

den österreichischen Verfassungsgerichtshof standhalten können.

Dieser hat wahrscheinlich schon bald Gelegenheit, die Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der in Artikel 6 des Staatsgrundgesetzes statuierten Freiheit jedes österreichischen Staatsbürgers, Liegenschaften jeder Art zu erwerben, zu überprüfen.

Auch der Gleichheitsgrundsatz wird ebenso bemüht werden, wie die Freiheit der Aufenthaltsnahme an jedem Ort des österreichischen Staatsgebietes (vgl. hierzu Walzel von Wiesentreu, Zur kompetenzmäßigen Neuregelung des Grundverkehrs aus verfassungsrechtlicher Perspektive, ÖJZ 1993, 5 ff.). Ob die getroffenen Grundverkehrsregelungen (die entsprechenden Gesetze in anderen Ländern werden folgen) einem allfälligen EG-Beitritt Österreichs standhalten werden können, wird insbesondere davon abhängen, ob diese Regelungen in den Beitrittsvertrag Aufnahme finden. Dies kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt (Februar 1994) nicht prognostiziert werden.

1/5

Zur Ersitzung im österreichischen Liegenschaftsrecht

Mag. Bettina Nunner

Vertragsassistentin und Lektorin am Institut für ZGV

Inhaltsübersicht:

- A. *Allgemeines*
 - 1. *Begriff, Entwicklung und Bedeutung der Ersitzung*
 - 2. *Subjekt der Ersitzung*
 - 3. *Objekt der Ersitzung*
 - 4. *Arten der Ersitzung*
- B. *Die Ersitzung des Eigentums an Liegenschaften*
 - 1. *Ersitzung durch den verbücherten Nichtberechtigten*
 - 2. *Ersitzung gegen den verbücherten Eigentümer*
 - 3. *Naturalersitzung gegen den Eigentümer nicht verbücheter Liegenschaften*

A. Allgemeines

1. *Begriff, Entwicklung und Bedeutung der Ersitzung*

Unter Ersitzung wird der Erwerb eines Rechts durch qualifizierten Besitz während der gesetzlich bestimmten Zeit verstanden; sie führt zu einem originären Rechtserwerb (OGH 14.4.1977 EvBl 1978/1 = JBl 1978, 144; Koziol/Welser, Grundriß II 79; Gschnitzer, Sachenrecht 117; Schubert in Rummel, ABGB § 1452 Rz 1; Mader in Schwimann, ABGB § 1452 Rz 1). Das Ausmaß des Rechtserwerbes bestimmt sich nach dem ausgeübten Besitz (Koziol/Welser, Grundriß II 79; Schubert in Rummel, ABGB § 1452 Rz 1). Er hat zur Folge, daß der bisherige Rechtsinhaber sein Recht verliert (§ 1478 ABGB).

Das ABGB sieht die Ersitzung in engem Zusammenhang mit der Verjährung und behandelt beide zusammen im letzten Hauptstück. Beiden Rechtsinstituten liegt der Gedanke zugrunde, daß lange bestehende tatsächliche Zustände im Interesse der Rechtssicherheit in rechtliche Zustände umgewandelt werden sollen (Koziol/Welser, Grundriß II 79; Gschnitzer, Sachenrecht 117).

Die Ersitzung dient insofern der Rechtssicherheit, als sie den Eigentumsbeweis, der nach langer Zeit nur schwer oder überhaupt nicht erbracht werden könnte, erleichtert; sie kommt somit idR dem wahren Berechtigten zugute. Daß dann, wenn der ursprünglich Berechtigte es verabsäumt, sein Recht wahrzunehmen, aus Unrecht Recht werden kann, ist im Interesse der Rechtssicherheit in Kauf zu nehmen (Gschnitzer, Sachenrecht 117). Die uneigentliche

Ersitzung (s dazu unten) ist va bei Grunddienstbarkeiten wichtig; diese reichen nämlich oft so weit zurück, daß ein Titel für den Erwerb nicht nachweisbar ist (Gschnitzer, Sachenrecht 118).

Hat jemand ein Recht wirksam ersessen, so ist er auch keiner Bereicherungsklage des früheren Eigentümers ausgesetzt (Koziol/Welser, Grundriß II 80; aA für den Fall, daß die eigentliche Ersitzung - s unten - auf einem unentgeltlichen Titel beruht, Spielbüchler, Schuldverhältnis 226).

Als Voraussetzungen der Ersitzung sind zu nennen:

- eine ersitzungsfähige Sache,
- qualifizierter Besitz sowie
- Ausübung des Besitzes während einer bestimmten Zeit (Koziol/Welser, Grundriß II 79; Gschnitzer, Sachenrecht 117).

2. Subjekt der Ersitzung

Die Fähigkeit, ein Recht durch Ersitzung zu erwerben, besitzt jeder, der das Recht überhaupt erwerben kann. Weil notwendige Voraussetzung der Ersitzung der Besitz ist (§ 1460 ABGB), muß die Fähigkeit zum Besitzerwerb gegeben sein (310 ABGB).

Auch juristische Personen können durch ihre Organe Besitz erwerben und damit ersitzen (Mader in Schwimann, ABGB § 1453 Rz 1; Schubert in Rummel, ABGB § 1453 Rz 1). In der Praxis kommt vor allem die Ersitzung von Dienstbarkeiten (so zB Wegerechten und Schiabfahrten) häufig vor. Für die Ersitzung des Rechtes genügt hier die Benützung durch die Gemeindeangehörigen bzw durch das Touristenpublikum; es ist ausreichend, daß die Benützung so erfolgt, als ob es sich um einen öffentlichen Weg handelte (Mader in Schwimann, ABGB § 1460 Rz 10).

3. Objekt der Ersitzung

§ 1455 ABGB bestimmt, daß alles, was erworben werden kann, Gegenstand der Ersitzung ist; diese Anordnung ist allerdings zu weit gefaßt. Ersitzbar sind nur private Vermögensrechte, die Gegenstand des Besitzes sein können (§ 1455 ABGB), das sind:

- Eigentum, auch die Ersitzung von Miteigentum ist möglich (OGH 21.4.1966 SZ 39/77 = JBl 1966, 564);
- Dienstbarkeiten;
- Reallasten;
- Fischereirechte, Bergbauberechtigungen, Wasserrechte an Privatgewässern und das Patronatsrecht (§ 1471 ABGB) (Koziol/Welser, Grundriß II 80; Mader in Schwimann, ABGB § 1455 Rz 1 ff; Schubert in Rummel, ABGB § 1455 Rz 1 ff; Gschnitzer, Sachenrecht 118 f; alle mit Hinweisen auf die Rsp).

Kein Gegenstand der Ersitzung sind hingegen:

- Sachen iwS, die man aufgrund ihrer Beschaffenheit oder aufgrund der Gesetze nicht besitzen kann (§ 1455 Satz 2 ABGB). Daher gibt es kein Eigentum am realen Teil eines Hauses (OGH 3.11.1871 GIU 4297; OGH 4.3.1976 JBl 1976, 642) oder an einem Teilstück eines geschlossenen Hofes (Gschnitzer, Sachenrecht 118). Auch ist die Ersitzung von Teilen eines im Grenzkataster enthaltenen Grundstücks ausgeschlossen (§ 50 Vermessungsgesetz).
- Unveräußerliche Sachen und Rechte (§ 1455 Satz 2 letzter HS ABGB). Hier ist allerdings zu beachten, daß die uneigentliche Ersitzung (s dazu sogleich unten) keinen Titel voraussetzt. Ist etwa die Veräußerung bloß verboten (wie etwa im Falle der Veräußerung

von Grundstücken an Ausländer ohne grundverkehrsbehördliche Bewilligung), so schließt dies zwar die kurze, nicht jedoch die lange Ersitzung aus (Gschnitzer, Sachenrecht 118; Schubert in Rummel, ABGB § 1455 Rz 3; Mader in Schwimann, ABGB § 1455 Rz 1). Einige Grundverkehrsgesetze verlangen daher die Zustimmung der Grundverkehrsbehörde auch für jeden originären Eigentumserwerb, also auch für die Ersitzung (vgl. etwa § 3 Abs 1 lit a Tiroler Grundverkehrsgesetz; § 1 Abs 4 Niederösterreichisches Grundverkehrsgesetz; § 3 Abs 1 lit a Vorarlberger Grundverkehrsgesetz) (Gschnitzer, Sachenrecht 118; Mader in Schwimann, ABGB § 1455 Rz 3 aE).

- Kein Gegenstand der Ersitzung sind die staatlichen Hoheitsrechte (§ 1456 ABGB), die Persönlichkeitsrechte, Familienrechte und Mitgliedschaftsrechte; ebensowenig kann (mangels Besitzfähigkeit) das Erbrecht ersessen werden. Die herrschende Lehre schließt auch die Ersitzbarkeit von Pfandrechten und von Forderungsrechten aus (auch von solchen Forderungen, die besessen werden können) (Koziol/Welser, Grundriß II 80; Gschnitzer, Sachenrecht 118 f). Allerdings können umgekehrt Mieter (OGH 17.5.1978 SZ 51/64) und Pächter (OGH 13.10.1977 SZ 50/130) als Besitzmittler ersitzen, was insbes für Dienstbarkeiten bedeutsam ist (Gschnitzer, Sachenrecht 119).

4. Arten der Ersitzung

Das ABGB kennt zwei Arten der Ersitzung, nämlich die ordentliche (eigentliche) und die außerordentliche (uneigentliche) Ersitzung.

a) Die ordentliche Ersitzung (§§ 1460 ff. ABGB) verlangt einen rechtmäßigen, redlichen und echten Besitz (sog «rechtlicher Besitz» oder «Ersitzungsbesitz»).

Sie verlangt bei beweglichen Sachen 3 (unter Umständen 6), bei unbeweglichen Sachen grundsätzlich 30 Jahre, im Falle der Ersitzung gegenüber juristischen Personen sogar 40 Jahre (§ 1472 ABGB).

Rechtmäßigkeit des Besitzes bedeutet, daß dieser auf einem gültigen Titel, das ist gem § 316 ABGB «ein zur Erwerbung tauglicher Rechtsgrund», beruht (Gschnitzer, Sachenrecht 10). Diesen bildet zumeist ein entsprechendes Rechtsgeschäft (z.B. Kauf, Tausch, Schenkung) mit dem bisherigen Besitzer; auch ein richterlicher Ausspruch (zB Urteil nach Teilungsklage) kommt als Titel in Frage.

Redlichkeit des Besitzes bedeutet, daß der Besitzer die Sache, die er besitzt, aus wahrscheinlichen Gründen für die seinige hält (§ 326 ABGB). Nach hM geht die Redlichkeit verloren, wenn sich jemand aus leichter Fahrlässigkeit für berechtigt hält und es in Wahrheit nicht ist (OGH 13.11.1979 JBl 1980, 589; mwN Koziol/Welser, Grundriß II 22).

Echtheit des Besitzes schließlich erfordert, daß der Besitzer nicht gewaltsam in den Besitz eindringt, sich ihn nicht erschleicht und auch nicht eine Bittleihe in ein fortwährendes Recht zu verwandeln trachtet (vgl den Wortlaut des § 345 ABGB; der den unechten Besitz definiert; s Koziol/Welser, Grundriß II 22 f).

Während die Redlichkeit des Besitzes die ganze Ersitzungszeit hindurch gegeben sein muß (Mader in Schwimann, ABGB § 1463 Rz 2 mwN), so genügt das Vorliegen des Erfordernisses der Echtheit des Besitzes im Zeitpunkt der Besitzerwerbung (Mader in Schwimann, § 1464 ABGB Rz 1).

b) Im Gegensatz dazu setzt die außerordentliche Ersitzung nicht den Nachweis der Rechtmäßigkeit des Titels voraus (§ 1477 ABGB); es genügen die Redlichkeit und die Echtheit des Besitzes (Koziol/Welser, Grundriß II 80; Gschnitzer, Sachenrecht (119).

Sie verlangt sowohl bei beweglichen als auch bei unbeweglichen Sachen 30 bzw 40 Jahre. Da zur Ersitzung von Rechten an unbeweglichen Sachen somit jedenfalls eine Frist von 30 Jahren erforderlich ist, wird hier die ordentliche Ersitzung wertlos, die für den

Ersitzenden mit überhaupt keinem Vorteil, jedoch mit dem Nachteil der zusätzlichen Voraussetzung (Rechtmäßigkeit) verbunden ist (Koziol/Welser, Grundriß II 80 f; Gschnitzer, Sachenrecht 119; vgl auch Mader in Schwimann, ABGB § 1477 Rz 1; Schubert in Rummel, ABGB § 1477 Rz 1).

Deshalb kommen in der Rechtswirklichkeit bei Rechten an beweglichen Sachen sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Ersitzung vor, bei Rechten an unbeweglichen Sachen hingegen nur die außerordentliche. Dies soll daher im folgenden näher erläutert werden.

B. Die Ersitzung des Eigentums an Liegenschaften

Grundsätzlich ist die Ersitzung bei Rechten an Liegenschaften auf zwei Arten möglich:

- Ersitzung durch den verbücherten Nichtberechtigten (sog Tabular- oder Buchersitzung). In diesem Fall wird das Grundbuch durch die Ersitzung richtig.

- Ersitzung durch den außerbücherlichen Besitzer gegen den verbücherten Berechtigten (sog Natural- oder außerbücherliche Ersitzung). Hier wird das Grundbuch durch die Ersitzung unrichtig (Gschnitzer, Sachenrecht 120).

1. Ersitzung durch den verbücherten Nichtberechtigten

Die Tabularersitzung war ursprünglich in den §§ 1467 und 1469 ABGB geregelt; nach dieser Regelung betrug die Ersitzungsfrist einheitlich 3 Jahre. Diese Bestimmungen wurden im Jahr 1916 (durch die dritte Teilnovelle zum ABGB) aufgehoben.

Heute ist die Rechtsstellung des im Grundbuch eingetragenen Nichtberechtigten nach den Vorschriften über die Löschungsklage (§§ 61 ff Grundbuchgesetz - GBG) zu beurteilen.

Die Löschungsklage kann gem § 62 GBG gegen denjenigen, der durch die zu löschende Eintragung Rechte erworben hat und gegen seinen Gesamtrechtsnachfolger so lange erfolgreich erhoben werden, als nach den allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung die Unwirksamkeit des Titels geltend gemacht werden darf. Dasselbe gilt für die Löschungsklage gegen den schlechtgläubigen Einzelrechtsnachfolger (des Eingetragenen (§ 63 Abs 2 GBG)).

Gutgläubige Einzelrechtsnachfolger des Eingetragenen hingegen werden weitgehend durch das Vertrauensprinzip (vgl §§ 62 ff GBG) geschützt; dieses besagt im wesentlichen, daß das, was im Grundbuch eingetragen ist, gilt und richtig ist (Koziol/Welser, Grundriß II 103).

Gegen gutgläubige Einzelrechtsnachfolger ist die Löschungsklage zur zulässig, wenn innerhalb der Rekursfrist (von 30, 60 oder 90 Tagen; vgl § 123 GBG) die Streitmerkung erwirkt und zugleich oder binnen weiter 60 Tage nach Ablauf der Rekursfrist die Klage überreicht wurde (§ 63 Abs 1 GBG).

Ist die Verständigung des Klägers von der Einverleibung aus irgendeinem Grund unterblieben, so erlischt sein Klagerecht gegen gutgläubige Einzelrechtsnachfolger erst in 3 Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem die angefochtene Entscheidung beim Grundbuch beantragt wurde (§ 64 GBG).

Ein gutgläubiger Dritter erwirbt also, wenn er nur die Rechtskraft der Eintragung des Vormannes abgewartet hat (vom Ausnahmefall der nicht vorschriftsmäßigen Verständigung abgesehen), sofort Eigentum (Gschnitzer, Sachenrecht 121; vgl zur Löschungsklage und der damit in engem Zusammenhang stehenden Streitmerkung auch Nunner, Die Streitmerkung im Grundbuch).

2. Ersitzung gegen den verbücherten Eigentümer

Hauptfall der Naturalersitzung ist die Ersitzung gegen das Buch (sog Kontratabularersitzung) durch den Naturalbesitzer gegen den Tabularbesitzer.

a) Das österreichische ABGB läßt, wie schon erwähnt, die außerbücherliche Ersitzung des Eigentums an Liegenschaften und dinglicher Rechte an solchen zu; naturgemäß liegt darin, soweit es sich hiebei um die Ersitzung von Rechten an verbücherten Liegenschaften handelt, eine Relativierung des Eintragungsgrundsatzes (vgl Klang in Klang, Kommentar IV 604 f; Ehrenzweig, System I/2, 230). Deshalb läßt das deutsche BGB auch keine grundbuchswidrige Ersitzung zu; gem § 927 dBGB besteht bloß die Möglichkeit des Ausschlusses des Eigentümers im Wege des Aufgebotsverfahrens (vgl Baur, Lehrbuch des Sachenrechts 527; Klang in Klang, Kommentar IV 605).

Auch das ältere österreichische Recht verhielt sich gegenüber der außerbücherlichen Ersitzung ablehnend (s Klang in Klang, Kommentar IV 605); diese negative Grundhaltung herrschte auch noch im Rahmen der Vorarbeiten zum ABGB vor. Zwar wurde die Unentbehrlichkeit der außerbücherlichen Ersitzung in bezug auf Dienstbarkeiten, deren Verbücherung kaum lückenlos durchführbar ist (Gschnitzer, Sachenrecht 121), nicht bestritten; zur Zulassung einer grundbuchswidrigen Eigentumseritzung entschieden sich die Verfasser des ABGB erst in der letzten Phase der Gesetzgebungsarbeiten (Ehrenzweig, System I/2, 230).

Die außerbücherliche Ersitzung erfordert, wie bereits oben erwähnt, Redlichkeit und Echtheit, wegen der Länge der Ersitzungszeit aber nicht auch Rechtmäßigkeit des Besitzes (vgl Klang in Klang, Kommentar IV 607). Fraglich ist, ob auch der Besitz desjenigen, der weiß, daß zur Erwerbung des Eigentums die bücherliche Eintragung erforderlich gewesen wäre, als redlich angesehen werden kann. Da aber der Glaube, daß man durch Haben und Behalten der Sache niemandes Recht verletzt, für das Erfordernis der Gutgläubigkeit ausreichend ist, ist diese Frage wohl zu bejahen (Klang in Klang, Kommentar IV 607).

b) Der tatsächliche (redliche und echte) Besitzer erwirbt nach 30 (bzw 40) Jahren Eigentum und kann die Richtigstellung des Grundbuches verlangen (Koziol/Welser, Grundriß II 81).

Wer Eigentum ersessen hat, kann sein Recht gegen den Verbücherten im Klageweg geltend machen. Die Klage ist auf die Einwilligung in die Einverleibung des Eigentumsrechtes (Leistungsbegehren) zu richten (vgl den Wortlaut des § 1498 ABGB: «Zuerkennung des Eigentums»; vgl OGH 17.2.1971 SZ 44/15; 10.2.1977 SZ 50/23; 31.10.1980 SZ 53/139). Auch die Formulierung als Feststellungsbegehren wird als möglich erachtet (Klang in Klang, Kommentar IV 679; Mader in Schwimann, ABGB § 1498 Rz 1; Schubert in Rummel, ABGB § 1498 Rz 1). Hiebei ist freilich zu beachten, daß ein Feststellungsurteil nicht vollstreckt werden kann und daher keinen «gerichtlich vollziehbaren Anspruch» iSd § 33 Abs 1 lit d GBG darstellt (OGH 17.2.1971 SZ 44/15).

Das durch die Ersitzung erworbene Recht kann auch einredeweise geltend gemacht werden (Klang in Klang, Kommentar IV 679; Gschnitzer, Sachenrecht 121; Mader in Schwimann, ABGB § 1498 Rz 1; Schubert in Rummel, ABGB § 1498 Rz 1).

c) Solange derjenige, der bereits außerbücherlich durch Ersitzung Eigentum erworben hat, noch nicht im Grundbuch eingetragen ist, kann der Buchberechtigte noch mit der Wirkung verfügen, daß das aus der Ersitzung erworbene Recht «demjenigen, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung desselben eine Sache oder ein Recht an sich gebracht hat, zu keinem Nachteile gereichen» kann («Vertrauensgrundsatz»; § 1500 ABGB). Das bedeutet, daß jemand, der gutgläubig (dh hier: ohne jedes Verschulden, also auch nicht fahrlässig; vgl mwN Koziol/Welser, Grundriß II 104) vom

Buchberechtigten erwirbt, mit der Eintragung Eigentümer wird und die bereits vollendete Ersitzung des Eigentums somit wirkungslos wird (Mader in Schwimann, ABGB § 1500 Rz 10; Schubert in Rummel, ABGB § 1500 Rz 4; Klang in Klang, Kommentar IV 682). Anders gesprochen: Wer durch Ersitzung bereits Eigentum erworben hat, verliert es dadurch, daß ein gutgläubiger Nachmann des Eintragegenen in das Grundbuch eingetragen wird.

Wer das Eigentum ersonnen hat, kann sich vor einem solchen gutgläubigen Erwerb dadurch schützen, daß er die grundbücherliche Anmerkung der Klage auf Zuerkennung eines dinglichen Rechts in Folge der Ersitzung (§ 70 GBG) erwirkt (vgl § 71 GBG; Gschnitzer, Sachenrech 112; Mader in Schwimann, ABGB § 1498 Rz 1; Schubert in Rummel, ABGB § 1498 Rz 1; vgl zur Streitmerkung auch Nunner, Die Streitmerkung im Grundbuch).

d) Von diesem Fall ist ein weiterer zu unterscheiden: Es ist auch denkbar, daß vor der Vollendung der Ersitzung der bürgerliche Eigentümer das Eigentum an der Liegenschaft an einen Dritten überträgt (und dieser in der Folge als neuer Eigentümer einverleibt wird).

Tritt während der Ersitzungszeit Rechtsnachfolge auf der Seite des Ersitzungsgegners ein, so berührt dies eine laufende Ersitzung an sich nicht; ist die Ersitzungszeit gegenüber den einzelnen Eigentümern verschieden lang (30 oder 40 Jahre), so sind die Zeiten verhältnismäßig anzurechnen (Mader in Schwimann, ABGB § 1472 Rz 3; Gschnitzer, Sachenrecht 123).

Wenn jedoch die Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs im Vertrauen auf das Grundbuch (§ 1500 ABGB) gegeben sind, so wird die laufende Ersitzung unterbrochen (OGH 6.2.1925 SZ 7/37; Mader in Schwimann, ABGB § 1468 Rz 3); nur ein Neubeginn der Ersitzung ist möglich.

3. Naturalersitzung gegen den Eigentümer nicht verbüchertter Liegenschaften

Die Ersitzung des Eigentums an nicht verbücherten Liegenschaften ist seit der Anlegung der Grundbücher nur noch dann denkbar, wenn öffentliches Gut, das ursprünglich von der Verbücherung ausgenommen war, noch nicht eingetragen ist oder wenn - was äußerst selten vorkommt - Privatgut versehentlich nicht verbüchert ist (Gschnitzer, Sachenrecht 108 und 121; Mader in Schwimann, ABGB § 1468 Rz 1).

Die Ersitzung ersetzt hier sowohl den Mangel am Recht des Vormannes als auch das Fehlen eines Titels. Auch die an sich für nicht verbücherte Grundstücke gem § 434 ABGB vorgesehene Erwerbungsart durch Urkundenhinterlegung wird ersetzt (Gschnitzer, Sachenrecht 121; Mader in Schwimann, ABGB § 1468 Rz 1; Schubert in Rummel, ABGB § 1468 Rz 1). § 1500 ABGB, der das Vertrauen Gutgläubiger auf die Vollständigkeit des Buchstandes schützt (vgl nur Koziol/Welser, Grundriß II 104), ist auf diesen Fall nicht anwendbar, das mangels Eintragung im Grundbuch ein Dritter auch nicht im Vertrauen darauf erwerben kann (Gschnitzer, Sachenrecht 121; Mader in Schwimann, ABGB § 1468 Rz 1; Schubert in Rummel, ABGB § 1468 Rz 1).