

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Zweites Hauptstück Von dem Eigentumsrechte			Zweites Hauptstück Eigentumsrecht	Zweites Hauptstück Eigentumsrecht
Begriff des Eigentumes. Eigentum im objektiven Sinn			Eigentum im objektiven Sinn	Eigentum im objektiven Sinn
§ 353. Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum.	Eigentum im objektiven Sinn; die Eigentumsobjekte; Vermögenszuweisung	idF JGS Nr. 946/1811	§ 353. Das Vermögen einer Person besteht aus körperlichen und unkörperlichen Sachen (§ 292) und wird als ihr Eigentum bezeichnet.	§ 353. ¹ Das Vermögen einer Person besteht aus körperlichen und unkörperlichen Sachen (§ 292). ² Die körperlichen Sachen werden als ihr Eigentum bezeichnet. ²
im subjektiven			Eigentum im subjektiven Sinn (Rechte des Eigentümers)	
§ 354. Als ein Recht betrachtet, ist Eigentum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen ³ einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden Andern	Das subjektive, zivilrechtliche Eigentumsrecht	idF JGS Nr. 946/1811	§ 354. Der Eigentümer hat das Recht, mit seinen Sachen nach Belieben zu verfahren und jeden anderen davon auszuschließen.	§ 354. Der Berechtigte darf mit seinen Sachen nach Belieben verfahren und jeden anderen davon ausschließen.

¹ Vorarbeiten von *Georg Jeremias*, Die ABGB-Vorschriften über das Eigentumsrecht (§§ 353 bis 379): wesentlicher Inhalt und sprachliche Neufassung (Seminararbeit Univ. Graz 2015).

² Diese Einschränkung – subjektives Eigentumsrecht ieS nur an körperlichen Sachen – ist einhellig anerkannt, weshalb sie in der Alternative auch terminologisch Berücksichtigung findet.

³ Die eigenartig klingende Wendung „Substanz und Nutzungen“ ist ein Überbleibsel aus der längst gegenstandslosen Teilung des Eigentums. Nach *Zeiller*, Kommentar II/1, 108 besteht der Begriff des Eigentumsrechts darin, dass man über eine Sache sowohl in Rücklicht der Substanz, als auch ordentlicher Weise in Rücksicht der Nutzungen verfügen kann und verweist dabei explizit auf den bereits aufgehobenen § 357. Die Wendung kann ersatzlos entfallen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
davon auszuschließen.				
Objektive und subjektive Möglichkeit der Erwerbung des Eigentums			Grenzen des Eigentumserwerbs	Grenzen des Eigentumserwerbs
§ 355. Alle Sachen sind insgesamt Gegenstände des Eigentumsrechtes, und jedermann, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen, ist befugt, dasselbe durch sich selbst oder durch einen andern in seinem Namen zu erwerben.	Grundsätzliche Berechtigung zur Erwerbung des Eigentums	idF JGS Nr. 946/1811	§ 355. ¹ Jede Person hat das Recht, Eigentum ⁴ zu erwerben, sofern gesetzliche Bestimmungen nicht entgegenstehen ⁵ . ² Ein Erwerb ist auch mit Hilfe anderer Personen möglich. ⁶	
§ 356. Wer also behauptet, daß der Person, die etwas erwerben will, in Rücksicht ihrer persönlichen Fähigkeit, oder in Rücksicht auf die Sache, die erworben werden soll, ein gesetzliches Hindernis entgegen stehe, dem liegt der Beweis ob.	Beweispflicht für das Vorliegen einer gesetzlichen Beschränkung	idF JGS Nr. 946/1811	§ 356. Wer sich auf persönliche oder sachliche Erwerbsbeschränkungen beruft, muss die entsprechenden Umstände beweisen.	<i>Da diese Regel der allgemeinen Beweislastverteilung entspricht, kann sie gestrichen werden</i>
§ 357 aufgehoben				
§ 358. Alle Arten der Beschrän-	ursprünglich	idF BGBl I Nr.	§ 358. Gesetzliche oder rechts-	<i>Streichung schon mangels er-</i>

⁴ Man könnte auch hier „an körperlichen Sachen“ ergänzen (vgl nur *Eccher/Riss* in KBB⁵ § 355 Rz 1); allerdings ist die Aussage so allgemein, dass sie wohl auch für unkörperliche Sachen (Rechte) passt.

⁵ Im Jahre 1811 standen offenbar persönliche Beschränkungen im Vordergrund, die es heute kaum mehr gibt. Bereits im Textvorschlag wird daher allgemeiner formuliert, womit auch die heute wichtigeren sachlichen Verkehrsbeschränkungen (die erst in § 356 erwähnt werden), erfasst sind.

⁶ Diese Aussage ist heutzutage ganz selbstverständlich, kann in der Alternative daher entfallen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
kungen durch das Gesetz oder durch den Willen des Eigentümers heben die Vollständigkeit ⁷ des Eigentumes nicht auf.	Gegensatz zwischen geteiltem und beschränktem Eigentum, heute wohl obsolet	113/2006	geschäftliche Beschränkungen heben den Charakter des Eigentums als umfassendes Recht ⁸ nicht auf.	<i>kennbarer normativer Bedeutung empfohlen (so trägt die Norm eher zur Verwirrung bei)</i>
§§ 359 und 360 aufgehoben				
Miteigentum			Miteigentum	Miteigentum
§ 361. ¹ Wenn eine noch ungeteilte Sache mehreren Personen zugleich zugehört; so entsteht ein gemeinschaftliches Eigentum. ² In Beziehung auf das Ganze ⁹ werden die Miteigentümer für eine einzige Person angesehen ¹⁰ ; insoweit ihnen aber gewisse, obgleich unab-	Miteigentum	idF JGS Nr. 946/1811	§ 361. ¹ Wenn das Eigentumsrecht an einer Sache mehreren Personen gebührt, besteht gemeinschaftliches Eigentum ¹² (§§ 825 – 849 ¹³). ² Soweit ihnen aber bestimmte, wenn auch nicht voneinander abgesonderte Teile zugewiesen sind, ist jede Person alleinige Eigentü-	§ 361. (1) ¹ Steht eine Sache im Eigentum von mehr als einer Person, liegt Miteigentum vor. ² Regelungen dazu enthalten die §§ 825 – 849. (2) Alleineigentum an noch nicht abgetrennten Teilen einer einheitlichen Sache ist an selbständigen Bestandteilen (§ 294)

⁷ Die Vollständigkeit des Eigentums ist bereits lange Zeit gegenstandslos. Bei der Änderung der Norm durch BGBl. I Nr. 113/2006 (gestrichen wurde nur das Wort „andere“, um den Bezug zum aufgehobenen § 357 zu beseitigen) hat der Gesetzgeber offenbar nicht die Beibehaltung bzw Verankerung alter eigentumsrechtlicher Prinzipien im Auge gehabt. Vielmehr wird zur Änderung des ABGB bloß lapidar ausgeführt, dass seit der Aufhebung der Untertänigkeitsverhältnisse und der Fideikommiss einige Regelungen gegenstandslos sind (ErläutRV 1410 BlgNR 22. GP 13). Da § 357 ABGB deswegen aufgehoben wurde, wäre eigentlich auch der damit im Konnex stehende § 358 zu ändern bzw zu streichen gewesen.

⁸ Vgl *Kietzbl* in Klang³ § 354 Rz 6 mwN; *Kozioł-Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 758.

⁹ Forderungen der und Ansprüche gegen die Gemeinschaft werden an anderer Stelle normiert (*Leupold* in Klang³ § 361 Rz 10 f).

¹⁰ Historisch gesehen, wurde diese Formulierung gewählt, da von eigener Rechtspersönlichkeit der Miteigentumsgemeinschaft ausgegangen wurde (*Ofner*, Ur-Entwurf I 246; *Zeiller*, Kommentar II/1, 121). Nach schon lange anerkannter einhelliger Ansicht (*Klang* in Klang² III 1091; *Böhm* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,01} § 828 Rz 3; *Sailer* in KBB⁵ § 828 Rz 1; *Leupold* in Klang³ § 361 Rz 9) ist die Gemeinschaft aber gerade keine juristische Person. Seit 1.1.2015 ergibt sich das nochmals ganz deutlich aus § 826 Satz 2, wonach sie im Regelfall nicht einmal GesBR ist, die ihrerseits keine eigene Rechtspersönlichkeit hat (§ 1175 Abs 2). Daher wird dies hier bereits im Textvorschlag berücksichtigt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
gesonderte Teile angewiesen sind, hat jeder Miteigentümer das vollständige Eigentum des ihm gehörigen Teiles ¹¹ .			merin ihres Teiles. ¹⁴	möglich; ansonsten nur in gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen.
Rechte des Eigentümers			Rechte des Eigentümers	
§ 362. Kraft des Rechtes, frei über sein Eigentum zu verfügen, kann der vollständige Eigentümer in der Regel seine Sache nach Willkür benützen oder unbenützt lassen; er kann sie vertilgen, ganz oder zum Teile auf andere übertragen, oder unbedingt sich derselben begeben, das ist, sie verlassen.	Details zu den Befugnissen des Eigentümers	idF JGS Nr. 946/1811	§ 362. Der Eigentümer kann seine Sache nach Belieben benützen oder unbenützt lassen, sie verbrauchen, vernichten, an jemand anderen übergeben oder das Eigentum an ihr aufgeben.	<i>Da die Norm § 354 bloß ein wenig konkretisiert, könnte sie aufgehoben oder § 354 entsprechend ergänzt werden</i>
Beschränkungen derselben				
§ 363. Eben diese Rechte genießen auch unvollständige,	Rechte des Ober- und Nut-	idF JGS Nr. 946/1811	<i>Gegenstandslos</i>	<i>Formelle Aufhebung empfohlen</i>

¹² Terminologischer Abstimmungsbedarf mit den §§ 825 ff (samt Überschrift). Besser wäre hier wohl „Miteigentum“ (so schon die Überschrift vor § 361).

¹³ Abstimmungsbedarf! Hier § 848 statt § 849, wenn § 849 (*derzeit noch unbearbeitet*) wegen Gegenstandslosigkeit gestrichen wird.

¹¹ Die Historie dieses letzten Halbsatzes ist nicht eindeutig (vgl. *Ofner*, Ur-Entwurf I 246; *Zeiller*, Commentar II/1, 121). Auch diese Formulierung dürfte sich – zumindest zum Teil – aus der heutzutage nicht mehr relevanten Unterscheidung von Ober- und Untereigentum (bzw von Miteigentum und – anders – geteiltem Eigentum) erklären. Da es Ober- und Untereigentum aber schon lange nicht mehr gibt, muss die Neuformulierung auf das „normale“ Miteigentum beschränkt werden. So wird von manchen betont, dass es nach dem ABGB als einzige Art geteilten Eigentums das Miteigentum nach ideellen Anteilen gibt (*Klang* in *Klang*² II 149; *Ehrenzweig*, System I/2² 151 f; *Leupold* in *Klang*³ § 361 Rz 2). Allenfalls könnte man (in der Alternative) auf jene Fälle hinweisen, in denen ausnahmsweise an einem Teil einer ungeteilten Sache Alleineigentum besteht (früheres Stockwerkseigentum, Kellereigentum, wohl auch Baurecht; wegen seiner besonderen Konstruktion eher nicht Wohnungseigentum).

¹⁴ Diese „Übersetzung“ des Originaltextes bezieht sich aus heutiger Sicht nur mehr auf Sonderformen wie etwa Stockwerkseigentum (kann seit Inkrafttreten des RGBI 1879/50 nicht mehr begründet werden) oder Kellereigentum (§ 300).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
sowohl Ober- als Nutzungseigentümer, nur darf der eine nichts vornehmen, was mit dem Rechte des andern im Widerspruche steht.	zungseigentümers			
<i>Wegen der Länge und der Inhomogenität des folgenden § 364 werden die einzelnen Absätze gesondert behandelt</i>			Beschränkungen des Eigentumsrechts	
§ 364. (1) ¹ Überhaupt findet die Ausübung des Eigentumsrechtes nur insofern statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden. ² Im Besonderen haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.	Die Grenzen bei der Ausübung des Eigentumsrechtes	Satz 1 idF JGS Nr. 946/1811 Satz 2 idF BGBl I 2003/91	§ 364. (1) ¹ Der Eigentümer darf sein Recht nur soweit ausüben ¹⁵ , wie nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. ¹⁶ ² So haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke ¹⁷ bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.	§ 364. (1) ¹ Das Eigentumsrecht darf nur in den Grenzen des Gesetzes und unter Beachtung der Rechte anderer ausgeübt werden. ² So haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.
§ 364. (2) ¹ Der Eigentümer ei-	Direkte und indi-	idF RGBI. Nr.	§ 364. (2) ¹ Der Eigentümer ei-	§ 364. (2) ¹ Der Eigentümer ei-

¹⁵ Bereits historisch ist offen, ob es nur um Grenzen der Ausübung oder bereits um solche des Rechts selbst geht (dazu insb *Kietaihl* in Klang³ § 354 Rz 6; *Kerschner/Wagner* in Klang³ § 364 Rz 4 ff, insb 7). Daher bleiben die Vorschläge nahe am Originaltext.

¹⁶ Ähnlich § 903 BGB idF dBGBI 1990/43 und *Ehrenzweig*, System I/2² 124.

¹⁷ Genereller Abstimmungsbedarf! (Grundstück – Liegenschaft – unbewegliche Sache)

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>nes Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. ²Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.</p>	<p>rekte Immissionen</p>	<p>69/1916</p>	<p>nes Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche so weit untersagen, wie sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. ²Unmittelbare Zuleitung und grobkörperliche Einwirkungen¹⁸ sind ohne besonderen Rechtstitel jedenfalls unzulässig.</p>	<p>nes Grundstückes kann dem Nachbarn eine von dessen Grund erfolgende unmittelbare Zuleitung sowie grobkörperliche Einwirkungen untersagen, soweit diese ohne besonderen Rechtstitel erfolgen. ²Für andere Einwirkungen wie insbesondere durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch oder Erschütterung gilt das nur soweit, wie sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen.</p>
<p>§ 364. (3) ¹Ebenso kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen</p>	<p>Beeinträchtigungen durch Pflanzen</p>	<p>idF BGBl I 2003/91</p>	<p>§ 364. (3) ¹Ebenso kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Pflanzen²⁰ ausgehenden Ein-</p>	<p>§ 364. (3) ¹Unter den gleichen Voraussetzungen²¹ und im gleichen Umfang kann der Grundstückseigentümer einem Nach-</p>

¹⁸ Da diese ganz herrschend (siehe nur die Rspr-Nachweise bei *Eccher/Riss* in KBB⁵ § 364 Rz 4) gleich behandelt werden, ihre Subsumtion unter den Begriff „Zuleitung“ aber fraglich ist, werden diese Einwirkungen bereits im Textvorschlag ausdrücklich genannt.

²⁰ Bäume sind auch Pflanzen, weshalb hier zweimal verkürzt werden kann.

²¹ Aufgrund der Interessenlage ist nicht zu sehen, warum „negative“ Immissionen erst dann nicht mehr hinzunehmen sind, wenn sie unzumutbar geworden sind; vielmehr sollte wie bei den positiven die wesentliche Beeinträchtigung genügen (*P. Bydlinski*, JBI 2004, 88 f sowie die bei *Eccher/Riss* in KBB⁵ § 364 Rz 12 nachgewiesenen Stimmen).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht oder Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs. 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks führen. ² Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insbesondere über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt ¹⁹ .			wirkungen durch den Entzug von Licht oder Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs. 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks führen. ² Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Pflanzen, insbesondere über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, sind jedoch vorrangig zu beachten.	barn den Entzug von Licht oder Luft ²² durch dessen Pflanzen untersagen. ² Allerdings haben bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Pflanzen Vorrang.
			Beeinträchtigungen durch behördlich genehmigte Anlagen	Beeinträchtigungen durch behördlich genehmigte Anlagen
§ 364a. Wird jedoch die Beeinträchtigung durch eine Bergwerksanlage oder eine behördlich genehmigte Anlage auf dem nachbarlichen Grund in einer dieses Maß ²³ überschrei-	Besonderheiten bei Immissionen aus behördlich genehmigten Anlagen	idF RGBI. Nr. 69/1916	§ 364a. ¹ Verursacht jedoch eine behördlich genehmigte Anlage ²⁶ eine die Grenzen des § 364 Abs. 2 überschreitende Beeinträchtigung, hat der Besitzer des Grundstücks nur An-	§ 364a. ¹ Verursacht eine behördlich genehmigte Anlage eine die Grenzen des § 364 Abs. 2 überschreitende Beeinträchtigung, hat der Grundstückseigentümer nur Anspruch

¹⁹ Diese unnötig „weiche“ Formulierung wird bereits im Textvorschlag im Sinne des offenbar geplanten Vorrangs verdeutlicht.

²² Der „Entzug von Luft“ (?) sollte nochmals überdacht werden. Zum einen ist er schwer vorstellbar, zum anderen drehen sich alle Streitigkeiten um massive Beschattungen.

²³ Der Verweis auf „dieses Maß“ ist durch die Ergänzung des § 364 um den neuen Abs 3 unklar geworden, da § 364 ja nun plötzlich unterschiedliche Maßstäbe enthält. Klarstellende Formulierung daher schon im Textvorschlag.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
tenden Weise verursacht, so ist der Grundbesitzer ²⁴ nur berechtigt, den Ersatz des zugefügten Schadens gerichtlich zu verlangen, auch wenn der Schaden durch Umstände verursacht wird, auf die bei der behördlichen Verhandlung keine Rücksicht genommen wurde. ²⁵			spruch auf Ausgleich des erlittenen Schadens. ² Dies gilt auch dann, wenn der Schaden durch Umstände verursacht wird, auf die bei der behördlichen Verhandlung keine Rücksicht genommen wurde.	auf Ausgleich des erlittenen Schadens. ² Soweit die Einwirkungen nicht von der Genehmigung umfasst sind, bleibt der Abwehranspruch unberührt.
			Unzulässige Vertiefung eines Grundstücks	Unzulässige Veränderungen eines Grundstücks
§ 364b. Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden oder das Gebäude des Nachbarn die	Sonderfall der Einwirkung durch Vertiefung eines Grund-	idF RGBI. Nr. 69/1916	§ 364b. Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft ²⁸ werden, dass der Boden oder ein Gebäude ²⁹ des Nachbarn	§ 364b. Ein Grundstück darf nicht in der Weise verändert werden, dass der Boden oder ein Gebäude des Nachbarn die

²⁶ Nachdem auch Bergwerksanlagen nach dem MineralrohstoffG behördlich zu genehmigen sind, kann deren gesonderte Erwähnung bereits im Textvorschlag entfallen.

²⁴ In den Materialien zur 3. Teilnovelle zu § 364a wird nur von „Nachbar“ (Kaiserliche Verordnung 162 ff) und von einer Interessenabwägung zwischen Industrieunternehmen und Grundstückseigentümern gesprochen (Kaiserliche Verordnung 33 f, 162), weshalb der Ausdruck „-besitzer“ vermutlich nicht bewusst in § 364a verblieben ist. Da bloß auf Besitz gestützte Ersatzansprüche generell nicht unproblematisch sind, nach hA nur dinglich Berechtigte anspruchsberechtigt sind (OGH 3 Ob 249/08a = RdU 2010/22 [Pilgerstorfer]; *Spielbüchler* in Rummel⁹ § 364a Rz 8; *Oberhammer* in Schwimann/Kodek⁴ II § 364 Rz 10, der den Liegenschaftseigentümer und sonstige dinglich Berechtigte erwähnt; ebenso *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 364a Rz 9; aA – wie auch zu § 364 Abs 2 – *Kerschner/Wagner* in Klang³ § 364a Rz 226) und um einen Gleichklang zum Abwehranspruch nach § 364 Abs 2 herzustellen, wird zumindest in der Alternative vom Eigentümer gesprochen.

²⁵ Trotz dieses Halbsatzes ist es hA, dass von der Genehmigung nicht gedeckte Immissionen bereits de lege lata untersagt werden können (verfassungskonforme Auslegung, vor allem unter Bedachtnahme auf Art 6 EMRK: dazu ausführlich *Kerschner/Wagner* in Klang³ § 364a Rz 149 ff). Das wird hier (nur) in der Alternative beachtet, könnte aber uU bereits in den Textvorschlag aufgenommen werden.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß der Besitzer ²⁷ des Grundstückes für eine genügende anderweitige Befestigung Vorsorge trifft.	stücks		die erforderliche Stütze verliert, sofern der Besitzer des Grundstückes nicht für eine gleichwertige Befestigung sorgt.	erforderliche Stütze verliert, außer es wird zugleich für eine gleichwertige Befestigung gesorgt.
			Veräußerungs- und Belastungsverbot	Veräußerungs- und Belastungsverbot
§ 364c. ¹ Ein vertragsmäßiges oder letztwilliges Veräußerungs- oder Belastungsverbot hinsichtlich einer Sache oder eines dinglichen Rechtes ³⁰ verpflichtet nur den ersten Eigentümer ³¹ , nicht aber seine Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger. ² Gegen Dritte wirkt es dann, wenn es zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehe-	Das rechtsgeschäftliche Veräußerungs- oder Belastungsverbot	idF BGBl I Nr. 135/2009	§ 364c. (1) Ein rechtsgeschäftliches Veräußerungs- und Belastungsverbot hinsichtlich einer Sache oder eines dinglichen Rechts belastet nur den Verbotspflichteten, nicht aber seine Rechtsnachfolger. (2) Gegen Dritte wirkt es dann, wenn es zwischen a) Ehegatten, b) eingetragenen Partnern oder c) Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren	§ 364c. (1) Ein rechtsgeschäftliches Veräußerungs- und Belastungsverbot hinsichtlich des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts belastet den Verbotspflichteten, nicht aber seine Rechtsnachfolger. (2) Gegen Dritte wirkt ein solches Verbot als Ausschluss von Veräußerung und Belastung nur dann, wenn es sich auf ein Grundstück ³² bezieht, zwischen a) Ehegatten,

²⁸ Diese zu enge Voraussetzung wird in der Alternative durch einen weiter reichenden Begriff ersetzt.

²⁹ Abstimmungsbedarf! Allenfalls „Bauwerk“?

²⁷ Hier passt „Besitzer“ besser als in § 364a; der Ausdruck wurde wohl bewusst gewählt, da § 909 BGB als Vorbild diente (Kaiserliche Verordnung 164), der das Wort „Besitzer“ jedoch nicht enthält. Da es nicht darauf ankommt, wer die (ausreichende) Befestigung vornimmt, wird in der Alternative – wie in § 909 BGB – passiv und damit offener formuliert.

³⁰ Die Wendung „hinsichtlich einer Sache oder eines dinglichen Rechtes“ ist nicht sehr glücklich, da das dingliche Recht ebenfalls eine Sache betrifft und mit „Sache“ offenbar das Eigentum an ihr gemeint ist.

³¹ Dieser Begriff passt beim (sonstigen) dinglichen Recht nicht ganz; weshalb schon im Textvorschlag anders formuliert wird.

³² Abstimmungsbedarf!

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
gatten oder eingetragenen Partnern begründet und im öffentlichen Buche eingetragen wurde.			Ehegatten oder eingetragenen Partnern begründet und im Grundbuch eingetragen wurde.	b) eingetragenen Partnern oder c) Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern begründet und im Grundbuch eingetragen wurde. (3) Die Belastung erlischt mit dem Tod des Berechtigten oder des Verpflichteten ³³ ; ebenso dann, wenn es mit Zustimmung des Berechtigten zu einer Veräußerung oder Belastung gekommen ist. ³⁴
			Enteignung	
§ 365. Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigentum einer Sache abtreten.	Enteignung	idF JGS Nr. 946/1811	§ 365. Aus Gründen des Allgemeinwohls ist sogar eine Eigentumsentziehung (Enteignung) gegen angemessene Entschädigung zulässig. ³⁵	

³³ Das ist anerkannt (OGH 5 Ob 216/09i; *Eccher/Riss* in KBB⁵ § 364c Rz 3 ua) und wichtig, ergibt sich aus dem Originaltext allerdings nicht mit Sicherheit, weshalb dieser Absatz als Ergänzung vorgeschlagen wird.

³⁴ Auch diese Fallgruppe sollte im Gesetz ausdrücklich genannt werden.

³⁵ Vgl *P. Bydlinski* in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011: Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 27.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Klagen aus dem Eigentumsrechte: a) Eigentliche Eigentumsklage: wem und gegen wen sie gebühre?			Herausgabeanspruch des Eigentümers (Eigentumsklage)³⁶	Herausgabeanspruch des Eigentümers (Eigentumsklage)
§ 366. ¹ Mit dem Rechte des Eigentümers jeden Andern von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigentumsklage gerichtlich zu fordern. ² Doch steht dieses Recht demjenigen nicht zu, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigentümer war, in seinem eigenen Namen veräußert, in der Folge aber das Eigentum derselben erlangt hat. ³⁷	Die eigentliche Eigentumsklage (rei vindicatio)	idF JGS Nr. 946/1811	§ 366. (1) Der Eigentümer kann seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber mit der Eigentumsklage fordern. (2) ¹ Dieser Anspruch steht dem Veräußerer einer Sache nicht zu, der erst nach der Veräußerung Eigentum erlangt hat. ² In einem solchen Fall geht das nachträglich erlangte Eigentum unmittelbar auf den Erwerber über.	§ 366. Der Eigentümer kann seine Sache von jedem Inhaber herausverlangen, der ihm gegenüber zur Innehabung nicht berechtigt ist.
Gutgläubiger Erwerb			Gutgläubiger Erwerb	Gutgläubiger Erwerb
§ 367. (1) ¹ Die Eigentumsklage	Gutgläubiger	idF BGBl I Nr.	§ 367. (1) ¹ Die Eigentumsklage	§ 367. (1) ¹ Der rechtmäßige

³⁶ Allenfalls könnte man in diesem Zusammenhang auch den Unterlassungsanspruch des Eigentümers deutlich regeln, der derzeit in § 354 nur angedeutet ist.

³⁷ Dieser Satz ist in der Sache selbstverständlich, aber dennoch nicht leicht verständlich, weshalb er im Textvorschlag erklärend ergänzt und in der Alternative ganz gestrichen wird.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer beweglichen Sache ist abzuweisen, wenn er beweist, dass er die Sache gegen Entgelt in einer öffentlichen Versteigerung, von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder von jemandem erworben hat, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte. ²In diesen Fällen erwirbt der rechtmäßige und redliche Besitzer das Eigentum. ³Der Anspruch des vorigen Eigentümers auf Schadenersatz gegen seinen Vertrauensmann oder gegen andere Personen bleibt unberührt.³⁸</p> <p>(2) Ist die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet, so erlischt dieses Recht mit dem Erwerb des Eigentums durch den rechtmäßigen und redlichen Besitzer, es sei denn,</p>	<p>Eigentumserwerb an beweglichen Sachen vom Nichtberechtigten</p>	<p>120/2005</p>	<p>gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer beweglichen Sache ist abzuweisen, wenn er beweist, dass er die Sache gegen Entgelt</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. in einer öffentlichen Versteigerung, 2. von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder 3. von jemandem erworben hat, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte. <p>²In diesen Fällen erwirbt der rechtmäßige und redliche Besitzer mit der Übergabe das Eigentum. ³Aufgrund des Verlusts hat der vorige Eigentümer Anspruch auf Schadenersatz gegen seinen Vertrauensmann oder gegen andere dafür verantwortliche Personen.</p> <p>(2) Ist die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet, so erlischt dieses Recht mit dem</p>	<p>Besitzer einer beweglichen körperlichen⁴⁰ Sache, der von einem Nichteigentümer⁴¹ erworben hat, ist im Zeitpunkt der Übergabe Eigentümer geworden⁴², wenn er bis dahin redlich war und beweist, dass er die Sache</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. in einer öffentlichen Versteigerung, 2. von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder 3. von jemandem, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte, entgeltlich erworben hat. <p>²Aufgrund des Verlusts hat der vorige Eigentümer Anspruch auf Schadenersatz gegen die dafür verantwortlichen Personen.</p> <p>(2) ...</p>

³⁸ Abstimmungsbedarf („bleibt unberührt“).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
dass dieser in Ansehung dieses Rechtes nicht redlich ist. ³⁹			Erwerb des Eigentums [durch den rechtmäßigen und redlichen Besitzer], sofern in Bezug auf dieses Recht die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen.	(3) Für unbewegliche Sachen sind § 1500 sowie § 71 Grundbuchgesetz zu beachten. ⁴³
<p>§ 368. (1) ¹Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.⁴⁴ ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über</p>	Redlichkeitsbegriff; objektive Verdachtsmomente	idF BGBl I Nr. 120/2005	<p>§ 368. (1) ¹Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über</p>	<p>§ 368. ¹Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über</p>

⁴⁰ Diese Beschränkung – kein gutgläubiger Erwerb unkörperlicher Sachen – ist einhellige Ansicht (*Eccher/Riss* in *KBB*⁵ § 367 Rz 2; *Winner* in *Rummel/Lukas*⁴ § 367 Rz 3; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek*⁴ II § 367 Rz 2 jeweils mwN), weshalb sie auch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen soll.

⁴¹ Nicht (klar) geregelt ist im Zusammenhang mit dem Erwerb vom Nichteigentümer die anerkannte Verfügungsbefugnis (Veräußerungsermächtigung) bzw der Schutz eines etwaigen Vertrauens auf ihr Bestehen. Diese Befugnis sollte de lege ferenda allerdings generell an passender Stelle geregelt werden, während bei § 367 wohl nur die Fallgruppe „Vertrauen auf eine nicht bestehende Befugnis“ zur Sprache kommen sollte. (Konkrete Vorschläge dazu werden hier nicht erstattet.)

⁴² Jedenfalls de lege ferenda empfiehlt sich eine positive Formulierung des gutgläubigen Erwerbs (Eigentum erworben) anstelle einer negativen wie im Originaltext (Eigentumsklage ist abzuweisen).

³⁹ Diese Formulierung stellt zu Unrecht bloß auf die Redlichkeit (Gutgläubigkeit) ab, obwohl anerkanntermaßen auch eine Alternativvoraussetzung des Abs 1 erfüllt sein muss, um den ungewollten Rechtsverlust zu rechtfertigen (s nur *Iro*, *RdW* 2006, 675; in den *ErläutRV* 1058 *BlgNR* 22. *GP* 66 f ist dazu leider nichts zu finden). Diese wichtige Klärung erfolgt bereits im Textvorschlag.

⁴³ Eine solche oder ähnliche Ergänzung wäre an dieser Stelle hilfreich, da unbewegliche Sachen ansonsten im ABGB-Sachenrecht immer mitgeregelt werden bzw gesonderte Erwähnung finden, der Rechtsuchende die entscheidenden Regelungen de lege lata aber leicht übersehen kann.

⁴⁴ In der Alternative könnte man allenfalls entsprechend der hA konkretisierend ergänzen, dass die Redlichkeit bereits durch leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>die Sache zu verfügen. (2) Beweist der Eigentümer, dass der Besitzer aus der Natur der Sache, aus ihrem auffällig geringen Preis, aus den ihm bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormanns, aus dessen Unternehmen oder aus anderen Umständen einen begründeten Verdacht hätte schöpfen müssen, so hat der Besitzer die Sache dem Eigentümer zu überlassen.</p>			<p>die Sache im eigenen Namen zu verfügen. (2)⁴⁵ ¹Die Sache ist dem Eigentümer⁴⁶ zu überlassen, wenn er beweist, dass der Besitzer aus den Umständen des Erwerbs Verdacht hätte schöpfen müssen und daher nicht redlich war. ²Solche Umstände sind insbesondere die Natur der Sache, ihr auffallend geringer Preis, die bekannten persönlichen Eigenschaften des Vormannes oder dessen Unternehmen.</p>	<p>die Sache im eigenen Namen zu verfügen.</p>
<p>Was dem Kläger zu beweisen obliegt?</p>			<p>Beweislastverteilung</p>	<p>Beweis und Beweislast⁴⁷</p>
<p>§ 369. Wer die Eigentumsklage übernimmt, muß den Beweis führen, daß der Geklagte die eingeklagte Sache in seiner Macht habe, und daß diese Sache sein Eigentum sei.</p>	<p>Beweislast des Klägers</p>	<p>idF JGS Nr. 946/1811</p>	<p>§ 369. Der Kläger hat sein Eigentumsrecht an der Sache und die Innehabung durch den Beklagten zu beweisen.</p>	<p>§ 369. (1) ¹Die Sache ist dem Kläger zu überlassen, wenn er beweist, dass der Besitzer aus den Umständen des Erwerbs Verdacht hätte schöpfen müssen und daher nicht redlich war. ²Solche Umstände sind insbesondere die Natur der Sache,</p>

⁴⁵ Da dieser Absatz ebenfalls die Beweislastverteilung regelt, wäre es überlegenswert, das im neu vorgeschlagenen § 369 unterzubringen (so der Vorschlag für die Alternative).

⁴⁶ Allenfalls besser „Kläger“ wie in § 369, da die Frage, ob Eigentum verloren wurde, ja gerade zu klären ist.

⁴⁷ Hier wird eine Zusammenziehung von § 368 Abs 2, § 369 und § 370 vorgeschlagen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
				<p>ihr auffallend geringer Preis, die bekannten persönlichen Eigenschaften des Vormannes oder dessen Unternehmen.</p> <p>(2) ¹Der Kläger hat die Sache zu individualisieren sowie sein Eigentumsrecht und die Innehabung durch den Beklagten zu beweisen. ²Gelingt dies, kann der Beklagte den Beweis führen, dass er dem Kläger gegenüber ein Recht zur Innehabung hat.</p>
<p>§ 370. Wer eine bewegliche Sache gerichtlich zurückfordert, muß sie durch Merkmale beschreiben, wodurch sie von allen ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet wird.</p>	<p>Erfordernis der Individualisierung der eingeklagten Sache</p>	<p>idF JGS Nr. 946/1811</p>	<p>§ 370. Der Kläger hat die Sache zu individualisieren.</p>	<p><i>Entfällt, da Regelung nunmehr in § 369 enthalten</i></p>
<p>§ 371. Sachen, die sich auf diese Art nicht unterscheiden lassen, wie bares Geld mit anderm baren Gelde vermengt, oder auf den Überbringer lautende Schuldbriefe, sind also in der Regel kein Gegenstand der Eigentumsklage; wenn nicht solche Umstände eintreten, aus denen der Kläger sein Eigen-</p>	<p>Erhöhte Umlauffähigkeit ununterscheidbarer Sachen; zwei Tatbestände</p>	<p>idF JGS Nr. 946/1811</p>	<p>§ 371. (1) Werden ununterscheidbare Sachen eines Eigentümers wie Bargeld oder Inhaberpapiere mit gleichartigen Sachen anderer Personen vermengt, kommt eine Eigentumsklage in der Regel nicht in Betracht.</p> <p>(2) Die Eigentumsklage ist auch gegen den redlichen und</p>	

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
tumsrecht beweisen kann, und aus denen der Geklagte wissen mußte, daß er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtigt sei. ⁴⁸			rechtmäßigen Erwerber ⁴⁹ solcher Sachen abzuweisen, da er Eigentum erlangt hat. ⁵⁰	
b) Eigentumsklage aus dem rechtlich vermuteten Eigentume des Klägers Gegen welchen Besitzer diese Vermutung eintrete?			Klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum	
§ 372. Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigentumes einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht aus-	Klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum (actio publiciana)	idF JGS Nr. 946/1811	§ 372. Misslingt dem Kläger der Beweis seines Eigentumsrechts an einer ihm vorenthaltenen Sache, kann er aber seinen	§ 372. (1) Gelingt dem Kläger der Eigentumsbeweis nicht, war er aber früher rechtlicher Besitzer der Sache (§ 328a), wird er

⁴⁸ Nach hA enthält die Norm zwei ganz unterschiedliche Tatbestände, was kaum erkennbar ist und daher schon im Textvorschlag deutlich herauskommen soll. Weitere Details, etwa zu den besonderen Voraussetzungen des Gutgläubenserwerbs gegenüber § 367 (etwa beim Redlichkeitsmaßstab oder bei der Entgeltlichkeit) oder zu den Rechtsfolgen könnten in der Alternative ausdrücklich geregelt werden, wofür wegen der Strittigkeit hier aber kein detaillierter Vorschlag erstattet wird.

⁴⁹ Hier wohl besser als „Besitzer“.

⁵⁰ Dass der die Vermengung regelnde Teil der Norm nur die Eigentumsfrage regelt, aber mit keinem Wort andeutet, ob und wann zugunsten des früheren Eigentümers im Verhältnis zum nunmehrigen bereicherungs- oder schadenersatzrechtliche Konsequenzen eingreifen, ist in jedem Fall unbefriedigend, da diese Ansprüche keinesfalls selbstverständlich sind. Doch auch sonst ist die Auslegung dieser Vorschrift – etwa ihr Verhältnis zu § 415 – überaus strittig (dazu statt vieler OGH 5 Ob 253/69 SZ 42/181; 7 Ob 813, 814/76 SZ 50/42; *F. Bydlinski* in Klang² IV/2, 630 f, 694 f; *Holzner*, JBI 1988, 635 ff; *ders* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 371 Rz 2; *Ch. Rabl*, ÖBA 2006, 579; *Leupold* in Klang³ § 371 Rz 22 ff) und stellt sich eine Vielzahl von Fragen (wann entsteht Miteigentum am Gemenge, wann Alleineigentum; was muss wer beweisen; welchen Ansprüchen ist der Inhaber überhaupt ausgesetzt; usw?), so dass dazu ebenfalls kein Alternativvorschlag erstattet wird. Hier ist – leider schon seit vielen Jahrzehnten – der Gesetzgeber gefragt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
reicht, aber den gültigen Titel, und die echte Art ⁵¹ , wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargetan hat; so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen, oder nur einen schwächern Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigentümer gehalten.			rechtmäßigen und echten Besitz daran beweisen, wird er gegenüber jedem Besitzer ⁵² , der keinen oder nur einen schwächeren Titel vorweisen kann, wie der wahre Eigentümer behandelt.	gegenüber dem beklagten Inhaber, der keinen oder nur einen schwächeren Titel vorweisen kann, wie der wahre Eigentümer behandelt. (2) Den Beweis der Rechtmäßigkeit (§ 316) und der Echtheit (§ 345) seines früheren Besitzes muss der Kläger führen, während seine Redlichkeit vermutet wird (§ 328).
§ 373. Wenn also der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt; wenn er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag; oder, wenn er die Sache ohne Entgelt, der Kläger aber gegen Entgelt erhalten hat; so muß er dem Klä-	Schwächerer Titel	idF JGS Nr. 946/1811	§ 373. Der Beklagte hat die Sache daher herauszugeben, wenn 1. sein Besitz unredlich oder unrechtmäßig ⁵³ ist, 2. er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann angibt oder 3. er die Sache unentgeltlich, der Kläger aber entgeltlich er-	

⁵¹ Die Redlichkeit wird nicht angeführt, da es für sie in § 328 eine Vermutung gibt, die wohl auch dann eingreift, wenn der Beweis früheren rechtmäßigen und echten Besitzes gelungen ist. Daher soll auch in einer Neuformulierung kein Beweis der Redlichkeit verlangt werden.

⁵² „Besitzer“ wird in der Alternative durch „Inhaber“ ersetzt werden, weil auch § 366 dies vorsieht (*Kodek* in FS 200 Jahre ABGB II 1151). Ein Größenschluss führt zum gleichen Ergebnis, da ein bloßer Inhaber wohl niemals einen zumindest gleich starken Titel haben kann.

⁵³ Für die Alternative könnte man überlegen, hier den unechten Besitz (§ 345) zu ergänzen, da nur der rechtliche Besitz iSd § 1466 Schutz genieße, was zum Teil bereits im Wege der Auslegung geschieht (vgl nur *Eccher/Riss* in KBB⁵ § 373 Rz 1 mwN. Da es aber kaum vorstellbar ist, dass unechter Besitz (*vi, clam, precario*) zugleich redlich und rechtmäßig sein kann, erscheint dies überflüssig (wenn auch uU unschädlich). Anders offenbar etwa *Schey/Klang* (in Klang² II 121 f), die meinen, der Besitz könne redlich sein, wenn jemand mit einem gültigen Titel die Sache dem Schuldner eigenmächtig entzieht (ähnlich wohl *Holzner* in Rummel/Lukas⁴ § 345 Rz 5).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
ger weichen.			halten hat.	
§ 374. Haben der Geklagte und der Kläger einen gleichen Titel ihres echten Besitzes, so gebühret dem Geklagten kraft des Besitzes der Vorzug.	Grundsatz des beatus possidens	idF JGS Nr. 946/1811	§ 374. Bei gleich starker Berechtigung darf der besitzende Beklagte die Sache behalten.	<i>Das hier Normierte steht mit etwas anderen Worten bereits in § 372, weshalb § 374 auch ganz entfallen könnte</i>
			Benennung des Vormanns⁵⁴	
§ 375. Wer eine Sache in fremdem Namen besitzt ⁵⁵ , kann sich gegen die Eigentumsklage dadurch schützen, daß er seinen Vormann namhaft macht, und sich darüber ausweiset. ⁵⁶	Benennung des Vormanns („Auktors“)	idF JGS Nr. 946/1811	§ 375. ¹ Wer eine Sache für eine andere Person innehat und mit einer Eigentumsklage (§§ 366, 372) belangt wird, kann diese Person zur Äußerung über ihr Verhältnis zum Streitgegenstand oder zu dem in der Klage geltend gemachten Anspruch auffordern. ² Näheres regeln die §§ 22 – 24 der Zivilprozessordnung.	<i>Wegen der ZPO-Regelungen ist eine Streichung der gesamten Bestimmung empfehlenswert</i>
Gesetzliche Folge: a) der Ablegung des Besitzes;			Leugnung des Besitzes	

⁵⁴ Überschrift nötig, da dieser Paragraph nicht mehr zur actio publiciana gehört. Da „Auktorbenennung“ heute kaum mehr verstanden wird, erscheint es besser, von „Vormann“ (oä; Abstimmungsbedarf!) zu sprechen (so auch schon Zeiller, Kommentar II/1, 150).

⁵⁵ Damit ist offensichtlich (Sach-)Innehabung gemeint (vgl nur Zeiller, Kommentar II/1, 150). § 22 ZPO formuliert aber ebenso, weshalb ein Formulierungsgleichlauf zu empfehlen ist; zB „für eine andere Person innehat“ (so schon im Textvorschlag). Abstimmungsbedarf! („in fremdem Namen“)

⁵⁶ Diese Regelung ist durch die §§ 22 ff ZPO in mehrfacher Hinsicht überholt, so dass schon im Textvorschlag eine (kurze) Formulierung versucht wird, die dem geltenden Recht entspricht. Allerdings verlangt § 22 ZPO, dass jemand „als Besitzer einer Sache oder eines dinglichen Rechts“ geklagt wird (näher dazu etwa OGH 1 Ob 216/97i ÖBA 1998, 645).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>§ 376. Wer den Besitz⁵⁷ einer Sache vor Gericht leugnet,⁵⁸ und dessen überwiesen wird, muß dem Kläger deswegen allein schon den Besitz abtreten; doch behält er das Recht, in der Folge seine Eigentumsklage anzustellen.</p>	<p>Rechtsfolge der Besitzleugnung vor Gericht</p>	<p>idF JGS Nr. 946/1811</p>	<p>§ 376. ¹Wer die Innehabung einer Sache vor Gericht zu Unrecht leugnet, muss die Sache dem Kläger allein aus diesem Grund herausgeben. ²Der Beklagte hat das Recht, in der Folge eine Eigentumsklage (§§ 366, 372) zu erheben.</p>	<p>§ 376. ¹Wenn der Beklagte die Innehabung einer Sache vor Gericht wider besseres Wissen abstreitet, muss er die Sache dem Kläger allein aus diesem Grund herausgeben. ²Anschließend hat der Beklagte das Recht, eine Eigentumsklage (§§ 366, 372)⁵⁹ zu erheben.</p> <p><i>Vorzugswürdig erscheint eine vollständige Aufhebung dieser für das Zivilrecht unpassenden pönalen⁶⁰ Vorschrift.⁶¹</i></p>
<p>b) des vorgegebenen Besitzes;</p>			<p>Vorgetäuschter Besitz</p>	

⁵⁷ Da nach §§ 366, 369 Innehabung für die Passivlegitimation genügt, wird auch hier entsprechend umformuliert. Dieses Verständnis ist schon zum geltenden Recht überwiegende Ansicht: *Spielbüchler* in Rummel³ § 372 Rz 2; *Kodek* in Klang³ § 376 Rz 4; *Winner* in Rummel/Lukas⁴ § 376 Rz 2; *Eccher/Riss* in KBB⁵ § 376 Rz 1; *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit 384 f; aA OGH 6 Ob 399/60 SZ 33/131 (die einzige E zu dieser Norm); *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 376 Rz 2 mit Verweis auf die Redaktoren, „obwohl wegen § 369 fatal“; *Klicka/Reidinger* in Schwimann/Kodek⁴ II § 376 Rz 1.

⁵⁸ Die Bedeutung des Wortes „leugnen“ ist nicht unzweifelhaft. Schon in den Beratungen wurde angemerkt, dass davon auch ein „Widersprechen aus Irrtum“ erfasst werden könnte (*Ofner*, Ur-Entwurf I 254). Zur Klarstellung wird in der Alternative „wider besseres Wissen“ verwendet; so, wie die Redaktoren die Norm verstanden haben.

⁵⁹ Da auch der Fall denkbar ist, dass der Beklagte gegenüber dem Kläger bloß ein obligatorisches Recht hat (er hat sich zB als Käufer die Sache eigenmächtig geholt) und eine solche Konstellation wohl nicht anders behandelt werden darf, könnte hier auch der weiter gehende Ausdruck „Herausgabeklage“ verwendet werden.

⁶⁰ *Zeiller*, Commentar II/1, 151: „Civil-Strafe“.

⁶¹ Näher *P. Bydlinski* in *P. Bydlinski*, Prävention und Strafsanktion im Privatrecht 72 f.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
§ 377. Wer eine Sache, die er nicht besitzt, zu besitzen ⁶² vorgibt, und den Kläger dadurch irreführt, haftet für allen daraus entstehenden Schaden.	Rechtsfolge bei Vortäuschung des Besitzes	idF JGS Nr. 946/1811	§ 377. Wer fälschlich vorgibt, eine Sache innezuhaben und den Kläger dadurch täuscht, haftet für den daraus entstehenden Schaden.	<i>Wohl entbehrliche Regelung; allenfalls de lege ferenda klarstellen, ob Fahrlässigkeit genügt⁶³</i>
c) des aufgegebenen Besitzes der streitigen Sache			Besitzaufgabe nach Klagezustellung	
§ 378. Wer eine Sache im Besitze ⁶⁴ hatte, und nach zugestellter Klage fahren ließ, muß sie dem Kläger, wenn dieser sich nicht an den wirklichen Inhaber halten will, auf seine Kosten zurück verschaffen, oder den außerordentlichen Werth derselben ersetzen.	Rechtsfolge bei Aufgabe des Besitzes nach Streitanhängigkeit	idF JGS Nr. 946/1811	§ 378. ¹ Gibt der Beklagte die Innehabung einer Sache auf, nachdem ihm die Herausgabeklage zugestellt wurde, muss er dem Kläger die Sache auf eigene Kosten verschaffen oder ihren Wert, auch ihren außerordentlichen (§ 305), ersetzen. ² Dies gilt jedoch nur, wenn der	

⁶² Wiederum spricht viel dafür, dass in dieser Norm der Ausdruck „besitzen“ – wie leider öfter im ABGB – untechnisch verwendet wird und eigentlich Innehabung gemeint ist (*Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 377 Rz 2; unter Verweis auf diesen auch *Kodek* in *Klang*³ § 377 Rz 4). Die Wertungen sind ja bei bloßer Innehabung keine anderen. Daher wird auch hier schon im Textvorschlag in diesem Sinn umformuliert.

⁶³ Die hA verlangt Vorsatz in dem Sinn, dass der Beklagte weiß, dass er die Sache nicht besitzt; nicht hingegen Schädigungsvorsatz (*Spielbüchler* in *Rummel*³ I § 377 Rz 3; *Eccher/Riss* in *KBB*⁵ § 377 Rz 1; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 377 Rz 1; *Klicka/Reidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ II § 377 Rz 1 FN 1). Dafür könnte schon das Wort „vorgibt“ sprechen (*Holzner* aaO). *Kodek* (in *Klang*³ § 377 Rz 3) will jede schuldhaft falsche Angabe ausreichen lassen.

⁶⁴ Wiederum muss bereits de lege lata Innehabung ausreichen: So ausdrücklich *Winner* in *Rummel/Lukas*⁴ § 378 Rz 2; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 378 Rz 2; andere stellen auf den „Verlust der Streitsache“ ab, was aber wohl nichts anderes bedeutet (s. *Klicka/Reidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ II § 378 Rz 1; *Kodek* in *Klang*³ § 378 Rz 1: „jeder Verlust der Sache“; vgl auch *Klicka* in *Fasching/Konecny*² § 234 ZPO Rz 2).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
			Kläger nicht gegen den nunmehrigen Inhaber vorgehen will.	
Was der Besitzer dem Eigentümer erstatte			Ersatzansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer	Ersatzansprüche des siegreichen Klägers gegen den verurteilten Besitzer
§ 379. Was sowohl der redliche als unredliche Besitzer dem Eigentümer in Ansehung des entgangenen Nutzens, oder des erlittenen Schadens zu ersetzen habe, ist in dem vorigen Hauptstücke bestimmt worden. ⁶⁵	Nebenfolgen der Eigentumsklagen	idF JGS Nr. 946/1811	§ 379. Ob und inwieweit der Besitzer ⁶⁶ dem Eigentümer erlittene Schäden oder entgangenen Nutzen zu ersetzen hat, wird in den §§ 329 – 338 geregelt.	§ 379. Ob und inwieweit der Beklagte dem siegreichen Kläger ⁶⁷ erlittene Schäden oder entgangenen Nutzen zu ersetzen hat, wird in den §§ 329 – 338 geregelt. <i>Da dieser grobe Verweis wenig hilfreich ist, könnte er auch zur Gänze entfallen</i>

⁶⁵ Eigenartigerweise ist in diesem Normenkomplex bloß § 379 nicht „klagemäßig“ formuliert. Aus Gründen der Einheitlichkeit wird das in der Alternative versucht.

⁶⁶ In dieser Bestimmung muss es bei „Besitzer“ bleiben; schon deshalb, weil § 379 ausdrücklich auf das Besitzrecht („voriges Hauptstück“) verweist. Die Schadenersatzpflicht eines bloßen Inhabers, der weder seinen Vormann benennt (heute: §§ 22 ff ZPO) noch dem berechtigten Herausgabebegehren des Eigentümers entspricht, bleibt damit gesetzlich ungeregelt.

⁶⁷ Damit ist automatisch auch die Klage nach § 372 miterfasst.