

Zur vorgeschlagenen Neufassung des Ersitzungsrechts

Stefan Potschka/Franz-Stefan Meissel

Einleitung

Eine über zweihundertjährige, immer noch in Kraft stehende Kodifikation gehört zweifellos zu den Monumenten einer Rechtskultur. Denkmälern begegnet man mit Respekt und Achtung. Dennoch sind weder Code civil noch ABGB in ihrer heutigen Form unverändert und auch umfassendere Renovierungsarbeiten (man denke für Frankreich etwa nur an die Reformen des Jahres 2016) sind keineswegs ausgeschlossen. Auch beim Denkmalschutz tendiert man heute ja nicht zum strikten Nichteingriff, sondern zur behutsamen Adaptierung und Modernisierung unter Beibehaltung des schützenswerten Kerns (oder manchmal auch nur der Fassade).

Debatten darüber, was noch sinnvolle Anpassung an neue Bedürfnisse und Notwendigkeiten ist, und wo das Sakrileg und die Denaturierung beginnt, sind dabei unvermeidlich. --- Jedenfalls ist auch für das ABGB ein sprachliches Facelifting sicher nicht von vornherein abzulehnen. Das, was heute zT sprachlich altertümlich wirkt, war ursprünglich als zeitgemäße und „volkstümliche“ Ausdrucksweise intendiert gewesen, gemessen an dieser, von vielen zurecht am ABGB gerühmten Zielrichtung, ergaben sich im Laufe der Zeit immer größere Diskrepanzen. Lobt man am ABGB die Anschaulichkeit und Lebensnähe, so sollte diese auch für heutige LeserInnen noch nachvollziehbar sein.

Andererseits glauben wir heute vielleicht etwas weniger optimistisch als 1811 daran, dass Laien überhaupt durch bloße Lektüre des Gesetzestextes ausreichende Anleitung für normkonformes Verhalten gewinnen können. So manche mittlerweile etwas altertümliche Formulierung mag insofern sogar den Vorteil haben, durch ihre Exotik auf eine, von der Alltagssprache abgehobene juristisch-technische Bedeutung zu verweisen oder zumindest ästhetischen Reiz entfalten (man denke nur an die körperlichen Sachen, „welche gemäß § 292 ABGB „in die Sinne fallen“, eine Formulierung, die man kaum je vergessen wird). Eine stilistische Anpassung an den aktuellen Zeitgeschmack mag darüber hinaus bald schon wieder außer Mode geraten, man denke nur an die heute vielfach bedauerte Neo-Gotisierung so mancher Kirche, deren barocke Pracht zugunsten prä-raffaelitischen Kitsches geopfert wurde. Aus der Sicht des Rechtsvergleichers ist auch – trotz des unweigerlichen Soges des BGB und der BGB-Jurisprudenz im österreichischen Zivilrecht im vergangenen Jahrhundert – zu fragen, ob man

hinsichtlich Verständlichkeit und Praktikabilität die Schweizer Kodifikation (ZGB/OR) stärker als Vorbild heranziehen sollte, bei deren Formulierung *Ernst Huber* bekanntlich besonders auf sprachliche Übersichtlichkeit, aber auch die Beibehaltung volkstümlicher Redewendungen geachtet hat: So ist etwa die Tendenz des BGB, jede Rechtsfrage möglichst nur an einer Stelle zu normieren und dafür zum Teil komplizierte Verweisketten in Kauf zu nehmen, durchaus kritisch zu sehen; auch die strikte Orientierung am doch artifiziellen System der Pandektistik scheint heute nicht mehr zwingend das Maß aller Dinge zu sein.

Im Folgenden soll es aber nicht um diese allgemeinen Überlegungen gehen, sondern lediglich darum, die von Prof. *Peter Bydlinski* und seinem Team erarbeiteten Vorschläge zur Neufassung des Ersitzungsrechts darzustellen und diese einer vorsichtigen Einschätzung dahingehend zu unterziehen, inwieweit diese dem Ziel einer besseren Verständlichkeit und Klarheit dienlich sein können. Als Referenz dient dabei die von *Peter Bydlinski* auf der Homepage veröffentlichte, übersichtliche Gegenüberstellung des bisherigen Gesetzestextes und der Vorschläge, und zwar sowohl jener, die bloß sprachlich umformulieren möchten, als auch jener Alternativvorschläge, die weitergehend die Reform *de lege ferenda* betreffen.

Vorweg sei dazu der Problemaufriss angesprochen, den *Peter Bydlinski* und sein Team ihren Umformulierungsvorschlägen zur Ersitzung vorangestellt haben: Als Hauptproblem der bisherigen Regelung wird die nur mehr historisch erklärbare verknüpfte Regelung von Ersitzung und Verjährung gesehen, die auf die gemeinrechtliche Theorie der *praescriptio acquisitiva* und *extinctiva* zurückgeht.¹ Da heute Ersitzung und Verjährung i.e.S. als getrennte Bereiche gesehen werden, erscheint es tatsächlich plausibel, diese auch in getrennten Blöcken im Gesetz zu regeln und damit „Normenklaven“ wie die zur Ersitzung gehörenden §§ 1493, 1498 und 1500, welche sich im Verjährungsrecht finden, zu vermeiden.

Als sachliches Problem wird die weite Formulierung des § 1455 empfunden, da nicht klar wird, ob lediglich dingliche Rechte ersitzbar sind. Zurecht bemängelt wird die fehlende Abstimmung mit dem Grundbuchgesetz. Die uneinheitliche Terminologie, der zufolge teilweise von der Ersitzung eines Rechts, teilweise der Ersitzung einer Sache und manchmal von der Ersitzung von Sachen und Rechten die Rede ist, wird kritisiert (und auch die ungenaue Bezugnahme auf einen redlichen „Inhaber“ statt Besitzer in § 1470). Tatsächlich sollte nach der ursprünglichen

¹ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II (1989) 280; *Apathy*, Verjährung des Anspruchs, der Klage oder des Rechts, FS Huwiler (2007) 4.

(und nach wie vor wohl auch herrschenden Auffassung) einheitlich von der Verjährung von Rechten die Rede sein.

Rechtspolitisch wird die Privilegierung juristischer Personen problematisiert und auch die Hemmung wegen Ortsabwesenheit (§ 1475 ABGB) als „nicht mehr zeitgemäß“ kritisiert.

Obwohl eigentlich nicht zum Ersitzungsrecht gehörend wird auch auf den § 1451 eingegangen, der die Verjährung als „Rechtsverlust“ definiert, was als Widerspruch zu § 1501 gesehen wird, welcher dem Schuldner der verjährten Forderung bloß eine Einrede gibt. Die nach ganz hA Unverjährbarkeit des Eigentums sollte ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben werden.

De lege ferenda wird erwogen, die Ersitzung ganz aus dem Verjährungsrecht auszugliedern und im Sachenrecht (beim Eigentumserwerb) anzusiedeln; dies würde wohl auch die Beschränkung der Ersitzung nur auf dingliche Rechte implizieren. Angeregt wird, die zukünftige Trennung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Ersitzung am Erfordernis des Titels als Unterscheidungskriterium festzumachen (wie dies bislang für die Ersitzung gemäß § 1477 vorgesehen ist). Im Folgenden soll nun in der Reihenfolge der einzelnen Paragraphen auf die Vorschläge eingegangen werden.

§ 1451 ABGB

§ 1451 definiert die Verjährung als den „Verlust“ eines Rechtes, das über bestimmte Zeit nicht ausgeübt wird. Der Textvorschlag teilt den Originaltext in zwei Sätze. Anders als im Original ist der Tatbestand im aktiven Präsens (Verbalstil) formuliert („Übt der Berechtigte sein Recht [...] nicht aus“ statt „Verlust eines Rechtes, welches [...] nicht ausgeübt worden ist“) und steht an erster Stelle. Die Rechtsfolge wird im zweiten Satz, dieses Mal aber unter Verwendung des Nominalstils, nachgestellt.² Wenn, dann wäre es stilistisch einheitlicher, für den zweiten Satz ebenfalls den Verbalstil zu verwenden und zu formulieren: „Der Berechtigte verliert dadurch sein Recht“ statt „Sie bedeutet den Verlust dieses Rechts“.

Allerdings ist (auch im Hinblick auf die neue Formulierung des folgenden § 1452) fraglich, ob die neue Formulierung tatsächlich größere Klarheit gegenüber dem ohnedies knappen

² Texttabelle 1.

Originaltext bietet. Die Kernaussage, dass die Verjährung zum „Verlust eines Rechts“ führt, bleibt jedenfalls unverändert, findet sich aber auch im Originaltext deutlich ausgesprochen.³

Rechtspolitisch wird hingegen in der Alternative eine Koordinierung mit § 1501 für nötig erachtet.⁴ Nach diesem ist die Verjährung im Prozess nur zu beachten, wenn der Schuldner sich darauf beruft. Die Definition der Verjährung als *Rechtsverlust* einerseits, und die Notwendigkeit einer Einwendung im Prozess andererseits, wird als Widerspruch, als „grober Mangel“ empfunden.⁵ Zuzugeben ist, dass das Verjährungsrecht des ABGB durchaus reformbedürftig ist⁶, allein erscheint es zu hart, hier von einem „groben“ Widerspruch zu sprechen, da die in der österreichischen Lehre hiezu entwickelten Theorien — die von Unger behauptete „starke“ Wirkung, die heute hA von der „schwachen“ Wirkung oder die Theorie des bloßen Entstehens eines Leistungsverweigerungsrechts) — mit dem bisherigen Wortlaut durchaus vereinbar sind.

Bekanntlich finden sich zur Wirkung der Verjährung in der österreichischen Privatrechtswissenschaft unterschiedliche Ansichten: Vor allem mit Blick auf die Verjährung von schuldrechtlichen Ansprüchen wird die „starke“ oder „schwache“ Wirkung diskutiert.⁷ Keine der vertretenen Ansichten ist jedoch mit der bisherigen Fassung des § 1501 schlechthin unvereinbar. So ging etwa Unger streng mit dem Wortlaut von § 1451 vom gänzlichen Untergang des Anspruchs aus.⁸ Dieser bestehe insbesondere auch nicht als Naturalobligation fort.⁹ Selbst unter Annahme dieser „starken Wirkung“ ist vorstellbar, dass der verjährte Anspruch zwar nicht mehr existiert, der Schuldner sich dennoch darauf berufen muss, andernfalls das Gericht das Erlöschen nicht aufgreifen kann.¹⁰ Unger sprach in diesem Sinn von einem *ipso iure*, aber durch die Einwendung *bedingten* Erlöschungsgrund.¹¹ Ebenso war das verjährte Recht für *Ehrenzweig* „relativ unwirksam“.¹² Im Unterschied dazu erlischt der Anspruch nach der heute herrschenden Ansicht nicht vollständig, sondern bleibt – wenn auch „abgeschwächt“ – als

³ Vgl. Texttabelle Fn 2 unter Verweis auf Zeiller, *Commentar IV* 192; J. Ofner, *Ur-Entwurf II* 449; M. Bydliński in Rummel³ § 1451 Rz 1, 5; Meissel in KBB⁵ § 1451 Rz 1, 2.

⁴ Texttabelle 1 „Alternativen“; für Beseitigung der Formulierung auch Vollmaier, *Das Verjährungsrecht des ABGB*, ÖJZ 2009/81 (752); Mader, *Grundprobleme des Verjährungsrechts*, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hg.), *Festschrift 200 Jahre ABGB* (2011) 1273 (1287).

⁵ Vorbemerkungen 2.

⁶ So die Befunde von Vollmaier, ÖJZ 2009/81; Mader in FS 200 Jahre ABGB 1273.

⁷ Vgl. zum Meinungsstand Vollmaier in Klang³ § 1451 Rz 7 ff.; ders., *Verjährung und Verfall* (2009) 143 ff.

⁸ Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II*³ (1868) 437 ff.

⁹ Nach Vollmaier kann sich diese Ansicht auf den „vermutlichen“ Willen der Gesetzesverfasser stützen (Klang³ § 1451 Rz 8; ders., *Verjährung* 143). Tatsächlich ging Zeiller zwar vom Erlöschen des Rechts nach „positivem Recht“ aus, sah aber gleichzeitig die Verjährung nicht als Institut des Naturrechts. Die verjährte Forderung bestand daher nach seinem naturrechtlichen Verständnis als „natürliche“ Verbindlichkeit fort (vgl. Zeiller, *Commentar IV* 160 [zu § 1432]; 193 [zu § 1451]; ders., *Das natürliche Privatrecht*³ [1819] §§ 91, 92). Zeiller vertrat daher streng genommen wohl weder den *vollständigen* Untergang des Rechts noch die „Abschwächung“ der Obligation *nach positivem Recht* im modernen Sinn.

¹⁰ Vollmaier, *Verjährung* 147 f und Fn 582, der auf die Konstruktion der relativen Nichtigkeit hinweist; ders. in Klang³ § 1451 Rz 8 Fn 32. Ebenso ist nach Vollmaier die Verjährung von Gestaltungsrechten, die zum vollständigen Erlöschen der Rechtsposition führen, nach § 1501 einzuwenden (Klang³ § 1451 Rz 9).

¹¹ Unger, *System II* (1868) 444.

¹² Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I*¹² (1951) 324, der allerdings anders als Unger einräumt, dass die verjährte Schuld als „natürliche Verbindlichkeit“ bezeichnet werden kann (*System* 324 Fn 5).

Naturalobligation bestehen.¹³ Auch diese „Abschwächung“ des Anspruchs und somit der „Verlust“ der Klagbarkeit (bzw Erzwingbarkeit¹⁴) müssen gem § 1501 eingewendet werden.

Schließlich lässt sich auch jene dritte Ansicht mit dem Gesetzeswortlaut vereinbaren, nach der dem Schuldner gegen den verjährten, aber nach wie vor voll existenten Anspruch des Gläubigers ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.¹⁵ Das Entstehen dieses „Gegenrechts“ kann hier zumindest mittelbar als „Verlust“ des Anspruchs bezeichnet werden.¹⁶

Unseres Erachtens sind die §§ 1451 und 1501 daher unabhängig davon, welcher Ansicht man folgt, miteinander vereinbar. Ebenso wenig besteht ein Widerspruch zu § 1432, und zwar selbst dann nicht, wenn man mit der älteren Lehre die starke Wirkung der Verjährung annimmt. Das Gesetz kann *ausnahmsweise* die Rückforderbarkeit einer Nichtschuld ausschließen – so wie dies auch bei wissentlicher Bezahlung der Fall ist.¹⁷

Wenn man darin ein Problem sieht, dass die Definition der Verjährung und die nicht amtswegige Wahrnehmung im Prozess an zwei disparaten Orten im Gesetz geregelt sind, so wäre eine einfache Lösung, den Wortlaut des § 1501 und jenen des § 1451 (am zu bestimmenden Ort) miteinander als aufeinanderfolgende Paragraphen oder Absätze zu verknüpfen. Eine alternative Möglichkeit wäre ein expliziter Verweis auf § 1501 in § 1451.

Darüber hinaus wäre *de lege ferenda* durchaus überlegenswert, umstrittene Detailfragen der Verjährungswirkung durch den Gesetzgeber an passender Stelle zu klären¹⁸, so insbesondere die Frage, ob man mit der verjährten Forderung aufgerechnet werden kann¹⁹ oder welche Wirkung der Verjährung von Gestaltungsrechten²⁰ zukommt.²¹

§ 1452 ABGB

Auf die Definition der Verjährung folgt in § 1452 jene der Ersitzung.²² Der Textvorschlag macht aus dem Originaltext wieder zwei Sätze, wobei diesmal aber keine Trennung in

¹³ M. Bydlinski in Rummel³ § 1451 Rz 1; Meissel in KBB⁵ § 1451 Rz 1 mwN.

¹⁴ Vollmaier, Verjährung 146.

¹⁵ Mader, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 255; ders, Grundprobleme des Verjährungsrechts, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 1273 (1277); Vollmaier, Verjährung 150 f; ders in Klang³ § 1451 Rz 8 mwN.

¹⁶ Vollmaier, Verjährung 151; ders in Klang³ § 1451 Rz 8.

¹⁷ Vgl Vollmaier, Verjährung 147 und Fn 580.

¹⁸ Vgl bereits Vollmaier, ÖJZ 2009/81 (752); Mader in FS 200 Jahre ABGB 1287 f.

¹⁹ Vgl Vollmaier in Klang³ § 1451 Rz 10.

²⁰ Vgl für starke Wirkung Vollmaier in Klang³ § 1451 Rz 9; ders, Verjährung 157; Mader, FS 200 Jahre ABGB 1277.

²¹ Mader in FS 200 Jahre ABGB 1287. Nach Vollmaier, Verjährung 148 f können sich allerdings für die Besicherung verjährter Forderungen Konsequenzen ergeben. So könne etwa eine Bürgschaft nur wirksam zustande kommen bzw fortbestehen, wenn man davon ausgeht, dass die verjährte Forderung noch zumindest abgeschwächt weiter existiert. Er räumt allerdings ein, dass die Unterscheidung ihre Bedeutung endgültig verliert, wenn man auf die Besicherung verjährter Forderungen § 1501 sinngemäß anwendet und der Bürge die Verjährung in jedem Fall einwenden muss (Vollmaier, Verjährung 148 f Fn 586).

²² Texttabelle 1.

Tatbestand und Rechtsfolge erfolgt. Vielmehr normiert der erste Satz die Rechtsfolge des Rechtserwerbs durch den Ersitzenden, der zweite die Kehrseite, also den Rechtsverlust des Ersitzungsgegners. Die Formulierung „Erwerb eines Rechts durch Zeitablauf unter bestimmten *gesetzlichen* Voraussetzungen“ wirkt überschießend, zumal dann ohnedies in der Klammer auf die betreffenden Gesetzesbestimmungen (§§ 1453-1477) verwiesen werden soll. Dann wäre es ausreichend, von „bestimmten Voraussetzungen“ zu sprechen. Der zweite Satz könnte einfacher im Verbalstil formuliert sein. Etwa: „Gleichzeitig verliert der bisher Berechtigte sein Recht“.

Auf zwei weitere Abweichungen vom Originaltext soll noch aufmerksam gemacht werden: Zum einen spricht der Textvorschlag nicht mehr vom „verjährten“ Recht, das ersessen wird. Damit wird der einhelligen Ansicht Rechnung getragen, nach der das Eigentum an sich nicht verjähren kann.²³ Zum anderen heißt es nicht mehr, dass das ersessene Recht „zugleich auf jemand anderen übertragen“ wird. Stattdessen: „Sie [die Ersitzung] hat den gleichzeitigen Verlust dieser Berechtigung durch den bisher Berechtigten zur Folge“. Hintergrund ist, dass die Ersitzung mitunter auch nur zu einer Einschränkung des Eigentumsrechts führen kann, zum Beispiel durch eine Dienstbarkeit oder ein Pfandrecht.²⁴ In diesen Fällen kommt es zu einem „Verlust der *unbeschränkten* Berechtigung“. Die Alternative fügt – und im Sinne der besseren Verständlichkeit ist dies durchaus zu begrüßen – einen Absatz 2 hinzu, der dies ausdrücklich klarstellt: „Die Ersitzung kann auch zu einer bloßen Belastung [...] führen.“

§ 1453 ABGB

§§ 1453 und 1454 regeln zur Zeit (gemäß der Marginalrubrik) „wer verjähren und ersitzen kann“. Im Textvorschlag ist die Einfügung einer eigenen Überschrift „II. Die Ersitzung“ vorgesehen, was konsequent voraussetzen würde, dass dann bloß ersitzungsrelevante Bestimmungen folgen und auf die Bezugnahme zur Verjährung, wie dies auch nach dem Textvorschlag zu § 1454 noch der Fall ist, zu verzichtet wäre.

§ 1453 regelt die persönlichen Voraussetzungen des Ersitzenden und knüpft dabei an die Fähigkeit an, Eigentum zu erwerben (§ 355). Daneben muss auch die Fähigkeit zum Besitzerwerb vorliegen (§ 310).²⁵ Der Textvorschlag zu § 1453 lautet: „Wer die Fähigkeit zum

²³ *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1459 Rz 2.

²⁴ *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1455 Rz 40 ff.

²⁵ *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1453 Rz 1; *Meissel* in KBB⁵ § 1453 Rz 1.

sonstigen Erwerb von Rechten hat, kann auch ersitzen“.²⁶ Sprachlich vorzuziehen wäre wohl in Anlehnung an den Originaltext: „Wer *sonst* die Fähigkeit zum Erwerb von Rechten hat, kann auch ersitzen.“ Darüber hinaus wäre zu überlegen, auf die Bestimmungen der §§ 310, 355, 865, 170 Abs 3 und 280 in der Klammer zu verweisen, damit für die Normadressaten diese Zusammenhänge auf Anhieb ersichtlich sind.

Will man (im Sinne der „Alternativen“) darüber hinaus die Möglichkeit der Ersitzung zugunsten anderer Personen im Gesetz ausdrücken, dann könnte der Satz lauten: „Wer *sonst* die Fähigkeit zum Erwerb von Rechten hat, kann auch für sich selbst oder andere ersitzen.“ Dabei ist etwa an den von der Judikatur anerkannten Fall der Ersitzung von Schiabfahrtsservituten zugunsten einer Gemeinde durch Schifahrer zu denken.²⁷

§ 1454 ABGB

§ 1454 betrifft (als Gegenstück zu § 1453) die persönlichen Voraussetzungen des Ersitzungsgegners, regelt darüber hinaus aber auch den Kreis der Gläubiger, die von der Verjährung betroffen sind. Der Textvorschlag gliedert die Bestimmung übersichtlich in zwei Absätze, der zweite Absatz ist zudem noch in Buchstaben unterteilt.²⁸

Anders als der Originaltext spricht der Vorschlag in Absatz 1 nicht mehr von „Privatpersonen, welche ihre Rechte selbst auszuüben fähig sind“, sondern nur noch von „handlungsfähigen Personen“ und verweist für diese auf die „allgemeinen Bestimmungen“. Daraus soll klarer hervorgehen, dass auch gegen nicht handlungsfähige Personen Verjährung und Ersitzung zwar erschwert, aber nicht ausgeschlossen sind.²⁹

Absatz 2 besteht nun mit den Ziffern 1. bis 3. aus einer Auflistung von Beschränkungen zugunsten bestimmter Personen: Minderjährige, psychisch beeinträchtigte Volljährige, Kirchen, Gebietskörperschaften, generell juristische Personen, und schuldlos abwesende Personen. Worin diese Begünstigungen im Einzelnen bestehen, erklären erst spätere Bestimmungen. Daher sollten – wie alternativ vorgeschlagen – Verweise auf die §§ 1495, 1496

²⁶ Texttabelle 2.

²⁷ Texttabelle 2 Fn 8. In der Diskussion dieses Punktes bei der Tagung in Graz am 2.3.2018 hat *Christian Holzner* aber die Frage aufgeworfen, ob nicht Fälle denkbar sind (zB im Zusammenhang mit Besitzdienerschaft), bei denen auch nicht voll Geschäftsfähige für andere ersitzen können. Möglicherweise wäre es vorzuziehen, die Frage der Ersitzung für andere in einer eigenen Bestimmung anzusprechen.

²⁸ Texttabelle 2 f.

²⁹ Vgl Texttabelle 3 Fn 9, wonach Satz 1 des Originaltexts „irreführend“ ist.

in Absatz 2 eingefügt werden und in Z. 1 der Verweis auf den mittlerweile aufgehobenen § 239 durch § 268 ersetzt werden.

Rechtspolitisch empfehlen *Peter Bydlinski* und sein Team, § 1453 überhaupt aufzuheben, weil eine Klarstellung heute nicht mehr nötig sei.³⁰ Abgesehen davon wird vorgeschlagen, die Privilegierung juristischer Personen in § 1454 und § 1472 abzuschaffen, da sie ohnedies nicht sachgerecht sei.

Wenn man § 1453 für entbehrlich hält, da er heute ohnedies nicht mehr Zweifelhafes ausdrückt, dann gilt dies wohl ebenso für § 1454, da dieser im Wesentlichen bloß eine „Vorschau“ auf weiter hinten detaillierter geregelte Fragen darstellt. Andererseits stellt sich die Frage, ob die beiden Paragraphen wirklich „schädlich sind“; in einer leicht umformulierten Fassung hätten sie immerhin informativen Wert; die berechtigte rechtspolitische Frage der Privilegierung juristischer Personen müsste dagegen eigens geklärt werden.

§ 1455 ABGB

§ 1455 ist eine zentrale Bestimmung des Ersitzungsrechts. Sie regelt, was ersessen werden kann. Wenn man davon ausgeht, dass es sich immer um Ersitzung von Rechten handelt, dann müsste man statt der vom historischen Text inspirierten Überschrift „Ersitzungstaugliche Gegenstände“ vielleicht gleich von „ersitzbaren Rechten“ sprechen.

Grundsätzlich kann alles ersessen werden, was erworben werden kann. Der Textvorschlag formuliert: „Alles, was erworben werden kann, kann auch *durch Ersitzung erworben* werden“. Unseres Erachtens ist diese im Vergleich zum Originaltext längere Formulierung unnötig kompliziert. Es wäre ausreichend näher am Original zu bleiben: „Alles, was erworben werden kann, kann auch ersessen werden“.³¹ Weiters fügt der Textvorschlag noch hinzu: „soweit gesetzlich nichts anderes angeordnet ist“. Dieser Zusatz ist eine zwar an sich selbstverständliche, aber dennoch begrüßenswerte Erinnerung an Ersitzungsausschlüsse, die in anderen Gesetzen angeordnet werden (zB im VermG oder im WRG).

³⁰ Texttabelle 2 „Alternativen“.

³¹ Auch der in Texttabelle 4 Fn 18 erwogene Zusatz „Alles, was *durch Rechtsgeschäft* erworben werden kann“ scheint nicht nötig.

§ 1455 erklärt darüber hinaus negativ, was nicht ersessen werden kann. Es handelt sich um drei Fälle: Der erste davon lautet im Originaltext: „Sachen, welche man vermöge ihrer wesentlichen Beschaffenheit nicht besitzen kann“. In der Lehre ist zu dieser Formulierung umstritten, welche Sachen damit gemeint sind. Nach der herrschenden Ansicht schließt diese Bestimmung unkörperliche Sachen, insbesondere obligatorische Rechte, von der Ersitzung aus.³² Davon abweichend vertreten zB *Gusenleitner-Helm* und *Kodek* dass auch obligatorische Rechte ersessen werden können.³³ Tatsächlich lassen sich für diese Ansicht beachtliche historische Argumente anführen.³⁴

Der Textvorschlag entscheidet diese Unklarheit bewusst nicht im einen oder anderen Sinn. Deshalb heißt es in Absatz 2 Ziffer 1: „Rechte an Sachen, an denen aufgrund ihrer Beschaffenheit kein Besitz möglich ist.“ Die gegenüber dem Originaltext geänderte Formulierung „Rechte an Sachen“ statt nur „Sachen“, soll lediglich genauer ausdrücken, dass die Ersitzung immer der Erwerb eines *Rechts* ist.³⁵

De lege ferenda wird aber zurecht eine Klarstellung dieser Frage empfohlen. Wie *Gusenleitner-Helm* selbst einräumt, spielt die Ersitzung obligatorischer Rechte wegen der Möglichkeit des konkludenten Vertragsabschlusses zumindest praktisch ohnedies keine Rolle.³⁶ Eine konsequente Einschränkung der Ersitzung auf dingliche Rechte (an körperlichen, dem Besitz zugänglichen Sachen) erscheint daher durchaus überlegenswert.

Weiters wird vorgeschlagen, sogleich auf „private Rechte“ einzuschränken, um Hoheitsrechte von vornherein auszunehmen.³⁷ Abs 2 Z. 2 des Textvorschlags spricht dann allerdings wieder nur von „*Sachen*, deren Besitz gesetzlich verboten ist“ statt von „*Rechten an Sachen*“. Hier sollte eine Angleichung vorgenommen werden.³⁸

Ziffer 3 nimmt noch „höchstpersönliche Rechte“ von der Ersitzung aus. Damit wird der Originaltext im Sinne einer in der Lehre vertretenen These „übersetzt“, nach der die

³² Vgl *Meissel* in *KBB*⁵ § 1455 Rz 1; *M. Bydlinski* in *Rummel*³ § 1455 Rz 7.

³³ *Gusenleitner-Helm* in *Klang*³ § 1455 Rz 59; *dies*, *Ersitzung* 244 ff.

³⁴ Vgl nur *Zeiller*, *Commentar IV* S. 196 iVm *Zeiller*, *Commentar II* S. 43, wonach sich der Verweis auf die Beschaffenheit der Sache auf unermessliche oder unerschöpfliche Sachen wie „freie Luft, Sonnenlicht, Weltmeer“ beziehe; vgl auch *Gusenleitner*, *Ersitzung* 245 ff sowie (aus anderem Blickwinkel) *Kodek*, *Besitzstörung* 159.

³⁵ Texttabelle 5 Fn 21.

³⁶ *Gusenleitner-Helm* in *Klang*³ § 1455 Rz 59.

³⁷ Texttabelle 5 „Alternativen“.

³⁸ Vgl zu Absatz 2 lit a Texttabelle 5 Fn 21.

„schlechterdings unveräußerlichen“ Sachen Persönlichkeitsrechte im Sinne des § 16 ABGB sind.³⁹ Diese Übersetzung ist zum einen nicht herrschend,⁴⁰ zum anderen wäre die ganze Bestimmung entbehrlich, wenn die Ersitzung im Sinne des rechtspolitischen Vorschlages von vornherein auf dingliche Rechtspositionen beschränkt wird.

§ 1456 ABGB

§ 1456 behandelt die Ersitzung und Verjährung von Hoheitsrechten. Nach Absatz 1 des Textvorschlags sind „Hoheitsrechte keine Ersitzungsgegenstände“.⁴¹ Unseres Erachtens wäre es sprachlich schöner hier den Verbalstil zu wählen: „Hoheitsrechte können nicht ersessen werden“. Diesen Stil wählt schließlich auch Absatz 2: „Aus Hoheitsrechten resultierende Ansprüche des Staates verjähren nicht [...]“. Alternativ zur Partizipialkonstruktion könnte man entweder einen Relativsatz wählen („Ansprüche, die aus Hoheitsrechten [des Staates?] resultieren, verjähren nicht“) oder überhaupt einfach „Ansprüche aus Hoheitsrechten verjähren nicht“. Der Zusatz „soweit nichts anderes angeordnet ist“, verweist auf die zahlreichen Sonderbestimmungen des öffentlichen Rechts⁴², etwa nach der BAO oder dem ASVG, und fördert daher die Klarheit.

Rechtspolitisch wird zurecht die Streichung der Norm empfohlen, weil sie hinsichtlich der Ersitzung selbstverständlich, hinsichtlich der Nichtverjährung hoheitlicher Rechte zumindest in dieser Allgemeinheit unrichtig ist.⁴³

§ 1457 ABGB

Nach den *regalia essentialia* regelt § 1457 die sogenannten *regalia accidentalia*. Dabei handelt es sich um Rechte des Staatsoberhauptes, die durch Privileg an Private verliehen werden können (zB Jagd- oder Fischereirechte). Die Bestimmung ist heute praktisch bedeutungslos.⁴⁴ Daher wird auf eine Neuformulierung verzichtet und ihre gänzliche Aufhebung empfohlen.⁴⁵

§ 1458 ABGB

³⁹ So *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1455 Rz 3; *dies*, Ersitzung 130 ff.

⁴⁰ Vgl die Gegenansicht von *Mader/Janisch* in Schwimann/Kodek⁴ § 1455 Rz 1; *M. Bydlinski* in Rummel³ § 1455 Rz 3; *Klang* in Klang² VI 572.

⁴¹ Texttabelle 5.

⁴² Texttabelle 5 Fn 24.

⁴³ So bereits *Vollmaier*, ÖJZ 2009/81 (753).

⁴⁴ *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1457 Rz 4.

⁴⁵ Texttabelle 5 f „Alternativen“.

§ 1458 nimmt im ersten Satz des Originaltexts die „Rechte eines Ehegatten, eines eingetragenen Partners, der Eltern, eines Kindes und andere Personenrechte“ von der Ersitzung aus. Der Textvorschlag formuliert in Absatz 1 abstrakter: „Familien- und Personenrechte sind keine Ersitzungsgegenstände“. Wieder könnte man überlegen, hier den Verbalstil zu wählen: „Familien- und Personenrechte können nicht ersessen werden“.

Gemäß Satz 2 des Originaltexts und dem korrespondierenden Absatz 2 des Textvorschlags kann sich eine Person, die vermeintliche Familienrechte redlich ausübt, auf ihre schuldlose Unwissenheit berufen. Diese Bestimmung hat einen kirchenrechtlichen Hintergrund: Familienverhältnisse, zB das Verhältnis zwischen Ehegatten oder jenes zwischen Eltern und Kindern genossen nach kanonischem Recht Besitzschutz. Der Textvorschlag orientiert sich hier stark am Wortlaut des Originaltexts. Zur Begründung wird angeführt, § 1458 sei dermaßen obsolet, dass eine verbesserte Textierung kaum möglich scheine.⁴⁶ Der Versuch, der Norm heute noch Relevanz zu verleihen, indem daraus abgeleitet wird, dass die redliche Ausübung von Familienrechten bis zur Entscheidung über das Rechtsverhältnis zulässig sei,⁴⁷ habe mit ihrem Wortlaut kaum mehr etwas zu tun.⁴⁸

Da die Unersitzbarkeit von Familien- und Personenrechten selbstverständlich und der zweite Satz wohl überholt ist, erscheint rechtspolitisch der Vorschlag der ersatzlosen Aufhebung der gesamten Norm verständlich.⁴⁹

§ 1459 ABGB

§ 1459 hat seinen Ursprung in der (diesbezüglich naturrechtlich beeinflussten) Lehre des *ius commune*.⁵⁰ Dort wurde zwischen subjektiven Rechten im eigentlichen Sinn und bloßen „Handlungsbefugnissen“ unterschieden.⁵¹ § 1459 nennt beispielhaft das „Recht“, eine Ware da oder dort zu kaufen, oder seine Wiesen oder sein Wasser zu benutzen. Diese unzähligen rechtlich „gleichgültigen“ Handlungsbefugnisse bezeichnete man als *res merae facultatis*.⁵² Sie werden in Satz 1 des Originaltexts bzw in Absatz 1 des Textvorschlags⁵³ von der Verjährung

⁴⁶ Texttabelle 6 Fn 25.

⁴⁷ *Klang* in *Klang*² VI 576; vgl *Gusenleitner-Helm* in *Klang*³ § 1457 Rz 3.

⁴⁸ Texttabelle 6 Fn 25.

⁴⁹ Texttabelle 6 „Alternativen“.

⁵⁰ *Vollmaier* in *Klang*³ § 1459 Rz 1.

⁵¹ *Vollmaier* in *Klang*³ § 1459 Rz 1.

⁵² *Vollmaier* in *Klang*³ § 1459 Rz 1 unter Verweis auf *Zeiller*, Kommentar IV 201 („bürgerlichgleichgültige Handlungen“).

⁵³ Texttabelle 6 f; statt „unterliegen der Verjährung [von vornherein] nicht“ wäre „verjähren nicht“ einfacher.

ausgenommen. Heute versteht man diese Handlungsbefugnisse nicht mehr als eigenständige subjektive Rechte. Sie unterliegen daher als solche von vornherein keiner Verjährung.⁵⁴

Darüber hinaus behandelt § 1459 die Ersitzung eines Untersagungsrechts (Satz 2 des Originaltexts und Absatz 3 des Vorschlags). Die Bestimmung wird aber ebenso als überholt angesehen. In Wirklichkeit gehe es dabei nach heutiger Auffassung entweder um die Ersitzung einer Dienstbarkeit oder das Erlöschen einer Dienstbarkeit infolge einer Freiheitsersitzung.⁵⁵ Rechtspolitisch wird daher grundsätzlich die Streichung von § 1459 empfohlen.⁵⁶

Angeregt wird aber eine Klarstellung, die in Absatz 2 des Textvorschlags zum Ausdruck kommt: „Das Eigentum ist unverjährbar“. Ob die Unverjährbarkeit des Eigentums dogmatisch aus der bisherigen Fassung des § 1459 (wohl aber aus § 362, *argumento*: Nichtvorwerfbarkeit des Nichtgebrauchs durch Eigentümer) abgeleitet werden kann, wie die hL behauptet, ist in der Literatur nicht unbestritten.⁵⁷ Dies spricht allerdings nicht dagegen, die im Ergebnis einhellig befürwortete Unverjährbarkeit des Eigentums *pro futuro* im Gesetz ausdrücklich zu normieren (am besten aber im Verjährungsrecht, wenn man Errsitzung und Verjährung klarer trennen möchte).

§§ 1460-1464 ABGB

Die §§ 1460-1464 enthalten die Anforderungen an den Ersitzungsbesitz. Sie scheinen *Peter Bydlinski* und seinem Team „übertrieben ausführlich“ geregelt, § 1460 allein könne sogar ausreichen.⁵⁸ *De lege ferenda* wird von ihnen daher vor allem eine Kürzung angeregt.

§ 1460 fordert, dass der Besitz rechtmäßig, redlich und echt sein muss. Der Textvorschlag gliedert die Bestimmung in zwei Absätze.⁵⁹ Absatz 1 verzichtet zunächst darauf, wie im Originaltext noch einmal auf die persönlichen Voraussetzungen und die Ersitzungstauglichkeit der Sache zu verweisen. Er verlangt, dass der Ersitzende „eine Sache oder ein Recht während

⁵⁴ *Vollmaier* in Klang³ § 1459 Rz 2.

⁵⁵ Texttabelle 7 Fn 29; vgl. *Vollmaier* in Klang³ § 1459 Rz 4 („bloßer Lehrsatz ohne eigenständigen normativen Gehalt“).

⁵⁶ Texttabelle 7 „Alternativen“; ebenso bereits *Vollmaier*, ÖJZ 2009/81 (752 f); *Mader* in FS 200 Jahre ABGB 1289.

⁵⁷ Dagegen etwa *Vollmaier*, Verjährung 108 f; *ders* in Klang³ § 1459 Rz 3; *Hofmeister*, Naturrechtliches Ideengut als Ursache von Auslegungsschwierigkeiten beim ABGB, in Ebert (Hg), Festschrift Nikolaus Grass (1986) 269 (279).

⁵⁸ Vorbemerkungen 2.

⁵⁹ Texttabelle 8.

der gesamten gesetzlichen Ersitzungszeit in qualifizierter Weise besitzt“.⁶⁰ Dazu seien zwei sprachliche Verkürzungen vorgeschlagen: Einerseits würde es wegen des weiten Sachbegriffs des ABGB (§ 285) ausreichen, zu sagen: „Wer eine Sache [...] besitzt“ statt „Wer eine Sache *oder ein Recht* [...] besitzt“. Das gilt umso mehr, wenn man die Ersitzung auf dingliche Rechte an körperlichen Sachen einschränken möchte.⁶¹ Andererseits könnte auch schlicht von der „gesamten Ersitzungszeit“ statt von der „gesamten *gesetzlichen* Ersitzungszeit“ gesprochen werden.

Absatz 2 beschreibt, wie die geforderte Qualifikation des Besitzes beschaffen sein muss. Der Besitz muss 1. rechtmäßig, 2. redlich und 3. echt sein. Der Alternativvorschlag verkürzt stärker und verlangt nur noch „rechtlichen“ Besitz während der Ersitzungszeit. Gleichzeitig wird auf einen neuen § 328a verwiesen, der diesen als „rechtmäßig, redlich und echt“ definiert. Zudem wird in der Alternative eine klarstellende Ergänzung vorgeschlagen, dass ohne Titel nur die außerordentliche Ersitzung nach § 1477 (bisher: uneigentliche Ersitzung) in Betracht kommt.⁶²

§ 1461 wird hingegen zur Streichung empfohlen.⁶³ Er wiederholt die Definition der Rechtmäßigkeit, die § 316 bereits enthält und sei daher überflüssig. Ebenso enthalte § 1462 nur „Selbstverständliches“. ⁶⁴ Dieser nennt als Beispiele für ungeeignete Titel verschiedene Detentionsverhältnisse (Absatz 1 im Textvorschlag), damit gleichgesetzt die Stellung der Erben solcher Detentoren (Absatz 2) und demgegenüber dritte rechtmäßige Besitzer, die sehr wohl ersitzen können (Absatz 3).

§ 1463 wiederholt, dass der Besitz redlich sein muss. Insofern ändert der Textvorschlag – bis auf einen Verweis auf § 326 – nichts. Absatz 2 des Textvorschlags fügt einen Satz hinzu, der den Verweis auf § 1493 am Ende des Originaltexts verständlicher machen soll. § 1463 Satz 1 betrifft die Ersitzung des redlichen Nachfolgers eines *unredlichen* Besitzers, in § 1493 geht es dagegen um den Nachfolger eines *redlichen* (und rechtmäßigen) Besitzers. Daher führt Abs 2 Satz 2 des Textvorschlags vor dem Verweis auf § 1493 eigens aus, dass die Anrechnung der

⁶⁰ Auf die Formulierung des Originaltexts, der Ersitzende müsse „wirklich“ besitzen, wird hingegen verzichtet, weil sie eine tatsächlich nicht gegebene zusätzliche Besitzqualifikation suggeriere; vgl. Texttabelle 8 Fn 33.

⁶¹ Vgl. dazu bereits die Ausführungen zu § 1455.

⁶² Texttabelle 9 „Alternativen“.

⁶³ Texttabelle 9.

⁶⁴ Der Textvorschlag enthält zwei Klarstellungen zum Originaltext: So wird mit Blick auf die außerordentliche Ersitzung (§ 1477) nicht mehr davon gesprochen, dass ohne rechtmäßigen Titel „niemals“ ersessen werden kann. Weiters heißt es, dritte rechtmäßige Besitzer „können ersitzen“ statt dritten rechtmäßigen Besitzern „kann die Ersitzungszeit zustatten kommen“, was an eine Anrechnung der Zeiten des Vormannes denken lasse (vgl. Texttabelle 10 Fn 38, 39).

Ersitzungszeit eines redlichen Vorbesitzers möglich ist. Einfacher erschiene hier eine schlichte Streichung des in der derzeitigen Form etwas eigenartigen Verweises auf § 1493. Sachlich überzeugend ist die *de lege ferenda* vorgeschlagene gemeinsame Regelung der Anrechnung von Vorbesitzzeiten (sowohl bei redlichem wie auch unredlichem Vorbesitzer) in einer eigenen umfassenden Bestimmung.⁶⁵

§ 1464 definiert in der Originalfassung die Echtheit des Besitzes und bedient sich dazu fast wörtlich der Formulierung aus § 345.⁶⁶ Der Textvorschlag verzichtet auf diese Wiederholung und begnügt sich mit einem Verweis. Satz 2 stellt klar, dass die Unechtheit des Besitzes auch eine Ersitzung durch die Erben verhindert. In der Lehre ist strittig, ob die Echtheit des Besitzes auch Voraussetzung für die außerordentliche Ersitzung ist.⁶⁷ Rechtspolitisch wäre daher eine entsprechende Klarstellung tatsächlich wünschenswert.

Die Textvorschläge zu den §§ 1460-1464 sehen insgesamt also wesentliche Kürzungen des Originaltexts vor. Das wird vor allem durch die Technik des Verweises auf die Bestimmungen zum Besitz erreicht. Während die großteils informativen Verweise zu begrüßen sind, sollten allzu lange „Verweisketten“ jedoch vermieden werden. Folgt man etwa dem Alternativvorschlag zu § 1460 und spricht unter Verweis auf einen neuen § 328a nur noch vom „rechtlichen Besitz“, würden RechtsanwenderInnen über § 1460 auf § 328a und von dort wiederum auf die §§ 316, 326 und 345 verwiesen. Diese „Verweisketten“ erinnern zwar an das BGB, machen ein Gesetzbuch jedoch nicht notwendigerweise anwenderfreundlicher. Hier wäre der längere Textvorschlag daher vorzuziehen.

§ 1465 ABGB

§ 1465 bestimmt, dass zur Ersitzung und Verjährung die vorgeschriebene Zeit ablaufen muss. Außerdem weist er auf diesbezügliche Sonderbestimmungen hin und kündigt eine Differenzierung nach „Rechten und Sachen“⁶⁸ sowie nach den beteiligten Personen an. Der für heutige Leser leichter verständliche und unseres Erachtens gelungene Textvorschlag behandelt dagegen nur noch die Ersitzung und nennt als Beispiele für Sonderregelungen § 395 (zum Fund) und 412 (zur Landanspülung).⁶⁹ Alternativ dazu wird eine noch stärker gekürzte Variante ins

⁶⁵ Texttabelle 10 f. „Alternativen“.

⁶⁶ Texttabelle 11 Fn 44.

⁶⁷ Vgl. *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1464 Rz 2.

⁶⁸ Hier sollte wieder nur von „Sachen“ gesprochen werden (vgl. bereits oben zu § 1460).

⁶⁹ Vgl. Texttabelle 12 Fn 47.

Spiel gebracht, deren zweiter Satz, demzufolge die Ersitzungsfrist „*vor allem* (Hervorhebung durch uns) in den folgenden Vorschriften bestimmt“ wird, allzu vage⁷⁰ wirkt. *De lege ferenda* wird die Streichung von § 1465 empfohlen, da dieser unverständlich bzw weitgehend bloß beschreibend sei und nicht mehr aussage als bereits die §§ 1451, 1452.⁷¹

§ 1466 ABGB

§ 1466 legt die ordentliche Ersitzungszeit für bewegliche Sachen mit drei Jahren fest. Der Textvorschlag spricht wie das Original von der Ersitzung des „Eigentumsrechts“ durch ihren dreijährigen „rechtlichen Besitz“. Die Alternative erweitert zum einen die Formulierung auf „[dingliche] Rechte“ generell, um mit der ganz herrschenden Meinung⁷² und daher durchaus begrüßenswert auch die Ersitzung von beschränkten dinglichen Rechten ausdrücklich zu erfassen.⁷³ Zum anderen nimmt die Alternative einen Verweis auf die vorgeschlagene Definition des „rechtlichen Besitzes“ in § 328a (neu) auf.⁷⁴ Unseres Erachtens wäre vorzuziehen, einfach auf den nähergelegenen § 1460 in Klammer zu verweisen oder aber wieder vom „rechtmäßigen, redlichen und echten“ Besitz zu sprechen.⁷⁵

§ 1467 ABGB

§ 1467 ist aufgehoben.⁷⁶

§ 1468 ABGB

§ 1468 bestimmt die Ersitzungszeit für Rechte an unbeweglichen Sachen mit dreißig Jahren. Der Textvorschlag dreht die Fallgruppen aus dem Originaltext in der Reihenfolge um. Außerdem sind jene in Textvorschlag und Originaltext inhaltlich nicht ganz deckungsgleich: Im Textvorschlag handelt nun Abs 1 von unbeweglichen Sachen, die im Grundbuch eingetragen sind, Absatz 2 von jenen, „die nicht im Grundbuch eingetragen sind“.⁷⁷ Absatz 2 erfasst nach dem vorgeschlagenen Wortlaut also nicht nur den Fall, dass örtlich noch kein Grundbuch eingeführt ist, sondern auch, dass zwar ein Grundbuch besteht, eine unbewegliche Sache aber noch nicht aufgenommen wurde.⁷⁸ Wegen des heute voll funktionierenden

⁷⁰ Eine bessere Formulierung wäre: „Sie wird, *soweit keine Sonderregelungen bestehen*, in den folgenden Vorschriften bestimmt.

⁷¹ Texttabelle 12 „Alternativen“.

⁷² Vgl *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1466 Rz 1.

⁷³ Texttabelle 12 Fn 49; vgl bereits die Ausführungen zu § 1455.

⁷⁴ Vgl Texttabelle 8 Fn 35.

⁷⁵ So auch der Vorschlag in Texttabelle 12 Fn 50.

⁷⁶ 3. Teilnovelle zum ABGB, RGBI 1916/69.

⁷⁷ Texttabelle 13.

⁷⁸ Für Analogie von § 1468 auf diese Fälle bereits *Klang* in Klang² VI 585.

Grundbuchsystems habe diese Anordnung jedoch keine praktische Bedeutung mehr.⁷⁹ Deshalb wird empfohlen, Absatz 2 aufzuheben.⁸⁰

Die Alternative schlägt noch zwei klarstellende Ergänzungen vor. Ein neuer Absatz 3 verweist auf den gutgläubigen Erwerb nach §§ 61 ff GBG. Absatz 4 „erinnert“ an gesetzliche Ersitzungsausschlüsse wie jene nach WRG oder VermG.⁸¹ Die vorgeschlagene Formulierung „Gesetzliche Ersitzungsausschlüsse sind *vorrangig* zu beachten“ ist vielleicht nicht ganz geglückt. Stattdessen könnte es etwa heißen: „Keine Ersitzung findet statt, wenn sie gesetzlich ausgeschlossen ist.“⁸² Allerdings werden diese Ersitzungsausschlüsse allgemein ohnedies bereits in der vorgeschlagenen Neufassung des § 1455 Abs 1 angesprochen, weshalb der neue Abs 4 in § 1468 entbehrlich erscheint.

§ 1469 ABGB

§ 1469 ist aufgehoben.⁸³

§ 1470 ABGB

§ 1470 erstreckt die dreißigjährige Ersitzungsfrist auch auf andere Rechte an unbeweglichen Sachen. Da die Formulierung „ein solches Recht“ im Originaltext seit der Aufhebung von § 1469 in der Luft hängt⁸⁴, verdeutlicht der Textvorschlag, dass es um die "Ersitzung anderer [dinglicher] Rechte“ als des Eigentums geht.⁸⁵ Hervorgehoben werden „insbesondere“ Dienstbarkeiten. Weiters übernimmt der Textvorschlag die Formulierung vom „redlichen Inhaber“ nicht, weil auch hier nach ganz hA „redlicher Besitz“ verlangt ist.⁸⁶

Unseres Erachtens könnte auf § 1470 wohl verzichtet werden, weil schon der Textvorschlag zu § 1468 generell auf „Rechte an unbeweglichen Sachen“ abstellt. Davon sind ohne weiteres auch beschränkte dingliche Rechte umfasst. Diese Variante würde auch besser zu § 1466 passen: Dort nennt der Textvorschlag nur die Ersitzung des Eigentums an beweglichen Sachen, ohne dass darauf eine eigene Norm für beschränkte dingliche Rechte folgt. Der Alternativvorschlag zu § 1466 spricht überhaupt ebenfalls von „Rechten an beweglichen Sachen“. Folgt man diesem

⁷⁹ So auch *Gusenleitner-Helm* in Klang³ §§ 1467-1470 Rz 8.

⁸⁰ Texttabelle 13 Fn 51; *Gusenleitner-Helm* in Klang³ §§ 1467-1470 Rz 8.

⁸¹ § 4 Abs 6 WRG; § 50 VermG; vgl Texttabelle 13 Fn 54.

⁸² Oder: „Gesetzliche Ersitzungsausschlüsse sind zu beachten“.

⁸³ 3. Teilnovelle zum ABGB, RGBI 1916/69.

⁸⁴ Texttabelle 14 Fn 55.

⁸⁵ Texttabelle 14.

⁸⁶ *Meissel* in KBB⁵ § 1470 Rz 1.

Vorschlag, behält aber gleichzeitig § 1470 bei, könnte aus systematischen Überlegungen wiederum argumentiert werden, dass § 1466 nur das Eigentum vor Augen hat.

§ 1471 ABGB

§ 1471 regelt die „selten ausübbarer Rechte“. Als Beispiel nennt der Originaltext etwa das Recht, bei Herstellung einer Brücke Beiträge einzuheben. Diese Rechte können nur ersessen werden, wenn sie innerhalb der Ersitzungszeit mindestens drei Mal ausgeübt worden sind. Nach dem ersten Satz des Textvorschlags „gilt eine dreißigjährige Ersitzungsfrist“.⁸⁷ Dieser Satz mag auf den ersten Blick überflüssig wirken, wenn man der herrschenden Meinung folgt, nach der sich aus dem systematischen Zusammenhang mit § 1470 ergibt, dass sich § 1471 nur auf unbewegliche Sachen bezieht.⁸⁸ Das ist jedoch in der Lehre nicht unbestritten.⁸⁹ Die ausdrückliche Anordnung der dreißigjährigen Frist ist daher zu begrüßen.

De lege ferenda wird angeregt, § 1471 in zweifacher Hinsicht klarer zu fassen. Erstens soll klargestellt werden, welche Rechte gemeint sind. Das Beispiel „bei Herstellung einer Brücke Beiträge einzuheben“ lässt primär an Reallasten denken, was der Textvorschlag in Absatz 2 aufnimmt. Nach herrschender Ansicht sind aber auch Dienstbarkeiten erfasst.⁹⁰ Zweitens ist nach § 1471 unklar, was gilt, wenn innerhalb der dreißig Jahre entweder mehr oder weniger als drei Gelegenheiten zur Rechtsausübung bestanden.⁹¹ Für die *Peter Bydlinski* und sein Team spricht aber ohnehin mehr dafür, § 1471 ganz aufzuheben. Rechtspolitisch ist dieser Aufhebungsvorschlag zu begrüßen, da § 1471 heute ohnedies kaum mehr zur Anwendung kommen kann, weil er voraussetzt, dass gutgläubig ein dingliches Recht ausgeübt wird, das nicht im Grundbuch eingetragen ist.⁹²

§ 1472 ABGB

§ 1472 enthält nun eine Privilegierung für Gebietskörperschaften, Kirchen und andere juristische Personen. Zu Lasten dieser Personen kann nur nach einer längeren Ersitzungsfrist ersessen werden. Bei beweglichen Sachen verlängert sich die Frist auf 6 Jahre, bei

⁸⁷ Texttabelle 14.

⁸⁸ Etwa *Klang* in *Klang*² VI 589.

⁸⁹ AA etwa *Gusenleitner-Helm* in *Klang*³ § 1471 Rz 3.

⁹⁰ *Gusenleitner-Helm* in *Klang*³ § 1471 Rz 2.

⁹¹ Vgl zu dieser Frage *Gusenleitner-Helm* in *Klang*³ § 1471 Rz 5 f.

⁹² Texttabelle 15 „Alternativen“.

unbeweglichen auf 40 Jahre. Als *ratio* wird regelmäßig angeführt, dass diese Personen von ihren Vertretern abhängig sind und sie vor deren Unachtsamkeit geschützt sein sollen.⁹³

Als rechtspolitisch problematisch ist hier insbesondere die Privilegierung *aller* juristischen Personen zu sehen. Der Originaltext spricht von „erlaubten Körpern“. Damit sind vom Wortlaut auch GmbH und AG erfasst, also juristische Personen des Unternehmensrechts, die rein auf Gewinnmaximierung gerichtet sein können. Demgegenüber gab es zu Zeiten *Zeillers* nur eine Gesellschaftsform für den unternehmerischen Verkehr: die nicht rechtsfähige GesbR, die als solche gerade nicht in den Genuss der Privilegierung nach § 1472 gekommen ist.⁹⁴ Für *Zeiller* waren mit „erlaubten Körpern“ vorrangig solche gemeint, die nicht auf Gewinnmaximierung gerichtet waren. Als Beispiele nennt er etwa Kirchen, fromme Stiftungen oder Versorgungsanstalten.⁹⁵ In der Lehre wird § 1472 daher zum Teil bereits jetzt teleologisch reduziert.⁹⁶ Wenn man nicht den ganzen § 1472 aufheben will, sollte die Privilegierung zumindest auf bestimmte schutzwürdige juristische Personen beschränkt werden, wie dies auch von *Peter Bydlinski* und seinem Team vorgeschlagen wird.

§ 1473 ABGB

§ 1473 erstreckt die Begünstigung des § 1472 auch auf Personen, die in einer Rechtsgemeinschaft⁹⁷ mit der begünstigten Person stehen. *De lege ferenda* wird empfohlen, die Bestimmung entweder in § 1472 anzuhängen oder sie ebenfalls aufzuheben.⁹⁸

§ 1474 ABGB

§ 1474 ist bereits aufgehoben.⁹⁹

§ 1475 ABGB

§ 1475 betrifft die Abwesenheit des Eigentümers und findet nach herrschender Ansicht nur auf die ordentliche, kurze Ersitzung Anwendung.¹⁰⁰ Nach dem Originaltext wird die Zeit der Abwesenheit nur zur Hälfte berücksichtigt, wenn sich der Eigentümer „willkürlich“ und „schuldlos“ länger als ein Jahr außerhalb der „Provinz“ aufhält, in der sich die Sache befindet.

⁹³ *Zeiller*, Kommentar IV 220.

⁹⁴ Vgl zu alledem *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1472 Rz 2 ff mwN.

⁹⁵ *Zeiller*, Kommentar IV 220.

⁹⁶ *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1472 Rz 5.

⁹⁷ Vgl dazu *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1473 Rz 3 mwN.

⁹⁸ Texttabelle 17 „Alternativen“.

⁹⁹ BGBl I 2006/113.

¹⁰⁰ *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1475 Rz 5; *Meissel* in KBB⁵ § 1475 Rz 1; *Zeiller*, Kommentar IV 228.

Auf mehr als dreißig Jahre verlängert sich die Frist jedoch nie. Der Textvorschlag übersetzt im Anschluss an das heutige Verständnis „Provinz“¹⁰¹ mit „Bundesland“, „willkürlich“¹⁰² mit „freiwillig“ und das unglücklich gewählte „schuldlos“¹⁰³ als „nicht mit eigenem Fehlverhalten begründet“.¹⁰⁴

De lege ferenda wird vor dem Hintergrund moderner Kommunikations- und Reisemöglichkeiten eine gänzliche Aufhebung der Bestimmung empfohlen, wofür auch schon mehrere Stimmen in der Lehre eingetreten sind.¹⁰⁵ Wollte man § 1475 beibehalten, sieht die Alternative eine Ziffer 3 vor, nach der eine unfreiwillige Abwesenheit ohne Fehlverhalten¹⁰⁶ die Ersatzfrist hemmt.¹⁰⁷

§ 1476 ABGB

§ 1476 verdoppelt die Ersatzfrist für bewegliche Sachen auf 6 Jahre, wenn der Besitzer von einem unechten oder unredlichen Vormann erworben hat oder diesen nicht nennen kann. Der Neuvorschlag ist sprachlich nur minimal aktualisiert. Die Bestimmung wird rechtspolitisch als problematisch betrachtet, weil sich nach ihrem Wortlaut auch die Ersatzzeit eines redlichen Besitzers verlängert.¹⁰⁸ Genau dies dürfte aber dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprochen haben, dem es – rechtspolitisch durchaus nachvollziehbar – um den Schutz des Eigentümers gestohlener, veruntreuter oder betrügerisch herausgelockter Sachen ging.¹⁰⁹

§ 1477 ABGB

§ 1477 regelt die sogenannte „uneigentliche“ Ersatzung, also die Ersatzung, die keinen rechtmäßigen Besitz erfordert. Hier ist dreißigjähriger Besitz nötig, weiters auch Redlichkeit. Da die Redlichkeit aber nach § 328 ohnedies vermutet wird, schadet nur die „nachgewiesene Unredlichkeit“. Die Neuformulierung reichert den ersten Satz, der nun einen eigenen Absatz

¹⁰¹ *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1475 Rz 7.

¹⁰² *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1475 Rz 9.

¹⁰³ *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1475 Rz 10; *Zeiller*, Kommentar IV 227: die Abwesenheit müsse entweder an sich unerlaubt sein (zB Flucht aus der Haft, Desertieren) oder Folge einer unerlaubten Handlung sein (zB Flucht vor Strafverfolgung).

¹⁰⁴ Texttabelle 17 f.

¹⁰⁵ Texttabelle 17 „Alternativen“; vgl idS bereits *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1475 Rz 3; *Mahrer*, Ist § 1475 ABGB noch zeitgemäß? NZ 2007, 385; *Wilhelm*, Wally von Krumau, *ecolex* 1999, 813; *Perner* in ABGB-ON § 1475 Rz 3; *Gschneider*, *Sachenrecht*² 122.

¹⁰⁶ Texttabelle 19 Fn 77 nennt als Beispiele Entführung und lange Krankenhausaufenthalte.

¹⁰⁷ Derzeit hemmt § 1496 die Frist bei Abwesenheit wegen Zivil- oder Kriegsdienst oder „Stillstand der Rechtspflege“.

¹⁰⁸ Texttabelle 19 „Alternativen“.

¹⁰⁹ *Zeiller*, Kommentar IV 230; *Meissel* in KBB⁵ § 1476 Rz 1.

bildet, mit Verweisen auf §§ 1472 und 1461 an. Satz 2 des § 1477 wird zu einem eigenen Absatz 2, was die Übersichtlichkeit vielleicht etwas erhöht, aber auch nicht zwingend erscheint. In der Lehre ist strittig, ob die uneigentliche Ersitzung auch die Echtheit des Besitzes erfordert.¹¹⁰ *Peter Bydliniski* und sein Team fordern daher *de lege ferenda* eine Klarstellung dieser Frage, was aus Gründen der Rechtssicherheit zweifellos wünschenswert wäre.

Die §§ 1493, 1498 und 1500 betreffen auch primär die Ersitzung und werden daher im Textvorschlag mitbehandelt.

§ 1493 ABGB

§ 1493 betrifft die Anrechnung von Ersitzungs- und Verjährungszeiten des Vormannes. Nach dem Originaltext sind Ersitzungszeiten anzurechnen, wenn jemand redlich vom „rechtmäßigen und redlichen“ Besitzer übernimmt. Ob der Vormann auch „echter“ Besitzer gewesen sein muss, geht aus dem Originaltext nicht hervor, ist aber herrschende Ansicht.¹¹¹ Der Textvorschlag ergänzt daher in diesem Sinn und spricht vom „rechtmäßigen, redlichen und echten“ Besitzer, von dem erworben wird.¹¹² Schließlich erklärt § 1493 die Rechtsnachfolge bei der Verjährung für unerheblich. Diese Klarstellung sei an sich selbstverständlich, könne jedoch allenfalls bei § 1478 ergänzt werden.¹¹³

De lege ferenda wird außerdem vorgeschlagen, § 1493 zu den anderen Ersitzungsbestimmungen (als § 1477a) vorzuziehen, was unter dem Gesichtspunkt der einheitlichen Regelung des Ersitzungsrechts Sinn macht.¹¹⁴ Außerdem wird erneut der kürzere Terminus „rechtlicher Besitz“ verwendet.¹¹⁵

§ 1498 ABGB

§ 1498 berechtigt den neuen Eigentümer nach vollendeter Ersitzung zur gerichtlichen Feststellung seines Rechts bzw zur grundbücherlichen Einverleibung. Auch hier wird angeregt, die Norm (als § 1477b) zu den anderen Ersitzungsnormen vorzuziehen.¹¹⁶ Der Textvorschlag spricht zudem wiederum konsequent nur noch von der Ersitzung eines „Rechts“ statt einer

¹¹⁰ Vgl *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1477 Rz 7 mwN.

¹¹¹ *Gusenleitner-Helm* in Klang³ § 1493 Rz 9.

¹¹² Texttabelle 20 und Fn 84.

¹¹³ Texttabelle 21 Fn 86.

¹¹⁴ Texttabelle 20 f „Alternativen“.

¹¹⁵ Vgl bereits die Ausführungen zu § 1460.

¹¹⁶ Texttabelle 21 „Alternativen“.

„Sache oder eines Rechts“.¹¹⁷ Der Begriff „bisheriger Eigentümer“ wird wie in der bisherigen Fassung beibehalten. Er sei zwar streng genommen insofern ungenau, als sich etwa bei der Ersitzung einer Dienstbarkeit der Eigentümer nicht ändert. Jedoch erfasse er auch diesen Fall, weil der bisherige Eigentümer ja zugleich auch der jetzige sei.¹¹⁸ Eine Alternative wäre unseres Erachtens, allgemeiner vom „Ersitzungsgegner“ zu sprechen. Noch kürzer wäre es einfach zu sagen: „Wer ein Recht ersessen hat, kann seine Berechtigung gerichtlich feststellen lassen.“ Weiters führt der Textvorschlag ganz passend den Terminus „grundbuchsfähiges Recht“ ein. Die zweite vorgeschlagene Möglichkeit „zur Eintragung in das Grundbuch geeignetes Recht“ wirkt demgegenüber unnötig sperrig.¹¹⁹

§ 1500 ABGB

Schließlich schützt § 1500 dritte Erwerber verbücherteter Rechte, die vor der Änderung des Grundbuchs im Vertrauen auf dessen Vollständigkeit erworben haben. Wann ein solches „Vertrauen“ vorliegt, sei Auslegungsfrage, die im Textvorschlag nicht beantwortet werden könne.¹²⁰ Der Textvorschlag aktualisiert die Bestimmung sodann vor allem in Hinblick auf das Grundbuchsgesetz durch eine informative ausdrückliche Verweisung auf die §§ 8 sowie 69-71 GBG. Außerdem wählt der Textvorschlag anders als die Alternative noch eine Formulierung, die einen Rechtserwerb als „Reflex“ einer Verjährung, etwa durch Verjährung einer Dienstbarkeit, einschließt: die „außerbüchliche Rechtsänderung [infolge Ersitzung oder Verjährung]“ könne nicht „entgegengehalten“ werden.¹²¹ Der alternative Vorschlag erfasst die Verjährung nicht mehr, wenn es heißt „die durch Ersitzung erfolgte Rechtsänderung“. Er reiht die Norm zudem als § 1477b Absatz 3 nach vor.¹²²

Schlussbemerkungen

Lassen Sie uns abschließend ein kurzes Resümee ziehen und auf einige allgemeinere Gesichtspunkte zurückkommen. Die Eigenständigkeit von Ersitzung und Verjährung i.e.S. heute unbestritten; übrigens hat dies bereits Zeiller anerkannt und das ABGB trennte demgemäß trotz der gemeinrechtlichen *praescriptio*-Lehre die beiden Institute bereits stärker als dies in den

¹¹⁷ Texttabelle 21 und Fn 89.

¹¹⁸ Texttabelle 21 Fn 91 mit dem Vorschlag vom „Ersitzungsgegner“ zu sprechen.

¹¹⁹ Texttabelle 22 Fn 92.

¹²⁰ Texttabelle 22 Fn 95.

¹²¹ Texttabelle 23 Fn 93, 96.

¹²² Texttabelle 22 f. „Alternativen“.

Vorentwürfen der Fall war. Es erscheint daher nur sachgerecht, Ersitzung und Verjährung iES noch deutlicher jeweils eigenständig (und ohne wechselseitigen Normenklaven) zu regeln. Die dahingehenden Vorschläge sind aus unserer Sicht daher zu unterstützen.

Auch für die die Einschränkung auf die Ersitzung bloß dinglicher Rechte spricht viel, zumal man für die allenfalls denkbaren Fälle der „Ersitzung“ nichtdinglicher Rechte über die Konstruktion konkludenter Zustimmung im Regelfall sachgerechter gelöst werden können. Selbst wenn man aber die Ersitzung auf dingliche Rechte beschränkt, ist dagegen die Beibehaltung im Dritten Teil des ABGB nicht nur aus historischen Gründen einer Transferierung ins Sachenrecht vorzuziehen. Wie *Vollmaier* richtig betont hat¹²³, gibt es nämlich im Hinblick auf ihre Funktion und Rechtsfertigung sehr wohl gewisse Gemeinsamkeiten, zeigt sich doch sowohl bei der Ersitzung als auch bei der Verjährung die „normative Kraft der Zeit“. Daher spricht unseres Erachtens nichts dagegen, die beiden Institute (wenn auch noch weniger als bisher ineinander verknüpft) im Dritten Teil des ABGB zu belassen. Nicht zuletzt ergibt auch die Bezugnahme auf die „gemeinschaftlichen Bestimmungen“ als Ordnungskriterium sonst kaum mehr Sinn.

Dabei ist auch zu bedenken, dass auch die Änderung von §§-Zählungen doch in der Regel mehr Nachteile als Vorteile bringen: zwar mag es für die aktuelle „Lektüre“ des Gesetzestextes praktikabler erscheinen, neu durchzunummerieren, dies ist aber auf Kosten des deutlich mühsameren Umgangs mit der älteren Judikatur und Literatur erkaufte, da für jede Bestimmung die „Historie“ der Paragraphenzählung mitbedacht werden muss.

Hinsichtlich der der Formulierung des Gesetzestextes haben wir doch bei vielen (wenn auch nicht allen) Vorschlägen Vorteile punkto Verständlichkeit konstatieren können. Bei einigen Formulierungen haben wir uns erlaubt, alternative Vorschläge zu unterbreiten. Was die Frage der Ausführlichkeit angeht, so kann nur ein differenzierter Zugang sinnvoll sein. Im Zweifel ist eine Redundanz wohl dann in Kauf zu nehmen, wenn sie dem Normadressaten hilft systematische Zusammenhänge im Gesetz deutlicher zu sehen. Informative Verweisungen sind daher unseres Erachtens im Allgemeinen positiv. Komplizierte Verweisketten, die nur das Ziel verfolgen eine irgendwo im Gesetz betroffene Aussage auf keinen Fall ein zweites Mal auszusprechen (wie dies bei dem um abstrakte Präzision und „klinische Reinheit“ bemühten BGB der Fall ist) sollten dagegen vermieden werden.

¹²³ *Vollmaier* in Klang³ Rz 8 Vor § 1451 ABGB.

Das Projekt ist jedenfalls ein höchst willkommener Anlass, den Gesetzestext und seine sprachliche Qualität ins Visier zu nehmen und dem ABGB sprachlich neuen Esprit zu verleihen. Auf dass das Denkmal neu erstrahle, aber noch als solches erkennbar sei!