koziol, H.*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band 2, 3. Auflage (2018) = öHPR II³.
- Koziol, H.*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band 2, 2. Auflage (1984) = öHPR II².
- Koziol, H.*, Zur Ungültigkeit des zweiten Kaufvertrages und der Übereignung bei Doppelveräußerungen, in Schurr/Umlauf (Hrsg), Festschrift für Bernhard Echter (2017) 607.
- Koziol, H.*, Rechtsfragen beim Factoring-Geschäft, QuHGZ 1972, 313.
- Koziol, H.*, Sache, Eigentum und persönliche Sachenrechte: vernachlässigte dogmatische Schätze des österreichischen ABGB? in Grigoleit/Petersen (Hrsg), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag (2017) 1087.
- Krainz*, Das leitende Princip der bürgerlichen Rechte, GZ 1868, 383.
- Kralik*, Bemerkungen zum Veräußerungsverbot und zur Verpfändung nach § 76 GmbHG, in Loebenstein (Hrsg), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag (1972) 215.
- Kralik*, Besitz und Besitzschutz heute, in Verhandlungen des 2. Österreichischen Juristentages, Band II/1 (1964).
- Krasnopolski*, Der Schutz des redlichen Verkehrs im österreichischen Civilrechte (1892).
- Kraßer*, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter (1971).
- Kraus, S.*, Zum erforderlichen Sorgfaltsgrad beim gutgläubigen Erwerb nach § 371 ABGB, JBl 2018, 568.
- Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, 2. Band (1761).
4. Band (1765).
- Kreller*, Res als Zentralbegriff des Institutionensystems, ZRG 1948, 572.
- Kreutz*, Das Objekt und seine Zuordnung (2017).
- Krieger*, Aktionärsklage zur Kontrolle von Vorstand und Aufsichtsrat, ZHR 1999, 343.
- Kroeschell*, Zur Lehre vom „germanischen“ Eigentumsbegriff, in Rechtshistorische Studien, Hans Thiene zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern (1977) 34.
- Kronthaler*, Verfügung über (dingliche) Rechte – Ein Diskussionsbeitrag über einen allgemeinen Verfügungstatbestand des ABGB, ÖJA 2023, 234.
- Krückmann*, Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des Gemeinen Rechts, AcP 1912, 179.
- Kucko/Schumacher (Hrsg), marken.schutz, 3. Auflage (2020).
- Kuhn, Thomas S.*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 3. Auflage (1978).

- Kühnen*, Die Ansprüche des Patentinhabers wegen Schutzrechtsverletzung nach Vergabe einer ausschließlichen Lizenz, in *Gewerbliche Schutzrechte und ihre Durchsetzung*, in Grosch (Hrsg), Festschrift für Tilman Schilling zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007 (2007) 311.
- Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen (2003).
- Kupisch*, Institutionensystem und Pandektensystem: zur Geschichte des Res-Begriffs, *Irish Jurist* 1990, 293.
- Labusen*, Verdinglichung durch Datenschutz, *AcP* 2021, 1.
- Landau*, Zum Ursprung des „Jus ad rem“, in *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law* (1971) 81.
- Lang*, Patente, Patentanmeldungen und Erfindungen als Kreditsicherungsmittel (1999).
- Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage (1995).
- Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 6. Auflage (1983).
3. Auflage (1975).
- Larenz*, Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, in Bockelmann (Hrsg), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag (1969) 150.
- Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage (1991).
3. Auflage (1975).
- Larenz*, Schuldrecht, 1. Band, 12. Auflage (1979).
- Larenz*, Zur Struktur „subjektiver Rechte“, in *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, Festgabe für Johannes Sontis (1977) 129.
- Lässer*, Martinis Rechtsphilosophie und das österreichische Privatrecht (2008).
- Leborgne*, Le Droit selon Henri Motulsky, *RJO* 2015, 9.
- Lehmann*, Finanzinstrumente: Vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände (2009).
- Lehmann*, Zeitenwende im Wertpapierrecht, *BKR* 2020, 431.
- Leitner M.*, Gibt es Gewohnheitsrecht im geltenden österreichischen Recht? in *Rasi et al* (Hrsg), Festschrift für Andreas Konecny (2022) 285.
- Lentze*, Die österreichische Rechtswissenschaft vor dem Jahre 1848, in *Vietor* (Hrsg), Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum Jahre 1848 (1968) 157.
- Lentze*, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (1962).
- Lentze*, Naturrecht und historische Schule in der österreichischen Rechtswissenschaft, *Wissenschaft und Weltbild* 1970, 38.
- Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch im System des privatrechtlichen Eigentumsschutzes (2000).
- Levy*, *West Roman Vulgar Law* (1951).
- Lichtenstein*, Zum Abwehranspruch des einfachen Lizenznehmers, *GRUR* 1965, 344.
- Liekefett*, *Handbuch des Bürgerlichen Rechts in Teutschland*, 4. Band (1790).
- List*, Der Energiebegriff im modernen Sachenrecht, *JBl* 1931, 454.
- Löbl*, Studien zur Zessionslehre des österreichischen Rechtes, *ZBl* 1929, 81.
- Loewenheim* (Hrsg), *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Auflage (2021).
- Losano*, Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser (1996).
- Lübtow, v.*, Hand wahre Hand: Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag* (1955) 119.
- Luig*, Das Privatrecht im „Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten“ von 1794, *AcP* 1994, 521.
- Luig*, Zur Geschichte der Zessionslehre (1966).

- Lukas*, Das vertragliche Zessionsverbot de lege ferenda, ÖBA 2004, 755.
- Lukas*, Unechter Besitz an verneinenden Rechten? in Apathy et al (Hrsg), Festschrift für Helmut Koziol (2010) 235.
- Lurger*, Die Zession im sachenrechtlichen Übertragungssystem des ABGB, in Fischer-Czermak et al (Hrsg), Festschrift Welser (2004) 639.
- Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 1980, 85.
- Lutter/Hommelhoff* (Hrsg), GmbH-Gesetz, 21. Auflage (2023).
- Maamar*, Urheberrechtliche Fragen beim Einsatz von generativen KI-Systemen, ZUM 2023, 481.
- Madl*, Grundprobleme der Verarbeitung nach österreichischem Recht, Dissertation Universität Wien (1999).
- Mahler*, Der Sachbegriff im modernen Elektrizitätsrecht, JBl 1931, 93.
- Maier, G.*, Zur Geschichte der Zession, in Kunkel/Wolff (Hrsg), Festschrift für Ernst Rabel, 2. Band (1954) 205.
- Manthe*, Die Institutionen des Gaius (2004).
- Martini*, De Lege Naturali Positiones: In Usum Auditorii Vindobonensis (1772).
- Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1797).
- Mayer, J.*, Die Sammelurkunden des Depotgesetzes 1970, in Loebenstein (Hrsg), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag (1972) 289.
- Mayer-Maly*, Auslegen und Verstehen, JBl 1969, 413.
- Mayer-Maly*, Das Eigentum in der österreichischen Rechtsordnung, WiPolBl 1970, 404.
- Mayer-Maly*, Die Elektrizität in der Rechtsprechung des OGH, in Mayer-Maly (Hrsg), Probleme des Energierechts (1972).
- Mayr*, Der Eigentumserwerb an Dienstfindungen und sachenrechtliche bzw schuldrechtliche Konsequenzen des Erwerbs vom Nichtberechtigten, ÖJZ 1997, 691.
- McGuire*, Die Lizenz (2012).
- Meijers*, Le soi-disant „jus ad rem“, in Feenstra/Fischer (Hrsg), Etudes d'histoire du droit IV – Le droit romain au moyen âge (1966) 175.
- Meisehder*, Besitz und Besitzschutz: Studien über alte Probleme (1876).
- Meissel*, Joseph Unger und das Römische Recht – zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“, in Haferkamp/Repgen (Hrsg), Wie pandektistisch war die Pandektistik? (2017) 17.
- Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag (2002).
- Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt*, GmbHG-Gesetz, 4. Auflage (2023).
- Micheler*, Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht (2004).
- Miernicki*, Kryptowerte im Privatrecht (2023).
- Miernicki*, Kryptowerte und Tokenisierung nach österreichischem Privatrecht, GesRZ 2024, 163.
- Moecke*, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb (1962).
- Mohnhaupt*, Zeillers Rechtsquellenverständnis, in Selb (Hrsg), Forschungsband Franz von Zeiller (1980) 167.
- Möller, C.*, Die Servituten (2010).
- Monier*, La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique de res en corporeles et incorporeles, in Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1948) 357.
- Moser, L.*, Das Einlösungsrecht des § 462 ABGB (2021).
- Motulsky*, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (1948, Nachdruck 2002).
- Müller, A.*, Das quasidingliche Recht (2019).
- Müller, E.*, Der Rechtsbesitz als Erscheinungsform des Besitzgedankens in der geltenden Privatrechtsordnung (1935).

- Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka (Hrsg), AktG: Praxiskommentar (2020).
- Nauta, Die Rechtsstellung des Lizenznehmers, ÖJZ 2003, 404.
- Neschwara, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB (2012).
- Neuner, Die Rechtsfindung contra legem (1992).
- Nippel, Ein paar Worte über dinglich-persönliche Sachenrechte, ZöRpG 1830, 22.
- Nippel, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses, 3. Band (1831).
6. Band (1833).
7. Band (1834).
9. Band (1838).
- Nippel, Vertheidigung der im Januar-Hefte d. Z. zu widerlegen versuchten Behauptung, daß es dinglich=persönliche Sachenrechte, oder, vielleicht besser gesagt: persönlich=dingliche Sachenrechte gebe, ZöRpG 1831, 245.
- Noack/Servatius/Haas (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 23. Auflage (2023).
- Nörr, K.W., Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, in Medicus (Hrsg), Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992 (1992) 193.
- Nowakowski, Kein Verwendungsanspruch bei Eingriff in das Recht am eigenen Bild? ÖBl 1983, 97.
- Nowotny, C., Anteilbuch, Firmenbuch und Gesellschafterstellung in der GmbH, rdw 1991, 71.
- Oberkofler, Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft (1984).
- Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff, in Jhering/Ehrenberg/Unger (Hrsg), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts XXXI (1892) 415.
- Oertmann, Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 1925, 129.
- Ofner, J., Der Urentwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Band (1889).
2. Band (1889).
- Ogris, W., Die historische Schule der österreichischen Zivilistik, in Grass/Ogris (Hrsg), Festschrift Hans Lentze: Zum 60. Geburtstag dargebracht von Fachgenossen und Freunden (1969) 449.
- Ogris, W., Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert (1974) 153.
- Ogris, W., Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert (1968).
- Ogris, W., Zur Geschichte und Bedeutung des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), in Olechowski (Hrsg), Elemente europäischer Rechtskultur (2003) 311.
- Ohly, Gibt es einen Numerus Clausus der Immaterialgüterrechte? in Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts, in Ohly et al (Hrsg), Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag (2005) 105.
- Ohly, Zuweisung von Daten: immaterialgüterrechtliche Lösungen, in Hofmann/Raue/Zech (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 135.
- Omlor, Elektronische Aktien nach dem Zukunftsfinanzierungsgesetz, RD 2024, 19.
- Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht (2010).

- Opitz*, Die gesetzliche Bestätigung der Wertrechtslehre, in 50 depotrechtliche Abhandlungen (1954) 455.
- Opitz*, Wertrechte und Wertpapiere, in 50 depotrechtliche Abhandlungen (1954) 426.
- Ory/Sorge*, Schöpfung durch Künstliche Intelligenz? NJW 2019, 710.
- Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts (1965).
- Osterloh-Konrad*, Eigentum in der digitalen Gesellschaft: eine rechtsphilosophische Perspektive, in Hofmann/Raue/Zech (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 9.
- Otte*, Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB, in Behrends et al (Hrsg), Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag (1978) 463.
- Paefgen, W.*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG (2002).
- Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums (2006).
- Palma*, Kein Gutgläubenserwerb von GmbH-Geschäftsanteilen?
Teil 1: wbl 2023, 2.
Teil 2: wbl 2023, 61.
- Paschke*, Ist elektromagnetische Energie eine Sache? in Straube (Hrsg), Jurist und Technik zwischen Wissenschaft und Praxis: Festschrift für Josef Kühne zum 60. Geburtstag (1984) 333.
- Paulus*, § 90 BGB, das Sachenrecht und die Digitalisierung der Welt, in Boele-Woelki et al (Hrsg), Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, 2. Band (2019) 119.
- Pawlowski*, Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht (1961).
- Peifer*, Strukturanalyse von Immaterialgüterrechten, in Hofmann/Raue/Zech (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 49.
- Peukert*, „Sonstige Rechte“ im Rechtsverkehr, in Leible/Lehmann/Zech (Hrsg), Unkörperliche Güter im Zivilrecht (2011) 95.
- Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip (2008).
- Pfaff*, Über die Materialien des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, GrünhutsZ 1875, 254.
- Pfaff/Hofmann*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 1. Band (1877).
- Pflüger*, Über das Wesen der Dinglichkeit, AcP 1892, 406.
- Pflüger*, Über körperliche und unkörperliche Sachen, ZRG 1947, 339.
- Pichler*, Die „eigenmächtige“ Störung, ÖJZ 1963, 509.
- Picht*, Vom materiellen Wert des Immateriellen (2018).
- Picker*, Der „dingliche“ Anspruch, in Koziol/Rummel (Hrsg), Im Dienst der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski (2002) 269.
- Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz (2019) 575.
- Picker*, Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht (1981).
- Picker*, Die Nutzungsbeeinträchtigung ohne Substanzverletzung als systemrelevantes Deliktsrechtsproblem, NJW 2015, 2304.
- Picker*, Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine Apologie, in Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz (2019) 755.
- Pierer*, Die Privatsphäre des Erblassers, NZ 2020, 281.
- Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018).
- Pierer*, Verwendungsanspruch und Gewinnabschöpfung im Persönlichkeitsrecht (2023).
- Pletzer*, Doppelveräußerung und Forderungseingriff (2000).
- Plöchl*, Die elektrische Energie im Handelsrecht, in Ogris/Frotz (Hrsg), Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart, Festschrift Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag (1973) 415.

- Plohmman*, Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1992).
- Popper*, Logik der Forschung, 10. Auflage (1994).
- Portmann*, Wesen und System der subjektiven Privatrechte (1996).
- Potacs*, Auslegung und Legalitätsprinzip, ZfV 2015, 230.
- Potacs*, Rechtstheorie, 2. Auflage (2019).
- Puchta*, Cursus der Institutionen,
1. Band, 2. Auflage (1841).
2. Band, 2. Auflage (1841).
- Pufendorf*, Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte, 1. Band (1711).
- Pugliese*, „Res corporales“, „res incorporales“ e il problema del diretto soggettivo, in Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz (1953) 223.
- Rabel*, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts nach dem österreichischen Gesetz vom 26. Dezember 1895 (Nachdruck), UFITA 108 (1988) 185.
- Raber*, Zum vertraglichen Abtretungsverbot, JBl 1972, 441.
- Rabl*, Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 575.
- Raiser*, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, in v Caemmerer (Hrsg), Festschrift für Martin Wolff; Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht (1952) 123.
- Raiser*, Funktionsteilung des Eigentums, in Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes Sontis (1977) 167.
- Randa*, Das Eigentumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Werthpapiere des Handelsrechtes nach österreichischem Rechte, 2. Auflage (1893).
- Randa*, Das Possessorium summarissimum und ordinarium des österr. Rechts, GrünhutsZ 1880, 264.
- Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches,
4. Auflage (1895).
2. Auflage (1876).
1. Auflage (1865).
- Rappaport*, Über die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit der Eigentumsübergabe nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Band (1911) 401.
- Raue*, Das (Sach-) Eigentum als Teil der Informationsrechtsordnung, in Hofmann/Raue/Zech (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 109.
- Raschner/Reheis*, Die Einführung der digitalen Sammelurkunde, ÖBA 2021, 456.
- Rassi*, Grundbuchsrecht, 3. Auflage (2019).
- Rastegar*, Die Gesellschafterklage in der GmbH (2020).
- Rechberger/Klicka* (Hrsg), Kommentar zur ZPO, 5. Auflage (2019).
- Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 9. Auflage (2017).
- Regner*, Blockchain – Einführung und Begriffserklärung, in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg), Handbuch Digitalisierung (2021) 3.
- Regner*, Tokenarten aus technologischer Perspektive, in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg), Handbuch Digitalisierung (2021) 17.
- Reich-Rohrwig*, 100 Jahre GmbH-Gesetz, ecolex 2006, 488.
- Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983).
- Reidinger*, Die dinglich wirkende Einrede, in Barta et al (Hrsg), Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-, Sozial- und Zivilrecht, Festschrift für Martin Binder (2010) 143.
- Riss*, Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt und Käuferinsolvenz (2023).
- Rody*, Der Begriff und die Rechtsnatur von Geschäftsgeheimnissen unter Berücksichtigung der Geheimnisschutz-Richtlinie (2019).
- Roth*, Das zukünftige Recht der Bucheffekten, ÖBA 2011, 607.
- Roth*, Wertpapierrecht, 2. Auflage (1999).

- Rubin*, Der Vollstreckungsschutz des Treugebers bei der fremdnützigen fiducia, in Perner/Riss (Hrsg), Festschrift für Gert Iro zum 65. Geburtstag (2012) 429.
- Rubin*, Offenkundige Wohnungsdienstbarkeiten? *ecolex* 1998, 545.
- Rüffler*, Die Aktionärsklage, *ÖJZ* 2021, 405.
- Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002).
- Rüfner*, Possession of Incorporeals, in *The Consequences of Possession* (2014) 171.
- Rüfner*, Savigny und der Sachbegriff des BGB, in Leible/Lehmann/Zech (Hrsg), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht* (2011) 33.
- Rüfner*, The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of Dominium Utile, in Cairns/du Plessis (Hrsg), *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula* (2010) 127.
- Rummel (Hrsg), *ABGB*, 3. Auflage (2000).
- Rummel*, Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten? *JBl* 1977, 521.
- Rummel*, Zum Grundsatz der abstrakten Tradition – Überlegungen aus Anlaß der Neuregelung des § 65 AktG durch das Aktienrückerwerbsgesetz, *ÖBA* 2000, 567.
- Rummel/Lukas (Hrsg), *ABGB*, 4. Auflage,
 §§ 1–43 (2015).
 §§ 285–446 (2016).
 §§ 531–824 (2014).
 §§ 822–858 (2015).
 §§ 859–916 (2014).
 §§ 1035–1150 (2017).
- Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg), *Münchener Kommentar zum BGB = MünKoBGB*,
 Band 1, 9. Auflage (2021).
 Band 7, 9. Auflage (2024).
 Band 8, 9. Auflage (2023).
- Sailer*, 200 Jahre § 12 ABGB: Rechtssicherheit ohne stabile Entscheidungspraxis? in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), *200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation* (2012) 175.
- Sailer*, Die lex-lata-Grenze: Zentrales Element des gewaltenteilenden Rechtsstaates oder bloße Chimäre? in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), *200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation* (2012) 135.
- Samuel*, *Property Notions in the Law of Obligations*, Cambridge L. J. 1994, 524.
- Savigny*, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, 2. Band (1853).
- Savigny*, *Das Recht des Besitzes* (1803, Nachdruck 2011).
- Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*,
 1. Band (1840).
 3. Band (1840).
 5. Band (1841).
- Savigny*, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, *ZGR* 1815, 1.
- Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814).
- Schacherreiter, J.*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht (2018).
- Schanda*, Die Wirkung der Markenlizenz gegenüber Dritten, *GRUR Int* 1994, 275.
- Schanda*, Kritisches zur Aktivlegitimation des Markenlizenznehmers, *ÖBl* 2001, 151.
- Scherer (Hrsg), *DepotG* (2012).
- Schermaier*, Der zivilrechtliche Eigentumsbegriff in historischer Perspektive, in Brinkmann/Shirvani (Hrsg), *Privatrecht und Eigentumsgrundrecht* (2016) 23.
- Schermaier*, Dominus actuum suorum, *ZRG* 2017, 49.
- Scheuerle*, Über das Wesen des Wesens, *AcP* 1964, 429.

- Schilcher*, Ein Abschied, der schon längst fällig war – Nekrolog auf den Dualismus von dinglichen und obligatorischen Rechten in Österreich, in Perner et al (Hrsg), Festschrift für Attila Fenyves (2013) 311.
- Schilcher*, Offenkundige Servituten, Doppelveräußerung und Eintragungsgrundsatz, JBl 2005, 619.
- Schilcher*, Starke und schwache Rechte, in Koziol/Rummel (Hrsg), Im Dienst der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski (2002) 353.
- Schilcher/Holzer*, Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften,
Teil 1: JBl 1974, 445.
Teil 2: JBl 1974, 512.
- Schindler*, Kausale oder abstrakte Übereignung, in Köbler/Nehlsen (Hrsg), Wirkungen europäischer Rechtskultur, Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag (1997) 1033.
- Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Auflage (2005).
- Schmalz*, Handbuch des römischen Privatrechts (1793).
- Schmidlin*, Der Stand des römischen Rechts bei Erlass des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, in Fischer-Czermak et al (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB, 1. Band (2011) 59.
- Schmidt, J.*, „Actio“, „Anspruch“, „Forderung“, in Martinek et al (Hrsg), Festschrift für Jahr, Günther: Vestigia Iuris (1993) 401.
- Schmidt, J.*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung (1969).
- Schmidt, K.*, „Fehlerhafte Gesellschaft“ und allgemeines Verbandsrecht, AcP 1986, 421.
- Schmidt, K.*, Die Beschlußanfechtung bei Vereinen und Personengesellschaften, in Lutter et al (Hrsg), Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985 (1985) 217.
- Schmidt, K.*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (Teil 1), AG 1977 (205).
- Schmidt, K.*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2002).
- Schmoekel/Rückert/Zimmermann (Hrsg), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB = HKK
Band 1 (2003).
Band 2 (2007).
- Schneider*, Die Tokenisierung von Wertpapieren, in Artmann/Bieber/Mayrhofer/Schmid/Tumpel (Hrsg), Crypto Assets (2022) 115.
- Schnorbus*, Die Teilnahme des Scheingesellschafters an Strukturmaßnahmen in der GmbH, ZGR 2004, 126.
- Schoditsch*, Zivilrecht und Prostitutionsverhältnisse: Handlungsbedarf für den Gesetzgeber? ÖJZ 2013, 53.
- Scholz (Hrsg), GmbHG, 13. Auflage, Band 1 (2022).
- Schöneich*, Der Begriff der Dinglichkeit im Immaterialgüterrecht (2017).
- Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Grundriss, allgemeiner Teil (1982).
- Schönherr*, Zur Begriffsbildung im Immaterialgüterrecht, in Brügger (Hrsg), Homo creator, Festschrift für Alois Troller (1976) 57.
- Schopper*, Erfindung, Patent und Insolvenz, in Blocher et al (Hrsg), Festschrift Christian Nowotny zum 65. Geburtstag (2015) 751.
- Schopper*, Gesellschafterwechsel durch Anteilsübertragung in der Kapitalgesellschaft & Co, in Festschrift Johannes Reich-Rohrwig (2014) 207.
- Schricker/Loewenheim (Hrsg), Urheberrecht, 6. Auflage (2020).
- Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht (1985).
- Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte (2008).

- Schulz*, Classical Roman Law (1951, Nachdruck 1992).
- Schummer*, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, *ecolx* 1991, 319.
- Schuster, M.*, Gibt es dinglich-persönliche Sachenrechte, und wie ist die Regel zu verstehen, daß die Rechte des Uebernehmers einer Forderung eben dieselben, wie jene des Ueberträgers seyen? *ZöRpG* 1831, 1.
- Schuster, M.*, Theoretisch-praktischer Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 1. Band (1818).
- Schuster, M.*, Ueber die von dem Eigenthümer vorgenommene Veräußerung einer Sache an zwey verschiedene Personen, in *Pratobevera* (Hrsg), *Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Staaten* (1822) 220.
- Schwarz*, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, *ZRG* 1921, 578.
- Schwimann/Kodek* (Hrsg), *ABGB: Praxiskommentar*, 5. Auflage, Band 3 (2020).
 Band 4 (2018).
 Band 6 (2021).
- Schwimann/Kodek* (Hrsg), *ABGB: Praxiskommentar*, 4. Auflage, Band 6 (2016).
- Schwimann/Neumayr* (Hrsg), *ABGB: Taschenkommentar*, 6. Auflage (2023).
- Schwind*, Der authentische Text des ABGB, *ÖJZ* 1949, 337.
- Schwind*, Kauf bricht Miete, in *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2. Band (1911) 933.
- Sella-Geusen*, *Doppelverkauf* (1999).
- Simon/Strampff*, *Materialien des allgemeinen Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz, und von der Verjährung* (1836).
- Sohm*, *Der Gegenstand* (1905).
- Sonnberger*, Zur Gesellschafterzustimmung bei Veräußerung des Unternehmens einer OG/KG, *wbl* 2019 (181).
- Sontis*, Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in *Paulus et al* (Hrsg), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag* (1973) 981.
- Sosnitza*, *Besitz und Besitzschutz* (2003).
- Sosnitza*, Gedanken zur Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, in *Ohly* (Hrsg), *Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts*, *Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag* (2005) 183.
- Specht*, Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen, *CR* 2016, 288.
- Spencer-Brown*, *Gesetze der Form* (2008).
- Spielbüchler*, Das Prinzip der kausalen Tradition, in *Fischer-Czermak et al* (Hrsg), *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 2. Band (2011) 1433.
- Spielbüchler*, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973).
- Spielbüchler*, Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, *JBl* 1968, 589.
- Spindler/Stilz* (Hrsg), *Aktienrecht*, fortgeführt bei *Henssler* (Hrsg), *beck.online. GROSSKOMMENTAR zum Aktienrecht* (2022).
- Spitzer*, Bargeld, Buchgeld, Kontokorrent, in *Fucik/Konecny/Oberhammer* (Hrsg), *Jahrbuch Zivilverfahrensrecht* 11 (2011) 215.
- Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (§ 44 Abs 1, 2. Fall IO) (2017).
- Spitzer*, Das Verhältnis Eigentümer – Untermieter, *ÖJZ* 2010, 10.
- Spitzer*, Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12g, *ÖJZ* 2012, 784.
- Spitzer*, Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldnerverständigung, *JBl* 2005, 695.
- Spitzer/Wilfinger*, Übertragbarkeit oder Höchstpersönlichkeit von Anfechtungsrechten, *ÖBA* 2019, 795.
- Stadler/Koller* (Hrsg), *PatG* (2019).

- Stagl*, Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger, ZEuP 2007, 37.
- Stammler/Erler/Kaufmann*, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Auflage (2008).
1. Auflage (1964).
- Staub*, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, AbR 1891, 12.
- Staudegger*, „Dateneigentum“ – Licht und Schatten österreichischer Zivilrechtsdogmatik am Beispiel des Eigentums an unkörperlichen Sachen, in FS Mader (2022) 318.
- Steinwenter*, Der Einfluss des römischen Rechts auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechts in Österreich, in Studi in memoria di Paolo Koschaker I (1954) 405.
- Stepanians*, Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen „Ding“ und „Bündel“, in Eckl/Bernd (Hrsg), Was ist Eigentum? (2005) 232.
- Stieper*, Big Brother is watching you – Zum ferngesteuerten Löschen urheberrechtswidrig vertriebener E-Books, AfP 2010, 217.
- Stieper/Klumpp/Singer/Herrler* (Hrsg), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB = Staudinger BGB. – *In Klammer wird jeweils der Werkstand der Kommentierung angegeben.*
- Stöckel/Brandi-Dohrn*, Der dingliche Charakter von Lizenzen, CR 2011, 553.
- Stöcker*, Dinglichkeit und Absolutheit (1966).
- Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz. – *In Klammer wird jeweils der Stand der Kommentierung angegeben.*
- Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum UGB, 4. Auflage. – *In Klammer wird jeweils der Stand der Kommentierung angegeben.*
- Strohal*, Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien: eine Studie aus dem österreichischen Grundbuchsrecht (1876).
- Stubenrauch*, v., Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch,
1. Band, 8. Auflage (1902).
1. Band, 7. Auflage (1898).
1. Band, 6. Auflage (1892).
1. Band, 1. Auflage (1854).
3. Band, 1. Auflage (1858).
- Stürner/Eidenmüller/Schoppenmeyer*, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO, 1. Band, 4. Auflage = MüKo InsO.
- Stupecky*, Zu den Materialien des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich 1901, 331.
- Subash*, Die Einführung von digitalen Sammelurkunden in Österreich, wbl 2021, 421.
- Swarez*, Unterricht für das Volk über die Gesetze (1793).
- Swoboda*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants (1926).
- Swoboda*, Der Begriff des Eigentums im weiteren Sinne des § 353 ABGB und seine Bedeutung für die Gegenwart,
Teil 1: RZ 1928, 32.
Teil 2: RZ 1928, 49.
- Swoboda*, Kommentar zum Mietengesetz, 2. Auflage (1950).
- Taglioni*, Commentario al codice civile universale austriaco,
2. Band (1817).
3. Band (1818).
- Tellegen*, Res incorporales et les codifications modernes du droit civil, Labeo 1994, 35.

- Than*, Wertpapierrecht ohne Wertpapier? in Horn et al (Hrsg), Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven, Festschrift für Herbert Schimansky (1999) 821.
- Thibaut*, Über dingliches und persönliches Recht, in Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, 2. Band, 2 Auflage (1817).
- Thiele/Schneider*, MuSchG und Muster-RL (2018).
- Thomas*, Res, chose et patrimoine, A.P.D. 1980, 413.
- Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht (1878).
- Tichy*, Der Rechtsbesitz, seine Entwicklung und seine Bedeutung im Kontext der Verdinglichung der Forderungsrechte, in Perner/Riss (Hrsg), Festschrift für Gert Iro zum 65. Geburtstag (2012) 229.
- Till*, Versuch einer Rechtfertigung der Theorie vom titulus und modus acquirendi, in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Band (1911) 381.
- Tochtermann*, Sukzessionsschutz im Recht des Geistigen Eigentums (2018).
- Torggler*, U. (Hrsg), UGB, 3. Auflage (2019).
- Torggler*, U., Gesellschafterklagen auf Unterlassung oder Vornahme von Geschäfts-führungsmaßnahmen, GES 2011, 57.
- Torggler*, U., Das Sein und das Nichts: Die Vorgesellschaften als Rechtsverhältnis und als Rechtsträger, in Bernat (Hrsg), Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburts-tag: zum Recht der Wirtschaft I (2001) 945.
- Torggler*, U., Die Kunst, Recht fortzubilden, in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechts-fortbildung und ihre Grenzen (2019) 47.
- Torggler*, U., Die Verbandsgründung – de lege lata betrachtet (2009).
- Torggler*, U., Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaft(s-rechte), JBl 2003, 747.
- Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10.
- Troller*, Immaterialgüterrecht, 1. Band, 3. Auflage (1983).
- Ulmer*, Das Recht der Wertpapiere (1938).
- Unger*, Die materielle Seite des Instituts der öffentlichen Bücher, GZ 1868, 101.
- Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,
1. Band (1856).
2. Band (1859).
- Unger*, Über die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Pri-vatrechts (1853).
- Unger*, Ueber den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs, in Schletter (Hrsg), Jahr-bücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung (1855) 353.
- Villey*, Droit subjectif I (La genèse chez Guillaume d’Occam), in Villey, Seize essais de philosophie de droit (1969) 140.
- Villey*, Droit subjectif II (Le droit de l’individu chez Hobbes), in Villey, Seize essais de philosophie de droit (1969) 179.
- Villey*, Du sens de l’expression jus in re en droit romain classique, RIDA 1949, 417.
- Villey*, L’idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, RDH 1946, 201.
- Villey*, La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique, in La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno (1973) 53.
- Villey*, Le „Jus in re“ du droit classique romain au droit moderne, in Conférences faites à l’Institut de Droit Romain en 1947 (1950) 187.
- Völkel*, O., Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385.
- Völkel*, O., Vertrauen in die Blockchain und das Sachenrecht, ZFR 2020, 492.
- Völkl*, A., Die österreichische Kodifikation und das römische Recht, in Barta/Pal-me/Ingenhaeff (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999) 277.

- Von Bar*, Rechtsbesitz, in Siekmann (Hrsg), Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag (2017) 127.
- Vonkilch/Knoll*, Bitcoins und das Sachenrecht des ABGB, JBl 2019, 139.
- Voppel*, Der Einfluß des Naturrechts auf den Usus modernus (1996).
- Wacke*, Das Studium des Rechtsobjekts: Ausbildung zum europäischen Juristen, in Wacke/Baldus (Hrsg), Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa (2002) 23.
- Wagner, E.*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006).
- Wagner, K.*, Gesellschafter, Gesellschaft und Firmenbuch, NZ 1991, 101.
- Walter*, Gutgläubiger Erwerb urheberrechtlicher Nutzungsrechte nach österreichischem Recht? in Loewenheim (Hrsg), Urheberrecht im Informationszeitalter, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004 (2004) 625.
- Walz*, Sachenrecht für Nicht-Sachen, KritV 1986, 131.
- Warto*, Zum Modus bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 2012, 437.
- Weidinger*, Kryptowerte in der Insolvenz (2023).
- Weidinger*, Zur Eigentumsrechtsfähigkeit nach § 354 ABGB: Ein Plädoyer zur Abkehr von der strikten Dichotomie zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen anhand von Bitcoin, ZIIR 2023, 370.
- Weinmann*, Rechtsnatur der Lizenz (1996).
- Weiss*, Einige Bemerkungen zur Rezeption des römischen Rechts in den österreichischen Alpenländern, in Studi in memoria di Paolo Koschaker I (1954) 395.
- Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht (1906).
- Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 1. Band, 15. Auflage (2018).
- Welser*, Posterior tempore, potior iure! Eine unbegreifliche Entscheidung zur Doppelveräußerung, NZ 1994, 73.
- Welser*, Vertragsauslegung, Gutgläubenserwerb und Freiheitsersitzung bei der Wegservitut, JBl 1983, 4.
- Wendehorst*, Ist der Kodifikationsstreit entschieden? in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB: Evolution einer Kodifikation (2012) 9.
- Wendehorst*, Rechtsobjekte, in Alexy (Hrsg), Juristische Grundlagenforschung (2005) 71.
- Wendehorst*, Zum Einfluss pandektistischer Dogmatik auf das ABGB, in Fischer-Czermak et al (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB, 1. Band (2011) 75.
- Wesenberg/Wesener*, Neue deutsche Privatrechtsgeschichte (1985).
- Wesener*, Der innerösterreichische Regimentsrat Nikolaus von Beckmann und sein Kodifikationsplan, in Johannes Kepler 1571–1971, Gedenkschrift der Universität Graz (1974) 641.
- Wesener*, Die Rolle des Usus modernus pandectarum im Entwurf des Codex Theresianus, in Köbler/Nehlsen (Hrsg), Wirkungen europäischer Rechtskultur, Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag (1997) 1363.
- Wesener*, Dingliche und persönliche Sachenrechte – iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung, in Jayme et al (Hrsg), Festschrift für Hubert Niederländer zum 70. Geburtstag am 10. Februar 1991 (1991) 195.
- Wesener*, Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (1989).
- Wesener*, Giuseppe Grosso, Le servitù prediali nel diritto romano, ZRG 1971, 435.
- Wesener*, Kreittmayrs Zivilrechtskodex in dogmengeschichtlicher Sicht, in Bauer (Hrsg), Wiguläus Xaver Aloys Freiherr von Kreittmayr: 1705–1790; ein Leben für Recht, Staat und Politik, Festschrift zum 200. Todestag (1991) 77.
- Wesener*, „Von Sachen und dinglichen Rechten“: Zum Sachenrecht des Codex Theresianus, in Senn/Soliva (Hrsg), Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität, Festschrift für Clausdieter Schott zum 65. Geburtstag (2001) 255.

- Wesener*, Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, in Lengauer et al (Hrsg), Grundlagen der österreichischen Rechtskultur, Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag (2010) 577.
- Wesener*, Zur Bedeutung des *Usus modernus pandectarum* für das österreichische ABGB, in Harrer et al (Hrsg), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly (2011) 571.
- Wesener*, Zur Denkform des „Quasi“ in der Römischen Jurisprudenz, in Studi in memoria di Guido Donatuti, 3. Band (1973) 1387.
- Wesener*, Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes, in Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Festschrift (1975) 453.
- Wesener*, Zur Frage der Ersitzbarkeit des *Ususfructus*, in Studi in onore di Giuseppe Grosso, 1. Band (1968) 203.
- Wesener*, Zur naturrechtlichen Lehre vom Eigentumserwerb, in Ebert (Hrsg), Festschrift für Nikolaus Grass zum 70. Geburtstag dargebracht von Fachkollegen u. Freunden (1986) 433.
- Wesener*, Zur Verflechtung von *Usus modernus padectarum* und Naturrechtslehre, in Koziol/Rummel (Hrsg), Im Dienst der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinksi (2002) 473.
- Westermann*, Das Girosammeldepot im deutschen Recht, *RabelsZ* 1984, 214.
- Westermann*, Dogmatik im Sachenrecht, in Grigoleit/Petersen (Hrsg), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag (2017) 617.
- Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Auflage (2011).
- Wieacker*, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, *DRW* 1941, 49.
- Wieacker*, Griechische Wurzeln des Institutionensystems, *ZRG* 1953, 93.
- Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage (1967).
- Wieacker*, Wandlungen der Eigentumsverfassung (1935).
- Wieacker*, Zum System des deutschen Vermögensrechts (1941).
- Wiebe/Kodek* (Hrsg), Kommentar zum UWG, 2. Auflage – In Klammer wird jeweils der Stand der Kommentierung angegeben.
- Wiesel/Schur*, Ein Recht an industriellen Daten im verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen Eigentumsschutz, Wettbewerbs- und Informationsfreiheit, *ZUM* 2017, 461.
- Wiegand*, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, *AcP* 1990, 112.
- Wiegand*, Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in Köbler (Hrsg), Wege europäischer Rechtsgeschichte, Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen (1987) 623.
- Wiegand*, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff, in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert (1976) 118.
- Wieling*, Numerus clausus der Sachenrechte? in Eckert (Hrsg), Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte, Hans Hattenhauer zum 8. September 2001 (2001) 557.
- Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Auflage (2020).
- Wielsch*, Mitbestimmung durch Digitalrechte, in Hofmann/Raue/Zech (Hrsg), Eigentum in der digitalen Gesellschaft (2022) 19.
- Wilburg*, Zum Problem des gutgläubigen Erwerbes, in Ebert (Hrsg), Festschrift für Hermann Baltl (1978) 557.
- Wilhelm, G.*, Bereicherungsansprüche wegen Ausnützens fremder Schöpfungen und Kenntnisse, *ÖBl* 1995, 147.
- Wilhelm, G.*, Gutgläubiger Erwerb eines Zurückbehaltungsrechts, *ecolex* 1991, 145.

- Wilhelm, W.*, Savignys überpositive Systematik, in Blühdorn/Ritter (Hrsg), Philosophie und Rechtswissenschaft (1969) 123.
- Wilhelm, W.*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert (1958).
- Willoweit, Dominium und Proprietas*. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft, in Historisches Jahrbuch Bd 94 (1974) 131.
- Wimmer, A.*, Störung der Ausübung subjektiv-öffentlicher Rechte, ÖJZ 2019, 908.
- Wimmer, M.*, Zur actio spoliī – Condictio ex c Redintegrandā, Dekretale Saepe contingit und condictio possessionis, öarr 2017, 676.
- Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts*, vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856).
- Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts*,
6. Auflage 1887.
1. Auflage 1862.
- Winiwarter, Das Oesterreichische bürgerliche Recht*, systematisch dargestellt und erläutert,
2. Band, 2. Auflage (1839).
2. Band, 1. Auflage (1832).
4. Band, 1. Auflage (1837).
- Winner, Die nicht durchgeführte Kapitalerhöhung*, in Kalss et al (Hrsg), Festschrift für Peter Doralt zum 65. Geburtstag (2004) 707.
- Winner, Wert und Preis im Zivilrecht* (2008).
- Wisnicki, Die Geschichte der Abfassung des Tractatus de iuribus incorporalibus*, in Jahrbuch für Landeskunde und Heimatschutz von Niederösterreich und Wien NF. 20 (1926) 69.
- Wolf, M.*, Bereicherungsausgleich bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter (2017).
- Wolff, C.*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754).
- Wolkerstorfer, Zur Publizität bei der Verpfändung von Forderungen*,
1. Teil: JBl 2011, 225.
2. Teil: JBl 2011, 288.
- Wolkerstorfer, Zur Schenkung von Kleinbetragssparbüchern*, ÖBA 2016 (201).
- Wortmann, Die Vererblichkeit vermögensrechtlicher Bestandteile des Persönlichkeitsrechts* (2005).
- Wünscher, Überlegungen de lege lata zum gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen*, rdw 2021, 86.
- Zech, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“*, CR 2015, 137.
- Zech, Die „Befugnisse des Eigentümers“ nach § 903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen*, AcP 2019, 488.
- Zech, Information als Schutzgegenstand* (2012).
- Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*,
Band 1 (1811).
Band 2.1 (1812).
Band 3.1 (1812).
Band 3.2 (1812).
Band 4 (1813).
- Zeiller, Das natürliche Privat-Recht*,
1. Auflage (1802).
3. Auflage (1819).
- Zellweger-Gutknecht, Vermögenswerte im Finanzmarktrecht*, in Domej et al (Hrsg), Einheit des Privatrechts (2009) 87.

Zenati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD 1993, 305.

Zib/Dellinger (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch Großkommentar.

Band 1 (2010).

Band 2 (2017).

Band 4 (2019).

Zoll, Privatrechtliche Studien aus dem Patentrechte mit vornehmlicher Berücksichtigung des österreichischen Rechtes, GrünhutsZ 1894, 533.

Zöllner, Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1988, 392.

Zöllner, Die Zurückdrängung des Verkörperungselements bei den Wertpapieren, in Baur (Hrsg), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag Raiser (1974) 249.

Zöllner, Wertpapierrecht, 14. Auflage (1987).

Zweigert, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, in Bettermann (Hrsg), Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969 (1969) 443.

Rechtsprechungsverzeichnis

Österreich

Sofern keine Fundstellen angegeben sind, können die Entscheidungen im Rechtsinformationssystem des Bundes (www.ris.bka.gv.at) abgerufen werden. Die Sammlungen Glaser/Unger (GIU) und Glaser/Unger Neue Fassung (GIUNF) können unter Alex: Historische Rechts und Gesetzestexte Online (<https://alex.onb.ac.at/ogh.htm>) eingesehen werden.

OGH 1854–1912

OGH 30.12.1854, Nr 13109 GIU 971.	OGH 22.4.1857, Nr 2079 GIU 331.
OGH 4.6.1857, Nr 4472 GIU 373.	OGH 5.1.1858, Nr 13015 GIU 495.
OGH 5.5.1858, Nr 3156, GIU 556.	OGH 7.8.1861, Nr 2023 GIU 1369.
OGH 15.10.1861, Nr 6010 GIU 1400.	OGH 14.1.1863, Nr 163 GIU 1641.
OGH 30.1.1866, Nr 110 GIU 2374.	OGH 11.7.1866, Nr 5441 GIU 2547.
OGH 19.3.1867, Nr 2194 GIU 2761.	OGH 17.2.1870, Nr 13764 GIU 3717.
OGH 10.6.1870, Nr 2904 GIU 3810.	OGH 18.10.1870, Nr 3877 GIU 3908.
OGH 17.2.1871, Nr 13764 GIU 3717.	OGH 20.4.1871, Nr 1603 GIU 4134.
OGH 26.4.1871, Nr 4884 GIU 4139.	OGH 28.10.1871, Nr 4697 GIU 4410.
OGH 21.3.1872, Nr 11861 GIU 4534.	OGH 22.8.1872, Nr 8352 GIU 4691.
OGH 2.10.1872, Nr10098 GIU 4721.	OGH 28.1.1873, Nr 12937 GIU 4850.
OGH 23.10.1873, Nr 5114 GIU 5114.	OGH 14.10.1874, Nr 10817 GIU 5503.
OGH 21.10.1874, Nr 1874 GIU 5510.	OGH 11.2.1875, Nr 624 GIU 5631.

- OGH 17.1.1878, Nr 6427 GIU 6803.
 OGH 2.4.1879, Nr 2435 GIU 7398.
 OGH 26.5.1880, Nr 4323 GIU 8750.
 OGH 31.3.1881, Nr 1409 GIU 8354.
 OGH 17.11.1881, Nr 11045 GIU 8556.
 OGH 28.9.1882, Nr 8624 GIU 9113.
 OGH 12.4.1883, Nr 3617 GIU 9388.
 OGH 21.5.1884, Nr 2961 GIU 10859.
 OGH 25.9.1884, Nr 1884 GIU 10183.
 OGH 11.8.1885, Nr 8659 GIU 10661.
 OGH 16.2.1886, Nr 1186 GIU 10934.
 OGH 7.12.1886, Nr 12198 GIU 11287.
 OGH 14.2.1888, Nr 197 GIU 12048.
 OGH 4.8.1888, Nr 9384 GIU 12305.
 OGH 5.3.1889, Nr 988 GIU 12611.
 OGH 11.4.1889, Nr 2647 GIU 12677.
 OGH 25.2.1890, Nr 1601 GIU 13170.
 OGH 11.4.1890, Nr 3628 GIU 13250.
 OGH 19.8.1891, Nr 9208 GIU 13869.
 OGH 23.3.1892, Nr 2786 GIU 14178.
 OGH 14.9.1893, Nr 9072 GIU 14812.
 OGH 5.12.1893, Nr 13196 GIU 14933.
 OGH 27.2.1895, Nr 2221 GIU 15422.
 OGH 10.6.1896, Nr 6769 GIU 15805.
 OGH 4.5.1898, Nr 6087 GIUNF 154.
 OGH 9.9.1898, Nr 10587 GIUNF 305.
 OGH 31.1.1900, Nr 12411 GIUNF 869.
 OGH 13.6.1900,
 Nr 2462 GIUNF 1048.
 OGH 14.12.1900,
 Nr 16312 GIUNF 1213.
 OGH 10.4.1902,
 Nr 3817 GIUNF 2549.
 OGH 3.4.1878, Nr 11652 GIU 6901.
 OGH 18.2.1880, Nr 1004 GIU 7862.
 OGH 13.10.1880, Nr 8974 GIU 8137.
 OGH 1.6.1881, Nr 5202 GIU 8413.
 OGH 1.12.1881, Nr 12386 GIU 8573.
 OGH 20.12.1882, Nr 13867 GIU 9230.
 OGH 13.11.1883, Nr 11261 GIU 9650.
 OGH 2.9.1884, Nr,10125 GIU 10145.
 OGH 8.7.1885, Nr 7699 GIU 10634.
 OGH 6.10.1885, Nr 8559 GIU 10722.
 OGH 28.9.1886, Nr 7897 GIU 11181.
 OGH 22.12.1887, Nr 11262 GIU 11903.
 OGH 12.7.1888, Nr 7893 GIU 12262.
 OGH 14.8.1888, Nr 9384 GIU 12305.
 OGH 21.3.1889, Nr 2271 GIU 12642.
 OGH 8.6.1889, Nr 7624 GIUNF 216.
 OGH 12.3.1890, Nr 1584 GIU 13203.
 OGH 16.4.1890, Nr 3599 GIU 13255.
 OGH 15.9.1891, Nr 11310 GIU 13907.
 OGH 1.3.1893, Nr 2064 GIU 14618.
 OGH 31.10.1893, Nr 12697 GIU 14890.
 OGH 19.9.1894, Nr 11233 GIU 15231.
 OGH 19.11.1895, Nr 13613 GIU 15623.
 OGH 30.6.1897, Nr 7676 GIU 16069.
 OGH 5.5.1898, Nr 6286 GIUNF 164.
 OGH 18.1.1899, Nr 17711 GIUNF 468.
 OGH 27.3.1900, Nr 4190 GIUNF 949.
 OGH 26.9.1900,
 Nr 13141 GIUNF 1132.
 OGH 10.4.1902,
 Nr 3817 GIUNF 2549.
 OGH 22.4.1902,
 Nr 9997 GIUNF 1858.

OGH 17.6.1902,
Nr 7363, GIUNF 1946.

OGH 30.10.1902,
Nr 16.325 GIUNF 1742.

OGH 12.5.1903,
Nr 6263 GIUNF 2343.

OGH 29.3.1904,
Nr 3189 GIUNF 2648.

OGH 18.6.1907,
Nr 7998 GIUNF 3815.

OGH 5.2.1908, Nr 1908 GIUNF 4114.

OGH 19.5.1908,
R. VIII 37/8 GIUNF 4242.

OGH 3.11.1908,
Rv II 792/8 GIUNF 4363.

OGH 9.3.1910,
Rv. VI, 70/10 GIUNF 4992.

OGH 30.5.1911,
R. II, 468/11 GIUNF 5490.

OGH 28.6.1902,
Nr 3820 GIUNF 2011.

OGH 12.2.1903, Nr 963 GIUNF 2259.

OGH 11.11.1903,
Nr 13.261 GIUNF 2485.

OGH 25.1.1905,
Nr 1200 GIUNF 3623.

OGH 8.10.1907,
Nr 10.573 GIUNF 4472.

OGH 18.2.1908,
Rv. II/97/8. GIUNF 4133.

OGH 28.10.1908,
Rv. V 1545/8 GIUNF 4359.

OGH 22.12.1909,
Rv. IV, 837/9 GIUNF 4847.

OGH 24.1.1911,
Rv. I, 978/10 GIUNF 5331.

OGH 25.6.1912, 1465/12
GIUNF 5983.

OGH 1912–1980

OGH 17.9.1912,
Rv. II, 709/12 GIUNF 6043.

OGH 7.12.1915,
Rv VI 224/15 GIUNF 7702.

OGH 19.9.1922, Ob II 880/22 SZ 4/83.

OGH 23.6.1925,
Ob II 422/25 SZ 7/225.

OGH 17.3.1931,
1 Ob 172/31 JBl 1931, 286.

OGH 13.11.1934,
4 Ob 430/34 SZ 16/221.

OGH 4.3.1936,
3 Ob 581/35 ZBl 1936/221.

OGH 8.4.1946, 1 Ob 26/46 SZ 21/1.

OGH 8.1.1913, Rv III 543/12/1
PBl 1913, 289.

OGH 26.11.1917,
Kr I 184/17 PBl 1919, 8.

OGH 24.2.1925,
3 Ob 70/25 JBl 1925, 113.

OGH 19.12.1928,
1 Ob 1014/28 SZ 10/356.

OGH 5.5.1931,
4 Ob 225/31 JBl 1932, 63.

OGH 13.11.1934, 4 Ob 430/34
JBl 1935, 235 SZ 16/221.

OGH 22.4.1936,
1 Ob 261/36 SZ 18/71.

OGH 21.9.1946,
1 Ob 180/46 JBl 1946, 508.

- OGH 21.9.1946,
1 Ob 180/46 JBl 1946, 507.
- OGH 3.4.1947,
1 Ob 209 EvBl 1947, 377.
- OGH 17.5.1947, 1 Ob 302/47 SZ 21/31.
- OGH 23.2.1949, 3 Ob 41/49.
- OGH 21.12.1949,
2 Ob 69/49 SZ 22/208.
- OGH 7.6.1950, 1 Ob 184/50 SZ 23/188
EvBl 1950, 473.
- OGH 11.10.1950,
3 Ob 545/50 SZ 23/287.
- OGH 16.1.1952,
3 Ob 731/51 MietSlg 2210.
- OGH 7.5.1952,
1 Ob 340/52 JBl 1953, 72.
- OGH 29.5.1953,
1 Ob 441/53 JBl 1954, 68.
- OGH 2.2.1955, 3 Ob 43/55.
- OGH 23.2.1955,
1 Ob 119/55 MietSlg 4321.
- OGH 12.10.1955,
1 Ob 599/55 MietSlg 4325.
- OGH 16.1.1957,
7 Ob 370/56 MietSlg 5486.
- OGH 7.8.1957,
3 Ob 324/57 MietSlg 5523.
- OGH 26.11.1958,
1 Ob 392/58 JBl 1959, 349.
- OGH 29.5.1959,
6 Ob 134/59 EvBl 1959, 578.
- OGH 28.10.1959,
2 Ob 442 EvBl 1959, 660.
- OGH 9.11.1960, 1 Ob 222/60.
- OGH 22.11.1961, 1 Ob 454/61.
- OGH 9.7.1963,
8 Ob 185/63 EvBl 1963, 572.
- OGH 3.4.1947, 1 Ob 219/47.
- OGH 16.4.1947,
1 Ob 198/47 JBl 1947, 278.
- OGH 10.3.1948, 3 Ob 64/48.
- OGH 9.10.1949, 2 Ob 449/49.
- OGH 5.4.1950, 1 Ob 231/49 SZ 23/86.
- OGH 12.7.1950,
2 Ob 25/50 SZ 23/225.
- OGH 26.9.1951,
3 Ob 413/51 JBl 1952, 158.
- OGH 30.4.1952,
2 Ob 307/52 MietSlg 2209.
- OGH 10.12.1952, 3 Ob 746/52.
- OGH 19.1.1955,
2 Ob 508/54 MietSlg 4324.
- OGH 2.2.1955, 7 Ob 44/55.
- OGH 8.6.1955,
1 Ob 274/55 MietSlg 4323.
- OGH 17.10.1956,
1 Ob 485/56 JBl 1957, 290.
- OGH 13.2.1957,
3 Ob 70/57 MietSlg 5485.
- OGH 25.6.1958, 5 Ob 197/58.
- OGH 6.5.1959,
3 Ob 131/59 MietSlg 6906.
- OGH 17.6.1959, 2 Ob 264/59.
- OGH 4.11.1959, 2 Ob 417/59.
- OGH 27.9.1961, 5 Ob 297/61.
- OGH 25.6.1963, 8 Ob 134/63.
- OGH 26.5.1964,
8 Ob 155/64 EvBl 1965, 100.

OGH 7.4.1965,
7 Ob 90/65 MietSlg 17.028.
OGH 16.11.1965, 8 Ob 260/65.

OGH 8.9.1966, 1 Ob 204/66.
OGH 9.11.1966, 6 Ob 327/66
EvBl 1967, 353.
OGH 7.2.1968, 5 Ob 12/68.
OGH 2.4.1969,
6 Ob 51/69 MietSlg 21.040.
OGH 2.7.1969, 7 Ob 99/69.

OGH 28.1.1970, 3 Ob 142/69.
OGH 18.11.1970, 7 Ob 216/70
MietSlg 22.032.
OGH 7.9.1971,
4 Ob 588/71 SZ 44/125.
OGH 13.7.1972, 2 Ob 91/72.

OGH 10.1.1973,
5 Ob 231/72 EvBl 1972, 323.
OGH 14.3.1974, 2 Ob 229/73.
OGH 4.12.1974, 1 Ob 196/74.
OGH 8.7.1975, 5 Ob 109/75.
OGH 27.11.1975, 7 Ob 241/75
MietSlg 27.059.
OGH 10.10.1978, 4 Ob 340/78.
OGH 22.11.1979, 7 Ob 780/79.

OGH 11.6.1965,
6 Ob 171/65 MietSlg 17.029.
OGH 30.6.1966,
1 Ob 145/66 JBl 1967, 149.
OGH 14.9.1966, 7 Ob 152/66.
OGH 21.6.1967, 6 Ob 170/67.

OGH 27.6.1968, 1 Ob 151/68.
OGH 7.5.1969, 5 Ob 123/69.

OGH 15.10.1969,
7 Ob 157/69 EvBl 1970, 69.
OGH 18.6.1970, 1 Ob 134/70.
OGH 24.2.1971, 5 Ob 35/71.

OGH 8.2.1972,
4 Ob 635/71 EvBl 1972, 519.
OGH 21.12.1972,
6 Ob 132/72 JBl 1973, 524.
OGH 10.7.1973,
3 Ob 119/73 EvBl 1974, 42.
OGH 31.7.1974, 6 Ob 106/74.
OGH 21.1.1975, 5 Ob 322/74.
OGH 14.10.1975, 5 Ob 183/75.
OGH 19.10.1976,
5 Ob 671/76 JBl 1977, 257.
OGH 7.12.1978,
6 Ob 764/78 MietSlg 30.047.
OGH 29. 4.1980, 4 Ob 337/80.

OGH 1980–1999

OGH 27.11.1980,
7 Ob 642/80 JBl 1981, 353.
OGH 8.4.1981, 1 Ob 567/81.
OGH 18.11.1981,
3 Ob 580/81 NZ 1983, 40.

OGH 18.2.1981,
1 Ob 784/80 EvBl 1981, 462.
OGH 14.10.1981, 1 Ob 688/81.
OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81.

OGH 10.3.1982,
3 Ob 660/81 EvBl 1982/140.
OGH 1.6.1982, 5 Ob 43/81.

OGH 12.4.1983,
4 Ob 319/83 ÖBl 1984, 26.
OGH 10.10.1983, 1 Ob 557/83.

OGH 22.2.1984,
1 Ob 1/84 NZ 1987, 22.
OGH 13.2.1985, 3 Ob 125/84.

OGH 22.5.1985, 1 Ob 546/85.
OGH 4.7.1985, 7 Ob 27/85.

OGH 10.10.1985, 8 Ob 557/85.

OGH 2.12.1986, 2 Ob 586/85.
OGH 11.6.1987, 8 Ob 533/87.
OGH 24.3.1988, 6 Ob 536/88.
OGH 4.4.1989,
4 Ob 26/89 – *Music-Man*.
OGH 15.6.1989, 7 Ob 613/89.
OGH 14.12.1989,
7 Ob 654/89 (verst Sen).
OGH 5.4.1990, 7 Ob 556/90.
OGH 13.9.1990, 8 Ob 569/90.

OGH 24.10.1990, 1 Ob 671/90.
OGH 12.2.1991,
4 Ob 173/90 – *Trennwand*.
OGH 18.9.1991, 3 Ob 531/91.
OGH 12.3.1992, 8 Ob 523/92.
OGH 9.4.1992, 8 Ob 631/90.
OGH 17.9.1992, 7 Ob 579/92.

OGH 16.3.1982,
4 Ob 517/82 EvBl 1982, 461.
OGH 21.9.1982,
5 Ob 644/82 NZ 1983, 93.
OGH 31.8.1983, 1 Ob 674/83.

OGH 16.1.1984,
5 Ob 609/81 (verst Sen).
OGH 13.12.1984, 8 Ob 590/84.

OGH 15.5.1985,
4 Ob 317/85 – *UNO-City*.
OGH 2.7.1985, 2 Ob 541/84.
OGH 16.9.1985,
1 Ob 634/85 JBl 1986, 386.
OGH 22.10.1985, 5 Ob 596/85
MietSlg 37.027.
OGH 4.6.1987, 7 Ob 30/86.
OGH 17.11.1987, 5 Ob 597/87.
OGH 28.6.1988, 4 Ob 569/88.
OGH 31.5.1989, 6 Ob 569/89.

OGH 19.10.1989, 7 Ob 681/89.
OGH 29.3.1990, 6 Ob 554/90.

OGH 12.7.1990, 8 Ob 687/89.
OGH 23.10.1990,
4 Ob 147/90 – *José Careras*.
OGH 18.1.1991, 8 Ob 612/91.
OGH 10.7.1991, 3 Ob 548/91.

OGH 16.1.1992, 7 Ob 506/92.
OGH 9.4.1992, 8 Ob 622/91.
OGH 29.4.1992, 3 Ob 519/92.
OGH 24.11.1992, 4 Ob 96/92
– *Gullivers Reisen*.

OGH 20.1.1993, 3 Ob 110/92.	OGH 20.4.1993, 1 Ob 11/93.
OGH 20. 4.1993, 4 Ob 35/93 – <i>Coss Computer</i> .	OGH 15.9.1993, 3 Ob 152/93.
OGH 10.11.1993, 3 Ob 116/92.	OGH 23.11.1993, 5 Ob 563/93.
OGH 25.1.1994, 5 Ob 16/94.	OGH 23.3.1994, 4 Ob 166/93 – <i>Wienerwald</i> .
OGH 26.4.1994, 4 Ob 50/94.	OGH 28.6.1994, 4 Ob 76/94.
OGH 29.8.1994, 1 Ob 594/94.	OGH 31.8.1994, 8 Ob 4/94.
OGH 4.10.1994, 4 Ob 108/94 – <i>Kellner</i> .	OGH 18.10.1994, 4 Ob 115/94 – <i>Slender You</i> .
OGH 6.12.1994, 4 Ob 127/94 – <i>Sammelbilder</i> .	OGH 22.2.1995, 3 Ob 522/95.
OGH 27.3.1995, 1 Ob 530/95.	OGH 28.3.1995, 4 Ob 516/95.
OGH 25.4.1995, 4 Ob 3/95 – <i>Wirobit</i> .	OGH 27.7.1995, 1 Ob 537/95.
OGH 17.10.1995, 1 Ob 587/95.	OGH 7.11.1995, 4 Ob 77/95 – <i>Plus</i> .
OGH 8.11.1995, 3 Ob 186/94.	OGH 21.12.1995, 8 Ob 29/95.
OGH 11.3.1996, 1 Ob 638/95.	OGH 12.3.1996, 4 Ob 9/96.
OGH 12.3.1996, 4 Ob 514/96.	OGH 14.3.1996, 8 Ob 2024/96x.
OGH 16.4.1996, 5 Ob 2090/96f.	OGH 24.7.1996, 8 Ob 2042/96v.
OGH 31.10.1996, 2 Ob 2344/96m.	OGH 25.2.1997, 1 Ob 39/97k.
OGH 18.3.1997, 1 Ob 14/97h.	OGH 10.4.1997, 6 Ob 2352/96t.
OGH 24.4.1997, 6 Ob 69/97h.	OGH 15.6.1997, 1 Ob 594/94.
OGH 28.1.1998, 9 Ob 244/97s.	OPM 28.1.1998, Op 6/95.
OGH 24.2.1998, 4 Ob 368/97i – <i>Hörmann-Tor</i> .	OGH 2.4.1998, 6 Ob 85/98p.
OGH 28.4.1998, 1 Ob 416/97a.	OGH 7.5.1998, 6 Ob 97/98b.
OGH 9.6.1998, 10 Ob 134/98y.	OGH 25.6.1998, 6 Ob 168/98v.
OGH 29.9.1998, 1 Ob 169/98d.	OGH 27.10.1998, 1 Ob 292/98t.
OGH 26.1.1999, 4 Ob 324/98w.	OGH 23.2.1999, 4 Ob 34/99z.
OGH 22.4.1999, 6 Ob 56/99z.	OGH 28.4.1999, 7 Ob 209/98f.

OGH 1999–2009

OGH 28.4.1999, 7 Ob 209/98.	OGH 15.9.1999, 3 Ob 310/98d.
OGH 5.10.1999, 2 Ob 250/99z.	OGH 23.11.1999, 1 Ob 47/99i.
OGH 14.1.2000, 1 Ob 150/99m.	OGH 20.1.2000, 6 Ob 313/99v.

- OGH 25.1.2000, 10 Ob 291/99p.
 OGH 15.2.2000,
 4 Ob 29/00v – *Hugo Boss I*.
 OGH 3.5.2000, 4 Ob 109/00h.
 OGH 15.6.2000,
 4 Ob 85/00d – *Radetzky*.
 OGH 17.8.2000,
 4 Ob 178/00f – *Hugo Boss II*.
 OGH 25.10.2000, 2 Ob 281/00p.
 OGH 14.12.2000, 6 Ob 308/00p.
 OGH 27.2.2001, 1 Ob 227/00t.
 OGH 24.4.2001, 4 Ob 93/01g.
 OGH 11.7.2001, 7 Ob 218/00k.
 OGH 20.12.2001, 6 Ob 261/01b.
 OGH 29.1.2002, 1 Ob 285/01w.

 OGH 11.6.2002, 1 Ob 115/02x.
 OGH 15.10.2002, 4 Ob 168/02p.

 OGH 15.10.2002, 4 Ob 168/02p.
 OGH 11.12.2002, 7 Ob 160/02h.
 OGH 17.12.2002,
 4 Ob 221/02g – *INVESCO*.
 OGH 28.1.2003, 1 Ob 274/02d.
 OGH 20.3.2003,
 6 Ob 287/02b – *MA2412*.
 OGH 29.4.2003,
 4 Ob 57/03s – *Puppenfee*.
 OGH 9.12.2003, 5 Ob 270/03x.

 OGH 4.6.2004, 2 Ob 125/04b.
 OGH 6.7.2004, 4 Ob 100/04s.

 OGH 18.8.2004,
 4 Ob 134/04i – *Newton*.
 OGH 17.11.2004, 7 Ob 128/04f.
- OGH 26.1.2000, 7 Ob 304/99b.
 OGH 22.2.2000, 1 Ob 8/00h.

 OGH 31.5.2000, 9 Ob 96/00h.
 OGH 2.8.2000, 2 Ob 115/99x.

 OGH 8.9.2000, 2 Ob 200/00a.

 OGH 28.11.2000, 1 Ob 147/00z.
 OGH 23.1.2001, 7 Ob 269/00k.
 OGH 27.2.2001, 1 Ob 278/00i.
 OGH 29.5.2001, 4 Ob 116/01i.
 OGH 31.7.2001, 7 Ob 176/01k.
 OGH 29.1.2002, 1 Ob 300/01a.
 OGH 9.4.2002,
 4 Ob 77/02f ÖBl 2003, 250.
 OGH 25.9.2002, 7 Ob 137/02a.
 OGH 15.10.2002,
 4 Ob 209/02t – *Brühl*.
 OGH 19.11.2002, 4 Ob 229/02h.
 OGH 13.12.2002, 1 Ob 259/02y.
 OGH 28.1.2003, 1 Ob 267/02z.

 OGH 13.3.2003, 2 Ob 47/03f.
 OGH 24.4.2003, 6 Ob 181/02i.

 OGH 10.11.2003, 7 Ob 251/03t.

 OGH 16.12.2003,
 4 Ob 213/03g – *Canon*.
 OGH 30.6.2004, 7 Ob 290/03b.
 OGH 6.7.2004,
 4 Ob 55/04y – *Heimat*.
 OGH 29.9.2004, 7 Ob 225/03v.

 OGH 15.12.2004, 6 Ob 268/04m.

OGH 6.4.2005, 9 Ob 151/04b.
 OGH 14.7.2005, 6 Ob 72/05i.
 OGH 24.1.2006, 5 Ob 169/05x.
 OGH 23.2.2006, 8 Ob 7/06x.
 OGH 27.6.2006, 3 Ob 66/06m.
 OGH 24.10.2006, 10 Ob 33/04g.
 OGH 13.2.2007, 4 Ob 250/06b.
 OGH 22.5.2007, 4 Ob 51/07i.
 OGH 10.7.2007, 4 Ob 103/07m.

 OGH 13.9.2007, 6 Ob 169/07g.
 OGH 7.11.2007,
 6 Ob 57/06k – *Ernst Happel*.
 OGH 19.2.2008, 5 Ob 273/07v.
 OGH 24. 2.2008, 17 Ob 34/08m.
 OPM 26.3.2008,
 Om 12/07 PBl 2009, 21.
 OGH 8.5.2008, 6 Ob 53/08z.
 OGH 14.8.2008, 2 Ob 155/08w.
 OGH 26.8.2008, 5 Ob 173/08i.
 OGH 16.9.2008, 1 Ob 132/08f.
 OGH 18.11.2008, 4 Ob 134/08x.
 OGH 12.4.2016, 2 Ob 87/15f.
 OGH 17.12.2008, 2 Ob 246/08b.
 OGH 24. 2.2009, 4 Ob 242/08d
 – *Rauchgiftfalle*.
 OGH 26.3.2009, 6 Ob 528/08x.

OGH 24.5.2005, 4 Ob 63/05a.
 OGH 3.8.2005, 9 Ob 88/04p.
 OGH 17.2.2006, 10 Ob 132/05t.
 OGH 20.6.2006, 4 Ob 47/06z.
 OGH 28.9.2006, 4 Ob 128/06m.
 OGH 30.11.2006, 6 Ob 116/05k.
 OGH 21.5.2007, 8 Ob 22/07d.
 OGH 20.6.2007, 7 Ob 114/07a.
 OGH 4.9.2007, 4 Ob 62/07g
 – *Flughafen Wien*.
 OGH 18.9.2007, 5 Ob 114/07m.
 OGH 18.12.2007, 10 Ob 14/07t.

 OGH 21.2.2008, 6 Ob 7/08k.
 OPM 27.2.2008, Op 2/07 PBl 2008, 97.
 OGH 10.4.2008, 3 Ob 22/08v.

 OGH 10.7.2008, 8 Ob 131/07h.
 OGH 26.8.2008, 5 Ob 152/08a.
 OGH 26.8.2008, 17 Ob 18/08h.
 OGH 23.9.2008, 17 Ob 26/08k.
 OGH 26.11.2008, 6 Ob 227/07m.
 OGH 15.12.2008, 4 Ob 198/08h.
 OGH 10.2.2009, 5 Ob 281/08x.
 OGH 25.3.2009, 3 Ob 27/09f.

 OGH 9.6.2009, 5 Ob 58/09d.

OGH 2009–2024

OGH 6.7.2009, 1 Ob 99/09d.

 OGH 22.9.2009, 17 Ob 14/09x.
 OGH 25.11.2009, 3 Ob 191/09y.
 OGH 21.6.2010,
 17 Ob 2/10h – *Maria Treben*.

OGH 9. 8.2009, 4 Ob 146/09p – *Wer-
bespot*.
 OGH 16.10.2009, 6 Ob 199/09x.
 OGH 18.2.2010, 6 Ob 1/10f.
 OGH 31. 8.2010, 4 Ob 124/10d
 – *Nahrungsergänzungsmittel*.

- OGH 21.10.2010, 5 Ob 126/10f.
OPM 24.11.2010, Om 10/10 – *Nuke*.
OGH 30.3.2011, 7 Ob 77/10i.
OGH 28.6.2011,
9 Ob 29/11x EvBl 2011, 966.
OGH 19.9.2011,
17 Ob 8/11t – *Matratzen II*.
OGH 12.1.2012, 6 Ob 155/11d.
OGH 28.2.2012, 4 Ob 170/11w.
OGH 4.7.2013, 6 Ob 66/13v.
OGH 23.10.2013, 2 Ob 179/12f.
OGH 11.12.2013, 7 Ob 176/13b.
OGH 17.2.2014, 4 Ob 203/13a
– *Dubiose Geschäfte*.
OGH 25.4.2014, 4 Ob 217/13k.
OGH 21.5.2014, 7 Ob 71/14p.
OGH 22.10.2014, 1 Ob 173/14v.
OGH 19.11.2014, 6 Ob 172/14h.
OGH 22.1.2015, 2 Ob 229/14m.
OGH 24.2.2015, 5 Ob 20/15z.
OGH 10.6.2015, 7 Ob 218/14f.
OGH 28.1.2016, 1 Ob 47/15s.
OGH 25.5.2016, 2 Ob 103/15h.
OGH 25.11.2016, 8 Ob 111/16f.
OGH 20.12.2016, 1 Ob 229/16g.
OGH 24.5.2017, 1 Ob 84/17k.
OGH 27. 7.2017, 4 Ob 78/17z
– *Kundendaten – Geheimhaltungs-*
verpflichtung.
OGH 27.9.2017, 9 Ob 62/16g.
OGH 30.1.2018, 1 Ob 229/17h.
OGH 28.2.2018, 6 Ob 167/17b
OGH 3.5.2018,
2 Ob 122/17f (verst Sen).
OGH 22.10.2010, 9 Ob 69/10b.
OGH 22.3.2011, 3 Ob 14/11x.
OGH 28.6.2011, 9 Ob 29/11x.
OGH 9.8.2011, 17 Ob 6/11y
– *alcom-international.at*.
OGH 14.12.2011, 3 Ob 218/11x.
OGH 17.1.2012,
4 Ob 104/11i – *Natascha K*.
OGH 27.3.2013, 7 Ob 20/13m.
OGH 19.9.2013, 1 Ob 131/13s.
OGH 14.11.2013, 2 Ob 126/13p.
OGH 17.2.2014, 4 Ob 232/13s.
OGH 28.3.2014, 2 Ob 108/13s.
OGH 15.5.2014, 6 Ob 193/13w.
OGH 27.8.2014, 2 Ob 81/14x.
OGH 30.10.2014, 8 Ob 20/14w.
OGH 18.12.2014, 2 Ob 109/14i.
OGH 22.1.2015, 1 Ob 1/15a.
OGH 21.5.2015, 1 Ob 87/15y.
OGH 28.1.2016, 1 Ob 47/15s.
OGH 24.5.2016, 1 Ob 62/16y.
OGH 27.10.2016, 2 Ob 137/16k.
OGH 20.12.2016, 10 Ob 74/16d.
OGH 29.3.2017, 6 Ob 231/16p.
OGH 29.6.2017, 8 Ob 65/17t.
OGH 26.9.2017,
4 Ob 64/17s – *T-Guardian*.
OGH 25.10.2017, 8 Ob 36/17b.
OGH 21.2.2018, 3 Ob 199/17m.
OGH 26.4.2018, 6 Ob 38/18h.
OGH 5.3.2019, 1 Ob 239/18f.

OGH 29.1.2019, 4 Ob 118/18h – <i>Registrierungshinweis</i> ®.	OGH 27.6.2019, 6 Ob 6/19d.
OGH 23.5.2019, 3 Ob 50/19b.	OGH 23.7.2019, 9 Ob 29/19h.
OGH 27.6.2019, 6 Ob 18/19v.	OGH 19.12.2019, 6 Ob 214/19t.
OGH 19.9.2019, 2 Ob 29/19g.	OGH 25.3.2020, 6 Ob 20/20i.
OGH 26.2.2020, 3 Ob 235/19h.	OGH 23.4.2020, 6 Ob 59/20z.
OGH 16.4.2020, 9 Ob 11/20p.	OGH 22.9.2020, 17 Ob 9/20b.
OGH 20.9.2020, 6 Ob 11/20s.	OGH 25.11.2020, 6 Ob 220/20a.
OGH 22.9.2020, 4 Ob 49/20i – <i>Grenzland</i> .	OGH 27.11.2020, 2 Ob 29/20h.
OGH 26.11.2020, 4 Ob 175/20v.	OGH 26.1.2021, 4 Ob 188/20f – <i>Pickelarm</i> .
OGH 21.12.2020, 1 Ob 141/20x.	OGH 5.3.2021, 5 Ob 220/20v.
OGH 25.2.2021, 2 Ob 59/20w.	OGH 15.3.2021, 6 Ob 248/20v.
OGH 10.3.2021, 17 Ob 15/20k.	OGH 12.5.2021, 6 Ob 67/21b.
OGH 24.3.2021, 9 Ob 47/20g.	OGH 14.9.2021, 6 Ob 71/21s.
OGH 7.9.2021, 1 Ob 132/21z.	OGH 25.1.2022, 4 Ob 219/21s.
OGH 25.2.2022, 6 Ob 14/22k.	OGH 22.4.2022, 8 Ob 81/21a.
OGH 12.10.2022, 1 Ob 183/22a.	OGH 28.6.2023, 6 Ob 178/22b – <i>3 Banken</i> .
OGH 3.4.2024, 3 Ob 41/24m.	OGH 25.6.2024, 4 Ob 3/24f.

Sonstige

LG Wien 19.9.1967, 43 R 574/67 MietSlg 19.021.	LGZ Wien 2.3.1970, 42 R 119/70 MietSlg 22.033.
LGZ Wien 13.3.1970, 45 R 123/70 MietSlg 22.014.	LGZ Wien 29.7.1970, 45 R 315/70 MietSlg 22.034.
LGZ Wien 1.4.1981, 41 R 158/81 MietSlg 33.035.	LGZ Wien 1.4.1981, 41 R 158/81 MietSlg 33.035.
LGZ Graz 27.2.1985, 3 R 91/85 MietSlg 37.133.	LGZ Wien 8.2.2000, 41 R 676/99m MietSlg 52.012.
LGZ Wien 25.8.2004, 39 R 181/04p MietSlg 56.020.	OLG Wien 26.8.2004, 28 R 28/04z NZ 2005/76.
OLG Innsbruck 21.1.2005, 2 R 288/04a M&R 2005, 252.	LGZ Wien 22.5.2007, 38 R 25/07v MietSlg 59.035.

- LGZ Wien 22.5.2007, 38 R 25/07v
MietSlg 59.035.
- OLG Wien 8.2.2010, 28 R 219/09w
GES 2010, 224.
- LGZ Wien 15.4.2015, 38 R 302/14i
MietSlg 67.032.
- LGZ Wien 20.1.2016, 39 R 425/15m
MietSlg 68.010.
- LGZ Wien 11.10.2017, 38 R 145/17f
MietSgl 69.012.
- LGZ Wien 5.6.2019, 39 R 23/19z
MietSlg 71.006.
- OLG Wien 11.9.2007, 28 R 135/07i
NZ 2008, G 55.
- OLG Wien 22.7.2014, 30 R 24/14s.
- LGZ Wien 20.5.2015, 39 R 156/15b
MietSlg 67.682.
- LGZ Wien 13.7.2016, 39 R 12/16b
MietSlg 68.596.
- LGZ Wien 5.6.2019, 39 R 23/19z
MietSlg 71.006.

Deutschland

Sofern keine Fundstellen angegeben sind, können die Entscheidungen auf <https://juris.bundesgerichtshof.de/> abgerufen werden.

- RG 10.3.1887,
Rep. IV. 318/86 RGZ 17, 269.
- RG 16.1.1904, I 373/03 RGZ 57, 38.
- BGH 13.5.1953, II ZR 157/52
NJW 1953, 1548.
- BGH 12.5.1954, II ZR 167/53
NJW 1954, 1562.
- BGH 8.5.1956, I ZR 62/54
NJW 1956, 1554 – *Paul Dahlke*.
- BGH 17.1.1966, II ZR 8/64
NJW 1966, 826.
- BGH 20.9.1974, I ZR 99/73
NJW 1975, 778 – *Schloß Tegel*.
- BGH 10.4.1978, II ZR 61/77
NJW 1978, 2505.
- BGH 3.6.1981, VIII ZR 153/80
NJW 1981, 2684.
- RG 28.5.1895, II 69/95 RGZ 35, 83.
- BGH 26.11.1920,
IV 286/20 RGZ 100, 274.
- BGH 28.11.1953, II ZR 188/52
NJW 1954, 231.
- BGH 25.1.1955, I ZR 15/53
NJW 1955, 628 – *Dücko*.
- BGH 2.12.1964, VIII ZR 88/63
WM 1965, 124.
- BGH 21.12.1970, II ZR 133/68
NJW 1971, 886.
- BGH 28.4.1975, II ZR 113/74
WM 1975, 556.
- BGH 11.2.1980, II ZR 41/79
NJW 1980, 1463.
- BGH 25.2.1982, II ZR 174/80
NJW 1982, 1703 – *Holz Müller*.

- BGH 25.3.1987, VIII ZR 43/86
NJW 1987, 2004.
- BGH 3.9.1989, I ZR 54/87
NJW 1989, 2251 – *Friesenhaus*.
- BGH 12.3.1990, II ZR 179/89
NJW 1990, 2877 – *Schärenkreuzer*.
- OLG Köln, 11.10.1995, 2 U 159/94
NJW-RR 1996, 1439.
- BGH 11.3.1999, IX ZR 164/98
NJW 1999, 1709.
- BGH 23.6.2003, II ZR 46/02.
- BGH 26.4.2004, II ZR 155/02.
- OLG Dresden 7. 4.2005, 9 U 263/05
NJW 2005, 1871.
- BGH 21.5.2005, II ZR 140/03.
- BGH 27. 4.2006, I ZR 126/03
– *Kundendatenprogramm*.
- BGH 11.11.2008, XI ZR 468/07.
- BGH 17.12.2010, V ZR 44/10
– *Preussische Schlösser und Gärten I*.
- BGH 14.7.2011, V ZB 271/10.
- BGH 12.6.2012, X ZR 131/09 –
Desmopressin.
- BGH 5.2.2013, II ZR 134/11.
- BGH 16.12.2014, II ZR 277/13.
- BGH 30.1.2018, II ZR 137/16.
- BGH 7.5.2019, II ZR 278/16.
- BGH 30.3.1987, II ZR 163/86
NJW 1987, 2677.
- BGH 8.3.1990, III ZR 81/88
NJW 1990, 2058.
- BGH 14.10.1991, II ZR 212/90
NJW 1992, 1501.
- BGH 23.6.1997, II ZR 132/93
NJW 1997, 2815.
- BGH 1.12.1999, I ZR 49/97.
NJW 2000, 2195 – *Marlene Dietrich*.
- BGH 16.1.2004, V ZR 243/03.
- BGH 29.11.2004, II ZR 6/03.
- BGH 18.4.2005, II ZR 55/03.
- BGH 10.10.2005, II ZR 90/03
– *Mangusta/Comerzbank II*.
- LG Düsseldorf 30.11.2006,
4b O 46/05
NJW 2007, 2100.
- BGH 1.6.2010, XI ZR 389/09.
- BGH 17.5.2011, X ZR 53/08
– *Atemgasdrucksteuerung*.
- BGH 11.10.2011, II ZR 242/09.
- BGH 3.1.2013, V ZR 14/12
– *Preussische Schlösser und Gärten II*.
- BGH 14.5.2013, XI ZR 160/12.
- OLG Stuttgart 31.5.2017, 4 U 204/16
GRUR 2017, 905 – *Reiss-Engelhorn-
Museen*.
- BGH 18.9.2018, II ZR 312/16.
- OLG München 7.1.2020,
18 U 1491/19Pre GRUR-RR 2020, 174.

Stichwortverzeichnis

A

Abstraktionsprinzip 488, 521
actio in rem 27, 228, 236
AktG
– § 61 467
Aktienbuch 467, 527, 657
Aktionsberechtigung 284, 362, 562
Allgemeines Landrecht 32
– Dingliche Rechte 256
– Eigentum 334
– Gliederung 33
– Rechtsbesitz 376
– Sachbegriff 120
Auslegungsmethode 18
Außentheorie 188
Außenwirkung 345
Außerbücherlicher Rechtserwerb 592
Außerbücherliches Eigentum 765
Aussonderungsrecht 279, 287, 361

B

Basissatz 5
Beschlussanfechtung 700, 715
Besitzstörung 407, 667
Besitzstörungsklage 389
Besitzverstärktes Forderungsrecht 773
Bestimmtheitsgrundsatz 283
Bewehrtes Erlaubnisrecht 184
Buchgeld 564

C

Codex Maximilianeus Bavaricus
Civilis 32
– Besitz 375
– Dingliche Rechte 255
– Eigentum 333
– Gliederung 32
– Sachbegriff 120
Codex Theresianus 34
– Besitz 378
– Dingliche Rechte 258
– Eigentum 335
– Eigentumsschutz 354
– Gliederung 34
– Sachbegriff 121

D

Deduktion 5
Devastationsklage 307
Dingliche Sachenrechte 276
Dingliche Surrogation 567
Dingliche Wirkung 190
dominium duplex 768
Doppellizenzierung 808
Doppelverkauf 761
Doppelvermietung 793
Drittwirksamkeit 195
Dualistische Theorie 92

E

Effektengiro 532, 541
Eigenmacht 412
Eigenrecht 303
Eigentum
– Beschränkung 168
– Substanzbegriff 341
– zeitlich begrenztes 302
Eigentümerdienstbarkeit 304
Eigentumsvorbehalt 491
Ein- bzw Aussperrung 209
Eintragungsprinzip 510, 771
Einwendung 210
Entwurf Horten 34
– Besitz 378
– Dingliche Rechte 260
– Eigentum 335
– Gliederung 35
– Sachbegriff 122
Entwurf Martini 35
– Besitz 379
– Dingliche Rechte 260
– Eigentum 336
– Gliederung 35
– Gutgläubenserwerb 619
– Prekarium 483
– Sachbegriff 122
Erfinderrecht 90
Erfindungsbesitz 448
erga omnes Wirkung 195
Erlaubnisnorm 171
Ersitzung 581
– Dienstbarkeiten 595
– Kennzeichenrechte 598
– Lizenzen 601
– Mitgliedschaftsrechte 606
– OG 609
– Patentrecht 596
– uneigentliche 590
Ersitzungsbesitzer 778
Exegetische Schule 126

F

Faktische Satzungsänderung 700
Falsifikation 5, 10
Familienrechtliche Wohnverhältnisse 691
Firma 98
Freiheitssphäre 155
Fremdbesitz 309

G

Geschäftsgeheimnisse 94
Gewere 234
Gewohnheitsrecht 16
Gleichbehandlungsgebot 707, 729
Gliederung ABGB 23
GmbHG
– § 78 461
Gutgläubenserwerb 614
– § 15 Abs 3 UGB 651
– Immaterialgüterrechte 636
– Inhaberaktien 657
– Inhaberpapiere 642
– Mitgliedschaftsrechte 649
– Namensaktien 655

H

„Hand wahre Hand“-Grundsatz 618
Herausgabeansprüche 287
Hermeneutik 18
Hierarchie der dinglichen Rechte 297
Historische Auslegung 19
Historische Rechtsschule 131
Hohfeld'sche Relationen 170
Holzmüller-E 694
Hypothekarforderung 507

I

Immanenztheorie 188
Imperativtheorie 163
Induktion 6
Informationsrecht 704, 724
Institutionensystem 25
Interessenstheorie 160
IO
– § 44 Abs 1 286

J

Jahresabschluss 723
Juristische Theorien 428
jus ad rem 29
– ALR 257
– Kanonisches Recht 238
– Kommentatoren 241
– Lehnrecht 239
jus in re 29

K

Kant
 – Dingliches Recht 248
 – Sachbegriff 119
 – Stoffeinteilung 31
 Kausalprinzip 488
 Kennzeichenrecht 100
 – Ersitzung 599
 – Rechtsbesitz 451
 – Übertragung 513
 Know-how 94
 Konditionale Dinglichkeit 280
 Kontokorrent 571
 Kritischer Rationalismus 5

L

Laws of Form 47
 Lehre der fehlerhaften Gesellschaft 456
 Leichnam 56
 Lizenz
 – Ausschließliche 740
 – Ersitzung 601
 – Gutgläubiger Erwerb 640
 – Kreation 549
 – Rechtsbesitz 451
 – Störungsschutz 736
 – Übertragung 514
 – Wirkung Nichtigkeit 447

M

Markenrecht
 – Ersitzung 599
 – Gutgläubiger Erwerb 636
 – Rechtsbesitz 450
 – Rechtsübertragung 512
 – Sachqualität 99
 – Störungsschutz 743
 Methodik 17, 42
 Mitgliedschaftsrecht 431, 696
 Mittelbarer Besitz 310
 Mittelbarer Störer 731
 Mitverschuldenseinwand 780
 Monistische Theorie 88

N

Nachbarrecht 674
 Namensaktie
 – Ersitzung 606
 – Gutgläubiger Erwerb 655
 – Rechtsbesitz 468
 – Übertragung 526
 – Vermengung 575
 Naturalbesitz 312, 439
 Nominalismus 220
 numerus clausus der dinglichen
 Rechte 205

O

Obereigentum 300
 Objektive Rechtseinrichtung 221
 Offenkundigkeit 203
 Öffentliche Versteigerung 621

P

Pandektensystem 38
 Partikularrecht 234
 Patentrecht
 – Ersitzung 597
 – Gutgläubiger Erwerb 636
 – Rechtsbesitz 448
 – Rechtsübertragung 510
 – Sachqualität 90
 – Störungsschutz 735
 Person 55
 Personenrechte 85
 Persönliches Sachenrecht 252
 possessorium summarissimum 389
 Prätendentenstreit 347
 Prekarium 689
 Proprietätsrecht 253

Q

Quasi-dingliches Recht
 – Lizenz 750
 – Mieter 668
 Quasi-Gesellschafter 459

R

Rechte
– höchstpersönliche 85
– unbewegliche 440
Rechte auf Entscheidungsteilhabe 726
Rechtliche Übergabe 490
Rechtsbesitz 365
– Erfinderrecht 447
– GmbH 461
– Inhaberaktie 468
– Konnex zu körperlicher Sache 368
– Lizenzen 452
– Markenrecht 450
– Namensaktie 467
– nicht eingetragenes Kennzeichen 451
– OG 457
– Patentrecht 447, 449
– Prekarium 482
– Registerrechte 445
– Umfang 438
– Veräußerungs- und Belastungsverbot 477
– Wertpapiere 470
Rechtsbündel 201
Rechtserwerb
– derivativ, originär 433
– unmittelbar, mittelbar 432, 436
Rechtsgemeinschaft 304
Rechtsobjekt 62, 63
– Erster und zweiter Ordnung 66
– höherer Ordnung 69
– infiniter Regress 70
Rechtsquelle 15
Rechtsscheingrundsatz 458, 626
Rechtssubjekt 63
Rechtsübertragung
– Forderungen 502
– GmbH-Anteile 519
– Inhaberaktie 531
– Lizenzen 514
– Markenrecht 512
– Namensaktie 526
– OG 516
– Patentrecht 510
– Rektapapiere 506
Reflexschaden 710
Reine Rechtslehre 164
Relativ-dinglicher Charakter 673
res 105, 224
res incorporalis 105
rivaler Charakter 190

S

Sachbegriff 52
– Beherrschbarkeit 59
– Daten 82
– Elektrizität 80
– Knappheit 60
– körperliche 77
– „quae intelliguntur“ 78
– Selbstständigkeit 60
– Tiere 64
– zwangsweise Verwertung 75
Sachfotographie 200
Saldoanerkennntnis 573
Sammelurkunde 530
Sammelverwahrung 539
Satzungswidriges Verhalten 730
Scheingesellschaft 458
Schuldschein 496
Sprungeintragung 511
Stoische Philosophie 109
Störung 208, 214
Strom 81
Sukzessionsschutz 198
systematisch-logische Gesetzesauslegung 43

T

Tabularbesitz 312, 438
théorie des éléments générateurs 191
Typenzwang 203

U

Übergabe durch Erklärung 490
Übergabe durch Zeichen 491
Universal Mutterrecht 298
Universitätsreform 127
Unmittelbare Sachherrschaft 277
Unterbeteiligung 518
Untereigentum 300
Urentwurf 35
Urheberrecht 87
Urzustand 247
Usualinterpretation 17
Usurpationstheorie 351

V

Verfügungsgeschäft 522
Verhaltensunrechtslehre 780
Verjährung 581
Verkehrsüblichkeit 411
Verkörperungstheorie 474, 537
Vermögensberechtigung 284
Verschaffungsansprüche 287
Verwirkung 600
Vindikation 215, 347
Vindikationsprinzip 618, 661
Vinkulierung 479, 519

W

Wertpapiere
– § 426 ABGB 529
– elektronische 540

Wertrechte 541
Widerspruchsvermeidung 12
Wiederherstellungsanspruch 214
Willenstheorie 156

Z

Zahlung von Schutzgebühren 756
Zession
– Einteilung 46
– Modus 494
Zessionsverbot 481
Zueignung 548
Zuordnungslehre 284



Dr. Stefan Holzweber

habilitierte sich an der Universität Wien und ist dort als Dozent tätig.

Der Sachbegriff des ABGB umfasst seit der Stammfassung von 1811 sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen. Das bislang nur wenig beachtete Konzept der unkörperlichen Sache birgt dabei dogmatische Sprengkraft: Denn aus dem weiten Sachbegriff folgt, dass auch Rechte als Sachen gelten, an denen Eigentum und Besitz möglich sind. Dies steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zur heute herrschenden Zivilrechtsdogmatik, die trotz im Kern unveränderter Gesetzeslage davon ausgeht, dass Sachen und Rechte stets streng getrennt werden müssen.

Diese Monografie untersucht die unkörperliche Sache im ABGB anhand ihrer historischen Grundlagen. Dabei wird aufgezeigt, dass es beim Sachbegriff im österreichischen Zivilrecht zu einem Paradigmenwechsel kam, der vielfach dazu führte, dass sich Theorie und Praxis voneinander entfernten. Die unkörperliche Sache ist daher nicht nur für die rechtliche Einordnung von neuartigen Phänomenen der Entmaterialisierung von Bedeutung. Sie ermöglicht auch neue Lösungsansätze für bislang ungelöste Probleme im Zivilrecht, Gesellschaftsrecht, Wertpapierrecht und Immaterialgüterrecht.

Wissenschaft

ISBN 978-3-7046-9441-6



› www.verlagoesterreich.at