

# JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

**must know** Das Vienna-LLP – ein Qualitätssiegel für Juristen und Juristinnen

Der Studienerfolg nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz

Das Dienstgeberhaftungsprivileg

Neues Register für „wirtschaftliche Eigentümer“

Die neue Privatinsolvenz

**Judikatur** Gerichte müssen Verordnungen anwenden oder bei Zweifel an der gehörigen Kundmachung anfechten

Judikaturauswahl 2. Halbjahr 2017

**Musterfall** Römisches Recht, Strafrecht und Bürgerliches Recht

**Redaktionsleitung**  
Verena T. Halbwachs

**Redaktion**  
Florian Burger  
Ulrike Frauenberger-Pfeiler  
Thomas Klicka  
Roman Alexander Rauter  
Alexander Reidinger  
Hannes Schütz  
Eva Schulev-Steindl

**Korrespondenten**  
Erwin Bernat  
Christoph Grabenwarter  
Friedrich Harrer  
Ferdinand Kerschner  
Alexander Schopper

2017/2018

**03**

**MANZ** 

ISSN 1022-9426

Prüfer: Constanze Fischer-Czermak und Ernst Karner

✎ Meine Notizen:

# Schriftliche Diplomprüfung aus Bürgerlichem Recht (FÜM II)

Wien, 28. April 2016

## SACHVERHALT

**Eva** ist Betreiberin eines kleinen Flugplatzes samt Werkstätte. Zur Besicherung der laufenden Kerosinlieferungen hat **Eva** der **Petrol AG** eine Höchstbetragshypothek bis zu € 150.000,- an der Betriebsliegenschaft eingeräumt. Die **Petrol AG** hat ihrerseits eine Forderung gegen **Eva** iHv € 70.000,- an die **B-Bank** um € 60.000,- verkauft. Da **Eva** diese Forderung nicht begleichen kann, droht die **B-Bank** mit der Versteigerung der Liegenschaft.

Auf dem Flugplatz der **Eva** steht **Fabians** Sportflugzeug. An diesem hat er zur Besicherung eines Kredites iHv € 50.000,- das Eigentum an die **B-Bank** übertragen, indem er dieser das Flugzeug übergeben und alle Schlüssel sowie Papiere ausgehändigt hat. Auf seine Bitte hin durfte er das Flugzeug wenig später aber weiter verwenden, weil er im Cockpit eine 4x4 cm große Plakette „Eigentum der B-Bank“ anbrachte. Vor kurzem ließ **Fabian** das Flugzeug von **Evas** Mechanikern um € 7.000,- warten. Da er die Rechnung bis heute nicht bezahlt hat, weigert sich **Eva**, das Flugzeug herauszugeben. Da **Fabian** den Kredit nicht zurückzahlen kann, will nun aber auch die **B-Bank** Zugriff auf das Flugzeug. **Eva** ist dazu aber nur bereit, wenn ihre Forderung beglichen wird.

Auch privat hat **Eva** Probleme. Ihr Ehemann, der Historiker **Adam**, von dem sie seit zwei Jahren getrennt gelebt hat, ist im Jänner 2016 verstorben. **Adam** und **Eva** waren gemeinsam Eigentümer einer Ferienwohnung in Velden am Wörthersee (Wert € 400.000,-). Das Ehepaar hat einen gemeinsamen Sohn, **Sigi**. Außerdem lebt noch **Adams** Mutter, **Maria**, sonst hatte er keine Verwandten mehr. **Adam** hinterlässt eine formgültige letztwillige Verfügung folgenden Inhalts: „*Sigi und Maria sollen je zur Hälfte mein Vermögen bekommen. Sigi erhält zudem meinen Anteil der Wohnung in Velden, ohne dafür etwas zahlen zu müssen. Adam.*“

**Sigi** verschenkt ein historisches Buch, das er im Arbeitszimmer seines Vaters gefunden hat, an das **Stadtmuseum**, ohne zu erwähnen, dass es aus dem Nachlass stammt. Als das **Stadtmuseum** das von **Sigi** erhaltene Buch ausstellt, erkennt **Kurt**, ein alter Kollege **Adams**, dass es jenes Exemplar ist, das er **Adam** vor 31 Jahren geborgt hat. Wegen des schlechten Zustands des Buches ließ das **Stadtmuseum** dieses um € 1.000,- fachmännisch restaurieren, weshalb es nunmehr um € 900,- mehr wert ist als zuvor.

**Maria** schlägt die Erbschaft aus. Indes ist **Eva** unzufrieden, weil **Adam** sie übergangen hat. Der reine Nachlass beträgt € 600.000,-.

Wie ist die Rechtslage?

Die (acht Wochen vor der Prüfung angekündigten) Schwerpunkte waren Sachenrecht und Erbrecht. Im Fall sind hauptsächlich Probleme zu Höchstbetragshypothek, Sicherungseigentum, Eigentumserwerb, Wohnungseigentum im Todesfall, gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge vorhanden. →

 Meine Notizen:

## MUSTERLÖSUNG

Von Joachim Pierer

### I. Höchstbetragshypothek

#### A. B-Bank gegen Eva auf Zahlung von € 70.000,- gem § 1062 ABGB iVm §§ 1392 ff ABGB bei sonstiger Exekution in die Liegenschaft gem §§ 461 ff ABGB

Gem § 14 Abs 1 GBG kann das Pfandrecht nur für eine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme im Grundbuch eingetragen werden. Davon macht § 14 Abs 2 GBG aber eine Ausnahme und lässt auch Höchstbetragshypotheken zu. Demnach können Forderungen aus einem Grundverhältnis (Kredit, übernommene Geschäftsführung [§§ 1002 ff ABGB], Gewährleistung, Schadenersatz) pfandrechtl. sichergestellt werden. In solchen Fällen ist ein Höchstbetrag anzugeben, bis zu dem die Haftung reichen soll. Eva konnte der Petrol AG zur Besicherung der laufenden Kerosinlieferungen eine Höchstbetragshypothek an der Liegenschaft einräumen, weil die Aufzählung möglicher Grundverhältnisse in § 14 Abs 2 GBG nicht taxativ ist.<sup>1)</sup> Die aus dem Grundverhältnis entstandenen oder entstehenden Forderungen aus dem Kerosin-Liefervertrag sind daher ohne besondere Einverleibung im Grundbuch durch die Hypothek bis zum angegebenen Höchstbetrag besichert.

Lt SV kann Eva eine fällige Forderung iHv € 70.000,- nicht begleichen. Anstatt Evas Vertragspartner Petrol AG droht aber die B-Bank mit der Versteigerung der Liegenschaft. Nach den §§ 1392 ff ABGB kann die Petrol AG (Altgläubiger) die Forderung gegen Eva (Schuldnerin) an die B-Bank (Neugläubiger) gegen Entgelt abtreten (Zession). Die B-Bank wollte also dieselbe Stellung erlangen, wie sie die Petrol AG hatte. Problematisch ist, dass die Forderung hypothekarisch besichert ist.

Exkurs:<sup>2)</sup> Das Pfandrecht ist akzessorisch, dient also der Sicherung einer Forderung und kann nicht für sich alleine bestehen. Daher nimmt die hA an, dass eine Hypothekarforderung mit Wirksamkeit gegen Dritte nur durch bürgerliche Übertragung (§§ 445, 451 ABGB) wirksam abgetreten werden kann, weil ansonsten die Gefahr einer „Verdoppelung“ der Forderung bestünde.<sup>3)</sup> Dem hält *Iro*<sup>4)</sup> entgegen, dass die Schuldnerin nur gegen Ausstellung einer Lösungsquittung<sup>5)</sup> leisten muss, wozu nur die Hypothekargläubigerin (Petrol AG) in der Lage wäre, sodass die Schuldnerin gegen doppelte Inanspruchnahme geschützt sei, weil sie die Schuld nicht begleichen werde, ohne die Hypothek löschen zu können. Diese Überlegungen passen auf eine Festbetragshypothek, werden dem Charakter einer hier vorliegenden Höchstbetragshypothek aber nicht gerecht.

Die Höchstbetragshypothek ist nicht mit einer einzelnen Forderung verknüpft, für die sie ausschließlich haften würde. Das pfandrechtl. Spezialitätsprinzip ist hier abgeschwächt. Eine Höchstbetragshypothek ist nach hA zum Grundverhältnis (Kerosinlieferungen), nicht aber zu den einzelnen Forderungen (Lieferung iHv € 70.000,-) akzessorisch.<sup>6)</sup> Aufgrund der abgeschwächten Spezialität und der mangelnden Akzessorietät zu den einzelnen Forderungen kann eine Forderung, die aus einem durch Höchstbetragshypothek gesicherten Grundverhältnis entspringt, anders als Festbetragshypotheken auch außerbücherlich übertragen werden.<sup>7)</sup> Das hat dann aber zur Folge, dass die Forderung aus dem Sicherungsverband ausscheidet.<sup>8)</sup> Die B-Bank konnte daher die Forderung von der Petrol AG erwerben, allerdings nur unbesichert.

Ein Teil der Lehre vertritt dagegen, dass mit der rechtsgeschäftlichen Übertragung einer durch Höchstbetragshypothek gesicherten Forderung der auf die übertragene Forderung entfallende Teil der Hypothek auf den Neugläubiger übergehe und mit Erlöschen der Forderung wieder der Höchstbetragshypothek zuwachse.<sup>9)</sup> Folgt man

Dr. *Joachim Pierer* ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.

1) *Koziol – Welscher/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1265; *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 13/1. OGH JAP 1996/1997, 249 (verst Senat; dazu Erl *Reidinger*); vgl auch *dens*, Bürgerliches Recht I<sup>9</sup> Frage 4a AT u 81 SaR.

2) Die Exkurse dienen zum besseren Verständnis, sind aber kein essentieller Teil der Falllösung.

3) *Koziol – Welscher/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1227; vgl auch die Nachweise bei *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 10/34 f.

4) Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 10/35.

5) Zustimmung des Pfandgläubigers, dass die Hypothek aus dem Grundbuch gelöscht werden kann.

6) *Koziol – Welscher/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1227, 1265; *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 13/4.

7) *Koziol – Welscher/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1228; *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 13/9.

8) *Koziol – Welscher/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1227; RIS-Justiz RS0033415; vgl die Darstellung des Meinungsstands bei *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 13/9.

9) *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 13/9 mwN in FN 8.

dieser Meinung,<sup>10)</sup> so kann die B-Bank auf die Sicherheit greifen und diese verwerten, weil die Schuldnerin Eva bei Fälligkeit nicht gezahlt hat.

✎ Meine Notizen:

### B. B-Bank gegen Petrol AG auf Zahlung von € 70.000,- gem § 1435 ABGB iVm § 1397 ABGB

Die B-Bank hat gegen Entgelt eine Forderung erworben. Gem § 1397 ABGB haftet der Überträger (Petrol AG) dem Übernehmer (B-Bank) für die Einbringlichkeit. Hier handelt es sich um eine Gewährleistungsbestimmung. Da die Forderung nicht einbringlich ist (Eva kann die Forderung nicht begleichen),<sup>11)</sup> kann die B-Bank den Vertrag wandeln. Da sie für die Forderung iHv € 70.000,- aber nur € 60.000,- bezahlt hat, bekommt die B-Bank auch nur den geleisteten Kaufpreis zurück (vgl § 1397 ABGB). Der Anspruch der B-Bank besteht daher iHv € 60.000,- zu Recht. Die B-Bank muss der Petrol AG aber Zug um Zug mit der Rückzahlung des Entgelts die (uneinbringliche) Forderung rückübertragen. Das Erfüllungsinteresse iHv € 10.000,- könnte die B-Bank unter Berufung auf § 933 a ABGB verlangen.

## II. Sicherungseigentum

### A. B-Bank gegen Fabian auf Zahlung von € 50.000,- gem §§ 983, 988 ABGB

Fabian und die B-Bank haben einen Kreditvertrag geschlossen, der zur Rückzahlung fällig ist. Der Anspruch besteht zu Recht. Fabian kann nicht zahlen, weshalb die B-Bank auf die Sicherheit greifen und diese verwerten will. Die Sicherheit (das Flugzeug) befindet sich bei Eva, weshalb die B-Bank auf ihr Sicherungseigentum verweisen und das Flugzeug lt SV von Eva herausverlangen wird.

### B. B-Bank gegen Eva auf Herausgabe des Sportflugzeugs gem §§ 366, 372 ABGB

Um das Flugzeug erfolgreich herausverlangen zu können, müsste die B-Bank Eigentümerin und das Flugzeug bei Eva sein, die zudem kein Recht zur Innehabung haben darf. Fabian übereignet sein Sportflugzeug zur Besicherung eines Kredits an die B-Bank. Ziel einer solchen Sicherungsübereignung ist, dass die B-Bank Eigentümerin des Flugzeugs wird und dieses wie eine Pfandsache bei Fälligkeit und Nichtzahlung der besicherten Forderung verwerten darf.

Wie für jeden Eigentumserwerb sind auch hier Titel, Modus und dingliche Berechtigung des Vormannes notwendig. Die dingliche Berechtigung des Fabian ist gegeben, er ist lt SV Eigentümer des Flugzeugs. Titel ist die Sicherungsabrede, also dass der Kredit durch das Flugzeug besichert werden soll, was funktionell einem Pfandbestellungsvertrag entspricht.<sup>12)</sup> Damit pfandrechtliche Grundsätze (insb das Publizitätsprinzip) nicht umgangen werden, sind (die meisten) pfandrechtlichen Vorschriften nach hA analog auf das Sicherungseigentum anzuwenden.<sup>13)</sup> Das gilt insb für den Modus. Lt SV übergibt Fabian das Flugzeug der B-Bank und händigt alle Schlüssel und Papiere aus. An beweglichen Sachen wird das Pfandrecht gem § 451 ABGB durch Übergabe erworben, was gem § 426 ABGB eine körperliche Übergabe voraussetzt. Dass das Flugzeug weiterhin auf Evas Flugplatz steht, schadet nicht, weil der Pfandgläubiger die Pfandsache nicht mitnehmen muss, da sie dem Zugriff des Schuldners damit entzogen ist. Die B-Bank konnte daher Sicherungseigentum am Flugzeug erwerben, weil die pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften (analog) eingehalten wurden.

Problematisch ist, dass die B-Bank das Flugzeug an Fabian zurückgibt, als dieser darum bittet. Nach den analog anzuwendenden pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften (Faustpfandprinzip) erlischt nach der hL deshalb das Pfandrecht und somit

10) Studierende, die diese Meinung kannten und erklärten, konnten damit genauso viele Punkte erreichen wie jene, die stattdessen den Anspruch der Bank gegen Petrol AG gem § 1397 ABGB (sogleich I. B.) geprüft haben.

11) Die Uneinbringlichkeit wird im Regelfall erst nach Klage und erfolgloser Exekution feststehen. Da bei der Diplomprüfung aus Bürgerlichem Recht zivilprozessrechtliche Aspekte nicht geprüft werden, konnten die Studierenden annehmen, dass die Uneinbringlichkeit schon dadurch bewiesen ist, dass im Sachverhalt festgehalten ist, dass Eva die Forderung nicht begleichen kann.

12) Iro, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 14/10.

13) Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 559, 1298; Iro, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 14/11.



✎ Meine Notizen: auch das Sicherungseigentum gem § 467 ABGB.<sup>14)</sup> Die Rsp folgert aus der Formulierung des § 467 ABGB, wonach das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger sie dem Schuldner ohne Vorbehalt zurückstellt, dass es möglich ist, dass der Schuldner (Fabian) die Pfandsache (Flugzeug) vorübergehend benützt, und dennoch das Pfandrecht (Sicherungseigentum) aufrechtbleibt, wenn der Pfandgläubiger (B-Bank) einen derartigen Vorbehalt äußert. Aber selbst die Rsp ist der Ansicht, dass das Sicherungseigentum erlischt, wenn der Gläubiger die ihm zur Sicherheit übereignete Sache dem Schuldner nicht bloß vorübergehend unter Vorbehalt, sondern auf unbestimmte Zeit zurückstellt.<sup>15)</sup> Das heißt im konkreten Fall, dass das Sicherungseigentum der B-Bank jedenfalls erloschen ist.

Durch das Anbringen der Plakette „*Eigentum der B-Bank*“ könnte aber neuerlich Sicherungseigentum begründet worden sein. Es handelt sich aber nur um eine Verpfändung bzw Begründung von Sicherungseigentum durch Zeichen gem § 452 ABGB. Eine solche kommt bei beweglichen Sachen, die eine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulassen, nicht in Frage. Selbst wenn dem so wäre, genügt die kleine Plakette nicht dem strengen Maßstab des § 452 ABGB, weil nicht jedermann die Verpfändung (Sicherungsübereignung) leicht erfahren kann, wenn man ein 4x4 cm kleines Schild im Inneren des Flugzeugs anbringt. Die Bank hat kein Sicherungseigentum mehr, ihr fehlt somit die gem § 366 ABGB für die Eigentumsklage notwendige Aktivlegitimation, sodass der Anspruch nicht zu Recht besteht.

Die Rückstellung kann nicht als konkludenter Verzicht auf das Sicherungseigentum gedeutet werden, weil die Bank die Anbringung der Plakette verlangt. Sie hat daher einen obligatorischen Anspruch auf neuerliche sicherungsweise Übereignung der Sache gegen Fabian.<sup>16)</sup>

### C. Eva gegen Fabian auf Zahlung des Werklohns gem §§ 1151, 1170 ABGB

Eva hat sich gegenüber Fabian zur Herstellung eines Erfolgs, nämlich der Wartung seines Flugzeugs durch ihre Mechaniker (§ 1165 ABGB), verpflichtet, also einen Werkvertrag geschlossen. Da das Werk vollendet ist, ist der Werklohn gem § 1170 ABGB fällig und der Anspruch besteht.

### D. Fabian gegen Eva auf Herausgabe des Sportflugzeugs gem §§ 366, 372 ABGB

Wieder sind die Voraussetzungen für die Eigentumsklage gem § 366 ABGB zu prüfen. Aus dem Anspruch II.B. ergibt sich, dass das Eigentum an Fabian zurückgefallen ist. Lt SV ist das Flugzeug bei Eva, die sich weigert, es herauszugeben, weil sie für die Wartung des Flugzeugs im Auftrag Fabians noch eine fällige Forderung iHv € 7.000,- gegen Fabian hat (II.C.).

Weil Eva nicht Eigentümerin ist, müsste sie das Flugzeug grds dem Eigentümer Fabian herausgeben. Gem § 471 ABGB kann aber jeder, der zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist, zur Sicherung seiner fälligen Forderungen wegen des für die Sache gemachten Aufwands mit der Wirkung zurückbehalten, dass er zur Herausgabe nur gegen die Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung verurteilt werden kann. Eva hat das Flugzeug im Auftrag Fabians durch ihre Mechaniker warten lassen, wofür Kosten iHv € 7.000,- anfielen, was als Aufwand für die Sache zu qualifizieren ist. Der Anspruch auf Herausgabe besteht zwar prinzipiell zu Recht; Eva kann das Flugzeug aber solange zurückbehalten und die Herausgabe verweigern, bis Fabian die Forderung begleicht.

## III. Eigentumserwerb

### A. Kurt gegen Stadtmuseum auf Herausgabe des Buches gem §§ 366, 372 ABGB

#### 1) Adam – Kurt

Beim Eigentumserwerb empfiehlt sich eine chronologische Prüfung. Aus dem SV geht hervor, dass Kurt dem Adam sein Buch lt SV „geborgt“ hat. Die beiden kamen also

14) *Koziol – Welsler/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1196; *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 12/4.

15) RIS-Justiz RS0010363.

16) *Koziol – Welsler/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1196; *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 12/4.

überein, dass Kurt dem Adam unentgeltlich den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache (historisches Buch) überlässt, was ein Leihvertrag iSd § 971 ABGB ist. Ein derivativer Eigentumserwerb Adams kommt nicht in Frage, weil ein Leihvertrag nie auf Übertragung von Eigentum gerichtet ist. Durch die viele Zeit, die seither vergangen ist (lt SV 31 Jahre), könnte man an eine Ersitzung denken. Dafür sind rechtmäßiger (§§ 1461 f ABGB), redlicher (§ 1463 ABGB) und echter (§ 1464 ABGB) Besitz einer ersitzungsfähigen Sache Voraussetzung. Für die bewegliche Sache „Buch“ würden drei Jahre gem § 1466 ABGB im Rahmen einer eigentlichen Ersitzung ausreichen. Die eigentliche Ersitzung dient dazu, Eigentumserwerb zu ermöglichen, wenn der derivative und gutgläubige Erwerb gescheitert ist.<sup>17)</sup> Eine sonstige Schwäche im Titel wird aber nicht „ausgeglichen“. Die §§ 1461, 1462 ABGB stellen also auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes ab und fordern einen Titel, der idR dazu geführt hätte, dass der jetzige Besitzer Eigentümer geworden wäre. Gem § 1462 ABGB können daher geliehene Sachen vom Entlehner (Adam) wegen des Fehlens eines entsprechenden Titels nicht ersonnen werden.

Nun kann man an die uneigentliche Ersitzung iSd § 1477 ABGB denken, für die die Rechtmäßigkeit, also ein Titel, gerade nicht Voraussetzung ist. Im Gegenzug beträgt die Frist allerdings 30 Jahre. Der Besitz muss echt und der Besitzer redlich sein. Unredlich ist gem § 326 ABGB, wer weiß oder aus den Umständen vermuten muss, dass die in seinem Besitz befindliche Sache einem anderen gehört. Auch die uneigentliche Ersitzung scheitert an der Redlichkeit, weil Adam wusste, dass das Buch Kurt gehörte. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass Kurt auch 31 Jahre nach Abschluss des Leihvertrags (nach dem Tod des Adam) noch immer Eigentümer ist.

Exkurs: Denkbar wäre auch, das Verhältnis zwischen Adam und Kurt als Prekarium (Bittleihe) zu beurteilen und die Ersitzung daher nicht nur an der Redlichkeit, sondern auch an der Echtheit des Besitzes scheitern zu lassen.<sup>18)</sup>

## 2) Sigi – Museum

Sigi verschenkt das Buch an das Stadtmuseum. Der derivative Erwerb des Museums scheitert an der fehlenden dinglichen Berechtigung des Sigi, weil das Buch nach wie vor Kurt gehört. Der gutgläubige originäre Erwerb gem § 367 ABGB scheitert an der fehlenden Entgeltlichkeit. Das Museum erwirbt kein Eigentum, beginnt aber eine eigentliche Ersitzung. Die dreijährige Frist ist aber noch nicht abgelaufen. Kurt ist am Ende des SV also noch immer Eigentümer des Buches, das Stadtmuseum ist daher grds zur Herausgabe verpflichtet.

Das Museum hat das Buch wegen seines schlechten Zustands um € 1.000,- fachmännisch restaurieren lassen, was dazu geführt hat, dass das Buch um € 900,- an Wert gewonnen hat. Gem § 331 ABGB sind dem redlichen Besitzer notwendige oder nützliche Aufwendungen zugunsten der Sache zu ersetzen. Der Aufwand ist wohl schon ein notwendiger, weil er zur fortdauernden Erhaltung der Substanz erforderlich war (Restaurierung eines historischen Buches, das in schlechtem Zustand ist). Die Einordnung als nützlicher Aufwand ist auch vertretbar. Kurt wird nun argumentieren, dass das Museum € 1.000,- verlangt, er im Gegenzug aber ein Buch zurückbekommt, das nur € 900,- mehr wert ist. Gem § 331 ABGB gebührt dem redlichen Besitzer der Ersatz seiner Aufwendungen nur nach dem gegenwärtigen Wert, sofern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt. Das bedeutet, dass grds die aus den Aufwendungen resultierende Wertsteigerung zu ersetzen ist. Ist die Wertsteigerung aber höher als der tatsächlich gemachte Aufwand, so ist der Ersatzanspruch mit dem gemachten Aufwand begrenzt.<sup>19)</sup>

Das Stadtmuseum ist redlich iSd § 326 ABGB, weil es sich für den Eigentümer des Buches infolge der Schenkung gehalten hat und keine Verdachtsmomente vorlagen. Die Redlichkeit wird gem § 328 ABGB auch vermutet. Gem § 471 muss das Museum das Buch daher nur herausgeben, wenn Kurt im Gegenzug die Wertsteigerung iHv € 900,- ersetzt. →

✎ Meine Notizen:

17) *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1059; *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 6/85.

18) *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 6/90; *aA Kodek*, Besitzstörung (2002) 511 ff.

19) *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1089f; *Iro*, Sachenrecht<sup>6</sup> Rz 7/8. Wenn zB das Buch um € 1.100,- mehr wert wäre, könnte das Museum dennoch nur den tatsächlich getätigten Aufwand iHv € 1.000,- verlangen.

✎ Meine Notizen:

## B. Folgeansprüche

### 1) Gewährleistung

Ein Gewährleistungsanspruch wegen eines Rechtsmangels (das Museum konnte kein Eigentum erwerben) gegen Sigi scheidet aber aus, weil das Buch dem Museum geschenkt wurde (§ 922 Abs 1 ABGB).

### 2) Stadtmuseum gegen Sigi auf Zahlung von € 100,- gem § 945 ABGB

Die Differenz zwischen Aufwand und Wertsteigerung iHv € 100,- ist ein Vertrauensschaden des Museums, der daraus resultiert, dass Sigi nicht über seine fehlende Eigentümerstellung aufgeklärt hat. Das Stadtmuseum könnte sich daher gem § 945 ABGB an Sigi wenden. Dieser haftet aber nur für die wissentliche Schenkung einer fremden Sache.

Mit entsprechender Begründung konnten die Studierenden die Haftung bejahen oder verneinen. Sigi könnte sich für den Erben gehalten oder gedacht haben, er verschenke etwas, was ohnehin bald ihm gehören würde. Das spricht aber auch gegen ihn, weil diese Überlegung voraussetzt, dass Sigi wusste, dass das Buch eben noch nicht ihm gehört.

Exkurs: Es handelt sich nicht um einen Erwerb vom Scheinerben (§ 824 ABGB), weil einerseits dem richtigen eingetragten Erben die Schenkung lt SV noch vor einer etwaigen Einantwortung stattfindet. Zudem substituiert auch § 824 ABGB nur das fehlende Erbrecht und nicht die fehlende dingliche Berechtigung des Erblassers, in dessen Rechtsposition der (Schein-)Erbe eintritt.

## IV. Erbrecht<sup>20)</sup>

### A. Erbfolge nach Adam

In der lt SV formgültigen letztwilligen Verfügung des Adam werden Sigi und Maria je zur Hälfte als Erben eingesetzt, es handelt sich daher um ein Testament iSd § 552 Abs 2 ABGB.

Maria schlägt die Erbschaft gem § 805 ABGB aus (Erbsentschlagung bzw negative Erbserklärung). Die Wirkung ist, dass die Erbschaft der Maria als nicht angefallen gilt, der Erbanfall wird somit rückwirkend beseitigt.<sup>21)</sup> Kann oder will ein Erbe von seinem Erbrecht keinen Gebrauch machen, so regeln die §§ 560 ff ABGB was mit dem freigewordenen Teil geschieht, wenn sich der letztwilligen Verfügung diesbezüglich nichts entnehmen lässt. Damit möchte das ABGB dem vermuteten Erblasserwillen entsprechen.<sup>22)</sup>

Für die Verteilung unterscheiden die §§ 560 ff ABGB idF vor ErbRÄG 2015 danach, ob die Erben vom Erblasser unbestimmt oder bestimmt eingesetzt wurden. Lt SV sollen Sigi und Maria „je zur Hälfte“ das Vermögen des Adam bekommen. Eine bestimmte Einsetzung ist es, wenn der Erblasser eine genaue Quote nennt, hier „die Hälfte“ (50%).<sup>23)</sup> Der Gesetzgeber stellte 1811 (Stammfassung des ABGB) die Vermutung auf, dass der Erblasser den bestimmt eingesetzten Erben auch nur diesen Teil zuwenden wollte und sie nicht mehr bekommen sollten, selbst wenn nachträglich ein Erbteil frei wird.

Exkurs: Wer argumentiert, dass die Quote durch Adam bloß zur Verdeutlichung beigefügt wurde und nur eine in Worte gefasste Regelung des § 555 ABGB aF ist, wonach ohne Vorschrift einer Teilung eingesetzte Erben zu gleichen Teilen erben, hat überzeugend dargetan, dass die §§ 560 ff ABGB aF problematisch sind und man die Verfügung des Adam auch als eine unbestimmte Einsetzung (iS eines allgemeinen Ausdrucks gleicher Teilung gem § 560 ABGB aF) beurteilen kann. Damit wird man dem Erblasserwillen idR eher entsprechen als mit § 562 ABGB aF. Zur Neuregelung durch das ErbRÄG 2015 s am Ende des Anspruchs.

Sigi bleibt als einziger testamentarischer Erbe übrig. Da er bestimmt eingesetzt ist, gebührt ihm aber gem § 562 ABGB aF „in keinem Falle“ das Zuwachsrecht. Weiters

20) Zum Zeitpunkt der Diplomprüfung war das ErbRÄG 2015 noch nicht in Kraft. Damit der Fall zu Übungszwecken aktuell bleibt, wurde die Lösung an die Rechtslage nach Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 angepasst. Zu Vergleichszwecken wurde auch die alte Lösung abgedruckt. Wird auf erbrechtliche Bestimmungen vor dem ErbRÄG 2015 Bezug genommen, sind diese durch den Zusatz „aF“ („alte Fassung“) gekennzeichnet.

21) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 2401; *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 2/31.

22) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 2218; *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/76.

23) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 2218; zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/76 bzw nunmehr *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/76 FN 96.

bestimmt § 562 ABGB aF, dass, wenn kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig ist, der freie Teil dennoch nicht einem noch übrigen bestimmt eingesetzten, sondern den gesetzlichen Erben zuwächst.

✍ Meine Notizen:

Die gesetzlichen Erben sind der Ehegatte (§ 730 ABGB aF) und diejenigen, die mit dem Erblasser in nächster Linie verwandt sind. Zur ersten Linie (Parentel) gehören die Kinder (§ 731 Abs 1 ABGB aF), also Sigi. Die einzelnen Linien können nur nacheinander, nicht aber gleichzeitig erben (§§ 732, 735 ABGB aF). Daher ist Sigi gesetzlicher Erbe, ihm fällt gem § 732 ABGB aF die Erbschaft zu; nicht aber Adams Mutter aus der zweiten Linie (Parentel), was auch § 735 ABGB aF ausdrücklich sagt.

Auch der Ehegatte hat gem § 757 ABGB aF ein gesetzliches Erbrecht. Die Höhe hängt davon ab, mit welchen anderen Verwandten er „konkurriert“. Neben den Kindern des Erblassers gebührt Eva gem § 757 Abs 1 ABGB aF daher 1/3 des Nachlasses. Dass Adam und Eva seit zwei Jahren getrennt leben, spielt keine Rolle, weil es gem § 757 ABGB aF darauf ankommt, dass der Erblasser im Todeszeitpunkt gültig verheiratet war.<sup>24)</sup> Auch ist das Erbrecht der Eva nicht (§ 759 Abs 2 ABGB aF) erloschen, weil lt SV Adam (der Erblasser) keine Scheidungsklage eingebracht hat, sie leben bloß getrennt.

Für die Erbfolge bedeutet das: Sigi erbt die Hälfte des Nachlasses aufgrund des Testaments. Die Maria zuge dachte Hälfte wächst den gesetzlichen Erben zu. Davon erhält Sigi 2/3 und Eva 1/3. Gesamt betrachtet erhält Eva daher 1/6 des Nachlasses (1/3 von 1/2) und Sigi die restlichen 5/6.

Exkurs: Obwohl bestimmt eingesetzte Erben nach § 562 ABGB aF gar nichts mehr bekommen sollen, regeln die §§ 560 ff ABGB aF nur das Verhältnis der eingesetzten Erben untereinander (jemand soll im Verhältnis zu seinem testamentarischen Miterben nicht mehr bekommen). Ein Nebeneinander zweier Berufungsgründe (Testament, gesetzliches Erbrecht, vgl § 534 ABGB aF) ist aber möglich.<sup>25)</sup> Obwohl Sigi bestimmt eingesetzt ist, kann er daher nochmals erben.

Das **ErbRÄG 2015** hat die Zuwachsregeln deutlich verbessert, indem die Unterscheidung zwischen bestimmter und unbestimmter Einsetzung abgeschafft wurde. Nach § 560 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015 wächst der frei gewordene Teil im Zweifel den übrigen eingesetzten Erben im Verhältnis ihrer Erbteile an. Da Sigi alleine übrig bleibt und keine Anhaltspunkte für einen gegenteiligen Erblasserwillen erkennbar sind, wächst der für Maria bestimmte Teil Sigi zu.

## B. Pflichtteil von Eva

Eva ist unzufrieden, weil Adam sie nicht bedacht hat. Die Nichterwähnung von Eva in Adams Testament könnte gem § 772 Abs 1 ABGB eine stillschweigende Enterbung sein.<sup>26)</sup> Dafür bietet der SV aber keine Anhaltspunkte. Eva kann gem § 758 Abs 1 ABGB aber nur den Pflichtteil fordern, weil sie stillschweigend übergangen wurde. Gem § 757 ABGB ist die Ehegattin pflichtteilsberechtigt. Die Höhe bestimmt § 759 ABGB mit der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, der für Eva neben Sohn Sigi 1/3 beträgt (§ 744 Abs 1 ABGB). Ihr Pflichtteil ist daher 1/6 des Nachlasses. Der Pflichtteil kann gem § 761 Abs 1 ABGB in Gestalt eines Erbteiles hinterlassen werden.

Im Anschluss an die obigen Ausführungen zur Rechtslage **vor ErbRÄG 2015** hat Eva gem § 562 ABGB aF schon 1/3 der freigewordenen Hälfte des Nachlasses, somit 1/6 des gesamten Nachlasses, erhalten (s IV.A.). Der reine Nachlass beträgt lt SV € 600.000,-, davon ist 1/6 € 100.000,-. Ihr Pflichtteil ist daher gedeckt, sie kann nicht mehr fordern.

Nach dem **ErbRÄG 2015** ist der Pflichtteil von Eva nicht gedeckt, weil sie keinen Erbteil bekommt, da alles an Sigi geht (IV.A.). Sie hat daher gem §§ 763, 764 Abs 1 ABGB einen Anspruch gegen die Verlassenschaft und nach Einantwortung gegen den Erben Sigi und kann den Pflichtteil in Geld fordern.

## C. Eigentumswohnung am Wörthersee

Im Todesfall eines Wohnungseigentumspartners geht gem § 14 Abs 1 Z 1 WEG der Anteil des Verstorbenen unmittelbar von Gesetzes wegen in das Eigentum des überlebenden Partners über. Die Eigentumspartner können gem § 14 Abs 5 WEG durch

24) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 1959; *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 3/14.

25) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 2221; zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/79 bzw nunmehr zu ähnlichen Fällen *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/79.

26) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 2313; *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 11/12.



eine vor einem Notar oder unter anwaltlicher Mitwirkung schriftlich geschlossenen Vereinbarung bestimmen, dass anstelle des gesetzlichen Eigentumsübergangs nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG der Anteil des Verstorbenen einer anderen natürlichen Person zukommt. Da Adam mit Eva keine Vereinbarung geschlossen hat und ein sonstiger Erwerb von Todes wegen schon nach § 14 Abs 1 WEG ausgeschlossen ist, kann Sigi Adams Anteil nicht erwerben, obwohl dieser es so wollte. Dem anderen Partner soll kein Miteigentümer ohne seinen Willen aufgedrängt werden.<sup>27)</sup> Sigi hat keinen Anspruch auf Übereignung des halben Mindestanteils.

Daher kommt es zur Anwachsung<sup>28)</sup> bei Eva gem § 14 Abs 1 Z 1 WEG. Weil der Mindestanteil des Verstorbenen nicht in die Verlassenschaft fällt, muss der überlebende Partner im Gegenzug gem § 14 Abs 2 WEG die Hälfte des Verkehrswerts des Mindestanteils als Übernahmepreis an die Verlassenschaft zahlen. Die Zahlungspflicht kann vom Erblasser gem § 14 Abs 4, 5 WEG erlassen werden. Der Erlass hat sich jedoch nur auf Sigi und nicht auf Eva bezogen, sie muss daher zahlen.

§ 14 Abs 3 WEG enthält eine Sonderregelung (geringerer Übernahmepreis), falls der überlebende Wohnungseigentumspartner ein Pflichtteilsberechtigter des Verstorbenen war und andere Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind. Das ist der Fall, weil die Ehegattin Eva und der Sohn Sigi pflichtteilsberechtigt sind (IV.A. und B.). Als weitere Voraussetzung muss Gegenstand des gemeinsamen Wohnungseigentums aber eine Wohnung gewesen sein, die der Überlebenden (Ehegattin Eva) zur Befriedigung ihres dringenden Wohnbedürfnisses dient. Das ist nicht der Fall, weil es sich hier um die Ferienwohnung in Kärnten handelt und Eva lt SV seit zwei Jahren von Adam getrennt lebt. Eva kann sich daher nicht auf diese Sonderregelung berufen, und der von ihr zu zahlende Übernahmepreis richtet sich nach § 14 Abs 2 WEG. Eva muss die Hälfte des Verkehrswerts des Mindestanteils an die Verlassenschaft nach Adam zahlen. Lt SV ist die Wohnung und damit der Mindestanteil (vgl § 2 Abs 9 WEG) € 400.000,- wert. Die Hälfte davon sind € 200.000,-. Für die Lösung der anderen erbrechtlichen Fragen (IV.A. und B.) spielt die Frage nach dem Übernahmepreis keine Rolle, weil er schon im reinen Nachlass enthalten ist.

---

27) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 1963f.

28) Nicht zu verwechseln mit der Anwachsung bzw dem Zuwachs iSd §§ 560ff ABGB (oben IV.A.).