

I. Einleitung

A. Eingrenzung des zu untersuchenden Problembereichs

Die **Lehre vom „subjektiven Recht“**¹⁾ bietet bekanntlich seit jeher Anlass zu grundlegenden Untersuchungen und auch zu zahlreichen, zT nach wie vor ungelösten Kontroversen im Privatrecht.²⁾

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll einer – schon in ihrer allgemeinen Dimension – heiß diskutierten Fragestellung im Grenzbereich zwischen absoluten und relativen Rechten nachgegangen werden: Der **absolut geschützten Rechtsstellung von (noch) nicht dinglich Berechtigten**.

Rechtsdogmatisch betrachtet werden mithin überwiegend Fragestellungen zu behandeln sein, die unmittelbar zwischen **Schuld- und Sachenrecht** angesiedelt sind. Aufgrund der ansonsten zwangsläufig drohenden „thematischen Uferlosigkeit“ ist es erforderlich, gleich zu Beginn eine Einschränkung der Untersuchung auf einen ausgewählten, möglichst **abgegrenzten Problembereich** vorzunehmen: Hierfür bieten sich die sog. **„Besitznachfolgerechte“** an. Dabei handelt es sich um *vertragliche Nachbildungen der Nacherbschaft* (ausführlich zum Begriff der Besitznachfolgerechte noch unten unter Pkt D.1.).

B. Überblick über die zentralen Forschungsfragen und den Gang der Untersuchung

Die Besitznachfolgerechte sind nicht gesetzlich geregelt. Wie eingangs schon kurz erwähnt, besteht ihr Zweck darin, die Nacherbschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nachzubilden. Dem aus dem Besitznachfolgerecht Berechtigten soll möglichst die nach hM absolut geschützte Rechtsstellung eines Nacherben zukommen.

Bevor das derzeit herrschende Begriffsverständnis der Besitznachfolgerechte und vor allem die von den Parteien **typischerweise angestrebten Rechtswirkungen** näher analysiert werden, soll die grundlegende **Unterscheidung von „absoluten“ und „relativen“ Rechten** kurz in den Blickpunkt der Untersuchung gerückt werden. Ziel ist es, die gravierenden Implikationen für die Praxis hervorzuheben und erste Schlussfolgerungen in Form von Arbeitshypothesen für die Besitznachfolgerechte zu ziehen.

Im Anschluss daran wird versucht, den durchaus unscharfen **Begriff der Besitznachfolgerechte** anhand des bisherigen Meinungsstandes in Literatur und Judikatur genauer zu bestimmen, um zu einer eigenen Begriffsdefinition zu gelangen, welche der vorliegenden Arbeit zugrunde gelegt werden soll. Daran anknüpfend werden die Besitznachfolgerechte der **Nacherbschaft gegenübergestellt** und wesentliche **Un-**

¹⁾ Vgl ua *Raiser*, JZ 1961, 465 ff; *Aicher*, Eigentum 15 ff; *F. Bydliński*, System und Prinzipien 137 ff.

²⁾ Aber etwa auch im Bereich des Verwaltungsrechts; vgl *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte.

terschiede herausgearbeitet. Ein besonderes Augenmerk gilt der Rechtsstellung des Nacherben, weil dem Besitznachfolgeberechtigten nach dem typischen Willen der Parteien dieselbe Rechtsposition verschafft werden soll.

Genauer untersucht werden soll ferner, ob Besitznachfolgerechte – wie häufig in Lehre und Rsp behauptet – tatsächlich auf einem **Vertrag zugunsten Dritter** beruhen. Es wird zudem die weitgehend offene Frage behandelt, ob „Verfügungen zugunsten Dritter“ im österreichischen Recht grundsätzlich zulässig sind (**Kapitel I**).

Die große **praktische Bedeutung** der Besitznachfolgerechte lässt sich schon dadurch belegen, dass es nach wie vor eine beachtliche Anzahl an höchstgerichtlichen Entscheidungen gibt, die Fragestellungen im Zusammenhang mit Besitznachfolgerechten zum Gegenstand haben. Ausgehend von den in der Rechtspraxis geläufigen **vertraglichen Gestaltungsvarianten** zur Vereinbarung von Besitznachfolgerechten sollen die Übergabsverträge in einem Exkurs näher betrachtet werden (**Kapitel II**).

Da in den ersten beiden Kapiteln der Untersuchung noch weitgehend offen bleibt, ob die Vereinbarung eines Besitznachfolgerechts überhaupt dazu geeignet ist, die Rechtswirkungen der Nacherbschaft nachzubilden, erfolgt in **Kapitel III** eine erschöpfende Auseinandersetzung mit genau dieser (Kern-)Frage. Dabei wird sich insb zeigen, dass die Besitznachfolgerechte in der Mitte einer Jahrzehnte andauernden literarischen Kontroverse über die **Zulässigkeit von „zeitlich beschränktem Eigentum“** im österreichischen Recht stehen. Im Zentrum dieser Arbeit stehen daher vordergründig genuin sachenrechtliche Problemstellungen.

Um eine nachvollziehbare und tragfähige eigene Auffassung zum „zeitlichen Eigentum“ entwickeln zu können, bedarf es einer umfassenden **Darstellung des Meinungsstandes** in der Literatur. Die vielen (Gegen-)Argumente, die von den zahlreichen Gegnern eines „zeitlich beschränkten Eigentums“ vorgebracht wurden, sollen – soweit dies möglich ist – zunächst sachlich gegliedert, dann im Einzelnen beleuchtet und anschließend nach Möglichkeit widerlegt werden.

In **Kapitel IV** werden gleich zu Beginn die Wirkungen von Bedingungen und Befristungen in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften gegenübergestellt. Auf einen ausführlichen **Exkurs zum „Anwartschaftsrecht“** folgend, wird der **Schutz von aufschiebend Berechtigten** näher in den Blick genommen. Dabei geht es primär darum, auf Grundlage allgemeiner Prinzipien eine belastbare rechtsdogmatische Rechtfertigung für das österreichische Recht zu entwickeln. Dies ist deshalb erforderlich, weil es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung über den Schutz von aufschiebend bedingt oder aufschiebend befristet Berechtigten fehlt (anders als etwa im deutschen Zivilrecht). Untersucht wird außerdem die **Rechtsstellung des auflösend Berechtigten**. Angesprochen werden sollen schließlich auch **exekutions- und insolvenzrechtliche Fragestellungen**, die für die Praxis naturgemäß von besonderer Relevanz sind.

Erkennt man dem aufschiebend bedingt oder aufschiebend befristet Besitznachfolgeberechtigten bereits einen umfassenden Erwerbs- und Drittschutz zu, so könnte es dadurch zu einer merkbaren **Beeinträchtigung des Rechtsverkehrs** kommen. Aus diesem Grund gilt es zu überprüfen, ob ein **gutgläubiger Rechtserwerb** durch Dritte in Betracht kommt.

Die Einhaltung sämtlicher gesetzlichen Voraussetzungen einer wirksamen derivativen Eigentumsübertragung vom Übergeber an den Besitznachfolgeberechtigten, wird in **Kapitel V** im Detail untersucht. Dafür werden zuerst die insoweit unstritti-

gen gesetzlichen Grundlagen dargestellt. Näher betrachtet werden die besonderen sachen- und grundbuchsrechtlichen Probleme, die bei aufschiebenden Übereignungen auftreten können. Erörtert wird insb die Eintragung von Besitznachfolgerechten im Grundbuch.

C. Absolute und relative „subjektive Rechte“

Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein (noch) nicht dinglich Berechtigter Inhaber eines „relativen Rechts“. Ein solches „**relatives Recht**“ wirkt grundsätzlich³⁾ nur gegenüber *einer bestimmten* Person (vgl § 307 Satz 2 ABGB); paradigmatisch sind die Forderungsrechte.⁴⁾ Die Rechtsposition eines **absolut Berechtigten** muss dagegen prinzipiell⁵⁾ von *allen anderen* respektiert werden, was zB für sämtliche „dinglichen Rechte“ zutrifft (vgl insb die §§ 354, 362 ABGB).⁶⁾

Die Unterscheidung von „relativen“ und „absoluten“ Rechten ist im deutschen Schrifttum allerdings nicht gänzlich unumstritten.⁷⁾ Die überwiegende Ansicht in Österreich⁸⁾ und Deutschland⁹⁾ hängt der „**Dichotomie der subjektiven Rechte**“ aber weiterhin an; sie wird der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegt. Dies vor allem auch deshalb, weil sie in § 307 ABGB eine **positivrechtliche Stütze** findet: „Rechte, welche einer Person über eine Sache **ohne Rücksicht auf gewisse Personen** zustehen, werden **dingliche Rechte** genannt. Rechte, welche zu einer Sache **nur gegen gewisse Personen** unmittelbar aus einem Gesetze, oder aus einer verbindlichen Handlung entstehen, heißen **persönliche Sachenrechte**“.¹⁰⁾

Auch wenn die Frage nach der Rechtsposition des (noch) nicht dinglich Berechtigten vielleicht dazu verleiten mag, so dürfen die „dinglichen Rechte“ dennoch nicht einfach mit den „absoluten Rechten“ gleichgesetzt werden. Richtig ist zwar, dass die

³⁾ Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass auch Forderungsrechte (jedenfalls im Hinblick auf die Forderungszuständigkeit) einen gewissen Drittschutz genießen (zB *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/35; *ders*, Beeinträchtigung 140 ff; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 4 mwN; aus der deutschen Literatur *Hager* in *Staudinger*, BGB § 823 Rz B 163 ff; *Larenz/Canaris*, SchR BT II/2¹³ 397 f; *Larenz*, AT⁷ 228 und wohl bereits *von Thur*, AT I 210 f; anders aber die hM in Deutschland; vgl *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/59 f; *Medicus/Lorenz*, SchR BT¹⁸ Rz 76/12; *Wilhelmi* in *Erman*, BGB II¹⁵ § 823 Rz 36).

⁴⁾ *Welser/Kletečka*, BR I⁵ Rz 163; *Krainz/Pfaff*, System I³ 107. Aus der Lehre in Deutschland: *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 1/5; *Medicus/Petersen*, AT¹¹ Rz 63; *Enneccerus/Nipperdey*, AT I/1¹⁵ 470 f; *von Thur*, AT I 203 f.

⁵⁾ So wird etwa das an sich unbeschränkte Eigentumsrecht durch das private Nachbarrecht (§§ 364 ff ABGB) und öffentlich-rechtliche Bestimmungen eingeschränkt.

⁶⁾ *Welser/Kletečka*, BR I⁵ Rz 163; *Krainz/Pfaff*, System I³ 107. Zum deutschen Recht *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 1/5; *Wieling*, Sachenrecht I² 14; *J. Wilhelm*, Sachenrecht⁶ Rz 13; *Medicus/Petersen*, AT¹¹ Rz 62; *Larenz*, AT⁷ 228; *Enneccerus/Nipperdey*, AT I/1¹⁵ 470 f; *von Thur*, AT I 203 f.

⁷⁾ Krit insb *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung 17 ff; *Dörner*, Dynamische Relativität 25 ff; *Bork*, Vergleich 193 ff; *ders*, AT⁴ Rz 281 ff.

⁸⁾ Vgl *Unger*, System I³ 511 ff, 539 ff (insb 548); *Randa*, Eigentumsrecht² 8; *Gschnitzer*, AT² 172; *Mayrhofer*, SchR AT 2 f; *Welser/Kletečka*, BR I⁵ Rz 163; *P. Bydlinski*, AT⁸ Rz 3/4 ff.

⁹⁾ ZB *Fikentscher/Heinemann*, SchR¹¹ Rz 64; *Brox/Walker*, BR AT⁴¹ Rz 631 f; *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 51 ff; *Medicus/Petersen*, AT¹¹ Rz 62 ff; *Hübner*, AT² Rz 355 ff; *Larenz*, AT⁷ 228 ff; *Enneccerus/Nipperdey*, AT I/1¹⁵ 470 f; *von Thur*, AT I 203 ff.

¹⁰⁾ Hervorhebung durch den Verfasser.

„dinglichen Rechte“ den Kernbestand der „absoluten Rechte“ bilden. Neben dem sog „dinglichen Vollrecht“, dem Eigentumsrecht (vgl § 354 ABGB), und den „beschränkten dinglichen Rechten“ (wie zB dem Pfandrecht und den Dienstbarkeiten) zählen vor allem auch die Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte sowie das Erbrecht zu den „absolut geschützten Rechten“. ¹¹⁾ Charakteristisch für die „dinglichen Rechte“ ist mithin nicht ihre „Absolutheit“, sondern das mit ihnen verbundene unmittelbare **Herrschaftsverhältnis über eine bestimmte Sache**. ¹²⁾

Im Übrigen erscheint die Aussage, welchem Personenkreis gegenüber eine bestimmte Rechtsposition geschützt ist, für sich genommen nicht besonders aussagekräftig: Es erhellt sich dadurch nicht, welche gravierenden **praktischen Auswirkungen** mit der Unterscheidung von „absoluten“ und „relativen“ (Privat-)Rechten einhergehen. Die nachfolgenden Ausführungen widmen sich daher primär der den Unterschieden von „absoluten“ und „relativen“ Rechten aus Sicht der Rechtspraxis.

1. Absolute Rechte

Bei den *absoluten Rechten* steht unbestritten der **umfassende Klageschutz** ¹³⁾ gegenüber jedem beliebigen Dritten im Vordergrund: Der Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut (wie etwa in das Eigentums- oder ein Persönlichkeitsrecht) kann Beseitigungs-, Unterlassungs-, Bereicherungs- und bei schuldhaftem Verhalten des Eingreifenden sowie der ihm zurechenbaren Personen auch Schadenersatzansprüche nach sich ziehen. Bei den „dinglichen Rechten“, die – wie erwähnt – den Kern der absoluten Rechte bilden, besteht zudem zT ein Anspruch auf Herausgabe gegen den jeweiligen Inhaber der Sache (zB rei vindicatio, Pfandklage). ¹⁴⁾

Zum Klage- tritt der **Verfügungsschutz** ¹⁵⁾ hinzu: Da absolute Rechte immer *einer* bestimmten Person oder *einer* bestimmten Personengruppe (zB Miteigentümergeinschaft) **ausschließlich zugeordnet** sind (dazu noch näher unten unter Pkt I.C.3.), kann *prinzipiell* niemand anderer zulasten des Berechtigten über die fremde Sache oder das fremde Recht verfügen. ¹⁶⁾ Die **Verfügungsbefugnis** liegt also im Grundsatz alleine beim Inhaber des absoluten Rechts (vgl insb § 442 Satz 3 ABGB); dieser hat aber die Möglichkeit, einen Dritten zur Verfügung zu berechtigen (*Verfügungsermächtigung*) ¹⁷⁾. Aus Gründen des Verkehrsschutzes wird der Verfü-

¹¹⁾ *Krainz/Pfaff*, System I³ 107; *Gschmitzer*, AT² 172; *Binder*, Sachenrecht Rz 1/7; *P. Bydlinski*, AT⁸ Rz 3/5; vgl zum deutschen Recht *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/52; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 1/7; *Wieling*, Sachenrecht I² 14; *Larenz*, AT⁷ 228; *Enneccerus/Nipperdey*, AT I/1¹⁵ 471; *von Thur*, AT I 204 f.

¹²⁾ *Unger*, System I⁵ 511 ff; *Klang* in *Klang* II² 50 f; *Mayrhofer*, SchR AT 2; *Welser/Kletečka* I¹⁵ Rz 759.

¹³⁾ *Canaris* in FS Flume I 373; *Larenz*, AT⁷ 229; vgl auch *Wieling*, Sachenrecht I² 15.

¹⁴⁾ *Canaris* in FS Flume 373; s ferner *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/58; *Prütting*, Sachenrecht²¹ Rz 18; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 1/5; *Baur/Stürner*, Sachenrecht¹⁸ Rz 4/3; *Wieling*, Sachenrecht I² 15.

¹⁵⁾ *Canaris* in FS Flume 373 f. Zum österreichischen Recht: *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 754.

¹⁶⁾ Statt aller *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 754.

¹⁷⁾ ZB *Iro*, Sachenrecht⁶ Rz 6/44; vgl auch *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 367 Rz 1; *Mayrhofer* in FS Schnorr 685. Zum deutschen Recht statt aller *Hübner*, AT² Rz 397.

gungsschutz durch die Regeln über den *gutgläubigen Erwerb* (§§ 367, 371, 456, 1500 ABGB; §§ 61 ff GBG) eingeschränkt.¹⁸⁾

Absolute Rechte bewirken nicht zuletzt eine erhebliche **exekutions- und insolvenzrechtliche Besserstellung**¹⁹⁾: So steht beispielsweise dem Eigentümer einer verlienen und irrtümlich vollstreckungsunterworfenen Sache im Exekutionsverfahren die Exszindierungsklage (§ 37 EO) und im Insolvenzverfahren ein Aussonderungsrecht (§ 44 IO) zu. Selbiges gilt etwa für den Nacherben, dem nach hA²⁰⁾ eine absolut geschützte Rechtsstellung zukommt, oder den Vorbehaltskäufer²¹⁾.

Absolut geschützte Rechte zeichnen sich idR durch ihre besondere **Publizität** aus.²²⁾ Bei den dinglichen Rechten an *beweglichen Gegenständen* dient der *Besitz* zur Gewährleistung der erforderlichen Offenkundigkeit für den Rechtsverkehr; für *unbewegliche Sachen* sieht das Gesetz die *Eintragung im Grundbuch* vor (§ 431 ABGB). Die Publizität von Immaterialgüterrechten wird ebenfalls durch die **Eintragung** in entsprechende **Register** hergestellt.²³⁾ Bei der Nacherbschaft ist die *Beschränkung des Eigentumsrechts* des Vorerben (§ 613 Abs 1 ABGB) in der Einantwortungsurkunde anzuführen (§ 178 Abs 2 Z 1 AußStrG) und nach hL²⁴⁾ von Amts wegen durch Anmerkung im Eigentumsblatt gem § 20 lit a GBG im Grundbuch einzutragen.²⁵⁾ Bei Einzelunternehmern und eingetragenen Personengesellschaften ist eine „Substitution“ im Firmenbuch einzutragen (so ausdrücklich § 4 Z 3 FBG); dies gilt gleichermaßen für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (vgl § 5 FBG; arg „ferner“).

Da die Zuerkennung einer absolut geschützten Rechtsstellung vorrangig einen *umfassenden Klageschutz* gegenüber allen anderen Verkehrsteilnehmern bewirkt, ist es schon zur besseren Gewährleistung von Rechtssicherheit geboten, dass der genaue Inhalt und Umfang von absoluten Rechten im Wesentlichen durch das Gesetz festgelegt und gleichzeitig der freien Parteiendisposition entzogen wird.²⁶⁾ Nur so ist es für unbeteiligte Dritte möglich, ohne übermäßigen Aufwand zu erkennen, wie sie sich verhalten müssen, um nicht in fremde Rechtsgüter einzugreifen.

Es gelten daher für sämtliche absoluten Rechte – wie für das Sachenrecht fast einhellig anerkannt – eine zahlenmäßige **Typenbeschränkung** (*numerus clausus*)

¹⁸⁾ *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 1031; *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 367 Rz 1. Aus deutscher Sicht ebenso zB *Wolff/Raiser*, Sachenrecht¹⁰ 249.

¹⁹⁾ *Wolff/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/62f; vgl auch *Prütting*, Sachenrecht²¹ Rz 19; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 1/5; *Larenz*, AT⁷ 229 (alle zum deutschen Recht).

²⁰⁾ *Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 608 Rz 16f, § 613 Rz 76, 78; *Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 613 Rz 12; *Weiß in Klang III*² 386; ausführlich dazu insb *Kletečka*, Ersatz- und Nacherbschaft 252 ff.

²¹⁾ Vgl ua *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 1321; *Apathy/Perner* in KBB⁵ § 1063 Rz 16.

²²⁾ Vgl etwa *Gschmitzer*, AT² 172 und zum deutschen Recht auch *Wolff/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/53; *Wieling*, Sachenrecht I² 23.

²³⁾ Etwa im Patentregister (§ 43 PatentG) oder Markenregister (§ 19 MSchG).

²⁴⁾ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 613 Rz 22; *Sailer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 613 Rz 10; *Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 613 Rz 21, 34; *Apathy/Neumayr* in KBB⁵ § 613 Rz 1; *Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek IV*⁵ § 613 Rz 15; *Rassi in Kodek*, Grundbuchsrecht² § 10 GBG Rz 27; *Kodek in Kodek*, Grundbuchsrecht² § 20 GBG Rz 32; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 2187; *Fritsch in Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 221.

²⁵⁾ Für eine Einverleibung des „Substitutionsbandes“ *Ehrenzweig*, System II/2² 460.

²⁶⁾ *Gschmitzer*, AT² 172; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 2/2.

und ein strikter **Typenzwang**: Vom Gesetz nicht anerkannte absolut geschützte Rechtspositionen können dem Grundsatz nach weder allein durch privatautonome Willenseinigung neu geschaffen werden noch ist es den Parteien möglich, den Inhalt gesetzlich geregelter absoluter Rechte individuell auszugestalten. Eine vom gesetzlichen Modell abweichende Regelung ist somit a priori unzulässig.²⁷⁾

2. Relative Rechte

Relative Rechte wirken demgegenüber **nicht erga omnes**, sondern überwiegend nur gegenüber einer bestimmten Person, von der eine bestimmte Leistung (zB Lieferung der Kaufsache) oder ein bestimmtes sonstiges Verhalten (wie zB das Unterlassen einer Wettbewerbstätigkeit in einem bestimmten räumlichen Gebiet) gefordert werden kann (Schuldner).²⁸⁾

Der Inhaber eines Forderungsrechts, der Gläubiger, kann seine subjektiven Befugnisse („Rechtsmacht“) immer nur gegenüber „seinem“ Schuldner ausüben: Der Verkäufer kann die Zahlung der Kaufpreisschuld nur vom Käufer, mit dem er einen Vertrag geschlossen und dem er die Sache übereignet hat, und von niemand anderem sonst verlangen.²⁹⁾

Die **Verletzung relativer Rechte**, vor allem von Forderungsrechten, durch beliebige Dritte kommt grundsätzlich nicht in Betracht; sie wirken ja – wie gesagt – nur inter partes. Dritten droht somit auch nicht ohne Weiteres, mit Klagen des subjektiv Berechtigten „eingedeckt“ zu werden, weil niemand verpflichtet ist, nach dem Bestehen fremder Forderungsrechte zu forschen³⁰⁾. Aus diesem Grund braucht der genaue Inhalt relativer Rechte auch nicht unbedingt allgemein bekannt und für jedermann leicht erkennbar zu sein (**kein Publizitätserfordernis**).³¹⁾

Es reicht vielmehr eine ausreichende inhaltliche Bestimmtheit (§ 869 ABGB) und die „Erkennbarkeit“ für die am Vertragsabschluss beteiligten Parteien.³²⁾ Im Verhältnis der Parteien untereinander besteht daher die Möglichkeit, innerhalb der allgemeinen Zulässigkeitschranken des Zivilrechts (insb §§ 878, 879, 934 ABGB) jeden denkbaren Vertragsinhalt zu vereinbaren³³⁾ und dadurch individuell ausgestaltete subjektive Rechte neu zu begründen. Es herrscht also im Vertragsrecht – mit anderen Worten – **kein Typenzwang**.³⁴⁾

²⁷⁾ Vgl *Gschmitzer*, AT² 172; aus der deutschen Lehre *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/54; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 2/15; *J. Wilhelm*, Sachenrecht⁶ Rz 14; s auch *Baur/Stürner*, Sachenrecht¹⁸ Rz 1/7. Krit im Hinblick auf das Numerus-clausus-Prinzip aber *Wieling*, Sachenrecht I² 25 f.

²⁸⁾ *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 3; *Dullinger*, SchR AT⁶ Rz 1/4; *Mayrhofer*, SchR AT 1 ff; *Ehrenzweig*, System II/1² 1; *Unger*, System I⁵ 547; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 1/2.

²⁹⁾ *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 2 f; *Mayrhofer*, SchR AT 1 ff; *Unger*, System I⁵ 547.

³⁰⁾ *F. Bydliński* in *Klang* IV/2² 117 f; *Mayrhofer*, SchR AT 5.

³¹⁾ Vgl etwa *F. Bydliński* in *Klang* IV/2² 117 f.

³²⁾ Vgl *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 869 Rz 18; *Mayrhofer*, SchR AT 6; zum deutschen Recht *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/56; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 2/7.

³³⁾ Dazu stellvertretend *P. Bydliński*, AT⁸ Rz 5/21, 5/23; aus deutscher Perspektive etwa *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/57.

³⁴⁾ ZB *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 56.

Praktisch besonders gravierende Unterschiede zwischen absoluten und relativen Rechten offenbaren sich im Bereich des **Exekutions- und Insolvenzrechts**: Während dem Inhaber eines absoluten Rechts (wie etwa dem Eigentümer einer versehentlich in die Insolvenzmasse einbezogenen Sache oder einem Hypothekargläubiger) im Insolvenzverfahren ein bevorzugt zu behandelndes Aus- oder Absonderungsrecht (§§ 44, 48 f IO) zusteht, kommt einem relativ geschützten Forderungsinhaber nur das Recht auf anteilmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse zu, die nach Berücksichtigung der Aus- und Absonderungsrechte und Begleichung der Masseforderungen verbleibt.

3. Gegenüberstellung und Unterscheidung

Das **Wesensmerkmal** absolut geschützter Rechte ist nach der hier vertretenen, am Zweck subjektiver Rechte³⁵⁾ orientierten Auffassung darin zu sehen, dass durch das absolute Recht eine Sache oder ein Recht (wie zB das Urheberrecht dem Werk-schöpfer) **einer bestimmten Person unmittelbar und ausschließlich zugeordnet** wird (**Zuordnungsfunktion**).³⁶⁾

Es wäre unstrittig richtig zu sagen, dass dem Eigentümer einer bestimmten Sache das Eigentumsrecht an derselben ausschließlich zusteht. Allerdings steht zB auch der Lieferungsanspruch gegen den Verkäufer (§ 1061 iVm § 1047 ABGB) allein dem Käufer zu. Wenn hier von „**Zuordnung**“ gesprochen wird, ist damit gemeint, dass dem Eigentümer aufgrund seines Eigentumsrechts eine bestimmte Sache (zB ein silberner Mercedes-Oldtimer mit Baujahr 1950) ausschließlich zugewiesen ist.

Ein „relatives“ Forderungsrecht, wie der Lieferungsanspruch gegenüber dem Verkäufer, unterwirft die Kaufsache hingegen noch nicht der „Herrschaft“ des Käufers. Dies selbst dann nicht, wenn sich der Anspruch aus dem Kaufvertrag auf die Lieferung einer bestimmten Speziessache (wie etwa des silbernen Mercedes-Oldtimers) aus dem Vermögen des insolventen Verkäufers richtet. Eine Kaufsache, die noch nicht übergeben wurde, ist weiterhin dem Vermögen des Verkäufers ausschließlich zuge-

³⁵⁾ Mit dem Zweck subjektiver Rechte hat sich zB *Savigny* (System I 331 f) ausführlicher befasst: „Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen neben einander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, ihn ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht. Damit ist zugleich die Verwandtschaft und die Verschiedenheit zwischen Recht und Sittlichkeit gegeben. Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert.“ Auch *von Thur* (AT I 58 f) hat bereits zutreffend erkannt, dass die „subjektiven Rechte ihren Zweck im Interesse haben und (zum Teil) in diesem ihre Schranke finden“. Die Existenz und Geltung subjektiver Rechte lässt sich mE am besten mit dem natürlichen Bedürfnis (Interesse) eines jeden Menschen erklären, sich innerhalb einer nach außen hin abgesicherten Freiheitssphäre ungestört und dem eigenen Willen entsprechend zu entfalten (idS auch *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/3). Dies bringt für das österreichische Privatrecht insb § 16 ABGB zum Ausdruck.

³⁶⁾ ZB *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ Rz 1/4; *Wieling*, Sachenrecht I² 16. Damit ist aber nicht gemeint, dass das absolute Recht selbst einer bestimmten Person zugeordnet ist. Dies trifft nämlich auf alle Rechte, also gerade auch auf obligatorische Rechte zu (auf diesen Unterschied weist *Wieling*, Sachenrecht I² 16 treffend hin).

ordnet, weil dieser bis zur Übergabe der Sache (§§ 425 ff ABGB) Eigentümer bleibt. Die bereits verkaufte, aber mangels Übertragungsakt noch nicht wirksam übereignete Sache fällt somit in die Insolvenzmasse des Verkäufers.³⁷⁾

Der Eigentümer kann über „sein Eigentum“, also die ihm ausschließlich zugeordnete Sache, grundsätzlich vollkommen frei verfügen (§§ 354, 362 ABGB; vgl auch § 903 Abs 1 BGB). Die österreichische Privatrechtsordnung sichert dem Sacheigentümer eine gegen Eingriffe unbefugter Dritter **rechtlich geschützte Freiheitsphäre** zu, innerhalb derer er berechtigt ist, „mit der Substanz und den Nutzungen ... nach Willkür zu schalten“ (§ 354 ABGB). Der Eigentümer vermag außerdem „jeden Andern [von seiner Sache] auszuschließen“³⁸⁾ (§ 354 ABGB; **Abwehrfunktion**). Gegen Angriffe Dritter auf seine Rechtsposition kann er sich – wie gesagt – auf vielfältige Weise zur Wehr setzen („umfassender Klageschutz“); s dazu bereits oben unter Pkt I.C.1.

Die Zuordnung einer Sache oder eines Rechts mit absoluter Wirkung verfolgt somit keinen Selbstzweck, sie ist Ausdruck des liberalen Bauprinzipis der österreichischen Rechtsordnung (vgl auch Art 5 StGG).

Eine formale, rein normlogische Theorie des subjektiven Rechts, wie sie von Teilen der deutschen Lehre³⁹⁾ vertreten wird, kann mE die praktischen Unterschiede zwischen „absoluten“ und „relativen“ Rechten nicht wirklich erklären. Sie begnügt sich im Wesentlichen mit dem Postulat, dass sämtliche subjektiven Rechte dieselbe „Schutz- und Ausschließlichkeitsgewähr“ aufweisen.⁴⁰⁾

„Relativen“ Rechten kommt aber **keine „Zuordnungsfunktion“** zu. Infolge ihrer fehlenden Publizität besteht bei Forderungsrechten typischerweise auch kein **verschuldensunabhängiger Unterlassungsanspruch** gegen den Störer. Eine Ausnahme wird freilich teilweise dann anerkannt, wenn **Forderungsrechte „offenkundig“** sind. So kann etwa der Mieter als bloßer Inhaber eines Forderungsrechts nach stRsp⁴¹⁾ Dritte wegen Störung seines Mietrechtes auf Unterlassung klagen.⁴²⁾

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass Forderungsrechte insoweit eine „absolute“ Seite aufweisen, weil sie nur dem Gläubiger und sonst keinem zustehen („**Rechtzuständigkeit**“). Diese Erkenntnis trifft nämlich gleichermaßen für alle subjektiven Rechte zu. Selbst wenn man vom Bestehen eines gegen jeden Dritten gerichteten Anspruchs des Forderungsberechtigten auf obligationsgemäße Willensrichtung seines Schuldners ausgeht⁴³⁾, ergeben sich in Bezug auf den Rechtsschutz dennoch

³⁷⁾ Vgl etwa *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 176; zum deutschen Recht bspw *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/63.

³⁸⁾ Anmerkung durch den *Verfasser*.

³⁹⁾ *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung 17 ff; *Dörner*, Relativität 25 ff; *Bork*, Vergleich 193 ff; *ders*, AT⁴ Rz 281 ff.

⁴⁰⁾ *Dörner*, Relativität 38 ff, 43 ff, 52 ff; *Bork*, Vergleich 194; *ders*, AT⁴ Rz 282.

⁴¹⁾ Vgl insb OGH 1 Ob 26/46 = SZ 21/1; OGH 7 Ob 654/89 = SZ 62/204 (verst Senat); OGH 2 Ob 147/12z = wobl 2013, 328; RIS-Justiz RS0010644; RS0010655. Zust etwa *Apathy* in FS 200 Jahre ABGB II 804 ff.

⁴²⁾ Krit dazu *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 372 Rz 3; *Spielbüchler*, JBl 1990, 449 f; *Kerschner*, JAP 1990/91, 39 ff; vgl auch *Kodek* in FS 200 Jahre ABGB II 1152 ff; *ders* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 372 Rz 36 ff.

⁴³⁾ Vgl *Koziol*, Beeinträchtigung 152 ff; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 4; *Dullinger*, SchR AT⁶ Rz 1/37 ff; krit *Reischauer* in *Rummel* II/2 a³ § 1295 Rz 52. Ablehnend die hL in Deutschland *Wolf/Neuner*, AT¹¹ Rz 20/59 f; *Medicus/Lorenz*, SchR BT¹⁸ Rz 76/12; *Wilhelmi* in *Erman*,

gravierende Unterschiede: Ein Unterlassungsanspruch gegen den Eingriff in ein fremdes Forderungsrecht kommt nach stRsp⁴⁴⁾ nur bei rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten in Betracht; bei absolut geschützten Rechtsgütern, die eine umfassende Absicherung durch Unterlassungsansprüche erfahren⁴⁵⁾, ist hingegen kein Verschulden erforderlich⁴⁶⁾. Dies erscheint schon deshalb gerechtfertigt, weil Forderungsrechte für den Rechtsverkehr prinzipiell⁴⁷⁾ nicht wahrnehmbar sind. Mangels hinreichender Publizität kann von „außenstehenden“ Dritten nicht verlangt werden, jeden Eingriff (zB durch Wettbewerb) zu unterlassen, weil dies zu einer unzumutbaren Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit führen würde.⁴⁸⁾

4. Schlussfolgerungen für die Untersuchung der „Besitznachfolgerechte“ (in Form von vorläufigen Arbeitshypothesen)

Auch für die Besitznachfolgerechte stellt sich die Frage, ob dem Berechtigten, der – mangels vollständiger Verwirklichung des Erwerbstatbestandes – zunächst unzweifelhaft noch nicht Eigentümer ist, dennoch bereits ein **absolutes Recht** zukommt (so ja bekanntlich die hA⁴⁹⁾ in Bezug auf den Nacherben, der bis zum Eintritt des Nacherbfalls ebenfalls noch nicht Eigentümer ist; arg § 613 Abs 1 ABGB).

Wäre dies der Fall, dann käme der aus dem Besitznachfolgerecht Berechtigte (C), wie ein Eigentümer, in den Genuss der in praxi besonders bedeutsamen **exekutions- und insolvenzrechtlichen Besserstellung** (s bereits oben unter Pkt I.C.1.). Er könnte gegen einen Dritten, der die vom Besitznachfolgerecht 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 Eigentümer der vom Besitznachfolgerecht betroffenen Sache (B) **Verfügungsbeschränkungen**: Er könnte einem Dritten (D) nicht derivativ „freies“ Eigentum übertragen. In Betracht käme allenfalls ein gutgläubiger Erwerb. Dabei erscheint es bei beweglichen Sachen insb fraglich, ob der zwischenzeitliche Eigentümer als „Vertrauensmann“ anzusehen ist (dazu noch unten unter Pkt III.B.3. und IV.B.7.a)).

BGB II¹⁵ § 823 Rz 36; anders allerdings *Hager* in *Staudinger*, BGB § 823 Rz B 163 ff; *Larenz/Canaris*, SchR BT II/2¹³ 397 f.

⁴⁴⁾ RIS-Justiz RS0011285.

⁴⁵⁾ *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 859 Rz 5.

⁴⁶⁾ *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 859 Rz 9; *Koziol*, Grundfragen Rz 2/7.

⁴⁷⁾ Nach einem Teil der Lehre soll „besitzverstärkten“ Forderungsrechten ein weitgehender Drittschutz zukommen (vgl insb *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 445 [454 f] und 512 ff; dazu krit *Holzner* in FS *Koziol* 684 f).

⁴⁸⁾ *F. Bydlinski* in *Klang* IV/2² 117 f.

⁴⁹⁾ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 613 Rz 6; *Welser* in *Rummel/Lukas*⁴ § 613 Rz 17; *Kletečka*, Nacherbschaft 269 f; *Gschnitzer*, Erbrecht² 87 f; OGH 8 Ob 139/07 k = NZ 2009, 47.

D. Allgemeines zu den „Besitznachfolgerechten“

1. Begriff

a) In der Lehre

*Welser*⁵⁰⁾ bezeichnete die Besitznachfolgerechte einst als „merkwürdiges Geschöpf von Lehre und Rechtsprechung“ und meinte sogar, diese bewegten sich „im rechtsfreien Raum“.⁵¹⁾ Für das hier primär verfolgte Anliegen, den unscharfen Begriff der Besitznachfolgerechte näher zu bestimmen, lässt sich daraus freilich noch nicht sehr viel gewinnen. Allerdings machen die Ausführungen von *Welser* deutlich, dass es sich bei den Besitznachfolgerechten um keine ganz alltägliche Erscheinung handelt, die rechtlich einfach zu erfassen ist.

Es verwundert daher sicherlich nicht, dass eine **gesetzliche Definition** der Besitznachfolgerechte nicht existiert; sie werden tatsächlich in keinem einzigen Gesetz auch nur erwähnt.⁵²⁾ Dem historischen Gesetzgeber sind sie dennoch nicht unbekannt – ganz im Gegenteil (s dazu noch später unten unter Pkt I.D.3.).

Die **Lehre**⁵³⁾ versteht unter den Besitznachfolgerechten **von der Praxis entwickelte, vertragliche Nachbildungen der Nacherbschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden.**⁵⁴⁾

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 ausführlich gleich unten unter Pkt I.D.2.).

⁵⁰⁾ Reform 68.

⁵¹⁾ Krit *Cohen*, Drittbegünstigung 301.

⁵²⁾ Vgl schon *Stöckl*, ÖJZ 1950, 297; *Piegler*, ÖJZ 1956, 561.

⁵³⁾ *Hofmeister* in FS Kralik 377 („Nachbildungen der fideikommissarischen Substitution ... durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden“); *Kletečka*, NZ 1999, 67 („Nachbildung einer Nacherbschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden“); *Schubert* in *Rummel* I³ § 956 Rz 4 a („fideikommissarische Substitution durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nachzubilden“); *Binder*, Sachenrecht Rz 4/6 („Nachbildung der – aus dem Erbrecht bekannten – fideikommissarischen Substitution“); *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 603 Rz 27 („gleichsam in rechtsgeschäftlichem ‚Nachbau‘ der fideikommissarischen Substitution“); *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 608 Rz 29 („Nachbildung einer Nacherbschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden“); *Aschauer*, Veräußerungs- und Belastungsverbot 74 („Nachbildung der fideikommissarischen Substitution“); *Cohen*, Drittbegünstigung 295 („vertragliche Nachbildung einer Nacherbschaft“); *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kals/Müller/Schauer*, Erbrecht² Rz 22/2 („auf vertraglichem Weg nachgebildete Nacherbschaft“); vgl weiters *Gschneider* in *Klang* III² 654 („So bei der fideikommissarischen Substitution, die nicht nur im Erbrecht, sondern auch bei Schenkungen häufig ist.“); *ders* in *Klang* IV/1² 232 („Schenkung mit fideikommissarischer Substitution“); *Weiß* in *Klang* III² 394 f („Doch sollte nicht übersehen werden, daß eine fideikommissarische Substitution nicht nur durch Rechtsgeschäft von Todes wegen, sondern auch durch Vertrag unter Lebenden begründet werden kann.“); *Klang* in *Klang* II² 148 („Schenkungen mit einer einer fideikommissarischen Substitution entsprechenden Anordnung“); *Ehrenzweig*, System I/2² 284 („Schenkung mit fideikommissarischer Substitution“); *E. Demelius*, Sachenrecht 22 („ein der fideikommissarischen Substitution analoges Verhältnis unter Lebenden durch Vertrag“); ferner *Scheuba* in FS 200 Jahre ABGB II 1425.

⁵⁴⁾ 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.