

1. Einleitung

1.1 Allgemeines

Der Grundsatz „Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“ war bereits im römischen Sachenrecht fest verankert und gilt auch für das österreichische Zivilrecht (§ 442 ABGB). Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich insbesondere beim Gutglaubenserwerb: Eigentum und sonstige dingliche Rechte können auch erworben werden, wenn die Berechtigung des Vormannes fehlt. Ist im Folgenden nur vom Eigentum, Eigentümer oder Eigentumserwerb die Rede, so steht dies im Sinne eines besseren Leseflusses stellvertretend (zumeist) auch für sonstige dingliche Rechte, deren Berechtigte und deren Erwerb.

An einem solchen Gutglaubenserwerb sind drei Personen beteiligt: Der wahre Eigentümer verliert durch den Gutglaubenserwerb seine absolut geschützte Rechtsposition. Ein gutgläubiger Dritter erwirbt durch den Gutglaubenserwerb originär Eigentum an der Sache. Zwischen dem wahren Eigentümer und dem gutgläubigen Dritten steht der unberechtigt über das Eigentum des wahren Eigentümers Verfügende, der Vormann des gutgläubigen Dritten. Zwecks besserer Verständlichkeit bezeichnet in der Folge A den wahren Eigentümer, B den unberechtigt über das Eigentum des A Verfügenden („Vormann des C“) und C den Dritten, der im Fall der Gutgläubigkeit originär Eigentum an der Sache erwerben kann. Die Gutglaubensbestimmungen regeln den Konflikt zwischen dem wahren Eigentümer (A) und dem Dritten (C). Behält der wahre Eigentümer (A) sein Recht oder wird ihm dieses entzogen und dem gutgläubigen Dritten (C) zugeordnet? Je nach Zuordnung des Eigentumsrechts wird entweder der Eigentümer (A) oder der Erwerber (C) auf bloß obligatorische Ausgleichsansprüche gegen den nicht berechtigten Veräußerer (B) verwiesen.

Der gutgläubige Mobiliarerwerb insbesondere nach § 367 ABGB ist ein in der Literatur viel behandeltes Thema.¹ Ein Gutglaubenserwerb ist aber nicht nur an beweglichen Sachen, sondern auch an unbeweglichen Sachen möglich. Das Ausmaß der wissenschaftlichen Durchdringung des Gutglaubenserwerbs an Liegenschaften insbesondere nach §§ 61 ff GBG ist im Vergleich zu jenem beim gutgläubigen Mobiliarerwerb gering, wenngleich viele Fragen ungeklärt sind.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist nicht die Beantwortung einer bestimmten sogenannten „Kernfrage“, sondern die systematische Darstellung und umfassende Analyse der gutgläubigen Erwerbsmöglichkeiten an Liegenschaften nach §§ 61 ff GBG.

1 Am ausführlichsten zuletzt *Karner*, Mobiliarerwerb (2006).

1.2 Gang der Untersuchung

Am Anfang der Arbeit sollte in einem Einleitungskapitel (Kapitel 2) ein Überblick über die Erwerbsmöglichkeiten im guten Glauben nach österreichischem Recht sowohl an beweglichen als auch an unbeweglichen Sachen geboten werden. Dazu werden einerseits die Gutglaubensbestimmungen des österreichischen Rechts in ihren Grundzügen überblicksartig dargestellt (Kapitel 2.1). Andererseits wird bereits in diesem einleitenden Kapitel auch die rechtspolitische Rechtfertigung des Gutglaubenserwerbs behandelt (Kapitel 2.2), weil sich diese im Rahmen der Analyse von großer Bedeutung erweist.

Nach diesem Einleitungskapitel erfolgt mit Kapitel 3 der Einstieg in das Kernthema. Es werden denkbare Fälle des Gutglaubenserwerbs nach §§ 61 ff GBG beschrieben. Da die §§ 61 ff GBG den Gutglaubenserwerb im Rahmen der Bestimmungen zur Löschungsklage regeln und der Gutglaubenserwerb eines Dritten dann unanfechtbar wird, wenn innerhalb bestimmter Fristen keine Löschungsklage erhoben wird, ist vorab zu klären, in welchen Fällen eine Löschungsklage zulässig ist und welche Fälle des Gutglaubenserwerbs damit grundsätzlich von dieser Bestimmung geregelt werden (Kapitel 3.1.1). Weiters sind als Vorfragen zu klären, ob in jedem Fall der Zulässigkeit der Löschungsklage auch ein Gutglaubenserwerb erforderlich ist (Kapitel 3.1.2) und wer überhaupt Dritter ist Bestimmungen ist und somit als gutgläubiger Erwerber in Betracht kommt (Kapitel 3.1.3). Erst nach Beantwortung dieser Vorfragen wird auf denkbare Fallkonstellationen des gutgläubigen Liegenschaftserwerbs nach §§ 61 ff GBG eingegangen (Kapitel 3.2 – 3.6).

Kapitel 4 widmet sich den Fristen der §§ 63, 64 GBG. In einem ersten Schritt wird der Anwendungsbereich und die Länge der Frist sowohl nach § 63 GBG als auch nach § 64 GBG dargestellt (Kapitel 4.2 und 4.3). Im nächsten Schritt wird die Bedeutung der Fristen untersucht (Kapitel 4.4). Dabei ist vor allem zu klären, ob der Ablauf der Fristen eine Voraussetzung für den Gutglaubenserwerb ist und folglich ein Erwerb vor Ablauf dieser Fristen ausgeschlossen ist oder der Fristablauf lediglich als Negativvoraussetzung für die Anfechtungsmöglichkeit des ursprünglich Berechtigten zu qualifizieren ist und der Rechtserwerb durch einen gutgläubigen Dritten auch schon vor ungenütztem Ablauf der Fristen eintritt.

Einen wesentlichen Teil der Arbeit bildet das folgende Kapitel 5 zur Redlichkeit. Dieses gliedert sich (die einleitenden allgemeinen Ausführungen ausgenommen) in fünf Teile. Da eine spezielle Bestimmung fehlt, die normiert, was unter Redlichkeit im Zusammenhang mit dem Gutglaubenserwerb nach dem GBG zu verstehen ist, ist der allgemeine Redlichkeitsbegriff nach § 326 ABGB heranzuziehen, der im ersten Teil (Kapitel 5.2) ausführlich untersucht wird. Im nächsten Teil wird geprüft, wann der gute Glaube gegeben sein muss (Kapitel 5.3). Dabei wird insbesondere auch auf den Sonderfall der Anmerkung der Rangordnung (Kapitel 5.3.4) eingegangen. So dann wird im dritten Teil (Kapitel 5.4) die Frage behandelt, ob die Kenntnis vom Rechtscheintatbestand, konkret dem Grundbuchsstand, eine Voraussetzung für die Redlichkeit ist. Mit der Frage, ob und inwieweit Nachforschungsobligationen anzunehmen sind, setzt sich der vierte Teil (Kapitel 5.5) auseinander. Mit der Frage nach der Beweislast schließt der fünfte Teil (Kapitel 5.6) das Kapitel zur Redlichkeit ab.

1.2 Gang der Untersuchung

In Kapitel 6 wird anschließend die strittige Frage untersucht, ob ein Gutglaubenserwerb nach Grundbuchgesetz auch unentgeltlich möglich ist oder gleich wie beim gutgläubigen Mobiliarerwerb nach § 367 ABGB nur der entgeltliche Erwerb geschützt wird.

Das 7. und letzte Kapitel der Arbeit beschäftigt sich schließlich mit der Frage, ob der Stehsatz, dass der Schutz des Vertrauens auf die öffentlichen Bücher nur den rechtsgeschäftlichen, nicht aber den exekutiven Erwerb umfasst, zutrifft oder nicht.

Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (Kapitel 8).

2. Gutgläubiger Erwerb im Überblick

2.1 Übersicht zu den Gutglaubensbestimmungen

Für ein tiefergehendes Verständnis der folgenden Arbeit scheint zu Beginn ein kurzer Überblick über die Erwerbsmöglichkeiten im guten Glauben nach österreichischem Recht sowohl an beweglichen als auch an unbeweglichen Sachen hilfreich. Hierbei handelt es sich lediglich um eine überblicksartige Darstellung der Grundzüge der jeweiligen Bestimmungen, die dem Leser den Einstieg erleichtern soll. Auf eine Diskussion strittiger Fragen wird an dieser Stelle verzichtet. Auf die Möglichkeiten der Ersitzung wird nicht eingegangen, auch wenn hierfür Redlichkeit erforderlich ist.

2.1.1 Eigentum an beweglichen Sachen

2.1.1.1 § 367 ABGB

Die zentrale Gutglaubensbestimmung des österreichischen Rechts findet sich in § 367 ABGB.² Nach § 367 Abs 1 ABGB ist die Eigentumsklage gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer beweglichen Sache abzuweisen, wenn er beweist, dass er die Sache gegen Entgelt in einer öffentlichen Versteigerung, von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder von jemanden erworben hat, dem sie der vorherige Eigentümer anvertraut hat. In diesen Fällen kommt es zum Eigentumserwerb.

Anwendungsbereich dieser Regelung sind bewegliche, körperliche Sachen.³ Der gutgläubige Erwerb von Forderungen scheidet damit grundsätzlich aus.⁴

Die Bestimmung des § 367 Abs 1 ABGB kann die allgemeinen Voraussetzungen eines Titels und Modus für den Erwerb dinglicher Rechte nicht ersetzen. Ermöglicht wird nur der Eigentumserwerb trotz fehlendem Eigentum bzw fehlender Verfügungsbefugnis des Vormannes (B). Daher ist einerseits ein objektiv gültiges Titelgeschäft, andererseits ein (ausreichender) Modus erforderlich.⁵ Die körperliche

2 JGS 1811/946 idF BGBl I 2005/120.

3 Winner in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 367 Rz 3; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 2; Eccher/Riss in KBB⁵ § 367 Rz 2; Leupold in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 18; Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 2; Welser/Kletečka I^{1,5} Rz 1040.

4 Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 2; Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 2; Eccher/Riss in KBB⁵ § 367 Rz 2; Winner in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 367 Rz 4; Gschmitzter, Sachenrecht 100. Siehe dazu auch noch unten Kapitel 2.1.5.

5 Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 1; Eccher/Riss in KBB⁵ § 367 Rz 1f; Winner in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 367 Rz 6; Leupold in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 13; Welser/Kletečka I^{1,5} Rz 1041; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 3.

2.1 Übersicht zu den Gutglaubensbestimmungen

Übergabe und die *traditio brevi manu* werden als ausreichender Modus betrachtet.⁶ Ob auch das Besitzkonstitut⁷ und die Besitzanweisung⁸ einen tauglichen Modus darstellen, ist umstritten.

Der Erwerber (C) wird zudem nur dann geschützt, wenn er die Sache gegen Entgelt erworben hat. Nach der Rsp⁹ und überwiegenden L¹⁰ ist die abstrakte Entgeltlichkeit des Titels ausreichend und die tatsächliche Zahlung nicht erforderlich.¹¹

Der gutgläubige Erwerb nach § 367 Abs 1 ABGB setzt zudem Redlichkeit des Erwerbers (C) voraus. Nach § 368 Abs 1 S 1 ABGB ist der Erwerber (C) redlich, „wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.“ In den Gesetzesmaterialien¹² zum HaRÄG 2005¹³ wurde klargestellt, dass der Redlich-

- 6 *Leupold in Klang*, ABGB³ § 367 Rz 51; *Gschnitzer*, Sachenrecht 101; *Gschnitzer et al.*, Sachenrecht² 113; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 9; *Eccher/Riss* in KBB⁵ § 367 Rz 2. OGH 8. 1. 1929, 2 Ob 1146/28; 2 Ob 188/11b ÖBA 2013/1928, 516 (*Bollenberger/Kellner*). Zu § 366 HGB vgl. OGH 4 Ob 536/92 ÖBA 1993, 156 (*Bollenberger*). *Klang in Klang*, ABGB II² 226 schränkt dahingehend ein, dass die Übergabe kurzer Hand nur dann ausreichend ist, wenn der Erwerber die Sache seinerzeit vom Veräußerer erhalten hatte.
- 7 Das Besitzkonstitut für ausreichend erachtend *Klang in Klang*, ABGB II² 226; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 3; *Holzner*, JBL 2007, 401 (401f); *Holzner*, JBL 2018, 345 (345ff); *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 171ff; *Iro*, Besitzerwerb 237ff; wohl auch *Faber* in *Faber/Lurger*, National Reports I 149. OGH 8. 1. 1929, 2 Ob 1146/28. AA *Gschnitzer et al.*, Sachenrecht² 113; *Gschnitzer*, Sachenrecht 101; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 9; *Ehrenzweig*, System I/2² 189. Differenzierend: *Leupold* in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 51ff; *Karner*, Mobilialererwerb 339ff, 434; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 6/49; *Frotz* in FS Kastner 131 (153). Wohl auch OGH 1 Ob 513/93 ecolex 1993, 451 (*Heid*).
- 8 Die Besitzanweisung für ausreichend erachtend *Welser/Kletečka* I¹⁵ Rz 1047; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 3; *Holzner*, JBL 2018, 345 (345ff); *Gschnitzer et al.*, Sachenrecht² 113f; *Gschnitzer*, Sachenrecht 101; *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 171ff; *Iro*, Besitzerwerb 241ff. OGH 8. 1. 1929, 2 Ob 1146/28. AA *Klang in Klang*, ABGB II² 226; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 9; *Bydlinski* in *Klang*, ABGB IV/2² 556. Differenzierend: *Leupold* in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 51ff; *Karner*, Mobilialererwerb 339ff, 434; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 6/49; *Frotz* in FS Kastner 131 (153). Wohl auch OGH 1 Ob 513/93 ecolex 1993, 451 (*Heid*).
- 9 OGH 2 Ob 144/02 v JAP 2002/2003, 178 (*Zeinhofer*); 2 Ob 188/11b ÖBA 2013/1928, 516 (*Bollenberger/Kellner*); 4. 6. 2014, 7 Ob 81/14h.
- 10 *Holzner*, ÖJZ 1996, 372 (373ff); *Holzner*, ÖJZ 1997, 499 (499ff); *Spielbüchler*, Schuldverhältnis 155ff; *Karner*, Mobilialererwerb 58 FN 301; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 8.
- 11 So aber *Bollenberger*, ÖJZ 1995, 651 und ÖJZ 1996, 851; zustimmend wohl *F. Bydlinski* in *Symposion-Canaris* 72 FN 96. *Leupold* in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 45ff hält zwar eine Differenzierung nach unterschiedlichen Erwerbstatbeständen für erwägenswert, kommt aber letztlich zu dem Schluss, dass der Umstand, dass der Gesetzgeber weder in den Gesetzesmaterialien Stellung bezogen noch die Diskussion in der Neufassung des Wortlauts der Bestimmung aufgegriffen hat, als klares Indiz für den Standpunkt der hA zu werten sei.
- 12 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 67.
- 13 BGBI I 2005/120.

keit des Erwerbers (C) bereits leichte Fahrlässigkeit schadet.¹⁴ Die wohl hA¹⁵ vertritt, dass bei der Beurteilung der Redlichkeit ein objektiver Maßstab anzulegen ist. Der gute Glaube des Erwerbers (C) muss vom Abschluss des Titelgeschäftes bis zur Vollendung der Übereignung vorliegen.¹⁶ Bezugspunkt der Redlichkeit ist grundsätzlich das Eigentum des Vormannes (B).¹⁷ Bei einem Erwerb von einem Unternehmer nach § 367 Abs 1 2. Fall ABGB ist nach § 368 Abs 1 S 2 ABGB auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis geschützt.¹⁸

Neben diesen allgemeinen Voraussetzungen setzt § 367 Abs 1 ABGB alternativ den Erwerb in öffentlicher Versteigerung (1. Fall), von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens (2. Fall) oder von einem Vertrauensmann des Eigentümers (3. Fall) voraus.

Unter öffentlicher Versteigerung (1. Fall) sind einerseits solche im Zuge einer gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Exekution zu verstehen, andererseits freiwillige Feilbietungen von Liegenschaften nach §§ 87a ff NO sowie Versteigerungen durch dazu befugte Gewerbsleute (§ 158 GewO). Nach § 269 EO ist § 367 Abs 1 1. Fall ABGB auch bei einem Freihandverkauf durch einen Handelsmakler, ein Kreditinstitut, ein Versteigerungshaus oder ein Vollstreckungsorgan anzuwenden.¹⁹ Der Eigentumserwerb nach § 367 Abs 1 1. Fall ABGB tritt nur dann ein, wenn die

14 Siehe auch OGH 23. 1. 2018, 4 Ob 4/18 v.

15 Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 29 und § 368 Rz 5 ff; Karner, Mobiliarerwerb 402 ff, 435; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 368 Rz 4; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 368 Rz 2; Eccher/Riss in KBB⁵ § 368 Rz 1; aA Iro, Besitzerwerb 140 ff.

16 Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 24; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 5; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 368 Rz 9; Eccher/Riss in KBB⁵ § 367 Rz 3; Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 367 Rz 5; Faber in Faber/Lurger, National Reports I 153; Reichel, GrünhutsZ 41 (1915) 173 (205 ff). OGH 1 Ob 614/87 JBl 1988, 314 (Czermak); 1 Ob 513/93 ecolex 1993, 451 (Heid); 2 Ob 188/11 b ÖBA 2013/1928, 516 (Bollenberger/Kellner); 2 Ob 144/02 v JAP 2002/2003, 178 (Zeinhofer). Nach einem Vorschlag des DCFR, Comments A und C zu Art VIII.-3:101 in DCFR Full Edition Vol. 5, 4824, 4831, ist der gute Glaube nur bei Übergabe ausschlaggebend, nicht jedoch im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Dieser Vorschlag erscheint der beste Lösungsweg zu sein. Im Vertragsabschlusszeitpunkt ist der Verkäufer häufig noch nicht Eigentümer und muss das auch nicht sein. Warum sollte ein guter Glaube dann aber zu diesem Zeitpunkt bereits zwingend vorliegen müssen? Ausführlicher dazu Kapitel 5.3.2.

17 Siehe nur Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 39; Eccher/Riss in KBB⁵ § 367 Rz 3; Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 367 Rz 4; Karner, Mobiliarerwerb 205; aA Spielbüchler in Rummel, ABGB³ § 367 Rz 6.

18 OGH 2 Ob 188/11 b ÖBA 2013/1928, 516 (Bollenberger/Kellner). Zum Schutz des Vertrauens auf die Verfügungsbefugnis auch in Vertrauensmannfällen Karner, Mobiliarerwerb 205 ff; Karner, JBl 2004, 486 (486 ff); Frotz in FS Kastner 131 (152); F. Bydlinski, JBl 1967, 355 (356); Holzner, JBl 2007, 401 (402); Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 40; Kreller, ÖJZ 1951, 105 (110); Schauer in Krejci, Reformkommentar §§ 367, 368 ABGB Rz 11 ff. Siehe auch OGH 7 Ob 43/66 ÖJZ EvBl 1966/334, 433 = JBl 1967, 367 (Bydlinski, 355).

19 Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/54; Karner, Mobiliarerwerb 282; Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 367 Rz 10; Ehrenzweig, System I/2² 185 f; Gschnitzer et al, Sachenrecht² 111; Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 59.

2.1 Übersicht zu den Gutglaubensbestimmungen

Versteigerung ordnungsgemäß angekündigt und durch das funktionell zuständige Organ ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Dabei ist zu beachten, dass diese Voraussetzungen objektiv erfüllt sein müssen und der gute Glaube des Erstehers (C) an deren Vorliegen nicht ausreicht. Sonstige Verfahrensmängel stehen dem Erwerb aber nicht entgegen.²⁰

Neben dem Erwerb in öffentlicher Versteigerung ist ein gutgläubiger Erwerber (C) bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen dann geschützt, wenn er vom „Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens“ erwirbt (2. Fall). Dieser Alternativtatbestand erfasst grundsätzlich alle Unternehmer nach §§ 1, 2 und 3 UGB.²¹ Zusätzlich muss der Erwerb vom Unternehmer (B) im *gewöhnlichen Betrieb* seines Unternehmens erfolgen. Sowohl die Unternehmereigenschaft als auch die Veräußerung im gewöhnlichen Betrieb dessen Unternehmens sind objektive Voraussetzungen des Erwerbs.²²

Als dritte Alternativvoraussetzung (3. Fall) nennt das Gesetz den Erwerb von demjenigen, dem der vorige Eigentümer (A) die Sache anvertraut hatte. Anvertrauen idS meint die (freiwillige) Übertragung der Gewahrsame (Innehabung).²³ Geschützt ist aber nicht nur der Erwerb vom unmittelbaren Vertrauensmann (B) des Eigentümers (A), sondern auch der Erwerb von demjenigen, dem der Vertrauensmann seinerseits die Sache anvertraut hat (Vertrauensmannkette).²⁴ Außerdem ist nur derjenige als Vertrauensmann (B) anzusehen, dem die ausschließliche Gewahrsame übertragen wurde.²⁵ Vertrauensmann (B) ist auch, wer die Sache betrügerisch herausgelockt hat oder wem die Sache irrtümlich übergeben wurde.²⁶ Erfolgt die Übergabe aber aufgrund einer Drohung oder aufgrund von Zwang, so liegt kein Anvertrauen vor, da

20 Karner, Mobiliarerwerb 287 f; Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 58; Reidinger, JBl 1980, 579 (579f). OGH 7. 9. 1949, 1 Ob 415/49.

21 Schauer in Krejci, Reformkommentar §§ 367, 368 ABGB Rz 5; Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 63; Karner, RdW 2008, 16 (17 ff).

22 Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 63 f; Karner, RdW 2008, 16 (18 ff); Klang in Klang, ABGB II² 225; aa Schauer in Krejci, Reformkommentar §§ 367, 368 ABGB Rz 14; wohl auch Ehrenzweig, JBl 1920, 65 (65).

23 Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 69 f; Reischauer, JBl 1973, 589 (593).

24 Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 70; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/56; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 9; Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 367 Rz 18; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 367 Rz 17. OGH 24. 11. 2011, 1 Ob 230/11 x; 11. 7. 1995, 4 Ob 1596/95; 13. 1. 1998, 10 Ob 347/97 w.

25 Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 71; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/56; Karner, Mobiliarerwerb 263; Ehrenzweig, System I/2² 188; Gschnitzer et al, Sachenrecht² 111; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 367 Rz 18; Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 367 Rz 15; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 9. OGH 8. 11. 1966, 8 Ob 310/66; 3. 2. 2000, 2 Ob 14/00 y; 20. 2. 1935, 1 Ob 136/35.

26 Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 367 Rz 16; Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 367 Rz 16; Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 76 f; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/56; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 9; Reischauer, JBl 1973, 589 (594 ff). OGH 9. 5. 1985, 6 Ob 549/85; 11. 7. 1995, 4 Ob 1596/95; 13. 1. 1998, 10 Ob 347/97 w.

die mit dem Anvertrauen verbundene Freiwilligkeit fehlt.²⁷ Aus diesem Grund scheidet im Gegensatz zum 1. und 2. Fall des § 367 Abs 1 ABGB auch an gestohlenen, geraubten, verlorenen und sonst abhanden gekommenen Sachen der gutgläubige Erwerb nach § 367 Abs 1 3. Fall ABGB aus.²⁸ Anvertrauen erfordert zudem ausreichende Geschäftsfähigkeit des Anvertrauenden (A).²⁹

Liegen die allgemeinen Voraussetzungen und zusätzlich eine Alternativvoraussetzung vor, so geht das Eigentum mit Setzung des Modus bzw im Fall der Zwangsversteigerung mit Zuschlag auf den gutgläubigen Erwerber (C) über. Es handelt sich um einen originären Eigentumserwerb.³⁰

2.1.1.2 Gutgläubig lastenfreier Erwerb nach § 367 Abs 2 ABGB

Neben dem gutgläubigen Eigentumserwerb an beweglichen körperlichen Sachen ermöglicht § 367 Abs 2 ABGB einen gutgläubig lastenfreien Erwerb.³¹ Dieser zweite Absatz wurde mit dem HaRÄG eingefügt. Vor allem Iro³² kritisiert diese Bestimmung zu Recht als zweifach missglückt: Erstens müsse ein gutgläubig lastenfreier Erwerb nicht zwangsläufig mit einem Gutglaubenserwerb an der Sache einhergehen, weil sich dieses Problem auch dann stelle, wenn der Eigentümer (B) seine mit dem Recht eines Dritten (A) belastete Sache veräußert, ohne den Käufer (C) auf dieses hinzuweisen. Zweitens hänge nach § 367 Abs 2 ABGB der lastenfreie Erwerb nur vom guten Glauben des Nichtbestehens des Rechts des Dritten (A) ab. Damit setze sich diese Bestimmung aber in Widerspruch zu § 367 Abs 1 ABGB, nach welchem noch eine der Alternativvoraussetzungen vorliegen müsse. Iro³³ geht daher zutreffend davon aus, dass die Bestimmung korrigierend auszulegen sei: Die entsprechende Anwendung dieser Bestimmung sei auch in jenen Fällen geboten, in denen der Veräußerer (B) der belasteten Sache deren Eigentümer ist. Weiters müsse eine Alternativvoraussetzung des § 367 Abs 1 ABGB vorliegen, wobei es bei der Vertrauensmannvariante darauf ankomme, dass auch derjenige, dem das auf der Sache haftende Recht zusteht (A), dem Veräußerer (B) die Sache anvertraut hat.

27 Leupold in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 75, 78; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 9; Winner in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 367 Rz 16; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/56; Reischauer, JBl 1973, 589 (596f).

28 Leupold in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 68; Winner in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 367 Rz 16.

29 Karner, Mobiliarerwerb 271ff; Reischauer, JBl 1973, 589 (597); kritisch Leupold in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 83ff.

30 Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/58.

31 Leupold in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 114; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 11; Winner in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 367 Rz 27; Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 24; Eccher/Riss in KBB⁵ § 367 Rz 5.

32 Iro, RdW 2006, 675 (675ff); Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/62; zustimmend Leupold in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 114; wohl auch Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 11; Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 25f.

33 Iro, RdW 2006, 675 (677f); Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/63; dem folgend Leupold in *Klang*, ABGB³ § 367 Rz 114; Winner in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 367 Rz 27; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 11; Eccher/Riss in KBB⁵ § 367 Rz 5; wohl auch Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 25f.

Der gute Glaube muss sich in diesem Fall auf die Lastenfreiheit beziehen.³⁴ Ob ein gutgläubig lastenfreier Erwerb auch Entgeltlichkeit des Titelgeschäftes voraussetzt, wird in der Literatur soweit ersichtlich nicht thematisiert. Nach *Leupold*³⁵ fehlen Anhaltspunkte für eine gewollte Differenzierung zwischen gutgläubigem Eigentumserwerb und gutgläubig lastenfreiem Erwerb sowohl nach den Gesetzesmaterialien als auch dem Gesetzeszweck, weshalb sie das Vorliegen eines der drei Erwerbstatbestände des § 367 Abs 1 ABGB für erforderlich erachtet. Diese Überlegungen gelten wohl auch hinsichtlich der Entgeltlichkeit, weshalb auch ein lastenfreier Erwerb nur dann stattfinden kann, wenn der Erwerber (C) die belastete Sache gegen Entgelt erwirbt.

2.1.1.3 § 371 ABGB

Für Geld sowie „auf den Überbringer lautende Schuldbriefe“ ermöglicht § 371 Fall 2 ABGB einen im Vergleich zu § 367 ABGB erleichterten gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer (B).³⁶ Auf den Überbringer lautende Schuldbriefe sind Wertpapiere, die zwar grundsätzlich individualisierbar sind, sich aber durch eine erhöhte Umlauf- und Verkehrsfähigkeit auszeichnen. Das sind zB Aktien, Schuldverschreibungen und Inhaberschecks, nicht hingegen Inhabersparbücher, bei denen das Papier im Verkehr individualisiert wird und eine besondere Umlauffähigkeit nicht erforderlich ist.³⁷

Der gutgläubige Erwerb nach dieser Bestimmung ist jedenfalls insofern privilegiert, als das Vorliegen einer der von § 367 ABGB geforderten Erwerbsvarianten keine Voraussetzung bildet.³⁸ Ob sich im Vergleich zu § 367 ABGB auch Erleichterungen in Bezug auf die Redlichkeit ergeben, ist umstritten. Nach einem Teil der L³⁹ ist die Redlichkeit des Erwerbers auch bei § 371 Fall 2 ABGB nach §§ 367 f ABGB zu beurteilen. Ein anderer Teil der L⁴⁰ verneint hingegen den guten Glauben unter Verweis auf die Art 16 Abs 2 WechselG, Art 21 ScheckG und § 365 UGB erst bei grober Fahrlässigkeit. Uneinigkeit herrscht auch hinsichtlich der Frage, ob nur der entgeltliche oder auch der unentgeltliche Erwerb geschützt ist.⁴¹ Jedenfalls erfordert der gutgläu-

34 Eccher/Riss in KBB⁵ § 367 Rz 5; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 367 Rz 27; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 367 Rz 11; Leupold in Klang, ABGB³ § 367 Rz 114.

35 In Klang, ABGB³ § 367 Rz 114.

36 Leupold in Klang, ABGB³ § 371 Rz 1, 32; Karollus, JAP 1990/91, 228 (230); Spielbüchler, Schuldverhältnis 230; F. Bydlinski, QuHGZ 1981 H 3, 51 (53).

37 Leupold in Klang, ABGB³ § 371 Rz 9; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/59.

38 Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 371 Rz 3; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 371 Rz 3; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 12; Leupold in Klang, ABGB³ § 371 Rz 32; Eccher/Riss in KBB⁵ § 371 Rz 3.

39 Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371 Rz 12; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 371 Rz 3; Holzner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 326 Rz 2; Klang in Klang, ABGB II² 232; Klicka in Schwimann, ABGB II³ § 371 Rz 4.

40 Leupold in Klang, ABGB³ § 371 Rz 38; Karner, Mobiliarerwerb 397 f; Frotz in FS Kastner 131 (153 f); Iro, Besitzererwerb 152; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/60; Kraus, JBL 2018, 568 (573 ff).

41 Nur für den Schutz des entgeltlichen Erwerbs Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/60; Karollus, JAP 1990/91, 228 (230f); Koziol, Grundlagen 59 FN 96; Spielbüchler, Schuldverhältnis 230f; Spielbüchler in Rummel, ABGB³ § 371 Rz 3; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 371

bige Erwerb auch nach dieser Bestimmung einen gültigen Titel und Modus.⁴² Nach der hL⁴³ ist aber im Gegensatz zum gutgläubigen Erwerb nach § 367 ABGB jeder Modus – also auch das Besitzkonstitut und die Besitzanweisung – ausreichend.

2.1.1.4 § 1088 S 2 ABGB

Schließlich wird der redliche Erwerber (C) beweglicher Sachen beim Verkaufsauftrag geschützt. Überschreitet der zum Verkauf Beauftragte (B) seine Verfügungsbefugnis und durfte der Käufer (C) auf eine Verfügungsbefugnis in einem solchen Umfang vertrauen, kommt es nach § 1088 S 2 ABGB mit Verweis auf § 367 ABGB zum Eigentumserwerb kraft guten Glaubens.⁴⁴ Berechtigtes Vertrauen setzt objektiv erkennbare, dem Eigentümer (A) zurechenbare Anhaltspunkte voraus.⁴⁵ Hat der Veräußerer (B) überhaupt keine Verfügungsbefugnis, kommt § 1088 S 2 ABGB nicht zur Anwendung. Diese Bestimmung nimmt dem Erwerber (C) also nur das Risiko der richtigen Beurteilung des Umfangs der Veräußerungsbefugnis.⁴⁶

2.1.2 Gutgläubiger Pfandrechtserwerb nach § 456 ABGB

Einen gutgläubigen (rechtsgeschäftlichen⁴⁷) Pfandrechtserwerb an körperlichen beweglichen Sachen ermöglicht § 456 ABGB.⁴⁸ Dieser verweist auf die §§ 367, 368 ABGB.⁴⁹ Deshalb müssen vor allem ein gültiger Titel, ein Modus und guter Glau-

Rz 13; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 371 Rz 3; Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 371 Rz 4. AA Hoyer in FS Welser 295 (297); Ehrenzweig, System I/2² 190; Gschnitzer et al., Sachenrecht² 116; Gschnitzer, Sachenrecht 103; Frotz in FS Kastner 131 (147 FN 34); Pfersche, Sachenrecht² 30; Randa, Eigentumsrecht I² 351; Eccher/Riss in KBB⁴ § 371 Rz 3; F. Bydlinski, QuHGZ 1981 H 3, 51 (53). OGH 4 Ob 569/88 ÖBA 1989/144, 428 (Kerschner).

42 Leupold in *Klang*, ABGB³ § 371 Rz 39; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/60; Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 371 Rz 3; Eccher/Riss in KBB⁵ § 371 Rz 3; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 371 Rz 3.

43 Winner in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 371 Rz 12; Leupold in *Klang*, ABGB³ § 371 Rz 39; Karner, Mobiliarerwerb 367.

44 Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/51; Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1088 Rz 4; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1088 Rz 4; Apathy/Perner in KBB⁵ § 1088 Rz 2; vgl. Binder/Spitzer in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 1088 Rz 2.

45 Karner, Mobiliarerwerb 211; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 6/51; siehe auch Frotz in FS Kastner 131 (151).

46 Karner, Mobiliarerwerb 209 f; Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1088 Rz 4; Verschraegen in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1088 Rz 4; Binder/Spitzer in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 1088 Rz 2, 4; Pollak, JBL 1985, 646 (654). OGH 13. 1. 1998, 10 Ob 347/97 w.

47 Oberhammer/Domej in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 456 Rz 2; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 10/15; Hofmann in *Rummel*, ABGB³ § 456 Rz 1 f; Hinteregger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 456 Rz 2; Wolkerstorfer in *Klang*, ABGB³ § 456 Rz 3; Koch in KBB⁵ § 456 Rz 1.

48 Hofmann in *Rummel*, ABGB³ § 456 Rz 2; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 10/17; Hinteregger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 456 Rz 2; Wolkerstorfer in *Klang*, ABGB³ § 456 Rz 3, 5; Oberhammer/Domej in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 456 Rz 1; Koch in KBB⁵ § 456 Rz 1.

49 Oberhammer/Domej in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 456 Rz 3; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 10/17; Hofmann in *Rummel*, ABGB³ § 456 Rz 3; Koch in KBB⁵ § 456 Rz 1; Wolker-