

Der Besitz (§§ 309 – 352)

Christian Holzner, Linz¹

A. Zu den Vorbemerkungen

Die Vorbemerkungen konstatieren, dass aus heutiger Sicht die Ausführlichkeit des ABGB-Besitzrechts verwundert. Das BGB komme mit weniger als der Hälfte der Paragraphen aus. Motivation des historischen Gesetzgebers war offenbar, dass der Besitz *zwei Funktionen* hat. Er ist einerseits **Selbstzweck**, verschafft also die in §§ 309-352 geregelten Rechte, unter anderem den Besitzschutz oder die Privilegien des redlichen Besitzes im Eigentümer-Besitzerverhältnis. Und er ist auch **Mittel** zum Zweck des Erwerbes dinglicher Rechte, weil der dingliche Rechtserwerb an die Besitzerlangung anknüpft, etwa bei den Übergabsarten, oder an den fortdauernden Besitz, etwa bei der Ersitzung. Nicht immer haben die besitzrechtlichen Regeln alle rechtlichen Aspekte im Auge. Das macht ihr Verständnis so schwierig. Der weite Sachbegriff des ABGB kompliziert die Lage noch: Man muss zunächst immer klären, worum es der jeweiligen Norm eigentlich geht. Meint die Norm alle dinglichen Rechte im Sinn des weiten Sachbegriffs, oder nur die mit dem Besitz einer *körperlichen* Sache oder eines *dinglichen* Rechtes an einer solchen Sache verbundenen, und welche im Einzelnen?

Ein Beispiel: Nach **§ 313** wird für den Rechtsbesitzerwerb der Gebrauch eines Rechtes gemacht, „wenn jemand die einem anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet“. Etwa: Jemand geht über ein fremdes Grundstück, der Eigentümer weiß davon und lässt es dabei bewenden. Was aber, wenn der Eigentümer nur selten da ist und vom Gehen nichts weiß? Erwirbt der Gehende auch dann Rechtsbesitz, insb im Sinne des Ersitzungsrechts? Die jüngere Rsp begnügt sich für den Erwerb des Rechtsbesitzes zu Ersitzungszwecken *nunmehr* mit *Erkennbarkeit* der Benützung.² Dafür könnte sprechen, dass die *lange Ersitzung* nach § 1475 auch durch dauernde Abwesenheit nicht verlängert wird. Und

¹ Die Vortragsform wurde in der Schriftfassung beibehalten.

² Nachweise bei Holzner in Rummel/Lukas⁴ § 313 Rz 1.

für diese Ersitzung braucht es ja den 30jährigen Rechtsbesitz. Nur die *heimliche* Benützung schließt den Rechtsbesitzerwerb aus, aber nicht die manifeste.

Umgekehrt stellt sich die Frage, wie es sich mit dem *Besitzschutz* des Eigentümers verhält: Dieser geht ja erst mit Kenntnis der Störung, also des fremden Gehens, verloren. Ergebnis also: Der für die Ersitzung erforderliche Rechtsbesitzerwerb ist durch das manifeste Gehen längst erfolgt, aber der Eigentümer genießt gegen diese Benützung noch Besitzschutz und verliert diesen erst dreißig Tage nach Kenntnis der Störung und des Störers.³

Eine weitere, ebenfalls bereits in den Vorbemerkungen angesprochene Frage lautet: Genießt ein Besitzrecht auch dann Besitzschutz, wenn es sich nicht auf eine **körperliche** Sache bezieht? Die hA dürfte das eher ablehnen, doch gibt es auch Gegenstimmen (etwa *Kodek* in Klang³ § 311 Rz 22 ff). Die entscheidende Frage dürfte hier sein: Ist das Eigenmachtverbot, das im Besitzschutz zum Ausdruck kommt, wirklich in vergleichbarer Intensität betroffen, wenn es um Rechte an unkörperlichen Sachen geht? Oder soll sich der Beeinträchtigte hier nur auf sein petitorisches Recht und nicht auf die Störung des Rechtsbesitzes berufen können? Auch diese Frage gehört einmal ausdiskutiert.

Das gilt übrigens ganz generell. *Sinnvolle* Regelungen setzen voraus, dass zuvor die Sachprobleme diskutiert und gelöst sind. Bloße Wortlautänderungen lösen Probleme nicht, sondern laufen Gefahr, auch noch neue zu schaffen. Und dann muss man für deren Lösung nicht nur den neuen Text heranziehen, sondern erst wieder auch den *alten*, und zu beiden Rechtsschichten auch noch die Materialien. Der Gewinn an Rechtsklarheit bliebe – vorsichtig ausgedrückt – überschaubar.

B. Zu den Vorschlägen im Einzelnen

Ungeachtet dieser grundsätzlichen Vorbehalte gegenüber sprachlichen Neufassungen habe ich auch an den Formulierungsvorschlägen gefeilt, meist an denen für die nur sprachlich adaptierte Fassung.

³ Vgl *Holzner* in Rummel/Lukas⁴ § 313 Rz 1.

Die Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag sind bei diesen überarbeiteten Vorschlägen unterstrichen, weggefallene Teile durchgestrichen.

Gehen wir die Vorschläge im Einzelnen durch, soweit es die Zeit zulässt.

Zu **§ 310** wird vorgeschlagen, mit dem Satz einzuleiten:

„Grundsätzlich kann jeder Mensch selbständig Besitz erwerben.“

Das befremdet; es heißt ja auch nicht: Grundsätzlich kann jeder Mensch einen Kaufvertrag abschließen. Mein Vorschlag in enger Anlehnung an den ursprünglichen Text würde lauten:

§ 310. ¹Kinder unter sieben Jahren sowie sonstige nicht entscheidungsfähige Personen können Besitz nur durch ihren gesetzlichen Vertreter erwerben; ausgenommen sind die Fälle der §§ 170 Abs. 3, 242 Abs. 3 und 865 Abs. 2. ²Im übrigen besteht die Fähigkeit zum selbständigen Besitzerwerb.

§ 313 lässt sich kürzer formulieren:

§ 313. Ein Recht gebraucht (oder: Den Besitz eines Rechtes erwirbt), wer

1. etwas als ihm zustehend fordert und daraufhin erhält;
2. eine fremde Sache mit Duldung des Belasteten benützt;
3. einem Berechtigten Handlungen verbietet, die der Berechtigte daraufhin unterlässt.

Inhaltlich geht es wohl im ersten Fall nur um periodische Rechte (so FN 23), also etwa solche auf periodische Realleistungen.

Im zweiten Fall stellt sich die eingangs bereits behandelte Frage, ob die Duldung des Belasteten dessen *Kenntnis* voraussetzt oder nur den manifesten, also nicht etwa heimlichen Gebrauch.

§ 314 könnte etwas einfacher formuliert lauten:

§ 314. Der Besitzerwerb erfolgt:

1. unmittelbar durch Inbesitznahme besitzloser (besser: freistehender) Sachen;
2. mittelbar, wenn der Vorbesitzer den Besitz überträgt.

Ich hänge am Wort „freistehend“, weil es anders als „herrenlos“ geschlechtsneutral ist, und das schon 1811. Aus diesem Blickwinkel wäre herrenlos ein Rückschritt.

Formuliert man § 315 aktiv, würde er lauten:

§ 315. (1) Sowohl der unmittelbare als auch der vermeintlich unmittelbare, aber eigenmächtige Besitzerwerb begründet Besitz nur an jenen Sachen, die in Gewahrsame genommen werden (besser alter Text: wirklich ergriffen, betreten, gebraucht, bezeichnet oder in Verwahrung genommen werden).

In Abs 1 scheint mir im Vorschlag „der mittelbare, aber eigenmächtige Besitzerwerb“ irreführend: Er suggeriert wie der Urtext einen abgeleiteten Erwerb. Es geht jedoch um den *vermeintlich* unmittelbaren Erwerb von Sachen, die aber in Wahrheit nicht freistehend sind, sondern einem anderen gehören (*Zeiller*, Comm II/1, 48).

§ 315 (2) Der mittelbare, mit dem Übergeber vereinbarte Besitzerwerb verschafft, was der vorige Inhaber aus seiner Gewahrsame ~~hatte und~~ wirklich, durch deutliche Zeichen oder auf sonst taugliche Art übergeben hat; eine gesonderte Übernahme aller Teile der Sache ist nicht erforderlich.

Abs 2 sollte nicht nur die körperliche Übergabe und jene durch Zeichen enthalten, sondern auch jene durch Erklärung, daher: „auf sonst taugliche Art“. Gegenüber der Urfassung kommt in den Vorschlägen auch die Überlassung *im Namen eines anderen* nicht mehr explizit vor. Ist das sinnvoll?

In § 316 würde ich näher am ursprünglichen Text bleiben:

§ 316. ¹Der (Sach?)Besitz ist rechtmäßig, wenn er auf einem gültigen Titel, also einem zum (dinglichen) Rechtserwerb tauglichen Rechtsgrund beruht; ansonsten ist er unrechtmäßig.

§ 319 könnte mE folgerichtiger lauten:

§ 319. ¹Der Inhaber einer Sache kann seinen Titel nicht eigenmächtig ändern. ²Rechtmäßiger Besitz entsteht aber, wenn der mittelbare Besitzer dem Inhaber den Sachbesitz durch Erklärung überträgt, oder wenn der bisherige (rechtmäßige) Inhaber und Sachbesitzer dem Erwerber den Besitz überlässt und die Sache nunmehr für ihn innehat.

Schon der Urtext leidet daran, dass auf den bloßen Inhaber im Satz 1 nicht die Erwerbsmöglichkeit dieses Inhabers durch Übergabe kurzer Hand in Satz 2 folgt, sondern jene durch Besitzkonstitut – also eine völlig andere Erwerbssituation. Die Übergabe kurzer Hand ist nach *Zeiller* (Comm II/1, 52) aber mitgemeint und im Comm auch an erster Stelle genannt. Mein Vorschlag enthält daher beide Erwerbsmöglichkeiten – zuerst folgerichtig die durch Übergabe kurzer Hand, dann die durch Besitzkonstitut.

Bei **§ 321** ist der Vorschlag mE zu knapp geraten, er sollte besser lauten:

§ 321. Rechtmäßiger Besitz verbüchert (arg: Urkundenhinterlegung) unbeweglicher Sachen sowie dinglicher Rechte an (auf?) diesen entsteht grundsätzlich nur durch die Eintragung in das Grundbuch.

Dass es nur um den Rechtserwerb an Grundstücken geht, die im *Grundbuch* eingetragen sind, sollte im Text zum Ausdruck kommen (für nichtverbücherte Liegenschaften gibt es ja seit der 3. TN die 1811 noch unbekannte Urkundenhinterlegung). Das „grundsätzlich“ soll signalisieren, dass es auch Durchbrechungen des Eintragungsgrundsatzes gibt.

In § 322. (1) Rechtmäßiger Besitzer einer beweglichen Sache, die nach und nach mehreren Personen übergeben wurde, ist derjenige, der die Sache in seiner Gewahrsame hat

könnte man den Passus anfügen: oder wirksam durch einen Dritten besitzt. An einen solchen rechtmäßigen *mittelbaren* Besitzer darf der Inhaber, den mehrere Personen besitzrechtlich auf Herausgabe belangen, bei einem bloßen Besitzstreit auch herausgeben, so § 348. Historisch meint § 322 das „wirkliche Besitzrecht“ des aktuellen Besitzers; früheren Inhabern bleibt nur das Recht „zum Besitz“, dh „auf Wiedererlangung desselben“ (Zeiller, Comm II/1, 57 f). Das Recht auf Wiedererlangung kann gegen den jetzigen Besitzer nur bei fehlender Echtheit seines Besitzes durchgesetzt werden.⁴

Von den §§ 323, 324, die auch die längst obsoleete Aufforderungsklage der AGO geregelt haben, sollte mit Recht nur die *Rechtmäßigkeitsvermutung* übrigbleiben.

§ 326 mit seiner **Redlichkeitsdefinition** bleibt im Textvorschlag eng am ursprünglichen Text, mE zu Recht. Sollte man sich entscheiden, bereits den leicht fahrlässig Handelnden iSd hL⁵ – aber gegen die Absicht der Redaktoren⁶ – als unredlich anzusehen, müsste man die gesamte Privatrechtsordnung daraufhin durchforsten, ob die konkret für Unredliche angeordneten *Folgen* im jeweiligen Fall auch wirklich angemessen sind. Das fängt beim Eigentümer-Besitzerverhältnis an, wo die scharfe Haftung des Unredlichen in § 335 auf leicht sorgfaltswidrig Handelnde nicht passt. Und es betrifft insbesondere auch die Bauführungsregeln auf fremdem Grund (§§ 418 f). Dort wäre zu überlegen, ob die gesetzlich bezweckte Erhaltung sinnvoller Gebäude durch Beseitigungsansprüche gegen leicht fahrlässige Bauführung auf fremdem Grund konterkariert werden soll, oder ob bei leichten Sorgfaltsverstößen nicht auch Geldersatzansprüche genügen könnten.

Auch beim Gutgläubenserwerb vom eingetragenen *Scheinerben* nach § 824 letzter Satz schadet nach üA leichte Fahrlässigkeit noch nicht,⁷ angesichts der gerichtlich nachgeprüften Erbberechtigung völlig zu Recht. Und dass man dem Erwerber im Vertrauen auf ein *Scheingeschäft* leichte Fahrlässigkeit ankreiden dürfte, wenn es der Eigentümer bewusst auf die Täuschung des Verkehrs angelegt

⁴ Holzner in Rummel/Lukas⁴ § 322 Rz 1.

⁵ Vgl Koziol/Welser-Kletecka I¹⁴ Rz 828 mwN.

⁶ Holzner in Rummel/Lukas⁴ § 326 Rz 2 mwN.

⁷ Vgl Welser in Rummel/Lukas⁴ § 824 Rz 35.

hat, erschiene mE höchst bedenklich. Das gilt zumindest gegenüber entgeltlichen Erwerbem, also wenn zugleich auch § 367 in der Anvertrauensvariante griffe. Man kann das natürlich alles in Angriff nehmen. Schert man aber die sehr verschieden gelagerten Fälle über einen Kamm, verändert das die Wertungen, die der historische Gesetzgeber 1811 vorgenommen hat, teils ganz beträchtlich; dessen muss man sich bewusst sein.

Bei den §§ 329 ff, dem **Eigentümer-Besitzerverhältnis**, monieren die Vorbemerkungen, es fehle die zentrale Prämisse, dass der redliche Besitzer zur Herausgabe der Sache verpflichtet sei. Historisch war das so selbstverständlich, dass das keiner Erwähnung bedurfte; der Eigentümer kann ja immer vindizieren, solange ihm kein dingliches Recht des Besitzers entgegensteht: Redlicher Besitz alleine schützt nicht vor der Vindikation.

Mit der **Randschriftänderung** in „Rechtsfolgen des redlichen Besitzes“ zu § 329 und „Rechtsfolgen des unredlichen Besitzes“ bei § 335 bin ich nicht glücklich. Der Originaltext unterscheidet bewusst die „Rechte des redlichen Besitzes“ von der „Verbindlichkeit des unredlichen Besitzers“. Der redliche Besitz genießt historisch also eine gewollte Privilegierung, was manche heute gern verdrängen. *Hat* der Besitzer die Sache noch, muss er sie dem Eigentumskläger natürlich herausgeben; das ist unvermeidlich. Ist sie aber verbraucht und geht es nur mehr um Geldersatz, soll nach mE richtiger Auffassung⁸ der redliche – und entgeltliche – Besitzer bereicherungsrechtlich nicht haften. Der Eigentümer soll sich an die wirklich Bereicherten halten, also an unredliche oder unentgeltliche frühere Besitzer. Dem historischen Gesetzgeber hier unterstellen zu wollen, er habe den schuldlosen Redlichen bloß von einer schadenersatzrechtlichen Haftung freigestellt (eh klar), aber der noch schärferen – weil ja verschuldensunabhängigen – bereicherungsrechtlichen Haftung *jedenfalls ausgesetzt*, ergäbe keinen Sinn. Was wäre das für ein „Recht“ des redlichen Besitzes, wenn sogar der sorgfältige Redliche für Ge- und Verbrauch

⁸ *Spielbüchler* in Rummel³ § 329 Rz 1; ihm folgend *Kerschner*, JBl 1990, 625 ff; *Holzner* in Rummel/Lukas⁴ § 329 Rz 1 mwN. Anders die üA, vgl *Apathy*, NZ 1989, 137 ff; *Fischer-Czermak*, FS 200 Jahre ABGB II 955 ff (962 ff).

bereicherungsrechtlich immer zu haften hätte? Das wäre schlicht ein Pflanz und hätte keiner eigenen Regelung in §§ 329 ff bedurft.

Formulieren könnte man **§ 329** wie folgt (und da ließe sich auch die Herausgabepflicht einbauen):

§ 329. Ein redlicher Besitzer hat (die Sache einem besser Berechtigten herauszugeben, aber) Gebrauch, Verbrauch oder Vernichtung der Sache nicht zu verantworten.

Ähnlich könnte **§ 331** einfacher lauten:

§ 331. (1) Dem (herausgabepflichtigen) redlichen Besitzer gebührt Ersatz für fortwirkende Aufwendungen auf die Sache, die

a) zur Erhaltung der Substanz notwendig oder

b) zur Ertragssteigerung nützlich

sind.

Auch **§ 332 Satz 2** lässt sich bezüglich der *Verschönerungsaufwendungen* kürzer formulieren:

²Der Besitzer kann sie aber auch wieder wegnehmen, soweit dies die Substanz der Sache (oder: Hauptsache) nicht beschädigt.

§ 333 könnte lauten:

§ 333. (1) Den für die Sache an den nicht berechtigten Veräußerer gezahlten Preis erhält selbst ein redlicher Besitzer vom Eigentümer nicht ersetzt.

(2) Eine angemessene Vergütung gebührt ihm aber für einen nachweisbar verschafften Nutzen, wenn er eine Sache in redlicher Weise an sich gebracht hat, die der Eigentümer sonst ~~nur~~ schwerlich wiedererlangt hätte.

„Nur schwerlich“ wie im Vorschlag wäre doppelt gemoppelt.

§ 334. Das Zurückbehaltungsrecht des redlichen Inhabers (an der Sache) wegen seiner Forderung regeln (die) §§ 471, 1109 und 1440.

Streichen würde ich die Bestimmung nicht, weil sie ausdrückt, dass auch bloßen *Inhabern* gegenüber dem klagenden Eigentümer ein ZBR zukommen kann, nicht nur Besitzern.

§ 335 zur Haftung des *unredlichen Besitzers* könnte im vorgeschlagenen Abs 2 knapper formulieren:

(2) ¹Überdies ersetzt er jeden durch seinen Besitz entstandenen Schaden; hat er die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt, ~~mus~~~~er~~ auch den Wert der besonderen Vorliebe ~~ersetzen~~ (§ 1331).

Ausnahmsweise *länger* ausfallen sollte mE schon nach geltendem Recht **§ 337**:

§ 337. ¹Für die Redlichkeit des Besitzes einer Gemeinde oder juristischen Person ist die Redlichkeit ihrer Organe und Vertreter maßgeblich. ²Unredliche Organe (Vertreter) haften dem Eigentümer und den redlichen Mitgliedern für Schäden.

Schon *Zeillers* Kommentierung (II/1, 83) lässt sich entnehmen, dass § 337 nicht nur Gemeinden, sondern auch moralische Personen miterfasst. Ein Abstellen auf die Redlichkeit der „Organe“ wie im Vorschlag ist aber zu eng, der 1811 verwendete Begriff *Machthaber* ist weiter und schließt auch die *Stellvertreter* mit ein (*Zeiller aaO*).

Zu überlegen wäre auch, für bloße Miteigentumsgemeinschaften eigens festzuhalten, dass die Unredlichkeit eines einzigen Mitglieds bereits schadet (so etwa die Rsp zu nicht verbücherten offenkundigen Servituten).

§ 339 könnte, wenn man den Vorschlag aus der Alternative gleich aufgreift, lauten:

§ 339. (1) Niemand darf den Besitz eines anderen eigenmächtig stören.

Und aufbauend auf **Alternative** (2) ¹Der Besitzer kann Wiederherstellung des früheren Besitzstandes sowie Unterlassung weiterer (künftiger?) gleichartiger Störungen verlangen (§§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung).

Die grundsätzliche Streichung des *Schadenersatzanspruchs* im Besitzstörungsverfahren ist schon wegen des Widerspruchs zu § 457 ZPO zu begrüßen. Das allgemeine schadenersatzrechtliche Problem, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung des hinter dem Besitz stehenden *Rechts* schadenersatzpflichtig macht, gehört ebenfalls nicht an diesen Ort.

Bei der **Bauverbotsklage** wird in der Alternative überlegt, §§ 340 ff könnten zT überholt und nicht mehr zeitgemäß sein. Art 27 EGEO legt freilich das Verhältnis der im Jahr 1896 bereits vorgefundenen Sicherungsmaßnahmen zu den *neuen* einstweiligen Verfügungen der EO explizit fest und sieht vor, in welchen Punkten die Regeln der EO zur Anwendung kommen. Eine Streichung der §§ 340 ff würde also die Gefahr bergen, dass Lücken entstehen. Der konstatierte Abstimmungsbedarf zwischen Alt und Neu ist aber natürlich gegeben.

§ 340 könnte etwas vereinfacht lauten:

§ 340. ¹Gefährdet eine nachbarliche Bauführung den Besitzer einer unbeweglichen Sache oder den an ihr dinglich Berechtigten, steht dem Gefährdeten unter den Voraussetzungen des Art. XXXVII EGZPO die Bauverbotsklage zu.

Ob das nach **§ 341** zu erlassende *einstweilige* Bauverbot auch noch eigens *antragsbedürftig* ist – so der Textvorschlag –, ist strittig – es geht ja im Regelfall um eine Bauverbotsklage gegen eine bereits begonnene gefährdende Bauführung –, doch wird das heute meist bejaht (im Hinblick auf eine KaisVO aus 1849, die einen Antrag vorsah⁹).

Die Anregung zu **§ 342** in der *Alternative*, den Inhalt des § 342 – Anwendung der Bauverbotsregeln auch auf den **Abriss** von Gebäuden – schon in § 340 mitzuerfassen, könnte deshalb problematisch sein, weil § 341 für eine *Bauführung* formuliert ist. Da erscheint es folgerichtiger, den Abriss erst nachher ins Spiel zu bringen; damit ist klar, dass es nur um sinngemäße Anwendung der auf die Bauführung zugeschnittenen Regeln gehen kann.

⁹ Holzner in Rummel/Lukas⁴ § 341 Rz 4.

Auf Petitessen bei der Formulierung des § 343 brauche ich hier nicht einzugehen.

Zum Selbsthilferecht des § 344 erschiene es mir sinnvoll, statt „wenn behördliche Hilfe zu spät käme“ „staatliche Hilfe“ zu sagen; damit wären sowohl Gerichte als auch Verwaltungsbehörden erfasst.

Die vereinfachende Formulierung des Vorschlags zu § 345 halte ich für zweckmäßig.

§ 346 lässt sich dagegen noch weiter straffen:

§ 346. ¹Der frühere Besitzer kann den unechten Besitzer auf die Rückgabe der Sache klagen (§§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung). ~~²Das Verfahren richtet sich nach den §§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung.~~ ³Ein allfälliges stärkeres Recht des Beklagten bleibt dabei (oder besser: in diesem Verfahren) unbeachtet.

§ 347 sollte präziser dahingehend lauten, dass das *Gericht* die dort vorgesehenen Sicherungsbehelfe anzuordnen hat:

§ 347. (1) Ist nicht sogleich klar, wer echter Besitzer ist oder wer Anspruch auf gerichtliche Unterstützung hat, kann das Gericht die gerichtliche Hinterlegung oder Verwahrung der streitverfangenen Sache bis zur Entscheidung des Besitzstreits anordnen (§ 1425).

In § 347 **Abs 2** stört die auf Satz 2 der Urfassung zurückgehende Formulierung, der im Besitzstreit Unterlegene könne aus einem *vermeintlich* stärkeren Recht klagen. Wenn sein Recht nur vermeintlich stärker ist, wird er unterliegen. Vermeintlich gehört also gestrichen. Gemeint war wohl: aus einem Recht, „das er für stärker hält“; aber das versteht sich ohnehin von selbst.

In § 348 lautet der Vorschlag, dass der bloße Inhaber, von dem mehrere Personen (Besitzwerber) Herausgabe verlangen, demjenigen herauszugeben hat, in dessen Namen er innehat. ME handelt es sich nicht um ein Gebot, sondern um eine bloße *Möglichkeit* des Inhabers, ähnlich wie bei der Auktorbenennung; der Inhaber kann sich ja auch auf den (Besitz-)Streit einlassen (vgl *Zeiller*, Comm II/1, 100: „ist ... nicht schuldig, in den Streit sich einzulassen“). Es muss also heißen: „darf er sie jenem übergeben, in dessen Namen er sie innehat.“ Unter welchen Voraussetzungen den

Inhaber diesem Besitzer gegenüber auch eine *Pflicht* zur Zurückstellung trifft, hängt vom Innenverhältnis ab.

FN 136 sinniert über die Bedeutung des Wortes „vorzüglich diesem (nämlich dem mittelbaren Besitzer) übergeben“; gemeint ist wohl: vorzugsweise, bzw: gebührt demjenigen der Vorzug.

§ 350 über das Erlöschen des Besitzes unbeweglicher Sachen sollte, wenn man ihn beibehält, etwas ausführlicher lauten:

§ 350. Der Besitz an verbücherten unbeweglichen Sachen und verbücherten Rechten erlischt erst dann, wenn das betreffende Recht aus dem Grundbuch gelöscht oder eine andere Person als berechtigt eingetragen wird.

Dass hier wirklich nur der überholte Buchbesitz geregelt wäre (so FN 147; Tabularersatzung?), erscheint mE zweifelhaft. Der Bestimmung kommt zB für die Dereliktion von Liegenschaften durchaus weiterhin Bedeutung zu. Hier verlangen Rsp und Teile der Lehre die Eintragung der Herrenlosigkeit; mE wäre besser das Erlöschen des Eigentums einzutragen. § 350 stützt jedoch *insgesamt* die Richtigkeit der herrschenden Auffassung, dass es zur Aufgabe des Liegenschaftseigentums eines bücherlichen Aktes, also der Aufgabe des Buchbesitzes bedarf. Entsprechendes könnte auch für die Aufgabe eines dinglichen Servitutsrechts gelten.

In **§ 351** macht der Formulierungsvorschlag die Erhaltung des *Rechtsbesitzes* im Falle der *Rechtsverweigerung* durch den Verpflichteten von der Erhebung einer Besitzklage nach § 454 ZPO abhängig. Eine *petitorische* Klage muss diese Wirkung aber ebenfalls haben; *Zeiller* (Comm II/I, 104) formuliert bereits: „...in so lange von dem Berechtigten auf diese Anerkennung, wenigstens durch die possessorischen Rechtsmittel ... nicht gedungen wird.“ Insbesondere die Erhebung der a. Publiciana müsste also ebenfalls in Betracht kommen (man denke an die durch Fordern und Leisten konkludent erfolgte Vereinbarung einer *Personalservitut*, etwa eines Wohnrechts¹⁰). Denkbar wäre freilich, dass seit Einführung der 30-tägigen Frist für

¹⁰ Vgl *Zeiller*, Comm II/1, 24 zu § 298: persönliche Dienstbarkeiten, obschon sie eine unbewegliche Sache zum Gegenstand haben, sind für beweglich zu halten; damit korrespondiert, dass seine Kommentierung zu § 351 (Comm II/1, 101) unter Rechten, die mit dem Besitz einer Sache verbunden

die Besitzschutzklage (durch KaisVO 1849; dazu *Kodek* in Klang³ § 339 Rz 245) auch der petitorische Anspruch in dieser kurzen Frist geltend gemacht werden muss, um die Vorteile des wirklichen „Besitzrechts“ nicht zu verlieren.

In § 352 sollte **Satz 2** besser lauten: ²Auch die bloße Abwesenheit des Besitzers oder der Wegfall seiner Entscheidungsfähigkeit bewirken keinen Besitzverlust.

Der Vorschlag stellt anders als jener zu § 310 noch auf Geschäftsfähigkeit ab und nicht auf Entscheidungsfähigkeit, und so Gott will, wird das 2. ErwSchG irgendwann doch in Kraft treten.

Der *Alternativvorschlag* für **§ 352 S 1** lautet.

352. ¹Durch bloßen Nichtgebrauch einer Sache oder eines Rechts geht der Besitz nicht verloren; vielmehr entscheiden darüber die Verjährungsvorschriften.

Das Ansprechen der Geltung der Verjährungsvorschriften für den Sachbesitz wirkt etwas irritierend, da das Eigentum als Hauptfall des Sachbesitzes ja nicht verjährt. Den Satz hat der Vorschlag aus dem jetzigen § 351 importiert, und dort ist ja nur vom *Rechtsbesitz* die Rede, der natürlich verjähren kann. Die Ausdehnung dieses Satzes auf den Sachbesitz sollte man also überdenken.

sind (hier Verweis auf § 298), nur Grunddienstbarkeiten und das Eigentum versteht, und für deren Besitzverlust auf §§ 349 und 350 verweist]

Formulierungsanregungen *Holzner* (Änderungen unterstrichen)

§ 310. ¹Kinder unter sieben Jahren sowie sonstige nicht entscheidungsfähige Personen können Besitz nur durch ihren gesetzlichen Vertreter erwerben; ausgenommen sind die Fälle der §§ 170 Abs. 3, 242 Abs. 3 und 865 Abs. 2. ²Im übrigen besteht die Fähigkeit zum selbständigen Besitzerwerb.

§ 313. Ein Recht gebraucht (oder: Den Besitz eines Rechtes erwirbt), wer

1. etwas als ihm zustehend fordert und daraufhin erhält;
2. eine fremde Sache mit Duldung des Belasteten benützt;
3. einem Berechtigten Handlungen verbietet, die der Berechtigte daraufhin unterlässt.

§ 314. Der Besitzerwerb erfolgt:

1. unmittelbar durch Inbesitznahme besitzloser (besser: freistehender) Sachen;
2. mittelbar, wenn der Vorbesitzer den Besitz überträgt.

§ 315. (1) Sowohl der unmittelbare als auch der vermeintlich unmittelbare, aber eigenmächtige Besitzerwerb begründet Besitz nur an jenen Sachen, die in Gewahrsame genommen werden (besser alter Text: wirklich ergriffen, betreten, gebraucht, bezeichnet oder in Verwahrung genommen werden).

(2) Der mittelbare, mit dem Übergeber vereinbarte Besitzerwerb verschafft, was der vorige Inhaber aus seiner Gewahrsame ~~hatte und~~ wirklich, durch deutliche Zeichen oder auf sonst taugliche Art übergeben hat; eine gesonderte Übernahme aller Teile der Sache ist nicht erforderlich.

§ 316. ¹Der (Sach?)Besitz ist rechtmäßig, wenn er auf einem gültigen Titel, also einem zum dinglichen Rechtserwerb tauglichen Rechtsgrund beruht; ansonsten ist er unrechtmäßig. ~~²Titel bedeutet einen zum Erwerb eines dinglichen Rechtes geeigneten Rechtsgrund.~~

§ 317. Bei herrenlosen Sachen besteht der Titel in der Handlungsfreiheit jeder Person; bei allen übrigen Sachen in Rechtsgeschäften mit dem Vorbesitzer, in gerichtlichen Entscheidungen oder in gesetzlichen Vorschriften (besser: Anordnungen?).

§ 318. Innehabung für einen anderen verschafft keinen Titel zum Sachbesitz.

§ 319. ¹Der Inhaber einer Sache kann seinen Titel nicht eigenmächtig ändern. ²Rechtmäßiger Besitz entsteht aber, wenn der mittelbare Besitzer dem Inhaber den Sachbesitz durch Erklärung überträgt, oder wenn der bisherige (rechtmäßige) Inhaber und Sachbesitzer dem Erwerber den Besitz überlässt und die Sache nunmehr für ihn innehat.

§ 320. ¹Ein gültiger Titel verschafft für sich noch keinen Besitz, sondern nur das Recht auf Besitzerlangung. ²Wer bloß einen gültigen Titel hat, darf sich den Besitz

nicht eigenmächtig verschaffen, sondern muss seinen Anspruch gerichtlich (besser: im Rechtsweg) durchsetzen.

§ 321. Rechtmäßiger Besitz verbüchert (arg: Urkundenhinterlegung) unbeweglicher Sachen sowie dinglicher Rechte an (auf?) diesen entsteht grundsätzlich nur durch die Eintragung in das Grundbuch.

§ 322. (1) Rechtmäßiger Besitzer einer beweglichen Sache, die nach und nach mehreren Personen übergeben wurde, ist derjenige, der die Sache in seiner Gewahrsame hat (zu ergänzen: oder wirksam durch einen Dritten besitzt?).

(2) Für unbewegliche Sachen gilt § 321.

§ 325. ¹Die Vermutung eines gültigen Titels gilt nicht für Besitzer von Sachen, denen die Verkehrsfähigkeit fehlt (alt: die dem rechtsgeschäftlichen Verkehr entzogen sind), oder die dem Anschein nach (oder: mutmaßlich?) aus einer Straftat stammen. ²Die §§ 375 bis 379 der Strafprozessordnung sind zu beachten.

§ 327. Haben verschiedene Personen an derselben Sache Sachbesitz und Rechtsbesitz, können sie bei Überschreitung der Grenzen ihrer jeweiligen Rechte teils redliche rechtmäßige, teils unredliche unrechtmäßige Besitzer sein.

Alt. § 328a (aber besser § 347a). Rechtlicher Besitzer ist, wer

- a) rechtmäßig (§ 316),
 - b) redlich (§ 326) und
 - c) auf echte Art (§ 345)
- besitzt.

§ 329. Ein redlicher Besitzer hat (die Sache einem besser Berechtigten herauszugeben, aber) Gebrauch, Verbrauch oder Vernichtung der Sache nicht zu verantworten.

Alt. § 330 Abs 2: 2) Der Rechtsbesitzer erwirbt Früchte und Erträge nur nach Maßgabe des von ihm ausgeübten Rechts.

§ 331. (1) Dem (herausgabepflichtigen) redlichen Besitzer gebührt Ersatz für fortwirkende Aufwendungen auf die Sache, die

- a) zur Erhaltung der Substanz notwendig oder
 - b) zur Ertragssteigerung nützlich
- sind.

(2) Die Höhe des Ersatzes ist mit der im Zeitpunkt der Herausgabe noch vorhandenen Wertsteigerung und dem tatsächlichen Aufwand begrenzt.

§ 332 ¹Bloß zum Vergnügen oder zur Verschönerung gemachte Aufwendungen sind [ebenfalls] nur in Höhe einer noch vorhandenen Wertsteigerung zu ersetzen. ²Der Besitzer kann sie aber auch wieder wegnehmen, soweit dies die Substanz der (Haupt?)Sache nicht beschädigt.

§ 333. (1) Den für die Sache an den nicht berechtigten Veräußerer gezahlten Preis erhält selbst ein redlicher Besitzer vom Eigentümer nicht ersetzt.

(2) Eine angemessene Vergütung gebührt ihm aber für einen nachweisbar verschafften Nutzen, wenn er eine Sache in redlicher Weise an sich gebracht hat, die der Eigentümer sonst ~~nur~~ schwerlich wiedererlangt hätte.

§ 334. Das Zurückbehaltungsrecht des redlichen Inhabers (an der Sache) wegen seiner Forderung regeln (die) §§ 471, 1109 und 1440.

§ 335. (1) Der unredliche Besitzer hat nicht nur die Sache (§ 331), sondern auch alle Vorteile, die er durch ihren Besitz erlangt hat, herauszugeben oder zu vergüten; ebenso alle Vorteile, die der Eigentümer (zwischenzeitig) erlangt hätte.

(2) ¹Überdies ersetzt er jeden durch seinen Besitz entstandenen Schaden; hat er die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt, ~~muss~~ er auch den Wert der besonderen Vorliebe ~~ersetzen~~ (§ 1331).

§ 337. ¹Für die Redlichkeit des Besitzes einer Gemeinde oder juristischen Person ist die Redlichkeit ihrer Organe und Vertreter maßgeblich. ²Unredliche Organe (Vertreter) haften dem Eigentümer und den redlichen Mitgliedern für Schäden.

§ 339. (1) Niemand darf den Besitz eines anderen eigenmächtig stören.

Aufbauend auf Alternative (2) ¹Der Besitzer kann Wiederherstellung des früheren Besitzstandes sowie Unterlassung weiterer (künftiger?) gleichartiger Störungen verlangen (§§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung).

§ 340. ¹Gefährdet eine nachbarliche Bauführung den Besitzer einer unbeweglichen Sache oder den an ihr dinglich Berechtigten, steht dem Gefährdeten unter den Voraussetzungen des Art. XXXVII EGZPO die Bauverbotsklage zu.

§ 341. (1) Auf Antrag (? : str) des Klägers hat das Gericht sogleich ein vorläufiges Bauverbot zu erlassen (§ 456 ZPO), das grundsätzlich bis zur Entscheidung über die Klage nach § 340 aufrecht bleibt.

(2) Die vorläufige Baufortsetzung ist jedoch zu bewilligen, wenn

a) durch das Bauverbot dem Bauführer oder der Allgemeinheit offensichtlich ein unmittelbar bevorstehender Nachteil droht oder

b) der Bauführer eine angemessene Sicherheit für Schäden und für eine Zurückversetzung der Sache in den vorigen Stand leistet, der Kläger jedoch keine ähnliche Sicherheit für die Folgen des Bauverbots ~~leistet~~.

§ 343. Ist eine fremde Sache einsturzgefährdet, kann der dadurch nachweislich gefährdete Besitzer oder ein an der gefährdeten Sache dinglich Berechtigter Sicherstellung für drohende Schäden verlangen, sofern (falls) die zuständige Verwaltungsbehörde noch keine ausreichenden Maßnahmen zur Gefahrenabwehr ergriffen hat.

§ 344. ¹Der Besitzer darf seinen Besitz durch angemessene Maßnahmen selbst schützen, wenn behördliche (staatliche) Hilfe (§ 19) zu spät käme. ²Die Verwaltungsbehörden haben für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, die Strafgerichte für die Bestrafung von Gewalttätern zu sorgen.

§ 346. ¹Der frühere Besitzer kann den unechten Besitzer auf die Rückgabe der Sache klagen (§§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung). ~~²Das Verfahren richtet sich nach den §§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung.~~ ³Ein allfälliges stärkeres Recht des Beklagten bleibt dabei (in diesem Verfahren) unbeachtet.

§ 347. (1) Ist nicht sogleich klar, wer echter Besitzer ist oder wer Anspruch auf gerichtliche Unterstützung hat, kann das Gericht die gerichtliche Hinterlegung oder Verwahrung der streitverfangenen Sache bis zur Entscheidung des Besitzstreits anordnen (§ 1425).

(2) Wer im Besitzstreit unterliegt, kann anschließend im ordentlichen Rechtsweg Klage aus einem vermeintlich stärkeren Recht auf die Sache erheben (§ 459 der Zivilprozessordnung).

§ 348. (1) ¹Verlangen mehrere Personen (Besitzwerber) gleichzeitig von einem bloßen Inhaber die Herausgabe einer Sache, hat (richtiger: darf?) er sie jenem zu (zu) übergeben, in dessen Namen er sie innehat. ²Die anderen sind von der erfolgten Übergabe zu informieren.

(2) ¹Hat der Inhaber die Sache für keinen der Anspruchsteller inne, kann er die Sache gerichtlich hinterlegen oder in gerichtliche Verwahrung geben (§ 1425, § 3 Verwahrungs- und Einziehungsgesetz). ²Das Gericht hat dann die Rechtsgründe der Anspruchsteller zu prüfen und darüber zu entscheiden.

§ 350. Der Besitz an verbücherten unbeweglichen Sachen und verbücherten Rechten erlischt erst dann, wenn das betreffende Recht aus dem Grundbuch gelöscht oder eine andere Person als berechtigt eingetragen wird.

§ 351. (1) Rechtsbesitz (§§ 312, 313) erlischt (insbesondere), wenn der Verpflichtete

1. bisher erbrachte Leistungen für die Zukunft verweigert,
2. die Ausübung des Rechts nicht mehr duldet, oder
3. ein Verbot nicht mehr beachtet,

und der Besitzer keine Klage (nach § 454 ZPO [genügt petitorische nicht?]) zur Besitzerhaltung erhebt.

(2) Durch bloßen Nichtgebrauch eines Rechts geht der Besitz daran nur nach den gesetzlichen Verjährungsregeln verloren.

§ 352. ¹Solange noch Aussicht auf Wiedererlangung einer in Verlust geratenen Sache besteht, kann der Besitz durch den bloßen Willen aufrechterhalten werden. ²Auch die bloße Abwesenheit des Besitzers oder der Wegfall seiner Entscheidungsfähigkeit bewirken keinen Besitzverlust.