

✎ Meine Notizen: Prüfer: Raimund Pittl

Diplomprüfung aus Bürgerlichem Recht

Innsbruck, Juni 2013

Schwerpunkte: Erbrecht; Sachenrecht; Schuldrecht AT; Eigentumsschutz; Besitz. Insbesondere: Enterbung; Pflichtteilsanspruch; Vermächtnis; Eigentumsklage; Gutgläubenserwerb; Ersitzung; Besitzanweisung; Zession des Herausgabeanspruchs; Zubehör

SACHVERHALT

Als Anton 2011 verstarb, fand sich in einem Kuvert auf seinem Schreibtisch folgende, von ihm eigenhändig verfasste und unterschriebene, vom 3. 7. 2006 datierende, letztwillige Verfügung:

„Ich vermache hiermit all meinen Besitz an meinen Sohn und Erben Klaus, nur das Bild ‚Die schlafende Schöne‘ soll mein Freund und Erbe Johannes erhalten. Meine Tochter Elisabeth enterbe ich ausdrücklich, aufgrund der Schande, welche sie mit ihrer Homosexualität über uns gebracht hat. Außerdem ist sie mir in Zeiten meiner schweren Erkrankung nicht beigestanden.“

Anton hinterließ die beiden Kinder Elisabeth und Klaus, seine Frau ist vorverstorben. Antons Vermögen umfasste neben mehreren Liegenschaften auch eine Sammlung von Gemälden. Der beauftragte Gerichtskommissär (Notar) führte das Verlassenschaftsverfahren entsprechend den Anordnungen des Außerstreitgesetzes durch; der Nachlass wurde eingantwortet. Elisabeth hatte während der Dauer des mittlerweile abgeschlossenen Verlassenschaftsverfahrens keine Ansprüche geltend gemacht, aber auch nicht auf solche verzichtet.

Elisabeth ersucht Sie um juristischen Rat. Ihr Vater Anton hatte sie 1990 aufgrund ihrer Beziehung zu einer Frau aufgefordert, sein Haus nicht mehr zu betreten. Seitdem bestand keinerlei Kontakt; insbesondere war ihr auch die schwere Erkrankung des Vaters nicht bekannt. Elisabeth lebt bis heute mit dieser Frau zusammen, seit 2010 in eingetragener Partnerschaft.

Welchen Anspruch könnte Elisabeth geltend machen? Wird sie damit Erfolg haben? Wer würde dann wie viel (in Prozent) vom Nachlass erhalten?

Anton war jedenfalls im Jahr 1990 Eigentümer des Bildes mit Namen „Die schlafende Schöne“. Das Bild ist weder besonders bekannt noch besonders wertvoll (Schätzwert ca. € 5.000,-). Anton ging bis zu seinem Tod davon aus, dass sich das Bild in einem seiner weitläufigen Keller befände; im Verlassenschaftsverfahren war dieses aber nicht mehr auffindbar. Infolge der von Johannes angestellten Nachforschungen ergab sich, dass dieses Bild auf Schloss „Silberburg“ ausgestellt worden war. Gottfried, der Eigentümer des Schlosses, fand das Bild 1996 in einem im Schlosspark gelegenen Schuppen. Offenbar war das Bild aus Antons Keller gestohlen und im Schuppen deponiert worden. Weder ist der Dieb bekannt noch hat er das Bild aus dem Schuppen wieder entfernt. Gottfried hatte keine Kenntnis von diesem Sachverhalt und ging davon aus, dass das Bild zur Kunstsammlung des Schlosses gehöre. Es war nicht unüblich, weniger wertvolle Bilder aus Platzgründen im Schuppen aufzubewahren. 1997 wurde das Bild von Gottfried im Speisesaal des Schlosses aufgehängt.

Johannes klagte Gottfried 2012 auf Herausgabe des Bildes. Dieser wendete dagegen ein, dass keine wirksame Übergabe an Johannes stattgefunden habe. Johannes legte im Verfahren eine nur ihm bekannte Erklärung von Klaus vor, in welcher dieser ihm sämtliche Rechte an dem Bild abgetreten hatte. Trotzdem bezweifelte Gottfried, dass Johannes das Bild herausverlangen könne, und behauptete, selbst Eigentümer dieses Bildes zu sein.

Prüfen Sie sowohl die Eigentumsverhältnisse als auch Johannes' Klage auf Herausgabe ausführlich! Nehmen Sie dabei einen gültigen Erbverzicht durch Elisabeth an.

a. Univ.-Prof. Dr. Raimund Pittl lehrt am Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und Rechtsinformatik der Universität Innsbruck.

Angenommen, das Schloss wurde 2011 an Otto verkauft. Otto geht davon aus, das Bild miterworben zu haben. Wer ist nun Eigentümer des Bildes?

✎ Meine Notizen:

MUSTERLÖSUNG

Von Maximilian Maier

I. Frage 1

A. Elisabeth gegen Klaus auf Auszahlung ihres Pflichtteils gem § 775 ABGB

Elisabeth könnte im Fall der ungültigen Enterbung (§ 768 ff ABGB) und der noch nicht eingetretenen Verjährung des Pflichtteilsanspruchs (§ 1487 ABGB) einen Anspruch auf Auszahlung des Pflichtteils gem § 775 ABGB erworben haben.

Das von Anton eigenhändig verfasste Testament ist ein *holographes* Testament und erfüllt die Formerfordernisse einer außergerichtlichen letztwilligen Erklärung (§ 578 ABGB). Die Testamentsurkunde wurde eigenhändig geschrieben und unterschrieben. Der Satz „Die schlafende Schöne soll mein Freund und Erbe Johannes erhalten“ stellt ein Vermächtnis (§ 647 ABGB) dar. § 535 ABGB unterscheidet zwischen Erbeinsetzung (Universalsukzession) und Vermächtnis/Legat (Singularsukzession). Bei Unklarheiten über die Art der vorliegenden Zuwendung ist nicht allein nach der gewählten Formulierung oder den verwendeten Worten, sondern auch nach dem Willen des Erblassers zu entscheiden, ob er eine Erbeinsetzung vornimmt oder ein Vermächtnis anordnet.¹⁾ Mit dem Tod des Erblassers (Erbfall) gehen alle Rechte und Verbindlichkeiten im Wege der Universalsukzession zunächst auf den ruhenden Nachlass (*hereditas iacens*) über. Laut Sachverhalt wurde rechtskräftig in den Nachlass eingeklagt (*Delation*) und es kommt zur Gesamtrechtsnachfolge des Erben Klaus,²⁾ der für alle weiteren Ansprüche passiv legitimiert ist.

Fraglich ist, ob Elisabeth rechtsgültig enterbt wurde. Hierzu müsste sie einen der in § 768 Z 1–4 ABGB taxativ aufgezählten **Enterbungsgründe** erfüllt haben. Unter Enterbung wird die Entziehung des Pflichtteils verstanden.

Anton verfügte in seinem Testament: „Meine Tochter Elisabeth enterbe ich ausdrücklich aufgrund der Schande, welche sie mit ihrer Homosexualität über uns gebracht hat. Außerdem ist sie mir in Zeiten meiner schweren Erkrankung nicht beigestanden.“

Für eine mögliche Enterbung kommen die Z 2 und 4 des § 768 ABGB in Frage.

Anton hat sich an der gleichgeschlechtlichen Beziehung seiner Tochter gestoßen und wollte sie aufgrund dieses Verhältnisses gem § 768 Z 4 ABGB enterben. Ob eine homosexuelle Beziehung eine gegen die „öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensart“ iSd Z 4 ist, unterliegt der Einzelfallbetrachtung und ist nach den jeweiligen, sich wandelnden Wertvorstellungen einer Gesellschaft und dem Umfeld des Erblassers, nicht aber nach dessen individuellen strengeren Moralvorstellungen zu beurteilen.³⁾ Bei der Beurteilung der Lebensart ist der Zeitraum zu berücksichtigen, in welchem das Verhalten gesetzt wurde.⁴⁾

Auch im Jahr 2006, als Anton sein Testament errichtete, wurde diese Art der Lebensgestaltung von der Rechtsgemeinschaft nicht mehr als anstößig angesehen. Seit dem 1. 1. 2010 ist es möglich, dass gleichgeschlechtliche Partner sogar ein der Ehe nachempfundenes Rechtsverhältnis eingehen können, die Eingetragene Partnerschaft. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art 8 EMRK, den Schutz des Privatlebens, und die dazu ergangene Rsp hinzuweisen. Der Staat darf in das menschliche Sexualverhalten nur soweit eingreifen, als die Rechte anderer oder die öffentliche Ordnung betroffen sind.⁵⁾

Dieser Enterbungsgrund ist somit **nicht** verwirklicht.

Möglicherweise könnten die Voraussetzungen für eine Enterbung aufgrund des Hilfloslassens im Notstand (§ 768 Z 2 ABGB) vorliegen. Der Erblasser führt in sei-

Maximilian Maier ist Studienassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck.

1) *Eccher* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB III⁴ § 535 Rz 1.

2) *Eccher*, *Bürgerliches Recht IV⁴ Erbrecht* (2010) Rz 1/2.

3) *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 768 Rz 6; *Nemeth* in *Schwimmann*, ABGB-TaKom² § 768 Rz 7.

4) *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} §§ 768–770 Rz 6.

5) *Berka*, *Verfassungsrecht⁶* Rz 1395.

☞ Meine Notizen:

nem Testament an, dass ihm seine Tochter in Zeiten seiner schweren Erkrankung nicht beigestanden sei.

Notstand ist jeder Zustand der – nicht nur wirtschaftlichen – Bedrängnis, der nach den Grundsätzen der Menschlichkeit gerechterweise zur Erwartung berechtigt, der Noterbe werde dem Erblasser helfen.⁶⁾

Allerdings war Elisabeth zur Zeit der Erkrankung ein Kontakt zu ihrem Vater nicht möglich, da dieser sie im Jahr 1990 aufgefordert hatte, sein Haus nicht mehr zu betreten. Infolgedessen konnte sie auch keine Kenntnis von seiner schweren Erkrankung haben, und eine mögliche unterlassene Hilfeleistung ist der Noterbin daher auch nicht vorwerfbar.⁷⁾

Auch wenn dem Sachverhalt keine genaueren Angaben entnommen werden können, wann Elisabeth die Pflichtteilsklage erhoben hat, muss dennoch geklärt werden, ob aus ihrem Anspruch bereits eine nicht mehr durchsetzbare Naturalobligation (§ 1432 ABGB) geworden ist.⁸⁾ Die anzuwendende Bestimmung für die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs ist § 1487 ABGB. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt – wenn gegen den letzten Willen vorgegangen wird – mit dem Tag der Errichtung des Übernahmeprotokolls (vgl § 152 Abs 2 Satz 3 AußStrG) zu laufen.⁹⁾ Dies war laut Sachverhalt im Jahr 2011. Zum Zeitpunkt der Prüfung (2013) war der Anspruch somit noch nicht verjährt.

B. Rechtsfolge

Den auf Geld gerichteten Pflichtteilsanspruch als Noterbin kann Elisabeth somit gem § 775 ABGB durchsetzen. Die weiteren testamentarischen Verfügungen Antons bleiben aufrecht (*favor testamenti*). Der Pflichtteilsanspruch beträgt die Hälfte der gesetzlichen Erbquote. Da nur ihr Bruder Klaus mit ihr konkurriert, beträgt der ihr zustehende Pflichtteil 25% des gesamten Nachlasses. Bei der Pflichtteilsberechnung ist allerdings zu beachten, dass der Nachlass möglicherweise um das Legat des Johannes verkürzt wird.

II. Frage 2

A. Johannes gegen Gottfried auf Herausgabe des Bildes gem § 366 ABGB

Voraussetzung für den Anspruch auf Herausgabe des Bildes gem § 366 ABGB ist, dass Johannes Eigentümer ist.

Elisabeth stellt laut Sachverhalt keine Ansprüche auf den Nachlass, weswegen zu prüfen ist, ob Klaus als erbrechtlicher Universalsukzessor des Anton 2011 Alleineigentümer des Bildes „Die schlafende Schöne“ geworden ist.

Fraglich dabei ist, ob sich das Bild zum Zeitpunkt des Todes im Eigentum des Anton befunden hat und es somit ein Teil des Nachlassvermögens werden konnte.

Über die Aufgabe des Besitzes durch Willensbetätigung (*Dereliktion*) gem § 386 ABGB lässt der Sachverhalt nur Spekulationen zu. Nach hM würde die Besitzaufgabe keine Kundgabe erfordern, jedoch muss sie gem § 386 Satz 2 aus den Umständen eindeutig erschließbar sein.¹⁰⁾ Somit trüge Gottfried, wenn er sich auf eine Besitzaufgabe berufen würde, die Beweislast für die entsprechenden Umstände einer solchen. Die Möglichkeit einer erfolgreichen Beweisführung kann laut Sachverhalt freilich ausgeschlossen werden.

Dass jemand das Bild des Anton ohne dessen Kenntnis zwischen den Jahren 1990 und 1996 aus dessen Gewahrsame entwendete, berührt Antons Eigentümerposition nicht.

Daher war Anton im Jahr 1996, als Gottfried das Bild im Schuppen auf dem Schloss Silberberg fand, noch Eigentümer des Gemäldes.

1) Gutgläubiger Eigentumserwerb des Gottfried gem § 367 ABGB?

Um eine Aussage über das sachenrechtliche Schicksal des Bildes treffen zu können, muss geprüft werden, ob Gottfried originär durch Ersitzung oder gutgläubigen Er-

6) OGH 7 Ob 505/95 NZ 1997, 243; Weiß in Klang² III 845.

7) Siehe auch 7 Ob 505/95; Nemeth in Schwimann, Praxiskommentar⁴ § 768 Rz 7.

8) P. Bydlinski, Allgemeiner Teil⁴ Rz 3/21.

9) Pernar in Schwimann, ABGB-TaKom² § 1487 Rz 3.

10) Vgl 1 Ob 513/93 SZ 66/38: Beweispflicht desjenigen, der sich auf Herrenlosigkeit beruft; Eccher in KBB³ § 386 Rz 2.

werb Eigentum erworben hat. Gem § 367 ABGB ist eine Eigentumsklage gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer beweglichen Sache abzuweisen, wenn er beweist, dass er die Voraussetzungen für einen gültigen Gutgläubenserwerb an einer beweglichen Sache erfüllt: Redlichkeit iSd § 326 ABGB, welche gem § 328 ABGB vermutet wird, einen gültigen entgeltlichen Titel und das Vorliegen einer der drei Fälle (Erwerb vom Vertrauensmann, im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb eines Unternehmens oder öffentliche Versteigerung).

An der Redlichkeit des G lässt der Sachverhalt keine Zweifel zu, da es durchaus üblich war, im Schuppen weniger wertvolle Bilder zu verwahren. Die Redlichkeit würde ohnedies gem § 328 ABGB vermutet werden. Jedoch verfügt Gottfried über keinen entgeltlichen Titel, weshalb § 367 ABGB nicht anzuwenden ist.

✍ Meine Notizen:

2) Ersitzung Gottfrieds gem § 1452 ABGB?

a) Ordentliche Ersitzung gem § 1466 ABGB

Fraglich ist, ob G die Sache ersessen hat. Um das Eigentumsrecht gem § 1466 ABGB zu ersitzen, muss Gottfrieds Besitz qualifiziert gewesen sein, also auf einem zum Eigentumserwerb tauglichen Titel beruhen, echt (*nec vi nec clam nec precario*) und über die Ersitzungszeit hinweg redlich gewesen sein. Gottfried hat „Die schlafende Schöne“ im Jahr 1996 im Schuppen des Schlosses gefunden und durfte somit bis zum Jahr 2011 davon ausgehen, dass das Bild zum Inventarium des Schlosses gehört. Diese Umstände würden Gottfried zu einem redlichen Besitzer machen. Dennoch scheitert die ordentliche Ersitzung an einem gültigen Erwerbstitel des Gemäldes. Aufgrund dieser Tatsache ist in weiterer Folge an eine außerordentliche Ersitzung zu denken, bei welcher die längere 30-jährige Ersitzungszeit gem § 1477 ABGB zur Anwendung gelangt.

b) Außerordentliche Ersitzung mithilfe der – erweiterten – Fristen gem § 1477 ABGB

Gottfried hat „Die schlafende Schöne“ im Jahr 1996 im Schuppen des Schlosses gefunden und konnte somit bis im Jahr 2011 davon ausgehen, dass das Bild zum Inventarium des Schlosses gehört. Folglich hatte Gottfried die Sache nur 15 Jahre in Ersitzungsbesitz und eine außerordentliche Ersitzung ist aufgrund des fehlenden Tempuselements daher zu verneinen.

Gottfried konnte Eigentum an dem Gemälde weder durch Gutgläubenserwerb noch durch Ersitzung erwerben.

Aufgrund dieser Umstände ist Klaus als Erbe des Anton Eigentümer des Bildes und Gottfried titelloser Sachbesitzer der Sache.

3) Derivativer Erwerb des Johannes?

Des Weiteren wird die Frage aufgeworfen, ob Johannes vom Eigentümer Klaus das Eigentumsrecht am Gemälde erworben hat. Einen gültigen schuldrechtlichen Erwerbstitel besitzt Johannes aufgrund der letztwilligen Verfügung Antons, dem Legat. Genauer betrachtet werden muss jedoch das Verfügungsgeschäft:

Da sich die zu übertragende Sache im Sachbesitz eines Dritten befindet, ist die Möglichkeit einer Anweisung des Besitzes iSd § 428 ABGB (analog) zu prüfen. Bei der Besitzeinweisung erklärt der Übergeber, für den ein Dritter die Sache entweder als bloßer Inhaber oder als Rechtsbesitzer innehat, dass dieser Dritte die Sache ab einem bestimmten Zeitpunkt oder bei Eintritt einer Bedingung für den Übernehmer innehaben soll. Durch die Anweisungserklärung des Übergebers an den Dritten, den Sachinhaber, wird der Übertragungsmodus gesetzt.¹¹⁾

Einer besonderen Form bedarf die Besitzeinweisung nicht, es muss lediglich klar zum Ausdruck gebracht werden, dass der Dritte nunmehr für den Erwerber innehaben soll.¹²⁾ Auch einer Zustimmung des Inhabers bedarf die Besitzeinweisung nach überw Rsp¹³⁾ nicht, allerdings ist es in der Lehre strittig, ob die Besitzeinweisung als empfangsbedürftige Willenserklärung wirkt.¹⁴⁾ →

11) OGH ÖBA 1987, 51.

12) Mader in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 428 Rz 9.

13) ZB OGH ÖBA 1987, 930.

14) Illudits in Schwimann, ABGB-TaKom² § 428 Rz 4.

☞ Meine Notizen:

Wenn Klaus Gottfried iSv § 428 ABGB bzgl des neuen Besitzers verständigt hätte, dann könnte man eine solche Erklärung als Anweisungserklärung deuten und gem hRsp¹⁵⁾ bedürfte es keiner Zustimmung zu dieser Besitzeanweisung von Gottfried; schließlich wäre Johannes Eigentümer des Gemäldes geworden.

Eine derartige Erklärung hat Klaus allerdings nicht abgegeben und somit hat eine solche Anweisung nicht stattgefunden.

Infolgedessen ist auch ein derivativer Eigentumserwerb des Johannes durch Besitzeanweisung zu verneinen.

4) Die Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs

a) Variante hM

Johannes klagt im Jahr 2012 Gottfried auf Herausgabe des Bildes und legt im Verfahren eine nur ihm bekannte Erklärung von Klaus vor, in welcher dieser ihm sämtliche Rechte an dem Bild abgetreten habe. Mit Eintritt des Todes fällt dem Legatar der obligatorische Vermächtnisanspruch an (§ 685 ABGB), es sei denn, dass eine aufschiebende Bedingung (§ 703 ABGB) vorliegen würde. Die Vermächtnisklage ist daher keine Eigentumsklage.¹⁶⁾ Der Vermächtnisnehmer darf die ihm vermachte Sache nicht eigenmächtig in Besitz nehmen, selbst wenn der Erblasser dies gestattet hätte. Vielmehr hat der Vermächtnisschuldner eine Erfüllungshandlung zu setzen, wobei für den Erwerb des Vermächtnisses die dem vermachten Recht entsprechende Übertragungsart einzuhalten ist (vgl §§ 424 f, 437, 688 ABGB).¹⁷⁾ Im vorliegenden Fall wäre eine dem vermachten Recht entsprechende Übertragungsart die tatsächliche Übergabe des Bildes oder zumindest eine gültige Anweisung des Besitzes durch Klaus an Gottfried.

Klaus ist durch die Übertragung aller Rechte an dem Bild seiner Verpflichtung als Legatsschuldner nicht nachgekommen. Er hat sich somit nicht von der Verpflichtung der körperlichen Übergabe durch „Abtretung des Herausgabeanspruchs“ befreit. Der Legatar Johannes hat einen schuldrechtlichen Anspruch gegen Klaus auf Herausgabe des Bildes.

Nach österreichischer hA¹⁸⁾ können bewegliche Sachen, welche sich in der Innehabung eines Dritten befinden, nur durch Besitzeanweisung übereignet werden. In der Entscheidung 8 Ob 45/12 v (= JBl 2013, 435 f) war der OGH diesmal anderer Ansicht.

b) Variante laut OGH

In der oben erwähnten Entscheidung führt der OGH aus, dass die Möglichkeit eröffnet werden soll, sich durch konsensuale Einigung mit dem Vermächtnisnehmer von der Verpflichtung der körperlichen Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zu befreien. In der Vergangenheit wurde eine selbständige, vom Eigentumsrecht losgelöste Übertragung einzelner daraus entspringender Rechte, insbesondere des Vindikationsanspruchs, nach hL und Rsp wegen der untrennbaren Verbindung zwischen Recht und Anspruch abgelehnt.¹⁹⁾ Dingliche Rechte gehörten grundsätzlich nicht zu den in § 1393 ABGB genannten „veräußerlichen Rechten“, die durch Zession übertragen werden können, da ihr Erwerb aus Publizitätsgründen speziellen Regeln unterliege. Durch eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gem §§ 1392 ff ABGB, ohne rechtliche Beziehung zwischen Zedent und Zessionar, würde im Ergebnis eine nach österreichischem Recht unzulässige bloße Prozessführungsbefugnis begründet werden.²⁰⁾ Ein derartiger Fall liegt allerdings nicht vor, da sich die vorgelegte Erklärung nicht alleine auf den Herausgabeanspruch beschränkt, sondern von dieser alle Rechte an der Sache umfasst werden. Es scheint, als würde der OGH hier zwischen der Zession aller Rechte und der Übertragung des Herausgabeanspruchs differenzieren. Es würden die Rechte nicht abstrakt, sondern der Erbe würde in Erfüllung seiner Legatsverpflichtung abtreten. Der Legatar wird nicht berechtigt, das Bild für den Erben herauszuverlangen, sondern für sich selbst. Somit wird keine vom dinglichen Recht losgelöste Verfügung getroffen, weil der Legatar aufgrund seines eigenen

15) Siehe auch OGH 1 Ob 543/87.

16) *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB III⁴ § 684 Rz 1.

17) *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB III⁴ § 684 Rz 5.

18) *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ II § 428 Rz 10; *Holzner*, JBl 2013, 552 f.

19) *Thöni* in *Klang*³ § 1393 Rz 6 mwN.

20) Ua *Thöni* in *Klang* § 1392 Rz 6 mwN.

Erwerbstitels unmittelbarer Eigentümer werden soll, sobald der Dritte die Sache tatsächlich herausgegeben hat.²¹⁾

✎ Meine Notizen:

Der OGH bejaht in einem solchen Fall tatsächlich die Abtretbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs, obwohl der Kläger nur über einen schuldrechtlichen Titel gegenüber dem Erben verfügt. Es geht also nicht um eine bloße Begründung der Prozessführungsbefugnis des Legatars, vielmehr wird ausgeführt, dass der dingliche Anspruch übertragbar sein soll, weil der Kläger eine Erwerbscausa besitzen würde. Dem Kläger wird also zuerst der dingliche Herausgabeanspruch abgetreten, wodurch er die Herausgabe der Sache verlangen kann, obwohl er erst mit der Erfüllung, also mit der Übergabe der Sache iW/S, Eigentümer wird. Die E wurde insbesondere in Hinblick auf § 425 ABGB kritisiert.²²⁾

In § 425 schreibt das Gesetz den Übergabe- bzw Traditionsgrundsatz fest: Der als Übergabe erkennbare Akt muss so beschaffen sein, dass aus ihm der Wille des Veräußerers hervorgeht, das Objekt sofort aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Erwerbers zu übertragen.²³⁾ Dieser Grundsatz macht es erforderlich, dass der Veräußerer im Zeitpunkt des Erwerbs des dinglichen Rechts entweder mittelbaren oder zumindest unmittelbaren Besitz an dem zu veräußernden Objekt haben muss.²⁴⁾ Das unterscheidet den Forderungserwerb grundlegend von dem Erwerb eines dinglichen Rechts.

Dem Herausgabeanspruch muss hingegen das „Haben des dinglichen Anspruchs“²⁵⁾ bereits vorausgegangen sein, er kann der eigentlichen Rechtserlangung nicht vorausgeschickt werden. Dogmatisch ist es kaum vorstellbar, die wichtigste Eigentümerbefugnis, nämlich die Sache von jedermann herauszuverlangen, vom Eigentumsrecht abzuspalten.²⁶⁾

Im aktuellen OGH-Urteil wurde Johannes freilich durch bloße Zession (Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft oder Verfügung in Erfüllung einer bestehenden Verpflichtung)²⁷⁾ zwischen ihm und Klaus zur Herausgabe des Bildes gem § 366 ABGB von Gottfried aktivlegitimiert.

Dieser Meinung folgend würde man zum Ergebnis gelangen, dass Johannes zuerst den dinglichen Vindikationsanspruch von Klaus zediert bekommen hätte und im Anschluss an die erfolgreiche Klage auf Herausgabe der Sache Eigentum an dem Gemälde „Die schlafende Schöne“ erworben hätte.

III. Frage 3

A. Die Eigentumsverhältnisse des Otto?

Da Gottfried das Schloss im Jahr 2011 an Otto verkauft hat, könnte das Bild als Zubehör (§ 294 ABGB) des Schlosses mitverkauft worden sein. Nach § 1061 iVm § 1047 ABGB besteht für Gottfried auch eine Pflicht zur Verschaffung von Eigentum an schlosseigenem „Zugehör“. Gottfried war allerdings nie in der Lage derivativ Eigentum an dem Bild zu verschaffen, da er selbst nie Eigentümer des Bildes war, noch vom Eigentümer zur Veräußerung befugt wurde (§ 425 ABGB: „nemo plus iuris transferre [ad alium] potest quam ipse habet“).

Zubehör ist eine Nebensache, die kein Bestandteil der Hauptsache ist (ansonsten läge ein bloßer Bestandteil vor), aber dieser zugeordnet ist und ihrem Gebrauch dient (*Koziol/Welser*). Darüber hinaus besteht nach hA auch das Erfordernis der Eigentümeridentität.

Infolgedessen ist ein originärer gutgläubiger Eigentumserwerb gem § 367 ABGB zu prüfen. Die Voraussetzungen für einen gültigen Gutgläubenserwerb an einer beweglichen Sache sind: Die Redlichkeit iSd § 326 ABGB, welche gem § 328 ABGB vermutet wird, ein gültiger entgeltlicher Titel und es muss die bewegliche Sache vom Vertrauensmann, im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb oder in einer öffentlichen Versteigerung erworben werden. Der Liegenschafts Kaufvertrag stellt einen gültigen Titel, welcher zu einem Gutgläubenserwerb befähigen könnte, dar. Von diesem Erwerbstitel könnte auch das Gemälde erfasst worden sein. Auch die Redlichkeit des Otto ist gegeben, da keine Umstände vorliegen, die ihn an der Veräußerungsbefugnis des

21) Auf dieses Paradoxon weist *Holzner*, JBI 2013, 435 zu Recht hin.

22) *Holzner*, JBI 2013, 552 ff.

23) OGH 1 Ob 39/97 k.

24) *Spielbüchler in Rummel*, ABGB³ (2000) § 425 Rz 6.

25) *Holzner*, JBI 2013, 552 ff.

26) *Holzner*, JBI 2013, 552 ff.

27) *Dullinger*, Schuldrecht Allgemeiner Teil⁴ Rz 5/26.

☞ Meine Notizen: Gottfried zweifeln lassen müssten. Ohnedies würde diese gem § 328 vermutet werden.

Jedoch ist Gottfried weder ein gewerblicher Immobilienhändler, was eine Subsumtion unter den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb unmöglich macht, noch als Vertrauensmann anzusehen. Daher muss ein Gutgläubenserwerb an dem Gemälde ausgeschlossen werden.

Fraglich ist, ob Otto durch ordentliche Ersitzung gem § 1466 ABGB Eigentum an dem Gemälde erworben hat. Um das Eigentum an einer beweglichen Sache ersitzen zu können, müsste Otto qualifizierter Besitzer des Ersitzungsobjekts sein. Um ihn als solchen zu qualifizieren, müssen ein gültiger Titel, rechtmäßiger und echter Besitz (*nec vi nec clam nec precario*), die Redlichkeit des Ersitzers und die dreijährige Ersitzungszeit gegeben sein. Der zwischen Gottfried und Otto im Jahr 2011 geschlossene Kaufvertrag über das Schloss erstreckt sich der Annahme folgend auch auf schlosseigenes Zubehör. Somit liegt ein gültiger Titel vor. Auch lässt der Sachverhalt keine Zweifel am guten Glauben Ottos während des zu untersuchenden Ersitzungszeitraums zwischen Kaufvertragsperfektion im Jahr 2011 und der Verfassung dieser Musterlösung zu. Allerdings waren zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Falllösung, was offensichtlich nicht mit dem Erscheinungsdatum zusammengefallen ist, die geforderten Jahre der ordentlichen Ersitzungszeit noch nicht verstrichen. Auf Grund des ohnehin nicht ausreichenden Tempuselements für die eigentliche Ersitzung, kann die Prüfung der uneigentlichen Ersitzung mit einer vorausgesetzten Ersitzungszeit von dreißig Jahren entfallen.

B. Rechtsfolge

Otto konnte kein Eigentumsrecht erwerben. Klaus ist als Rechtsnachfolger des Anton immer noch Eigentümer des Bildes. Somit kann dieser gestützt auf die Eigentumsklage (*rei vindicatio*) gem § 366 ABGB die Herausgabe begehren.



Zum Prüfungserfolg in drei Schritten!

4. Auflage erscheint im Oktober 2014.
Ca. X, 960 Seiten.
Br. Ca. EUR 68,-
ISBN 978-3-214-11254-7

Mit Hörschein für Studierende ca. EUR 54,40

Perner · Spitzer · Kodek

Bürgerliches Recht 4. Auflage

Der „Perner/Spitzer/Kodek“ nimmt besonders auf die Bedürfnisse der Studierenden und Berufsanwärter Rücksicht. Auf eine bereits bewährte Art der Wissensvermittlung erarbeitet der Leser den elementaren Stoff in **drei Schritten**. Nach jeder Lerneinheit, unterstützt mit zahlreichen Beispielen, folgt die Erfolgskontrolle: Übungsfragen zeigen, ob das Gelernte sitzt. Anhand von unzähligen Schlagwörtern kann der Stoff schließlich wiederholt und mit dem dazu gehörigen **neuen Glossar** überprüft werden – die 1.000 wichtigsten Begriffe des Bürgerlichen Rechts auf einen Griff!

Auf neuestem Stand insbesondere hinsichtlich KindNamRÄG 2013 und dem Zahlungsverzugsgesetz.

Plus: E-Learning auf www.studium.manz.at!

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455
bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1014 Wien www.manz.at

MANZ