

## Eigentumserwerb durch Übergabe

### §§ 423 bis 446

1. Zu § 423 ABGB: Die rechtliche Art des mittelbaren Erwerbs wird durch Titel und Übergabe definiert und (nicht nur) in einer Alternativfassung eine sinnvolle Vermehrung der internen Verweise vorgenommen.  
In der Alternativfassung wird der mittelbare Erwerb durch den abgeleiteten Erwerb ersetzt, weil das ABGB zwar zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzerwerb unterscheidet, je nachdem, ob die Sache bisher freistehend (besitzlos) oder in fremden Besitz stand, wobei Rechtsfolgen an diese Einteilung aber nicht geknüpft waren. Vielmehr liegt die bedeutsame Grenze zwischen ursprünglichem (originärem) und abgeleitetem (derivativem) Erwerb, wobei die Umschreibung des § 423 ABGB den abgeleiteten Erwerb definiert.<sup>1</sup> Moderne Dogmatik unterscheidet schärfer zwischen ursprünglichem und abgeleitetem Erwerb und ordnet jede Erscheinungsform gesondert zu und unterstellt dem abgeleiteten Erwerb nur den durch Übergabe als jene Erwerbsform, bei der es auf das Recht des Vormanns ankommt, wobei zu beachten ist, dass sich der originäre Erwerb vom Nichtberechtigten, was Rechtsgrund und Übergabeerfordernis betrifft, gleichfalls in der Form des abgeleiteten Erwerbs vollzieht.<sup>2</sup>
2. Die in § 424 ABGB vorgenommene numerische Aufzählung der möglichen Titel des derivativen Erwerbs dient wohl der vereinfachten Lesbarkeit des Gesetzes, wengleich durch die Art der Aufzählung (ohne Hinweise wie „insbesondere“ oder „zB“) ein taxativer Charakter entsteht, der aber nicht vorliegt, wie die Ergänzung im Alternativvorschlag zeigt, wo zurecht das Wort „Verträge“ durch „Rechtsgeschäfte“ ersetzt wird. Titel ist jedes den Rechtserwerb rechtfertigende Rechtsverhältnis und somit zB auch die Auslobung<sup>3</sup>. Diese ist als einseitig verpflichtendes, entgeltliches Rechtsgeschäft<sup>4</sup> eine nicht an eine bestimmte Person gerichtete Zusage einer Belohnung für eine Leistung oder einen Erfolg, die durch öffentliche Bekanntmachung verbindlich wird (§ 860 ABGB).
3. Heute wird zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft unterschieden: Verfügungsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirken, indem sie es übertragen, aufheben oder beschränken. Die Übereignung von körperlichen Sachen ist ein Verfügungsgeschäft, das die Einigung über den Eigentumsübergang enthält. Im

---

<sup>1</sup> So Holzner in Rummel/Lukas, ABGB 4. Aufl Rz 1 zu § 314.

<sup>2</sup> S dazu Holzner in Rummel/Lukas ABGB 4. Aufl R 1 zu § 423.

<sup>3</sup> Holzner in Rummel/Lukas ABGB 4. Aufl Rz 2 zu § 424.

<sup>4</sup> Einseitige Rechtsgeschäfte kommen durch die Willenserklärung einer Partei zustande. Zweiseitige (mehrseitige) Rechtsgeschäfte sind solche, zu deren Zustandekommen die Übereinstimmung des erklärten Willens zweier (oder mehrerer) Parteien erforderlich ist. Zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte sind vor allem die Verträge.

Gegensatz zur heutigen hA<sup>5</sup> wollten die Verfasser des ABGB die Übereignung offensichtlich nicht als Rechtsgeschäft, sondern als bloßen Realakt, als reine Vollzugshandlung, aufgefasst wissen. Der Modus sei ein „bloßes Faktum“. Die österreichische Lehre entschied sich unter dem Einfluss des gemeinen Rechts zur Annahme eines dinglichen Rechtsgeschäfts, wobei der OGH aktuell die Auffassung vertritt, dass der dingliche Vertrag zwar entbehrlich sei, in der Regel aber schon im Titelgeschäft enthalten ist.<sup>6</sup> Dass im Rahmen einer (lediglich) sprachlichen Neufassung des ABGB inhaltlich in Jud und Lit strittige Fragen nicht zu beantworten sind und damit der Gesetzestext auch nicht zu erweitern bzw zu verändern ist, versteht sich von selbst.

4. Da die Übergabe durch Erklärung nach § 428 ABGB nicht eine subsidiäre, sondern eine primäre Übertragungsart ist<sup>7</sup>, dient die textliche Anpassung in § 426 ABGB (Entfall der Wortfolge „in der Regel nur“) der Klarstellung.

Nach hJud ist die Übergabe von Hand zu Hand nicht wörtlich zu nehmen<sup>8</sup>, sodass es nur auf die Herstellung eines Naheverhältnisses ankommt, das nach der Verkehrsauffassung ausreicht, um die Gewahrsame des Erwerbers zu „signalisieren“<sup>9</sup>. Die Ergänzung des § 426 ABGB im Alternativtext dient damit einer juristischen Präzisierung.

5. Die Aufsplittung der Normierung der Übergabe durch Zeichen nach § 427 ABGB in 4 Absätze ist zu begrüßen, ist doch dadurch eine leichtere Lesbarkeit und damit bessere Verständlichkeit gegeben.

Der subsidiäre Charakter dieser Übergabeform bleibt betont, wobei im Textvorschlag im 2. Absatz die demonstrative Aufzählung der Anwendungsfälle der symbolischen Übergabe besser hervorgehoben wird („insbesondere“ anstelle „wie bei“).

Nach der hL wird § 427 ABGB bloß auf Forderungen zu beziehen sein, deren Geltendmachung an den Besitz des Papiers gebunden ist, sodass im neuen Absatz 2 richtigerweise von verbrieften Forderungen anstelle von Schuldforderungen<sup>10</sup> gesprochen wird.

Die Übergabe durch Zeichen ist nach dem Gesetzestext nur zulässig, wenn die Sachen ihrer Beschaffenheit nach eine Übergabe von Hand zu Hand nicht zulassen. Nach hA ist die Übergabsform des § 427 ABGB nicht nur bei Gesamtsachen, sondern in allen Fällen heranzuziehen, in denen die körperliche Übergabe mit unverhältnismäßigen Kosten oder Mühen verbunden wäre und so zu einer unwirtschaftlichen Erschwernis

---

<sup>5</sup> Der Modus (Erwerbsart) ist der Akt, der die rechtliche Erwerbsmöglichkeit realisiert. Er besteht zunächst in einem äußeren Vorgang: beim Erwerb beweglicher Sachen grundsätzlich in der Übergabe, bei unbeweglichen Sachen in der Eintragung im Grundbuch. Daneben ist nach heute überwiegender Auffassung für den zweiseitigen Erwerb die Einigung der Parteien darüber nötig, dass das Eigentum an der Sache übergehen soll (dinglicher Vertrag).

<sup>6</sup> S dazu Koziol-Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I 14. Aufl Rz 957 u 1010 mwN ebendort.

<sup>7</sup> S dazu Koziol-Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I 14. Aufl Rz 844.

<sup>8</sup> SZ 47/157.

<sup>9</sup> SZ 69/65.

<sup>10</sup> Nach Zessionsrecht muss zur Übertragung von Forderungsrechten grundsätzlich kein äußerer, dritten Personen erkennbarer Akt gesetzt werden.

des Verkehrs führen würde. Man spricht diesbezüglich von der Untunlichkeit der körperlichen Übergabe. Der Alternativtext versucht nun die Tunlichkeit zu umschreiben, indem im 1. Absatz die symbolische Übergabe dann zugelassen wird, wenn eine Sache vor allem (besser wäre wohl „insbesondere“) wegen ihrer Beschaffenheit oder Lage schwierig und unzweckmäßig körperlich übergeben werden kann.

Ob die demonstrative Aufzählung der Anwendungsfälle im Alternativtext (Abs 2) tatsächlich durch einen im Gesetz ursprünglich nicht genannten – aber in der Judikatur häufig herangezogenen - Fall („sehr schwere Sachen“) ergänzt werden soll, ist wohl davon abhängig, ob man sich insgesamt entschließt, durch ergänzende Aufzählungen der potentiellen Anwendungsfälle den Gesetzestext anzureichern, ohne dadurch eine „Überfrachtung“ des Gesetzestextes herbeizuführen.

Die im Gesetz nun im neuen Abs 4 genannten Arten von Zeichen (Urkunden, Werkzeuge und Merkmale an den Sachen, die die Herrschaftsveränderung kundtun) werden ausdrücklich als demonstrative Aufzählung formuliert, wobei der aktuellen Auffassung, dass nicht für jedermann, sondern nur für den daran Interessierten der Eigentumsübergang deutlich erkennbar sein muss, im Alternativvorschlag Rechnung getragen wird.

6. Die Übergabe durch Erklärung nach § 428 - bzw wohl richtig durch bloße Einigung (Alternativtext) - wird als primäre Übergabeform präzisiert.  
Der Ersatz des Wortes „künftig“ durch „nunmehr“ sollte konsequent auch im Abs 2 Z 2 des § 428 erfolgen.  
§ 428 Abs 2 Z 1 regelt das Besitzkonstitut (Der Besitzer wird zum Inhaber), § 428 Abs 2 Z 2 die Besitzauflassung (Der Inhaber wird Besitzer) und lediglich im Alternativtext wird die im ABGB bisher nicht berücksichtigte Besitzanweisung (Der Dritte, bei dem sich die zu übertragende Sache befindet, wird angewiesen, die Sache nicht mehr für den Veräußerer, sondern für den Erwerber innezuhaben) in einem neuen § 428a geregelt. Zu Recht wird die Besitzanweisung in einem eigenen Paragraph – und nicht als dritter Fall des § 428 im neuen § 428 Abs 2 - geregelt, weil die L die Besitzanweisung teils mit einem Analogieschluss aus § 428 begründet wird, teils als Anwendungsfall des § 427 angesehen wird.<sup>11</sup>
7. Da § 429 erst durch das VRUG BGBl I 2014/33 sprachlich neu gefasst - inhaltlich aber nicht geändert - wurde, ist eine aktuelle textliche Anpassung entbehrlich.
8. § 430 sollte zu Recht die Überschrift „Doppelveräußerung“ tragen, wobei zu überlegen wäre, auch hier den Text in 2 Absätze zu unterteilen, weil die beiden Sätze inhaltlich Unterschiedliches regeln. Die Ergänzung des 2. Satzes im Alternativtext ist zu begrüßen, weil in L und Jud<sup>12</sup> anerkannt ist, dass der Erfüllungsanspruch des anderen Gläubigers noch so lange geltend gemacht werden kann, als eine ernstzunehmende Chance besteht, dass die Leistung wenigstens später erbracht

---

<sup>11</sup> Vgl dazu Koziol-Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I 14. Aufl Rz 856 mwN ebendort.

<sup>12</sup> 6 Ob 2238/96b.

werden kann, dh dass der Schuldner die Sache vom ersten Erwerber auf ihm zumutbare Weise zurückerlangen kann.

9. Zu § 431 ABGB: Außerbücherlicher Eigentumserwerb wird beim Zuschlag und beim eingetragenen Erben anerkannt, wobei beim zuletzt Genannten der Eigentumsübergang mit Rechtskraft der Einantwortung erfolgt und die Grundbuchseintragung nur mehr deklarativ ist.<sup>13</sup>
10. Die Aufnahme der internen (§ 433) und notwendigen externen (§§ 26 u 27 GBG) Verweise in § 432 ist zu begrüßen.
11. In § 433 sollte zu Recht die Wortfolge „mit ihren Bestandteilen“ entweder ersatzlos entfallen oder durch den Alternativvorschlag (§ 433 Z 2) ersetzt werden.
12. Inhaltlich zu weit ginge es, würde man im Rahmen einer lediglich sprachlichen Neufassung des ABGB die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Aufsandungserklärung in Frage stellen oder gar die Einführung eines strengen Formgebots für Liegenschafts Kaufverträge zB durch Notariatsaktszwang fordern.<sup>14</sup>
13. Jedenfalls sollte eine Harmonisierung zwischen § 27 GBG und § 433 ABGB angestrebt werden: Im ABGB wird in der Urkunde die Angabe von Zeit und Ort des Vertragsabschlusses verlangt, während in § 27 Abs 3 GBG<sup>15</sup> fixiert wird, dass die Urkunden, auf Grund deren eine bürgerliche Eintragung geschehen soll, die Angabe des Ortes, Tages, Monats und Jahres der Ausfertigung der Urkunde enthalten muss.<sup>16</sup>
14. Zu § 434 ist anzumerken, dass es nicht verbücherte Liegenschaften („Liegenschaften, die in keinem Grundbuch eingetragen sind“) seit der Grundbuchnovelle 2008 nicht mehr geben dürfte<sup>17</sup>, dass allerdings die Rechtswirkungen des § 434 (Rechtserwerb durch Urkundenhinterlegung) gem § 435 auch für Superädifikate gelten, sodass jedenfalls ein Anwendungsbereich der Norm verbleibt.

---

<sup>13</sup> 5 Ob 177/08b.

<sup>14</sup> s dazu im Detail bei P. Bydlinki, Grund- und Einzelfragen des Liegenschaftserwerbs, ausgehend vom mündlichen Grundstückskauf in NZ 2015/94 S 295 ff.

<sup>15</sup> Die bisher in § 27 Abs 2 GBG enthaltene Bestimmung, dass die Urkunden die Angabe des Ortes, Tages, Monats und Jahres der Ausfertigung der Urkunde enthalten müssen, wurde aus redaktionellen Gründen (inhaltlich unverändert) in den durch die Grundbuchnovelle 2008 (BGBl I 2008/100) neu geschaffenen Abs 3 verschoben, weil im „alten Abs 2“ für Grundbuchsukunden weitere Individualisierungsmerkmale für an einem Rechtsgeschäft beteiligte juristische Personen ( Firmenbuchnummer bzw Vereinsregisterzahl) bestimmt wurden.

<sup>16</sup> s dazu im Detail bei P. Bydlinki aaO S 287 in FN 50.

<sup>17</sup> Mit der Einbücherung des öffentlichen Guts sollte es – von bisher übersehenen Liegenschaften abgesehen – keine nicht verbücherten Liegenschaften mehr geben, sodass sich der Anwendungsbereich des UHG nun auf Superädifikate beschränkt (Auinger, Die Grundbuchs-Novelle 2008 in ÖJZ 2009/2 S 13. Gem § 458 Abs 3 Geo sind die nichtverbücherten Grundstücke für jede Katastralgemeinde gesammelt im A1-Blatt der Einlagezahlen 50.000 bis 50.002 wiederzugeben.

15. Bauwerke, die nach allgemeinen Regeln zu unselbständigen Bestandteilen der Liegenschaft würden, sind als Überbauten nach § 435 sonderrechtsfähig (Durchbrechung des Grundsatzes „superficies solo cedit“). Man spricht dann von Superädifikaten, wenn Bauwerke auf fremden Grund in der Absicht aufgeführt werden, dass sie nicht stets darauf bleiben sollen. Die Übertragung von Rechten an Überbauten – nicht allerdings der erstmalige Eigentumserwerb – erfolgt durch Urkundenhinterlegung. Da Superädifikate wegen ihrer geringen Publizität durch Begründung ohne Grundbucheintragung in der Praxis große Schwierigkeiten bereiten, gibt es seit Jahren Reformbestrebungen, die Überbauten auf labile Bauten (Hütten, Baracken etc) zu beschränken und massive Bauten nur noch als Baurechtsbauwerke<sup>18</sup> zu verselbständigen. Gerade dieser gesetzgeberischen Entscheidung kann und darf durch diese „ABGB- Modernisierung“ nicht vorgegriffen werden.
16. In § 436 sollte in der Aufzählung die Einantwortung entfallen, weil diese (wie beim Zuschlag) bereits außerbücherlichen Eigentumserwerb (mit Rechtskraft der Einantwortung) herbeiführt und die Grundbucheintragung nur mehr deklarativ ist.<sup>19</sup> Die Anfügung eines 2. Absatzes in der Alternative dient zur sinnvollen Klarstellung des eben dargestellten Eigentumserwerbs durch Einantwortung.
17. Gerade § 438 ist aufgrund eines Redaktionsversehens (falscher Verweis auf §§ 434 und 435, seit der 3. Teilnovelle richtig auf §§ 432 und 433) und der altertümlichen Formulierung reformbedürftig. Wenn vom Erwerb eines bedingten Rechts gesprochen wird, so ist dies missverständlich, weil ein Fall einer bedingten Eintragung eines unbedingten Rechts vorliegt. Die Vormerkung stellt ein grundbuchsrechtliches Sicherungsinstrument des Erwerbers dar, der über einen zivilrechtlich gültigen, dh unbedingten Titel verfügt, jedoch aufgrund eines (grundbuchsrechtlich) formellen Mangels der Urkunde oder aus anderen Gründen noch nicht um die Einverleibung seines Rechts ansuchen kann.<sup>20</sup>
18. § 439 (Zur Notwendigkeit einer Rechtfertigungsklage) sollte aus systematischen Gründen entfallen, weil eine Rechtfertigungsklage nicht zwingend zur Rechtfertigung erforderlich ist, sondern nur dann, wenn der Vormerkungsgegner die zur Einverleibung erforderlichen Akte verweigert (s § 41 GBG): So kann die Rechtfertigung durch eine zur Einverleibung geeignete Erklärung dessen, gegen den die Vormerkung bewirkt worden ist, erfolgen (zB bei Fehlen der Aufsandungserklärung) und in den Fällen des § 38 GBG erfolgt die Rechtfertigung durch den Ausweis über den Eintritt der Rechtskraft des vorgemerkten gerichtlichen Erkenntnisses.

---

<sup>18</sup> Das Baurecht ist das dingliche, veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Bodenfläche eines fremden Grundstückes ein Bauwerk zu haben (§ 1 BauRG), wobei das Baurecht durch bücherliche Eintragung im C-Blatt der belasteten Liegenschaft entsteht, wobei im Anschluss an die belastete Einlage (Stammeinlage) eine eigene Baurechtseinlage zu eröffnen ist, die wie ein selbständiger Grundbuchskörper zu behandeln ist.

<sup>19</sup> 5 Ob 177/08b.

<sup>20</sup> Verweijen, in Kodek, Grundbuchsrecht § 35 Rz 1.

19. Ob die Regelung über Tabularbesitz (Buchbesitz) - und wenn überhaupt an dieser Stelle (Wiederholung von § 321) erforderlich ist - wird zu recht angezweifelt. Der Buchbesitz wird dem tatsächlichen Naturalbesitz gegenübergestellt, wobei der Buchbesitzer als solcher keine Besitzrechte hat, keinen gerichtlichen Besitzschutz genießt, kein Selbsthilfrecht nach § 344 hat und im Besitzstreit nach hM gegen den Naturalbesitzer unterliegt. Eine Tabularersatzung ist seit Aufhebung der §§ 1467 u 1469 durch die III. TN nicht mehr möglich.
20. Da der Regelungsinhalt von § 442 S 3 (Niemand kann mehr Rechte übertragen als er selbst hat<sup>21</sup>) vom Regelungsinhalt des S 2 (Keine Übertragbarkeit höchstpersönlicher Rechte) deutlicher abgetrennt werden soll, wäre eine Untergliederung in 3 Absätze zu überlegen, auch wenn dann jeder Absatz nur einen Satz aufweisen würde.
21. Privatrechtliche Lasten werden mit dem Eigentum an der Liegenschaft grundsätzlich nur dann übernommen, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Nur soweit sie als dingliche Rechte ausnahmsweise auch ohne Eintragung entstanden sind (Ersitzung) kommt es auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers an<sup>22</sup>. Die diesbezügliche Einfügung im Alternativtext ist zur Klarstellung der Rechtslage sinnvoll.
22. In § 444 ist zur Klarstellung des anerkannten außerbücherlichen Erwerbs von unbeweglichen Sachen in Durchbrechung des Eintragungsgrundsatzes<sup>23</sup> im S 2 jedenfalls das Wort „nur“ zu streichen. Der Erbe erwirbt schon mit der Einantwortung Eigentum, der Bauführer des § 418 S 3 mit der Errichtung des Gebäudes, der Ersteher mit Zuschlag und der Ersitzende schon mit Ablauf der Ersitzungszeit.<sup>24</sup>
23. Zu § 445: Auch andere dingliche Rechte als das Eigentumsrecht werden an unbeweglichen Sachen und Bauwerken durch Verbücherung bzw Urkundenhinterlegung erworben, wobei dies weiters für das Pfandrecht durch § 451, für Grunddienstbarkeiten durch § 481 und für Reallasten durch § 530 angeordnet wird<sup>25</sup>. Der neue Abs 2 in der Alternative soll klarstellen, dass Wohnungseigentum und Baurecht nur durch Einverleibung, dh an verbücherten Liegenschaften, begründet werden können, sodass die Wohnungseigentumsbegründung an einem Superädifikat unzulässig ist.

---

<sup>21</sup> Dieser Grundsatz (nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet) wird aber durch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten durchbrochen, gilt also nur für den abgeleiteten (derivativen) Erwerb.

<sup>22</sup> Holzner in Rummel/Lukas ABGB 4. Aufl § 443 Rz 1.

<sup>23</sup> Dieser besagt, dass die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung bücherlicher Rechte nur durch die Eintragung im Grundbuch bewirkt werden kann (§ 4 GBG).

<sup>24</sup> S dazu Koziol-Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I 14. Aufl Rz 1140 f.

<sup>25</sup> Hinteregger in Schwimann/Kodek ABGB 4. Aufl Rz 1 zu § 445.