

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Doppelterveräußerung einer Liegenschaft“

verfasst von / submitted by

Mag.^a Amanda Reiter

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /

UA 992 361

Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M.

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

4. Februar 2023

Gender Erklärung

Alle in dieser Arbeit verwendeten Ausdrücke sind in männlicher und weiblicher Form zu verstehen. Aus Gründen der Lesbarkeit wurde auf eine differenzierte Schreibweise verzichtet.

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
BG	Bezirksgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
f	folgend, -e, -er
ff	fortfolgende, die folgenden, fortfolgend
FN	Fußnote
GBG	Allgemeines Grundbuchsgesetz
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
GUG	Grundbuchsumstellungsgesetz
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
idF	in der Fassung
immolex	Zeitschrift für neues Miet- und Wohnrecht
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
lit	litera

lt	laut
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RAPG	Rechtsanwaltsprüfungsgesetz
RDB	Rechtsdatenbank
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
S	Satz
s	siehe
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
ua	und andere, -s; unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Der Erwerb einer Liegenschaft	3
1. Abschluss des Kaufvertrages	3
2. Eigentumsübertragung	4
C. Doppelveräußerung	5
1. Situationen einer Doppelveräußerung	5
2. Rechtsfolgen einer Doppelveräußerung	9
a) Gewährleistung	9
b) Unmöglichkeit der Leistungserbringung	11
c) Schadenersatz	15
3. Unentgeltlicher Erwerb einer Liegenschaft	24
D. Entwicklung der Lehre und der Rechtsprechung	27
1. Ältere Rechtsprechung nach der Lehre von Klang	27
2. Die Lehre von Koziol	28
3. Die Ansicht von Schilcher/Holzer	29
4. Die Rechtsprechung des OGH	29
5. Ausgewählte OGH Entscheidungen	32
a) OGH 7 Ob 225/03v	32
b) OGH 6 Ob 169/07g	46
c) OGH 2 Ob 59/20w	48
E. Sicherungsmöglichkeiten	51
1. Grundbuch	51
a) Aufbau und Grundsätze	51
b) Anmerkung der Rangordnung	57
c) Vormerkung	59
d) Vorkaufsrecht	61
e) Belastungs- und Veräußerungsverbot	63
2. Konventionalstrafe	63
3. Sicherung Wohnungseigentum nach § 40 Abs 2 WEG	65
4. Abwicklung durch einen Treuhänder	66
5. Haftung des Vertragserrichters	67
6. Haftung des Maklers	75
F. Conclusio	79
G. Literaturverzeichnis	81

A. Einleitung

Beim Erwerb einer Liegenschaft kann die Fallsituation auftreten, dass die Liegenschaft an einen Käufer übergeben wird, dieser sie auch besitzt und sogar bewohnt oder nutzt, sich jedoch nicht im Grundbuch als Eigentümer einverleiben lässt. Mangels Eintragung im Grundbuch liegt kein zum Erwerb von unbeweglichen Sachen notwendiger Modus vor und der Ersterwerber wird nicht Eigentümer an der Liegenschaft. Veräußert der Verkäufer dieselbe Liegenschaft erneut an einen Zweitkäufer und nimmt dieser eine Eintragung im Grundbuch vor, wird er aufgrund des vom Gesetz verlangten Eintragungsgrundsatzes bürgerlicher Eigentümer an der Liegenschaft.

Sachenrechtlich wird der Zweiterwerber aufgrund des Intabulationsprinzips Eigentümer an der Liegenschaft. Das Eintragungsprinzip ist in § 431 ABGB verankert, welcher besagt, dass zur Übertragung des Eigentums unbeweglicher Sachen das Erwerbsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden muss. Diese Eintragung wird Einverleibung genannt. Ebenso regelt § 4 GBG, dass die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung der bürgerlichen Rechte nur durch die Eintragung ins Hauptbuch erwirkt werde. Beim Erwerb unbeweglicher Sachen fallen also Titelgeschäft und Modus auseinander. Da im Sachenrecht das Prioritätsprinzip gilt, wird derjenige bürgerlicher Eigentümer, welcher zuerst um die Eintragung angesucht hat. Gem § 29 GBG richtet sich die Rangordnung der Eintragung nach dem Zeitpunkt, an welchem die Eingabe beim Grundbuchsgericht eingelangt ist. Die zeitliche Reihenfolge der abgeschlossenen Kaufverträge ist für die Einverleibung unerheblich.

Die Situation, dass eine unbewegliche Sache doppelt verkauft wird, regelt § 440 ABGB. Dieser sieht vor, dass, wenn der Eigentümer eine unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen überlassen hat, sie derjenigen zufällt, welche früher um die Einverleibung angesucht hat. Sachenrechtlich gesehen erwirbt also derjenige das Eigentum, wer zuerst die Einverleibung des Eigentumsrechts beantragt hat.

Schuldrechtlich lassen sich jedoch eine Reihe von Schadenersatzansprüchen prüfen. Es ist zu fragen, wie weit der Ersterwerber und der Zweiterwerber schützenswert sind, welche

Nachforschungspflichten beim Kauf einer Liegenschaft für einen ordentlichen Liegenschaftserwerber geboten sind, und wer gegen wen aufgrund welcher Ansprüche vorgehen kann und wie eine Rückabwicklung des Eigentumserwerbs erfolgen könne.

Es ist zwischen dem Innenverhältnis von Verkäufer und seinem jeweiligen Vertragspartner, also Ersterwerber und Zweiterwerber, und dem Außenverhältnis zwischen den beiden Erwerbern zu unterscheiden. Der erste abgeschlossene Kaufvertrag lässt auch eine Außenwirkung gegenüber einem Dritten, wie dem Zweitkäufer, entstehen. Das Missachten und Beeinträchtigen von fremden Verträgen und den daraus entfließenden Rechten kann bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen zu Schadenersatzansprüchen des Ersterwerbers gegenüber dem Zweiterwerber führen.

Die nachfolgende Arbeit ist folgendermaßen aufgebaut. Im ersten Kapitel wird einleitend und als Grundlage der Erwerb einer Liegenschaft auf Basis des Kaufvertrages besprochen. Im folgenden Abschnitt wird explizit auf die Doppelveräußerung eingegangen. Es wird geprüft, ob der Erstkäufer gegen den späteren Zweitkäufer Schadenersatzansprüche geltend machen kann und worauf diese abzielen. Der dritte Abschnitt zeigt, dass die Judikatur sich hinsichtlich der dem Ersterwerber gewährten Schadenersatzansprüche gegen den in sein Forderungsrecht eingreifenden Zweiterwerber in den letzten Jahrzehnten stark verändert und erweitert hat. Der abschließende Teil der vorliegenden Arbeit befasst sich mit den Möglichkeiten der Risikobegrenzung und den Sicherungsmöglichkeiten beim Erwerb von Liegenschaften.

Methodisch werden für die Recherche in erster Linie die bestehende Fachliteratur und Judikatur, sowie die Rechtsdatenbanken RIS und RDB verwendet.

B. Der Erwerb einer Liegenschaft

Im § 1053 ABGB ist geregelt, dass durch einen Kaufvertrag eine Sache um eine bestimmte Summe Geld einer anderen Person überlassen wird. Der Kaufvertrag ist, wie der Tauschvertrag, ein Titel, um Eigentum zu erwerben. Der Erwerb erfolgt erst mit Übergabe des Kaufgegenstandes. Bis zum Übergabezeitpunkt hat der Verkäufer das Eigentumsrecht.

1. Abschluss eines Kaufvertrages

Der Kaufvertrag ist ein entgeltlicher, gegenseitiger und grundsätzlich formfreier Vertrag. Eine Vertragspartei sagt dem anderen Vertragspartner zu, eine Sache gegen Bezahlung des Kaufpreises in sein Eigentum zu übertragen. Das Verpflichtungsgeschäft bzw der Titel des Eigentumserwerbs ist der Kaufvertrag, das Verfügungsgeschäft bzw der Modus ist die Übergabe in das Eigentum des Vertragspartners. Inhalt des Kaufvertrags sind verkehrsfähige Sachen, welche sich ins Eigentum eines anderen übertragen lassen. Verkehrsfähig bedeutet, dass kein Veräußerungsverbot an der Sache gegeben sein darf. Der Sachbegriff betreffend Kaufverträge ist daher enger als der in § 285 ABGB.¹

Gegenstand des Kaufvertrages können körperliche Sachen, sowohl unbewegliche wie Liegenschaften als auch bewegliche Sachen, und unkörperliche Sachen wie Immaterialgüterrechte oder Wertpapiere sein. Auch Gesamtsachen wie Unternehmen können Gegenstand eines Kaufvertrages sein.²

Der Kaufvertrag ist ein Konsensualvertrag. Die Einigung der Vertragspartner über den Kaufgegenstand und über den Preis ist für das Zustandekommen des Vertrages ausreichend und zählt zu den wesentlichen Bestandteilen, auch genannt „essentialia negotii“, des Geschäfts.³

Die weiteren Punkte können von den Vertragspartnern gemeinsam privatautonom gestaltet werden. Der Verkäufer ist gem § 1061 ABGB verpflichtet, den Kaufgegenstand in das

¹ Verschraegen in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON-Kommentar^{1.08} § 1053 Rz 2 (Stand 1.5.2020, rdb.at); Aicher in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB-Kommentar⁴ § 1053 Rz 3; § 285 ABGB: Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.

² Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1053 Rz 1 ff; Schwartze in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ (2019) § 1053 ABGB Rz 5 ff.

³ Schurr in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁵ (2020) § 1053 ABGB Rz 1 ff.

Eigentum seines Vertragspartners zu übertragen und der Käufer hat nach § 1062 ABGB die Pflicht, den Kaufpreis zu bezahlen. Es handelt sich also um einen gegenseitigen Vertrag, welcher nach § 1052 ABGB Zug-um-Zug zu erfüllen ist. Kaufverträge sind entgeltliche Geschäfte im Sinne des § 917 ABGB.⁴

Der Kaufvertrag ist ein Veräußerungsvertrag, die Sache soll dauerhaft in die Verfügungsgewalt des Vertragspartners übertragen werden. Bei Gebrauchsüberlassungsverträgen hingegen wird der Vertragsgegenstand nur auf Zeit in den Verfügungsbereich des Vertragspartners übertragen.⁵

2. Eigentumsübertragung

Obwohl ein Kaufvertrag grundsätzlich formfrei ist, ist bei der Veräußerung von unbeweglichen Sachen eine Eintragung ins Grundbuch zum Eigentumserwerb erforderlich. Für den Liegenschaftserwerb ist eine Verbücherung des Kaufvertrages gem § 431 ABGB notwendig. Damit das Eigentum des Liegenschaftserwerbers ins Grundbuch eingetragen werden kann, ist der Kaufvertrag in verbücherungsfähiger Form gem §§ 432, 433 iVm §§ 26, 27, 31, 32 GBG zu beurkunden und notariell zu beglaubigen. Mittels Intabulation erwirbt der Käufer gem dem Eintragungsgrundsatz das Eigentum an der Liegenschaft.

Auch wenn der Kaufvertrag noch nicht in einer verbücherungsfähigen Form vorliegt, ist er dennoch gültig. Die Gültigkeit des Kaufvertrages wird von den für eine Eintragung ins Grundbuch notwendigen Formerfordernissen nicht berührt. Bei einem formlosen Kaufvertrag über eine Liegenschaft gibt es auch die Möglichkeit einer Klage auf Errichtung einer den Grundbuchsvorschriften entsprechenden Vertragsurkunde. Der Verkäufer hat die Pflicht, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen. Bei einem mündlichen Vertrag muss das Klagebegehren nicht auf Unterzeichnung eines schriftlichen und einverleibungsfähigen Vertrages gerichtet sein, es ist möglich, direkt auf Eintragung des Eigentumsrechts ins Grundbuch zu klagen.⁶

⁴ *Schwartz* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ § 1053 ABGB Rz 1.

⁵ *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹⁴, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht II (2015) Rz 740 f; *Schwartz* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ § 1053 ABGB Rz 2.

⁶ OGH 18.12.2017, 9 Ob 70/17k, immolex 2018, 153; *Schwartz* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ § 1053 ABGB Rz 7.

Falls die Vertragspartner vereinbaren, dass eine verbücherungsfähige Urkunde zu einem späteren Zeitpunkt errichtet werden soll, liegt aber kein Formvorbehalt nach § 884 ABGB vor. Auch ein formloser Kaufvertrag hat schon Bindungswirkung, außer es ist deutlich, dass sich die Vertragspartner noch nicht binden wollten. Auch kann ein Käufer, der schon vor einer Übertragung des Eigentums die Liegenschaft besitzt, selbst wenn er den Besitz eigenmächtig erlangte, einen formlosen, aber gültigen Kaufvertrag gegenüber einem Herausgabeanspruch des Verkäufers geltend machen.⁷

Der Verkäufer hat nach hM aufgrund des Kaufvertrages die Pflicht zur Verschaffung von unbelastetem Eigentum. Um Eigentum zu verschaffen, sind sachenrechtliche Übereignungshandlungen notwendig. Bei einer unbeweglichen Sache sind dies die Eintragung im Grundbuch und die dafür erforderlichen Erklärungen und Handlungen, zum Beispiel die Aufsandungserklärung nach § 32 GBG und Urkunden nach §§ 26, 27, 31 GBG. Der Verkäufer ist also gewisser Weise zur Mitwirkung an der Einverleibung verpflichtet.⁸

Ein Kaufvertrag beinhaltet wechselseitige Schuldverhältnisse bei Verkäufer und Käufer. Die Erfüllung dieser Vertragspflichten kann gerichtlich eingeklagt werden. Wenn ein Vertragspartner seinen Vertragspflichten nicht nachkommt und nicht auf die vertragsgemäße Art erfüllt, gelten die Regelungen in §§ 918 ff ABGB betreffend Leistungsstörungen. Die Vertragspartner können die Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten und bei Verschulden des Schuldners Schadenersatzforderungen erheben. Nach einer erfolgten Übergabe, aber nicht vertragsgemäßer Erfüllung, kann der Käufer auch Gewährleistungsansprüche nach §§ 922 ff ABGB geltend machen.⁹

C. Doppelveräußerung

1. Situation einer Doppelveräußerung

Der Fall des Doppelverkaufs einer Sache wird betreffend bewegliche Sachen in § 430 ABGB und betreffend unbewegliche Sachen in § 440 ABGB geregelt. Sowohl bei beweglichen

⁷ *Schwartz* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ § 1053 ABGB Rz 7; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 4; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1053 Rz 3.

⁸ *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1047 Rz 1 f.

⁹ *Ofner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar V⁵ (2021) § 922 Rz 4; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 10 ff; *Schwartz* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ zu § 1053 ABGB Rz 21.

Sachen als auch bei unbeweglichen Sachen ist bei einer Doppelveräußerung nicht die zeitliche Reihenfolge der Kaufverträge für den Eigentumserwerb entscheidend, sondern der Zeitpunkt des sachenrechtlichen Modus. Gem § 430 ABGB ist dies bei beweglichen Sachen die zeitlich frühere Übergabe und bei Liegenschaften gem § 440 ABGB das erste Ansuchen um Eintragung ins Grundbuch.¹⁰

Es erwirbt derjenige Käufer das Eigentum an der beweglichen Sache, welcher sie zuerst übergeben bekommt. Ein Käufer kann jedoch nicht mittels einer einstweiligen Verfügung verhindern, dass die Sache an den anderen Käufer übergeben wird. Es haften aber der Verkäufer und der weitere Käufer dem übergangenen Vertragspartner.¹¹

Wurde dem Ersterwerber die Sache nicht übergeben, sondern dem Zweiterwerber, kann der Ersterwerber einen Erfüllungsanspruch gegen den Veräußerer oder gegen den Zweiterwerber geltend machen. Wenn er vom Veräußerer Erfüllung verlangt, muss dieser das Tauschobjekt wiederbeschaffen und ggf für Kosten und Nachteile aufkommen.¹²

Auch besteht für den Käufer die Möglichkeit, nach §§ 918 ff ABGB vom Kaufvertrag zurückzutreten. Wird hingegen Erfüllung verlangt, kann der Verkäufer nicht die Unmöglichkeit der Leistung vorbringen, wenn für den übergangenen Käufer das Leistungshindernis nur vorübergehend erscheint und eine Wiederbeschaffung des Vertragsgegenstandes noch möglich ist.¹³ Falls eine Rückerlangung vom Zweiterwerber unmöglich ist, kann der Ersterwerber einen Schadenersatzanspruch gegen den Doppelveräußerer geltend machen nach §§ 920 f.¹⁴

Betreffend bewegliche Sachen hat der Verkäufer dem Käufer gegenüber, der kein Eigentum mehr erworben hat, gem § 430 HS 2 ABGB zu haften.¹⁵ Diese Bestimmung kann als Verweis

¹⁰ Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1053 Rz 20 ff; Schwartz in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ zu § 1053 ABGB Rz 22 ff.

¹¹ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1053 Rz 11; Schwartz in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ zu § 1053 ABGB Rz 22 f.

¹² Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1047 Rz 17.

¹³ Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1053 Rz 21; Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1053 Rz 12.

¹⁴ Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1047 Rz 18.

¹⁵ § 430 ABGB: Hat ein Eigenthümer eben dieselbe bewegliche Sache an zwey verschiedene Personen, an Eine mit, an die Andere ohne Uebergabe veräußert; so gebührt sie derjenigen, welcher sie zuerst übergeben worden ist; doch hat der Eigenthümer dem verletzten Theile zu haften.

auf die Regelungen für Vertragsverletzungen nach §§ 918 ff ABGB gesehen werden.¹⁶ Bei vorliegendem Verschulden des Verkäufers, hat der unbefriedigte Käufer Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer. Der Verkäufer hat also je nach Fallkonstellation und Vorliegen der von der jeweiligen gesetzlichen Bestimmung verlangten Voraussetzungen dem Käufer, der kein Eigentum erworben hat, nach §§ 430, 918, 921, 932, 933a ABGB zu haften.¹⁷

Ebenfalls kann für den Käufer die Möglichkeit eines Rücktritts vom Kaufvertrag bestehen. Der Doppelverkäufer haftet seinem Vertragspartner nach §§ 920, 1298 ABGB. Der übergangene Käufer kann gem § 918 ABGB, sollte die Leistung des Verkäufers noch möglich sein, oder gem § 920 ABGB, falls die Leistung endgültig unmöglich ist, vom Kaufvertrag zurücktreten.¹⁸

Obwohl es in § 430 HS 2 ABGB nicht genannt wird, hat auch der Zweitkäufer zu haften, wenn ihn ein Verschulden an der Doppelveräußerung der beweglichen Sache trifft.¹⁹

Oft, und insbesondere bei beweglichen Sachen, kann der Doppelveräußerer, nachdem das Eigentum am Kaufgegenstand an einen der Käufer übergegangen ist, der Erfüllungsklage des anderen Käufers entgegenhalten, dass seine Leistungserbringung nun schlicht unmöglich ist. Dem übergangenen Käufer bleibt nun bei Verschulden des Verkäufers, welches in den meisten Fällen zu bejahen ist, gem § 920 S 1 ABGB nur die Möglichkeit, Schadensersatz in Form von Geldersatz zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten.

Die schlichte Unmöglichkeit der Erfüllung ist jedoch nur gegeben, wenn es für den Verkäufer dauerhaft unmöglich ist, seine Leistung zu erbringen. Das heißt, wenn noch eine, sei es auch nur unsichere Möglichkeit gibt, von demjenigen Käufer, der schon Eigentum erworben hat, den Kaufgegenstand zurückzuerhalten, liegt nach der Rsp nur ein vorübergehendes Leistungshindernis vor. Der übergangene Käufer kann daher noch immer die Erfüllung des Kaufvertrages vom Verkäufer, also die Übertragung des Eigentums an der

¹⁶ *Schwartze in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ zu § 1053 ABGB Rz 23.

¹⁷ *Apathy/Perner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020) § 1061 ABGB Rz 2.

¹⁸ *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 11.

¹⁹ *Schwartze in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ § 1053 ABGB Rz 23 f; *Verschraegen in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1053 Rz 20.

vertragsgegenständlichen Sache, fordern. Wenn allerdings mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Käufer den an ihn übertragenen Kaufgegenstand nicht wieder abgeben wird, zB weil er mit dem Rückkaufpreis nicht einverstanden ist, liegt eine schlichte Unmöglichkeit der Leistungserbringung für den Verkäufer vor und es gibt keinen Erfüllungsanspruch mehr, sondern nur mehr die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten bzw Geldersatz zu verlangen. Damit soll auch eine sinnlose Rechtsverfolgung verhindert werden.

Auf Schadenersatz statt Erfüllung kann vom übergangenen Käufer gem § 368 Abs 2 EO gewechselt werden, wenn der Doppelveräußerer zwar rechtskräftig zur Erfüllung verurteilt wurde, weil zuerst nach objektiven Kriterien beurteilt, zu erwarten war, den Gegenstand noch zu bekommen, aber dann das Zurückholen des Kaufgegenstandes doch erfolglos wurde.²⁰

Da beim Liegenschafts Kauf das Titelgeschäft und das Verfügungsgeschäft getrennt sind, sind Fälle einer Doppelveräußerung möglich. Schuldrechtlich sind grundsätzlich beide Veräußerungen gültig. Nichtigkeit der weiteren Kaufverträge liegt also nicht vor. Der Verkäufer ist allen Käufern gegenüber verpflichtet. Erfüllen kann der Verkäufer sein Versprechen aus dem Kaufvertrag jedoch nur gegenüber einem Käufer. Wenn der Verkäufer zum Zeitpunkt des weiteren Kaufvertragsabschlusses die Sache noch nicht übereignet hat, liegt bei beiden Verträgen kein Fall von einem „geradezu unmöglichen“ Geschäft iSd § 878 S 1 ABGB vor. Beide Verträge sind gültig.²¹

Betreffend die Doppelveräußerung einer unbeweglichen Sache ist zu betrachten, welche Ansprüche der Ersterwerber gegen den Veräußerer und gegen den Zweiterwerber geltend machen kann. Vertragspartner des Erstkäufers ist der Veräußerer. Seine Vertragspflicht, dem Ersterwerber das Eigentum an der Liegenschaft zu verschaffen, hat der Veräußerer im Fall einer Doppelveräußerung nicht erfüllt. Es liegt also eine Leistungsstörung vor.

²⁰ Schwartze in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ zu § 1053 ABGB Rz 24; Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 12.

²¹ Riedler in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar V⁵ (2021) § 878 Rz 10.

2. Rechtsfolgen einer Doppelveräußerung

a) Gewährleistung

Hinsichtlich der Gewährleistung iSd § 922 ff ABGB lässt sich folgendes erörtern. Grundsätzlich hat der Verkäufer dem Käufer nach § 922 ABGB dafür Gewähr zu leisten, dass die erworbene Sache die vereinbarten oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist. Wenn der Kaufgegenstand, also die betreffende Liegenschaft, die vereinbarten oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften nicht hat, kann der Erwerber Gewährleistungsansprüche geltend machen. Im Fall einer Doppelveräußerung ist der Mangel darin zu sehen, dass der Erwerber nicht die geschuldete rechtliche Position erhalten hat. Es handelt sich um einen Rechtsmangel.

Unter Rechtsmangel ist zu verstehen, dass der Verkäufer dem Käufer nicht die rechtliche Position ermöglicht hat, die er ihm aufgrund des Kaufvertrages ermöglichen müsste. Rechtsmängel sind zB auf der Sache haftende Lasten wie Dienstbarkeiten und Pfandrechte oder der Verkauf einer nicht existierenden Sache. In § 923 ABGB wird der Rechtsmangel beschrieben. Zum Beispiel gibt es die Situation, dass ein Verkäufer eine fremde Sache als eigene verkauft.²²

Auch ein gutgläubiger Verkäufer hat Gewährleistungspflichten. Strittig ist der in § 923 ABGB genannte Tatbestand, dass eine nicht mehr vorhandene Sache veräußert wird. Auch ein nicht mehr vorhandenes Recht kann unter § 923 ABGB gezählt werden.

Der hM zufolge verlangt § 923 ABGB ein gültiges Geschäft und soll ermöglichen, dass auch Verträge betreffend die ursprünglich unmöglichen, jedoch nicht „geradezu unmöglichen“ Leistungen wirksam sind und eben nicht von § 878 ABGB erfasst werden.²³ Die gegenteilige

²² § 923 ABGB: „Wer also der Sache Eigenschaften beylegt, die sie nicht hat, und die ausdrücklich oder vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden sind; wer ungewöhnliche Mängel, oder Lasten derselben verschweigt; wer eine nicht mehr vorhandene, oder eine fremde Sache als die seinige veräußert; wer fälschlich vorgibt, daß die Sache zu einem bestimmten Gebrauche tauglich; oder daß sie auch von den gewöhnlichen Mängeln und Lasten frey sey; der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, dafür zu haften.“ Keine Gewährleistung würde dann möglich sein, wenn der Käufer gutgläubig Eigentum nach §§ 367, 368 ABGB erworben hat. Der Verkäufer hat dann die aus dem Vertrag geschuldete Rechtsposition nicht verschafft, jedoch hat sie der Käufer originär durch den gutgläubigen Erwerb erhalten. Durch diese „Zweckerreichung“ hat der Gläubiger, sprich der Käufer auch keinen Gewährleistungsanspruch. *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 209.

²³ *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 543.

Rechtsansicht sieht beim Verkauf einer nicht mehr vorhandenen Sache jedoch sehr wohl eine anfängliche Unmöglichkeit nach § 878 ABGB verwirklicht. Da diese Situation in § 923 ABGB genannt wird, lässt der hM zufolge auf die Möglichkeit von Gewährleistungsbehelfen schließen.²⁴

Nach § 933 Abs 1 ABGB hat der Übergeber für jeden Mangel Gewähr zu leisten, der bei Übergabe der Sache vorliegt und innerhalb von zwei Jahren, bei einer unbeweglichen Sache innerhalb von drei Jahren nach diesem Zeitpunkt hervorkommt. Bei einem Rechtsmangel leistet der Übergeber Gewähr, wenn der Mangel bei Übergabe der Sache vorliegt.

In der Entscheidung 5 Ob 69/10y hat der OGH ausgesprochen, was unter Übergabe zu verstehen ist. Der Übergabezeitpunkt ist relevant für den Beginn der Gewährleistungsfrist. Der Beginn der Frist zur Geltendmachung der Gewährleistung wird nach § 933 Abs 1 Satz 2 ABGB durch die Ablieferung der Sache ausgelöst. Die Dauer der Gewährleistungsfrist beträgt bei unbeweglichen Sachen drei Jahre. Die „Übergabe“ beim Liegenschafts Kauf bedeutet nicht die Eintragung ins Grundbuch, sondern die körperliche Übergabe zum Beispiel vom Bauträger an einen Käufer.²⁵

Der Rechtssatz RIS-Justiz RS0018977 besagt, dass für den Beginn der dreijährigen Gewährleistungsfrist des § 933 ABGB nicht der Zeitpunkt der bürgerlichen Umschreibung, sondern jener der körperlichen Übergabe maßgebend ist. Nach RIS-Justiz RS0018408 können Ansprüche auf Erfüllung eines Kaufvertrages durch mängelfreie Übergabe der gekauften Liegenschaft nicht mehr gestellt werden, wenn die Liegenschaft ordnungsgemäß und unbeanstandet in den physischen Besitz des Käufers übernommen wurde, auch wenn der Kaufvertrag grundbücherlich noch nicht durchgeführt ist.

Im Falle einer Doppelveräußerung greifen jedoch die Gewährleistungsbehelfe meist nicht, da der Rechtsmangel nicht im Zeitpunkt der Übergabe der Liegenschaft an den ersten Erwerber vorhanden war. Der Rechtsmangel, dass der Ersterwerber nicht mehr Eigentümer werden kann, weil der Zweiterwerber sich ins Grundbuch hat eintragen lassen, entsteht meistens erst einige Zeit später, dann wenn die betreffende Liegenschaft erneut veräußert wurde und der Zweiterwerber grundbücherlicher Eigentümer wurde.

²⁴ Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 6 ff (Stand 1.1.2016, rdb.at).

²⁵ OGH 31.08.2010, 5 Ob 69/10y.

b) Unmöglichkeit der Leistungserbringung

Im Zusammenhang mit Leistungsstörungen ist auch die nachträgliche Unmöglichkeit zu betrachten. Von nachträglicher Unmöglichkeit spricht man dann, wenn eine vertraglich geschuldete Leistung bei Vertragsabschluss noch möglich gewesen ist. Dieser anfangs möglichen Vertragserfüllung steht jedoch später ein dauerhaftes faktisches oder rechtliches Hindernis entgegen. Beim Doppelverkauf einer Liegenschaft entsteht nachträglich, durch Eintragung des Zweiterwerbers im Grundbuch, ein rechtliches Hindernis. Jedoch ist zu prüfen, ob wie bereits ausgeführt, die Leistung noch möglich ist, dann würde es sich auf der Seite des Verkäufers „nur“ um Schuldnerverzug handeln.

Beim Verzug handelt es sich um ein Ausbleiben der vertragsgemäßen Leistung, bzw um das Abweichen vom vertraglich Vereinbarten. Die geschuldete Leistung wird beim Verzug entweder nicht am vereinbarten Ort, zur vereinbarten Zeit oder auf die im Vertrag vereinbarte Weise erbracht. Wenn den Schuldner ein Verschulden am Verzug trifft, spricht man von subjektivem Verzug. Objektiver Verzug des Schuldners würde dann gegeben sein, wenn der Schuldner kein Verschulden am Verzug hat, zum Beispiel, wenn er wegen Krankheit oder Naturkatastrophen mit seiner Leistung in Verzug geriet.

Die Frage, ob seitens des Veräußerers ein Verzug oder eine nachträgliche Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung vorliegt, kommt auf die konkreten einzelfallbezogenen Umstände an. Falls es noch eine ernsthafte Chance gibt, dass der Verkäufer seine Leistung noch erbringen kann, liegt nur Verzug vor.²⁶

Eine nachträgliche Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung würde dann vorliegen, wenn der Zweiterwerber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Kaufgegenstand nicht wieder abgeben wird.²⁷

Verzug hingegen wäre dann anzunehmen, wenn die geschuldete Leistung in absehbarer Zeit erfüllbar ist. Die Möglichkeiten des Käufers im Verzugsfall richten sich danach, ob ein vom Schuldner verschuldeter, sprich subjektiver Verzug, vorliegt oder es sich um objektiven, nicht dem Schuldner vorwerfbaren Verzug handelt. Beim objektiven Verzug kann der Käufer

²⁶ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 241 ff.

²⁷ OGH 21.03.1991, 8 Ob 628/91, JBl 1992, 517.

wählen, ob er gem § 918 ABGB weiter die Erfüllung verlangt oder mit Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktritt. Auch steht ihm gem § 1052 ABGB die Zug-um-Zug Einrede zu. Zudem geht die Preisgefahr nicht mit dem ausgemachten Übergabezeitpunkt über, sondern bleibt beim Schuldner. Bei Geldschulden könnte der Gläubiger die gesetzlichen Verzugszinsen verlangen, im Fall des Doppelverkaufes einer Liegenschaft ist dies aber nicht relevant, da keine Geldschuld, sondern eine Sachschuld vorliegt.

Beim subjektiven, dem Schuldner vorwerfbaren Verzugsfall hat der Käufer die Möglichkeit, entweder die Erfüllung zu verlangen und gleichzeitig auch Schadenersatz wegen des Verspätungsschadens nach § 918 Abs 1 ABGB zu fordern.

Mit Verspätungsschaden sind jene Nachteile gemeint, welche aufgrund der verspäteten Leistung aufgetreten sind. Als zweite Möglichkeit beim subjektiven Schuldnerverzug kann der Käufer mit Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten und das positive Erfüllungsinteresse,²⁸ also den Differenzanspruch nach § 921 ABGB begehren.

Der Rechtssatz RIS-Justiz RS0018463 beinhaltet, dass der Schuldner, wenn Verschulden vorliegt, das positive Vertragsinteresse zu leisten habe. Hinsichtlich der Beseitigung des Vertragsverhältnisses bestehe eine Schadensberechnung nur in Form des Differenzanspruches. Dieser Differenzanspruch könne nun grundsätzlich konkret oder abstrakt berechnet werden. Der konkrete Schaden ist entweder der Nachteil, den der Gläubiger dadurch hat, dass er die Leistung nicht bekommt oder der Aufwand, den er gemacht hat, um sich eine Leistung gleicher Art anderweitig zu beschaffen. Gegenstand des Deckungskaufes darf daher immer nur eine gleichartige Sache sein. Die Kosten der Anschaffung einer qualitativ höherwertigen Sache dürfen nicht auf den vertragsbrüchigen Schuldner übergewälzt werden.

²⁸ RIS-Justiz RS0016377: Den Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse) kann nur derjenige begehren, der auf die Gültigkeit einer abgegebenen Erklärung oder auf das Zustandekommen eines Vertrages vertraut hat, obwohl die Erklärung ungültig war oder der Vertrag nicht zustande kam. In diesem Fall hat der Schädiger den Vertrauenden so zu stellen, wie er stünde, wenn er mit der Gültigkeit seiner Verpflichtung nicht gerechnet hätte. Entstand jedoch der Schaden durch Nichterfüllung einer gültig begründeten Leistungsverpflichtung, so hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der im Vermögen des Geschädigten bei gehöriger Erfüllung (positives Erfüllungsinteresse oder Nichterfüllungsinteresse) entstünde.

RIS-Justiz RS0018239: Haftet ein Schuldner für den Nichterfüllungsschaden, dann hat er dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, der diesem durch die pflichtwidrige Nichterfüllung entstand (positives Vertragsinteresse); der Gläubiger muss daher vermögensmäßig so gestellt werden, wie wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.

Der Differenzanspruch nach § 921 ABGB ermöglicht, den Ersatz des Nichterfüllungsschadens geltend zu machen. Damit soll die Differenz zwischen jenem Schaden, der beim Gläubiger durch ein Unterbleiben des Leistungsaustausches eingetreten ist, und dem Wert der eigenen Leistung, welche sich der Gläubiger erspart hat, ersetzt werden. Als konkreter Schaden ist die Differenz zwischen dem Aufwand, welchen der Gläubiger hatte, um eine gleichartige Leistung anderweitig zu bekommen, also durch ein Deckungsgeschäft, und der ersparten Gegenleistung zu betrachten.

Ein abstrakt berechnetes Erfüllungsinteresse ist die Differenz zwischen dem Marktpreis bzw. gemeinen Wert der verzögerten Leistung und zwischen der eigenen Leistung des Gläubigers an den Schuldner, wenn es den Verzug nicht gegeben hätte. Laut der Rsp des OGH hat der vertragstreue Teil das Wahlrecht der Berechnungsart. Der Geschädigte kann wählen, ob er den Schaden konkret oder abstrakt berechnen möchte, eine Kombination beider Methoden ist jedoch nicht möglich.

Eine Rücktrittserklärung führt zu einer rückwirkenden Vertragsauflösung. Mit dem Zugang der Rücktrittserklärung wird der Vertrag ex tunc gelöst. Erhaltene Leistungen müssen gegenseitig zurückgestellt werden. Jedoch hat dieser Rückübertragungsanspruch nur schuldrechtliche und nicht sachenrechtliche Wirkung. Das bedeutet, schon übertragenes Eigentum geht nicht zurück.

Die Erfüllung kann bei einer Doppelveräußerung dann nicht mehr verlangt werden, wenn der Dritte endgültig verweigert, die Sache überhaupt herzugeben oder nur gegen ein übermäßiges Entgelt dazu bereit ist. Wenn aber noch eine ernstzunehmende Chance existiert, dass der Schuldner mit redlichem und zumutbarem Bemühen seine Vertragspflichten alternativ erfüllen kann, liegt noch keine Unmöglichkeit vor.²⁹

Nur der Umstand, dass eine Sache in dritter Hand ist, macht die Beschaffung noch nicht an sich unmöglich. Die Beschaffung ist nur unmöglich, wenn der Dritte sich begründet weigert, den Kaufgegenstand aufzugeben. Der Weigerung wird unter Umständen gleichzustellen sein, dass der Dritte nur gegen ein unverhältnismäßig hohes Entgelt zur Veräußerung der Sache bereit ist.³⁰

²⁹ OGH 29.08.2013, 8 Ob 108/12h.

³⁰ RIS-Justiz RS0016403.

Eine bloße Behauptung, dass der Dritte nicht bereit ist, auf seine Rechte zu verzichten, reicht nicht, um die behauptete Unmöglichkeit der Leistung darzulegen. Es muss vom Schuldner vorgebracht und bewiesen werden, dass er alles redlich Zumutbare getan hat, um den Dritten zur Mitwirkung zu bewegen, ggf auch durch ein noch nicht übermäßiges finanzielles Angebot.³¹ Zu beweisen hat die Unmöglichkeit der Leistung derjenige, der sich darauf beruft. Eine bloße Behauptung, dass der Dritte nicht zustimmt, ist nicht ausreichend.³²

Der Rsp zufolge gelten die für Fälle der Doppelveräußerung und Doppelvermietung entwickelten Grundsätze³³ dann, wenn der Schuldner nacheinander mehrere Verpflichtungen einging, jedoch die Erfüllung der einen, die Vereitelung der Erfüllung der anderen bewirkt. Bei einer solchen relativen, nur gegenüber bestimmten Personen wirkenden Leistungsunmöglichkeit muss der in seinen Rechten verletzte Vertragspartner sich nicht auf den Schadenersatzanspruch nach § 920 ABGB verweisen lassen, sondern kann weiter die Erfüllung begehren. Der Verpflichtete muss sodann die Auswirkungen seiner Vertragsverletzung und allenfalls auch die Zwangsvollstreckung wegen eines gegen ihn ergangenen Urteils auf sich nehmen. Wenn jedoch der Erfüllung der geschuldeten Leistung eine absolute, gegen jedermann wirkende rechtliche Unmöglichkeit entgegensteht, dann können die Grundsätze des Spruches 48 neu nicht angewendet werden. Der Berechtigte ist auf die ihm nach §§ 880, 1447 ABGB, bei zufälliger Unmöglichkeit, bzw § 920 ABGB bei verschuldeter Unmöglichkeit zustehenden Ansprüche zu verweisen.³⁴

Wenn nun ein dauerndes Hindernis die Vertragserfüllung verhindert und der Verkäufer dies verschuldet hat, findet § 920 ABGB Anwendung. Die vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit ist in §§ 920, 921 ABGB geregelt. Eine vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit kann entweder dadurch entstanden sein, dass der Verkäufer oder einer seiner Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB eine Sorgfaltspflichtverletzung beging oder dass während eines subjektiven Schuldnerverzuges die

³¹ RIS-Justiz RS0016423 [T8]: Nach nunmehr überwiegender Lehre und Rechtsprechung kann eine Verurteilung zur Leistung selbst im Falle der nachträglichen selbstverschuldeten subjektiven Leistungsunmöglichkeit nicht mehr erfolgen, wenn sich der Dritte endgültig weigert die für die ordnungsgemäße Erfüllung erforderlichen Mitwirkungshandlungen zu setzen. Eine Verurteilung zur Leistung setzt jedenfalls eine ernst zu nehmende, irgendwie ins Gewicht fallende Chance voraus, dass die Leistung (wenigstens) später erbracht werden kann. Steht dagegen nach der Beurteilung des Verkehrs praktisch mit Sicherheit ("mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit") fest, dass die Leistung auch in Zukunft nicht mehr wird erbracht werden können, so kann der Gläubiger nicht auf dem Erfüllungsanspruch beharren.

³² RIS-Justiz RS0034223.

³³ Spruch 48 neu = SZ 30/33, OGH 29.05.1957, 3 Ob 205/57.

³⁴ RIS-Justiz RS0011210, OGH 29.08.2013, 8 Ob 108/12h.

Erfüllung durch Zufall unmöglich wurde. Bei der nachträglichen, vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit nach §§ 920, 921 ABGB hat der Gläubiger ein Wahlrecht. Er kann zwischen Austauschanspruch und Differenzanspruch wählen. Beim Austauschanspruch bleibt der Vertrag bestehen, der Gläubiger erbringt die eigene Leistung und verlangt den Wert der Gegenleistung.

Beim Differenzanspruch hingegen tritt der Erstkäufer vom Vertrag ohne Nachfristsetzung zurück. Der Gläubiger, also der übergangene Erstkäufer, kann nun die Differenz zwischen dem Marktwert der Leistung des Schuldners und dem Wert der eigenen Leistung fordern. Dies ist die abstrakte Berechnung. Falls der Gläubiger schon eine eigene Leistung erbracht hat, kann er diese gem § 921 iVm § 1435 ABGB zurückfordern und parallel den Differenzanspruch verlangen. Die Differenz ist das Erfüllungsinteresse.³⁵

In Betracht zu ziehen ist auch, dass der übergangene Erwerber das stellvertretende commodum fordert. Das ist jener Vorteil, der statt des unmöglich gewordenen Leistungsgegenstandes nun im Vermögen des Schuldners ist. Das stellvertretende commodum kann mit §§ 7, 1447 ABGB verlangt werden. Dafür erforderlich ist aber, dass der Ersterwerber seine Vertragsverpflichtung erfüllt hat. Bei der Doppelveräußerung ist der „zweite“ Kaufpreis das stellvertretende commodum. Wenn der Kaufpreis unter dem gemeinen Wert der Liegenschaft ist, dann kann parallel zum Anspruch auf das stellvertretende commodum auch der Differenzanspruch nach § 921 ABGB verlangt werden.³⁶

c) Schadenersatz

§ 1323 ABGB regelt, dass als Ersatz eines verursachten Schadens alles in den vorigen Stand zurückversetzt werden muss, oder, wenn dies nicht tunlich ist, der Schätzwert vergütet werden muss. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so handelt es sich um eine Schadloshaltung. Bezieht sich der Ersatz auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung einer verursachten Beleidigung, wird er volle Genugtuung genannt.³⁷

³⁵ Alternativ zur abstrakten Berechnung, gibt es die Möglichkeit der konkreten Berechnung. Dabei macht der Gläubiger ein Deckungsgeschäft nach § 1304 ABGB.

³⁶ Pletzer, Doppelveräußerung und Forderungseingriff: die Auswirkungen der mehrfachen Veräußerung beweglicher Sachen und Liegenschaften (2000) 116.

³⁷ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1323 (Stand 1.8.2022, rdb.at); Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ (2019) 307.

Vermögensschäden entstehen durch die Schädigung geldwerter Güter und sind in Geld messbar. Beim zu ersetzenden Vermögensschaden kann zwischen einem positiven Schaden und dem entgangenen Gewinn unterschieden werden. Der positive Schaden ergibt sich aus der durch die Schädigung entstandenen Vermögensminderung, den Aufwendungen zur Schadensbeseitigung und ggf einem merkantilen Minderwert. Der entgangene Gewinn ist die unterbliebene Vermögensvermehrung aufgrund Vereitelung einer gewöhnlich vorhandenen Erwerbschance. Grundsätzlich ist der positive Schaden zu ersetzen. Entgangener Gewinn wird erst ab grober Fahrlässigkeit ersetzt gem §§ 1323 f ABGB. Nur bei Geschäften zwischen Unternehmern wird gem § 349 UGB der entgangene Gewinn schon bei leichter Fahrlässigkeit ersetzt.³⁸

Bei Vermögensschäden gibt es nach der hL zwei Berechnungsmethoden. Bei der objektiven Berechnung wird das geschädigte Rechtsgut isoliert betrachtet. Ersetzt wird der gemeine Wert, wenn es keinen gibt, werden die Neuherstellungskosten ersetzt.

Eine subjektive Berechnung ist bei grobem Verschulden möglich und vom Geschädigten zu wählen. Hierzu wird die konkrete hypothetische Vermögenslage des Geschädigten ohne Schaden, mit jener Vermögenslage nach dem eingetretenen Schaden verglichen. Diese Differenzmethode begründet dann den zu ersetzenden Wert.

Aus § 1323 ABGB geht daher hervor, welche Möglichkeiten es gibt, Schadenersatz zu leisten. Es gibt die Zurückversetzung in den vorigen Stand, genannt Naturalrestitution, und den Wertersatz als Vergütung des Schätzwerts. Dem Wortlaut des § 1323 ABGB zufolge, kommt der Naturalrestitution Vorrang vor einem Wertersatz zu. Dies deshalb, weil die Naturalrestitution dem Integritätsinteresse des Geschädigten und dem schadenersatzrechtlichen Ausgleichsgedanken am besten entspricht. Weiters enthält § 1323 ABGB die „eigentliche Schadloshaltung“ und die „volle Genugtuung“. Die §§ 1323 f ABGB werden für alle Arten von Schädigungen angewandt.³⁹

Bei Schadenersatzansprüchen wird unterschieden, ob sie aus einem Vertragsverhältnis, welches eben nicht vereinbarungsgemäß abgewickelt wurde, entstanden sind oder deliktisch sind. Bei deliktischen Schadenersatzansprüchen stehen der Schädiger und der Geschädigte in

³⁸ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 306 f.

³⁹ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1323 Rz 1 f.

keinem Vertragsverhältnis zueinander. Es wird eine allgemeine Verhaltenspflicht, die gegenüber jedermann gilt, verletzt. Deliktische Schadenersatzansprüche stehen also nicht in Zusammenhang mit einem Vertrag zwischen Schädiger und Geschädigten, sondern sie entstanden dadurch, dass entweder Schutzgesetze oder absolut geschützte Rechtsgüter oder Verkehrssicherungspflichten verletzt wurden oder absichtlich sittenwidrige Schädigungen nach § 1295 Abs 2 ABGB erfolgten.

Als Anspruchsvoraussetzungen für einen Ersatz des entstandenen Schadens beim Geschädigten müssen Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens und Verschulden des Schädigers zu bejahen sein.

§ 1295 ABGB regelt, dass jedermann berechtigt ist, vom Schädiger den Ersatz des Schadens, welchen ihm dieser aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern. Der Schaden kann durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. Ebenso wird ersatzpflichtig, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

Die Rechtswidrigkeit als Anspruchsvoraussetzung beruht daher auf einem pflichtwidrigen Verhalten. Diese Pflichten können wie erwähnt, aus einem Vertrag stammen oder deliktisch sein. Als absolut geschützte Rechtsgüter gelten Persönlichkeitsrechte und dingliche Rechte und, wie zum Teil in der Lehre strittig ist, der Rechtsbesitz. Absolut geschützte Rechtsgüter genießen Schutz gegenüber jedermann und sind von jedermann zu achten und zu respektieren. Die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtes indiziert in gewissem Maße die Rechtswidrigkeit.⁴⁰

Hinsichtlich der Doppelveräußerung einer Liegenschaft ist zu sagen, dass der übergangene Ersterwerber einen Restitutionsanspruch aus dem Titel des Schadenersatzes aufgrund der Beeinträchtigung seiner Forderungsrechte dann hat, wenn der im Grundbuch eingetragene Zweitkäufer den Vertragspartner des Geschädigten gezielt zum Vertragsbruch verleitet hat, oder der Zweitkäufer in Kenntnis des fremden Forderungsrechts die schlichte Leistungsbewirkung des Verkäufers gegenüber dem Erstkäufer vereitelt hatte. Das Recht auf Leistungsbewirkung hat der Rsp zufolge eine absolute Wirkung. Für jedermann ist es zumutbar, fremde Verträge zu respektieren und zu achten, wenn er sie ohne unzumutbare

⁴⁰ RIS-Justiz RS0022917 [T3].

Nachforschungspflichten betreiben zu müssen, kennt. Die bewusste Durchsetzung des eigenen Rechtsstandpunktes durch den Schädiger unter bewusster Umgehung triftiger dagegen sprechender Argumente genügt, um von einer Beeinträchtigung des fremden Vertrags zu sprechen.

Nach älterer Rsp war bei der Doppelveräußerung oder Mehrfachveräußerung einer Liegenschaft ein Schadenersatzanspruch des Erstkäufers dann möglich, wenn der eingreifende Dritte den Vertragspartner des Geschädigten zum Vertragsbruch verleitet hat oder er in arglistiger Weise mit dem Vertragspartner bewusst zum Nachteil des Geschädigten zusammengewirkt hat.⁴¹

Die stRsp des OGH geht nun davon aus, dass auch eine nur schuldrechtliche Beziehung zweier Personen gegen Eingriffe Dritter zu schützen sei. Ein Dritter darf das Recht eines Gläubigers auf die obligationsgemäße Willenserrichtung des Schuldners nicht beeinträchtigen. Wenn ein Dritter den Vertragspartner des Geschädigten zum Vertragsbruch verleitet hat, gibt es eine deliktische Haftung des schädigenden und zum Vertragsbruch verleitenden Dritten. Eine Schädigungsabsicht im Sinne des § 1295 Abs 2 ABGB ist nicht Voraussetzung. Verleiten bedeutet bereits die bewusste Durchsetzung des eigenen Rechtsstandpunktes unter bewusster Übergehung von dagegenstehenden triftigen Argumenten. Wenn der Eingreifende daher von der Rechtsposition des Gläubigers weiß, ist es ihm zumutbar, diese auch zu respektieren. Es reicht also, dass der Dritte mit Kenntnis vom fremden Forderungsrecht die schlichte Leistungsbewirkung vereitelt. Der Dritte muss nicht unbedingt den schuldnerischen Leistungswillen in Richtung Vertragsbruch beeinflussen.⁴²

Dem Recht auf Leistungsbewirkung kommt nach der Rsp absolute Wirkung zu.⁴³ Es ist jedem zumutbar, fremde Verträge zu respektieren, wenn er sie ohne unzumutbare Nachforschungen betreiben zu müssen, kennt. Ein rechtswidrig verursachter Schaden muss, um eine Haftung zu begründen, auch dem Schädiger subjektiv vorwerfbar sein, also ein Verschulden muss gegeben sein. Mit Vorsatz handelt der Schädiger, wenn er wissentlich und willentlich den Schaden verursacht hat. Ausreichend ist aber „dolus eventualis“, also ein bedingter Vorsatz

⁴¹ RIS-Justiz RS0083005.

⁴² RIS-Justiz RS0025920 [T2, T3, T6 und T8].

⁴³ OGH 15.12.2008, 4 Ob 198/08h.

dahingehend, dass der Schädiger den Schaden für möglich hält, sein Entstehen billigt, aber ihn nicht unbedingt möchte.⁴⁴

Unter Fahrlässigkeit versteht man, dass der Schadensverursacher die nötige Sorgfalt bei seinen Handlungen außer Acht gelassen hat. Eine leichte Fahrlässigkeit liegt bei einer Sorgfaltswidrigkeit vor, die auch einem sorgfältig handelnden Menschen gelegentlich passieren kann. Grobe Fahrlässigkeit besteht in einer auffallenden Sorgfaltswidrigkeit, die einem ordentlichen Menschen in der derselben Situation niemals passiert wäre.

Der subjektive Sorgfaltsmaßstab bemisst sich nach den gewöhnlichen Fähigkeiten eines Maßmenschen, welche bei einem Deliktsfähigen nach § 1297 ABGB vermutet werden. Statt eines subjektiven, gibt es einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab bei Sachverständigen nach § 1299 ABGB. Sie können sich nicht auf unterdurchschnittliche Fähigkeiten stützen. Weiters haben Unternehmer die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers zu wahren nach § 347 UGB.

Bedeutung kommt dem Verschuldensgrad auch bei der Berechnung des Schadenersatzes zu. Die Schadensberechnung erfolgt bei leichtem Verschulden objektiv-abstrakt. Bei grobem Verschulden hat der Geschädigte ein Wahlrecht, ob eine objektive oder subjektive Berechnung zu erfolgen hat. Ein entgangener Gewinn ist nur bei grobem Verschulden zu ersetzen, außer bei Geschäften unter Unternehmern gem § 349 UGB.

§ 1323 ABGB sieht vor, dass ein Schaden grundsätzlich durch Zurückversetzung in den vorigen Stand auszugleichen ist. Der Geschädigte soll so gestellt werden, wie er stehen würde, hätte das schädigende Ereignis nicht stattgefunden.⁴⁵

Wenn eine Naturalrestitution nicht möglich oder nicht tunlich ist, gebührt Wertersatz. Dieser richtet sich grundsätzlich nach dem gemeinen Wert der Sache.⁴⁶

In Bezug auf Liegenschaften ist der Grundsatz des Vorrangs der Naturalrestitution besonders bedeutend. Liegenschaften sind begrenzte Wirtschaftsgüter. Die Tunlichkeit einer Wiederherstellung ist bei Liegenschaften schon zu bejahen, wenn ein wirtschaftlich

⁴⁴ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1418 ff.

⁴⁵ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1323 Rz 3.

⁴⁶ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1323 Rz 8.

vernünftig handelnder Mensch und verständiger Eigentümer in der Position des Geschädigten diese Kosten bezahlen würde.⁴⁷

Wenn eine Wiederherstellung möglich und tunlich ist, hat der Geschädigte nach stRsp ein Wahlrecht, ob er die Wiederherstellung des vorigen Zustands oder den Wertersatz möchte.⁴⁸ Naturalrestitution kann selbst dann gefordert werden, wenn die Wiederherstellung des vorigen Zustandes nur teilweise möglich ist. Der Restbetrag der Wertminderung wird in Geld abgegolten.⁴⁹

Eine Naturalrestitution kann nicht verlangt werden, wenn sie unmöglich oder untunlich ist. Unmöglichkeit ist dann gegeben, wenn ein dauerndes Hindernis gegen die Wiederherstellung des vorherigen Standes spricht. Untunlichkeit liegt dann vor, wenn das Interesse des Schädigers, nur einen Wertersatz zu leisten, das Integritätsinteresse des Geschädigten wesentlich überwiegt. Davon kann man dann sprechen, wenn die Wiederherstellung wirtschaftlich gesehen, nicht sinnvoll ist. Eine Wiederherstellung ist dann nicht wirtschaftlich sinnvoll, wenn sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand an Kosten und Mühen mit sich bringen würde.⁵⁰

Wenn also der Dritte den Vertragspartner des Geschädigten zum Vertragsbruch verleitet hat oder in arglistiger Weise gemeinsam mit dem Vertragspartner bewusst zum Nachteil des Geschädigten zusammengewirkt hat, wird dem Geschädigten bei der Doppelveräußerung oder Mehrfachveräußerung einer Liegenschaft ein Schadenersatzanspruch gewährt. Der Geschädigte kann, sofern er nicht Geldersatz begehren will, vom Eigentümer die Herausgabe der Liegenschaft als Naturalrestitution verlangen.⁵¹

Eine Schadenersatzpflicht des verbücherten Zweiterwerbers besteht, wenn der Zweiterwerber den Verkäufer wissentlich zum Vertragsbruch verleitet hat oder eine arglistige Kollusion zwischen Zweitkäufer und Verkäufer gegeben ist. Nach *Koziols* Lehre und der älteren Rsp gab es Schadenersatz nur bei absichtlicher Schadenszufügung, also aktiver Verleitung zum Vertragsbruch. Nach der Weiterentwicklung der Judikatur wird nun zusätzlich bereits bei

⁴⁷ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1323 Rz 10.

⁴⁸ RIS-Justiz RS0112887.

⁴⁹ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1323 Rz 11.

⁵⁰ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1323 Rz 9.

⁵¹ RIS-Justiz RS0083005.

Erkennbarkeit des fremden Forderungsrechtes aufgrund einer „Besitzverstärkung“⁵² oder einer dem Besitz gleichzusetzenden deutlichen sozial-typischen Erkennbarkeit⁵³ eine Schadenersatzpflicht des in das fremde Forderungsrecht eingreifenden Zweiterwerbers bejaht.

Nach stRsp hat der Erstkäufer, wenn er schon im Besitz der erworbenen Liegenschaft ist, einen schadenersatzrechtlichen Herausgabeanspruch auf Naturalrestitution nach § 1323 ABGB, und bei Untunlichkeit der Naturalrestitution einen Geldersatzanspruch, wenn der Zweiterwerber das Forderungsrecht kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen musste.⁵⁴

Der Besitz des Erstkäufers an der Liegenschaft ist ein Alarmsignal, das den Erwerber zu Nachforschungen verpflichtet.⁵⁵ Der Erstkäufer der Liegenschaft hat gegen den Zweiterwerber einen Schadenersatzanspruch nach § 1323 ABGB auf Übergabe der gekauften Liegenschaft. Erfolgreich wird er mit seinem Begehren nur dann sein, wenn das durch den Besitz verstärkte Forderungsrecht für den Gegner, den Zweiterwerber der Liegenschaft deutlich erkennbar war. Dann reicht es für einen schadenersatzrechtlichen Restitutionsanspruchs des Ersterwerbers, dass der Zweiterwerber die obligatorische Position kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen musste.⁵⁶ Dieser auf Herausgabe der Liegenschaft gerichtete Schadensersatzanspruch gegen den Zweitkäufer entsteht bereits dann, wenn der Zweitkäufer leicht fahrlässig das durch Besitz des Ersterwerbers verstärkte Forderungsrecht nicht kannte.⁵⁷

Es kann aber auch ein dem Erstkäufer anzulastendes Mitverschulden vorliegen, wenn er die Eintragung unbegründet verzögert oder unterlassen hat. Der seitens des Zweitkäufers zu erwartende Grad der Sorgfalt ist objektiv zu beurteilen. Auch schon leichte Fahrlässigkeit genügt. Es kann erwartet werden, dass er die Liegenschaft, die er erwerben möchte, besichtigt. Wenn deutlich erkennbar ist, dass ein anderer die Liegenschaft besitzt und benützt, hat der Erwerber nachzufragen. Gibt der Veräußerer einen plausiblen Grund für die Nutzung

⁵² RIS-Justiz RS0023657: Der Besitz bildet gleichsam ein Alarmsignal, das den Erwerber zu Nachforschungen verpflichtet; bei Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Eingriffes in ein fremdes Forderungsrecht kommt es nämlich auf den Besitz nicht als Institut des Sachenrechtes, sondern auf seine Funktion als Instrument der typischen Erkennbarkeit von Forderungsrechten an.

⁵³ OGH 29.09.2004, 7 Ob 225/03v JBl 2005,36 = bbl 2005,41 = ecolex 2005,206 = MietSlg 56.028 = MietSlg 56.184 = MietSlg 56.606.

⁵⁴ RIS-Justiz RS0113118.

⁵⁵ RIS-Justiz RS0023657.

⁵⁶ RIS-Justiz RS0011224 [T5].

⁵⁷ RIS-Justiz RS0011224 [T11].

des Grundstücks durch eine andere Person an, dann braucht der Erwerber aber nicht zu misstrauen. Fahrlässigkeit beim Erwerber wäre erst dann gegeben, wenn bedenkliche Umstände gegeben sind, wie zB, dass der Verkäufer keine Auskunft geben kann oder der Käufer die Liegenschaft nicht besichtigen darf.⁵⁸

Ist ein Schaden entstanden, ist grundsätzlich der reale Schaden, eben die tatsächliche negative Beeinträchtigung, als Naturalrestitution nach § 1323 ABGB zu ersetzen. Wenn dies nicht möglich oder nicht tunlich ist, wird das Wertinteresse ersetzt, also Geldersatz gewährt.

Der Ersterwerber hat folglich nicht nur gegen den vertragsbrüchigen Verkäufer einen Schadenersatzanspruch, sondern eben in bestimmten Situationen auch direkt gegen den Zweiterwerber. Der Schadenersatzanspruch gegen den Zweiterwerber ist gerichtet auf Naturalrestitution in Form von Herausgabe der Liegenschaft bzw Übertragung des Eigentumsrechts.

Bei Doppelveräußerung einer Liegenschaft steht dem Erstkäufer gegen den Zweitkäufer ein Anspruch auf Herausgabe und Eigentumsverschaffung zu, wenn der Zweitkäufer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Der Naturalersatz nach § 1323 Abs 1 ABGB beschränkt sich nicht unbedingt nur auf die Herstellung des vor Schadenseintritt vorliegenden Zustandes, dies wäre eine Rückgabe der Liegenschaft an den Verkäufer, sondern ermöglicht dem in seinen Forderungsrechten beeinträchtigten Erstkäufer einen Schadenersatzanspruch, so gestellt zu werden, wie er im Beurteilungszeitpunkt ohne Schadenszufügung stehen würde. Diese Eigentumsverschaffungspflicht gibt es Zug-um-Zug gegen Zahlung des zwischen dem Verkäufer und dem Erstkäufer vereinbarten Kaufpreises.⁵⁹

Der Anspruch des Erstkäufers muss fällig sein. Das Klagebegehren ist auf Einwilligung in die Eintragung zu richten. Wenn der Ersterwerber bloß auf Löschung des Eigentums des Zweitkäufers klagen würde, wäre dies nicht ausreichend. Ein durch Doppelveräußerung oder Mehrfachveräußerung einer Liegenschaft geschädigter Erstkäufer hat einen Schadenersatzanspruch in Form von Naturalrestitution. Durch ein bloßes Begehren auf Löschung der Eintragung des Eigentumsrechts des Dritten kann Naturalrestitution aber nicht

⁵⁸ Hinteregger in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 440 ABGB.

⁵⁹ Auer/Egglmeier-Schmolke, Naturalersatz beim Doppelverkauf einer Liegenschaft, Rechtsprechung Zivilrecht, bbl 2014/35, Heft 1 v. 1.2.2014, 32.

hergestellt werden. Das Löschungsbegehren ist ein aliud gegenüber einem Begehren auf Einwilligung in die Einverleibung des Eigentumsrechts des geschädigten Erstkäufer.⁶⁰

Der Schadenersatzanspruch auf Naturalersatz beschränkt sich nicht immer auf die Herstellung des vor dem schädigenden Ereignis gegebenen Zustandes. Der Geschädigte hat grundsätzlich einen Anspruch, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde. Wenn der Geschädigte ohne den rechtswidrigen Eingriff des Schädigers bereits Eigentümer der Liegenschaft sein würde, handle es sich um einen bloß unvollständigen Ersatz, vom Schädiger bloß zu verlangen, das Liegenschaftseigentum nur an den Verkäufer zurück zu übertragen.⁶¹

Wenn der Erstkäufer den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, ist es möglich, dass er vom Zweitkäufer die Eintragung des Eigentumsrechts Zug-um-Zug gegen die Zahlung des mit dem Verkäufer vereinbarten Kaufpreises an den Zweitkäufer verlangen kann.⁶²

Nach der stRsp kann der geschädigte Ersterwerber, wenn der Dritte den Vertragspartner des Geschädigten zum Vertragsbruch verleitet hat, oder in arglistiger Weise im Zusammenspiel mit dem Vertragspartner bewusst zum Nachteil des Geschädigten gehandelt hat, seinen Schadenersatzanspruch dahingehend geltend machen, dass er, wenn er nicht Geldersatz möchte, berechtigt ist, vom Eigentümer, das ist der eingetragene Zweitkäufer, die Herausgabe als Naturalrestitution zu verlangen.⁶³

Die Rsp bejaht den Anspruch des Erstkäufer gegenüber dem Zweitkäufer auf Naturalrestitution, also Eintragung des Eigentums des Ersterwerbers. *Reischauer* weicht allerdings von der Rsp ab und führt aus, dass Naturalrestitution darauf abziele, den Zustand zu schaffen, der ohne das schädigende Ereignis vorliegen würde. Eine unmittelbare Eigentumsübertragung vom Zweitkäufer auf den Erstkäufer ist laut *Reischauer* keine Naturalrestitution. Eine Wiederherstellung des vorherigen Zustandes im Sinne einer Naturalrestitution würde den Rückfall des Eigentumsrechts an den Verkäufer ermöglichen.⁶⁴

⁶⁰ RIS-Justiz RS0083001.

⁶¹ OGH 19.09.2013, 1 Ob 140/13i, Doppelveräußerung einer Liegenschaft: Eigentumsübertragung vom Zweitkäufer direkt an den Erstkäufer qua Schadenersatz, Rechtsprechung Ordentliche Gerichte, JBI 2014, Heft 2 v. 1.2.2014, 113.

⁶² *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 440 ABGB.

⁶³ RIS-Justiz RS0083005.

⁶⁴ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1332 Rz 20 (Stand 1.1.2004, rdb.at).

Mit dem Schadenersatzanspruch auf Naturalrestitution kann nach der Rsp auf Einwilligung in die Eintragung des Eigentumsrechts des Geschädigten geklagt werden. Wenn der Geschädigte jedoch noch keinen fälligen Anspruch auf Einverleibung seines Eigentumsrechts erworben hat, ist es für ihn nur möglich, die Wiederherstellung des früheren Zustandes vor dem Eingriff des Zweikäufers, eben den Rückfall des Eigentumsrechts an den Verkäufer, zu verlangen.⁶⁵ Das Begehren muss auf die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes und den Rückfall des Eigentumsrechts an den Verkäufer abzielen.⁶⁶

Naturalherstellung beinhaltet nicht immer nur eine wirkliche Zurückversetzung in den vorigen Stand. Es kann auch die Herstellung einer im Wesentlichen gleichartigen Lage sein, welche ohne das schadenbringende Verhalten eines Schädigers nach dem natürlichen Lauf der Dinge nun bestehen würde.⁶⁷

3. Unentgeltlicher Erwerb einer Liegenschaft

Treffen ein unentgeltlicher und ein entgeltlicher Erwerb aufeinander, dann erachtet der OGH den entgeltlichen Vertrag als schutzwürdiger. Wenn der Ersterwerber also die Liegenschaft durch einen Schenkungsvertrag erhielt und der Zweiterwerber durch einen Kaufvertrag, haftet der Zweiterwerber dem Ersterwerber nicht, selbst wenn der Zweiterwerber die fremde Forderung wissentlich oder bewusst beeinträchtigt hat. Der OGH begründet dies mit einer Interessensabwägung zwischen dem unentgeltlichen und dem entgeltlichen Erwerber. Für diese Interessensabwägung wird auch § 373 ABGB herangezogen. Aus dieser Bestimmung lasse sich ableiten, dass das Recht des unentgeltlichen Erwerbers auf seinen Besitz schwächer sei als das Besitzrecht eines entgeltlichen Erwerbers. Diese Argumentationen können auch für schadenersatzrechtliche Aspekte herangezogen werden.

Die Bestimmung des § 373 ABGB regelt, dass, wenn der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt, wenn er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag, oder, wenn er die Sache ohne Entgelt, der Kläger aber die Sache gegen Entgelt erhalten hat, er dem Kläger weichen muss.

⁶⁵ Auer/Egglmeier-Schmolke, Doppelveräußerung einer Liegenschaft; Restitutionsanspruch Rechtsprechung Zivilrecht, bbl 2009/89, 111 Heft 3 v. 15.6.2009, 111-112.

⁶⁶ OGH 15.12.2008, 4 Ob 198/08h.

⁶⁷ RIS-Justiz RS0030523.

Ein wissentliches oder bewusstes Beeinträchtigen eines fremden Forderungsrechts bewirkt zwar grundsätzlich eine schadenersatzrechtliche Haftung des Schädigers, jedoch nicht in jenen Fällen, in denen der Ersterwerb unentgeltlich war und der Zweiterwerb entgeltlich. Hier haftet der Zweiterwerber eben selbst beim vorsätzlichen Eingreifen in das fremde Forderungsrecht aufgrund der Interessenabwägung nicht. Eine Haftung des entgeltlichen Zweiterwerbers gegenüber dem unentgeltlichen Ersterwerber besteht nur bei Verleitung zum Vertragsbruch.⁶⁸

In der Lehre wird es von *Koziol* jedoch auch kritisch gesehen, dass der OGH den unentgeltlichen Erwerber derart weniger schutzwürdig erachtet. *Koziol* ist der Ansicht, dass bei einer wissentlichen Verleitung des Schenkers zum Vertragsbruch oder bei bewusstem Ausnützen des Vertragsbruches der Zweiterwerber keinesfalls schutzwürdiger als der Beschenkte zu sehen ist. Der Beschenkte solle doch einen gewissen Schutz in seinem Vertrauen auf die erhaltene Schenkung haben.⁶⁹

Von *Schilcher/Holzer*⁷⁰ wurde vorgeschlagen, stets auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Als Kriterien sind Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit und ein bereits bezahlter oder nicht bezahlter Kaufpreis heranzuziehen. Diese Kriterien sollen dann beweglich betrachtet werden und je nach Stärke ihres Vorliegens zu einem Ergebnis führen.⁷¹ Je stärker die Elemente wie entgeltliche, bereits erfüllte Forderung, langandauernder und deutlicher Besitz vorliegen, desto weniger Verschulden des Schädigers genügt, um einen Schadenersatzanspruch zu begründen. Ein unentgeltlicher Erwerber ist daher meist als weniger schutzwürdig zu beurteilen.

In der Lehre wird von *Frössel* der Ansatz von *Schilcher/Holzer* und deren Vorschlag eines beweglichen Systems als zu unbestimmt und der Rechtssicherheit nicht dienlich kritisiert. Auch gegen die aktuelle Rsp des OGH hinsichtlich der geringeren Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbers äußert *Frössel* Bedenken. Zwar lasse sich aus der Rechtsordnung

⁶⁸ *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1969) 169.

⁶⁹ *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften (2019) 236 ff.

⁷⁰ *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 512 (513); *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften 237.

⁷¹ Das „Bewegliche System“ würdigt das Zusammen- und Gegenspiel mehrerer, häufig in sich quantitativ abstufbarer Wertungsgesichtspunkte, um so zu einem Ergebnis zu gelangen. Die Rechtsprechung verwendet diese Methode um eine Gesamtwürdigung von zusammenhängenden Tatbestandselementen durchzuführen, und um unbestimmte Gesetzesbegriffe und komparative Rechtssätze auszulegen. *Adamovic*, Das Bewegliche System in der Rechtsprechung, JBl 2002, 681.

an vielen Stellen erkennen, dass der unentgeltliche Erwerber weniger schützenswert sei als der entgeltliche Erwerber. Genannt seien die Möglichkeit des Schenkungswiderrufs nach §§ 947 ff ABGB, die fehlende Möglichkeit eines Eigentumserwerbs nach § 367 ABGB bei unentgeltlichem Titel und der vom OGH genannte § 373 ABGB. Jedoch meint *Frössel*, dass auch ein unentgeltlicher Erwerber durchaus schutzwürdig und mit der Liegenschaft verbunden sein kann. Vor allem im bäuerlichen Bereich kann es vorkommen, dass der Geschenknehmer lange bei der Bewirtschaftung der Liegenschaft mitgeholfen hat und diese als Lohn für seine Arbeit als Geschenk erhält. Es sei daher die alleinige Differenzierung zwischen entgeltlich und unentgeltlich, wie der OGH es hinsichtlich der Schutzwürdigkeit mache, nicht ausreichend.⁷²

Auch lasse sich die Wertung aus anderen Stellen in der Rechtsordnung hinsichtlich der Schlechterstellung eines unentgeltlichen Erwerbers nicht unbedingt auf die Situation übertragen, dass sich unentgeltlicher und ein entgeltlicher Erwerber im Rahmen einer Doppelveräußerung gegenüber stehen. Beispielsweise verliere nach § 367 ABGB der Eigentümer sein Eigentumsrecht an den gutgläubigen Erwerber. *Frössel* sieht hier die Interessenslage anders gerichtet, da es nachvollziehbarer sei, dass das Eigentum nur bei einem entgeltlichen Titelgeschäft auf den Erwerber nach § 367 ABGB übergehen soll. Nach der Wertung des § 373 ABGB soll derjenige Besitzer zu bevorzugen sein, wer verglichen zu den anderen das relativ bessere Recht die Sache zu besitzen hat. Erst wenn alle anderen Gegebenheiten ident wären, sei es für *Frössel* passend, einen entgeltlichen Erwerber dem Geschenknehmer vorzuziehen.

Die Benachteiligung des unentgeltlichen Erwerbers an anderen Stellen in der Rechtsordnung sei eben deshalb dann berechtigt, weil die Interessen der anderen Person in dieser Situation tatsächlich schutzwürdiger seien. Diese Gewichtung lasse sich aber nicht unbedingt auf die Beeinträchtigung eines unentgeltlichen Forderungsrechts übertragen. Greift der Dritte aber bewusst in das fremde Forderungsrecht ein, sei es problematisch, den unentgeltlichen Erwerber allgemein schlechter zu stellen als einen entgeltlich erwerbenden, aber vorsätzlich in ein fremdes Forderungsrecht eingreifenden, Dritten.⁷³

⁷² *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften 238 ff.

⁷³ *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften 239.

Frössel schlägt daher vor, Eingriffe in entgeltliche und unentgeltliche Forderungsrechte grundsätzlich als gleich anzusehen. Fremde Forderungsrechte seien von Dritten zu achten, insbesondere, wenn sie bekannt oder offenkundig sind. Dies solle ebenso für unentgeltliche Forderungsrechte gelten und der Geschenknahmer einer Liegenschaft als ebenso schutzwürdig betrachtet werden wie ein entgeltlicher Erwerber. Auch ein unentgeltlicher Erwerber habe oftmals sehr viel im Voraus für die Liegenschaft getan.⁷⁴

Auch *Koziol* schreibt, dass eine Haftung bei einem Eingriff in ein fremdes Forderungsrecht dann gegeben sein soll, wenn dem Eingreifenden das Forderungsrecht bekannt oder offenkundig war, nicht jedoch bei bloßer Erkennbarkeit. Ob dem beeinträchtigten Forderungsrecht ein entgeltlicher oder unentgeltlicher Titel zugrunde liegt, ist unerheblich.⁷⁵

D. Entwicklung der Lehre und der Rechtsprechung

1. Ältere Rechtsprechung und Lehre von Klang

Die ältere Rsp folgte der Lehre von *Klang*. In seiner Lehre ging *Klang* von einem außerbücherlichen Eigentum aus. Das bedeutet, dass derjenige Erwerber, dem die Liegenschaft zuerst übergeben wurde und der diese besitzt, in seiner Rechtsposition geschützt ist. Der Zweitkäufer, selbst wenn er als Eigentümer in das Grundbuch einverleibt wird, ist nur dann schützenswert, wenn er von den Rechten des Erstkäufers keine Kenntnis hatte und auch davon nicht hätte wissen müssen, ihm also kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann. Dann durfte er auf das Grundbuch vertrauen. Bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Zweiterwerbers von der Rechtsposition des Ersterwerbers hingegen, kann der Ersterwerber gegen diesen vorgehen und sein außerbücherliches Eigentum geltend machen.⁷⁶

Der Lehre von *Klang* zufolge, sei im Falle einer Doppelveräußerung ein strenges Befolgen des Eintragungsprinzips unbillig und es müssen die natürlichen Grundsätze herangezogen werden.

⁷⁴ *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften 240.

⁷⁵ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II³, Haftung für eigenes und fremdes Fehlverhalten, (2018) 206 f.

⁷⁶ *Pletzer*, Doppelveräußerung und Forderungseingriff (2000) 40 ff.

2. Die Lehre von Koziol

Die im Jahr 1967 von *Koziol* entwickelte Lehrmeinung ging davon aus, dass ein Dritter, sprich der Zweiterwerber, dem geschädigten Ersterwerber nur dann schadenersatzpflichtig werde, wenn er den Verkäufer aktiv zu einem Vertragsbruch verleitet habe. Keine Ersatzpflicht bestehe aber, wenn er diesen nur bewusst ausnutzt, ohne in eine Rechtszuständigkeit oder in ein Befriedigungsrecht einzugreifen.⁷⁷

Aus *Koziols* Habilitationsschrift geht hervor, dass sowohl eine wissentliche Forderungsbeeinträchtigung als auch das bewusste Ausnutzen eines Vertragsbruchs, und auch eine bloß fahrlässige Beeinträchtigung eines fremden Forderungsrechts grundsätzlich keine Schadenersatzpflicht des Dritten entstehen lassen.

Nach der Lehre *Koziols* besteht ein Schadenersatzanspruch des Erstkäufers gegen den Zweitkäufer nur dann, wenn er den Verkäufer zu einem Vertragsbruch verleitet hat. Wenn der Zweiterwerber den Vertragsbruch jedoch nur bewusst ausnützt oder bloß fahrlässig das Forderungsrecht des Erstkäufers nicht kennt, entsteht kein Ersatzanspruch.⁷⁸ Selbst wenn der Zeiterwerber Kenntnis hatte vom fremden Forderungsrecht oder dieses sogar bewusst ausnutzte, entstehe keine Haftung für den Zweiterwerber gegenüber dem Ersterwerber.

Diese Ansicht sorgte auch für Kritik und Widersprüche.⁷⁹ Es wurde als kritisch gesehen, dass ein ggf schlechtgläubiger und weniger schutzwürdiger Zweiterwerber dem in seiner Rechtsposition beeinträchtigten Erstkäufer vorgezogen wird. Ein Anspruch des Erstkäufers gegen den Zweiterwerber bestand nur bei bewusster Verleitung des Verkäufers zum Vertragsbruch.

Diese Lehrmeinung von *Koziol* wurde in weiterer Folge vom OGH und der Lehre weiterentwickelt und abgeändert.

⁷⁷ *Koziol*, Beeinträchtigung 174 ff und 188 ff; *Pletzer*, Doppelveräußerung 55.

⁷⁸ *Koziol*, Beeinträchtigung 188 ff.

⁷⁹ *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 445 f.

3. Die Ansicht von Schilcher/Holzer

Schilcher/Holzer entwickelten *Koziols* Lehre weiter und sehen im Rahmen einer Doppelveräußerung eine Haftung des Dritten, sprich des Zweitkäufers, bereits bei leichter Fahrlässigkeit gegeben, wenn das fremde Forderungsrecht an der Liegenschaft aufgrund einer Besitzverstärkung zu erkennen gewesen wäre. Das heißt, eine Schadenersatzpflicht des Zweiterwerbers entsteht, wenn er das durch dessen Besitz verstärkte Forderungsrecht des Ersterwerbers schon leicht fahrlässig nicht erkannte.⁸⁰

Der Besitz signalisiere die Erkennbarkeit des Forderungsrechts und dies sei ausreichend, um eine Haftung des Zweiterwerbers gegenüber dem Ersterwerber entstehen zu lassen. Nicht ausreichend für *Schilcher/Holzer* sei hingegen die bloße Kenntnis des fremden Forderungsrechts ohne dessen Besitzverstärkung.

Der OGH übernahm die Ansichten von *Schilcher/Holzer* und ihre Lehre zum besitzverstärkten Forderungsrecht in seine Rsp.⁸¹

4. Die Rechtsprechung des OGH

Diese Kombination aus der Lehre *Koziols* mit dem von *Schilcher/Holzer* entwickelten besitzverstärkten Forderungsrecht wurde vom OGH in seiner Rsp angewandt, bewirkte aber, dass ein Zweitkäufer für die fahrlässige Beeinträchtigung eines besitzverstärkten Forderungsrechts an der Liegenschaft haftete, aber nicht für eine wissentliche Beeinträchtigung durch bewusstes Ausnützen des Vertragsbruches oder für andere fahrlässig herbeigeführte Beeinträchtigungen, wenn eben in diesen Situationen keine Besitzverstärkung vorlag. Selbst dann haftete der Zweiterwerber nicht, wenn das Forderungsrecht in diesen genannten Situationen ohnehin leicht erkennbar gewesen wäre. Ohne Besitzverstärkung gab es nur eine Haftung beim aktiven Verleiten des Verkäufers durch den Zweiterwerber zum Vertragsbruch.

Teilweise wurde in der Lehre vorgeschlagen, die Lehre vom besitzverstärkten Forderungsrecht wieder zu verwerfen.⁸²

⁸⁰ *Schilcher/Holzer*, JBl 1974, 445, 512 ff.

⁸¹ RIS-Justiz RS0113118; RIS-Justiz RS0022852.

Jedoch kam es anders und in der Rsp des OGH wurde die Haftung des Zweiterwerbers immer mehr ausgedehnt.

Eine Haftung des Dritten sollte nicht allein beim aktiven Verleiten zum Vertragsbruch bestehen, sondern auch schon dann, wenn er mit Kenntnis über das fremde Forderungsrecht die Situation des Vertragsbruches bewusst ausnützt.⁸³

Die Rsp änderte sich also dahingehend, dass schon die Kenntnis des fremden Forderungsrechtes ausreichend sei, um eine Haftung des Dritten entstehen zu lassen.

Ein Forderungsrecht werde durch einen Dritten sowohl dann beeinträchtigt, wenn er den Verkäufer zum Vertragsbruch verleitet und eben auch schon dann, wenn er mit Kenntnis vom fremden Forderungsrecht eine schlichte Leistungserbringung verhindert. Dieses Recht auf Leistungserfüllung hat eine absolute Wirkung. Es ist für jedermann zumutbar, fremde Verträge und die sich daraus ergebenden Rechtspositionen zu beachten, wenn er Kenntnis von ihnen hat, ohne dass er unzumutbaren Nachforschungspflichten nachkommen muss. Für das Entstehen einer Schadenersatzpflicht reicht seitens des Schädigers somit eine „bewusste Durchsetzung des eigenen Rechtsstandpunkts unter bewusster Übergehung der dagegen stehenden triftigen Argumente.“⁸⁴

Der OGH sah daher im Rahmen eines Liegenschaftserwerbs die Haftung der Zweitkäuferin gegenüber dem Erstkäufer gegeben, weil die Zweitkäuferin Kenntnis von einer Vormerkung des Erstkäufers hatte und im Kaufvertrag wurde ihr garantiert, dass die Forderungen des Ersterwerbers nicht rechtmäßig seien und sie im Prozessfall schad- und klaglos gehalten werde.⁸⁵

Die höchstgerichtliche Rsp geht daher nun davon aus, dass eine bewusste und wissentliche Beeinträchtigung eines fremden Forderungsrechts grundsätzlich Schadenersatzansprüche entstehen lässt. Nur in bestimmten Ausnahmen gibt es keine Haftung.

⁸² *Spielbüchler in Rummel*, ABGB³ § 431 Rz 11.

⁸³ *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften 11.

⁸⁴ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 4.

⁸⁵ OGH 29.09.2004, 7 Ob 225/03v JBl 2005,36 = bbl 2005,41 = ecolex 2005,206 = MietSlg 56.028 = MietSlg 56.184 = MietSlg 56.606.

Die Rsp betreffend die Haftung bei Beeinträchtigung fremder Forderungen entwickelte sich noch weiter und erstreckte sich soweit, dass sogar dann eine Haftung des Dritten angenommen wurde, wenn er keine Kenntnis von der Obligation hatte, diese auch nicht verstärkt durch einen Besitz war, jedoch leicht zu erkennen gewesen wäre. In der Entscheidung führte der OGH aus, dass der Fahrlässigkeitsvorwurf die Erkennbarkeit des fremden Forderungsrechts verlange und auch eine Nachforschungspflicht. Grundsätzlich sei eine Nachforschungspflicht zu verneinen, bei Fällen in denen das Forderungsrecht hingegen durch den Besitz verstärkt werde, lasse dieser Besitz aber auch Nachforschungspflichten des Erwerbers entstehen. Daher sei es auch nicht nachvollziehbar, warum eine erkennbare Rechtszuständigkeit, im vorliegenden Fall eines Erstzessionars, unterschiedlich zu behandeln sei, als bei den durch seinen Besitz an der Liegenschaft erkennbaren Rechtsansprüchen des Ersterwerbers.

Wenn also die Verstärkung durch einen Besitz an der Liegenschaft schon genügt, um eine Haftung auszulösen, können diese Überlegungen auch herangezogen werden für Fälle, in denen eine dem Besitz vergleichbare sonstige „leichte Erkennbarkeit“ des fremden Forderungsrechts vorliegt.

Seitens des OGH wurde in mehreren Entscheidungen betont, dass betreffend die Erkennbarkeit des Besitzes strenge Anforderungen gelten. Der Besitz muss deutlich erkennbar sein.⁸⁶ Es wird von einer „sozial-typischen“ Erkennbarkeit gesprochen.

Jedoch sollen die Nachforschungspflichten nicht derart streng ausgelegt werden, dass sie über die eines ordentlichen Liegenschaftserwerbers hinausgehen. Dieser Sorgfaltsmaßstab änderte sich in der Rsp auch durch die erfolgte und immer weiter reichende Haftungsausdehnung. In früherer Rsp und in einer Entscheidung aus dem Jahr 1983 wurde zum Beispiel der Schadenersatzanspruch eines Ersterwerbers, welcher die Liegenschaft schon besessen hatte und den eingetragenen Zweitkäufer klagte, vom OGH verneint. Dies deshalb, weil der OGH davon ausging, dass von einem Zweiterwerber nicht verlangt werden könne, den Besitz des Erstkäufers zu kennen. Dies würde schon über den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Liegenschaftserwerbers hinausgehen.⁸⁷

⁸⁶ OGH 29.09.2004, 7 Ob 225/03v.

⁸⁷ OGH 31.08.1983, 1 Ob 674/83.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 verneinte der OGH die Haftung des Zweitkäufers, weil der Erstkäufer jahrelang nichts getan habe, um sich eintragen zu lassen. Daher habe der Zweitkäufer auch keine ordnungsgemäß ablaufende Eigentumsübergabe beeinträchtigt.⁸⁸

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 kam der OGH zur Ansicht, dass nicht nur die absoluten Rechte eines Dritten im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu achten seien, sondern eben auch rein obligatorische Rechte, wenn sie bekannt oder leicht erkennbar sind.⁸⁹

Dem OGH zufolge mache daher sowohl eine bewusste Beeinträchtigung eines bekannten Forderungsrechts schadenersatzpflichtig, als auch schon die leichte Erkennbarkeit der Obligation.

5. Ausgewählte OGH Entscheidungen

a) OGH 7 Ob 225/03v

In der jüngeren Judikatur wird im Besitz einer Liegenschaft ein Zeichen der typischen Erkennbarkeit von fremden Forderungsrechten gesehen. Kennt der Zweitkäufer sogar die grundbücherliche Vormerkung der Einverleibung oder Rechtfertigung des Eigentumserwerbs des Erstkäufers, ist die typische Erkennbarkeit der fremden Forderungsrechte noch deutlicher gegeben. Dies ging aus der folgenden Entscheidung hervor.

In der Entscheidung 7 Ob 225/03v des OGH vom 29.09.2004⁹⁰ ging es um folgende Situation. Der Kläger hatte, basierend auf einem Übergabsvertrag,⁹¹ welchen er am 02.05.1991 mit der damaligen Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft, Frau Berta U., geschlossen hatte, die Vormerkung seines Eigentums erwirkt. Eine Rechtfertigung dieser Eintragung erfolgte ebenfalls.⁹²

⁸⁸ OGH 12.04.2016, 2 Ob 87/15f.

⁸⁹ OGH 06.07.2009, 1 Ob 99/09d.

⁹⁰ OGH 29.09.2004, 7 Ob 225/03v JBl 2005,36 = bbl 2005,41 = ecolex 2005,206 = MietSlg 56.028 = MietSlg 56.184 = MietSlg 56.606.

⁹¹ Ein Übergabsvertrag ist ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft. Es gibt einen Übergeber und einen Übernehmer. Er ist weder Kaufvertrag noch Erbvertrag. Es kann damit aber eine Erbfolge vorweg geregelt werden. Auch kann eine Gegenleistung vereinbart werden, um für die Zukunft des Übergebers zu sorgen. Dies kann eine Rente sein, oder auch Pflegeleistungen. In Österreich finden sich jedoch keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen zum Übergabsvertrag und er unterliegt keinen speziellen Formvorschriften.

⁹² Auch darüber wurde gestritten, es gibt hierzu eine OGH Entscheidung: OGH 16.09.1997, 5 Ob 282/97z.

Nachdem das Eigentumsrecht des Klägers vorgemerkt worden war, verkaufte Frau Berta U. die Liegenschaft an die Beklagte. Im Kaufvertrag vom 20.09.1996 wurde ein Vermerk gemacht. Dieser Vermerk drückte aus, dass die Verkäuferin in Kenntnis sei, dass an der kaufgegenständlichen Liegenschaft das Eigentumsrecht für Herrn Leopold H. vorgemerkt sei. Die Verkäuferin hafte dafür, dass die Vormerkung rechtswidrig unter Erschleichung ihrer Unterschrift betreffend den Übergabsvertrag mittels Vorspiegelung falscher Tatsachen durch Herrn H. entstanden und daher gegenstandslos sei.

Zu einem Teil der Liegenschaft allerdings war bereits zum Zeitpunkt, als das Eigentumsrecht des Klägers vorgemerkt wurde, eine Rangordnung für eine Veräußerung der Liegenschaft bis zum 18.12.1996 angemerkte gewesen. Die Beklagte und Zweiterwerberin legte diesen Rangordnungsanmerknungsbeschluss und den mit Berta U. abgeschlossen Kaufvertrag vor und verlangte am 16.12.1996 die Einverleibung des Eigentumsrechtes an der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft im angemerkten Rang und eine Löschung der Zwischeneintragungen. Zu diesen Zwischeneintragungen zählte auch das Eigentumsrecht des Klägers als Ersterwerber.

Das BG Döbling bewilligte als Grundbuchsgericht mit Beschluss vom 17.12.1996 die Einverleibung des Eigentumsrechtes im Rang der angemerkten Rangordnung, weiters die Löschung des im Eigentumsblatt einverlebten Eigentumsrechtes des Klägers als Ersterwerber und der anderen nachrangigen Eintragungen im Lastenblatt.

Der Kläger erhob Rekurs dagegen. Das Rekursgericht wies daraufhin das Eintragungsbegehren der Beklagten, ausgenommen einiger rechtskräftig gewordener Löschungen, ab. Die 2. Instanz hatte also zugunsten des Klägers entschieden.

Der OGH folgte mit Beschluss vom 16.09.1997⁹³ dem Revisionsrekurs der Beklagten gegen die Entscheidung des Rekursgerichtes und stellte die erstgerichtliche Entscheidung wieder her. Grund dafür sei, dass das Gericht der zweiten Instanz die Wirkung einer Rangordnungsanmerkung, vor allem nach § 56 Abs 2 GBG⁹⁴ falsch gedeutet habe. Die 3. Instanz gab also der Beklagten Recht.

⁹³ OGH 16.09.1997, 5 Ob 282/97z, TZ 6937/97.

⁹⁴ Die Eintragung in der angemerkten Rangordnung kann selbst dann bewilligt werden, wenn die Liegenschaft oder die Hypothekarforderung nach dem Einschreiten um die Anmerkung der Rangordnung an einen Dritten übertragen oder belastet worden wäre.

Daraufhin brachte der Kläger, Herr Leopold H., eine Klage ein und verlangte, dass die durch den Beschluss bewilligten Eintragungen, sowie die vorgenommenen Löschungen als unwirksam zu erklären seien. Auch forderte er eine Wiederherstellung des Grundbuchstandes vor dem Beschluss. Die Eintragungen im Eigentums- und Lastenblatt der betreffenden Liegenschaft sollten wieder in den ursprünglichen Zustand zurückversetzt werden.

Die Klage enthielt als Eventualbegehren, dass die Beklagte schuldig sei, eine grundbuchsfähige Erklärung zu unterschreiben, mit welcher die Eintragungen zur Wiederherstellung des ursprünglichen Grundbuchstandes vorgenommen werden können. Die Beklagte habe als Zweitkäuferin dem Ersterwerber Schadenersatz durch Naturalrestitution zu erbringen. Es habe der Beklagten beim Abschluss des Kaufvertrages wegen der bestehenden grundbücherlichen Vormerkung des Eigentumsrechtes des Klägers und auch aufgrund der darauf hinweisenden Klausel im Kaufvertrag die fehlende Verfügungsberechtigung der Verkäuferin auffallen müssen. Die Beklagte könne auch nicht auf eine Einigung der Voreigentümerin mit dem Kläger vertraut haben. Es sei offensichtlich gewesen, dass die 1995 von der Voreigentümerin gemachte Rangordnung schon bei der Einverleibung die obligatorischen Forderungsrechte des Klägers beeinträchtigte. Daher habe die Beklagte aufgrund der grundbücherlichen Eintragung erkennen können, dass sie in fremde Forderungsrechte eingreife.

In der beantragten Klagsabweisung der Beklagten wurde vorgebracht, die Zweitkäuferin habe auf die Veräußerungsbefugnis der Verkäuferin vertraut, da ihr diese die Rechtsunwirksamkeit des Übergabsvertrages zugesichert habe. Außerdem habe die Beklagte von der Verkäuferin sogar eine Garantie im Kaufvertrag bekommen, dass die Vormerkung der Rangordnung rechtswidrig sei. Weiters habe sich die Verkäuferin verpflichtet, die Zweitkäuferin für den Fall eines Rechtsstreites schad- und klaglos zu halten.

Die Zweitkäuferin betonte, dass sie sowohl beim Vertragsabschluss als auch zum Zeitpunkt des Einverleibungsantrages gutgläubig gewesen sei. Obwohl sie Kenntnis von der Vormerkung des Eigentumsrechtes hatte, sei sie gutgläubig gewesen. Die Zweitkäuferin habe auf die Veräußerungsbefugnis der Verkäuferin vertraut. Beide gingen von einem der Vormerkung zugrundeliegenden rechtsunwirksamen Übergabsvertrag aus. Die beklagte Zweitkäuferin habe schließlich auch von der bevorrangten Eintragung der Rangordnung betreffend eine Veräußerung bis 18.12.1996 gewusst und die Verkäuferin habe ihr

zugesichert, dass der Übergabsvertrag ungültig sei. Die Zweitkäuferin habe sich auch bei einem Rechtsanwalt beraten lassen und wusste vom Strafverfahren, der Untersuchungshaft des Klägers und der Umstände beim Zustandekommen des Übergabsvertrages. Zweitkäuferin und Verkäuferin haben beim Vertragsabschluss auf ein Obsiegen im Zivilverfahren gegen den Erstkäufer und auf die Nichtigkeit des der Vormerkung zugrunde liegenden Übergabsvertrages vertraut.

Die Beklagte brachte auch vor, dass eine bloße Schlechtgläubigkeit bei Verletzung eines bloß obligatorischen Anspruches aufgrund eines nicht verbücherten Übergabsvertrags nicht ausreichend sei zur Bejahung eines die Liegenschaft betreffenden Herausgabeanspruches. Es sei sogar unerheblich, ob die Zweitkäuferin die obligatorische Rechtsposition kannte oder kennen musste. Die Rangordnung für eine beabsichtigte Veräußerung war jährlich verlängert worden. Verwendet wurde sie dann erst fünf Jahre später, nach dem vom Kläger behaupteten Übergabsvertrag, und zwar dann, als die Beklagte die Liegenschaft erwarb. Daher sei bei dem fünf Jahre untätig gebliebenen Kläger ein Mitverschulden zu sehen. Er habe auch nie versucht, eine Aushändigung oder Hinterlegung des Rangordnungsbeschlusses gerichtlich geltend zu machen. Damit hätte er die Verkäuferin an der Verfügung über die Liegenschaft hindern können. Seine behaupteten Rechte seien auch mithilfe einer einstweiligen Verfügung abzusichern gewesen.

Der klagende Erstkäufer entgegnete, dass die Beklagte allein auf eine Zusicherung der unredlichen Verkäuferin vertraut habe und leichtfertig außer Acht gelassen habe, sich mit dem Grundbuchsstand bei Vertragsabschluss und in jenem Zeitpunkt, als sie die Eintragung ihres Eigentumsrechts beantragte, auseinanderzusetzen. Auch sei ihr die Rechtfertigung seines vorgemerkten Eigentumsrechtes bekannt gewesen, als sie die Verbücherung ihres Eigentumsrechtes beantragt habe. Der auf Naturalrestitution gerichtete Schadenersatzanspruch des Erstkäufers sei bei deutlicher Erkennbarkeit des Forderungsrechts des Erstkäufers gegeben, wenn die Zweitkäuferin die schuldrechtliche Position des Erstkäufers kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen hätte müssen.

Hinsichtlich der Doppelveräußerung von Liegenschaften entwickelten *Schilcher/Holzer* die Lehre *Koziols* betreffend die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte fort. Von der neueren Judikatur wurde daraus übernommen, den Besitz als Mittel zum Ausdruck der typischen Erkennbarkeit von fremden Forderungsrechten zu betrachten. Daraus schloss der

Erstkäufer, dass in seinem Fall die grundbücherliche Vormerkung des Eigentumsrechts und dessen Einverleibung und Rechtfertigung umso mehr zu einer Erkennbarkeit fremder Forderungsrechte führen.

Betreffend die von der Beklagten erwirkte Eintragung einer Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung seien für den Kläger noch keine Anzeichen für eine gegebene Veräußerungsabsicht der Voreigentümerin vorliegend gewesen, ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung oder auf Aushändigung oder Hinterlegung des Rangordnungsbeschlusses seien also seiner Ansicht nach nicht geboten gewesen. Da die Ranganmerkung jährlich verlängert wurde und die Verkäuferin keine erneuten Verkaufshandlungen zeigte, ging der Erstkäufer davon aus, dass sie keine weitere Veräußerung beabsichtigte.

In erster Instanz wurde dem Hauptbegehren des Klägers stattgegeben und vom Gericht noch zudem festgestellt, dass gegen den Kläger aufgrund der Umstände beim Abschluss des Übergabsvertrages am Landesgericht Wien ein Strafverfahren wegen §§ 146, 147 Abs 3, 148 StGB eingeleitet worden, er aber gem § 259 Z 3 StPO im Zweifel freigesprochen worden war. Auch das am Landesgericht für Zivilsachen geführte Verfahren zwischen der Verkäuferin und anschließend der Verlassenschaft der am 16.06.1997 verstorbenen Frau Berta U. und dem Ersterwerber wegen Unwirksamklärung des Übergabsvertrages habe mit einer rechtskräftigen Abweisung des Klagebegehrens geendet.

Die Verkäuferin Berta U., ihre Nichte und eine Lehrerin haben auf der Liegenschaft nach Abschluss des Übergabsvertrages weiterhin gewohnt. Der klagende Ersterwerber habe vor und nach dem Abschluss des Übergabsvertrags, vor dem Abschluss des Kaufvertrags der beklagten Zweitkäuferin am 20.09.1996 und ebenso danach nicht auf klagsgegenständlichen Liegenschaft gewohnt. Er habe auch keine Schlüssel gehabt.

Das Erstgericht war also dem Hauptbegehren des Klägers gefolgt und urteilte, dass die Beklagte Sorgfalts- und Nachforschungspflicht verletzt habe. Spätestens als sie die Einverleibung ihres Eigentumsrechtes im Rang der Rangordnung beantragte, hätte sie erkennen müssen, dass diesem Plan ein bereits gerechtfertigtes, einverleibtes Eigentumsrecht des Klägers entgegenstand.

Die Beklagte erhob Berufung. Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil in der Weise ab, dass das Hauptbegehren des Klägers abgewiesen wurde, die Beklagte allerdings entsprechend seines Eventualbegehrens schuldig sei, eine grundbuchsfähige Erklärung zu unterzeichnen. Diese Erklärung solle den Antrag auf Löschung der durch die Beschlüsse des BG Döbling und des OGH bewilligten Eintragungen enthalten. Damit solle die Wiederherstellung des Grundbuchsstandes vor diesen Beschlüssen und zugunsten des Klägers erreicht werden.

Das Berufungsgericht erklärte eine ordentliche Revision für zulässig, weil der Entscheidungsgegenstand € 20.000,- übersteige und angesichts der nicht einheitlichen Judikatur des Obersten Gerichtshofes zu den auseinandergehenden Meinungen in der Lehre betreffend die Doppelveräußerung eine erhebliche Rechtsfrage vorliege. Relevant sei, welche Wirkung die Vormerkung des Eigentumsrechts des Klägers habe und ob der Kläger wegen des Eingriffs in sein Forderungsrecht, einen Schadenersatzanspruch auf Naturalrestitution habe. Es sei hier weder eine Verleitung zum Vertragsbruch noch ein arglistiges Zusammenwirken der Vertragspartner gegeben. Auch gebe es in dieser Fallkonstellation kein besitzverstärkendes Forderungsrecht. Jedoch ging das Berufungsgericht davon aus, dass es nicht nachvollziehbar sei, warum die Kenntnis eines Forderungsrechtes nicht die gleichen Folgen haben sollte, wie das schuldhaftes Nichterkennen eines besitzverstärkten Forderungsrechts.⁹⁵ Ein Dritter beeinträchtigt ein fremdes Forderungsrecht nicht nur dann, wenn er den Schuldner zum Vertragsbruch beeinflusst, sondern auch, wenn er mit Kenntnis des fremden Forderungsrechtes die schlichte Leistungsbewirkung verhindert. Dem Recht auf Leistungsbewirkung komme absolute Wirkung zu und es sei daher jedermann zumutbar, fremde Rechte zu respektieren, wenn er sie ohne unzumutbare Nachforschungspflichten erfüllen zu müssen, kenne. Die Beklagte habe von der Vormerkung gewusst. Dass sie auf die Unwirksamklärung des Übergabvertrages vertraut habe, sei nicht ausreichend, um sie als gutgläubig zu betrachten. Vom Erstgericht wurde zu Recht ein Schadenersatzanspruch des Klägers bejaht. Anders als das Erstgericht, hielt das Berufungsgericht allerdings das Eventualbegehren statt dem Hauptbegehren der Klage für geeigneter, den auf Naturalrestitution iSd § 1323 ABGB gerichteten Anspruch zu verwirklichen. Somit wurde der Klage nur im Eventualbegehren stattgegeben.

Beide Parteien stützen ihre Revisionen auf den Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Der Kläger beehrte, dass die bekämpfte Entscheidung derart abgeändert werde,

⁹⁵ Spielbühler in *Rummel*, ABGB³ § 431 Rz 11.

dass dem Hauptgehren der Klage stattgegeben werde, sprich das Ersturteil wiederhergestellt werde. Die Beklagte hingegen beantragte, dass die Entscheidung klagsabweisend geändert werde. Auch wurde in den Revisionsbeantwortungen beantragt, das jeweils gegnerische Rechtsmittel wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen bzw in eventu ihm keine Folge zu leisten. Der OGH erklärte, dass beide Revisionen zulässig seien, weil ein vergleichbarer Fall zuvor noch nicht zu entscheiden gewesen war.

Hinsichtlich der Revision des Klägers, erläuterte der OGH beziehend auf das vom Berufungsgericht abgewiesene Hauptbegehren, welches beinhaltete, die bewilligten Eintragungen für unwirksam zu erklären und den vorherigen Grundbuchstand wiederherzustellen, dass dies dem Begehren einer Löschungsklage im Sinne des § 61 Abs 1 GBG 1955⁹⁶ entsprechen würde. Eine solche Löschungsklage habe nur jemand, der eine Einverleibung wegen Ungültigkeit beseitigen möchte. Dies habe der Kläger selbst erkannt. Der Revisionswerber und Ersterwerber brachte vor, die Einverleibung des Eigentumsrechts der Zweitkäuferin hätte nicht durchgeführt werden dürfen. Aus ihrem Kaufvertrag lasse sich entnehmen, dass das Grundstück schon an ihn verkauft gewesen sei.

Der OGH reagierte daraufhin damit, dass er auf den von ihm zuvor im Grundbuchsverfahren erlassenen Beschluss⁹⁷ verwies, welcher zu den beantragten Eintragungen der Zweitkäuferin ergangen war. In diesem Verfahren hatte der OGH zu den im gegenständlichen Verfahren erneut bekämpften Eintragungen abschließend erklärt, dass nach § 56 Abs 2 GBG⁹⁸ die Eintragung eines Eigentumsrechtes im angemerkten Rang auch zu bewilligen sei, wenn die Liegenschaft nach dem Einschreiten um die Anmerkung einer Rangordnung bereits an einen Dritten weiter übertragen worden sei. Dies sei auch dann möglich, wenn die Urkunde, mithilfe der der Eintragungswerber gem § 26 GBG den Eigentumsverschaffungsanspruch begründet, vom früheren Eigentümer unterzeichnet worden war. Hier würden auch keine Bedenken iSd § 94 Abs 1 Z 2 GBG gegen die persönliche Fähigkeit des früheren Eigentümers zur Verfügung über die Liegenschaft vorliegen.

⁹⁶ Wenn jemand, der durch eine Einverleibung in seinem bürgerlichen Rechte verletzt erscheint, die Einverleibung aus dem Grunde der Ungültigkeit im Prozeßwege bestreitet und die Wiederherstellung des vorigen bürgerlichen Standes begehrt, kann er die Anmerkung eines solchen Streites im Grundbuch entweder gleichzeitig mit der Klage oder später verlangen. Die Anmerkung des Streites kann sowohl bei dem Prozeßgericht als auch bei dem Grundbuchsgericht angesucht werden.

⁹⁷ 5 Ob 282/97z = SZ 70/181..

⁹⁸ Die Eintragung in der angemerkten Rangordnung kann selbst dann bewilligt werden, wenn die Liegenschaft oder die Hypothekarforderung nach dem Einschreiten um die Anmerkung der Rangordnung an einen Dritten übertragen oder belastet worden wäre.

Gem § 94 Abs 1 Z 2 GBG habe das Grundbuchsgericht ein Ansuchen und dessen Beilagen einer genauen Prüfung zu unterziehen und dürfe eine grundbücherliche Eintragung erst dann bewilligen, wenn kein begründetes Bedenken gegen die persönliche Fähigkeit der bei der Eintragung Beteiligten betreffend ihre Verfügungsbefugnis über den Gegenstand, auf den sich die Eintragung bezieht, oder gegen die Befugnis der Antragsteller zum Einschreiten vorhanden ist. Diese Bedenken seien im gegebenen Fall aber nicht vorliegend, da § 56 Abs 2 GBG das in § 21 GBG geregelte Prinzip des bürgerlichen Vormanns durchbreche.⁹⁹

Betreffend § 440 ABGB, demzufolge bei Doppelveräußerung einer Liegenschaft derjenige das Eigentum erhält, der zuerst die Einverleibung beantragt hat, heißt das, dass derjenige Eigentum erwirbt, der dem anderen im Rang seiner Eigentumseinverleibung zuvorkomme. Dies war die Antragstellerin, weil sie den für die Veräußerung angemerkten Rang nutzen konnte. Ihrem Eintragungs- und Löschungsbegehren wurde daher stattgegeben. Das Erstgericht, damals Grundbuchsgericht, hatte schon dahingehend entschieden, also war eine Wiederherstellung des Beschlusses des Erstgerichts, damals BG Döbling, möglich gewesen.¹⁰⁰

Eine auf den Titel der Ungültigkeit gestützte „Unwirksamerklärung“ der durch Beschluss bewilligten und eine Löschung der erfolgten Grundbucheintragungen seien daher nicht möglich. Sowohl die bereits eingetragene Person als auch der Vorgemerkte konnten wirksame Verfügungen über die Liegenschaft treffen. Eine Eintragung von bürgerlichen Rechten konnte vom Grundbuchsgericht sowohl gegen den einverleibten Eigentümer, die Veräußererin, als auch gegen den vorgemerkten Eigentümer, den Ersterwerber, bewilligt werden gem § 49 Abs 1 GBG.¹⁰¹

⁹⁹ *Spielbüchler in Rummel, ABGB*³ § 440 Rz 4; *Welser*, Posterior tempore, potior iure! Eine unbegreifliche Entscheidung zur Doppelveräußerung, NZ 1994, 73.

¹⁰⁰ RIS Justiz RS0108657: 1) Gemäß § 56 Abs 2 GBG kann die Eintragung (insbesondere des Eigentumsrechtes) im angemerkten Rang selbst dann bewilligt werden, wenn die Liegenschaft nach dem Einschreiten um die Anmerkung der Rangordnung an einen Dritten übertragen worden wäre. Das gilt auch dann, wenn die Urkunde, mit der der Eintragungswerber gemäß § 26 GBG seinen Eigentumsverschaffungsanspruch belegt, vom früheren Eigentümer unterfertigt wurde.

2) § 56 Abs 2 GBG durchbricht das in § 21 GBG verankerte Prinzip des bürgerlichen Vormanns.

3) Bezogen auf die Regelung des § 440 ABGB, wonach im Fall der Doppelveräußerung einer Liegenschaft demjenigen das Eigentum zufällt, der früher um die Einverleibung angesucht hat, bedeutet dies, dass derjenige Eigentum erwirbt, der dem anderen im Rang seiner Eigentumseinverleibung zuvorkommt.

¹⁰¹ § 49 Abs 1 GBG: Wenn gegen den, der als Eigentümer einer Liegenschaft einverleibt ist, die Vormerkung des Eigentumsrechtes bewirkt worden ist, können sowohl gegen den einverleibten als gegen den vorgemerkten Eigentümer weitere Eintragungen zwar bewilligt werden, doch hängt deren rechtlicher Bestand davon ab, ob die Vormerkung des Eigentumsrechtes gerechtfertigt wird oder nicht.

Auch legte der OGH dar, dass der Kläger erkenne, dass, wenn seine bereits im Grundbuchverfahren erhobenen Einwände tatsächlich berechtigt gewesen wären, die Grundlage seines Klagsanspruches auf Naturalrestitution wegfallen würde. Denn, wenn die bücherliche Eintragung des Rechts der Zweitkäuferin gelöscht werden könnte, wäre die Frage nach einem gegen die Zweitkäuferin gerichteten Schadenersatzanspruch des Ersterwerbers nicht gegeben.¹⁰² Der Kläger habe in seiner Revision nur ausgeführt, dass er einen Schadenersatzanspruch auf Naturalrestitution geltend mache und dass bei Doppelveräußerung auch eine Eigentumsklage im Sinne einer Löschungsklage möglich sei, was der OGH verneinte.

Vom Berufungsgericht war das Hauptbegehren deshalb zu Recht abgewiesen worden.

Die Frage, ob dem Hauptbegehren die Berechtigung fehle, weil ein durch Doppelveräußerung geschädigter Erstkäufer seinen Schadenersatzanspruch auf Naturalrestitution allein durch ein bloßes Begehren auf die Löschung des einverleibten Eigentums des Zweitkäufers grundsätzlich nicht geltend machen kann, wurde vom OGH keinen intensiveren Prüfungen unterzogen. Ein Löschungsbegehren ist ein aliud gegenüber einem Begehren auf Einwilligung in die Eintragung des Eigentums des geschädigten Erwerbers.¹⁰³

Aber der OGH betonte, dass das dagegen vorgebrachte Argument, dass die unmittelbare Übertragung des Eigentums von einem Zweitkäufer auf einen Erstkäufer eigentlich keine Naturalrestitution sei, da der Zweitkäufer nie Eigentümer geworden war,¹⁰⁴ für den gegebenen Fall nicht passe. Das Eigentumsrecht des Klägers war schließlich schon vor der Eingriffshandlung der Beklagten, zwar abhängig von der Nichtausübung der Rangordnung, vorgemerkt bzw einverleibt.

Die Beklagte brachte in der Revision wiederum ihre Gutgläubigkeit beim Vertragsabschluss vor, es habe ja nur die Vormerkung gegeben. Der OGH verwies auf die stRsp, der zufolge

¹⁰² Pletzer, Doppelveräußerung 211.

¹⁰³ RIS-Justiz RS0083001: Steht dem durch die Doppelveräußerung oder Mehrfachveräußerung von Liegenschaftsanteilen geschädigten Erstkäufer ein Schadenersatzanspruch durch Naturalrestitution zu, kann eine solche durch ein bloßes Begehren auf Löschung der Eigentumseinverleibung des Drittkäufers nicht erlangt werden: Das Löschungsbegehren stellt daher ein aliud gegenüber einem Begehren auf Einwilligung in die Einverleibung des Eigentumsrechts des Geschädigten dar. *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1332 ABGB; *Hoyer*, Doppelverkauf und kein Ende – Anmerkungen zu OGH 1 Ob 537, JBl 1996, Heft 8 v. 1.8.1996, 539.

¹⁰⁴ *Reischauer* verneint, dass es sich um Naturalrestitution handelt. *Koziol und Pletzer* bejahen die Naturalrestitution. *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1332; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht³ Rz 9/27; *Pletzer*, Doppelveräußerung 212 und 252.

sogar der einer Löschungsklage entgegenstehende nach dem Grundbuchstand zu beurteilende gute Glaube eines im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Dritten nicht nur beim Abschlusses des Erwerbsgeschäftes, sondern auch noch beim Ansuchen um eine grundbücherliche Einverleibung gegeben sein müsste.¹⁰⁵ Dasselbe müsse bei der nachträglichen Rechtfertigung einer Vormerkung gelten, die das auflösend bedingte Eigentum des ersten Erwerbers zu einem unbedingten Eigentumsrecht machte.¹⁰⁶

Hinsichtlich der fehlenden Gutgläubigkeit der Beklagten führte der OGH aus, dass sie sich von der Verkäuferin im Kaufvertrag ja eine Garantie geben lies, dass die Vormerkung rechtswidrig sei und sie schad- und klaglos gehalten werden wollte. Das zeige, dass sie sich vor Nachteilen schützen wollte und eben auch damit rechnete, dass diese eintreten könnten. Sie fand sich damit ab, dass sie den Kläger mit der Eintragung ihres Eigentumsrechts Schaden zufügen könnte.

Der OGH betonte, dass es stRsp und hL sei, dass auch eine nur schuldrechtliche Beziehung zweier Personen gegen Eingriffe Dritter geschützt werden muss. Ein Dritter darf den Schuldner nicht daran hindern, seine Verpflichtung zu erfüllen. Ein Dritter beeinträchtigt ein fremdes Forderungsrecht nicht nur dann, wenn er Schuldner zum Vertragsbruch verleitet, sondern auch, wenn er mit Kenntnis des fremden Forderungsrechts die schlichte Leistungsbewirkung verhindert. Ein Recht auf Leistungsbewirkung hat absolute Wirkung. Es ist jedem zumutbar, fremde Verträge zu respektieren, wenn er ohne unzumutbare Nachforschungen betreiben zu müssen, von ihnen weiß. Es reicht die bewusste Durchsetzung des eigenen Rechtsstandpunkts des Eingreifenden unter bewusster Übergehung dagegen stehender triftiger Argumente, um von einem Eingriff zu sprechen. Die positive Kenntnis des Eingreifenden ist laut OGH im Einzelfall der Offenkundigkeit des fremden Forderungsrechts gleichzusetzen.¹⁰⁷

In der neueren Rsp wird bei der Beeinträchtigung eines fremden Forderungsrechtes im Rahmen des Doppelverkaufs von Liegenschaften der Anspruch des Erstkäufers gegen den Zweiterwerber bzw ggf Zweitkäuferin auf Einverleibung seines Eigentums wegen des Rechts

¹⁰⁵ RIS-Justiz RS0011323.

¹⁰⁶ Eine Rechtfertigung wirkt ex tunc, das Eigentum des Klägers entstand rückwirkend im Moment des Einlangens des Vormerkungsgesuches.

¹⁰⁷ Pletzer, Doppelveräußerung 245.

auf Naturalrestitution bejaht¹⁰⁸. Die von der älteren Rsp immer bejahten Fälle des absoluten Schutzes von Forderungsrechten sind die wissentliche Verleitung zum Vertragsbruch und die arglistige Kollusion.¹⁰⁹ Diese Fälle waren im vorliegenden Fall aber nicht gegeben. Eine Außenwirkung eines Schuldverhältnisses wird nun auch dann bejaht, wenn das Forderungsrecht durch den Besitz an einer körperlichen Sache offenkundig ist. Die neuere Rsp schließt sich der von *Schilcher/Holzer* aus der Lehre von *Koziol* fortentwickelten Auffassung an, dass der Besitz ein Ausdrucksmittel der sozial-typischen Erkennbarkeit von Forderungsrechten ist. Eine Schadenersatzpflicht wird bejaht, wenn der Eingreifende das durch Besitz verstärkte Forderungsrecht kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte kennen müssen.

Die Beklagte hatte in ihrer Revision vorgebracht, dass der Kläger niemals einen Besitz an der Liegenschaft hatte. Zudem sei unter „Kenntnis“ das Wissen um ein tatsächliches Bestehen zu verstehen und nicht eine bloß unbegründete Behauptung. Der Besitz eines Ersterwerbers habe besondere Bedeutung beim Doppelverkauf und sei ein Indiz für das Bestehen eines fremden Forderungsrechts. Hier aber habe kein besitzverstärktes Forderungsrecht des Ersterwerbers vorgelegen.

Im vorliegenden Fall sei laut dem Kläger die beklagte Zweitkäuferin aber nicht bloß von einer „unbegründeten Behauptung“ ausgegangen, sondern habe von der grundbücherlichen Vormerkung des Eigentums des Klägers gewusst, als sie den Kaufvertrag abschloss. Und auch habe sie von der Rechtfertigung dieser Vormerkung gewusst, als ihr Eigentumsrecht einverleibt wurde.

Der Kläger habe sich dem OGH zufolge zu Recht darauf berufen, dass die beklagte Zweitkäuferin nur auf die unrichtigen Zusicherungen der Verkäuferin vertraut habe, dabei sei aus dem Grundbuch offensichtlich gewesen, dass die 1995 entstandene Rangordnung bei ihrer Einverleibung die Forderungsrechte des Klägers beeinträchtigte.

¹⁰⁸ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1332 Rz 20.

¹⁰⁹ RIS-Justiz RS0083005: Verleitet der Dritte den Vertragspartner des Geschädigten zum Vertragsbruch oder handelt er in arglistiger Weise im Zusammenspiel mit dem Vertragspartner bewusst zum Nachteil des Geschädigten, so wird diesem bei der Doppelveräußerung oder Mehrfachveräußerung einer Liegenschaft ein Schadenersatzanspruch gewährt, der den Geschädigten - wenn er nicht Geldersatz begehren will - berechtigt, vom Eigentümer die Herausgabe der Liegenschaft als Naturalrestitution zu verlangen.

Grundsätzlich werden fremde Forderungsrechte dann absolut geschützt, wenn ein doloses Verhalten des Schädigers gegeben ist. Wird das Forderungsrecht jedoch durch einen Besitz verstärkt, reicht es zur Durchsetzung des auf Restitution gerichteten Schadenersatzanspruches, dass der Zweiterwerber die Forderungsrechte des Ersterwerbers kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen hätte müssen.¹¹⁰

Im vorliegenden Fall musste der OGH daher beurteilen, ob diese Gegebenheiten zu denselben Rechtsfolgen führen, wie ein Eingriff und die Beeinträchtigung eines durch Besitz verstärkten Forderungsrechts. Der OGH bejahte dies uneingeschränkt.

Eine Vormerkung habe als grundbücherliches Sicherungsmittel strenge Voraussetzungen. Daher seien durch die bürgerliche Vormerkung des Eigentumsrechtes des Klägers, für welche zudem auch noch eine Rechtfertigung bestand, die obligatorischen Forderungsrechte des Erstkäufers genauso deutlich „sozial-typisch“ erkennbar.¹¹¹ Die Vormerkung verstärke daher das Forderungsrecht des Ersterwerbers auf die gleiche Weise wie ein Sachbesitz.¹¹² In der Lehre wird von *Reischauer*¹¹³ folgendes gesagt. Wenn die Indizwirkung des Besitzes beziehungsweise der Innehabung das Ausschlaggebende ist, dann müsste auch jede andere Indizwirkung ausreichen, um einen begründeten Verdacht entstehen zu lassen. *Reischauers* Meinung passt auf den hier gegebenen Sachverhalt.

Die neuere Rsp folgte der Betrachtungsweise des Besitzes als ein Ausdrucksmittel der typischen Erkennbarkeit von Forderungsrechten.¹¹⁴ Der OGH war der Ansicht, dass dem Vorbringen des Klägers zu folgen sei, dass diese typische Erkennbarkeit eben auch bei Kenntnis der Zweitkäuferin von der bürgerlichen Vormerkung bzw Einverleibung und Rechtfertigung des Eigentumsrechtes des Ersterwerbers zu bejahen sei.

Als Zweitkäufer beeinträchtigt man also auch dann das Forderungsrecht des Ersterwerbers, wenn man die Liegenschaft mit dem Wissen über den ersten Kaufvertrag erwirbt und wegen

¹¹⁰ RIS-Justiz RS0011224 [T5]; RIS-Justiz RS0011226 [T3 bis T5]; RIS-Justiz RS0015114 [T1]; RIS-Justiz RS0113118; *Pletzer*, Doppelveräußerung 188 ff.

¹¹¹ RIS-Justiz RS0011224 [T5]; RIS-Justiz RS0011226 [T4].

¹¹² *Spielbüchler in Rummel*, ABGB³ § 431 Rz 11.

¹¹³ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1332 Rz 20.

¹¹⁴ RIS-Justiz RS0011118 [T5].

besonderer Umstände damit rechnen muss, dass durch eine wiederholte Veräußerung des Kaufobjekts in das Gläubigerrecht des Erstkäufers eingegriffen wird.¹¹⁵

Positive Kenntnis wird hier mit Offenkundigkeit gleichgesetzt. In der Lehre vertritt *Aicher* die Meinung, dass es ohnehin nicht nachvollziehbar sei,¹¹⁶ dass beim Besitz der Liegenschaft wegen der sozial-typischen Erkennbarkeit schon Fahrlässigkeit für einen Schadenersatzanspruch ausreichend sei, ohne Besitz aber die Kenntnis des Zweiterwerbers für die Bejahung von Schadenersatzansprüchen verlangt sei. Es müsse bei ebenso deutlicher sozial-typischer Erkennbarkeit des fremden Forderungsrechts auch Fahrlässigkeit genügen. Selbst wenn eben kein Besitz, sondern eine andere sozial-typische Erkennbarkeit vorliege, sei der Schadenersatzanspruch zu bejahen.

Die Kenntnis eines fremden Forderungsrechtes wirke also gleich wie das schuldhaftes Nichtkennen eines durch Sachbesitz verstärkten Forderungsrechts. Die Bewegungsfreiheit des Zweitkäufers werde durch die Achtung des fremden Forderungsrechtes bei dessen Kenntnis weniger eingeschränkt, als wenn er Nachforschungspflichten hinsichtlich nicht erkennbarer Rechte nachzukommen habe. Auch könne der Zweitkäufer schwer ein schutzwürdiges Interesse bei einem bewussten oder wie im gegebenen Fall bedingt vorsätzlichen Eingriff in ein fremdes Forderungsrecht vorweisen. Somit werde seiner Bewegungsfreiheit auch wenig Schutzwürdigkeit zukommen.¹¹⁷

Die Zweitkäuferin habe dem OGH zufolge schon von Anfang damit rechnen müssen und es aufgrund der von der Verkäuferin verlangten Garantien auch tatsächlich nicht für ausgeschlossen gehalten, dass die Forderungsrechte des Klägers und Ersterwerbers tatsächlich zu Recht gegeben sind. Der OGH verneinte, dass es sich wie von der Beklagten in der Revision vorgebracht, um eine erst nachträgliche Fehlbeurteilung hinsichtlich der Gültigkeit des Übergabsvertrags und einer materiellen Berechtigung des Ersterwerbers handle. Der Beklagten sei ihre Fahrlässigkeit daher vorzuwerfen.

¹¹⁵ *Pletzer*, Doppelveräußerung 245.

¹¹⁶ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 13.

¹¹⁷ *Pletzer*, Doppelveräußerung 245.

Der im Eventualbegehren geforderte Restitutionsanspruch des Klägers sei daher berechtigt. Auch habe die Zweitkäuferin eine Aufsandungserklärung zu Gunsten des Klägers abzugeben.¹¹⁸

Als begründet erachtete der OGH aber den Vorwurf der Beklagten, dass das Erstgericht nicht und auch das Berufungsgericht sich nicht mit dem von ihr bereits in der ersten Instanz vorgebrachten Einwand beschäftigt hatten, dass den Kläger ein Mitverschulden treffe. Die Beklagte habe vorgebracht, dass das Mitverschulden sich in der groben Säumnis des Klägers zeige, der er sich mehrere Jahre lang ohne ersichtlichen Grund nicht intabulieren ließ. Er habe es jahrelang grundlos unterlassen, die Verbücherung des Eigentumsrechtes zu beantragen, und nichts getan, um die Verkäuferin bei der Nutzung ihres vorrangigen Rangordnungsbeschlusses zu stoppen.¹¹⁹

Jedoch meinte der OGH, die Beklagte entferne sich mit diesen Behauptungen von den schon in der zweiten Instanz unbekämpften Feststellungen. Diese Feststellungen beinhalteten, dass der Kläger nach Abschluss des Übergabsvertrages am 02.05.1991 einen Freispruch im gegen ihn wegen Betruges geführten Strafverfahren habe erkämpfen müssen und er war sogar wegen des Betrugsvorwurfes verhaftet worden. Zudem musste der Kläger die Abweisung einer gegen ihn gerichteten Klage der Verkäuferin erreichen. Diese Klage hatte den Inhalt, den Übergabsvertrag für unwirksam zu erklären und in eventu diesen ex tunc aufzuheben. Das Berufungsgericht hatte damals die Klageabweisung bestätigt. Es wurde aber außerordentliche Revision erhoben, die der Oberste Gerichtshof mit Beschluss zurückgewiesen habe. Der Kläger habe außerdem sein Eigentumsrecht bereits vor dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen Verkäuferin und Zweitkäuferin grundbücherlich vormerken lassen. Auch sei die Rechtfertigung der Vormerkung schon vor der Eintragung des Eigentumsrechtes der Beklagten erfolgt. Der OGH ging daher auf ein mögliches Mitverschulden des Klägers wegen seiner fehlenden Intabulation nicht ein, weil die Revisionsausführungen keine, sich aus den in den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen ergebende, Grundlage hatten.

¹¹⁸ Pletzer, Doppelveräußerung 261.

¹¹⁹ Schilcher/Holzer, Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung, JBl 1974, 514, 518, 519; Pletzer, Doppelveräußerung 251 f.

Beide Revisionen wurden von OGH als unberechtigt erachtet. Das Berufungsgericht hatte entschieden, dass die Beklagte iSd Eventualbegehrens schuldig sei, eine Aufsandungserklärung zugunsten des Klägers abzugeben.

b) OGH 6 Ob 169/07g

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2007, GZ 6 Ob 169/07g,¹²⁰ beschäftigte sich der OGH mit einer doppelveräußerten Liegenschaft, welche im Besitz der Klägerin war. Die Klägerin und Ersterwerberin nutzte diese Liegenschaft als Pferdeweide, hatte einen Zaun herum angebracht und mähte auch hin und wieder das Gras. Der beklagte Zweiterwerber wohnte in mittelbarer Nähe der Liegenschaft.

Im Rahmen des Verkaufs hatte die Verkäuferin erwähnt, dass sie die Besitzerin der Liegenschaft sei. Der Beklagte wusste von der Benutzung der Pferdeweide durch die Klägerin, erkundigte sich aber nicht weiter dazu. Er fragte auch nicht bei der Klägerin selbst über die genaueren Umstände nach. Der andere Kläger war der Ehemann der Klägerin.

Die klagende Partei begehrte die Herausgabe des gesamten Grundstückes. Der OGH führte zur vorliegenden Situation folgendes aus.

Bei einer Doppelveräußerung einer Liegenschaft bewirken Eintragungsprinzip und Rangprinzip, dass derjenige, der zuerst eingetragen wird, auch das Eigentum erwirbt.

Die stRsp des OGH allerdings geht davon aus, dass derjenige, der die Liegenschaft außerbücherlich erworben hatte und auch den Besitz daran hat, einen schadenersatzrechtlichen Herausgabeanspruch auf Naturalrestitution nach § 1323 ABGB oder bei dessen Untunlichkeit, einen Anspruch auf Geldersatz geltend machen kann. Der Schadenersatzanspruch steht unter den Voraussetzungen zu, dass der Zweiterwerber das durch den Besitz verstärkte Forderungsrecht der Ersterwerberin kannte oder mit gehöriger Aufmerksamkeit erkennen hätte müssen.¹²¹

¹²⁰ OGH 13.09.2007, 6 Ob 169/07g.

¹²¹ RIS-Justiz RS0113118, RS0011224, RS0011226, RS0011118; *Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 440 Rz 3.

Ist das Forderungsrecht der Ersterwerberin durch den Besitz verstärkt, dann haftet der Zweiterwerber bereits dann, wenn er leicht fahrlässig das besitzverstärkte Forderungsrecht nicht erkannte.¹²²

Der gute Glaube des Zweiterwerbers geht dann verloren, wenn Umstände vorliegen, die auf einen außerbücherlichen Erwerber hindeuten. Im gegebenen Fall hätte zB der Zaun den guten Glauben des Zweiterwerbers zerstört.

Der Beklagte hatte Revision wegen Fehlbeurteilung durch das Berufungsgericht erhoben. Eine solche Fehlbeurteilung konnte der OGH aber nicht erkennen, da die Entscheidungen der Vorinstanzen mit der bisherigen stRsp in Einklang stehen. Der Zweiterwerber hätte das durch den Besitz, insbesondere durch den Zaun und die Nutzung als Pferdeweide, verstärkte Forderungsrecht der Klägerin und des Klägers erkennen müssen und habe es auch fahrlässig unterlassen, sich bei einem der Kläger zu erkundigen.

Der Beklagte behauptete in seiner Revision, dass er sich detailliert bei der Verkäuferin nach den Eigentumsrechten erkundigt habe. Der OGH verneinte diese Behauptung allerdings, da die Feststellungen der Vorinstanzen nichts dergleichen enthalten.

Die Revisionsbehauptung, der Beklagte habe sich detailliert bei der Verkäuferin nach deren Eigentumsrechten erkundigt, weicht von den Feststellungen der Vorinstanzen ab. Weiters sei die Liegenschaft durch die Klägerin benutzt und gepflegt worden, was deutlich eine Besitzausübung zeige.

Der Beklagte wendete auch ein Mitverschulden der Kläger ein, jedoch stellte er kein entsprechendes Begehren. Deshalb wurde ein Mitverschulden der beiden Kläger im gegebenen Fall vom OGH nicht miteinbezogen. Allgemein äußerste der OGH zu einem Mitverschulden des Ersterwerbers, dass grundsätzlich schon ein Mitverschulden iSd § 1304 ABGB eingewendet werden kann, dieses besteht darin, dass der Ersterwerber dabei säumig war, sich rechtzeitig eintragen zu lassen. Diese Ansicht habe er schon in einer früheren

¹²² JBl 1996, 521; ecolex 2000, 643; *Bollenberger/Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 859 Rz 17; *Apathy/Perner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 1061 Rz 2.

Entscheidung vertreten und auch *Schilcher/Holzer* gehen von einem Mitverschulden bei Säumnis einer rechtzeitigen Intabulation aus.¹²³

Ein Teil der Lehre sieht das hingegen weniger streng und bezweifelt, dass ein Unterlassen der Einverleibung ein Mitverschulden des Ersterwerbers darstellt.¹²⁴

Im gegebenen Fall wurde das Vorliegen eines Mitverschuldens der beiden Kläger bereits von den Vorinstanzen basierend auf den Tatsachenfeststellungen verneint und die Revision des Beklagten enthielt kein konkretes Begehren, welches seinen Mitverschuldenseinwand ausgestalten würde. Daher ging auch der OGH nicht von einem Mitverschulden der Kläger aus.

Insgesamt wurde die Revision des Beklagten wegen Fehlens erheblicher Rechtsfragen zurückgewiesen.

c) OGH 2 Ob 59/20w

Die Entscheidung des OGH, 2 Ob 59/20w¹²⁵, aus dem Jahr 2020 handelt von einem doppelt veräußerten Keller.

Die klagende Partei, eine Gesellschaft mbH & Co KG, hatte 1980 einen „Lagerkeller“ erworben, den sie als Archiv verwendete. Sie ließ sich aber nicht als Eigentümerin ins Grundbuch eintragen. Dann kaufte im Jahr 2014 der Beklagte zusammen mit anderen Objekten denselben Keller vom bürgerlichen Eigentümer. Der Zweiterwerber und spätere Beklagte wurde als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Die klagende Partei forderte die Herausgabe des Kellers und eine Verurteilung des Beklagten auf Zustimmung zur Einwilligung in die Einverleibung der klagenden Partei ins Grundbuch. Die klagende Partei begründete ihr Begehren mit der Verletzung ihres besitzverstärkten Forderungsrechtes durch den Beklagten.

¹²³ *Schilcher/Holzer*, Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften, JBl 1974, 445 (514, 518 ff); *Binder* in *Schwimann*, ABGB-Kommentar³ § 1047 Rz 26.

¹²⁴ *Pletzer*, Doppelveräußerung 251 f.

¹²⁵ OGH 25.02.2021, 2 Ob 59/20w.

Von den Vorinstanzen wurde das Klagebegehren abgewiesen. Die klagende Partei erhob eine außerordentliche Revision. Jedoch verneinte der OGH das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO. Es liege keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens nach § 510 Abs 3 ZPO, wie die klagende Partei vorgebracht habe, vor.

Die bisherige Rsp zur Doppelveräußerung besagt folgendes. Wenn in ein besitzverstärktes Forderungsrecht eingegriffen wird, reicht für die Durchsetzung eines schadenersatzrechtlichen Restitutionsanspruches aus, dass der Erwerber die obligatorische Position kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen hätte müssen.¹²⁶ Dem Ersterwerber einer Liegenschaft wird gegenüber dem Zweiterwerber ein Schadenersatzanspruch gem § 1323 ABGB gewährt, dieser ist darauf gerichtet, die gekaufte Liegenschaft zu übergeben.

Ein solcher auf die Übergabe der Liegenschaft gerichteter Schadenersatzanspruch wird nur dann erfolgreich sein, wenn das durch den Besitz verstärkte Forderungsrecht des Erstkäufers für einen Zweitkäufer der Liegenschaft deutlich erkennbar war.¹²⁷ Dann wird ein schadenersatzrechtlicher Anspruch auf Herausgabe der Liegenschaft gegen einen Zweitkäufer schon bejaht, wenn der Zweiterwerber bereits leicht fahrlässig das durch den Besitz verstärkte Forderungsrecht des Erwerbers nicht kannte.¹²⁸

Auch lasse sich allgemein festhalten, dass es zu den Sorgfaltspflichten eines Liegenschaftskäufers zähle, diese in natura zu besichtigen und sich Informationen über die Besitzsituation zu verschaffen.¹²⁹

Im klagsgegenständlichen Fall hatte der Beklagte vom bürgerlichen Eigentümer gleichzeitig mehrere Wohnungseigentumsobjekte in einem Haus erworben. Darunter waren mehrere vermietete Geschäftslokale mit Nebenräumen und Kellern. Der Beklagte hatte das Objekt zu einem Gesamtpreis zu Geldanlagezwecken gekauft. Gemeinsam mit der Immobilienmaklerin hatte der Beklagte auch die meisten Objekte besichtigt. Später informierte die Immobilienmaklerin den Käufer, dass noch zwei andere Wohnungseigentumseinheiten irrtümlich nicht in den Kaufvertrag genommen wurden. Die Maklerin hatte darauf vergessen.

¹²⁶ RIS-Justiz RS0113118.

¹²⁷ RIS-Justiz RS0011226.

¹²⁸ OGH 13.09.2007, 6 Ob 169/07g.

¹²⁹ OGH 28.01.1998, 9 Ob 244/97s. Die Unterlassung einer Besichtigung wird als fahrlässiges Handeln und somit Sorgfaltsverletzung gesehen und angelastet.

Unter diesen Objekten befand sich auch der verfahrensgegenständliche Keller. Diese zwei Objekte sollten nachträglich vom Kaufvertrag erfasst werden.

Deshalb wurde der Kaufvertrag in der Anwesenheit des bürgerlichen Eigentümers, des beklagten Zweiterwerbers, und des Vertragserrichters, einem Notar, ergänzt. Es wurde ein Nachtrag zum Kaufvertrag verfasst. Weiters legte man fest, dass der schon bezahlte Kaufpreis auch diese zwei nachträglich hinzugekommenen Objekte abdecken solle. Es müsse also nichts nachgezahlt werden.

Eine Besichtigung des Kellers durch den Beklagten fand nicht mehr statt. Der OGH äußerte aber diesbezüglich, dass wie auch schon vom Berufungsgericht so beurteilt, dem Beklagten hinsichtlich dieser besonderen Umstände im konkreten Einzelfall, kein Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden könne. Der Beklagte habe die für seine Kaufentscheidung relevanten Objekte vor dem Vertragsabschluss besichtigt und den Kaufpreis auch schon bezahlt. Die nachträglich dazu gefügten Objekte seien für den Erwerber nicht besonders relevant gewesen, was auch schon das Erstgericht festgestellt habe.

Auch sah der OGH keinen unentgeltlichen Erwerb des Kellers gegeben. Weder der Veräußerer noch der Beklagte seien von einem unentgeltlichen Erwerb ausgegangen. Es gäbe einen übereinstimmenden Veräußerungswillen diesbezüglich.

Die klagende Partei habe vorgebracht, dass ein unentgeltlicher Erwerb vorliege und dieser weniger schützenswert sei als ein entgeltlicher Erwerb durch den Erstkäufer. Der OGH verneinte im gegenständlichen Fall das Vorliegen eines unentgeltlichen Erwerbs. Die Rsp, dass ein unentgeltlicher Erwerber weniger schützenswert sei als ein entgeltlicher Erwerber im Fall einer Doppelveräußerung einer Liegenschaft, finde hier keine Anhaltspunkte.

Die außerordentliche Revision der beklagten Partei wurde vom OGH daher gem § 508a Abs 2 ZPO wegen fehlender Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

E. Sicherungsmöglichkeiten

1. Grundbuch

Das Grundbuch ist gem § 7 Abs 1 GBG ein für jede Person öffentlich einsehbares Register und dient im Rechtsverkehr der Sichtbarmachung von Rechtsverhältnissen, also von Rechten und Lasten, die an Liegenschaften bestehen. Die Eintragung wirkt konstitutiv, das bedeutet rechtsbegründend. Gem § 4 GBG wird die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung der bürgerlichen Rechte nur durch eine Eintragung in das Hauptbuch erwirkt.

Die gesetzlichen Grundlagen des Grundbuchsrechts finden sich vor allem im Grundbuchgesetz, abgekürzt GBG und im Grundbuchsumstellungsgesetz, kurz GUG.¹³⁰

a) Aufbau und Grundsätze

Im Grundbuch können nur dingliche Rechte und Lasten, wie zum Beispiel ein Wiederkaufs- und Vorkaufsrecht nach §§ 1070 und 1073 ABGB, Bestandrechte nach § 1095 ABGB, eine Vorrangseinräumung, und Veräußerungs- und Belastungsverbote nach § 364c ABGB eingetragen und vorgemerkt werden. Geregelt ist dies in § 9 GBG.

Seit dem Jahr 1992 sind alle Eintragungen österreichweit digital vorhanden und über das Internet abrufbar.

Das Grundbuch eines Bezirksgerichts fasst sich aus den Katastralgemeinden dieses Gerichtssprengels zusammen.¹³¹

Die Voraussetzung für das Grundbuch ist die Vermessung von Grund und Boden, die Erfassung der Grundstücksgrenzen und die Darstellung in einem Plan, dem Kataster. Der Kataster ist sowohl in Papier, als auch in elektronischer Form beim Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen erhältlich. Es wird zwischen Grundsteuernkataster und Grenzkataster

¹³⁰ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 465 ff; Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1103.

¹³¹ Rassi, Grundbuchsrecht³ (2019) Rz 1.1 ff.

unterschieden, die Eintragungen im Grenzkataster sind verbindlich und schließen die Möglichkeit einer Ersitzung aus.¹³²

Das Grundbuch setzt sich aus dem Hauptbuch und der Urkundensammlung zusammen und ist in § 1 GBG geregelt.¹³³

Bücherliche Rechte werden gem § 4 GBG durch ihre Eintragung in das Hauptbuch erwirkt.¹³⁴

Zusätzlich werden Hilfsverzeichnisse geführt. Sie sind selbst nicht Bestandteil des Grundbuchs und sollen das Auffinden einer Einlage im Grundbuch erleichtern.¹³⁵ Gem § 4 GUG sind sie mit dem Hauptbuch verknüpft.¹³⁶

Zu den Hilfsverzeichnissen gehören folgende Verzeichnisse. Das Grundstücksverzeichnis, welches Grundstücke gereiht nach Nummern enthält und vom Vermessungsamt geführt wird, ist ein solches Hilfsverzeichnis. Weiters zu nennen ist das Anschriftenverzeichnis oder Adressenverzeichnis, welches Straßennamen und Hausnummern kategorisiert und vom Vermessungsamt geführt wird. Und schließlich gibt es noch das Personenverzeichnis, auch genannt Eigentümer- oder Namensverzeichnis, welches nach den Eigentümern alphabetisch geordnet ist.¹³⁷

Das Hauptbuch wird gem § 2 GBG aus den Grundbuchseinlagen gebildet. Grundbuchseinlagen werden in jeder Katastralgemeinde für die Eintragungen in den Grundbuchskörper oder Änderungen an diesen geführt. Grundbuchskörper können für ein Grundstück gebildet werden, oder für mehrere Grundstücke, wenn sie die gleichen Eigentums- und Belastungsverhältnisse aufweisen.

Jede Grundbuchseinlage besteht aus drei Teilen.¹³⁸ Im A-Blatt oder Gutsbestandsblatt sind die Bezeichnung der Liegenschaft, der Parzelle und die zur Liegenschaft gehörenden dinglichen

¹³² *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 1.12.

¹³³ *Jauk*, Das Grundbuch in der Praxis. Das ABC der Grundbucheintragen³ (2018) 3; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 466.

¹³⁴ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 1.21.

¹³⁵ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 466.

¹³⁶ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 1.44.

¹³⁷ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 1.22 und Rz 1.24.

¹³⁸ *Jauk*, Das Grundbuch in der Praxis³, 10 ff; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 466.

Rechte, die mit dem Eigentum an der Liegenschaft verbundenen sind, enthalten. Dazu zählen zum Beispiel die Grunddienstbarkeiten des herrschenden Grundstücks.¹³⁹

Im B-Blatt oder Eigentumsblatt sind der Liegenschaftseigentümer und etwaige subjektive Beschränkungen des Eigentümers selbst, die ihn in seiner Vermögensverwaltung beschränken, angeführt, zum Beispiel Beschränkungen der Vermögensverwaltung, Minderjährigkeit, Sachwalterschaft, Insolvenz, Genehmigungsvorbehalte oder eine Gütergemeinschaft.¹⁴⁰

Im C-Blatt oder Lastenblatt sind alle die Liegenschaft selbst und den Eigentümer betreffende dingliche Belastungen angeführt. Dazu zählen Pfandrechte, Reallasten, Grunddienstbarkeiten in dienender Stellung und Verfügungsbeschränkungen wie Wiederkaufsrechte, Vorkaufsrechte, Belastungs- und Veräußerungsverbote. Weiters kommen auch Anmerkungen von Verfahren, wie etwa eine Einleitung einer Zwangsversteigerung oder Klagen vor. Bei der Übertragung des Eigentums gehen Belastungen nicht verloren, sondern sie werden auf den neuen Eigentümer übertragen. Unter Lastenfreistellung ist die Löschung einer Belastung durch den Veräußerer im Rahmen des Verkaufs zu verstehen.¹⁴¹

Das Hauptbuch zeigt nur aufrechte Eintragungen an. Geänderte oder gelöschte Eintragungen werden in das Lösungsverzeichnis, auch historische Einlagen genannt, übertragen und bleiben dort erhalten.

Die Urkundensammlung ist Bestandteil des Grundbuches und öffentlich. Sämtliche Urkunden, auf deren Grundlage Eintragungen im Grundbuch vorgenommen wurden, sind darin enthalten.¹⁴² Zu den öffentlichen und durch Behörden ausgestellten Urkunden zählen beispielsweise Urteile, Beschlüsse, Bescheide und Einantwortungsbeschlüsse. Privaturkunden werden von Privatpersonen errichtet, dazu gehören zB Kaufverträge, Schenkungsverträge, Übergabsverträge. Eine öffentliche Urkunde liegt auch bei der Tätigkeit eines Notars als Gerichtsabgeordneter vor, zum Beispiel in einem Verlassenschaftsverfahren, bei der Beglaubigung von Unterschriften oder bei der Errichtung von Notariatsakten. Die Urkunden werden in der Urkundensammlung im Original, in Abschrift oder in elektronischer Form

¹³⁹ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 1.26.

¹⁴⁰ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 1.33.

¹⁴¹ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 1.37; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 466.

¹⁴² *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 1.38.

aufgenommen. Über Antrag und gegen Bezahlung einer Gebühr kann eine Abschrift aus der Urkundensammlung hergestellt werden.

Die grundbücherlichen Eintragungen sind in § 8 GBG geregelt.¹⁴³ Diese sind die Einverleibung und die Löschung, auch genannt Intabulationen oder Extabulationen. Sie bewirken ohne weitere Rechtfertigung die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung oder Erlöschung bürgerlicher Rechte.

Eine weitere mögliche Eintragung ist die Vormerkung, auch Pränotation genannt. Es handelt sich um einen bedingten Rechtserwerb oder Löschung, welche nur unter der Bedingung ihrer nachfolgenden Rechtfertigung eine Erwerbung, Übertragung, Beschränkung oder Löschung bürgerlicher Rechte bewirkt.¹⁴⁴

Auch eine Eintragungsart ist die Anmerkung. Die Anmerkung persönlicher Verhältnisse, wie zum Beispiel die Minderjährigkeit des Eigentümers, die Bestellung eines Sachwalters, oder eine Insolvenzeröffnung, bewirkt, dass sich niemand auf die Unwissenheit über diese persönlichen Verhältnisse berufen kann. Anmerkungen zur Begründung von Rechtswirkungen sind zum Beispiel die Anmerkung einer Rangordnung, einer Streitanhängigkeit, einer Zusage zur Einräumung von Wohnungseigentum, einer Simultanhaftung, oder einer Zwangsverwaltung bei einem Exekutionsverfahren.

Auch Ab- und Zuschreibungen sind Eintragungsarten. Es können ganze Grundstücke oder Teile davon abgeschrieben werden. Das Trennstück kann einem anderen Grundbuchskörper zugeschrieben werden oder es kann daraus eine neue Einlage gebildet werden.

Ebenfalls eine Eintragung ist die Ersichtlichmachung. Eine Anschrift des Eigentümers, die nicht seine Wohnanschrift ist, kann im Grundbuch ersichtlich gemacht werden. Ersichtlich gemacht werden ebenfalls öffentlich-rechtliche Beschränkungen, zum Beispiel Naturschutzgebiete oder Flugsicherheitszonen oder mit der Liegenschaft verbundene Rechte wie etwa eine Servitutsberechtigung des herrschenden Grundstücks. Die Ersichtlichmachung von Wohnungseigentum findet sich in der Aufschrift als Vermerk. Die Aufschrift ist der Kopf jeder Grundbuchseinlage.

¹⁴³ Jauk, Das Grundbuch in der Praxis³ 17 ff.

¹⁴⁴ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 472 f.

Die Eintragungen bewirken öffentlichen Glauben, jeder darf sich darauf verlassen, dass die Eintragungen vollständig und richtig sind.

Nach § 2 Abs 1 GUG ist das Hauptbuch durch Speicherung der Eintragungen in einer Datenbank zu führen und mit dem Grundstücksverzeichnis des Grundsteuer- oder Grenzkatasters zu verknüpfen. Grundbuch und Kataster bilden zusammen die Grundstücksdatenbank.

Es gelten für das Grundbuch die nachfolgend genauer beschriebenen Grundsätze.¹⁴⁵ Diese sind der Vertrauensgrundsatz, der Publizitätsgrundsatz, der Eintragungsgrundsatz und der Prioritätsgrundsatz.

Der Vertrauensgrundsatz wird auch als materielles Publizitätsprinzip bezeichnet.¹⁴⁶

Der Einsicht Nehmende kann vertrauen, dass die Eintragungen vollständig und richtig sind. Gem dem Vertrauensgrundsatz wird dem gutgläubigen Einsicht Nehmenden die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragungen im Grundbuch gewährleistet.

Beim Vertrauensgrundsatz lassen sich zwei Seiten unterscheiden. Die positive Seite schützt das Vertrauen gutgläubiger Dritter nach dem Grundsatz: „Was eingetragen ist, gilt“. Die negative Seite lässt Dritte auf die Vollständigkeit des Grundbuches vertrauen gem dem Grundsatz: „Was nicht eingetragen ist, gilt nicht“.¹⁴⁷

Damit ist jeder geschützt, der im Vertrauen auf das Grundbuch Eigentum erwirbt. Guter Glaube kann dann angenommen werden, wenn der Einsicht Nehmende ohne jedes Verschulden handelt und die falsche Eintragung weder kannte, noch kennen musste. Auch leichte Fahrlässigkeit schließt die Gutgläubigkeit aus.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Jauk, Das Grundbuch in der Praxis³, 15 ff; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 466 f.

¹⁴⁶ Rassi, Grundbuchsrecht³ Rz 2.9; Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1104 ff.

¹⁴⁷ Rassi, Grundbuchsrecht³ Rz 2.10; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 469.

¹⁴⁸ Rassi, Grundbuchsrecht³ Rz 2.11; RIS-Justiz RS0011345, RIS-Justiz RS0011676.

Es ist nur das Vertrauen auf den Grundbuchsstand geschützt, nicht aber auf außerbücherliche Umstände. Dem Erwerbenden ist auch eine Einsichtnahme zu empfehlen, selbst bei vertraglicher Zusicherung der Lastenfreiheit. Er hat für seine Nachlässigkeit einzustehen.¹⁴⁹

Der Publizitätsgrundsatz, oder auch Öffentlichkeitsgrundsatz oder formelles Publizitätsprinzip bezeichnet, ermöglicht es, dass jedermann das Recht hat, ohne Angaben von Gründen in das Grundbuch Einsicht zu nehmen. Dies geht aus der Bestimmung des § 7 Abs 2 GBG hervor.¹⁵⁰ Vom Öffentlichkeitsgrundsatz ist aus Datenschutzgründen das Personenverzeichnis ausgenommen. Die Möglichkeit zur gebührenpflichtigen Einsichtnahme besteht bei jedem Grundbuchsgericht oder bei einem beim Notar, bei einem Rechtsanwalt oder beim Vermessungsamt.¹⁵¹ Einsichtnahme kann in folgende Bereiche erfolgen, und zwar in das Hauptbuch, die Urkundensammlung, das Verzeichnis der gelöschten Eintragungen, die Hilfsverzeichnisse und die Grundbuchsmappe.

Der Eintragungsgrundsatz oder auch Intabulationsprinzip genannt, sagt aus, dass gem § 431 ABGB der Erwerb und die Übertragung von Liegenschaften, die Beschränkung und die Aufhebung von bücherlichen Rechten nur durch die Eintragung in das Grundbuch, diese ist der notwendige Modus, bewirkt werden kann.¹⁵²

Ein Käufer einer Liegenschaft ist nach der Vertragsunterfertigung noch nicht der Eigentümer. Auch außerbücherlich wurde er noch nicht der Eigentümer. Ein außerbücherliches Eigentum wird in nachfolgend aufgezählten Fällen erworben und durchbricht den Eintragungsgrundsatz. Die Möglichkeiten, in denen außerbücherliches Eigentum erworben wird, sind ein rechtskräftiger Einantwortungsbeschluss im Erbfall, Enteignung mit Erlag der Entschädigung, Zwangsversteigerung durch Erteilung des Zuschlages und Ersitzung durch Zeitablauf. Ausnahmsweise ist hierbei die Eintragung nur deklarativ.¹⁵³

Im Grundbuchsrecht bestimmt gem dem Prioritätsgrundsatz der Zeitpunkt des Einlangens eines Grundbuchgesuchs bei Gericht gem § 29 Abs 1 GBG die Rangordnung. Unter einer

¹⁴⁹ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 2.11.

¹⁵⁰ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 2.33.

¹⁵¹ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 2.36 f.

¹⁵² *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 3.1; *Illedits* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁵ (2020) § 431 ABGB; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 468.

¹⁵³ *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020) § 431.

Rangordnung versteht man die Position einer Eintragung im Verhältnis zu den anderen Eintragungen.¹⁵⁴

Nach dem Rangprinzip oder Prioritätsgrundsatz geht das zeitlich früher begründete Recht dem später begründeten Recht vor, es gilt „prior tempore potior iure“.¹⁵⁵ Im Grundbuch herrscht strenges Rangordnungsprinzip. Es wird der Zeitpunkt des Einlangens des Antrages bei Gericht auf die Minute genau erfasst. Bei Vorliegen mehrerer konkurrierender Anträge über einander ausschließende bürgerliche Eintragungen bewirkt das Rangprinzip, dass der spätere Antrag dann abzuweisen ist, wenn der frühere Antrag den formalen und inhaltlichen Voraussetzungen einer Eintragung entspricht. Sind mehrere beantragte Eintragungen jedoch miteinander vereinbar, so ist auch die später angesuchte Eintragung durchzuführen, sie geht aber der früher angesuchten Eintragung im Rang nach.

Grundsätzlich ist der Rang einer Eintragung bei allen bürgerlichen Rechten von Bedeutung. Die durch die grundbücherliche Eingabe zeitlich bestimmte Rangordnung einer Eintragung ist freilich nicht völlig unverrückbar. Gem § 30 Abs 1 GBG besteht die Möglichkeit der Vorrangseinräumung, oder auch Rangtausch, genannt. Durch die Einverleibung oder Vormerkung der Vorrangseinräumung kann die Rangordnung der auf einer Liegenschaft verbücherten Rechte geändert werden, es ist dafür aber die Einwilligung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten nötig.

b) Anmerkung der Rangordnung

Die vorläufige Sicherung eines bürgerlichen Ranges kann die Anmerkung der Rangordnung ermöglichen, wenn der Eigentümer der Liegenschaft beabsichtigt, seine Liegenschaft demnächst zu verkaufen oder zu belasten.¹⁵⁶

In der Praxis ist die Ranganmerkung von großer Bedeutung, und wird regelmäßig vor oder anlässlich der Vertragserrichtung bewirkt. Sie schützt vor Doppelverkäufen ebenso wie vor zwischenzeitlichen nachträglichen Liegenschaftsbelastungen. Bei der Anmerkung der Rangordnung für eine beabsichtigte Veräußerung spricht man auch von einer

¹⁵⁴ Jauk, Das Grundbuch in der Praxis³ 16.

¹⁵⁵ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 469; Rassi, Grundbuchsrecht³ Rz 2.19.

¹⁵⁶ Rassi, Grundbuchsrecht³ Rz 3.52; Jauk, Das Grundbuch in der Praxis³ 16; Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1155 ff.

Grundbuchssperre. § 53 Abs 1 GBG legt fest, dass der Eigentümer berechtigt ist, die bücherliche Anmerkung für eine beabsichtigte Veräußerung oder Verpfändung zu verlangen, um die bücherliche Rangordnung vom Zeitpunkt dieses Ansuchens für die infolge der Veräußerung oder Verpfändung einzutragenden Rechte zu begründen. Für eine künftig vorzunehmende Eintragung kann ein bücherlicher Rang vorläufig gesichert werden. Durch die bücherliche Rangordnung zum Zeitpunkt der Antragstellung wird der Liegenschaftserwerber vor der Gefahr geschützt, in der Zeit bis zur Einverleibung seines Rechtes durch Änderungen im Grundbuchsstand geschädigt zu werden.¹⁵⁷

Der Liegenschaftseigentümer kann selbst durch einen beglaubigt unterfertigten Antrag die Anmerkung der Rangordnung bewirken.

Eine Anmerkung einer anonymen Rangordnung bringt für den Erwerber den Vorteil, dass er mit der Vorlage des Rangordnungsbeschlusses statt des laufenden Ranges bei der Einverleibung den besseren Rang gewährt bekommt. Eine Anmerkung der Rangordnung kann zugunsten einer bestimmten Person getätigt werden, zum Beispiel zugunsten des Käufers, Gläubigers oder Treuhänders.¹⁵⁸

In § 57a Abs 1 GBG ist geregelt, dass der Eigentümer auch die Anmerkung der beabsichtigten Veräußerung oder Verpfändung an eine bestimmte Person verlangen kann. Man spricht von einer Namensrangordnung. In diesem Fall ist der Begünstigte in der Rangordnungserklärung namentlich anzuführen.

Eine Ranganmerkung ist für den gesamten Grundbuchskörper, aber auch für einzelne Grundstücke zulässig. Sie wird im Eigentumsblatt der Liegenschaft und hinsichtlich einzelner Grundstücke auch im Gutsbestandsblatt eingetragen.

Das Grundbuchsgericht entscheidet mit einem Rangordnungsbeschluss, der in einer einzigen Ausfertigung ausgestellt wird und ein Jahr gültig ist.¹⁵⁹

Für Wohnungseigentum gilt die Rangordnung unbefristet. Im Rang der Anmerkung kann nur derjenige eingetragen werden, der den Beschluss im Original vorlegt oder der namentlich im

¹⁵⁷ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 470.

¹⁵⁸ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 470.

¹⁵⁹ Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum kompakt⁷ (2020) Rz 155; Rassi, Grundbuchsrecht³ Rz 2.56.

Rang angemerkt ist. Allfällige in der Zeit zwischen der Anmerkung der Rangordnung und der Einverleibung der Liegenschaft im Grundbuch vorgenommene Zwischeneintragungen können auf Antrag gelöscht werden. Der Käufer kann somit sicher sein, dass er allein im Grundbuch eingetragen wird und, dass vorgenommene Zwischeneintragungen wieder gelöscht werden können.

Die Anmerkung der Rangordnung dient auch als Schutzmöglichkeit vor einem Doppelverkauf. Das Grundbuchgericht stellt nur einen einzigen Rangordnungsbeschluss aus, ab der Anmerkung ist das Grundbuch für die jeweilige Grundbuchseinlage blockiert. Dritten gegenüber ist die Publizität gegeben. Der Rangordnungsbeschluss muss bei Veräußerung oder Belastung der Liegenschaft vorgelegt werden.

Als Käufer gewinnt man damit die Sicherheit, dass der geplante Verkauf auch wirklich getätigt wird und die Liegenschaft nicht zwischenzeitlich an jemand anderen verkauft wird.

c) Vormerkung

Die Vormerkung oder Pränotation ist gem § 8 Abs 2 GBG eine Eintragung im Grundbuch, die nur unter der Bedingung ihrer nachfolgenden Rechtfertigung die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung oder Erlöschung bürgerlicher Rechte bewirkt.

Die Vormerkung stellt ein grundbuchsrechtliches Sicherungsinstrument des Erwerbers dar, wenn noch nicht alle Voraussetzungen für eine Einverleibung erfüllt sind. So kann etwa eine Beglaubigung oder Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes über die Bezahlung der Grunderwerbssteuer noch fehlen.¹⁶⁰

Durch die Vormerkung bewahrt der Erwerber seinen Rang und es wird verhindert, dass bis zur tatsächlichen Einverleibung weitere Personen Rechte an der Liegenschaft erwerben können. Die Vormerkung ist damit eine Vorstufe zur Einverleibung. § 438 ABGB normiert, dass, wenn derjenige, welcher das Eigentum einer unbeweglichen Sache anspricht und darüber zwar eine glaubwürdige, aber nicht mit allen in den §§ 434 und 435 zur Einverleibung vorgeschriebenen Erfordernissen versehene Urkunde besitzt, er doch die bedingte Eintragung in das öffentliche Buch bewirken kann, welche Vormerkung oder

¹⁶⁰ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 3.26; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1131 ff.

Pränotation genannt wird, damit ihm niemand ein Vorrecht abgewinnt. Dadurch erhält er ein bedingtes Eigentumsrecht, und er wird, sobald die Vormerkung gerechtfertigt ist, ab dem Zeitpunkt des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches, für den wahren Eigentümer gehalten.

Wenn die fehlenden Grundbuchsurkunden vorgelegt werden und damit alle Voraussetzungen erfüllt sind, nennt man das Rechtfertigung und der Erwerb des bürgerlichen Rechts erfolgt *ex tunc*, also rückwirkend.¹⁶¹

Die Rechtfertigung ist normiert in § 40 GBG. Jede Vormerkung begründet die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung oder Aufhebung des dinglichen Rechtes, jedoch nur unter der Bedingung ihrer Rechtfertigung und nur in dem Umfang, in dem die Rechtfertigung erfolgt.

Eine zeitliche Begrenzung zwecks Nachreichung der fehlenden Unterlagen gibt es bei der Vormerkung, anders als bei Anmerkung der Rangordnung, nicht.

Nach der Rechtfertigung der vorgemerkten Eintragung sind etwaige Eintragungen, die zwischen Vormerkung und Rechtfertigung gegen den einverleibten Eigentümer eingetragen wurden, von Amts wegen zu löschen.

Können die Bedingungen für eine Rechtfertigung nicht erfüllt werden, legt § 45 Abs 1 GBG fest, dass wenn die Rechtfertigung unterbleibt, derjenige, gegen den die Vormerkung bewilligt worden ist, um deren Löschung ansuchen kann.

Wenn keine Löschung beantragt wird und die fehlenden Nachweise eingebracht werden, kann die Einverleibung erfolgen.¹⁶²

Der Schutz vor einem Doppelverkauf kann darin bestehen, dass, wenn zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der Erfüllung durch die Übereignung des Grundstückes oft ein längerer Zeitraum liegt, der Erwerber in dieser Zeit vor vertragswidrigen Tätigkeiten des Eigentümers gesichert wird. Die Vormerkung stellt ein zwischenzeitliches Sicherungsmittel

¹⁶¹ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 3.34; RIS-Justiz RS0039319.

¹⁶² *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 3.34 f.

dar. Wenn der Erwerber noch nicht alle notwendigen Urkunden für die Einverleibung besitzt, so erhält er durch die Vormerkung ein bedingtes Eigentumsrecht.

Obligatorische Rechte können in das Grundbuch eingetragen werden und erlangen mit dieser Eintragung dingliche Wirkung. Zu den verbücherbaren obligatorischen Rechten zählen das Wiederkaufsrecht, das Vorkaufsrecht, das Bestandsrecht und das Belastungs- und Veräußerungsverbot. Sie wirken zwischen den Vertragsparteien und auch gegenüber Dritten.

d) Vorkaufsrecht

Das Vorkaufsrecht bietet dem zukünftigen Erwerber einer Liegenschaft Schutz vor Verkäufen an Dritte, da es den Eigentümer bei beabsichtigter Veräußerung der Liegenschaft beschränkt.¹⁶³ Geregelt ist das Vorkaufsrecht in den §§ 1072–1079 ABGB. Die Einräumung des Vorkaufsrechtes kann im Zusammenhang mit einem vorangehenden Kaufvertrag begründet werden, oder auch durch gesonderte Vereinbarung.¹⁶⁴ Das Vorkaufsrecht kann nur gegenüber demjenigen geltend gemacht werden, zu dessen Lasten es eingerichtet wurde, und gegen dessen Gesamtrechtsnachfolger. Gem § 1073 ABGB iVm § 9 GBG kann das Vorkaufsrecht ins Grundbuch eingetragen werden, dadurch kommt dem Vorkaufsberechtigten ein erhöhter Schutz zu.

Der Vorkaufsverpflichtete muss dem Vorkaufsberechtigten die Liegenschaft zu den gleichen Bedingungen anbieten, wie ein Dritter diese erwerben würde. Der Vorkaufsberechtigte kann dann sein Vorkaufsrecht innerhalb von 30 Tagen nach Anbietung des Liegenschaftskaufes einlösen, danach erlischt sein Recht.¹⁶⁵

Das Vorkaufsrecht ist ein persönliches Recht gem § 1073 ABGB. Der Gesetzeswortlaut besagt, dass es in Rücksicht auf unbewegliche Güter durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches verwandelt werden kann. Die Eintragung ins Grundbuch bewirkt, dass das Vorkaufsrecht in ein dingliches Recht „verwandelt“ wird. Es ist umstritten, ob ein verbüchertes Vorkaufsrecht ein „echtes“ dingliches Recht ist. Es wirkt aber nach außen gegen Dritte wie ein solches. Die Verbücherung bewirkt, dass das Erwerbsrecht, das durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht und abhängig ist vom Vorliegen des Vorkaufsfalles

¹⁶³ *Jauk*, Das Grundbuch in der Praxis³ 23.

¹⁶⁴ RIS-Justiz RS0020438.

¹⁶⁵ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.117 ff.

und von der Einlösungserklärung des Berechtigten, eine absolute, gegenüber jedermann gerichtete Wirkung bekommt.¹⁶⁶

Das Vorkaufsrecht kann vom Vorkaufsberechtigten dann ausgeübt werden, wenn der Vorkaufsverpflichtete die Liegenschaft verkaufen will und ein bindendes Angebot eines Dritten vorliegt. Ein Kaufvertrag kann mit einem Dritten nur unter der Bedingung abgeschlossen werden, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht ausübt.

In § 1079 ABGB wird festgelegt, dass, wenn der Besitzer dem Berechtigten die Einlösung nicht angeboten hat, er ihm für allen Schaden haften muss. Im Falle eines dinglichen Vorkaufsrechtes kann die veräußerte Sache dem Dritten abgefordert werden, und dieser wird nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Besitzes behandelt. Der Verpflichtete haftet nach allgemeinem Schadenersatzrecht.

Ist das Vorkaufsrecht nicht verbüchert, so kann der Vorkaufsberechtigte die Erfüllung seines Rechts begehren. Der Dritte haftet nur nach den Grundsätzen der Beeinträchtigung von fremden Forderungsrechten.

Damit hat der Berechtigte die Möglichkeit, die Herausgabe der Liegenschaft gegen Zahlung des Einlösumspreises vom Dritten zu verlangen, wenn der Vorkaufsverpflichtete seiner Anbietungspflicht nicht nachgekommen ist.

Das Vorkaufsrecht stellt ein Eintragungshindernis dar. Das Grundbuchsgericht hat das Vorkaufsrecht zu beachten und darf eine Einverleibung nur tätigen, wenn kein Hinweis darauf besteht oder wenn ein Nachweis über die Nichtausübung des Einlösungsangebotes eindeutig vorliegt.¹⁶⁷

Eine gute Absicherung gegen einen Doppelverkauf stellt vor allem die Eintragung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch dar. Das Vorkaufsrecht schränkt den Liegenschaftseigentümer vorerst so ein, dass er seine Liegenschaft nicht ohne weiteres an einen von ihm präferierten Käufer frei verkaufen kann.

¹⁶⁶ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1073 Rz 6 f.

¹⁶⁷ Rassi, Grundbuchsrecht³ Rz 4.120.

e) Belastungs- und Veräußerungsverbot

Ein Veräußerungsverbot macht die Veräußerung des Eigentums von der Zustimmung des Berechtigten abhängig, das Belastungsverbot verhindert die Eintragung von bürgerlichen Belastungen wie Pfandrechte oder Dienstbarkeiten.¹⁶⁸ Die Vereinbarung derartiger Beschränkungen ist mit jeder Person möglich, es handelt sich dann aber um bloß obligatorische Rechte. Eine Verbücherung im Grundbuch ist nur möglich, wenn die Vertragspartner dem Personenkreis des § 364c ABGB angehören. Gegen Dritte wirkt ein Veräußerungs- und Belastungsverbot dann, wenn es zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern begründet und ins Grundbuch eingetragen wurde.

Auch regelt diese Bestimmung, dass ein vertragsmäßiges oder letztwilliges Veräußerungs- oder Belastungsverbot hinsichtlich einer Sache oder eines dinglichen Rechtes nur den ersten Eigentümer verpflichtet, nicht aber seine Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger.¹⁶⁹

Die Einverleibung des Belastungs- und Veräußerungsverbotes erfolgt im C-Blatt, dem Lastenblatt, und ist im B-Blatt, dem Eigentumsblatt, ersichtlich zu machen. Das Verbot verpflichtet, wie erwähnt, nur den ersten Eigentümer, nicht seine Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger. Erteilt der Berechtigte seine Zustimmung zur Veräußerung, erlischt das Verbot.¹⁷⁰

Eine Schutzwirkung vor Doppelverkäufen ist insofern gegeben, als durch die Verbücherung eine Einschränkung der Verfügungsfreiheit über die Liegenschaft entsteht.

2. Konventionalstrafe

Eine mögliche Absicherung der ordnungsgemäßen Erfüllung des Kaufvertrages stellt für den Liegenschaftserwerber die Konventionalstrafe gem § 1336 ABGB dar. Eine Konventionalstrafe dient dazu, vertragliche Verpflichtungen abzusichern und eine leichtere und schnellere Abwicklung des vereinbarten Vertrages zu ermöglichen. Die Vertragsstrafe ist

¹⁶⁸ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.126.

¹⁶⁹ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.128; RIS-Justiz RS0011957; RIS-Justiz RS0010798; *Jauk*, Das Grundbuch in der Praxis³ 24.

¹⁷⁰ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.130.

ein pauschalierter Schadenersatz, welche an die Stelle des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung oder Schlechterfüllung tritt und die oft schwierigen Schadensfeststellungen vermeiden soll.¹⁷¹ Der Gläubiger muss aber die für die Entstehung des Anspruchs auf Konventionalstrafe entscheidenden Tatsachen, also die Nichterfüllung oder nicht gehörige oder verspätete Erfüllung dartun.¹⁷²

Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe erspart den Vertragsparteien langwierige Streitigkeiten über die Schadenshöhe bei nicht vertragsgemäßer Erfüllung. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, die Höhe der Konventionalstrafe so zu bemessen wie die vereinbarte Kaufsumme.

Die Vertragsstrafe soll iSd § 1336 ABGB eine Verstärkung der vertraglichen Pflichten bewirken, und zwar umso mehr, je mehr der Betrag über den ex ante wahrscheinlichen Schaden übersteigen wird.¹⁷³

Es ist jedoch zu beachten, die Vereinbarung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe als sittenwidrig anzusehen ist. Die Bestimmungen § 1336 Abs 2 ABGB, § 38 AngG sehen ein richterliches Mäßigungsrecht vor.¹⁷⁴ Die Einwendung der Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung betreffend die Konventionalstrafe ist auch als Antrag auf richterliche Mäßigung zu sehen.¹⁷⁵

Ist im Vertrag nichts anderes vereinbart, so hat der Schuldner nicht das Recht, sich durch die Bezahlung der Vertragsstrafe von der Erfüllung zu befreien.

Als Absicherung gegen Doppelverkäufe kann eine Konventionalstrafe vereinbart werden. Diese schafft zusätzlichen Erfüllungsdruck. Die Pflicht zur Zahlung einer Konventionalstrafe erfordert keinen Nachweis des Schadens durch den Käufer, auch ist der Eintritt eines Schadens keine Voraussetzung. Vom Gläubiger dargelegt werden müssen die für die Entstehung des Anspruchs auf Konventionalstrafe entscheidenden Tatsachen, also die Nichterfüllung oder die nicht gehörige oder verspätete Erfüllung.¹⁷⁶ Der Käufer hat Anspruch

¹⁷¹ RIS-Justiz RS0032013 [T3].

¹⁷² RIS-Justiz RS0032013 [T5].

¹⁷³ RIS-Justiz RS0032072.

¹⁷⁴ RIS-Justiz RS0029963.

¹⁷⁵ RIS-Justiz RS0016564.

¹⁷⁶ RIS-Justiz RS0032013 [T5].

auf die Zahlung der Pönale, wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig oder nicht vertragsgerecht seine Leistung erbringt.

3. Sicherung von Wohnungseigentum gem § 40 Abs 2 WEG

Oft entscheidet der Käufer einer Eigentumswohnung sich für eine bestimmte Wohnung, die noch in Planung ist oder sich gerade in Bau befindet. Laut § 2 Abs 6 WEG ist diejenige Person, als Wohnungseigentumsbewerber zu sehen, der schriftlich, sei es auch nur bedingt oder befristet, von einem Wohnungseigentumsorganisator die Einräumung von Wohnungseigentum an einem bestimmt bezeichneten wohnungseigentumstauglichen Objekt zugesagt wurde. Zum Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers ist ein sogenannter Kaufanwartschaftsvertrag, die Zusage des Wohnungseigentumsorganisators über die Einräumung von Wohnungseigentum an einem bestimmten Objekt, zu unterschreiben. Die Zusage von Wohnungseigentum, die vom Gesetz in schriftlicher Form vorgesehen ist, begründet für den Wohnungseigentumsbewerber Rechte und Schutzwirkungen. Die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum ist nach § 40 Abs 2 WEG auf Antrag im Grundbuch anzumerken. Antragslegitimiert sind sowohl der Wohnungseigentumsbewerber als auch der Wohnungseigentumsorganisator.¹⁷⁷

Wenn der Wohnungseigentumsorganisator nicht alleiniger Liegenschaftseigentümer ist, ist die Zustimmung aller anderen Miteigentümer der Liegenschaft erforderlich. Für den Antrag auf Anmerkung ist die gerichtlich oder notariell beglaubigte Unterschrift des Wohnungseigentumsorganisators Voraussetzung. In der Anmerkung sind die genaue Objektbezeichnung und der Begünstigte der Anmerkung anzuführen. Die Anmerkung der Zusage erfolgt im B-Blatt des Grundbuchs. Verweigert der Wohnungseigentumsorganisator seine Unterschrift, stellt dies eine Verletzung seiner Pflicht dar und der Wohnungseigentumsbewerber kann seine Rechte im Wege einer Klage analog zu § 43 Abs 3 WEG durchsetzen.¹⁷⁸

Der durch eine Anmerkung gem § 40 Abs 4 WEG geschützte Wohnungseigentümer kann die Löschung sämtlicher Zwischeneintragungen, die nach der Anmerkung durchgeführt worden sind, begehren.

¹⁷⁷ *Rassi*, Grundbuchsrecht³ Rz 4.22 f.

¹⁷⁸ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ (2017) § 40 WEG.

Der Schutz des Wohnungseigentumsbewerbers vor einem möglichen Doppelverkauf ist durch § 40 Abs 2 WEG insofern gegeben, als sein Rang für den zukünftigen Wohnungseigentumserwerb gewahrt bleibt. Nach § 40 Abs 4 WEG kann der eingetragene Wohnungseigentumsbewerber die Einverleibung seines Eigentums am Mindestanteil und am Wohnungseigentum im Rang dieser Anmerkung auch dann verlangen, wenn die Liegenschaft nach der Anmerkung einem Dritten übertragen wurde.

4. Abwicklung durch einen Treuhänder

Um einen Liegenschafts Kauf bzw Verkauf mit größter Sicherheit abzuwickeln, können die Vertragspartner nach erzielter Einigung über den Geschäftsabschluss bzw des Kaufvertrages einen Treuhänder für die weitere Abwicklung bestellen. Als Treuhänder kann ein Rechtsanwalt, Notar oder eine Rechtsanwalts-gesellschaft tätig sein.

Die Treuhand-schaft ist im österreichischen Recht nicht explizit geregelt. Die Vereinbarung kann auch durch konkludente Parteienvereinbarung begründet werden. Im Außenverhältnis ist der Treuhänder unbeschränkt verfügungs-berechtigt, im Innenverhältnis aber dem Treugeber obligatorisch verpflichtet, die ihm übertragenen Rechte in dessen Interesse auszuüben.

Der Treuhänder übt die Rechte im eigenen Namen, aber aufgrund einer obligatorischen Bindung zum Treugeber, nur in einer bestimmten, durch den Treuhand-auftrag bzw die Treuhandvereinbarung, vorgegebenen Weise aus. Wird der Treuhänder für eine Person, den Treugeber, tätig, spricht man von einseitiger Treuhand. Agiert der Treuhänder für mehrere Treugeber, liegt eine mehrseitige Treuhand vor. Bei der Abwicklung von Liegenschaftsverkäufen wird der Treuhänder von Käufer und Verkäufer bestellt, es handelt sich somit um eine zweiseitige Treuhand. Der Treuhänder hat den Auftrag, den Kaufvertrag grundbücherlich durchzuführen und den Kaufpreis aus-zuzahlen, sobald er vom Verkäufer alle für die Einverleibung der Liegenschaft in das Grundbuch notwendigen Urkunden, wie zum Beispiel Kaufvertrag, Aufsandungserklärung, Vormerkung, Rangordnungsbeschluss, und die Unbedenklichkeitsbescheinigung, erhalten hat und der Käufer den Kaufpreis auf das Anderkonto überwiesen hat.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Perner/Spitzer *Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 449 f.

Anderkonten gehören in die Kategorie der Treuhandkonten und dürfen nur von bestimmten Berufsgruppen eröffnet werden, dazu gehören Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater. Bei der Kontoeröffnung muss der Treuhänder erklären, dass das Konto als Anderkonto dient, und nicht seinen eigenen Zwecken. Fremdes Geld muss immer auf das Anderkonto überwiesen werden.¹⁸⁰

Der Treuhänder hat die Pflicht, den vom Käufer auf das Anderkonto überwiesenen Geldbetrag bis zur ordnungsgemäßen Einverleibung der Liegenschaft zu bewahren und nach Abschluss der Eintragung ins Grundbuch an den Verkäufer zu überweisen. Kommt es zu Unklarheiten oder einem Konflikt zwischen den Treugebern oder ist trotz zumutbarer Prüfung nicht zu klären, ob die Bedingungen für die Ausfolgung des Kaufpreises erfüllt sind, darf der Treuhänder den strittigen Betrag bei Gericht hinterlegen.

Um sich gegen das Risiko eines Doppelkaufes abzusichern, ist eine mehrseitige Treuhand ein zuverlässiges Mittel. Für den Verkäufer ist die Absicherung gegeben, dass der vereinbarte Kaufpreis auf das Anderkonto des Treuhänders hinterlegt wurde. Der Käufer hat die Sicherheit, dass die Auszahlung des Geldes erst nach Eintritt der Auszahlungsbedingung, der ordnungsgemäßen Einverleibung seiner erworbenen Liegenschaft, erfolgt.

5. Haftung des Vertragserrichters

Beim Abschluss des Liegenschafts Kaufvertrages wird meist auch ein Rechtsanwalt oder ein Notar für die Vertragsparteien als Vertragserrichter tätig. Für den Fall einer Doppelveräußerung der Liegenschaft ist nun zu fragen, wie weit die Haftung eines Vertragserrichters reicht und ob gegen den Notar oder den Rechtsanwalt auch Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können.

Vorweg ist zu betrachten, welche Art eines Vertrages zwischen dem Vertragserrichter und dem Klienten vorliegt.¹⁸¹

Aus dem Rechtssatz RS0019392 geht hervor, dass für den Vertrag des Rechtsanwalts mit seinen Klienten auch dann, wenn er die Geschäftsbesorgung gegen Entgelt übernommen hat,

¹⁸⁰ Artner in Artner/Kohlmaier (Hrsg), Praxishandbuch Immobilienrecht³ (2020) 81 ff.

¹⁸¹ Im Schuldrecht gilt Vertragsfreiheit, es gibt keinen Typenzwang. Im Sachenrecht hingegen gibt es geschlossenen Typenzwang.

die Bestimmungen des 22. Hauptstückes des ABGB über den Bevollmächtigungsvertrag anzuwenden sind, und eben nicht jene über den Dienstvertrag oder Werkvertrag gelten. Wenn ein Pauschalhonorar vereinbart wurde, aber infolge eines Widerrufs der Vollmacht nicht die ganze bedungene Arbeit geleistet wurde, kann der Machthaber nur einen angemessenen Teil des vereinbarten Honorars verlangen oder des empfangenen Honorars behalten.¹⁸²

Ein Vertrag zwischen Rechtsanwalt und seinem Klienten beinhaltet in der Regel die entgeltliche Besorgung von Geschäften wie Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen und Prozessführung. Diese erfolgen in Vertretung des Klienten und aufgrund des Bevollmächtigungsvertrages, also eines mit Vollmacht erteilten Auftrages. Für den Vertrag des Anwalts mit dem Klienten gilt zunächst die Rechtsanwaltsordnung, RAO, und hilfsweise die Bestimmungen über den Bevollmächtigungsvertrag gem §§ 1002 ff ABGB.¹⁸³

Aber im Einzelfall kann ein Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Klienten auch ein Werkvertrag sein. Dies wäre der Fall bei einem Vertrag über die Erstellung eines Rechtsgutachtens.¹⁸⁴

Regelungen zur Stellvertretung wie Auftrag und Vollmacht sind im ABGB in den Bestimmungen der §§ 1002 ff ABGB enthalten. Der Begriff des Bevollmächtigungsvertrages erfasst den Auftragsvertrag und die Vollmacht. Als Auftrag ist ein Vertrag zu verstehen, durch den der Beauftragte verpflichtet ist, das vom Auftraggeber übertragene Geschäft für diesen zu besorgen.¹⁸⁵

In § 1009 ABGB sind die Rechte und Verbindlichkeiten des Bevollmächtigten geregelt. Daraus geht hervor, dass der Gewalthaber das Geschäft emsig und redlich zu besorgen hat, alle Mittel anzuwenden hat, welche mit der Natur des Geschäftes notwendig verbunden, oder der erklärten Absicht des Machtgebers entsprechend sind.¹⁸⁶

Nach § 9 Abs 1 RAO muss ein Rechtsanwalt die übernommenen Vertretungen dem Gesetz gem ausüben. Durch § 9 RAO wird § 1009 ABGB ergänzt und erweitert. Ein Rechtsanwalt

¹⁸² RIS-Justiz RS0019392.

¹⁸³ RIS-Justiz RS0019392 [T4]; *Strasser in Rummel*, ABGB³ Rz 26 zu § 1002.

¹⁸⁴ *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung², Haftung und Haftungsvermeidung bei komplexen Dienstleistungen (2014) Rz 2/5, 2/77.

¹⁸⁵ *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 950.

¹⁸⁶ *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 957 ff.

muss übernommene Vertretungen gesetzgemäß führen und die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit vertreten. Dies beinhaltet Warn-, Aufklärungs-, und Informationspflichten. § 1299 ABGB regelt den für Sachverständige geltenden Sorgfaltsmaßstab. Dieser ist ein qualifizierter und objektiver Sorgfaltsmaßstab. Ein Sachverständiger hat mit der nach § 1299 ABGB gebotenen Sorgfalt eines Fachmannes tätig zu werden. In einem Schadensfall kann er sich nicht auf subjektive geringere Fähigkeiten berufen. Geschuldet werden beim Tätigwerden des Anwalts daher die Fähigkeiten eines Sachverständigen.¹⁸⁷

Der Anwalt als Auftragnehmer und Bevollmächtigter muss sorgfältig, zum richtigen Termin und auch vollständig handeln, er hat fachgerecht zu beraten und zu vertreten. Seine Tätigkeit stellt grundsätzlich eine Sorgfaltsverbindlichkeit und keine Erfolgsverbindlichkeit dar. Es wird kein Prozessgewinn geschuldet.¹⁸⁸

Jedoch handelt es sich eben dann um eine Erfolgsverbindlichkeit und um einen Werkvertrag, wenn der Anwalt oder Notar sich verpflichtet hat, einen Vertrag oder ein Gutachten zu erstellen.¹⁸⁹

Hinsichtlich der Haftung des Anwalts gegenüber dem Klienten ist ein vertraglicher Schadenersatzanspruch gegeben. Wer im Schadensfall die Beweislast zu tragen hat, ist aus den §§ 1296 ff ABGB zu entnehmen.

§ 1296 ABGB regelt, dass im Zweifel die Vermutung gilt, dass ein Schaden ohne Verschulden des anderen entstanden ist. Diese Vermutung gilt im deliktischen Bereich, also wenn kein Vertragsverhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger besteht. Der Geschädigte muss daher das Verschulden des Schädigers beweisen.¹⁹⁰ Der Grundsatz aus § 1296 ABGB besagt daher, dass die Beweislast für das Verschulden des Schädigers dem Geschädigten obliegt. Die subjektiven Fähigkeiten zur Einhaltung der objektiv verlangten Sorgfalt werden durch die Bestimmungen der §§ 1297 und 1299 ABGB vermutet. Der Geschädigte muss daher nur das Fehlen der objektiv gebotenen Sorgfalt, welche entweder durch § 1297 oder durch § 1299 ABGB festgelegt wird, beweisen.

¹⁸⁷ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 1/24.

¹⁸⁸ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/22; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1298 Rz 25.

¹⁸⁹ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/5, 2/71 ff.

¹⁹⁰ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 1.

Wenn der Schadenersatzanspruch aus einem Vertragsverhältnis stammt, enthält § 1298 ABGB eine Beweislastumkehr. Derjenige, der vorgibt, dass er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert war, dem obliegt der Beweis dazu. Soweit er auf Grund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muss er auch beweisen, dass es ihm an dieser Voraussetzung fehlt.

Der Geschädigte braucht daher im Rahmen der Beweislastumkehr bei Vertragsbeziehungen nur die Nichterfüllung des Vertrages durch den Schädiger bzw eben seines Vertragspartners beweisen. Durch § 1298 ABGB wird vermutet, dass die Nichterfüllung aufgrund einer sorgfaltswidrigen und rechtswidrigen Handlung des Schädigers bzw Schuldners eingetreten ist. Der Schädiger muss sich dann dadurch entlasten, indem er beweist, dass er die nach § 1297 ABGB bzw § 1299 ABGB gebotene Sorgfalt eingehalten hat. Der Schuldner muss sich also „freibeweisen“ und zeigen, dass er nicht sorgfaltswidrig gehandelt hat.

§ 1296 ABGB ist im vertraglichen Bereich für Sorgfaltsverbindlichkeiten anzuwenden. Dieser Bestimmung zufolge hat der Geschädigte die Beweislast für das Verschulden zu tragen.¹⁹¹ Da die Tätigkeit des Anwalts grundsätzlich als Sorgfaltsverbindlichkeit einzustufen ist, gilt „nur“ § 1296 ABGB. Das heißt, den Beweis für das Verschulden des Anwalts hat der geschädigte Mandant zu erbringen.

Reischauer beschreibt, dass die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB nur für Erfolgsverbindlichkeiten anzuwenden ist und bei Sorgfaltsverbindlichkeiten keine Anwendung findet. Eine Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB findet Anwendung bei Nichterfüllung einer Erfolgsverbindlichkeit. Zu beweisen vom Gläubiger bzw Geschädigten ist der Schaden, die Nichterfüllung und die Kausalität. Nach § 1298 ABGB wird vermutet, dass ein sorgfaltswidriges Verhalten des Schuldners bzw Schädigers die Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung bewirkt hat und der Schuldner bzw Schädiger muss einen Entlastungsbeweis erbringen und beweisen, dass er mit der gebotenen Sorgfalt gehandelt hat. Ggf könnte er auch beweisen, dass das Nichterbringen der objektiv gebotenen Sorgfalt ihm subjektiv nicht vorwerfbar ist.¹⁹² Bei Sorgfaltsverbindlichkeiten gibt es *Reischauer* zufolge keine Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB.

¹⁹¹ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1296 Rz 1 f.

¹⁹² *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1298 Rz 1 f.

In der Regel schuldet der Anwalt rechtliche Beratung, Aufklärung über den Sachverhalt und Vertretung des Mandanten, und keinen Erfolg wie etwa den Prozessgewinn.¹⁹³ Da ein Anwalt meist keinen Erfolg bei seiner Tätigkeit schuldet, sondern die Einhaltung bestimmter Sorgfaltspflichten, gibt es keine Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB. Die in § 1296 ABGB geregelte Beweislast ist auf diese Art der Sorgfaltverbindlichkeit anzuwenden. Den Beweis, dass der Anwalt seine Sorgfaltspflicht verletzt hat, hat der Geschädigte, also der Mandant, zu erbringen.¹⁹⁴

Eine Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB gibt es bei Erfolgsverbindlichkeiten. Wird ein Anwalt oder Notar beauftragt, einen Vertrag oder ein Gutachten zu errichten, handelt es sich um eine Erfolgsverbindlichkeit.¹⁹⁵

§ 1298 ABGB und die darin enthaltene Beweislastumkehr findet daher Anwendung. Nach der Regelung des § 1298 ABGB muss sich der Schädiger „freibeweisen“. Wie *Reischauer* ausführt, findet die Beweislastumkehr aus § 1298 ABGB eben nur bei Erfolgsverbindlichkeiten Anwendung.¹⁹⁶ Der Geschädigte muss nur den Schaden beweisen, dann wird weiter vermutet, dass eine Sorgfaltswidrigkeit des Anwalts vorliegt, die zum Schadenseintritt geführt hat. Der Vertragsserrichter muss, um sich zu entlasten, beweisen, dass er die gebotene Sorgfalt eingehalten hat.¹⁹⁷

Der OGH musste sich schon öfters mit Schadenersatzansprüchen auseinandersetzen, welche sich gegen den Rechtsberater richteten. In der Entscheidung 3 Ob 159/12x, die sich auch mit einem Liegenschafts Kauf und den damit verbundenen Beratungs- und Sorgfaltspflichten auseinandersetzte, legte der OGH nochmals zusammenfassend die bisher in der Rsp geschaffenen Grundsätze über die Pflichten des Vertragsserrichters fest. Diese Grundsätze besagen, dass ein Notar oder Rechtsanwalt als Vertragsverfasser dazu verpflichtet ist, die Interessen beider Vertragspartner wahrzunehmen, selbst wenn er im Übrigen nur Bevollmächtigter eines Teils ist. Weiters können die Vertragspartner darauf vertrauen, dass der Vertragsserrichter sie vor Nachteilen schützt und die rechtliche und tatsächliche Sicherheit

¹⁹³ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1298 Rz 25.

¹⁹⁴ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1298 Rz 4, Rz 25.

¹⁹⁵ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1298 Rz 25.

¹⁹⁶ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1298 Rz 1.

¹⁹⁷ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1298 Rz 4a.

schaftt.¹⁹⁸ Die des Vertragserrichters gegenüber allen Vertragspartnern geltenden Belehrungs- und Aufklärungspflichten dürfen nicht überspannt werden, sondern sind von den Umständen des Einzelfalls abhängig.¹⁹⁹

Ist eine Vertragspartei ordnungsgemäß belehrt worden, gibt es keine Verpflichtung für den Vertragserrichter, die Parteien von ihrem Vertragswillen abzubringen, selbst wenn eine andere Vereinbarung vorteilhafter wäre.

Wenn ein Vertrag bereits durch übereinstimmende mündliche Willenserklärung geschlossen worden ist, muss der Vertragserrichter das bereits Vereinbarte schriftlich formulieren und nötigenfalls ergänzen.²⁰⁰

Denkbar ist auch die Situation, dass einem Immobilienmakler ein Fehler passiert und er dem Vertragserrichter die falschen Informationen mitteilt. Dies kann ebenfalls Auswirkungen auf die Haftung des Vertragserrichters haben. Entsprechend der gebotenen Sorgfaltspflicht hätte ihm der Fehler des Immobilienmaklers unter Umständen auffallen müssen.

Um die Doppelveräußerung einer Liegenschaft zu vermeiden, äußerte der OGH betreffend die gebotenen Nachforschungspflichten, dass einerseits nur eine wissentliche Beeinträchtigung eines bekannten Forderungsrechts Schadenersatzansprüche entstehen lässt. Der Schadenersatzanspruch kann nur dann auf vorwerfbare Unkenntnis eines fremden Forderungsrechts gestützt werden, wenn wegen besonderer Umstände dieses fremde Forderungsrecht dem Schädiger "sozial-typisch erkennbar" gewesen war. Grundsätzlich werden Nachforschungspflichten verneint und sind nur bei besonderen Umständen, wie bei besitzverstärkten Forderungsrechten geboten. Daher wird auch das Vorliegen einer sozial-typischen Erkennbarkeit nach strengen Maßstäben beurteilt. Verlangt wird für die sozial-typische Erkennbarkeit zB eine grundbücherliche Vormerkung des Eigentumsrechts des Erstkäufers oder ein physischer Besitz.²⁰¹

¹⁹⁸ OGH 19.12.2012, 3 Ob 159/12x ecolex 2013/241 = JUS-Extra 2013, 5327 = Zak 2013/293, 162 = RdW 2013/328, 328 = immolex 2013, 65

¹⁹⁹ Beispiel: Die Beratung und Vertragserrichtung betreffend einen Liegenschafts Kauf eines Unternehmers von einem anderen Unternehmer, ohne dass der Vertragserrichter auf die Umsatzsteuer hingewiesen hat, ist ein Sorgfaltsverstoß, selbst wenn Beratung über steuerrechtliche Fragen nicht den Schwerpunkt der Tätigkeit des Anwalts darstellt. Über Abgabenrecht und Finanzstrafverfahren muss ein Anwalt Bescheid wissen, was auch aus § 20 Z 8 RAPG hervorgeht.

²⁰⁰ RIS-Justiz RS0026707 [T1] und [T2].

²⁰¹ Entscheidung zur sozialtypischen Erkennbarkeit, OHG 17.10.2012, 7 Ob 191/11f ecolex 2013/83.

Bei der Tätigkeit des vertragserrichtenden Rechtsanwaltes oder Notars handelt es sich in der Regel um einen Werkvertrag, geschuldet ist ein Erfolg. Beim Werkvertrag gelten im Fall der Schlechterfüllung durch einen Werkunternehmer die Gewährleistungsbestimmungen aus den §§ 922 ff ABGB bzw die in § 1167 ABGB speziell für Werkverträge befindenden Regelungen. Dennoch kann der Werkunternehmer in gesetzlich festgelegten Fällen sein Entgelt auch bei Unterbleiben der Werkerstellung fordern. Der Werkunternehmer muss zur Leistung bereit gewesen sein, aber die Werkherstellung wegen in der Sphäre des Werkbestellers gelegener Gründe vereitelt worden sein. § 1168 ABGB ist eine Sonderbestimmung betreffend Preisgefahr und die Schadenersatzansprüche eines Werkunternehmers. Wenn ein Werk wegen solcher in der Sphäre des Werkbestellers gelegener Gründe unterbleibt oder mangelhaft ist, gibt es keine Gewährleistungsansprüche des Werkbestellers gegen den Werkunternehmer.

Parallel zu den Hauptleistungs- und Gefahrtragungsregelung des Werkvertrags gibt es auch weitere Nebenpflichten des Werkunternehmers gegenüber einem Werkbesteller. Diese Nebenpflichten können bedeutsam für die Haftung sein.²⁰²

Eine solche Nebenpflicht eines Werkunternehmers ist die in § 1168 a letzter Satz ABGB geregelte Warnpflicht. Ein Werkbesteller hat die Preisgefahr bei Untergang oder Vereitelung der Werkerstellung zu tragen, wenn die Ursache aus der Sphäre des Werkbestellers stammt. Aber in solchen Fällen gibt es eine Warnpflicht des Werkunternehmers. Der Werkunternehmer muss den Besteller warnen und über jene Umstände in der Sphäre des Werkbestellers aufklären, die die Werkerstellung vereiteln könnten. Diese Umstände müssen zur Begründung einer Warnpflicht aber für den Werkunternehmer erkennbar sein.

Die in § 1168 a letzter Satz ABGB enthaltene Warnpflicht betrifft nur die Untauglichkeit des Stoffes oder offenbar unrichtige Anweisungen eines Werkbestellers. Die hM sieht eine Warnpflicht aber auch bei sonstigen Umständen aus der Sphäre des Werkbestellers gegeben, welche eine Werkherstellung verhindern könnten. Der Werkunternehmer haftet bei schuldhafter Warnpflichtverletzung, also wenn er die Umstände und die damit verbundene Gefahr für die Werkerstellung kannte oder erkennen musste. Die Warnpflichten des

²⁰² Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/83 ff.

Werkunternehmers beinhalten Überprüfungspflichten und eine Warnung hat klar verständlich und eindringlich zu erfolgen.²⁰³

Die Warnpflicht des § 1168 a ABGB ist eine vertragliche Nebenpflicht. Sie unterscheidet sich aber von den sonstigen Nebenpflichten aus dem Werkvertrag darin, dass sie Umstände betrifft, die geeignet sind, die Werkherstellung ganz zu vereiteln. Die Verletzung von sonstigen Nebenpflichten gem §§ 859 und § 1169 ABGB liegt aber schon bei weniger intensiver Gefährdung von Interessen des Vertragspartners vor. Zur Verletzung einer Aufklärungspflicht würde es bereits ausreichen, wenn die Interessen des Vertragspartners gefährdet sind. Anzuwenden ist ein Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB.²⁰⁴

Ein Werkunternehmer haftet für eine schuldhafte Warnpflichtverletzung oder für Verletzung einer sonstigen Nebenpflicht. Er verliert seinen Entgeltanspruch und muss entstandene Schäden ersetzen. Wenn der Werkunternehmer eine sonstige Nebenpflicht verletzt, geht nicht unbedingt der Entgeltanspruch verloren. Denn durch die Verletzung der sonstigen Nebenpflicht ist die Werkerstellung nicht unbedingt vereitelt. Für durch die Nebenpflichtverletzung schuldhaft verursachte Schäden hat der Werkunternehmer zu haften. Den Entgeltanspruch würde der Werkunternehmer verlieren, wenn die Aufklärungspflichtverletzung zu einer Werkvereitelung oder damit vergleichbaren Umständen führt. Der Werkbesteller muss durch den Schadenersatz so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn er gewarnt oder eine andere Nebenpflicht nicht verletzt worden wäre. Wenn eine Warnpflicht oder Aufklärungspflicht schon im vorvertraglichen Bereich verletzt wurde und gleichzeitig die Werkerstellung ohnehin unmöglich war, der Werkunternehmer schuldhaft und rechtswidrig nicht vor dieser Unmöglichkeit gewarnt hat, ist nur der Vertrauensschaden zu ersetzen. Der Werkbesteller muss durch den Schadenersatz so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn er von der Unmöglichkeit gewusst hätte. Wenn aber die Herstellung des Werkes wegen der Warnpflichtverletzung unmöglich wurde, hat der Werkunternehmer das Erfüllungsinteresse zu ersetzen. Ebenso ist das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, wenn der Werkbesteller nach der Warnung eine anfängliche Unmöglichkeit beseitigen hätte können. Der Werkunternehmer muss beweisen, dass er die Warnpflicht oder andere Nebenpflichten erfüllt hat. Ebenso trägt der Werkunternehmer die Beweislast für eine fehlende Schutzwürdigkeit des Werkbestellers und das Nichtbestehen von Warn- und

²⁰³ Völk/Völk, Beraterhaftung² Rz 2/89 ff.

²⁰⁴ Völk/Völk, Beraterhaftung² Rz 2/96 f.

Aufklärungspflichten. Auch zu beweisen vom Werkunternehmer ist das Mitverschulden des Werkbestellers. § 1298 ABGB ist anwendbar, weil nach dem Werkvertrag eine Erfolgsverbindlichkeit geschuldet wird.²⁰⁵

Der Vertragserrichter hat Belehrungspflichten gegenüber den Vertragsparteien. Die Belehrungspflichten sind unterschiedlich stark, je nachdem, ob nur mehr ein bereits mündlicher Vertrag verschriftlicht werden soll oder der Vertrag mit seiner Mitwirkung erst entsteht. In der ersten Situation sollte der Vertragserrichter den Parteien Ergänzungen vorschlagen, welche vernünftige Vertragsparteien mit Rechtskenntnissen fair vereinbart hätten.²⁰⁶ Auch wenn der Vertragserrichter von einer Vertragspartei beauftragt wurde, muss er sich auch der anderen Vertragspartei gegenüber gleich sorgfältig verhalten und ihre Interessen nicht gefährden.²⁰⁷

6. Haftung des Maklers

Nach § 3 Abs 3 MaklerG sind der Makler und der Auftraggeber verpflichtet, einander die erforderlichen Nachrichten zu erteilen. In einem Verbrauchergeschäft fallen darunter nach § 30b Abs 2 KSchG alle Umstände, welche zur Beurteilung des zu vermittelten Geschäfts wesentlich sind. Der Immobilienmakler ist Sachverständiger nach § 1299 ABGB und muss seine Fachkenntnisse und sein Hintergrundwissen anwenden. Der Makler muss nach § 3 Abs 1 MaklerG die Interessen seines Auftraggebers redlich und sorgfältig wahren. Es wird von ihm erwartet, dass er über einschlägige Probleme Bescheid weiß und richtige Auskünfte gibt.²⁰⁸ Ein Makler ist dazu verpflichtet, alle Informationen über das Geschäft, sowohl die günstigen als auch die ungünstigen, weiterzuleiten, aber er ist nicht verpflichtet, sich über die Wahrheit der Informationen zu vergewissern. Jedoch darf er nicht den Eindruck gegenüber Kunden vermitteln, dass er den Wahrheitsgehalt überprüft habe. Eine Aufklärungspflicht, welche einer anwaltlichen Beratungstätigkeit gleichkommen würde, hat der Makler nicht.²⁰⁹ Der Immobilienmakler darf keine Informationen geben und Zusagen machen, welche seinen Kenntnisstand übersteigen.²¹⁰

²⁰⁵ Vökl/Vökl, Beraterhaftung² Rz 2/102 ff.

²⁰⁶ Vökl/Vökl, Beraterhaftung² Rz 7/95.

²⁰⁷ Vökl/Vökl, Beraterhaftung² Rz 7/102.

²⁰⁸ RIS-Justiz RS0109996 [T14].

²⁰⁹ RIS-Justiz RS0112587.

²¹⁰ RIS-Justiz RS0112587 [T9].

Eine Haftung des Maklers für Fehlinformationen ist dann zu bejahen, wenn er ein Verschulden daran hat.²¹¹ Verschulden würde zB bei Verletzung von Nachforschungspflichten vorliegen.²¹² Die Rsp des OGH geht davon aus, dass ein Immobilienmakler keine besonderen Nachforschungspflichten hat. Der Immobilienmakler kann Informationen eines Dritten, insbesondere eines von zwei Auftraggebern, auch ohne Prüfung weiterleiten, wenn es für den Makler keine Veranlassung gibt, an der Richtigkeit der weitergeben Information zu zweifeln.²¹³

Für die Richtigkeit einer bloß weitergegebenen Information haftet der Makler grundsätzlich nicht, er hat keine besonderen Nachforschungspflichten, außer es gibt eben Anlass die Richtigkeit der Information infrage zu stellen. Gibt es Grund über die Richtigkeit der erhaltenen Informationen zu zweifeln, darf der Makler sie jedoch nicht ungeprüft weiterleiten, sondern muss Nachforschungen anstellen und ihre Richtigkeit überprüfen.²¹⁴

Eine Haftung eines Immobilienmaklers gegenüber einem Käufer wegen Fehlinformationen des Verkäufers, die der Makler ohne Prüfung und Nachforschung weitergeleitet hat, besteht also nur dann, wenn er Zweifel an der Richtigkeit der Information hatte und sie dennoch ungeprüft weitergegeben hat. Grundsätzlich hat der Makler jedoch keine Nachforschungspflichten betreffend die vom Auftraggeber erhaltenen Informationen.²¹⁵ Die fehlerhafte Aufklärung durch den Makler ist dem Auftraggeber zuzurechnen.²¹⁶ Der Makler muss dem Käufer alle wesentlichen Informationen über die Liegenschaft geben, aber die Aufklärungspflicht reicht auch nur soweit, wie der Käufer nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten konnte. Es gibt keine allgemeine Rechtspflicht, einen Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entscheidung Einfluss nehmen können. Eine Aufklärungspflicht besteht in der Regel nur dann, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte. Die

²¹¹ RIS-Justiz RS0112586.

²¹² *Völkl/Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung, (2018 – Mitte 2021): Teil II, ÖJZ 2022/83, 701 ff.

²¹³ *Völkl/Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe 707.

²¹⁴ RIS-Justiz RS0112586 [T1 und T2].

²¹⁵ *Völkl/Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe 644.

²¹⁶ *Völkl/Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe 708; RIS-Justiz RS0028435: § 1313a ABGB ist nicht nur dann anwendbar, wenn zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht ein Gehilfe herangezogen wird, sondern auch dann, wenn die Erfüllung der mit einem Schuldverhältnis verknüpften Schutzpflichten und Sorgfaltspflichten einem anderen übertragen wird.

Aufklärungspflicht endet an der Grenze der objektiven Voraussiehbarkeit einer Gefährdung der Interessen des Gegners.²¹⁷

Eine Aufklärungspflicht besteht dann, wenn der Vertragspartner die Information über die betreffenden Tatsachen nach der Verkehrsauffassung erhalten musste. Im Einzelfall ist auch immer entscheidend, ob ein Schutzbedürfnis des Vertragspartners gegeben ist.²¹⁸

Verletzt der Makler gegenüber dem Käufer seine Aufklärungspflichten und erteilt ihm schuldhaft falsche oder unvollständige Informationen über die Liegenschaft, kommt es zur Haftung. Die Verletzung von Aufklärungspflichten führt zu einer Haftung ex contractu.²¹⁹

Bei Verletzung von Aufklärungspflichten haftet der Makler für den Vertrauensschaden. Es gibt nur eine Haftung für den Vertrauensschaden,²²⁰ nicht jedoch für den Nichterfüllungsschaden.²²¹

Es gibt zudem die Möglichkeit einer Provisionsminderung nach § 30b KSchG iVm § 3 MaklerG, da die Verletzung von Vertragspflichten die Verdienstlichkeit des Maklers mindert. Entscheidend ist für das Ausmaß der Minderung, wie schwerwiegend die Vertragsverletzung war, und sie ist immer im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Makler erkennbaren Interessen des Auftraggebers zu beurteilen.²²²

²¹⁷ RIS-Justiz RS0016390.

²¹⁸ RIS-Justiz RS0106641.

²¹⁹ RIS-Justiz RS0116638.

²²⁰ Der Geschädigte kann Ersatz für den Schaden fordern, der ihm im Vertrauen auf die ordnungsgemäße Erfüllung des Maklervertrags entstanden ist. Der Vertrauensschaden wird auch negatives Vertragsinteresse genannt. Wenn ein Ersatz des Vertrauensschadens verlangt wird, ist der Geschädigte so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre. RIS-Justiz RS0016374. Das zu leistende Interesse besteht in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie es im Beurteilungszeitpunkt ohne schädigendes Ereignis sein würde und dem nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich vorhandenen Vermögensstand. RIS-Justiz RS0030153.

²²¹ Der Nichterfüllungsschaden wird auch Erfüllungsinteresse oder positives Vertragsinteresse genannt. Wenn ein Schuldner für den Nichterfüllungsschaden haftet, muss er dem Gläubiger den Schaden ersetzen, der diesem durch die pflichtwidrige Nichterfüllung entstanden ist. Der Gläubiger ist vermögensmäßig so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte. RIS-Justiz RS0018239. Ein Unterlassen ist kausal für einen Schaden, wenn die gebotene Handlung das Eintreten des schädigenden Erfolgs verhindert hätte. RIS-Justiz RS0022913. Die Beweislast, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre, trägt der Geschädigte. RIS-Justiz RS0022900 [T5, T11]. Hinsichtlich des Beweises des bloß hypothetischen Kausalverlaufs sind jedoch geringere Anforderungen zu bringen, als betreffend den Nachweis der Verursachung einer Schadenszufügung durch positives Tun. RIS-Justiz RS0022900 [T14].

²²² RIS-Justiz RS0111058.

Der OGH hat in seiner Rsp die Maßstäbe für die Haftung des Immobilienmaklers weniger streng angenommen als bei der Haftung eines Anwalts. Die den Immobilienmakler treffende Aufklärungspflicht kommt nicht der einer anwaltlichen Beratungstätigkeit gleich.²²³ Von *Vökl/Vökl*²²⁴ wird diese Rsp kritisiert, da sie den wirklichen Ablauf beim Liegenschafts Kauf nicht berücksichtigt. Der Makler wird von einer der Vertragsparteien beauftragt. Ist dann ein Käufer gefunden, wird ein vom Makler vorbereitetes Anbotsformular oder auch eigenes Anbot des Käufers an den Verkäufer gegeben. Der Verkäufer nimmt dieses Anbot an, ohne dass vorher noch zusätzlich ein Rechtsberater beauftragt wird, eine förmliche Urkunde zu errichten. Der übereinstimmende Parteiwille und damit der Liegenschafts Kauf sind also schon vor der schriftlichen Errichtung der Vertragsurkunde für beide Vertragsparteien verbindlich entstanden. Die ältere Rsp des OGH ging davon aus, dass bei solchen mündlichen Verträgen, selbst, wenn sie für eine Seite schlechter waren, der Vertragsserrichter nur das Vereinbarte schriftlich formulieren sollte und ggf sinnvolle Ergänzungen machen durfte. Er hat jedoch nicht die Pflicht, die Vertragspartner, sofern sie ordnungsgemäß belehrt worden waren, von ihrem Vertragsabschlusswillen wieder abzubringen oder eine Abänderung ihres Willens zu erzielen, dies würde die Sorgfaltspflichten des Vertragsserrichters übersteigen.²²⁵ Der Vertragsserrichter muss über betreffende Gesetzesbestimmungen aufklären, wenn die Parteien mit dem Wissen über diese Regelungen den Vertrag nicht geschlossen hätten.

²²³ RIS-Justiz RS0112587 [T2].

²²⁴ *Vökl/Vökl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe 644 f.

²²⁵ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 18.

F. Conclusio

Ein Kaufvertrag über Liegenschaften kommt als Konsensualvertrag, durch Einigung über Ware und Preis, zustande. Es handelt sich um ein entgeltliches und gegenseitiges Rechtsgeschäft aufgrund dessen der Eigentumserwerb durch grundbücherliche Einverleibung, den Modus, erfolgt.

Wenn ein Eigentümer seine Liegenschaft zweimal verkauft hat, so sind beide Kaufverträge gültig. Das ABGB regelt den Doppelverkauf einer Liegenschaft derart, dass derjenige das Eigentum erwirbt, der früher um die Einverleibung im Grundbuch angesucht hat, gem dem Grundsatz „prior tempore potior iure“, auch Prioritätsprinzip genannt. Wenn der Zweiterwerber der Liegenschaft dem Ersterwerber bei der Eintragung in das Grundbuch zuvorkommt, erwirbt er damit das Eigentum.

Im Fall einer Doppelveräußerung kann der Erstkäufer Erfüllungsansprüche oder Schadenersatzansprüche wegen Leistungsstörung gegen den Veräußerer stellen, gegen den eingetragenen Zweitkäufer Schadenersatzansprüche wegen Eingriffs in fremde Forderungsrechte.

Schilcher/Holzer entwickelten hinsichtlich der Doppelveräußerung von Liegenschaften die Lehre von *Koziol* betreffend die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte weiter. Die neuere Rsp stellte darauf ab, den Besitz als Mittel der typischen Erkennbarkeit von fremden Forderungsrechten heranzuziehen.

Dem übergangenen Ersterwerber wird, wenn sein durch den Besitz einer körperlichen Sache verstärktes Forderungsrecht offenkundig und deutlich erkennbar war, oder wenn der Dritte den Verkäufer zum Vertragsbruch verleitet oder durch arglistiges Zusammenspiel mit dem Vertragspartner ein Nachteil des Geschädigten entsteht, Schadenersatz gewährt. Er kann vom Eigentümer die Herausgabe der Liegenschaft als Naturalrestitution verlangen, bzw bei Untunlichkeit oder Unmöglichkeit, Geldersatz fordern. Die Erkennbarkeit des Forderungsrechtes des übergangenen Ersterwerbers wird angenommen, wenn sein Recht durch den Besitz einer körperlichen Sache offenkundig ist, wenn der Zweiterwerber dieses besitzverstärkende Forderungsrecht kannte oder kennen musste, also dieses fremde Forderungsrecht sozial-typisch erkennbar ist. Sozial-typische Erkennbarkeit kann zB darin

bestehen, dass der Erstkäufer die Liegenschaft erkennbar bewohnt oder landwirtschaftlich bewirtschaftet und eingezäunt hat. Kennt der Zweitkäufer sogar die grundbücherliche Vormerkung der Einverleibung des Eigentumsrechts des Erstkäufers, ist die typische Erkennbarkeit des fremden Forderungsrechts noch deutlicher gegeben.

Um sich beim Erwerb einer Liegenschaft gegen einen Doppelverkauf abzusichern, ist es ratsam, sich anhand des Grundbuches zu informieren, wer grundbücherlicher Eigentümer ist. Zu den Eintragungen im Grundbuch zählen die Einverleibung des Eigentums, die Vormerkung, die Anmerkung der Rangordnung und das Vorkaufsrecht. Es handelt sich um gegenüber Dritten wirksame dingliche Rechte und Lasten.

Um die Sicherheit bei der Abwicklung eines Liegenschaftskaufs bzw Verkaufes zu erhöhen, können die Vertragspartner sich der Hilfe eines Maklers bedienen, und nach erzielter Einigung über den Abschluss des Kaufvertrages einen Treuhänder für die weitere Abwicklung bestellen. Treuhänder kann ein Rechtsanwalt, Notar oder eine Rechtsanwaltsgesellschaft sein.

G. Literaturverzeichnis

Hand- bzw. Lehrbücher sowie Monographien

Artner/Kohlmaier (Hrsg), Praxishandbuch Immobilienrecht³, Linde Verlag, Wien 2020.

Frössel, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2019.

Illedits/Illedits-Lohr, Wohnungseigentum kompakt⁷, LexisNexis, 2020.

Jauk, Das Grundbuch in der Praxis. Das ABC der Grundbuchseintargungen³, LexisNexis, 2018.

Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Springer Verlag GmbH, Wien 1967.

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II³, Haftung für eigenes und fremdes Fehlverhalten, Jan Sramek Verlag KG, Wien 2018.

Koziol/Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2014.

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2019.

Pletzer, Doppelveräußerung und Forderungseingriff: die Auswirkungen der mehrfachen Veräußerung beweglicher Sachen und Liegenschaften, ORAC, Wien 2000.

Rassi, Grundbuchsrecht³, Handbuch für die Praxis, Mit Muster- und Beispielteil, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2019.

Völkl/Völkl, Beraterhaftung², Haftung und Haftungsvermeidung bei komplexen Dienstleistungen, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2014.

Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁵, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2018.

Welser/Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹⁴, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2015.

Beiträge in Fachzeitschriften sowie in sonstigen Medien

Adamovic, Das Bewegliche System in der Rechtsprechung (Teil I) in JBl 2002, 681, Heft 11/2002, Verlag Österreich, Wien 2002.

Auer/Eggmeier-Schmolke, Doppelveräußerung einer Liegenschaft; Restitutionsanspruch Rechtsprechung Zivilrecht, bbl 2009/89, Heft 3 v. 15.6.2009, 111-112.

Auer/Eggmeier-Schmolke, Naturalersatz beim Doppelverkauf einer Liegenschaft, Rechtsprechung Zivilrecht, bbl 2014/35, Heft 1 v. 1.2.2014, 32.

Bydlinski, Die Rechtsstellung des übergangenen Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Verpflichteten, JBl Heft 10, Oktober 2020, Band 142.

Hoyer, Doppelverkauf und kein Ende – Anmerkungen zu OGH 1 Ob 537, JBl 1996, Heft 8 v. 1.8.1996, 539, Verlag Österreich.

Schilcher/Holzer, Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften, JBl 1974, 445, 512.

Völkl/Völkl, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung, (2018 – Mitte 2021): Teil II, ÖJZ 2022/83, 701.

Welser, Posterior tempore, potior iure! Eine unbegreifliche Entscheidung zur Doppelveräußerung, NZ 1994, 73, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH.

Wohnrechtliche Blätter, Schadenersatz bei Doppelverkauf einer Liegenschaft, Wobl 2013, Heft 2, Band 26, 59-60.

Kommentare

Aicher in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴, Manz Verlag, Wien 2014, (Stand 1.5.2017, rdb.at).

Apathy/Perner in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁶, Verlag Österreich, Wien 2020.

Binder in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Kommentar³, LexisNexis Österreich.

Bollenberger/Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁶, Verlag Österreich, Wien 2020.

Bydlinski in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar, Verlag Österreich 2017.

Eccher/Riss in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁶, Verlag Österreich, Wien 2020.

Hinteregger in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON-Kommentar^{1.06}, (Online-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch), Manz (RDB), MANZ Verlag Wien, (Stand 1.8.2022, rdb.at).

Hinteregger in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵, LexisNexis 2019.

Illedits in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁵, LexisNexis 2020.

Ofner in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar V⁵, LexisNexis 2021.

Reischauer in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB I³, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien 2002, (Stand 1.1.2004, rdb.at).

Riedler in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar V⁵, LexisNexis 2021.

Schurr in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁵, LexisNexis 2020.

Schwartze in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar, Verlag Österreich 2019.

Spielbüchler in Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB I³, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien 2002.

Strasser in Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB I³, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien 2002.

Verschraegen in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON-Kommentar^{1.08} (Online-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch), Manz (RDB), MANZ Verlag Wien, (Stand 1.5.2020, rdb.at).

Vonkilch in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴, Verlag Österreich 2017.

Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON-Kommentar^{1.02} (Online-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch), Manz (RDB), MANZ Verlag Wien, (Stand 1.1.2016, rdb.at).

Datenbanken (Internetquellen)

Rechtsdatenbank RDB: <https://rdb.manz.at/>

Rechtsinformationssystem RIS: <https://www.ris.bka.gv.at/>

LexisNexis: <http://www.lexisnexis.com/at/recht>

Judikaturverzeichnis

Entscheidungen des OGH

OGH 18.12.2017, 9 Ob 70/17k
OGH 31.08.2010, 5 Ob 69/10y
OGH 21.03.1991, 8 Ob 628/91
OGH 29.05.1957, 3 Ob 205/57
OGH 29.08.2013, 8 Ob 108/12h
OGH 15.12.2008, 4 Ob 198/08h
OGH 29.09.2004, 7 Ob 225/03v
OGH 19.09.2013, 1 Ob 140/13i
OGH 31.08.1983, 1 Ob 674/83
OGH 12.04.2016, 2 Ob 87/15f
OGH 06.07.2009, 1 Ob 99/09d
OHG 16.09.1997, 5 Ob 282/97z
OGH 25.02.2021, 2 Ob 59/20w
OGH 13.09.2007, 6 Ob 169/07g
OGH 19.12.2012, 3 Ob 159/12x
OGH 28.01.1998, 9 Ob 244/97s
OGH 17.10.2012, 7 Ob 191/11f

Rechtssätze

RIS-Justiz RS0018977
RIS-Justiz RS0018408
RIS-Justiz RS0016377
RIS-Justiz RS0018239
RIS-Justiz RS0016403
RIS-Justiz RS0016423
RIS-Justiz RS0034223
RIS-Justiz RS0022917
RIS-Justiz RS0083005
RIS-Justiz RS0025920
RIS-Justiz RS0112887
RIS-Justiz RS0083005
RIS-Justiz RS0023657
RIS-Justiz RS0113118
RIS-Justiz RS0023657
RIS-Justiz RS0011224
RIS-Justiz RS0083001
RIS-Justiz RS0030523
RIS-Justiz RS0022852
RIS-Justiz RS0108657
RIS-Justiz RS0011226
RIS-Justiz RS0015114
RIS-Justiz RS0011118
RIS-Justiz RS0039319
RIS-Justiz RS0020438
RIS-Justiz RS0011957
RIS-Justiz RS0010798
RIS-Justiz RS0032013
RIS-Justiz RS0032072
RIS-Justiz RS0029963
RIS-Justiz RS0016564
RIS-Justiz RS0019392
RIS-Justiz RS0026707
RIS-Justiz RS0109996
RIS-Justiz RS0112587
RIS-Justiz RS0112586
RIS-Justiz RS0016390
RIS-Justiz RS0106641
RIS-Justiz RS0116638
RIS-Justiz RS0028435
RIS-Justiz RS0030153
RIS-Justiz RS0016374
RIS-Justiz RS0022900
RIS-Justiz RS0111058
RIS-Justiz RS0108657
RIS-Justiz RS0011323