

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>Erstes Hauptstück.</b>			<b>Erstes Hauptstück.</b>	<b>Erstes Hauptstück.</b>
<b>Von dem Besitze.</b>			<b>Der Besitz</b>	<b>Besitz</b>
<b>Inhaber. Besitzer.</b>			<b>Inhaber und Besitzer</b>	<b>Inhaber und Besitzer</b>
<p><b>§ 309.</b> <sup>1</sup>Wer eine Sache in seiner Macht<sup>2</sup> oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. <sup>2</sup>Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.</p>	<p>Unterscheidung und Definition von Innehabung und Besitz</p>	<p>idF JGS 1811/946</p>	<p><b>§ 309.</b> <sup>1</sup>Wer eine Sache in seiner Gewahrsame<sup>3</sup>, also in seinem Herrschaftsbereich<sup>4</sup>, hat, ist ihr Inhaber. <sup>2</sup>Hat der Inhaber auch den Willen, die Sache als die seine zu behalten, ist ihr Besitzer.</p>	<p><b>§ 309.</b> <sup>1</sup>Inhaber ist, wer eine Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat. <sup>2</sup>Besitzer ist, wer eine Sache mit dem Willen innehat, sie als oder wie<sup>5</sup> seine eigene zu behandeln<sup>6</sup>.</p>

- <sup>1</sup> Vorarbeiten von *Marie-Luise Schindler*, Die ABGB-Vorschriften über das Besitzrecht (§§ 309-352): wesentlicher Inhalt und sprachliche Neufassung (Diplomarbeit Univ. Graz 2016). Wertvolle Hinweise beigesteuert hat *Christina Schnittler* (Seminararbeit Univ. Graz 2017).
- <sup>2</sup> „Macht“ gleichbedeutend mit Gewahrsame (vgl *Zeiller*, Kommentar II/1 39 ff; *Ofner*, Ur-Entwurf I 225), daher besser einen Ausdruck, der dann durchgängig verwendet wird, in den Vordergrund stellen und den anderen eventuell zur Erläuterung verwenden.
- <sup>3</sup> Im österreichischen Recht wird meist die weibliche Form verwendet (ABGB, insb im neuen Fundrecht, EO, IO; anders zB in erst kürzlich novellierten strafrechtlichen Bestimmungen); daher auch hier. Abstimmungsbedarf: „in seiner Gewahrsame“!
- <sup>4</sup> Abstimmungsbedarf: „Herrschaftsbereich! Alternativen: „Machtbereich“, „tatsächliche Gewalt“ (so in der Alternative).
- <sup>5</sup> „Als oder wie“ soll deutlich machen, dass es nicht darauf ankommt, ob die Sache wirklich die eigene ist und wovon der Inhaber selbst ausgeht, also all diese Fallgruppen erfasst sind.
- <sup>6</sup> Häufig manifestiert sich dieser Wille gerade im Veräußern im eigenen Namen, nicht im bloßen Behalten, weshalb der weiter reichende Ausdruck „behandeln“ treffender sein dürfte. Vgl *Zeiller*, Kommentar II/1 40: „daß man zugleich wenigstens den (obgleich etwa rechtswidrigen) Willen an Tag lege, die Sache als die seinige zu behandeln“.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>Erwerbung des Besitzes. Fähigkeit der Person zur Besitzerwerbung.</b>			<b>Erwerb des Besitzes Fähigkeit zum Besitzerwerb</b>	<b>Der Besitzerwerb [Subjektive] Fähigkeit zum Besitzerwerb</b>
<b>§ 310.</b> <sup>1</sup> Kinder unter sieben Jahren sowie nicht entscheidungsfähige Personen <sup>7</sup> können – außer in den Fällen des § 170 Abs. 3, § 242 Abs. 3 und § 865 Abs. 2 <sup>8</sup> – Besitz nur durch ihren gesetzlichen Vertreter erwerben. <sup>2</sup> Im übrigen ist die Fähigkeit zum selbständigen Besitzerwerb gegeben.	Subjektive Fähigkeit zum Besitzerwerb	idF BGBl I 2017/59  Der selbständige Besitzerwerb erfordert regelmäßig Entscheidungsfähigkeit	<b>§ 310.</b> <sup>1</sup> Grundsätzlich kann jeder Mensch <sup>9</sup> selbständig Besitz erwerben. <sup>2</sup> Kinder unter sieben Jahren und sonstige <sup>10</sup> nicht entscheidungsfähige Personen (§ 24) können dies jedoch nur in den Fällen des § 170 Abs. 3, des § 242 Abs. 3 und des § 865 Abs. 2; ansonsten müssen ihre gesetzlichen Vertreter tätig werden.	<b>§ 310.</b> (1) <sup>1</sup> Zum selbständigen Besitzerwerb ist Entscheidungsfähigkeit (§ 24) notwendig. <sup>2</sup> Nur in den Fällen des § 170 Abs. 3, des § 242 Abs. 3 und des § 865 Abs. 2 ist ein Erwerb jedenfalls möglich. <sup>11</sup> (2) Ansonsten können Menschen, die für den betreffenden Erwerb nicht entscheidungsfähig sind, Besitz nur durch ihre

<sup>7</sup> Diese Formulierung klingt so, als gäbe es eine Gruppe „an sich entscheidungsunfähiger“ Personen. Das Konzept des neuen § 24 (Abs 2: „im jeweiligen Zusammenhang“; siehe dazu nur ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 9) geht hingegen davon aus, dass eine Person in bestimmten Zusammenhängen entscheidungsfähig sein kann, in anderen hingegen nicht. Es empfiehlt sich daher eine damit abgestimmte Formulierung, wie sie in der Alternative versucht wird.

<sup>8</sup> Dieser erst im Zuge des 2. ErwSchG hinzugekommene Verweis macht ein wohl auch schon bisher vorhandenes Problem deutlich. In § 865 Abs 2 wird auf die ausschließliche Günstigkeit eines Rechtsgeschäfts abgestellt, während es in § 310 um den Erwerb von Besitz geht, der für sich betrachtet regelmäßig bloß vorteilhaft ist. Die Verknüpfung mit einem Rechtsgeschäft (bzw einem „Versprechen“) wirft einige Auslegungs- bzw Analogieprobleme auf, die aber wohl nur de lege ferenda durch entsprechende Gesetzesformulierungen eliminiert werden können. So fragt sich etwa, was für die Aneignung eines derelinquierten Fahrrades durch einen 6-jährigen gilt, wenn die Übergabe eines Fahrrades aufgrund einer Schenkung de lege lata unzweifelhaft zum Besitzerwerb führte. (Auf die anerkannte Möglichkeit einer analogen Anwendung von für Rechtsgeschäfte aufgestellten Regeln auf geschäftsähnliche Handlungen wird in den ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 53 hingewiesen.) Weiteres Beispiel (zu § 170 Abs 3): Der 6-jährige A tauscht mit dem 8-jährigen B Sticker von Fußballspielern. B gibt A Ronaldo gleich mit; A soll B Messi am nächsten Tage in die Schule mitbringen. Hat A schon jetzt Besitz am Ronaldo-Sticker; und wenn ja, in welcher Qualifikation? Oder erwirbt A Besitz erst dann, wenn er den Messi-Sticker tatsächlich übergibt, da der Tauschvertrag ja erst dann wirksam wird? (An sich sind Besitzwille und Innehabung von einem wirksamen Titel oder der Erbringung einer etwaigen Gegenleistung vollkommen unabhängig.)

<sup>9</sup> Genereller Abstimmungsbedarf: „Mensch“! (Mensch – Person)

<sup>10</sup> Der Originaltext stellt einen Gegensatz her und suggeriert damit, dass Unter-7-Jährige grundsätzlich entscheidungsfähig sind. Das ist aber offensichtlich nicht gewollt und wird durch diese Ergänzung vermieden.

<sup>11</sup> Diese Formulierung lässt offen, ob für diese Sonderfälle Entscheidungsfähigkeit (ausnahmsweise) zu bejahen ist oder nicht.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
				gesetzlichen Vertreter erwerben.
<b>Gegenstände des Besitzes.</b>			<b>Gegenstände des Besitzes</b>	<b>Sach- und Rechtsbesitz<sup>12</sup></b>
<b>§ 311.</b> Alle körperliche und unkörperliche Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden.	Gegenstände des Besitzes	idF JGS 1811/946	<b>§ 311.</b> Alle im Rechtsverkehr stehenden körperlichen und unkörperlichen Sachen (§ 292) können Gegenstand des Besitzes sein.	<b>§ 311.</b> (1) <sup>1</sup> Alle verkehrsfähigen Sachen (§ 306c) können besessen werden. <sup>2</sup> Besitz an körperlichen Sachen wird Sachbesitz, der an unkörperlichen Sachen Rechtsbesitz genannt. <sup>13</sup> (2) An derselben [körperlichen] Sache können Sach- und Rechtsbesitz gleichzeitig bestehen. <sup>14</sup>
<b>Arten der Besitzerwerbung;</b>			<b>Arten des Besitzererwerbs</b>	<b>Arten des Besitzererwerbs</b>
<b>§ 312.</b> <sup>1</sup> Körperliche, bewegliche Sachen werden durch physische Ergreifung, Wegführung oder Verwahrung; unbewegliche aber durch Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung in Besitz	Arten des Besitzererwerbs	idF JGS 1811/946	<b>§ 312.</b> Der Erwerb des Besitzes erfolgt insbesondere 1. bei beweglichen körperlichen Sachen durch physisches Ergreifen, Wegbringen, Verwahren;	<b>§ 312.</b> <sup>17</sup> (1) Sachbesitz <sup>18</sup> wird durch jede Handlung erworben, durch die ausschließliche tatsächliche Gewalt <sup>19</sup> über die Sache begründet und jeder andere

<sup>12</sup> Diese Überschrift passt besser zum erweiterten Inhalt des Paragraphen.

<sup>13</sup> Eine solche Definition hat bisher gefehlt. Sie könnte auch – gemeinsam mit Abs 2 – in einen eigenen Paragraphen (§ 311a) ausgelagert werden.

<sup>14</sup> Diese Regelung dürfte hier besser passen als in § 327. Auf die dort näher ausgeführten Details kann verzichtet werden, da sie keinen eigenständigen normativen Gehalt aufweisen.

<sup>17</sup> Der Alternativvorschlag ersetzt die Beispielaufzählung durch eine allgemeine Formulierung.

<sup>18</sup> Nachdem die Ausdrücke Sach- und Rechtsbesitz im Alternativvorschlag zu § 311 definiert wurden, können sie hier ebenso verwendet werden.

<sup>19</sup> Abstimmungsbedarf: „(ausschließliche tatsächliche) Gewalt“!

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
genommen. <sup>15</sup> <sup>2</sup> In den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen.			2. bei unbeweglichen körperlichen Sachen durch Betreten, Abgrenzen <sup>16</sup> , Einzäunen, Kennzeichnen oder Bearbeiten; 3. bei unkörperlichen Sachen (Rechten) durch deren Gebrauch im eigenem Namen.	vom Besitz erkennbar ausgeschlossen wird. <sup>20</sup> (2) Rechtsbesitz wird durch den Gebrauch der unkörperlichen Sache, also eines Rechts, im eigenen Namen erworben.
<b>Insbesondere von einem bejahenden, verneinenden oder einem Verbotsrechte.</b>			<b>Besitzerwerb durch Gebrauch des Rechts</b>	
§ 313. Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht, wenn jemand von einem anderen etwas als eine Schuldigkeit fordert, und dieser es ihm leistet <sup>21</sup> ; ferner, wenn jemand die einem anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem	Erwerb von Rechtsbesitz	idF JGS 1811/946	§ 313. Von einem Recht wird <sup>22</sup> Gebrauch gemacht, indem jemand 1. etwas <sup>23</sup> als ihm zustehend fordert und daraufhin erhält; 2. eine fremde Sache benützt und der Belastete dies <sup>24</sup> duldet;	<i>Aus systematischen Gründen erwägenswert: Inhalt von § 313 ohne eigene Überschrift nach § 312 Abs 2 ergänzen.</i>

<sup>15</sup> Diese Aufzählung ist bloß demonstrativ (*Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 312 Rz 1), was im Gesetzestext zum Ausdruck kommen sollte (daher „insbesondere“ schon im Textvorschlag).

<sup>16</sup> „Abgrenzen“ anstatt „Verrainung“, das heute nicht mehr gebräuchlich ist.

<sup>20</sup> Hier könnte man allenfalls in einem Satz 2 Beispiele aus dem Textvorschlag ergänzen.

<sup>21</sup> Hier ist nach dem Wortlaut der Norm vieles unklar (und daher wohl der Gesetzgeber gefragt): Zum ersten, ob tatsächlich ein Recht bestehen muss (dafür spricht wohl der 3. Fall des § 313); zum zweiten (wenn die erste Frage bejaht wird), warum die Berechtigung als solche nicht reicht; zum dritten, welches Recht nach Leistung des Geforderten überhaupt noch besessen werden könnte (an der erhaltenen Leistung besteht dann ohnehin Sachbesitz); und zum vierten, was aus der Bejahung von Besitz an einer unkörperlichen Sache folgt.

<sup>22</sup> In der Alternative könnte man hier sicherheitshalber „insbesondere“ ergänzen (vgl. *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 313 Rz 5; *Schey/Klang* in Klang II<sup>2</sup> 79).

<sup>23</sup> De lege ferenda sollte hier iS der hA [*Schey/Klang* in Klang II<sup>2</sup> 68 ff, 77; auf diese verweisend *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 313 Rz 17; *Holzner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 313 Rz 2 (Stand 1.7.2016, rdb.at)] deutlich formuliert werden, dass es nur um „Dauerverhältnisse“ geht, in denen (periodische) Einzelleistungen gefordert und erbracht werden.

<sup>24</sup> Hier könnte man iS der hA [statt vieler *Lukas*, *Unechter Besitz an verneinenden Rechten?* in FS Koziol (2010) 235 (250 f)] zur Verdeutlichung „in Kenntnis der Nutzung“ ergänzen. Eine echte „Gestattung“ (so im Originaltext) wäre ja schlicht eine vertragliche Einigung, was hier aber wohl nicht gemeint ist.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Nutzen anwendet; endlich, wenn auf fremdes Verbot ein anderer das, was er sonst zu tun befugt wäre, unterläßt.			3. einem Berechtigten Handlungen verbietet, die der Berechtigte daraufhin unterläßt.	
<b>Unmittelbare und mittelbare Erwerbungsart des Besitzes.</b>			<b>Unmittelbarer und mittelbarer Besitzerwerb</b>	<b>Ursprünglicher Besitzerwerb und abgeleiteter Besitz<sup>25</sup></b>
<b>§ 314.</b> Den Besitz sowohl von Rechten als von körperlichen Sachen erlangt man entweder unmittelbar, wenn man freistehender Rechte und Sachen; oder mittelbar, wenn man eines Rechtes, oder einer Sache, die einem anderen gehörte <sup>26</sup> , habhaft wird.	mittelbarer und unmittelbarer Besitzerwerb	idF JGS 1811/946	<b>§ 314.</b> Besitz kann auf folgende Arten erworben werden: 1. unmittelbar, wenn besitzerlose <sup>27</sup> Sachen in Besitz genommen werden; 2. mittelbar, wenn die Sachen bis zum Erwerb einen anderen Besitzer hatten.	<b>§ 314.</b> Besitz kann auf folgende Arten erworben werden: 1. einseitig <sup>28</sup> , indem besitzerlose Sachen erworben werden oder an Sachen, die im Besitz eines anderen stehen, eigenmächtig Besitz ergriffen wird; 2. zweiseitig, wenn der Besitz vom Vorbesitzer übertragen wird.
<b>Umfang der Erwerbung.</b>			<b>Umfang des Besitzerwerbs</b>	<b>Umfang des Besitzerwerbs</b>
<b>§ 315.</b> Durch die unmittelbare und durch die mittelbare eigenmächtige Besitzergreifung erhält	Umfang des Besitzerwerbs	idF JGS 1811/946	<b>§ 315.</b> (1) Sowohl beim unmittelbaren als auch beim mittelbaren, aber eigenmächtigen	<b>§ 315.</b> (1) Beim einseitigen <sup>36</sup> Besitzerwerb muss an jeder

<sup>25</sup> Die Differenzierung des § 314 ist wenig nützlich (vgl nur *Eccher/Riss* in KBB<sup>6</sup> § 314 Rz 1), weshalb die Alternative sachnäher auf originären und derivativen Besitzerwerb abstellt.

<sup>26</sup> „Gehörte“ ist ein Synonym für Eigentum und daher in diesem Zusammenhang ungenau; vielmehr muss es hier allein auf den Besitz ankommen [*Schey/Klang* in Klang II<sup>2</sup> 82, die in dieser Wendung einen Konnex zu § 309 sehen; *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 314 Rz 1 u *Holzner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 314 Rz 1 (Stand 1.7.2016, rdb.at), die jeweils auf den fremden Besitz abstellen]; so daher auch schon im Textvorschlag.

<sup>27</sup> IdS etwa *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 314 Rz 1; *Holzner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 314 Rz 1 (Stand 1.7.2016, rdb.at). Jedenfalls Abstimmungsbedarf: „besitzerlos“!

<sup>28</sup> Die Terminologie „einseitig/zweiseitig“ ist günstiger als „unmittelbar/mittelbar“, zumal „mittelbar“ im Original auch Fälle der eigenmächtigen Wegnahme erfasst. „Ursprünglich (originär)/abgeleitet (derivativ“) sollte dem Eigentumserwerb (§ 423) vorbehalten bleiben, wo es um den Rechtserwerb geht, der etwa bei § 367 zwar originär ist, aber dennoch zweiseitig bzw mittelbar erfolgt.

<sup>36</sup> Es wird die neue Terminologie des Alternativvorschlags zu § 314 fortgesetzt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>man nur so viel in Besitz, als wirklich ergriffen, betreten, gebraucht, bezeichnet oder in Verwahrung gebracht worden ist; bei der mittelbaren, wenn uns<sup>29</sup> der Inhaber in seinem oder eines anderen Namen ein Recht oder eine Sache überläßt, erhält man alles, was der vorige Inhaber gehabt und durch deutliche Zeichen<sup>30</sup> übergeben hat, ohne daß es nötig ist, jeden Teil des Ganzen<sup>31</sup> besonders zu übernehmen.</p>			<p>Besitzerwerb wird Besitz nur an jenen Sachen begründet, über die die Gewahrsame<sup>32</sup> erworben wird.<sup>33</sup>  (2) Beim mittelbaren Besitzerwerb im Einvernehmen<sup>34</sup> mit dem Übergeber hängt der Umfang der Besitzübertragung hingegen davon ab, was der vorige Inhaber<sup>35</sup> in seiner Gewahrsame hatte und wirklich oder durch deutliche Zeichen übergeben hat; eine gesonderte Übernahme aller Teile der Sache ist nicht erforderlich.</p>	<p>Sache einzeln Besitz ergriffen werden.  (2) Beim zweiseitigen Besitzerwerb hängt der Umfang der Besitzübertragung hingegen davon ab, was der vorige Inhaber übergeben hat; eine gesonderte Übernahme aller Bestandteile und Zubehörstücke (§ 294) ist jedoch nicht erforderlich.</p>

<sup>29</sup> Das ist eine auch im ABGB ganz unübliche Art der Formulierung, die jedenfalls eliminiert werden sollte.

<sup>30</sup> Gemeint ist wohl „zumindest durch deutliche Zeichen“; ein Verständnis iS des § 427 ist abzulehnen [Holzner in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 315 Rz 3 (Stand 1.7.2016, rdb.at); siehe auch *Zeiller*, *Commentar* II/1 48 f]. Schon im Textvorschlag wird daher weiter formuliert, der Hinweis auf die Zeichen aber beibehalten. In der Alternative wird hingegen nur mehr allgemein von „übergeben“ gesprochen, wobei auch die Wendung von der Innehabung des Übergebers wegfallen kann, da dies eine notwendige Voraussetzung jeder Übergabe ist.

<sup>31</sup> Das ist ausgesprochen ungenau, weshalb in der Alternative das praktisch wichtige Zubehör, das ja gerade nicht Teil der Sache ist, iS der hA besondere Erwähnung findet; auch historisch war das offenbar mitgemeint (*Zeiller*, *Commentar* II/1 49).

<sup>32</sup> Abstimmungsbedarf: „Gewahrsame“!

<sup>33</sup> Wie bei § 312 kann die Aufzählung einer allgemeinen Formel weichen, da die angeführten Besitzergreifungshandlungen wiederum nur Beispiele darstellen.

<sup>34</sup> Durch die Wendung „im Einvernehmen mit dem Vorbesitzer“ wird deutlich gemacht, dass es hier nicht um eigenmächtigen, sondern um derivativen Besitzerwerb geht.

<sup>35</sup> „Vorbesitzer“ wäre zu eng, da das Gesetz auch die Überlassung einer Sache durch den Inhaber im Namen eines anderen erfasst, so dass der Vormann nicht Besitzer sein muss.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>Rechtmäßiger; unrechtmäßiger Besitz.</b>			<b>Rechtmäßiger Besitz</b>	<b>Rechtmäßiger Besitz<sup>37</sup></b>
<b>§ 316.</b> <sup>1</sup> Der Besitz einer Sache <sup>38</sup> heißt rechtmäßig, wenn er auf einem gültigen Titel, das ist, auf einem zur Erwerbung <sup>39</sup> tauglichen Rechtsgrunde beruht. <sup>2</sup> Im entgegengesetzten Falle heißt er unrechtmäßig.	Rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitz	idF JGS 1811/946	<b>§ 316.</b> <sup>1</sup> Der Sachbesitz ist rechtmäßig, wenn ihm ein gültiger Titel zugrunde liegt; ansonsten ist er unrechtmäßig. <sup>2</sup> Titel bedeutet einen zum Erwerb eines dinglichen Rechtes geeigneten Rechtsgrund. <sup>40</sup>	<b>§ 316.</b> <sup>1</sup> Der Besitz ist rechtmäßig, wenn ihm ein gültiger Titel zugrunde liegt. <sup>2</sup> Titel bedeutet einen zum Erwerb des Besitzes geeigneten Rechtsgrund.
<b>Haupttitel des rechtmäßigen Besitzes.</b>			<b>Titel des rechtmäßigen Besitzes</b>	<b>Gegenstand des rechtmäßigen Besitzerwerbs</b>
<b>§ 317.</b> Der Titel liegt bei freistehenden Sachen in der angeborenen <sup>41</sup> Freiheit zu Handlungen, wodurch die Rechte anderer nicht verletzt werden; bei anderen in dem Willen des vorigen Besitzers, oder in dem Ausspruch des Richters; oder endlich in	Arten der Besitztitel	idF JGS 1811/946	<b>§ 317.</b> Bei herrenlosen <sup>42</sup> Sachen besteht der Titel in der Handlungsfreiheit jeder Person <sup>43</sup> ; bei allen übrigen Sachen in Rechtsgeschäften mit dem Vorbesitzer, in gerichtlichen	<b>§ 317.</b> Rechtmäßiger Besitz kann erworben werden: 1. an herrenlosen Sachen durch Aneignung (§ 381), 2. an allen übrigen Sachen aufgrund eines Rechtsgeschäftes mit dem Vorbesitzer, einer

<sup>37</sup> Zwecks Straffung und wohl auch Verbesserung der Übersichtlichkeit könnte in einem neuen (längeren) § 316 auch gleich das geregelt werden, was sich derzeit in den §§ 317 sowie 323-325 findet (Vorschlag von *Christina Schnittler* [Seminararbeit Univ. Graz 2017]).

<sup>38</sup> Während *Zeiller* (Commentar II/1 50) davon ausging, dass die Bestimmung nur den Sachbesitz regelt, legen die Beratungen ein weiter gehendes Verständnis nahe (vgl. *Ofner*, Ur-Entwurf I 228): Da man auch ein persönliches Recht rechtmäßig besitzen könne, wurde ein (verengender) Konkretisierungsvorschlag (Besitz, „der auf einem zur Übertragung des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechtes tauglichen Rechtsgrund beruht“) abgelehnt. Da „Besitz einer Sache“ aber doch deutlich (bloß) nach Sachbesitz klingt, wird im Textvorschlag die engere und in der Alternative die weitere Variante gewählt.

<sup>39</sup> Das Gesetz sagt leider nicht, wovon (Eigentum, dingliches Recht oder auch Rechtsbesitz); siehe die vorige Fn.

<sup>40</sup> Die zusätzliche Normierung, wann Besitz unrechtmäßig ist, ist überflüssig.

<sup>41</sup> Dieses Wort ist heutzutage – hier wie auch etwa in § 381 – überflüssig (keinerlei normative Relevanz) und wird daher schon im Textvorschlag gestrichen.

<sup>42</sup> Hier passt „herrenlos“: *Holzner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 317 Rz 1 (Stand 1.7.2016, rdb.at), in der Voraufgabe *Spielbüchler* in *Rummeß* § 317 Rz 1 (Stand 1.1.2000, rdb.at); diesem folgend *Kodek* in *Klang*<sup>3</sup> § 317 Rz 1.

<sup>43</sup> Das ist kein eigentlicher Titel; vielmehr lässt schlicht das Gesetz einen solchen Erwerb zu. Passender formuliert daher in der Alternative.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
dem Gesetze, wodurch jemanden das Recht zum Besitze erteilt wird.			Entscheidungen oder in gesetzlichen Vorschriften <sup>44</sup> .	gerichtlichen Entscheidung oder einer gesetzlichen Vorschrift <sup>45</sup> .
<b>Der Inhaber hat noch keinen Titel;</b>				<b>Titeländerung</b>
<b>§ 318.</b> Dem Inhaber, der eine Sache nicht in seinem, sondern im Namen eines anderen innehat, kommt noch kein Rechtsgrund zur Besitznahme dieser Sache zu.	Bloße Sachinnehaltung gibt keinen Titel zum Sachbesitz	idF JGS 1811/946	<b>§ 318.</b> Wer eine Sache für einen anderen innehat, hat keinen Titel zum Sachbesitz.	<b>§ 318.</b> Aus der bloßen Innehaltung einer Sache kann kein Titel zum Sachbesitz abgeleitet werden.  <i>Alternative: Norm aufheben, da Inhalt selbstverständlich.</i>
<b>und kann ihn nicht eigenmächtig erlangen.</b>			<b>Titeländerung</b>	
<b>§ 319.</b> Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtigt, den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln, und sich dadurch eines Titels anzumaßen; wohl aber kann derjenige, welcher bisher eine Sache im eigenen Namen rechtmäßig besaß, das Besitzrecht einem anderen überlassen, und sie	Keine eigenmächtige Titelerweiterung	idF JGS 1811/946	<b>§ 319.</b> <sup>1</sup> Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtigt, seinen Titel eigenmächtig zu ändern. <sup>47</sup> <sup>2</sup> Rechtmäßiger Besitz kann auch dadurch erlangt werden, dass der bisherige rechtmäßige Inhaber und Besitzer den Besitz einem anderen überlässt und die Sache nunmehr für den Erwerber innehat.	<b>§ 319.</b> <sup>1</sup> Der Inhaber kann im Einvernehmen mit dem Sachbesitzer einen Besitztitel erlangen. <sup>2</sup> Rechtmäßiger Besitzerwerb ist auch dadurch möglich, dass der bisherige Besitzer den Besitz einem anderen überlässt und die Sache nunmehr für den Erwerber innehat.

<sup>44</sup> Abstimmungsbedarf: „Vorschrift“! (Vorschriften – Bestimmungen – Regelungen – Regeln)

<sup>45</sup> Wegen dieser letzten Fallgruppe könnte die gesonderte Erwähnung der Aneignung entfallen.

<sup>47</sup> Das ist selbstverständlich (vgl nur § 318), weshalb Satz 1 gestrichen bzw positiv formuliert werden kann (so in der Alternative).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
künftig in dessen Namen innehaben. <sup>46</sup>				
<b>Wirkung des bloßen Titels.</b>			<b>Wirkung des bloßen Titels</b>	
<b>§ 320.</b> <sup>1</sup> Durch einen gültigen Titel erhält man <sup>48</sup> nur das Recht zum Besitze einer Sache, nicht den Besitz selbst. <sup>2</sup> Wer nur das Recht zum Besitze hat, darf sich im Verweigerungsfalle nicht eigenmächtig in den Besitz setzen; er muß ihn von dem ordentlichen Richter mit Anführung seines Titels im Wege Rechtens fordern.	Wirkungen des bloßen Titels, Verbot der Eigenmacht	idF JGS 1811/946	<b>§ 320.</b> <sup>1</sup> Ein gültiger Titel begründet für sich noch keinen Besitz, sondern gewährt nur das Recht auf Besitzverschaffung. <sup>2</sup> Wer bloß einen gültigen Titel hat, darf sich den Besitz nicht eigenmächtig verschaffen, sondern muss seinen Anspruch gerichtlich durchsetzen.	
<b>Erforderung zum wirklichen Besitzrechte.</b>			<b>Erwerb des rechtmäßigen Besitzes</b>	
<b>§ 321.</b> Wo sogenannte Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher, oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind,	Rechtmäßigkeit von Buchbesitz	idF JGS 1811/946	<b>§ 321.</b> Der rechtmäßige Besitz an unbeweglichen Sachen kann nur durch die Eintragung in das Grundbuch erworben werden.	<i>Ersatzlose Aufhebung allenfalls:</i>

<sup>46</sup> Diese Bestimmung leidet zumindest an zwei Mängeln. Zum Ersten stellt sie auf rechtmäßigen Besitz des Vormanns ab, obwohl nach einhelliger Ansicht ein rechtsgeschäftlicher Titel mit dem – berechtigten oder unberechtigten – Vormann ausreicht [statt vieler *Holzner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 316 Rz 2 (Stand 1.7.2016, rdb.at)]. Zum Zweiten werden Fragen des Titels (so die Überschrift) mit jenen des Modus vermischt, wobei überdies nur das Besitzkonstitut erwähnt wird. Ad Rechtmäßigkeit: Eine Erklärung dafür könnte in den Vorfassungen liegen, die das *Recht*, die Sache weiterzugeben, noch erwähnten. Der historische Gesetzgeber hatte also offenbar die gleichzeitige Übertragung des Eigentumsrechts mit dem Besitz im Auge, was (in der Regel) bloß bei Rechtmäßigkeit des Vormannes möglich ist. Ad Modus: Schon die Ausführungen von *Zeiller*, Kommentar II/1 52, legen nahe, dass etwa auch die *traditio brevi manu* in Frage kommt, was nunmehr in der bloß beispielhaften Formulierung der Alternative beachtet wird. Bei einer größeren **Reform** sollte erwogen werden, die in den §§ 426 ff geregelten Formen der Übertragung des Eigentums (zuzüglich zB der Besitzeanweisung) bereits im Besitzrecht ausführlich zu regeln und beim (abgeleiteten) Eigentumserwerb dorthin zu verweisen. Zugleich sollte man beim Eigentumserwerb auch eine im ABGB-Sachenrecht bisher fehlende Norm über die Veräußerung durch einen veräußerungsbefugten Dritten (im eigenen Namen) ergänzen.

<sup>48</sup> Abstimmungsbedarf: „man“! „man“ sollte in einem modern formulierten Gesetz so weit wie möglich vermieden werden; so auch hier im Textvorschlag.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
wird der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen <sup>49</sup> nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt.				<b>§ 321.</b> Rechtmäßiger, vom Vorbesitzer abgeleiteter Besitz (§ 314 Z 2) an unbeweglichen Sachen kann nur durch die Eintragung in das Grundbuch erworben werden.
<b>§ 322.</b> <sup>1</sup> Ist eine bewegliche Sache nach und nach mehreren Personen übergeben worden; so gebührt das Besitzrecht <sup>50</sup> derjenigen, welche sie in ihrer Macht hat. <sup>2</sup> Ist aber die Sache unbeweglich, und sind öffentliche Bücher eingeführt; so steht	Rechtmäßiger Besitz bei Übergabe an mehrere Personen	idF JGS 1811/946	<b>§ 322.</b> (1) Rechtmäßiger Besitzer einer beweglichen Sache, die nacheinander mehreren Personen übergeben wurde, ist derjenige, der die Sache in seiner Gewahrsame hat. (2) Für unbewegliche Sachen gilt § 321 <sup>51</sup> .	<b>§ 322.</b> Rechtmäßiger Besitzer einer beweglichen Sache, die nacheinander mehreren Personen übergeben wurde, ist derjenige, der die Sache aufgrund eines Erwerbstitels <sup>52</sup> in seiner tatsächlichen Gewalt <sup>53</sup> hat. <sup>54</sup>

<sup>49</sup> Diese mehrfach unklare Norm (das gilt schon für die Formulierung „rechtmäßiger Besitz eines dinglichen Rechtes“) ist wohl nur historisch zu erklären. Sie stammt aus einer Zeit, in der das Grundbuchswesen erst im Aufbau begriffen war, man aber gerade deswegen die Bedeutung der Eintragung besonders betonte. So unterschied etwa *Zeiller* (Commentar II/1 53 ff) zwischen dem Naturalbesitz sowie dem die Eintragung voraussetzenden (rechtmäßigen) Civil-Besitz und sprach auch von der „Benennung des Besitzers oder Eigentümers“ im „Realitätenbuch“. Jedenfalls nach heutiger Rechtslage kann aber nur ein dingliches Recht, nicht jedoch der Besitz eingetragen werden (§ 9 GBG). Schließlich ist zu beachten, dass es seit der Aufhebung der Tabularersatzung durch die 3. Teilnovelle nur mehr um den derivativen (Besitz-)Erwerb gehen kann [*Holzner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 321 Rz 1 (Stand 1.7.2016, rdb.at); *Kodek* in *Klang*<sup>3</sup> § 321 Rz 2]. Aus heutiger Sicht ist auch die massive Abweichung von § 316 nicht zu erklären, der die Rechtmäßigkeit an das Vorliegen eines gültigen Titels knüpft. (Zugleich bleibt damit die heikle Frage offen, wie sich der reine Buchbesitz zum titulierten Naturalbesitz eines anderen verhält.) Besitzrechtlich bleibt de lege lata damit nicht viel übrig, nämlich wohl nur die Abweichung von § 316, die de lege ferenda aber mangels sachlicher Rechtfertigung fallen sollte.

<sup>50</sup> In der heutigen Lehre wird „Besitzrecht“ als „rechtmäßiger Besitz“ verstanden [so ausdrücklich *Kodek* in *Klang*<sup>3</sup> § 322 Rz 1; *Holzner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 322 Rz 1 (Stand 1.7.2016, rdb.at): § 322 behandelt die Rechtmäßigkeit]; ebenso aber wohl auch schon die Redaktoren. Gemeint war der Ausdruck „Besitzrecht“ als Gegensatz zum bloßen Recht zum Besitz, also zum Titel (*Zeiller*, Commentar II/1 57 f; *Ofner*, Ur-Entwurf I 230).

<sup>51</sup> Da der zweite Satz nur nochmals die Notwendigkeit der Eintragung für den rechtmäßigen Liegenschaftsbesitz normiert, kann im Textvorschlag schlicht auf § 321 verwiesen werden.

<sup>52</sup> Das war gemeint (*Zeiller*, Commentar II/1 57 f) und sollte daher aus Gründen der Klarstellung auch im Text erwähnt werden (womit die Norm aber wohl nur Selbstverständliches aussagt).

<sup>53</sup> Abstimmungsbedarf: „in seiner tatsächlichen Gewalt“! (Siehe vorne bei § 309).

<sup>54</sup> Im Falle der Aufhebung des § 321 ist dieser Absatz ebenfalls zu streichen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
das Besitzrecht ausschließlich demjenigen zu, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist.				<i>Alternative: Streichung der Norm, da (rechtmäßiger) Besitz ohne Gewährsame / tatsächliche Gewalt von vornherein nicht in Frage kommt.</i>
<b>Der Besitzer kann zur Angabe des Rechtsgrundes nicht aufgefordert werden.</b>			<b>Vermutung der Rechtmäßigkeit</b>	<b>Vermutung der Rechtmäßigkeit</b>
§ 323. Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermutung eines gültigen Titels für sich; er kann also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden <sup>55</sup> .	Vermutung der Rechtmäßigkeit des Sachbesitzes	idF JGS 1811/946	§ 323. Die Rechtmäßigkeit des Sachbesitzes wird vermutet.	§ 323. (1) Die Rechtmäßigkeit des Besitzes wird vermutet. (2) Wer behauptet, eine bessere Berechtigung zu haben (§ 373), muss dafür den Beweis führen. <sup>56</sup>
§ 324. <sup>1</sup> Diese Aufforderung findet auch dann noch nicht statt, wenn jemand behauptet, daß der Besitz seines Gegners mit anderen rechtlichen Vermutungen, z. B. mit der Freiheit des Eigentumes, sich nicht vereinbaren lasse. <sup>2</sup> In solchen Fällen muß der behauptende Gegner vor dem ordentlichen Richter klagen, und sein vermeintliches	Vermutung der Rechtmäßigkeit des Rechtsbesitzes	idF JGS 1811/946	§ 324. <sup>1</sup> Die Rechtmäßigkeit des Rechtsbesitzes <sup>57</sup> wird ebenfalls vermutet. <sup>2</sup> Wer behauptet, ein stärkeres Recht zu haben, muss dieses vor den ordentlichen Gerichten beweisen.	<i>Norm aufheben, da nunmehr alles in § 323 gesagt wird.</i>

<sup>55</sup> Die Bestimmungen der §§ 323 bis 325 gehen von der Existenz einer Aufforderungsklage aus (damals §§ 66, 71 AGO), die schon lange nicht mehr existiert. Sie müssen daher schon im Textvorschlag deutlich umformuliert werden.

<sup>56</sup> Dieser aus § 324 stammende und der Klarstellung dienende Satz könnte wohl auch weggelassen werden.

<sup>57</sup> Darin wird die Bedeutung der den § 323 ergänzenden Regel gesehen: siehe nur *Eccher/Riss* in KBB<sup>6</sup> § 324 Rz 1.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
stärkeres Recht dartun. <sup>3</sup> Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug.				
<b>Ausnahme.</b>			<b>Ausnahme von der Rechtmäßigkeitsvermutung</b>	
<b>§ 325.</b> Inwiefern der Besitzer einer Sache, deren Verkehr verboten, oder die entwendet zu sein scheint, den Titel seines Besitzes anzuzeigen verbunden sei, darüber entscheiden die Straf- und politischen Gesetze.	Angabe des Titels bei verbotenen oder gestohlenen Sachen	idF JGS 1811/946	<b>§ 325.</b> <sup>1</sup> Die Vermutung eines gültigen Titels <sup>58</sup> gilt nicht für Besitzer von Sachen, denen die Verkehrsfähigkeit fehlt <sup>59</sup> , oder die den Anschein erwecken, Diebesgut zu sein. <sup>2</sup> Die §§ 375 bis 379 der Strafprozessordnung sind zu beachten. <sup>60</sup>	
<b>Redlicher und unredlicher Besitzer.</b>			<b>Redlicher und unredlicher Besitz</b>	<b>Redlicher und unredlicher Besitz</b>
<b>§ 326.</b> <sup>1</sup> Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer. <sup>2</sup> Ein unredlicher Besitzer ist derjenige, welcher weiß, oder aus den Umständen vermuten muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem anderen	Definition von redlichem und unredlichem Besitz	idF JGS 1811/946	<b>§ 326.</b> <sup>1</sup> Redlich besitzt, wer eine Sache aus wahrscheinlichen Gründen für seine eigene hält. <sup>2</sup> Unredlich besitzt, wer weiß oder wissen muss, dass die Sache, die er besitzt, einem anderen gehört. <sup>3</sup> Durch Irrtum über Tatsachen oder Rechtsvorschriften kann jemand ein	<b>§ 326.</b> (1) <sup>1</sup> Redlich besitzt, wer sich ohne Verschulden <sup>62</sup> (§ 1294) als zum Besitz berechtigt betrachtet. <sup>63</sup> <sup>2</sup> Unredlich besitzt, wer den Mangel seiner Berechtigung kennt oder kennen muss. <sup>64</sup> (2) Für die Redlichkeit des Besitzes einer juristischen Person ist

<sup>58</sup> Oder: „Die Vermutung der Rechtmäßigkeit“.

<sup>59</sup> Abstimmungsbedarf: „fehlende Verkehrsfähigkeit“!

<sup>60</sup> Besser als ein Verweis auf die „Straf- und politischen Gesetze“ ist ein direkter Verweis auf die heutzutage anzuwendenden Bestimmungen.

<sup>62</sup> Der Maßstab ist zwar bis heute umstritten; die Alternative legt die hA (schon leichte Fahrlässigkeit schadet) zugrunde.

<sup>63</sup> Das ist bewusst weiter als „für die seinige hält“, da der Glaube an das eigene Eigentum nicht in jedem Fall nötig ist (zB Mieter als Rechtsbesitzer).

<sup>64</sup> Abs 1 des Alternativvorschlages gibt die hL noch etwas deutlicher (und allgemeiner) wieder und bedient sich einer etwas moderneren Sprache.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
zugehöre. <sup>3</sup> Aus Irrtum in Tatsachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger (§ 316) und doch ein redlicher Besitzer sein.			unrechtmäßiger (§ 316), aber redlicher Besitzer sein. <sup>61</sup>	die Redlichkeit ihrer Organe maßgeblich. <sup>65</sup> (3) Redlicher Besitz kommt auch bei Irrtum des Besitzers in Betracht. <sup>66</sup>  <i>Da das ABGB die Bedeutung unredlicher Hilfspersonen bei Besitzerwerb und Besitzausübung nicht regelt, empfiehlt sich de lege ferenda eine klare gesetzliche Aussage dazu.<sup>67</sup></i>
<b>Wie ein Mitbesitzer zum unredlichen oder unrechtmäßigen Besitzer werde.</b>			<b>Sach- und Rechtsbesitz verschiedener Personen</b>	
§ 327. Besitzt eine Person die Sache selbst, eine andere aber das Recht auf alle oder auf einige Nutzungen dieser Sache; so kann eine und dieselbe Person, wenn sie die Grenzen ihres Rechtes überschreitet, in	Redlichkeit und Rechtmäßigkeit beim Zusammentreffen von Rechts- und Sachbesitz	idF JGS 1811/946	§ 327. Wenn verschiedene Personen an derselben Sache Sachbesitz und Rechtsbesitz haben, können bei Überschreitung der Grenzen ihrer jeweiligen Rechte <sup>68</sup> sowohl der Sachbesitzer als auch der	<i>Da die Bestimmung normativ nichts Zusätzliches bietet und auch zur Klarstellung nicht nötig erscheint, wird ihre ersatzlose Aufhebung empfohlen.</i>

<sup>61</sup> Die Formulierung lehnt sich relativ eng an den Originaltext an, spiegelt aber dennoch die hL wider.

<sup>65</sup> Abs 2 gibt § 337 S 1 wieder, da diese Regelung systematisch besser hierher passt. (Diese deutliche Anordnung erscheint auch angesichts von § 310 Abs 2 der Alternative empfehlenswert, da es dort nur um den Besitzerwerb als solchen geht.)

<sup>66</sup> Der Aspekt der (Un-)Rechtmäßigkeit muss hier nicht vorkommen, da sich die Möglichkeit eines Auseinanderfallens von selbst versteht.

<sup>67</sup> Näher zum Problem vor allem Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982) 169 ff, 224 ff, 233 ff, 248; ferner etwa M. Bydlinski in Rummeß § 1463 Rz 2 (Stand 1.1.2002, rdb.at); Ehrenzweig, System I/2<sup>2</sup> 198; Gusenleitner-Helm in Klang<sup>3</sup> § 1463 Rz 13; Kodek in Klang<sup>3</sup> § 326 Rz 23; Reichel, Gutgläubigkeit beim Fahrnisserwerb, GrünhutsZ 1916, 173 (238).

<sup>68</sup> Auch hier wäre eine Umformulierung zu überlegen, da aus dem Besitz allein nur sehr begrenzt subjektive Rechte (zB aufgrund einer Besitzstörung) folgen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
verschiedenen Rücksichten ein redlicher und unredlicher, ein rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitzer sein.			Rechtsbesitzer gleichzeitig redliche und unredliche, rechtmäßige und unrechtmäßige Besitzer sein.	
<b>Entscheidung über die Redlichkeit des Besitzes.</b>			<b>Vermutung der Redlichkeit</b>	<b>Vermutung der Redlichkeit</b>
<b>§ 328.</b> <sup>1</sup> Die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes muß im Falle eines Rechtsstreites durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. <sup>2</sup> Im Zweifel ist die Vermutung für die Redlichkeit des Besitzes.	Vermutung der Redlichkeit	idF JGS 1811/946	<b>§ 328.</b> <sup>1</sup> Die Redlichkeit des Besitzes wird vermutet. <sup>2</sup> Im Streitfall entscheiden darüber die ordentlichen Gerichte.	<b>§ 328.</b> Die Redlichkeit des Besitzes wird vermutet. <sup>69</sup>
				<b>Rechtlicher Besitz</b>
				<b>§ 328a.</b> <sup>70</sup> Besitz wird rechtlicher Besitz genannt, wenn er a) rechtmäßig (§ 316), b) redlich (§ 326) und c) echt (§ 345) ist. <sup>71</sup>

<sup>69</sup> Wie bei § 324 ist die Erwähnung der gerichtlichen Zuständigkeit zur Streitschlichtung heutzutage überflüssig.

<sup>70</sup> Überschrift und Regelung könnten auch erst als § 347a ergänzt werden, also nach Erklärung des echten Besitzes.

<sup>71</sup> Allenfalls könnte man in einem Absatz 2 auf jene Normen (wie § 1466 und in der Alternative auch § 1460 sowie § 372) hinweisen, für die diese Definition bedeutsam ist. De lege lata enthält auch § 797 Abs 1 den Ausdruck „rechtlichen Besitz“ (ebenso schon in der Stammfassung aus 1811), doch ist damit offenbar anderes gemeint, da die Regelung auch die Einantwortung an einen unredlichen Scheinerben erfasst (siehe nur § 824, der auch den unredlichen Besitzer = Scheinerben kennt). Den Ausführungen von Zeiller (Commentar II/2 830) ist bloß zu entnehmen, dass auch beim Erbschaftserwerb nicht auf einen Modus verzichtet werden kann. Daher darf bei § 797 in der Alternative die Wendung „rechtlicher Besitz“ nicht mehr vorkommen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>Fortdauer des Besitzes. Rechte des redlichen Besitzes:</b>			<b>Rechtsfolgen des redlichen Besitzes</b>	<b>Folgen des redlichen Besitzes</b>
<b>a) in Rücksicht der Substanz der Sache;</b>			<b>hinsichtlich der Sache selbst</b>	
<b>§ 329.</b> Ein redlicher Besitzer kann schon allein aus dem Grunde des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen.	Recht des redlichen Besitzers, die Sache zu ge- und verbrauchen.	idF JGS 1811/946	<b>§ 329.</b> Wenn ein redlicher Besitzer die Sache gebraucht, verbraucht oder vernichtet <sup>72</sup> , trifft ihn dafür keine Verantwortung <sup>73</sup> .	<b>§ 329.</b> Auch ein redlicher Besitzer hat die Sache dem besser Berechtigten herauszugeben. <sup>74</sup> Er haftet jedoch nicht für Beschädigung, Gebrauch oder Untergang der Sache.  <i>De lege ferenda wäre eine klare Regelung der umstrittenen Frage wünschenswert, welche Pflichten den Besitzer in Hinblick auf gezogene Vorteile (insb Erlös aus der Veräußerung, aber auch Benützungsentgelt) gegenüber dem Eigentümer der Sache treffen.</i>

<sup>72</sup> „Vernichten“ ist mE ein gebräuchlicherer Ausdruck als „vertilgen“.

<sup>73</sup> Das ist der zentrale normative Aspekt. Dass er gebrauchen (usw) kann (so der Originaltext) ist ohnehin klar; ein Gebrauchsrecht („darf“) hat der redliche Besitzer im Verhältnis zum Eigentümer hingegen in der Regel nicht [siehe nur *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.07</sup> § 329 Rz 1 (Stand 1.5.2020, rdb.at)]. „Verantwortung“ statt „Haftung“ wird im Textvorschlag beibehalten, da es gerade ein offenes Auslegungsproblem darstellt, ob der Redliche nur von schadenersatzrechtlicher Haftung freigestellt ist (was nach dem ABGB ohne Verschulden nahezu selbstverständlich wäre) oder ob ihm auch bereicherungsrechtliche Begünstigungen zukommen (siehe dazu den Hinweis bei der Alternative).

<sup>74</sup> Diese gedanklich vorrangige Regel sollte ausdrücklich im Gesetz stehen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>b) der Nutzungen;</b>			<b>hinsichtlich natürlicher Früchte und sonstiger Erträge<sup>75</sup></b>	
<b>§ 330.</b> Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringende Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind; ihm gehören auch alle andere schon eingehobene Nutzungen, insofern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind.	Schicksal der Früchte und Nutzungen der Sache	idF JGS 1811/946	<b>§ 330.</b> <sup>1</sup> Der redliche Besitzer erwirbt Eigentum <sup>76</sup> an allen natürlichen Früchten <sup>77</sup> , die aus der Sache hervorgehen, im Zeitpunkt ihrer Abtrennung von der Hauptsache. <sup>2</sup> Sonstige aus der Sache gewonnene Erträge gehören ihm, soweit sie während seines ruhigen <sup>78</sup> Besitzes fällig und von ihm bereits eingehoben wurden.	<i>uU Ergänzung eines Absatzes:</i>  (2) Der Rechtsbesitzer ist auf jene Früchte und Erträge beschränkt, die dem von ihm ausgeübten Recht entsprechen.
<b>c) des Aufwandes.</b>			<b>hinsichtlich der Aufwendungen</b>	
<b>§ 331.</b> <sup>79</sup> Hat der redliche Besitzer an der Sache entweder zur fortwährenden Erhaltung der	Fortwirkende notwendige und nützliche	idF JGS 1811/946	<b>§ 331.</b> (1) Muss der Besitzer die Sache herausgeben und hat er während seines redlichen	<i>Abs 1 allenfalls etwas kürzer:</i> (1) Muss der Besitzer die Sache herausgeben und hat er

<sup>75</sup> Allgemeiner könnte man auch nur von „Erträgen“ der Sache sprechen. Dies umfasst sowohl Zivil- als auch Naturalfrüchte, wobei diese Fachbegriffe der einfacheren Verständlichkeit halber vermieden werden. (Hinsichtlich des Zeitpunkts der Eigentumserlangung muss allerdings wieder differenziert werden.)

<sup>76</sup> Die Wendung, die Früchte „gehören“ dem redlichen Besitzer, ist eher unscharf. Damit gemeint ist, dass der Besitzer Eigentum erwirbt [*Holzner in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 330 Rz 1 (Stand 1.7.2016, rdb.at); *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.07</sup> § 330 Rz 2 (Stand 1.5.2020, rdb.at)]; dies sollte auch explizit so ausgedrückt werden.

<sup>77</sup> Der Begriff der „Früchte“ wird mit dem Zusatz „natürliche“ wohl klarer; anstelle von „Nutzungen“ wird nunmehr von „anderen Erträgen“ gesprochen.

<sup>78</sup> Dieser Ausdruck könnte und sollte in der Alternative durch „redlichen“ ersetzt werden, da es genau darauf ankommt. Mit dem – sonst (erst und) nur in den §§ 498, 851 und 853 vorkommenden – Ausdruck „ruhig“ war unbestrittener Besitz gemeint (*Zeiller*, Kommentar II/1 72). Die bloße – ganz zufällige – Störung sollte hingegen kein Hindernis sein [aA *Flieder*, Über die Erneuerung und Berichtigung der Grenzen nach der zweiten Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, NZ 1918, 133 (159)]. Begründetes Bestreiten führt nun aber häufig zu Unredlichkeit. Unberechtigtes Bestreiten ändert hingegen an der Redlichkeit nichts. Daher trifft das Abstellen auf ruhigen oder unbestrittenen Besitz nicht den Kern der Sache.

<sup>79</sup> In dieser Regelung scheint das Wichtigste zu fehlen, nämlich, dass der Besitzer die Sache (dem Eigentümer) herauszugeben hat (vgl. *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 331 Rz 2 f). Das wird nun bereits im Textvorschlag deutlich gesagt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Substanz einen notwendigen, oder, zur Vermehrung noch fort-dauernder Nutzungen einen nützlichen Aufwand gemacht; so gebührt ihm der Ersatz nach dem gegenwärtigen Werte, in-sofern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt.	Aufwendungen werden dem red-lichen Besitzer ersetzt		Besitzes Aufwendungen auf die Sache gemacht, so gebührt ihm dafür Ersatz <sup>80</sup> , soweit es sich um fortwirkende <sup>81</sup> Aufwen-dungen handelt, die a) zur Erhaltung der Substanz notwendig oder b) zur Ertragssteigerung nützlich sind. (2) Die Höhe des Ersatzes ist mit der im Zeitpunkt der Heraus-gabe noch vorhandenen Wert-steigerung und dem tatsächli-chen Aufwand begrenzt.	während seines redlichen Besit-zes notwendige oder nützliche Aufwendungen auf die Sache gemacht, so gebührt ihm dafür Ersatz. (2) ...
§ 332. Von dem Aufwande, wel-cher nur zum Vergnügen und zur Verschönerung gemacht worden ist, wird nur so viel er-setzt, als die Sache dem gemei-nen Werte nach wirklich	Ersatz für Luxus-aufwendungen und Wegnahme-recht	idF JGS 1811/946	§ 332. <sup>1</sup> Bloß zum Vergnügen oder zur Verschönerung ge-machte Aufwendungen sind [ebenfalls] nur in Höhe einer noch vorhandenen Wertsteige-rung zu ersetzen. <sup>82</sup> <sup>2</sup> Der	§ 332. (1) Sonstige Aufwendun-gen, die weder notwendig noch nützlich sind <sup>83</sup> (Luxusaufwen-dungen <sup>84</sup> ), sind ... (2) Der Besitzer ...

<sup>80</sup> Eine Regelung, wem herauszugeben ist und wer Ersatz zu leisten hat, unterbleibt hier bewusst, weil es nicht immer um den Eigentümer geht. So könnte etwa auch ein Pfandgläubiger die Herausgabe erreichen.

<sup>81</sup> Diese Einschränkung („fortwährende Erhaltung“ im Originaltext bzw hier „fortwirkende“) könnte gestrichen werden, da dieser Umstand in der Rechtsfolge des Abs 2 ohnehin lückenlos berücksichtigt wird.

<sup>82</sup> Damit besteht in den Rechtsfolgen kein grundsätzlicher Unterschied zwischen den verschiedenen Aufwendungsarten. Vgl nur *Ofner*, Ur-Entwurf II 694 (§ 54 1. HS): „Von jenem Aufwande aber, welcher nur zur Verschönerung und zum Vergnügen gemacht worden ist, wird nur so viel ersetzt, als die Sache dem gemeinen Werthe nach wirklich dadurch gewonnen hat, und wofür sie auch leicht an den Mann gebracht werden könnte: [...].“ Damit wäre de lege ferenda eine deutlich vereinfachte Gesamt-Regelung in § 331 möglich, während in § 332 nur mehr das besondere Wahlrecht des Besitzers normiert werden müsste.

<sup>83</sup> Diese Formulierung ist zeitgemäßer und im Hinblick auf § 331 auch klarer, da damit unmissverständlich alle übrigen Aufwendungen benannt werden, die von § 331 nicht erfasst sind.

<sup>84</sup> Dieser gebräuchliche Begriff könnte so in den Gesetzestext aufgenommen werden.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
dadurch gewonnen hat; doch hat der vorige Besitzer die Wahl, alles für sich wegzunehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann.			Besitzer kann sich stattdessen aber auch für die Wegnahme solcher Ergänzungen entscheiden, soweit dies ohne Beschädigung der Sachsubstanz möglich ist.	
<b>Anspruch auf den Ersatz des Preises.</b>			<b>Kein Anspruch [gegen den Eigentümer] auf Ersatz des Preises</b>	
<p><b>§ 333.</b> <sup>1</sup>Selbst der redliche Besitzer kann den Preis, welchen er seinem Vormanne für die ihm überlassene Sache gegeben hat, nicht fordern. <sup>2</sup>Wer aber eine fremde Sache, die der Eigentümer sonst schwerlich wieder erlangt haben würde, redlicher Weise an sich gelöst<sup>85</sup>, und dadurch dem Eigentümer einen erweislichen Nutzen verschafft hat, kann eine angemessene Vergütung fordern.</p>	Kein Anspruch auf Ersatz des bezahlten Preises	idF JGS 1811/946	<p><b>§ 333.</b> (1) Den für die Sache an den nicht berechtigten Veräußerer<sup>86</sup> gezahlten Preis kann sogar ein redlicher Besitzer vom Eigentümer<sup>87</sup> nicht ersetzt verlangen.</p> <p>(2) Er kann jedoch eine angemessene Vergütung fordern, wenn er dem Eigentümer dadurch einen nachweisbaren Nutzen verschafft hat, dass er eine Sache in redlicher Weise</p>	(2) Ihm gebührt jedoch eine angemessene Vergütung, wenn er dem Eigentümer einen tatsächlichen Nutzen verschafft hat, indem er eine Sache, die der Eigentümer sonst nicht oder nur schwerlich zurückbekommen

<sup>85</sup> Diese Wendung ist nicht leicht greifbar, weshalb sie im Textvorschlag nicht verändert wird. *Zeiler* (Commentar II/1 78) hatte Fälle vor Augen, in denen jemand „z.B. die Sache redlicher Weise von feindlichen Truppen, von Seeräubern, oder flüchtigen Verbrechern an sich gelöst hat“. Heute wird darunter „die (wohl nur grundsätzliche) Bereitschaft, die Sache gegebenenfalls dem wahren Berechtigten wieder zu geben“, verstanden (*Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 333 Rz 5). Bei Erwerb gerade für den Eigentümer wird primär an Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 1036 f) gedacht, was zu Ansprüchen über § 333 hinaus führen soll [*Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 333 Rz 8; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.07</sup> § 333 Rz 2 (Stand 1.5.2020, rdb.at)]; allerdings könnte man den Erwerbserwerb auch einfach bei der Angemessenheitsprüfung im Rahmen des § 333 mitbeachten. In der Alternative wird ein konturenstärkerer Vorschlag gemacht.

<sup>86</sup> Abstimmungsbedarf: „Veräußerer“! Veräußerer – Vormann – ...

<sup>87</sup> Diese Klarstellung fehlt im Originaltext; die Rückforderung des Preises vom Vormann soll hingegen keinesfalls ausgeschlossen werden.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
			an sich gebracht <sup>88</sup> hat, die der Eigentümer sonst nur schwerlich wiedererlangt hätte.	hätte, mit der Bereitschaft erlangt hat, sie einem dritten Eigentümer zukommen zu lassen.
<b>§ 334.</b> Ob einem redlichen Inhaber das Recht zustehe, seiner Forderung wegen die Sache zurückzubehalten, wird in dem Hauptstücke vom Pfandrechte bestimmt <sup>89</sup> .	Zurückbehaltungsrecht des redlichen Inhabers	idF JGS 1811/946 <i>Seit der 3. TN besitzt jeder Inhaber unter bestimmten Umständen ein in den §§ 471, 1440 abschließend geregeltes Zurückbehaltungsrecht.</i>	<b>§ 334.</b> Ob einem redlichen Inhaber wegen seiner Forderung ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache zusteht, wird in den §§ 471 und 1440 geregelt.	<b>§ 334.</b> Ob und inwieweit dem Inhaber gegen einen Herausgabeananspruch ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache wegen seiner Forderungen zusteht, ergibt sich aus den §§ 471 und 1440.  <i>Alternative: Streichung der Norm.<sup>90</sup></i>
<b>Verbindlichkeit des unredlichen Besitzers.</b>			<b>Rechtsfolgen des unredlichen Besitzes</b>	
			<b>Vorteilsausgleich und Schadenersatz<sup>91</sup></b>	<b>Vorteilsausgleich</b>
<b>§ 335.</b> <sup>1</sup> Der unredliche Besitzer ist verbunden, nicht nur alle durch den Besitz einer fremden	Vorteilsausgleich und Haftung des	idF JGS 1811/946	<b>§ 335.</b> (1) Der unredliche Besitzer hat nicht nur die Sache <sup>94</sup> (§ 331), sondern auch alle Vorteile,	<b>§ 335.</b> <sup>95</sup> Der unredliche Besitzer hat nicht nur die Sache (§ 331), sondern auch alle Vorteile, die

<sup>88</sup> In der Alternative wird versucht, verständlicher zu formulieren, was mit dieser Wendung nach hA wohl gemeint ist (vgl. *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 333 Rz 5 mwN).

<sup>89</sup> Dieser Verweis ist in seiner Allgemeinheit wenig hilfreich und berücksichtigt überdies nicht die Schranken des § 1440, weshalb schon im Textvorschlag auf die tatsächlich einschlägigen Normen verwiesen wird.

<sup>90</sup> Die hier vorgeschlagene Bestimmung dient (wie die Originalfassung) nur der Klarstellung, ist aber ohne eigene normative Bedeutung. Für eine Streichung des § 334 könnte auch sprechen, dass die Vorschrift über den eigentlichen Regelungsgegenstand (redlicher Besitzer) hinausgeht und § 471 uU sogar für Unredliche gilt.

<sup>91</sup> Wie auch beim redlichen Besitz könnte man Zwischenüberschriften einzuführen, die ersichtlich machen, was die einzelnen Paragraphen regeln.

<sup>94</sup> Diese Kernaussage fehlt im Originaltext, ist aber normativ unbestritten und wird daher schon in den Textvorschlag aufgenommen.

<sup>95</sup> Aus Gründen der Übersichtlichkeit könnte man § 335 wie vorgeschlagen in zwei Bestimmungen teilen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>Sache erlangte Vorteile zurückzustellen<sup>92</sup>; sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte<sup>93</sup> erlangt haben würde, und allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen. <sup>2</sup>In dem Falle, daß der unredliche Besitzer durch eine in den Strafgesetzen verbotene Handlung zum Besitze gelangt ist, erstreckt sich der Ersatz bis zum Werte der besondern Vorliebe.</p>	<p>unredlichen Besitzers</p>		<p>die er durch ihren Besitz erlangt hat, herauszugeben oder zu vergüten; ebenso alle Vorteile, die der Eigentümer erlangt hätte. (2) <sup>1</sup>Überdies hat er alle durch seinen Besitz entstandenen Schäden zu ersetzen. <sup>2</sup>Hat er die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt, muss er auch den Wert der besondern Vorliebe ersetzen (§ 1331).</p>	<p>er durch ihren Besitz erlangt hat, herauszugeben oder zu vergüten; ebenso alle Vorteile, die der Eigentümer erlangt hätte, wenn die Sache bei ihm gewesen wäre<sup>96</sup>.</p>
				<b>Schadenersatz</b>
	<p>Haftung des unredlichen Besitzers</p>			<p><b>§ 335a.</b> (1) <sup>1</sup>Der unredliche Besitzer haftet für alle aufgrund seines Besitzes entstandenen Schäden; auch für eine zufällige Beschädigung der Sache, die beim Eigentümer nicht erfolgt wäre<sup>97</sup>. <sup>2</sup>Hat er die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt, muss er auch den Wert der</p>

<sup>92</sup> Das Wort „zurückzustellen“ passt nicht recht, da es nicht um etwas geht, was der Eigentümer früher bereits hatte.

<sup>93</sup> Darunter wird der Eigentümer verstanden: *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 335 Rz 2.

<sup>96</sup> Diese Klarstellung fehlt im Original.

<sup>97</sup> Diese klare Festlegung (Haftung für casus mixtus) findet sich derzeit nur – mit Einschränkungen – in § 338, sollte von ihrer Wertung her aber für den schon ursprünglich Unredlichen wohl generell gelten, weshalb sie hier mit aufgenommen wird. (Die Einschränkung in § 338 auf mutwillige Verzögerung soll laut *Zeiller*, Commentar II/1 85, eben nur dem zunächst Redlichen zugutekommen, dem nicht zugemutet werden könne, vor der Entscheidung des Gerichts seinen Besitz aufzugeben.)

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
				besonderen Vorliebe ersetzen (§ 1331). <sup>98</sup> (2) <i>Ev hier § 337 Abs 2 einfügen.</i> <sup>99</sup>
			<b>Aufwendungen</b>	
<b>§ 336.</b> Hat der unredliche Besitzer einen Aufwand auf die Sache gemacht, so ist dasjenige anzuwenden, was in Rücksicht des von einem Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Aufwandes in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung verordnet ist.	Ersatz für Aufwendungen des unredlichen Besitzers auf die Sache	idF JGS 1811/946	<b>§ 336.</b> Hinsichtlich seiner Aufwendungen auf die Sache ist der unredliche Besitzer wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln (§§ 1035 – 1040).	
<b>Beurteilung der Redlichkeit des Besitzes einer Gemeinde.</b>			<b>Redlichkeit des Besitzes bei Gemeinden</b>	<b>Redlichkeit des Besitzes bei juristischen Personen<sup>100</sup></b>
<b>§ 337.</b> <sup>1</sup> Der Besitz einer Gemeinde wird nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Namen der Mitglieder handelnden Machthaber beurteilt. <sup>2</sup> Immer müssen jedoch die unredlichen sowohl den redlichen	Redlichkeit des Besitzes bei juristischen Personen sowie Ersatzpflicht bei Unredlichkeit	idF JGS 1811/946	<b>§ 337.</b> <sup>1</sup> Für die Redlichkeit des Besitzes einer Gemeinde ist die Redlichkeit ihrer Organe <sup>102</sup> maßgeblich. <sup>2</sup> Unredliche Organe haften dem Eigentümer und den redlichen Mitgliedern für Schäden.	<b>§ 337.</b> (1) Für die Redlichkeit des Besitzes einer juristischen Person ist die Redlichkeit ihrer Organe maßgeblich. (2) <sup>1</sup> Juristische Personen haften dem Eigentümer für die Unredlichkeit ihrer Organe. <sup>2</sup> Die unredlichen Organe sind der

<sup>98</sup> Dieser Satz könnte auch entfallen, da ohnehin bereits der erste auf das gesamte Schadenersatzrecht verweist, ist zur Klarstellung aber wohl nützlich.

<sup>99</sup> Damit wären alle Regeln über die Schadenersatzpflicht des unredlichen Besitzers in einem Paragraphen vereint.

<sup>100</sup> Schon lange ist anerkannt, dass § 337 analog auf alle juristischen Personen Anwendung findet (siehe nur *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 337 Rz 2 mwN). Das wird im Alternativvorschlag beachtet.

<sup>102</sup> Das Wort „Organe“ ist zeitgemäßer und klarer als „Machthaber“.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Mitgliedern <sup>101</sup> , als dem Eigentümer den Schaden ersetzen.				juristischen Person zum Rücker-satz verpflichtet.  <i>Oder <u>Aufhebung</u> der Norm, wenn man sie wie vorgeschla-gen auf die §§ 326 und 335(a) verteilt.</i>
<b>Inwiefern durch die Klage der Besitz unredlich werde.</b>			<b>Auswirkung der Klage auf die Redlichkeit</b>	
<p><b>§ 338.</b> Auch der redliche Besit-zer, wenn er durch richterlichen Ausspruch zur Zurückstellung der Sache verurteilt wird, ist in Rücksicht des Ersatzes der Nut-zungen und des Schadens, wie auch in Rücksicht des Aufwan-des, von dem Zeitpunkte der ihm zugestellten Klage, gleich einem unredlichen Besitzer zu behan-deln; doch haftet er für den Zu-fall, der die Sache bei dem Ei-gentümer nicht getroffen hätte, nur in dem Falle, daß er die</p>	Auswirkungen ei-ner Klage auf die Redlichkeit	<p>idF JGS 1811/946</p> <p><i>Aufgrund der Länge des Para-grafen bietet sich eine Trennung in zwei Sätze an.</i></p>	<p><b>§ 338.</b> (1) Wird ein redlicher Besit-zer zur Herausgabe der Sa-che verurteilt, so wird er rückwir-kend auf den Zeitpunkt der Kla-gezustellung hinsichtlich des Er-satzes von Schäden, Aufwen-dungen und Nutzungen<sup>103</sup> wie ein unredlicher Besitzer behan-delt (§§ 335 – 336)<sup>104</sup>.</p> <p>(2) Für eine zufällige Beschädi-gung der Sache, die beim Ei-gentümer nicht erfolgt wäre, haf-tet der Besitzer aber nur, wenn er die Rückgabe durch</p>	

<sup>101</sup> Wer damit genau gemeint ist, ist unklar und wird kaum einmal erörtert. Vor allem aber ist heutzutage völlig anerkannt, dass die Gemeinde (bzw die juristische Person) für das Organverschulden haftet, ein Direktanspruch des geschädigten Eigentümers gegen die Organe somit regelmäßig ausscheidet [*Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*<sup>1.02</sup> § 26 Rz 24 (Stand 1.3.2017, rdb.at)] und die Organe nur im Regressweg von der Gemeinde (jP), nicht aber den einzelnen Mitgliedern belangt werden können. Das alles wird in der Alternative beachtet.

<sup>103</sup> Die Passage ab „hinsichtlich“ könnte in der Alternative weggelassen werden, da der allgemeine Hinweis auf den Unredlichen genügt.

<sup>104</sup> Hier sollte gleich auf die passenden Bestimmungen über die Ansprüche und Verpflichtungen des unredlichen Besitzers verwiesen werden. Es wurde diese Form (§ 335 – 336) und nicht §§ 335, 336 gewählt, da oben nach § 335 im Alternativvorschlag noch ein § 335a eingefügt wurde.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Zurückgabe durch einen mutwilligen Rechtsstreit verzögert hat.			mutwillige Prozessführung verzögert hat.	
<b>Rechtsmittel des Besitzers bei einer Störung seines Besitzes;</b>			<b>Besitzstörung</b>	<b>Besitzstörung und Besitzentziehung</b>
<b>§ 339.</b> <sup>1</sup> Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. <sup>2</sup> Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes, und den Ersatz des erweislichen Schadens <sup>105</sup> gerichtlich zu fordern.	Tatbestand der Besitzstörung ieS	idF JGS 1811/946  <i>Mangels Abstimmung mit den §§ 454 ff ZPO ist die Norm teilweise überholt.</i>	<b>§ 339.</b> (1) Niemand darf den Besitz eines anderen eigenmächtig stören. (2) <sup>1</sup> Der Besitzer kann gegen die Störung nach den §§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung vorgehen. <sup>2</sup> Dabei kann er Wiederherstellung und Unterlassung verlangen.	<b>§ 339.</b> (1) <sup>1</sup> Jede eigenmächtige Störung fremden Besitzes ist verboten. <sup>2</sup> Ein allfälliges stärkeres Recht des Beklagten bleibt unbeachtet. <sup>106</sup> (2) <sup>1</sup> Der Besitzer kann nach den §§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung vorgehen. <sup>2</sup> Dabei kann er die Wiederherstellung des früheren Besitzstandes sowie die künftige Unterlassung gleichartiger Störungen verlangen. <sup>107</sup>
<b>besonders durch eine Bauführung;</b>			<b>Besitzstörung durch Bauführung</b>	
<b>§ 340.</b> Wird der Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes durch Führung eines neuen	Besitzstörung durch Bauführung	idF JGS 1811/946	<b>§ 340.</b> <sup>1</sup> Droht durch eine Bauführung <sup>108</sup> eine Gefahr für den Besitzer einer unbeweglichen Sache oder für den an einer	<i>Es wäre zu überlegen, ob und inwieweit die ausführlichen, zum Teil jedoch gesetzlich bereits überholten §§ 340 ff noch</i>

<sup>105</sup> Dieser Schadenersatzanspruch kommt bereits im Textvorschlag nicht mehr vor, da er mittlerweile durch § 457 ZPO ausdrücklich ausgeschlossen wird.

<sup>106</sup> Diesen inhaltlich aus § 346 stammende Satz wird bereits hier eingebaut, weil er für die bloße Besitzstörung ebenso passt.

<sup>107</sup> Diese Fassung enthält ein wenig mehr an Konkretisierung als der Textvorschlag. Die Spezialkonstellation der vorbeugenden Unterlassungsklage wird aus Gründen der Übersichtlichkeit bewusst nicht angesprochen. Gleiches gilt für den „mittelbaren“ Störer. De lege ferenda erwägen könnte man allerdings eine Regelung der für eine Besitzstörung nötigen Handlungsfähigkeit.

<sup>108</sup> Anstelle der Aufzählung von Gebäuden, Wasserwerken und anderen Werken kann man auch schlicht und einfach von „Bauführung“ sprechen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Gebäudes, Wasserwerkes, oder andern Werkes in seinen Rechten gefährdet, ohne daß sich der Bauführer nach Vorschrift der allgemeinen Gerichtsordnung gegen ihn geschützt hat; so ist der Gefährdete berechtigt, das Verbot einer solchen Neuerung vor Gericht zu fordern, und das Gericht ist verbunden, die Sache auf das schleunigste zu entscheiden.		<i>Auch diese Bestimmung ist heutzutage überholt.</i>	solchen Sache <sup>109</sup> dinglich Berechtigten, steht dem Gefährdeten die Bauverbotsklage zu. <sup>2</sup> Dabei sind die Voraussetzungen des Art. XXXVII EGZPO <sup>110</sup> zu beachten. <sup>111</sup>	<i>zeitgemäß sind. Jedenfalls bedarf es einer Abstimmung mit anderen jüngeren Normen.</i>
§ 341. <sup>1</sup> Bis zur Entscheidung der Sache ist die Fortsetzung des Baues von dem Gerichte in der Regel nicht zu gestatten. <sup>2</sup> Nur bei einer nahen, offenbaren Gefahr <sup>112</sup> , oder, wenn der Bauführer eine angemessene Sicherheit leistet, daß er die Sache in den vorigen Stand	Einstweiliges Bauverbot	idF JGS 1811/946	§ 341. (1) Auf Antrag des Klägers ist vom Gericht sogleich ein vorläufiges Bauverbot zu erlassen (§ 456 ZPO), das grundsätzlich aufrecht bleibt, bis über die Klage nach § 340 entschieden wurde.	

<sup>109</sup> Diese anerkannte Einschränkung (*Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 340 Rz 20 mwN der älteren Lehre) ergibt sich aus dem Originaltext nicht hinreichend deutlich, weshalb sie schon im Textvorschlag ergänzt wird. Ob auch „sachnahe“ Rechtsbesitzer wie zB Mieter erfasst sind, ist strittig und wird (auch deshalb) auch nicht in einem Alternativvorschlag berücksichtigt.

<sup>110</sup> Abstimmungsbedarf: „Art. XXXVII EGZPO“! (arabische/römische Zahlenschreibweise)

<sup>111</sup> Da Art 37 EGZPO eine wichtige Einschränkung des Anwendungsbereiches von § 340 enthält, ist ein Verweis darauf schon im Textvorschlag sinnvoll.

<sup>112</sup> Bei Gesetzwerdung wurde offenbar insbesondere an Gefahren für die Allgemeinheit gedacht (*Zeiller*, Commentar II/1 89; *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches<sup>4</sup> (1865) 285 FN 86 dachte vor allem an Bauten zur Schadensabwehr), heute auch oder gar primär an dem Bauführer drohende Schäden (*Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 341 Rz 13). Im Textvorschlag wird das konkretisierend berücksichtigt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
setzen, und den Schaden vergüten wolle, der Verbotsleger dagegen in dem letztern Falle keine ähnliche Sicherstellung für die Folgen seines Verbots leistet, ist die einstweilige Fortsetzung des Baues zu bewilligen.			(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.	
<b>§ 342.</b> Was in den vorhergehenden Paragraphen in Rücksicht einer neuen Bauführung verordnet wird, ist auch auf die Niederreißung eines alten Gebäudes, oder andern Werkes anzuwenden.	Geltung der Bestimmungen der §§ 340, 341 auch für den Abriss von Bauwerken	idF JGS 1811/946	<b>§ 342.</b> Die §§ 340 und 341 sind auch auf den Abriss von Bauwerken <sup>113</sup> anzuwenden.	<i>Der Fall des Abrisses könnte auch schon in § 340 mitgenannt werden.</i>
<b>und bei der Gefahr eines vorhandenen Baues.</b>			<b>Gefährdung durch bestehende Sachen</b>	
<b>§ 343.</b> Kann der Besitzer eines dinglichen Rechtes <sup>114</sup>	Sicherstellungsanspruch bei	idF JGS 1811/946	<b>§ 343.</b> Wenn eine fremde Sache einsturzgefährdet ist, kann der	<b>§ 343.</b> Wenn eine fremde Sache einsturzgefährdet ist, kann der

<sup>113</sup> Dieser weite Begriff erfasst „Gebäude“ und „andere Werke“.

<sup>114</sup> Diese etwas verunglückte Wendung ist historisch wohl damit zu erklären, dass der Besitz ursprünglich den dinglichen Rechten zugezählt wurde (so bis heute § 308: „Recht des Besitzes“). Deshalb und auch wegen § 340, der den Besitzer einer (unbeweglichen) Sache ausdrücklich erfasst, besteht kein Zweifel daran, dass auch

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
beweisen, daß ein bereits vorhandener fremder Bau oder eine andere fremde Sache <sup>115</sup> dem Einsturze nahe sei, und ihm offenbar Schaden drohe; so ist er befugt, gerichtlich auf Sicherstellung zu dringen, wenn anders die politische Behörde nicht bereits hinlänglich für die öffentliche Sicherheit gesorgt hat.	Gefährdung durch bestehende Bauten/Sachen		dadurch nachweislich gefährdete Besitzer oder ein an der gefährdeten Sache dinglich Berechtigter Sicherstellung für drohende Schäden verlangen, sofern die zuständige Verwaltungsbehörde noch keine ausreichenden Maßnahmen zur Gefahrenabwehr ergriffen hat.	dadurch nachweislich gefährdete Besitzer einer unbeweglichen Sache oder ein an ihr dinglich Berechtigter Sicherstellung für drohende Schäden verlangen, sofern die zuständige Verwaltungsbehörde noch keine ausreichenden Maßnahmen zur Gefahrenabwehr ergriffen hat.  <i>Alternative: ersatzlos aufheben.</i>
<b>Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzstandes: a) bei dringender Gefahr;</b>			<b>Selbsthilferecht des Besitzers</b>	
§ 344. <sup>1</sup> Zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, daß die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben (§ 19). <sup>2</sup> Übrigens hat die politische Behörde für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, so wie das Strafgericht für die	Selbsthilferecht des Besitzers	idF JGS 1811/946  <i>Der zweite Satz enthält nur eine überflüssige Klarstellung und kann weggelassen werden.</i>	§ 344. <sup>1</sup> Der Besitzer hat das Recht, seinen Besitz durch angemessene Maßnahmen selbst zu schützen, wenn behördliche <sup>116</sup> Hilfe (§ 19) zu spät käme. <sup>2</sup> Die Verwaltungsbehörden haben für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, die Strafgerichte für die Bestrafung von Gewalttättern zu sorgen. <sup>117</sup>	§ 344. Der Besitzer hat das Recht, seinen Besitz durch angemessene Maßnahmen selbst zu schützen, wenn behördliche Hilfe (§ 19) zu spät käme.

§ 343 den Sachbesitzer meint; und möglicherweise nur diesen (s nur *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 343 Rz 22 f mwN). Aufgrund der ersichtlichen Nähe zu § 340 wird in der Alternative die Beschränkung auf unbewegliche Sachen ausdrücklich angesprochen.

<sup>115</sup> Auch Bauten sind Sachen. Die Anführung von „fremden Sachen“ reicht daher aus.

<sup>116</sup> Abstimmungsbedarf: „behördlich“! „Richterliche“ ist wohl zu eng, da auch Verwaltungsbehörden Abhilfe schaffen können.

<sup>117</sup> Dieser Satz ist ohne normative Bedeutung und gehört nicht in ein Zivilgesetz, weshalb er in der Alternative ersatzlos entfällt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Bestrafung öffentlicher Gewalttätigkeiten, zu sorgen.				
<b>b) gegen den unechten Besitzer;</b>			<b>Unechter Besitz</b>	<b>Unechter Besitz</b>
<b>§ 345.</b> Wenn sich jemand in den Besitz eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht, und das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fort-dauernden Verbindlichkeit zu unterziehen gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht; so wird der an sich unrechtmäßige und unredliche Besitz noch überdies unecht; in entgegengesetzten Fällen wird der Besitz für echt angesehen <sup>118</sup> .	Unechter Besitz	idF JGS 1811/946	<b>§ 345.</b> Der Besitz ist dann nicht nur unrechtmäßig und unredlich, sondern auch unecht, wenn er gewaltsam, heimlich, durch List oder in Überschreitung der Grenzen eines Prekariums <sup>119</sup> (§ 974) erworben <sup>120</sup> wurde <sup>121</sup> .	<b>§ 345.</b> Der Besitz ist unecht, wenn er eigenmächtig oder durch List erworben wurde; Eigenmacht liegt in jeder Besitzentziehung, aber auch in der Überschreitung der Grenzen eines Prekariums (§ 974).
<b>§ 346.</b> <sup>1</sup> Gegen jeden unechten Besitzer kann sowohl die Zurücksetzung in die vorige Lage,	Ansprüche gegen den unechten Besitzer bzw	idF JGS 1811/946	<b>§ 346.</b> <sup>1</sup> Der frühere Besitzer <sup>123</sup> kann den unechten Besitzer auf die Rückgabe der Sache klagen. <sup>2</sup> Das Verfahren richtet sich nach	<b>§ 346.</b> <sup>1</sup> Der frühere Besitzer kann den unechten Besitzer auf die Rückgabe der Sache sowie auf die Unterlassung künftiger

<sup>118</sup> Der letzte Satzteil ist entbehrlich (Streichung daher schon im Textvorschlag).

<sup>119</sup> Die komplizierte Umschreibung des Prekariums sollte zugunsten der direkten Erwähnung dieses Begriffes (+ Verweis auf § 974) gestrichen werden. Terminologischer Abstimmungsbedarf: „mit § 974“!

<sup>120</sup> Klargestellt wird, dass für die Qualifikation des Besitzes als unecht die Art des Erwerbs maßgeblich ist.

<sup>121</sup> In diesem Sinn (4 Fälle) werden die zum Teil sehr merkwürdigen Formulierungen des § 346 heute anerkanntermaßen verstanden. Zur Vereinfachung und zwecks Parallelschaltung mit § 339 wird in der Alternative auf die Eigenmacht abgestellt und werden einzelne, uU unsichere Fälle bloß beispielhaft genannt.

<sup>123</sup> Der Klageberechtigte, über den an sich kein Streit herrscht [vgl nur Holzner in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 346 Rz 1 (Stand 1.7.2016, rdb.at)], wird im Originaltext eigenartigerweise nicht genannt, was nunmehr schon im Textvorschlag erfolgt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
als auch die Schadloshaltung <sup>122</sup> eingeklagt werden. <sup>2</sup> Beides muß das Gericht nach rechtlicher Verhandlung, selbst ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht, welches der Geklagte auf die Sache haben könnte, verordnen.	bei Besitzentziehung		den §§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung. <sup>124</sup> <sup>3</sup> Ein allfälliges stärkeres Recht des Beklagten bleibt dabei unbeachtet. <sup>125</sup>	Besitzentziehungshandlungen <sup>126</sup> klagen. <sup>2</sup> Das Verfahren richtet sich nach den §§ 454 – 459 der Zivilprozessordnung. <sup>3</sup> Ein allfälliges stärkeres Recht des Beklagten bleibt dabei unbeachtet.
<b>c) beim Zweifel über die Echtheit des Besitzes.</b>				
<b>§ 347.</b> <sup>1</sup> Zeigt es sich nicht gleich auf der Stelle, wer sich in einem echten Besitze befinde, und inwiefern der eine oder der andere Teil auf gerichtliche Unterstützung Anspruch <sup>127</sup> habe; so wird die im Streite verfangene Sache so lange der Gewahrsame des Gerichtes oder eines Dritten anvertraut, bis der Streit über den	Verwahrung der streitverfangenen Sache bei Zweifeln über die Echtheit des Besitzes	idF JGS 1811/946	<b>§ 347.</b> (1) Ist nicht sogleich klar, wer echter Besitzer ist <sup>129</sup> oder wer Anspruch auf gerichtliche Unterstützung hat, kann die streitverfangene Sache bis zur Entscheidung des Besitzstreits <sup>130</sup> gerichtlich hinterlegt oder verwahrt <sup>131</sup> werden (§ 1425).	<b>§ 347.</b> <sup>1</sup> Die streitverfangene Sache kann bis zur Entscheidung des Besitzstreits gerichtlich hinterlegt oder verwahrt werden. <sup>2</sup> Weitere Behelfe regelt § 458 der Zivilprozessordnung. <sup>134</sup>  <i>Wohl vorzugswürdige Alternative: (auch) formelle Aufhebung der Norm, da EO und ZPO</i>

<sup>122</sup> Wie bei § 339 wird dieser Ersatzanspruch wegen materieller Derogation bereits im Textvorschlag gestrichen.

<sup>124</sup> Ein direkter Verweis auf die geltenden Verfahrensbestimmungen ist wie bei § 339 nützlich.

<sup>125</sup> Diesen inhaltlich aus § 346 stammende Satz wird bereits hier eingebaut, weil er für die bloße Besitzstörung ebenso passt.

<sup>126</sup> Nach hA besteht kraft Größenschlusses aus § 339 ein Unterlassungsanspruch auch neben der Rückgabeklage, der hier daher ausdrücklich miterwähnt wird.

<sup>127</sup> Da die Bedeutung dieser aus dem Ur-Entwurf [*Öfner*, Ur-Entwurf II 697 (§ 68)] stammenden und dort nicht erklärten Wendung nicht mit hinreichender Sicherheit geklärt werden kann, wird sie im Textvorschlag beibehalten. Einerseits könnte es schlicht darum gehen, dass nicht gleich klar ist, wer im Recht ist; andererseits wird darin ein Erwägungsgrund für die Ermessensausübung bei der Anordnung von Sicherungsvorkehrungen gesehen (*Schey/Klang* in *Klang* II<sup>2</sup> 122).

<sup>129</sup> Wenn es sogleich klar ist, wird sogleich entschieden. Damit kann (in der Alternative) generell und allein auf die Entscheidung abgestellt werden.

<sup>130</sup> Eine Klarstellung, dass es hier um eine Anordnung für den Besitzstreit geht, erscheint nützlich.

<sup>131</sup> Abstimmungsbedarf: „gerichtlich hinterlegen oder verwahren!“ (Abstimmungsbedarf insb mit § 1425.)

<sup>134</sup> Nachdem § 347 nach hM von § 458 ZPO ergänzt wird, sollte darauf bei einer Neuformulierung hingewiesen werden.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Besitz verhandelt und entschieden worden ist. <sup>2</sup> Der Sachfällige <sup>128</sup> kann auch nach dieser Entscheidung die Klage aus einem vermeintlich stärkeren Rechte auf die Sache noch anhängig machen.			(2) Wer im Besitzstreit unterliegt, kann anschließend im ordentlichen Rechtsweg <sup>132</sup> Klage aus einem vermeintlich stärkeren Recht auf die Sache erheben (§ 459 der Zivilprozessordnung). <sup>133</sup>	<i>ausreichende Regelungen bereit halten.</i> <sup>135</sup>
<b>Verwahrungsmittel des Inhabers gegen mehrere zusammenfassende Besitzwerber.</b>			<b>Mehrere Besitzwerber</b>	
§ 348. <sup>1</sup> Wenn der bloße Inhaber von mehreren Besitzwerbern zugleich um die Übergabe der Sache angegangen wird, und sich einer darunter befindet, in dessen Namen die Sache aufbewahrt wurde; so wird sie vorzüglich <sup>136</sup> diesem übergeben <sup>137</sup> ,	mehrere Besitzwerber gegenüber einem bloßen Inhaber	idF JGS 1811/946	§ 348. <sup>138</sup> (1) <sup>1</sup> Verlangen mehrere Personen gleichzeitig von einem bloßen Inhaber die Herausgabe einer Sache, hat er sie jenem zu übergeben, in dessen Namen er sie innehat. <sup>2</sup> Die anderen sind von der erfolgten Übergabe zu informieren.	<i>De lege ferenda empfiehlt sich eine vollständige Aufhebung dieser Norm.</i>  <i>Jedenfalls aber sollte der letzte Satz dahingehend klargestellt werden, dass nicht das Verwahrungsgericht als solches</i>

<sup>128</sup> Dieser – so weit zu sehen nirgends erläuterte – Ausdruck dürfte den im Verfahren Unterlegenen meinen.

<sup>132</sup> Abstimmungsbedarf: „ordentlicher Rechtsweg“!

<sup>133</sup> Dieser Absatz dient heutzutage nur mehr der Klarstellung, da § 459 ZPO Gleiches ausdrücklich vorsieht. Er kann in der Alternative daher entfallen.

<sup>135</sup> Ob § 347 zur Gänze derogiert wurde, ist umstritten. Näher dazu (und dafür) etwa *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 347 Rz 5 mwN.

<sup>136</sup> Diese aus dem Ur-Entwurf [*Ofner*, Ur-Entwurf II 697 (§ 69)] stammende, dort aber nicht erklärte Wendung wird einerseits als „sofort“ verstanden (*Schey/Klang* in Klang II<sup>2</sup> 122), was der Wortlaut wohl kaum hergibt; andererseits ignoriert. So meint *Zeiller* (Commentar II/1 100), dass immer an den, in dessen Namen innegehabt wird, herauszugeben ist. Andere sprechen zwar von „vorrangig“ oä (vgl etwa *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 348 Rz 2), nennen aber keinen Fall, in dem anderes gilt. Nachdem § 348 Satz 1 davon ausgeht, dass auch der „Besitzherr“ die Herausgabe der Sache verlangt und erst in Satz 2 regelt, was ansonsten gilt, wird der einschränkende Ausdruck „vorzüglich“ schon im Textvorschlag gestrichen.

<sup>137</sup> Der normative Gehalt dieser Wendung „so wird sie ... übergeben“, ist fraglich, in einem Gesetz aber anzunehmen (daher im Textvorschlag auch „hat er sie ...“).

<sup>138</sup> Die praktisch wohl wenig bedeutsame Norm weist eine Vielzahl von Unklarheiten auf, weshalb sich der Textvorschlag eng am Original orientiert und kein Alternativvorschlag erstattet wird. So ist bereits umstritten, an welche Konstellation der Gesetzgeber denkt (außergerichtliche Belangung, Besitzstreit, ordentliches Verfahren). Ferner etwa: Wer ist ein bloßer Inhaber; geht es um Pflichten des Inhabers oder bloß um die Möglichkeit, sich von (sonstigen) Pflichten zu befreien; was genau ist mit

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
und die Übergabe den übrigen bekanntgemacht. <sup>2</sup> Kommt dieser Umstand keinem zustatten, so wird die Sache der Gewahrsame des Richters oder eines Dritten anvertraut. <sup>3</sup> Der Richter hat die Rechtsgründe der Besitzwerber zu prüfen, und darüber zu entscheiden.			(2) <sup>1</sup> Hat der Inhaber die Sache für keinen der Anspruchsteller <sup>139</sup> inne, kann <sup>140</sup> er die Sache gerichtlich hinterlegen oder in gerichtliche Verwahrung <sup>141</sup> geben (§ 1425, § 3 Verwahrung- und Einziehungsgesetz). <sup>2</sup> Das Gericht hat dann die Rechtsgründe der Anspruchsteller zu prüfen und darüber zu entscheiden.	<i>entscheidet, sondern dafür mangels Einigung der Prätendenten eine Entscheidung in einem streitigen Verfahren zwischen diesen Personen nötig ist.</i> <sup>142</sup>
<b>Erlöschung des Besitzes:</b>			<b>Verlust des Besitzes.</b>	
<b>a) körperlicher Sachen;</b>				
<b>§ 349.</b> Der Besitz einer körperlichen Sache geht insgemein <sup>143</sup> verloren, wenn dieselbe ohne Hoffnung, wieder gefunden zu werden, in Verlust gerät; wenn	Erlöschen des Sachbesitzes	idF JGS 1811/946	<b>§ 349.</b> Der Besitz an einer körperlichen Sache geht verloren, wenn 1. sie ohne Aussicht auf Wiedererlangung <sup>144</sup> in Verlust gerät,	<b>§ 349.</b> Der Besitz an einer körperlichen Sache geht verloren, wenn <sup>145</sup> 1. der Besitz an ihr freiwillig aufgegeben wird,

„zugleich“ gemeint; gibt es nicht auch Fälle, in denen der Inhaber die Sache behalten darf/soll (zB ein Verwahrer, der von zwei ihm fremden Personen angegangen wird); ...?

<sup>139</sup> Terminologischer Abstimmungsbedarf: „Anspruchsteller“!

<sup>140</sup> Hier wird es aus heutiger Sicht wohl um eine Möglichkeit des Inhabers und nicht um eine Pflicht gehen (vgl § 1425; so auch *Kodek* in Klang<sup>3</sup> § 348 Rz 5, der von einer „Überlagerung“ durch die Regeln des einstweiligen Rechtsschutzes ausgeht), weshalb eine „kann“-Formulierung gewählt wird.

<sup>141</sup> Abstimmungsbedarf: „gerichtlich hinterlegen oder in gerichtliche Verwahrung geben“!

<sup>142</sup> Vgl nur *Stabentheiner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1425 Rz 47 f (Stand 1.7.2018, rdb.at).

<sup>143</sup> Laut Duden sind Synonyme zu „insgemein“: gesamt, insgesamt, komplett, pauschal. Da jemand jedoch entweder Besitz hat oder eben nicht, spricht viel dafür, das – dann normativ irrelevante – Wort bereits im Textvorschlag einfach wegzulassen.

<sup>144</sup> Diese Formulierung definiert klar, was unter dem Fehlen der „Hoffnung, wieder gefunden zu werden“ zu verstehen ist und ist darüber hinaus zeitgemäßer.

<sup>145</sup> Die hier gewählte Reihenfolge erscheint vorzugswürdig, weil mit den klaren Fällen begonnen wird und weil sich die (mögliche) Ergänzung des Abs 2 in der Alternative auf die nunmehr letzte Fallgruppe bezieht.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
sie freiwillig verlassen wird; oder, in fremden Besitz kommt.			2. der Besitz an ihr freiwillig aufgegeben wird, oder 3. sie in fremden Besitz gelangt.	2. sie in fremden Besitz gelangt oder 3. sie ohne Aussicht auf Wiedererlangung in Verlust gerät. <sup>146</sup>  <i>Allenfalls hier als neuer Absatz (Inhalt stammt aus § 352):</i> (2) Solange noch Aussicht auf Wiedererlangung besteht, kann der Besitz durch den bloßen Willen aufrechterhalten werden.
<b>b) der in die öffentlichen Bücher eingetragenen Rechte;</b>				
§ 350. Der Besitz derjenigen Rechte und unbeweglichen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, erlischt, wenn sie aus den landtäflichen, Stadt- oder Grundbüchern gelöscht; oder wenn sie auf den Namen eines andern eingetragen werden.	Erlöschen des Buchbesitzes	idF JGS 1811/946	§ 350. <sup>147</sup> Der Besitz an unbeweglichen Sachen erlischt erst dann, wenn das betreffende Recht aus dem Grundbuch gelöscht oder eine andere Person als berechtigt eingetragen wird.	<i>Ebenso wie bei § 321 ist eine ersatzlose Aufhebung zu empfehlen.</i>

<sup>146</sup> Auch diese Formulierung – und noch stärker die Originalfassung („gefunden“, Verlust“) – stellt zumindest auf den ersten Blick einen gewissen Widerspruch zum Fundrecht dar; insb zu § 388 Abs 1, der die verlorene Sache definiert. „Verlust“ mit Aussicht auf Wiedererlangung (wohl: in absehbarer Zeit und ohne Hilfe anderer Personen) ist dann aber vermutlich auch kein Verlust der Gewahrsame iSd § 388. Diese Fallgruppe ist nach hA eng zu verstehen und erfasst etwa die aktuelle Unauffindbarkeit im eigenen Gewahrsamsbereich (vgl etwa *Eccher/Riss* in KBB<sup>6</sup> § 349 Rz 1), also die bloße *Abschwächung* der Gewahrsame.

<sup>147</sup> Wie § 321 regelt auch § 350 den überholten Buchbesitz. Siehe daher die Bemerkungen zu § 321.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>c) anderer Rechte.</b>				
<b>§ 351.</b> <sup>1</sup> Bei andern Rechten hört der Besitz auf, wenn der Gegenteil das, was er sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erklärt; wenn er die Ausübung des Rechtes eines andern nicht mehr duldet; oder wenn er das Verbot, etwas zu unterlassen, nicht mehr achtet, der Besitzer aber in allen diesen Fällen es dabei bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt. <sup>2</sup> Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz, außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen, nicht verloren.	Erlöschen des Rechtsbesitzes	idF JGS 1811/946	<b>§ 351.</b> (1) Rechtsbesitz (§ 312) erlischt, wenn der Verpflichtete <sup>148</sup> 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 <sup>149</sup> zur Besitzerhaltung erhebt. <sup>150</sup> (2) Durch bloßen Nichtgebrauch eines Rechts geht der Besitz daran nur nach den gesetzlichen Verjährungsregeln verloren. <sup>151</sup>	<b>§ 351.</b> Rechtsbesitz (§ 312) erlischt insbesondere <sup>152</sup> , wenn der Verpflichtete 1. bisher erbrachte wiederkehrende Leistungen für die Zukunft verweigert, 2. die Ausübung des Rechts nicht mehr duldet, oder 3. ein Verbot nicht mehr beachtet, und der Besitzer dagegen keine Klage nach § 454 ZPO erhebt.
<b>§ 352.</b> <sup>1</sup> Solange noch Hoffnung vorhanden ist, eine verlorene Sache zu erhalten, kann man	weitere Bestimmungen über	idF JGS 1811/946	<b>§ 352.</b> <sup>1</sup> Solange noch Aussicht auf Wiedererlangung einer in	<b>§ 352.</b> <sup>1</sup> Durch bloßen Nichtgebrauch einer Sache oder eines Rechts geht der Besitz nicht

<sup>148</sup> Diesen Ausdruck (für „der Gegenteil“) verwendet etwa Zeiller, Kommentar II/1 104.

<sup>149</sup> Anerkanntermaßen ist hier die „Besitzstörungsklage“ gemeint (Kodek in Klang<sup>3</sup> § 351 Rz 12 mwN der älteren Lehre; Anzenberger in Schwimann/Kodek III<sup>5</sup> § 351 Rz 1, in der Voraufgabe Grüblinger in Schwimann/Kodek II<sup>4</sup> § 351 Rz 6; Eccher/Riss in KBB<sup>6</sup> § 351 Rz 3), was schon im Gesetzestext klar zum Ausdruck kommen sollte.

<sup>150</sup> Bereits nach dem Originaltext (dabei bewenden lässt + keine Klage) kommt es allein auf die Nichterhebung der Klage an [Kodek in Klang<sup>3</sup> § 351 Rz 12; Holzner in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 351 Rz 1 (Stand 1.7.2016, rdb.at)], weshalb schon im Textvorschlag entsprechend verkürzt formuliert werden kann.

<sup>151</sup> Dieser (Ab-)Satz sollte in § 352 verschoben werden, da er sowohl für den Rechts- als auch für den Sachbesitz gilt (Kodek in Klang<sup>3</sup> § 351 Rz 19 mwN); so daher in der Alternative.

<sup>152</sup> Da manches für eine bloß demonstrative Aufzählung spricht [idS etwa Kodek, Die Besitzstörung (2002) 246] und auch aus Sicherheitsgründen wird die Alternative um dieses Wort ergänzt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
sich durch den bloßen Willen in ihrem Besitze erhalten. <sup>2</sup> Die Abwesenheit des Besitzers oder die eintretende Unfähigkeit einen Besitz zu erwerben, heben den bereits erworbenen Besitz nicht auf.	das Erlöschen von Besitz		Verlust geratener Sache <sup>153</sup> besteht, kann der Besitz durch den bloßen Willen aufrechterhalten werden. <sup>154</sup> <sup>2</sup> Auch die bloße Abwesenheit des Besitzers oder der Wegfall seiner Geschäftsfähigkeit führen nicht zum Besitzverlust.	verloren; vielmehr entscheiden darüber die Verjährungsvorschriften. <sup>155</sup> <sup>2</sup> Auch die bloße Abwesenheit des Besitzers oder der Wegfall seiner Geschäftsfähigkeit führen nicht zum Besitzverlust.

<sup>153</sup> Diese Textierung entspricht § 349 (dort in Fn 130 auch zum problematischen Verhältnis zur Regelung verlorener Sachen im Fundrecht).

<sup>154</sup> Diese Rechtsfolge ergibt sich bereits e contrario § 349, so dass der Satz hier jedenfalls gestrichen werden kann (so in der Alternative). Zur Klarstellung könnte er aber dort ergänzt werden (so in der Alternative zu § 349).

<sup>155</sup> Hier könnte man zB noch ergänzen: „die für das zugrunde liegende Recht geltenden“ (Verjährungsvorschriften). Siehe dazu etwa *Kodek* in *Klang*<sup>3</sup> § 352 Rz 20: Nichtausübung innerhalb des Zeitraums, der für die (hypothetische) Verjährung des ausgeübten Rechts maßgeblich ist.