



Dr. Christoph Kronthaler

war bis Ende Februar 2019 Universitätsassistent am FB Privatrecht an der Universität Salzburg. Derzeit ist er als Of counsel bei P | E | H | B Rechtsanwälte in Salzburg tätig.

Die Besitznachfolgerechte

- Der vorliegende Beitrag beruht auf den Untersuchungen, die der *Verfasser* in seiner Dissertation¹ angestellt hat. Im Vordergrund soll hier vor allem die Rechtsstellung des Besitznachfolgeberechtigten stehen. Es versteht sich von selbst, dass an dieser Stelle so manches (Zusatz-)Argument unerwähnt bleiben muss.
- Auch eine Vielzahl weiterer Fragestellungen, die mit Besitznachfolgerechten unmittelbar im Zusammenhang stehen (wie zB „zeitliches Eigentum“, der unabdingbare Schutz des Rechtsverkehrs, exekutions- und insolvenzrechtliche Aspekte usw), müssen außer Betracht bleiben.

1. Was sind Besitznachfolgerechte?

Welser² bezeichnete die Besitznachfolgerechte einst als „merkwürdiges Geschöpf von Lehre und Rechtsprechung“ und meinte sogar, diese würden sich „im rechtsfreien Raum“ bewegen.³ Für das hier primär verfolgte Anliegen, den Begriff der Besitznachfolgerechte näher zu bestimmen, lässt sich daraus freilich noch nicht sehr viel gewinnen. Allerdings machen die Ausführungen von Welser gewiss deutlich, dass es sich bei den Besitznachfolgerechten um keine alltägliche Erscheinung handelt, die rechtlich ganz einfach zu erfassen ist. Es verwundert daher mit Sicherheit auch nicht, dass eine **gesetzliche Definition** der Besitznachfolgerechte nicht existiert; sie werden vielmehr in keinem einzigen Gesetz auch nur erwähnt.⁴ Dem historischen Gesetzgeber sind sie dennoch nicht unbekannt.⁵

Die **Lehre**⁶ versteht unter den Besitznachfolgerechten einhellig **von der Praxis entwickelte, vertragliche**

Nachbildungen der Nacherbschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden.⁷

Damit wäre freilich nicht nur der von den Parteien typischerweise verfolgte **Vertragszweck** im Wesentlichen offengelegt, sondern gleichzeitig auch bereits gesagt, welche konkreten **Rechtswirkungen** ein Besitznachfolgerecht hervorrufen soll (nämlich jene der Nacherbschaft; zu dieser gleich unten Pkt 2).

Der **Absicht der Parteien** (§ 914 ABGB), einen bestimmten „Erfolg“ rechtsgeschäftlich herbeizuführen, namentlich die Nacherbschaft – soweit dies gesetzlich zulässig ist – nachzubilden, muss bei der nachfolgenden Beurteilung und rechtsdogmatischen Einordnung der Besitznachfolgerechte eine ganz **entscheidende Bedeutung** beigemessen werden.⁸ Nimmt man nicht ausreichend darauf Bedacht, welche Rechtswirkungen mit der Vereinbarung eines Besitznachfolgerechts herbeigeführt werden sollen, droht die Vereitelung des von den Parteien übereinstimmend angestrebten Vertrags-

1 Die Dissertation wird im Laufe dieses Jahres in der Schriftenreihe des Österreichischen Notariats im MANZ Verlag Wien erscheinen.

2 Welser, Die Reform des österreichischen Erbrechts, Gutachten zum 17. ÖJT, Band II/1 (2009) 68.

3 Krit *Cohen*, Drittbegünstigung auf den Todesfall (2016) 301.

4 Vgl schon *Stöckl*, Die grundbücherliche Anmerkung des Gutsübernahmsrechtes, ÖJZ 1950, 296 (297); *Piegler*, Rechtsfragen um Gutsübergabe und Ausgedinge, ÖJZ 1956, 561.

5 HHB 78 BlgHH 21. Session 42 („bei fideikommissarischen Substitutionen oder auch gewissen von der Judikatur analog behandelten vertragsmäßigen Vereinbarungen zugunsten eines Dritten bei Gutsabtretungen, in Ehepakten u. dgl.“; Hervorhebung durch den Verfasser).

6 *Hofmeister*, Wiederkehr des familiengebundenen Liegenschaftseigentums? Erörterungen zur Verbücherung von „Besitznach-

folgerechten“ und zur Theorie des „zeitlichen Eigentums“, in *Rechberger/Welser* (Hrsg), FS Kralik (1986) 377; *Kletečka*, Das Nachlegat der Sache des Erben, NZ 1999, 66 (67); *Binder*, Sachenrecht (2003) Rz 4/6; *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 603 Rz 27; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 608 Rz 29; *Aschauer*, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungs- und Belastungsverbot bei Liegenschaften (1998) 74; *Cohen*, Drittbegünstigung 295; *Fischer-Czermak*, Mehrseitige Planung der Nachfolge von Todes wegen, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018) Rz 22/2 ua.

7 IdS auch die ältere Rsp: OGH 7 Ob 615/81 = NZ 1982, 138; OGH 4 Ob 194/98b = NZ 1999, 66 (*Kletečka*); OGH 7 Ob 111/99w = NZ 2001, 190; RIS-Justiz RS0007955.

8 So zu Recht schon *Piegler*, ÖJZ 1956, 561.

zwecks. Dadurch käme es zu einem massiven Eingriff in die **Privatautonomie**, der im Bereich des Zivilrechts strikt abzulehnen ist, sofern er ohne besondere (gesetzliche) Rechtfertigung erfolgt.

Durch die Kritik in der neueren Literatur⁹ genährte Bedenken gegen die Anerkennung von Besitznachfolgerechten durch die bereits über ein Jahrhundert lang währende Rechtspraxis¹⁰ dürfen auch in Zukunft nicht dazu verleiten, den übereinstimmenden Parteiwillen einfach „umzudeuten“. Allfällige Schwierigkeiten bei der richtigen rechtsdogmatischen Erfassung der Besitznachfolgerechte dürfen vor allem nicht dazu führen, diese allein deshalb nur als obligatorisch wirksam zu qualifizieren, weil es zweifellos zulässig wäre, eine bestimmte Person zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft zur Weiterübertragung einer bestimmten Sache zu verpflichten.¹¹

Für Besitznachfolgerechte soll nach neuerer **Rsp**¹² kennzeichnend sein, „*das Eigentum des Erwerbers bei Eintritt einer Bedingung oder nach Ablauf einer Frist oder im Todesfall an den Besitznachfolger fällt oder die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums begründet wird*“.

Dieser Versuch, die Besitznachfolgerechte in knapper Weise zu charakterisieren, dürfte allerdings gemessen am typischen Parteiwillen zu weit geraten sein: Bei der Nacherbschaft, die – wie schon mehrfach erwähnt – nachgebildet werden soll, erwirbt der Nacherbe **ipso**

jure¹³ das Vollerbrecht und mit der Einantwortung (§ 797 Abs 1 ABGB) auch das Eigentum an den betreffenden Nachlassgegenständen.¹⁴ Eine schuldrechtliche Verpflichtung des Vorerben zur Eigentumsübertragung an den Nacherben bei Eintritt des Nacherbfalls entsteht hingegen nicht; der Vorerbe ist unmittelbar einem **erbrechtlichen**, also nicht nur obligatorisch wirkenden, **Herausgabeanspruch** (§§ 823 f ABGB) des Nacherben ausgesetzt.¹⁵

Allein die zukünftige „*Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums*“ würde **keine besonders große Ähnlichkeit zur Nacherbschaft** aufweisen. Der Ersterwerber (**B**) könnte als bloß schuldrechtlich gebundener Eigentümer, wie ein fiduziarischer Treuhänder¹⁶, grundsätzlich frei über die vom Besitznachfolgerecht betroffene Sache verfügen. Derjenige, dem später einmal das Eigentum verschafft werden soll (= **C**), wäre darauf angewiesen, dass sich der erste Erwerber (**B**) nicht „treuwidrig“ verhält. Verkauft oder verschenkt der Ersterwerber (**B**) die Sache entgegen seiner schuldrechtlichen Weitergabepflichtung an einen Dritten, vereitelte er damit regelmäßig den Rechtserwerb durch **C**. Der vom Geschenkgeber (= Übergeber; **A**) bestimmte Zweiterwerber (= Besitznachfolgeberechtigter; **C**) wäre grundsätzlich auf Schadenersatzansprüche gegen den „untreuen“ Ersterwerber (**B**) beschränkt.¹⁷

ME liegt ein **Besitznachfolgerecht** dem Grundsatz nach dann vor, wenn „*das Eigentum des [ersten] Erwer-*

9 ZB Hofmeister in FS Kralik 395 ff; Leopold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang³, Teilband §§ 353 – 379 (2011) § 358 Rz 13 ff; Cohen, Drittbegünstigung 302 ff.

10 Vgl GIU 10076; GIU 10126; GIU 11180; GIU 12084; GIU 12084; GIU 12815; GIU 13842; GIUNF 2227; OGH 2 Ob 81/53 = SZ 26/79; OGH 6 Ob 447/59 = EvBl 1960/136, 266; OGH 8 Ob 521/78 = SZ 51/65; OGH 5 Ob 11/91 = SZ 64/34; OGH 5 Ob 84/95 = JBl 1997, 165 (Spielbücher); OGH 4 Ob 194/98b = NZ 1999, 66 (Kletečka); OGH 7 Ob 111/99w = NZ 2001, 190; OGH 8 Ob 139/07k = NZ 2009, 47; OGH 5 Ob 58/13k = wobl 2014, 285; OGH 5 Ob 131/15y = NZ 2016, 337; OGH 2 Ob 68/15m = Zak 2016, 274; OGH 2 Ob 231/15g = NZ 2017, 60; OGH 3 Ob 54/17p = JBl 2018, 101; OGH 1 Ob 177/17m = JBl 2018, 59; vgl auch RIS-Justiz RS0012539; RS0007955.

11 Vgl Gschnitzer, Österreichisches Sachenrecht² (1985) 150; Klang in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band II² (1950) 148; Krainz/Pfaff, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I³, Der allgemeine Teil und das Sachenrecht (1913) 545 f; ferner Hofmeister in FS Kralik 400; OGH 5 Ob 73/94 = JBl 1995, 110; OGH 5 Ob 84/95 = JBl 1997, 165 (Spielbücher).

12 OGH 5 Ob 131/15y = NZ 2016, 337; OGH 2 Ob 68/15m = Zak 2016, 274; OGH 2 Ob 231/15g = NZ 2017, 60; OGH 1 Ob 177/17m = JBl 2018, 59.

13 Damit ist „*das Eintreten einer rechtlichen Wirkung in Folge eines bestimmten Umstandes*“ gemeint, „*ohne daß es dazu noch einer vermittelnden Tätigkeit der Parteien bedarf*“ (so treffend Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II² [1892] 4 Fn 6). Vgl auch Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2¹⁵ (1960) 1200 Fn 10: „*ohne besondere Erwerbshandlung*“.

14 Vgl Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 608 Rz 14; Welser in Rummell/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴, Teilband §§ 531 – 824, Erbrecht (2014) § 613 Rz 1 f, 22; Weiß in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band III² (1952) 383, 414; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht, Band II¹⁴ (2015) Rz 2178 f; Gschnitzer, Österreichisches Erbrecht² (1984) 89; Ebrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/2², Familien- und Erbrecht (1937) 466; s ferner Kletečka, Ersatz- und Nacherbschaft (1999) 270 f, 309; OGH 10 Ob 25/15x = NZ 2016, 73. Die Einantwortung kann nach richtiger Auffassung nicht „antizipiert“ werden (Kletečka, Ersatz- und Nacherbschaft 316 f).

15 Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang³, Teilband §§ 552 – 646 (2017) § 613 Rz 29, 31; Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 823 Rz 10; Welser in Rummell/Lukas⁴ § 613 Rz 22, §§ 823, 824 Rz 8; Weiß in Klang III² 414 ff; Ebrenzweig, System II/2² 466; vgl auch Gschnitzer, Sachenrecht² 150.

16 Dem Treuhänder kommt vollständiges Eigentum zu (Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 358 Rz 3; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 118, 125; Klang in Klang II² 133; F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts [1996, Nachdruck 2013] 336 f). Er kann einem Dritten folglich derivativ Eigentum am Treugut verschaffen (Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 131; Klang in Klang II² 133; F. Bydliński, System und Prinzipien 338; vgl auch Iro, Sachenrecht⁶ [2016] Rz 14/10). Näher zur Problematik des Treuhandmissbrauchs: Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 188 mwN.

17 Außer der Dritte **D** hätte schuldhaft in das fremde Forderungsrecht des **C** eingegriffen.



bers bei Eintritt einer Bedingung oder nach Ablauf einer Frist oder im Todesfall [ipso iure] an den Besitznachfolger fällt¹⁸. Dies gilt aber uneingeschränkt nur für **bewegliche Sachen**. Bei **unbeweglichen Sachen** erlischt das Eigentum des ersten Erwerbers (= zeitlicher Eigentümer“ oder **B**) zwar eo ipso (mit Wirkung ex nunc), es kommt aber zu *keinem automatischen Eigentumserwerb* des Besitznachfolgeberechtigten (**C**). Folgt man diesem am typischen Willen der Parteien orientieren **engen Begriffsverständnis**, wird auch klar, weshalb „**zeitlich beschränktes Eigentum**“ in der Literatur vor allem im Zusammenhang mit Besitznachfolgerechten diskutiert wird.¹⁹

2. Kurz zur Nacherbschaft

Da mit den Besitznachfolgerechten die Nacherbschaft gewissermaßen vertraglich „nachgebaut“ werden soll, erscheint es unumgänglich, sich kurz mit den gesetzlichen Regelungen über die Nacherbschaft auseinanderzusetzen: Nach § 608 ABGB besteht die **testamentarische Verfügungsmöglichkeit**, nach einem eingesetzten oder gesetzlichen²⁰ Erben (= *Vorerbe*) einen oder mehrere weitere Erben (= *Nacherbe*, -n) einzusetzen (**Nacherbschaft**).²¹ Zusätzlich zur Einsetzung eines oder mehrerer (Ersatz-)Nacherben hat der letztwillig Verfügende jenen Umstand festzulegen, der die Nacherbfolge auslösen soll (**Nacherbfall**).²² Der Nacherbe kann entweder **aufschiebend bedingt** oder **aufschiebend befristet**²³ eingesetzt werden.²⁴

Von besonderem Interesse ist die **Rechtsstellung des Nacherben**: Diese war in der älteren Literatur teilweise umstritten.²⁵ Im Wesentlichen ging es dabei um die Frage, ob dem Nacherben eine „dingliche“ (besser: absolute) oder bloß eine obligatorische Berechtigung an den Nachlassgegenständen zukommt.²⁶ Heute gehen Lehre und Rsp²⁷ fast einhellig von einer **absolut geschützten Rechtsstellung** des Nacherben aus.

3. Schlussfolgerungen für die Besitznachfolgerechte

Bei den Besitznachfolgerechten dürfte es in den praktisch meisten Fällen der Absicht der Parteien entsprechen, die Nacherbschaft und insb ihre Rechtsfolgen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden möglichst nachzubilden. Von der Vereinbarung eines Besitznachfolgerechts sind daher stets zumindest **drei Personen** betroffen: Neben dem ursprünglichen Eigentümer der vom Besitznachfolgerecht erfassten Sache, welcher in weiterer Folge überwiegend als Übergeber bezeichnet wird, ist dies derjenige, dem – gleich einem Vorerben (vgl § 613 Abs 1 ABGB) – „zeitliches Eigentum“ verschafft werden soll (in weiterer Folge als „**zeitlicher Eigentümer**“ bezeichnet). Schließlich auch noch derjenige, dem erst zu einem späteren Zeitpunkt – nach dem Eintritt einer auflösenden Bedingung oder dem Ablauf einer auflösenden Befristung – das Eigentumsrecht an der zunächst dem „zeitlichen Eigentümer“ übereigneten Sache zukommen soll (in weiterer Folge wahlweise entweder als „**Zeitfolger**“ oder als **Besitznachfolgeberechtigter** bezeichnet).

4. Mögliche praktische Auswirkungen?

Der **Besitznachfolgeberechtigte (C)** ist bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder dem Fristablauf jedenfalls **nicht Eigentümer** der Sache (mangels vollständiger Verwirklichung des Erwerbstatbestands). Untersuchungswürdig ist allerdings, ob dem Besitznachfolgeberechtigten – wie einem Nacherben²⁸ – eine **absolut geschützte Rechtsposition** verschafft werden kann.

Sollte dies möglich sein, dann käme der Besitznachfolgeberechtigte (**C**) ua in den Genuss einer in praxi naturgemäß besonders bedeutsamen **exekutions- und insolvenzrechtlichen Privilegierung**. Er könnte ferner gegen einen Dritten, der die vom Besitznachfolgerecht

18 Siehe bereits die Nachweise oben in FN 12. Anmerkungen durch den *Verfasser*. Vgl ferner die zutreffende Differenzierung, wann überhaupt „zeitliches Eigentum“ vorliegt, bei *Krainz/Pfaff*, System I⁵ 544 ff (insb 545 f).

19 Vgl ua *E. Demelius*, Grundriß des Sachenrechts (1900) 22; *Klang* in *Klang* II² 148; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I/2², Das Sachenrecht (1957) 284.

20 *ZB Apathy/Neumayr* in *Koziol/P. Bydliński/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017) § 608 Rz 1.

21 *Kralik*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Das Erbrecht³ (1983) 185; *Eccher*, Erbrecht⁶ (2016) Rz 4/96.

22 *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 608 Rz 15; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 309; *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 4/106; *Weiß* in *Klang* III² 385; *Kralik*, Erbrecht³ 185.

23 Mit dem Tod des Vorerben (statt aller *Sailer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 613 Rz 3).

24 *Welser* in *Rummell/Lukas*⁴ § 613 Rz 2; *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 4/108; vgl auch *Sailer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 608 Rz 12, § 613 Rz 3, 21; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 613 Rz 1; *Weiß* in *Klang* III² 405, 411; *Ehrenzweig*, System II/2² 460.

25 Ausführlich dazu *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 202 ff.

26 Für Letzteres insb *Kralik*, Erbrecht³ 189 ff.

27 Vgl *Apathy/Neumayr* in *KBB*⁵ § 613 Rz 1; *Welser* in *Rummell/Lukas*⁴ § 613 Rz 6; *Weiß* in *Klang* III² 386, 415 ff (insb 417 f); *Kletečka*, Nacherbschaft 269 ff; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 2185; OGH 28.02.2008, 8 Ob 139/07k; OGH 1 Ob 210/68 = SZ 41/151; OGH 3 Ob 512/58 = JBl 1959, 317; OGH 6 Ob 75/65 = SZ 38/58.

28 *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 613 Rz 6; *Welser* in *Rummell/Lukas*⁴ § 613 Rz 17; *Kletečka*, Nacherbschaft 269 f; *Gschmitzer*, Erbrecht² 87 f; OGH 8 Ob 139/07k = NZ 2009, 47.

betroffene Sache unerlaubt nutzt oder gar zerstört, **Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche** erheben (wie ein Vorbehaltskäufer, der bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises ebenfalls noch nicht Eigentümer ist). Vor allem aber träfen den „zeitlichen Eigentümer“ der vom Besitznachfolgerecht betroffenen Sache (**B**) **Verfügungsbeschränkungen**: Er könnte einem Dritten (**D**) derivativ kein „freies“ Eigentum übertragen (§ 442 Satz 3 ABGB). In Betracht käme allenfalls ein *gutgläubiger Erwerb*.

5. Besitznachfolgerechte als Anwendungsfall „zeitlichen Eigentums“?

Zweck der Vereinbarung eines Besitznachfolgerechts ist es, einer im Voraus bestimmten Person, dem Besitznachfolgeberechtigten (**C**), durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eine bestimmte Sache zu verschaffen. Der Besitznachfolgeberechtigte (**C**) soll aber nicht sofort zum Eigentümer der Sache werden, sondern zunächst jemand anderer, der „zeitliche Eigentümer“ (**B**). Bevor der Besitznachfolgeberechtigte (**C**), wie idR von den Parteien beabsichtigt, endgültig zum „freien“ Eigentümer wird, soll die vom Besitznachfolgerecht erfasste Sache also vorübergehend im Eigentum des „zeitlichen Eigentümers“ (**B**) stehen. Das Eigentumsrecht des „zeitlichen Eigentümers“ ist auflösend bedingt oder auflösend befristet („zeitlich beschränktes Eigentum“). Seine Rechtsposition soll im Ergebnis derjenigen eines Vorerben entsprechen (s insb § 613 Abs 1 ABGB). Der Besitznachfolgeberechtigte (**C**) erhält umgekehrt zunächst nur ein aufschiebend bedingtes oder aufschiebend befristetes Eigentum. Da – wie erwähnt – der Gesamtatbestand für einen derivativen Eigentumserwerb vor dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder dem Ablauf der aufschiebenden Befristung noch nicht vollständig erfüllt ist, stellt sich die Frage, welche gegenwärtige Rechtsstellung dem Besitz-

nachfolgeberechtigten (**C**) zukommt. Denkbar wäre, dass der Besitznachfolgeberechtigte (**C**) – ähnlich wie der Vorbehaltskäufer, bei dem bekanntlich ebenfalls noch nicht sämtliche Erwerbsvoraussetzungen verwirklicht sind – **Inhaber eines „Anwartschaftsrechts“** ist.²⁹

6. Über Anwartschaften und Anwartschaftsrechte

Allgemein wird unter einer **Anwartschaft** eine *rechtlich mehr oder weniger gesicherte Aussicht auf den Erwerb eines subjektiven Rechts* verstanden.³⁰ Die Anwartschaft ist aber keinesfalls ein einheitlicher Rechtsbegriff. In Wahrheit existieren viele verschiedene Anwartschaften, die im Einzelnen ganz unterschiedlichen Regeln folgen können.³¹ Allein die Aussicht oder Hoffnung, in Zukunft ein Recht zu erwerben, etwa durch testamentarische Erbeinsetzung, reicht nach zutreffender Auffassung³² nicht aus, um überhaupt von einer Anwartschaft sprechen zu können. Selbst eine relativ hohe Wahrscheinlichkeit, später einmal ein subjektives Recht zu erlangen, rechtfertigt mit *Raiser*³³ nicht automatisch die Annahme einer besonders geschützten Rechtsstellung. Um von einer „**rechtlich gesicherten Erwerbssausicht**“ im Sinne eines **Anwartschaftsrechts** sprechen zu können, müssen jedenfalls bereits mehrere Tatbestandsvoraussetzungen (zB $T_1 + T_2$) eines bestimmten mehraktigen Erwerbstatbestandes (etwa $T_1 + T_2 + T_3 = R$) verwirklicht sein, wobei mindestens ein Tatbestandsstück noch nicht eingetreten sein darf (im Beispiel wäre dies T_3).³⁴

Es muss sich beim Anwartschaftsrecht nicht notwendigerweise um einen noch nicht zur Gänze verwirklichten *gesetzlichen* Erwerbstatbestand handeln (wie zB bei der Nacherbschaft vor Eintritt des Nacherbfalls). Denn auch **aufschiebend bedingte** oder **aufschiebend befristete Rechtsgeschäfte** weisen einen **sukzessiv verlaufenden Gesamtatbestand** auf.³⁵ Der Rechtserwerb tritt erst mit dem Eintritt der aufschie-

29 ZB *Wolff*, Grundriss des bürgerlichen Rechts⁴ (1948) 237; vgl weiters OGH 8 Ob 521/78 = SZ 51/65.

30 *Raiser*, Dingliche Anwartschaften (1961) 3; *Wolff/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts¹¹ (2016) Rz 20/46; *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches² (1996) Rz 360, 1150; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB¹¹ (2016) Rz 65, nehmen – wohl im Ergebnis weitergehend – dann ein Anwartschaftsrecht an, „[sobald] die Rechtsstellung des Erwerbers schon in bestimmter Weise gesichert ist“.

31 So bereits *von Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeine Lehren und Personenrecht (1910) 183 f; *Wieling*, Sachenrecht, Band I², Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen (2006) 791; anders wohl *Mülbert*, Das inexistente Anwartschaftsrecht und seine Alternativen, AcP 202 (2002) 912 ff.

32 *Raiser*, Anwartschaften 4 f; *Forkel*, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht (1962) 18; vgl auch *Welser* in *Rummell/Lukas*⁴ § 536 Rz 1; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB⁴² (2018) Rz 613; *von Thur*, AT I 182.

33 Anwartschaften 6 ff.

34 ZB *Wolff/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/46; *Hübner*, AT² Rz 360, 1150; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ (2011) Rz 4/11; vgl *Raiser*, Anwartschaften 3; *Forkel*, Anwartschaftsrecht 20, 40 ff; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 278; ferner *von Thur*, AT I 180, der unter einer Anwartschaft „im Werden begriffene Rechte“ versteht und ebenfalls auf die teilweise Verwirklichung eines Erwerbstatbestandes abstellt. Zum subjektiven Recht werde die Anwartschaft aber erst durch einen „gewissen Grad der Sicherheit“.

35 So zutreffend bereits *von Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II/2, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft (1918) 291; vgl auch *Gschützler* in *Klang* III² 662. Ferner *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II⁴, Das Rechtsgeschäft (1992) 700 f; *Georgiades*, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf (1963) 98 f.



benden Bedingung oder dem Ablauf der aufschiebenden Frist ein.³⁶

Häufig – und mE ganz zu Recht – wird für die Annahme einer „rechtlich gesicherten Erwerbsposition“ im Sinne eines Anwartschaftsrechts verlangt, dass dem „Gegenüber“ des Anwartschaftsberechtigten keine Möglichkeit mehr zukommen darf, dessen **Rechtsstellung durch einseitige Erklärung zu beeinträchtigen**.³⁷

Da der Gesetzgeber den **(Voll-)Rechtserwerb (R)** bewusst vom Eintritt bestimmter Tatbestandselemente (zB $T_1 + T_2 + T_3$) abhängig macht, darf aber mE nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass bereits die Verwirklichung einzelner Tatbestandsmerkmale (etwa $T_1 + T_2$) des Gesamttatbestands irgendwelche Rechtsfolgen („Vorwirkungen“) auslöst.³⁸ Durch die gezielte Aufnahme einzelner Tatbestandsteile in einen Rechtsatz bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass „[immer] dann, aber nur dann, wenn die [im Rechtssatz] beschriebenen Umstände tatsächlich vorliegen, . . . der Betreffende das rechtliche Mittel in die Hand [bekommt], seine Interessen, soweit sie in eben diesem Recht geschützt werden, zu befriedigen“.³⁹

In gewissen Fällen kann es freilich trotzdem geboten sein, schon an die Erfüllung einzelner Tatbestandsvoraussetzungen gewisse Rechtsfolgen oder – wenn man so möchte – „Vorwirkungen“⁴⁰ zu knüpfen. Es versteht sich allerdings von selbst, dass die Erfüllung bloß einzelner Tatbestandselemente ($T_1 + T_2$) **keine weitergehenden Rechtsfolgen** auslösen kann als die vollständige Tatbestandsverwirklichung ($T_1 + T_2 + T_3$).⁴¹

Die **Zuerkennung von „Vorwirkungen“** erscheint insb dann gerechtfertigt, wenn dies notwendig ist, um **schutzwürdige Interessen** des Inhabers der Anwartschaft **zu wahren** (wie zB das Erwerbs- und Verfügungsinteresse).⁴² Maßstab dafür, wann der Inhaber

der Anwartschaft zu schützen ist, kann nur das **Gesetz** selbst sein. Zu beachten sind vor allem die **Wertungen des betreffenden, bereits teilweise verwirklichten Rechtssatzes**.⁴³ Insb dann, wenn sich der Inhaber der Anwartschaft das **Vollrecht allein durch sein eigenes Handeln** verschaffen kann⁴⁴, ohne dass er hierfür noch der Mitwirkung eines anderen bedürfte, sprechen mE gute Gründe für die Annahme eines Anwartschaftsrechts.⁴⁵ Gleiches muss dann gelten, wenn sich der Inhaber der Anwartschaft das Vollrecht zwar nicht selbst, also durch eigenes Handeln, verschaffen kann (wie dies bei einer Potestativbedingung der Fall ist), aber der bisher Berechtigte den künftigen Rechtserwerb nicht mehr einseitig verhindern kann.

7. Schutz aufschiebend Berechtigter (anhand des Beispiels der Übereignung einer beweglichen Sache)

Da eine **Rechtsübertragung** durch das Verpflichtungsgeschäft nur verpflichtend zugesagt werden kann, ohne diese bereits zu bewirken⁴⁶, geht es bei der Frage nach dem **Schutz von aufschiebend Berechtigten** lediglich um Bedingungen oder Befristungen des **Verfügungsgeschäfts**. Die bedingte oder befristete Übereignung einer Sache setzt nach allgemeinen Prinzipien einen objektiv gültigen Rechtsgrund (**Titel**) voraus.⁴⁷ Im österreichischen Recht herrscht der Grundsatz, dass jedes Verfügungsgeschäft ein **kausales Rechtsgeschäft** ist (vgl § 380 ABGB).⁴⁸ Bei den Besitznachfolgerechten besteht der Titel häufig in einem *mehrseitigen Schenkungsvertrag*. Ein **Verfügungsgeschäft**, das unter einer **aufschiebenden Bedingung** oder einer **aufschiebenden Befristung** geschlossen wird, ist **tatbestandsmäßig noch nicht zur Gänze vollendet**.⁴⁹ Der Eintritt der

36 Dazu ua *von Thur*, AT II/2, 296; vgl weiters *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft 99.

37 ZB *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs⁴ (2016) Rz 1281; *Brox/Walker*, BR AT⁴¹ Rz 613; *Hübner*, AT² Rz 360; dieser Gedanke findet sich – zumindest implizit – schon bei *von Thur*, AT I 184. Aus der österreichischen Literatur insb: *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Band I¹⁵ (2018) Rz 1320 („Der entscheidende Gesichtspunkt ist, dass der Vorbehaltskäufer selbständig – ohne auf Mitwirkung des Verkäufers angewiesen zu sein – den Eigentumsübergang bewirken kann“).

38 *Forkel*, Anwartschaftsrecht 25, 101; vgl auch *von Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II/1, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft (1914) 18; *Georgiades*, Eigentumsanwartschaft 98.

39 So *Forkel*, Anwartschaftsrecht 25, der damit zugleich eine Definition des subjektiven Rechts liefert. Anmerkungen durch den Verfasser.

40 So etwa *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil⁸ (2018) Rz 10/16; s ferner *von Thur*, AT II/1, 19 mwN. Krit zur Bezeichnung als „Vorwirkungen“ *Wolff/Neumer*, AT¹¹ Rz 52/43 Fn 66 (besser: „Sofortwirkungen“).

41 *Raiser*, Anwartschaften 10; *Forkel*, Anwartschaftsrecht 26; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 278.

42 Vgl *Forkel*, Anwartschaftsrecht 26; *von Thur*, AT I 183.

43 *Forkel*, Anwartschaftsrecht 26; vgl *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 209.

44 Wie etwa durch die Herbeiführung des Bedingungseintritts beim Eigentumsvorbehalt oder einer Sicherungsübereignung (jeweils Potestativbedingungen).

45 IdS auch *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 1320; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 255 f.

46 Vgl *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 383; *P. Bydlinski*, AT⁸ Rz 5/12; *Gschntzer*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² (1992) 483; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I/1², Allgemeiner Teil (1951) 288. Zum deutschen Recht ua *Bork*, AT⁴ Rz 445 ff.

47 Gleiches gilt im Übrigen für die bedingte oder befristete Übertragung eines Forderungsrechts (zB *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1392 Rz 3; *Neumayr* in *KBB*⁵ § 1392 Rz 5).

48 *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 388 ff; *P. Bydlinski*, AT⁸ Rz 5/15; *Gschntzer*, AT² 484; s ferner *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 380 Rz 1; *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1392 Rz 3.

49 S bereits *von Thur*, AT II/2, 291 und auch *Gschntzer* in *Klang* III² 662.

Rechtsfolgen, in concreto der Übergang des Eigentums, soll nach dem Willen der Parteien bis zu einem bestimmten Ereignis aufgeschoben sein. Die Kontrahenten sind, sobald sie sich geeinigt haben, **rechtsgeschäftlich gebunden**, auch wenn der endgültige **Rechtsübergang** aufgrund der aufschiebenden Bedingung oder der aufschiebenden Befristung **hinausgeschoben** ist. Keine der Parteien ist berechtigt, das Verpflichtungs- oder das Verfügungsgeschäft nachträglich zu widerrufen.⁵⁰ Sobald die aufschiebende Bedingung eingetreten oder die aufschiebende Befristung abgelaufen ist, geht das (Eigentums-)Recht **ipso iure** auf den Erwerber über.⁵¹ Die Übergabe muss allerdings zu diesem Zeitpunkt bereits erfolgt sein (sonst stünde noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal aus). Solange die aufschiebende Bedingung noch nicht eingetreten (oder die aufschiebende Befristung nicht abgelaufen) ist, besteht ein **Schwebezustand**⁵², der für den aufschiebend Berechtigten mit **Risiken** verbunden ist. Es besteht insb die Gefahr, dass der zukünftige Rechtserwerb des aufschiebend Berechtigten vom auflösend Berechtigten durch **Zwischenverfügungen** vereitelt wird.

§ 442 Satz 3 ABGB macht allerdings für das österreichische Recht in nicht zu überbietender Deutlichkeit klar, dass „*niemand einem andern mehr Recht abtreten [kann], als er selbst hat*“.⁵³ Der auflösend bedingt Berechtigte kann folglich demjenigen, der die Sache von ihm erwirbt, **mangels Verfügungsbefugnis** derivativ nicht mehr als ein auflösend bedingtes Eigentumsrecht verschaffen.⁵⁴

Schon Zeiller⁵⁵ hat festgehalten, dass „*der Eigentümer solche Rechte, die er selbst nicht hatte, oder ein ausgedehnteres Recht, als ihm in der Sache zustand, [nicht] auf seinen Nachfolger übertragen [kann]; aus der einleuchtenden Wahrheit, daß man das, was man selbst nicht hat, einem andern nicht abtreten könne. So kann der Uebernehmer eines Miteigentumes, oder eines unvollständigen, oder beschränkten Eigentumes, nur eben dasselbe erlangen*“.⁵⁶

Aus § 442 Satz 3 ABGB folgt also ua, dass ein Miteigentümer einem Dritten nicht derivativ Alleineigentum verschaffen kann. Ebenso kann der Eigentümer einer mit einem beschränkten dinglichen Recht (zB Pfand oder Servitut) belasteten Sache derivativ kein unbelastetes Eigentum übertragen. Der in § 442 Satz 3 ABGB enthaltene Rechtssatz bezieht sich mE auch auf **bedingte oder befristete Verfügungen** (wie insb Übereignungen oder auch Zessionen). Wer sich hingegen „nur“ verpflichtet hat, dem steht immer noch die Möglichkeit offen, anderweitige rechtsgeschäftliche Verpflichtungen einzugehen und Verfügungen über die Sache zu treffen, wie dies insb bei *Doppelveräußerungen* der Fall ist.⁵⁷

Die **Begründung** hierfür ist einfach: Der Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts führt – wie erwähnt – lediglich zur Begründung von Ansprüchen. Die Zuordnung bereits bestehender Rechte wird aber aufgrund des Verpflichtungsgeschäfts noch nicht verändert (§ 425 ABGB). Erst das Verfügungsgeschäft dient dazu, die bislang bestehende Rechtslage unmittelbar zu gestalten.⁵⁸ Man kann sich also grundsätzlich mehrfach

50 *Spielbüchler*, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973) 112 f; *F. Bydlinski* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV/2² (1978) 375; vgl auch *Rummel* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴, Teilband §§ 859 – 916, Vertragsrecht (2014) § 897 Rz 7; aA *Riss*, Die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts – neue Gedanken zu einer alten Streitfrage, ÖBA 2010, 215 (224 ff) und *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht (1867) 9 Fn 17, die das Verfügungsgeschäft für widerruflich halten. Die hL zum deutschen Recht verneint eine Bindung an die Einigung iSd § 929 BGB; zB *Wolff/Raiser*, Sachenrecht¹⁰ (1957) 240; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht¹⁸ (2009) Rz 5/36; hingegen für die Unwiderruflichkeit der Einigung *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 37/11 f; *Wieling*, Sachenrecht I² 37 f.

51 *Beclin* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), *Klang*³, Teilband §§ 897 – 916 (2011) § 897 Rz 2; vgl weiters *Riedler* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB, Band IV⁴ (2014) § 897 Rz 4; *Gschmitzer* in *Klang* III² 656; zum deutschen Recht *Bork*, AT⁴ Rz 1268; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht¹⁰ 238.

52 *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 603; *Kietaibl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 897 Rz 29; *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 897 Rz 6; *P. Bydlinski* in *KBB*⁵ § 897 Rz 4; OGH 1 Ob 687/90 = JBl 1992, 594 (grundverkehrsbehördliche Genehmigung); OGH 1 Ob 290/97x = NZ 1999, 79 (Genehmigung der Übertragung von Weiderechten durch die Agrarbehörde); OGH 4 Ob 261/99g = RdW 2000, 275 (grundverkehrsbehördliche Genehmigung); OGH 7 Ob 13/15k (unveröffentlicht; grund-

verkehrsbehördliche Genehmigung); vgl auch *Wolff/Neuner*, AT¹¹ Rz 52/43; *Bork*, AT⁴ Rz 1268.

53 *Gschmitzer* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV/1² (1968) 322; *Kozioł*, Eigentumsvorbehalt und Schadenersatz wegen Sachbeschädigung, JBl 1968, 493 (496 Fn 19); *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, Gutachten zum 4. ÖJT, Band I/3 (1970) 65; *F. Bydlinski* in *Klang* IV/2² 561; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 250 f; s ferner *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 442 Rz 2; *Holzner* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴, Teilband §§ 285 – 446, Sachenrecht I (2016) § 442 Rz 2; *Eccher/Riss* in *KBB*⁵ § 442 Rz 2.

54 Vgl *Kozioł*, JBl 1968, 496 Fn 19; *F. Bydlinski* in *Klang* IV/2² 555; *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 244 f, 250 f; *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 1322. Zum deutschen Recht etwa *Bork*, AT⁴ Rz 455.

55 Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Band II/1 (1812) 244.

56 Anmerkungen durch den Verfasser.

57 *Gschmitzer* in *Klang* IV/1² 321; s ferner *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 430 Rz 1; *Holzner* in *Rummel/Lukas*⁴ § 430 Rz 1; *Eccher/Riss* in *KBB*⁵ § 430 Rz 1.

58 *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 385; *P. Bydlinski*, AT⁸ Rz 5/12; *Gschmitzer*, AT² 483; *ders* in *Klang* IV/1² 321; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 859 Rz 15; *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 859 Rz 21; *Ehrenzweig*, System I/1² 288; aus der deutschen Literatur etwa *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 1/20; *Medicus/Petersen*, AT¹¹ Rz 208; *Bork*, AT⁴ Rz 450.



dazu verpflichten, ein und dasselbe Recht zu übertragen (vgl § 923 ABGB)⁵⁹, aber nicht mehrfach über ein und dasselbe Recht verfügen, weil mit einer wirksamen rechtsgeschäftlichen Verfügung die Zuordnung des betroffenen Rechts verändert wird. Über ein nicht mehr vorhandenes Recht kann man folglich kein weiteres Mal verfügen (§§ 430 und 440 ABGB); nichts anderes besagt § 442 Satz 3 ABGB in abstrakter Weise.

Der **Verfügende** (zB Verkäufer, Zedent etc) **büßt mit dem Wirksamwerden der Verfügung** (Übereignung, Zession usw) seine bisherige **Rechtsmacht** ein, die ihm als Inhaber des Rechts (Eigentümer, Forderungsberechtigter etc) zugestanden hat. Um **verfügungsberechtigt** zu sein, muss man also entweder **Inhaber des Rechts** oder vom Inhaber des Rechts zur Verfügung ermächtigt worden sein (**Verfügungsermächtigung**).

Bei der Übereignung einer Sache kommt es **nicht bereits mit dem Abschluss des Verfügungsgeschäfts** zum angesprochenen **Verlust der „Verfügungsmacht“**.⁶⁰ Vielmehr treten die Rechtswirkungen des Verfügungsgeschäfts (also der „Rechtsänderungseffekt“) erst dann ein, wenn die Sache dem Erwerber übergeben wird. *Spielbüchler*⁶¹ hat zutreffend erkannt, dass das Verfügungsgeschäft gewissermaßen „*unter der ‚Rechtsbedingung‘ der Übergabe*“⁶² steht. Zur Untermauerung seiner Auffassung verweist er auf § 430 ABGB: „*Wird etwa die verkaufte Sache vor ihrer Übergabe neuerlich verkauft und dem Dritten übergeben, so erwirbt selbst bei späterer Übergabe an den ersten Käufer . . . der zweite, dem zuerst übergeben wurde*“. *F. Bydlinski*⁶³ hat sich dem ausdrücklich angeschlossen und spricht von der „Übergabe als **objektiv-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung**“⁶⁴ für das Verfügungsgeschäft.

Was für das **Wirksamwerden des Verfügungsgeschäfts** im Allgemeinen gilt und in § 430 ABGB speziell für die Problematik der Doppelveräußerung einer *beweglichen Sache* vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht wurde, muss mE auch im Besonderen bei bedingten oder befristeten Verfügungsgeschäften gelten. Der Verkäufer hat nach allgemeinen Prinzipien dann

zugunsten des Käufers verfügt, sobald die Übergabe der Kaufsache stattgefunden hat – das Eigentum und die Preisgefahr gehen damit auf den Käufer über. MaW: Die Verfügungswirkung eines (unbedingten und unbefristeten) Verfügungsgeschäfts greift in der „juristischen Sekunde“ der Übergabe. Welche Übergabeart (§§ 426 ff ABGB) von den Parteien gewählt wurde, ist dabei gleichgültig.⁶⁵

Betrachtet man eine **auflösend bedingte oder auflösend befristete Übereignung**, wie sie bei den Besitznachfolgerechten im Verhältnis zwischen dem Übergeber (A) und dem „zeitlichem Eigentümer“ (B) stattfindet, so bestehen mE keine Bedenken dagegen, § 442 Satz 3 ABGB zur Anwendung zu bringen.⁶⁶ Da der Übergeber (A) – wie gesagt – bloß auflösend bedingt oder auflösend befristet zugunsten des „zeitlichen Eigentümers“ (B) verfügt hat, erwirbt B kein quantitativ unbeschränktes Eigentumsrecht (dies gilt bekanntlich auch bei der auflösend bedingten Sicherungsübereignung). Genauso wie der Verkäufer dem Zweitkäufer kein Eigentum mehr verschaffen kann, sobald er die (bewegliche) Kaufsache dem Erstkäufer übergeben hat (§ 430 ABGB e contrario), kann ein auflösend bedingt oder auflösend befristet berechtigter Eigentümer (wie in praxi vor allem der auflösend bedingt berechtigte Vorbehaltsverkäufer oder der auflösend bedingt berechtigte Sicherungsnehmer beim Sicherungseigentum) nur mehr auflösend bedingtes oder auflösend befristetes Eigentum an den Zweitkäufer übertragen.

Im Fall einer **aufschiebend bedingten oder aufschiebend befristeten Übereignung**, wie bei Besitznachfolgerechten im Verhältnis zwischen dem Übergeber (A) und dem Besitznachfolgeberechtigtem (C), bestehen freilich gewisse **Unterschiede**: Ein aufschiebend bedingtes oder aufschiebend befristetes Verfügungsgeschäft ist zwar für die Parteien bindend⁶⁷; die „dinglichen“ Rechtswirkungen des Verfügungsgeschäfts (Übertragung des Eigentumsrechts auf den Erwerber) sind aber kraft privatautonomer Willenseinigung aufgeschoben⁶⁸. An dieser Stelle drängt sich also die Frage auf, welche **gegenwärtige Rechtsposition** dem Erwer-

59 *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 108; *Mayrhofer*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/1³, Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren (1986) 7; vgl auch *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 217.

60 Zum angesprochenen Verlust der bisherigen Rechtsmacht kommt es erst dann (und wirklich nur dann!), wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. 1. Der Veräußerer muss Eigentümer oder von diesem zur Verfügung ermächtigt worden sein. 2. Objektiv gültiges Verpflichtungsgeschäft. 3. Verfügungsgeschäft. 4. Modus.

61 JBl 1971, Übereignung durch mittelbare Leistung, 589 (593 f); *ders*, Schuldverhältnis 111.

62 Hervorhebung durch den *Verfasser*.

63 In *Klang* IV/2² 375.

64 Hervorhebung durch den *Verfasser*.

65 Vgl *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 430 Rz 1; *Holzner* in *Rummell/Lukas*⁴ § 430 Rz 2.

66 IdS etwa auch *Holzner*, Zur auflösend bedingten und befristeten Übereignung beweglicher Sachen, in *Wagner/Bergthaler* (Hrsg), FS Kerschner (2013) 281 (291 f); vgl weiters *Spielbüchler*, Das Prinzip der kausalen Tradition, in *Fischer-Czermak/Hopfl/Kathrein/Schauer* (Hrsg), FS 200 Jahre ABGB, Band II (2011) 1433 (1449).

67 *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 112 f; *F. Bydlinski* in *Klang* IV/2² 375; s weiters *Rummell* in *Rummell/Lukas*⁴ § 897 Rz 7.

68 Wie dies allgemein für aufschiebende Bedingungen und aufschiebende Befristungen gilt: *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 603; *Riedler* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ § 897 Rz 4; RIS-Justiz RS0012689.

ber vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder Ablauf der Befristung zukommt. Zunächst steht ja nur fest, dass er noch nicht zum Eigentümer geworden ist, weil die Parteien den Rechtsübergang übereinstimmend an eine zusätzliche, zunächst noch ausständige Tatbestandsvoraussetzung (Bedingungseintritt oder Fristablauf) geknüpft haben.

Bei den **Besitznachfolgerechten**, die aus Sicht des Besitznachfolgeberechtigten (C) im Regelfall **aufschiebend befristet** sind, braucht dieser bloß den Ablauf der vorgesehenen Zeit abzuwarten. Sein Rechtserwerb steht ab erfolgter Übergabe fest (und ist damit sogar sicherer als der künftige Eigentumserwerb durch den Käufer beim Vorbehaltskauf). Kommt dem Besitznachfolgeberechtigten (C) eine **aufschiebend bedingte** Berechtigung zu, dann steht sein zukünftiger Rechtserwerb zwar nicht mit Sicherheit fest (vgl § 696 Satz 1 ABGB). Der auflösend Berechtigte, also der „zeitliche Eigentümer“ (B), hat dennoch keine Möglichkeit mehr, die Rechtsstellung des aufschiebend Berechtigten (C) einseitig durch Zwischenverfügungen zu beeinträchtigen (aufgrund seiner materiell-rechtlichen Beschränkung durch § 442 Satz 3 ABGB). Dem aufschiebend bedingt berechtigten Erwerber, in den hier interessierenden Fällen dem Besitznachfolgeberechtigten (C), steht daher eine **rechtlich gesicherte Erwerbsposition** zu, die man als **Anwartschaftsrecht** oder aufschiebendes Eigentum bezeichnen könnte.

Zu bedenken ist ferner, dass der Übergeber (A) dem „zeitlichen Eigentümer“ (B) kein unbeschränktes, sondern bloß ein auflösendes Eigentumsrecht übertragen hat. Den bei ihm verbliebenen „Eigentumsrest“ überträgt der Übergeber (A) auf einen Dritten, den Besitznachfolgeberechtigten (C). **Ab erfolgter Übergabe** an den Besitznachfolgeberechtigten (C) hat der Übergeber (A) alle Voraussetzungen dafür geschaffen, dass C in Zukunft Eigentum an der vom Besitznachfolgerecht betroffenen Sache erwirbt. Der gesetzliche Erwerbstatbestand ist an sich bereits vollendet; bei der aufschiebenden Bedingung oder der aufschiebenden Befristung handelt es sich um eine (privatautonom beigefügte) zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung für die Übereignung. Der Akt der Übergabe ist abgeschlossen, das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft sind bereits bindend, sodass der Eintritt der Bedingung oder der Ablauf der Frist zum automatischen Übergang des Eigentums führt.⁶⁹ Es würde in dieser Situation nicht

einmal schaden, wenn der „zeitliche Eigentümer“ (B) nicht mehr im Besitz der vom Besitznachfolgerecht betroffenen Sache ist.⁷⁰

In der Zeit **vor der Übergabe** hat der Erwerber (B) nur ein **Forderungsrecht** und ist daher einem möglichen obligationswidrigen Verhalten seines Vertragspartners (A) weitgehend schutzlos ausgeliefert (abgesehen von einer denkbaren Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte). Nach der Übergabe der Sache an B könnte ein Zweitkäufer (D) von A jedenfalls nur mehr originär unbeschränktes Eigentum erwerben. Verkauft oder verschenkt der auflösend bedingt oder auflösend befristet berechtigte Eigentümer (B) die Sache, so kann er einem Dritten (D) derivativ kein unbeschränktes Eigentumsrecht verschaffen (§ 442 Satz 3 ABGB). Ist es wegen Unredlichkeit oder der Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts zu keinem gutgläubigen Erwerb gekommen, dann verliert der Dritte (D) sein Eigentumsrecht mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung oder dem Ablauf der auflösenden Befristung an A (genau wie auch B sein Eigentumsrecht an A verloren hätte). Der aufschiebend bedingt oder aufschiebend befristet Berechtigte (A) wird eo ipso wieder zum Eigentümer.

8. . . . und an Liegenschaften

Bei **Liegenschaften** stellt § 440 ABGB für das Problem der Doppelveräußerung nicht auf den eigentlichen Übergabeakt iSd § 431 ABGB, die Intabulation, ab, sondern auf das **Einlagen des Einverleibungsgesuchs** beim Grundbuchsgericht (vgl auch § 29 Abs 1 GBG). Damit rückt das Gesetz das **grundbuchsrechtliche Rangprinzip** deutlich wahrnehmbar in den Vordergrund. Die „rechtliche Übergabe“ (also die Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuch) ist – entgegen § 430 ABGB – nicht maßgeblich.⁷¹ Vielmehr soll durch § 440 ABGB derjenige geschützt werden, der im Ergebnis den **besseren Rang** für sich in Anspruch nehmen kann. Dies wirkt sich dahingehend aus, dass bei konkurrierenden Ansuchen um die Einräumung des gleichen dinglichen Rechts der frühere Einverleibungsgesuch dem späteren vorgeht („prior tempore, potior iure“).⁷² Inhaltlich handelt sich dabei – wie oben schon zu § 430 ABGB bemerkt – um eine Art **Konkretisierung des § 442 Satz 3 ABGB**: Der Veräußerer, der bereits über sein Recht verfügt hat, kann dieses Recht einem Zweiten nicht mehr

69 *Spielbüchler* in FS 200 Jahre ABGB II 1449; *Holzner* in *Rummell/Lukas*⁴ § 428 Rz 7.

70 *Spielbüchler* in FS 200 Jahre ABGB II 1449; *Holzner* in *Rummell/Lukas*⁴ § 428 Rz 7.

71 *Holzner* in *Rummell/Lukas*⁴ § 440 Rz 1.

72 Vgl *H. Demelius*, Österreichisches Grundbuchsrecht (1948) 69 ff (mit Darstellung der geschichtlichen Entwicklung); *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I/2², Das Sachenrecht (1957) 121; *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 1153; *Rassi* in *Kodek* (Hrsg), Kommentar zum Grundbuchsrecht² (2016) § 29 GBG Rz 2. Dazu auch *Wieling*, Sachenrecht I² 22 (aus der Perspektive des deutschen Rechts).



übertragen.⁷³ Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, dass nicht die Intabulation, sondern das frühere Gesuch den Ausschlag geben soll. Zeiller⁷⁴ hat dies damit begründet, dass „die ordnungswidrige frühere Einverleibung des späteren Gesuchstellers dem Rechte des früheren keinen Eintrag thun kann“.

Ein aufschiebendes (Eigentums-)Recht, wie jenes des Besitznachfolgeberechtigten (C), kann im Grundbuch weder einverleibt noch vorgemerkt werden.⁷⁵ Nach überwiegender Auffassung⁷⁶ besteht allerdings die Möglichkeit, eine auflösende Eigentumsbeschränkung durch eine **Anmerkung iSd § 20 lit a GBG** im Grundbuch kenntlich zu machen. Dies wird damit begründet, dass die Anmerkung nach § 20 lit a GBG zwar nach dem Wortlaut primär der **Ersichtlichmachung von persönlichen Verhältnissen** (zB Minderjährigkeit) zu dienen scheint, aber nach hM⁷⁷ auch Verfügungsbeschränkungen des Berechtigten von dieser Bestimmung erfasst seien (daher wird bei der Nacherbschaft das sog „Substitutionsband“ mittels Anmerkung im Grundbuch eingetragen). Da eine bloß auflösende Eigentümerstellung ganz zwangsläufig Verfügungsbeschränkungen des Rechtsinhabers mit sich bringt (§ 442 Satz 3 ABGB), seien auch die Besitznachfolgerechte durch Anmerkung iSd § 20 lit a GBG einzutragen. Die **Rechtswirkung** einer Anmerkung gem § 20 lit a GBG besteht darin, dass „wer immer in der betreffenden Grundbucheinlage eine Eintragung erwirkt, sich auf die Unkenntnis dieser Verhältnisse nicht berufen kann“.

Gem § 94 Abs 1 Z 2 GBG hat das Grundbuchgericht das Grundbuchgesuch sowie dessen Beilagen einer genauen Prüfung zu unterziehen und darf eine grundbücherliche Eintragung nur dann bewilligen,

wenn „kein begründetes Bedenken gegen die persönliche Fähigkeit der bei der Eintragung Beteiligten zur Verfügung über den Gegenstand, den die Eintragung betrifft, . . . vorhanden ist“. Bestehen Bedenken gegen die **Verfügungsfähigkeit** des Buchberechtigten, weil das Bestehen eines Besitznachfolgerechts nach § 20 lit a GBG im Eigentumsblatt (vgl § 10 Abs 1 AllgGAG) angemerkt wurde, so ist das Grundbuchgericht von Amts wegen dazu verpflichtet, die begehrte Eintragung zu verweigern.⁷⁸

Da der Anmerkung nach § 20 lit a GBG **kein unbeschränkter Vertrauensschutz** zukommt, wirken im materiellen Recht angelegte Verfügungsbeschränkungen ungeachtet ihrer Anmerkung im Grundbuch.⁷⁹ Dies rührt vor allem daher, dass die Anmerkung nach § 20 lit a GBG nur deklarativ wirkt.⁸⁰

Wurde das Besitznachfolgerecht im Eigentumsblatt angemerkt, kann der Besitznachfolgeberechtigte mE – wie der Nacherbe⁸¹ – jede nachfolgende Einverleibung mit **Löschungsklage** bekämpfen, die seine zukünftige Rechtsstellung beeinträchtigen würde.⁸² Alternativ zur Löschungsklage kann der Besitznachfolgeberechtigte **Rekurs** erheben.⁸³ Die **grundbücherliche Sicherung** des Besitznachfolgeberechtigten (C) beruht nach der hier vertretenen Auffassung (wie beim Nacherben) auf der **materiell-rechtlichen Beschränkung des Eigentumsrechts** des auflösenden Berechtigten (B) gem § 442 Satz 3 ABGB und seiner **rechtlich gesicherten Erwerbssposition** (dazu sogleich).⁸⁴

Der **künftige Rechtserwerb** des aufschiebend bedingt oder aufschiebend befristet berechtigten Besitznachfolgeberechtigten (C) ist mE **wirksam abgesichert**, sobald er – was in der Praxis regelmäßig der Fall sein wird⁸⁵ – über einen gültigen **Erwerbstitel sowie über**

73 Dass § 442 Satz 3 ABGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch für Rechte an unbeweglichen Sachen gilt, ist mE nicht zu bezweifeln.

74 Commentar II/1, 242.

75 Mader in *Kletečkal/Schauer*, ABGB-ON¹⁰² § 431 Rz 11; Holzner in *Rummell/Lukas*⁴ § 431 Rz 22; Rassi in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 10 GBG Rz 26; Weigand in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 31 GBG Rz 33; vgl auch Höller in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 8 GBG Rz 4; Welser/*Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 1127; OGH 5 Ob 339/61 = SZ 34/192; OGH 3 Ob 18/82 = SZ 55/58; OGH 5 Ob 295/04z = JBI 2005, 454 (*Rummel*); RIS-Justiz RS0060269.

76 OGH 5 Ob 48/67 = SZ 40/94; OGH 5 Ob 84/95 = JBI 1997, 165 (*Spielbüchler*); OGH 5 Ob 131/15y = NZ 2016, 337; OGH 3 Ob 54/17p = JBI 2018, 101; OGH 5 Ob 209/17x = NZ 2018, 295 (*Spielmann*); OGH 5 Ob 36/18g = Zak 2018, 313; RIS-Justiz RS0083800; *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 20 GBG Rz 34.

77 Rassi, Grundbuchsrecht² (2013) Rz 163; vgl auch *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 20 GBG Rz 11. S ferner *Kletečkal/Holzinger* in *Kletečkal/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁴ § 613 Rz 21.

78 Vgl allgemein *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 94 GBG Rz 39 ff; *Ehrenzweig*, System I/2² 113 f.

79 So *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 20 GBG Rz 11; *Ehrenzweig*, System I/2² 113.

80 *Hofmeister* in FS Kralik 402; *Fischer-Czermak*, Veräußerungsverbot und Besitznachfolgerechte, in *Ogris/Rechberger* (Hrsg), GedS Hofmeister (1996) 169 (176); *Rassi*, Grundbuchsrecht² Rz 162; *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 20 GBG Rz 11; idS auch schon *Randa*, Das Eigentumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Werthpapiere des Handelsrechtes nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher, Band I² (1893) 513 f; aA *Eccher*, Anmerkungen und Ersichtlichmachungen im Grundbuch, in *Kralik/Rechberger* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Grundbuchsrechtes, Band I/2 (1984) 66 (78).

81 *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 61 GBG Rz 23; OGH 1 Ob 210/68 = SZ 41/151; RIS-Justiz RS0008192.

82 Vgl *Ehrenzweig*, System I/2² 113 f; *Eccher* in *Kralik/Rechberger*, Aktuelle Probleme I/2, 81 f; *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 20 GBG Rz 13.

83 Vgl *Eccher* in *Kralik/Rechberger*, Aktuelle Probleme I/2, 82; *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 20 GBG Rz 13; aA *Ehrenzweig*, System I/2² 114 Fn 35 (lediglich Rekurs).

84 Vgl *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 61 GBG Rz 23.

85 Da die Besitznachfolgerechte nach der hier vertretenen Auffassung typischerweise auf einem dreiseitigen Vertrag beruhen, wird der Besitznachfolgeberechtigte (C) wie auch der „zeitlicher Eigentümer“ (B), der bereits im Grundbuch eingetragen wurde, über eine einverleibungsfähige Titelurkunde verfügen.



einverleibungsfähige Grundbuchsurkunden verfügt. Dann hängt die zukünftige Eintragung seines Eigentumsrechts nämlich nur mehr von ihm selbst ab. Bei *aufschiebenden Befristungen* braucht er bloß abzuwarten und nach Fristablauf beim Grundbuchsgericht um Einverleibung anzusuchen. Ist sein Recht *aufschiebend bedingt*, muss der Eintritt der Bedingung durch eine den Vorschriften der §§ 26 ff GBG entsprechende Urkunde nachgewiesen werden.⁸⁶ Entscheidend ist, dass ihm de facto **niemand mehr im Rang zuvorkommen kann.** Diese teleologische Erwägung steckt erkennbar hinter § 440 ABGB: **Derjenige, der – aus welchem Grund auch immer – mit dem besten Rang ins Grundbuch gelangen kann, verdient den gleichen Schutz wie ein Eigentümer.**⁸⁷

9. Zusammenfassung

1. Bei den Besitznachfolgerechten handelt es sich um **vertragliche Nachbildungen der Nacherbschaft**; ihr **Zweck** besteht primär darin, dem Besitznachfolgeberechtigten (C) möglichst die **Rechtsstellung eines Nacherben** zu verschaffen. Lässt sich ein solcher Parteilille feststellen, was in der Praxis häufig zutreffen wird, ist dieser unbedingt beachtlich. Die Missachtung des Vertragszwecks stellte eine Verletzung der **Privatautonomie** dar und bedürfte einer besonderen Rechtfertigung durch die Rechtsordnung.

2. Hält man die Besitznachfolgerechte – wie die Nacherbschaft – für einen **Anwendungsfall von „zeitlich beschränktem Eigentum“**, so hätte dies gravierende **praktische Auswirkungen**: Der „zeitliche Eigentümer“ (B) unterläge einer absolut wirkenden **Verfügungsbeschränkung** hinsichtlich der vom Besitznachfolgerecht betroffenen Sache (arg § 442 Satz 3

ABGB). Außerdem käme der Besitznachfolgeberechtigte (C) zB in den Genuss einer in praxi besonders bedeutsamen **exekutions- und insolvenzrechtlichen Privilegierung.**

3. Die Voraussetzung dafür ist freilich, dass die Privatrechtsordnung die aufschiebende Rechtsposition des Besitznachfolgeberechtigten (C) bereits schützt. Bei den **Besitznachfolgerechten**, die im Regelfall aufschiebend befristet sind, braucht der Besitznachfolgeberechtigte (C) bloß den Ablauf der vorgesehenen Zeit abzuwarten. Sein Rechtserwerb steht **ab erfolgter Übergabe** fest (und ist damit sogar sicherer als der künftige Eigentumserwerb durch den Käufer beim Vorbehaltskauf). Kommt dem Besitznachfolgeberechtigten (C) eine aufschiebend bedingte Berechtigung zu, dann steht sein zukünftiger Rechtserwerb zwar nicht mit Sicherheit fest (vgl § 696 Satz 1 ABGB). Der auflösend Berechtigte, also der „zeitliche Eigentümer“ (B), hat dennoch keine Möglichkeit mehr, die Rechtsstellung des aufschiebend Berechtigten (C) auf einseitige Weise zu beeinträchtigen (aufgrund seiner materiell-rechtlichen Beschränkung durch § 442 Satz 3 ABGB). Dem aufschiebend bedingt berechtigten Erwerber, in den hier interessierenden Fällen dem Besitznachfolgeberechtigten (C), steht daher eine **rechtlich gesicherte Erwerbsposition** zu, die man – wie oben schon einmal erwähnt – als **Anwartschaftsrecht** oder aufschiebendes Eigentum bezeichnen könnte.

4. Bei Liegenschaften ist der **künftige Rechtserwerb** des Besitznachfolgeberechtigten (C) **wirksam abgesichert**, sobald er über einen gültigen **Erwerbstitel sowie über einverleibungsfähige Grundbuchsurkunden verfügt.** Entscheidend ist, dass ihm aufgrund der Anmerkung des Besitznachfolgerechts im Eigentumsblatt de facto **niemand mehr im Rang zuvorkommen kann.**

⁸⁶ *Hagleitner* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 26 GBG Rz 8; *Weigand* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 31 GBG Rz 32.

⁸⁷ Ähnlich bereits zur Ranganmerkung *Spielbüchler*, Rangordnungsbeschluss und Streitmerkung, JB1 1997, 138 (146 ff). IdS wohl auch *Holzner* in *Rummell/Lukas*⁴ § 431 Rz 22.