



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

Der Formzwang beim Liegenschafts Kauf  
im Rechtsvergleich zwischen Österreich und Polen

Verfasser

Mag. iur. Tomasz Klimek

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2015

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin:

ao. Univ.-Prof. Dr. Claudia Rudolf



*Meiner Ehefrau*

*Heidrun*



## **Danksagungen**

Großer Dank gebührt meiner Frau Heidrun Klimek, BEd. Durch die vorläufige Übernahme eines Großteils meiner elterlichen Pflichten hat sie mir ermöglicht, diese Dissertation erfolgreich zu verfassen. Dank ihrer großen Geduld und Hilfe habe ich das Ziel nie aus den Augen verloren.

Des Weiteren danke ich meinem Schwiegervater Dr. Wolfgang Viernstein für die Übernahme des Lektorats dieser Arbeit.

Tomasz Klimek



## **Eidesstattliche Erklärung**

Ich, Mag. Tomasz Klimek, geboren am 21. Februar 1983, wohnhaft in 1020 Wien, Praterstraße 50/5/8, erkläre an Eides statt, dass ich die beiliegende Dissertation selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und der benutzten Literatur wörtlich oder inhaltlich entnommene Stellen als solche gekennzeichnet habe.

Wien, am 3. 9. 2015

Mag. Tomasz Klimek





# Inhaltsverzeichnis

Danksagungen.....	V
Eidesstattliche Erklärung .....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Literaturverzeichnis .....	XIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIII
<b>I. Einführung .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Problemaufriss.....</b>	<b>1</b>
1. Das Einheits- bzw Konsensualprinzip.....	3
2. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip.....	3
3. Die Lehre von <i>titulus et modus</i> .....	3
<b>B. Zielsetzung und Aufbau der Arbeit .....</b>	<b>8</b>
<b>II. Der Formzwang beim Liegenschafts Kauf nach polnischem Recht .....</b>	<b>12</b>
<b>A. Definitionen.....</b>	<b>12</b>
1. Eigentum .....	13
1.1. Allgemeines.....	13
1.2. II. Republik Polen (1918 - 1939).....	15
1.3. Im 2. Weltkrieg (1939 - 1945).....	18
1.4. Volksrepublik Polen (1945 - 1989).....	18
1.5. III. Republik Polen (seit 1989).....	19
1.5.1. Gesetze.....	21
1.5.2. Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens.....	21
1.5.3. Die sozio-ökonomische Rechtsbestimmung .....	22
2. Liegenschaft .....	23
3. Kaufvertrag.....	28
4. Eigentumserwerb an Liegenschaften.....	30
4.1. Dispositives Einheits- bzw Konsensualprinzip .....	31
4.1.1. Grundsatz doppelfunktioneller Wirkung des Kaufvertrages.....	31
4.1.2. Ausnahme: schuldrechtlicher Kaufvertrag mit dinglichem Vertrag .....	32
4.2. Kausalprinzip .....	33
4.2.1. Materielles Kausalprinzip .....	33
4.2.2. Formelles Kausalprinzip .....	35
4.3. Bedingungs- und Befristungsverbot.....	35
4.4. Deklarativer Eintragungsgrundsatz .....	37
4.4.1. Grundbuchsystem im Überblick .....	37
4.4.2. Grundbuchaufbau und Einführung des EDV-Grundbuchssystems .....	42
4.4.3. Einführungsmotive des deklarativen Eintragungsgrundsatzes.....	44
4.4.4. Folgen der Einführung des deklarativen Eintragungsgrundsatzes .....	49
4.4.5. Gefahren .....	51
4.5. Kaufpreiszahlung und Sicherungsmechanismen .....	52
<b>B. Grundsatz der Formfreiheit .....</b>	<b>53</b>
1. Rechtshistorische Entwicklung .....	53

2. Begriff der Willenserklärung.....	57
2.1. Willentheorie .....	57
2.2. Erklärungstheorie .....	58
2.3. Geltungstheorie .....	58
3. Begriff der Form der Willenserklärung.....	60
4. Formzwang in polnischem Recht .....	61
4.1. Schutz individueller Interessen der Vertragsparteien .....	64
4.2. Schutz öffentlicher Interessen .....	65
<b>C. Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf .....</b>	<b>65</b>
1. Rechtshistorische Herleitung des Notariatsaktzwangs .....	66
2. Rechtsdogmatische Herleitung des Notariatsaktzwangs .....	70
2.1. Formzweck und Funktion des Notariatsakts .....	70
2.2. Formelle Voraussetzungen des Notariatsaktes .....	75
2.3. Materielle Voraussetzungen des Notariatsaktes .....	76
3. Substituierbarkeit des Notariatsakts .....	77
<b>D. Reichweite des Formzwangs.....</b>	<b>77</b>
1. Kaufverträge.....	78
2. Vorverträge.....	87
3. Vollmachten .....	90
<b>E. Sanktion der Formmängel.....</b>	<b>91</b>
1. Bei Kaufverträgen .....	95
2. Bei Vorverträgen.....	95
3. Bei Vollmachten.....	97
<b>F. Reformpläne im Entwurf des neuen polnischen ZGB.....</b>	<b>97</b>
1. Vom Bedarf eines neuen ZGB .....	98
2. Zur aktuellen Entwicklung legislativer Arbeiten.....	102
3. Reformpläne im Liegenschafts Kauf.....	102
<b>III. Der Formzwang beim Liegenschafts Kauf nach österreichischem Recht .....</b>	<b>104</b>
<b>A. Liegenschafts Kauf und Eigentumserwerb .....</b>	<b>104</b>
1. Rechtshistorischer und rechtsphilosophischer Hintergrund .....	105
1.1. Allgemeines.....	106
1.2. Einfluss des römischen Rechts im Codex Theresianus .....	107
1.3. Einfluss der Naturrechtsphilosophie .....	108
1.4. Einfluss historischer Schule und hegelianischer Lehre .....	111
2. Trennungsprinzip beim Liegenschafts Kauf .....	113
3. Prinzip der kausalen Tradition.....	115
4. Konstitutivwirkung des Eigentumseintrags in das Grundbuch.....	116
4.1. Überblick über das Grundbuchsystem.....	117
4.2. Aufbau des Grundbuchsystems und ADV-Grundbuchs.....	121
4.3. Einfügmotive der Konstitutivwirkung des Grundbucheintrags .....	123
4.4. Konsequenzen der Konstitutivwirkung des Grundbucheintrags .....	126
4.5. Gefahren.....	127
5. Kaufpreiszahlung und Sicherungsmechanismen .....	127

5.1.	Treuhandabwicklung .....	128
5.2.	Anmerkung der Rangordnung .....	130
5.3.	Zurückbehaltung der Aufsandungserklärung .....	131
<b>B.</b>	<b>Formzwang beim Liegenschafts Kauf .....</b>	<b>132</b>
1.	Grundsatz des formfreien Verpflichtungsgeschäfts (Titel) .....	133
2.	Ausnahme: Notariatsaktzwang im NotAkteG .....	137
2.1.	Liegenschafts Kaufverträge iSd § 1 Abs 1 lit. b) NotAkteG .....	141
2.2.	Liegenschafts Kaufverträge iSd § 1 Abs 1 lit e) NotAkteG .....	142
3.	Formzwang der Aufsandungserklärung (Modus) .....	143
<b>C.</b>	<b>Reichweite des Formzwangs .....</b>	<b>146</b>
1.	Bei Kaufverträgen .....	147
2.	Bei Aufsandungserklärungen .....	149
3.	Bei Vorverträgen .....	151
4.	Bei Vollmachten .....	151
4.1.	Vollmachten zum Abschluss der Liegenschafts Kaufverträge .....	152
4.2.	Vollmachten zur Abgabe der Aufsandungserklärungen .....	154
<b>D.</b>	<b>Sanktion der Formmängel .....</b>	<b>155</b>
1.	Bei Kaufverträgen .....	158
2.	Bei Aufsandungserklärungen .....	159
3.	Bei Vorverträgen .....	159
4.	Bei Vollmachten .....	160
4.1.	Vollmachten zum Abschluss der Liegenschafts Kaufverträge .....	160
4.2.	Vollmachten zur Abgabe der Aufsandungserklärungen .....	161
<b>IV.</b>	<b>Rechtsvergleich .....</b>	<b>161</b>
<b>A.</b>	<b>Interessenskonflikte beim Liegenschafts Kauf .....</b>	<b>166</b>
<b>B.</b>	<b>Unterschiede und Parallelen beim Liegenschafts Kauf .....</b>	<b>167</b>
1.	Eigentumserwerb an Liegenschaften .....	168
2.	Formzwang .....	172
3.	Reichweite des Formzwangs .....	175
4.	Sanktionen der Formmängel .....	177
<b>C.</b>	<b>Bewertung aus komparativer Sicht .....</b>	<b>180</b>
1.	Rechtsdogmatische Dimensionen .....	181
1.1.	Schutz öffentlicher Interessen im jeweiligen Staat .....	181
1.2.	Schutz subjektiver Interessen der Vertragsparteien .....	182
2.	Rechtshistorische Dimensionen .....	185
3.	Rechtssoziologische Dimensionen .....	194
<b>D.</b>	<b>Funktionale Schlussfolgerungen .....</b>	<b>197</b>
<b>V.</b>	<b>Anhang .....</b>	<b>206</b>
<b>A.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>206</b>
<b>B.</b>	<b>Streszczenie .....</b>	<b>207</b>
<b>C.</b>	<b>Summary .....</b>	<b>208</b>
<b>D.</b>	<b>Lebenslauf .....</b>	<b>209</b>



## Literaturverzeichnis

- Abramovich* Grundbuch und Verfassung, NZ 1992, 38.
- Auer* Zur Formpflicht gem. § 76 Abs 2 GmbHG, JBl 2011, 361.
- Bähr* Die preußischen Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen, JheringsJb Bd 11 (1871) 1-138; Folgezitat: *Bähr*, JheringsJb 11/1871 (Seite).
- Baier* Bedeutung und Zweck der Tradition bei der Eigentumsübertragung, RZ 1971, 127; Zitat: *Baier*, RZ 1971, 127.
- Beiser* Die neue Immobilienbesteuerung (Teil 1), NZ 2013, 161.
- Beiser* Die neue Immobilienbesteuerung (Teil 2), NZ 2013, 193; Folgezitat: *Beiser*, NZ 2013, 193 (Seite).
- Berger* (Hrsg) Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation, Bd. III, Das ABGB außerhalb Österreichs (2010); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Berger* [Seite].
- Bieniek/Ciepla/Dmowski/Gudowski/Kolakowski/Zychowicz/Wisniewski/Żuławska* (Hrsg) Kommentar zum Code de Commerce / Kommentar zum Zivilgesetzbuch (2011); zitiert: *Autor* in *Bieniek* ua Art [Zahl] Rz [Zahl].
- Bieniek/Rudnicki* (Hrsg) Nieruchomości – problematyka prawna / Liegenschaften – Rechtsproblematik<sup>7</sup> (2013); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz [Zahl].
- Boehmer* Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtentwicklung in Deutschland, AcP 1950/51, 289.
- Boehmer* Grundfragen des französischen Privatrechts im 20. Jahrhundert, RabelsZ 1953, 480.
- Breyer* Przeniesienie własności nieruchomości<sup>3</sup> / Übertragung des Eigentums an Liegenschaften<sup>3</sup> (1975).
- Brockhuis/Kuźma* Immobilienwirtschaft in Polen (2010).
- Bruckbauer* Notariatsaktpflicht bei Anteilsübertragung, ecolex 2002, 589; Folgezitat: *Bruckbauer*, ecolex 2002, 589.
- Bucher* Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das „Woher“ und „Wohin“ dieses Modells des Code Civil, ZEuP 1998, 615; Folgezitat: *Bucher*, ZEuP 1998, 615.
- Burckhard* System des Österreichischen Privatrechts, III Theil, Die einzelnen Privatrechtsverhältnisse (1889).
- Bydlinski F.* Die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht in FS Larenz (1973) 1027.
- Bydlinski F.* Zur Schadenshaftung des beglaubigenden Notars, NZ 1974, 145.
- Bydlinski F.* Gesamtvertretung und Verkehrsschutz, JBl 1983, 627.
- Bydlinski F./Bydlinski P.* Gesetzliche Formgebote auf dem Prüfstand (2001); Folgezitat: *Bydlinski F./Bydlinski P.*, Gesetzliche Formgebote [Seite].
- Bydlinski P.* Neues im Recht der Rechtsgeschäftsform, RdW 2001, 716.
- Bydlinski P.* Bürgerliches Recht, Bd I, Allgemeiner Teil<sup>6</sup> (2013); zitiert: *Bydlinski P.*, BR AT I<sup>6</sup> Rz [Zahl].
- Bydlinski P.* Die Notariatapflicht 1850 und heute, NZ 1990, 289; Folgezitat: *Bydlinski P.*, NZ 1990, 289.
- Cierpiał* Immobiliarsachenrecht in Polen (2000).

- Coing* Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 1968, 1; Folgezitat: *Coing*, *RabelsZ* 1968, 1 (Seite).
- Constantinesco* Über den Stil der „Stiltheorie“ in der Rechtsvergleichung, *ZVglRWiss* 1979, 155; Folgezitat: *Constantinesco*, *ZVglRWiss* 1979, 155 (Seite).
- Constantinesco* Rechtsvergleichung, Bd. 1 (1971); Folgezitat: *Constantinesco*, Rechtsvergleichung [Seite].
- Constantinesco* Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise, *ZfRV* 1981, 161; Folgezitat: *Constantinesco*, *ZfRV* 1981, 161 (Seite).
- Czachórski* (Hrsg) System Prawa Cywilnego, tom 2 (1977) / System des Zivilrechts, Bd. 2 (1977); zitiert: *Autor* in *Czachórski* [Seite].
- Dajczak/Giario/Longchamps de Bériér* (Hrsg) Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego / Römisches Recht. Grundlagen des Privatrechts (2009); zitiert: *Autor*, in *Dajczak/Giario/Longchamps de Bériér* [Seite].
- Dębiński* Prawo rzymskie – fundament europejskiej kultury prawnej / Römisches Recht – ein Fundament der europäischen Rechtskultur EP 2010/10, I.
- Dehn* Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998); Folgezitat: *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte [Seite].
- Demelius* Grundbuchsrecht (1948); Folgezitat: *Demelius*, Grundbuchsrecht [Seite].
- Dmowski/Rudnicki* (Hrsg) Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga pierwsza – część ogólna<sup>10</sup> / Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Erstes Buch – Allgemeiner Teil<sup>10</sup> (2011); zitiert: *Autor* in *Dmowski/Rudnicki* ZGB I<sup>10</sup> Art [Zahl] Rz [Zahl].
- Dölemeyer/Mohnhaupt/Somma* (Hrsg) Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs (2006); zitiert: *Autor*, in *Dölemeyer/Mohnhaupt/Somma* [Seite].
- Dölle* Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 1970, 403.
- Dopffel* Die Wurzeln der Regel Locus Regit Actum im römischen Altertum (1967).
- Drozd* Z problematyki zawarcia umowy / Aus der Problematik des Vertragsabschlusses, *Rej* 1996/4-5, 10.
- Drozd* Pozorność w umowach przenoszących własność nieruchomości / Scheingeschäfte bei Verträgen über Eigentumsübertragung an Liegenschaften, *Studia cywilistyczne* 1974/XXII 72.
- Drozd* Przeniesienie własności nieruchomości / Übertragung des Eigentums an einer Liegenschaft (1974); Folgezitat: *Drozd*, Übertragung des Eigentums [Seite].
- Duleba* Skutki niezachowania formy umowy przedwstępnej / Folgen der Nichteinhaltung der Form des Vorvertrags, *PPH* 2006/8 51; Folgezitat: *Duleba*, *PPH* 2006/8 51 (Seite).
- Ehrenzweig* System des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Privatrechts<sup>2</sup> Bd I/2 (1957).
- Ehrenzweig* Der Entwurf einer Novelle zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, *JLBl* Nr 239, Bd. XXIV, Nr 9, 16. 11. 1912, 193 (Seite).
- Ehrenzweig* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 6. Auflage des von Prof. Dr. Pfaff aus dem Nachlasse des Prof Dr. Josef Krainz herausgegebenen System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Bd. 1. Hälfte: Das Recht der Schulverhältnisse (1920).
- Ehrenzweig* Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (1908).

- Ernst/Rachwał/Zoll* Prawo cywilne, część ogólna / Zivilrecht, Allgemeiner Teil (2011); Folgezitat: *Ernst/Rachwał/Zoll*, Zivilrecht AT [Seite].
- Etzersdorfer* Grundbuchshandlungen aufgrund einer Vorsorgevollmacht, wobl 2014, 225.
- Exner* Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (1867).
- Feil/Marent/Preisł*, Grundbuchsrecht Kommentar<sup>2</sup> (2010); Zitat: *Feil/Marent/Preisł*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § [Zahl] Rz [Zahl].
- Feil/Wennig* Anwaltsrecht<sup>4</sup> (2006).
- Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II<sup>3</sup> (1979).
- Frank/Wachter* (Hrsg) Handbuch Immobilienrecht in Europa<sup>2</sup> (2015); Folgezitat: *Autor*, [Beitragstitel], in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz [Zahl].
- Galdia* Rechtsvergleichendes Übersetzen, The European Legal Forum 2003/1; Folgezitat: *Galdia*, The European Legal Forum 2003/1 (Seite).
- Gauch* Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991/51.
- Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* (Hrsg) 200 Jahre ABGB – Ausstrahlung (2011); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* [Seite].
- Geller* (Hrsg) Österreichisches Zentralblatt für die Juristische Praxis, XXX Bd. (1912); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Geller* [Seite].
- Glatz* Die Entwicklung des polnischen Zivilrechts (2000); Folgezitat: *Glatz*, Die Entwicklung [Seite].
- Gniewek* Prawo rzeczowe / Sachenrecht (2012).
- Gniewek* (Hrsg) System Prawa Prywatnego, Prawo rzeczowe Tom III<sup>3</sup> / System des Privatrechts, Sachenrecht Bd III<sup>3</sup> (2013); zitiert: *Autor* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § [Zahl] Rz [Zahl].
- Gniewek/Machnikowski* (Hrsg) Kodeks cywilny Komentarz<sup>6</sup> / Zivilgesetzbuch Kommentar<sup>6</sup> (2014); zitiert: *Autor* in *Gniewek/Machnikowski*, ZGB<sup>6</sup> Art [Zahl] Rz [Zahl].
- Górecki* Forma umów obligacyjnych i rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym / Die Form obligatorischer und dinglicher Verträge im internationalen Privatrecht (2007); Folgezitat: *Górecki*, Form [Seite].
- Górska* Zachowanie zwykłej formy pisemnej czynności prawnych / Die Einhaltung der einfachen Schriftform der Rechtsgeschäfte (2007); Folgezitat: *Górska*, Schriftform [Seite].
- Graf Coronini-Cronberg* Das bedrohte Eintragungsprinzip, AöGZ 1914 Nr 35, 350.
- Großfeld* Sinn und Methode der Rechtsvergleichung, in FS Sandrock (2000); Folgezitat: *Großfeld* in FS Sandrock [Seite].
- Grykiel/Lemkowski* Czynności prawne Art 56-81 KC. Komentarz / Rechtsgeschäfte Art 58-81 ZGB. Kommentar (2010).
- Grzybowski* (Hrsg) System prawa cywilnego – część ogólna, tom I / System des Zivilrechts (1985); zitiert: *Autor* in *Grzybowski* [Seite].
- Gschnitzer* Österreichisches Schuldrecht BT und Schadenersatz (1988).
- Gschnitzer* (Hrsg) Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts<sup>2</sup> (1992); Folgezitat: *Autor* in *Gschnitzer*<sup>2</sup> [Seite].
- Gschnitzer* (Hrsg) Österreichisches Sachenrecht<sup>2</sup> (1985); Folgezitat: *Autor*, in *Gschnitzer*, Sachenrecht<sup>2</sup> [Seite].
- Gutowski* Nieważność czynności prawnej<sup>3</sup> / Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts<sup>3</sup> (2012); Folgezitat: *Gutowski*, Nichtigkeit [Seite].
- Gwiadomorski* Próba korektury pojęcia czynności prawnej, Prace z zakresu prawa cywilnego i prawa na dobrach niematerialnych / Versuch der Korrektur

- des Begriffes des Rechtsgeschäfts, Arbeiten aus dem Bereich des Zivilrechts und des immateriellen Güterrechts, ZNUJ 1974/346.
- Hanausek* Veräußerung von Grundstücken. Eine Studie aus dem österreichischen Privatrecht (1914); Folgezitat: *Hanausek*, Veräußerung [Seite].
- Harmathy* Zivilgesetzgebung in mittel- und osteuropäischen Staaten, ZEuP 1998, 553; Folgezitat: *Harmathy*, ZEuP 1998, 553 (Seite).
- Heiss* Hierarchische Rechtskreiseinteilung. Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?, ZVglRWiss 2001, 396; Folgezitat: *Heiss*, ZVglRWiss 2001, 396 (Seite).
- Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen. Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung (1999); Folgezitat: *Heiss*, Formmängel [Seite].
- Hlozanek* Das österreichische Notariat 1850 bis 1925, NZ 1925, 80.
- Hochegger* Die Treuhand-Einrichtungen der österreichischen Rechtsanwaltskammern, immolex 2002, 23.
- Hoffmann* Gesetzliche Formgebote zeitgemäß?, AnwBl 2001, 501.
- Hofmann* Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von iusta causa traditionis (1873).
- Hofmeister* Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert (1977); Folgezitat: *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes [Seite].
- Hofmeister* Die vollstreckbare Notariatsurkunde aus historisch-rechtsvergleichender Sicht, NZ 1982, 97; Folgezitat: *Hofmeister*, NZ 1982, 97 (Seite).
- Hofmeister* Welche Unterschriften muß eine grundbuchsfähige Pfandbestellungsurkunde tragen? NZ 1981, 113.
- Holzer* Bedeutung von Formvorschriften, DRdA 1985, 123; Folgezitat: *Holzer*, DRdA 1985, 123 (Seite).
- Ignatowicz* Prawo rzeczowe<sup>6</sup> / Sachenrecht<sup>6</sup> (1994); Folgezitat: *Ignatowicz*, Sachenrecht [Seite].
- Ignatowicz/Stefaniuk* Prawo rzeczowe / Sachenrecht (2012); Folgezitat: *Ignatowicz/Stefaniuk*, Sachenrecht [Seite].
- Illedits/Illedits-Lohr* Wohnungseigentum<sup>5</sup> (2014); Folgezitat: *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum<sup>5</sup> Rz [Zahl].
- Iro* Bürgerliches Recht, Bd IV, Sachenrecht<sup>5</sup> (2013); Folgezitat: *Iro*, Sachenrecht<sup>5</sup> Rz [Zahl].
- Jabloner* „Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit“, NZ 2003, 35; Folgezitat: *Jabloner*, NZ 2003, 35 (Seite).
- Jaworski* Zarys powszechnej historii państwa i prawa / Grundriss der allgemeinen Staats- und Rechtsgeschichte (1996).
- Jędrzejewski* Koncepcja oświadczeń woli w prawie cywilnym / Konzeption der Willenserklärungen im Zivilrecht (1992); Folgezitat: *Jędrzejewski*, Konzeption [Seite].
- Jestaedt/Lepsius* (Hrsg) Rechtswissenschaftstheorie (2008); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Jestaedt/Lepsius* [Seite].
- Jud/Seidl* Grundbuchsrechtliche Hürden der Vorsorgevollmacht?, ecolex 2007, 495; Folgezitat: *Jud/Seidl*, ecolex 2007, 495 (Seite).
- Junker* Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, 921; Folgezitat: *Junker*, JZ 1994, 921 (Seite).
- Jurek* Historia Państwa i Prawa Polskiego<sup>2</sup> / Geschichte des polnischen Staates



- und Rechts (1996); Folgezitat: *Jurek*, Geschichte [Seite].
- Kempter* Der Einfluss des europäischen Rechts auf das polnische Zivilgesetzbuch (2007); Folgezitat: *Kempter*, Zivilgesetzbuch [Seite].
- Kepiński* Przeniesienie własności nieruchomości rolnych (1970) / Übertragung des Eigentums an landwirtschaftlichen Liegenschaften (1970); Folgezitat: *Kepiński*, Übertragung des Eigentums [Seite].
- Kidyba* (Hrsg) Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna<sup>2</sup> / Zivilgesetzbuch. Kommentar. Bd. I. Allgemeiner Teil (2012); zitiert: *Autor* in *Kidyba* ZGB<sup>2</sup> Art [Zahl] Rz [Zahl].
- Kirchner/Kischel* Einfluss außerrechtlicher Faktoren auf Recht und Rechtsvergleichung, ZVglRWiss 2010, 269; Folgezitat: *Kirchner/Kischel*, ZVglRWiss 2010, 269 (Seite).
- Kischel* Vorsicht, Rechtsvergleichung!, ZVglRWiss 2005, 10; Zitat: *Kirschel*, ZVglRWiss 2005, 10 (Seite).
- Klang* (Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup> (1950); zitiert: *Autor* in *Klang*, ABGB<sup>2</sup> § [Zahl] Rz [Zahl].
- Klang* (Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup> Bd. IV, 2. HalbBd (1978); zitiert: *Autor* in *Klang*<sup>2</sup> § [Zahl] Rz [Zahl].
- Klang*(Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 2. HalbBd §§ 353-530 (1931); Zitat: *Autor* in *Klang*, ABGB (1931) § [Zahl] Rz [Zahl].
- Kletečka/Schauer* (Hrsg) ABGB-ON<sup>1.00</sup> (2010); zitiert: *Autor* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.[Update Nr.]</sup> § [Zahl] Rz [Zahl] (Stand [Datum], rdb.at).
- Klimek* Fremdsprachenzuschlag als übertarifliche Entlohnung iSd § 21 RATG, AnwBl 2014, 111.
- Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels* IPR und Rechtsvergleichung (2010).
- Kocher* Funktion der Rechtsprechung. Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht (2007); Folgezitat: *Kocher*, Funktion (...).
- Kodek* (Hrsg) Kommentar zum Grundbuchsrechts (2007); Zitat: *Autor* in *Kodek*, Grundbuchsrecht § [Zahl] Rz [Zahl].
- Koslowski* Die Ordnung der Wirtschaft. Studien zur Praktischen Philosophie und Politischen Ökonomie (1994).
- Kostner* Wiedereinführung des österreichischen Notariates, NZ 1975, 84; Folgezitat: *Kostner*, NZ 1975, 84 (Seite).
- Kötz* Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JBl 1982, 355; Folgezitat: *Kötz*, JBl 1982, 355 (Seite).
- Kötz* Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, RabelsZ 1990, 203.
- Kozioł* Korrespondenz. Der OGH und das Intabulationsprinzip. JBl 1973, 54.
- Kozioł – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (2014); Folgezitat: *Kozioł – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz [Zahl].
- Kozioł/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg) Kurzkomentar zum ABGB<sup>4</sup> (2014); zitiert: *Autor* in *KBB*<sup>4</sup> § [Zahl] Rz [Zahl].
- Krimphove* Das europäische Sachenrecht (2006); Folgezitat: *Krimphove*, Sachenrecht [Seite].
- Książak* (Hrsg) Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna<sup>2</sup> / Zivilgesetzbuch. Kommentar. Allgemeiner Teil (2014); zitiert: *Autor* in *Książak* ZGB<sup>2</sup> Art [Zahl] Rz [Zahl].

- Kühne* Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte im deutschen und italienischen Recht (2002).
- Kuropatwiński* Znaczenie wpisu w polskim systemie wieczystoksięgowym / Die Bedeutung der Eintragung im polnischen Grundbuchsystem [Seite] [http://kw-komentarz.pl/uploads/artykuly/reforma\\_ksiag.pdf](http://kw-komentarz.pl/uploads/artykuly/reforma_ksiag.pdf) (abgefragt am [Datum]); Folgezitat: *Kuropatwiński*, Die Bedeutung der Eintragung [Seite] (abgefragt am [Datum]).
- Leopold/Koland/Caspary* Die Gültigkeit eines Erbvertrags nach österreichischem Recht bei Beurkundung durch einen deutschen Notar, NZ 2005, 193.
- Lepsius* Der Einfluss des ökonomischen Denkens auf die Rechtsvergleichung, ZVglRWiss 2010, 327.
- Lifka* Die Wiedergeburtssunde des Österreichischen Notariats, NZ 1970, 34.
- Lifka* Zur Genesis der Notariatsordnung vom 25. Juli 1871, NZ 1969, 17.
- Litewski* Rzymskie prawo prywatne / Römisches Privatrecht (1990).
- Longchamps de Bériér* Zobowiązania / Obligationen (1948).
- Łyda* Klauzula generalna społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa / Die Generalklausel der sozio-ökonomischen Bestimmung des Rechts, PiP 1987, Nr 48.
- Makowicz* (Hrsg) Immobilienerwerb in Mittel- und Osteuropa (2009); Folgezitat: *Autor*, [Beitragstitel], in *Makowicz* [Seite].
- Marchewka-Bartkowiak* Inflacja w Polsce / Inflation in Polen, Biuro Analiz Sejmowych / Parlamentarisches Büro für Analysen, Analizy BAS 15/2011, 1.
- Melzer/Brügel* Vertrauensschutz und exekutiver Erwerb (1912).
- Motyka-Mojkowski* Polnisches Zivilrecht AT, Bd I (2010); Folgezitat: *Motyka-Mojkowski*, Poln ZivilR I Rz [Zahl].
- Neschwara* Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa (2000); Folgezitat: *Neschwara*, Notariatsrecht [Seite].
- Oleszko* Akty notarialne, Komentarz Art 91-95 Prawa o notariacie / Notariatsakte, Kommentar Art 91-95 Notariatsrecht (2012); zitiert: *Oleszko*, Notariatsakte Art [Zahl] Rz [Zahl].
- Oleszko* Ustrój polskiego notariatu / Polnische Notariatsverfassung (1999); Folgezitat: *Oleszko*, Notariatsverfassung Rz [Zahl].
- Oleszko* Wpis w księdze wieczystej na podstawie aktu notarialnego / Die Eintragung in das Grundbuch aufgrund des Notariatsakts (2013); Folgezitat: *Oleszko*, Eintragung in das Grundbuch [Seite].
- Osajda* (Hrsg) Kodeks Cywilny Komentarz Tom I / Zivilgesetzbuch Kommentar Bd. I (2013); zitiert: *Autor* in *Osajda*, ZGB I Art [Zahl] Rz [Zahl].
- Osuchowski* Zarys rzymskiego prawa prywatnego / Grundriss des römischen Privatrechts (1962).
- Pfaff/Hofmann* Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I (1877); zitiert: *Pfaff/Hofmann*, ABGB I Einleitung [Seite].
- Pietrzykowski* (Hrsg) Kodeks cywilny Tom I Komentarz<sup>7</sup> / Zivilgesetzbuch Bd I Kommentar<sup>7</sup> (2013); zitiert: *Autor* in *Pietrzykowski*, ZGB I<sup>7</sup> Art [Zahl] Rz [Zahl].
- Pisuliński* (Hrsg) Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu wieczystoksięgowym. Komentarz / Gesetz über das Grundbuchregister und Hypothek. Vorschriften über grundbücherliches Verfahren. Kommentar (2014); zitiert: *Autor* in *Pisuliński*, GbHypG Art [Zahl] Rz [Zahl].
- Plahner* Die bürgerliche Anmerkung außerbücherlicher Übereignungen, AöGZ

- 1914 Nr 29 und 30, 311.
- Prütting/Wegen/Weinreich* (Hrsg) BGB Kommentar<sup>9</sup> (2014); zitiert: *PWW/Autor* § [Zahl] Rz [Zahl].
- Puttfarken/Schnier* Der Code Napoléon damals und heute – eine Betrachtung aus deutscher Sicht, *ZVglRWiss* 2006, 223; Folgezitat: *Puttfarken/Schnier*, *ZVglRWiss* 2006, 223 (Seite).
- Radwański* Teoria umów / Vertragstheorie (1977).
- Radwański* Zielona Księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej / Grünbuch – eine optimale Vision des Zivilgesetzbuches der Republik Polen (2006); Folgezitat: *Radwański*, Grünbuch [Seite].
- Radwański* (Hrsg) System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna, Tom II<sup>2</sup> / System des Privatrechts, Zivilrecht – Allgemeiner Teil, Band II<sup>2</sup> (2008); zitiert: *Autor* in *Radwański*<sup>2</sup> II § [Zahl] Rz [Zahl].
- Rainer* (Hrsg) Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung, Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht, Bd 12 (2002).
- RAK Wien* Elektronisches anwaltliches Treuhandbuch (eATHB).
- Randa* Im Spannungsfeld zwischen bankmäßigen Sicherheiten und notarieller Sicherheit, in FS Weissmann (2003); Folgezitat: *Randa* in FS Weissmann [Seite].
- Rechberger* (Hrsg) Formpflicht und Gestaltungsfreiheit (2002); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Rechberger* (2002) [Seite].
- Rechberger* (Hrsg) Wiener Konferenz über ein modernes Grundbuch (1998); Folgezitat: *Autor*, [Beitragstitel], in *Rechberger* [Seite].
- Reimann/Zimmermann* (Hrsg) The Oxford Handbook of Comparative Law (2006); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Reimann/Zimmermann* [Seite].
- Reithmann/Berger/Eccher/Zimmermann* Gutachten für die Fachveranstaltung des 3. Österreichischen Notariatskongresses 1986 „175 Jahre ABGB“ 175 Jahre ABGB; zitiert: *Autor* in Gutachten 175 Jahre ABGB [Seite].
- Roncali* Beiträge zur Legalisierungs-Frage in Oesterreich (1873); Folgezitat: *Roncali*, Legalisierungs-Frage [Seite].
- Rösler* Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung, *JuS* 1999, 1084.
- Rubin* Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft, *ecolex* 2010, 24; Folgezitat: *Rubin*, *ecolex* 2010, 24 (Seite).
- Rückert* Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren – Mythos, Legende, Botschaft, *JZ* 1/2010, 1.
- Rudnicki* Komentarz do ustawy o księgach wieczystych i hipotece<sup>3</sup> / Kommentar zum Gesetz über das Grundbuchregister und Hypothek<sup>3</sup> (2001); zitiert: *Rudnicki*, *GbHypG*<sup>3</sup> Vorwort [Seite].
- Rudnicki/Rudnicki* (Hrsg) Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga druga – własność i inne prawa rzeczowe<sup>10</sup> / Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Zweites Buch – Eigentum und andere Sachenrechte<sup>10</sup> (2011); zitiert: *Rudnicki/Rudnicki* ZGB II<sup>10</sup> Art [Zahl] Rz [Zahl] .
- Rudolf* Internationale Immobilienverträge, *immolex* 2009, 6.
- Rudolph* Aufsatz zum *Drobnig*, Eigentum und Vertrag im sozialistischen Recht, *RabelsZ* 1953, 192; Folgezitat: *Rudolph*, *RabelsZ* 1953, 192 (Seite).
- Rummel* (Hrsg) Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2000); zitiert: *Autor* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § [Zahl] Rz [Zahl].

- Rummel/Lukas* (Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>4</sup> Teilband §§ 859-916 ABGB (2014); zitiert: *Autor* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § [Zahl] Rz [Zahl].
- Rusch* Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, Jusletter 13. Februar 2006; Folgezitat: *Rusch*, 13/2006, 1 (Seite).
- Saffjan* Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji) / Generalklauseln im Zivilrecht (Diskussionsbeitrag), PiP 1990/11, 48-58; Zitat: *Saffjan*, PiP 1990/11, 48 (Seite).
- Saffjan* (Hrsg) System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna I<sup>2</sup> / System des Privatrechts, Zivilrecht – Allgemeiner Teil I<sup>2</sup> (2012); zitiert: *Autor* in *Saffjan*<sup>2</sup> § [Zahl] Rz [Zahl].
- Schambeck* Rechtsbewußtsein und Rechtssicherheit im integrierten Europa, NZ 1997, 297.
- Schapp* Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre (1986).
- Scheffknecht* Die Form der Vollmacht zum Notariatsakt, NZ 1959, 183; Folgezitat: *Scheffknecht*, NZ 1959, 183 (Seite).
- Schieder* (Hrsg) Handbuch der Europäischen Geschichte, Bd. 7 (1979); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Schieder* [Seite].
- Scholler* Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und die Rechtskultur, ZVglRWiss 2000, 373; *Scholler*, ZVglRWiss 2000, 373 (Seite).
- Schummer* Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, ecolex 1991, 319; Folgezitat: *Schummer*, ecolex 1991, 319 (Seite).
- Schwimann/Kodek* (Hrsg) ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> Bd. 4 (2014); zitiert: *Autor* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § [Zahl] Rz [Zahl].
- Simonnaes* Juristisches Übersetzen – der Vergleich als Grundlage der Erkenntnis, trans-kom 6 [1] (2013).
- Skrzydł* Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej Komentarz<sup>7</sup> / Verfassung der Republik Polen Kommentar<sup>7</sup> (2013); zitiert: *Skrzydł*, Verfassung RP<sup>7</sup> Art [Zahl] [Seite].
- Sprung/Köllensperger* Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§1498 ABGB), in FS Rechberger (2005) 623; Folgezitat: *Sprung/Köllensperger* in FS Rechberger [Seite].
- Spruzina* Rechtsnatur und Bedeutung notarieller Bestätigungen NZ 2010, 97.
- Stadler* Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1996); Folgezitat: *Stadler*, Gestaltungsfreiheit [Seite].
- Strohal* Unverjährbare Klagen nach österreichischem Recht, AöGZ 13/1874, 49 und AöGZ 14/1874, 53; Folgezitat: *Strohal*, AöGZ 13/1874, 49 (Seite) oder AöGZ 14/1874, 53 (Seite).
- Strohal* Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, JheringsJb Bd 27 (1889) 335-462; Folgezitat: *Strohal*, JheringsJb 27/1889 (Seite).
- Strohal* Die Gültigkeit des Titels als Erfordernis wirksamer Eigentumsübertragung (1891).
- Strzelczyk* Prawo nieruchomości<sup>3</sup> / Immobilienrecht<sup>3</sup> (2014); Folgezitat: *Strzelczyk*, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz [Zahl].
- Swaczyna* Warunkowe czynności prawne / Bedingte Rechtsgeschäfte (2012).
- Szpunar* Zakres formy notarialnej przy przeniesieniu własności nieruchomości / Die Reichweite der notariellen Form bei der Übertragung des Eigentums an einer Liegenschaft, Nowe Prawo 1987/9, 3; Folgezitat: *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (Seite).

- Tades/Hopf/Kathrein/ Stabentheiner* Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch<sup>37</sup> Bd. I (2009); zitiert: *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB<sup>37</sup> § [Zahl] E [Zahl].
- Treściński*, Skutki umowy przedwstępnej / Wirkungen des Vorvertrags, Prawo Spółek 2002/1, 54; Folgezitat: *Treściński*, Prawo Spółek 2002/1, 54 (Seite).
- Trettnak* Option auf Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen: Formfreiheit von (Neben-) Abreden, RdW 2010, 555.
- Trunk* (Hrsg) Die Transformation dinglicher Rechte an Immobilien in Russland und anderen Staaten Mittel- und Osteuropas, Bd 3 (2010); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Trunk* [Seite].
- Tschentscher* Rechtsvergleichung und empirische Forschung, ZVglRWiss 2010, 362.
- Unger* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd I (1892).
- Unger* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd II (1892).
- Uranitsch* Die Formverfügung bei Rechtsgeschäften. Eine Studie im Gebiet des österreichischen Privatrechtes (1890); Folgezitat: *Uranitsch*, Formverfügung [Seite].
- von Benda-Beckmann*, Einige Bemerkungen über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, ZVglRWiss 1979, 51; Folgezitat: *von Benda-Beckmann*, ZVglRWiss 1979, 51 (Seite).
- von Caemmerer* Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, RabelsZ 1938/39, 675.
- von Jhering* Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (1875).
- Wagner/Knechtel* Notariatsordnung<sup>5</sup> (2000); zitiert: *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>5</sup> § [Zahl] Rz [Zahl].
- Wellspacher* Leserbrief, AöGZ 22 und 23/1914, 232; Folgezitat: *Wellspacher*, AöGZ 22 und 23/1914, 232 (Seite).
- Wellspacher* Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906); Folgezitat: *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände [Seite].
- Wellspacher* Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle, AöGZ 10/1908, 77.
- Wellspacher*, Das Naturrecht und das ABGB, in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I (1911), 173-207; zitiert: *Wellspacher*, in ABGB-FS I [Seite].
- Welser* Notariatskat: Abschaffung, Ersatz durch Schriftform, „geteilte Form“ und „halbe Form“, in FS Weissmann (2003); Folgezitat: *Welser* in FS Weissmann [Seite].
- Welser* (Hrsg) Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa (2008); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Welser* [Seite].
- Welser* (Hrsg) Die Rekodifikation des Privatrechts in Zentral- und Osteuropa zwischen Reformbedarf und Tradition (2013); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Welser* (2013) [Seite].
- Wiegand/Brunner* Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages. Überarbeitete Fassung eines am 18.09.1992 vor dem Schweizerischen Notarenverband in Interlaken gehaltenen Referats, recht 1993/1.
- Wilhelm* Zur Formalität verdeckter Schenkungen von GmbH-Anteilen, NZ 1994, 250.
- Wróbel* (Hrsg) Główne założenia projektu Kodeksu cywilnego – Konferencja – 29.09.2007 – Pałac Staszica / Hauptthesen des ZGB-Entwurfs – Konferenz vom 29.03.2007 – Palast Staszic, Sonderausgabe Monitor

- Prawniczy Nr 14/2007; zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Wróbel* [Seite].
- Wudarski* Das formelle Publizitätsprinzip des Grundbuchs, in FS Kalus (2010); Folgezitat: *Wudarski*, in FS Kalus [Seite].
- Zajtay* Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung, AcP 1957, 361; Folgezitat: *Zajtay*, AcP 1957, 361 (Seite).
- Zeiller* Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie. Bd. II/1 (1812); zitiert: *Zeiller*, ABGB II/1 § [Zahl].
- Zellweger* Die Form der schuldrechtlichen Verträge im internationalen Privatrecht, Wurzeln und Rechtfertigung der Sonderanknüpfung (1990).
- Zoll (Hrsg)* Zbiór orzeczeń sądowych do zajęć z prawa cywilnego, cz. ogólna / Sammlung der Gerichtsentscheidungen zum Zivilrecht AT (2006); zitiert: *Autor*, [Beitragstitel], in *Zoll* [Seite].
- Zoll F. Junior* Znaczenie wpisów w księgach gruntowych w przyszłym kodeksie cywilnym / Bedeutung der Eintragungen in das Grundbuch im zukünftigen Zivilgesetzbuch, Czas Prawniczy i Ekonomiczny, 1945/7-12; Folgezitat: *Zoll*, Czas Prawniczy i Ekonomiczny, 1945/7-12 (Seite).
- Zoll F. Junior* O koncepcji podstawowej dla kodyfikacji prawa rzeczowego na nieruchomościach / Über die grundsätzliche Konzeption der Kodifizierung des Sachenrechts, Themis Polska 1928/9, 10; Folgezitat: *Zoll*, Themis Polska 1928/29, 10 (Seite).
- Zoll F. Junior* Referat przygotowawczy do prac nad skodyfikowaniem jednolitego prawa ksiąg ziemskich obejmujący główne zarzysy projektu ustawy z objaśnieniami / Referat zur Vorbereitung der Kodifizierungsarbeiten an einem einheitlichen Grundbuchsrecht samt hauptsächlichen Umrissen des Gesetzesentwurfs mit Erläuterungen, Kodifikationskommission RP, Subsektion des Zivilrechts, Bd I, Heft I (1930); zitiert: *Zoll*, Referat, KodifKomm RP, SubS ZivilR I/I [Seite].
- Zoll F. Junior* Eine Ergänzung der privatrechtlichen Bestimmungen über den Erwerb von Liegenschaften, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, 1914 Nr 20, 201; Folgezitat: *Zoll*, AöGZ 20/1914, 201 (Seite).
- Zoll F. Junior* Die Übertragung des Eigentumsrechts an Grundbuchskörpern durch bloße Tradition. Ein Rechtsgutachten frei nach der Steinlechnerschen Theorie, AöGZ 33/1908, 261 (261-265) und AöGZ 34/1908, 269 (273-275); Folgezitat: *Zoll*, AöGZ 33/1908, 261 (Seite) oder AöGZ 34/1908, 269 (Seite).
- Zoll F. Junior* Ein Beitrag zur Frage nach der absoluten Wirkung der sogenannten außerbücherlichen Rechtslage. Aus Anlaß der Judikate des Obersten Gerichtshofes Nr 186 und 188, AöGZ 4/1910, 28; Folgezitat: *Zoll*, AöGZ 4/1910, 28 (Seite).
- Zweigert* Zur Lehre von den Rechtskreisen, in FS Yntema, XX<sup>th</sup> Century Comparative and Conflicts Law (1961); Folgezitat: *Zweigert* in FS Yntema [Seite].
- Zweigert* Die soziologische Dimension der Rechtsvergleichung, RabelsZ 1974, 299; Folgezitat: *Zweigert*, RabelsZ 1974, 299 (Seite).
- Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1996); Folgezitat: *Zweigert/Kötz*, Einführung [Seite].

## Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AcP	Zeitschrift Archiv für die civilistische Praxis
ADV	Allgemeine Datenverarbeitung
ADV-Grundbuch	im allgemeinen (elektronischen) Datenverarbeitungssystem geführtes Grundbuch in Österreich
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AllgGAG	Allgemeinen Grundbuchsanlagegesetz
ALR	(Preußisches) Allgemeines Landrecht
AnfO	Anfechtungsordnung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AöGZ	Allgemeine österreichische Gerichtszeitung
AppellG	(Polnisches) Appellationsgericht ( <i>Sąd Apelacyjny</i> )
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AußStrG	Außerstreitgesetz
BAS	<i>Biuro Analiz Sejmowych</i> (Parlamentarisches Büro für Analysen)
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
Biul SN	<i>Biuletyn Sądu Najwyższego</i> (Bulletin des Obersten Gerichts)
BR	Bürgerliches Recht
BT	Besonderer Teil
bzw	beziehungsweise
ca	Circa
CodTher	<i>Codex Theresianus</i>
dh	das heißt

DzU	<i>Dziennik Ustaw</i> (Gesetzesblatt)
E	Entscheidung
eATHB	Elektronisches Anwaltliches Treuhandbuch
eATHB-Statut	Statut 2010 der Treuhandeinrichtung der Rechtsanwaltskammer Wien „Elektronisches Anwaltliches Treuhandbuch (eATHB)“
ecolex	ecolex – Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EDV-Grundbuchregister	(Polnisches) im elektronischen Datenverarbeitungssystem geführtes Grundbuchregister
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EP	(Polnische) Zeitschrift <i>Edukacja Prawnicza</i> (Juristische Ausbildung)
EPG	Eingetragene Partnerschaft-Gesetz
Erläut	Erläuterungen
ESTG	Einkommensteuergesetz
EUR	Euro
EZ	Einlagezähle
FN	Fußnote
frCC	(Französisches) <i>Code Civil</i> bzw. <i>Code Napoléon</i>
FS	Festschrift
GBG	Grundbuchgesetz
GbHypG	(Polnisches) Gesetz über das Grundbuchregister und die Hypothek
GBI	Gesetzesblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GbRG	(Polnisches) Grundbuchrechtsgesetz
GGG	Gerichtsgebührengesetz
GIUNF	Sammlung von zivilgesetzlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes. Wien 1898-1915.
GrESTG	Grunderwerbsteuergesetz
GrStG	Grundsteuergesetz
GUG	Grundbuchumstellungsgesetz



HGGB	(Polnisches) Handelsgesellschaftengesetzbuch,
hL	herrschende Lehre
ImmoBewG	(Polnisches) Immobilienbewirtschaftungsgesetz
immolex	Zeitschrift immolex – Neues Miet- und Wohnrecht
insb	Insbesondere
IO	Insolvenzordnung
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
JBl	Zeitschrift Juristische Blätter
Jh	Jahrhundert
JheringsJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts; <i>R. von Jhering</i> und <i>C. F. Gerber</i> (Hrsg)
JLBl	Zeitschrift Juristisches Literaturblatt
JN	Jurisdiktionsnorm
JuS	Zeitschrift Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
k.k oder k u k	kaiserlich und königlich
KG	Katastralgemeinde oder (ehemaliges) Kreisgericht
KonsFunkG	(Polnisches) Gesetz über die Konsulfunktionen
leg cit	<i>legis citatae</i> (die zitierte Gesetzesstelle)
LiegTG	Liegenschaftsteilungsgesetz
lit	litera (Buchstabe)
LokStG	(Polnisches) Lokalsteuergesetz
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
n Ch	nach Christus
NO	Notariatsordnung
NotAktsG	Notariatsaktsgesetz
NotRG	(Polnisches) Notariatsrechtsgesetz
NP	Zeitschrift <i>Nowe Prawo</i> (Neues Recht)

Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
OG	(Polnisches) Oberstes Gericht ( <i>Sąd Najwyższy</i> )
OGG	(Polnisches) Gesetz über das Oberste Gericht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖRPfI	Zeitschrift - Der österreichische Rechtspfleger (1987 ff) [Lit und E: Heft/Jahr, Seite]
OSNC	<i>Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna</i> (Rechtsprechung des Obersten Gerichts, Zivilkammer)
ÖZVV	Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis
PESEL	(Polnische) Personalidentifikationsnummer
PiP	Zeitschrift <i>Państwo i Prawo</i> (Staat und Recht)
Pkt	Punkt
PLN	Polnischer Zloty (neue Währungsbezeichnung)
pIVfGH	(Polnischer) Verfassungsgerichtshof
poln	Polnisch
Pos	Position
poz	<i>pozycja</i> (Position)
PPH	Zeitschrift <i>Przegląd Prawa Handlowego</i> (Handelsrechtstrundschau)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAK Wien	Rechtsanwaltskammer Wien
RdW	Zeitschrift RdW – Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rej	<i>Rejent</i> – Monatszeitschrift des Vereins der Notare der Republik Polen
RGBI	Österreichisches Reichsgesetzblatt
RPfIG	Rechtspflegergesetz, BGBl 612/1986
RPfSlgG	Entscheidungssammlung Grundbuchssachen, hrsg von der Arbeitsgemeinschaft der Rechtspfleger in Grundbuchssachen beim BG Innere Stadt Wien (1959 ff) [Nummer]
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl

RZ	Österreichische Richterzeitung
SchwBG	Schweizerisches Bundesgericht
sog	sogenannt
StGG	Staatsgrundgesetz
stRsp	ständige Rechtsprechung
SubS	Subsektion
ua	und andere
UHG	Urkundenhinterlegungsgesetz
USA	Vereinigten Staaten von Amerika
USt	Umsatzsteuer
UStG	Umsatzsteuergesetz
v	von bzw vom
VATG	(Polnisches) Umsatzsteuergesetz
Verfassung RP	Verfassung der Republik Polen
VermG	Vermessungsgesetz
Vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WEG	(Polnisches) Wohnungseigentumsgesetz
WGG	Westgalizisches Gesetzbuch
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGB	(Polnisches) Zivilgesetzbuch
ZivilR	Zivilrecht
zł	(Polnischer) Zloty - alte Währungsbezeichnung
ZNUJ	Zeitschrift <i>Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego</i> (Wissenschaftliche Heften der Jagiellonen-Universität)
ZPO	Zivilprozessordnung

ZRStG	(Polnisches) Gesetz über Steuer auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte
ZVGB	(Polnisches) Zivilverfahrensgesetzbuch
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

# I. Einführung

*„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit. Denn die Form hält dem Versucher, der die Freiheit zur Zügellosigkeit zu verleiten sucht, das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen“<sup>1</sup>.*

## A. Problemaufriss

Der Liegenschafts Kauf als ökonomischer Austausch von Gütern spielt aufgrund des zumeist hohen Liegenschaftswertes, sowie aufgrund der potentiellen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung der Liegenschaften, eine wesentliche Rolle für die Privatwirtschaft und für den Staat. Die Relevanz solcher Transaktionen fordert vom Staat die Einführung zweckmäßiger Maßnahmen, um die gebotene Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs – bei dem die Interessenlagen der Vertragsparteien gewöhnlich nicht übereinstimmen – zu gewährleisten.

Der Käufer ist am sicheren Erwerb des Eigentumsrechts an einer konkreten Liegenschaft interessiert. Der Verkäufer hat hingegen Interesse an der sicheren Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises für die verkaufte Liegenschaft. In diesem Spannungsverhältnis müssen die nationalen Rechtsordnungen einerseits die Eigentumsverhältnisse eindeutig definieren und ausreichend publik machen, andererseits haben sie sich mit dem Schutz vor Gefahren wie Doppelverkauf der Liegenschaft oder Nichtbezahlung des Kaufpreises auseinanderzusetzen, um Vertragsparteien adäquate Rechtsschutzmöglichkeiten zu bieten. Dies ist auch im öffentlichen Interesse jedes Staates, da er zumindest aus fiskalpolitischen Gründen an der Information über den Liegenschafts Kauf sowie an der Identität des jeweiligen Eigentümers interessiert ist.

Der Grundsatz der Formfreiheit der Willenserklärungen gilt sowohl in Österreich (§ 883 ABGB) als auch in Polen (Art 60 ZGB). Er ist eine aus logischen Gründen gebotene

---

<sup>1</sup> von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (1875) 470.

Konstruktion, deren Ausmaß im freien Ermessen des jeweiligen Gesetzgebers steht. Nach dem Spruch „ohne Norm keine Form“, bedarf jede Einschränkung der Formfreiheit einer gesetzlichen (bzw vertraglichen) Grundlage.<sup>2</sup> Die Rechtsnormen zeichnen sich dadurch aus, dass sie erst im Zuge formalisierter Verfahren entstehen. Auf ihre Ausgestaltung im Rahmen der Rechtssetzungsprozesse wirken nicht unerheblich außerrechtliche Faktoren ein, welchen sich die erwähnten Interessenskonflikte widerspiegeln.

In diesem Konnex ist daher zu klären, welche außerrechtlichen Faktoren und in welchem Ausmaß diese den jeweiligen Gesetzgeber zur eventuellen Einführung des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf bewegt haben. Daher wird im Rahmen dieser Arbeit in einer Gesamtbetrachtung die seitens des jeweiligen Gesetzgebers gewählte Konstruktion für die Übereignung des Eigentums an Liegenschaften analysiert. Legitim ist in diesem Zusammenhang die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer solchen Untersuchung.

Der Liegenschafts Kauf erfolgt aufgrund übereinstimmender Willenserklärungen beider Vertragsparteien. Der Fokus dieser rechtsvergleichenden Untersuchung wird auf den Formzwang bei der Abgabe solcher Willenserklärungen gelegt. Es wird seine Rolle beim Kaufvertrag und Eigentumserwerb im österreichischen und polnischen Recht näher untersucht.

In Europa wurden ursprünglich die Eigentumsübertragungssysteme in drei Modelle aufgeteilt, dh in jene die entweder das Einheits- bzw Konsensualprinzip genannt, oder das Trennungs- und Abstraktionsprinzip oder die Lehre von *titulus et modus* verwirklichen.<sup>3</sup> In der neueren Literatur wird diese Aufteilung dahingehend modifiziert, dass unter den Eigentumsübertragungssystemen grundsätzlich zwei Modelle unterschieden wird, und zwar zwischen dem Einheitsprinzip (Konsensualprinzip) und dem Trennungsprinzip (Übergabeprinzip). Innerhalb des Letzten erfolgten weitere Differenzierungen in das dem österreichischen Recht zur Grunde liegenden Kausalprinzip und in das im deutschen Recht geltende Abstraktionsprinzip.<sup>4</sup> Da das polnische Recht in seiner Entwicklung unter intensiven Einfluss der Rechtssysteme Frankreichs, Deutschlands und Österreichs stand, habe ich mich zwecks besserer Veranschaulichung der wechselseitigen Zusammenhänge

---

<sup>2</sup> Markl in Gschnitzer (Hrsg), Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (1992) 730.

<sup>3</sup> Diese Dreiteilung verwendet von Caemmerer, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, RabelsZ 1938/39, 675 (680-700).

<sup>4</sup> Krimphove, Das europäische Sachenrecht (2006) 79-82.

für die Beibehaltung der ursprüngliche Aufteilung der Eigentumsübertragungssysteme in drei Modelle entschieden.

### **1. Das Einheits- bzw Konsensualprinzip**

Dieses Prinzip stammt aus dem französischen *Code civil* und gilt in Rechtssystemen des romanischen Rechtskreises. Nach dem Einheitsprinzip geht das Eigentum an der Kaufsache bereits kraft des abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäfts (Kaufvertrags) auf den Käufer über. Dies unabhängig vom Verfügungsgeschäft (Übergaben bzw Eintragung in das Grundbuch) oder von der Zahlung des Kaufpreises. Zwischen dem Kausalgeschäft und dem dinglichen Vollzug wird nicht differenziert.<sup>5</sup>

### **2. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip**

Diese Prinzipien gelten im deutschen BGB. Sie stellen den gravierendsten Gegensatz zum französischen *Code civil* dar. Nach diesen Prinzipien geht das Eigentum auf den Käufer nicht aufgrund des Kaufvertrags über. Das deutsche Recht unterscheidet zwischen der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Eigentumsübertragung und der als eigenständiges Verfügungsgeschäft verstandenen Übertragung des Eigentums (Trennungsprinzip). Zur Übertragung des Eigentums an einer Liegenschaft ist die Einigung beider Parteien über den Eintritt der Rechtsänderung (Auflassung) und zusätzlich die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich. Die Auflassung und Eintragung müssen sich inhaltlich decken.<sup>6</sup> Die Auflassung (Einigung) ist ein abstrakter dinglicher Vertrag, für den alle Regelungen betreffend Willenserklärungen und Zustandekommen von Verträgen gelten. Die Eigentumsübereignung hängt nicht von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts, dh Kaufvertrags ab (Abstraktionsprinzip).<sup>7</sup>

### **3. Die Lehre von *titulus et modus***

Die Lehre von *titulus et modus*, die sowohl im österreichischen ABGB als auch im schweizerischen ZGB gilt, setzt zur Eigentumsübereignung sowohl einen wirksam

---

<sup>5</sup> Art 1138, 711, 1583 *Code Civil*; vgl *Krimphove*, Sachenrecht 110; *Puttfarcken/Schnier*, Der Code Napoléon damals und heute – eine Betrachtung aus deutscher Sicht, ZVglRWiss 2006, 223 (225).

<sup>6</sup> § 925 BGB. PWW/*Huhn* § 925 Rz 11.

<sup>7</sup> PWW/*Prütting* § 929 Rz 4.

abgeschlossenen Kaufvertrag (*titulus*) als auch die Übergabe bzw bei Veräußerung von Liegenschaften zusätzlich die Einverleibung des Eigentumsrechts in das Grundbuch (*modus*) voraus.<sup>8</sup> Nach dieser Lehre ist der Eigentumserwerb zweiaktig. Ohne gültigen Titel kann kein Eigentum derivativ erworben werden.<sup>9</sup> Nach dieser ursprünglichen Konstruktion war der Modus als Verfügungsgeschäft – im Unterschied zum deutschen Trennungs- und Abstraktionsprinzip – kein abstrakter dinglicher Vertrag, sondern ein Realakt.<sup>10</sup> Durch den Einfluss des deutschen Rechts ist man dazu übergegangen, ebenfalls einen dinglichen Vertrag zu unterstellen bzw zu fordern.<sup>11</sup> Der OGH schloss sich zunächst ebenfalls dieser Rechtsansicht an und führte dazu aus, dass die „dingliche Einigung als sachenrechtlicher Teil der kaufvertraglichen Einigung“<sup>12</sup> zu sehen sei. Er qualifizierte den Modus als einen dinglichen Vertrag der Tradition, dessen Gegenstand als die Übertragung der Sachherrschaft mit dem Willen, Eigentum zu geben und zu nehmen, zu verstehen sei. Dieser Übereignungswille gehe deutlich genug aus dem Verpflichtungsgeschäft hervor und werde im Rechtsverkehr in der Regel nicht gesondert erklärt.<sup>13</sup> Diese Rechtsfrage nach dem Wesen des Verfügungsgeschäftes ließ der OGH jedoch in seiner späteren Entscheidung offen.<sup>14</sup>

Nach der Lehre von *titulus et modus* tritt die sachenrechtliche Wirkung erst dann ein, wenn der nach dem abgeschlossenen Kaufvertrag geschuldete Modus gesetzt wird. Im Falle des Abschlusses mehrerer Kaufverträge durch den Verkäufer, in welchen er sich mehrfach zur Eigentumsübereignung und Übergabe einer und derselben Sache an seine Vertragspartner schuldrechtlich verpflichtet, verwirklicht sich die Gefahr einer Mehrfachveräußerung. Das Eigentum geht auf denjenigen Käufer über, dem der Verkäufer die Sache zuerst übergibt.<sup>15</sup> Den übrigen Käufern bleibt nur die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen.<sup>16</sup>

Durch die Übergabe der Kaufsache soll die geforderte Publizität sowie die Einräumung der Herrschaft über die Sache erfüllt werden. Mit dem Modus bezweckt<sup>17</sup> das österreichische Recht die Bedeutung dieses Verfügungsgeschäfts ersichtlich zu machen.<sup>18</sup>

---

<sup>8</sup> RIS-Justiz: RS0011118; Schweiz (Art 714 ZGB).

<sup>9</sup> RIS-Justiz: RS0011117.

<sup>10</sup> *Faistenberger/Barta/Call/Eccher* in *Gschnitzer* (Hrsg), Österreichisches Sachenrecht<sup>2</sup> (1985) 103.

<sup>11</sup> *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 425 Rz 2.

<sup>12</sup> OGH 11. 2. 1997, 5 Ob 18/97a.

<sup>13</sup> RIS-Justiz: RS0011123, zuletzt OGH 16. 2. 1984, 7 Ob 632/83.

<sup>14</sup> OGH 16. 4. 1997, 7 Ob 25/97w.

<sup>15</sup> *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1053 Rz 20 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).

<sup>16</sup> *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1053 Rz 22 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).

<sup>17</sup> *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 425 Rz 1 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at).



Beim Eigentumserwerb an Liegenschaften hat der österreichische Gesetzgeber in § 431 ABGB den Eintragungsgrundsatz (Intabulationsprinzip) festgelegt. Entsprechend dem Publizitäts- und Legalitätsprinzip ist die Einverleibung geänderter Eigentumsverhältnisse auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs gerichtet.<sup>19</sup> Der im § 433 ABGB determinierte und für den Eigentumserwerb notwendige Inhalt des Kaufvertrages umfasst die Angaben betreffend die Vertragsparteien, die Liegenschaft mit ihren Bestandteilen, den Rechtsgrund der Übergabe, den Ort und die Zeit des Vertragsabschlusses sowie die Aufsandungserklärung, welche ebenfalls der angestrebten Herstellung und Aufrechterhaltung dieser Sicherheit dient.

Die Ausnahmen vom Eintragungsgrundsatz<sup>20</sup> wurden gesetzlich normiert, dass nach der Rsp. außerhalb dieses gesetzlich definierten Ausnahmenbereiches „kein Platz für sog außerbücherliches Eigentum bestehen könne. Soweit der Eintragungsgrundsatz herrsche, bewirke die bloße Übergabe der Liegenschaft nicht den Übergang des Eigentums“.<sup>21</sup>

Der Modus und seine Wirksamkeit werden – anders als im deutschen Recht – von der Gültigkeit des Kaufvertrags nicht abstrahiert (Prinzip kausaler Tradition).<sup>22</sup> Seine Gültigkeit hängt von der Existenz und der Gültigkeit des Titels ab (§ 424 ABGB). Die Einverleibung ohne gültigen Titel führt zu keiner Eigentumsübereignung, sodass sie im Falle ihrer zu Unrecht vorgenommenen Durchführung mittels Löschungsklage gemäß §§ 61 ff GBG bekämpft werden kann.<sup>23</sup>

Im österreichischen Recht ist die Form für den Kaufvertrag unbeweglicher Sachen und für die Eigentumsübereignung in den §§ 883, 1053, 1054 ABGB, §§ 8, 22, 26, 27 GBG geregelt. Diese Bestimmungen sowie die einschlägigen Vorschriften des polnischen Zivilrechts (Art 60, 73, 155 - 158 ZGB Art 1-5, 10 GbHypG) sollen vorwiegend den Gegenstand der rechtsvergleichenden Untersuchung darstellen.

---

<sup>18</sup> OGH 10. 2. 2004, 5 Ob 222/03p.

<sup>19</sup> Mader in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 431 Rz 5-6 und 10 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at).

<sup>20</sup> (zB Eigentumserwerb des Erben durch Einantwortung, Eigentumserwerb durch Ersitzung, bei Zwangsversteigerung durch Zuschlag, durch Enteignung mittels Bescheid, vgl VwGH 15. 9. 1992, 92/05/0124).

<sup>21</sup> RIS-Justiz: RS0011111, zuletzt OGH 27. 5. 2014, 9 Ob 15/14t.

<sup>22</sup> Vgl RIS-Justiz: RS0011105.

<sup>23</sup> RIS-Justiz: RS0011270, zuletzt OGH 31. 1. 2012, 1 Ob 252/11g.

Im Folgenden sollen jedoch nicht nur die Ergebnisse dargestellt werden, sondern es vielmehr besonders Gewicht auf die Beschreibung des Weges gelegt werden, der zum jeweiligen Ergebnis führte. Die unterschiedlichen Ausformungen des Formzwangs können verschiedene Ursachen haben.

Die Übertragung des Eigentums an Liegenschaften nach polnischem Recht erfolgt nur deshalb zu einem anderen Zeitpunkt als nach österreichischem Recht, weil die polnische Rechtsordnung die Lehre von *titulus et modus* und die konstitutiven Wirkung der Einverleibung des Eigentumsrechts in das Grundbuch durch eine andere Konstruktion ersetzt. Dieser Zeitfaktor in Bezug auf den Eigentumsübergang und seine Publizität determiniert die Risiken beim Liegenschaftsverkehr. Für die Rückschlüsse auf den Verkehrsschutz oder die Praktikabilität des untersuchten Formzwangs beim Liegenschafts Kauf im österreichischen und polnischen Recht ist es notwendig darzulegen, wie sich die Lehre von *titulus et modus* und das Einheitsprinzip innerhalb ihrer jeweiligen Rechtsordnung in das Gesamtsystem einfügen.<sup>24</sup>

Im Anschluss wird auf die Frage eingegangen, ob der gegebenenfalls eingeführte Formzwang beim Liegenschafts Kauf in beiden Rechtssystemen für das Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) oder auch für das Verfügungsgeschäft (Eintragung in das Grundbuch) gesetzlich vorgeschrieben ist. Dabei wird nach der Funktion des jeweiligen Formzwangs und in weiterer Folge nach Sanktionen bei seiner Verletzung gefragt.

Eine solche Analyse soll klären, ob die österreichische Rechtsordnung mit dem Prinzip der kausalen Tradition und der konstitutiven Wirkung der Einverleibung des Eigentumsrechts in das Grundbuch zum selben Ergebnis gelangt, wie die polnische Rechtsordnung aufgrund des Einheitsprinzips und der doppel funktionellen Wirkung des Kaufvertrags sowie der lediglich deklarativen Wirkung der Eintragung des Eigentumsrechts in das Grundbuchregister. Als Maßstab ist in diesem Zusammenhang die Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs heranzuziehen.

Die polnische Staats- und Rechtsgeschichte veranschaulicht hier die prägenden Einflüsse unterschiedlicher Ideologien und Sozialstrukturen auf die aktuelle Rechtslage und den

---

<sup>24</sup> Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1996) 2.

Liegenschaftsverkehr in Polen. Sie erklärt die Einflussnahme fremder Rechtssysteme, ihre Rezeption sowie ihre nachhaltige Wirkung im polnischen Recht, welches durch diese einzigartige Erfahrung mit anderen Rechtskreisen ausgestaltet wurde.<sup>25</sup>

Nach der 3. und endgültigen Teilung Polens im Jahr 1795 unter Österreich, Preußen und Russland, galten auf dem polnischen Gebiet fünf fremde Rechtsordnungen aus verschiedenen Rechtstraditionen.<sup>26</sup> Nach Wiederentstehung des polnischen Staates im Jahr 1918 wurden diese Rechtssysteme auf dem neuen entstandenen Staatsgebiet angetroffen. Die polnischen Juristen damaliger Zeit, die in diesen verschiedenen Rechtssystemen ausgebildet waren, hatten die anspruchsvolle Aufgabe, ein eigenes Rechtssystem für das Land zu schaffen.<sup>27</sup> Nicht ohne Bedeutung waren in diesem Kontext die in der Gesellschaft bestehenden unterschiedlichen Rechtsverständnisse, welche die polnische Nation im Laufe der 123 Jahre (4 Generationen) des völkerrechtlichen Nichtbestehens polnischen Staates geprägt haben. Die (rechtsvergleichenden) Arbeiten an der Vereinheitlichung des polnischen Privatrechts fanden in der Zwischenkriegszeit statt. Die Kodifikationskommission beabsichtigte ein einheitliches Zivilrecht zu schaffen, das „eine Synthese der germanischen und romanischen Elemente sein sollte“.<sup>28</sup> Bis zum Anfang des 2. Weltkrieges blieben jedoch die Versuche, das Sachenrecht zu vereinheitlichen, erfolglos. Die Entwürfe, welche die Kodifikationskommission ausgearbeitet hatte, dienten als Grundlage für die in den Jahren 1945 und 1946 konzipierten Dekrete, die das Sachenrecht<sup>29</sup> und das Grundbuchregister<sup>30</sup> einheitlich normierten.<sup>31</sup> Nach dem Inkrafttreten dieser Dekrete begannen die Arbeiten am Entwurf des heutigen ZGB.

Im Rahmen der rechtsvergleichenden Betrachtung sind sowohl rechtshistorische als auch rechtspolitische Tendenzen des jeweiligen Staates zur Ausweitung der Kontrolle über den Liegenschaftsverkehr durch den Formzwang zu analysieren. Insb implizierte der seit Ende 80er Jahren des 20. Jh begonnene, sozio-ökonomische wie auch politische Wandel in Polen

---

<sup>25</sup> Glatz, Die Entwicklung des polnischen Zivilrechts (2000) 23.

<sup>26</sup> Im Nordwesten herrschte das preußische Recht, im Osten das russische Recht, auf dem Gebiet des ehemaligen Großherzogtums Warschau (1807-1815) das französische Recht, im Süden (Galizien) das österreichische Recht und auf einem kleinen Gebiet im Süden das ungarische Recht.

<sup>27</sup> Kühn, Development of Comparative Law in Central and Eastern Europe, in *Reimann/Zimmermann* 217-218.

<sup>28</sup> Mączyński, Die Entwicklung und Reformpläne des polnischen Privatrechts, in *Welser* 115-116.

<sup>29</sup> Dz. U. 1946, nr 57, poz 319 / GBI 1946, Nr 57, Pos 319.

<sup>30</sup> Dz. U. 1946, nr 57, poz 320 / GBI 1946, Nr 57, Pos 320.

<sup>31</sup> Pisuliński, Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – zwischen Tradition und den Entwürfen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in Europa, in *Welser* (2013) 101-102.

wesentliche Änderungen für das Eigentum als Rechtsinstitut. Dieser Wandel wirkte sich auf die Intensität des Liegenschaftsverkehrs aus. Die Umwandlung der sozialistischen Planwirtschaft in die kapitalistische Marktwirtschaft belebte in Polen den Liegenschaftsverkehr und aktualisierte damit das Rechtsschutzbedürfnis.<sup>32</sup>

Das *bis dato* geltende ZGB trat am 23.04.1964, dh zur Zeit der Volksrepublik Polen, in Kraft. Aus diesem Grund liegt der Verdacht nahe, dass diese Kodifikation immer noch hinsichtlich des allenfalls gegebenen Formzwangs beim Liegenschafts Kauf in Polen ideologisch belastet ist. Die Vorschriften über das Grundbuchregister wurden vor allem aus ideologischen Gründen ins ZGB nicht aufgenommen. Zu Zeiten der Volksrepublik Polen gab es zwar Privateigentum an (vor allem landwirtschaftlichen) Liegenschaften. Nach der sozialistischen Doktrin wurde jedoch das Ziel angestrebt, alle Liegenschaften im Laufe der Zeit zu verstaatlichen.<sup>33</sup> In den Jahren 1945-1989 drohte in Polen die völlige Abschaffung der Institution des Grundbuchregisters, weil befürchtet wurde, dass sie ein schlechtes Bild vom Sozialismus in der Volksrepublik Polen mache.<sup>34</sup> In diesem Kontext gewinnt die Frage nach einem eventuellen im Laufe der Zeit entstandenen Funktionswandel des Formzwangs an Interesse.

Das polnische ZGB ist im Vergleich zum österreichischen ABGB, das bereits seit über 200 Jahren in Kraft ist, ein sehr junges Gesetz. Da die adäquaten Rechtsschutzmöglichkeiten eine klare Gesetzessprache voraussetzten, stellt sich auch in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern sich die beiden Gesetze im Aufbau und in der Verständlichkeit für die Gesellschaft voneinander unterscheiden.

## **B. Zielsetzung und Aufbau der Arbeit**

Gerade für den Eigentumsübergang beim Liegenschafts Kauf kann man nicht von einheitlichen Regeln ausgehen, da diese Problematik an der Schnittstelle des Schuldrechts und Sachenrechts liegt. Die Differenzen bei juristischen Konstruktionen des Eigentumsübergangs ergeben sich aus den unterschiedlichen Interessenswertungen sowie Akzentuierungen im Schuld- und Sachenrecht. Ziel der Arbeit ist es, einen Beitrag zur

---

<sup>32</sup> *Stelmachowski/Zaradkiewicz* in *Autor in Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 113 ff.

<sup>33</sup> *Pisuliński*, Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – zwischen Tradition und den Entwürfen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in Europa, in *Welser* (2013) 101-102.

<sup>34</sup> *Rudnicki*, GbHypG<sup>3</sup> Vorwort 9-10.

Erforschung der bestehenden Differenzen bzw Parallelen des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf in Österreich und Polen zu leisten, was wegen des Charakters dieser Arbeit mittels nachstehend dargelegter, wissenschaftlicher Methode zu erfolgen hat.

In dieser Abhandlung stellt sich zuerst die Frage, ob die hier miteinander verglichenen Rechtsordnungen überhaupt einen Formzwang für den Liegenschafts Kauf bzw für den Erwerb des Eigentums an einer Liegenschaft einführen. Zutreffendenfalls wird die Art des Formzwangs, seine Reichweite und die Rechtsfolgen seiner Verletzung in Polen (Kapitel II) und in Österreich (Kapitel III) zu klären sein. In diesem Kontext sollen auch die Reformpläne im Entwurf des neuen polnischen Zivilgesetzbuches näher beleuchtet werden (Kapitel II).

Aufgrund der Erwartungen der vernetzten Wirtschaft und Gesellschaft im Rahmen der Europäischen Union sind vertiefte Kenntnisse unterschiedlicher Rechtssysteme und deren Vergleich erforderlich.<sup>35</sup> Die Arbeit soll einen Beitrag zum besseren Verständnis der Rechtslage bezüglich dieses Formzwangs beim Liegenschafts Kauf in Österreich und Polen leisten, wodurch das Vertrauen im Wirtschaftsverkehr zwischen beiden Ländern gestärkt werden soll. Dabei soll insbesondere die Frage beantwortet werden, welche (unterschiedlichen) Ziele die jeweiligen Gesetzgeber mit den Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit verfolgen. Das Hauptthema dieser Arbeit bildet ein Rechtsvergleich des Formzwangs und der regelungsbedürftigen Interessenskonflikte beim Liegenschafts Kauf mit den Lösungswegen in beiden Rechtssystemen. Bei der Darstellung der Gemeinsamkeiten und Abweichungen in den hier miteinander verglichenen Rechtsordnungen wird der Frage nachgegangen, inwiefern der Verkehrsschutz durch einen näher zu untersuchenden Formzwang der Willenserklärungen beider Parteien zu schaffen ist. Kann ein Staat einen sicheren Liegenschafts Kauf mittels Formzwang überhaupt gewährleisten? Welche Gefahren in historischen und politischen Entwicklungen des Rechts und der Gesellschaft bedürfen einer solchen Reaktion des Gesetzgebers. Schließlich soll ein Resümee des Rechtsvergleichs gezogen werden, in dem die Lösungen beider Rechtsordnungen gewürdigt werden. (Kapitel IV).

Für die Wahl dieses Themas spricht auch eine beachtliche Dogmatik beider Staaten, in welchen die Problematik des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf nur auf den nationalen

---

<sup>35</sup> *Rusch*, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, Jusletter 13. Februar 2006, 1 (1).

Ebenen eingehend untersucht und kommentiert wird. Eine rechtsvergleichende Analyse des Formzwangs der Willenserklärungen beim Liegenschafts Kauf zwischen den hier untersuchten Rechtsordnungen gibt es derzeit nicht. Daher zeigt sich dieser Zustand als ein interessanter Forschungsbereich. Die österreichische und polnische Lehre sowie Rechtsprechung gehen in dieser Materie normbezogen und deskriptiv vor, während diese Arbeit eine funktionelle Rechtsvergleichung beinhaltet, der auf die Funktion des Rechts und die problembezogene Methode eingeht. Somit kann diese Arbeit die bestehenden Lücken zumindest zum Teil ausfüllen.

Die Auswahl der verglichenen Rechtsordnungen war überdies von dem Bestreben getragen, neben dem österreichischen Recht mit der Lehre von *titulus et modus* und der für den Eigentumserwerb konstitutiven Eintragung in das Grundbuch einen postsozialistischen (polnischen) Vertreter des rezipierten romanischen Rechtskreises einzubeziehen, bei dem die Eintragung in das Grundbuchregister – entsprechend dem Einheitsprinzip – für die Eigentumsübereignung lediglich deklarativ wirkt.

Im Anschluss auf den kurzen Problemaufriss wird auf die methodologische Vorgehensweise eingegangen. Sinnvoll vergleichbar ist nur, was dieselbe Funktion erfüllt.<sup>36</sup> Deshalb folgt diese Arbeit in ihrer Konzeption der Methode der funktionellen Rechtsvergleichung, wobei als Grundlagen das österreichische und polnische Recht untersucht werden.

Die Rechtsvergleichung bezweckt ua Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen sowie deren Gemeinsamkeiten festzustellen und zu werten. Durch einen Dialog beider Rechtsordnungen sollen die Bedeutung der Ziele, Tauglichkeit und Adäquanz der bestehenden Rechtslagen aufgespürt werden.<sup>37</sup>

Bei der Untersuchung der Anforderungen und Funktionen des jeweiligen Formzwangs hat – wie *Galdia* richtig bemerkt – die funktionale Methode der Rechtsvergleichung „mit hinreichender Sicherheit die Vergleichbarkeit solcher Rechtsausdrücke bewiesen“.<sup>38</sup> Im Zentrum des Rechtsvergleichs wird jedoch ein Vergleich der Lösungen, welche die

---

<sup>36</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1996) 33.

<sup>37</sup> *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen. Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung (1999) 4.

<sup>38</sup> *Galdia*, Rechtsvergleichendes Übersetzen, *The European Legal Forum* 2003/1, 1 (4).

österreichische und polnische Rechtsordnung für konkrete Sachprobleme bereithält, stehen und nicht ein eher formaler Vergleich zweier einander entsprechender Ergebnisse.

Die Analyse wird sich hauptsächlich auf den Vergleich einzelner Probleme und Rechtsinstitute des österreichischen und polnischen Rechts beschränken (Mikrorechtsvergleichung).<sup>39</sup> Es ist jedoch in die Überlegung einzubeziehen, dass bei der Rechtsvergleichung immer die ganze Rechtsordnung und alle gesellschaftlichen Konstellationen zu berücksichtigen sind.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Koch/ Magnus/Winkler von Mohrenfels, IPR und Rechtsvergleichung (2010) 280; Zweigert/Kötz, Einführung 4 ff.

<sup>40</sup> Rusch, Jusletter 13/2006, 1 (4).

## II. Der Formzwang beim Liegenschafts Kauf nach polnischem Recht

### A. Definitionen

Da jedes Rechtssystem seine eigene Systematik und Begriffsdefinitionen hat, die auf unterschiedlichen Konzepten basieren können, ist bei der rechtsvergleichenden Analyse anzustreben, sich von den juristischen Begriffen zu lösen und das zu Grunde liegende Problem zu bezeichnen, damit der Gegenstand der rechtsvergleichenden Arbeiten ein abstrakt beschriebenes Problem bildet.

An dieser Stelle muss noch auf ein sprachliches Problem aufmerksam gemacht werden. Bei Untersuchungen verschiedener Rechtssysteme, in denen unterschiedliche Sprachen (Deutsch, Polnisch) verwendet werden, ist auch die Frage zu prüfen, inwieweit die Rechtsbegriffe der österreichischen Rechtsordnung den Rechtsbegriffen der polnischen Rechtsordnung entsprechen.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Rechtsbegriffe in den verglichenen Rechtssystemen auch dann nicht identisch sein müssen, wenn sie wie zB „Notariatsakt“ und „*akt notarialny*“ semantisch übereinstimmen. Eine Äquivalenz der Rechtsbegriffe beider Rechtssysteme kann nur dann gegeben sein, wenn die österreichischen und polnischen Formtypen in ihren Funktionen adäquat sind, wenn sie also das gleiche *telos* verfolgen.<sup>41</sup>

Bei der Beurteilung dieser Frage müssen die Erfordernisse und ihr jeweiliger Zweck ergründet werden, welche die jeweiligen Gesetzgeber zB an den „Notariatsakt“ und „*akt notarialny*“ gestellt. Es kann nämlich sein, dass diese Rechtsakte zwar in Österreich und Polen semantisch gleich „heißen“, nicht aber den gleichen Anforderungen in beiden Staaten unterworfen sind.<sup>42</sup> Aus diesem Grund ist jedes Mal der Inhalt der Begriffe des Eigentums, der Liegenschaft, des Kaufvertrags sowie des Formzwangs zu untersuchen. Für die Gleichwertigkeit von Begriffsinhalten sollen jene Elemente berücksichtigt werden, wie

---

<sup>41</sup> *Galdia*, The European Legal Forum 2003/1, 1 (1); *Simonnæs*, Juristisches Übersetzen – der Vergleich als Grundlage der Erkenntnis, trans-kom 2013/6[1] 208 (221); vgl *Kischel*, Vorsicht, Rechtsvergleichung!, ZVglRWiss 2005, 10 (11-15); *Heiss*, Hierarchische Rechtskreiseinteilung. Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?, ZVglRWiss 2001, 396 (400-405); *Großfeld*, Sinn und Methode der Rechtsvergleichung, in FS Sandrock (2000) 335-336.

<sup>42</sup> Vgl *Klimek*, Fremdsprachenzuschlag als übertarifliche Entlohnung iSd § 21 RATG, AnwBl 2014, 110 (111).



die Sachkunde und die Funktion des mitwirkenden Amtsträgers sowie seine gesetzlichen Pflichten, insbesondere die Rechtsbelehrung bei der Erstellung der Urkunde in der gebotenen Form.<sup>43</sup>

## 1. Eigentum

### 1.1. Allgemeines

Das Rechtsinstitut des Eigentums erfuhr eine lange Entwicklung, was an dem Wandel seiner Definition und seinen sich laufend veränderten Schranken zu erkennen ist. Nach einer der ersten Definition des Eigentums, die im 14. Jh *Bartolusa de Saxoferrato* formulierte, wurde es als ein freies Verfügungsrecht über eine körperliche Sache verstanden, dessen allfällige Schranken kraft Gesetzes zu setzen sind („*ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat*“).<sup>44</sup> Die Gestaltung dieses Rechtsinstituts sowie sein Rechtsschutz ist wesentlich durch die jeweilige Staats- und Regierungsform geprägt,<sup>45</sup> da im Rahmen einer staatlichen Organisation generell-abstrakte Rechtsnormen in Gesetzesform festgelegt werden. Diese Rechtsnormen – beeinflusst durch die rechtspolitischen Grundsätze und sozialwirtschaftlichen Bedürfnisse des jeweiligen Staates – determinieren das Wesen des Eigentums. Die Differenzen in der Auffassung dieses Rechtsinstituts sind auf die Unterschiede in Gesellschafts- und Rechtsstrukturen sowie auf ihre kulturelle Entwicklung zurückzuführen. Deswegen können differenzierte Formen des Eigentums parallel koexistieren.<sup>46</sup>

In der Urzeit überwog eine kollektive Form des Eigentums, das einem Stamm bzw einer Volksgruppe oder einem Volk gehörte. Das Eigentumsrecht und in Folge dessen die Berechtigung zur Nutzung des Eigentumsobjekts diente allen Mitgliedern der Gruppe. Das (oft ungeschriebene) Gewohnheitsrecht bestimmte die Regeln, nach denen das Eigentum genützt wurde.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> *Leopold/Koland/Caspary*, Die Gültigkeit eines Erbvertrags nach österreichischem Recht bei Beurkundung durch einen deutschen Notar, NZ 2005/46, 193 (194-198).

<sup>44</sup> *Giario* in *Dajczak/Giario/Longchamps de Bérier* 371.

<sup>45</sup> *Strzelczyk*, *Prawo nieruchomości<sup>3</sup> / Immobilienrecht<sup>3</sup>* (2014) Rz 16.

<sup>46</sup> *Ignatowicz/Stefaniuk*, *Prawo rzeczowe / Sachenrecht* (2012) 45.

<sup>47</sup> *Stelmachowski/Zaradkiewicz* in *Gniewek<sup>3</sup>*, III § 20 Rz 12.

Der Übergang vom kollektiven Eigentum in das individuelle Eigentum erfolgte in Europa sehr früh. Bereits im antiken Rom ist *ager publicus* als öffentliches kollektives Eigentum allmählich zum individuellen Eigentum desjenigen geworden, der es bewirtschaftete.<sup>48</sup>

Nach dem Untergang des Weströmischen Reiches gewann das Gewohnheitsrecht der germanischen Stämme an Bedeutung. Nach diesem Recht war das Eigentum, insbesondere an Liegenschaften, mit öffentlichen Pflichten und vor allem mit dem Wehrdienst verbunden. Naturgemäß führe die Einordnung der Stammesmitglieder in eine militärische Organisation zu einer hierarchischen Unterordnung unter den Stammherrn.<sup>49</sup>

Auf diese Art und Weise entwickelte sich der Feudalismus als eine Gesellschafts- und Wirtschaftsform des europäischen Mittelalters. In diesem Zeitraum war das Eigentum quasi zersplittert zwischen *dominium directum* und *dominium utile*. Der Lehnsherr, dem das *dominium directum* gehörte, überließ dem Vasallen das *dominium utile*, das zumindest am Anfang mehr einem erblichen Nutzungsrecht an der fremden Sache ähnelte. In Folge der politischen Entwicklungen breiteten die Vasallen ihre Berechtigung zunehmend aus, sodass sich diese dem tatsächlichen Eigentum sehr annäherte.<sup>50</sup>

Für die weitere Entwicklung des Eigentums spielte die mittelalterliche deutsche Ostansiedlung um das Jahr 1000 n Ch eine wesentliche Rolle. Mit der Einwanderung deutschsprachiger Siedler in die überwiegend slawisch und teilweise baltisch bewohnte Gebiete östlich von der Elbe und Oder sowie in Niederösterreich, der Steiermark bis in das Baltikum, nach Böhmen, Polen und Ungarn erfolgten umfassende Veränderungen der Siedlungs- und Rechtsstrukturen.<sup>51</sup> Es wurden Städte und Kolonistendörfer nach deutschem Recht angelegt. Die bestehenden Siedlungsstrukturen wurden erweitert und umstrukturiert. Die Städte erhielten allmählich eine Autonomie, was zur Entwicklung der Selbstverwaltung geführt hat.<sup>52</sup> Diese Städte, insbesondere die größeren, wurden nicht mehr als Eigentum des Landesherrn betrachtet. Innerhalb ihrer Mauer entwickelte sich das Privateigentum der Bürger, was einen Impuls in eine künftige Umstrukturierung der

---

<sup>48</sup> Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego / Grundriss des römischen Privatrechts* (1962) 34 und 48-49.

<sup>49</sup> Stelmachowski/Zaradkiewicz in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 18.

<sup>50</sup> Stelmachowski/Zaradkiewicz in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 19.

<sup>51</sup> Stelmachowski/Zaradkiewicz in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 25.

<sup>52</sup> Jaworski, *Zarys powszechnej historii państwa i prawa / Grundriss der allgemeinen Staats- und Rechtsgeschichte* (1996) 97-100.

Eigentumsverhältnisse darstellte und letztlich zur Bildung des Eigentums im kapitalistischen Sinne führte.<sup>53</sup>

Einen wichtigen Anstoß zur Veränderung der Eigentumsverhältnisse gab die Französische Revolution 1789, im Zuge derer feudale Abhängigkeiten aufgehoben wurden. Sie legte auch die Grundlage für die europaweite Bauernbefreiung im 18. und 19. Jahrhundert, nach welcher den Bauern gestattet wurde, das Eigentum an Grund und Boden zu erwerben.<sup>54</sup> Die Transformation der Eigentumsverhältnisse wurde durch das Inkrafttreten des frCC 1804 besiegelt. Auf diesem Weg vom kollektiven Eigentum der Urzeit über das feudale System entwickelte sich das heute weit verbreitete Privateigentum. Das staatliche bzw kommunale Eigentum existierte und existiert zwar weiterhin, nahm jedoch zunehmend einen subsidiären Charakter an. Im 20. Jh stellte der Kommunismus diese Entwicklung der Eigentumsstruktur in Frage. Er zeigte, dass die Revolutionsergebnisse zur zyklischen Erneuerung der Eigentumsverhältnisse im Sinne der Kollektivierung führen können.<sup>55</sup>

## **1.2. II. Republik Polen (1918 - 1939)**

In den Jahren 1772, 1793 sowie abschließend im Jahr 1795 wurde das damalige Staatsgebiet Polens unter den Nachbarstaaten Österreich, Preußen und Russland aufgeteilt. Der Untergang des polnischen Staates unterbrach gewaltsam die polnische Rechtsentwicklung.<sup>56</sup> Die obigen Staaten oktroyierten mit der Eingliederung des polnischen Staatsgebiets in eigene Staatsgebiete ihre Rechtssysteme. Die ursprüngliche Aufteilung des ehemals polnischen Staatsgebiets in drei Rechtsgebiete erfuhr im Zuge der napoleonischen Kriege im 19. Jh eine neuerliche Modifikation, nämlich die Aufteilung in fünf Rechtsgebiete (russische, österreichische, preußische, französische und ungarische Gebiete). Diese Einteilung nahm nach dem Wiener Kongress von 1815 einen dauerhaften Charakter an, welcher bis zum Ende des 1. Weltkrieges und teilweise auch bis zum Jahr 1946 bestehen blieb.<sup>57</sup>

Das polnische Zivilrecht, sein Aufbau und seine Regeln wurden durch diese schwierige Situation wesentlich geprägt. Auf dem polnischen Staatsgebiet galten verschiedene

---

<sup>53</sup> *Stelmachowski/Zaradkiewicz* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 23.

<sup>54</sup> *Stelmachowski/Zaradkiewicz* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 25.

<sup>55</sup> *Stelmachowski/Zaradkiewicz* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 29.

<sup>56</sup> *Glatz*, Die Entwicklung 24.

<sup>57</sup> *Glatz*, Die Entwicklung 25.

Rechtsordnungen, mit ihren jeweiligen Definitionen des Eigentums. Zwecks Beseitigung unvermeidbarer Kollisionen der Rechtsordnungen erließ der polnische Gesetzgeber das Gesetz vom 2. 8. 1926 über interprovinzielles Privatrecht.<sup>58</sup> Im Bereich des Sachenrechts galt als Anknüpfung das Belegenheitsrecht (*lex rei sitae*), was bei Liegenschaften einen ausschließlichen Charakter hatte. Die Gesetze der verschiedenen Rechtssysteme, welche das Eigentum in Polen definierten, stammten jedoch aus unterschiedlichen Zeiten, was sich aus der ideologischen Prägung ihrer Rechtsnormen ergab.

Auf den durch Russland annektierten polnischen Gebieten galt vorerst das alte polnisch-litauische Recht,<sup>59</sup> das im Jahr 1840 durch das „*Svod Zakonov Rossijskoj Impjerii*“ (Gesetzessammlung des Russischen Kaiserreiches) aus dem Jahr 1832 ersetzt wurde.<sup>60</sup> Dieses Recht beinhaltete einige Überreste des Feudalismus, weshalb es keinen wesentlichen Einfluss auf die Rechtsvereinheitlichung und Kodifizierung des polnischen Zivilrechts hatte.<sup>61</sup> Das Eigentum wurde im Art 420 des X. Bands des „*Svod Zakonov*“ definiert.<sup>62</sup> Demnach steht das Eigentumsrecht über ein Vermögen demjenigen zu, der erste Herrscher über das Vermögen ist und das Recht in seine private Zugehörigkeit übernahm, sowie die Herrschaft nach der zivilrechtlichen Handlungswiese erwarb und das Recht zur ausschließlichen und von Dritten unabhängigen Nutzung hat sowie über dieses erblich und solange verfügt, bis er diese Herrschaft einem anderen überträgt.

Abgesehen von der russischen Gesetzessammlung, die keine Kodifikation im eigentlichen Sinne war, war der frCC 1804 das älteste, in damaligem Polen geltende Gesetzbuch. Es wurde im Jahr 1807 im Großherzogtum Warschau eingeführt und stellte ein Muster für die späteren Kodifikationen dar<sup>63</sup>. Es definierte im Art 544 frCC das Eigentum sehr liberal, entsprechend der Ideologie der nachrevolutionären Zeiten: „*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*“. Dem Regelungskonzept nach korrespondiert diese Definition mit der von *Bartolus* begründeten Tradition des gemeinen Rechts und seiner Ausgestaltung des Eigentumsbegriffes mit dem Vorbehalt „*nisi lege*

---

<sup>58</sup> Dz. U. 1926, nr 101, poz 580 / GBl 1926, Nr 101, Pos 580.

<sup>59</sup> Das III. Litauische Statut von 1588.

<sup>60</sup> *Jurek*, Historia Państwa i Prawa Polskiego<sup>2</sup> / Geschichte des polnischen Staates und Rechts<sup>2</sup> (1996) 80; *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 126.

<sup>61</sup> *Jurek*, Geschichte 92.

<sup>62</sup> *Stelmachowski/Zaradkiewicz* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 52.

<sup>63</sup> *Stelmachowski/Zaradkiewicz* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 52.

*prohibeatur*“. Das Eigentum in diesem Sinne ist mit einer Doppelbefugnis ausgestaltet, die auf den Gebrauch einer Sache und die Verfügung über sie gerichtet ist.<sup>64</sup> Es hat einen absoluten Charakter (*ius infinitum*). Seine Ausgestaltung konnte ausschließlich im Gesetzeswege eingeschränkt werden, wobei diese Schranken meistens öffentlich-rechtliche Natur sind.<sup>65</sup> Das Eigentum ging von der Menschen- und Bürgerrechtserklärung von 1789 aus und war als *droit sacré* (heiliges Recht) gesehen und hatte das Fundament einer ganz auf das Individuum ausgerichteten Rechtsordnung zu bilden. Die Formel des damals neuen Eigentumstatbestands grenzte sich vor allem von den mehrgliedrigen Eigentumsformen (*dominium directum* und *dominium utile*) des alten vorrevolutionären Rechts ab.<sup>66</sup>

Sieben Jahre nach dem frCC wurde das durch das Naturrecht geprägte österreichische ABGB 1811 verabschiedet. § 354 ABGB definiert das Eigentum im subjektiven Sinne als Befugnis, mit der Substanz und der Nutzung einer Sache nach eigener Willkür zu walten (sog Einwirkungsmacht) und jeden anderen davon auszuschließen (sog Ausschließungsmacht).<sup>67</sup>

Das Eigentum sei seinem Wesen nach unbeschränktes Vollrecht (§§ 354, 362 ABGB). Die Erwerbs- und Eigentumsfreiheit hob das Naturrecht als eine Grundlage der freien Persönlichkeit hervor.<sup>68</sup> Es ist ein absolutes, von der Rechtsordnung gegen Angriffe Dritter geschütztes Recht.<sup>69</sup> Das Eigentum unterliegt gemäß §§ 364 ff ABGB nachstehenden Einschränkungen:

- 1) bei der Ausübung des Eigentumsrechts darf der Eigentümer in die Rechte Dritter nicht eingreifen,
- 2) das Eigentumsrecht kann gesetzlich zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohls eingeschränkt werden,
- 3) die Enteignung kann nur im Interesse der Allgemeinheit und gegen angemessene Entschädigung erfolgen.<sup>70</sup> Diese potenzielle Einschränkung des Eigentumsrechts bestätigt zugleich seinen Schutz im Verfassungsrang gemäß Art 5 StGG.

---

<sup>64</sup> *Thier in Dölemeyer/Mohnhaupt/Somma* 217.

<sup>65</sup> *Stelmachowski/Zaradkiewicz in Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 52.

<sup>66</sup> *Thier in Dölemeyer/Mohnhaupt/Somma* 218-219.

<sup>67</sup> *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 354 Rz 2 (Stand 1. 9. 2014, rdb.at).

<sup>68</sup> *Faistenberger/Barta/Call/Eccher, in Gschnitzer*, Sachenrecht<sup>2</sup> 59.

<sup>69</sup> RIS-Justiz: RS0010350.

<sup>70</sup> RIS-Justiz: RS0010844.

Das Eigentum iSd jüngeren deutschen BGB weicht von der obigen Definition nicht ab. § 903 BGB beschreibt den wesentlichen Inhalt der dem Eigentümer zustehenden Rechte. Das Eigentum ist demnach ein dingliches um damit absolutes Recht, dass gegenüber jedermann wirkt. Es ist das Vollrecht an einer Sache, welches das umfassendste Herrschaftsrecht darstellt. Die Befugnisse des Eigentümers werden nur dann ausgeschlossen, wenn sie Gesetzen oder Rechten Dritter entgegenstehen.<sup>71</sup>

### **1.3. Im 2. Weltkrieg (1939 - 1945)**

Während des 2. Weltkrieges galten auf dem besetzten polnischen Staatsgebiet zum Teil neuerlich fremde Rechtssysteme. Auf den unmittelbar in das 3. Reich eingegliederten Gebieten galt deutsches Recht. Auf den durch die Rote Armee besetzten Gebieten galt sowjetisches Recht. Polnisches Recht, ergänzt durch Sondergesetze für das Eigentum von Personen jüdischer Herkunft, blieb lediglich in dem vom 3. Reich militärisch besetzten Generalgouvernement erhalten. Der polnische Staat hat nie die Geltung der Gesetzgebung beider Besetzungsmächte anerkannt.<sup>72</sup>

Eine Ausnahme bilden hier jene Kaufverträge über Liegenschaften, die nach deutschem Recht nicht in Notariatsaktform abgeschlossen wurden und bei deren Abschluss die Einhaltung dieser Form durch polnische Staatsbürgern aus welchen Gründen auch immer erschwert war.<sup>73</sup>

### **1.4. Volksrepublik Polen (1945 - 1989)**

Ein Rückblick auf die Rechtsentwicklung in Polen nach dem 2. Weltkrieg zeigt, dass die Rolle der Eigentumsordnung durch politische und ökonomische Entscheidungen beeinflusst wurde. Nach dem Vorbild des sowjetischen Rechts wurde im Recht der Volksrepublik Polen die Konstruktion des einheitlichen und abstrakten Eigentumsbegriffs aufgehoben. An ihrer Stelle wurde die marxistische Unterscheidung des Eigentums in Art

---

<sup>71</sup> § 903 BGB; PWW/Lemke § 903 Rz 1 und 11-20.

<sup>72</sup> Dekret des Staatspräsidenten der Republik Polen vom 30.1.1939 über die Nichtigkeit der Rechtsakte der Besetzungsmächte (Dz. U. 1939, nr 102, poz 1008 / GBl 1939, Nr 102, Pos 1008) sowie Dekret vom 06.06.1945 über die Geltung gerichtlicher Entscheidungen, die auf den deutschen Besatzungsgebieten erlassen wurden (Dz. U. 1945, nr 25, poz 151 / GBl 1945, Nr 25, Pos 151).

<sup>73</sup> OG 19. 3. 1949, C 935/48; OSN 1949, Nr 1, Pos 1.

und Form eingeführt, was erstmals in der Verfassung aus dem Jahr 1952 verankert wurde.<sup>74</sup>

Diese Konstruktion nach sowjetischer Doktrin wurde in den Art 128a ZGB übernommen, nachdem das sozialistische Gesamtvolkseigentum unteilbar dem Staat gehört. Es wurde zwischen nachstehenden Eigentumsarten differenziert: (1) das staatliche Eigentum, (2) das gesellschaftliche Eigentum der Genossenschaften, (3) das persönliche Eigentum an Gebrauchsgütern und (4) das individuelle Eigentum der Produktionsmittel.<sup>75</sup>

Zur damaligen Zeit wurde angenommen, dass die Volksrepublik Polen sich in einer Übergangsphase befände, in der wesensfremde Eigentumsformen, und zwar kapitalistische und sozialistische Eigentumsformen, nebeneinander existieren. Die dominierende und sich stetig verbreiternde Eigentumsform war das sozialistische staatliche Eigentum. Die kapitalistischen Eigentumsformen hätten im Laufe der Zeit beseitigt werden sollen, in dem sie in das gesellschaftliche Eigentum der Genossenschaften umgewandelt worden wären. Die Verfassung der Volksrepublik Polen verwendete anstelle des Begriffes „Privateigentum“ die Begriffe „persönliches Eigentum“ bzw. „individuelles Eigentum“, um sich von der „kapitalistischen“ Nomenklatur zu distanzieren.

Entsprechend der anerkannten Doktrin standen beide Eigentumsformen in einem antagonistischen Verhältnis zueinander. Es war die Rolle des Staates einerseits den Entwicklungsprozess des Sozialismus zu beschleunigen und andererseits die kapitalistischen Eigentumsformen zu beseitigen. Künftig sollte auch das gesellschaftliche Eigentum der Genossenschaften in das sozialistische (staatliche) Gesamtvolkseigentum als die höchste Form des Eigentums umgewandelt werden. Der realsozialistische Staat hätte solcherart durch die stalinistische Verschärfung des Klassenkampfes die Entwicklung der Eigentumsverhältnisse verwirklicht werden sollen.<sup>76</sup>

### **1.5. III. Republik Polen (seit 1989)**

Nachdem erkannt wurde, dass die Ideologie des Staatseigentums die Einführung der Marktwirtschaft hemmt, wurden Pläne zur Transformation der Eigentumsstruktur

---

<sup>74</sup> *Kempter*, Der Einfluss des europäischen Rechts auf das polnische Zivilgesetzbuch (2007) 45.

<sup>75</sup> *Skowrońska-Bocian* in *Pietrzykowski*, ZGB I<sup>7</sup> vor Art 140 Rz 21-24.

<sup>76</sup> *Stelmachowski/Zaradkiewicz* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 20 Rz 86.

ausgearbeitet.<sup>77</sup> Die Bestimmungen des ZGB (Art 126-139) hinsichtlich der Differenzierung des Eigentums in Art und Form wurden mit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 31.01.1989 über die Änderung des ZGB<sup>78</sup> ersatzlos aufgehoben. Seither gelten in Polen ein einheitlicher Eigentumsbegriff und ein einheitlicher Eigentumsschutz.

Am 17.10.1997 trat in Polen eine neue Verfassung in Kraft.<sup>79</sup> Gemäß Art 21 Abs 1 der Verfassung schützt die Republik Polen das Eigentum und das Erbrecht. Eine Enteignung ist nur dann zulässig, wenn sie zu öffentlichen Zwecken und gegen gerechte Entschädigung durchgeführt wird (Abs 2 *leg cit*). Die verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentumsfreiheit wurde überdies im Art 64 der Verfassung verankert, nach welchem jedermann das Recht auf Eigentum, andere Vermögensrechte sowie das Erbrecht zustehen. Das Eigentum untersteht einem für alle gleichen rechtlichen Schutz und darf nur im Gesetzeswege und nur soweit eingeschränkt werden, dass es seinem Wesen nicht zuwiderläuft. Das Eigentum wird im Art 21 der Verfassung als ein Bestandteil der Staatsorganisation betrachtet, während die Eigentumsfreiheit iSd Art 64 als ein subjektives Recht jedes Rechtssubjekts angesehen wird.<sup>80</sup>

Gemäß Art 140 ZGB kann der Eigentümer die Sache frei nutzen, insbesondere Nutzungen und Einkünfte aus ihr erzielen. Einschränkungen sind nur möglich durch (1) Gesetze (2) Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens und durch (3) sozio-ökonomische Bestimmungen des Rechts. In denselben Grenzen kann der Eigentümer über die Sache verfügen. Das Eigentum ist ein subjektives Recht, das umfassendste Herrschaft über die Sache darstellt.

Anknüpfend an die Befugnisse des Eigentümers im Römischen Recht (Verfügungsrecht - *ius disponendi*, Nutzungsrecht - *ius utendifruendi* und Besitzrecht - *ius possidendi*) räumt auch das ZGB dem Eigentümer diese Rechte ein.<sup>81</sup> Sie sind jedoch nicht schrankenlos.<sup>82</sup> Gemäß Art 140 ZGB werden drei folgende Schranken gesetzt:

---

<sup>77</sup> Gawel/Gostyński, Polen in Makowicz (Hrsg), Immobilienerwerb in Mittel- und Osteuropa (2009) 84-85.

<sup>78</sup> Dz. U. 1989, Nr 3, poz 11 / GBl 1989 Nr 3, Pos 11.

<sup>79</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 02.04.1997, Dz. U. 1997, nr 78, poz 483 / Verfassung der Republik Polen vom 2. 4. 1997, GBl 1997, Nr 78, Pos 483.

<sup>80</sup> Skrzydl, Verfassung RP<sup>7</sup> Art 64 77 ff.

<sup>81</sup> Zbiegień-Turzańska in Osajda, ZGB I Art 140 Rz 15.

<sup>82</sup> OG 9. 7. 2008, V CSK 52/08, Legalis.



### 1.5.1. Gesetze

Eine derartige Schranke überrascht nicht. Das Eigentum wird vor allem durch Gesetze eingeschränkt. Dabei geht es vor allem um die öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen, die das Interesse der Allgemeinheit zu schützen haben.<sup>83</sup> Nach Ansicht des Höchstgerichts wird allgemein anerkannt, dass die das Eigentum einschränkenden oder entziehenden Rechtsnormen einen Ausnahmecharakter haben, und als solche streng und keinesfalls weit auszulegen sind.<sup>84</sup>

### 1.5.2. Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens

Schranken des Eigentumsrechts werden auch durch zwei Generalklausen gesetzt. Eine von diesen Generalklausen sind die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Darunter sind nicht kodifizierte, menschliche Verhaltensregeln zu verstehen, welche an die in der Gesellschaft hinreichend gefestigten, ethischen Werte anknüpfen. Sie drücken nach der Judikatur die Gerechtigkeitsidee im Recht und in Freiheiten der Menschen aus. Diese Generalklausel basiert auf den in der Kultur polnischer Gesellschaft allgemein anerkannten Werten.<sup>85</sup>

In der Lehre unterliegt diese Klausel, die auch in anderen Bestimmungen des ZGB<sup>86</sup> nach der Wende beibehalten wurde, einer Kritik.<sup>87</sup> Der Hauptkritikpunkt ist, dass die Schranken und der Inhalt des Eigentums im Art 140 ZGB unvollständig, unscharf und aufgrund des geänderten markwirtschaftlichen und des politischen Systems in überholter Art und Weise definiert wird. Das Gebot der Übereinstimmung der Eigentumsausübung mit Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens stellt den autonomen Wert dieses subjektiven Rechts in Frage, indem es seine Schranken mit dem scheinbar objektivierten Kriterium von Funktion und Ziel absteckt.<sup>88</sup> Insbesondere ist in diesem Zusammenhang erstaunlich, dass diese Generalklausel bereits zu Zeiten des Sozialismus zwar in abnehmender Intensität,

---

<sup>83</sup> Beispielsweise: Gesetz über die Immobilienbewirtschaftung - ImmoBewG (BG I 1997 Nr 115 Pos 741 idgF), Gesetz über die Raumplanung (BG I 2003, Nr 80, Pos 717 idgF), Baurechtordnung (BG I 1994 Nr 89, Pos 414 idgF), Gesetz über das Agrarsystem (BG I 2003, Nr 64, Pos 592 idgF.), Denkmalschutzgesetz (BG I 2003, Nr 162, Pos 1568 idgF.) etc.

<sup>84</sup> OG 6. 3. 1998, III CKN 393/97, OSP 1998, Nr 10, Pos 171. OVwG 1. 12. 1995, II SA 1400/94.

<sup>85</sup> OG 14. 10. 1999, II CKN 928/97, OSN 1999, Nr 4, Pos 75.

<sup>86</sup> Vgl zum Rechtsmissbrauch: Art 5 ZGB; zur Nichtigkeit und Wirkung der Rechtsgeschäfte: Art 46, 58 ZGB; zur Auslegung der Willenserklärungen: Art 65 ZGB; zum Bereicherungsrecht: Art 411 ZGB; zum Recht der unerlaubten Handlungen: Art 41, 428, 431 §, 440, 446 §2 ZGB.

<sup>87</sup> *Zbiegień-Turzańska*, in *Osajda*, ZGB I Art 140 Rz 23.

<sup>88</sup> *Glatz*, Die Entwicklung 101.

aber dennoch in der Judikatur wegen ihrer einschränkenden Anwendung als eine Falle für den Missbrauch subjektiven Rechts kritisiert wurde.<sup>89</sup> Die fundamentale Dominanz öffentlicher gegenüber individuellen Interessen führte bei der Auslegung zu einer markanten Deformierung der traditionellen zivilrechtlichen Konstruktion des Eigentums.<sup>90</sup> Durch die Aufnahme dieser Generalklausel in Art 140 ZGB sind die Bahnen dieses materiellen Rechts sehr plastisch und dadurch auch unscharf geworden, was bei seiner Ausübung des Eigentums zur Rechtsunsicherheit führt und bei der entsprechenden Auslegung dieser Generalklausel den Eigentumsschutz in Frage stellen kann. Aus diesen Gründen trifft mE die oben genannte und in der Lehre vertretene Kritik zu. *De lege ferenda* ist ein deshalb Verzicht auf diese Generalklausel nahezulegen.

### 1.5.3. Die sozio-ökonomische Rechtsbestimmung

Die sozio-ökonomische Rechtsbestimmung stellt ebenfalls eine Generalklausel dar, die eine Schranke für das Eigentum in Hinblick auf die daraus erwachsenden Verhaltensnormen setzt. Diese Klausel bezieht sich auf andere Wertungskriterien als die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Es gibt sonst keine rationalen Argumente, aus welchen der Gesetzgeber zwei verschiedene Generalklauseln mit identischen Wertungskriterien in eine Rechtsnorm aufnimmt.<sup>91</sup> Die Differenz zwischen beiden Generalklauseln besteht in der Anknüpfung bei der sozio-ökonomischen Rechtsbestimmung an das ökonomische Kriterium, das unter den ethischen oder sonstigen metaphysischen Gesichtspunkten nicht unbedingt auf allgemeinen Zuspruch treffen muss. Die Generalklausel der sozio-ökonomischen Rechtsbestimmung orientiert sich an dem Ziel und an der Funktion des jeweiligen subjektiven Rechts. Die funktionalen Aspekte der Rechtsbestimmung sind hier von entscheidender Bedeutung. Mit dieser Klausel sind auch das Interesse der Allgemeinheit, die gesellschaftliche Nützlichkeit, bzw andere Wertungskriterien verbunden, die für die Öffentlichkeit relevant sein können.<sup>92</sup> Sie hat die Aufgabe die Interessen der Allgemeinheit und die des Individuums entsprechend abzuwägen.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> OG 22. 9. 1987, III CRZ 265/87, OSN CP 1989, Z.1, Pos 80 und 20. 7. 1987, IV CR 195/87, OSN CP 1989, Z. 1, Pos 16.

<sup>90</sup> Glatz, Die Entwicklung 104.

<sup>91</sup> Zbiegień-Turzańska, in Osajda, ZGB I Art 140 Rz 26.

<sup>92</sup> Łyda, Klauzula generalna społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa / Die Generalklausel der sozio-ökonomischen Rechtsbestimmung, PiP 1987, Nr 48, (48).

<sup>93</sup> Zbiegień-Turzańska in Osajda, ZGB I Art 140 Rz 26.

In der Lehre herrscht die Meinung, dass diese Generalklausel untrennbar mit dem Wertsystem des Realsozialismus und der marxistischen Unterscheidung des Eigentums in Art und Form verbunden ist, und daher aktuell ihre normative Bedeutung als Schranke für das Eigentumsrecht verloren habe. Sie sei ein inhaltsleerer Begriff, dem keine Designate zugeordnet werden können.<sup>94</sup> Die Lehre<sup>95</sup> regt deshalb mE zutreffend an, diese Klausel ersatzlos aufzuheben. Für diese Lösung spreche die geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung Polens, in der die Bestimmung eines subjektiven Rechts nicht objektiv und dauerhaft festgelegt ist. Unter den geänderten politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ist die inhaltsgestaltende Funktion dieser Klausel anachronistisch und überflüssig. Auch wenn man von einer gesellschaftlichen Dimension des Eigentums ausgehe, dann sei eine Regelung der Sozialbindung des Eigentums systematisch in der Verfassung vorzunehmen und nicht im ZGB, wo der Sinn zivilrechtlicher Konstruktionen des Eigentums beeinträchtigt werden würde.<sup>96</sup>

Es mangelt bei der aktuellen Definition des Eigentums an Transparenz der Begrenzung der Freiheitssphäre des Eigentümers. Der *status quo* wirft unter der Berücksichtigung marktwirtschaftlicher Rahmenbedingung fundamentale Bedenke auf, weil das Agieren und Disponieren in der Privatwirtschaft eigentlich vom Bestand des Eigentums abhängt.<sup>97</sup> Ohne die transparente Ausgangslage ist weder eine wirtschaftliche Planung, noch Entscheidung, noch Handeln möglich.

## 2. Liegenschaft

Wegen des Untersuchungsgegenstands dieser Arbeit muss die Definition der Liegenschaft in polnischem Recht näher beleuchtet werden. Das polnische Recht unterscheidet zwischen drei Arten von Liegenschaften, die im Art 46 § 1 ZGB wie folgt determiniert werden:

- a) Grundstücke (*grunty*) sind Teile der Erdoberfläche, die einen gesonderten Eigentumsbestandteil darstellen,

---

<sup>94</sup> Rudnicki/Rudnicki, ZGB II<sup>10</sup> Art 140 Rz 2; Zbiegień-Turzańska in Osajda, ZGB I Art 140 Rz 27.

<sup>95</sup> Zbiegień-Turzańska in Osajda, ZGB I Art 140 Rz 27.

<sup>96</sup> Saffjan, Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji) / Generalklauseln im Zivilrecht (Diskussionsbeitrag), PiP 1990/11, 48-58.

<sup>97</sup> Glatz, Die Entwicklung 102.

- b) Gebäude (*budynki*) sind Bauwerken, die dauerhaft mit dem Erdboden verbunden sind, und kraft besonderer Vorschriften vom Grundstück gesonderte Eigentumsobjekte darstellen.
- c) Eigentumslokale bzw Eigentumswohnungen (*lokale własnościowe*) sind selbständige Bestandteile der Gebäude, die aufgrund besonderer Vorschriften gesondertes Eigentum an Räumlichkeiten in einem Gebäude bilden.

Ein Grundstück ist ein Teil der Erdoberfläche, welches nach der exakten Vermessung und Festlegung der Grundstücksgrenzen einen gesonderten Eigentumsgegenstand bildet. Um von einem Grundstück sprechen zu können, müssen diese zwei durch die Rechtsprechung festgelegten Voraussetzungen, nämlich: (1) die exakt bestimmte Grundstücksgrenzen und (2) der gesonderte Eigentumsgegenstand, erfüllt werden.<sup>98</sup>

Die Festlegung und Veränderung der Grundstücksgrenzen gehört zum Aufgabenbereich der Katastervermessung, im Rahmen deren die Grenzsteine dauerhaft zu setzen und Grundstückspläne zu zeichnen sind.<sup>99</sup>

Die Grünstücke stellen einen gesonderten Eigentumsbestandteil dar, wenn sie faktisch und rechtlich derart ausgesondert wurden, dass man sie im Rechtsverkehr als einen selbständigen Gegenstand behandeln kann. Zu einer solchen Aussonderung kommt es dann, wenn für das Grundstück die Grenzen vermessen und bestimmt werden sowie eine Grundbuchseinlage angelegt wird. Dadurch wird das Grundstück individualisiert.<sup>100</sup> Es kann nur eine Grundbuchseinlage („*księga wieczysta*“) für eine Liegenschaft angelegt werden.

***Für die Bezeichnung der Grundbuchseinlage im funktionellen Sinne des österreichischen Rechts wird im polnischen Recht der Begriff „Grundbuch“ (księga wieczysta) gebraucht. Für den Begriff des Grundbuches im funktionellen Sinne des österreichischen Rechts verwendet man im polnischen Recht das Wort „Register der Grundbücher“ (rejestr ksiąg wieczystych) bzw in Kurzform das Wort „Grundbücher“***

<sup>98</sup> OG 28. 3. 1988, III CZP 15/88, OSN 1989, Nr 7-8, Pos 123, sowie OG 27. 12. 1994, III CZP 158/94, OSN 1995, Nr 4, Pos 59.

<sup>99</sup> Rudnicki, Nieruchomości / Liegenschaften, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 2.

<sup>100</sup> OG 26. 2. 2003, II CKN 1306/00, BSN 2003, Nr 8, 6 (8) = LexisNexis Nr 363225.

*(księgi wieczyste - Pluralform).<sup>101</sup> Vor allem durch die ältere Lehre wurde die Pluralform („Grundbücher“) verwendet.<sup>102</sup> Angesichts dieser essentiellen Unterschiede in der Begrifflichkeit beider Rechtsordnungen und zwecks Vermeidung der Verwirrung beim Leser wurden in Folge der gesamten Arbeit die nachstehenden funktionalen Begriffe verwendet. Für das dem Grundbuch iSd österreichischen Rechts entsprechende Rechtsinstitut im polnischen Recht wird der Begriff „Grundbuchregister“ gebraucht. Für die Bezeichnung der Grundbuchseinlage iSd österreichischen Rechts bzw. des Grundbuches iSd polnischen Rechts wird einheitlich der Begriff „Grundbuchseinlage“ verwendet.*

Die Grundbuchführung hat gemäß Art 1 GbHypG zum Ziel die Feststellung des jeweiligen rechtlichen Eigentumszustands im II. Blatt festzulegen.<sup>103</sup>

Die Gebäude sind grundsätzlich bloße Bestandteile des Grundstücks iSd Art 48 ZGB, was dem Grundsatz *superficies solo cedit* entspricht. Sie werden ausnahmsweise nur dann zum gesonderten Eigentumsgegenstand, wenn sie vom Grundstück kraft besonderer Vorschrift ausgesondert werden.<sup>104</sup> Dies stellt einen Ausnahmetatbestand vom Grundsatz *superficies solo cedit* dar, der nur aufgrund einer Rechtsnorm *lex specialis* begründet werden kann. Ein Rechtsgeschäft allein kann nie als Grundlage für die Begründung eines ausgesonderten Eigentumsgegenstands der Gebäude herangezogen werden, weil es dafür keine gesetzliche Norm gibt.<sup>105</sup>

Art 235 § 1 ZGB beinhaltet derartige *legi specialis* und kreiert den ersten Ausnahmetatbestand im Zusammenhang mit der Rechtsinstitution des Erbnießbrauchsrechts („*użytkowanie wieczyste*“).<sup>106</sup> Nach dieser Rechtsnorm gehen Gebäude und andere Einrichtungen, die auf einem Grundstück des Fiskus oder einer Gebietskörperschaft (Selbstverwaltungseinheit) bzw ihrer Verbände durch einen Erbnießbraucher errichtet wurden, in sein Eigentum über. Das Gleiche gilt für Gebäude und Einrichtungen, die der

---

<sup>101</sup> Höller in *Kodek*, Grundbuchsrecht Vor § 1 Rz 29.

<sup>102</sup> Vgl *Zoll*, AöGZ 34/1908, 269 (274).

<sup>103</sup> OG 26. 2. 2003, II CKN 1306/00, LexisNexis Nr 363225, sowie früher OG 23. 9. 1970, II CR 361/70, LexisNexis Nr 354552.

<sup>104</sup> *Gniewek* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 23 Rz 46.

<sup>105</sup> *Gniewek* in *Gniewek/Machnikowski*, ZGB<sup>6</sup> Art 46 Rz 8.

<sup>106</sup> Das Erbnießbrauchsrecht kann gemäß Art 236 § 1 ZGB nur an einem dem Fiskus, einer territorialen Körperschaft (Selbstverwaltungseinheit) oder ihrer Verbände gehörenden Grundstück für einen Zeitraum von 99 Jahren bestellt werden. In besonderen Fällen, in welchen der wirtschaftliche Zweck des Erbnießbrauchsrechts keine Bestellung für 99 Jahre erfordert, ist eine Bestellung für einen kürzeren Zeitraum zumindest jedoch für 40 Jahre zulässig.

Erbnießbraucher aufgrund des Vertrags über die Bestellung des Erbnießbrauchs erwarb. Das Eigentum an errichteten Gebäuden und Einrichtungen und das Erbnießbrauchsrecht am belasteten Grundstück sind miteinander verbunden (§ 2 *leg cit*). Da das Erbnießbrauchsrecht am Grundstück gemäß Art 236 § 1 ZGB zeitlich begrenzt ist, ist auch das Eigentumsrecht des Erbnießbrauchers an Gebäuden und Einrichtungen zeitlich entsprechend begrenzt. Dem Erbnießbraucher steht zwar kein Anspruch auf Verlängerung des Vertrages zu,<sup>107</sup> seine Verlängerung kann jedoch ausschließlich aufgrund eines wichtigen öffentlichen Interesses verweigert werden. Gegen die behördliche Verweigerung der Vertragsverlängerung steht dem Erbnießbraucher der Gerichtsweg offen.<sup>108</sup> Nach der Beendigung des Erbnießbrauchsrechts wegen Zeitablaufs geht das Eigentumsrecht an Gebäuden und Einrichtungen an den Fiskus bzw an die Gebietskörperschaft über. An den Erbnießbraucher wird in einem solchen Falle eine Ausgleichszahlung zu leisten sein. Ihre Höhe entspricht gemäß Art 33 Abs 2 ImmoBewG dem Wert jener Gebäude und Einrichtungen, die am Grundstück vom Erbnießbraucher vertragskonform errichtet wurden. Ihre Bewertung richtet sich hier nach dem Zeitpunkt der Beendigung des Erbnießbrauchsrechts. Für die vertragswidrig errichteten Gebäude und Einrichtungen steht keine Ausgleichszahlung zu.<sup>109</sup>

Einen weiteren Ausnahmetatbestand stellt Art 272 ZGB dar, der die Grundlage für den Abschluss eines Vertrags über die Bestellung eines Nießbrauchsrechts zwischen einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft und dem Fiskus normiert. Der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft wird aufgrund eines solchen Vertrages ein bebautes Grundstück des Fiskus zum Nießbrauch überlassen. Zugleich erfolgt die Übergabe der Gebäude bzw Einrichtungen entweder auch in den Nießbrauch, oder in das Eigentum der Genossenschaft. Die während des aufrechten Vertragsverhältnisses am Grundstück des Fiskus selbst errichteten Gebäude bzw Einrichtungen stellen grundsätzlich das Eigentum der Genossenschaft dar. Eine Ausnahme besteht gegebenenfalls nur insofern, wenn im Bescheid des Fiskus die Übergabe des Grundstücks vorbehalten wurde, dass solche Gebäude bzw Einrichtungen im Eigentum des Fiskus stehen sollen (Art 272 § 2 ZGB). Diese Rechtsnorm findet jedoch heute eine nur marginale Verwendung.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> *Bieniek*, Użytkowanie wieczyste / Erbnießbrauch, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 41.

<sup>108</sup> OG 12. 2. 2012, III CZP 94/11, LexisNexis Nr 3044795.

<sup>109</sup> OG 16. 9. 2003, IV CKN 421/01, LexisNexis Nr 365949.

<sup>110</sup> *Gniewek* in *Gniewek/Machnikowski*, ZGB<sup>6</sup> Art 46 Rz 11.

Häufiger wird hingegen Art 279 § 1 ZGB als Grundlage für die Begründung eines gesonderten Eigentumsgegenstands der Gebäude angewendet.<sup>111</sup> Er betrifft ebenfalls den Erwerb der Eigentumsrechte an Gebäuden und anderen Einrichtungen durch landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften. Die Gebäude gehen dann in ihr Eigentum über, wenn sie auf einem eine Einlage bildenden Grundstück errichtet wurden. Das Gleiche betrifft Bäume und andere Pflanzen, die durch die Genossenschaft gepflanzt oder gesät werden.

In allen nach der geltenden Rechtslage möglichen Fällen des gesonderten Eigentums der Gebäude ist dieses Recht mit einem weiteren Recht am Grundstück verbunden, dh mit einem Ernießbrauchrecht (Art 235 § 2 ZGB) oder einem Nießbrauchrecht (Art 272 § 3 und Art 279 § 1 ZGB).<sup>112</sup>

Die Eigentumslokale bzw Eigentumswohnungen (*lokale własnościowe*) können einen gesonderten Eigentumsgegenstand bilden, wenn sie gemäß Art 46 § 1 *in fine* ZGB aufgrund besonderer Vorschriften parafiziert wurden. Diese Rechtsnorm stellt eine Verbindung zum Wohnungseigentumsgesetz<sup>113</sup> her, welche eine Grundlage für die Begründung eines gesonderten Eigentumsgegenstands (Parafizierung) durch einen Vertrag, ein einseitiges Rechtsgeschäft des Eigentümers oder durch eine gerichtliche Entscheidung über die Aufhebung des Miteigentums darstellt. Die Parafizierung muss im Wege eines Vertrags bzw eines einseitigen Rechtsgeschäfts bei sonstiger Nichtigkeit in Form eines Notariatsaktes erfolgen. Es ist unzulässig, das gesonderte Wohnungseigentum mittels Bescheid zu begründen.<sup>114</sup> Ein solcher Notariatsakt bildet in weiterer Folge gemäß Art 7 Abs 2 WEG die Grundlage für die Begründung eines gesonderten Eigentumsgegenstands und eine konstitutive Eintragung des neuen Eigentumsrechts in das Grundbuchregister (Art 29 GbHypG).<sup>115</sup> Dieses Eigentumsrecht entsteht rückwirkend, dh bereits mit der Stellung des Antrags auf seine Eintragung im Grundbuchregister, wobei die Rechtskraft des Beschluss des Grundbuchsgerichts für seine Entstehung vorausgesetzt wird.<sup>116</sup> Das

---

<sup>111</sup> *Gniewek in Gniewek/Machnikowski, ZGB<sup>6</sup> Art 46 Rz 12.*

<sup>112</sup> *Gniewek in Gniewek/Machnikowski, ZGB<sup>6</sup> Art 46 Rz 13.*

<sup>113</sup> Ustawa z dnia 24.06.1994 o własności lokali, Dz. U. 1994, nr 85, poz 388 z zm. / Gesetz vom 24. 6. 1994 über das Wohnungseigentum, GBl 1994, Nr 85, Pos 388 idgF.

<sup>114</sup> OG 30. 3. 1998, III CKU 7/98.

<sup>115</sup> OG 21. 5. 2002, III CZP 29/02, OSNC 2003, Nr 6, Pos 76.

<sup>116</sup> OG 9. 3. 1995, III CZP 149/94, OSP 1996, Nr 1, Pos 7.

gesonderte Wohnungseigentum kann nur in Gebäuden begründet werden, die mindestens aus zwei selbständigen Wohneinheiten bestehen.<sup>117</sup>

### 3. Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag gehört zu den typischen (sog benannten) Verträgen, was bedeutet, dass seine *essentialia negotii* gesetzlich festgelegt sind. Das polnische Recht regelt die schuldrechtliche Wirkung des Kaufvertrags in Art 535-602 ZGB und die sachenrechtliche Wirkung in Art 155-159 ZGB.

Aus schuldrechtlicher Sicht ist der Kaufvertrag ein synallagmatisches Rechtsgeschäft, weil beide Vertragsparteien die Leistungspflicht trifft. Nach seiner Definition iSd Art 535 ZGB verpflichtet sich der Verkäufer durch den Kaufvertrag dem Käufer das Eigentum an einer Sache zu übertragen und diese ihm zu übergeben. Der Käufer verpflichtet sich hingegen, die Sache vom Verkäufer abzunehmen und ihm den bestimmten bzw bestimmbaren Kaufpreis zu bezahlen. Damit werden die nächsten Eigenschaften des Kaufvertrags und zwar die Entgeltlichkeit des Leistungsaustausches sowie das gespiegelte Preis-Leistungs-Verhältnis normiert.<sup>118</sup>

Aus sachenrechtlicher Sicht knüpft der Kaufvertrag entsprechend den im Art 155 ZGB verankerten Konstruktionen der Eigentumsübereignung an den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und an den Gegenstand des Kaufvertrags an (Einheits- und Trennungsprinzip). Beim Kauf von Speziessachen gilt gemäß Art 155 §1 ZGB grundsätzlich das Einheitsprinzip. Kraft dieser dispositiven Rechtsnorm, die im Wege einer besonderen Vorschrift sowie Parteivereinbarung abbedungen werden kann, entfaltet ein Kaufvertrag über eine Speziessache auch eine sachenrechtliche Wirkung.<sup>119</sup>

Auf diese doppel funktionelle Wirkung des Kaufvertrages verzichtete der polnische Gesetzgeber bei Veräußerungsverträgen über die Gattungssachen sowie über die künftigen Sachen, indem er im Art 155 § 2 ZGB das Trennungsprinzip festlegte.<sup>120</sup> Zur Eigentumsübereignung aufgrund des Kaufvertrages über Gattungssachen oder künftige

---

<sup>117</sup> OG 19. 11. 2010, III CZP 85/10, OSNC 2011, Nr 5, Pos 57.

<sup>118</sup> *Strzelczyk*, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 772.

<sup>119</sup> OG 3. 7. 2008, IV CSK 149/08, OSNC 2009, Nr A, Pos 17.

<sup>120</sup> OG 5. 2. 2004, III CZP 96/03, OSNC 2004, Nr 6, Pos 88.



Sachen wird die Übertragung des Besitzes an den Sachen gemäß Art 155 § 2 ZGB vorausgesetzt.

Als Konsensualvertrag stellt der Kaufvertrag eine Grundlage für den Übergang des Eigentums an einer Liegenschaft bereits aufgrund formgerechter, übereinstimmender Willenserklärungen der Vertragsparteien (*solo consensu*), ohne dass diesbezüglich weitere Voraussetzungen erfüllt werden müssten, wie zB die Übergabe der Liegenschaft oder die Bezahlung des Kaufpreises.<sup>121</sup> Die doppel funktionelle Wirkung des Kaufvertrags und die Konstruktion des Einheitsprinzips beim Liegenschafts Kauf werden näher im Punkt II. A. 4. analysiert. Als eine Vorstufe zu dieser Analyse ist an dieser Stelle das Klassifikations- und Beschreibungssystem der Sachen in polnischem Recht auf der ontologischen Ebene detailliert zu beleuchten.

Es handelt sich dabei um die genannte Differenzierung zwischen einerseits den individualisierten Sachen (Speziessachen) und andererseits den lediglich der Gattung nach bestimmten sowie künftigen Sachen. Die genaue Bestimmung der Art der Sache ist für die Konstruktion des beim Eigentumserwerb geltenden Regimes von entscheidender Bedeutung.

Der polnische Gesetzgeber hat der Lehre und Rechtsprechung die Definition der individualisierten Sachen (*species*), der Gattungssachen (*genus*) sowie der künftigen Sachen überlassen. Diese Rechtsfrage wird in der Lehre durch Bezug auf das römische Recht, in dem die Genese dieser Aufteilung in Hinblick auf die Austauschfähigkeit erörtert wurde – *res quae pondere, numero mensurave constant* – beantwortet.<sup>122</sup>

Sachen, deren Eigenschaften individuell bestimmt sind, lassen sich nicht austauschen bzw ersetzen. Sie unterliegen als individualisierte Sachen dem Veräußerungsregime nach Art 155 § 1 ZGB. Auch das polnische Höchstgericht zog in diesem Zusammenhang eine klare Grenze, nach der die nicht vertretbaren Sachen diejenigen sind, welche nach Maß speziell für einen bestimmten Kontrahenten hergestellt wurden.<sup>123</sup>

Die Bestimmung einer Sache als eine Speziessache oder Gattungssache hat keinen objektiven Charakter mehr. Sie hängt nur mehr vom Parteiwillen ab, der ausdrücklich oder

---

<sup>121</sup> OG 5. 2. 2004, III CZP 96/03, OSNC 2004, Nr 6, Pos 88.

<sup>122</sup> *Katner in Safian*<sup>2</sup> § 87 Rz 34.

<sup>123</sup> OG 30. 12. 1988, III CZP 48/88, OSN 1989, Nr 3, Pos 36.

konkludent in Erscheinung treten kann. Die Doktrin und Rechtsprechung gehen deshalb vom subjektiven Charakter dieser Differenzierung aus, wobei maßgebend für die abschließende Bestimmung der Sache der Inhalt des jeweiligen Rechtsgeschäfts sei.<sup>124</sup>

Bei allen drei oben genannten Arten der Liegenschaften erfolgt ihre Individualisierung vorerst objektiv durch eine individuell zugeordnete Grundbuchnummer. Zur immanenten Eigenschaft jeder Liegenschaft gehören auch die exakt vermessenen, beschriebenen und festgelegten Grenzen.<sup>125</sup> Ferner ist die Liegenschaft als Kaufgegenstand im Kaufvertrag durch die Angabe der Adresse und Grundbuchsdaten, mangels solcher durch die Angabe der Katasterdaten, präzise zu bestimmen,<sup>126</sup> wodurch ihre subjektive Individualisierung erfolgt. Aufgrund dieser subjektiven Individualisierung im Kaufvertrag sind Liegenschaften bei ihrer Veräußerung stets als Speziessachen iSd Art 155 § 1 ZGB zu behandeln.

#### **4. Eigentumserwerb an Liegenschaften**

Bei der Regelung des Eigentumserwerbs an Liegenschaften tendierte der polnische Gesetzgeber zu dem französischen Rechtssystem und entschied sich für die Rezeption des für den romanischen Rechtskreis charakteristischen Einheitsprinzips.<sup>127</sup>

Die für den deutschen Rechtskreis grundlegende Differenzierung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte und damit das Trennungsprinzip ist dem französischen Recht weitgehend unbekannt. Das französische Recht kennt kein Abstraktionsprinzip, wie es im deutschen Recht verankert ist.<sup>128</sup> Diese juristische Konstruktion des Eigentumsübergangs prägte die polnische Rechtsdogmatik und Rechtskultur. Ihre Rezeption erfolgte im Rahmen der rechtsvereinheitlichenden Arbeiten der Kodifikationskommission in der Zwischenkriegszeit. Eine der entscheidenden Beweggründe für die Übernahme des, in Anlehnung an *Zweigert*<sup>129</sup>, besonders kennzeichnenden Rechtsinstituts aus Frankreich hat

---

<sup>124</sup> OG 18. 12. 1973, I CR 363/73, Legalis; *Morek* in *Osajda*, ZGB I Art 155 Rz 8.

<sup>125</sup> OG 28. 3. 1988, III CZP 15/88, OSN 1989, Nr 7-8, Pos 123, sowie OG 27. 12. 1994, III CZP 158/94, OSN 1995, Nr 4, Pos 59.

<sup>126</sup> OG 8. 3. 1986, III CZP 10/86, OSNCP 1/87, Pos 12, LexisNexis Nr 302029.

<sup>127</sup> *Gniewek* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 35 Rz 50.

<sup>128</sup> *Stadler*, Gestaltungsfreiheit 28-29.

<sup>129</sup> *Zweigert*, Zur Lehre von den Rechtskreisen, in FS Yntema, XX<sup>th</sup> Century Comparative and Conflicts Law (1961) 48 und 52-53.

eine rechtshistorische Dimension, auf die in weiterer Folge näher eingegangen wird. Einleitend kann allerdings bereits an dieser Stelle erwähnt werden, dass der Code Napoléon in Kongresspolen eine lange Zeit in Geltung war.<sup>130</sup> Mit dem Begriff „Kongresspolen“ wird ein in Personalunion mit dem russischen Zarenreich stehendes Königreich Polen bezeichnet, das im Jahr 1815 auf dem Wiener Kongress als Nachfolger des von Napoleon 1807 gegründeten Herzogtums Warschau geschaffen wurde.

#### **4.1. Dispositives Einheits- bzw Konsensualprinzip**

Gemäß Art 155 § 1 ZGB wird das Eigentum an einer Liegenschaft durch einen Kauf-, Tausch-, Schenkungsvertrag oder anderen Vertrag, der zur Übertragung des Eigentums an einer individualisierten Sache verpflichtet, auf den Käufer übertragen, es sei denn, dass eine besondere Vorschrift etwas anderes bestimmt oder dass die Parteien etwas anderes vereinbart haben.

Das polnische Rechtssystem zeichnet sich somit beim Eigentumserwerb an Liegenschaften durch zwei Modelle aus, das in Form des dispositiven Einheits- bzw Konsensualprinzip zum Ausdruck kommt. Die juristische Konstruktion besteht aus zwei Modellen der Eigentumsübertragung, wobei das erste als ein Grundsatz und das zweite als eine Ausnahme formuliert wird.

##### **4.1.1. Grundsatz doppelfunktioneller Wirkung des Kaufvertrages**

Das Einheits- bzw Konsensualprinzip formulierte der polnische Gesetzgeber als einen Grundsatz beim Liegenschafts Kauf und normierte es im Art 155 § 1 ZGB.<sup>131</sup> Es gehört nach dieser Rechtsnorm zum Wesen des Kaufvertrages über eine Liegenschaft, dass er lediglich zur Übertragung des Eigentums an einer Liegenschaft verpflichtet. Die dingliche Rechtsfolge des Kaufvertrages erfolgt zur Vereinfachung des Verkehrs *ex lege*.<sup>132</sup> Das Eigentum geht bereits mit Abschluss des Kaufvertrages *solo consensu* auf den Käufer über. An den Wortlaut des Art 155 § 1 ZGB anknüpfend, wird bei dieser Konstellation ein dinglicher Vertrag bzw Realakt (*modus*) abgelehnt und dem Kaufvertrag selbst eine

---

<sup>130</sup> Morek in Osajda, ZGB I Art 155 Rz 2.

<sup>131</sup> OG 17.11.1981, III CZP 12/81, OSNCP 1982, Nr 4, Pos 44.

<sup>132</sup> OG 5. 6. 1997, I CKN 162/97, OSNC 12/97, Pos 199, LexisNexis Nr 327014.

translative Wirkung beigemessen, weil die Eigentumsübertragung diese gesetzlich verankerte Folge des Vertrages ist. Dieses Modell findet grundsätzlich Anwendung.<sup>133</sup>

Nicht umsonst wählte der polnischen Gesetzgeber bei dieser legislativen Lösung die Konstruktion doppelfunktioneller Wirkung des Kaufvertrages. Sie sollte einerseits den Eigentumserwerb vereinfachen und andererseits dem rechtlichen Verständnis eines Durchschnittsbürgers entsprechen, für welchen der Abschluss eines schuldrechtlichen Kaufvertrags mit der Eigentumsübertragung (zeitlich) übereinstimmt.<sup>134</sup>

#### **4.1.2. Ausnahme: schuldrechtlicher Kaufvertrag mit dinglichem Vertrag**

Durch die Gestaltung des Einheits- bzw Konsensualprinzip in dispositiver Form wurde *de lege lata* ein alternativer Weg zum Eigentumserwerb eingeräumt. In diesem Model kann die doppelfunktionelle Wirkung des Kaufvertrags entweder kraft besonderer Rechtsnorm oder aufgrund der Vereinbarung der Vertragsparteien aufgehoben werden. Durch den Abschluss eines nur schulrechtlich wirkenden Kaufvertrags entsteht eine Verpflichtung, dem Käufer das Eigentum an einer Liegenschaft zu verschaffen. Der Vollzug dieser Verpflichtung erfolgt aufgrund eines separat abzuschließenden, dinglich wirkenden Vertrages. Der schuldrechtliche Kaufvertrag ohne dinglicher Wirkung ist vom Vorvertrag, der zum Abschluss des Hauptvertrages verpflichtete, zu unterscheiden.<sup>135</sup> Aufgrund des Kaufvertrags (Hauptvertrags) entsteht ein klageweise durchsetzbarer Anspruch auf Abgabe der Willenserklärung hinsichtlich der Eigentumsübertragung. Dieser Anspruch hat einen vermögensrechtlichen Charakter und unterliegt der Verjährung.<sup>136</sup>

Als gesetzliches Beispiel einer Ausnahme vom Einheits- bzw Konsensualprinzip und von der doppelfunktionellen Wirkung des Kaufvertrags kann an dieser Stelle ein Verstoß gegen das Bedingungs- und Befristungsverbot genannt werden (Art 157 § 3 ZGB).<sup>137</sup> In einem solchen Fall wird zuerst ein Vertrag mit obligatorischer Wirkung und erst in weiterer Folge ein Vertrag mit dinglicher Wirkung abgeschlossen.

---

<sup>133</sup> *Gniewek in Gniewek*<sup>3</sup>, III § 35 Rz 52.

<sup>134</sup> *Drozd, Przeniesienie własności nieruchomości / Übertragung des Eigentums an Liegenschaft* (1974) 51.

<sup>135</sup> OG 21. 3. 1968, III CZP 23/68, OSN 1969, Nr 1, Pos 5.

<sup>136</sup> OG 17. 11. 1981, III CZP 12/81, OSN 1982, Nr 4, Pos 44.

<sup>137</sup> Sehe Punkt II. A. 4. 3.

Ein weiteres Beispiel stellt das gesetzliche Vorkaufsrecht der Gemeinde hinsichtlich der unbebauten Liegenschaften, die ursprünglich vom Fiskus oder von einer Gebietskörperschaft gekauft wurde (Art 109 Abs 1 ImmoBewG). Die Eigentümer solcher Liegenschaften können sie unter der Bedingung frei verkaufen, dass die Gemeinde auf die Ausübung ihres Vorkaufsrechts verzichtet oder diese unterlässt. Auch in dieser Konstellation besteht die Notwendigkeit des Abschlusses eines bedingten Kaufvertrags und in weiterer Folge eines dinglichen Vertrags.<sup>138</sup>

## **4.2. Kausalprinzip**

Für dingliche Verträge als Verfügungsgeschäfte im obigen Ausnahmenbereich gilt im polnischen Recht das Kausalprinzip, dessen rechtsdogmatische Verankerung im Art 156 ZGB zu finden ist.<sup>139</sup> Beim Liegenschafts Kauf hat der polnische Gesetzgeber das materielle Kausalprinzip zusätzlich durch das formelle Kausalprinzip ergänzt (Art 158 *in fine* ZGB).

### **4.2.1. Materielles Kausalprinzip**

Gemäß Art 156 ZGB hängt die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages von der Existenz einer gültigen Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an einer Liegenschaft ab. Der Abschluss des dinglichen Vertrages kann in Erfüllung der Verpflichtung aus einem vorher abgeschlossenen und ausschließlich zur Eigentumsübertragung verpflichtenden Kaufvertrag erfolgen, sowie in Erfüllung einer Verpflichtung aus einem Vermächtnis, aus der ungerechtfertigten Bereicherung oder aus einem anderen Ereignis. Zum charakteristischen Merkmal der Kausalgeschäfte – im Gegensatz zu abstrakten Rechtsgeschäften – zählt ihre Abhängigkeit vom gültigen zugrunde liegenden Rechtsgrund.<sup>140</sup> In diesem Kontext stellt sich die Frage, mit welchen Rechtsfolgen der Entfall des Verpflichtungsgeschäfts verbunden ist, das der Übereignung des Eigentums an einer Liegenschaft zugrunde lag.

---

<sup>138</sup> *Gniewek in Gniewek*<sup>3</sup>, III § 35 Rz 76.

<sup>139</sup> OG 5. 3. 2009, II CSK 484/08, Biul SN 2009, Nr 7; *Gniewek in Gniewek*<sup>3</sup>, III § 35 Rz 93.

<sup>140</sup> OG 3. 10. 2007, IV CSK 193/07, OSN 2008, Nr C, Pos 78.

Das polnische Recht differenziert bei der Beantwortung dieser Rechtsfrage zwischen Rechtsgeschäften, die eine unbewegliche oder eine bewegliche Sache zum Gegenstand haben.<sup>141</sup>

Bezüglich der Verträge über Liegenschaften wirkt der Entfall des Rechtsgrundes (Verpflichtung) lediglich auf der schuldrechtlichen Ebene. Der Käufer bleibt Eigentümer der gekauften Liegenschaft. Auf der Käuferseite entsteht jedoch die schuldrechtliche Verpflichtung zur rückgängigen Übertragung des erworbenen Eigentums an der Liegenschaft an den Verkäufer. Diese Rechtsansicht ist allgemein in der polnischen Doktrin und Rechtsprechung anerkannt. Entscheidend für die Etablierung dieser herrschenden Rechtsmeinung war ihre Bestätigung durch den verstärkten Senat des Obersten Gerichts<sup>142</sup> zum Rang eines Rechtsgrundsatzes.<sup>143</sup> Sie wurde auch in späteren Entscheidungen aufrechterhalten.<sup>144</sup> Bei dieser Konstruktion wird das rechtliche Interesse des Käufers geschützt, weil er andern Falls nach der für gewöhnlich durchgeführten Bezahlung des Kaufpreises das neu erworbene Eigentum an der Liegenschaft verlieren würde. Sein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises im Rahmen der Rückabwicklung wäre im Hinblick auf die hohen Liegenschaftswerte und die (oft geringen) Aussichten auf Befriedigung, mit einem enorm großen Risiko behaftet. Mit dieser juristischen Konstruktion findet die Interessensabwägung beider Vertragsparteien vorübergehend einen Ausgleich.

Eine davon abweichende Rechtsmeinung, nach welcher allein der Entfall des Rechtsgrundes einer sachenrechtlichen Verfügung die dingliche Wirkung nach sich zieht, wird in der Lehre von einer Minderheit ebenfalls vertreten.<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup> *Morek* in in *Osajda*, ZGB I Art 156 Rz 7.

<sup>142</sup> OG 7. 1. 1967, III CZP 32/66, OSN 1968, Nr 12, Pos 199.

<sup>143</sup> Gemäß Art 61 § 6 OGG erlangen die Beschlüsse der Vollversammlung des OG, die Beschlüsse der verbundenen Kammer sowie die Beschlüsse der vollen Kammer des OG *ex lege* den Rang eines Rechtsgrundsatzes. Ein verstärkter Senat des OG kann seinen Beschluss selbst zum Rang des Rechtsgrundsatzes erheben. Die Rechtsgrundsatzbeschlüsse werden vom OG als Leitlinien in Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung getroffen. Dies ist dann der Fall, wenn in der bisherigen Rsp eine Rechtsfrage nicht einheitlich gelöst wurde, eine stRsp fehlt, oder das OG vom bisherigen Rechtsgrundsatzbeschluss abgehen will (Art 62 leg cit). Die Rechtsgrundsatzbeschlüsse des OG stellen keine Rechtsquelle dar. Sie sind jedoch für das OG bindend und können nur auf eine in Art 60 ff OGG vorgeschriebene Art und Weise geändert werden.

<sup>144</sup> OG 28. 9. 1979, III CZP 15/79, OSN 1980, Nr 4, Pos 63; OG 30. 11. 1994, III CZP 130/94, OSN 1995, Nr 3, Pos 42; OG 27. 4. 1994, III CZP 60/94, Legalis; *Morek* in in *Osajda*, ZGB I Art 156 Rz 8.

<sup>145</sup> *Drozd*, Übertragung des Eigentums (1974) 116 ff.

Diese juristische Konstruktion fand hingegen ihre Anerkennung bei Verträgen über bewegliche Sachen. Der Entfall des Rechtsgrundes führt automatisch zum Übergang des Eigentums an den Verkäufer. Auch diese Rechtsansicht wurde zum Rang eines Rechtsgrundsatzes erhoben,<sup>146</sup> nachdem das Oberste Gericht in einer Einzelentscheidung einer anderen Rechtsmeinung war.<sup>147</sup>

#### **4.2.2. Formelles Kausalprinzip**

Gemäß Art 158 ZGB ist ein doppelfunktionell wirkender ebenfalls wie ein bloß schuldrechtlicher Kaufvertrag in Form eines Notariatsakts abzuschließen. Gleiches gilt für jenen dinglichen Vertrag, der in Erfüllung einer bereits bestehenden Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an der Liegenschaft abgeschlossen wird. Die Verpflichtung ist als Rechtsgrund im Notariatsakt ausdrücklich zu nennen. Beim Unterlassen der ausdrücklichen Benennung dieser Verpflichtung im Notariatsakt liegt ein Verstoß gegen das formelle Kausalprinzip vor, der mit Nichtigkeit des dinglichen Vertrages sanktioniert wird. Damit setzt der polnische Gesetzgeber nicht nur die Existenz eines gültigen Rechtsgrundes für die Übereignung des Eigentums an Liegenschaften, sondern auch ihre ausdrückliche Benennung im notariatsaktspflichtigen dinglichen Vertrag voraus.<sup>148</sup>

#### **4.3. Bedingungs- und Befristungsverbot**

Gemäß Art 157 § 1 ZGB kann die Übertragung des Eigentums an Liegenschaften nach polnischem Recht nicht unter Vorbehalt einer Bedingung oder mit einer Befristung erfolgen. Dieses Bedingungs- und Befristungsverbot gilt nur für vertragliche Bedingungen iSd Art 89 ZGB, und nicht für gesetzlich verankerte Bedingung (*conditio iuris*).<sup>149</sup> Als Beispiel einer solchen gesetzlichen Bedingung ist an dieser Stelle ein Vorbehalt der Erlangung einer Genehmigung des polnischen Innenministers beim Kauf einer Liegenschaft in Polen durch einen Ausländer zu nennen, was im Art 1 Abs 1 des Gesetzes vom 24. 3. 1920 über den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer<sup>150</sup> vorgeschrieben ist. Erst die Erfüllung dieser gesetzlichen Bedingung begründet eine vertraglich wirksame

---

<sup>146</sup> OG 27. 2. 2003, III CZP 80/02, OSN 2003, Nr 11, Pos 141.

<sup>147</sup> OG 26. 2. 2002, II CKN 806/99, Legalis.

<sup>148</sup> OG 22. 3. 1955, II CO 116/54, OSN 1956, Nr 1, Pos 15.

<sup>149</sup> OG 30. 12. 1992, III CZP 153/92, OSNCP 1993, Nr 6, Pos 99.

<sup>150</sup> Konsolidierte Fassung GBl 2004, Nr 167, Pos 1758 idgF / ustawa z 24. 3. 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, tj. Dz. U. 2004, nr 167, poz 1758 ze zm.

Grundlage zur Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft.<sup>151</sup> Gemäß Art 8 Abs 2 – 2b leg cit sind die Staatsbürger der EWR-Staaten und der Schweiz von der Erfüllung dieser gesetzlichen Bedingung befreit.

Das Bedingungs- und Befristungsverbot bezieht sich ausschließlich auf jene Rechtsgeschäfte, welche die sachenrechtliche Wirkung entfalten sollen.<sup>152</sup> Die Vertragsparteien können ihre schuldrechtlichen Pflichten frei gestalten, und von diversen Bedingungen bzw Befristungen (zB Zahlungsmodalitäten, Räumung der Liegenschaft oder ihre Übergabe) abhängig machen.<sup>153</sup> Mit der Erfüllung der Bedingung und mit dem Ablauf der Frist entsteht ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft.<sup>154</sup>

Wird gegen dieses Verbot durch die Aufnahme einer Bedingung bzw Befristung in den Kaufvertrag über eine Liegenschaft verstoßen, dann wird der Kaufvertrag aus diesem Grund nicht nichtig. In Folge dieses Verstoßes wird er jedoch keine doppel funktionelle Wirkung entfalten. Er stellt dann lediglich eine schuldrechtliche Grundlage für die Eigentumsübertragung dar.<sup>155</sup> Für den Eigentumsübergang ist ein zusätzlicher, bedingungs- und befristungsloser Eigentumsübertragungsvertrag Voraussetzung (Art 157 § 2 ZGB).

Derart konstruiertes Bedingungs- und Befristungsverbot führt zur Beschränkung der Eigentumsübertragung. Damit soll das vom Gesetzgeber gewünschte Postulat der Klarheit und Eindeutigkeit der Eigentumsverhältnisse im Liegenschaftsverkehr erfüllt werden.<sup>156</sup> Jede Unklarheit führt zur Unsicherheit und in weiterer Folge zur Komplikationen, die bei der Ausübung des Eigentumsrechts und auch in Hinblick auf die sozio-ökonomische Bestimmung dieses Rechts, unerwünscht sind.<sup>157</sup>

Nach hL würde die bedingte Eigentumsübertragung an einer Liegenschaft zu einem Zustand führen, in dem beide Vertragsparteien des Kaufvertrags über „ein bedingtes Eigentumsrecht“ verfügen würden. Im Falle der Vereinbarung einer aufschiebenden

---

<sup>151</sup> OVwG 25. 2. 2002, V SA 1909/01, Lex Nr 109334.

<sup>152</sup> OG 4. 4. 2012, I CSK 359/11, OSNC 2012, Nr 9, Pos 111.

<sup>153</sup> OG 7. 4. 1975, II CR 97/75, OSPiKA 1977, Nr 4, Pos 76.

<sup>154</sup> OG 8. 5. 1975, III CRZ 51/75, Legalis.

<sup>155</sup> AppellG Poznań (Posen) 17. 6. 2010, I Aca 465/10, Legalis.

<sup>156</sup> OG 10. 1. 2008, IV CSK 331/07, Legalis.

<sup>157</sup> *Gniewek* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 36 Rz 173.



Bedingung beim Liegenschafts Kauf wäre der Verkäufer Eigentümer unter der auflösenden Bedingung. Der Käufer hätte hingegen die Rechtsposition eines Eigentümers unter der aufschiebenden Bedingung. Würde im Kaufvertrag über eine Liegenschaft eine auflösende Bedingung vereinbart, dann wäre die Situation analog umgekehrt. Im Falle der Vereinbarung einer Befristung wäre dieser schwebende Zustand kongruent.<sup>158</sup>

Aus dem hypothetischen Umstand, dass eine Liegenschaft zwei „bedingte Eigentümer“ hätte, würden bestimmte Rechtsfolgen resultieren. Beide Vertragsparteien wären berechtigt, „das bedingte Eigentumsrecht“ auszuüben und über ihre jeweilige Rechtsposition über frei zu verfügen. Diese Rechtsfolge und ihre sichtbare Verkomplizierung des Liegenschaftsverkehrs waren vom polnischen Gesetzgeber in Hinblick auf die sozio-ökonomische Bestimmung des Eigentumsrechts unerwünscht. Sie hätten letztendlich wegen des obigen Unsicherheitsfaktors negative Konsequenzen für den Liegenschaftsverkehr.<sup>159</sup>

Diese Überlegungen führten deshalb zur gesetzlichen Verankerung des Bedingungs- und Befristungsverbots bei der Übertragung des Eigentums an einer Liegenschaft. Widrigenfalls müsste der polnische Gesetzgeber vom Einheitsprinzip beim Liegenschafts Kauf und von der doppel funktionellen Wirkung des Kaufvertrags absehen.

#### **4.4. Deklarativer Eintragungsgrundsatz**

##### **4.4.1. Grundbuchsystem im Überblick**

Während der Teilung Polens (1795-1918) entstand eine Zersplitterung des Grundbuchsrechts auf dem damaligen Staatsgebiet, weil die Besatzungsmächte ihr jeweiliges Grundbuchsrecht einführten.<sup>160</sup> Nach der Wiederentstehung polnischen Staates im Jahr 1918 galten deshalb auf seinem Hoheitsgebiet verschiedene Grundbuchssysteme bzw alternative Methoden der Evidenzführung von Rechten an Liegenschaften. Nicht in jedem Gebiet wurde für jede Liegenschaft eine Grundbucheinlage angelegt und geführt.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Vgl Drozd, Übertragung des Eigentums 53-54; Gniewek in Gniewek<sup>3</sup>, III § 36 Rz 173.

<sup>159</sup> Swaczyna, Warunkowe czynności prawne / Bedingte Rechtsgeschäfte (2012) 29.

<sup>160</sup> Wudarski, Das formelle Publizitätsprinzip des Grundbuchs, in FS Kalus (2010) 633.

<sup>161</sup> Strzelczyk, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 721-746.

*Wie bereits oben erwähnt, wird für die Bezeichnung der Grundbuchseinlage im funktionellen Sinne des österreichischen Rechts das Wort „Grundbuch“ (księga wieczysta) im polnischen Recht verwendet. Für den Begriff des Grundbuches im funktionellen Sinne des österreichischen Rechts verwendet man im polnischen Recht das Wort „Register der Grundbücher“ (rejestr ksiąg wieczystych) bzw in Kurzform das Wort „Grundbücher“ (księgi wieczyste - Pluralform).<sup>162</sup> Die Pluralform („Grundbücher“) wurde vor allem in der älteren Lehre verwendet.<sup>163</sup>*

*Wegen der unterschiedlichen Bedeutung der Begriffe „Grundbuch“, „Grundbücher“, „Grundbucheinlage“ und zwecks Vermeidung der Verwirrung beim Leser wurden in Folge der gesamten Arbeit die nachstehenden funktionalen Begriffe verwendet. Für das dem Grundbuches iSd österreichischen Rechts entsprechende Rechtsinstitut im polnischen Recht wird der Begriff „Grundbuchregister“ gebraucht. Für die Bezeichnung der Grundbuchseinlage iSd österreichischen Rechts bzw. des Grundbuches iSd polnischen Rechts wird einheitlich der Begriff „Grundbuchseinlage“ verwendet.*

Die Grundbuchsführung fand nur auf den von Österreich und Preußen annektierten Gebieten Polens statt. Auf den vom Russland angegliederten polnischen Territorien wurden die Änderungen der Eigentumsverhältnisse mittels Urkundensammlungen verzeichnet.<sup>164</sup> Diese Register wurden weder nach einem einheitlichen Model noch in einer (einheitlichen) Sprache und unter Verwendung verschiedener Rechtsbegriffe geführt.

In der Zwischenkriegszeit ist es nicht gelungen, diesen bedauernswerten Zustand zu beseitigen. Infolgedessen wurde damals das Eigentum an Liegenschaften nach dem Recht ihres Belegenheitsortes übertragen.<sup>165</sup> Erst am 1. 1. 1947 erfolgte durch das Inkrafttreten des erwähnten Dekrets<sup>166</sup> vom 11. 10. 1946 – „das Recht des Grundbuchregisters“ die Vereinheitlichung der Grundbuchregelungen. Die unifizierten rechtlichen Rahmenbedingungen beseitigten jedoch bis dato nicht die Tatsache, sodass es in Polen auch heutzutage immer noch Liegenschaften gibt, für die keine Grundbuchseinlage

---

<sup>162</sup> Höller in Kodek, Grundbuchsrecht vor § 1 Rz 29.

<sup>163</sup> Vgl Zoll, AöGZ 34/1908, 269 (274).

<sup>164</sup> Strzelczyk, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 724-746.

<sup>165</sup> Strzelczyk, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 1072-1073.

<sup>166</sup> Dz. U. 1946, nr 57, poz 320 / GBl 1946, Nr 57, Pos 320.

angelegt wurde.<sup>167</sup> Daraus ergibt sich, dass es in Polen kein flächendeckendes Grundbuchsystem gibt.

Während der Arbeiten an der Unifikation des Sachenrechts schöpfte der polnische, historische Gesetzgeber aus den Erfahrungen Preußens und Österreichs. Mit der Führung des Grundbuchregisters und der Anlegung der Grundbuchseinlagen wurden grundsätzlich die Bezirksgerichte (*Sądy Rejonowe*) betraut.<sup>168</sup> Eine Ausnahme stellen die Jahren 1964 – 1991 dar, in denen diese Aufgabe den staatlichen Notariatsbüros übertragen wurde.<sup>169</sup> Das Rechtsinstitut des Grundbuchregisters erfuhren zur Zeit der Volksrepublik Polen eine legislative Marginalisierung und eine ideologische Ablehnung. Sie galten „als zeitlich überholtes und überflüssiges Rechtsinstrument“.<sup>170</sup> Aus diesem Grund wurden weder die Regelung des Grundbuchregisters noch Vorschriften über Hypothek bei der Verabschiedung des ZGB 1964 in seinen Entwurf aufgenommen.<sup>171</sup> In diesem Kontext entschied sich der Gesetzgeber bewusst für eine der deklarative Wirkung der Eintragung des Eigentums in das Grundbuchregister.<sup>172</sup>

Das polnische Grundbuchsystem wird durch das Gesetz vom 6. 7. 1982 über das Grundbuchregister und die Hypothek (GbHypG)<sup>173</sup> geregelt und ist nach dem Realfoliensystem (dh pro Liegenschaft eine Grundbuchseinlage) gegliedert.<sup>174</sup> Gemäß Art 1 GbHypG wird Grundbuchregister zwecks Feststellung der Rechte an Liegenschaften geführt, was die Grundlage des sicheren Liegenschaftsverkehrs und der grundbücherlichen Kreditsicherung darstellt.<sup>175</sup> Das sind das grundlegende Ziel und die Hauptfunktion dieses Grundbuchsregisters, das durch eine öffentliche Evidenz der Sachenrechte an

---

<sup>167</sup> Nach schriftlicher Anfrage des Autors vom 27. 10. 2014 teilte das polnische Justizministerium am 28. 10. 2014 über das Förderungszentrum des EDV-Grundbuchregisters beim AppellG Danzig (Sąd Apelacyjny w Gdańsku) mit, dass die Anzahl der Liegenschaften ohne angelegter Grundbuchseinlagen derzeit unbekannt sei, weil eine entsprechende Statistik nicht geführt werde. Mit Sicherheit sei davon auszugehen, dass es immer noch Liegenschaften ohne angelegter Grundbuchseinlagen gebe. Die in Papierform angelegten Grundbuchseinlagen seien fast zur Gänze in das EDV-System übertragen worden, sodass die Anzahl der noch zu übertragenden Grundbuchseinlagen ca 15.000 betrage.

<sup>168</sup> *Pisuliński* in *Pisuliński*, GbHypG Art 1 Rz 7.

<sup>169</sup> *Pisuliński* in *Pisuliński*, GbHypG Art 1 Rz 7.

<sup>170</sup> *Wudarski* in FS Kalus 636.

<sup>171</sup> *Wudarski* in FS Kalus 636.

<sup>172</sup> Vgl *Zoll*, *Znaczenie wpisów w księgach gruntowych w przyszłym kodeksie cywilnym / Bedeutung der Eintragungen in das Grundbuch im zukünftigen Zivilgesetzbuch*, *Czas Prawniczy i Ekonomiczny*, 1945/7-12, 70 (72).

<sup>173</sup> Dz. U. 1982, nr 19, poz 147 / GBl 1982, Nr 19, Pos 147.

<sup>174</sup> *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht vor § 1 Rz 29.

<sup>175</sup> *Rudnicki*, GbHypG<sup>3</sup> 13.

Liegenschaften realisiert wird. Das Grundbuchregister bildet im polnischen Rechtssystem ein einheitliches, öffentliches Register.<sup>176</sup>

Gemäß Art 24 GbHypG wird für eine Liegenschaft prinzipiell eine Grundbuchseinlage geführt, es sei denn, dass es sich etwas anders aus dem Sondervorschriften ergibt. Bei der Einsichtnahme muss kein rechtliches Interesse bescheinigt werden. Die Berufung auf Nichtkenntnis der Eintragungen oder Anmerkungen im Grundbuchregister ist gemäß Art 2 GbHypG unbeachtlich.

Gemäß Art 3 GbHypG wird die Richtigkeit des Grundbuchstandes vermutet. Der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchregisters ist im polnischen Recht im Art 5 GbHypG verankert. Nach diesem Grundsatz wird der gutgläubige Erwerber beim Kauf einer Liegenschaft von dem in der Grundbuchseinlage ausgewiesenen Eigentümer geschützt. Der Schutz des öffentlichen Glaubens an das Grundbuchregister erstreckt sich weder auf unentgeltliche Veräußerungen der Liegenschaften noch auf jene Veräußerung, bei denen der Käufer die Unrichtigkeit des Grundbuchsstands gekannt hat oder mühelos hätte erkennen können (Art 6 GbHypG).

Das polnische Grundbuchssystem zeichnet sich durch eine wesentliche Einschränkung des im deutschen Rechtskreis geltenden Eintragungsgrundsatzes aus. Die Grundbucheintragungen entfalten in Polen grundsätzlich deklarative Wirkung, was bedeutet, dass sie die Änderungen in Eigentumsverhältnissen nur publik machen und keine rechtsbegründende Folgen nach sich ziehen<sup>177</sup>. Die konstitutiv wirkenden Grundbucheintragungen stellen Ausnahmen dar. Sie erfolgen beispielsweise bei folgenden Rechtsvorgängen:<sup>178</sup>

- Begründung einer Hypothek an einer Liegenschaft (Art 67 GbHypG),
- Vertragliche Begründung und Übertragung des Erbnießbrauchsrechts (Art 27 ImmoBewG),
- Übertragung und Änderung beschränkter dinglicher Rechte (Art 245<sup>1</sup>, 246 § 2 ZGB) sowie Verzicht auf diese (Art 248 § 1 ZGB),
- Begründung eines gesonderten Wohnungseigentums (Art 7 Abs 2 WEG).

---

<sup>176</sup> OG 11. 4. 2013, II CSK 471/12, OSNC 2013 Nr 12, Pos 145, LexisNexis Nr 5168716.

<sup>177</sup> OG 18. 1. 1958, 3 CR 258/57, RPE 1/59, 334.

<sup>178</sup> Ignatowicz, Prawo rzeczowe<sup>6</sup> / Sachenrecht<sup>6</sup> (1994) 305-306.

Zu diesem Ausnahmenkatalog gehört nicht die Eintragung des aufgrund des Kaufvertrags erworbenen Eigentumsrechts an einer Liegenschaft. Somit erfolgt der Liegenschaftsverkehr in Polen quasi „außerbücherlich“.<sup>179</sup>

Die deklarative Eintragung des erworbenen Eigentumsrechts ist obligatorisch, weil der Gesetzgeber den neuen Eigentümer zur Antragstellung beim Grundbuchsgericht und zur Offenlegung des erworbenen Eigentumsrechts verpflichtet (Art 35 Abs 1 GbHypG). Diese gesetzliche Pflicht wirkt sich keinesfalls auf den Eigentumserwerb, sondern hat lediglich eine disziplinierende Funktion und führt bei fehlender oder verzögerter Antragstellung zur schadenersatzrechtlichen Haftung des neuen Eigentümers Dritten gegenüber (Art 35 Abs 2 GbHypG).<sup>180</sup> Der Antrag auf Offenlegung des erworbenen Eigentumsrechts im Grundbuchregister ist vom Notar gemäß Art 92 § 4 NotRG in den Kaufvertrag aufzunehmen.

Der richtige Grundbuchstand soll darüber hinaus mittels einer an die Gerichte, Behörden der zentralen Verwaltung und der territorialen Selbstverwaltungskörper sowie an die Notare gerichteten Informationspflicht erreicht werden. Die genannten Stellen sind gesetzlich verpflichtet, von Amts wegen die zuständigen Grundbuchsgerichte über sämtliche Änderungen der Eigentumsverhältnisse an Liegenschaften zu informieren (Art 36 Abs 1 GbHypG). Nach Erhalt obiger Information merkt das Grundbuchsgericht von Amts wegen in der entsprechenden Grundbuchseinlage an, dass die dort eingetragene Rechtslage der Liegenschaft mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt. Die Mitteilung über die eingetragene Anmerkung ist einer Plombe ist dem neuen Eigentümer samt einer Rechtsbelehrung zuzustellen. Er soll auf diesem Weg über seine Pflicht zur Antragstellung binnen eines Monats ab Zustellung dieser Mitteilung und über seine Pflicht zur grundbücherlichen Offenlegung des erworbenen Eigentumsrechts informiert werden (Art 36 Abs 3 GbHypG).

Bei Säumnis des neuen Eigentümers mit der aufgeforderten Antragstellung kann das Grundbuchsgericht gegen ihn eine Geldstrafe im Höhe von PLN 500,00 (ca EUR 125,00) bis PLN 10.000,00 (ca EUR 2.500,00) zur Erzwingung der Veranlassung der Offenlegung des Eigentumsrechts verhängen (Art 36 Abs 3 GbHypG). Nach der durchgeführten Eintragung des Eigentumsrechts im Grundbuchregister besteht für das Gericht die

---

<sup>179</sup> Gniewek, Prawo rzeczowe / Sachenrecht (2012) 289.

<sup>180</sup> Gniewek in Gniewek<sup>3</sup>, III § 19 Rz 179.

Möglichkeit der gänzlichen oder teilweisen Erlassung der verhängten Geldstrafe (Art 36 Abs 4 GbHypG).

Die einschlägigen Verfahrensvorschriften sehen im Grundbuchsverfahren die unverzügliche Registrierung der Eintragungsanträge im Tagebuch des Grundbuchregisters (Art 626<sup>7</sup> § 1 ZVGB) und die unverzügliche Anmerkung einer Plombe in der Grundbuchseinlage (Art 626<sup>7</sup> § 2 ZVGB) vor. Mangels eines verfahrensrechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes bei Entscheidungen über die Grundbuchsanträge verlängert sich oft die Entscheidungszeit, die bei jedem Grundbuchgericht unterschiedliche Ausmaße annimmt.<sup>181</sup> Zwecks Vermeidung negativer Folgen der spät durchgeführten Grundbucheintragungen entschied sich der polnische Gesetzgeber, jeder Grundbucheintragung eine rückwirkende Geltung einzuräumen. Diese Rückwirkung gilt ab dem Zeitpunkt der Antragstellung. Im Falle eines von Amts wegen eingeleiteten Verfahrens – ab dem Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens (Art 29 GbHypG).<sup>182</sup>

Diese Regelung ist von allgemeiner Geltung und betrifft sowohl die deklarativ wirkenden als auch konstitutiv wirkenden Eintragungen.<sup>183</sup>

#### 4.4.2. Grundbuchaufbau und Einführung des EDV-Grundbuchssystems

Der Aufbau des polnischen Grundbuchregisters unterscheidet sich vom Aufbau des österreichischen Grundbuches. Eine polnische Grundbuchseinlage besteht aus vier Teilen:

- Im ersten Teil (*I. Dział*) wird die Liegenschaft genau bezeichnet sowie die mit ihr verbundenen Rechte aufgezählt. Die Grundlage für die Bezeichnung der Liegenschaft bilden die Katasterdaten (Evidenz von Grundstücken und Gebäuden).<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup> *Gniewek in Gniewek*<sup>3</sup>, III § 19 Rz 181.

<sup>182</sup> *Rudnicki*, GbHypG<sup>3</sup> 169.

<sup>183</sup> *Gniewek in Gniewek*<sup>3</sup>, III § 19 Rz 183.

<sup>184</sup> Gemäß § 30 Abs 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17.09.2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz. U. 2001 nr 102, poz 1122) / Verordnung des Ministers für Justiz vom 17.09.2001 über die Führung des Grundbuchregisters und der Urkundensammlungen (GBI 2001, Nr 102, Pos 1122).

- Der zweite Teil (*II. Dział*) beinhaltet Eintragungen bezüglich des Eigentumsrechts sowie des Erbnießbrauchsrechts an der Liegenschaft und Angaben zu berechtigten Personen.
- Im dritten Teil (*III. Dział*) werden beschränkte Sachenrechte, ausgenommen Hypotheken und Pfandrechte eingetragen.
- Der vierte Teil (*IV. Dział*) wurde für Hypotheken bzw Pfandrechte vorgesehen.

In das Grundbuchregister werden nur die wichtigsten Informationen familiärer und wirtschaftlicher Natur eingetragen, welche im GbHypG enumerativ aufgezählten sind. Zu diesen Informationen zählen insbesondere Angaben über Personendaten, Wohnadresse, Ehescheidung und eheliche Güterstände sowie die persönliche Identifikationsnummer PESEL, der das Geburtsdatum zu entnehmen ist, aber auch Angaben über Schuldverhältnisse der Eigentümer.<sup>185</sup> Der freie Zugang zu diesen Informationen durch eine Grundbucheinsicht schafft die Gewährleistung der Rechtssicherheit, welche das Publizitätsprinzip des Grundbuchregisters begründet.<sup>186</sup>

Die sonstigen Liegenschaftsdaten werden im Grundakt der jeweiligen Grundbuchseinlage (*akta ksiąg wieczystych*) aufbewahrt.<sup>187</sup> Die Grundakte entsprechen funktional der österreichischen Urkundensammlung. Nur die Einsicht in das Grundbuchregister ist vom Publizitätsprinzip iSd Art 36<sup>1</sup> Abs 3 GbHypG umfasst. Die Grundakte sind nicht öffentlich. Die Einsicht in sie kann nur – im Beisein einer Gerichtsperson - vom Notar oder von einer Person genommen werden, die ein rechtliches Interesse nachweist (Art 36<sup>1</sup> Abs 4 GbHypG). Die Rechtsverhältnisse einer Liegenschaft lassen sich anhand der Grundbuchseinlage feststellen. Der Kaufpreis, den der Eigentümer einer Liegenschaft für sie bezahlte, wird im Grundbuch nicht veröffentlicht, und kann nur anhand des Vertragstexts ermittelt werden. Da eine Abschrift des Kaufvertrags im Grundakt aufbewahrt wird, bleibt vor einer Person ohne rechtlichen Interesses diese Information verborgen. Die beschränkte Einsicht in die Grundakte ergibt sich aus der Interessensabwägung zwischen der gebotenen Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem Schutz der Privatsphäre der im Grundbuchregister und Grundakt aufscheinenden Personen.

---

<sup>185</sup> Wudarski, in FS Kalus 640.

<sup>186</sup> Rudnicki, GbHypG<sup>3</sup> 206.

<sup>187</sup> Strzelczyk, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 1070.

Es sei insbesondere für den gutgläubigen Liegenschaftserwerb nicht erforderlich, dass die in der Grundakte befindlichen Informationen publik gemacht werden.<sup>188</sup> Die Grundakte genießen im Unterschied zum Grundregister keinen öffentlichen Glauben.<sup>189</sup>

Gegenwärtig wird das Grundbuchregister in Polen überwiegend im Rahmen eines EDV-Grundbuchsystems geführt. Ein solches EDV-Grundbuchregister wird als „elektronisches Grundbuchregister“ bezeichnet und aufgrund des GbHypG und der Verordnung des Ministers für Justiz vom 21. 11. 2013 über die Neuanlegung und Fortführung des Grundbuchregisters im EDV-System<sup>190</sup> fortgeführt. Diese Verordnung trat am 1. 12. 2013 in Kraft. Für diese Zwecke wurde beim Minister für Justiz die Zentrale Informationsbasis des Grundbuchregisters (*Centralna Informacja Ksiąg Wieczystych*) ins Leben gerufen. Sie soll künftig zu einem gesamtstaatlichen digitalen Grundbuchregister werden.<sup>191</sup> Die Eintragungen in diese Basis werden durch Grundbuchgerichte laufend vorgenommen. Die Entwicklung der Zentralen Informationsbasis des Grundbuchregisters sowie die Gewährung ihres sicheren Betriebs gehört zu Aufgaben des Ministers für Justiz<sup>192</sup>. Die Einsichtnahme in die Zentrale Informationsbasis des Grundbuchregisters ist von jedermann über die dazu eingerichtete Internetseite <https://ekw.ms.gov.pl/eukw/menu.do> möglich. Die Zentrale Informationsbasis des Grundbuchregisters ermöglicht unentgeltliche Einsichtnahme in eine gewünschte Grundbuchseinlage, falls diese Grundbuchseinlage bereits in diesem EDV-System angelegt wurde und die den Einsicht nehmende Person die neue Grundbuchsnummer kennt. Die auf diese Art und Weise erlangten Ausdrücke mit dem aktuellen Grundbuchstand genießen (zumindest noch) keine Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.<sup>193</sup>

#### 4.4.3. Einführungsmotive des deklarativen Eintragungsgrundsatzes

Im polnischen Rechtssystem hat die deklarative Wirkung der Grundbucheintragungen eine grundsätzliche Bedeutung. Dieser liegen die drei nachstehenden Motive zu Grunde.

---

<sup>188</sup> *Wudarski*, in FS Kalus 640.

<sup>189</sup> *Rudnicki*, GbHypG<sup>3</sup> 206.

<sup>190</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 21. 11. 2013 r. w sprawie zakładani i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym (Dz. U. 2013 nr 1411, poz 1122)

<sup>191</sup> Die Zentrale Informationsbasis des Grundbuchregisters funktioniert aufgrund der rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 27. 11. 2013 r. w sprawie Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych (Dz. U. 2013, poz 1407) / Verordnung des Ministers für Justiz vom 27. 11. 2013 über die Zentrale Informationsbasis des Grundbuchregisters (GBI 2001, Nr 102, Pos 1122).

<sup>192</sup> *Strzelczyk*, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 1072.

<sup>193</sup> *Strzelczyk*, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 1073.



Das erste Motiv hat einen strikten organisatorischen Charakter. Zur Zeit der Unifikationsarbeiten in den 20er und 30er Jahren des 20. Jh gab es in Polen kein einheitliches, flächendeckendes Grundbuchsystem. Eine zeitnahe Schaffung eines gesamtpolnischen Grundbuchsystems schien damals dem Gesetzgeber unrealistisch.<sup>194</sup> Die vollständige Unifikation des Sachenrechts forderte die Annahme des Eintragungsgrundsatzes mit nur deklarativer Wirkung des Eigentumsrechts in das Grundbuchregister.<sup>195</sup>

Für den Eigentumserwerb war ein Eintragungsgrundsatz mit konstitutiv wirkender Grundbucheintragung zur damaligen Zeit auch deshalb schwer vorstellbar, weil für eine große Anzahl der Liegenschaften keine Grundbucheinlage im Register angelegt und geführt wurden.<sup>196</sup>

Als Gegenvorschlag wurde die Schaffung eines gemischten (dualistischen) Systems in Erwägung gezogen. Nur beim Bestehen einer Grundbucheinlage hätte zwecks des Eigentümerwechsels die Grundbucheintragung die konstitutive Wirkung entfalten sollen. Im sonstigen Fall hätte die Grundbucheintragung keine Voraussetzung für den Eigentumsübergang gebildet. Das Eigentum an der Liegenschaft wäre auf den Käufer durch die Übergabe der Liegenschaft mit der Zustimmung des bisher berechtigten Verkäufers und aufgrund eines gültigen Titels übergegangen. Dieser Gegenvorschlag wurde letztendlich abgelehnt, weil er nicht im Einklang mit der Grundidee einer vollständigen Vereinheitlichung des Rechtssystems stand.<sup>197</sup>

Das zweite Motiv, welches zur Ablehnung konstitutiv wirkender Eigentumseintragung in das Grundbuchregister führte, hatte einen rechtskulturellen und rechtsdogmatischen Charakter. Unter den Mitgliedern der Kodifikationskommission, auf die *Fryderyk Zoll*, Junior, wesentlich einwirkte, galt die Überzeugung vom doktrinären Charakter des konstitutiven Eintragungsgrundsatzes und von seiner Mangelhaftigkeit in polnischen Lebensverhältnissen.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> *Pisuliński* in *Pisuliński*, GbHypG Art 1 Rz 6-13.

<sup>195</sup> *Zoll*, *Czas Prawniczy i Ekonomiczny*, 1945/7-12, 72.

<sup>196</sup> Sejm RP, Uzasadnienie projektu zmian do projektu prawa rzeczowego / Begründung des Änderungsentwurfes zum Entwurf des Sachenrechts, AAN, Team-Nr 285, Geschäftszahl 4422, 52-53.

<sup>197</sup> *Zoll*, O koncepcji podstawowej dla kodyfikacji prawa rzeczowego na nieruchomościach / Über die grundsätzliche Konzeption der Kodifizierung des Sachenrechts, *Themis Polska* 1928/9, 15-17.

<sup>198</sup> *Fryderyk Zoll* Junior bzw. (während der Habsburger Monarchie) *Friedrich Ritter von Zoll* Junior (1865-1948) war Professor und Rektor der Jagiellonen-Universität Krakau, Mitglied der Polnischen Akademie der

Nach der Meinung von *Zoll* sei die konstitutiv wirkende Eigentumseintragung in das Grundbuchregister keinesfalls durch die realen Bedürfnisse des alltäglichen Lebens gerechtfertigt gewesen. Der potentielle, gutgläubige Käufer, welcher im Vertrauen auf den Grundbuchstand handle, sei durch das Vertrauens- und Publizitätsprinzip des Grundbuchregisters der deklarativen aber zwingenden Grundbucheintragung ausreichend geschützt.<sup>199</sup>

In diesem Zusammenhang schildert *Zoll* zahlreiche Fälle aus seiner Praxis in Galizien, wo österreichisches Recht galt. Mangels Verständnisses des Rechtsinstituts des Grundbuchregisters unter der ländlichen Bevölkerung in Galizien kam es zu etlichen Liegenschaftskäufen, bei denen die Änderung der Eigentumsverhältnisse in der Grundbucheinlage nicht durchgeführt wurde. Dieser Zustand wurde in weiterer Folge durch Verkäufer (nach wie vor Liegenschaftseigentümer) missbraucht, indem sie im Anschluss auf den abgeschlossenen Kaufvertrag weitere Verfügungen über die Liegenschaft zu Lasten der Käufer vornahmen (zB durch die grundbücherliche Belastung der Liegenschaft mit Pfandrechten), was oft zu Tragödien führte.<sup>200</sup> In diesem Zusammenhang wurde der konstitutive Eintragungsgrundsatz kritisch gewürdigt, weil er sich unter obigen Umständen unabhängig vom guten Glauben zu Gunsten des missbräuchlich handelnden Liegenschaftseigentümers auswirkte.<sup>201</sup>

Noch in der Zeit österreichischer Monarchie plädierte *Zoll* mit vielen Publikationen für eine grundsätzliche Zulassung eines außerbücherlichen Eigentumserwerbs an Liegenschaften.<sup>202</sup>

Im März 1913 stellte er im galizischen Landtag als Rektor der k u k Jagiellonen-Universität Krakau und daher Mitglied des Landtags kraft seines Amtes einen Antrag, der darauf abzielte, diese Reform in Galizien und der Bukowina einzuführen bzw sie nach dem

---

Wissenschaft. Im Jahr 1895 habilitierte er an der Universität Wien und lehrte im Institut für Zivilrecht. Im Jahr 1919 wurde er zum Mitglied der Kodifikationskommission.

<sup>199</sup> *Zoll*, *Themis Polska* 1928/9, 12 (18).

<sup>200</sup> *Zoll*, *Czas Prawniczy i Ekonomiczny*, 1945/7-12, 54 (58).

<sup>201</sup> *Zoll*, *Themis Polska* 1928/9, 12 (16).

<sup>202</sup> *Zoll*, Die Übertragung des Eigentumsrechts an Grundbuchskörpern durch bloße Tradition. Ein Rechtsgutachten frei nach der Steinlechnerschen Theorie, *AöGZ* 33/1908, 261 (261-265) und *AöGZ* 34/1908, 273 (273-275); *Zoll*, Ein Beitrag zur Frage nach der absoluten Wirkung der sogenannten außerbücherlichen Rechtslage. Aus Anlaß der Judikate des Obersten Gerichtshofes Nr 186 und 188, *AöGZ* 4/1910, 28 (28-30); *Zoll*, Zur Frage nach der Übereignung von Grundbuchskörpern durch bloße Tradition. Ein Rechtsfall samt Entscheidungen in *Geller* 465-473; *Zoll*, Eine Ergänzung der privatrechtlichen Bestimmungen über den Erwerb von Liegenschaften, *AöGZ* 20/1914, 201 (201-205).

gesetzgeberischen Willen auf alle Kronländern der Monarchie auszudehnen.<sup>203</sup> Bereits eine außerbücherliche Übertragung der Liegenschaft durch bloße Tradition hätte grundsätzlich eine sachenrechtliche Wirkung entfalten sollen, es sei denn, ein Dritte im Vertrauen auf den Grundbuchstand im guten Glauben von der außerbücherlichen Veräußerung keine Kenntnis hatte. In der ersten Variante hätte der Erstkäufer das Eigentumsrecht an der Liegenschaft außerbücherlich durch Tradition erwerben sollen und hätte somit einen durchsetzbaren Anspruch gegen den Zweitkäufer auf die grundbücherliche Eintragung geltend machen können. In der zweiten Variante hätte der Zweitkäufer sofort mit der Einverleibung seines Rechts im Grundbuchregister das Eigentumsrecht an der Liegenschaft erworben und der Erstkäufer dieses zugleich verloren sollen.<sup>204</sup>

Seine Rechtsansicht untermauerte *Zoll* zusätzlich mit dem nachstehenden Zitat aus der E Nr 188 des OGH: „Würde man „ohne weiteres an der formalen Rechtskraft der Eintragungen festhalten und jeden dritten sich dieselbe zunutze machen lassen, so würde zwar dadurch eine ungemein einfache Gestaltung des Immobilienrechts ermöglicht, andererseits aber dieser Vorzug nur durch eine völlige Zurückdrängung des materiellen Rechts erlangt werden. Hiefür sei aber kein Bedürfnis vorhanden. Nur die Rücksicht auf den Verkehr erheische den Schutz des dritten, der in Unkenntnis der wirklichen Sachlage etwas erwirbt, was formell wenn auch nicht oder nicht mehr materiell zu Recht besteht ...“<sup>205</sup>

Im Hintergrund der Argumentation von *Zoll* stand damals auch der ungeordnete Grundbuchstand in Galizien und der Bukowina, der laut zeitgenössischen Berichten einen außerordentlichen Umfang erreicht habe und zur Erlassung des Gesetzes vom 11. 12. 1906<sup>206</sup> betreffend die Berichtigung des Grundbuchregisters, wirksam für Galizien und die Bukowina, geführt habe.<sup>207</sup>

Die Initiative von *Zoll* stieß damals auf eine scharfe Kritik seitens *Wellspacher*<sup>208</sup> und *Graf Coronini-Cronberg*.<sup>209</sup> Der Erste übte in seinem Lesebrief an die Redaktion der AöGZ sehr prägnant und zugleich alles andere als subtil die Kritik aus. Die Initiative von *Zoll* sei ein

---

<sup>203</sup> *Zoll*, AöGZ 20/1914, 201 (201).

<sup>204</sup> *Zoll*, AöGZ 33/1908, 261 (261-265); *Zoll*, AöGZ 34/1908, 273 (273-275);

<sup>205</sup> *Zoll* in *Geller* (468); *Zoll*, AöGZ 4/1910, 28 (28-30).

<sup>206</sup> RGBl. Nr 246.

<sup>207</sup> *Hanausek*, Veräußerung von Grundstücken. Eine Studie aus dem österreichischen Privatrecht (1914) 4-5.

<sup>208</sup> *Wellspacher*, Leserbrief, AöGZ 22 und 23/1914, 232 (232).

<sup>209</sup> *Graf Coronini-Cronberg*, Das bedrohte Eintragungsprinzip, AöGZ 1914 Nr 35, 350 (350-351).

Versuch, „die Kalamitäten, welche aus der Unordnung des galizischen Grundbuches entstanden sind, dadurch zu sanieren, daß auch die Grundbücher der übrigen Kronländer in Unordnung gebracht werden“.<sup>210</sup>

Befürwortend äußert sich hingegen zum Initiativantrag von *Zoll* ein Vertreter der galizischen Justiz *Plahner*, der als Richter am k u k Bezirksgericht Sadowa-Wißnia hervorhob, dass „nur derjenige ein maßgebendes Urteil abgeben kann, dessen rechtswissenschaftliche Erkenntnis durch persönliche Erfahrung und täglichen unmittelbaren Verkehr mit dem galizischen Bauernvolke ergänzt wird. In den beiden Kronländern Galizien und Bukowina sind die Bauern vorwiegend Analphabeten. Das galizische Bauernvolk empfindet das Grundbuchsinstitut als eine Last und weder die langjährigen Bemühungen der Gerichte noch die Lehren so vieler Prozesse und Zwangsversteigerungen, weder Ordnungsstrafen nach § 57 des Gesetzes vom 23. Mai 1883 RGBL. 83, noch die intensiven Grundbuchsberichtigungs-Bestrebungen haben bis nun günstigere Resultate gezeigt.“<sup>211</sup>

Das dritte Motiv, das mit variabler Intensität in der Volksrepublik Polen galt, hat einen rechtspolitischen Charakter. Die Jahre von 1945 bis 1989 waren generell für das Rechtsinstitut des Grundbuchregisters nicht positiv. Durch den sinkenden Liegenschaftsverkehr sollte entsprechend der sozialistischen Ideologie vorerst die Marginalisierung des Grundbuchregisters erreicht werden. Angestrebt wurde ferner die vollständige Verstaatlichung des Privateigentums an (insb. landwirtschaftlichen) Liegenschaften und die Abschaffung des Grundbuchsystems<sup>212</sup>. Eine konstitutiv wirkende Eintragung in das Grundbuchregister beim Erwerb des Eigentums an Liegenschaften stand im Widerspruch zum sozialistischen Gedanke und hätte daher den Sozialismus in Polen in ein „schlechtes“ Licht gestellt.<sup>213</sup> Die Marginalisierung des Grundbuchsystems bei lediglich rechtsbezeugenden Grundbucheintragungen war viel einfacher als bei für den Eigentumserwerb rechtsbegründend wirkenden Grundbucheintragungen. Erst nach dem

---

<sup>210</sup> *Wellspacher*, AöGZ 22 und 23/1914, 232 (232).

<sup>211</sup> *Plahner*, Die bürgerliche Anmerkung außerbürgerlicher Übereignungen, AöGZ 1914 Nr 29 und 30, 311 (311).

<sup>212</sup> *Pisuliński*, Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – zwischen Tradition und den Entwürfen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in Europa, in *Welser* (2013) 101-102.

<sup>213</sup> *Rudnicki*, GbHypG<sup>3</sup> 9-10.

Scheitern dieser sozialpolitischen Ziele zur Abschaffung des Privateigentums sowie nach der Verabschiedung des GbHypG, verlor dieses Motiv seine Bedeutung.<sup>214</sup>

#### 4.4.4. Folgen der Einführung des deklarativen Eintragungsgrundsatzes

Die Einführung des Grundsatzes deklarativ wirkender Eintragung des Eigentumsrechts in das Grundbuchregister hat zur Folge, dass die Offenlegung des Eigentümerwechsels im Grundbuchregister zwar nur deklarativ wirkt, jedoch wegen des Publizitätsbedarfs für die Erfüllung der sozial-wirtschaftlichen Hauptfunktion dieses Registers zwingend sein muss.

Der vom Gesetzgeber geforderte Publizitäts- und Vertrauensgrundsatz des Grundbuchregisters kann nur dann erreicht werden, wenn der Grundbuchstand die wirkliche Rechtslage und Eigentumsverhältnisse der Liegenschaften abbildet. Die Verkehrssicherheit soll primär durch das Vertrauen zum richtigen Grundbuchstand gewährleistet werden und nicht durch sekundäre Maßnahmen, welche die Rechtsordnung mittels des Rechtsinstituts des gutgläubigen Erwerbs anstrebt (Art 5 GbHypG).<sup>215</sup>

Diese Überlegung führte im Rahmen der Unifikationsarbeiten des Sachenrechts – anstelle der konstitutiv wirkenden, grundbücherlichen Eigentumseintragungen – zur Einführung gerichtlicher Aufforderung des neuen Eigentümers zur Offenlegung des außerbücherlich erworbenen Rechts an der Liegenschaft.<sup>216</sup> An dieser Konzeption knüpfte der polnische Gesetzgeber in den fortgesetzten Arbeiten der Nachkriegszeit an.<sup>217</sup> Die Eintragung des Eigentumsrechts im Grundbuchregister entfaltete bereits damals nur eine deklarative Wirkung. Sie wurde jedoch als obligatorisch gestaltet (Art 29 § 1, 1. Satz GbRG). Zugleich wurden die Notare im Art 41 GbRG zur Übermittlung einer Abschrift des notariatsaktspflichtigen Kaufvertrags samt Antrag auf Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuchregister an das zuständige Grundbuchgericht verpflichtet. Auch Grundbuchgerichte wurden zur Einmahnung der Meldung des neuen Eigentümers verpflichtet, falls dieser mit der Offenlegung der außerbücherlich erworbenen Rechte in Säumnis geraten ist.

---

<sup>214</sup> *Pisuliński*, Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – zwischen Tradition und den Entwürfen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in Europa, in *Welser* (2013) 101-102.

<sup>215</sup> *Pisuliński* in *Pisuliński*, GbHypG Art 1 Rz 25.

<sup>216</sup> *Zoll*, Referat, KodifKomm RP, SubS ZivilR I/I 41.

<sup>217</sup> *Kuropatwiński*, Znaczenie wpisu w polskim systemie wieczystoksięgowym / Die Bedeutung der Eintragung im polnischen Grundbuchssystem 10 [http://kw-komentarz.pl/uploads/artykuly/reforma\\_ksiag.pdf](http://kw-komentarz.pl/uploads/artykuly/reforma_ksiag.pdf) (abgefragt am 26. 8. 2015).

Neue, normative Grundlagen brachten an dieser Stelle keine Änderung obiger Grundsätze (Art 35 Abs 1 GbHypG, Art 36 Abs 4 GbHyG, Art 92 § 4 NotRG<sup>218</sup>). Sie wurden lediglich um die Haftung des Eigentümers für jene Schäden ergänzt, die infolge fehlender Offenlegung des Eigentumsrechts im Grundbuchregister erstanden sind (Art 35 Abs 2 GbHypG). Ferner wurden auch die Vorschriften über die behördliche Kooperation im Rahmen der Informationspflicht beim Wechsel der Liegenschaftseigentümer eingeführt. Diese Informationspflicht wurde im Art 36 Abs 2 GbHypG ausdrücklich Notaren, Gerichten und Behörden zentraler Verwaltung und territorialer Selbstverwaltungen auferlegt. Entsprechend dieser Pflicht haben sie dem zuständigen Grundbuchsgericht den wahrgenommenen Eigentümerwechsel mitzuteilen.

Die Relevanz obiger Maßnahmen zur Verwirklichung des Vertrauens- und Publizitätsgrundsatzes ist nicht gleichrangig. Die führende Rolle und Aufgabe wird dem Formzwang des Notariatsaktes iSd Art 158 ZGB sowie den Notarpflichten beigemessen, nach denen polnische Notare in den notariatsaktspflichtigen Kaufvertrag einen Antrag an das Grundbuchsgericht auf die grundbücherliche Eintragung des Eigentümerwechsels aufzunehmen und eine Abschrift dieses Notariatsakts innerhalb von drei Tagen ab seiner Errichtung an das zuständige Grundbuchsgericht zu übermitteln haben.<sup>219</sup>

Diese Notarpflichten gelten bei allen Rechtsgeschäften, aufgrund deren das Eigentum an einer Liegenschaft übertragen wird; dies auch in jenen Fällen, in denen noch keine Grundbuchseinlage für die kaufgegenständliche Liegenschaft angelegt wurde.<sup>220</sup>

Darüber hinaus gelten sie auch bei jenen Rechtsgeschäften, welche die Übertragung oder Änderung eines im Grundbuchregister eingetragenen Rechts oder einen Verzicht auf dieses Recht zum Gegenstand haben. Diese Notarpflichten gelten auch bei der Begründung jener Rechte, die der Publizität im Grundbuchregister Art 92 § 4 NotRG unterliegen.

---

<sup>218</sup> Ustawa z 14.02.1991 – Prawo o notariacie, tj. Dz. U. 2014, nr 0, poz 164 / Gesetz vom 14.02.1991 – Notariatsrecht, konsolidiert GBl 2014, Nr 0, Pos 164.

<sup>219</sup> Art 92 § 4 NotRG.

<sup>220</sup> Rudnicki, Akt notarialny / Notariatsakt, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 5.

#### 4.4.5. Gefahren

Die geltende Rechtslage in Polen weist folgende Gefahren beim Liegenschaftsverkehr auf. Sie scheint die Interessen gutgläubiger Erwerber zu unterstützen. ME gewährt sie dem Käufer im Zeitraum zwischen dem Vertragsabschlusses und der Eigentumseintragung im Grundbuchregister keinen ausreichend wirksamen Schutz gegen den Verlust des Eigentumsrechts an der kaufgegenständlichen Liegenschaft. Schadenersatzansprüche des Käufers aus dem verletzten Kaufvertrag nehmen sein Sachinteresse an der Liegenschaft nicht zufriedenstellend wahr, weil sie sich lediglich auf den wirtschaftlichen Wertersatz beschränken.

Aus diesem Grund wurde das polnische Grundbuchsystem am Anfang des 21. Jh oft seitens der Praxis dem Vorwurf der Ineffizienz ausgesetzt,<sup>221</sup> weil es „nicht mehr den Bedürfnissen der stetig steigenden Zahl von Geschäften im Immobiliensektor“<sup>222</sup> entsprach bzw immer noch entspricht und zu langen Wartezeiten bei den Grundbucheintragungen führt.<sup>223</sup>

Gemäß Art 92 § 4 NotRG hat der Notar von Amts wegen innerhalb von drei Tagen ab Errichtung des Notariatsakts dem zuständigen Grundbuchsgericht eine Abschrift des Kaufvertrages samt Antrag auf Eigentumseintragung im Grundbuchregister zu übermitteln. Wenn der Notar die gesetzliche Frist zur Gänze ausschöpft, und den Notariatsakt auf dem Postweg an das Grundbuchsgericht übermittelt, dann gelangt der Notariatsakt im besten Fall am vierten oder fünften Tag ab seiner Errichtung in der Einlaufstelle des Gerichts. Nach der Zustellung des notariellen Kaufvertrags wird das Gericht gemäß Art 626<sup>7</sup> ZVGB am Tag der Zustellung den im Notariatsakt enthaltenen Antrag auf die grundbücherliche Eigentumseintragung im Tagesbuch „KW“ registrieren, und in weiterer Folge unverzüglich nach der Registrierung eine Plombe in der Grundbucheinlage vornehmen (Art 626<sup>7</sup> § 2 ZVGB).

---

<sup>221</sup> *Gniewek* in *Gniewek*<sup>3</sup>, III § 14 Rz 1.

<sup>222</sup> *Wudarski*, in FS Kalus 637.

<sup>223</sup> In den Jahren 2000-2003 betrug in Warschau die Wartezeit für eine Grundbucheintragung im Durchschnitt 8,8 Monate und in Stettin über ein Jahr; *Wudarski*, in FS Kalus 637; vgl statistische Angaben des polnischen Justizministeriums bei *Stawecki*, *Rejstry publiczne – funkcje instytucji / Öffentliche Register – Institutionsfunktionen* (2005) 307.

Der Zeitraum zwischen dem Vertragsabschlusses und der Eigentumseintragung im Grundbuchregister kann in der Praxis zwischen drei und 15 Tagen variieren, wobei von Verzögerungen bei der Abwicklung seitens des Notars, des Gerichts oder bei der Post realistisch auszugehen sei.<sup>224</sup>

#### **4.5. Kaufpreiszahlung und Sicherungsmechanismen**

Da vor allem im nicht-professionellen Marktsektor im polnischen Liegenschaftsverkehr eine Barzahlung des Kaufpreises in Gegenwart des Notars immer noch sehr verbreitet ist, wurden auch hier konkrete Sicherungsmechanismen mit Hilfe des Notariatsakts getroffen. Nach der Geldübergabe nimmt der anwesende Notar eine Quittung über den empfangenen Kaufpreis in den Notariatsakt auf,<sup>225</sup> was einen sicheren Beweis für die Erfüllung wechselseitiger Vertragspflichten liefert und eine adäquate Sicherung gegenseitiger Interessen gewährt.

Im Falle einer Kaufpreiszahlung mittels einer Banküberweisung oder bei Teilzahlungen empfehlen die Notare den Vertragsparteien, dass sich der Käufer einer sofortigen Exekution aus dem Notariatsakts als Exekutionstitel iSd Art 777 § 1 Pkt. 4 ZVGB<sup>226</sup> unterwirft.<sup>227</sup> Diese Lösung erspart dem Verkäufer bei fehlender Zahlung des (restlichen) Kaufpreises eine langwierige und kostenpflichtige Prozessführung gegen den Käufer, um den vereinbarten Kaufpreis zu erlangen.

In der Praxis entwickelten sich auch andere Mechanismen zur Sicherung der Kaufpreiszahlung durch den Käufer. In manchen Fällen entscheiden sich die Vertragsparteien für die Bestellung einer Hypothek an der veräußerten Liegenschaft, für die Aushändigung eines Wechsels oder einer abstrakten Bankgarantie.<sup>228</sup>

---

<sup>224</sup> Wudarski, in FS Kalus 637.

<sup>225</sup> Bogen/Lakomy, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 208.

<sup>226</sup> Vgl auch § 1 Pkt. 17 der österr EO.

<sup>227</sup> Bogen/Lakomy, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 208.

<sup>228</sup> Bogen/Lakomy, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 208.



## B. Grundsatz der Formfreiheit

### 1. Rechtshistorische Entwicklung

Die Form der Willenserklärungen wurde ursprünglich als Träger des eigentlichen Aktes vom Rechtsgeschäft als solchem nicht differenziert. Sie bildete einen konstitutiven und untrennbaren Bestandteil des Rechtsgeschäfts.<sup>229</sup> Von ihrer einwandfreien Einhaltung wurde die Existenz und Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht. Erst die Naturrechtslehre bewirkte die Entstehung eines abstrakten Begriffs des Rechtsgeschäfts als Akt des menschlichen Willens. Infolgedessen fand die endgültige Spaltung zwischen dem Rechtsgeschäft und seiner Form statt.<sup>230</sup>

Im altrömischen Recht war das Rechtsgeschäft erst dann wirksam, wenn der Formzwang – ein bestimmtes Ritual – erfüllt wurde.<sup>231</sup> Als Beispiel ist an dieser Stelle der damals geltende Formzwang beim Liegenschafts Kauf (*mancipation*) zu nennen. Zum Abschluss des Kaufvertrags musste der Käufer seine Willenserklärung in Form einer wörtlich bestimmten Formel in Anwesenheit des Verkäufers und fünf weiterer Zeugen abgeben. Darüber hinaus musste der Käufer von der gekauften Liegenschaft Besitz ergreifen. Die einwandfreie Einhaltung dieses Formzwangs führte zu der Rechtsfolge, dass die Vertragsparteien unabhängig von ihrem tatsächlichen Willen und ihrem Konsens an den Vertrag gebunden waren.<sup>232</sup>

In diesem Kontext heben *Zweigert* und *Kötz* hervor, dass „in den alten Formen rituelle Feierlichkeit und anschauliche Prägnanz sich ausdrucksstark verbinden, wie zB in den Formeln des alten Roms, die sämtlich Spruchformeln mit vorgeschriebenem Wortlaut waren, die gelegentlich durch bestimmte Bewegungen begleitet werden mussten“.<sup>233</sup> Die Form der Willenserklärungen kreierte das Rechtsgeschäft. Sie bildete mit dem Rechtsgeschäft eine Einheit.<sup>234</sup>

---

<sup>229</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II<sup>3</sup> (1979) 244.

<sup>230</sup> *Radwański* in *Radwański*<sup>2</sup> II § 10 Rz 1-2.

<sup>231</sup> *Dopffel*, Die Wurzeln der Regel *Locus Regit Actum* im römischen Altertum (1967) 51 ff.

<sup>232</sup> *Górecki*, Forma umów obligacyjnych i rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym / Die Form obligatorischer und dinglicher Verträge im internationalen Privatrecht (2007) 18.

<sup>233</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung 359.

<sup>234</sup> *Radwański*, Teoria umów / Vertragstheorie (1977) 102.

Die Schriftform gewann im Laufe der Zeit unter dem griechischen Einfluss an Bedeutung, weil andere Aspekte dieser Form der Willenserklärung ersichtlich wurden. Der Form der Willenserklärung wurde ein neuer Sinn unterlegt. In ihr wurde allmählich der Ausdruck des inneren Willens der Vertragsparteien erblickt, der das Wesen des Rechtsgeschäftes verkörperte.<sup>235</sup> In Folge dessen zeigte sich sukzessiv die steigende Relevanz formloser Rechtsgeschäfte, was die Konstruktion der Konsensualverträge vor den Realverträgen im Wirtschaftsverkehr förderte.

Im früheren Mittelalter ist die Bedeutung des Formzwangs allmählich geringer geworden. In *Corpus iuris civilis*<sup>236</sup> des oströmischen Kaisers Justinian I. wurde in den *Institutiones*<sup>237</sup> (I. 3,22,1) exakt artikuliert, dass beim Vertragsabschluss keine Schriftform mehr erforderlich ist. Weder die Anwesenheit der Vertragsparteien noch die Herausgabe der Sache wurde für die Entstehung eines Schuldverhältnisses vorausgesetzt. Zum Vertragsabschluss genügte, dass die Vertragsparteien einen Konsens erreichten.<sup>238</sup> Die Form begann vor allem die Beweissicherungsfunktion anzunehmen.

In anderen als dem römischen Kultur- bzw Rechtskreis war das mittelalterliche Recht nach wie vor stark durch den Rechtsformalismus gekennzeichnet.<sup>239</sup> „Rechtsvorgänge, die selbst abstrakt, also nicht sinnlich wahrnehmbar sind, bedürfen in älteren Kulturen der Verkörperung. [...] Die Verkörperung macht den Rechtsvorgang sinnfällig, somit publik und verständlich. Sie verleiht dem Rechtsakt zugleich Solennität, die erst eine Unterscheidung von Rechtserheblichem zu Vorgängen, die rechtlich bedeutungslos sind, ermöglicht.“<sup>240</sup> Dem Wortformalismus und der Symbolik kam eine magische Bedeutung zu. Es gab nach altem Rechtsverständnis kein Recht ohne Form, weil die Form zugleich das Recht selbst war.<sup>241</sup>

Auch im germanischen Recht spielte der Formzwang eine bedeutende Rolle, der mit dem formalen mittelalterlichen Prozessrecht zusammenhing und auf dieses zugeschnitten war.

---

<sup>235</sup> Vgl *Litewski*, Rzymskie prawo prywatne / Römisches Privatrecht (1990) 158-159.

<sup>236</sup> Eine andere Bezeichnung des Werkes lautet *Codex Iustinianus* und wurde im Jahr 529 n. Ch eingeführt.

<sup>237</sup> Die *Institutiones* sind ein juristisches Lehrbuch zur Einführung in Codex und Pandekten. Dieses Buch wurde durch den Gesetzgeber gleich mit veröffentlicht. Es hat somit besondere Autorität. Die Institutionen darf man nicht mit den *Institutiones* des Gaius verwechseln.

<sup>238</sup> *Dębiński*, Prawo rzymskie – fundament europejskiej kultury prawnej / Römisches Recht – ein Fundament der europäischen Rechtskultur EP 2010/10, I (II-III).

<sup>239</sup> *Heiss*, Formmängel 46.

<sup>240</sup> *Heiss*, Formmängel 46.

<sup>241</sup> *Heiss*, Formmängel 46.

Da der Richter zur Erforschung materieller Wahrheit nicht verpflichtet war, sondern nach vorgeschriebenen Beweisregeln ermittelte, war es dem Beklagte gestattet, mittels Eid (bei Bedarf durch eine Anzahl von Eideshelfern bestärkt) die erhobene Klage zurückzuweisen.<sup>242</sup>

In der Zeit kaufmännischer Entwicklung fanden die Rechtsentwicklung und der Verzicht auf den strengen Formzwang statt, sodass im 13. Jh in einigen deutschen Städten der Grundsatz der Formfreiheit zu finden war.<sup>243</sup>

Im Hochmittelalter sankt der Grad des Formalismus sukzessiv weiter. Der Formzwang wurde langsam als ein Hilfsinstrument bei eventueller Feststellung des Abschlusses des strittigen Vertrages. Diese Liberalisierung des Formzwangs erleichterte zahlreiche Missbräuche bei Gerichtsprozessen, bei denen die Streitparteien regelmäßig widersprechend und die berufenen Zeugen falsch aussagten.<sup>244</sup>

Aufgrund dieser Umstände waren diese Entwicklungsprozesse mit Rückschlägen verbunden. Bei Verträgen mit bestimmter (finanzieller) Bedeutung wurde die Schriftformerfordernis bzw Notariatsaktpflicht eingeführt. Dazu untersagten manche Gesetzgeber die Beweisführung zum Thema des Vertragsabschlusses aus anderen Beweismitteln als aus der obligatorischen Urkunde.<sup>245</sup> Die französische Lösung aus dem Jahr 1566 sah zB im Art 54 *Ordonnance de Moulins* ein Verbot der Zeugenvernehmung zum Beweis für einen Vertragsabschluss vor, wenn der Wert der gegenseitigen Leistungen der Vertragsparteien den Betrag von 100,00 Pfund überstieg.<sup>246</sup>

Um betrügerischen Machenschaften der Streitparteien im Prozess vorzubeugen, führte auch das englische *Statute of Frauds* aus dem Jahr 1677 den Formzwang für bestimmte Geschäfte ein. Eine vergleichbare Vorschrift beinhaltete das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten aus dem Jahr 1794 (§ 131), nach dem alle Verträge in Schriftform abzuschließen waren, die den Wert von 50,00 Taler überstiegen.<sup>247</sup>

---

<sup>242</sup> Heiss, Formmängel 47.

<sup>243</sup> Vgl Heiss, Formmängel 47.

<sup>244</sup> Górecki, Form 20.

<sup>245</sup> Zellweger, Die Form der schuldrechtlichen Verträge im internationalen Privatrecht, Wurzeln und Rechtfertigung der Sonderanknüpfung (1990) 26-27; dies gilt heutzutage auch in polnischem Recht.

<sup>246</sup> Górecki, Form 19.

<sup>247</sup> Górecki, Form 20.

Auch dem polnischen Recht war ein solcher betragsmäßig gebundener Formzwang der Willenserklärung nicht fremd. Bis zum Jahr 2003 sah auch das polnische ZGB im Art 75 § 1 eine Schriftform für jene Verträge vor, aufgrund derer über ein Recht verfügt wurde und aufgrund derer eine Verpflichtung zur Leistung entstand, welche ursprünglich die Wertgrenze von 10.000,00 zł (ca EUR 0,25) überstieg. Aufgrund galoppierender Inflation und späterer Hyperinflation in Polen wurde diese Wertgrenze in den ersten Jahren nach der Wende kraft einer Gesetzesnovelle vom 28.07.1990<sup>248</sup> auf den Betrag von 20.000.000,00 zł. (ca EUR 500,00) angehoben.<sup>249</sup> Am 01.01.1995 wurde der polnische Złoty zum Faktor 1:10.000 neu bewertet. Seit dieser Währungsreform entspricht der Betrag von 10.000,00 zł dem Betrag von PLN 1,00 (ca EUR 0,25). Mit der Gesetzesnovelle vom 14.02.2003<sup>250</sup> wurde Art 75 ZGB ersatzlos gestrichen.

In allen genannten Fällen sollte der Formzwang nicht nur einen Beweis für den Abschluss eines Vertrags liefern, sondern auch einen Beweis für den Inhalt des Vertrags darstellen. Die Vorlage einer Urkunde begründete eine praktisch sehr schwer widerlegbare Vermutung, dass die in ihr niedergeschriebene Vereinbarung vollständig und richtig ist. Diese Vorschriften hatten vor allem eine Beweisfunktion zu erfüllen.

Die rechtliche Bindung formfreier Rechtsgeschäfte erfuhr eine volle Anerkennung erst im 17. Jh unter dem Einfluss von rechtsphilosophischen Strömungen der Schule des Naturrechts.<sup>251</sup> Die liberalste und am meisten individualistische Strömung dieser Schule popularisierte eine Konzeption, nach welcher die Natur und der Wille des Menschen die grundsätzlichen Quellen rechtlicher Pflichten bilden sollen. Diese Konzeption fand ihre Bestätigung im Art 1134 frCC 1804, nach welchem ein zwischen zwei Parteien formlos abgeschlossener Vertrag zum zwischen ihnen geltenden „Gesetz“ erhoben wurde.<sup>252</sup>

Am Ende des 19. Jh und im 20. Jh gewannen die Formvorschriften neuerlich an Bedeutung. Das allgemeine Rechtsverständnis begann den Formzwang bei gewissen Verträgen als Voraussetzung für einen wirksamen Vertragsabschluss zu erachten.<sup>253</sup>

---

<sup>248</sup> GBl 1990, Nr 55, Pos 321.

<sup>249</sup> *Marchewka-Bartkowiak*, Inflacja w Polsce / Inflation in Polen, Biuro Analiz Sejmowych / Parlamentarisches Büro für Analysen, Analizy BAS 15/2011, 1 (3).

<sup>250</sup> GBl 2003, Nr 49, Pos 408.

<sup>251</sup> *Górska*, Zachowanie zwykłej formy pisemnej czynności prawnych / Die Einhaltung der einfachen Schriftform der Rechtsgeschäfte (2007) 15.

<sup>252</sup> *Pecyna*, Czynności prawne / Rechtsgeschäfte, in *Zoll* 19.

<sup>253</sup> *Kühne*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte im deutschen und italienischen Recht (2002) 90-91.

Der Formzwang erfüllt heutzutage ganz andere Aufgaben. Er verkörpert nicht mehr eine unzugängliche, mysteriöse Abstraktion, sondern setzt konkrete, zielbezogene Funktionen um.<sup>254</sup>

## 2. Begriff der Willenserklärung

Art 60 ZGB enthält die Legaldefinition einer Willenserklärung iSd polnischen Rechts. Laut dieser Rechtsnorm kann der Wille einer Person, die den Abschluss eines Rechtsgeschäfts vornimmt, mit gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen, durch jegliches Verhalten ausgedrückt werden, das ihren Willen in ausreichender Weise erkennen lässt, darunter auch in elektronischer Form.

Die Willenserklärung stellt einen immanenten Bestandteil jedes Rechtsgeschäfts dar. Sie wird ausschließlich als eine Handlung verstanden, die den Abschluss eines Rechtsgeschäftes bezweckt und somit auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist.<sup>255</sup> Sie besteht aus zwei Komponenten; und zwar einem innerlich-subjektiven Willen und einer äußerlich-objektiven Erklärung. Damit wird die Ausdrucksform der Willenserklärung zur Verkörperung inneren Willens, weil jede Willenserklärung eine konkrete (auch wenn „nur“ konkludente) Form annimmt.<sup>256</sup> In der Lehre werden drei Theorien vertreten, die den Sinngehalt der Willenserklärung formulieren:

### 2.1. Willentheorie

Nach der Willentheorie ist das Erklärungsbewusstsein notwendiger Bestandteil einer Willenserklärung. Der innerlich-subjektive Wille der kontrahierenden Person hat für die Existenz und Rechtsfolgen der Willenserklärung die entscheidende Rolle. Nach dieser Theorie sind die Interessen des Erklärenden wesentlich besser geschützt als die Interessen des Empfängers der Willenserklärung.<sup>257</sup>

---

<sup>254</sup> Sehe Punkt II. B. 4.

<sup>255</sup> Morek in Osajda, ZGB I Art 60 Rz 1.

<sup>256</sup> Ernst/Rachwał/Zoll, Prawo cywilne, część ogólna / Zivilrecht, Allgemeiner Teil (2011) 67.

<sup>257</sup> Jędrzejewski, Koncepcja oświadczeń woli w prawie cywilnym / Konzeption der Willenserklärungen im Zivilrecht (1992) 10-14.

## 2.2. Erklärungstheorie

Nach dieser Theorie sprechen der Verkehrsschutz und der Schutz des Erklärungsempfängers für die Zuerkennung der entscheidenden Bedeutung der abgegebenen Erklärung. Die Beurteilung, ob eine Willenserklärung abgegeben wurde, wird nach ihrem Sinngehalt und nur bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt erfolgen. Sie wird daher beim potentiellen Erklärungsbewusstsein des Erklärenden als rechtswirksam zu bejahen sein.<sup>258</sup>

## 2.3. Geltungstheorie

Sie stellt eine Kompromisslösung zwischen der Willens- und Erklärungstheorie dar. Nach ihrer Auffassung erscheint die Willenserklärung nur als Mitteilung des inneren Willens, die zwar ein seelischer Akt ist, aber doch nur mit der Intention der Mitteilung. Die rechtliche Wirksamkeit kommt ihr nur als einem einheitlichen Akt, dessen Intention darin liegt, etwas in Geltung zu setzen.<sup>259</sup>

Die polnische Lehre vertrat in der Zwischenkriegszeit bei Arbeiten am Obligationengesetzbuch 1933<sup>260</sup> die Erklärungstheorie.<sup>261</sup> *Longchamps de Bérrier* hob in diesem Konnex drei Argumente hervor, welche für diese Theorie sprechen sollten. Erstens lasse sich eine Erklärung als eine äußerliche Handlung wahrnehmen und objektivieren, während eine Beweisführung für den Inhalt des inneren Willens stets problematisch sei. Zweitens könne durch eine gewisse Unabhängigkeit der auszulegenden Erklärung vom inneren und nicht offenbaren Willen des Erklärenden die Interessensabwägung berücksichtigt werden, sodass ein Schutz vor egoistischen bzw unsozialen Neigungen des Individuums gewährt wäre, aber seine angemessenen Interessen berücksichtigt werden. Drittens spräche für die Erklärungstheorie der Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers im Rechtsverkehr.<sup>262</sup>

Spätere Rechtsakte des polnischen Gesetzgebers bezüglich der Rechtsgeschäfte, einschließlich des geltenden ZGB, hatten keinen wesentlichen Einfluss auf die etablierte

---

<sup>258</sup> *Jędrzejewski*, Kozeption 14-17.

<sup>259</sup> *Schapp*, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre (1986) 44; *Jędrzejewski*, Kozeption 18-21.

<sup>260</sup> Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (DzU 1933, nr 82, poz 598) / Verordnung des Staatspräsidenten RP vom 27.10.1933 – Obligationengesetzbuch (GBI 1933, Nr 82, Pos 598).

<sup>261</sup> *Radwański* in *Radwański*<sup>2</sup>, II § 2 Rz 37.

<sup>262</sup> *Longchamps de Bérrier*, *Zobowiązania / Obligationen* (1948) 76-78.

Rechtsansicht in der polnischen Lehre. Im Kern galten weiterhin die oben dargelegten Argumente,<sup>263</sup> welche für die Erklärungstheorie sprachen.

Im Jahr 1973 setzte aufgrund der seitens des *Gwiazdomorski* ausgeübten Kritik eine neue Entwicklung ein. Nach der im Laufe der Zeit entwickelten objektiven Konzeption kann eine Willenserklärung durch jedes Verhalten einer Person zum Ausdruck gebracht werden, das bei Berücksichtigung der begleitenden Umständen des Einzelfalls, der Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens<sup>264</sup> sowie der anerkannten Sitten und Bräuchen eine Intention zur Auslösung konkreter Rechtsfolgen manifestiert.<sup>265</sup>

Nach den von polnischer hL<sup>266</sup> und stRsp<sup>267</sup> geforderten Kriterien muss jede Willenserklärung objektiv eindeutig zu verstehen sein und daher den zwingenden Schluss zulassen, dass die Parteien ein Rechtsverhältnis begründen, ändern oder aufheben wollten. Es darf kein vernünftiger Grund bestehen, der einen bestimmten Rechtsfolgewillen in Zweifeln ziehen würde, wobei stets die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen ist.

Eine Handlung eines Menschen wird dann zur Willenserklärung erhoben, wenn sie neben der Willensäußerung den inneren Rechtsbindungswillen ausreichend zum Ausdruck bringt. Bei der Feststellung des Rechtsbindungswillens des Erklärenden ist ein objektiver Maßstab anzulegen (sog objektiver Empfängerhorizont). Ausreichend wird er dann manifestiert, wenn aus der Willensäußerung oder den Umständen des Einzelfalles die Art des Rechtsgeschäftes und seine *essentialia negotii* offenbart werden.<sup>268</sup> Zur konstitutiven Eigenschaft einer Willenserklärung zählt – neben eines allfälligen Formzwangs – ihr Mindestinhalt, der die *essentialia negotii* des angestrebten Rechtsgeschäfts identifizieren lässt.<sup>269</sup>

---

<sup>263</sup> *Radwański* in *Radwański*<sup>2</sup>, II § 2 Rz 39.

<sup>264</sup> Zur Generalklausel der Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens siehe II. A. 1.5.2.

<sup>265</sup> *Gwiazdomorski*, *Próba korektury pojęcia czynności prawnej*, *Prace z zakresu prawa cywilnego i prawa na dobrach niematerialnych / Versuch der Korrektur des Begriffes des Rechtsgeschäfts, Arbeiten aus dem Bereich des Zivilrechts und des immateriellen Güterrechts*, ZNUJ 1974/346, 60 (65-66).

<sup>266</sup> *Morek* in *Osajda*, ZGB I Art 60 Rz 1.

<sup>267</sup> OG 2. 5. 1998, III CKN 531/97, OSN 1999, Nr 1, Pos 13.

<sup>268</sup> OG 14. 5. 2009, I CSK 401/08, Legalis.

<sup>269</sup> OG 28. 10. 1999, II CKN 551/98, OSN 2000, Nr 5, Pos 89.

Bei der Auslegung der Willenserklärung vertreten die stRsp<sup>270</sup> und hL<sup>271</sup> nunmehr die Geltungstheorie, welche in Polen als die sog kombinierte bzw gemischte Theorie („*teoria kombinowana*“) bekannt ist, weil sie sowohl den innerlich-subjektiven als auch den äußerlich-objektiven Elementen rechtliche Relevanz zuschreibt. Ihre rechtsdogmatische Fundierung ist im Art 65 § 1 und § 2 ZGB zu finden. Bei der Berücksichtigung der subjektiven und objektiven Elemente geht das polnische Recht von einer zweistufigen Prüfung vor.

Auf der ersten Stufe ist zunächst der tatsächlich gewollte Erklärungsinhalt festzulegen. Nach der Disposition Art 65 § 2 ZGB ist eine Willenserklärung unter Beachtung der Umstände, unter denen sie abgegeben wurde, so auszulegen, wie dies die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens erfordern. Zu diesen Umständen zählen: bestehende Gepflogenheiten, die übereinstimmende Wille der Parteien, das Ziel des Vertrages. Die subjektiven Elemente stehen hier im Vordergrund. Wenn das Erklärungsbewusstsein und Rechtsfolgewille bei beiden Parteien übereinstimmend bejaht werden, geltend sie als bindend (§ 2 *leg cit*).<sup>272</sup>

Wird allerdings der jeweiligen Willenserklärung des Erklärenden und Empfängers ein unterschiedlicher Erklärungsinhalt beigemessen, so wird auf der zweiten Stufe der abgegebenen Erklärung jener normativer Erklärungsinhalt zugeschrieben, welchen der Erklärungsempfänger verstanden bzw objektiv hätte verstehen sollen (§ 1 *leg cit*). Nach dieser Theorie steht der Schutz des Vertrauens des Erklärungsempfängers auf den objektiven Erklärungsinhalt im Vordergrund, was der Sicherheit des Rechtsverkehrs dienen soll.

### **3. Begriff der Form der Willenserklärung**

Die Form der Willenserklärungen ermöglicht es, den inneren Willen nach außen kundtun. Sie existiert nicht allein für sich, sondern ist stark mit dem Inhalt des Rechtsgeschäfts verbunden.<sup>273</sup>

---

<sup>270</sup> OG 9. 10. 2014, I CSK 320/14, LEX Nr 1552150; AppellG Gdańsk (Danzig) 16. 10. 2014, V ACa 693/14, LEX Nr 1621050; AppellG Warszawa (Warschau) 22. 5. 2014, I ACa 1700/13, LEX Nr 1506749; AppellG Poznań (Posen) 6. 6. 2014, I Aca 1266/13, LEX Nr 1496023.

<sup>271</sup> *Robaczyński* in *Książak ZGB*<sup>2</sup> Art 65 Rz 4; *Janiak* in *Kidyba ZGB*<sup>2</sup> Art 65 Rz 6-7.

<sup>272</sup> Entsprechen dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet*.

<sup>273</sup> *Górecki*, Form 18.



Die Form der Willenserklärungen umfasst keine solchen Elemente, von denen zum Teil auch die Gültigkeit bzw Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängt. Gemeint wird hier vor allem die Geschäftsfähigkeit der Partei, Übergabe der Sache, Eintragung in das Grundbuchregister bzw in andere öffentliche Register, Zustimmung öffentlicher Behörden bzw eines Dritten.<sup>274</sup> Diese Handlungen beziehen sich nicht auf alle Denkprozesse, welche der Abgabe der Willenserklärung vorangehen wie zB Motive, innere Entschlüsse zur Abgabe der Willenserklärung, Mängel der Willenserklärung. Aus diesem Grund muss zwischen einem allfälligen Formzwang bei der Abgabe der Willenserklärung und somit dem Abschluss des Kaufvertrags und einem allfälligen Formzwang für die Durchführung der grundbücherlichen Eintragung des Eigentums differenziert werden.

#### 4. Formzwang in polnischem Recht

Im Art 60 ZGB legte der polnische Gesetzgeber den Grundsatz der Formfreiheit fest. Er genießt in Polen allerdings keine absolute Geltung<sup>275</sup> und wird durch die bereits im Art 60 ZGB angesprochen Ausnahmen *expressis verbis* eingeschränkt.<sup>276</sup> Weitere Ausnahmen sind in anderen Gesetzen zu finden.

Dieser Formzwang ist grundsätzlich homogen, was bedeutet, dass alle Willenserklärungen, die im Rahmen eines Rechtsgeschäftes abgegeben werden, demselben Formzwang unterliegen. Die Ausnahmen, wie zB bei der Bürgschaft (ausschließlich die Erklärung des Bürgers unterliegt bei sonstiger Nichtigkeit der Schriftform) oder beim Schenkungsvertrag (lediglich die Erklärung des Geschenkgebers ist notariatsaktpflichtig), sind in diesem Zusammenhang selten anzutreffen.

Die den Formzwang betreffenden Vorschriften haben einen semiimperativen Charakter, was bedeutet, dass die Parteien den gesetzlich vorgeschriebenen Formzwang durch die Einhaltung einer strengeren als die vorgeschriebene Form erfüllen können.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup> Radwański in Radwański<sup>2</sup>, II § 10 Rz 3.

<sup>275</sup> Górska, Schriftform 23.

<sup>276</sup> ZB Generalvollmacht (Art 99 §2 ZGB), Prokura (Art 109<sup>2</sup> §1 ZGB), Schuldübernahme (Art 522 ZGB), Bauwerkvertrag zwischen General- und Subunternehmen (Art 647<sup>1</sup> §4 ZGB), Leasingvertrag (Art 709<sup>2</sup> ZGB), Bürgschaft (Art 876 §2 ZGB), Gesellschaftsvertrag einer OG (Art 23 HGGB), Vertrag einer Partnergesellschaft (Art 92 HGGB), Forderungsabtretung (Art 511 ZGB), der Lieferungsvertrag (Art 606 ZGB), landwirtschaftliche Werklieferungsvertrag (Art 616 ZGB), Bauwerkvertrag (Art 648 § 1 ZGB), Darlehensvertrag (Art 720 § 2 ZGB) bei einem Darlehenssumme über PLN 500,00 (ca EUR 125,00), Gesellschaftsvertrag der GbR (Art 860 § 2 ZGB), Schenkungswiderruf (Art 900 ZGB), Rentenvertrag (Art 903<sup>1</sup> ZGB).

<sup>277</sup> Grykiel/Lemkowski, Czynności prawne Art 56-81 KC Komentarz / Rechtsgeschäfte Art 58-81 ZGB Kommentar (2010) Art 73 Rz 6.

Der polnische Gesetzgeber hat den Formzwang in die einfache Schriftform und in qualifizierte Schriftformtypen aufgeteilt. Diese Aufteilung ist in Hinblick auf die im Punkt C behandelte Sanktion der Formmängel von großer Bedeutung. Im Unterschied zur einfachen Schriftform werden die qualifizierten Schriftformtypen unter der Beiziehung einer öffentlichen Urkundenperson errichtet. Zu dieser Gruppe zählen die Schriftform mit sicherem Datum, die Schriftform mit amtlich beglaubigter Unterschrift und der Notariatsakt (*akt notarialny*).

Der Formzwang entwickelte sich im Laufe der Zeit von einer „Wirkform“ zur „Schutzform“.<sup>278</sup> Die Einschränkung der Formfreiheit durch den Formzwang kann daher nur dann berechtigterweise erfolgen, wenn damit bestimmte Formzwecke angestrebt werden. Wenn nur bestimmte Interessen es rechtfertigen, gesetzlich einen Formzwang für Willenserklärungen vorzuschreiben, dann wird die *ratio legis* dieses Formzwangs zu klären sein.

Welche und wessen Interessen werden durch ihn betroffen? Was, bzw wer soll auf diese Art und Weise geschützt werden? Welche Funktionen verfolgt der jeweilige Formzwang?

Es fehlt es an einem generellen Zweck des Formzwangs. Seine Einführung für die Willenserklärungen soll den konkreten, sich auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft beziehenden Zwecken dienen. In der polnischen Lehre werden verschiedene Versuche der Klassifizierung der Formfunktionen unternommen.<sup>279</sup> Als zwei Hauptfunktionen des gesetzlichen Formzwangs werden die Beweisfunktion und die Warnfunktion hervorgehoben.<sup>280</sup> Sie können sowohl separat als auch gleichzeitig angestrebt werden.

Bei der Beweisfunktion handelt es sich um die Sicherstellung der Tatsache, dass ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde. Der primäre Zweck der Beweisfunktion soll also einen Nachweis für den Abschluss eines Rechtsgeschäftes liefern und erst sekundär für dessen Inhalt.<sup>281</sup> Neben der Abschlussklarheit zielen solche Formvorschriften zugleich auf die Inhaltsklarheit ab; dies zwecks Vermeidung, dass die Umstände des Vertragsabschlusses sowie der Willenserklärungen als solche im Laufe der Zeit einen

---

<sup>278</sup> Zweigert/Kötz, Einführung 359.

<sup>279</sup> Radwański in Radwański<sup>2</sup>, II § 10 Rz 8-9.

<sup>280</sup> Górska, Schriftform 16-20.

<sup>281</sup> Radwański in Radwański<sup>2</sup>, II § 10 Rz 15.

neuen Inhalt „gewinnen“.<sup>282</sup> Diese Funktion spielt eine große Rolle vor allem bei Dauerschuldverhältnissen.

Die Funktion des Formzwangs wird dann zur Gänze erfüllt, wenn der Inhalt der Willenserklärungen durch die Vertragsparteien dokumentiert wird. Eine solche Dokumentation schließt die Gegenbeweisführung nicht aus, jedoch schränkt sie ihren Umfang deutlich ein.<sup>283</sup> Darüber hinaus fördert eine besondere Form präzise Formulierungen der abgegebenen Willenserklärungen.<sup>284</sup>

Die Warnfunktion eines gesetzlichen Formzwangs dient nicht nur zur bloßen Klarstellung eines Rechtsgeschäftes bzw seines Inhalts, sondern auch zur Verhinderung der Abgabe einer nicht überlegten Willenserklärung.<sup>285</sup> Diese Funktion soll daher vor Übereilung schützen, ein Rechtsgeschäft vor Kenntnis aller wesentlichen Umstände bzw Risiken abzuschließen.<sup>286</sup> Der Formzweck liegt hier in der Warnung des Erklärenden hinsichtlich der Auswirkungen seiner Willenserklärung. Selbst die Notwendigkeit, den Inhalt der Willenserklärungen niederzuschreiben oder diesen zu unterschreiben, zwingt die Vertragsparteien zu reiflicher Überlegung und zu besserer Auseinandersetzung mit dem Inhalt ihrer Willenserklärung.

Da die Schriftform eigenhändige Unterschriften iSd Art 78 §1 ZGB voraussetzt, gewährt sie –durch die Feststellung, dass die Erklärung vom Unterzeichner stammt – eine Echtheitsfunktion.<sup>287</sup> Die Schriftform erfüllt auch eine Identitätsfunktion, weil die eigenhändige Unterschrift die Zuordnung der Willenserklärungen zu individuell bestimmten Personen ermöglicht.

Was die Belehrungsfunktion eines Formzwangs betrifft, wird sie vor allem bei den strengsten Formen der Willenserklärungsakt verlangt, wie zB beim *akt notarialny* (polnischen Notariatsakt).<sup>288</sup> Dieser Formzwang setzt die zwingende Beiziehung eines Notars voraus (Art 79 Z 1 NotRG). Der beigezogene Notar ist dabei verpflichtet, die Vertragsparteien über das materielle Recht zu belehren. Infolgedessen wird der Inhalt der

---

<sup>282</sup> OG 7. 1. 1998, III CRZ 307/97, OSNC 1998, Nr 9, Pos 135.

<sup>283</sup> OG 8. 5. 2001, IV CKN 290/00, OSNC 2001, Nr 1, Pos 9.

<sup>284</sup> OG 29. 3. 2000, I CKN 562/98, OSNC 2000, Nr 9, Pos 174.

<sup>285</sup> *Górska*, Schriftform 17-18.

<sup>286</sup> *Ernst/Rachwal/Zoll*, Zivilrecht AT 171.

<sup>287</sup> OG 23. 11. 2007, IV CSK 228/07, OSNC-ZD 2008, Nr C, Pos 88.

<sup>288</sup> *Rudnicki*, Akt notarialny / Notariatsakt, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 2.

abgegebenen Willenserklärung rechtskonform. Der Erklärende wird auch sicher davon ausgehen können, dass seine Willenserklärung die beabsichtigten Rechtswirkungen entfaltet wird.<sup>289</sup> Die Beziehung des Notars hat auch einen Einfluss auf die Eindeutigkeit und Klarheit der abgegebenen Willenserklärungen. Dies kann erneut eine relevante Rolle bei ihrer Auslegung und bei allfälligen daraus resultierenden Gerichtsprozessen spielen.<sup>290</sup>

Durch die Informationsfunktion des Formzwangs soll die schwächere Vertragspartei (zB Konsument, Mieter) in Schutz genommen werden.<sup>291</sup> Der Vertragsinhalt stellt eine Informationsquelle für die geschützte Person dar.<sup>292</sup> Die Einhaltung einer besonderen Form (insb. Schriftform) beim Vertragsabschluss ist sehr häufig mit weiteren Informationspflichten bezüglich der Rechte und Pflichten der geschützten Person verbunden.

Neben obigen Funktionen der Formgebote werden in der polnischen Doktrin noch weitere genannt: der Gläubigerschutz, der Schutz sonstiger Dritter, die Offenkundigkeit des Rechtsgeschäftsabschlusses (Publizitätszweck), die Sicherung fachmännischer Beratung, die administrative Überwachung (Kontrollfunktion), rein fiskalische Interessen sowie die Erschwernisse bei Vertragsabschluss.<sup>293</sup> Als Maßstab wird hier der Adressatenkreis genommen, dessen Interesse durch die jeweiligen Formfunktionen zu schützen ist.

#### **4.1. Schutz individueller Interessen der Vertragsparteien**

Der Formzwang der Willenserklärungen dient primär den Interessen des unmittelbar betroffenen Personenkreises. Insbesondere ist die Festlegung der abgegebenen Willenserklärungen von besonderer Bedeutung, da diese:

- die Parteien vor unüberlegten Entscheidungen schützt (Warnfunktion),
- die Abschluss- und Inhaltsklarheit des Rechtsgeschäftes sichert (Beweisfunktion),
- die Identifikation der Vertragspartner gewährt (Identitätsfunktion),
- die abgegebene Erklärung dem Vertragspartner zuordnet (Echtheitsfunktion),

---

<sup>289</sup> OG 12. 1. 2012, IV CSK 251/11, LexisNexis Nr 5145723; OG 4. 6. 2009, III CZP 34/09, OSNC 2010, Nr 2, Pos 20.

<sup>290</sup> pIVfGH 18. 3. 2010, K 8/08, OTK-A 2010, Nr 3, Pos 23.

<sup>291</sup> *Górecki*, Form 20.

<sup>292</sup> OG 8. 5. 2001, IV CKN 290/00, OSNC 2001, Nr 1, Pos 9.

<sup>293</sup> *Radwański* in *Radwański*<sup>2</sup>, II § 10 Rz 5-9.

- im Falle eines Gerichtsprozesses die Beweisführung erleichtert (Beweisfunktion),
- eine fachmännische Belehrung ermöglicht (Belehrungsfunktion).

#### 4.2. Schutz öffentlicher Interessen

Sekundär dient der besondere Formzwang auch der Wahrung öffentlicher Interessen, dh der staatlichen Interessen und der Interessen der Allgemeinheit, insbesondere:

- zur Hervorhebung der Wesentlichkeit des abgeschlossenen Rechtsaktes, vor allem auch dann, wenn die Nichtigkeit als Sanktion des Formmangels angeordnet wurde (Solennitätsfunktion),
- zur Offenkundigkeit des Rechtsgeschäftes gegenüber Dritten (Publizitätsfunktion),
- zur Erleichterung der Ausübung von Kontroll- und Aufsichtsmaßnahmen durch zuständige Behörden beim Abschluss bestimmter Rechtsgeschäften, zB im Rahmen der Fiskalpolitik des Staates (Kontroll- und Aufsichtsfunktion).

Die Formfunktionen und ihre Zwecke sind Ausgangspunkte für die Auslegung der Gesetzesvorschriften, die sie einführen. Dies gilt ebenfalls beim Formzwang für nachträgliche Willenserklärungen, zB für die Kündigung, Rücktritt vom Vertrag bzw seine Auflösung. Nicht bei allen besonderen Formtypen werden zugleich alle obigen Funktionen erfüllt. Nicht immer sind die zu erfüllenden Funktionen bei vorgeschriebenem Formzwang gleichwertig. Welche von den genannten Funktionen im konkreten Fall primär und welche sekundär sind, hängt vor allem vom jeweiligen Formtypus sowie von der Art des Rechtsgeschäftes und der Sanktion des Formmangels ab.<sup>294</sup>

### C. Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf

Der polnische Gesetzgeber unterstellt im Art 158 ZGB den Liegenschaftsverkehr dem Formzwang und schuf damit eine Ausnahme vom oben behandelten Grundsatz der Formfreiheit. Der Kaufvertrag muss in Form eines Notariatsaktes errichtet werden. Bei einer zweiaktigen Eigentumsübertragung an einer Liegenschaft gilt dieser Formzwang sowohl für den nur schuldrechtlich wirkenden Kaufvertrag sowie für den in Vollziehung

---

<sup>294</sup> Górska, Schriftform 18.

dieses Kaufvertrags abgeschlossenen dinglichen Eigentumsübertragungsvertrag. Die Errichtung des Vertrags in Form des Notariatsakts erfolgt bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Vertragsparteien vor dem Notar. Der Abschluss des Vertrags im Wege einer getrennten Errichtung der Notariatsakte für das Angebot und anschließend für ihre Annahme ist hingegen zulässig.<sup>295</sup>

## 1. Rechtshistorische Herleitung des Notariatsaktzwangs

Der Notariatsaktzwang im polnischen Recht ist durch den Notarzwang bei der Errichtung des Vertrags in vorgeschriebener Form untrennbar mit der Entwicklung der Institution des öffentlichen Notariats verbunden.

Die Selbstorganisation des modernen polnischen Notariats begann erst im Jahre 1918, nach der Wiederentstehung des polnischen Staates. Auf dem damaligen Staatsgebiet galten fünf unterschiedliche Rechtsordnungen, welche abweichende Regelungen des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf vorsahen.<sup>296</sup> Darüber hinaus galten in diesen Rechtsordnungen begriffliche Differenzen, die damit zusammenhängende Auslegungsprobleme aufwarfen. In Schlesien, Galizien und Bukowina, wo das Notariatssystem durch die österreichische NO und das Notariatsaktsgesetz von 1871 geregelt wurde, sprachen die Gesetze von der Errichtung eines „Notariatsakts“.<sup>297</sup> Im ehemaligen preußischen Besatzungsgebiet galt das preußische Anwalts-Notariat, das von der „notariellen Urkunden“ sprach. Im Süden sprach die dort geltende ungarische NO von 1874 vom „Notariatsakt“. Im ehemaligen Herzogtum Warschau sah das französische Notariatsrecht die Beurkundung des Vertrages in einer „notariellen Form“ vor. Ein Formzwang galt auch gemäß der russischen NO von 1866 im Osten des Landes, wo das Gesetz von der „Tätigkeiten in der Notariatskanzlei“ sprach.<sup>298</sup>

Die Initiative zur Vereinheitlichung der Notariatsverfassung erfolgte unter der Führung von *Wladyslaw Leopold Jaworski*, der während der österreichischen Herrschaft in Galizien als Ordinarius an der Jagiellonen-Universität Krakau tätig war. Zugleich konnte er ab 1911 bis zum Ende der Habsburger Monarchie auch als Abgeordneter des österreichischen Reichsrats praktische Erfahrungen in der Gesetzgebung sammeln. Infolge der legislativen

---

<sup>295</sup> *Bogen/Lakomy*, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 190.

<sup>296</sup> *Kühn*, Development of Comparative Law in Central and Eastern Europe, in *Reimann/Zimmermann* 217-218.

<sup>297</sup> *Hanausek*, Veräußerung 1-5.

<sup>298</sup> *Strzelczyk*, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 722-741 und 747.

Vorarbeit ist es im Jahr 1933 gelungen, die Vereinheitlichung der Notariatsverfassung in Polen nach dem Muster des französischen Notariats durchzuführen.<sup>299</sup> Ein für das ganze Land einheitlicher Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf wurde erstmals im Art 82 § 1 der Verordnung des Staatspräsidenten vom 27. 10. 1933 über das Notarrecht festgelegt.<sup>300</sup> Dieser Rechtsakt rezipierte den im deutschen BGB geltenden und als „notarielle Beurkundung“ bezeichneten Notariatsaktzwang. Seine Erlassung wurde aber auch durch die Lösungen der österreichischen NO vom 25. 7. 1871 inspiriert.<sup>301</sup>

Seit der Einfügungsphase des Notariatsaktzwangs wurden antagonistische Bestrebungen gegen den Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf kundgetan sowie Postulate „für die Befreiung von Fesseln des Notariats und für die Befreiung vom Tribut der Liegenschaftseigentümer für die Notare“ erhoben.<sup>302</sup> In diesem Zusammenhang wurde ein breites Spektrum an Forderungen hinsichtlich des differenzierten Formzwangs gestellt, und zwar von der Mündlichkeit der Verträge bis zur einfachen Schriftform unter der Beiziehung von Zeugen. Diese Formlockerung des Notariatsaktzwangs und der „Abkehr vom Notarzwang“ hätte vor allem für jene Liegenschaften gelten sollen, deren Fläche 5 Hektar oder dessen Wert den Betrag von damaligen 3.000,- zł nicht übersteigt.<sup>303</sup>

Gegen diese Forderungen setzten sich die Anhänger der Beibehaltung des einheitlichen Notariatsaktzwangs durch. Sie legten überdies in der Fachliteratur argumentativ dar, dass der eingeführte Formzwang beim Liegenschafts Kauf dem Staat und seinen Bürgern dienen solle, indem er einen klaren Ausdruck der Parteienwillen auf Dauer festlege, eine sichere Urkunde für grundbücherliche Eintragungen und eine einheitliche und verkehrssichere Lösung beim Liegenschafts Kauf darstelle.<sup>304</sup> Eine sichere Dokumentation des Wechsels von Eigentumsverhältnissen an Liegenschaften, die – auch historisch gesehen – ein sehr wertvolles Gut jedes Staats darstellen, könne nur durch einen „öffentlichen Juristen“, wie es ein Notar ist, erfolgen. Nur er könne die Gewähr für die ordnungsgemäße Abwicklung des Liegenschafts Kaufs leisten. Auch seine zivilrechtliche Haftung trage zur Sicherheit dieser Abwicklung bei.<sup>305</sup>

---

<sup>299</sup> *Neschwara*, Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa (2000) 79.

<sup>300</sup> Dz. U. 1933, poz 609, nr 1570 / GBl. 1933, Pos 609, Nr 1570.

<sup>301</sup> *Strzelczyk*, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 747.

<sup>302</sup> *Oleszko*, Notariatsakte Art 91 Rz 6.

<sup>303</sup> *Oleszko*, Notariatsakte Art 91 Rz 6.

<sup>304</sup> *Oleszko*, Notariatsakte Art 91 Rz 6.

<sup>305</sup> *Oleszko*, Notariatsakte Art 91 Rz 7.

In diesem Zusammenhang argumentierten die Anhänger des eingeführten einheitlichen Notariatsaktzwangs weiter, dass die Errichtungskosten eines Notariatsaktes durch einen Notar das erforderliche Minimum für die rechtliche Betreuung darstellten und im Vergleich mit allfälligen Kosten bzw Schäden, die ein vertragswidriges Verhalten einer Vertragspartei verursachen kann, gering sind.<sup>306</sup>

Der unter dem Motto „billiger Liegenschaftsverkehrs“ und „Rechtsschutzes jeder Einzelperson“ betriebene antinotarielle Aktionismus wurde in der Rechtsprechung und Lehre kritisch als „Populismus mit unverantwortlichen Parolen“ gewertet.<sup>307</sup> Im Beschluss der gesamten Zivilkammer des Obersten Gerichts wurde prägnant auf die wichtigsten Vorteile des Notariatsaktzwangs beim Liegenschaftsverkehr hingewiesen. Die Form des Notariatsakts sei für den Liegenschaftsverkehr vorteilhaft, weil sie den Inhalt der Willenserklärungen der Vertragsparteien exakt nach Außen kundtut und auf Dauer festlegt. Sie gewähre die höchste Garantie, dass die Erklärungen der Vertragsparteien ihren tatsächlichen Willen entsprechen und einen endgültigen Charakter haben.<sup>308</sup>

Nach der Etablierung des kommunistischen Regimes in der Nachkriegszeit wurden die Notariatsverfassung und der Notariatsaktzwang nicht aufgehoben. Es kam jedoch zum Abbau ihrer liberal-rechtsstaatlichen Elemente und anschließend zum Aufbau des Staatsnotariats nach sowjetischem Muster.<sup>309</sup>

Das polnische Notariat verlor wesentlich an Bedeutung. Die Notare wurden zu Staatsbediensteten, die ihre Tätigkeiten im Rahmen der sog Staatlichen Notariatsbüros (*Państwowe Biura Notarialne*) ausführten. Ihre Organisation war personell eng mit dem sozialistischen Parteiapparat verflochten und hatte die Aufgabe Funktionen der sozialistischen Gesellschafts- und Rechtsordnung zu verwirklichen.<sup>310</sup>

Da der Formzwang für die Volksrepublik Polen eine wesentliche Kontrollfunktion über den Rechtsverkehr hatte, galt er unter Einschränkung der Formfreiheit vor allem bei Rechtsgeschäften über wertvolle Vertragsgegenstände, wie Liegenschaften.<sup>311</sup>

---

<sup>306</sup> *Oleszko*, Notariatsakte Art 91 Rz 8.

<sup>307</sup> OG 12. 1. 1936; OSP 1936, Nr 7, Pos 98; *Oleszko*, Notariatsakte Art 91 Rz 8.

<sup>308</sup> OG 3. 4. 1937, C Prez. 5/36; PN 1937, Nr 13-14 (25).

<sup>309</sup> *Neschwara*, Notariatsrecht 93.

<sup>310</sup> *Oleszko*, Ustrój polskiego notariatu / Polnische Notariatsverfassung (1999) 60.

<sup>311</sup> *Oleszko*, Notariatsverfassung 56-58.



Unmittelbar nach der Verabschiedung der Verfassung der Volksrepublik Polen im Jahr 1952 wurde die Verstaatlichung des Notariats als eine beamtete Einrichtung der Rechtspflege zur Gänze vollzogen, was bis zur politischen Liberalisierung in den 80er Jahren unverändert galt. Daher erweckte die Problematik des Notariatsakts in diesen Zeiten ein nur bescheidenes Interesse der Juristen.<sup>312</sup>

Die Reformarbeiten am polnischen Notariat wurden im Jahr 1987 neuerlich aufgenommen und führten in der ersten Etappe im Mai 1989 zur parallelen Entstehung wirtschaftlich selbständiger Notariatskanzleien, die neben den staatlichen Notariatsbüros mit Staatsnotaren funktionierten. Die letzten staatlichen Notariatsbüros wurden erst nach der politischen Wende im Jahr 1991 endgültig beseitigt.<sup>313</sup>

Die Wiedereinführung des Notariats als eine öffentliche Institution in Form privater Kanzleien hat die Bedeutung des Standes enorm gehoben, was zugleich das Interesse des Berufsstandes an der Problematik des Notariats allgemein und die Rolle des Notariatsaktes wesentlich belebte.<sup>314</sup> Durch die Privatisierung des Notariats und durch die Steigerung des Liegenschaftsverkehrs nach der Wende verbesserte sich die finanzielle Lage der Notare wesentlich.<sup>315</sup> Die in der Einführungsphase des Notariatsaktzwangs erhobenen Postulate gegen diesen Formzwang kamen daher wieder ans Licht. Sie wurden jedoch durch die laufende Anpassung der Notariatstarife neuerlich entkräftet.

Die aktuellen Gebühren des Notars für die Errichtung eines typischen Liegenschaftskaufvertrags in Form des Notariatsakts hängt von der Höhe des Kaufpreises ab und beträgt beim Kaufpreis von EUR 100.000,- ca EUR 655,-, beim Kaufpreis von EUR 500.000,- ca EUR 1.950,-, beim Kaufpreis von EUR 1.000.000,- ca EUR 2.870,-, beim Kaufpreis von EUR 5.000.000,- ca EUR 2.870,-.<sup>316</sup> Der durchschnittliche Bruttomonatsgehalt in Polen betrug im Jahr 2014 hingegen ca EUR 950,-<sup>317</sup> und der polnische Mindestlohn beträgt im Jahr 2015 ca EUR 406,- brutto.<sup>318</sup>

---

<sup>312</sup> *Oleszko*, Notariatsverfassung 60.

<sup>313</sup> *Neschwara*, Notariatsrecht 96.

<sup>314</sup> *Drozd*, Z problematyki zawarcia umowy / Aus der Problematik des Vertragsabschlusses, Rej 1996/4-5, 10 (11).

<sup>315</sup> Die Notartarifen bestimmt der Justizminister im Wege einer Verordnung, aktuell gilt: Verordnung des Justizministers vom 28.06.2004 über die Maximalhöhe der Notartarifen (GBl. 2004, Nr 148, Pos 1564).

<sup>316</sup> *Bogen/Lakomy*, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 50.

<sup>317</sup> <http://stat.gov.pl/sygnalne/komunikaty-i-obwieszczenia/18,2014,kategoria.html> (abgefragt am 29. 8. 2015).

<sup>318</sup> PLN 1.750,- brutto – gemäß der Verordnung des Ministerrats vom 10. 9. 2014 über die Höhe des Mindestlohns für die Arbeit im Jahr 2015, GBl. 2014, Pos 1220.

Diese oben genannten rechts- und sozialpolitischen Aspekte wirken auch heute nach und spielen auch eine Rolle im Hinblick auf die Präsenz und große Relevanz des Notariatsaktes im Rechtsverkehr in Polen.

## **2. Rechtsdogmatische Herleitung des Notariatsaktzwangs**

Die Form des Notariatsaktes ist die strengste unter den qualifizierten öffentlichen Formen der Willenserklärungen, weil sie durch ihren Formalismus und durch die materiellen Errichtungsvoraussetzungen den Grundsatz der Formfreiheit am intensivsten einschränkt. Der Notariatsaktzwang als Ausnahmen vom obigen Grundsatz soll daher ausschließlich bei besonders schutzbedürftigen Rechtsgeschäften vorgeschrieben werden.

### **2.1. Formzweck und Funktion des Notariatsakts**

Die Errichtung von Notariatsakten nach polnischem Recht ist im Gesetz vom 14. 2. 1991 über das Notariatsrecht (NotRG) geregelt. Nach diesem Gesetz sind die polnischen Notariatsakte (*akty notarialne*) durch einen Notar in Form einer öffentlichen Urkunde zu errichten und haben die Willenserklärungen der Parteien zu beinhalten. Unter den in Art 21 § 1-3 und 22 NotRG genannten Umständen können die Notariatsakte auch durch einen Notariatssubstituten<sup>319</sup> oder einen emeritierten Notar errichtet werden, die als Notar-Stellvertreter handeln.<sup>320</sup>

Ein Notariatsakt kann daher grundsätzlich nur von einem durch den Justizminister ernannten Notar im polnischen Hoheitsgebiet hergestellt werden. Bei der Errichtung von Notariatsakten handeln polnische Notare in ihrer Eigenschaft als öffentliche

---

<sup>319</sup> Das ist jene Person, die ein rechtswissenschaftliches Studium abschloss sowie einen 3 Jahre und 6 Monate dauernden notariellen Vorbereitungsdienst bei einem Notar erfolgreich absolvierte. Anschließend musste sie die Notariatsprüfung bestehen. Sie muss bei einer Notariatskanzlei angestellt sein und auf Antrag vom Justizminister zum Notariatssubstituten bestellt werden.

<sup>320</sup> Wenn ein Notar seine Aufgaben nicht erfüllen kann, hat er für diese Zeit seinen Stellvertreter von den bei ihm beschäftigten Notariatssubstituten bzw. anderen Notariatssubstituten derselben Notariatskammer zu bestellen und davon den Kammerpräsidenten zu verständigen. Mangels einer solchen Bestellung wegen unvorhersehbarer Ereignisse wird ein solcher Stellvertreter durch den Kammerpräsidenten bestellt (Art 21, 22 NotRG).

Urkundsperson hoheitlich.<sup>321</sup> Sie üben im Rahmen des ihnen gesetzlich zugewiesenen Geschäftskreises eine staatliche Verwaltungstätigkeit aus.<sup>322</sup>

Der Notariatsaktzwang ist eine Maßnahme des Gesetzgebers einerseits zum Schutz der öffentlichen Interessen. Andererseits beabsichtigt er mit diesem Formzwang die Interessen von Parteien, Dritter zu hüten.<sup>323</sup>

Der Staat ist an der Identität des jeweiligen Liegenschaftseigentümers interessiert und kann deshalb auf die Evidenzführung und Kontrolle des Liegenschaftsverkehrs nicht verzichten. Durch diese Kontrolle wird dem Staat die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Kaufvertragstextes und infolge dessen die Rechtmäßigkeit des Eigentumserwerbs ermöglicht. Dies gilt vor allem in jenen Bereichen, in welchen der Eigentumserwerb an einer Liegenschaft von behördlichen Genehmigungen, wie zB im Agrarbereich oder beim Liegenschaftserwerb durch Ausländer, abhängt.<sup>324</sup>

Auch die fiskalischen Aspekte sind an dieser Stelle nicht zu vergessen. Der Abschluss eines Liegenschaftskaufvertrags führt zumeist zur Entstehung diverser Steuerpflichten. In diesem Zusammenhang ist an die Grunderwerbsteuer (Steuer auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte) – Art 3 Abs 1 Pkt 1 ZRStG, an die Grundsteuer – Art 3 LokStG, sowie eventuell an die Immobilienertragsteuer – Art 11 EStG oder an die Umsatzsteuer – Art 5 VATG zu denken.<sup>325</sup> Hinsichtlich der Grunderwerbsteuer (Steuer auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte) ist der Käufer der Steuerschuldner, der Steuerzahler ist jedoch der polnische Notar, welcher die Steuer selbst zu berechnen, diese vom Käufer einzuheben und an das Finanzamt abzuführen hat (Art 12 ZRStG). Der Notar hat ferner in den Notariatsakt die Höhe der erhobenen Steuer und seine tarifmäßigen Gebühr zu vermerken.<sup>326</sup>

Durch den genannten Schutz des öffentlichen Interessens sollen auch die individuellen Interessen der Vertragsparteien und Dritter abgesichert werden. Diese allgemeine Rechtssicherheit in der Marktwirtschaft wird mit der Evidenzführung und Kontrolle des Liegenschaftsverkehrs gewährleistet. Dabei spielt der polnische Notariatsakt als öffentliche

---

<sup>321</sup> pIVfGH 7. 7. 2011, U 8/08; OTK-A 2011, Nr 6, Pos 52.

<sup>322</sup> pIVfGH 15. 3. 2011, P 7/09; OTK-A 2011, Nr 2, Pos 10.

<sup>323</sup> *Szpunar*, Zakres formy notarialnej przy przeniesieniu własności nieruchomości / Die Reichweite der notariellen Form bei der Übertragung des Eigentums an einer Liegenschaft, NP 1987/9, 3 (4).

<sup>324</sup> *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (4).

<sup>325</sup> Vgl *Bogen/Lakomy*, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 320-387.

<sup>326</sup> *Strzelczyk*, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 760.

Urkunde und die daraus resultierenden Beweiskraft eine wesentliche Rolle. Er begründet einen vollen Beweis für die tatsächliche Abgabe der notariell beurkundeten Willenserklärungen der Vertragsparteien sowie für ihren Erklärungsinhalt.<sup>327</sup>

Neben der oben genannten Beweisfunktion erfüllt der Notariatsaktzwang noch einen weiteren Zweck. Dieser besteht vor allem in der fachkundigen und objektiven Belehrung der Parteien über die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäftes, wozu jeder Notar bei der Errichtung des Notariatsakts verpflichtet ist.<sup>328</sup> Diesen Grundsatz bestätigte die höchstgerichtliche Judikatur, nach welcher den Notar keine Rechtsbelehrungspflicht und keine Pflicht zur Untersuchung des Vertragsinhalts bei der Beglaubigung der Unterschriften der Vertragsparteien treffen.<sup>329</sup>

Bei der Errichtung des Notariatsakts soll die Mitwirkung des Notars eine zweifelsfreie und rechtskonforme Formulierung des Vertragstextes gewährleisten die Vertragsparteien (neuerlich) zur reiflichen Überlegung des Vertragsinhalts veranlassen, wodurch die Inhaltlichkeit bezweckt wird. Die verbindlichen Vertragsbestandteile werden vom Unverbindlichen abgegrenzt, was auch die Überwachung der Vertragserfüllung erleichtert.<sup>330</sup> Die durch eine fachmännische Beratung hergestellte Klarheit reduziert das Konfliktpotenzial und insoweit auch das Prozessrisiko.

Der Notar ist verpflichtet seine Amtshandlungen zu unterlassen und die Erstellung eines Notariatsaktes abzulehnen, sobald er Kenntnis bzw einen begründeten Verdacht davon erlangt, dass die Parteien den Abschluss eines rechtswidrigen Vertrages beabsichtigen.<sup>331</sup> Dies gilt auch im Falle eines Scheingeschäftes bzw eines Rechtsgeschäftes zur Umgehung des Gesetzes oder zur widerrechtlichen Benachteiligung eines Dritten (Art 86 NotRG).<sup>332</sup>

Weiters hat er vor der Errichtung des Notariatsakts stets die persönliche Rechtsfähigkeit jeder Vertragspartei sowie die rechtskonforme Vertretungsbefugnis eines Vertreters zum Abschluss des Rechtsgeschäftes im Namen der Vertragspartei zu überprüfen.<sup>333</sup> Der öffentliche Notar ist ferner verpflichtet die Errichtung eines Notariatsaktes, wenn der Erklärende minderjährig ist und nicht vertreten wird oder aus anderen Gründen

---

<sup>327</sup> Drozd in Radwański<sup>2</sup> II § 12 Rz 151.

<sup>328</sup> Rudnicki, Akt notarialny / Notariatsakt, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 2.

<sup>329</sup> OG 19. 11. 2010, III CZP 82/10, OSNC 2011, Nr 6, Pos 62.

<sup>330</sup> Radwański in Radwański<sup>2</sup> II § 12 Rz 143.

<sup>331</sup> OG 12. 6. 2002, III CKN 694/00; OSNC 9/03, Pos 124 = LexisNexis Nr 358938.

<sup>332</sup> Radwański in Radwański<sup>2</sup> II § 12 Rz 143.

<sup>333</sup> Rudnicki, Akt notarialny / Notariatsakt, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 1.

geschäftsunfähig ist, abzulehnen. Gegen eine solche Ablehnung der Errichtung eines Notariatsakts steht der Vertragspartei Rechtsmittel des Rekurses an das zuständige Kreisgericht zu, das über den Rekurs als Gericht in 2. Instanz entscheidet.<sup>334</sup>

Die polnischen Notare trifft nach der Errichtung eines Notariatsaktes die 10-jährige Aufbewahrungspflicht des Originals (Art 90 § 1 NotRG). Diese Aufbewahrungspflicht soll die Beweisfunktion und die Rechtssicherheit des Liegenschaftsverkehrs stärken und ein hohes Maß an Offenkundigkeit des Vorganges gewährleisten. Nach diesem Zeitraum bzw. im Falle der Auflösung des Notariats werden alle aufbewahrten Notariatsakte an das Archiv des zuständigen Bezirksgerichts übermittelt.<sup>335</sup>

Die Befugnis zu Amtshandlungen und somit zur Errichtung der Notariatsakte wurde den polnischen Notaren von der Republik Polen übertragen. Daher ist sie auf das Hoheitsgebiet der Republik Polen beschränkt. Außerhalb der polnischen Grenze können die polnischen Notare keine Notariatsakte rechtswirksam errichten und auch sonst keine anderen Amtshandlungen im Namen der Republik Polen rechtswirksam vornehmen. Sie können aber als Hilfspersonen ihren ausländischen Kollegen dienen, was die Belehrung der Parteien über das polnische Recht betrifft.

Ausländische Notariatsakte, die dem Recht des Ortstaats ihrer Errichtung (*lex loci actus*) entsprechen, sind den polnischen Notariatsakten nicht gleichgestellt. Sie entfalten nicht dieselbe Rechtswirkung in Polen, welche mit dem polnischen Notariatsaktzwang verbunden sind.<sup>336</sup> Ist die Formfrage nach dem polnischen Recht zu beantworten und sieht dieses Recht für den Vertragsabschluss einen Notariatsaktzwang vor, dann kann dieser Formzwang nur vor einem polnischen Notar in Polen oder ausnahmsweise vor einem polnischen Konsul im Ausland durch die Errichtung eines Notariatsakts nach polnischem Recht erfüllt werden.<sup>337</sup>

---

<sup>334</sup> OG 7. 12. 2010, III CZP 86/10, OSNC 2011, Nr 5, Pos 49.

<sup>335</sup> Oleszko, Wpis w księdze wieczystej na podstawie aktu notarialnego / Die Eintragung in das Grundbuch aufgrund des Notariatsakts (2013) 43.

<sup>336</sup> Rudnicki/Rudnicki, ZGB<sup>10</sup> Art 158 Rz 5; Radwański in Radwański<sup>2</sup> II § 12 Rz 142.

<sup>337</sup> Aufgrund des Konsularvertrags zwischen der Republik Österreich und der Republik Polen<sup>337</sup> haben Konsuln im jeweiligen Empfangsstaat das Recht, wie Notare rechtserhebliche Tatsachen zu beglaubigen bzw. beurkunden (Art 39). Die polnischen Konsuln können gemäß Art 19 Abs. 1 KonsFunkG im Ausland notarielle Tätigkeiten ausüben. Die Berechtigung zur Errichtung von Notariatsakten erlangen sie jedoch erst nach der schriftlichen Bevollmächtigung des Justizministers, die auf Antrag des Außenministers erteilt wird.

Die Wahl eines ausländischen Rechts zwecks Umgehung des polnischen Notariatsaktzwangs ist mE nur schuldrechtlich zulässig, da im Sachenrecht unbestritten der Grundsatz *lex rei sitae* gilt. Dieser besagt, dass für den Eigentumserwerb an einer Liegenschaft das Recht des Staates maßgebend ist, in dem sich die Liegenschaft befindet (Art 25 § 2 pIIPRG). Ein Kaufvertrag über eine Liegenschaft in Polen, der den Formvorschriften des maßgebenden ausländischen Rechts aber nicht dem polnischen Notariatsaktzwang entspricht, entfaltet keine doppel funktionelle Wirkung, sondern stellt lediglich eine rechtswirksame schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an der vertragsgegenständlichen Liegenschaft dar. Die sachenrechtlich verfügende Wirkung ist dann nur im Wege eines dinglichen Eigentumsübertragungsvertrags zu erreichen, für den der polnische Notariatsaktzwang zwingend gilt.<sup>338</sup> Diese Lösung stimmt auch mit der Rechtsansicht der österreichischen Lehre. Laut *Rudolf* falle das für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb erforderliche Verfügungsgeschäft nicht in den Anwendungsbereich der Rom I-VO, sondern ist gemäß § 31 öIPRG an das Recht des Belegenheitsortes der Liegenschaft anzuknüpfen.<sup>339</sup>

Der vorgeschriebene Notariatsaktzwang soll einen sicheren Verkehr auf dem polnischen Liegenschaftsmarkt gewährleisten. Zum sicheren System des Liegenschaftsverkehrs gehört neben der notariellen auch die grundbücherliche Praxis mit ihrem Publizitätsgrundsatz.<sup>340</sup> Aus diesem Grund können nur jene Rechtsakte eine Grundlage für die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuchregister darstellen, die sachenrechtlich den Eigentumswechsel nach dem polnischen Recht auch tatsächlich bewirkten. Ein von einem ausländischen Notar errichteter Notariatsakt entfaltet nicht die gleiche Rechtswirkung wie ein Notariatsakt des polnischen Notars.<sup>341</sup> Daher kann nur ein polnischer Notariatsakt – abgesehen von wenigen Ausnahmen seiner Substituierbarkeit – die Grundlage für die Eintragung des Eigentumswechsels darstellen.<sup>342</sup>

---

<sup>338</sup> *Rudnicki*, Akt notarialny / Notariatsakt, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 8; anders: *Bogen/Lakomy*, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 188 – die Autoren vertreten die Rechtsansicht, nach welcher der polnische Notariatsaktzwang wegen der doppel funktionellen Wirkung des Kaufvertrages über eine Liegenschaft auch bei der Wahl eines Rechts gilt, das keinen solchen Formzwang vorsieht.

<sup>339</sup> *Rudolf*, Internationale Immobilienverträge, immolex 2009, 6 (7).

<sup>340</sup> OG 4. 6. 2009, III CZP 34/09; OSNC 2010, Nr 2, Pos 20.

<sup>341</sup> *Rudnicki*, Akt notarialny / Notariatsakt, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 8.

<sup>342</sup> *Oleszko*, Eintragung in das Grundbuch 30; *Radwański* in *Radwański*<sup>2</sup> II § 12 Rn 150.

## 2.2. Formelle Voraussetzungen des Notariatsaktes

Beim sonstigen Verlust der Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde muss jeder polnische Notariatsakt die gesetzlich bestimmten formalen Elemente aufweisen. Eine nicht abschließende Auflistung dieser Solennitätserfordernisse beinhaltet Art 92 § 1 NotRG. In diese Auflistung wurde die Bezeichnung der Urkunde als Notariatsakt nicht aufgenommen. Diese formale Voraussetzung wurde jedoch anlässlich der Vereinheitlichung der polnischen Notariatsverfassung als erforderlich und zwingend für die Sicherheit des Rechtsverkehrs erachtet.<sup>343</sup> Jeder Notar hat daher seinen Notariatsakt als solchen zu bezeichnen.<sup>344</sup> Bei der Errichtung des Notariatsaktes sind zwingend nachstehende Bestandteile in den Akt aufzunehmen:

- 1) die Bezeichnung als Notariatsakt („*akt notarialny*“);
- 2) das Datum seiner Errichtung (Tag, Monat, Jahr) und zusätzlich auf Ersuchen der Vertragsparteien die Angabe der minutengenauen Uhrzeit des Errichtungsbeginns und der Unterzeichnung des Akts;
- 3) den Errichtungsort;
- 4) Vor- und Nachname des Notars sowie den Amtssitz seiner Kanzlei;
- 5) Vor- und Nachnamen natürlicher Personen mit den Vornamen ihrer Eltern, die Wohnadressen bzw bei juristischen Personen den genauen Firmenwortlaut, ihren Sitz, Vor- und Nachnamen der Vertretungsorgane bzw Bevollmächtigten sowie Personendaten sonstiger Personen, die an der Errichtung des Notariatsaktes teilnehmen (Aktzeugen);
- 6) Willenserklärungen der Parteien, unter Bezugnahme auf die vorgelegte Urkunde (Inhalt des Rechtsgeschäftes);
- 7) die Feststellung, dass der Akt vorgelesen, angenommen und unterschrieben wurde;
- 8) Unterschriften der Personen, die an der Errichtung des Notariatsaktes teilnahmen;
- 9) Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuchregister;
- 10) Vermerk über die Selbstberechnung und Erhebung der Grunderwerbsteuer;
- 11) Unterschrift des Notars.

---

<sup>343</sup> Oleszko, Notariatsakte Art 91 Rz 1.

<sup>344</sup> Oleszko, Notariatsakte Art 91 Rz 3.

Der Notariatsakt ist in der polnischen Sprache zu errichten. Wenn eine der Vertragsparteien der polnischen Sprache nicht mächtig ist, muss zur Einhaltung des Formzwanges ein allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Dolmetscher für jene Fremdsprache beigezogen werden, welche die Vertragspartei ausreichend beherrscht. Der Notar ist nur dann berechtigt den Notariatsakt auch in einer Fremdsprache zu errichten, wenn er über die Befähigung eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Dolmetschers selbst verfügt.<sup>345</sup>

Die Vertragsparteien bekommen vom Notar jeweils eine Abschrift des Notariatsaktes, die im Rechtsverkehr die Kraft der Originalurkunde hat.<sup>346</sup>

### **2.3. Materielle Voraussetzungen des Notariatsaktes**

Zu den materiellen Voraussetzungen des Notariatsakts zählen die Einhaltung des Grundsatzes der *unitas actus* sowie die entsprechende Belehrungspflichten des Notars bei der Errichtung des Akts. Im Vordergrund steht die Belehrungspflicht durch den Notar über den Sinn und die Folgen des beabsichtigten Rechtsgeschäftes. Der Notar hat auch für die Klarheit und Verständlichkeit der Willenserklärungen der Parteien zu sorgen, indem er diese selbst zu formulieren und in den Notariatsakt aufzunehmen hat. Dabei ist der Notar jedoch verpflichtet, genau zu erforschen, ob die Parteien den Inhalt sowie die Bedeutung des Rechtsgeschäftes verstehen und akzeptieren.<sup>347</sup>

Nach dem Grundsatz der *unitas actus* sollen bei der Verlesung des Notariatsaktes alle in ihm genannten Personen anwesend sein. Auch die Unterschriften einzelner an dem Akt beteiligter Personen müssen in Anwesenheit von allen Beteiligten geleistet werden.<sup>348</sup>

Im Rahmen seiner Rechtsbelehrungspflicht muss der Notar seine Bedenken sofort den Parteien mitteilen, wenn die Bestimmungen des Notariatsaktes die Interessen einer der Parteien unverhältnismäßig bevorzugen.<sup>349</sup>

---

<sup>345</sup> *Strzelczyk*, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 757.

<sup>346</sup> OG 8. 1. 2003, II CKN 247/01; Legalis; *Drozd* in *Radwański*<sup>2</sup> II § 12 Rz 150.

<sup>347</sup> *Strzelczyk*, Immobilienrecht<sup>3</sup> Rz 755.

<sup>348</sup> *Radwański* in *Radwański*<sup>2</sup> II § 12 Rz 149.

<sup>349</sup> *Radwański* in *Radwański*<sup>2</sup> II § 12 Rz 143.



Gemäß Art 84 NotRG kann der Notar keinen Notariatsakt errichten, wenn er ein Rechtsgeschäft beurkunden soll, das ihm oder einen seiner näher definierten Familienangehörigen persönlich betrifft.

### 3. Substituierbarkeit des Notariatsakts

Der Notariatsaktzwang kann nur ausnahmsweise durch andere Rechtsakte ersetzt werden. Zu diesen Ausnahmen zählen gemäß Art 64 ZGB die rechtskräftigen gerichtlichen Urteile, durch welche die Verpflichtung einer Person zur Abgabe einer bestimmten Willenserklärung ersetzt wird. Auch rechtswirksame gerichtliche Vergleiche<sup>350</sup> und Protokolle<sup>351</sup> erfüllen diesen Formzwang. Die Notariatsakte sind auch durch Schiedssprüche der Schiedsgerichte substituierbar.<sup>352</sup>

Darüber hinaus ist in einem schmalen Fachbereich die Form des Notariatsakts durch einen im Verfahren vor einem Geodäten<sup>353</sup> abgeschlossenen Vergleich über die Festlegung der Grundstücksgrenzen gemäß Art 31 GeodätRG ersetzbar. Außer den obigen Ausnahmen ist die Form des Notariatsakts nicht substituierbar.

### D. Reichweite des Formzwangs

Die Einführung des Notariatsaktzwangs beim Liegenschaftsverkauf im polnischen Recht regte sowohl in der Lehre<sup>354</sup> als auch in der Judikatur<sup>355</sup> eine lebhafte Diskussion über die Reichweite dieses Formzwanges an. Primär wurde dieser Diskurs über die Reichweite des Formzwangs innerhalb der Liegenschafts Kaufverträge geführt. Er behandelte die Rechtsfrage, welche Elemente des Kaufvertrages im Notariatsakt beurkundet werden müssen, damit der Vertragsabschluss rechtswirksam zu Stande kommt. Bei der

<sup>350</sup> OG 2. 8. 1994, III CZP 96/94; OSNC 1995, Nr 1, Pos 11.

<sup>351</sup> OG 24. 5. 2013, V CSK 246/12; OG 13. 10. 1955, III CR 599/55.

<sup>352</sup> *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (3).

<sup>353</sup> Ein Geodät (Polnisch: „geodeta“) ist ein Fachmann der Geodäsie (Vermessungswesen). Er ist mit einem österreichischen Ziviltechniker mit Befugnissen eines Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen funktionell vergleichbar.

<sup>354</sup> Vgl *Drozd* in *Radwański*<sup>2</sup> II § 10 Rz 20-38; *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (5-14); *Ignatowicz*, Sachenrecht<sup>6</sup> 98; *Piątowski* in *Czachórski* 249; *Drozd*, Übertragung des Eigentums 152-159.

<sup>355</sup> Vgl AppellG Kraków (Krakau) 6. 3. 2014, I Aca 21/14; OG 12. 10. 2001, V CKN 631/00, OSNC 2002 Nr 7-8 Pos 91.; OG 23. 1. 1997, I CKN 51/96, OSNC 1997, Nr 6-7, Pos 79; OG 26. 5. 1983, II CR 32/83, NP 1985/2, 116 (116-118); OG 18. 3. 1966, II CR 123/66, OSNCP 1967, Nr 2, Pos 22; OG 16. 3. 1955, III CR 2100/54, OSNCP 1956, Nr 1 Pos 13.

Beantwortung dieser Frage wurde das allgemein anerkannte Aufteilungskriterium der Vertragselemente in die *essentialia negotii* (objektiv wesentliche Vertragselemente), *accidentalia negotii* (subjektiv wesentliche Vertragselemente) und *naturalia negotii* (objektiv unwesentliche Bestandteile) verwendet.<sup>356</sup>

Sekundär wurde diese Problematik auch außerhalb des Kaufvertrages erörtert.<sup>357</sup> In diesem Zusammenhang ist die Auswirkung des eingeführten Formzwanges beim Liegenschafts Kauf auf den Formzwang anderer Rechtsgeschäfte zu untersuchen, die in der Praxis des polnischen Liegenschaftsverkehrs den Abschluss des Hauptvertrages oft begleiten bzw auf diesen vorbereiten.

## 1. Kaufverträge

Die *essentialia negotii* des Kaufvertrags nach polnischem Recht wurden im bereits genannten Art 535 ZGB geregelt. Der Verkäufer verpflichtet sich im Kaufvertrag das Eigentum an einer Sache auf den Käufer zu übertragen und ihm die Sache herauszugeben. Der Käufer verpflichtet sich im Gegenzug die Sachen entgegenzunehmen und dem Verkäufer den Kaufpreis zu zahlen. Diese Vertragselemente bestimmen die rechtliche Existenz des Kaufvertrags bzw die Qualifikation eines Rechtsgeschäftes als Kaufvertrag. Sie werden daher als typische Identitätsmerkmale jedes Kaufvertrags angesehen.

Die *accidentalia negotii* haben grundsätzlich – im Gegensatz zu *essentialia negotii* – keinen Einfluss auf die rechtliche Existenz und Qualifikation des Rechtsgeschäftes. Ihre Bedeutung resultiert aus dem Parteiwillen, der sie zum Rang der wesentlichen Vertragsbestandteile erhebt.<sup>358</sup> Sie gehören nicht zu den typischen Identitätsmerkmalen jedes Kaufvertrags und gelten nur kraft einer ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien.<sup>359</sup> Zu diesen Nebenabreden können vor allem vereinbarte Befristungen, Bedingungen, Pönalien, Anzahlungen, Rücktritts-, Options- und Vorkaufsrechte, Unterwerfung einer sofortigen Exekution iSd Art 777 § 1 Pkt. 4 ZVGB zählen.

---

<sup>356</sup> Szpunar, NP 1987/9, 3 (5)

<sup>357</sup> Drozd in Radwański<sup>2</sup> § 10 Rz 20-21.

<sup>358</sup> Drozd in Radwański<sup>2</sup> § 10 Rz 20-21.

<sup>359</sup> Górska, Schriftform 43.

Die *naturalia negotii* gelten mangels vertraglicher Vereinbarung durch die Bestimmungen des dispositiven Rechts. Ihr Fehlen beeinflusst daher keinesfalls die Existenz des Kaufvertrages, sondern wirkt sich eventuell auf seinen Inhalt (zB auf den Zahlungsort, Ausschluss der Gewährleistung) aus.<sup>360</sup>

Die oben dargestellte Rechtsfrage nach der Reichweite des Notariatsaktzwangs beim Liegenschafts Kauf ist wegen der allfälligen Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäftes und gegebenenfalls einer Rückabwicklung von großer Relevanz. Im genannten Diskurs bildeten sich in der Lehre diesbezüglich drei unterschiedliche Rechtsansichten heraus.

Die Vertreter<sup>361</sup> der strengen Rechtsansicht plädierten für den möglichst weiten Formzwang, der alle wesentlichen Vertragselemente eines Kaufvertrags (*essentialia negotii*, *accidentalia negotii*) umfassen soll. Wie Drozd richtig ausführt, können die *naturalia negotii* nicht durch den Notariatsaktzwang umfasst werden, weil sie als ergänzende Bestandteile des Kaufvertrags im Gesetz verankert seien.<sup>362</sup> Konsequenterweise sprechen sich die Vertreter dieser Rechtsansicht für die Nichtigkeit jener Bestimmungen des Kaufvertrages aus, die nicht in den Notariatsakt aufgenommen wurden. Formwidrige Nebenabreden sollen nicht den Vertragsgegenstand darstellen. An ihrer Stelle treten die *naturalia negotii* als dispositives Recht. Der Einfluss nichtiger Vertragsbestimmungen auf die sonstigen Elemente des Kaufvertrags wurde mit Hilfe der Teilnichtigkeit gelöst (Art 58 § 3 ZGB).<sup>363</sup> Dieser Teil der Lehre tritt zugleich für die Nichtigkeit des gesamten Vertrags ein, wenn nicht alle *essentialia negotii* des jeweiligen Rechtsgeschäfts im Notariatsakt beurkundet wurden.<sup>364</sup>

Argumentativ wurde der möglichst weit verstandene Notariatsaktzwang in erster Linie auf die Rechtsdogmatik und Wortinterpretation des Art 92 § 3 NotRG gestützt. Gemäß dieser Rechtsnorm hat ein Notariatsakt, der ein Rechtsgeschäft beurkundet, einen „wesentlichen Inhalt“ dieses Rechtsgeschäfts zu beinhalten. Darüber hinaus soll er auch andere Elemente festhalten, wenn sich die Notwendigkeit dazu aus dem NotRG, aus Sondervorschriften

---

<sup>360</sup> Drozd in Radwański<sup>2</sup> § 10 Rz 21

<sup>361</sup> Vor allem: Drozd, Übertragung des Eigentums 152; Drozd in Radwański<sup>2</sup> § 10 Rz 21-23; aber auch: Radwański in Grzybowski 630-635; Kępiński, Przeniesienie własności nieruchomości rolnych / Die Übertragung des Eigentums an landwirtschaftlichen Liegenschaften (1970) 57.

<sup>362</sup> Drozd, Übertragung des Eigentums 153.

<sup>363</sup> Drozd in Radwański<sup>2</sup> § 10 Rz 21.

<sup>364</sup> Drozd, Pozorność w umowach przenoszących własność nieruchomości / Scheingeschäfte bei Verträgen über Eigentumsübertragung an Liegenschaften, Studia cywilistyczne 1974/XXII, 72 (74).

oder aus dem Parteienwillen ergibt. Für einen weiten Notariatsaktzwang spricht die wörtliche Formulierung „*istotne treści*“, dh „wesentliche Inhalte“. Da der Begriff der Wesentlichkeit jedoch relativ ist und vom angenommenen Wertungskriterium abhängt, spricht sich die strenge Lehre für eine extensive Auslegung des Formzwangs, um alle in Frage kommende „wesentliche Elemente“ zu umfassen.<sup>365</sup> Durch eine solche Vorgehensweise soll auch der Formzweck der Rechtssicherheit im Liegenschaftsverkehr besser erfüllt werden.<sup>366</sup>

Laut *Drozd* spreche auch die systematische Auslegung des Art 92 § 3 NotRG iVm Art 92 § 1 Pkt. 6 NotRG für einen weiten Notariatsaktzwang, weil alle Tatsachen und Umstände bei der Errichtung des Notariatsakts auf Ersuchen der Vertragsparteien gemäß Art 92 § 1 Pkt. 6 in ihm festzuhalten sind.<sup>367</sup> Dies unabhängig davon, ob diese Elemente wesentlich oder unwesentlich iSd Art 92 § 3 NotRG sind. Die Ablehnung der Aufnahme solcher Tatsachen und Umstände durch den Notar führt zur Mangelhaftigkeit des Notariatsaktes. Der Notar kann sich nicht darauf berufen, dass die von ihm bei der Errichtung des Notariatsakts ignorierten Vertragselemente unwesentlich gewesen wären.<sup>368</sup>

Ferner führt *Drozd* aus, dass das polnische Kaufrecht keine Differenzierung der Vertragselemente in Hinblick auf den Formzwang kenne, was eine Einschränkung der Reichweite des Notariatsaktzwangs generell ausschließt. In diesem Konnex ergebe sich seiner Meinung nach auch aus Art 73 ff ZGB, dass ein besonderer Formzwang sämtliche Elemente des formpflichtigen Rechtsgeschäfts umfasse (*argumentum lege non distinguente*).<sup>369</sup>

Laut *Górska* lässt nur die umfassendste Reichweite des Notariatsaktzwangs die Umsetzung grundsätzlicher Funktionen dieser qualifizierten Form der Willenserklärungen garantieren. Im Marktsektor des Liegenschaftsverkehrs besteht in Hinblick auf den hohen Wert der Immobilien ein sehr hoher Schutzbedarf. Durch die Reduzierung der Reichweite des Formzwangs auf nur bestimmte Vertragselemente, zB nur auf die *essentialia negotii*, und die Gewähr der Formfreiheit im sonstigen Bereich kann es zur Verheimlichung des tatsächlichen Vertragsinhalts kommen. Die Vertragsbestimmungen können einzeln als

---

<sup>365</sup> *Drozd*, Übertragung des Eigentums 160.

<sup>366</sup> *Drozd* in *Radwański*<sup>2</sup> § 10 Rz 24.

<sup>367</sup> *Drozd* in *Radwański*<sup>2</sup> § 10 Rz 25.

<sup>368</sup> *Drozd* in *Radwański*<sup>2</sup> § 10 Rz 25.

<sup>369</sup> *Drozd*, Übertragung des Eigentums 159; vgl auch *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (10).

unwesentlich erscheinen. Im Gesamtbild des Vertrages ist ein plötzlicher Gewinn an Bedeutung möglich. Die teilweise Verheimlichung des vorständigen Vertragsinhalts kann zum allfälligen Rechtsmissbrauch bei der Auslegung der zwischen Vertragsparteien vereinbarten Rechte und Pflichten führen.<sup>370</sup> Ein solcher Zustand erfüllt die Publizitätsfunktion dieses Formzwangs gegenüber Dritten sowie seine Beweisfunktion, insb. die Sicherung der Abschluss- und Inhaltsklarheit des Rechtsgeschäftes und die Erleichterung für die Beweisführung im Falle eines Gerichtsprozesses nicht zufriedenstellend.<sup>371</sup>

Ein Pendant zur strengsten Rechtsansicht stellt die liberale Lehre dar. Ihre Vertreter<sup>372</sup> plädieren für einen Notariatsaktzwang, dem nur die *essentialia negotii* des Liegenschaftskaufvertrags unterstehen sollten. Für sonstige Vertragselemente gelte der Grundsatz der Formfreiheit.<sup>373</sup> Zugleich stellte die liberale Lehre jedoch klar, dass sie nicht für die Ausklammerung der *accidentalialia negotii* aus dem Notariatsakt eintritt. Hingegen sollen die Vertragsparteien einen Zustand anstreben, in dem der gesamte Vertragsinhalt vollständig in den Notariatsakt aufgenommen wird.<sup>374</sup>

Die Reichweite des Notariatsaktzwangs soll sich allerdings nicht auf die *accidentalialia negotii* erstrecken. Dadurch werden diese Vertragselemente im Falle fehlender Beurkundung von der Nichtigkeit verschont. Den Vertragsparteien soll in solchen Fällen die Beweisführung über den tatsächlichen und im Notariatsakt nicht beurkundeten Vertragsinhalt durch Zeugen- und Parteienvernehmung iSd Art 247 ZVGB ermöglicht werden. Über die Schwierigkeiten einer solchen Beweisführung hat der Notar die Vertragsparteien entsprechend zu belehren.<sup>375</sup>

Die Vertreter der strengen Rechtsansicht übten an dieser liberalen Rechtsansicht Kritik. Die liberale Reichweite des Formzwanges sei in Hinblick auf den Notariatsaktzwang des Art 158 ZGB schwer nachvollziehbar. In dieser Rechtsnorm habe der polnische Gesetzgeber den Notariatsaktzwang bei sonstiger Nichtigkeit für jene Verträge vorgeschrieben, die zur Übertragung des Eigentums an Liegenschaften verpflichten. Zu

---

<sup>370</sup> Górska, Schriftform 46.

<sup>371</sup> Górska, Schriftform 47.

<sup>372</sup> Vor allem: Szpunar, NP 1987/9, 3 (8); aber auch: Breyer, Przeniesienie własności nieruchomości<sup>3</sup> / Übertragung des Eigentums an Liegenschaften<sup>3</sup> (1975) 132.

<sup>373</sup> Szpunar, NP 1987/9, 3 (8-10); Drozd in Radwański<sup>2</sup> § 10 Rz 22 und 24.

<sup>374</sup> Szpunar, NP 1987/9, 3 (10).

<sup>375</sup> Szpunar, NP 1987/9, 3 (10).

solchen Verträgen zählen auch unbenannte Verträge, deren *essentialia negotii* gesetzlich nicht bestimmt wurden. Die *essentialia negotii* können nur kraft Gesetzes definiert werden. In solchen Konstellation müsse die Rechtsfrage nach der Reichweite des Formzwangs unbeantwortet bleiben, weil es unklar sei, was der Notariatsakt überhaupt beinhalten und beurkunden solle.<sup>376</sup>

Darüber hinaus wird der Vertragsinhalt durch die *accidentalia negotii* wesentlich gestaltet. Zu solchen Vertragselementen gehört zB eine Bedingung. Ein bedingter und ein unbedingter Vertrag stellen zwei unterschiedliche Rechtsgeschäfte dar. Aus diesem Grund sollten auch die subjektiv wesentlichen Vertragselemente durch den Formzwang des Notariatsakts gedeckt werden.<sup>377</sup>

Die liberale Lehre versuchte mit ihren Ausführungen die obigen Argumente zu entkräften. Sie wies in diesem Zusammenhang auf den rechtsdogmatischen Charakter jedes Notariatsaktzwangs hin, der eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Formfreiheit darstellt und daher der nicht extensiv auszulegen ist.<sup>378</sup> Die geltende Rechtslage, insb die Norm des Art 158 ZGB, enthalten keine ausdrückliche Disposition über die Reichweite des Notariatsaktzwangs. Er kann sich daher nicht auf sämtliche wesentlichen Elemente eines Liegenschafts Kaufvertrags. Laut *Szpunar* solle man im Wege einer extensiven Auslegung keine zusätzlichen Gültigkeitsvoraussetzungen für den Kaufvertrag schaffen.<sup>379</sup>

*Szpunar* führt ferner aus, dass auch die teleologische Interpretation dieses Formzwangs iSd Art 158 ZGB gegen eine umfassende Reichweite des Notariatsaktzwangs spricht. Diese Reichweite des Notariatsaktzwangs lässt sich mit der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses nicht rechtfertigen. Die staatliche Kontrolle soll sich ausschließlich auf die *essentialia negotii* erstrecken. Der Staat ist einerseits an der Identität des jeweiligen Eigentümers interessiert, andererseits hat er ein wesentliches Interesse an der tatsächlichen Höhe des vereinbarten Kaufpreises, die sehr oft als Bemessungsgrundlage für die Steuerberechnung herangezogen wird.<sup>380</sup> Sonst hat er kein berechtigtes Interesse an der Information über die individuellen Vertragsbestimmungen, die in der Praxis oft sehr detailliert und auf den konkreten Einzelfall angepasst sind. Sie umfassen das Endergebnis

---

<sup>376</sup> *Drozd in Radwański*<sup>2</sup> § 10 Rz 24.

<sup>377</sup> *Górska*, Schriftform 44.

<sup>378</sup> *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (9).

<sup>379</sup> *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (9).

<sup>380</sup> *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (7).

der Abwägung gegenseitiger individueller Interessen, die für den Staat nicht von großer Relevanz sind.<sup>381</sup>

Zwischen den beiden Rechtsansichten in der polnischen Lehre platzierte sich noch eine dritte, die nach einem Mittelweg suchte. Die mittelstrenge Lehre<sup>382</sup> plädierte für einen Notariatsaktzwang bei *essentialia negotii* und bei bestimmten *accidentalia negotii*.

Dabei stützte sie sich vor allem auf die schweizerische Judikatur des Bundesgerichts<sup>383</sup> und die dortige hL,<sup>384</sup> nach welcher sich die Reichweite des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf auf die *essentialia negotii* und eingeschränkt auch auf die *accidentalia negotii* erstreckt. Durch den Formzwang sind nur jene *accidentalia negotii* betroffen, die das Synalagma des Kaufvertrags berühren, indem sie die Kaufpreishöhe oder den Umfang des Kaufgegenstandes beeinflussen.

Anknüpfend auf die obige Reichweite sprach sich die mittelstrenge Lehre in Polen für die Formfreiheit jener *accidentalia negotii*, welche die Rechte oder Pflichten der Vertragsparteien reduzieren. Der Formzwang soll hingegen solche *accidentalia negotii* umfassen, aufgrund deren die Rechte oder Pflichten der Vertragsparteien erweitert werden.<sup>385</sup> Diese Rechtsansicht wurde vor allem von *Radwański* wegen des willkürlichen und unscharfen Aufteilungskriteriums der *accidentalia negotii* stark kritisiert.<sup>386</sup>

Die Problematik der Reichweite des Notariatsaktzwangs war auch für die Judikatur, welche die behandelte Rechtsfrage hinsichtlich der Reichweite des Formzwangs auf die *essentialia negotii* zu beantworten hatte, sehr lange umstritten. In vielen Anlassfällen<sup>387</sup> ließen die Vertragsparteien aus steuerlichen Gründen einen niedrigeren Kaufpreis im Notariatsakt beurkunden. In Extremfällen<sup>388</sup> schlossen sie in Form des Notariatsakts einen

---

<sup>381</sup> *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (7).

<sup>382</sup> *Piątowski* in *Czachórski* 249.

<sup>383</sup> SchwBG 16. 6. 1987 BGE 113 II 404; SchwBG 6. 3. 1992 BGE 118 II 32.

<sup>384</sup> *Wiegand/Brunner*, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993/1 (1-5); vgl dazu *Gauch*, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991/51, (51-52).

<sup>385</sup> *Piątowski* in *Czachórski* 249-250; *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (10).

<sup>386</sup> *Radwański* in *Grzybowski* 635.

<sup>387</sup> OG 18. 5. 2006, II UK 164/05; PiZS 2006 Nr 9, Pos 33; OG 18. 3. 2004, III CK 456/02; OG 19. 7. 2001, III CZP 36/01; OSNC 2002 Nr 1, Pos 7; OG 23. 6. 1986, I CR 45/86; OG 16. 11. 1954, I CO 22/54; OSN 1955, Pos 64.

<sup>388</sup> OG 22. 5. 2009, III CZP 21/09; OG 25. 10. 2006, III CSK 214/06; OG 12. 10. 2001, V CKN 631/00; OSNC 2002 Nr 7-8, Pos 9; OG 26. 5. 1983, II CR 32/83; OG 18. 3. 1966, II CR 123/66; OSN 1967, Pos 22.

verdeckten Liegenschaftskaufvertrag ab, der nach Außen als Schenkung beurkundet wurde. In dieser Konstellation wurde im Notariatsakt kein Kaufpreis festgelegt. Da der Kaufpreis zu den *essentialia negotii* des Kaufvertrags zählt und diese jedenfalls dem Formzwang unterliegen sollen, bekam die Rechtsfrage neue Fassetten.

Die ältere Rechtsprechung des Obersten Gerichts beantwortete die Rechtsfrage sehr liberal und bediente sich dabei des Instituts eines Umgehungsgeschäfts. Die Verheimlichung des tatsächlich vereinbarten Kaufpreises und die Beurkundung im Notariatsakt eines nicht vereinbarten Kaufpreises zwecks Vermeidung oder Minderung der Steuer haben nicht zur Nichtigkeit des gesamten Kaufvertrags geführt. Die Finanzbehörden mussten die zu entrichtende Steuer aufgrund des tatsächlich vereinbarten Kaufpreises berechnen. Sie sind an dem im Notariatsakt festgelegten Kaufpreis nicht gebunden.<sup>389</sup> Das OG qualifizierte im Beschluss der ganzen Zivilkammer einen solchen Kaufvertrag, in dem ein niedrigerer Kaufpreis notariell festgelegt wurde, als ein Umgehungsgeschäft, bei dem die Einschränkungen der Beweisführung iSd Art 247 ZVGB hinsichtlich der tatsächlichen Preishöhe keine Anwendung finden.<sup>390</sup> Das OG begründete seine Entscheidung vor allem mit pragmatischen Argumenten. Laut OG wäre eine andere Lösung der Rechtsfrage zu formalistisch und lebensfremd. Dabei verwies das OG auf die Praxis, in welcher der Käufer im Regelfall den höheren, tatsächlich vereinbarten Kaufpreis vollständig zahlt.

Das OG ging noch weiter und erhob zum Rechtssatz, dass der Notariatsakt zu einem verdeckten Liegenschaftskaufvertrags den Notariatsaktzwang auch im Falle des Scheingeschäfts erfüllt. Demnach erfülle der Abschluss des Schenkungsvertrags über eine Liegenschaft in Form eines Notariatsakts den Notariatsaktzwang beim Liegenschaftskauf.<sup>391</sup>

*Szpunar* befürwortete diese die Gültigkeit des Kaufvertrags erhaltende Lösung. Er hob in ihrem Konnex hervor, dass die steuerliche Bemessungsgrundlage im Fall der Nichtigkeit eines solchen Kaufvertrags entfallen würde, was nicht im fiskalen Interesse des Staates stünde. Zugleich meinte er vorsichtig, dass die fiskalischen Interessen des Staates für die Existenz eines Rechtsgeschäfts nicht entscheidend sein können.<sup>392</sup> *Kepiński* und *Drozd* äußerten sich kritisch über diese Argumentation sowie über den Lösungsweg der Judikatur.

---

<sup>389</sup> OG 16. 11. 1954, I CO 22/54; OSN 1955, Pos 64.

<sup>390</sup> OG 21. 7. 1954, I CO 22/54; OSN 1955, Pos 1.

<sup>391</sup> OG 16. 3. 1955, III CR 2100/54, OSNCP 1956, Nr 1, Pos 13; OG 18. 3. 1966, II CR 123/66, OSNCP 1967, Nr 2, Pos 22; OG 26. 5. 1983, II CR 32/83; NP 1985/2, 116 (116-117).

<sup>392</sup> *Szpunar*, NP 1987/9, 3 (13).



Sie plädierten konsequent für die Nichtigkeit des gesamten Kaufvertrags wegen Formmangels der Kaufpreisvereinbarung.<sup>393</sup>

In einer neuen richtungsweisenden Entscheidung sprach sich das OGH schließlich für die Reichweite des Notariatsaktzwangs auf alle wesentlichen Vertragselemente (*essentialia negotii, accidentalia negotii*) aus und begründete dies einerseits mit der Wortinterpretation des Art 158 Satz 1 iVm Art 73 § 2 ZGB<sup>394</sup>, andererseits mit der allgemeinen Rechtssicherheit.<sup>395</sup> Aktuell distanziert sich das Höchstgericht von der alten Entscheidungslinie und qualifizierte einen Kauf als eine formgemäße Schenkung aber ein nichtiges Scheingeschäft iSd Art 83§ 1, 1. Satz ZGB.<sup>396</sup>

Die Gültigkeit des verdeckten Liegenschaftskauf sei gemäß Art 83 § 1 1. Satz „*według właściwości tej czynności*“, dh „nach der Beschaffenheit dieses Rechtsgeschäfts“ zu beurteilen.<sup>397</sup> Dazu muss der verdeckte Liegenschaftskaufvertrag die allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllen sowie jene Voraussetzungen, welche die Rechtsordnung für den Liegenschaftskauf vorschreibt. Dazu zählt der Formzwang des Notariatsakts iSd Art 158 Satz 1 iVm Art 73 § 2 ZGB, welcher auch nach der liberalen Lehre alle *essentialia negotii*, dh die kaufgegenständliche Liegenschaft und den Kaufpreis zu umfassen hat. Bei einer zum Schein abgeschlossenen Schenkung wurde der vorgeschriebene Formzwang bei Kaufpreisvereinbarung nicht eingehalten.

Ein Zwischenergebnis zeigt, dass der Formzwang beim verdeckten Liegenschaftskaufvertrag nicht erfüllt wurde. Für die abschließende Beurteilung ist laut dem OGH eine weitere Rechtsfrage zu beantworten und zwar, ob der Formzwang des verdeckten Rechtsgeschäftes als eingehalten behandelt werden kann, wenn die Vertragsparteien dieses verdeckte Rechtsgeschäft in Form des Scheingeschäfts abschlossen. Bei der Beantwortung dieser Rechtsfrage bildeten sich zwei Standpunkte heraus.

---

<sup>393</sup> *Kepiński*, Übertragung des Eigentums 60; *Drozd*, Pozorność w umowach przenoszących własność nieruchomości / Scheingeschäfte bei Verträgen über Eigentumsübertragung an Liegenschaften, *Studia cywilistyczne* 1974/XXII 72 (74).

<sup>394</sup> OG 12. 10. 2001, V CKN 631/00; OSNC 2002 Nr 7-8 Pos 91.

<sup>395</sup> OG 9. 7. 2003, IV CKN 305/2001, OSNC 2004, Nr 7-8, Pos 130.

<sup>396</sup> OG 22. 5. 2009, III CZP 21/09; OG 25. 10. 2006, III CSK 214/06.

<sup>397</sup> OG 12. 10. 2001, V CKN 631/00; OSNC 2002 Nr 7-8 Pos 91.

Nach der alten Rechtsansicht genügt für die Einhaltung des Notariatsaktzwangs des verdeckten Kaufvertrags die Einhaltung des Notariatsaktzwangs des Scheingeschäfts. Darunter verstand das OG die vom Notar errichtete Urkunde und die *essentialia negotii* des Scheingeschäfts. In dem konkreten Fall müssten die Kaufpreisvereinbarung im Notariatsakt nicht beurkundet werden. Nach der alten Judikatur konnte der verdeckte Kaufvertrag „den Formzwang der zum Schein abgeschlossenen Schenkung als eigener gebrachten („*używać*“).<sup>398</sup> Das verdeckte Rechtsgeschäft konnte dem Formzwang des Scheingeschäfts genügen („*służyć niq*“).<sup>399</sup>

In der neuen Entscheidungslinie des OG ist der obige Standpunkt nicht mit der *ratio* des Art 83 § 1, 2. Satz ZGB vereinbar. Bei ihrer Auslegung ist ihre Rezeption aus dem deutschen und österreichischen Recht (§ 117 Abs 2 BGB, § 916 Abs 1 2. Satz ABGB) zu berücksichtigen.<sup>400</sup> Das Scheingeschäft und das verdeckte Rechtsgeschäft stellen zwei voneinander unterschiedliche Rechtsgeschäfte dar. Während das Erste *ex lege* nichtig ist (Art 83 § 1, 1. Satz ZGB), ist die Gültigkeit des Zweiten nach seiner Beschaffenheit zu beurteilen (2. Satz *leg cit*). In diesem Zusammenhang fehlt es an einer gesetzlichen Fundierung, die den „Gebrauch“ des Formzwangs des Scheingeschäfts durch den verdeckten Kaufvertrag zulassen würde. Aus diesem Grund kann das in Form eines Notariatsakts abgeschlossene Scheingeschäft keinesfalls die für das verdeckte Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form des Notariatsakts erfüllen.<sup>401</sup> Eine zum Schein abgeschlossene Schenkung in Form eines Notariatsakts erfüllt deshalb nicht den Notariatsaktzwang, welcher im Art 158, 1. Satz ZGB für einen Liegenschafts Kauf vorgeschrieben wurde. Ein derart verdeckter Kaufvertrag über eine Liegenschaft ist immer nichtig (Art 73 § 2, 1. Satz ZGB).<sup>402</sup>

Diese aktuell herrschende Rechtsansicht scheint mE sehr streng und zu formalistisch zu sein. Sie ist zwar gesetzlich sehr gut verankert. Allerdings gleicht sie nicht in dem Ausmaß die Interessenslagen der am formwidrigen Rechtsgeschäft beteiligten Parteien wie die alte und die Gültigkeit des Kaufvertrags erhaltende Norminterpretation aus. Vor allem benachteiligt sie den Käufer, welcher oft den Kaufpreis an den Verkäufer bereits bezahlte

---

<sup>398</sup> OG 18. 3. 1966, II CR 123/66, OSNCP 1967, Nr 2, Pos 22.

<sup>399</sup> OG 16. 3. 1955, III CR 2100/54, OSNCP 1956, Nr 1, Pos 13; OG 26. 5. 1983, II CR 32/83; NP 1985/2, 116 (116-117).

<sup>400</sup> OG 12. 10. 2001, V CKN 631/00; OSNC 2002 Nr 7-8 Pos 91.

<sup>401</sup> OG 18. 5. 2006, II UK 164/05; PiZS 2006 Nr 9, Pos 33.

<sup>402</sup> OG 22. 5. 2009, III CZP 21/09; OG 25. 10. 2006, III CSK 214/06.

und das Eigentum an der kaufgegenständlichen Liegenschaft infolge der Nichtigkeit des verdeckten Kaufvertrags nie erlangte. Angesichts der allfälligen weiteren Geldflüsse nach dem nichtigen Vertragsabschluss beim Verkäufer kann sich eine Rückabwicklung tatsächlich sehr schwierig, wenn nicht unmöglich, erweisen. Eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitssanktion des Art 158 Satz 1 iVm Art 73 § 2 ZGB iSd älteren Entscheidungslinie bietet hier mE eine bessere, praxisorientierte und daher lebensnahe Lösung an.

## 2. Vorverträge

Da Kaufverträge über Liegenschaften nach polnischem Recht grundsätzlich die doppel funktionelle Wirkung entfalten und deshalb die Übertragung des Liegenschaftseigentums erwirken, spielen Vorverträge eine bedeutende Rolle im Liegenschaftsverkehr. Sie dienen in der Praxis zur Absicherung des Eigentumserwerbs<sup>403</sup> und erfüllen eine quasi-garantierende Funktion hinsichtlich des Hauptvertragsabschlusses, auf den sie gerichtet sind.<sup>404</sup>

Vorverträge werden abgeschlossen, wenn die Vertragsparteien aus welchen Gründen auch immer die Hauptverträge noch nicht abschließen können bzw wollen. Durch den Abschluss eines Vorvertrages kann die jeweilige Rechtsposition der Vertragsparteien während der Verhandlungen gesichert werden. Im Wirtschaftsverkehr zeigen sich Vorverträge sehr vorteilhaft, wenn die Vertragsparteien sich einig hinsichtlich des künftigen Vertragsabschlusses sind, jedoch noch keinen detaillierten Inhalt des Hauptvertrages vereinbaren können.<sup>405</sup> Die Vertragsparteien schließen Vorverträge auch dann ab, wenn sie die Eigentumsübertragung von der Erfüllung konkreter Bedingung abhängig machen wollen.<sup>406</sup> Sie finden ebenfalls beim Vorliegen privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Beschränkungen wie z. B. Vorkaufsrechte oder Immobilienverkehrsgenehmigung des polnischen Innenministers bei Liegenschaftskauf durch Ausländer, ihre Anwendung.<sup>407</sup>

---

<sup>403</sup> *Cierpiał*, *Immobilarsachenrecht in Polen* (2000) 50.

<sup>404</sup> OG 28.10.2010, II CSK 219/10; LexisNexis Nr 2412926.

<sup>405</sup> *Duleba*, *Skutki niezachowania formy umowy przedwstępnej / Folgen der Nichteinhaltung der Form des Vorvertrags*, PPH 2006/8 51 (51).

<sup>406</sup> OG 24. 9. 2003, III CKN 493/01; LexisNexis Nr 405183.

<sup>407</sup> *Bogen/Lakomy*, *Polen*, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 182.

Art 389 § 1 ZGB definiert den Vorvertrag als ein kausales Rechtsgeschäft, durch den sich eine oder beide der Parteien zum Abschluss eines bestimmten Hauptertrages verpflichten.<sup>408</sup> Die Judikatur lässt auch den Abschluss von Vorverträgen, in denen sich die Parteien zum Abschluss weiterer Vorverträge verpflichten, zu.<sup>409</sup> Ein Vorvertrag muss alle wesentlichen Bestimmungen (*essentialia negotii* und *accidentalia negotii*) des zugesagten Hauptvertrages beinhalten.<sup>410</sup> Widrigenfalls ist der Vorvertrag absolut nichtig.<sup>411</sup>

Der Abschlusszeitpunkt des Hauptvertrages muss im Vorvertrag hingegen nicht mehr festgelegt werden.<sup>412</sup> Die Bestimmung der Frist zum Abschluss des Kaufvertrages steht nur derjenigen Vertragspartei zu, die aus dem Vorvertrag dazu berechtigt ist. Haben die Vertragsparteien keinen Abschlusszeitpunkt des Hauptvertrags im Vorvertrag vereinbart, dann muss dieser spätestens innerhalb eines Jahres nach dem Abschluss des Vorvertrages festgelegt werden. Widrigenfalls kann der Abschluss des Hauptvertrags nicht mehr verlangt werden (Art 389 § 2 ZGB).<sup>413</sup>

Auswirkungen des Notariatsaktzwangs beim Liegenschafts Kauf auf Vorverträge, die den Abschluss eines solchen Rechtsgeschäfts begleiten bzw auf diesen vorbereiten, zeigen sich im Detail bei der unterschiedlichen Sanktion der Formmängel. Ohne auf diese Sanktionen an dieser Stelle präzise einzugehen, ist die Rechtsfrage nach Auswirkungen des Notariatsaktzwangs beim Liegenschafts Kauf auf die Form der Vorverträge zu erörtern.

Nach der neuen<sup>414</sup> Rechtsprechung des OG, die von der alten Entscheidungslinie<sup>415</sup> abweicht, besteht grundsätzlich kein Formzwang für Vorverträge als Gültigkeitsvoraussetzung. Diese Rechtsansicht wird auch nunmehr in der Lehre vertreten, sodass Vorverträge über einen Liegenschafts Kauf nach dem Grundsatz der Formfreiheit abgeschlossen werden können.<sup>416</sup>

Der polnische Gesetzgeber hat jedoch im Art 390 § 2 ZGB die Form der Vorverträge an die Sanktion *ad eventum* geknüpft. In der Lehre wird deshalb vom indirekten Formzwang

---

<sup>408</sup> OG 2. 4. 2004, III CK 537/02; LexisNexis Nr 1627837.

<sup>409</sup> OG 28.10.2010, II CSK 219/10, LexisNexis Nr 2412926.

<sup>410</sup> *Brockhuis/Kuźma*, Immobilienwirtschaft in Polen (2010) 16; OG 24. 9. 2003, III CKN 493/01, LexisNexis Nr 4055183.

<sup>411</sup> *Rudnicki*, Umowa przedwstępna i zadatek / Vorvertrag und Angeld, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 3.

<sup>412</sup> Seit der ZGB-Novelle vom 14. 2. 2003, GBl. 2003, Nr 49, Pos 408.

<sup>413</sup> *Bogen/Lakomy*, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 184.

<sup>414</sup> OG 27. 11.2003, III CK 156/02, LexPolonica Nr 2301111.

<sup>415</sup> OG 9. 2. 1946, C.I. 3/46, OSN 1945-1946, Nr I, Pos 29.

<sup>416</sup> *Rudnicki*, Umowa przedwstępna i zadatek / Vorvertrag und Angeld, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 6.

*ad eventum* gesprochen.<sup>417</sup> Demnach entfaltet ein in einer bestimmten Form abgeschlossener Vorvertrag<sup>418</sup> gegenüber einem formfreien Vorvertrag abweichenden Rechtswirkungen.

Entspricht der Vorvertrag beim Liegenschafts Kauf dem Notariatsaktzwang des Hauptvertrags, kann die berechtigte Vertragspartei den Abschluss des Hauptvertrags vor Gericht erfolgreich einklagen. Das rechtskräftige Urteil des Gerichts wirkt rechtsgestaltend und ersetzt die fehlende bzw verweigerte Willenserklärung der anderen Vertragspartei (Art 64 ZGB).<sup>419</sup> Der Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags besteht nicht, wenn der Vorvertrag nicht in Form des Notariatsakts abgeschlossen wurde. Im solchen Fällen steht der Vertragspartei lediglich Schadenersatzanspruch nach den allgemeinen Regeln zu. Deshalb spricht die Lehre<sup>420</sup> und Judikatur<sup>421</sup> von einer sog starken und schwachen Wirkung des Vorvertrags.

Art 390 § 2 ZGB stellt eine gesetzliche Fundierung dar, die es ermöglicht den Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf über den Kaufvertrag hinaus auf Vorverträge zu wirken. Diese Auswirkung zeigt sich in der differenzierten Gestaltung der Rechtsposition berechtigter Vertragsparteien, die den Vorvertrag in Form des Notariatsakts abgeschlossen haben und deshalb ihren Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages gerichtlich durchsetzen können.

Die Differenzierung der Rechtsposition der Vertragsparteien erfolgte zum Schutz vor übereilten Entscheidungen beim Liegenschafts Kauf. Der polnische Gesetzgeber geht davon aus, dass die Gültigkeitsvoraussetzungen des Hauptvertrages auch für den Vorvertrag gelten sollen, aus welchen ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages resultiert. Dadurch können die Funktionen des für den Liegenschafts Kaufvertrag vorgeschriebenen Notariatsaktzwangs auch bei Vorverträgen, die auf den Abschluss eines solchen Kaufvertrages gerichtet sind, vollständig erfüllt werden.<sup>422</sup>

---

<sup>417</sup> *Radwański* in *Radwański*<sup>2</sup> § 10 Rz 13; *Duleba*, PPH 2006/8 51 (53).

<sup>418</sup> Es handelt sich hier um die Einhaltung einer bestimmten Form der Willenserklärungen und keines bestimmten Formzwangs, weil für Vorverträge der Grundsatz der Formfreiheit gilt.

<sup>419</sup> *Bogen/Lakomy*, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 185-186; *Treściński*, *Skutki umowy przedwstępnej / Wirkungen des Vorvertrags*, Prawo Spółek 2002/1, 54 (54).

<sup>420</sup> *Machnikowski* in *Gniewek/Machnikowski*, ZGB<sup>6</sup> Art 390 Rz 5.

<sup>421</sup> AppellG Warszawa (Warschau) 18. 1. 2010, VI SA/Wa 1933/09, Legalis.

<sup>422</sup> *Duleba*, PPH 2006/8 51 (53).

Die Unterlassung der Anknüpfung der Vorvertragsform an den kaufvertraglichen Notariatsaktzwang, könnte zur Umgehung des Notariatsaktzwangs beim Abschluss des eigentlichen Liegenschafts Kaufvertrags führen. Bereits durch Abschluss eines formlosen Vorvertrages entstände ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages. Die Parteien des formlosen Vorvertrages könnten im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens ein rechtsgestaltendes Urteil erwirken und auf diesem Weg das Eigentum an einer Liegenschaft samt einer eintragungsfähigen und den Notariatsakt ersetzenden Urkunde erwerben. Im Endeffekt verlören die Vertragsparteien den Schutz der fachmännischen Rechtsberatung durch den Notar, die jedem Abschluss des Liegenschafts Kaufvertrags vorangeht. Im Rahmen eines Gerichtsverfahrens kann das Gericht zwar eine Manuduktionspflicht gegenüber den Parteien treffen, jedoch ist der Prozessgegenstand etwas anderes als der Beratungsgegenstand bei Vertragsabschluss durch einen Notar. Diese Informations-, Anleitungs-, Belehrungs-, und Aufklärungspflicht des Richters bezieht sich weder auf die Belehrung der Parteien über den Vertragsinhalt noch über die Folgen des privatautonomen Vertragsabschlusses. Durch die Anknüpfung der Vorvertragsform an den kaufvertraglichen Notariatsaktzwang kann die Funktion dieses Formzwangs erfüllt werden.<sup>423</sup>

Die Einhaltung des Formzwangs des Hauptvertrags beim Abschluss des Vorvertrags soll darüber hinaus die Ernsthaftigkeit und die rechtliche Relevanz des Rechtsgeschäftes hervorheben.<sup>424</sup> Die Beweisfunktion der Reichweite des indirekten Formzwangs hat in dieser konkreten Form- und Sanktionskonstruktion sekundäre Bedeutung.

### **3. Vollmachten**

Das polnische Recht kennt neben der Prokura (Art 109<sup>1</sup> ff ZGB) drei Vollmachtarten, eine Generalvollmacht, eine Gattungsvollmacht und eine Spezialvollmacht. Gemäß Art 98 ZGB umfasst die Generalvollmacht die Bevollmächtigung zur Vornahme von Rechtsgeschäften der ordentlichen Geschäftsführung. Zur Vornahme der Rechtsgeschäfte außerordentlicher Geschäftsführung ist eine die Art der Geschäfte bestimmende Vollmacht (Gattungsvollmacht) erforderlich, es sei denn, das Gesetz fordert eine Vollmacht für ein

---

<sup>423</sup> *Duleba*, PPH 2006/8 51 (53).

<sup>424</sup> *Duleba*, PPH 2006/8 51 (53).

bestimmtes Rechtsgeschäft (Spezialvollmacht). Diese Differenzierung spielt in Hinblick auf den Formzwang eine bedeutende Rolle.

Prinzipiell können Vollmachten formfrei erteilt werden.<sup>425</sup> Die Generalvollmacht bedarf bei sonstiger Nichtigkeit einer Schriftform (Art 99 § 2 ZGB). Sofern für ein Rechtsgeschäft ein Formzwang bei sonstiger Nichtigkeit vorgeschrieben wurde, muss auch die Vollmacht in derselben Form erteilt werden (Art 99 § 1 ZGB). Es ist dabei irrelevant, ob der Formzwang für das abzuschließende Rechtsgeschäft gesetzlich vorgeschrieben oder vertraglich vereinbart wurde.<sup>426</sup>

Für den Abschluss eines Liegenschafts Kaufvertrags ist daher die Erteilung einer Spezialvollmacht<sup>427</sup> in Form des Notariatsakts notwendig.<sup>428</sup> Die Spezialvollmacht muss genau den abzuschließenden Kaufvertrag mit der kaufgegenständlichen Liegenschaft bestimmen und die Angaben über den Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer enthalten. Die kaufgegenständliche Liegenschaft ist durch die Anführung ihrer Lage und Grundbuchnummer sowie die Anführung des Katasters zu bestimmen.<sup>429</sup> Eine allfällige Berechtigung zur Substitution der Vollmacht muss in der Urkunde selbst explizit erwähnt werden (Art 106 ZGB).

Art 99 § 1 iVm Art 158 ZGB stellen eine gesetzliche Fundierung für die Erstreckung der Reichweite des beim Liegenschafts Kauf geltenden Notariatsaktzwangs über dieses Rechtsgeschäft hinaus auf die Vollmacht. Diese Erstreckung soll primär den Vollmachtgeber vor Übereilung schützen und sekundär einen Beweis für die erteilte Vollmacht sichern.<sup>430</sup>

## E. Sanktion der Formmängel

Der Formzwang ohne Sanktionen seiner Verletzung wäre eine *lex imperfecta*. Nur durch konkrete Sanktionen bei Formmängeln können die Funktionen des Formzwangs zweckentsprechend verwirklicht und wirksame Schranken der Formfreiheit gesetzt

---

<sup>425</sup> Pazdan in Radwański<sup>2</sup> § 42 Rz 176.

<sup>426</sup> Strzebińczyk in Gniewek/Machnikowski, ZGB<sup>6</sup> Art 99 Rz 3.

<sup>427</sup> OG 23. 8. 2006, III CZP 68/06; OSNC 6/07, Pos 82 = LexisNexis Nr 415607.

<sup>428</sup> Bogen/Lakomy, Polen, in Frank/Wachter<sup>2</sup> Rz 309; OG 4. 10. 1979, III CZP 60/79, OSN 1980, Nr 6, Pos 109.

<sup>429</sup> OG 23. 8. 2006, III CZP 68/06; OSNC 6/07, Pos 82 = LexisNexis Nr 415607.

<sup>430</sup> Vgl Pazdan in Radwański<sup>2</sup> § 42 Rz 208.

werden. Die Sanktionen der Formmängel werden durch die Gesetzgeber unterschiedlich gestaltet und generell bzw konkret mit dem jeweiligen Formzwang verknüpft. Als Beispiele sind hier vor allem die absolute und relative Nichtigkeit, Unklagbarkeit, Rechtsunwirksamkeit Beweisführungsschwierigkeit oder die Modifikation des Vertragsinhalts zu nennen.<sup>431</sup>

Das polnische Recht regelt eine Vielzahl gesetzlicher Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit (Art 60 ZGB), was es im Wesentlichen zu einer sehr formalistischen Rechtsordnung macht.<sup>432</sup> Die wichtigsten Rechtsnormen über den Formzwang sind im allgemeinen Teil des ZGB in Art 73-81 ZGB zu finden. Diese Vorschriften typisierten einerseits die Arten des Formzwangs der Willenserklärungen und andererseits die Sanktionen der Formmängeln. Bereits mit der allfälligen Unterstellung der Rechtsgeschäfte einem bestimmten Formzwang ist die Sanktion seines Mangels generell vorbestimmt. Eine abweichende Festlegung der mit einem konkreten Formmangel zusammenhängenden Sanktion wird durch die Vorschriften des besonderen Teils des ZGB bzw durch andere *lex specialis* normiert.

Der polnische Gesetzgeber teilte zuerst die Formzwangstypen in die einfache Schriftform und in die besonderen Schriftformen auf. Die besonderen Schriftformen untergliedern sich weiter in eine Schriftform mit sicherem Datum, eine Schriftform mit notariell beglaubigten Unterschriften und in den Notariatsakt.<sup>433</sup> Diese Reihenfolge der aufgezählten Formen stellt eine Gradierung des Formzwangs nach dem Kriterium seiner Strenge dar. Jeder strengere Formzwang genügt auch einem weniger strengen Formzwang.<sup>434</sup>

Eine Urkunde, welche die einfache Schriftform erfüllen soll, muss unter dem Text der Willenserklärung eine eigenhändige Unterschrift des Erklärenden beinhalten. Alle besonderen Schriftformen müssen die Anforderungen der einfachen Schriftform erfüllen. Ihre Errichtung erfolgt zusätzlich unter Beziehung einer öffentlichen Urkundenperson.<sup>435</sup> Im Entwurf des neuen ZGB ist nach derzeitigem Stand die Einführung einer weiteren

---

<sup>431</sup> Einen Überblick über potentielle Sanktionen der Formmängel liefert *Heiss*, Formmängel 9 ff.

<sup>432</sup> *Gutowski*, Nieważność czynności prawnej<sup>3</sup> / Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts<sup>3</sup> (2012) 180.

<sup>433</sup> *Radwański* in *Radwański*<sup>2</sup> § 12 Rz 126.

<sup>434</sup> *Sobolewski* in *Osajda*, ZGB I Art 73 Rz 4.

<sup>435</sup> OG 5. 2. 2009, I CSK 325/08; Legalis; Ausnahme: Im Falle des Ableben des Erklärenden, der die Urkunde unterzeichnete, gilt das Datum der Unterzeichnung des Dokuments ab dem Todestag dieser Person als sicheres Datum (Art 81 § 3 ZGB).



Dokumentform (*forma dokumentowa*) vorgesehen, die viele Ähnlichkeiten mit der deutschen Textform iSd § 126b BGB aufweist.<sup>436</sup>

Die Sanktionen bei Formmängel wurden im polnischen Recht durch den Gesetzgeber in drei Typen aufgeteilt, dh in die Sanktion *ad solemnitatem*, die Sanktion *ad probationem* und die Sanktion *ad eventum*.<sup>437</sup> Die Lehre differenziert noch weiter und spricht noch von einem Sanktionstypus *ad intabulationem*, die eine Art der Sanktion *ad eventum* darstellt.<sup>438</sup>

Als Sanktion *ad solemnitatem* wird im polnischen Recht die Nichtigkeitssanktion bezeichnet.<sup>439</sup> Sie ist die strengste unter den Sanktionstypen der Formmängel und wird durch den Gesetzgeber bzw Judikatur als *ultima ratio* nur dann angewendet, wenn andere Sanktionstypen den angestrebten Formzweck nicht ausreichend verwirklichen können.<sup>440</sup> Die Nichtigkeit führt *ex lege* zur rückwirkenden Aufhebung der rechtlichen Existenz des Rechtsgeschäfts. Das polnische Recht differenziert nicht zwischen der absoluten und relativen Nichtigkeit. Die Erste ist *ex lege* zu berücksichtigenden. Die Zweite ist hingegen einredeweise geltend zu machen.<sup>441</sup> Beide sind stets von der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu unterscheiden, die nur hinsichtlich eines gültig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts eintreten kann.<sup>442</sup>

Die Sanktion *ad probationem*, welche dem deutschen Rechtskreis unbekannt ist, wurde aus dem französischen Recht in das polnische Recht rezipiert.<sup>443</sup> Der Sanktionstypus bedroht keinesfalls die rechtliche Existenz der Rechtsgeschäfte, sondern führt zu Beweiserschwernissen im Gerichtsverfahren. Sie untersagt die Partei- und Zeugenvernehmung zum Beweisthema des Vertragsabschlusses und des Vertragsinhalts, was bei fehlender Urkunden den Prozessausgang massiv bestimmen kann. Sie hat keinen absoluten Charakter und ist erst auf Einrede der Prozesspartei durch das Gericht zu berücksichtigen.<sup>444</sup> Die Auswirkung dieser Sanktion wurde durch drei Ausnahmen des Art 74 § 2 reduziert. Erstens ist die Partei- und Zeugenvernehmung zulässig, wenn beide

---

<sup>436</sup> ME ZGB AT 2008 Erläut 113, [www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/\\_public/bip/kkpc/ksiega.rtf](http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kkpc/ksiega.rtf) (Stand 28. 3. 2015).

<sup>437</sup> Radwański in Radwański<sup>2</sup> § 12 Rz 129.

<sup>438</sup> Duleba, PPH 2006/8 51 (53).

<sup>439</sup> Gutowski, Nichtigkeit<sup>3</sup> 181.

<sup>440</sup> Radwański in Radwański<sup>2</sup> § 11 Rz 83 f.

<sup>441</sup> Heiss, Formmängel 87 ff.

<sup>442</sup> Górecki, Form 38.

<sup>443</sup> Kühn, Development of Comparative Law in Central and Eastern Europe, in Reimann/Zimmermann 217 f.

<sup>444</sup> Radwański in Radwański<sup>2</sup> § 11 Rz 60-70.

Parteien hierzu ihre Zustimmung erteilen, wobei die Stellung eines Beweisantrags auf Partei- oder Zeugeneinvernahme als eine solche Zustimmung qualifiziert wird.<sup>445</sup> Zweitens ist die Partei- und Zeugenvernehmung zulässig, wenn ein Konsument dies in einem Prozess mit einem Unternehmer verlangt. Drittens ist diese Beweisführung auch dann möglich, wenn der Abschluss des Rechtsgeschäfts mittels eines Schriftstücks, z. B. einer Rechnung oder eines Einzahlungsbelegs,<sup>446</sup> glaubhaft gemacht wird. Das Schriftstück kann auch von einem Dritten stammen.<sup>447</sup> Gemäß Art 74 § 3 ZGB findet diese Sanktion keine Anwendung auf Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmen.

Im Entwurf des neuen ZGB wird eine ersatzlose Abschaffung dieser Sanktion, die vor allem bei der Verletzung der zwingenden einfachen Schriftform von Bedeutung ist, geplant. Nach den durch das Justizministerium im Grünbuch zum neuen ZGB erhobenen Argumenten formalisiere diese Sanktion den Rechtsverkehr unnötig und schränke die freie Beweiswürdigung der Gerichte ein.<sup>448</sup>

Die Sanktion *ad eventum* wirkt sich nicht auf die Existenz des Rechtsgeschäfts aus, sondern auf dessen Inhalt. Das formwidrig abgeschlossene Rechtsgeschäft kommt wirksam zu Stande. Sein Inhalt bzw die aus ihm resultierenden Ansprüche werden durch eine Modifizierung der Rechte von Vertragsparteien geregelt, welche abweichend gegenüber jenen sind, die bei Einhaltung des vorgeschriebenen Formzwangs gegolten hätten.<sup>449</sup> Durch die Formverletzung wird den Parteien die Möglichkeit entzogen, sich auf bestimmte Rechte bzw Ansprüche aus dem Vertrag zu berufen.<sup>450</sup> Die Sanktion *ad intabulationem*, als eine Art der Sanktion *ad eventum*, führt wegen des Formmangels dazu, dass eine von Vertragsparteien gewollte Eintragung in das Grundbuchregister nicht vorgenommen werden kann. Eintragungen in das Grundbuchregister können gemäß Art 31 Abs 1 GbHypG nur aufgrund eintragungsfähiger Urkunden erfolgen. Zu diesen Urkunden zählen grundsätzlich nur jene, die in einer Schriftform mit notariell beglaubigten Unterschriften verfasst wurden, es sei denn, die *lex specialis* sehen einen anderen Formzwang – wie zB beim Liegenschafts Kauf den Notariatsaktzwang – vor.<sup>451</sup>

---

<sup>445</sup> OG 29. 3. 2000, I CKN 562/98, OSN 2000, Nr 9, Pos 174.

<sup>446</sup> OG 29. 9. 2004, II CK 527/03, Legalis.

<sup>447</sup> Z. B. Presseartikel, Computerausdruck, Brief; OG 8. 5. 2001, IV CKN 290/00; OSNC 2002, Nr 1, Pos 9.

<sup>448</sup> Radwański (Hrsg), Zielona Księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej / Grünbuch – eine optimale Vision des Zivilgesetzbuches der Republik Polen (2006) 53.

<sup>449</sup> AppellG Warszawa (Warschau) 18. 1. 2010, VI SA/Wa 1933/09, Legalis.

<sup>450</sup> Motyka-Mojkowski, Polnisches Zivilrecht AT, Band I (2010) Rz 264.

<sup>451</sup> Duleba, PPH 2006/8 51 (53).

Das formelle Rechtsdenken steht im polnischen Recht in einem engen inneren Zusammenhang mit dem Sanktionstypus. Für die Anknüpfung der typisierten Formen der Willenserklärungen mit den Sanktionen ihrer Mängel gelten im polnischen Recht gemäß Art 73 ZGB nachstehende Grundsätze. Die einfache Schriftform wird grundsätzlich bei sonstiger Sanktion *ad probationem* im Gesetz vorgeschrieben. Sie gilt deswegen nur dann, wenn der Gesetzgeber in der Rechtsnorm keinen Sanktionstypus der Formmängel ausdrücklich festgelegt hat. Sollen die Formmängel anders sanktioniert werden, dann muss der Gesetzgeber die entsprechende Sanktion (*ad solemnitatem* oder *ad eventum*) in der Vorschrift *lex specialis* explizit nennen.<sup>452</sup> Die Verletzung des Formzwangs einer der besonderen Schriftformen ist grundsätzlich mit der Nichtigkeitssanktion belastet, es sei denn, der Gesetzgeber sieht ausdrücklich in der Formvorschrift die Sanktion *ad eventum* vor (Art 73 § 2 ZGB).<sup>453</sup>

## 1. Bei Kaufverträgen

Gemäß Art 158 ZGB muss ein zur Eigentumsübertragung verpflichtender Vertrag in Form eines Notariatsakts abgeschlossen werden. Derselbe Formzwang gilt für einen Eigentumsübertragungsvertrag, der in Erfüllung einer bereits bestehenden Verpflichtung zur Übertragung des Liegenschaftseigentums abgeschlossen wird. Diese Verpflichtung muss im Notariatsakt ausdrücklich genannt werden.

Die allfälligen Formmängel sind mit der absoluten Nichtigkeit des jeweiligen Vertrags sanktioniert. Dabei handelt es sich um eine Gesamtnichtigkeit.<sup>454</sup> Die Heilung eines Formmangels ist ausgeschlossen.<sup>455</sup> Dieser strenge Formzwang dient den bereits behandelten Formzwecken.

## 2. Bei Vorverträgen

Der polnische Gesetzgeber sah für Vorverträge einen indirekten Formzwang *ad eventum* vor, so dass die Nichteinhaltung des hauptvertraglichen Formzwangs beim Vorvertrag weder zu seiner Nichtigkeit (Sanktion *ad solemnitatem*) noch zu Beweisschwierigkeiten

---

<sup>452</sup> AppellG Łódź (Lodsch) 14. 3. 1996, I ACr 62/95: Prawo Gospodarcze 1996 Nr 8, 61 (61-66).

<sup>453</sup> OG 26. 9. 2008, V CSK 91/08; OSNC A/09, Pos 24; Rudnicki in Dmowski/Rudnicki ZGB I<sup>10</sup> Art 73 Rz 4.

<sup>454</sup> Motyka-Mojkowski, Poln ZivilR I Rz 263; Rudnicki in Dmowski/Rudnicki ZGB I<sup>10</sup> Art 73 Rz 4ff.

<sup>455</sup> Bogen/Lakomy, Polen, in Frank/Wachter<sup>2</sup> Rz 189.

(Sanktion *ad probationem*) führen muss (Art 390 § 2 ZGB). Diese Sanktion *ad eventum* hat keinen einheitlichen Inhalt, sondern ist eher ein Sammelbegriff für alle Sanktionstypen, die durch besondere Rechtsnormen vorgeschrieben sind – anders als Nichtigkeitssanktion und Sanktion *ad probationem*.<sup>456</sup>

Beim Abschluss eines Vorvertrags über den künftigen Liegenschafts Kauf wirkt sich die Einhaltung des hauptvertraglichen Notariatszwangs auf die aus dem Vorvertrag resultierenden Ansprüche aus.

Infolge der Einhaltung dieses hauptvertraglichen Formzwangs entfaltet der Vorvertrag die sog starke Wirkung und berechtigt die Vertragspartei im Falle des verweigeren Abschlusses des gegenständlichen Kaufvertrags zur alternativen Geltendmachung von zwei Ansprüchen.<sup>457</sup> Einerseits kann der Abschluss des zugesagten Kaufvertrags gerichtlich durch ein konstitutiv<sup>458</sup> wirkendes Urteil durchgesetzt werden,<sup>459</sup> andererseits kann die Vertragspartei einen Schadenersatz in Höhe des negativen Interesses von der vertragsbrüchigen Partei verlangen.<sup>460</sup> Die gleichzeitige Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs und des Sachenersatzanspruchs ist unzulässig.<sup>461</sup> Die berechtigte Vertragspartei kann nur in Fällen des Verzugs<sup>462</sup> oder der von der anderen Partei zu vertretenden Unmöglichkeit<sup>463</sup> die Vertragserfüllung und einen Schadenersatz geltend machen. In solchen Fälle wäre der gesamte Schaden (*damnum emergens* und *lucrum cessans*) zu ersetzen.

Die sog schwache Wirkung des Vorvertrages tritt dann ein, wenn der Vorvertrag nicht in Form des Notariatsaktes abgeschlossen wird. In solchen Fällen entfällt der Erfüllungsanspruch. Die berechtigte Vertragspartei kann wegen Verweigerung des Kaufvertragsabschlusses einen Schadenersatz in Höhe des negativen Interesses geltend machen.<sup>464</sup>

---

<sup>456</sup> Radwański in Radwański<sup>2</sup> § 11 Rz 100.

<sup>457</sup> OG 28. 10. 1997, I CKN 390/97 und OG 24. 3. 1998, I CKN 562/97; LexisNexis Nr 345519.

<sup>458</sup> OG 7. 1. 1967, III CZP 32/66, OSN CP 1968, Nr 12, Pos 199 (2. Tese *in fine*).

<sup>459</sup> OG 19. 9. 2002, II CKN 930/00; Legalis; Popiołek in Osajda, ZGB I Art 390 Rz 10.

<sup>460</sup> OG 9. 5. 2001, II CKN 440/00; OSN 2001, Nr 12, Pos 185.

<sup>461</sup> Popiołek in Osajda, ZGB I Art 390 Rz 12.

<sup>462</sup> Żuławska in Bieniek ua Art 390 Rz 4.

<sup>463</sup> Machnikowski in in Gniewek/Machnikowski, ZGB<sup>6</sup> Art 390 Rz 5.

<sup>464</sup> OG 24. 3. 1998, I CKN 562/97; Legalis; Treściński, Prawo Spółek 2002/1, 54 (55).

### 3. Bei Vollmachten

Spezialvollmachten, die zum Abschluss eines Liegenschafts Kaufvertrags oder eines Eigentumsübertragungsvertrags iSd Art 158 ZGB müssen gemäß Art 73 § 2 iVm Art 99 § 1 ZGB in Form des Notariatsakts abgeschlossen werden.

Die Formverletzung führt nicht zur Nichtigkeit des formgemäß abgeschlossenen Kaufvertrags, der in dem Fall schwebend unwirksam ist. Die Nichtigkeitssanktion des Art 73 § 2 iVm Art 99 § 1 ZGB trifft ausschließlich die Spezialvollmacht.<sup>465</sup> Der Vollmachtnehmer wird zum *falsus procurator* (Art 103 ZGB). Der Vollmachtgeber ist zur Bestätigung des abgeschlossenen Kaufvertrags berechtigt, was der Gesetzgeber zum Schutz des Vollmachtgebers vorsah.<sup>466</sup>

### F. Reformpläne im Entwurf des neuen polnischen ZGB

Vor mehr als 50 Jahren, am 1. 1. 1965, trat das geltende ZGB in Kraft. Seine Systematik stützt sich auf das Pandektensystem und regelt in nur 1088 Artikel die gesamte Materie, die in vier Bücher aufgeteilt wurde: in den allgemeinen Teil, in das Sachenrecht, das Schuldrecht und das Erbrecht. Das ZGB zeichnet sich durch abstrakte, sorgfältige sprachliche Formulierungen aus, die insb frei von überflüssiger Kasuistik ist.<sup>467</sup> Es entstand im Rahmen der in Jahren 1956-1964 begonnen Reform des damals sozialistischen Polens.<sup>468</sup>

Das Familienrecht wurde aus dem ZGB ausgegliedert und in einem gesonderten Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch kodifiziert.<sup>469</sup> Dies entsprach der sowjetischen Rechtslehre, nach welcher Familienverhältnisse – im Gegensatz zu den im ZGB geregelten Rechtsverhältnissen vermögensrechtlicher Natur – einen immateriellen Charakter hatten.<sup>470</sup>

---

<sup>465</sup> AppellG Gdańsk (Danzig) 15. 5. 1991, ACr 153/91; OSAiSN 1991, Nr 2, 28 (28, 31).

<sup>466</sup> Rudnicki in Dmowski/Rudnicki, ZGB I<sup>10</sup> Art 99 Rz 1.

<sup>467</sup> Poczobut, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in Welser 128.

<sup>468</sup> Pisuliński, Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – zwischen Tradition und den Entwürfen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in Europa, in Welser (2013) 101-102.

<sup>469</sup> Mączyński, Die Entwicklung und Reformpläne des polnischen Privatrechts, in Welser 115-116.

<sup>470</sup> Pisuliński, Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – zwischen Tradition und den Entwürfen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in Europa, in Welser (2013) 101-102.

Auch andere Regelungsbereiche, wie zB Hypothek und Grundbuchregister, wurden außerhalb des ZGB in Nebengesetzen normiert, was ebenfalls auf ideologische Ursachen (wie die Abschaffung des Privateigentums an Liegenschaften) zurückzuführen ist.<sup>471</sup>

Historisch gesehen war die legislative Vorgehensweise des Gesetzgebers vor allem auf die drei nachstehende Ziele gerichtet. Erstens beabsichtigte der Gesetzgeber die Sicherung einer relativen Stabilität des ZGB durch Ausgliederung jener Institutionen, „die von noch nicht überprüfter gesellschaftlicher Brauchbarkeit waren“.<sup>472</sup> Zweitens sollte das ZGB eine bündige Kodifikation darstellen und nur die wichtigsten Institutionen unter gesellschaftlichen und systempolitischen Gesichtspunkten normieren.<sup>473</sup> Wichtig sei auch die praktische legislatorische Leitlinie gewesen, nach der die Technik der Komplexgesetze aus verschiedenen Rechtsgebieten in vielen Bereichen Anwendung finden sollte, wohin das ZGB nur zivilrechtliche Normen enthalten habe.<sup>474</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das ZGB nach dem Jahr 1989 mehr als 50-mal novelliert wurde, wodurch sich seine ursprüngliche Fassung von der aktuellen stark unterscheidet. Im Laufe der Zeit wurden neue Institutionen (zB Leasingvertrag, Prokura) eingeführt und manche von den bestehenden Institutionen (zB Lagervertrag) gründlich reformiert. Infolge der Rechtsentwicklung wurden einige Institutionen (zB Raumeigentum und Wohnungseigentum) in separate Nebengesetze ausgegliedert.<sup>475</sup> Durch die zahlreichen sowie tiefgreifenden Umstrukturierungen und Reformen befinden sich die Vorschriften über wichtige Institutionen des Sachenrechts wie zB Grundbuchregister, Hypothek, Registerpfand, Raumeigentum, außerhalb des ZGB, was letztendlich zum Einwand der fehlenden Kohäsion dieser Kodifikation führte.<sup>476</sup>

## 1. Vom Bedarf eines neuen ZGB

---

<sup>471</sup> *Pisuliński*, Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – zwischen Tradition und den Entwürfen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in Europa, in *Welser* (2013) 101-102.

<sup>472</sup> *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 127.

<sup>473</sup> *Saffjan* in *Saffjan*<sup>2</sup> § 4 Rz 17.

<sup>474</sup> *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 128.

<sup>475</sup> *Maczyński*, Die Entwicklung und Reformpläne des polnischen Privatrechts, in *Welser* 118-119.

<sup>476</sup> *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 136.

Am Ende ihrer Amtsperiode 2002-2006 legte die beim Justizminister eingerichtete Kodifikationskommission für Zivilrecht unter dem Vorsitz von *Radwański* „eine optimale Vision des Zivilgesetzbuches der Republik Polen“ vor, die als „Grünbuch“ bezeichnet wurde. Dieses Grünbuch sollte die Entscheidung ermöglichen, ob das geltende ZGB durch weitere punktuelle Novellierungen geändert, oder ob ein Entwurf eines neuen ZGB vorbereitet werden sollte.<sup>477</sup> Es wurden nicht nur durch die Kodifikationskommission, sondern auch durch Experten seitens der Wissenschaft und Praxis und unter der Mitwirkung niederländischer Spezialisten ausgearbeitet.<sup>478</sup> Das Grünbuch stellt keinen Gesetzesentwurf, sondern die Präsentation eines rechtsdogmatischen Rahmens für ein neues ZGB dar.

Im Hintergrund dieses legislativen Großprojekts standen mehrere Kritikpunkte, die als Begründung für die Hauptthese des bestehenden Bedarfs einer neuen Kodifikation dienen. Die im Grünbuch enthaltenen Konstatierungen weisen auf die zahlreichen Novellierungen und auf die in ihrer Folge beträchtlich geschwächte Kohäsion des geltenden ZGB, das sogar die Grenze seiner Änderungsfähigkeit erreicht haben sollte.<sup>479</sup> Das ZGB soll eine komplexe Regelung und ein Fundament der zivilrechtlichen Gesetzgebung darstellen,<sup>480</sup> obwohl es verfassungsrechtlich ein einfaches Gesetz, dh im selben Rang wie die Nebengesetze, steht.<sup>481</sup> Derzeit stellt das ZGB nur einen partikulären Rechtsakt des Zivilrechts dar. Darüber hinaus ist es durch die Überreste des sozialistischen Systems belastet, weil seine Anpassung auf die Bedürfnisse der aktuellen Rechts- und Wirtschaftsordnung nur punktuell erfolgte.<sup>482</sup>

Laut den Autoren des Grünbuchs gaben drei sozialpolitische Ereignisse in Polen einen zusätzlichen Anlass für dieses legislative Vorhaben. An erster Stelle wird die Verabschiedung der Verfassung der RP 1997 genannt, deren Bestimmungen sich auf das Zivilrecht durch die Rechtsprechung des VfGH wesentlich auswirken. An zweiter Stelle wird der Beitritt Polens zur Europäischen Union und infolge dessen zu *acquis*

---

<sup>477</sup> *Mączyński*, Die Entwicklung und Reformpläne des polnischen Privatrechts, in *Welser* 119.

<sup>478</sup> *Radwański*, Zielona Księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej / Grünbuch – eine optimale Vision des Zivilgesetzbuches der Republik Polen (2006) 205 ff.

<sup>479</sup> *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 136.

<sup>480</sup> *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 127.

<sup>481</sup> pIVfGH 18.10.1994, K 2/94; OTK 1994, Teil II, Pos 36.

<sup>482</sup> *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 128-136.

*communautaire* erwähnt. Drittens nennen die Autoren die intensiven Veränderungen der letzten 15 Jahre im Wirtschaftsverkehr, welche auf die technische Entwicklung, vor allem im Bereich der Telekommunikation, Produktion und des Transports, zurückzuführen sind.<sup>483</sup>

Im Konnex zum letzten Punkt wird behauptet, das geltende ZGB sei veraltet und entspreche deshalb nicht den Erfordernissen der modernen Marktwirtschaft.<sup>484</sup> Es besteht daher ein Bedarf nach einer modernen Kodifikation, die das gesamte Zivilrecht Polens komplex normiert. In diesem Zusammenhang wird das Postulat der monistischen Konzeption des polnischen Zivilrechts, die keine separate Kodifikation des Unternehmensrechts vorsieht, bekräftigt.<sup>485</sup> Das neue ZGB soll einerseits die (beiderseitig) unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfte regeln und andererseits den Konsumenten bei Verbrauchergeschäften einen angemessenen Schutz gewähren.<sup>486</sup> Im Grünbuch wurden ferner Postulate für die Konsolidierung des polnischen Privatrechts durch die Einbeziehung des Familienrechts und teilweise des Sachenrechts in das neue ZGB sowie der Modernisierung und Ergänzung des „ziemlich veralteten“ allgemeinen Teils des ZGB aufgestellt.<sup>487</sup>

Der Vorsitzende der Kodifikationskommission *Radwański* kündigte die Schaffung des neuen ZGB in vier Jahren an.<sup>488</sup> Nach zwei Jahren, im Oktober 2008, war erst der Entwurf zum allgemeinen Teil des ZGB samt Erläuterungen fertig.<sup>489</sup> Die Kodifizierungsarbeiten sprengten den ursprünglich geplanten Zeitrahmen. Als Ursachen dieser Verzögerung nannte *Radwański* einerseits die tiefgreifenden Änderungsvorschläge. Andererseits stoßen die Legislativarbeiten auf Widerstände aus der Praxis und Teils auch aus der Lehre.<sup>490</sup>

---

<sup>483</sup> *Radwański*, Grünbuch 54 ff.

<sup>484</sup> *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 136.

<sup>485</sup> Die Förderung dieser Konzeption wurde durch die Kodifikationen solcher Staaten wie die Schweiz, Italien und die Niederlande, aber auch die Russische Föderation, Ungarn sowie auch durch die ZGB-Entwürfe in Tschechien und der Slowakei, inspiriert; Vgl. *Radwański*, Grünbuch 28; *Pisuliński*, Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – zwischen Tradition und den Entwürfen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in Europa, in *Welser* (2013) 101-102.

<sup>486</sup> *Radwański*, Grünbuch 26 ff.

<sup>487</sup> *Radwański*, Grünbuch 29-33 und 37-62 und 73-83,

<sup>488</sup> *Maczyński*, Die Entwicklung und Reformpläne des polnischen Privatrechts, in *Welser* 121-122.

<sup>489</sup> ME ZGB AT 2008 Erläut, [www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/\\_public/bip/kkpc/ksiega.rtf](http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kkpc/ksiega.rtf) (abgefragt 25. 8. 2015).

<sup>490</sup> *Domagalski*, Presseinterview mit *Zbigniew Radwański* vom 22.03.2010 in der Tageszeitung *Rzeczpospolita*, [www.rp.pl/artukul/450390.html](http://www.rp.pl/artukul/450390.html) (abgefragt am 25. 8. 2015).



Vor allem kam die Kritik seitens der Richter der Zivilkammer des Obersten Gerichts.<sup>491</sup> Im Hintergrund dieser Kritik stand vor allem eine ideologische und soziologische Betrachtung der Höchstrichter, die den Bedarf an einem neuen ZGB in Frage stellten. Die Höchstrichter hoben vor allem hervor, dass das geltende ZGB sich auf die polnische Rechtstradition stütze und dass es eine bestimmte Kontinuität im Privatrecht gewähre. Es stelle eines der nationalen Identitätsmerkmale des polnischen Rechtssystems dar. Unter Bezug auf die jahrhundertlange Rechtstradition der großen Kodizes (frCC, ABGB und BGB) argumentierten die Höchstrichter weiter, dass das Fortbestehen einer grundlegenden Kodifikation *per se* die Sicherheit in gesellschaftlicher Rechts- und Wirtschaftsordnung fördert; dies unabhängig von ihrer Anpassung auf laufende Bedürfnisse. Es wurde ferner betont, dass die Struktur und Sprache des ZGB im Wesentlichen nicht von westeuropäischen Kodifikationen abweicht.<sup>492</sup>

Auch in der Lehre haben sich immer stärker Zweifel an dem Bedarf eines neuen ZGB verbreitet.<sup>493</sup> Ihre Vertreter bestätigen die Richtigkeit der Bewertung der Hauptthesen des Grundbuchregisters. Sie sind jedoch mit ihren Schlussfolgerungen nicht einverstanden,<sup>494</sup> was *Poczobut* sehr prägnant mit den Worten: „richtige Diagnose, falsche Kur“ zum Ausdruck gebracht hat.<sup>495</sup> Im Rahmen ihrer konstruktiven Kritik weist die Lehre daraufhin, dass die strategischen Ziele des neuen ZGB auf dem richtigen Weg sind eine legislative Technik zu erreichen, die der vom deutschen Gesetzgeber bei der Schuldrechtmodernisierungsreform 2002 angewendeten Methode ähnlich sein soll. Bei der umfassenden Reform sollen die bestehenden Paragraphen des ZGB redaktionell erhalten bleiben, es soll ihnen aber einen neuen, modernen Inhalt gegeben werden.<sup>496</sup>

---

<sup>491</sup> Projekt Kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, Sprawozdanie z dyskusji przeprowadzonej w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego / Entwurf des Zivilgesetzbuches, Erstes Buch, Bericht über Diskussion in der Zivilkammer des Obersten Gerichts, *Przeгляд Sądowy*, 2010/2, 104 (104 ff).

<sup>492</sup> Zum Ganzen: Bericht über Diskussion in der Zivilkammer des Obersten Gerichts, *Przeгляд Sądowy*, 2010/2, 104 (104).

<sup>493</sup> *Mączyński*, Die Entwicklung und Reformpläne des polnischen Privatrechts, in *Welser* 122 ff.; *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 136-137; *Pisuliński*, Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – zwischen Tradition und den Entwürfen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in Europa, in *Welser* (2013) 101-102.

<sup>494</sup> *Mączyński*, Die Entwicklung und Reformpläne des polnischen Privatrechts, in *Welser* 122.

<sup>495</sup> *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 137.

<sup>496</sup> *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 138.

## 2. Zur aktuellen Entwicklung legislativer Arbeiten

Nach dem Tod von *Radwański* im Jahr 2012 setzte die Kodifikationskommission ihre Arbeiten unter der Leitung des *Tadeusz Ereciński* fort. Dem Arbeitsbericht der Kommission für die Amtszeit 2011-2015 ist zu entnehmen, dass sie aktuell die Legislativarbeiten am Entwurf des ZGB intensiviert. Nach der Bearbeitung des Schuldrechts AT wird derzeit in Expertengruppen am Sachenrecht, am Schuldrecht BT und am Erbrecht gearbeitet.<sup>497</sup>

## 3. Reformpläne im Liegenschafts Kauf

Nach den rechtsdogmatischen Umrissen des neuen ZGB im Grünbuch sind wesentliche konzeptionelle Änderungen im Sachenrecht und im Bereich des Liegenschaftsverkehrs zu erwarten.

Das Eigentum soll unter der Berücksichtigung des grundrechtlichen Verfassungsschutzes neu definiert werden.<sup>498</sup> Die mittels Generalklausel eingeführten Schranken werden dahingehend modernisiert, dass die Klausel der Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens durch die Klausel der „guten Sitten“ ersetzt wird. Die Generalklausel der sozio-ökonomischen Rechtsbestimmung soll ersatzlos aufgehoben werden.<sup>499</sup>

Die Regelungen über das Raumeigentum sollen in das neue ZGB aufgenommen werden,<sup>500</sup> genauso wie die materiellen Vorschriften des Grundbuchrechts. Das GbHypG wird danach künftig nur verfahrensrechtliche Aspekte regeln.<sup>501</sup>

Zu einer der wichtigsten Änderungen im Sachenrecht zählt die Einführung eines konstitutiven Eintragungsgrundsatzes bei der Übertragung des Eigentums an Liegenschaften. Diese Änderung des Eigentumsübertragungssystems stellt nach den

---

<sup>497</sup> *Zegadło*, Arbeitsbericht des Kodifizierungsausschusses für Zivilrecht für die Amtszeit 2011-2015, [http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/\\_public/kkpc/projekty-koncowe/sprawozdanie-kkpc-2011-2015.pdf](http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/kkpc/projekty-koncowe/sprawozdanie-kkpc-2011-2015.pdf) (abgefragt am 25. 8. 2015).

<sup>498</sup> *Radwański*, Grünbuch 66.

<sup>499</sup> *Radwański*, Grünbuch 66; *Poczobut*, Geschichtlicher Hintergrund, heutiger Stand und Perspektiven des polnischen Privatrechts in *Welser* 136.

<sup>500</sup> *Radwański*, Grünbuch 67; *Maczyński*, Die Entwicklung und Reformpläne des polnischen Privatrechts, in *Welser* 121.

<sup>501</sup> *Bieniek*, Zagadnienia prawa rzeczowego / Problematik des Sachenrechts, in *Wróbel* 15.

Autoren des Grünbuchs eine Bedingung *sine qua non* des sicheren Liegenschaftsverkehrs dar.<sup>502</sup>

Die bereits behandelten Funktionen eines polnischen Grundbuchsystems waren nach Meinung der Autoren des Grünbuchs nicht vollständig verwirklicht, was im Wesentlichen auf drei Gründe zurückzuführen ist. Erstens waren die Kosten grundbücherlicher Eintragung sehr hoch. Zweitens dauerten die Grundbuchverfahren zu lange. Drittens gab es und gibt es weiterhin keine Offenlegungspflicht des Eigentümerwechsels in der Grundbuchseinlage, was die Glaubwürdigkeit des Grundbuchregisters reduziert.<sup>503</sup>

Die erste Hürde wurde durch die Einführung niedriger Pauschalgebühren in Grundbuchverfahren beseitigt. Die zweite Hürde, über welche sich vor allem Unternehmer beschwerten, sollte durch eine bessere Gerichtsorganisation und durch die Einführung des EDV-Grundbuchregisters demnächst überwunden werden. Die Beseitigung der dritten Hürde ist vor allem für die Rechtssicherheit im Liegenschaftsverkehr von großer Relevanz. Sie kann am besten durch die Einführung einer konstitutiv wirkenden Eintragung des Eigentums in das Grundbuchregister erreicht werden. Die ideologischen Aspekte, die während des Sozialismus gegen die Institution des Grundbuchregisters, wie die Abschaffung des Privateigentums, sprachen, sind heute längst obsolet. Die Einführung des EDV-Grundbuchregisters entkräftet auch die bisherigen Argumente für einen nur deklarativ wirkenden Eintragungsgrundsatz beim Liegenschafts Kauf, weil der allgemeine Zugriff via Internet auf den grundbücherlichen Datenbestand nun möglich ist, was die Publizitätsfunktion des Grundbuchregisters besser verwirklicht.<sup>504</sup>

Die Gegenstimmen in der Lehre weisen auf das Fehlen eines flächendeckenden Grundbuchsystems hin.<sup>505</sup> Die Einführung einer konstitutiv wirkenden Eintragung des Eigentums in das Grundbuchregister würde außerdem zum Wechsel des gesamten Systems des Eigentumserwerbs führen, weil man dadurch den romanischen Grundsatz der doppel funktionellen Wirkung des Kaufvertrags beseitigt. Dieser Teil der Lehre argumentiert ferner, dass es nicht zweckmäßig sei, die jahrzehntelange Gewohnheit und Praxis zu ändern. Die Rechtssicherheit im Liegenschaftsverkehr könnte unter Beibehaltung

---

<sup>502</sup> Radwański, Grünbuch 64; Mączyński, Die Entwicklung und Reformpläne des polnischen Privatrechts, in Welser 121.

<sup>503</sup> Radwański, Grünbuch 64.

<sup>504</sup> Radwański, Grünbuch 64-65.

<sup>505</sup> Vgl. Kuropatwiński, Die Bedeutung der Eintragung 13 ff, vor allem FN 160 (abgefragt am 26. 8. 2015).

der deklarativ wirkenden Eintragung des Eigentums in das Grundbuchregister durch eine obligatorische Vorbemerkung der Kauftransaktion vom Notar gewährleistet werden. In dem Fall sollte der Notar verpflichtet werden, diese Vormerkung binnen 15 Minuten nach Abschluss des Kaufvertrags über den elektronischen Rechtsverkehr beim EDV-Grundbuchregister zwingend vornehmen.<sup>506</sup>

Hinsichtlich des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf ist nach den rechtsdogmatischen Rahmen für den neuen ZGB keine Liberalisierung zu entnehmen, obwohl die postulierte Einführung des konstitutiven Eintragungsgrundsatzes mE einen sehr guten Anlass zur Reduzierung seiner Strenge auf eine Schriftform mit beglaubigten Unterschriften gibt.

Der ausgearbeitete Entwurf des allgemeinen Teils enthält im Art 112 eine allgemeine Vorschrift über die Form des Notariatsakt. Nach dieser Rechtsnorm muss eine Willenserklärung in einer vom Notar errichteten Urkunde nach Sondervorschriften beurkundet werden, damit die Form des Notariatsakts erfüllt werden kann.<sup>507</sup> Eine vom Notariatsaktzwang iSd Art 158 ZGB allfällig abweichende Gestaltung des Formzwangs im neuen ZGB erfolgt im Entwurf des Sachenrechts, an dem aktuell die Legislativarbeiten geführt werden.<sup>508</sup>

### **III. Der Formzwang beim Liegenschafts Kauf nach österreichischem Recht**

#### **A. Liegenschafts Kauf und Eigentumserwerb**

Die im österreichischen Recht geltende Lehre von *titulus et modus* splittert den Eigentumserwerbvorgang bei Liegenschaften in zwei Rechtsakte, nämlich in den Abschluss des Kaufvertrags und die Einverleibung des Eigentums in das Grundbuch.<sup>509</sup> Im Gegensatz zu der im polnischen Recht grundsätzlich geltenden Konstruktion iSd Einheits- bzw Konsensualprinzip fallen im österreichischen Recht der Zeitpunkt des

---

<sup>506</sup> *Kuropatwiński*, Die Bedeutung der Eintragung 15-17 (abgefragt am 26. 8. 2015).

<sup>507</sup> ME ZGB AT 2008 114, [www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/\\_public/bip/kkpc/ksiega.rtf](http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kkpc/ksiega.rtf) (abgefragt 25. 8. 2015).

<sup>508</sup> *Zegadlo*, Arbeitsbericht des Kodifizierungsausschusses für Zivilrecht für die Amtszeit 2011-2015, [http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/\\_public/kkpc/projekty-koncowe/sprawozdanie-kkpc-2011-2015.pdf](http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/kkpc/projekty-koncowe/sprawozdanie-kkpc-2011-2015.pdf) (abgefragt am 25. 8. 2015).

<sup>509</sup> Vgl *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 380 Rz 1 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at); *Eccher/Riss* in *KBB*<sup>4</sup> § 380 Rz 1.

Vertragsabschlusses und der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs auseinander (Trennungsprinzip), was zusätzlich neue Fragen nach der Rechtsgrundabhängigkeit liegenschaftsrechtlicher Verfügungen (Abstraktions- oder Kausalprinzip) aufwirft. Wegen des Trennungsprinzips im österreichischen Recht ist die Rechtsfrage nach dem Formzwang des Liegenschafts Kaufvertrags separat von dem Formzwang für die Eintragungsfähigkeit der im Grundbuchverfahren notwendigen Urkunden zu behandeln. Dabei sind auch provisorische Sicherungsmittel näher zu beleuchten.

Beim untersuchten Formzwang im österreichischen Recht ist die umfangreiche Vorgeschichte zum ABGB seit Kaiserin Maria Theresia zu berücksichtigen, weil sie einen geistesgeschichtlichen Hintergrund und den Einfluss des naturrechtlichen Denkens auf diese Kodifikation erklärt. Sie beleuchtet ferner die Anwendung dieses Gesetzes seit 1812 unter der Hinwendung der österreichischen Rechtskultur zur historischen Schule und ihre weitreichenden Auswirkungen auf Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.<sup>510</sup>

## **1. Rechtshistorischer und rechtsphilosophischer Hintergrund**

Das ABGB gilt als höchster Ausdruck naturrechtsphilosophischer Gedanken im Sinne der Aufklärung. Es wurde durch Bestrebungen zur Schaffung eines Gesetzbuches für Gleiche, dh „für Bürger aller Sprachen und für Bürger aller Religionen“ geformt.<sup>511</sup> Das ABGB nahm seine Position zwischen dem konservativen und ständisch geprägten ALR (1794) und dem revolutionär-liberalen frCC (1804) ein.<sup>512</sup> Im Gegensatz zum viel jüngeren BGB, das als „kompliziert, gekünstelt, schwerfällig und schwer verständlich, vielfach doktrinär und unpraktisch, allzu sehr von der Wissenschaft für die Wissenschaft geboren“<sup>513</sup> beschrieben wird, zeichnet sich das ABGB durch „seine kurze und prägnante, jedwede Kasuistik vermeidende Ausdrucksweise, als auch durch seine schlichte, allgemeinverständliche, ja geradezu volkstümliche Sprache“<sup>514</sup> aus. Es entstand als Ergebnis einer über Generationen dauernden Kodifizierungsarbeit vieler bedeutender

---

<sup>510</sup> Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998) 26-28.

<sup>511</sup> Rainer, Zur Entstehung des ABGB, in Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer 34.

<sup>512</sup> Berger, Vorwort, in Berger 5.

<sup>513</sup> Puttfarcken/Schnier, ZVglRWiss 2006, 223 (226).

<sup>514</sup> Berger in Berger 5.

Juristen. Damit unterscheidet es sich auch vom frCC, der in wenigen Monaten durch einen hoch bedeutenden Juristen *Jean-Étienne-Marie Portalis* verfasst wurde.<sup>515</sup>

## 1.1. Allgemeines

Das österreichische Privatrecht des 18. Jh war inkohärent, was durch die Multinationalität und den kulturellen Vielfalt der damaligen Habsburgermonarchie gestärkt war.<sup>516</sup> Einerseits galt das angepasste römische Recht, andererseits hat man in einzelnen Kronländern das altdeutsche Recht angewendet, das in seinem gemeinrechtlichen Denken von den Ideen des römischen Rechts häufig abwich.<sup>517</sup> Dieser Zustand führte letztendlich dazu, dass Kaiserin Maria Theresia eine ständige „*Compilationscommission*“ zur Rechtsvereinheitlichung gründete. Die „*Compilationscommission*“ unter Vorsitz des Vizepräsidenten der obersten Justizstelle,<sup>518</sup> *Otto Grafen Frankenberg*, bestand aus je einem Mitglied für Österreich, Steiermark, Böhmen, Mähren und später auch je einem für Schlesien und Vorderösterreich. Die Gründung dieser Kodifikationskommission entsprach der Forderung zeitgenössischer Lehre und Praxis nach einer Reform des bürgerlichen Rechts und nach seiner einheitlichen Kodifikation für alle Kronländer der Habsburger Monarchie.<sup>519</sup>

Am 3. 5. 1753 nahm die „*Compilationscommission*“ in Brünn ihre Arbeit auf, die vorerst eine bloße Zusammenfassung der Rechte aller Kronländer zum Ziel hatte. Die in weiterer Folge ausgearbeiteten Entwürfe wurden durch die Revisionskommission in Wien umgearbeitet, was im Endeffekt im Jahr 1766 zur Vorlage des als *Codex Theresianus* bezeichneten Entwurfes führte. CodTher war sehr stark römisch-rechtlich geprägt und hatte einen zu großen Umfang. Wegen dieser Kritikpunkte trat er nie in Kraft. Der Kommission wurde seine Modifizierung aufgetragen.<sup>520</sup> Die fortgesetzten Arbeiten führten zur Vorlage des sog Entwurfs Horten.<sup>521</sup> Dieser Entwurf normierte kein Personenrecht iSd

---

<sup>515</sup> *Rainer*, Zur Entstehung des ABGB, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 26.

<sup>516</sup> *Berger* in *Berger* 5.

<sup>517</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (2014) Rz 36.

<sup>518</sup> Sie wurde im Jahr 1749 von Kaiserin Maria Theresia gegründet, als Vorgängerin des am 21. 8. 1848 geschaffenen OGH.

<sup>519</sup> *Pfaff/Hofmann*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I (1877) 8.

<sup>520</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 37.

<sup>521</sup> Die Bezeichnung des Entwurfs ist auf die entscheidende Einflussnahme des damaligen Referenten Horten zurückzuführen.

Institutionensystems, das separat im Jahr 1796 als Josephinisches Gesetzbuch in Kraft trat.<sup>522</sup>

Weitere Impulse zur Rechtsentwicklung kamen von der durch Kaiser Leopold II. im Jahr 1790 bestellten Hofkommission in Gesetzessachen, welche nach sieben Jahren unter dem Vorsitz von *Martini* einen weiteren Entwurf vorlegte.<sup>523</sup> *Martinis* Entwurf trat „zur Probe“ vorerst in Westgalizien und anschließend auch in Ostgalizien in Kraft. Er wird deshalb als „Westgalizisches Gesetzbuch“ bezeichnet. Dieser Entwurf stand unter einem starken Einfluss der zeitgenössischen Naturrechtslehre<sup>524</sup> sowie des preußischen ALR.<sup>525</sup> Er stellte einen Urentwurf für die Ausarbeitung der endgültigen Fassung des ABGB dar. Nach dem Ausscheiden *Martinis* aus der Hofkommission leistete *Zeiller* als Referent die Hauptarbeit bei der Endredaktion des ABGB.<sup>526</sup>

## 1.2. Einfluss des römischen Rechts im *Codex Thesianus*

Bereits im CodTher ist die Differenzierung zwischen dem Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses und des Eigentumserwerbs zu finden, was auf die Rezeption des römischen Rechts zurückzuführen ist.<sup>527</sup> In diesem Zusammenhang knüpfte die historische Rechtslage in Österreich auch an den Grundsatz des „rechtlichen Besitzen“ an verbücherten Liegenschaften im böhmisch-mährischen Landtafelrecht an. Nach diesem Grundsatz konnte der „rechtliche Besitz“ ausschließlich durch bücherliche Eintragung erlangt werden, was *Pfaff* sehr prägnant mit den Worten ausdrückte: „bei liegenden Gütern aber kann „Niemand für einen rechtlichen Besitzer gehalten werden“, als der, zu dessen Gunsten die geschehene Uebertragung im öffentlichen Buche einverleibt worden [ist]. Wenn also die Landtafel-, Stadt- oder Grundbücherfähigkeit fehlt, „der ist auch von dem rechtlichen Besitze liegender Güter ... ausgeschlossen“ (H. II. 21, §. 9)“.<sup>528</sup>

---

<sup>522</sup> *Rainer*, Zur Entstehung des ABGB, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 27.

<sup>523</sup> *Pfaff/Hofmann*, ABGB I Einleitung 19.

<sup>524</sup> Vgl. *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 26-27.

<sup>525</sup> Vgl. *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert (1977) 83 ff.

<sup>526</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 38.

<sup>527</sup> Diese Differenzierung galt auch im römischen Privatrecht: *traditionibus (et usucapionibus) domina rerum, non nudis pactis transferuntur* (C 2, 3, 20); Vgl. auch *Uranitsch*, Die Formverfügung bei Rechtsgeschäften. Eine Studie im Gebiet des österreichischen Privatrechtes (1890) 5.

<sup>528</sup> *Pfaff*, Der Codex Thesianus und seine Umarbeitungen, JBl 1887, 487 (488-489); vgl. auch Ausführungen von *Wellspacher* zum *Zeillers* Vortrag vom 21. 3. 1803 über die Publizitätsgedanke und den Eintragungsgrundsatz in: *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906) 132-138.

Somit erfolgte die Übertragung der Rechtsänderungswirkung vom Naturaleigentum auf das Tabulareigentum.<sup>529</sup> Im Falle eines Doppelkaufs schützte der CodTher den Eigentumsverschaffungsanspruch des ersten Käufers durch die Nichtigkeitssanktion des zweiten Kaufvertrags. Der zweite Kaufvertrag stellte somit keine geeignete Eintragungsgrundlage in das Grundbuch dar.<sup>530</sup> Die Eintragung des zweiten Käufers vor dem ersten Käufer in das Grundbuch entfaltete keine Rechtswirkung. Das Eigentum blieb nach wie vor beim Verkäufer, der dem Erstkäufer zur Eigentumsübertragung weiterhin verpflichtet war. Die Löschung des zweiten Käufers im Grundbuch im Rahmen der Einverleibung des Eigentumsrechts des ersten Käufers hatte lediglich einen berichtigenden Charakter. Nach einer anderen Rechtsansicht sollte der zweite Käufer nach seiner vollzogenen Eintragung in das Grundbuch das Eigentum an der Liegenschaft erlangen, musste aber dieses an den ersten Käufer im Zuge der Naturalrestitution übertragen.<sup>531</sup>

### 1.3. Einfluss der Naturrechtsphilosophie

Eine Wende im österreichischen Recht brachten der im Jahr 1796 vorgelegte Entwurf *Martinis* und das auf ihm aufbauende Bürgerliche Gesetzbuch für Westgalizien. In diesem Entwurf steht das ältere, naturrechtliche Denken deutlich im Vordergrund, was diesen von den früheren Entwürfen gemeinrechtlicher Tradition wesentlich unterscheidet.<sup>532</sup>

Das naturrechtliche Denken des 18. Jh spiegelte die zeitgenössische Suche nach zeitlosen und unabänderlichen Rechtssätzen, die in der grundlegenden Differenzierung des göttlich bestimmten Rechts von menschlichen positiven Gesetzen erblickt wurde.<sup>533</sup> Diese Denkweise erhob die menschliche Vernunft zur neuen Autorität, welche die Zeitlosigkeit der Naturgesetze erkennen lässt und die Fähigkeit zum rechtsgeschäftlichen Handeln im subjektiven Willen des Menschen erblickt.<sup>534</sup> Diese geistige Wende prägte rechtsphilosophisch auch die Vorschriften über den Eigentumserwerb an Liegenschaften und über den Formzwang beim Liegenschaftskauf.<sup>535</sup>

---

<sup>529</sup> *Burckhard*, System des Österreichischen Privatrechtes (1889) 171-189.

<sup>530</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 45.

<sup>531</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 42.

<sup>532</sup> *Wellspacher*, in ABGB-FS I 179.

<sup>533</sup> Vgl *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 11-12.

<sup>534</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 26.

<sup>535</sup> *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände 151 ff.



Nach einer sehr detaillierten Analyse *Hofmeisters*,<sup>536</sup> in welcher er die rechtsphilosophischen Differenzen zwischen rechtspolitischen Zielvorstellungen der ABGB-Kommission, insb *Zeiler* und *Haan* einerseits und jener des *Martinis* andererseits darlegte, weichen diese rechtsphilosophischen Grundhaltungen voneinander wesentlich ab.

Die ABGB-Redakteure verfolgten zwei Grundtendenzen. Einerseits strebten sie wegen der ausgeprägten Abneigung gegen Formalitäten, „die ihnen als ungerechtfertigte Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Einzelnen, als schädliche Hemmung der freien Tätigkeit erschienen“, eine Ausgliederung des verfahrensrechtlichen Tabularrechts aus dem ABGB. Andererseits trennten sie streng Moralgesetze vom positiven Recht.<sup>537</sup>

*Hofmeister* erblickte die Ursache dieser Tendenzen darin, dass *Martini* Vertreter des sozialetischen Naturrechts gewesen ist, hingegen *Zeiler* die kritische Naturlehre *Kants* vertrat.<sup>538</sup>

*Martini* neigte zur umfassenden Klärung und Kodifizierung einer Problemlösung an einer Gesetzesstelle ohne dabei streng auf die Zugehörigkeit dieser Regelung zu anderen Rechtsgebieten Bedacht zu nehmen. *Zeiler* hingegen grenzte einzelne Teilbereiche des Privatrechts, wie zB Zivil- und Zivilverfahrensrecht, ab und verlegte gelegentlich auch Vorschriften aus ihrem bisherigen Zusammenhang in einen andren seiner Meinung nach passender erscheinenden Bereich. So übertrug *Zeiller* beispielsweise die außerbücherliche Ersitzung, die im *Martinis* WGG im Servitutenrecht fundiert wurde, in das Hauptstück „von der Verjährung und Ersitzung“.<sup>539</sup> *Zeiler* „reinigete“ außerdem das ABGB „von moralisierenden und lehrhaften Sätzen“, die im Urentwurf *Martinis* vorkamen.<sup>540</sup> Damit strebte er eine Stärkung des positiven Charakters und der normativen Funktion des Privatrechts an.<sup>541</sup> Diese Unterschiede prägten sowohl die Form als auch den Inhalt des ABGB.

Die kritische Naturrechtsphilosophie beeinflusste auch das Sachenrecht. In älteren Kodifikationsentwürfen, so auch im *Martinis* Entwurf, sah man laut *Wellspacher* in

---

<sup>536</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 58

<sup>537</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 64-65.

<sup>538</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 58.

<sup>539</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 60.

<sup>540</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 59.

<sup>541</sup> *Wellspacher*, in ABGB-FS I 180 f.

unterschiedlichen Formen der Übergabe bei Fahrnissen bzw in der Grundbucheintragung bei Liegenschaften nur „Mittel zur Klarstellung des Übereignungswillens“. Erst unter dem Einfluss der kritischen Naturrechtsphilosophie hätte die ABGB-Redaktoren dem Modus eine „Funktion der Kennbarmachung der Übereignung“ zugewiesen.<sup>542</sup> Seine Ansicht stützte *Wellspacher* auf *Zeillers* Ausführungen zu Beratungen des 2. Teils des Entwurfes 1. Lesung („Von Sachen und ihrer Rechtlichen Eintheilung“), in welchen das Trennungs- bzw Traditionsprinzip gegenüber der im vorkritischen Naturrecht herrschenden Rechtsansicht verteidigt wurde, dass das Eigentum beim Spezieskauf iSd Einheits- bzw Konsensualprinzip bereits beim Abschluss des Kaufvertrags übergeht.<sup>543</sup> Zur besseren Transparenz („Kennbarkeit“) der Rechtsverhältnisse, die im Publizitätsgedanken ihren Ausdruck fand, trat *Zeiller* für die Lehre von „*titulus et modus*“ ein, und wich damit von seinem eigenen naturrechtlichen Standpunkt, in dem der menschliche Wille im Vordergrund stand, ab.<sup>544</sup>

Nach § 380 ABGB ist die Eigentumsübertragung generell rechtsgrundabhängig, dh sie hängt von der Existenz eines gültigen Titels ab. Dazu ist der Vorläufer des § 380 ABGB hervorzuheben (WGG II § 102). Bereits aus seiner Formulierung: „Ohne Titel und ohne ein rechtmäßiges Mittel kann kein Eigentum erworben werden“ sei laut *Klang* die Absicht der ABGB-Redakteure ersichtlich, dass der Lehre von *titulus et modus* eine allgemeine Geltung für den derivativen und originären Erwerb zu erkannt werden sollte.<sup>545</sup>

Den ABGB-Redakteuren war die Konstruktion eines abstrakten (rechtsgrundunabhängigen) dinglichen Vertrags fremd. Sie betrachteten die Übergabe iSd Lehre von *titulus et modus* als „einen reinen, willensungelenkten Naturalakt“. Diese kausale Tradition wurde während der gesamten Kodifikationsarbeiten des ABGB nie in Zweifel gezogen.<sup>546</sup>

Im Bereich des Liegenschaftskaufs beantwortete *Hofmeister* in seiner Analyse<sup>547</sup> die Frage nach dem Wesens und der Wirkung des Grundbucheintrags. Er legte dar, dass sich dieser im Laufe der Zeit transformierte. In den älteren Entwürfen war die Rechtswirkung einer

---

<sup>542</sup> *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände 132 ff; vgl auch *Baier*, Bedeutung und Zweck der Tradition bei der Eigentumsübertragung, RZ 1971, 127 (130-131).

<sup>543</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 62.

<sup>544</sup> *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände 129 ff.

<sup>545</sup> *Klang* in *Klang*, ABGB (1931) § 380 Rz. 1; Vgl auch *Eccher/Riss* in *KBB*<sup>4</sup> § 380 Rz 2.

<sup>546</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 60.

<sup>547</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 67-71.

grundbücherlichen Eintragung nicht auf einen vertraglich bewirkten Eigentumserwerb, sondern auf einen direkten, gesetzlichen Eingriff zurückgeführt, dem die Gedanke „Erwerb Macht Rechtens“ zu Grunde lag. Die Verlegung des bürgerlichen Erwerbs durch *Horten* in das Kapitel „Eigentumserwerb durch Übergabe“ änderte nichts an dieser Auffassung.

Im CodTheer wurde die grundbücherliche Eintragung als ein Surrogat der Übergabe entschieden abgelehnt. Diese Auffassung wurde auch in späteren Entwürfen präsent, jedoch nicht mit dieser Konsequenz und Prägnanz. Eine Änderung dieser Rechtsansicht war erst im *Martinis* Entwurf und im WGG ansatzweise zu erkennen. Beide Rechtsakte bezeichnen die grundbücherliche Eintragung zwar als „Form der Übergabe“, zugleich betrachten sie diese aber auch als „Mittel zur Verstärkung der Rechtswirkung des Titels und der Übergabe kraft obrigkeitlicher Autorität“.<sup>548</sup>

Die volle Anerkennung grundbücherlicher Eintragung als ein Surrogat der körperlichen Übergabe führten die ABGB-Redakteure durch, indem sie in das Fünfte Hauptstück „Von Erwerbung des Eigentumes durch Übergabe“ den § 431 ABGB „bei unbeweglichen Sachen und Bauwerken“ aufnahmen. Nach ihrer Auffassung stellte die physische Besitzübertragung an einer verbücherlichen Liegenschaft keinen Modus und keine Übergabe im technischen Sinne dar. Ihre Stelle nahm die grundbücherliche Eintragung ein.<sup>549</sup> Dies erfolgte nachdem *Zeiller* in der 1. Lesung (Sitzung vom 6. 6. 1803) den Inhalt der §§ 172-180 WGG II und ihre Bezeichnung „Arten der Übergabe bei unbeweglichen Sachen“ angab.<sup>550</sup> Die körperliche Übergabe unbeweglicher Sachen ist für den Eigentumserwerb an Liegenschaften rechtlich irrelevant, weil die grundbücherliche Einverleibung des Eigentumsrechts nach dem Liegenschafts Kauf eine Konstitutivwirkung entfaltet.

#### **1.4. Einfluss historischer Schule und hegelianischer Lehre**

Die nächste rechtsphilosophische Wende brachten die zwei Strömungen des 19. Jh mit sich, die historische Rechtsschule von *Savigny* und die Rechtsphilosophie *Hegels*. Mit der historischen Rechtsschule kam eine umfassende und tiefgreifende Reform des Privatrechts samt einem „Umbau der wichtigsten Grundbegriffe“, was sich in der Rechtsdogmatik,

---

<sup>548</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 68.

<sup>549</sup> *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd I (1892) 498.

<sup>550</sup> *Zeiller*, ABGB II/1 § 380, 156 f; *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 68.

Rechts- und Sprachbildung äußerte. Diese neue Methodik war auf der Suche nach festen Prinzipien sowohl in Gesetzen als auch in der vertraglichen Rechtsbildung und der normativen Praxis.<sup>551</sup>

Die hegelianische Rechtsphilosophie prägte stark die theoretische Auffassung des Grundbuchs als Rechtsinstitut. Sie knüpfte dabei im Gegensatz zur historischen Rechtsschule an die bisherigen Auffassungen im materialen Tabularrecht.<sup>552</sup> Die im 19. Jh tonangebende Rechtsschule *Savignys* konfrontierte das bisherige Grundbuchsrecht mit ihrer Lehre vom dinglichen Vertrag und unterzog dieses Rechtsgebiet mittels wissenschaftlicher Abhandlungen einem Wandlungsprozess.<sup>553</sup> Ihre Vertreter bezeichneten die im ABGB verankerte Lehre von *titulus et modus* als Irrtum und traten für die Anerkennung des abstrakten dinglichen Vertrags iSd Lehre *Savignys* ein.<sup>554</sup>

Anlässlich der Legislativarbeiten am Entwurf des deutschen BGB untersuchte *Strohal* das Wesen des abstrakten dinglichen Vertrags beim Liegenschaftskauf.<sup>555</sup> Dieser Vertrag des Sachenrechts stellt eine Einigung der Vertragsparteien zur Übereignung der vertragsgegenständlichen Liegenschaft (Auflassung) dar und wird neben dem schuldrechtlichen Kaufvertrag und der grundbücherlichen Einverleibung vorausgesetzt.<sup>556</sup>

Nach der Meinung *Strohals* kommt der dingliche Vertrag unter Vorlage einer eintragungsfähigen Urkunde zum Zeitpunkt des gestellten Grundbuchgesuchs zustande. Die eintragungsfähige Urkunde muss die übereinstimmende Eintragungsbewilligung beider Vertragsparteien enthalten. Die Antragslegitimation steht allerdings nur dem Käufer zu.<sup>557</sup> So wie *Bähr*<sup>558</sup> erblickt auch *Strohal* in der Eintragungsbewilligung eine vom Verkäufer dem Käufer erteilte unwiderrufliche Vollmacht zur Abgabe der Aufsandungserklärung vor dem Grundbuchgericht und somit zur Erwirkung der grundbücherlichen Eintragung. Die Unwiderruflichkeit des dinglichen Vertrags ergebe sich daraus, dass die Antragstellung lediglich im Interesse des Ermächtigten gelegen sei. Die

---

<sup>551</sup> *Rückert*, Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren – Mythos, Legende, Botschaft, JZ 1/2010, 1 (6).

<sup>552</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 190.

<sup>553</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 190.

<sup>554</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 322.

<sup>555</sup> *Strohal*, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, JheringsJb Bd 27 (1889) 335-462.

<sup>556</sup> Vgl § 929 BGB.

<sup>557</sup> *Strohal*, JheringsJb 27/1889 (432 ff).

<sup>558</sup> *Bähr*, Die preußischen Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen, JheringsJb Bd 11 (1871) 132 f.

Vollmacht erlösche auch nicht nach dem Tod der Vertragsparteien, sondern gelte auch für den jeweiligen Nachlass bzw für die Erben fort. Der dingliche Vertrag sei dann mit dem Nachlass bzw mit den Erben abgeschlossen.<sup>559</sup>

Hinsichtlich des Verhältnisses des dinglichen Vertrages zur grundbücherlichen Eintragung sieht *Strohal* in der Einverleibung eine Form der Auflassung. Er lehnt in diesem Zusammenhang die Auffassung *Bährs*, nach welcher dem dinglichen Vertrag die rechtsübertragende Funktion zukommt und der Grundbucheintrag lediglich eine Deklarativwirkung entfaltet, ab. Auch nach der Auflassung steht einem besitzenden Käufer kein „*ius ad rem*“ zu, weil er mangels verzogener Einverleibung keine dingliche Rechtsposition erlangen konnte und weiterhin im bloßen schuldrechtlichen Verhältnis steht.<sup>560</sup> Laut *Bähr* zeichnet sich hingegen der dingliche Vertrag beim Liegenschafts Kauf durch eine rechtsübertragende Wirkung kraft Parteiwillens aus.<sup>561</sup>

Die Rechtsfrage nach der Wirkung grundbücherlicher Eintragung beschäftigte zu Beginn des 20. Jh die spätere Lehre und Rechtsprechung Österreichs sehr intensiv, vor allem im Zusammenhang mit den galizischen Rechtsstreitigkeiten. Der OGH entschied sich zunächst gegen den konstitutiven Eintragungsgrundsatz und schrieb der Besitzübertragung die translative Wirkung zu.<sup>562</sup> Kurz darauf distanzierte er sich jedoch von dieser Rechtsansicht, indem er zu § 431 ABGB klar stellte, dass nur „derjenige, dessen Eigentum grundbücherlich eingetragen ist, als Eigentümer anzusehen und zu behandeln“ ist.<sup>563</sup>

## 2. Trennungsprinzip beim Liegenschafts Kauf

Die Lehre von *titulus et modus* wurde hinsichtlich des Liegenschaftskaufs rechtsdogmatisch in §§ 380 iVm 431 ABGB verankert. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob diese Rechtsnormen eine ausreichende Fundierung für die Anerkennung des Trennungsprinzips im österreichischen Recht darstellen. Der österreichische Gesetzgeber unterscheidet zwar zwischen einem Verpflichtungsgeschäft („Titel“) und

---

<sup>559</sup> *Strohal*, JheringsJb 27/1889 (442 ff); vgl auch *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 324.

<sup>560</sup> *Strohal*, JheringsJb 27/1889 (427 ff).

<sup>561</sup> *Bähr*, JheringsJb Bd 11 (1871) 136 ff.

<sup>562</sup> OGH 18. 6. 1907, GIUNF 3815: 339.

<sup>563</sup> OGH 28. 10. 1908, GIUNF 4359: 339.

einem Verfügungsgeschäft (Intabulation als Erwerbungsart).<sup>564</sup> Das Trennungsprinzip besagt allerdings, dass Verfügungsgeschäfte – ergänzt eventuell durch Realakte – im rechtlichen Sinne selbständige Einigungen darstellen, auch wenn sie faktisch mit Verpflichtungsgeschäften zusammenfallen können.<sup>565</sup>

Die Bejahung der Rechtsfrage bezüglich des Trennungsprinzips bedeutet zugleich die Anerkennung des dinglichen Vertrags in rechtshistorischer Lehre *Savignys* im österreichischen Recht, was Gegenstand einer umstrittenen Diskussion darstellte.<sup>566</sup>

*Bydlinski*<sup>567</sup> und *Spielbücher*<sup>568</sup> erblicken im Modus (Intabulation) – mE zutreffend – nur einen Realakt, der jedoch, um das Eigentum zu übertragen, auf einer Einigung über den Eigentumsübergang beruhen müsse, die man als dingliche Einigung bezeichnen könne. Dieser dingliche Vertrag werde in aller Regel nicht erst bei der Intabulation oder sonst selbstständig außerhalb des Kaufvertrages geschlossen, sondern sei unselbstständig und als ein sachenrechtlicher Teil der kaufvertraglichen Einigung zu qualifizieren. Auch *Gschnitzer*<sup>569</sup> schließt sich dieser Rechtsansicht an und bezeichnet sie als herrschend.<sup>570</sup> *Klang* sprach sich gegen die Anerkennung des Trennungsprinzips und des dinglichen Vertrags aus. Seine Ansicht stützt er auf die Auffassung der ABGB-Redakteure, nach welcher die Übereignung nicht als Rechtsgeschäft, sondern als bloßer Vollzugsakt zu verstehen war.<sup>571</sup>

An dieser Stelle ist auch auf Ausführungen des OGH bezüglich des Wesens des dinglichen Vertrags hinzuweisen. Der OGH schloss sich der herrschenden Lehre an und bejahte diese Frage. Er hob in diesem Kontext hervor, dass die „dingliche Einigung als sachenrechtlicher Teil der kaufvertraglichen Einigung“ zu sehen sei.<sup>572</sup> Unter dem dinglichen Vertrag der Tradition sei die Übergabe des Besitzes an der Sache mit dem Willen, „Eigentum zu geben

---

<sup>564</sup> *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 380 Rz 1-3 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at); *Hofmann*, Die Lehre vom titulus und modus auirendi un von der iusta causa traditions (1873); *Strohal*, Die Gültigkeit des Titels als Erfordernis wirksamer Eigentumsübertragung (1891).

<sup>565</sup> *Stadler*, Gestaltungsfreiheit 9.

<sup>566</sup> *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 425 Rz 2.

<sup>567</sup> *Bydlinski F.*, Die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht, in FS Larenz (1973) 1027 ff; OGH 18. 6. 1986, ÖBA 1987, 51 (52).

<sup>568</sup> *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 426 Rz 2.

<sup>569</sup> *Faistenberger/Barta/Call/Eccher* in *Gschnitzer*, Sachenrecht<sup>2</sup> 103.

<sup>570</sup> Zuletzt als hL anerkannt: *Koziol – Welsch/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1010.

<sup>571</sup> *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> § 425 Rz 2.

<sup>572</sup> OGH 11. 2. 1997, 5 Ob 18/97a.

und zu nehmen“ zu verstehen.<sup>573</sup> Er qualifizierte den Modus als den dinglichen Vertrag der Tradition, in dem der Übereignungswille sichtlich aus dem Verpflichtungsgeschäft hervorgehe und im Rechtsverkehr aber in der Regel nicht gesondert erklärt werde,<sup>574</sup> sondern dem Verpflichtungsgeschäft unwiderruflich innewohnt.<sup>575</sup> In seiner späteren Entscheidung ließ der OGH jedoch diese Rechtsfrage nach dem Bestehen eines dinglichen Vertrags offen.<sup>576</sup>

### 3. Prinzip der kausalen Tradition

Im Gegensatz zum Einheitsprinzip ist das Trennungsprinzip zwingendermaßen immer mit dem Traditionsprinzip verbunden, weil die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften nach Außen manifestiert werden muss. Mit dieser Konstruktion wird eine sichere Transparenz und Publizität bezweckt. Wenn Dritte das dingliche Recht respektieren sollen, dann müssen sie die Möglichkeit haben, über die Existenz dieses Rechts zu erfahren. Aus diesem Grund wurde das Traditionsprinzip zur Gültigkeitsvoraussetzung eines dinglichen Rechtserwerbs erhoben.<sup>577</sup>

Das ABGB verlangt für jeden Eigentumserwerb an Liegenschaften einen gültigen Titel und einen Erwerbungsakt. Die Kausalität der Tradition besagt, dass das Verfügungsgeschäft (Intabulation) vom Bestehend eines gültigen Verpflichtungsgeschäfts (Titel) abhängt, andernfalls müsste man von der abstrakten Tradition sprechen.<sup>578</sup> Gegen Ende des 19. Jh plädierte ua *Unger*, *Exner* und *Hofmann* unter Einfluss der deutschen Lehre und in Anlehnung an das BGB für die Einführung der abstrakten Tradition in das österreichische Recht.<sup>579</sup> Mit dieser Konzeption setzten sie sich allerdings nicht durch, was auf das entschiedene Eintreten *Strohals*<sup>580</sup> zurückgeführt wird.<sup>581</sup>

---

<sup>573</sup> OGH 30. 3. 1976, 3 Ob 525/76.

<sup>574</sup> RIS-Justiz: RS0011123, zuletzt OGH 16. 2. 1984, 7 Ob 632/83.

<sup>575</sup> OGH 7 Ob 632/83 JBl 1984, 671 (672).

<sup>576</sup> OGH 16. 4. 1997, 7 Ob 25/97w.

<sup>577</sup> *Baier*, RZ 1971, 127 (127-128).

<sup>578</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 388.

<sup>579</sup> *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd II (1892) 9; *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (1867) 77; *Hofmann*, Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von iusta causa traditionis (1873) 102 ff.

<sup>580</sup> *Strohal*, JheringsJb 27/1889 (432 ff).

<sup>581</sup> *Stadler*, Gestaltungsfreiheit 27.

Nach hL konnte im österreichischen Recht das Prinzip der kausalen Tradition wegen des Gesetzeswortlauts nicht Fuß fassen.<sup>582</sup> Ohne eines gültigen Kaufvertrags über eine Liegenschaft kann daher keine Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuch gültig vorgenommen werden. Die Eigentumseintragung aufgrund eines ungültigen Titels ist nichtig und entfaltet daher keine rechtsübertragende Wirkung. Der Eingetragene erwirbt kein Eigentum an der Liegenschaft.<sup>583</sup> Bei konsequenter Durchführung des Kausalprinzips und des Publizitätsgrundsatzes nimmt das österreichische Rechtssystem das Risiko in Kauf, dass die konstitutiv wirkende Eintragung des Eigentums in das Grundbuch unrichtig sein kann, wenn sich nachträglich die Nichtigkeit des Titels herausstellt.<sup>584</sup>

Derartige gegenstandslose Grundbucheintragungen können einerseits gemäß § 131 GBG amtswegig gelöscht werden, was jedoch die Kenntnisnahme des Grundbuchsgerichts über die Nichtigkeit des Titels voraussetzt. Andererseits können sie innerhalb der 30-jährigen Verjährungsfrist<sup>585</sup> mittels einer vor dem Grundbuchsgericht zu erhebenden Löschungsklage beseitigt werden.<sup>586</sup> Erst die Verjährung der Löschungsklage und nicht die unterlassene Anfechtung eines Grundbuchsbeschlusses könne den Mangel eines gültigen Erwerbstitels heilen und damit den Eigentumserwerb auch ohne Titel bewirken.<sup>587</sup> Die nichtige Eintragung hat auch keine Publizitätswirkung zwischen den Vertragsparteien, wohl aber bei Dritten, die im Vertrauen auf den unrichtigen Grundbuchstand vom Eingetragenen das Eigentum an der Liegenschaft erwerben können.<sup>588</sup>

#### **4. Konstitutivwirkung des Eigentumseintrags in das Grundbuch**

Das Grundbuch als Rechtsinstitut kommt auf die mittelalterlichen Stadtbücher zurück und war dem römischen Recht fremd.<sup>589</sup> Das österreichische Grundbuchsystem entspringt einerseits dem deutschen Recht des Mittelalters und andererseits dem böhmischen Landtafelrecht.<sup>590</sup> Im älteren Stadium hat man sog „Verfachbücher“ geführt, in denen die Urkunden chronologisch gesammelt wurden. In dieser altmodischen Form galten sie in

---

<sup>582</sup> *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> § 424 Rz II/1; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 424 Rz 1; *Eccher* in *KBB*<sup>4</sup> § 424 Rz 1-2.

<sup>583</sup> RIS-Justiz: RS0011270.

<sup>584</sup> *Stadler*, Gestaltungsfreiheit 512.

<sup>585</sup> Vgl § 62 GBG iVm § 1479 ABGB.

<sup>586</sup> RIS-Justiz: RS0060494.

<sup>587</sup> RIS-Justiz: RS0060447.

<sup>588</sup> OGH 31. 1. 2012, 1 Ob 252/11g; *Faistenberger/Barta/Call/Eccher* in *Gschnitzer*, Sachenrecht<sup>2</sup> 101-102.

<sup>589</sup> *Demelius*, Grundbuchsrecht (1948) 1.

<sup>590</sup> *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht vor § 1 Rz 9-12.



Tirol bis zur Grundbuchanlegung im Jahr 1897. An 18. Jh trugen Grundbuchsgerichte aufgrund vorgelegter Urkunden die Rechtsänderungen in das Hauptbuch. Die Urkundensammlung blieb aufrecht erhalten.<sup>591</sup> Nach den lang dauernden Vorbereitungsarbeiten trat im Jahr 1871 das Grundbuchgesetz. Ferner wurde der Rechtszustand im Jahr 1955 durch das GBG festgelegt und im Laufe der Zeit mehrmals novelliert. An dieser Stelle ist vor allem das Grundbuchumstellungsgesetz 1980 (GUG) zu nennen, das eine gesetzliche Grundlage für die Umstellung des traditionellen Grundbuchs auf das ADV-Grundbuch ermöglichte.<sup>592</sup>

#### 4.1. Überblick über das Grundbuchsystem

Das österreichische Grundbuchsrecht ist eigentlich fast zur Gänze außerhalb des ABGB geregelt, welches nur die grundlegende Problematik, wie zB jene des Eintragungsgrundsatzes im § 431 ABGB bestimmt. Die einschlägigen Vorschriften sind in §§ 297a, 431-446, 451, 453 ABGB zu finden. Der Großteil der Vorschriften ist allerdings in Sondergesetzen, wie z. B. das GBG, das Allgemeine Grundbuchslegungsgesetz (AllgGAG), das Grundbuchumstellungsgesetz (GUG), Rechtspflegergesetz (RPfLG), Urkundenhinterlegungsgesetz (UHG), Liegenschaftsteilungsgesetz (LiegTG) und im Vermessungsgesetz (VermG) festgelegt. Neben dem allgemeinen Grundbuch bestehen außerdem Sondergrundbücher wie Landtafeln für die ehemaligen hochadeligen und kirchlichen Güter und Bergbücher für die Eintragung der Bergwerkberichtigungen (§ 68 AllgGAG).<sup>593</sup>

Aktuell funktioniert in Österreich ein das ganze Land flächendeckendes Grundbuch, das parallel für alle Grundstücke in Österreich elektronisch im sog ADV-Grundbuch geführt wird. Das österreichische Grundbuchsystem, das nach Realfoliensystem gegliedert ist,<sup>594</sup> gehört, neben jenem in Deutschland und der Schweiz, zu den bestausgebildeten.<sup>595</sup>

Die Grundstückvermessungen werden im Kataster registriert. Für die Führung des Katasters sind gemäß § 2 VermG die Vermessungsbehörden zuständig, welche die

---

<sup>591</sup> Faistenberger/Barta/Call/Eccher in Gschnitzer, Sachenrecht<sup>2</sup> 28.

<sup>592</sup> Faistenberger/Barta/Call/Eccher in Gschnitzer, Sachenrecht<sup>2</sup> 28.

<sup>593</sup> Iro, Bürgerliches Recht, Bd IV, Sachenrecht<sup>5</sup> (2013) Rz 3/1-3/2; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1107.

<sup>594</sup> Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1111.

<sup>595</sup> Faistenberger/Barta/Call/Eccher in Gschnitzer, Sachenrecht<sup>2</sup> 28.

Grundstücksgrenzen ermitteln und die Ermittlungsergebnisse in den Grenzkataster eintragen. Der Grenzkataster stellt einen verbindlichen Nachweis für die Grundstücksgrenzen dar (§ 8 Z. 1 VermG). Der Kataster unterteilt sich weiter in Katastralgemeinden, die dem jeweiligen Gebiet einer politischen Gemeinde entsprechen kann. Innerhalb einer politischen Gemeinde können allerdings mehrere Katastralgemeinden, wie zB in Wien, bestehen.

Das Grundbuchsystem ist mit dem Grenzkataster verbunden, sodass die grundbücherliche Eigentumsverhältnisse gemäß § 9 Abs 5 VermG im Grenzkataster wiederzugegeben sind und die Grundstücksdaten des Grenzkatasters gemäß § 2 GUG über die Grundstücksdatenbank in das Grundbuch übernommen werden.

Mit der Grundbuchsführung sind Bezirksgerichte betraut. Ihre örtliche Zuständigkeit richtet sich gemäß § 118 JN nach dem Belegenheitsort einer konkreten Liegenschaft. Funktionell sind in Grundbuchsachen hauptsächlich Rechtspfleger tätig (§ 21 RPfG). Grundbuchsverfahren regelt das Außenstreitgesetz (AußStrG).

Da das Grundbuch ein öffentliches Register ist, kann jeder ohne Nachweis des rechtlichen Interesses Einsicht nehmen. Dies entspricht dem gemäß § 7 GBG geltenden Öffentlichkeitsgrundsatz (formelles Publizitätsprinzip).<sup>596</sup> Ein Zugriff auf den jeweils aktuellen Grundbuchstand ist auch via Internet über eine offizielle Bezugsstelle der Republik Österreich möglich. Dieser Zugang ist jedoch kostenpflichtig. Die Gebühr iHv EUR 3,20 zzgl. 20% USt wird für die jede Grundbuchabfrage verrechnet (§ 32 GGG). Dazu kommt noch ein Verrechnungsstellenaufschlag von ca EUR 0,30 bis EUR 0,50 pro Abfrage. Die österreichischen Rechtsanwälte und Notare können pro Grundbuchauszug EUR 13,00 zzgl. USt verrechnen, wobei nur über die Notare oder das Gericht beglaubigte Grundbuchsauszüge zu erhalten sind.<sup>597</sup>

Die Möglichkeit einer schnellen Grundbuchabfrage wirkte sich auch auf die Praxis der österreichischen Rechtsanwälte und Notare aus, die von den Vertragsparteien als Vertragsverfasser bzw Treuhänder beauftragt und bevollmächtigt werden. Üblicherweise wird der aktuelle Grundbuchauszug bei der Errichtung der Liegenschafts Kaufverträge digital in den Vertragstext übernommen, was eine Klarheit bei der Bestimmung des

---

<sup>596</sup> Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 127.

<sup>597</sup> Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 132.

Vertragsgegenstands verschaffen soll. Außer den österreichischen Rechtsanwälten und Notaren können auch Banken, Versicherungen, Makler, Immobilienverwaltungen in dieser Form laufend auf den Grundbuchstand zugreifen und kurzfristig einen Grundbuchauszug einer Liegenschaft abrufen.<sup>598</sup>

Aus dem preußischen ALR wurde der Vertrauensgrundsatz (materielles Publizitätsprinzip) in das österreichische Grundbuchsrecht rezipiert.<sup>599</sup> Er besagt, dass der gutgläubige Erwerber auf die Richtigkeit des Grundbuchstands vertrauen darf. Er wird allerdings auf den entgeltlichen Erwerb eingeschränkt.<sup>600</sup>

Das österreichische Grundbuchsystem zeichnet sich durch einen konstitutiven Eintragungsgrundsatz aus (§ 431 ABGB, § 4 GBG), nach welchem die Intabulation die eigentumsübertragende Funktion erfüllt. Ausnahmen von diesem Grundsatz wurden gesetzlich normiert, weshalb es außerhalb dieses Bereiches keinen Platz für sogenanntes außerbücherliches Eigentum geben kann.<sup>601</sup> Zu den gesetzlichen Ausnahmen zählt der Eigentumserwerb an einer Liegenschaft durch Einantwortung der Erbschaft, die Ersitzung der Liegenschaft (§ 1500 ABGB), Enteignung, Zuschlag im Rahmen der Zwangsversteigerung (§ 237 Abs 1 EO), Bauführung auf fremdem Grund (§ 418 ABGB) und Verschmelzung (§§ 219 ff AktG).<sup>602</sup>

Gemäß § 8 GBG können drei Arten grundbücherlicher Eintragungen durchgeführt werden: die Einverleibungen, die Vormerkungen und die Anmerkungen. Die Einverleibung (Intabulation) bezweckt einen unbedingten Rechtserwerb oder –verlust. Sie wird aufgrund des Titels in Form eintragungsfähiger Urkunde, der Aufsandungserklärung sowie nach der Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung<sup>603</sup> im Grundbuch vorgenommen.<sup>604</sup> Die Vormerkung (Pränotation) dient dem bedingten Rechtserwerb oder –verlust und wahrt für den Antragsteller seinen Rang. Die endgültige Rechtsänderung erfolgt erst nach der Rechtfertigung der Vormerkung, d. h. nach der Erbringung des für die Einverleibung fehlenden Nachweises.<sup>605</sup> Das österreichische Grundbuchsrecht

---

<sup>598</sup> Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 128-129.

<sup>599</sup> Demelius, Grundbuchsrecht 5.

<sup>600</sup> Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 139.

<sup>601</sup> RIS-Justiz: RS0011111.

<sup>602</sup> Iro, Sachenrecht<sup>5</sup> Rz 3/38.

<sup>603</sup> Die steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht erforderlich, wenn der mit der grundbücherlichen Abwicklung beauftragte Rechtsanwalt oder Notar als Parteienvertreter eine Selbstberechnungserklärung abgibt.

<sup>604</sup> Höller in *Kodek*, Grundbuchsrecht § 8 Rz 7-12.

<sup>605</sup> RIS-Justiz: RS0060736.

unterscheidet zwischen zwei Arten der Anmerkungen: die Anmerkung persönlicher Verhältnisse, zB der Minderjährigkeit, der Sachwalterbestellung, der Konkureröffnung und die Anmerkung zur Begründung gesetzlich vorgesehener Rechtswirkungen, zB die Streitankündigung, Anmerkung der Rangordnung, Anmerkung der Zwangsverwaltung.<sup>606</sup>

Bis zur Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuch steht dem Käufer nach dem Abschluss des Liegenschafts Kaufvertrags lediglich ein Anwartschaftsrecht auf die Übertragung des Eigentums zu. Gemäß § 21 GBG ist die Einverleibung jedoch nur dann zulässig, wenn der Verkäufer im Zeitpunkt der Zustellung des Grundbuchgesuchs an das Gericht als Eigentümer der Liegenschaft im Grundbuch aufscheint oder gleichzeitig mit der begehrten Eintragung einverleibt oder vorgemerkt wird (Prinzip des bürgerlichen Vormannes).<sup>607</sup> Die Durchbrechung dieses Prinzips ist bei Mehrfachveräußerung nur beim Nachweise einer außerbücherlichen Übertragungskette zulässig. Eine schrittweise gesonderte Verbücherung der einzelnen Erwerbsvorgänge ist nicht erforderlich, wenn eine lückenlose und wirksame Kaufvertragskette als Beilage zum Grundbuchgesuch vorgelegt wird (§ 22 GBG). Man spricht in solchen Fällen von einer sog „Sprungeintragung“.<sup>608</sup>

Bei konkurrierenden Grundbuchgesuchen entscheidet ihr Zeitpunkt des Einlangens beim Grundbuchgericht über den Vorrang. Auch die Uhrzeit der Antragstellung wird festgehalten. Nur der früher gestellte Antrag erwirkt die Einverleibung des Eigentumsrechts, damit wird der Prioritätsgrundsatz im österreichischen Grundbuchsrecht zum Ausdruck gebracht.<sup>609</sup>

Nach dem geltenden Spezialitätsgrundsatz können bürgerliche Rechte auch nicht durch einheitlichen Akt am gesamten Vermögen einer Person, sondern ausschließlich an bestimmten Grundbuchkörpern begründet werden (§§ 1 f GBG).<sup>610</sup> Nach dem geltenden Antragsprinzip werden Eintragungen in das Grundbuch grundsätzlich nur aufgrund der Anträge durchgeführt. Dabei ist das Gericht an das Begehren des Antragstellers gebunden und kann es entweder bewilligen oder abweisen.<sup>611</sup> Aufgrund des gestellten Antrags und der vorgelegten Urkunden sowie des Grundbuchstands werden das alle materiellen und formellen Voraussetzungen grundbücherlicher Eintragungen geprüft. Dieses

---

<sup>606</sup> Höller in *Kodek*, Grundbuchsrecht § 8 Rz 19-27.

<sup>607</sup> RIS-Justiz: RS0060710; *Feil/Marent/Preis*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> (2010) § 21 Rz 1.

<sup>608</sup> RIS-Justiz: RS0124400.

<sup>609</sup> *Grötsch*, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 141.

<sup>610</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1158.

<sup>611</sup> *Grötsch*, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 128-129.

Legalitätsprinzip wirkt sich auf die inhaltlichen Aufforderungen für die Eintragungsfähigkeit der Urkunden aus.<sup>612</sup>

#### 4.2. Aufbau des Grundbuchsystems und ADV-Grundbuchs

Gemäß § 1 GBG besteht das österreichische Grundbuch aus einem Hauptbuch und einer Urkundensammlung. Die Urkundensammlung wird separat geführt und dient zur Speicherung von Urkunden in einer Urkundendatenbank.<sup>613</sup> Gemäß § 6 GBG ist von jeder Urkunde, aufgrund derer eine bücherliche Eintragung vorgenommen wurde, eine beglaubigte Abschrift im Grundbuch zurückzubehalten, die dann mit allen solchen Abschriften die Urkundensammlung bildet.

Das ADV-Grundbuch gliedert das Hauptbuch in das eigentliche Hauptbuch und in das Verzeichnis der gelöschten Eintragungen (§ 3 Abs 1 GUG). Das Hauptbuch unterteilt sich ferner in Einlagen einer Katastralgemeinde (KG), die mit sog Einlagezahlen (EZ) nummeriert werden. Eine Einlage kann mehrere Grundstücke eines Eigentümers umfassen. Sie besteht aus dem Gutbestandsblatt (A-Blatt), dem Eigentumsblatt (B-Blatt) und dem Lastenblatt (C-Blatt).<sup>614</sup>

Alle Grundstücke einer Einlage sind weiters in der ersten Abteilung (A-1) mit einer Grundstücksnummer und einer Widmung (zB Bauland, Grünland usw.) zu versehen. In der zweiten Abteilung (A-2) sind Informationen über die mit dem Eigentum an der Liegenschaft verbundenen Rechten, wie Grunddienstbarkeiten enthalten. Im B-Blatt werden Eigentumsverhältnisse (Quoten der Miteigentümer) aber auch die subjektiven Beschränkungen der Verfügungsmacht des Eigentümers wegen zB der Minderjährigkeit oder des Konkurses dargelegt. Im C-Blatt wird Auskunft über Belastungen der Liegenschaft mit Pfandrechten (Hypotheken), Reallasten sowie über die objektiven Beschränkungen der Verfügungsmacht wie zB Veräußerungs- und Belastungsverboten gemäß § 364c ABGB erteilt.<sup>615</sup>

---

<sup>612</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1158.

<sup>613</sup> *Feil/Marent/Preisl*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 6 Rz 1.

<sup>614</sup> *Iro*, Sachenrecht<sup>5</sup> Rz 3/10-3/15.

<sup>615</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1112-1116.

### 4.3. Einfüfungsmotive der Konstitutivwirkung des Grundbucheintrags

Bei der Untersuchung der Deklarativwirkung grundbücherlicher Eigentumseintragung im polnischen Recht wurde bereits aus rechtshistorischer Sicht der Streit um die Wirkung des Eintragungsprinzips in der Habsburger Monarchie zu Beginn des 20. Jh beleuchtet. Vor allem bei Rechtsstreitigkeiten in Galizien tendierte der OGH in seiner älteren Rechtsprechung immer wieder dazu, der physischen Übergabe der Liegenschaft eine rechtsübertragende Funktion zuzuschreiben und das Naturaleigentum anzuerkennen.<sup>616</sup> Mit den zwei E Nr 186 und 188 des OGH erfolgte eine Wende in der Rechtsprechung.<sup>617</sup> Der OGH distanzierte sich von seiner früheren Rechtsansicht und bestätigte unter Anwendung des § 431 ABGB die Konstitutivwirkung des Grundbucheintrags.<sup>618</sup>

Die zeitgenössische Lehre, insb. *Zoll*, kritisierte heftig diesen Rechtsansichtswechsel und hob in diesem Zusammenhang hervor, dass sich die neue Entscheidungslinie über die wahren wirtschaftlichen Gegebenheiten hinwegsetze und den Gläubigern des noch als Eigentümer eingetragenen Verkäufers einen ganz unverdienten Gewinn zukommen lasse.<sup>619</sup> Auch *Ehrenzweig*, *Melzer* und *Brügel* schlossen sich dem Gedanken wirtschaftlicher Betrachtungsweise an. *Ehrenzweig* wies in diesem Konnex vor allem auf die Erfüllung vertraglicher Pflichten durch die Gegenseite, insb durch die Bezahlung des Kaufpreises, hin. Er erblickte in dieser Problematik eine „besondere Frage des Exekutions- und Konkursrechts, die man befriedigend lösen kann, auch wenn man im allgemeinen am Eintragungsgrundsatz festhält“. Er sprach sich für ein Aussonderungsrecht des Käufers im Falle der Insolvenz des Verkäufers, sowie für sein Exszindierungsrecht (Widerspruchsrecht) im Fall der Exekution im Vermögen des Verkäufers aus.<sup>620</sup> *Melzer* und *Brügel* definierten die wirtschaftlichen Kriterien als die physische Besitzübertragung mit Aushändigung der Einverleibungsbewilligung einerseits und als die physische Besitzübertragung mit vollständiger Kaufpreiszahlung anderseits.<sup>621</sup> *Klang* und *Gschnitzer* schrieben ebenfalls alleine der Besitzübertragung die translative Wirkung zu und

---

<sup>616</sup> OGH 18. 6. 1907, GIUNF 3815; vgl auch *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 339.

<sup>617</sup> *Zoll*, AöGZ 4/1910, 28 (28-30); OGH 28. 10. 1908, GIUNF 4359; OGH 13. 1. 1909, GIUNF 4499.

<sup>618</sup> OGH 28. 10. 1908, GIUNF 4359; vgl auch OGH 22. 12. 1909, GIUNF 4847.

<sup>619</sup> *Zoll*, AöGZ 33/1908, 261 (261-263); *Zoll*, AöGZ 4/1910, 28 (28-30); vgl auch *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 340.

<sup>620</sup> *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Privatrechts<sup>2</sup> Bd I/2 (1957), 241-242.

<sup>621</sup> *Melzer/Brügel*, Vertrauensschutz und exekutiver Erwerb (1912) 61 ff.

gewährten, wie *Ehrenzweig*, dem Naturalbesitzer das Exszindierungsrecht gemäß § 37 EO.<sup>622</sup>

Bereits im Jahr 1905 befasste sich *Klang* in seiner Abhandlung mit der Analyse des Gesetzentwurfes über die Berichtigung des Grundbuchregisters in Galizien und der Bukowina<sup>623</sup> und plädierte mit folgenden Worten für die Anerkennung des rechtsgeschäftlichen Naturaleigentumserwerbs und gegen den „Veräußerungszwang“: „(...) es verstößt gegen alle Grundsätze der Privatrechtsordnung, jemanden zum Erwerb eines Rechts zu zwingen. Wenn also die Verbücherung tatsächlicher Zustände ohne und selbst gegen den Willen der Beteiligten von Amts wegen erfolgt, so kann dies nur damit begründet werden, daß eben diesen tatsächlichen Zustand schon früher auch rechtliche Bedeutung zukam.“<sup>624</sup>

Der OGH entschied zu Beginn des 20. Jh in den außergalizischen Prozessen grundsätzlich<sup>625</sup> aber nicht ausschließlich iSd konstitutiven Eintragungsgrundsatzes. Das Ausscheiden Galiziens und der Bukowina aus dem österreichischen Staatsverband hat keine Änderungen in der Rechtsprechung hervorgerufen.<sup>626</sup> Erst mit seiner Entscheidung vom 25. 9. 1953 schloss sich der OGH der Rechtsansicht und den Argumenten *Klangs* hinsichtlich des Naturaleigentumserwerbs durch physische Besitzübertragung (Tradition) an.<sup>627</sup>

Nach ca 20 Jahren fand allerdings unter Einfluss der Kritik von *Koziols*<sup>628</sup> und *Bydlinskis*<sup>629</sup> eine neue Wende in der Entscheidungslinie des Höchstgerichts statt. *Koziols* und *Bydlinski* beanstandeten den aus wirtschaftlichen Überlegungen geforderten Schutz des Forderungsrechts des Käufers gegen Dritteneingriffe, weil dieser nur in der gesetzwidrigen Form eines mit dem Eintragungsgrundsatz unvereinbaren Naturaleigentums möglich sei. Wie *Hofmeister* bereits darlegte, habe sich der OGH noch

---

<sup>622</sup> *Klang* in *Klang*, ABGB<sup>2</sup> § 431 Rz IV; *Faistenberger/Barta/Call/Eccher* in *Gschnitzer*, Sachenrecht<sup>2</sup> 106-107.

<sup>623</sup> Am 11. 12. 1906 ist dieser Entwurf als Gesetz in Kraft getreten, RGBl Nr 246.

<sup>624</sup> *Klang*, Bemerkungen zu dem Gesetzentwurf über die Berichtigung der Grundbücher in Galizien und der Bukowina. AöGZ 29/1905, 227 (231).

<sup>625</sup> Vgl Ausnahmen: OGH 22. 12. 1909, GIUNF 4847; 18. 2. 1908, GIUNF 4133; 19. 8. 1902, GLUNF 2008; 10. 4. 1902, GIUNF 1845.

<sup>626</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 351.

<sup>627</sup> OGH 1 Ob 441/53 JBl 1954, 68.

<sup>628</sup> *Koziol*, Korrespondenz. Der OGH und das Intabulationsprinzip. JBl 1973, 54 (54-55).

<sup>629</sup> *Bydlinski* in *Klang*, ABGB<sup>2</sup> § 1053 Rz III/3-4.

in seiner E v 8. 2. 1972<sup>630</sup> unter Berufung auf *Klang* und *Gschnitzer* über die Kritik *Koziols* und *Bydlinskis* hinweggesetzt. Diese Einwände hätten sich auf die höchstgerichtliche Entscheidung insofern ausgewirkt, als der OGH sich nicht mehr formell auf ein Naturaleigentum, sondern auf den publizianischen Rechtsschutz des besitzenden Käufers berufe. Erst in der E v 21. 12. 1972<sup>631</sup> hat sich der OGH eindeutig gegen den Naturaleigentumserwerb durch Tradition und im Zusammenhang mit einem Wohnungseigentumserwerbs für die schadenersatzrechtliche Naturalrestitution ausgesprochen.<sup>632</sup>

Im Vordergrund sämtlicher Motive für die Einführung und Anerkennung der Konstitutivwirkung der grundbücherlichen Einverleibung des Eigentumsrechts steht die für die sachenrechtliche Zuordnung im Liegenschaftsverkehr notwendige Publizität.<sup>633</sup> Die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Republik Österreich zur Führung des Grundbuchs im Rahmen der Bodenordnung wird in der Lehre einerseits aus dem Grundrecht auf Eigentum und andererseits aus dem Art 6 EMRK, dh aus dem Recht auf dessen Führung durch unabhängige und unparteiische Richter abgeleitet.<sup>634</sup>

Um die Entwicklung eines sicheren Liegenschaftsverkehrs zu ermöglichen, wurde Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchstands gefordert, welche durch den Vertrauensgrundsatz und den konstitutiven Eintragungsgrundsatz im österreichischen Grundbuchsrecht untermauert wurde.<sup>635</sup> Eine richtige und vollständige Dokumentation der Eigentumsverhältnisse und sonstiger Rechte Dritte an Liegenschaften schafft Sicherheit nicht nur im rechtlichen, sondern auch im wirtschaftlich und gesellschaftlichen Sinne, weil Liegenschaften als Wirtschaftsgüter aufgrund ihres meist hohen Wertes und geringer Abnutzung einen wichtigen Produktionsfaktor jeder Volkswirtschaft darstellen.

Ein funktionierendes Grundbuchsystem führt zur Senkung individueller Transaktionskosten. Als ein negatives Gegenbeispiel wird in diesem Zusammenhang das US-amerikanische System des *Registers of Deeds* genannt, das kein Grundbuch ieS

---

<sup>630</sup> OGH 8. 2. 1972, 4 Ob 635/71.

<sup>631</sup> OGH 6 Ob 132/72 JBl 1973, 524.

<sup>632</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 355.

<sup>633</sup> *Höller in Kodek*, Grundbuchsrecht vor § 1 Rz 1.

<sup>634</sup> *Abramovich*, Grundbuch und Verfassung, NZ 1992, 38 (38-39).

<sup>635</sup> *Höller in Kodek*, Grundbuchsrecht vor § 1 Rz 2.



darstellt und keinen öffentlichen Glauben genießt.<sup>636</sup> Das Fehlen des Grundbuchsystems und der Konstitutivwirkung des Grundbucheintrags verursacht bei Vertragsparteien hohe Kosten, welche bereits durch die Suche nach sämtlichen vertrauenswürdigen Unterlagen der kaufgegenständlichen Liegenschaft erwachsen. Durch den Abschluss von Titelversicherungspolizzen „*title insurance*“ versuchen sich die Käufer in den USA vor dem Risiko zu schützen, dass die Liegenschaft gar nicht dem Verkäufer gehört, was weitere Kosten generiert.<sup>637</sup>

Als das letzte Motiv der eingeführten Konstitutivwirkung des Grundbucheintrags sind die fiskalpolitischen Gründe der Offenlegung der Grundstücksverhältnisse zu nennen.<sup>638</sup> Durch die Kundbarmachung und Sicherung administrativer Überwachung privater Rechtsverhältnisse wird das öffentliche Interesse wahrgenommen.<sup>639</sup>

Der Liegenschafts Kaufvertrag gilt als ein Grunderwerbssteuerpflichtiger Vorgang (vgl § 1 GrEStG, insb Abs 1 Z 1). Der Steuersatz beträgt grundsätzlich 3,5% der Bemessungsgrundlage, dh des Kaufpreises. Nur bei Erwerbsvorgängen iSd § 1 GrEStG zwischen nahen Angehörigen iSd § 7 Abs 1 Z 1 und 2 GrEStG gilt der ermäßigte Steuersatz von 2%. Für die Entrichtung der Steuer haften gemäß § 9 Z 1 GrEStG beide Vertragsparteien solidarisch.

Die konstitutive Einverleibung des Eigentumsrechts in das Grundbuch setzt die Entrichtung der Steuer voraus, was durch das zuständige Finanzamt mittels einer Unbedenklichkeitsbescheinigung bestätigt wird. Diese ist dem Grundbuchsgericht als Beilage zum Gesuch um Einverleibung des Eigentumsrechts vorzulegen. An Stelle der Unbedenklichkeitsbescheinigung kann eine über das FinanzOnline<sup>640</sup> abgegebene Selbstberechnungserklärung eines österreichischen Rechtsanwalt oder Notar überreicht werden. Gemäß §§ 11 ff GrEStG sind die österreichischen Rechtsanwälte und Notare zur Selbstberechnung der Steuer berechtigt, was zur zeitlichen Verkürzung der (grundbücherlichen) Vertragsabwicklung führt. Nach der Abgabe der

---

<sup>636</sup> Höller in Kodek, Grundbuchsrecht vor § 1 Rz 8.

<sup>637</sup> Junker, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, 921 (922).

<sup>638</sup> Höller in Kodek, Grundbuchsrecht vor § 1 Rz 7.

<sup>639</sup> Reithmann in Gutachten 175 Jahre ABGB 15-16.

<sup>640</sup> Es gewährt via Internet (<https://finanzonline.bmf.gv.at/>) einen elektronischen Zugang zur Finanzverwaltung des Bundesministeriums für Finanzen.

Selbstberechnungserklärung haftet der Parteienvertreter für die Entrichtung der Steuer solidarisch mit den Vertragsparteien (§ 13 Abs 4 GrEStG).

Nicht nur der Erwerb einer Liegenschaft begründet eine Steuerpflicht, auch die Veräußerung privater Liegenschaften kann zur Besteuerung der Spekulationsgewinne gemäß § 30 EStG führen. Bis zu 31. 3. 2012 unterlagen die Spekulationsgewinne einer progressiven Besteuerung nach dem Tarif bis zu 50%.<sup>641</sup> Abgesehen von den Übergangsvorschriften beträgt die Immobilienertragsteuer aktuell 25% und hat Endbesteuerungswirkung.<sup>642</sup>

In Hinblick auf Liegenschaften und außerbetriebliche Einkunftsarten sind für den Fiskus die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung von Bedeutung, da sie gemäß § 28 Abs 1 Z 1 EStG einkommensteuerpflichtig sind.

Wegen Umsatzsteuerbefreiung gemäß § 6 Abs 1 Z 9 lit a UStG enthält der Kaufpreis bei Liegenschaftstransaktionen grundsätzlich keine Umsatzsteuer. Allerdings können Unternehmer iSd § 2 UStG zur Umsatzsteuer optieren und auf die Steuerbefreiung verzichten (§ 6 Abs 2 UStG). Der Steuersatz beträgt in solchen Fällen 20% des Nettopreises.<sup>643</sup>

Letztlich erstrecken sich die fiskalpolitischen Interessen und somit auch die Gründe der Konstitutivwirkung des Grundbucheintrags auf den inländischen Grundbesitz iSd § 1 GrStG. Die Eigentümer der Liegenschaften sind zur Entrichtung der Grundsteuer verpflichtet. Ihre Höhe richtet sich nach dem aufgrund des Bewertungsgesetzes ermittelten Einheitswert der jeweiligen Liegenschaft.

#### **4.4. Konsequenzen der Konstitutivwirkung des Grundbucheintrags**

Die Konstitutivwirkung der Einverleibung des Eigentums im Grundbuch erfüllt bestmöglich die Publizitätsfunktion, weil sie durch die Rechtsübertragung zeitgleich den Wechsel der Eigentümer einer Liegenschaft präzise offenlegt. Dadurch gewinnt die sozialwirtschaftliche Hauptfunktion des Grundbuches wesentlich an Bedeutung. Auch der

---

<sup>641</sup> *Beiser*, Die neue Immobilienbesteuerung (Teil 2), NZ 2013, 193 (193-194)

<sup>642</sup> *Beiser*, Die neue Immobilienbesteuerung (Teil 1), NZ 2013, 161 (162-163)

<sup>643</sup> *Beiser*, NZ 2013, 193 (195)

Vertrauensgrundsatz wird effektiver durch die Konstitutiv- als durch die Deklarativwirkung des Grundbucheintrags verwirklicht, weil der Grundbuchstand grundsätzlich immer die wirkliche Rechtslage und Eigentumsverhältnisse der Liegenschaften abbildet. Dies beschränkt das Risiko eines gutgläubigen Erwerbs auf eine in der österreichischen Praxis sehr kurz dauernde Zeit zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuch. Dieses Risiko wird überdies durch nachstehend näher analysierte Sicherungsmechanismen gemindert.

#### **4.5. Gefahren**

Wegen des beim Liegenschafts Kauf geltenden Trennungsprinzips und infolgedessen der Differenzierung zwischen dem Kaufvertragsabschluss und Eigentumserwerb an der Liegenschaft einerseits, sowie in Hinblick auf den Prioritätsgrundsatz im Grundbuchsrecht andererseits, kommen bei der Kaufpreiszahlung und Eigentumsübertragung zusätzlich Risikofaktoren in Betracht. Der Käufer ist gegen einen Doppelverkauf in der Zeit zwischen seinem Kaufvertragsabschluss und der Einverleibung des Eigentums im Grundbuch abzusichern. Er ist ferner vor einer allfälligen Belastung der kaufgegenständlichen Liegenschaft in dieser Zwischenzeit sowie vor der Konkursöffnung über das Vermögen des Verkäufers zu schützen. Auch der Verkäufer der Liegenschaft muss vor einem Ausfall der Kaufpreiszahlung und einem gleichzeitigen Verlust des Eigentums an der Liegenschaft abgesichert werden. Letztlich müssen bei der Abwicklung des Liegenschaftskaufs die berechtigten Interessen Dritter wahrgenommen werden. Dazu gehören die den Kauf finanzierenden Banken und der Fiskus.

### **5. Kaufpreiszahlung und Sicherungsmechanismen**

In der Regel werden die Interessen der Vertragsparteien und Dritter vor obigen Gefahren bei Liegenschaftstransaktionen in Österreich durch mehrere Sicherungsmechanismen wahrgenommen. An erster Stelle ist die Konstruktion der Treuhandabwicklung zu nennen. Ferner werden diese Interessen der Beteiligten durch die Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung sowie durch die Zurückbehaltung der Aufsandungserklärung durch den Treuhänder, seltener durch die Vorlage einer abstrakten Bankgarantie abgesichert.

Eine freiwillige Unterwerfung des Käufers der Exekution für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufpreises ist in Österreich – anders als in Polen – unüblich.<sup>644</sup> Angesichts des fehlenden Notariatsaktzwangs beim Liegenschafts Kauf nach österreichischem Recht wäre eine solche Maßnahme mit wesentlich höheren Notarkosten verbuchen, weil die freiwillige Unterwerfung der Exekution in dieser strengen Form erst zu erklären wäre.

## 5.1. Treuhandabwicklung

Im Rahmen der Vertragsdurchführung wird in Österreich regelmäßig ein Rechtsanwalt oder Notars als Treuhänder zwecks Vertragserrichtung, Sicherstellung der Lastenfreistellung, Einholung von Genehmigungen, Absicherung der abzulösenden und finanzierenden Kreditinstitute, grundbücherlicher Eintragung des Eigentumsrechts und sicherer Auszahlung des Kaufpreises beigezogen. Die Einschaltung eines Treuhänders bezweckt einen sicheren Austausch gegenseitiger Leistungen und die Wahrung des rechtlichen und finanziellen Interesses aller am Liegenschafts Kauf beteiligten Personen.<sup>645</sup>

Die Treuhandenschaft wird aufgrund einer gesondert mit dem Vertragserrichter abgeschlossenen Treuhandvereinbarung abgewickelt, in welcher die Pflichten des Treuhänders und die Auszahlungskriterien genau zu definieren sind. Die österreichischen Rechtsanwälte (und Notare) sind außerdem verpflichtet, die anvertrauten Gelder über ein für die jeweilige Transaktion eingerichtetes, elektronisch besonders gesichertes Anderkonto abzuwickeln. Der Treuhandauftrag ist bei der entsprechenden Kammer zu melden, was zur Eröffnung eines konkreten Anderkontos führt. Die Anderkonten werden von den jeweiligen Rechtsanwaltskammern überwacht, sodass über die Konten nur nach Erteilung des „Freigabesiegels“ durch die Rechtsanwaltskammer iSd Pkt 5.10. des eATHB-Statuts disponiert werden kann. Andere Dispositionen, vor allem die Barbehebungen, sind unzulässig.<sup>646</sup> Die Notare können die Anderkonten nur bei der Notartreuhandbank AG einrichten lassen, was als ein Nachteil im Vergleich zu

---

<sup>644</sup> Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 141.

<sup>645</sup> *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum<sup>5</sup> (2014) Rz 282; *Randa*, Im Spannungsfeld zwischen bankmäßigen Sicherheiten und notarieller Sicherheit, in FS Weissmann (2003) 744.

<sup>646</sup> VfGH 11. 12. 2002, V 94/00; OGH 11. 12. 2014, 26 Os 8/14t.

Rechtsanwälten gesehen wird, da die Vertragsparteien in dieser Konstellation ihre Vorteile, die aufgrund ständiger Geschäftsbeziehungen zu Banken bestehen, nicht nutzen können.<sup>647</sup>

Zur technischen Abwicklung der Treuhandschaften wurde das anwaltliche Treuhandbuch (eATHB) entwickelt, welches die Kontrolle über Geldflüsse ermöglicht.<sup>648</sup> Gegen das Risiko der Veruntreuung des Treuhanderlags durch den Treuhänder besteht für die über das eATHB abgewickelten Treuhandschaften ein Versicherungsschutz der jeweiligen Rechtsanwaltskammer bis zum Höchstbetrag von EUR 8 Mio. je Versicherungsfall. Der Versicherungsschutz beginnt bereits mit dem Einlagen des Treuhandbetrags auf dem über das eATHB geführte Anderkonto des Rechtsanwalts beginnt. Dieser Versicherungsschutz besteht nicht, sofern der Treugeber und der Begünstigte eine vorformulierte Untersagungserklärung unterzeichnen und freiwillig auf die Abwicklung des Treuhandauftrages über das eATHB verzichten.<sup>649</sup> Ein ähnlicher Versicherungsschutz, jedoch begrenzt mit dem Höchstbetrag von EUR 4,5 Mio., gilt auch bei den im Treuhandregister der Notariatskammer gemeldeten Treuhandschaften.<sup>650</sup>

Bei Treuhandabwicklungen sind überdies die umfassenden Richtlinien des jeweiligen Berufsstandes für die Durchführung der Treuhandschaft stets einzuhalten.<sup>651</sup> Der als Treuhänder tätige Rechtsanwalt hat außerdem den Vertragsparteien vor Übernahme des Treuhandauftrags das eATHB-Statut nachweislich zur Kenntnis zu bringen und sie darüber zu informieren, dass die Treuhandschaft nach den Bestimmungen dieses Status abgewickelt wird (Pkt 9 des eATHB-Statuts).

Die Auszahlung des dem Treuhänder anvertrauten Kaufpreises an den Verkäufer ist zum Schutz des Käufers erst nach seiner lastenfreien Einverleibung als Eigentümer in das Grundbuch und der Erteilung des „Freigabesiegels“ durch die Rechtsanwaltskammer möglich. Dies setzt die vorherige Einholung notwendiger Lastenfreistellungserklärungen abzulösender Pfandgläubiger des Verkäufers und die Erfüllung aller Zahlungsaufgaben

---

<sup>647</sup> RAK Wien, Elektronisches anwaltliches Treuhandbuch (eATHB); [http://www.rakwien.at/userfiles/file/Statut\\_%20Treuhandbuch\\_neu.pdf](http://www.rakwien.at/userfiles/file/Statut_%20Treuhandbuch_neu.pdf) (abgefragt am 25. 8. 2015); aA Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 285.

<sup>648</sup> OGH 19. 2. 2015, 20 Os 5/15h; RIS-Justiz: RS0055657.

<sup>649</sup> OBDK 26. 11. 2012, 5 Bkd 4/12, AnwBl 2014, 71 (71); vgl auch *Randa* in FS Weissmann 746-747.

<sup>650</sup> Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 285.

<sup>651</sup> *Hochegger*, Die Treuhand-Einrichtungen der österreichischen Rechtsanwaltskammern, immolex 2002, 23 (23-26); für die Notare gelten Richtlinien der Österreichischen Notariatskammer über die Vorgangsweise bei notariellen Treuhandschaften (THR 1999): [www.notar.at/uploads/thr\\_1999\\_fassung\\_dt\\_22042010.pdf](http://www.notar.at/uploads/thr_1999_fassung_dt_22042010.pdf) (abgefragt am 25. 8. 2015).

voraus, welche aus dem hinterlegten Betrag abgelöst werden können.<sup>652</sup> Die Treuhandanweisung regelt auch jene Situation, in welcher die Auszahlung des Kaufpreises an den Verkäufer nicht durchgeführt werden kann. Der Treuhandlag ist aus dem Anderkonto in entsprechender Höhe zurück auf jenes Konto des Käufers bzw des Kreditinstituts zu überweisen, aus welchem er auf dem Anderkonto überwiesen wurde.

## 5.2. Anmerkung der Rangordnung

Die Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung dient dem Schutz des Käufers vor einem Doppelverkauf bzw einer zwischenzeitigen Belastung der Liegenschaft seitens des Verkäufers und ist in §§ 8 Z. 3, 20 lit. b, 53 ff GBG normiert. Gemäß § 57 GBG hat die Anmerkung der Rangordnung im Grundbuch eine rangwehrende Wirkung iSd Prioritätsprinzips. Alle Eintragungen, die nach der Zustellung des Gesuchs um Anmerkung der Rangordnung beim Gericht sind auf Antrag des Berechtigten zu löschen.<sup>653</sup> Gemäß § 56 Abs 3 GBG iVm § 13 IO kann der Käufer das Eigentum an der vertragsgegenständlichen Liegenschaft auch nach der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Verkäufers erwerben, wenn sich der Rang der Einverleibung seines Rechts nach einem vor der Insolvenzeröffnung liegenden Tag richtet. Die Rechtsprechung lässt auch den Eigentumserwerb durch den Käufer dann zu, wenn der Tag des angemerkten Rangs der Einverleibung mit dem Tag der Bekanntgabe der Insolvenzeröffnung in der Ediktsdatei des Justizministeriums ([www.ediktsdatei.justiz.gv.at](http://www.ediktsdatei.justiz.gv.at)) ident ist.<sup>654</sup>

Die Legitimation zur Beantragung der Anmerkung der Rangordnung hat grundsätzlich nur der im Grundbuch eingetragene Eigentümer.<sup>655</sup> Ausnahmen bestehen hier nur für außerbücherliche Eigentümer, die das Eigentumsrecht in Folge einer rechtskräftigen Zuschlagserteilung im Rahmen eines Exekutionsverfahrens oder eines rechtskräftigen Einantwortungsbeschlusses erwarben.<sup>656</sup>

Nach der Antragstellung erlässt das Grundbuchsgericht einen Beschluss über die Anmerkung in einer einzigen Ausfertigung (§ 54 GBG), welche anschließend im Original

---

<sup>652</sup> RIS-Justiz: RS0104573, zuletzt: OGH 11. 11. 2014, 22 Os 1/14h; *Feil/Wennig*, *Anwaltsrecht*<sup>4</sup> (2006) Anh zu § 43 Abs 5 RL-BA.

<sup>653</sup> *Grötsch*, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 296.

<sup>654</sup> RIS-Justiz: RS0121707; zuletzt OGH 23. 10. 2012, 5 Ob 84/12g.

<sup>655</sup> *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht vor § 53 Rz 21.

<sup>656</sup> RIS-Justiz: RS0061020.

mit dem Gesuch auf Eintragung der beabsichtigten Veräußerung dem Gericht vorzulegen ist. Die Gültigkeit der Anmerkung ist mit einem Jahr befristet und kann nicht verlängert werden.<sup>657</sup> In Frage kommt eventuell nur eine neue Anmerkung mit einem neuen Rang.

Im Grundbuch wird grundsätzlich nur der beabsichtigte Veräußerungsvorgang ohne Nennung des Käufers angemerkt. Jene Person erwirbt den aus dem den Rangordnungsbeschluss resultierenden Rang, welche sich auf ihn vor dem Gericht beruft.<sup>658</sup> Seit der GB-Novelle 2012<sup>659</sup> besteht auch die Möglichkeit einer Namensrangordnung, bei welcher der Rangordnungsbeschluss auf eine bestimmte Person zu lauten hat. In solchen Fällen ist die Vorlage des Beschlusses noch erforderlich (§ 57a Abs 1 GBG).<sup>660</sup>

Bei Liegenschaftstransaktionen unter Beziehung eines Treuhänders wird ein Grundbuchgesuch um Anmerkung der Rangordnung neben dem Kaufvertrag errichtet und vom Verkäufer unterzeichnet. Zur Erlangung der Eigenschaft einer eintragungsfähigen Urkunde muss diese Unterschrift des Verkäufers notariell beglaubigt werden. Der Rangordnungsbeschluss wird in weiterer Folge dem Treuhänder zugestellt, der den Rang des künftigen Eigentumsrechts des Käufers im Grundbuch abzusichern hat.<sup>661</sup>

Im Falle eines fremdfinanzierten Liegenschaftskaufs werden mittels rangwahrender Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Verpfändung auch die Interessen des den Kaufpreis finanzierenden Kreditinstituts abgesichert. Die Einverleibung des Pfandrechts in Form einer Festbetrags- oder Höchstbetragshypothek erfolgt erst mit der Einverleibung des Eigentumsrechts des Käufers.<sup>662</sup>

### **5.3. Zurückbehaltung der Aufsandungserklärung**

Die in beglaubigter Form abgegebene Aufsandungserklärung des Verkäufers, womit das Eigentumsrecht des Käufers einverleibt werden kann, wird in der Praxis vom Treuhänder bis zur Erfüllung der Voraussetzungen der Auszahlung des hinterlegten Kaufpreises aus dem Anderkonto zurückbehalten. Bei belasteten Liegenschaften werden vorerst aus dem

---

<sup>657</sup> OGH 23. 4. 2002, 5 Ob 86/02m.

<sup>658</sup> Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 294.

<sup>659</sup> BGBl I 2012/30.

<sup>660</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 1155.

<sup>661</sup> OGH 23. 4. 2002, 5 Ob 86/02m.

<sup>662</sup> *Randa* in FS Weissmann 746.

durch den Käufer hinterlegten Kaufpreis die abzulösenden Forderungen der Kreditinstitute befriedigt und die Löschungserklärungen in Hinblick auf die im Grundbuch eingetragenen Pfandrechte vom Treuhänder erwirkt. Der Restbetrag des Kaufpreises wird vom Treuhänder auf das vom Verkäufer genannte Konto überwiesen. Bei lastenfreien Liegenschaftskäufen behält der Treuhänder die Aufsandungserklärung des Verkäufers bis zur vollständigen Erlag des Kaufpreises auf dem Anderkonto.<sup>663</sup>

## **B. Formzwang beim Liegenschafts Kauf**

Angesichts des oben näher dargelegten Trennungsprinzips und der Konstitutivwirkung des Grundbucheintrags beim Liegenschaftserwerb ist die Form des schuldrechtlichen Titels getrennt vom Formzwang für die dem sachenrechtlichen Modus zugrundeliegenden Urkunden zu untersuchen.

Der im § 883 ABGB verankerte Grundsatz der Formfreiheit gilt für Kaufverträge über Liegenschaften.<sup>664</sup> Ausnahmen von ihm macht der österreichische Gesetzgeber im § 1 NotAkteG, der ua einen Notariatsaktzwang für Liegenschafts Kaufverträge zwischen Ehegatten festlegt. Dieser Formzwang findet gemäß § 43 Abs 1 Z 11 EPG auch für eingetragene Partner sinngemäße Anwendung. Für die grundbücherliche Eintragungsunterlagen schreibt der österreichische Gesetzgeber die notarielle oder gerichtliche Beglaubigung der Unterschriften der Vertragsparteien als Formzwang vor (§ 431 ABGB iVm § 31 Abs 1 GBG).<sup>665</sup>

In diesen Differenzen und der Zweigleisigkeit der Form der Willenserklärungen erblickt *Hofmeister*<sup>666</sup> die „tieferen Gründe“ jener Bestrebungen, welche auf die Anerkennung der Lehre vom Naturaleigentumserwerb durch Tradition und daher zur Anerkennung der Publizitätswirkung der physischen Besitzübertragung an Liegenschaften abzielten.<sup>667</sup>

---

<sup>663</sup> *Grötsch*, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 302.

<sup>664</sup> *Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 883 Rz 3; *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 883 Rz 1-2 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at); *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 883 Rz 1; *Grötsch*, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 182.

<sup>665</sup> RIS-Justiz: RS0121908; Vgl *Uranitsch*, Formverfügung 11.

<sup>666</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 361.

<sup>667</sup> Vgl auch *Bydlinski* in *Klang*, ABGB<sup>2</sup> § 1053 Rz II/2.



Seiner Meinung nach sei die Formfreiheit des Liegenschaftskaufvertrags in Verbindung mit dem lediglich für die Eintragungsfähigkeit der Urkunde vorgeschriebenen Formzwang vor allem für den Käufer nachteilig. Die Möglichkeit des Abschlusses eines formlosen Kaufvertrags ermuntere die Parteien dazu, vorläufig keine bzw keine eintragungsfähige Vertragsurkunde zu verfassen. Infolgedessen erlange der Käufer keine Sicherung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs bzw keine Grundlage zur grundbücherlichen Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft. Da im Großteil der Fälle der Besitz an der Liegenschaft übertragen werde, sei auch dieser Traditionsakt als anspruchverstärkendes bzw rechtsübertragendes Mittel und „Substrat“ des Buchbesitzes sehr naheliegend, insb bei zerrütteten Grundbuchverhältnissen, worauf sich die Lehre vom Naturaleigentumserwerb stützte.<sup>668</sup>

### 1. Grundsatz des formfreien Verpflichtungsgeschäfts (Titel)

Der Grundsatz der Formfreiheit für Liegenschaftskaufverträge sowie für andere zur Eigentumsübertragung verpflichtende Rechtsgeschäfte wurde im Laufe des 19. Jh nie in Frage gestellt.<sup>669</sup> Im Hintergrund der festen Fundierung dieses Grundsatzes im österreichischen Recht steht der Einfluss der Naturrechtsphilosophie.

Gerade die naturrechtlichen Gedanken wirkten sich durch den starken Systemwillen auf die großen Kodifikationen, dh auf das ALR (1794), frCC (1804) und das ABGB (1811), aus. In dieser Zeit bezeichnete die Lehre die Unklagbarkeit der *pacta nuda* als „römische und dem natürlichen Recht widerstrebende Einrichtung“ und forderte zugleich die Anerkennung die Formfreiheit für schuldrechtliche Verträge.<sup>670</sup> Diese Forderung wurde im Vergleich zum ALR und frCC, welche für Verträge ab einen bestimmten Wert (50 Thaler bzw 150 Francs) die Schriftform vorschrieben, als beträchtliche erachtet, weil das ABGB im § 883 die Formfreiheit aller Verträge zum Grundsatz erhob.<sup>671</sup>

In seinem Kommentar äußerte *Zeiler* sehr prägnant seine Abneigung und Bedenken zu jedem Formzwang. Er meinte, „daß der nicht zu verhühende Mißbrauch die Richter geneigt mache, der Strenge des Gesetzes auszuweichen, und daß die vorgeschriebene Form

---

<sup>668</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 361.

<sup>669</sup> *Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 365.

<sup>670</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 26.

<sup>671</sup> *Zeiller*, ABGB II/1 § 883 Rz 3-4; vgl auch *Markl* in *Gschnitzer*<sup>2</sup> 728.

neue Prozesse veranlasse, die ohne dieselbe gar nicht entstanden wären. Setzt man nun noch hinzu, daß unter einem solchen Zwangsgesetze die des Schreibens oder zur Abfassung schriftlicher Urkunden unfähigen Parteyen, besonders auf dem flachen Lande, genöthiget sind, mit Zeit- und Kostenaufwand sich an Concipienten und Sachwalter zu wenden, die nicht selten entweder gefleißentlich, oder aus angewohnter Rabulisterey, und stolzer Anmassung das einfachste Geschäft in Verwirrung bringen, oder Erläuterungen und Cautelen beysetzen, die in der Folge von der Partey für eigenmächtige Zusätze erklärt werden; so hatte man bey uns keine dringliche Ursache, der alten Sitten: Ein Mann, ein Wort: Ein Wort, ein Mann, ungetreu zu werden. (...) Unser Gesetz läßt daher den Bürgern auch in der Form, ihre Verträge zu schließen, volle Freyheit. Nur der Ehevertrag muß vor Zeugen (...) errichtet [werden].<sup>672</sup> Eine Pflicht zur gerichtlichen Vertragserrichtung oder zur gerichtlichen Vertragsgenehmigung verurteilte er als „die Anmassung eines solchen Zwangs“, der drückend und verderblich sei.<sup>673</sup>

Das ABGB in seiner ursprünglichen Fassung enthielt im Endeffekt mehr Formvorschriften, welche sich allerdings vor allem auf die sachenrechtlichen Verfügungsgeschäften bezogen.<sup>674</sup> Zwecks grundbücherlicher Einverleibung des Eigentumsrechts an Liegenschaften verlangte das Gesetz für die Urkunde eine Schriftform samt Unterschriften beider Vertragsparteien und zusätzlich zwei Aktzeugen.<sup>675</sup> Diese Form wurde aufgrund des § 31 der Grundbuchordnung vom 25. 7. 1871 durch den Formzwang der Schriftform mit gerichtlich oder notariell beglaubigten Unterschriften der Vertragsparteien ersetzt. Der Gesetzgeber hat auf die Beiziehung von zwei Zeugen verzichtet. Diese Reform hat eine heftige Diskussion über seine Notwendigkeit ausgelöst.<sup>676</sup>

In seinen kritischen Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle plädierte *Wellspacher* für die Einführung des Formzwangs der Schriftlichkeit für Liegenschaftskaufverträge. Die Notwendigkeit der Einschränkung der Formfreiheit in diesem Bereich begründete er mit „mißlichen Erscheinungen“ in der ländlichen Praxis: „Derartige Rechtsgeschäfte werden häufig von Bauern in angeheiterter Stimmung am Biertische abgeschlossen, wobei gewöhnlich vereinbart wird, daß die Parteien an einem bestimmten Tage beim Notar erscheinen sollen, um den Vertrag in eine einverleibungsfähige Form zu bringen. Der

---

<sup>672</sup> Zeiller, ABGB II/1 § 883 Rz 3-4; vgl auch Markl in *Gschnitzer*<sup>2</sup> 728.

<sup>673</sup> Zeiller, ABGB II/1 § 883 Rz 4; vgl auch Markl in *Gschnitzer*<sup>2</sup> 728.

<sup>674</sup> Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte 27.

<sup>675</sup> Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte 27, FN 40.

<sup>676</sup> Roncali, Beiträge zur Legalisierungs-Frage in Oesterreich (1873) Vorwort 1.

Oberster Gerichtshof hat bei solchen bedenklichen Vertragsschlüssen häufig den Ausweg gewählt, das Geschäft nach § 884 zu beseitigen, weil sich die Parteien „zu einem schriftlichen Vertrag verabredet“ hätten.<sup>677</sup> Abgesehen von der Kritik *Wellspachers* an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, sollte der von ihm geforderte schriftliche Formzwang vor allem die Übereilungsfunktion erfüllen und zum Schutz der Vertragsparteien dienen.

Auch *Ehrenzweig* äußerte seine Bereitschaft, sich dem seitens *Wellspacher* vorgeschlagenen Formzwang aus gleichen Gründen anzuschließen.<sup>678</sup> Allerdings sei für ihn – wie bereits *Hoffmeister* in seinem Exkurs zum Formgebot für Eigentumserwerbsgeschäfte darlegte – die absolute Nichtigkeit des formwidrigen Kaufvertrages und die daraus resultierende absolute Nichtigkeit des Eigentumserwerbs unangemessen streng. Er machte deshalb einen Gegenvorschlag und bot anstelle der Schriftform ein kurzfristiges (24 Stunden dauerndes) Rücktrittsrecht des Käufers als Übereilungsschutz an.<sup>679</sup> *Ehrenzweig* erblickt in der *status quo* Situation eine übermäßige Begünstigung des Verkäufers, der von dem formlosen, aber für den Käufer sofort bindenden Vertrag, noch nach Jahren zurücktreten könne „und zwar auch, wenn das Grundstück längst übergeben und bezahlt ist.“<sup>680</sup>

Laut *Hanausek* sei der Vorschlag *Wellspachers* „zweifelloso einen Fortschritt gegenüber dem gegenwärtigen Rechtszustand“. Er wendete allerdings gegen diesen Vorschlag ein, dass der schriftliche Formzwang für Liegenschaftskaufverträge keine Abhilfe aus der Perspektive derjenigen sei, „welche gerade in der Zulassung einer bloß obligatorischen Gebundenheit zur bücherlichen Übertragung eines Grundstückes eine Gefahr für die Sicherheit des Immobilienverkehrs erblicken“. Er sprach sich deshalb für die Einführung desselben Formzwangs für Kaufverträge wie für die eintragungsfähigen Urkunden aus und forderte für die Kaufverträge, allerdings bei sonstiger Nichtigkeit, die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Unterschriften beider Vertragsparteien.<sup>681</sup>

---

<sup>677</sup> *Wellspacher*, Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle, AöGZ 10/1908, 77 (77-78).

<sup>678</sup> *Ehrenzweig*, Der Entwurf einer Novelle zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, JLB1 Nr 239, Bd. XXIV, Nr 9, 16. 11. 1912, 193 (195); *Ehrenzweig*, Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (1908) 41-42.

<sup>679</sup> *Hoffmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs 365.

<sup>680</sup> *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 6. Auflage des von Prof. Dr. Pfaff aus dem Nachlasse des Prof. Dr. Josef Krainz herausgegebenen System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Bd. 1. Hälfte: Das Recht der Schulverhältnisse (1920) 380-381.

<sup>681</sup> *Hanausek*, Veräußerung 9-10.

Zum Gegenvorschlag *Ehrenzweigs* nahm *Hanausek* eine ablehnende Stellung. Seiner Meinung nach reiche das kurzfristige Rücktrittsrecht nicht im Geringsten aus, „den Übeln des heutigen Rechtszustandes zu begegnen“. Er liefere überdies kein Argument gegen die Einführung des Formzwangs für Liegenschaftskaufverträge. *Hanausek* hob in diesem Zusammenhang hervor, dass gerade die Existenz eines gesetzlichen Formzwangs für Liegenschaftskaufverträge die Übergabe der bloß mündlich verkauften Liegenschaften und die Bezahlung des Kaufpreises verhindert würde.<sup>682</sup>

Im Gegensatz zu *Ehrenzweig* beurteilte er die Rechtsposition des Käufers in dem Beispiel *Ehrenzweigs*<sup>683</sup> zusammenfassend als ausreichend abgesichert: „Verweigert es dann der Verkäufer, der Formvorschrift zu entsprechen, so steht dem Käufer die *conditio causa data causa non secuta* (§ 1435 ABGB) auf Rückgabe des gezahlten Kaufpreises zu“, den der Verkäufer als unredlicher Besitzer verzinst zurückzuzahlen habe. In weiterer Folge könnte der Käufer die gegenständliche Liegenschaft im Rahmen des Exekutionsverfahrens erwerben, indem er seinen Rückforderungsanspruch gegen den rechtskräftig zugeschlagenen Kaufpreis aufrechnet.<sup>684</sup>

Auch *Gschnitzer* befürwortete die Einführung des Formzwangs für Kaufverträge, ohne jedoch diesen näher zu präzisieren.<sup>685</sup>

*Bydlinski* wies hingegen darauf hin, dass die Formfreiheit des österreichischen Liegenschaftskaufes sich im Allgemeinen bewährt habe. Er sieht aktuell keine Notwendigkeit für die Einführung jeglichen Formzwangs für Liegenschaftskaufverträge, auch nicht für wirtschaftlich wichtige Kaufverträge, weil eine derartige Differenzierung unter Kaufverträgen inkonsequent sei.<sup>686</sup>

Auch *Mayer-Maly* sprach sich für die Beibehaltung der Formfreiheit bei Liegenschaftskaufverträgen aus. Einen Formzwang in diesem Bereich erachtete er als nicht

---

<sup>682</sup> *Hanausek*, Veräußerung 10.

<sup>683</sup> Dh nach dem mündlichen Abschluss des Liegenschaftskaufvertrags und nach der vollzogenen Besitzübergabe und Kaufpreisbezahlung.

<sup>684</sup> *Hanausek*, Veräußerung 10.

<sup>685</sup> *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht BT und Schadenersatz (1988) 26-27.

<sup>686</sup> *Bydlinski* in *Klang*, ABGB<sup>2</sup> § 1053 Rz II/2.

mehr zeitgemäß und weist auf die geringe Anzahl von Fällen, in denen sich das Fehlen des Formzwangs für den Liegenschaftsverkehr nachteilig ausgewirkt habe.<sup>687</sup>

Auch die aktuelle Lehre<sup>688</sup> sowie Rechtsprechung<sup>689</sup> sprechen einstimmig für die Formfreiheit der Liegenschafts Kaufverträge. Somit kommt der Kaufvertrag dann zu Stande, wenn die Vertragsparteien sich – gegebenenfalls auch bloß mündlich – über den Kaufgegenstand und Kaufpreis geeinigt haben.

## 2. Ausnahme: Notariatsaktzwang im NotAkteG

Im Hintergrund der Entscheidung über die Einführung des Notariatsaktzwangs im NotAkteG durch den österreichischen Gesetzgeber steht die Reform und Entwicklung des modernen österreichischen Notariats. Ein rechtshistorischer Rückblick zeigt, dass die Mitwirkung der Notare bei der Errichtung der Liegenschafts Kaufverträge ursprünglich nicht vorgesehen war, da ihre Funktion sich gemäß Gerichtsordnung 1781 nur auf die Ausstellung von Wechselprotesten als öffentlichen Urkunden beschränkte.<sup>690</sup>

Bevor der österreichische Gesetzgeber den Notariatszwang durch das NotAkteG eingeführt, musste er das damalige Notariat umfassend und tiefgreifend reformieren. Gegen seinen keinesfalls zufriedenstellenden Zustand in den österreichischen Kronländern, vor allem gegen ihre mangelhafte Struktur, wurden unter Kaiser Karl VI. die ersten legislativen Maßnahmen ergriffen. Aufgrund des Gesetzes vom 1. 3. 1795 wurde eine Nachweispflicht des Ernennungsdiploms für die in Wien tätigen Notare eingeführt. Diejenigen, welche dieser Pflicht nicht nachkamen, mussten in weiterer Folge um eine Konzession ansuchen. Zwecks Sicherung eines hohen Standards notarieller Tätigkeiten, musste sich jeder Notar einer Prüfung „*super officio notariatus*“ unterziehen.<sup>691</sup> In dieser Zeit waren die Notariatskurkunden noch nicht als öffentliche Urkunden anerkannt.<sup>692</sup>

---

<sup>687</sup> Mayer-Maly in Klang, ABGB<sup>2</sup> § 1054 Rz III/3.

<sup>688</sup> Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 883 Rz 3; Kalls in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 883 Rz 2 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at).

<sup>689</sup> RIS-Justiz: RS0019951, zuletzt OGH 25. 6. 2014, 2 Ob 131/13y; RIS-Justiz: RS0017217, zuletzt OGH 28. 6. 2007, 3 Ob 34/07g.

<sup>690</sup> Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte 28.

<sup>691</sup> Hofmeister, Die vollstreckbare Notariatsurkunde aus historisch-rechtsvergleichender Sicht, NZ 1982, 97 (116).

<sup>692</sup> Hofmeister, NZ 1982, 97 (117).

Ein Jahr nach dem Tod von *Zeiller* im Jahr 1828 wurde durch die historische Rechtsschule geprägter Abkehr von der weitgehenden Formfreiheit des ABGB eine weitere Reform des österreichischen Notariats angeregt,<sup>693</sup> im Vorfeld deren die Advokaten (Rechtsanwälte) im Jahr 1826 den Antrag auf Einführung eines Zwangs zur Errichtung von Urkunden durch Rechtsanwälte stellten. Dieser Antrag wurde im Jahr 1840 wiederholt. Die Oberste Justizstelle nahm zu beiden Anträgen im Jahr 1844 eine ablehnende Stellung ein und führte in diesem Zusammenhang aus, dass sie die Einführung des österreichischen Notariats „als einen angemessenen Hebel zur Förderung der Justizpflege“ betrachte. Sie „regte gleichzeitig die Einführung eines Notariats nach französischem Muster an.“<sup>694</sup>

Die Beleihung von Notaren mit der Beglaubigung der Unterschriften ist auf die beabsichtigte Entlastung der Gerichte von Aufgaben, die nicht zur Rechtsprechung iES gehören, zurückzuführen.<sup>695</sup> Dies erfolgte nach der Revolution im Jahr 1848 und der Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit. Die Notare sollten wesentliche Aufgaben grundherrschaftlicher Gerichte auf dem Gebiet des Beurkundungs- und Beglaubigungswesens übernehmen und volksnah agieren.<sup>696</sup> Durch die Erklärung des Notariatsakts zum Rang öffentlicher Urkunde im Vortrag des damaligen Justizministers *Schmerling* zur Notariatsordnung vom 29. 9. 1850 wurde eine politische Grundlage für die Etablierung des modernen Notariats in Österreich geschaffen.<sup>697</sup> Das französische egalitäre Staatsdenken wurde bei der Reform des österreichischen Notariats allerdings bewusst gemäßigt. Wie *Neschwara* darlegt, hütete sich der damalige Justizminister davor, „dem Kaiser gegenüber in seinem Bericht über die Ausarbeitung des Entwurfs einer Notariatsordnung die Vorbildlichkeit des französischen Systems auch nur anzudeuten.“<sup>698</sup> Seine Ausführungen untermauerte *Schmerling* mit rechtsphilosophischen Gedanken betreffend die historische Rechtsschule, die unter der Reform des öffentlichen Notariats die Wiederherstellung des gemeinrechtlichen Notariats verstand. Diese Argumentationslinie entsprach auch den konservativen Ansichten der Regierungsmitglieder.<sup>699</sup>

---

<sup>693</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 29.

<sup>694</sup> *Hofmeister*, NZ 1982, 97 (117).

<sup>695</sup> *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>5</sup> § 1 Rz 5.

<sup>696</sup> *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>5</sup> § 1 Rz 4.

<sup>697</sup> Der ganze Vortragstext ist zitiert, in: *Kostner*, Wiedereinführung des österreichischen Notariates, NZ 1975, 84 (84-85); vgl auch *Hofmeister*, NZ 1982, 97 (117).

<sup>698</sup> *Neschwara*, Notariatsrecht 4.

<sup>699</sup> *Neschwara*, Notariatsrecht 5.

Die Erlassung der Notariatsordnung mit dem kaiserlichen Patent vom 29. 9. 1850<sup>700</sup> des Kaisers Franz Josef I. führte in weiterer Folge zur Neuorganisation des Notariats sowie zur Einführung des Formzwangs für bestimmte Rechtsgeschäfte. Ihr Inkrafttreten wurde jedoch von der Ernennung einer hinreichenden Anzahl von Notaren im jeweiligen Kronland abhängig gemacht.<sup>701</sup> Gemäß § 3 NO 1850 wurden die unbedingten Eintragungen in die öffentlichen Bücher, daher auch die grundbücherliche Einverleibung des Eigentumsrechts an einer Liegenschaft, dem Notariatsaktzwang oder der Form „einer authentischen Ausfertigung“<sup>702</sup> unterstellt, es sei denn, dass die einzutragende Urkunde von einer öffentlichen Behörde stammt. In § 4 NO 1850 listete das Gesetz jene Rechtsgeschäfte auf, bei denen der Notariatsaktzwang gelten sollte. Diese Auflistung entspricht jener, die heute im § 1 Abs 1 NotAkteG festgelegt ist.

Im Jahr 1852, zu Beginn der Entwicklung neuabsolutistischer Gedanke in Österreich, welche zur Aufhebung der Verfassung 1849 führte, wurde die Existenz sowie die Landesautonomie der Notare neuerlich in Frage gestellt.<sup>703</sup> Deswegen bekam, unter dem federführenden Ministerpräsidenten *Schwarzenberg*, der Justizminister den kaiserlichen Auftrag, „das Notariatsinstitut einer genauen Prüfung zu unterziehen ... und über den Fortbestand des Instituts das Gutachten zu erstatten“, von der Ernennung weiterer Notare habe man ab sofort Abstand zu nehmen.<sup>704</sup>

In seinem Gutachten sprach sich der Justizminister, nach der Debatte in der Ministerkonferenz, für die Beibehaltung des Notariats. Seinen Standpunkt untermauerte er mit dem Wiederaufleben der Winkelschreiberei in Folge der Aufhebung des Notariats. Die zwei gegen das Notariat erhobenen Einwände, dh seinen „politischen Einfluß auf die Bevölkerung“, bei welchem den Notaren eine liberale bzw demokratisch-revolutionäre Gesinnung unterstellt wurde und „der Notariatsaktzwang und die Höhe der Gebühren“ versuchte er mit folgenden Worten zu entkräften: Der Notar „vermöge der Natur seines Geschäftes konservativ“ eingestellt zu sein. Er könne mit „Beschäftigung und Verdienst“ rechnen, wenn im Staat „Ruhe und Ordnung herrschen“. Zum zweiten Einwand sprach sich

---

<sup>700</sup> RGBl. Nr 366.

<sup>701</sup> Gemäß I und II NO 1850.

<sup>702</sup> Einer gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung der Unterschriften.

<sup>703</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 29.

<sup>704</sup> *Neschwara*, Notariatsrecht 8.

der Justizminister für die Aufhebung des Notariatsaktzwangs und eine leichte Herabsetzung der Gebühren aus.<sup>705</sup>

Der Kaiser entschied für die Beibehaltung des Notariats und eine gleichzeitige Ausarbeitung eines neuen Notariatsystems, mit welcher er den Justizminister beauftragte. Ferner erfolgte Ende November 1852 die erste Aufhebung des Notariatsaktzwangs, der zur damaligen Zeit lediglich in Niederösterreich, Oberösterreich und Salzburg gültig war.<sup>706</sup> Die eingeführte NO vom 21. 5. 1855<sup>707</sup> beseitigte den Notariatsaktzwang und die Standesautonomie im großen Umfang.<sup>708</sup> Ihre Standesautonomie erlangten die Notare erst aufgrund der NO vom 25. 7. 1871<sup>709</sup> wieder.<sup>710</sup> Die Regelung des Notariatsaktzwangs wurde damals aus der NO 1871 ausgeklammert und separat im NotAktsG normiert.

Im rechtshistorischen Hintergrund der Entstehung beider Gesetze standen die Bestrebungen der Notare zur Wiedereinführung der Rechtslage nach der NO 1850 und zur stärkeren Annäherung des österreichischen Notariats an das französische Notariatssystem.<sup>711</sup> Diese Reform bezweckte außerdem die Einführung der Exekutionsfähigkeit der Notariatsakte.<sup>712</sup> Die Wiedereinführung des Notariatsaktzwangs hang über dies eng mit der Reform der ZPO zusammen, im Rahmen derer die Mündlichkeit des Verfahrens zur Debatte stand. Im Bericht der „Zivilprozeßordnungskommission des Herrenhauses“ wies man auf „die möglichst sichere rechtskonforme rasche und wohlfeile Rechtsdurchsetzung“ als jene Staatsaufgabe hin, welche durch die Legislative und Exekutive wahrzunehmen ist. Als „eines der wirksamsten Mittel hierzu gilt „die umsichtige Regelung des Urkundenwesens“. <sup>713</sup> Den Erwartungen zufolge konnte die Bedeutung des Notariats durch die wachsende Bedeutung der Urkunden als Beweismittel im Zivilprozess steigen.<sup>714</sup>

Mit dem NotAktsG 1871 wurde der Notariatsaktzwang für bestimmte Rechtsgeschäfte in das österreichische Privatrecht eingeführt. Die im § 1 NotAktsG enthaltene Aufzählung

---

<sup>705</sup> *Neschwara*, Notariatsrecht 8-9.

<sup>706</sup> RGBl. Nr 245; *Lifka*, Die Wiedergeburtstunde des Österreichischen Notariats, NZ 1970, 34 (34-35).

<sup>707</sup> RGBl. Nr 95.

<sup>708</sup> *Hofmeister*, NZ 1982, 97 (117).

<sup>709</sup> RGBl. Nr 75.

<sup>710</sup> *Kostner*, NZ 1975, 84 (86).

<sup>711</sup> *Hlozaneck*, Das österreichische Notariat 1850 bis 1925, NZ 1925, 80 (81).

<sup>712</sup> *Hofmeister*, NZ 1982, 97 (117).

<sup>713</sup> *Lifka*, Zur Genesis der Notariatsordnung vom 25. Juli 1871, NZ 1969, 17 (19).

<sup>714</sup> *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 30-31.



dieser Rechtsgeschäfte ist taxativ.<sup>715</sup> In Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist dieser Formzwang nur bei Liegenschaftskaufverträgen zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern (§ 1 Abs 1 lit b) *leg cit*) sowie bei jenen Kaufverträgen über Liegenschaften, die schriftlich von Blinden abgeschlossen werden (§ 1 Abs 1 lit e) *leg cit*), von Relevanz.

## 2.1. Liegenschaftskaufverträge iSd § 1 Abs 1 lit. b) NotAkteG

Im § 1 Abs 1 lit. b) NotAkteG wurde der Notariatsaktzwang für die zwischen Ehegatten geschlossene Kauf-, Tausch-, Renten- und Darlehensverträge und Schuldbekennnisse eingeführt, und in weiterer Folge gemäß § 43 Abs 1 Z 11 EPG auf eingetragene Partner ausgedehnt. Die Einführung dieses strengen Gebots beim Liegenschaftskauf zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern hat mehrere Schutzfunktionen zu erfüllen, denen aber unterschiedliche Bedeutung nach der Abwägung des Schutzzwecks der Norm zukommt.

Mittels Formzwangs wird das Anliegen des Übereilungsschutzes der Vertragsparteien verfolgt,<sup>716</sup> wobei der Belehrungsaspekt klar im Vordergrund steht.<sup>717</sup> Die ehelichen bzw eingetragenen Partner sollen durch einen qualifizierten und auferstehenden Dritten in Person des Notars über die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts in Kenntnis gesetzt werden. Allerdings wird bereits angesichts der zwingenden Kontaktaufnahme mit einem Notariat zwecks Vereinbarung eines Termins für die Rechtsberatung und Urkundenerrichtung die Übereilungsgefahr reduziert.<sup>718</sup>

Eine historische Betrachtung zeigt, dass durch die Einführung des Notariatsaktzwangs iSd § 1 Abs 1 NotAkteG primär das Ziel des Gläubigerschutzes (Drittschutzes) verfolgt wurde.<sup>719</sup> Der historische Gesetzgeber beabsichtigte auf diesem Weg der Täuschung der Gläubiger über den Haftungsfond des jeweiligen Vertragspartners bzw der Verschleierung wahrer Eigentumsverhältnisse vorzubeugen. Diese Schutzfunktion des Notariatsaktzwangs iSd lit b), dh bei Liegenschaftskaufverträgen wird in der Rechtsprechung und teilweise in

---

<sup>715</sup> RIS-Justiz: 0071180; Riedler in *Schwimann/Kodex*<sup>4</sup> § 883 Rz 6.

<sup>716</sup> *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB<sup>37</sup> § 883 E 32a.

<sup>717</sup> *Bydlinski P.*, Die Notariatspflicht 1850 und heute, NZ 1990, 289 (290).

<sup>718</sup> *Bydlinski P.*, NZ 1990, 289 (290).

<sup>719</sup> *Bydlinski F./Bydlinski P.*, Gesetzliche Formgebote auf dem Prüfstand (2001) 40; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB<sup>37</sup> § 883 E 32b.

der aktuellen Lehre als obsolet erachtet, sodass der Übereilungsschutz in den Vordergrund rückte.

In diesem Kontext wird darauf hingewiesen, dass die Erfüllung der *ratio legis* im selben Ausmaß durch die beglaubigte Form der Vertragsurkunde gewährleistet werde.<sup>720</sup> Die Aktualität des Gläubigerschutzes als *telos* des vorgeschriebenen Notariatsaktzwangs wird ebenfalls wegen des Schutzzwecks der Anfechtungsvorschriften der IO und AnfO in Frage gestellt.<sup>721</sup>

Deshalb plädieren *Franz Bydlinski*, *Peter Bydlinski* und *Dehn* für eine Revision der Notwendigkeit des Notariatsaktzwangs beim genannten Liegenschafts Kauf und seine allfällige Aufhebung zu Gunsten der Formfreiheit.<sup>722</sup> Laut *Franz Bydlinski* und *Peter Bydlinski* sei auch der Übereilungsschutz durch den Formzwang je nach Ehesituation entweder nicht nötig oder nur schwer möglich, sodass neuerlich genau zu prüfen sei, ob mit Hilfe des aufwändigen Notariatsakts wirklich ein durchgreifender Parteienschutz erreicht werden könne. Mit dieser vorsichtig formulierten Anregung *de lege ferenda* ziehen sie die Beibehaltung des Notariatsaktzwangs „bei Geschäften von größerem finanziellem Umfang“ in Erwägung.<sup>723</sup>

Eine andere Ansicht vertreten *Welser*, *Gruber* und *Kalss*, die den Gläubigerschutz mittels Formzwangs weiterhin für zeitgemäß erachten und an dieser Stelle auf die ergänzende Rolle des Notariatsaktzwangs beim Gläubigerschutz hinweisen, welche gemeinsam mit der Gläubigeranfechtung ein sinnvolles Sicherungssystem darstellen solle.<sup>724</sup>

## 2.2. Liegenschafts Kaufverträge iSd § 1 Abs 1 lit e) NotAktG

Der Notariatsaktzwang gilt für alle Urkunden über Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die von Blinden errichtet werden, sofern dieselben das Rechtsgeschäft in eigener Person

---

<sup>720</sup> *Bydlinski P.*, NZ 1990, 289 (290); OGH 5 Ob 124/92, JBl 1993, 312 (313); *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB<sup>37</sup> § 883 E 32c; *Hoffmann*, Gesetzliche Formgebote zeitgemäß?, AnwBl 2001, 501 (501).

<sup>721</sup> *Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> Anh zu § 886 Rz 4; *Bydlinski P.* in KBB<sup>4</sup> § 883 Rz 2; aA *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 883 Rz 6 und 21 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at).

<sup>722</sup> *Bydlinski F./Bydlinski P.*, Gesetzliche Formgebote 41; *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 97-100.

<sup>723</sup> *Bydlinski F./Bydlinski P.*, Gesetzliche Formgebote 41.

<sup>724</sup> *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 883 Rz 6 und 21 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at); *Welser*, Notariatskat: Abschaffung, Ersatz durch Schriftform, „geteilte Form“ und „halbe Form“, in FS Weissmann (2003) 995; *Gruber*, Studien zur Teleologie der notariellen Form, in *Rechberger* (2002) 80 f.

schließen (§ 1 Abs 1 lit e) NotAkteG).<sup>725</sup> Diese Norm erstreckt ihren Schutzzweck *expressis verbis* nunmehr nur auf Blinden.<sup>726</sup> Sie dient nicht dem Schutz der Interessen Dritter.<sup>727</sup> Als blind iSd NotAkteG werden jene Personen qualifiziert, welche die Dinge der Außenwelt praktisch nicht mehr wahrnehmen.<sup>728</sup>

Der Notariatsaktzwang umfasst nur schriftliche Liegenschafts Kaufverträge und beschränkt keinesfalls die Gültigkeit mündlicher Kaufverträge über Liegenschaften.<sup>729</sup> *Ratio legis* dieser Lösung besteht im Schutz hilfsbedürftiger Vertragspartei und deren Sicherung vor Übereilung. Die Schutzbedürftigkeit eines blinden Vertragspartners ist auf seine fehlende Wahrnehmungsfähigkeit des wahren Inhalts schriftlicher Vertragsurkunden zurückzuführen, welcher uU mit den mündlichen Vereinbarungen nicht unbedingt übereinstimmen könnte. Diese eventuellen Abweichungen, könnten sich sonst im Rahmen der freien (richterlichen) Beweiswürdigung zum Nachteil des blinden Vertragspartners auswirken, obwohl diese für ihn alleine nicht verifizierbar sind. Auch die Sicherung der Rechtsbelehrung, als eine sozialstaatliche Aufgabe des eingeführten Formzwangs, gewinnt an dieser Stelle zusätzlich an Bedeutung.<sup>730</sup>

Da der Zwang zur Vorlage einer eintragungsfähigen Urkunde dem Grundbuchsgericht im gleichen Ausmaß durch eine beglaubige Privaturkunde wie durch einen Notariatsakt erfüllt wird, spielt allerdings bei Liegenschaftstransaktionen iSd lit b) und e) *leg cit* der Beweisaspekt eine sekundäre Rolle.<sup>731</sup>

### **3. Formzwang der Aufsandungserklärung (Modus)**

Gemäß § 31 Abs 1 GBG kann die Einverleibung iSd § 8 Z 1 GBG entweder aufgrund öffentlicher Urkunden (Notariatsakte) oder jener Privaturkunden vorgenommen werden, auf denen die Unterschriften der Parteien gerichtlich oder notariell beglaubigt sind und der Beglaubigungsvermerk bei natürlichen Personen auch das Geburtsdatum enthält.

---

<sup>725</sup> Kalls in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 883 Rz 20 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at).

<sup>726</sup> Bydlinski P., Neues im Recht der Rechtsgeschäftsform, RdW 2001, 716 (716).

<sup>727</sup> Riedler in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 883 Rz 7.

<sup>728</sup> Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB<sup>37</sup> § 883 E 55.

<sup>729</sup> RIS-Justiz: RS0010429; Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 883 Rz 11;

<sup>730</sup> Reithmann in Gutachten 175 Jahre ABGB 39.

<sup>731</sup> RIS-Justiz: RS0070870.

Eintragungsfähige Privaturkunden sowie die Notariatsakte, aufgrund derer eine Einverleibung des Eigentumsrechts in das Grundbuch vorgenommen werden soll, müssen gemäß § 32 Abs 1 lit b) GBG eine ausdrückliche Einwilligung in die Einverleibung desjenigen enthalten, dessen Eigentumsrecht auf eine andere Person übertragen wird. Diese Einwilligung wird als Aufsandung bezeichnet. Die Etymologie dieses Wortes ist auf die Aufkündigung eines Lehens durch den Lehensherrn und Lehensmann zurückzuführen, die als „Aufsand“ bezeichnet wurde. Mit dieser war generell die Besitzübertragung bzw die Ausstellung einer Urkunde verbunden.<sup>732</sup> Die Aufsandungserklärung kann entweder im Kaufvertrag oder im Grundbuchgesuch selbst abgegeben werden.<sup>733</sup> Enthält die Aufsandungserklärung nur eine Einwilligung zu der bürgerlichen Eintragung statt der Einverleibung, dann kann dies nur zur Bewilligung der Vormerkung nach § 35 GBG führen.<sup>734</sup> Zwecks einer verlässlichen Individualisierung von natürlichen Personen hat die Aufsandungsurkunde das Geburtsdatum des Verkäufers und Käufers zu enthalten (§ 27 Abs 2, § 31 Abs 1 und § 98 GBG).<sup>735</sup> Bei juristischer Personen ist der genaue Firmenwortlaut samt Sitz und Geschäftsadresse anzugeben. Die Bekanntgabe der Firmenbuchnummer ist nicht erforderlich.<sup>736</sup>

Laut *Hofmeister* bestehen zwei Unterschiede zwischen der Aufsandungserklärung (Einverleibungsbewilligung) und einem dinglichen Vertrag. Erstens stellt die Aufsandung, im Gegensatz zum dinglichen Vertrag, eine einseitige Willenserklärung des Verkäufers dar. Zweitens ist sie nicht an den Käufer als Vertragspartner, sondern an das Grundbuchgericht gerichtet, sodass sie eine sachenrechtliche Verfügung mit verfahrensrechtlichen Komponenten bildet.<sup>737</sup>

Gemäß § 121 JN sind für gerichtliche Beglaubigungen Bezirksgerichte sachlich zuständig. In den Bundesländern Tirol und Vorarlberg gelten Sondervorschriften in den Grundbuchsachen,<sup>738</sup> nach welchen auch bestellte Vertrauenspersonen der Gemeinden, sog

---

<sup>732</sup> *Sprung/Köllensperger*, Zur Intabulation des ersonnenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§1498 ABGB), in FS Rechberger (2005) 633 FN 47.

<sup>733</sup> *Weigand* in *Kodek*, Grundbuchsrecht § 32 Rz 21.

<sup>734</sup> LG Feldkirch 4 R 39/99m; aA LGZ Graz 1 R 2/87 NZ 197/94.

<sup>735</sup> LGZ Wien 46 R 573/83 NZ 1984/31.

<sup>736</sup> RIS-Justiz: RS0113605.

<sup>737</sup> *Hofmeister*, Welche Unterschriften muß eine grundbuchsfähige Pfandbestellungsurkunde tragen? NZ 1981, 113 (115).

<sup>738</sup> Tiroler Grundbuchslegungsgesetz RGBL. Nr 1897/77 und Vorarlberger Grundbuchslegungsgesetz RGBL. Nr 1900/44.

Legalisatoren, die Unterschriften für die lokalen Bezirksgerichte beglaubigen können.<sup>739</sup> Gemäß § 79 NO haben die Notare die Unterschriften der Vertragsparteien zu beglaubigen, wenn diese vor ihnen entweder geleistet oder anerkannt wurden.<sup>740</sup>

Der Schutzzweck des im § 31 Abs 1 GBG eingeführten Formzwangs besteht in der Sicherung der Echtheit der festgestellten Identität jener Person, welche die Unterschrift auf der Privaturkunde leistete. Durch den gerichtlichen oder notariellen Beglaubigungsvermerk wird die Echtheit der Unterschrift gewährleistet.<sup>741</sup> Obwohl die Aufsandungserklärung vom Verkäufer abgegeben wird, genügt es nicht, wenn nur seine Unterschrift als der belasteten Partei unter der Aufsandungsurkunde beglaubigt wird. Die Beglaubigungspflicht iSd § 31 GBG darf nicht eng ausgelegt werden. Vielmehr muss auch die Echtheit der Unterschrift des Käufers als der berechtigten Partei beglaubigt werden.<sup>742</sup>

Eine Ausnahme stellen die geringfügigen Grundbuchssachen iSd § 34 GBG dar, bei denen vom Zwang der notariellen bzw gerichtlichen Beglaubigung abgesehen wird und durch die Mitfertigung von zwei glaubwürdigen Personen als Zeugen ersetzt wird. Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn die Parteien die Urkunde vor jenem Bezirksgericht errichtet haben, das einem Sprengel des selben Gerichtshofes erster Instanz zugewiesen wurde, in dem die Einverleibung vorgenommen werden soll.<sup>743</sup>

Dieser Formzwang bezweckt keinesfalls den Schutz der Vertragsparteien vor Übereilung, was die Entstehungsgeschichte des ABGB und GBG belegt.<sup>744</sup> Nach dem Entwurf *Martinis* hätte der Verkäufer vor der Einverleibung des Eigentums vom Grundbuchsgericht zwecks Identitätssicherung gehört werden sollen. Erst nach seiner Einwilligung in die Einverleibung wäre diese Eintragung anzuordnen gewesen. Diese Lösung wurde allerdings von der Hofkommission in Gesetzesachen abgelehnt und durch den Formzwang einer eintragungsfähigen Urkunde, die mit dem Grundbuchgesuch vorzulegen ist, ersetzt.<sup>745</sup> Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen anlässlich der Notariatsreform 1871 wurde die Entscheidung über den Abbau des Notariatsaktzwangs im Grundbuchverfahren getroffen,

---

<sup>739</sup> *Weigand in Kodek*, Grundbuchsrecht § 31 Rz 6; vgl auch RIS-Justiz: RS0122967.

<sup>740</sup> *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>5</sup> § 79 Rz 7-8.

<sup>741</sup> *Weigand in Kodek*, Grundbuchsrecht § 31 Rz 2.

<sup>742</sup> *Feil/Marent/Preis*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 31 Rz 1; *Weigand in Kodek*, Grundbuchsrecht § 31 Rz 5.

<sup>743</sup> Diese Lockerung des Formzwangs wurde erstmals gemäß § 1 des Gesetzes vom 5. 6. 1890, RGBl. Nr 109 eingeführt, in dem als Wertgrenze der Betrag von 100 Gulden festgelegt wurde. Dieser Betrag änderte sich im Laufe der Zeit und betrug 8.000 S. Derzeit beträgt er EUR 600,- iSd § 34 Abs 2 Z 3.

<sup>744</sup> *Bydlinski F.*, Zur Schadenshaftung des beglaubigenden Notars, NZ 1974, 145 (145-147).

<sup>745</sup> *Sprung/Köllensperger* in FS Rechberger 633 FN 47.

sodass der sog Legalisierungszwang von Privaturkunden im Grundbuchgesetz vom 25. 7. 1871<sup>746</sup> separat eingeführt wurde.<sup>747</sup>

Die zeitgenössischen Abhandlungen zu diesem Thema weisen auf die Notwendigkeit der Unterschriftbeglaubigungen bei privaten Tabularurkunden hin und begründen sie mit den zahlreichen Fällen der Urkundenfälschungen einerseits sowie mit der Denkweise und Mentalität der ländlichen Bevölkerung andererseits.<sup>748</sup> Mit seinen Praxisberichten belegt *Roncali*<sup>749</sup> ausführlich, wie zB Unterschriften auf Privaturkunden für Bekannte bzw Verwandte geleistet waren: „(...) Bei Vornahme der Schuldschein-Legalisierung (Tag darauf) wurden diese zwei Cessionen, welche die Unterschriften der Tabular-Interessenten Gastwirth M. und der Schwester der Frau S. trugen, übergeben. Einer der auf diesen Sessionen bereits unterfertigten zwei Zeugen aber fragte den Notar ganz naiv, ob es nichts mache, daß er den Namen des Gastwirthes M. unterschrieben habe, weil Letzterer nicht zu Hause war. Als der Notar erklärte, daß dies die Urkunde ganz ungiltig mache, und daher eine neue ausgestellt werden müßte, wunderten sich die Leute. Hierüber erzählte ihm Frau S., sie (die Schuldnerin) habe auch, ohne zu fragen, auf der Prioritäts-Cession der Forderung pr. 700 fl. Den Namen ihrer Schwester unterschrieben, weil sie deren Zustimmung gewiß sei.“<sup>750</sup>

### **C. Reichweite des Formzwangs**

Wo kein Formzwang besteht, kann keine Rede von seiner Reichweite sein. Daher ist die Rechtsfrage nach der Reichweite des Formzwangs im österreichischen Recht bei formfreien Verpflichtungsgeschäften in diesem Bereich gegenstandslos. Diese Rechtsfrage stellt sich nur hinsichtlich der formpflichtigen Verpflichtungsgeschäften, die aufgrund des im NotAktsg eingeführten Notariatsaktzwangs für Liegenschaftsverträge unterliegen. Gemeint sind hier die Liegenschaftskaufverträge iSd § 1 Abs 1 lit b) und e) NotAktsg.

Darüber hinaus ist die Reichweite des Formzwangs von eintragungsfähigen Verfügungsgeschäften zu untersuchen, sowie anschließend die Reichweite des über das

---

<sup>746</sup> RGBl. Nr 95.

<sup>747</sup> *Neschwara*, Notariatsrecht 47-48.

<sup>748</sup> Vgl *Roncali*, Legalisierungs-Frage; *Hanausek*, Veräußerung; *Uranitsch*, Formverfügung.

<sup>749</sup> Dr. Leone Roncali war als k u k Notar tätig.

<sup>750</sup> *Roncali*, Legalisierungs-Frage 1 (Fall aus Niederösterreich 1870).

Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft hinaus gehenden Formzwangs, welche sich eventuell auf Vorverträge und Vollmachten auswirkt.

## 1. Bei Kaufverträgen

Gemäß §§ 1053, 1061 f iVm 431 ABGB verpflichtet sich der Verkäufer durch den Kaufvertrag zur Übereignung und tatsächlichen Übergabe einer Liegenschaft und der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises (*essentialia negotii*). Nach ständiger Jud und hL bezieht sich die Reichweite des Notariatsaktzwangs grundsätzlich auf alle *essentialia negotii*.<sup>751</sup> Über eine weitere Reichweite des Formzwangs innerhalb des Kaufvertrags und ihre Ausdehnung auf Nebenabreden entscheidet der jeweilige Formzweck, vor allem der Drittschutz.<sup>752</sup> Maßgebend sind dabei auch die Art des Formzwangs und sein Ausnahmecharakter.<sup>753</sup> Dies gilt auch für den Notariatsaktzwang, der deshalb nicht unbedingt den gesamten Inhalt eines Rechtsgeschäftes umfassen muss, sondern sich lediglich auf die objektiv wesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*) beschränken kann. Der sonstige Inhalt (*accidentalia negotii*) kann dann formfrei vereinbart werden.<sup>754</sup> Beim Zweifeln über die Reichweite des Formzwangs ist nach dem Willen des Gesetzgebers stets zu Gunsten der Formfreiheit zu entscheiden.<sup>755</sup>

Diese Rechtsansicht bildete sich vor allem anlässlich der Diskussion über die Reichweite des Notariatsaktzwangs bei der Übertragung von GmbH-Anteilen heraus. Nach hL verfolgt der im § 76 Abs 2 GmbHG statuierte Notariatsaktzwang drei Schutzzwecke.<sup>756</sup> Die Immobilisierung der GmbH-Anteile als der primäre Formzweck, mit welchem die Zirkulationsfähigkeit der Gesellschaftsanteile und ihr unkontrollierter Handel unterbunden werden (Kontrollfunktion des Formzwangs),<sup>757</sup> wird beim Liegenschafts Kauf nicht verfolgt.<sup>758</sup>

---

<sup>751</sup> OGH 7 Ob 182/01t, ecolex 2003/314; OGH 19. 6. 1986, 7 Ob 617/86; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB<sup>37</sup> § 883 E 41.

<sup>752</sup> RIS-Justiz: RS0031424; zuletzt: OGH 21. 2. 2014, 5 Ob 110/13g.

<sup>753</sup> *Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 883 Rz 1: § 884 Rz 3 ff (gewillkürte Form), § 886 Rz 16 (gesetzl Form).

<sup>754</sup> OGH 7 Ob 182/01t ecolex 2003/314; OGH 15. 5. 2001, 5 Ob 41/01t; *Bruckbauer*, Notariatsaktspflicht bei Anteilsübertragung, ecolex 2002, 589 (589); vgl auch *Boemke/Ulrici*, BGB Allgemeiner Teil (2009) 173.

<sup>755</sup> RIS-Justiz: RS0071185.

<sup>756</sup> Vgl *Auer*, Zur Formpflicht gem. § 76 Abs. 2 GmbHG, JBl 2011, 361 (361); *Trettnak*, Option auf Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen: Formfreiheit von (Neben-) Abreden, RdW 2010, 555 (567); *Wilhelm*, Zur Formalität verdeckter Schenkungen von GmbH-Anteilen, NZ 1994, 250 (250).

<sup>757</sup> *Bruckbauer*, ecolex 2002, 589 (589-590).

<sup>758</sup> OGH 5 Ob 124/92 JBl 1993/312.

Hingegen steht der Schutz vor einem übereilten Liegenschafts Kauf zwischen Ehegatten bzw eingetragenen Partnern sowie einem übereilten Liegenschafts Kauf durch die hilfsbedürftigen Personen iSd § 1 Abs 1 lit. e) NotAkteG als Formzweck im Vordergrund. Diese Schutzfunktion wird auch durch den Notariatsaktzwang bei der Übertragung von GmbH-Anteilen verfolgt.<sup>759</sup> Sie kann allerdings nur dann wirksam realisiert werden, wenn alle objektiv wesentlichen Bestandteile eines Rechtsgeschäftes (*essentialia negotii*) im Notariatsakt ausdrücklich festgelegt werden.<sup>760</sup> Drittens wird durch die Klarstellungs- bzw Publizitätsfunktion mittels des Notariatsaktzwangs der Gläubigerschutz dahingehend gesichert, dass die Feststellung der echten Identität der Gesellschafter durch den Notariatsakt gewährleistet wird.<sup>761</sup> Dieser Formzwang dient außerdem der Beweissicherung.<sup>762</sup>

Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung besteht kein Notariatsaktzwang für bloße Nebenabreden (*accidentalialia negotii*) und auch nicht hinsichtlich des Kaufpreises.<sup>763</sup> Dies gilt allerdings nicht für eine Optionsvereinbarung, die entsprechend dem Schutzzweck der Formvorschrift des § 76 Abs 2 GmbHG dem Notariatsaktzwang unterliegt.<sup>764</sup>

Aus Anlass unrichtiger Angaben des tatsächlich vereinbarten Kaufpreises im Notariatsakt setzte sich der OGH auch mit der Reichweite dieses Formzwangs beim Liegenschafts Kauf auseinander. Zu prüfen war, ob die formwidrigen Nebenabreden dem Notariatsaktzwang zuwiderlaufen. Im Hintergrund der unrichtigen Angaben stand die Abgabenhinterziehung durch die Vertragsparteien. In seiner E vom 3. 6. 1953 vertrat der OGH die Rechtsansicht, dass die formwidrigen Nebenabreden nach dem Zweck des für den Liegenschafts Kaufvertrag geltenden Notariatsaktzwangs gültig seien, wenn das beurkundete Rechtsgeschäft im verdeckten Rechtsgeschäft derart enthalten sei, dass es durch eine Zusatzvereinbarung (Nebenabrede) in das verdeckte Rechtsgeschäft verwandelt werden könne. Die Vereinbarung eines höheren Kaufpreises sei als mündlich getroffene Nebenabrede anzusehen, sodass beim Abschluss eines Scheingeschäftes zwecks Gebührenhinterziehung das verdeckte Geschäft nicht ungültig sei.<sup>765</sup> Diese

---

<sup>759</sup> RIS-Justiz: RS0060234; zuletzt: OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10y.

<sup>760</sup> Vgl *Schummer*, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, *ecolex* 1991, 319 (319); *Bruckbauer*, *ecolex* 2002, 589 (590-591)

<sup>761</sup> RIS-Justiz: RS0060256; zuletzt: OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10y.

<sup>762</sup> RIS-Justiz: RS0060244.

<sup>763</sup> OGH 5 Ob 41/01t, RdW 2001/670 = wbl 2001/351.

<sup>764</sup> OGH 7 Ob 182/01t, *ecolex* 2003/314.

<sup>765</sup> OGH 2 Ob 158/53 JBl 1954/43.



Entscheidungslinie bestätigte der OGH in seiner späteren Entscheidungen.<sup>766</sup> Auch in seiner jüngeren E sah sich der OGH nicht veranlasst, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen.<sup>767</sup>

Da der Formzweck, wie oben dargelegt, heute primär zum Schutz der Ehegatten, eingetragenen Partnern und Blinden vor einer übereilten Entscheidung über den Liegenschafts Kauf besteht, sollen bei der Errichtung des Notariatsakts dem betroffenen Personenkreis (vor allem dem Käufer) die mit dieser Transaktion verbundenen Risiken beleuchtet und bewusst gemacht werden. Der betroffene Personenkreis soll vom Notar eingehend über die üblichen Gefahren professionell belehrt werden, damit er sich mit ihnen umfassend auseinandersetzen kann.

Laut dem OGH gehört der Kaufpreis zwar zur *essentialia negotii* des Liegenschafts Kaufvertrags, er bringe aber in sich keine anderen Risiken, als dies bei jedem anderen, nicht formbedürftigen Kauf auch der Fall sei. In wirtschaftlichen Belangen entscheidet der Käufer selbst, sodass in dieser Hinsicht kein besonderes Schutzbedürfnis zu erkennen sei. Vor allem darin gilt es den betroffenen Personenkreis vor Übereilung zu schützen. Es liege daher kein Formmangel vor, wenn die Ehegatten, eingetragenen Partner oder Blinden zusätzlich zum notariellen Kaufvertrag über eine Liegenschaft eine formlose Nebenabrede wirtschaftlicher Natur, dh hinsichtlich eines Kaufpreisteils abschließen.<sup>768</sup>

Für diese liberale Rechtsansicht des OGH spielen mE auch fiskalpolitische Aspekte des öffentlichen Interesses eine Rolle. Nur der tatsächlich vereinbarte Kaufpreis ist als Gegenleistung für die veräußerte Liegenschaft und daher als Bemessungsgrundlage der Abgaben heranzuziehen. Dies ist allerdings nur bei der Gültigkeit des Kaufvertrags erhaltenden Auslegung des Notariatsaktzwangs möglich.

## **2. Bei Aufsandungserklärungen**

Die Einverleibung des Eigentumsrechts erfolgt aufgrund einer Aufsandungsurkunde, die entweder in Form einer Privaturkunde mit den gerichtlich oder notariell beglaubigten

---

<sup>766</sup> OGH 3. 4. 1975, 6 Ob 200/74; OGH 1 Ob 10/79 NZ 1980/88.

<sup>767</sup> OGH 15. 5. 2001, 5 Ob 41/01t.

<sup>768</sup> OGH 15. 5. 2001, 5 Ob 41/01t.

Unterschriften beider Vertragsparteien oder in Form eines Notariatsakts zu errichten ist.<sup>769</sup> Sie hat alle wesentlichen Elemente des Kaufvertrages (*essentialia negotii*) zu enthalten und ist stets in ihrer Gesamtheit zu beurteilen.<sup>770</sup> Auch der grundsätzlich formfreie Liegenschaftskaufvertrag muss, als Eintragungsgrundlage, zwecks grundbücherlicher Durchführung in einer eintragungsfähigen Form errichtet werden.<sup>771</sup> Zugleich hat sich die Aufsandungserklärung auf das Titelgeschäft zu beziehen und den Kaufgegenstand zur Gänze beschreiben.<sup>772</sup>

Die Reichweite des Formzwangs der Aufsandungserklärung erstreckt sich somit zwecks Entfaltung sachenrechtlicher Wirkung auf die Titellurkunde (Kaufvertrag). Wird der Kaufvertrag und die Aufsandungserklärung in zwei getrennten Urkunden erreicht, dann müssen beide für die grundbücherliche Durchführung beglaubigt unterfertigt werden.<sup>773</sup> in dem Urkundenkonvolut ist jede einzelne Urkunde beglaubigt zu unterschreiben.<sup>774</sup> Dieser Legalisierungszwang nach § 31 GBG darf nach der Rechtsprechung nicht eng ausgelegt werden.<sup>775</sup>

In weiterer Folge stellt sich die Rechtsfrage, ob die Reichweite des Notariatsaktzwangs bei Liegenschaftskaufverträgen, die in den Anwendungsbereich des NotAkteG fallen, sich auch auf die Aufsandungserklärung erstreckt. Um die Frage zu beantworten, ist der jeweilige Formzwang auf seinen Zweck zu prüfen. Im Gegensatz zum Notariatsaktzwang dient die Unterschriftsbeglaubigung auf der Aufsandungsurkunde lediglich der verlässlichen Feststellung der Echtheit der durch die Vertragsparteien geleisteten Unterschriften und keinesfalls der Bewahrung vor einer übereilten Kaufentscheidung bzw zum Zwecke einer fachmännischen Rechtsberatung.<sup>776</sup> Daher ist mE die Frage bei einem Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften und einer Errichtung zweier separater Urkunden zu verneinen.<sup>777</sup>

---

<sup>769</sup> Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht § 32 Rz 46.

<sup>770</sup> RIS-Justiz: RS0060417; RIS-Justiz: RS0010950.

<sup>771</sup> Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht § 31 Rz 1.

<sup>772</sup> Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht § 32 Rz 21.

<sup>773</sup> RIS-Justiz: RS0124536; Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht § 31 Rz 4.

<sup>774</sup> KG Korneuburg 5 R 337/87 RPfSlgG 2392 = ÖRPfI 2/1994, 44.

<sup>775</sup> OGH 7 Ob 101/71 RZ 1972/33.

<sup>776</sup> Weigand in Kodek, Grundbuchsrecht § 31 Rz 2.

<sup>777</sup> Vgl auch OGH 23. 2. 1989, 6 Ob 525/89.

### 3. Bei Vorverträgen

Der Vorvertrag begründet gemäß § 936 ABGB eine Verpflichtung zum künftigen Abschluss eines Hauptvertrags mit einem bestimmten Inhalt. Nur wenn der Vorvertrag ausreichend konkretisiert ist und den Abschlusszeitpunkt des Hauptvertrags enthält, begründet er einen einklagbaren Erfüllungsanspruch, dh einen Anspruch auf den Abschluss des Hauptvertrages.<sup>778</sup>

Auch für Vorverträge gilt grundsätzlich die Formfreiheit.<sup>779</sup> Wenn allerdings ein Formzwang, der keinen bloßen Ordnungscharakter hat, für den Hauptvertrag gesetzlich vorgeschrieben ist, dann erfasst seine Reichweite auch den Vorvertrag.<sup>780</sup> Der Vorvertrag unterliegt dann demselben Formzwang wie der Hauptvertrag.<sup>781</sup> Nach stRsp<sup>782</sup> und hL<sup>783</sup> beabsichtigt der Gesetzgeber mit dieser Ausdehnung der Reichweite des Formzwangs außerhalb des Hauptvertrages auf den Vorvertrag die Vereitelung der jeweiligen Formfunktion des Hauptvertrags, insb des Übereilungsschutzes, zu vermeiden.

Beim Vorvertrag über den künftigen Abschluss eines Liegenschaftskaufvertrags iSd § 1 Abs 1 lit b) und lit e) NotAkteG ist daher die Notariatsaktform zwingend einzuhalten.<sup>784</sup>

### 4. Bei Vollmachten

Das österreichische Recht unterteilt die Vollmachten in General-, Gattungs- und Spezialvollmachten (§ 1006 ABGB).<sup>785</sup> Die Vollmachten sind grundsätzlich iSd § 883 ABGB formfrei, da diese Rechtsnorm nicht nur auf Verträge, sondern analog auf alle Willenserklärungen Anwendung findet.<sup>786</sup> Aufgrund des im österreichischen Recht geltenden Trennungsprinzips sind die Reichweite des formpflichtigen Liegenschaftskaufvertrags und die Reichweite der formpflichtigen Aufsandungserklärung separat näher zu untersuchen.

<sup>778</sup> RIS-Justiz: RS0019079; OGH 29. 1. 2015, 9 Ob 61/14g.

<sup>779</sup> Perner in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 936 Rz 17.

<sup>780</sup> Gruber in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 936 Rz 9 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at).

<sup>781</sup> OGH 20. 12. 2006, 7 Ob 203/06p.

<sup>782</sup> OGH 20. 4. 2005, 7 Ob 62/05a; OGH 14. 3. 2005, 4 Ob 271/04p; OGH 22. 3. 2000, 3 Ob 43/99s.

<sup>783</sup> Bydlinski in *KBB*<sup>4</sup> § 936 Rz 1; Gruber in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 936 Rz 9 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at); Perner in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 936 Rz 17.

<sup>784</sup> RIS-Justiz: RS0024162.

<sup>785</sup> Apathy in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1006 Rz 1.

<sup>786</sup> Rubin, Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft, *ecolex* 2010, 24 (25); Dullinger in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 883 Rz 2; OGH 16. 1. 1992, 7 Ob 506/92.

#### 4.1. Vollmachten zum Abschluss der Liegenschafts Kaufverträge

Da der Liegenschafts Kaufvertrag grundsätzlich keinem gesetzlichen Formzwang unterliegt, ist auch die Vollmacht zu seinem Abschluss grundsätzlich formfrei. Abweichend sieht die Lage bei notariatsaktspflichtigen Liegenschafts Kaufverträgen iSd NotAKtsG aus. Die sich nur in diesem Zusammenhang stellende Frage nach der Reichweite des gesetzlichen Formzwangs des Kaufvertrags auf die Form der Vollmacht wird mangels einer gesetzlichen Anordnung mit der Anknüpfung an den Zweck der jeweiligen Formvorschrift zu beantworten sein. Dabei steht vor allem der Übereilungsschutz im Vordergrund.<sup>787</sup>

Laut stRsp<sup>788</sup> und hL<sup>789</sup> gilt der Formzwang des formgebundenen Rechtsgeschäfts nur dann für die Vollmacht, wenn er die Warnfunktion zu erfüllen hat und die Vertragsparteien vor einer übereilten Entscheidung geschützt werden sollen. Laut *Bydlinski* müsse anhand der jeweiligen *ratio legis* geprüft werden, ob die Formfreiheit für die betreffende Vollmacht wertungskonsistent sei. Sei das nicht der Fall, dann könne § 883 ABGB nicht angewendet werden und die Rechtslücke sei zum betreffenden Formzwang aus Gründen der Verkehrssicherheit *per analogiam* zu schließen.<sup>790</sup>

Mit dieser Reichweite des Formzwangs für formbedürftige Rechtsgeschäfte wird der durch diese Form bewirkte Schutz vor Übereilung zeitlich vorverlegt, was zur Sicherheit der künftigen Vertragspartei bereits bei der Vollmachterteilung beitragen soll. Die Notwendigkeit dieser Lösung resultiert daraus, dass bereits zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung das Übereilungsrisiko für die künftige Vertragspartei realisiert wird, weil aufgrund der erteilten Vollmacht die Setzung des Ausführungsgeschäfts durch die Partei selbst ersetzt werden kann.<sup>791</sup>

Soll jedoch der gesetzliche Formzwang des Ausführungsgeschäfts bloß die Beweisfunktion erfüllen, dann wirkt er sich auf die Form der Vollmacht nicht aus.<sup>792</sup> *Rubin* differenziert hier allerdings zwischen dem Beweiszweck betreffend die Formvorschriften des Ausführungsgeschäfts, der auf Abschluss- und Inhaltsklarheit abzielt und einem solchen, der lediglich die Inhaltsklarheit sichern soll. Nur der ersten Gruppe der Formvorschriften

---

<sup>787</sup> *Rubin*, *ecolex* 2010, 24 (24-26).

<sup>788</sup> RIS-Justiz: RS0104095.

<sup>789</sup> *Bydlinski F./Bydlinski P.*, Gesetzliche Formgebote 61-63; *Rubin*, *ecolex* 2010, 24 (24).

<sup>790</sup> *Bydlinski*, Gesamtvertretung und Verkehrsschutz, JBl 1983, 627 (643).

<sup>791</sup> *Rubin*, *ecolex* 2010, 24 (25).

<sup>792</sup> OGH 5. 11. 2002, 5 Ob 207/02f.

gewährt *Rubin* die Auswirkung auf die Form der Vollmacht. Seine Meinung stützt er argumentativ darauf, dass die Vertragspartei, deren formpflichtige Erklärung durch einen Vertreter abgegeben wird, jederzeit einwenden könnte, sie habe diesen nie bevollmächtigt.<sup>793</sup> Die Reichweite des formgebunden Ausführungsgeschäft auf die Form der Vollmacht soll daher die Beweisfunktion durch die Klarheit hinsichtlich der Vollmachterteilung erfüllen.

Bei der Reichweite der Form notariatsaktpflichtiger Liegenschafts Kaufverträge iSd § 1 Abs 1 lit b) und lit e) NotAKtsG auf die betreffenden Vollmachten müsste zum Abschluss eines solchen Kaufvertrages ebenfalls in Form eines Notariatsakts bei der Vollmachterteilung eingehalten werden. Dabei wäre laut *Bydlinski* der Vollmachtgeber gemäß §§ 52 f NO über das mit der Vollmachterteilung verbundenen Risiko, nicht aber über das mit dem Ausführungsgeschäft verbundenen Risiko, aufzuklären und zu belehren. Das traf nach der alten Rechtslage zu,<sup>794</sup> wurde aber vom Gesetzgeber als ein übertriebener Formzwang empfunden.<sup>795</sup>

Deshalb entschied sich der österreichische Gesetzgeber durch die Einführung des § 69 Abs 1a iVm Abs 1 NO die Schriftform mit beglaubigten Unterschriften für eine formgültige Vollmacht zum Abschluss eines notariatsaktpflichtigen Liegenschafts Kaufvertrags gesetzlich zu verankern.<sup>796</sup> Daher können die Vollmachten zur Errichtung notarieller Kaufverträge über Liegenschaften entweder in Notariatsaktform oder in Schriftform mit gerichtlich oder notariell beglaubigten Unterschriften erteilt werden (§ 69 Abs 1 NO).<sup>797</sup> Sie müssen allerdings das beabsichtigte Ausführungsgeschäft zumindest gattungsgemäß bezeichnen.<sup>798</sup>

§ 69 Abs 1, 1a NO iVm § 1 Abs 1 lit b) und lit e) NotAKtsG stellen eine rechtsdogmatische Fundierung für die Reichweite des notariatsaktpflichtigen Liegenschafts Kaufvertrags auf die betreffende Spezialvollmacht, die sich zwar nicht mit voller Strenge, allerdings doch in etwas abgeschwächt auf die Form der Vollmacht auswirkt. Diese Erstreckung soll primär

---

<sup>793</sup> *Rubin*, *ecolex* 2010, 24 (27).

<sup>794</sup> OGH 26. 6. 1984, 5 Ob 34/84; *Scheffknecht*, Die Form der Vollmacht zum Notariatsakt, NZ 1959, 183 (183-185); *Markl* in *Gschnitzer*<sup>2</sup> 739.

<sup>795</sup> *Bydlinski F./Bydlinski P.*, Gesetzliche Formgebote 61 f.

<sup>796</sup> ErläutRV 1133 BlgNR 18. GR 17; *Bydlinski F./Bydlinski P.*, Gesetzliche Formgebote 62.

<sup>797</sup> OGH 21. 2. 2014, 5 Ob 110/13g.

<sup>798</sup> RIS-Justiz: RS0037978; OGH 30. 1. 2001, 4 Ob 19/01z.

den Vollmachtgeber vor Übereilung schützen und sekundär einen Beweis für die erteilte Vollmacht sichern.

#### 4.2. Vollmachten zur Abgabe der Aufsandungserklärungen

Für eine stellvertretende Abgabe der Aufsandungserklärung durch den Vertreter wurde im § 31 Abs 5, 6 GBG ein Formzwang für seine Vollmacht normiert. Nach dieser Rechtsnorm kann eine Einverleibung gegen den Verkäufer nur dann bewilligt werden, wenn der Vertreter eine schriftliche Vollmacht mit beglaubigter Unterschrift dem Grundbuchgericht vorlegt.<sup>799</sup> Mit diesem Formzwang wird die grundbuchsrechtliche Legitimation des Vertreters zur Abgabe der Aufsandungserklärung gesichert,<sup>800</sup> da die Vollmacht selbst zu den Eintragungsgrundlagen gemäß § 31 Abs 1 GBG zählt.<sup>801</sup> Wegen der Verkehrssicherheit verliert die Vollmacht ihre Legitimation, wenn zum Zeitpunkt der Einbringung des Grundbuchgesuchs bereits drei Jahre seit ihrer Erteilung verstrichen sind, es sei denn es handelt sich im konkreten Fall um eine Spezialvollmacht oder eine Vorsorgevollmacht iSd § 284f ABGB.<sup>802</sup>

Eine Vorsorgevollmacht, die nicht in gerichtlich oder notariell beglaubigter Form errichtet wurde ist materiell- und verfahrensrechtlich gültig.<sup>803</sup> Sie erfüllt nach stRsp aber nicht die grundbuchsrechtlichen Voraussetzungen zur wirksamen Abgabe der Aufsandungserklärung, auch wenn sie als eine „qualifizierte“ Vorsorgevollmacht iSd § 284f Abs 3 ABGB vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder bei Gericht errichtet wurde und deren Registrierung im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) erfolgt ist.<sup>804</sup>

Gegen diese Rechtsansicht meldeten sich in der Lehre kritische Stimmen. *Jud* und *Seidl* prüften, ob der Formzwang iSd § 31 Abs 1 und 6 GBG auch für Vorsorgevollmachten gilt. In diesem Kontext hoben sie hervor, dass für diese Vollmachten ein besonderer Vertrauensschutz gemäß § 284h Abs 2 ABGB auch in Grundbuchsachen gilt.<sup>805</sup> Das

---

<sup>799</sup> RIS-Justiz: RS0060852; OGH 2. 12. 2010, 5 Ob 153/10a.

<sup>800</sup> RIS-Justiz: RS0125508.

<sup>801</sup> *Grötsch*, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 517.

<sup>802</sup> OGH 7. 10. 2011, 5 Ob 181/11w.

<sup>803</sup> OGH 28. 8. 2013, 5 Ob 47/13t; *Etzersdorfer*, Grundbuchshandlungen aufgrund einer Vorsorgevollmacht, wobl 2014, 225 (227).

<sup>804</sup> RIS-Justiz: RS0129009.

<sup>805</sup> *Jud/Seidl*, Grundbuchsrechtliche Hürden der Vorsorgevollmacht?, *ecolex* 2007, 495 (495-498).

Grundbuchsgericht kann auf die Wirksamkeit einer Vorsorgevollmacht vertrauen, wenn der Machthaber dieser Vollmacht samt Bestätigung über die Registrierung im ÖZVV vorlegt,<sup>806</sup> dies auch wenn dieser Registrierung nur ein deklarativer Charakter zukommt.<sup>807</sup> *Jud* und *Seidl* sprachen sich gegen die Ausweitung des Formzwangs der Aufsandungserklärung auf die Vorsorgevollmacht und weisen nach, dass die Voraussetzung für eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des Kaufvertrags bzw die Bestellung eines Sachwalters zwecks Abgabe der Aufsandungserklärung mit dem Ziel einer Vorsorgevollmacht zu harmonisieren wäre.<sup>808</sup>

Der genannte Beglaubigungszwang der Vollmacht gilt grundsätzlich auf für die Prozessvollmacht (sog Einschreitervollmacht) in Grundbuchsachen, ausgenommen hiervon sind lediglich österreichische Rechtsanwälte und Notare, die sich ohne weiteren urkundlichen Nachweis gemäß § 30 Abs 2 ZPO iVm § 77 GBG auf die erteilte Vollmacht berufen können.<sup>809</sup>

ME ist die durch *Jud* und *Seidl* geäußerte Kritik gegen die Ausweitung des Formzwangs iSd § 31 Abs 1 und 6 GBG auf die Vorsorgevollmacht zutreffend. Die gerichtliche bzw. notarielle Unterschriftsbeglaubigung dient primär der Identitätsfeststellung, welche vor allem bei den im ÖZVV registrierten Vorsorgevollmachten iSd § 284f Abs 3 ABGB mit einer hinreichenden Sicherheit überprüft und festgestellt wurde.

## **D. Sanktion der Formmängel**

Das österreichische Recht kennt keine einheitlichen Sanktionstypen, die abstrakt stets in einem engen Zusammenhang mit der Verletzung bestimmter Formtypen, wie die einfache bzw beglaubigte Schriftform oder der Notariatsakt, stehen. Ein derartiges formelles Rechtsdenken stünde mE im Widerspruch mit dem so stark im österreichischen Recht ausgeprägten Grundsatz der Formfreiheit. Hingegen hängt die jeweilige Sanktion des Formmangels vom materiellen Sinn und Zweck des Formzwangs ab, was entweder ausdrücklich im Gesetz oder unter Berücksichtigung der *ratio legis* im Wege einer

---

<sup>806</sup> RIS-Justiz: RS0125532; zuletzt OGH 28. 8. 2013, 5 Ob 47/13t.

<sup>807</sup> OGH 13. 10. 2009, 5 Ob 214/09w.

<sup>808</sup> *Jud/Seidl*, *ecolex* 2007, 495 (496-497).

<sup>809</sup> *Grötsch*, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 518.

höchstgerichtlichen Auslegung erfolgt.<sup>810</sup> Die Bandbreite der Sanktionen der Formmängel reicht im österreichischen Recht von der absoluten<sup>811</sup> und relativen<sup>812</sup> Nichtigkeit über die Rechtsunwirksamkeit,<sup>813</sup> Unklagbarkeit,<sup>814</sup> Geld-<sup>815</sup> oder Verwaltungsstrafen<sup>816</sup> bis zur zivilrechtlichen Irrelevanz.<sup>817</sup>

Beim gesetzlich vorgeschriebenen Formzwang stellt seine Einhaltung idR eine Gültigkeitsvoraussetzung des betroffenen Rechtsgeschäfts dar.<sup>818</sup> Im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 125 BGB) ist allerdings im österreichischen Recht eine generelle Sanktion der Nichtigkeit wegen Formmangels gesetzlich nicht angeordnet, was eine Diskussion in der Lehre hervorrief.<sup>819</sup>

Laut *Markl* haben betreffende Rechtsnormen nicht nur den Formzwang ausdrücklich zu bestimmen, sondern auch die Sanktion des Formmangels.<sup>820</sup> *Rummel*<sup>821</sup> und anschließend auch *Dullinger*<sup>822</sup> weiten hingegen unter Bezug auf die analoge Anwendung des § 601 ABGB die Nichtigkeit formwidriger Verfügungen *mortis causa* auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden aus und sprechen sich für den Grundsatz der Nichtigkeit bei Formmängel aus. Endgültig soll allerdings doch der Formzweck über den konkreten Sanktionstypus entscheiden.

*Heiss*, als Vertreter deutscher Lehre, kritisierte diese Rechtsansicht. Er warf ihr vor, dass mit dem Abstellen auf den Formzweck die Nichtigkeitssanktion selbst den Charakter als Zweifelsregel verliere. Lassen *Rummel* und *Dullinger* im Zweifelfall den Formzweck über den Sanktionstypus entscheiden, dann werde deutlich, dass die Nichtigkeit jedenfalls nicht als vorgegebene (einzig effektive) Sanktion anzusehen sei und ihr mangels einer

---

<sup>810</sup> *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB<sup>37</sup> § 883 E 7b; OGH 8. 9. 1999, 7 Ob 185/99 b; OGH 25. 8. 1993; 1 Ob 560/93.

<sup>811</sup> Vgl zB § 1 Abs 1 lit b) NotAktG.

<sup>812</sup> Vgl zB § 1 Abs 4 iVm § 1 Abs 1 lit e) NotAktG.

<sup>813</sup> Vgl zB § 31 GBG für Aufsandungserklärungen.

<sup>814</sup> Vgl zB § 943 ABGB.

<sup>815</sup> Vgl zB § 3 BTVG.

<sup>816</sup> Vgl zB § 32 KSchG.

<sup>817</sup> *Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 886 Rz 18; *Rummel* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 886 Rz 14; *Bydlinski P.*, BR AT I<sup>6</sup> Rz 7/28; *Holzer*, Bedeutung von Formvorschriften, DRdA 1985, 123 (125).

<sup>818</sup> *Riedler* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 883 Rz 9.

<sup>819</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 584-585; *Markl* in *Gschnitzer*<sup>2</sup> 741.

<sup>820</sup> *Markl* in *Gschnitzer*<sup>2</sup> 730.

<sup>821</sup> *Rummel* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 886 Rz 14.

<sup>822</sup> *Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 886 Rz 18.



ausdrücklichen Sanktionierung des Formmangels durch den Gesetzgeber keine Lückenfüllungsfunktion zukomme.<sup>823</sup>

Dieser Ansicht schloss sich *Holzer* als Vertreter der österreichischen Lehre an und hob in diesem Zusammenhang hervor, dass die Formmängel eines gesetzlich vorgeschriebenen Formzwangs keinesfalls prinzipiell mit Nichtigkeit bedroht seien. Überdies sei allgemein anerkannt, dass jene Formvorschriften, die lediglich den Beweissicherungszweck verfolgen, eine bloß deklarative Form anordnen und daher keinesfalls zur Nichtigkeit führen können.<sup>824</sup>

Die *stRsp*<sup>825</sup> und *hL*<sup>826</sup> in Österreich gehen im Zweifel über den zutreffenden Sanktionstypus von der Nichtigkeit aus, wobei die Frage, ob es sich um eine von Amts wegen wahrzunehmende (absolute) Nichtigkeit oder eine rügepflichtige (relative) Nichtigkeit handelt, „pauschal“ nicht beantwortet werden kann. Im Hintergrund dieser Lösung steht der Gedanke, dass nur mit Hilfe der absoluten Nichtigkeitssanktion der Formzweck erfüllt und die praktische Effizienz der einzelnen Formvorschriften festgehalten werden können.<sup>827</sup> Als Paradebeispiel sind an dieser Stelle die Bestimmungen des NotAktG zu nennen, die jeweils die Nichtigkeit („Ungültigkeit“) formwidriger Rechtsgeschäfte vorschreiben, ohne jedoch einen Grundsatz der Nichtigkeit bei Formmängeln zu indizieren.<sup>828</sup>

Eine rechtshistorische Betrachtung zeigt, dass die Nichtigkeit, als eine allgemein zutreffende Sanktion, deshalb abgelehnt wurde, weil sie für den Gesetzgeber eine überzogene und zu weit gehende Strenge aufweist. Durch die Einführung im § 1432 ABGB der Heilungsmöglichkeit der Nichtigkeitssanktion reduzierte er seine Wirkung auf die bloße Unklagbarkeit (Naturalobligation).<sup>829</sup> Im Hintergrund dieser legislativen Lösung stand der bereits erwähneter pragmatischer Gedanke, eine Vielzahl von Prozessen aus dem

---

<sup>823</sup> *Heiss*, Formmängel 22.

<sup>824</sup> *Holzer*, DRdA 1985, 123 (125).

<sup>825</sup> OGH 7 Ob 567/84 NZ 1984, 234; OGH 6 Ob 645/79 NZ 1980, 78; Vgl RIS-Justiz: RS0070824.

<sup>826</sup> *Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 886 Rz 18; *Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 883 Rz 7; *Bydlinski P.*, BR AT I<sup>6</sup> Rz 7/28; *Markl* in *Gschnitzer*<sup>2</sup> 741; aA *Heiss*, Formmängel 23: „Eine Zweifelsregel im Sinne einer Nichtigkeitssanktion gibt es nicht.“

<sup>827</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 584 ff.

<sup>828</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 584-585..

<sup>829</sup> *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 883 Rz 14 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at).

Titel der ungerechtfertigten Bereicherung zu vermeiden, welche bei der Nichtigkeitssanktion ohne Heilungsmöglichkeit hätte drohen können.<sup>830</sup>

## 1. Bei Kaufverträgen

Hinter dem Notariatsaktzwang iSd § 1 Abs 1 lit b) und lit e) NotAktG steht das Anliegen des Übereilungsschutzes.<sup>831</sup> Die Einhaltung des Notariatsaktzwangs des NotAktG ist nach der stRsp von Amts wegen zu prüfen.<sup>832</sup> Nach Rsp<sup>833</sup> und L<sup>834</sup> ist beim Formmangel die obige *ratio legis* der Formvorschrift maßgebend, weil es im Wesentlichen von ihr abhängt, ob der Formzwang eine formlose Vermögensverschiebung verhindern oder diese bloß unklagbar machen soll.

Nach dem Formzweck sind die notariatsaktspflichtigen Liegenschaftskaufverträge iSd § 1 Abs 1 lit b) NotAktG absolut nichtig, wenn sie nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtet werden.<sup>835</sup> Diesen Formmangel, dh das Fehlen eines Notariatsaktes, heilt jedoch durch eine vollständige Erfüllung des formpflichtigen Kaufvertrags.<sup>836</sup> Darunter ist die Übergabe der verkauften Liegenschaft zwischen Ehegatten bzw eingetragenen Partnern mit dem Willen der Eigentumsübertragung zu verstehen. Die vollständige Kaufpreisbezahlung ist an dieser Stelle irrelevant.<sup>837</sup>

Es genügt allerdings, wenn nur jene Leistung erbracht ist, derentwegen der Notariatsaktzwang vorgeschrieben ist, was vor allem beim Formzwang iSd § 1 Abs 1 lit e) NotAktG an Bedeutung gewinnt.<sup>838</sup> Die Nichtigkeit formwidriger Liegenschaftskaufverträge, die vom Blinden abgeschlossen werden, heilt es daher wenn der Blinde den Kaufvertrag erfüllt.

Obwohl nach der stRps die formgemäße Errichtung der Liegenschaftsverträge iSd § 1 Abs 1 lit e) NotAktG von Amts wegen zu prüfen ist, was eindeutig für die Sanktion absoluter Nichtigkeit sprechen würde, tritt die L für eine bloß relative Nichtigkeitssanktion bei Kaufverträgen über Liegenschaften iSd § 1 Abs 1 lit e) Not AktG ein. Diese Ansicht wird

---

<sup>830</sup> Heiss, Formmängel 21.

<sup>831</sup> OGH 27. 10. 1992, 5 Ob 124/92.

<sup>832</sup> RIS-Justiz: RS0070824.

<sup>833</sup> OGH 26. 5. 1998, 5 Ob 77/98d.

<sup>834</sup> Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte 188 f.

<sup>835</sup> RIS-Justiz: RS0115938; RIS-Justiz: RS0070824; Grötsch, Österreich, in Frank/Wachter<sup>2</sup> Rz 184.

<sup>836</sup> OGH 26. 5. 1976, 1 Ob 617/76.

<sup>837</sup> RIS-Justiz: RS0070873.

<sup>838</sup> RIS-Justiz: RS0070861.

rechtsdogmatisch unter Bezug auf § 1 Abs 4 NotAkteG begründet, nach welchem „die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Fehlen des nach § 1 Abs 1 Lit e) NotAkteG erforderlichen Notariatsaktzwangs (...) nur die behinderte Person berufen“ kann. Es handelt sich hier deshalb um eine rügeflichtige Nichtigkeit.<sup>839</sup>

## 2. Bei Aufsandungserklärungen

Wenn die Aufsandungserklärung sowie der Kaufvertrag (§ 26 Abs 2 GBG) nicht in einer eintragungsfähigen Form iSd § 31 Abs 1 GBG errichtet werden, dann können sie keine Eintragungsgrundlage darstellen.<sup>840</sup> Eine formwidrige Aufsandungserklärung ist mit der Rechtsunwirksamkeit sanktioniert.<sup>841</sup> Der Kaufvertrag, ausgenommen der im NotAkteG genannten Fälle, ist hingegen auch ohne der gerichtlich oder notariell beglaubigten Unterschriften der Vertragsparteien gültig und rechtswirksam. Da allerdings das österreichische Grundbuchrecht sehr streng formalistisch ist,<sup>842</sup> kann er mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 31 Abs 1 GBG als Eintragungsurkunde nicht herangezogen werden.

## 3. Bei Vorverträgen

Da der Vorvertrag demselben Formzwang wie der Hauptvertrag unterliegt,<sup>843</sup> sind an dieser Stelle in Hinblick auf die Sanktion der Formmängel lediglich jene Vorverträge näher zu untersuchen, die zum Abschluss der Liegenschaftskaufverträge iSd § 1 Abs 1 lit b) und lit e) NotAkteG verpflichten.

Nach stRsp<sup>844</sup> und hL<sup>845</sup> führen die Formmängel des strengen Notariatsaktzwangs auch bei betreffenden Vorverträgen zur Nichtigkeitssanktion, weil die Formvorschriften obiger Liegenschaftskaufverträge nach ihrem Formzweck auch die Vorverträge erfassen.

---

<sup>839</sup> Riedler in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 883 Rz 9.

<sup>840</sup> Weigand in *Kodek*, Grundbuchsrecht § 31 Rz 1.

<sup>841</sup> RIS-Justiz: RS0124536.

<sup>842</sup> Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 152.

<sup>843</sup> OGH 20. 12. 2006, 7 Ob 203/06p.

<sup>844</sup> RIS-Justiz: RS0024162; OGH 20. 4. 2005 7 Ob 62/05a; OGH 14. 3. 2005, 4 Ob 271/04p.

<sup>845</sup> *Bydlinski F./Bydlinski P.*, Gesetzliche Formgebote 77; *Perner* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 936 Rz 18; *Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 936 Rz 1.

Die Heilung der Nichtigkeitssanktion ist allerdings nach der *ratio legis* des Formzwecks des Hauptvertrags durch die vollständige Erfüllung des Vorvertrags möglich.<sup>846</sup> Eine solche Heilung des Formmangels durch den nachträglichen formgemäßen Abschluss des Liegenschaftskaufvertrags basiert jedoch auf einer rechtlich nicht erzwingbaren, parteiautONOMEN Entscheidung. Aus pragmatischen Gründen stellt sich mE in diesem Zusammenhang die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Anerkennung der Heilungsmöglichkeit formwidriger Vorverträge. Der historische Gesetzgeber lockerte die Strenge der Nichtigkeitssanktion, um die Vielzahl der Prozesse wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu reduzieren. Bei Vorverträgen besteht allerdings der Leistungsanspruch im Abschluss des Hauptvertrags. Vorverträge stellen somit keine Grundlage für eine Vermögensverschiebung dar, die erst aufgrund des Hauptvertrages erfolgt. Sie können deshalb nicht durch die der Heilungsmöglichkeit zur Grunde liegenden Lockerung der Nichtigkeitssanktion gemäß § 1432 ABGB umfasst werden.

#### **4. Bei Vollmachten**

Auch hinsichtlich der Sanktion der Formmängel ist zu untersuchen, ob eine Differenzierung beim Verstoß gegen die Formvorschriften für Vollmachten zum Abschluss der Liegenschaftskaufverträge einerseits und jener zur Abgabe der Aufsandungserklärung andererseits vorliegt.

##### **4.1. Vollmachten zum Abschluss der Liegenschaftskaufverträge**

Zum Abschluss eines notariatsaktpflichtigen Liegenschaftskaufvertrages genügt eine gerichtlich oder notariell beglaubigte Vollmacht (§ 69 Abs 1a NO). Die Reduzierung des Formzwangs wirkt sich mE mittelbar auch auf die Sanktionsart des Formmangels einer Vollmacht zum Abschluss einer notariatsaktpflichtigen Liegenschaftskaufvertrags aus.

Während nach der alten Rechtslage die unterlassene Erteilung der Vollmacht in Form eines Notariatsakts zur absoluten Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts führte,<sup>847</sup> ist nach der aktuellen Rechtslage die betreffende Vollmacht rechtsunwirksam, wenn sie nicht in einer Schriftform mit gerichtlich oder notariell beglaubigten Unterschriften erteilt wird.<sup>848</sup>

---

<sup>846</sup> RIS-Justiz: RS0070873.

<sup>847</sup> Vgl OGH 26. 6. 1984, 5 Ob 34/84.

<sup>848</sup> *Bydlinski* in KBB<sup>4</sup> § 883 Rz 8.

#### 4.2. Vollmachten zur Abgabe der Aufsandungserklärungen

Die Nichteinhaltung der im § 31 Abs 1 GBG vorgeschriebenen Schriftform mit gerichtlich oder notariell beglaubigten Unterschriften führt zur grundbücherlichen Undurchführbarkeit der Aufsandungserklärung.<sup>849</sup> Eine formwidrig abgegebene Aufsandungserklärung ist daher rechtsunwirksam.

### IV. Rechtsvergleich

Die obige Gegenüberstellung der beiden Rechtsordnungen macht deutlich, dass sie gewisse Ähnlichkeiten, aber vor allem essentielle Differenzen, bei der Formalisierung des Liegenschaftsverkehrs aufweisen. Die fundamentale Bedeutung bei der Einführung und Gestaltung des jeweiligen Formzwangs bzw der gesetzlichen Überlassung der Formfreiheit kommt jenen Determinanten zu, welche die jeweilige Regulation des mehr oder weniger formalisierten Liegenschaftskaufs prägten bzw weiterhin prägen.<sup>850</sup> Bei rechtsvergleichenden Analysen sind deshalb nicht nur die jeweiligen Rechtsnormen über den hier relevanten Formzwang zu berücksichtigen, sondern ebenfalls die rechtsfortbildende Rsp und Lehre, die unternehmerischen Gepflogenheiten, die in der Praxis gebräuchlichen Abwicklungsmodelle und gesetzlich nicht vorgeschriebene aber in der Rechtskultur funktionierende Sicherungsmechanismen sowie generell alle Faktoren, die das Rechtsleben in Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand gestalten.<sup>851</sup>

Wo sich der jeweilige Gesetzgeber entscheidet, auf den Formzwang zu verzichten, entsteht ein Freiraum für die privatautonome Gestaltung, im Rahmen derer das Konfliktpotential und auch das Prozessrisiko, mangels im Voraus klar festgelegten Regeln potentiell steigen kann. Die Funktion des Rechts – somit auch des untersuchten gesetzlichen Formzwangs – besteht in der Festlegung sicherer Abwicklungsmodelle beim Liegenschaftskauf, in der Wahrung schutzwürdiger Interessen durch die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Rechts- und Wirtschaftssystem. Die Austragung der Konflikte um subjektive Interessen erfolgt in der Wirtschaft sowohl durch das Wettbewerbs- als auch durch das Vertragsrecht.

---

<sup>849</sup> Weigand in *Kodek*, Grundbuchsrecht § 31 Rz 1.

<sup>850</sup> Vgl *Zweigert* in FS Yntema 50-51.

<sup>851</sup> *Kirchner/Kischel*, Einfluss außerrechtlicher Faktoren auf Recht und Rechtsvergleichung, ZVglRWiss 2010, 269 (269-271); *Kötz*, Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JBl 1982, 355 (358); *Zweigert* in FS Yntema 46-54; *Constantinesco*, Über den Stil der „Stiltheorie“ in der Rechtsvergleichung, ZVglRWiss 1979, 155 (159-166).

Laut *Kocher* komme deshalb die Marktwirtschaftsgesellschaft ohne rechtliche Institute wie Vertrag und Eigentum nicht aus. Das wirtschaftliche Handeln sei immer schon als ein reguliertes zu denken gewesen.<sup>852</sup>

Der durch den Verzicht auf einen gesetzlichen Formzwang eingeräumte Freiraum wird daher durch andere, zum Formzwang alternative Sicherungsmechanismen zu füllen sein. Viele dieser Sicherungsmechanismen und sozialen Beziehungen können außerrechtlich geregelt werden.<sup>853</sup>

Die gesellschaftlichen Phänomene sind von *Zweigert/Kötz*<sup>854</sup> im Rahmen der Lehre von den Rechtskreisen als „stilprägende Faktoren“ bezeichnet, und der folgenden Aufteilung unterzogen worden: 1) die historische Herkunft, 2) eine spezifische juristische Denkweise, 3) besonders kennzeichnende Rechtsinstitute, 4) die Art der Rechtsquellen und ihre Auslegung, 5) ideologische Faktoren.<sup>855</sup>

Unter der historischen Herkunft verstehen *Zweigert* und *Kötz* gemeinsame historische Quellen der untersuchten Rechtsordnungen am Beginn ihrer Rechtsentwicklung. Diese Gemeinsamkeiten verlieren allerdings ihre Bedeutung, wenn die Rechtssysteme durch spätere unterschiedliche Ereignisse wesentlich beeinflusst werden. Als Beispiele nennt er die durch den frCC ausgelöste Rezeptionsbewegung in der Welt, an welcher der deutsche Rechtskreis (Deutschland, Österreich, die Schweiz und etwaige Tochterstaaten) nicht teilnahm, den Einfluss der deutschen Pandektenlehre im 19. Jh, sowie den Einfluss der sowjetischen Doktrin des 20. Jh.<sup>856</sup> Die spezifische juristische Denkweise kann sich seiner Meinung nach zB an einem Zug zur Abstraktion oder ebenso an einem Zug zum Antiformalismus zeigen lassen, was typisch für den deutschen und romanischen Rechtskreis, nicht aber für den anglosächsischen Rechtskreis sei.<sup>857</sup>

Zu stilprägenden Faktoren gehören auch bestimmte Rechtsinstitute, wenn sie von betonter Eigenart sind. Dazu zählen etwa „viele Besonderheiten des Sachenrechts mit seinen

---

<sup>852</sup> *Kocher*, Funktion der Rechtsprechung. Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht (2007) 45.

<sup>853</sup> *Kirchner/Kischel*, ZVglRWiss 2010, 269 (269); *von Benda-Beckmann*, Einige Bemerkungen über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, ZVglRWiss 1979, 51 (65).

<sup>854</sup> *Zweigert* in FS Yntema 48; *Zweigert/Kötz*, Einführung 68 ff.; *Zweigert*, Die soziologische Dimension der Rechtsvergleichung, RabelsZ 1974, 299 (305); vgl auch *von Benda-Beckmann*, ZVglRWiss 1979, 51 (58).

<sup>855</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung 8-46; *Zweigert* in FS Yntema 46-54; *Zweigert*, RabelsZ 1974, 299 (305); *Constantinesco*, ZVglRWiss 1979, 155 (159-166).

<sup>856</sup> *Zweigert* in FS Yntema 48.

<sup>857</sup> *Zweigert*, RabelsZ 1974, 299 (305); *Zweigert/Kötz*, Einführung 68 ff.

»various degrees of property«<sup>858</sup>, „die unterschiedlichen Grade der Vertragsfreiheit für Verträge mit bestimmten Inhalten“ sowie „ein bemerklicher Zug zur Formstrenge“<sup>858</sup>.

Unter dem stilprägenden Faktor der Art der Rechtsquellen und ihrer Auslegung versteht *Zweigert* ebenfalls den „Zusammenhang mit Eigenheiten der Gerichtsorganisation und des gerichtlichen Verfahrens als solche“<sup>859</sup>. Dazu zählen hier die Grundbuchführung und Beurkundungs- bzw Beglaubigungsverfahren durch Gerichte oder Notare.

Letztlich kommt die Ideologie als stilbildendes Merkmal der Rechtsordnung in Betracht. Dieses Merkmal umfasst neben den politischen Ideen und ökonomischen Doktrinen auch die religiöse Komponente eines Rechtssystems. Nach dem Zerfall des sozialistischen Rechtskreises verlor dieses Merkmal teilweise an Bedeutung.<sup>860</sup> In Bezug auf die postkommunistischen Staaten behält es mE bei der Analyse der Nachwirkungen des vergangenen Systems seine Relevanz.

*Constantinesco* bezeichnet hingegen alle Rechtsnormen, Grundsätze, Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute, die ein Rechtssystem formen, als „Elementarteilchen“ und teilt sie in weiterer Folge in determinierende und fungible Elemente auf. Die determinierenden Elemente bestimmen durch die Konkretisierung ihrer Grundstrukturen die „spezifische Identität“ der jeweiligen Rechtsordnung. Sie geben der jeweiligen Rechtsordnung ein Gesicht. Ihnen kommt eine ideologische und teleologische Bedeutung zu, weil sie jeder Rechtsordnung zu Grunde liegen.<sup>861</sup> Wenn man sie wechselt, dann ändert sich das Wesen der Rechtsordnung. Die fungiblen Elemente vervollständigen lediglich jede Rechtsordnung und haben daher eine untergeordnete, nicht bestimmende Rolle. Ihr Wechsel ändert das Wesen einer Rechtsordnung nicht.<sup>862</sup> *Constantinesco* unterteilt die determinierenden Elemente in neun Kategorien: 1) die Auffassung vom Recht und die Rolle des Rechts, 2) die offizielle oder inoffizielle Ideologie oder Doktrin, die das Recht beeinflusst und seine Beziehung zur Staatsgewalt bestimmt, 3) die Beziehung zwischen Gesellschaftswirklichkeit und Rechtsnorm, 4) die Wirtschaftsverfassung, 5) die Konzeption und Rolle des Staates, 6) die Grundrechte der Bürger und insbesondere ihre

---

<sup>858</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung 71; *Zweigert* in FS Yntema 48.

<sup>859</sup> *Zweigert* in FS Yntema 53.

<sup>860</sup> *Scholler*, Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und die Rechtskultur, *ZVglRWiss* 2000, 373 (381-382).

<sup>861</sup> *Constantinesco*, Rechtsvergleichung Bd 1 (1971) 260-264; *Constantinesco*, Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise, *ZfRV* 1981, 161 (161-162).

<sup>862</sup> *Constantinesco*, *ZfRV* 1981, 161 (161).

Grundlage, 7) die Rechtsquellen und ihre Hierarchie, 8) die Gesetzes- und Rechtsauslegung und die Stellung des Richter und seiner Rolle bei der Auslegung, 9) der Rechtsbegriff und die grundlegenden Rechtskategorien.<sup>863</sup>

*Von Benda-Beckmann*<sup>864</sup> zog einen Vergleich zwischen den stilprägenden Faktoren von *Zweigert/Kötz* und den determinierenden Elementen *Constantinescos*. Er zeigte zu Recht auf, dass sich bestimmte Kategorien deckten, wobei auch relevante Unterschiede festgestellt werden mussten. Vor allem spielten für beide Vertreter der rechtsvergleichenden Lehre die ideologischen Komponenten des jeweiligen Rechtssystems eine große Rolle. Während allerdings *Zweigert* und *Kötz* die historische Rechtsentwicklung und Herkunft einer Rechtsordnung für wichtig halten, steht bei *Constantinesco* die jeweilige Wirtschaftsordnung im Vordergrund. Diese Differenzen sind auf die Unmöglichkeit der Objektivierbarkeit dieser Kriterien zurückzuführen, was *Zweigert* und *Kötz* offen zugeben<sup>865</sup> und *von Benda-Beckmann* hervorhebt.<sup>866</sup> Zugleich überlassen *Zweigert* und *Kötz* die Bestimmung jedes einzelnen Kriteriums dem Urteil des Forschers, da eine solche Gruppierung dieser Kriterien nur eine theoretische Ordnungsaufgabe erfülle, indem sie eine unübersichtliche Masse der Rechtssysteme in relativ wenige große Gruppen (Rechtsfamilien, Rechtskreise) einteile und überschaubar mache.<sup>867</sup>

In der jüngeren Lehre werden deshalb die Kriterien offener als früher formuliert. *Tschentscher*<sup>868</sup> differenziert die außerrechtlichen Faktoren in: 1) nichtrechtlich-normative, 2) analytische und 3) empirische. Unter den erstgenannten Einflüssen sind vor allem diejenigen der Religion zu verstehen. Bei den zweitgenannten Faktoren geht es um Berechnungen, um Erkenntnisse, die in Anlehnung an *Kant* vor jeder Erfahrung liegen. Die Spieltheorie ist hier das mathematische Gebiet, welches das soziale Verhalten bei Konfliktsituationen analysiert. Die dritte Gruppe betrifft die Rechtswirklichkeit immer einer konkreten Rechtsordnung.

---

<sup>863</sup> *Constantinesco*, Rechtsvergleichung 266-267.

<sup>864</sup> *Von Benda-Beckmann*, ZVglRWiss 1979, 51 (64).

<sup>865</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung 67; *Zweigert* in FS Yntema 47.

<sup>866</sup> *Von Benda-Beckmann*, ZVglRWiss 1979, 51 (64);

<sup>867</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung 67; *Zweigert* in FS Yntema 42, 47; vgl auch *von Benda-Beckmann*, ZVglRWiss 1979, 51 (64); aA *Constantinesco*, ZVglRWiss 1979, 155 (159).

<sup>868</sup> *Tschentscher*, Rechtsvergleichung und empirische Forschung, ZVglRWiss 2010, 362 (362-364).



*Heiss*<sup>869</sup> spricht sich – unter Berücksichtigung des Einteilungsmusters von *Zweigert* und *Kötz* – für eine hierarchische Rechtskreiseinteilung aus. Er betont die systematisierende Funktion der Rechtskreiseinteilung, wodurch ein erleichterter Zugang zum ausländischen Recht geschaffen werde, was die „Übersetzung fremder Kulturbegriffe in die eigene Kulturvorstellung“ erleichtert, weil „Recht als Sozial- und Kulturphänomen [...] wissenschaftlich so erkannt und erfasst werden [muss], wie es sich real darstellt und nicht wie es nach dem „Buchstaben des Gesetzes“ sein soll“. Bei seiner hierarchischen Rechtskreiseinteilung differenziert *Heiss* in Anlehnung an *Zweigert/Kötz* und *Constantinesco* zwischen jenen Unterscheidungsmerkmalen untersuchter Rechtsordnungen, die von grundsätzlicher Art sind und anderen, denen nur nachrangige Bedeutung zukommt. Insofern könne man laut *Heiss* von der Hierarchie der Einteilung sprechen. Im Gegensatz zu den älteren Unterscheidungskriterien, die für ganze Rechtskreise galten, plädiert *Heiss* für eine Einteilung „nach zunächst grundsätzlichen und dann immer spezielleren wissenschaftlichen Fragestellungen“.<sup>870</sup> Durch diese Hierarchie solle es gelingen, an die Stelle einer Rechtskreiseinteilung eine Typologie der Rechtskulturen zu setzen.<sup>871</sup>

*Kischel*<sup>872</sup> fordert für die rechtsvergleichende Untersuchung ebenfalls einen weiten Blick, der neben dem dogmatischen auch das rechtskulturelle Umfeld berücksichtigt sowie noch „weitere außerrechtliche Lösungen“ einbezieht. Unter den rechtskulturellen Aspekten werden die Rolle des Rechts und der rechtlichen Institutionen sowie das rechtliche Denken und das rechtliche Handwerkszeug verstanden. Zu den „weiteren außerrechtlichen Lösungen“ zählt *Kischel* als Beispiel die Existenz und Funktionsweise des Grundbuchsystems, vor allem hinsichtlich der Frage, ob die im Grundbuch als Eigentümer eingetragene Person wirklich das Eigentumsrecht an der Liegenschaft hat.

Nach der hier anzuwendenden funktionellen Methode der Rechtsvergleichung ist zu fragen, wie alle obigen Elemente in den untersuchten Rechtssystemen zum Tragen kommen.<sup>873</sup> Diese rechtlichen und außerrechtlichen Faktoren österreichischer und polnischer Rechtsordnung werden hier deshalb unter Berücksichtigung ihrer rechtsdogmatischen, rechtshistorischen und rechtssoziologischen Dimensionen und

---

<sup>869</sup> *Heiss*, ZVglRWiss 2001, 396 (400-405).

<sup>870</sup> *Heiss*, ZVglRWiss 2001, 396 (414).

<sup>871</sup> *Heiss*, ZVglRWiss 2001, 396 (414).

<sup>872</sup> *Kischel*, ZVglRWiss 2005, 10 (18-24).

<sup>873</sup> *Kirchner/Kischel*, ZVglRWiss 2010, 269 (270).

Auswirkungen auf die Formalisierung des Liegenschaftskaufs zu bewerten sein. Dabei kommt es auf die Funktion des Rechts in der Gesellschaft als den maßgebenden Ordnungsfaktor und auf den Ausgleich zwischen seiner Normativität und der Faktizität im Rechtsleben an.<sup>874</sup>

Davor ist allerdings die abstrakte Definition regelungsbedürftiger Interessenskonflikte beim Liegenschafts Kauf notwendig, um anschließend die bestehenden Ähnlichkeiten und Unterschiede, ihre Herleitung und die verfolgten Ziele bei den Lösungswegen österreichischer und polnischer Rechtsordnung näher beleuchten zu können.

### **A. Interessenskonflikte beim Liegenschafts Kauf**

Der Inhalt gesetzlicher Normen ist ua der Schutz vor regelungsbedürftigen Interessenskonflikten. Diese Gegebenheit wurde auch als „Verschleierung von Machtausübung durch Recht“ charakterisiert, in welcher die Interessenkonflikte durch Verrechtlichung neutralisiert werden und „das bestehende System stabilisiert“ wird.<sup>875</sup> In der herrschenden Rechtstheorie beschreibt man die Interessen und Interessenskonflikte als „Phänomene des gesellschaftlichen Funktionsbereiches“, die Rechtsnormen hingegen als „Kommunikations- und Regulierungsmedium des Staates“. Die Rechtsnormen implizieren daher die Aufgabe des Schutzes subjektiver und objektiver Interessen in konkreten Lebenssituationen.<sup>876</sup>

Für die Analyse schutzbedürftiger Interessen im hier relevanten Sinne wird es auf die oben dargelegte Rolle und auf den Stellenwert des Formzwangs in der österreichischen und polnischen Rechtsordnung ankommen. Die beiden untersuchten Rechtsordnungen erkennen beim Liegenschafts Kauf die Schutzbedürftigkeit einerseits subjektiver Interessen der Vertragsparteien und andererseits objektiver Interessen des jeweiligen Staates an.

Zu der ersten Gruppe wird die Gewährung einer sicheren Kaufpreiszahlung an den Verkäufer sowie eine lastenfreie Übertragung des Eigentums an der kaufgegenständlichen

---

<sup>874</sup> *Van Aaken*, Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft, in *Jestaedt/Lepsius* 84.

<sup>875</sup> *Kocher*, Funktion 12.

<sup>876</sup> *Jablöner*, „Die Form ist die Zwillingschwester der Freiheit“, NZ 2003, 35 (37); *Kocher*, Funktion 13;

Liegenschaft an den Käufer gezahlt. Zu der zweiten Gruppe gehören der sichere Liegenschaftsverkehr als volkswirtschaftliches Element der Investitionsförderung sowie die fiskalischen Aspekte jedes Staates. Darüber hinaus wird im Rahmen eines sicheren Liegenschaftsverkehrs das rechtliche bzw wirtschaftliche Interesse Dritter wahrgenommen, was vor allem bei fremdfinanzierten Transaktionen von Relevanz ist.

Die Realisierung des Schutzes obiger Interessen erfolgt durch komplexe Mechanismen, welche sowohl einen präventiven als auch einen reaktiven Rechtsschutz bieten. Der Formzwang stelle nur einen Aspekt dieser Rechtsschutzmechanismen dar. Dabei wird seine Rolle in beiden Rechtsordnungen unterschiedlich gewichtet, sodass ihm in Hinblick auf die Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs in Österreich und Polen ein grundverschiedener Stellenwert beigemessen wird. Diese Unterschiede bzw allfällige Parallelen sind in weiterer Folge dargestellt, sowie methodisch funktional auf ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen geprüft.<sup>877</sup> Dabei kommt den Unterschieden in ihrer Auswirkung auf die Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs eine besondere Relevanz zu.

## **B. Unterschiede und Parallelen beim Liegenschafts Kauf**

Zum primären Ziel der Rechtsvergleichung zählt der Gewinn von Erkenntnissen über Unterschiede und Parallelen in den Rechtssystemen, über ihre Abläufe, Ursachen und Usancen des Rechtslebens.<sup>878</sup> Dabei ist stets der Untersuchungsgegenstand in Hinblick auf die Schaffung von Rechtssicherheit funktional zu berücksichtigen. Der Formalismus und die Formfreiheit iSd Maximierung der Selbstbestimmung des Einzelnen stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander.<sup>879</sup>

Die Analyse dieses Spannungsverhältnisses hat im hier relevanten Sinne im ersten Schritt die unterschiedlichen bzw parallelen Lösungen beider Gesetzgeber beim Eigentumserwerb an Liegenschaften, ferner im eingeführten Formzwang, in seiner Reichweite und abschließend in der Sanktionen seiner Verletzung zu beleuchten.

---

<sup>877</sup> Vgl *Van Aaken*, Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft, in *Jestaedt/Lepsius* 83-87; *Kötz*, JBl 1982, 355 (358); *Schambeck*, Rechtsbewußtsein und Rechtssicherheit im integrierten Europa, NZ 1997, 297 (298); *Kirchner/Kischel*, ZVglRWiss 2010, 269 (269-270); *Lepsius*, Der Einfluss des ökonomischen Denkens auf die Rechtsvergleichung, ZVglRWiss 2010, 327 (336).

<sup>878</sup> *Rösler*, Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung, JuS 1999, 1084 (1087).

<sup>879</sup> *Jablöner*, NZ 2003, 35 (37-38).

## 1. Eigentumserwerb an Liegenschaften

In beiden Rechtsordnungen existiert das Eigentumsrecht an Liegenschaften, welches im Rahmen der Erwerbs- und Eigentumsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt wird (Art 5 StGG, Art 21 Verfassung RP, Art 6 EMRK). Die Einschränkung bzw Gestaltung des Eigentumsrechts kann in beiden Rechtssystemen kraft Gesetzes erfolgen. Im Gegensatz zum österreichischen Recht erfährt der Inhalt des Eigentumsrechts nach dem polnischen Recht weitere Schranken durch zwei Generalklauseln des Art 140 ZGB, erstens durch die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens und zweitens durch die sozio-ökonomische Rechtsbestimmung. Die normative Existenz beider Generalklauseln ist historisch bedingt, hat aber vor allem eine rechtssoziologische Dimension ideologischer Natur die an der dortigen Stelle näher erörtert wird.<sup>880</sup>

Beim Eigentumserwerb an Liegenschaften besteht der Unterschied zwischen dem österreichischen und polnischen Recht in der konzeptionellen Regelung desselben, was sehr deutlich an der grundverschiedenen Wirkung des Liegenschaftskaufvertrags sowie der grundbücherlichen Eintragung dieses Eigentumsrechts ins Grundbuch ersichtlich ist.

Sowohl im österreichischen als auch im polnischen Rechtssystem wird das Grundbuch bzw Grundbuchregister als Register nach gemeinsamen Merkmalen des Realfoliensystems durch Bezirksgerichte (poln *Sądy Rejonowe*) geführt. Es genießt in beiden Staaten den öffentlichen Glauben. Diese Ähnlichkeiten in Grundbuchwesen sind auf den Einfluss des österreichischen Rechts auf das polnische Rechtsleben während der Habsburger Monarchie sowie auf die selektive Rezeption des österreichischen Grundbuchsmodells in das polnische Recht nach dem Jahr 1918 zurückzuführen.<sup>881</sup> Diese Ereignisse wirken auch aktuell nach, da das österreichische Modell als Vorbild auch aktuell bei der Einführung des EDV-Grundbuchregisters galt. Beide Staaten führen das Grundbuchsystem sowohl in traditioneller als auch in elektronischer Form als ADV-Grundbuch bzw EDV-Grundbuchregister.

---

<sup>880</sup> Vgl *Rudolph*, Aufsatz zum *Drobnig*, Eigentum und Vertrag im sozialistischen Recht, *RebelsZ* 1953, 192 (192-194).

<sup>881</sup> *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht Vor § 1 Rz 29; *Jaksch-Ratajczak*, Liegenschaftsrecht in Mittel- und Osteuropa, in *Rechberger* 4 f; *Cierpial*, Gutgläubiger Eigentumserwerb an Immobilien in Mittel- und Osteuropa unter besonderer Berücksichtigung von Deutschland, Österreich und Polen, in *Trunk* 21-22.

Im Aufbau des jeweiligen Grundbuchsystems bestehen mE für die Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs unbedeutende Unterschiede. So werden in Österreich beschränkte Sachenrechte, vor allem Hypotheken und Pfandrechte, in ein Blatt (C-Blatt) eingetragen und in Polen hingegen in zwei verschiedene Blätter (Teile). Im III. Teil werden beschränkte Sachenrechte, ausgenommen Hypotheken und Pfandrechte eingetragen, für die der IV. Teil vorgesehen ist.

In beiden Systemen gilt das materielle Publizitätsprinzip und wirkt sich zwischen dem Unberechtigten und einem gutgläubigen Dritten aus, wenn der Grundbuchstand die richtigen Eigentumsverhältnisse an einer Liegenschaft nicht widerspiegelt und der gutgläubige Dritte auf diesen Inhalt des Grundbuches bzw Grundbuchregisters vertraut. In beiden Rechtssystemen kann der gutgläubige Dritte im Vertrauen auf den unrichtigen Grundbuchstand das Eigentum oder auch andere Sachenrechte an der Liegenschaft vom Unberechtigten erwerben.

Im Gegensatz zur Rechtslage in Österreich basiert allerdings der Eigentumserwerb im polnischen Recht auf dem Einheits- bzw Konsensualprinzip, welches aus dem französischen Recht rezipiert wurde.<sup>882</sup> Deshalb entfaltet der polnische Liegenschafts Kaufvertrag grundsätzlich die dingliche Wirkung und überträgt *per se* das Eigentum an den Käufer. Nur als Ausnahme lässt der polnische Gesetzgeber die Zersplitterung dieser doppefunktionellen Wirkung des Kaufvertrags zu und ermöglicht den Abschluss eines bloß schuldrechtlich wirkenden Kaufvertrags. Auch in solchen Fällen wird das Eigentum an der Liegenschaft – im Gegensatz zum österreichischen Recht – kraft Willenserklärungen, dh aufgrund eines separaten und auf den Kaufvertrag bezugnehmenden dinglichen Vertrags, übertragen. Erst nach dem Eigentumserwerb durch den Käufer wird dieser Rechtsakt mittels bloß deklarativ wirkender Eintragung ins Grundbuchregister publik gemacht, was jedenfalls den gutgläubigen Erwerb des Eigentums oder eines beschränkten Sachenrechts vom nunmehr unberechtigten Verkäufer ausschließt. Zwecks Erfüllung des materiellen Publizitätsprinzips besteht in Polen ein Zwang zur Offenlegung des erworbenen Eigentums, der den neuen Eigentümer bei sonstiger Geldstrafe trifft (Art 35 Abs 1 GbHypG). Er verpflichtet auch den handelnden Notar zur Aufnahme des Antrags auf Offenlegung dieses Rechts im Grundbuchregister (Art 92 § 4 NotRG). Einen solchen Eintragungszwang sieht hingegen das österreichische Recht nicht

---

<sup>882</sup> Kühn, Development of Comparative Law in Central and Eastern Europe, in Reimann/Zimmermann 218.

vor, sondern lässt als Ausnahme den außerbücherlichen Eigentumserwerb zu. Außerhalb der Sonderfälle des außerbücherlichen Eigentumserwerbs lässt sich der „Eintragungszwang“ mittelbar aufgrund der konstitutiven Wirkung der Eintragung ebenfalls erkennen.

An dieser Stelle liegt mE die große Schwäche der polnischen Konstruktion, da wegen langer Wartezeiten bis zum Vollzug der grundbücherlichen Eintragung in der polnischen Praxis die Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs wesentlich beeinträchtigt wird, was teilweise auf das Fehlen des Beschleunigungsgrundsatzes in Grundbuchsachen zurückzuführen ist. Diese Simplizität der Eigentumsübertragung im polnischen Recht bevorzugt die Interessen des Käufers gegenüber dem Verkäufer wesentlich besser, der bereits beim Vertragsabschluss das Eigentum erwirbt, und zwar unabhängig von der Bezahlung des Kaufpreises.

Wegen dieser Gegebenheiten sind der Bedarf und die Rolle des Vorvertrags im polnischen Rechtsleben viel größer als in der österreichischen Rechtskultur.<sup>883</sup> Der Vorvertrag bildet eine schulrechtlich bindende Grundlage für den Abschluss des Kaufvertrags. Er dient in der polnischen Praxis zum Interessenausgleich der Vertragsparteien und wird vor allem dann abgeschlossen, wenn der Eigentumserwerb von der Erfüllung bestimmter Bedingungen insb in Hinblick auf den zu zahlenden Kaufpreis abhängig gemacht wird.

Der Eigentumserwerb im österreichischen Recht erfolgt hingegen nach dem Prinzip der Trennung des bloß schuldrechtlich wirkenden Kaufvertrags (*titulus*) und der dinglich wirkenden Einverleibung des Eigentums ins Grundbuch durch das Gericht (*modus*). Der Einverleibung liegt stets ein dinglicher Vertrag zur Grunde, der separat nicht erklärt wird, sondern sich immanent aus dem Kaufvertrag ergibt. Die grundbücherliche Einverleibung wirkt in Österreich konstitutiv und erfüllt deshalb mE optimal die Registerpublizität und den öffentlichen Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchstands. Auf diese Art und Weise kann das Höchstmaß an Verkehrs- und Vertrauensschutz optimal geschaffen und ein sicher funktionierender Liegenschaftsverkehr gewährleistet werden.

Beim österreichischen Modell mit der rechtlichen Trennung des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts werden zusätzlich Maßnahmen zum Schutz der Interessen des

---

<sup>883</sup> Vgl. Bogen/Lakomy, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 182 und Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 168-175.

Käufers gefordert. Wegen potentieller weiterer Verfügungen des Verkäufers in der Zwischenzeit ist der Käufer schlechter als nach der polnischen Rechtslage gestellt. Schadenersatzansprüche des Käufers aus dem Kaufvertrag berücksichtigen keinesfalls sein Sachinteresse an der Liegenschaft und sind lediglich auf den wirtschaftlichen Wertersatz beschränkt, was bei Liegenschaften einen unzureichenden Schutz darstellt.

Diesen zwischenzeitlichen Schutz ermöglicht der österreichische Gesetzgeber durch die freiwillige Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung, welche eine rangwehrende Wirkung iSd Prioritätsprinzips entfaltet und die antragsgemäße Lösung aller späteren Eintragungen ermöglicht. Die Institution der grundbücherlichen Anmerkung besteht auch im polnischen Recht (Art 626<sup>7</sup> ZVGB) und erfüllt auch dort eine Warnfunktion. Der essentielle Unterschied zwischen der grundbücherlichen Anmerkung nach österreichischen und polnischen Recht besteht jedoch darin, dass sie in Österreich vor der beabsichtigten Veräußerung warnt, während sie in Polen bloß auf eine bereits vollzogene Transaktion hinweist. Die Anmerkung iSd polnischen Rechts erfolgt zwingend und von Amts wegen nach der Registrierung des Eintragungsantrags im Tagebuch des Gerichts. Die Anmerkung iSd österreichischen Rechts wird auf Antrag der Parteien vorgenommen und hat einen freiwilligen Charakter. Die polnische Anmerkung entspricht funktionell einer „Plombe“ iSd österreichischen Grundbuchsrechts, die auf die gestellten aber noch nicht erledigten Grundbucheinträge hinweist.<sup>884</sup>

Die Funktion der Anmerkung iSd österreichischen Rechts könnte theoretisch der Grundbucheintrag des im polnischen Rechtsleben üblichen Vorvertrags über den beabsichtigten Liegenschaftskaufvertrag erfüllen. Der Vorvertrag genießt die Eintragungsfähigkeit, wenn er in Notariatsaktform bzw zumindest in Schriftform mit beglaubigten Unterschriften der Vertragsparteien errichtet wurde. Dieses Sicherungsmittel ist jedoch nicht üblich, weil es aufgrund der bereits genannten langen Wartezeiten auf den Vollzug in Grundbuchverfahren seine Funktion nicht optimal erfüllt. Überdies fehlt es in Polen an einem flächendeckenden Grundbuchssystem.

Der Verkehrs- und Vertrauensschutz anhand der Registerpublizität setzt das Bestehen eines flächendeckenden Grundbuchsystems voraus, in dem für jede Liegenschaft eine Grundbucheinlage angelegt wurde, was in Polen *bis dato* noch nicht vollständig erfolgte.

---

<sup>884</sup> Vgl Grötsch, Österreich, in Frank/Wachter<sup>2</sup> Rz 147.

Laut dem polnischen Justizministerium wurden zwar mit Ende des Jahres 2014 alle bereits traditionell angelegten Grundbuchseinlagen in das ADV-Grundbuch übernommen, es sind aber immer noch nicht für sämtliche Liegenschaften traditionelle Grundbuchseinlagen angelegt. Das Ausmaß dieses Problems lässt sich bedauerlicherweise nicht feststellen, weil laut Justizministerium eine diesbezügliche Statistik über Liegenschaften ohne Grundbuchseinlagen fehlt. Unter diesen Umständen ist der polnische Gesetzgeber verpflichtet nach alternativen Mechanismen zu suchen, um die Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs zu gewährleisten.

## **2. Formzwang**

Der gesetzliche Formzwang schränkt die grundsätzliche Formfreiheit ein und ist eine Reaktion der beiden Rechtssysteme auf den Regelungs- und Schutzbedarf bei den oben beschriebenen Interessenskonflikten beim Liegenschaftsverkauf. Beide Rechtsordnungen schützen den Liegenschaftsverkehr mittels eines Formzwangs, welcher allerdings in den beiden Rechtsordnungen eine unterschiedliche Strenge aufweist und dem ein differenzierter Stellenwert beigemessen wird. Dies ist einerseits auf unterschiedliche Erfahrungen aus der rechtshistorischen Dimension der beiden Staaten und andererseits auf die Annahme differenzierter Systeme der Eigentumsübertragung (rechtsdogmatische Dimension) zurückzuführen.

Bei der Analyse des Verkehrsschutzes mittels gesetzlichen Formzwangs muss zwischen zwei Problemen differenziert werden: erstens der Zeitpunkt, in dem der jeweilige Gesetzgeber den Formzwang verlangt und zweitens die Formstrenge.

Hinsichtlich des Zeitpunkts stellen beide Rechtsordnungen bei der Einführung des Formzwangs grundsätzlich auf jenen Rechtsakt ab, der die eigentumsübertragende Wirkung entfaltet. Wegen des Trennungsprinzips und des konstitutiven Eintragungsgrundsatzes im österreichischen Recht entfaltet nicht der abgeschlossene Liegenschafts Kaufvertrags, sondern die Einverleibung des Eigentums ins Grundbuch die translative Wirkung. Deshalb führt der österreichische Gesetzgeber den Formzwang für die grundbücherlichen Eintragungsunterlagen ein. Im Gegensatz zum österreichischen Recht gilt der Formzwang in Polen bereits für den Kaufvertrag, weil dieser rechtsübertragend wirkt.



Im Ausnahmenbereich des Art 155 § 1 letzter Halbsatz ZGB unterliegt auch der dingliche Eigentumsübertragungsvertrag dem gleichen Formzwang. Konsequenterweise schreibt der polnische Gesetzgeber diesen Formzwang auch für den schuldrechtlichen Liegenschaftsvertrag vor, damit der Schutz vor einer übereilten Entscheidung gesichert und die fachkundige Rechtsberatung der Vertragsparteien gewährleistet werden kann. Die gleiche Schutzfunktion hat im österreichischen Recht ausnahmsweise der bereits für die hier relevanten Liegenschaftskaufverträge geltende Formzwang iSd NotAkteG zu erfüllen.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den untersuchten Rechtsordnungen besteht auch in der Regelung der Formstrenge für Liegenschaftskaufverträge. Im polnischen Recht ist der Notariatsaktzwang ein immanenter Bestandteil jedes Liegenschaftskaufvertrags; dies unabhängig davon, ob er die doppel funktionelle oder ausnahmsweise lediglich die schuldrechtliche Wirkung entfaltet. In dem Ausnahmenbereich gilt der Notariatsaktzwang ebenfalls für den dinglichen Eigentumsübertragungsvertrag (Art 158 ZGB). Somit wurde der Grundsatz der Formfreiheit (Art 60 ZGB) beim Liegenschaftskauf zur Gänze aufgehoben. In dieser Formstrenge unterscheidet sich die polnische Rechtsordnung von der naturrechtlich geprägten Rechtslage in Frankreich, aus welchem das Einheits- bzw Konsensualprinzip des Kaufvertrags rezipiert wurde und wo auch der Liegenschaftskaufvertrag formfrei abgeschlossen werden kann.<sup>885</sup>

Hingegen können nach dem österreichischen Recht die bloß schulrechtlichen Liegenschaftskaufverträge grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden (§ 883 ABGB). Wie oben dargelegt ist diese Tendenz zur vertraglichen Formfreiheit auf die Entstehungsgeschichte des ABGB und den starken Einfluss der Naturrechtsphilosophie zurückzuführen. Die diesbezüglichen zwei gemäß NotAkteG geltenden Ausnahmen betreffen lediglich jene Kaufverträge, die entweder durch Ehegatten bzw eingetragene Partner oder urkundlich durch Blinde abgeschlossen werden (§ 1 Abs 1 lit b) und e) *leg cit*). In diesem Ausnahmenbereich wird für die Vertragsurkunde die Notariatsaktform vorgeschrieben.

Bei der Errichtung der Notariatsakte handeln sowohl die polnischen als auch die österreichischen Notare in ihrer Eigenschaft als öffentliche Urkundspersonen hoheitlich.

---

<sup>885</sup> Frank, Frankreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 147-151.

Sie üben im Rahmen des ihnen gesetzlich zugewiesenen Geschäftskreises eine staatliche Verwaltungstätigkeit aus.<sup>886</sup>

Dieser Grundsatz der Formfreiheit bzw im Ausnahmenbereich der Notariatsaktzwang gelten ebenfalls für den eventuell zu bejahenden dinglichen Vertrag iSd hegelianischen Lehre, welcher nach der Rsp aus dem Kaufvertrag sichtlich hervorgehe und im Rechtsverkehr gesondert nicht erklärt werde,<sup>887</sup> da er dem Kaufvertrag unwiderruflich innewohne.<sup>888</sup>

Die Formstrenge im österreichischen Recht ist nicht so groß wie jene im polnischen Recht. Die Formvorschrift des § 31 Abs 1 GBG schreibt in Österreich lediglich eine Schriftform mit beglaubigten Unterschriften beider Vertragsparteien vor. Dieser Formzwang der Aufsandungserklärung gilt wegen der Eintragungsfähigkeit gleichermaßen für die Kaufvertragsurkunde.

Durch die bloße Beglaubigung der Unterschriften auf der schriftlichen Aufsandungserklärung und auf dem Kaufvertrag zum Zwecke der grundbücherlichen Eintragung beabsichtigt der österreichische Gesetzgeber Unrichtigkeiten im Grundbuchstand zu vermeiden. Mittels Beglaubigungszwangs sichert der österreichische Gesetzgeber keine Beratungs-, Warn- und Schutzfunktion vor übereilten Entscheidungen der Vertragsparteien, obwohl diese Funktionen die allfällige Anfechtung des Liegenschaftskaufvertrags wegen Täuschung und Irrtums einer der Parteien ausschließen könnten. Lediglich die Unterschriftenfälschung und keine Willensmängel beim Abschluss des Vertrages können mittels des derzeit in Österreich geltenden Formzwangs ausgeschlossen werden. Die Parteien eines formfreien Liegenschaftskaufvertrags werden mangels gesetzlichen Formzwangs auch nicht vor übereilten Entscheidungen geschützt.

Als Reaktion auf diesen Freiraum wurden in der österreichischen Praxis zwecks sicherer Abwicklung der Liegenschaftstransaktionen außerrechtliche Mechanismen entwickelt, welche die Funktion und den hohen Stellenwert des Notariatsaktzwangs in Polen ersetzen. Gewöhnlich wird beim Liegenschaftskauf vor allem ein österreichischer Rechtsanwalt oder

---

<sup>886</sup> *Spruzina*, Rechtsnatur und Bedeutung notarieller Bestätigungen NZ 2010, 97 (97-98); *Rudnicki*, Akt notarialny / Notariatsakt, in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 1.

<sup>887</sup> RIS-Justiz: RS0011123, zuletzt OGH 16. 2. 1984, 7 Ob 632/83.

<sup>888</sup> OGH 7 Ob 632/83 JBl 1984, 671 (672).

Notar als Treuhänder beigezogen, worauf bei den rechtsdogmatischen und rechtssoziologischen Dimensionen näher einzugehen ist.

### 3. Reichweite des Formzwangs

Die Analyse der Reichweite des Formzwangs bei Kaufverträgen über Liegenschaften zeigt weitere essentielle Unterschiede in beiden Rechtsordnungen. Während im polnischen Recht der Notariatsaktzwang alle wesentlichen Vertragselemente des Kaufvertrags (*essentialia negotii* und *accidentalialia negotii*) umfasst, gilt im österreichischen Recht für alle Vertragselemente grundsätzlich die Formfreiheit. Im notariatsaktpflichtigen Ausnahmebereich iSd NotAkteG erstreckt sich dieser Formzwang nur auf die objektiv wesentlichen Vertragselemente (*essentialia negotii*).<sup>889</sup> Da der Gläubigerschutz (Dritterschutz) nicht mehr im Vordergrund dieses konkreten Notariatsaktzwangs steht, können bloße Nebenabreden (*accidentalialia negotii*) auch über den Kaufpreis formfrei vereinbart werden.<sup>890</sup>

Diametral entgegengesetzt beantwortet die jeweilige höchstgerichtliche Rsp in Österreich und Polen die Rechtsfrage, ob der im Notariatsakt aus steuerlichen Gründen unrichtig beurkundete Kaufpreis zur Nichtigkeit des verdeckten Rechtsgeschäfts wegen Formmangels führt.

Während die polnische stRsp<sup>891</sup> einen Liegenschaftskaufvertrag mit einem verdeckten Kaufpreis unter Bezug auf die Rechtsdogmatik<sup>892</sup> und allgemeine Rechtssicherheit<sup>893</sup> als nichtig erachtet, weil nicht alle tatsächlich vereinbarte Vertragselemente formgemäß iSd Art 158, 1. Satz ZGB beurkundet wurden, steht die österreichische stRsp auf dem Standpunkt, dass die Gültigkeit des verdeckten Rechtsgeschäfts erhalten bleibt. Dies allerdings dann, wenn das beurkundete Rechtsgeschäft im verdeckten Rechtsgeschäft derart enthalten sei, dass es durch eine Zusatzvereinbarung (Nebenabrede) in das verdeckte Rechtsgeschäft verwandelt werden könne. Die Vereinbarung eines höheren Kaufpreises sei als mündlich getroffene Nebenabrede anzusehen, sodass beim Abschluss eines

---

<sup>889</sup> OGH 7 Ob 182/01t, ecolex 2003/314; OGH 19. 6. 1986, 7 Ob 617/86; Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB<sup>37</sup> § 883 E 41.

<sup>890</sup> RIS-Justiz: RS0031424; zuletzt: OGH 21. 2. 2014, 5 Ob 110/13g.

<sup>891</sup> OG 22. 5. 2009, III CZP 21/09; OG 25. 10. 2006, III CSK 214/06; OG 12. 10. 2001, V CKN 631/00.

<sup>892</sup> OSNC 2002 Nr 7-8 Pos 91.

<sup>893</sup> OG 9. 7. 2003, IV CKN 305/2001, OSNC 2004, Nr 7-8, Pos 130.

Scheingeschäftes zwecks Gebührenhinterziehung das verdeckte Geschäft nicht ungültig sei.<sup>894</sup>

Wesentliche Unterschiede bestehen auch bei der Reichweite des Formzwangs auf die Form des Vorvertrages, der zum Abschluss eines Liegenschafts Kaufvertrags verpflichtet. Der Vorvertrag unterliegt im österreichischen Recht demselben Formzwang wie der Hauptvertrag. Das österreichische Recht sieht daher einen Notariatsaktzwang nur für jene Vorverträge vor,<sup>895</sup> die zum Abschluss notariatsaktpflichtiger Kaufverträge<sup>896</sup> iSd § 1 Abs 1 lit b) und e) NotAkteG verpflichtet. Im sonstigen hier relevanten Bereich gilt die Formfreiheit.<sup>897</sup> Der formgemäße Vorvertrag muss überdies inhaltlich ausreichend konkretisiert sein und den Abschlusszeitpunkt des Hauptvertrags beinhalten.<sup>898</sup>

Das polnische Recht zeigt sich in diesem Punkt paradoxerweise liberaler als das österreichische Recht und schreibt keinen Formzwang als Gültigkeitsvoraussetzung für den Vorvertrag vor. Der Vorvertrag muss im Gegensatz zum österreichischen Recht überdies keinen Abschlusszeitpunkt des Hauptvertrages festlegen.<sup>899</sup> Die Errichtung des Vorvertrags in Notariatsaktform ist allerdings auch im polnischen Recht nicht irrelevant, weil sich die Einhaltung dieser strengen Form gemäß Art 390 § 2 ZGB auf die Rechtsposition der Vertragsparteien auswirkt. Die vorvertraglich berechnete Partei kann nur dann ihren Leistungsanspruch auf Abschluss des Kaufvertrags gerichtlich durchsetzen, wenn der Vorvertrag in dieser Form abgeschlossen wurde. Sonst steht ihr lediglich der Ersatz des Vertrauensschadens zu. Deshalb spricht die polnische Lehre<sup>900</sup> und Judikatur<sup>901</sup> in diesem Zusammenhang von einer sog starken und schwachen Wirkung des Vorvertrags.

Die österreichische und polnische Rechtsordnung unterscheiden sich auch in der Reichweite des hier relevanten kaufvertraglichen Formzwangs bei der Form der Vollmacht. In beiden Rechtssystemen erfahren grundsätzlich formfreie Vollmachten dann

---

<sup>894</sup> OGH 15. 5. 2001, 5 Ob 41/01t; OGH 1 Ob 10/79 NZ 1980/88; OGH 1 Ob 10/79 NZ 1980/88; OGH 3. 4. 1975, 6 Ob 200/74; OGH 2 Ob 158/53 JBI 1954/43.

<sup>895</sup> OGH 20. 12. 2006, 7 Ob 203/06p.

<sup>896</sup> RIS-Justiz: RS0024162.

<sup>897</sup> *Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 936 Rz 1; *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 936 Rz 9 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at); *Perner* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 936 Rz 17; OGH 20. 4. 2005, 7 Ob 62/05a; OGH 14. 3. 2005, 4 Ob 271/04p; OGH 22. 3. 2000, 3 Ob 43/99s.

<sup>898</sup> RIS-Justiz: RS0019079; OGH 29. 1. 2015, 9 Ob 61/14g.

<sup>899</sup> OG 27. 11.2003, III CK 156/02, LexPolonica Nr 2301111; *Rudnicki*, Vorvertrag und Angeld in *Bieniek/Rudnicki*<sup>7</sup> Rz 6.

<sup>900</sup> *Machnikowski* in *Gniewek/Machnikowski*, ZGB<sup>6</sup> Art 390 Rz 5.

<sup>901</sup> AppellG Warszawa (Warschau) 18. 1. 2010, VI SA/Wa 1933/09, Legalis.

eine formbedingte Einschränkung, wenn sie zum Abschluss formpflichtiger Rechtsgeschäften berechtigen sollen.<sup>902</sup> Dies führt auf dem Grund des polnischen Rechts zum deutlich größeren Umfang formpflichtiger Vollmachten als das im österreichischen Recht ist. Dieser Zustand ist auf die grundsätzliche Formfreiheit der Liegenschafts Kaufverträge im österreichischen Recht zurückzuführen. Obwohl es wegen der Rechtssicherheit in der Praxis kaum vorstellbar ist, kann theoretisch ein Liegenschafts Kaufvertrag nach österreichischem Recht aufgrund einer formfreien Vollmacht des Vertreters abgeschlossen werden. Ein in dieser Form abgeschlossener Liegenschaftsvertrag samt Vollmacht wird allerdings wegen des Beglaubigungszwangs im Grundbuchverfahren keine Eintragungsgrundlage darstellen können.

Im formpflichtigen Ausnahmehereich nach NotAktG liberalisierte der österreichische Gesetzgeber den ursprünglichen Notariatsaktzwang für die Vollmachten durch die Einführung des § 69 Abs 1a iVm Abs 1 NO. Nach dieser Rechtsnorm muss die Vollmacht zumindest in Schriftform mit beglaubigten Unterschriften errichtet werden.<sup>903</sup>

Die Neigung des polnischen Rechts zum strengen Formalismus macht sich auch an dieser Stelle bemerkbar. Im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage reflektiert der Notariatsaktzwang des Liegenschafts Kaufvertrags im polnischen Recht auf die Form der Vollmacht zum Abschluss eines solchen Vertrags.<sup>904</sup> Die rechtsdogmatische Fundierung für diese Ausdehnung des Formzwangs des Kaufvertrages auf die Form dieser Vollmacht ist im Art 99 § 1 iVm Art 158 ZGB zu finden.

#### **4. Sanktionen der Formmängel**

Beide untersuchte Rechtssysteme sanktionieren grundsätzlich Formmängel bei der Errichtung formpflichtiger Rechtsgeschäfte. ME unterscheiden sie sich allerdings in Anlehnung an *Zweigert* und *Kötz* durch den stilprägenden Faktor einer spezifischen juristischen Denkweise.

Im polnischen Recht ist das formale Rechtsdenken sehr stark ausgeprägt. Dies zeigt sich vor allem in der generellen Anordnung und Verknüpfung der Form- und Sanktionstypen in

---

<sup>902</sup> *Rubin*, Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft, *ecolex* 2010, 24 (25); *Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 883 Rz 2; OGH 16. 1. 1992, 7 Ob 506/92.

<sup>903</sup> ErläutRV 1133 BlgNR 18. GR 17; *Bydlinski F./Bydlinski P.*, Gesetzliche Formgebote 62.

<sup>904</sup> *Bogen/Lakomy*, Polen, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 309; OG 4. 10. 1979, III CZP 60/79, OSN 1980, Nr 6, Pos 109.

Art 73-83 ZGB. Die Verletzung der gesetzlichen (einfachen) Schriftform ist mit der generellen Erschwerung der Beweisbarkeit des Vertragsabschlusses sanktioniert (Sanktion *ad probationem*). Die Formmängel beim einfachen schriftlichen Formzwang werden nur dann anders sanktioniert, wenn ein anderer Sanktionstypus in einer Vorschrift *lex specialis* explizit verankert wurde.<sup>905</sup> Ein ähnliches Mechanismus wurde beim Formmangel einer besonderen Schriftform, zu welcher auch die Notariatsaktform zählt, vorgeschrieben, welcher mit der Nichtigkeitssanktion belastet ist, es sei denn, der Gesetzgeber sieht ausdrücklich in der Formvorschrift die Sanktion *ad eventum* vor (Art 73 § 2 ZGB).<sup>906</sup>

Die jeweilige Sanktion tritt unabhängig davon ein, ob im konkreten Fall der Formzweck erreicht oder wegen Formmangels vereitelt wurde. Trotz des formalen Rechtsdenkens ist der polnische Gesetzgeber verpflichtet, jede Einführung des Formzwangs – als Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit – bzw die Einführung eines strengeren Sanktionstypus als zweckadäquat zu legitimieren, weil der materielle Gehalt des jeweiligen Formzwangs im Sanktionstypus seinen Niederschlag zu finden hat.<sup>907</sup> Insofern ist für die Einführung des jeweiligen Formzwangs und des mit ihm zusammenhängenden Sanktionstypus der Sinn und Zweck einer konkreten Formvorschrift maßgebend.

Art 158 ZGB schreibt den Notariatsaktzwang für Liegenschafts Kaufverträge und im Ausnahmenbereich für dingliche Eigentumsübertragungsverträge vor. Ein allfälliger Formmangel ist im Gegensatz zum österreichischen Recht immer mit der absoluten Nichtigkeit des jeweiligen Vertrags sanktioniert. Dabei handelt es sich um eine Gesamtnichtigkeit.<sup>908</sup>

Ein weiterer essentieller Unterschied zur österreichischen Rechtslage besteht in der fehlenden Heilungsmöglichkeit dieses Formmangels im polnischen Recht.<sup>909</sup> Dieser Sanktion unterliegen auch die formwidrigen Vollmachten, die zum Abschluss eines notariatspflichtigen Vertrags berechtigen sollen. Lediglich bei der Form der Vorverträge verzichtete der polnische Gesetzgeber auf die strenge Nichtigkeitssanktion und gestaltete

---

<sup>905</sup> AppellG Łódź (Lodsch) 14. 3. 1996, I ACr 62/95: Prawo Gospodarcze 1996 Nr 8, 61 (61-66).

<sup>906</sup> OG 26. 9. 2008, V CSK 91/08; OSNC A/09, Pos 24; Rudnicki in Dmowski/Rudnicki ZGB I<sup>10</sup> Art 73 Rz 4.

<sup>907</sup> Vgl Heiss, Formmängel 18.

<sup>908</sup> Motyka-Mojkowski, Polnisches Zivilrecht AT, Band I (2010) Rz 263; Rudnicki in Dmowski/Rudnicki ZGB I<sup>10</sup> Art 73 Rz 4ff.

<sup>909</sup> Bogen/Lakomy, Polen, in Frank/Wachter<sup>2</sup> Rz Rz 189.

abhängig von der Errichtung des notariellen Vorvertrags die Rechtsposition der vorvertraglich berechtigten Partei entsprechend unterschiedlich.

Im Gegensatz dazu ist dem österreichischen Recht eine generelle Typisierung des Formzwangs und der Sanktionen der Formmängel, die abstrakt stets in einem engen Zusammenhang miteinander stehen, fremd. Wegen des naturrechtlichen Gedankenguts ist im österreichischen Recht ein Zug zum Antiformalismus stark ausgeprägt, was zur Überwindung des Glaubens an die Kraft des Formzwangs und daher zur Typen- und Formfreiheit führte.<sup>910</sup>

Jede Sanktion des Formmangels knüpft primär an den materiellen Sinn und Zweck des Formzwangs an und wird durch diese bestimmt.<sup>911</sup> Das Spektrum der Sanktionen der Formmängel ist sehr breit. Die stRsp<sup>912</sup> und hL<sup>913</sup> in Österreich erkennt allerdings eine Regel, nach welcher im Zweifelfall von der Nichtigkeitssanktion auszugehen ist. Über die Art der Nichtigkeit entscheidet in jedem konkreten Fall der jeweilige Schutzzweck der Formvorschrift.<sup>914</sup> So wird beispielsweise der Formmangel eines notariatsaktpflichtigen Liegenschafts Kaufvertrags iSd § 1 Abs 1 lit b) NotAKtsG mit der absoluten Nichtigkeit hingegen der Formmangel eines notariatsaktpflichtigen Liegenschafts Kaufvertrags iSd § 1 Abs 1 lit e) NotAKtsG mit der relativen Nichtigkeit sanktioniert. Mit den gleichen Sanktionen werden bei Formmängel die entsprechenden Vorverträge belastet.

Die genannte Abneigung des österreichischen Gesetzgebers zum Formalismus ist darüber hinaus in der Zulassung der Heilungsmöglichkeit formnichtiger Verträge durch ihre Erfüllung im § 1432 ABGB zu erblicken, was im polnischen Recht mangels einer rechtsdogmatischen Grundlage und wegen des formalistischen Drangs nicht vertretbar ist. Die Heilungsmöglichkeit kann aufgrund einer vertraglich begründeten Vermögensverschiebung erfolgen. Sie ist daher mE *per se* bei Vorverträgen und Vollmachten ausgeschlossen. Nach der Errichtung dieser Rechtsgeschäfte in der

---

<sup>910</sup> Vgl Zweigert in FS Yntema 50-51.

<sup>911</sup> Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB<sup>37</sup> § 883 E 7b; OGH 8. 9. 1999, 7 Ob 185/99 b; OGH 25. 8. 1993; 1 Ob 560/93.

<sup>912</sup> OGH 7 Ob 567/84 NZ 1984, 234; OGH 6 Ob 645/79 NZ 1980, 78; Vgl RIS-Justiz: RS0070824.

<sup>913</sup> Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 886 Rz 18; Bydlinski in KBB<sup>4</sup> § 883 Rz 7; Bydlinski P., BR AT I<sup>6</sup> Rz 7/28; Markl in Gschnitzer<sup>2</sup> 741; aA Heiss, Formmängel 23: „Eine Zweifelsregel im Sinne einer Nichtigkeitssanktion gibt es nicht.“

<sup>914</sup> Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 584 ff.

vorgeschriebenen Form ist jedes Mal von einem neu abgeschlossenen Vorvertrag bzw einer neu erteilten Vollmacht auszugehen.

Abgesehen von dem obigen notariatsaktspflichtigen Ausnahmenbereich ist der Formmangel im österreichischen Recht bei Vorverträgen, Kaufverträgen, Aufsandungserklärungen aber auch bei jeweiligen Vollmachten zum Abschluss obiger Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht mit der Nichtigkeit sanktioniert. Das Fehlen der Unterschriftsbeglaubigung hindert lediglich den Vollzug der grundbücherlichen Eintragung bzw die Vornahme einer anderen darauf gerichteten Rechtshandlung. Diese Sanktion im österreichischen Recht entspricht funktionell dem polnischen Sanktionstypus *ad eventum* in der Variante *ad intabulationem*.

### **C. Bewertung aus komparativer Sicht**

Es ist allgemein anerkannt, dass die Rechtsordnungen in Deutschland, Österreich, der Schweiz zum deutschen Rechtskreis zählen. In allen drei Rechtssystemen gelten mit diversen Abweichungen das Trennungsprinzip und der konstitutive Eintragungsgrundsatz, wobei nur in Österreich – unter Einfluss der Naturrechtsphilosophie – der Grundsatz der Formfreiheit beim Liegenschafts Kauf gilt, welcher durch den Zwang der Unterschriftsbeglaubigung zwecks Durchführung grundbücherlicher Eintragungen ergänzt wird.<sup>915</sup> In zwei anderen Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises gilt hingegen der Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf.<sup>916</sup>

Das polnische Recht gehört mE zu den hybriden Rechtssystemen,<sup>917</sup> weil es die stilbildenden Faktoren mehrerer Rechtsordnungen aufweist. Dazu zählt insb das aus dem französischen Recht rezipierte Einheits- bzw Konsensualprinzip und der im deutschen Recht geltende Notariatsaktzwang. Das polnische Grundbuchssystem wurde hingegen wesentlich durch das österreichische Rechts geprägt.

In weiterer Folge ist der Formzwang beim Liegenschafts Kauf im österreichischen und polnischen Recht unter Berücksichtigung rechtsdogmatischer, rechtshistorischer und rechtssoziologischer Dimensionen zu analysieren. Bei dieser Analyse können die

---

<sup>915</sup> *Zweigert* in FS Yntema 48; *Scholler*, ZVglRWiss 2000, 373 (378-379); *Heiss*, ZVglRWiss 2001, 396 (397).

<sup>916</sup> Vgl in Deutschland gemäß §§ 128 iVm 311b Abs 1 BGB und in der Schweiz gemäß Art 216 OR; *Zweigert/Kötz*, Einführung 366.

<sup>917</sup> *Heiss*, ZVglRWiss 2001, 396 408-410.



unterschiedlichen Modelle der Eigentumsübertragung nicht unberücksichtigt bleiben, weil ihre Konzeptionen – wie oben dargelegt – in einem engen Zusammenhang mit dem jeweiligen Formzwang stehen.

## 1. Rechtsdogmatische Dimensionen

Gerade auf die dogmatische Basis kann die Rechtsvergleichung sowohl bei ihren Aspekten *de lege lata* als auch *de lege ferenda*, dh im Streben nach sozialer Gerechtigkeit, keinesfalls verzichten, wenn sie methodisch funktionell vorgehen soll. *Dölle* weist zu Recht darauf hin, dass die Dogmatik sich den schutzwürdigen Interessen jeweils anzupassen und ihrer Verwirklichung zu dienen habe, weil sie eigentlich aus dieser Funktion erwachsen sei.<sup>918</sup>

Nach der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung muss zuerst gefragt werden, welche Aufgabe der Formzwang beim Liegenschafts Kauf in der Gesellschaft zu erfüllen hat und ob diese Aufgabe auch in der fremden Rechtsordnung besteht.<sup>919</sup> Ferner sind die mittels Formzwangs zu schützenden Interessen zu beschreiben, damit das Problem verständlich und einsichtig wird. Erst anschließend ist zu fragen, auf welche Weise und mit welchen dogmatischen Denkfiguren die untersuchten Rechtsordnungen die Aufgabe lösen.<sup>920</sup>

### 1.1. Schutz öffentlicher Interessen im jeweiligen Staat

Mittels Formzwangs für den eigentumsübertragenden Rechtsakt beim Liegenschafts Kauf streben beide Gesetzgeber den Schutz folgender öffentlicher Interessen an:

- 1) die sachenrechtliche Zuordnung im Liegenschaftsverkehr,
- 2) die Evidenzführung und Kontrolle des Liegenschaftsverkehrs,
- 3) die Stärkung des Vertrauens zur Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchstands durch die vollständige Dokumentation der Eigentumsverhältnisse und sonstiger Rechte Dritte an Liegenschaften,
- 4) fiskalpolitische Interessen in der Offenlegung der Grundstücksverhältnisse.

---

<sup>918</sup> *Dölle*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 1970, 403 (406-407).

<sup>919</sup> *Junker*, *JZ* 1994, 921 (922).

<sup>920</sup> Vgl *Kötz*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, *RabelsZ* 1990, 203 (209-210).

Bei der Realisierung dieses Schutzes gehen die untersuchten Rechtsordnungen allerdings konzeptionell unterschiedlich vor. Während im österreichischen Recht beim Schutz obiger Interessen das Grundbuch samt dem konstitutiven Eintragungsgrundsatz im Vordergrund steht, schreibt das polnische Recht die zentrale Rolle bei der Realisierung dieses Schutzes dem Notariat und dem Notariatsaktzwang zu. Das polnische Grundbuchsystem mit seinem deklarativen Eintragungsgrundsatz spielt beim Eigentumserwerb eine sekundäre Rolle. Daher hat der Notariatsaktzwang und generell der Zug zum Formalismus im polnischen Recht einen wesentlich höheren Stellenwert als im österreichischen Recht. Das österreichische Recht bedient sich einer anderen juristischen Konstruktion als Instrumentarium zur Wahrnehmung obiger Interessen. Es benötigt daher nicht zwingend, den strengen Notariatsaktzwang, obwohl dieser in anderen Rechtssystemen des deutschen Rechtskreises besteht. Da wo das österreichische Recht den Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf vorschreibt, verfolgt es den Schutz subjektiver Interessen der jeweiligen Vertragspartei, insb den Übereilungsschutz.

Im fiskalischen Aspekt setzt das österreichische Recht für den Eigentumserwerb die Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes voraus, dessen Beschaffung völlig in Händen der Vertragsparteien – in der Praxis ihrer Vertreter – liegt. Alternativ ist die Übernahme einer Solidarhaftung für die Entrichtung der Grunderwerbsteuer im Wege der Selbstberechnungserklärung des österreichischen Rechtsanwalts oder Notars möglich. Die Republik Polen sichert hingegen ihre fiskalischen Interessen durch die Überwälzung der Pflicht zur Steuerberechnung, zu ihrer Einhebung und Abfuhr an das Finanzamt auf den jeweils tätigen Notar, der diese Tätigkeiten bei der für den Eigentumsübergang zwingend vorgeschriebenen Errichtung des Notariatsakts vorzunehmen hat.

## **1.2. Schutz subjektiver Interessen der Vertragsparteien**

Der wesentliche Unterschied besteht im Schutz subjektiver Interessen der Vertragsparteien zwischen beiden Rechtsordnungen sowie in unterschiedlichen Schutzmaßnahmen und Abwicklungsmodellen, bei denen der Formzwang einen verschiedenen Stellenwert annimmt.

Geprägt durch den oben dargelegten Zug zum Formalismus geht der polnische Gesetzgeber sehr „fürsorglich“ gegenüber den Vertragsparteien vor, und sichert für sie mithilfe des Notariatsaktzwangs beim Abschluss des Liegenschafts Kaufvertrags die fachkundige und objektive Belehrung der Parteien über die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäftes durch den Notar. Bei bloßen Unterschriftsbeglaubigungen trifft den Notar diese Belehrungspflicht weder nach dem österreichischen noch nach dem polnischen Recht. Die gesetzlich vorgeschriebene Beziehung eines Notars als Vertragsrichter dient den Vertragsparteien. Zugleich bezweckt sie aber auch die Kontrolle des Staates über die Rechtmäßigkeit des Kaufvertragstextes und Klarheit der rechtskonformen Formulierung des Vertragstextes. Dadurch soll das Konfliktpotenzial und insoweit auch das Prozessrisiko reduziert werden. Durch den geltenden Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf genießen die polnischen Notare im Gegensatz zu österreichischen Notaren eine Rechtsposition als faktische Monopolisten bei der Abwicklung der Liegenschaftstransaktionen. In ihrer Funktion handeln sie – anders als in Österreich – nicht als Treuhänder beider Vertragsparteien, was eine zusätzlich Frage nach der Sicherung der Kaufpreiszahlung aufwirft.

In der Praxis entwickelten sich auch hier andere Mechanismen als in Österreich, die der Sicherung der Kaufpreiszahlung durch den Käufer dienen und dabei der Form des Notariatsakts wieder eine dem polnischen Recht eigene, stilprägende Funktion zukommt.

Da im nicht-professionellen Marktsektor des Liegenschaftsverkehrs eine Barzahlung des Kaufpreises in Gegenwart des Notars immer noch sehr verbreitet ist, wird hier mithilfe des Notariatsakts die Quittierung der Kaufpreiszahlung in Anwesenheit des Notars festgehalten, was eine Beweissicherung für die Erfüllung wechselseitiger Vertragspflichten gewährt und einen Ausgleich der Interessen beider Parteien darstellt. Bei der Kaufpreiszahlung mittels einer Banküberweisung oder bei Teilzahlungen wird die Form des Notariatsakts zur Errichtung eines Exekutionstitels iSd Art 777 § 1 Pkt. 4 ZVGB genutzt, in dem sich der Käufer freiwillig für den Fall, dass der vereinbarte Kaufpreis nicht fristgerecht beglichen wird, der sonstigen Exekution unterwirft. Diese Lösung soll dem Verkäufer eine langwierige und kostenpflichtige Prozessführung gegen den Käufer ersparen.

Angesichts der grundsätzlichen Formfreiheit der Liegenschaftskaufverträge und der bloßen Pflicht zur Unterschriftsbeglaubigung auf den Eintragungsunterlagen im österreichischen Recht entschied sich der österreichische Gesetzgeber für eine mehr liberalere Lösung in der Rechtsdogmatik und legte die Gestaltung des gesamten Abwicklungsmodells beim Liegenschaftskauf in Hände der Vertragsparteien. Da die freiwillige Errichtung des Notariatsakts wegen höherer Notariatskosten für die Praxis eine unbillige Lösung darstellt, fand auch die freiwillige Exekutionsunterwerfung des Käufers für den Fall fehlender Kaufpreiszahlung in die österreichische Praxis keinen Eingang.

Im Gegensatz zum polnischen Recht führte dies zur Etablierung des treuhändischen Abwicklungsmodells bei Liegenschaftstransaktionen. Im Rahmen der Vertragsdurchführung wird in Österreich regelmäßig ein Rechtsanwalts oder Notars als Treuhänder zwecks Vertragserrichtung, Sicherstellung der Lastenfreistellung, Einholung von Genehmigungen, Absicherung der abzulösenden und finanzierenden Kreditinstitute, grundbücherlicher Eintragung des Eigentumsrechts und sicherer Auszahlung des Kaufpreises beigezogen. Die Einschaltung eines Treuhänders bezweckt einen sicheren Austausch gegenseitiger Leistungen und die Wahrung des rechtlichen und finanziellen Interesses aller am Liegenschaftskauf beteiligten Personen.<sup>921</sup>

Der Ausgleich subjektiver Interessen der Vertragsparteien erfolgt in Österreich – im Gegensatz zur polnischen Rechtslage – im Wesentlichen außerhalb der gesetzlichen Regelung des Liegenschaftskaufs und wird durch das Treuhandverhältnis abgesichert. Im rechtsdogmatischen Bereich gewinnt im österreichischen Recht die Anmerkung der beabsichtigten Veräußerung eine hohe Relevanz.

Der zur Unterschriftsbeglaubigung der Vertragsparteien auf den Eintragungsunterlagen beigezogene Notar überprüft ausschließlich die Identität der unterzeichnenden Personen. Eine Rechtsbelehrungspflicht über die Rechtsfolgen des Vertragsabschlusses trifft ihn – im Unterschied zur Rechtslage in Polen – nicht. Die Vertragsparteien werden vom Treuhänder belehrt, der diese Aufgabe regelmäßig als Vertragserrichter übernimmt. Er sorgt auch für die wechselseitige Erfüllung der Vertragspflichten, in dem er den auf speziellen Anderkonto hinterlegten Kaufpreis an den Verkäufer erst nach dem lastenfreien Eigentumserwerb durch den Käufer überweist. Das Interesse des Käufers sichert er über

---

<sup>921</sup> *Illedits/Illedits-Lohr*, Wohnungseigentum<sup>5</sup> Rz 282; *Randa* in FS Weissmann (2003) 744.

dies mit der Anmerkungen der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung. Das Interesse des Verkäufers sichert er hingegen durch die Zurückbehaltung der formmäßigen Aufsandungserklärung bis zum vollständigen Erlag des Kaufpreises samt Steuern und Gebühren ab.<sup>922</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Formzwang beim Liegenschafts Kauf in beiden Rechtsordnungen unterschiedliche Aufgaben zu erfüllen hat. Während hinsichtlich der Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs keine wesentlichen Unterschiede zum Schutz öffentlicher Interessen des jeweiligen Staates bestehen, zeigen sich essentielle Differenzen beim Schutz subjektiver Interessen der Vertragsparteien. Diese sind auf die verschiedenen Modelle der Eigentumsübertragung und Unterschiede in den Grundbuchsystemen Österreichs und Polens sowie auf den unterschiedlichen Stellenwert des Formzwangs zurückzuführen, dessen Funktion im österreichischen Recht zum Großteil außerhalb der Dogmatik mithilfe der privatautonomen Rechtsfigur der Treuhanda bwicklung erfüllt wird.

## 2. Rechtshistorische Dimensionen

Um die Funktion des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf in beiden Rechtsordnungen richtig erfassen zu können, ist die rechtshistorische Betrachtungsweise unerlässlich, weil sich aus der Geschichte die Entwicklung einzelner Rechtsinstitute, ihr Zusammenwirken innerhalb eines Systems ergebe.<sup>923</sup> Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Bedeutung der gemeinsamen rechtsgeschichtlichen Quellen für den Stil der jeweiligen Rechtsordnung ab dem Moment gemindert wird, in dem sich diese Rechtsordnungen unter dem Einfluss späterer Ereignisse unterschiedlich entwickelten.<sup>924</sup>

Beide untersuchten Rechtssysteme haben ihre Wurzeln in der kontinentalen Rechtskultur und in der Rechtstradition des römischen Rechts, das zum gemeinsamen Fundament der Rechtswissenschaft wurde. Das römische Recht galt als direkter Ausdruck der Billigkeit und Vernunft und kam überall dort zur Anwendung, wo die lokalen oder nationalen Rechtsquellen, Statuten oder Gebräuche keine Antwort geben konnten.<sup>925</sup>

---

<sup>922</sup> Grötsch, Österreich, in *Frank/Wachter*<sup>2</sup> Rz 302.

<sup>923</sup> Rainer in Rainer (Hrsg), *Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung. Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht*, Bd. 12 (2002) 22.

<sup>924</sup> Zweigert in FS Yntema 48.

<sup>925</sup> Coing, Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 1968, 1 (2-4)

Das österreichische und polnische Recht war ferner durch die gemeinsame Lehre von *Corpus Iuris Civilis* und *Corpus Iuris Canonici* geprägt. In beiden Staaten begann sich das akademische Leben und die Rechtswissenschaft fast gleichzeitig zu entwickeln. Zu den im 14. Jh entstandenen Universitäten, die sich dem Bologneser Vorbild anschlossen, zählten vor allem die Karl-Ferdinands-Universität Prag (1348), die Jagiellonen-Universität Krakau (1364), die Universität Wien (1365) und die Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (1386).<sup>926</sup>

Die gemeinsame Rechtstradition blieb allerdings im Laufe der Jh nicht konstant, sondern unterlag seit dem Mittelalter einer ständigen Rechtsentwicklung. Sie wurde durch neue Gedanken der systematischen Jurisprudenz seit dem 16. Jh sowie der rationalen Naturrechtsphilosophie seit dem 17. Jh geprägt. Unter dem Einfluss der Aufklärung und französischen Revolution von 1789-1799 neigte sich die gemeinsame Rechtstradition sukzessiv ihrem Ende zu, bis sie durch die Entstehung der Nationalstaaten ihr Ende fand.<sup>927</sup>

Die Auflösung der Rechtseinheit manifestierte sich vor allem in den nationalen Kodifikationen, welche die rechtsdogmatischen Grundlagen für die Entwicklung der Rechtskultur im rein nationalen Sinne darstellten.<sup>928</sup>

Zu den großen Kodifikationen zählt neben dem ALR, frCC und BGB auch das ABGB.<sup>929</sup> Während das österreichische ABGB und das deutsche BGB an der römischen Rechtstradition beim Liegenschafts Kauf festhalten und zwischen dem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterscheiden, weicht der frCC unter dem Einfluss der revolutionären Ideale der Formlosigkeit der Verträge sowie der Verfügungs- und Vertragsfreiheit und der Übertragbarkeit des Eigentums durch bloßen *consensus* von der römischen Tradition ab.<sup>930</sup> Im Hintergrund der Abwendung des frCC vom Trennungsprinzip stehen auch der Rationalismus und die Naturrechtslehre der Aufklärungszeit, die mittels

---

<sup>926</sup> Coing, *RabelsZ* 1968, 1 (3-6)

<sup>927</sup> Coing, *RabelsZ* 1968, 1 (6)

<sup>928</sup> Coing, *RabelsZ* 1968, 1 (6)

<sup>929</sup> Schwenzler, Development of comparative law in Germany, Switzerland and Austria, in *Reimann/Zimmermann* 71.

<sup>930</sup> Großfeld in FS Sandrock (336); Boehmer, Grundfragen des französischen Privatrechts im 20. Jahrhundert, *RabelsZ* 1953, 480 (492); Bucher, Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das „Woher“ und „Wohin“ dieses Modells des Code Civil, *ZEuP* 1998, 615 (615).

Konsensualprinzips das kaufvertragliche Recht auf eine Sache in das Recht an der Sache verwandelten.<sup>931</sup>

Diese Lösungen großer Kodifikationen wurden von anderen Staaten rezipiert, wobei die Rezeption nicht immer aufgrund der allgemeinen Überzeugungskraft erfolgte, sondern oft in Folge politischer und militärischer Machtausübung gestaltet wurde. So „eroberte“ der frCC während der napoleonischen Herrschaft zahlreiche europäische Länder.<sup>932</sup> Im 19. Jh fand durch die Ausbreitung des österreichischen Rechts in Europa während der Habsburger Monarchie auch das österreichische Grundbuchssystem seinen Eingang in die spätere polnische Gesetzgebung.<sup>933</sup>

Die Genesen österreichischer und polnischer Regelungen des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf zeigen gewisse Ähnlichkeiten auf, da beide nationale Kodifikationen im Rahmen der Unifikation der jeweiligen Rechtslage entstanden. Das ABGB und GBG dienten im 19. Jh zur Rechtsvereinheitlichung der zersplitterten Rechtslage in den Kronländern der Habsburger Monarchie. Ähnlich sollte in der Nachkriegszeit das polnische ZGB mit dem GbRG und dem späteren GbHypG eine einheitlich kodifizierte Regelung des Liegenschaftsverkehrs einführen.

Während das ABGB im 19. Jh als „höchster Ausdruck naturrechtlicher Bestrebungen iSd Aufklärung“<sup>934</sup> ist sowie als Ergebnis legislativer Arbeit von Generationen österreichischer Juristen und somit in der nationalen Rechtskultur Österreichs entstand, war eine solche Rechtsentwicklung im polnischen Recht mangels staatlicher Kontinuität im wesentlichen Zeitraum der Entstehung nationaler Kodifikationen (1795-1918) nicht möglich.

Das altpolnische Recht war nicht kodifiziert. Seine Kodifizierungsversuche begannen spät mit der Verbreitung der Aufklärungsgedanken und manifestierten sich im Art VIII der Verfassung der Königlichen Republik der polnischen Krone und des Großfürstentums Litauen vom 3. 5. 1791, mit welchem die Ausarbeitung von Gesetzbücher bürgerlicher und strafrechtlicher Rechte angeordnet wurde. Die nationale Rechtsentwicklung Polens endete im Jahr 1795 in Folge der 3. Teilung. Durch die drei Teilungen übernahm Russland

---

<sup>931</sup> *Bucher*, ZEuP 1998, 615 (620-22).

<sup>932</sup> *Junker*, JZ 1994, 921 (923); *Puttfarcken/Schnier*, ZVglRWiss 2006, 223 (228); *Boehmer*, Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland, AcP 1950/51, 289; (294-298); *Wojciechowski*, Das ABGB und die polnische Zivilistik, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 185.

<sup>933</sup> *Jaksch-Ratajczak*, Liegenschaftsrecht in Mittel- und Osteuropa, in *Rechberger* 4 f

<sup>934</sup> *Rainer*, Zur Entstehung des ABGB, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 34.

463.000 km<sup>2</sup> von Grund und Boden sowie mehr als 5,4 Mio. Einwohner; Preußen 141.400 km<sup>2</sup> von Grund und Boden sowie ca 2,6 Mio. Einwohner; Österreich 128.900 km<sup>2</sup> von Grund und Boden sowie ca 4,2 Mio. Einwohner.<sup>935</sup>

Aufgrund gewaltsamer Repressionen und der Diskriminierung der Polen im preußischen und russischen Teilungsgebiet gab es dort keine Möglichkeit für die Entwicklung des polnischen Nationallebens. Nur im österreichischen Teilungsgebiet war eine kulturelle Entwicklung möglich,<sup>936</sup> worauf bei den rechtssoziologischen Dimensionen näher eingegangen wird. An dieser Stelle ist jedoch hervorzuheben, dass diese historische Entwicklung zur Schaffung eines gemeinsamen rechtsgeschichtlichen Fundaments des österreichischen und polnischen Rechts wesentlich beitrug und den Einfluss des österreichischen Rechts auf die polnische Rechtslage stärkte. Auch die juristische Denkweise in Polen blieb unter einem intensiven Einfluss des österreichischen Rechts, weil sich die österreichische Rechtskultur auf die polnische Rechtslehre, die an der Universitäten Krakau und Lemberg vertreten war, auswirkte.<sup>937</sup>

Die bestehenden Unterschiede in der Rolle des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf sowie in der konzeptionellen Lösung des Eigentumsübertragungssystems im österreichischen und polnischen Recht sind rechtshistorisch einerseits auf die Rezeptionsbewegung des frCC in Polen und andererseits auf die wesentlichen politischen Ereignisse des 20. Jh in der Geschichte Europas zurückzuführen.

Zunächst ist die Rezeptionsbewegung hinsichtlich des Eigentumsübertragungssystems näher zu analysieren. Die Rechtsvereinheitlichung im Wege der Rezeption setzte eine entsprechende Einstellung dem fremden Recht gegenüber voraus, die von allen nationalen Vorurteilen befreit war und einzig eine objektiv beste Lösung unter den bestehenden Gegebenheiten anstrebt.<sup>938</sup>

Der frCC löste im 19. Jh eine vor allem politisch und militärisch geprägte Rezeptionsbewegung in der Welt aus, an der Österreich und Preußen gerade nicht bzw nur

---

<sup>935</sup> *Wojciechowski*, Das ABGB und die polnische Zivilistik, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 183, auch FN 1; vgl den aktuellen Staatsgebiet der Republik Österreich: *Statistik Austria*, Statistisches Jahrbuch 2015, 511: Gebietsstand am 1. 1. 2014 – 83.878,99 km<sup>2</sup>; Einwohnerzahl – 8.507.786.

<sup>936</sup> *Wojciechowski*, Das ABGB und die polnische Zivilistik, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 192-193.

<sup>937</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 218 ff.; *Wojciechowski*, Das ABGB und die polnische Zivilistik, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 193.

<sup>938</sup> *Zajtay*, Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung, *AcP* 1957, 361 (378).



marginal teilnahmen.<sup>939</sup> Die Ursache dieser Entwicklung liegt vor allem in der damals antagonistischen Einstellung Österreichs und Preußens zum französischen Recht, was auf mehrere Koalitionskriege zurückzuführen ist, die Österreich mit anderen verbündeten Staaten, ua auch Preußen im Zeitraum von 1792 bis 1815 gegen das napoleonische Frankreich führten.<sup>940</sup> Diese Einstellung wirkte über Jahrzehnte nach, sodass die Rezeption des französischen Rechts anlässlich der Reform der österreichischen Notariatsordnung 1850 gedämpft werden musste. Der damalige Justizminister *Schmerling* wagte nicht, dem Kaiser die Vorbildhaftigkeit des französischen Systems in seinem Bericht nicht einmal anzudeuten und begründete seine Ausführungen mit den rechtsphilosophischen Gedanken der historischen Rechtsschule.<sup>941</sup>

Polen nahm hingegen an der Rezeptionsbewegung des frCC teil. Die Rezeption des französischen Eigentumsübertragungsmodells begann bereits während der Herrschaft Napoleons. Im Jahr 1807 gründete der Kaiser der Franzosen als Anerkennung für den ihn unterstützenden militärischen Einsatz der polnischen Gesellschaft in Koalitionskriegen das Herzogtum Warschau. Dieser abhängigen Staatsform wurde das französische Recht oktroyiert. Das Herzogtum Warschau stand unter dem Einfluss der politischen Position Frankreichs. Seine Existenz war vom Bestehen der Herrschaft Napoleons abhängig. Der frCC war in Zentralpolen inklusive Warschau<sup>942</sup> bis zum Jahr 1946 in Kraft. Er wurde in der polnischen Gesellschaft positiv angenommen und galt auch nach dem Jahr 1918 „als wertvolles nationales Andenken an die Unabhängigkeitshoffnungen“, die durch Napoleon erweckt wurden.<sup>943</sup> Die positive Annahme des frCC ist auch darauf zurückzuführen, dass das Herzogtum Warschau als rezipierender Staat sich auf der niedrigeren Stufen der militärischen, kulturellen und wirtschaftlichen Entwicklung als das napoleonische Frankreich, dessen Recht übernommen wurden, befand.<sup>944</sup>

Nach der Niederlage des Krakauer Unabhängigkeitsaufstandes von 1846 wurde die Freistadt Krakau, in der seit 15. 8. 1810 auch der frCC galt, als Großherzogtum Krakau mit dem österreichischen Kronland Galizien einverleibt. 1852 wurde der frCC durch das ABGB abgelöst. Im Jahr 1879 endeten die Vorlesungen zum französischen Recht an der

---

<sup>939</sup> *Zweigert* in FS Yntema 48.

<sup>940</sup> *Rainer*, Zur Entstehung des ABGB, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 25.

<sup>941</sup> *Neschwara*, Notariatsrecht 4.

<sup>942</sup> Im Herzogtum Warschau.

<sup>943</sup> *Wojciechowski*, Das ABGB und die polnische Zivilistik, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 189.

<sup>944</sup> Vgl *Zajtay*, AcP 1957, 361 (378).

Jagiellonen-Universität Krakau.<sup>945</sup> Diese Rechtsgeschichte bestätigt die wesentliche Rolle des politischen Machtfaktors im Rezeptionsvorgang.<sup>946</sup> Der österreichische Einfluss auf das heutige Modell der Eigentumsübertragung lässt sich mE im dispositiven Charakter des Einheits- bzw Konsensualprinzips erkennen.

Als der polnische Staat vor 97 Jahren wieder entstand, konnte er nicht auf die eigenen Rechtsinstitutionen zurückgreifen, sondern musste sich mit fremden Rechtsordnungen in der Übergangszeit, dh bis zum Jahr 1946, zufriedenstellen. Die im Jahr 1919 einberufene Kodifikationskommission setzte sich aus drei Juristenkreisen (Warschau, Krakau, Posen) zusammen, welche aus dem ehemaligen russischen, österreichischen und preußischen Teilungsgebiet stammten. Die überwiegende Mehrzahl der einflussreichsten Kommissionsmitglieder<sup>947</sup> stammte aus dem österreichischen Teilungsgebiet.<sup>948</sup>

Ein politischer Impuls für die selektive Rezeption aus den fremden Rechtssystemen kam seitens des damaligen polnischen Justizministers *Stanisław Car*, der am 3. 6. 1929 anlässlich des zehnten Jahrestags der Gründung der Kodifikationskommission ihre Mitglieder dazu zu bewegen versuchte, „auf hochstrebende Vorhaben originellen schöpferischen Gedankengutes bei der Kodifikation des Zivilrechts zu verzichten und sich stattdessen auf Erfahrungen anderer Nationen zu stützen“.<sup>949</sup> Im Hintergrund dieser ausdrücklichen Anregung stand eine gewisse Enttäuschung der Regierung über den langsamen Fortschritt legislativer Arbeiten am ersten polnischen Zivilgesetzbuch. „Nach der Meinung des Ministers konnte die Adaptierung fremder Lösungen an die polnischen Bedingungen ebenso nützlich sein wie ein bahnbrechendes neues Zivilgesetzbuch“.<sup>950</sup>

Dem Appell des Justizministers schloss sich *Fryderyk Zoll* an und empfahl die Übernahme der für die polnische Realität bestpassenden Lösungen, nämlich des *Code Napoléon* und des ABGB. Zugleich warnte er vor der Aufnahme neuer liberaler und sozialer Strömungen

---

<sup>945</sup> *Wojciechowski*, Das ABGB und die polnische Zivilistik, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 185.

<sup>946</sup> *Zajtay*, AcP 1957, 361 (379).

<sup>947</sup> Ua Władysław Abraham, Maurycy Allerhand, Aleksander Doliński, Tadeusz Dziurzyński, Franciszek Ksawery Fierich (erster Präsident der Kodifikationskommission), Stanisław Gołąb, Antoni Górski, Władysław Leopold Jaworski, Edmund Krzymuski, Roman Longchamps de Bérier, Juliusz Makarewicz, Juliusz Nowotny, Kazimierz Przybyłowski, Michał Rostworowski, Kamil Stefko, Ernest Till, Stanisław Wróblewski und Fryderyk Zoll.

<sup>948</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 207-208. *Wojciechowski*, Das ABGB und die polnische Zivilistik, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 190.

<sup>949</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 211.

<sup>950</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 211.

in das ZGB. Trotz einiger kritischer Stimmen<sup>951</sup> hat man der Forderung *Zolls* doch zugestimmt.<sup>952</sup>

Das französische Modell der Eigentumsübertragung fiel somit auf fruchtbaren Boden, was auf das Fehlen eines einheitlichen flächendeckenden Grundbuchsystems, auf den Einfluss bedeutender Vertreter der Lehre (insb *Fryderyk Zoll*) und ihre kritische Einstellung zum konstitutiven Eintragungsgrundsatz sowie auf die rechtspolitischen Motive nach dem 2. Weltkrieg zurückzuführen ist.

In Folge der Vorentscheidungen der Konferenz von Teheran 1943 und letztendlich in Folge der Entscheidungen der Konferenz von Jalta 1945 über Polens zukünftige Grenzen erfolgte die sog Westverschiebung Polens, nach welcher die Curzon-Linie mit kleinen Modifikationen zur Ostgrenze wurde und die Flüsse Oder und Neiße die Westgrenze des Landes bilden sollten. Dies führte zur erzwungenen Migration ganzer Volksmassen sowohl auf der deutschen als auch auf der polnischen Seite.<sup>953</sup> In diesem Kontext hebt *Dziadzio* hervor, dass durch diesen erzwungenen Wechsel der Umgebung die traditionellen Eigentumsverhältnisse, die familiären und obligationenrechtlichen Verhältnisse erschüttert bzw sogar vernichtet worden seien.<sup>954</sup> Ein einheitliches Recht der Eigentumsordnung und ein einheitlicher Formzwang beim Liegenschafts Kauf sollte in Polen „die rechtliche Ausformung neuer Gebiete wesentlich erleichtern“. <sup>955</sup> Diese soziale Destabilisierung schuf günstige Bedingungen für die Bindung der Gesellschaft an die Zentralorgane des Staates und die Propagierung der sozialistischen Ideologie,<sup>956</sup> die das Rechtsinstitut der Grundbücher unter wesentlichen Einfluss der kommunistischen Lehre der Sowjetunion zu marginalisierten versuchte.

All diese Umstände führten zur Etablierung des dispositiven Konsensual- bzw Einheitsprinzips bei der Eigentumsübertragung an Liegenschaften im polnischen Recht, welches allerdings das modifizierte Trennungsprinzip fakultativ zulässt.

---

<sup>951</sup> Vor allem des Vizepräsidenten der Kommission Koschembahr-Łyskowski.

<sup>952</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 211-212.

<sup>953</sup> *Rhode*, Polen von der Wiederherstellung der Unabhängigkeit bis zur Ära der Volksrepublik 1918-1970, in *Schieder* 1041.

<sup>954</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 214.

<sup>955</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 214.

<sup>956</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 214

Das österreichische Recht ist aufgrund der kontinuierlichen Existenz des Staates in der deutschen Rechtskultur im Wesentlichen frei von Erfahrungen dieser Art. Das Ausscheiden der nichtdeutschsprachigen Kronländer der Habsburger Monarchie aus dem Staatsverband nach dem 1. Weltkrieg führte auch zur großen territorialen und gesellschaftlichen Änderungen, inklusive der Vertreibung deutschösterreichischer Bevölkerung aus diesen Kronländern in die deutschsprachigen Länder der damals neuen Republik.<sup>957</sup> Dabei wurde das österreichische Recht nicht durch die sozialistische Ideologie instrumentalisiert bzw geprägt, wie das der Fall in Polen war. Ebenfalls in der NS-Zeit konnte das ABGB seine Kontinuität aufrechterhalten, obwohl sein Fortbestand wegen legislativer Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht in München am nationalsozialistischen Volksgesetzbuch bedroht war.<sup>958</sup> Im Bereich des Eigentumserwerbs sowie des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf lassen sich keine dogmatischen Änderungen erblicken.

Diese wesentlichen politischen Ereignisse des 20. Jh in der Geschichte Europas sind als die den Stil der jeweiligen Rechtsordnung determinierende Faktoren zu qualifizieren.

Die bestehenden Unterschiede im Formzwang beim Liegenschafts Kauf lassen sich hingegen nicht mit der Rezeption des Notariatsaktszwangs aus dem frCC in das polnische Recht erklären, weil der *Code Napoléon* und das ABGB iSd Geistes der Aufklärung und iSd Naturrechtsphilosophie die Formfreiheit für Liegenschafts Kaufverträge vorsehen. Im Hintergrund des in Polen geltenden Notariatsaktszwangs steht einerseits die Übernahme der im deutschen BGB verankerten „notariellen Beurkundung“,<sup>959</sup> was erstmals gemäß Art 82 § 1 der Verordnung des Staatspräsidenten vom 27. 10. 1933 über das Notarrecht erfolgte und andererseits die wesentlichen politischen Ereignisses des 20. Jh in der Geschichte Europas.<sup>960</sup>

Die Einführung des einheitlichen Notariatsaktszwangs im polnischen Recht in der Zwischenkriegszeit erfolgte somit 13 Jahre vor der Unifikation des polnischen Sachenrechts, die erst nach dem 2. Weltkrieg stattfand. Der strenge Formzwang sollte

---

<sup>957</sup> *Wandruszka*, Österreich von der Begründung der ersten Republik bis zur sozialistischen Alleinregierung 1918-1970, in *Schieder* 834.

<sup>958</sup> *Orgis*, Das ABGB innerhalb und außerhalb Österreichs, in *Geistlinger/Harrer/ Mosler/Rainer* 17.

<sup>959</sup> Vgl §§ 128 iVm 311b BGB; § 311b wurde im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierungsreform 2002 in Deutschland neu nummeriert. Er entspricht inhaltlich den Form- und Nichtigkeitsvorschriften der §§ 310-313 BGB aF; siehe auch PWW/*Medicus* § 311b Rz 1.

<sup>960</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 217.

ursprünglich angesichts des nicht einheitlichen und nicht optimal funktionierenden Grundbuchsystems in Polen die Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs in Polen gewährleisten.

Nach dem 2. Weltkrieg instrumentalisierte die Volksrepublik Polen den Formzwang zur Kontrollfunktion über den Rechtsverkehr und als Maßnahme zur Schaffung einer auf Staatseigentum gegründeten Wirtschaft, die iSd marxistischen Ideologie, ohne Raum für Privateigentum an Liegenschaften, zentral zu lenken war.<sup>961</sup> Während dieser sozialistischen Epoche entstand das erste ZGB in der Rechtsgeschichte Polens.

Österreich hat nach dem Ausscheiden jener ehemaligen Kornländer aus seinem Staatsverband, in denen wie zB in Galizien der Grundbuchstand nicht ordnungsgemäß funktionierte, ein flächendeckendes Grundbuchsystem geschaffen, mithilfe dessen die Trennungs- und Publizitätsprinzip sowie der konstitutive Eintragungsgrundsatz eine Sicherheit beim Liegenschafts Kauf gewährleistet.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die österreichische und polnische Regelung des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf trotz gemeinsamer Wurzeln in der kontinentalen Rechtskultur und im römischen Recht essentielle Unterschiede aufweisen, welche die Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs wesentlich beeinflussen. Aus rechtshistorischer Sicht liegen die Ursachen dieser Unterschiede darin, dass Österreich im Rahmen seiner Staatlichkeit im kleineren Ausmaß beeinflusst von fremden Rechtskulturen seine eigene Rechtsordnung selbständig entwickeln konnte. Die im österreichischen Recht geltende Lehre von *titulus et modus* inklusive der Formfreiheit der Liegenschafts Kaufverträge und dem Beglaubigungszwang grundbücherlicher Urkunden stellen ein Ergebnis von über Generationen dauernden Legislativarbeiten dar, die von naturrechtlichem Gedankengut geprägt ist. Im Gegensatz dazu konnte der polnische Staat aufgrund seiner fehlenden Existenz während der Entstehung der Nationalstaaten und Schaffung nationaler Kodifikationen im 19. Jh und zu Beginn des 20. Jh eine solche Rechtsentwicklung wie Österreich nicht erfahren. Die zersplitterte Rechtslage nach seiner Wiederentstehung bis in die 40er Jahren des 20. Jh sowie der spätere beinahe 50 Jahre lang dauernde Einfluss kommunistischer Ideologie wirkten sich als stilprägende Faktoren auf den hybriden Charakter des polnischen Rechts und seiner Neigung zum Formalismus aus. Hinsichtlich

---

<sup>961</sup> Harmathy, Zivilgesetzgebung in mittel- und osteuropäischen Staaten, ZEuP 1998, 553 (554-557); Oleszko, Notariatsverfassung 56-58.

der Eigentumsordnung für Grund und Boden weist in diesem Kontext *Koslowski*<sup>962</sup> zurecht darauf hin, dass „alles, was vierzig Jahre gedauert hat, [...] die normative Kraft des Faktischen annimmt“. Wegen dieser unterschiedlichen Ereignisse in der Rechtsentwicklung der untersuchten Rechtssysteme wurde der Einfluss der österreichischen Rechtsordnung auf das polnische Rechtsleben wesentlich gemindert. Die Folgen der Teilungen Polens und des Sozialismus werden das polnische Rechtsleben noch eine Zeit lang beschäftigen.

### 3. Rechtssoziologische Dimensionen

Die Rechtssoziologie fragt nach der Funktion der Rechtsinstitute im Sozialleben und hat hinter jeder Regelung „das soziale Ordnungsproblem zu erkennen, das die jeweilige rechtliche Lösung zu bewältigen versucht“.<sup>963</sup> Ihr Wesen könnte auf philosophische, rechtstheoretische Weise gefunden werden.<sup>964</sup> Auch die rechtskulturell bedingten Unterschiede können sich in diesem Zusammenhang auf die Funktion des Rechts insgesamt beziehen und die Rechtsinstitute beeinflussen.<sup>965</sup> Deshalb fragt die Rechtssoziologie weiter nach den geschichtlichen, kulturellen und ideologischen Ursachen.<sup>966</sup>

Die österreichische Rechtslehre hatte einen intensiven Einfluss auf die polnische Rechtskultur und Denkweise. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Großteil der polnischen Juristen in der Zeit des Wiederaufbaus des polnischen Staates nach dem Jahr 1918 unter der österreichischen Teilungsherrschaft ihre Ausbildung erlangt, bzw ihre Erfahrungen in der Wissenschaft und Praxis gesammelt haben.<sup>967</sup> *Wojciechowski* betont in diesem Zusammenhang, dass es im österreichischen Teilungsgebiet polnische Rechtsanwälte, Notare, aber auch polnische Richter und Professoren gegeben habe. „In sonstigen Teilungsgebieten konnten die Polen insbesondere die Richterstellen und teilweise die Professuren nicht besetzen. Das bezog sich vor allem auf die preußische Teilungsherrschaft. In Galizien dagegen waren die Verwaltungsstellen zum größten Teil mit Personen besetzt, die aus Galizien stammten und in Wien konnte man sogar polnische

---

<sup>962</sup> *Koslowski*, Die Ordnung der Wirtschaft. Studien zur Praktischen Philosophie und Politischen Ökonomie (1994) 193, 195.

<sup>963</sup> *Zweigert*, *RabelsZ* 1974, 299 (301).

<sup>964</sup> *von Benda-Beckmann*, *ZVglRWiss* 1979, 51 (55).

<sup>965</sup> *Kischel*, *Vorsicht*, *ZVglRWiss* 2005, 10 (21).

<sup>966</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung 10-11; *von Benda-Beckmann*, *ZVglRWiss* 1979, 51 (55).

<sup>967</sup> *Dziadzio*, Das ABGB in Polen, in *Berger* 218.

Minister finden. (...) Die juristische Denkweise in Polen blieb daher im Allgemeinen und intensivem Einfluss des österreichischen Rechts und im Bereich des Zivilrechts – des ABGB.<sup>968</sup> Bei der Vereinheitlichung und Digitalisierung des aktuellen Grundbuchsystem Polens orientierte sich der polnische Gesetzgeber nach dem österreichischen Muster.<sup>969</sup>

Dieser Einfluss verhinderte allerdings nicht, die Entstehung der oben dargelegten rechtsdogmatischen Unterschiede, die mE auf die Unmöglichkeit einer vollständigen Rezeption des österreichischen Modells der Formfreiheit und Eigentumsübertragung beim Liegenschafts Kauf in polnischen Verhältnissen zurückzuführen ist. Im Hintergrund dieser Unmöglichkeit steht das bereits vereinheitlichende und digitalisierte aber immer noch nicht flächendeckende und vorzüglich funktionierende Grundbuchsystem. In Folge dessen verstärkte der polnische Staat seine Kontrolle über den Liegenschaftsverkehr mittels Notariatsaktzwangs.

Wie die nachstehende rechtsvergleichende Betrachtungsweise zeigt, wirken sich die rechtssoziologischen Faktoren erstens auf den Inhalt des Eigentumsrechts an Liegenschaften, zweitens auf die unterschiedliche Rolle bzw Aufgabe des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf, drittens auf seinen Stellenwert bei der Schaffung des sicheren Liegenschaftsverkehrs und viertens auf die Entwicklung zu ihm alternativer außerrechtlicher Sicherungsmechanismen aus.

Beim Inhalt des Eigentumsrechts an Liegenschaften besteht der Unterschied zwischen österreichischem und polnischem Recht darin, dass das polnische Recht dem Eigentum zusätzlich zu gesetzlichen Schranken zwei inhaltsgestaltende Generalklauseln im Art 140 ZGB vorschreibt. Die Generalklausel der Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens und der sozio-ökonomischen Rechtsbestimmung haben ihren Ursprung in der Ideologie der sozialistischen Konzeption der Rolle des Rechts sowie im sozialistischen Eigentumssystem.

Das Eigentum hatte im sozialistischen Recht eine grundsätzliche Aufgabe der Machtverteilung und sollte die Funktion als Organisationsmittel der Wirtschaft erfüllen.<sup>970</sup> In Polen herrschte deshalb die Auffassung, dass dieses Recht eine instrumentale Aufgabe

---

<sup>968</sup> *Wojciechowski*, Das ABGB und die polnische Zivilistik, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 192-193.

<sup>969</sup> *Wojciechowski*, Das ABGB und die polnische Zivilistik, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* 195.

<sup>970</sup> *Rudolph*, *RebelsZ* 1953, 192 (193).

(Funktion) hat.<sup>971</sup> Laut *Kempter*<sup>972</sup> erblickte ein Teil der Lehre in diesen Generalklauseln eine Anlehnung an Art 130 der Stalin-Verfassung der UdSSR vom 1936, der eine Pflicht jedes Bürgers zur Beachtung der Regeln der sozialistischen Gesellschaft, „worunter in der sowjetischen Rechtswissenschaft eine sozialistisch-marxistische im Gegensatz zu bourgeoisen Moralvorstellung gefasst wurde“, vorgesehen hat. Der andere Teil der Lehre wollte den Ursprung der Generalklauseln auf die römischrechtliche *aequitas* und die Klausel der guten Sitten bzw von Treu und Glauben zurückführen, die an die damaligen ideologischen und politischen Gegebenheiten angepasst gewesen seien.

Da das österreichische Recht nicht unter dem Einfluss der sozialistischen Ideologie stand, sind solche Klauseln für die österreichische Rechtsordnung völlig fremd. Diese Klauseln wirken sich vom Prinzip her auf die fundamentale Dominanz öffentlicher Interessen über subjektive Interessen der Vertragsparteien aus und deformieren das traditionelle marktwirtschaftliche Verständnis des Eigentums. Aus diesen Gründen werden sie aktuell in Polen als obsolet erachtet und mittels teleologischer Reduktion in ihrer Anwendung eingeschränkt. Deshalb wäre ihre Aufhebung *de lege ferenda* empfehlenswert.

Die Funktionen des Formzwangs beim Liegenschafts Kauf im österreichischen und polnischen Sozialleben sind diametral gegensätzlich, da sie andere Aufgaben zu erfüllen haben. Der polnische Notariatsakt hat einerseits die öffentlichen Interessen und andererseits die subjektiven Parteiinteressen, insb. den Schutz vor übereilten Entscheidungen, wahrzunehmen. Den Übereilungsschutz erfüllte der Formzwang im österreichischen Recht nur ausnahmsweise, dh im notariatsaktpflichtigen Bereich des NotAkteG. Die sonst nur für grundbücherliche Zwecke in Österreich geltende, beglaubigte Schriftform hat lediglich die Identität der Vertragsparteien sicherzustellen und daher nur in dem eingeschränkten Umfang die öffentlichen Interessen wahrzunehmen. Er soll im Gegensatz zum polnischen Recht keine Rechtsberatung der Vertragsparteien und keine Rechtmäßigkeitskontrolle seitens des Notars sichern. Der Formzwang beim Liegenschafts Kauf hat deshalb im polnischen Recht einen viel höheren Stellenwert was sich einerseits in der grundsätzlichen Geltung des Notariatsaktszwangs im Gegensatz zur grundsätzlich geltenden Formfreiheit im österreichischen Recht äußert. Mittels des Notariatsaktszwangs wird seitens des Staates die Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs gewährleistet. Im österreichischen Rechtsleben entwickelte sich hingegen ein alternativer Sicherungsmechanismus, im Rahmen dessen das

---

<sup>971</sup> *Harmathy*, ZEuP 1998, 553 (555).

<sup>972</sup> *Kempter*, Zivilgesetzbuch 50-51.



Grundbuchsystem und die privatautonome, freiwillige Treuhandabwicklung im Vordergrund stehen. Hinsichtlich der Funktionalität des Formzwangs in beiden Rechtssystemen kann an dieser Stelle auf *Großfeld* verwiesen werden, der ein solches Modell als sinnvoll und funktionserfüllend für den jeweiligen Liegenschaftsverkehr erachtet, der in seiner Umwelt Sinn ergibt und seinem „*cultural mentalities*“ entspricht.<sup>973</sup>

Zusammenfassend lässt sich aus der rechtssoziologischen Sicht feststellen, dass diese rechtskulturellen Unterschiede zwischen dem österreichischen und polnischen Liegenschaftsrecht in der naturrechtlichen Prägung des Ersten und in der stark ausgeprägten Kontrolle des Staates mittels Formzwangs in dem Zweiten verwurzelt sind. Im Hintergrund des starken Kontrolldrangs steht einerseits die erst vor 69 Jahren aufgehobene Zersplitterung des polnischen Rechtssystems, in dem die genannten Rechtsordnungen galten und andererseits der bis zum 1989 bestehende Einfluss der sozialistischen Doktrin, welche die Auswirkung des österreichischen Rechts, insb des österreichischen Grundbuchsystems, auf das polnische Rechtsleben wesentlich zu mindern versuchte.

#### **D. Funktionale Schlussfolgerungen**

Aufbauend auf dem obigen Rechtsvergleich lassen sich nachstehende funktionale Schlussfolgerungen formulieren:

1. Obwohl die untersuchten Kodizes des österreichischen und polnischen Rechts, welche sowohl den Formzwang beim Liegenschaftsverkauf als auch den Liegenschaftsverkauf selbst regeln, aus unterschiedlichen Epochen der Rechtsgeschichte stammen, charakterisieren sie sich beide durch eine klare, allgemeinverständliche Sprache. Ihre Formulierungen sind frei von überflüssiger Kasuistik.
2. Ein Unterschied ist allerdings ihrem Aufbau zu erblicken. Das ABGB ist im Naturrecht und im sog Vernunftrecht des 19. Jh fundiert. Seine Struktur richtet sich noch nach dem alten Institutionensystem, das für die Kodifikationen zu Beginn des 19. Jh charakteristisch war. Ihren Verfassern war das spätere, durch die historische

---

<sup>973</sup> *Großfeld* in FS Sandrock 337.

Rechtsschule in Abkehr des Naturrechts begründete Pandektensystem – wie es im deutschen BGB zu sehen ist – unbekannt. Der Aufbau des polnischen ZGB richtet sich hingegen nach dem durch die sozialistische Doktrin modifizierten Pandektensystem, aus dem das Familienrecht zur Gänze ausgeklammert und in einem separaten Gesetzbuch geregelt wurde. Das Sachenrecht wurde nicht im dritten, sondern im zweiten Buch des ZGB geregelt und das Schuldrecht nicht im zweiten, sondern im dritten Buch des ZGB normiert.

3. Der Grundsatz der Formfreiheit ist sowohl im österreichischen als auch im polnischen Recht sehr gut dogmatisch verankert und wird zwecks Gewährung der Sicherheit der Liegenschaftstransaktionen in beiden Systemen von diversen Ausnahmen begleitet. Diese Ausnahmen stellen Reaktion des jeweiligen Gesetzgebers auf potentielle Gefahren für öffentliche Interessen des Staates und subjektive Interessen der am Kauf beteiligten Personen dar. Nach der Analyse beider Rechtsordnungen lässt sich feststellen, dass der Verkehrsschutz mittels Formzwang unterschiedlich gestaltet ist. Das österreichische Recht ordnet bei Liegenschafts Kaufverträgen nur zwei Ausnahmen vom obigen Grundsatz an, und zwar bei zwischen Ehegatten abgeschlossenen Verträgen (§ 1 Abs 1 lit. b) NotAkteG) sowie bei von Blinden schriftlich abgeschlossenen Verträgen (§ 1 Abs 1 lit. e) NotAkteG). Im polnischen Recht sind alle Liegenschaftsverträge, dh doppel funktionelle Kaufverträge sowie schuldrechtliche Kaufverträge mit dinglichen Verträgen gemäß 158 ZGB ausnahmslos formpflichtig.
4. Das österreichische Recht rezipierte das Modell der Eigentumsübertragung aus dem römischen Recht und beschränkte unter dem naturrechtsphilosophischen Einfluss den Formzwang beim Liegenschafts Kauf auf lediglich zwei Fälle. Das polnische Recht rezipierte hingegen das Eigentumsübertragungsmodell aus dem französischen Recht, den Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf aus dem deutschen Recht und das Grundbuchsystem aus dem österreichischen Recht. Somit zählt es zu hybriden Systemen.
5. Während die Liegenschafts Kaufverträge nach österreichischem Recht grundsätzlich formfrei sind und lediglich – wie die Aufsandungserklärungen – zwecks grundbücherlicher Einverleibung des Eigentums in gerichtlich oder notariell

beglaubigten Schriftform zu errichten sind, müssen die Liegenschaftsverträge nach polnischem Recht stets in Notariatsaktform abgeschlossen werden. Der Notariatsaktzwang gilt im österreichischen Recht im hier relevanten Bereich nur bei den zwei oben genannten Ausnahmen. Die Frage nach der Äquivalenz der österreichischen und polnischen Notariatsaktform lässt sich aufgrund der materiellen und formalen Anforderungen der jeweiligen Rechtssysteme bejahen, was mit ihrer Subsidiarität nicht gleichzusetzen ist. Die sachenrechtliche Wirkung entfaltet nach dem polnischen Recht nur ein Liegenschaftsvertrag, der in der polnischen Notariatsaktform verfasst wird.

6. Diese formellen und funktionalen Unterschiede wirken sich innerhalb der Liegenschaftskaufverträge sowie außerhalb dieser auf die Reichweite des Formzwangs und seiner Funktionen bei Vorverträgen und Vollmachten aus:

6.1. Der strenge Notariatsaktzwang beim Liegenschaftskauf nach polnischem Recht erstreckt seine schützende bzw kontrollierende Funktion auf alle wesentlichen Elemente des Kaufvertrages (*essentialia negotii* und *accidentalia negotii*), was im formfreien Bereich des österreichischen Rechts nicht der Fall ist. Nach dem österreichischen Recht unterliegen grundsätzlich keine wesentlichen Vertragselemente dem Formzwang. Auch im notariatspflichtigen Ausnahmenbereich iSd österreichischen Rechts sind nicht alle, sondern nur die objektiv wesentlichen Vertragselemente (*essentialia negotii*) formpflichtig.

6.2. Im notariatspflichtigen Bereich iSd österreichischen Rechts erstreckt sich der Formzwang des Kaufvertrags auf die Form des Vorvertrags. Nach dem polnischen Recht unterliegt der Vorvertrag nicht dem Formzwang des Kaufvertrags. Die Einhaltung dieses Formzwangs führt allerdings zur Entstehung eines einklagbaren Anspruchs auf Abschluss des Hauptvertrags, sonst begründet ein vorvertragsbrüchiges Verhalten der Vertragspartei lediglich einen Anspruch auf Sachenersatz in Höhe des Vertrauensschadens.

6.3. Die Reichweite und Funktion des kaufvertraglichen Formzwangs auf Vollmachten erfährt nach österreichischem und polnischem Recht unterschiedliche Regelungen. Während das österreichische Recht auch im notariatspflichtigen Bereich lediglich

die Unterschriftsbeglaubigung auf der Vollmachtsurkunde anordnet, schreibt das polnische Recht – wie bei allen Liegenschaftsverträgen – den Notariatsaktzwang vor.

7. Die Sanktionen des Formzwangs als Maßnahmen zur funktionalen Realisierung des jeweiligen Zwecks der Formen von Willenserklärungen zeigen essentielle Unterschiede in der juristischen Denk- und Vorgehensweise in der österreichischen und polnischen Rechtsordnung. Das österreichische Recht weist unter dem Einfluss der Naturrechtsphilosophie einen Zug zum Antiformalismus auf und bestimmt ein breites Spektrum der Sanktionen bei Formmängel. Dabei knüpft es jede Sanktion auf den materiellen Sinn und Zweck des Formzwangs an. Im Gegensatz dazu ist im polnischen Recht eine formalisierte und typologisierte Denk- und Vorgehensweise zu erkennen. Sie zeigt sich ua in der festen Anordnung der Form- und Sanktionstypen, die abstrakt stets in einem engen Zusammenhang stehen. Dieser Unterschied besteht trotz gemeinsamer Wurzeln in der Rechtsgeschichte und gemeinsamer kontinentaler Rechtskultur sowie trotz des intensiven Einflusses der österreichischen Rechtslehre auf das polnische Rechtsleben, vor allem im Zeitraum von 1795-1918. Er ist mE auf die Rezeption des französischen Eigentumsübertragungsmodells und des deutschen Notariatsaktzwang beim Liegenschafts Kauf zurückzuführen, welches ursprünglich durch die schwierige Rechtssituation und Rechtsunsicherheit beim Aufbau des neuen polnischen Staates in der Zwischenkriegszeit bedingt war und anschließend durch den über 40 Jahre lang dauernden Einfluss der sozialistischen Ideologie gefestigt wurde. Dieser Formzwang sollte damals in seiner Strenge, Reichweite und Sanktion zur politischen Kontrolle instrumentalisiert werden.
8. Diese stillprägenden Faktoren wirken sich auf die unterschiedlichen Regelungen der Sanktionen bei Formmängeln in Österreich und Polen aus. Während das polnische Recht für alle hier relevanten und formwidrigen Rechtsgeschäfte die absolute Gesamtnichtigkeit mit der fehlenden Heilungsmöglichkeit vorsieht, sanktioniert das österreichische Recht nur die formwidrig abgeschlossene notariatsaktpflichtige Liegenschafts Kaufverträge iSd obigen Ausnahmbereiches. In diesem Zusammenhang differenziert es zwischen der absoluten Nichtigkeit bei Kaufverträgen iSd § 1 Abs 1 lit b) NotAktG und der relativen Nichtigkeit bei

Kaufverträgen iSd § 1 Abs 1 lit e) NotAkteG und ermöglicht zugleich die Heilung des jeweiligen Formmangels durch die vermögensverschiebende Vertragserfüllung. Mangels Vermögensverschiebung ist mE keine Heilung bei Vorverträgen und Vollmachten möglich.

9. Beide Gesetzgeber verfolgen mit dem vorgeschriebenen Formzwang unterschiedliche Ziele, die auf die dogmatischen Unterschiede in den Eigentumsübertragungssystemen zurückzuführen sind.

9.1. Das aus dem französischen Recht rezipierte Einheits- bzw Konsensualprinzip ermöglicht in Polen den Eigentumserwerb an Liegenschaften grundsätzlich mit dem Abschluss des doppelfunktionellen Kaufvertrages und ausnahmsweise aufgrund eines schuldrechtlichen Kaufvertrags und einen auf ihn bezugnehmenden dinglichen Vertrag. Der Grundbucheintrag hat in beiden Fällen nur Deklarativwirkung, muss aber obligatorisch erfolgen, sobald die Liegenschaft im Grundbuchregister erfasst ist.

9.2. Im Gegensatz dazu erfolgt nach der österreichischen Lehre von *titulus et modus* eine Trennung zwischen dem schuldrechtlichen Kaufvertrag und dem dinglichen Grundbucheintrag, welchem die Konstitutivwirkung zukommt. Der Grundbucheintrag wird seitens der Republik Österreich nicht erzwungen. Das Trennungsprinzip mit der Konstitutivwirkung grundbücherlicher Eigentumseintragung ermöglicht einen Aufschub des Rechtserwerbs, was den Vertragsparteien eine Gestaltungsfreiheit einräumt. Sie können ihre Beziehung individuell nach ihren Bedürfnissen gestalten. Dieser Bedarf an individueller Gestaltung war auch dem polnischen Gesetzgeber bewusst, der als Ausnahme vom Einheitsprinzip den Abschluss eines nur schuldrechtlich wirkenden Kaufvertrags und anschließend den Abschluss eines dinglichen Eigentumsübertragungsvertrags vorsah.

9.3. Der polnische Gesetzgeber überträgt die führende Rolle beim Schutz des Liegenschaftsverkehrs mit dem Notariatsaktszwang und dem Notariat. Diese Vorgehensweise korreliert mit den immer noch bestehenden Funktionsmängeln des bereits einheitlichen Grundbuchsystems in Polen.

- 9.4. Laut Auskunft des polnischen Justizministeriums vom 28. 10. 2014 wurde das polnische Grundbuchsystem mit Ende des Jahres 2014 zwar digitalisiert, es stellt jedoch kein das ganze Land flächenmäßig deckende System dar. Es gibt daher heute immer noch Liegenschaften, für die keine Grundbucheinlage angelegt wurde. Es dauert über dies in der Praxis lange, bis das neu erworbene Eigentumsrecht im Rahmen des Grundbuchsverfahrens im Register aufscheint.
- 9.5. Der polnische Gesetzgeber sicherte den Liegenschaftsverkehr durch den Notariatsaktzwang und die Überwälzung bestimmter Pflichten zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen auf die Notare. Der Notar wirkt bei der Sicherung der fiskalischen Interessen, da er zur Steuerberechnung, ihrer Einhebung und Abfuhr an das Finanzamt verpflichtet ist.
- 9.6. Er hat ferner gemäß Art 92 § 4 NotRG von Amts wegen dem Grundbuchsgericht innerhalb von drei Tagen ab Errichtung des Notariatsakts den Eigentümerwechsel obligatorisch bekanntzugeben. Die Unterlassung der Bekanntgabe ist mit dem Zwangsgeld sanktioniert. Aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchregisters kann die ausstehende Eintragung zum Verlust des Eigentums des Käufers wegen gutgläubigen Erwerbs eines Dritten führen.
- 9.7. Der Notariatsaktzwang bezweckt die Erfüllung der Solennitätsfunktion sowie der Kontroll- und Aufsichtsfunktion des Staates hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Vertragsinhalts. Beides wird durch die Beiziehung des Notars gesichert. Durch den Notariatsaktzwang werden auch subjektive Interessen der Parteien wahrgenommen, weil der Notar angesichts der Errichtung des Notariatsaktes die Parteien rechtlich zu belehren hat, wodurch die Abschluss- und Inhaltsklarheit aber auch der Übereilungsschutz gesichert werden. Der Notariatsakt genießt die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde (Beweisfunktion) und gewährt die Identifikation der Vertragsparteien. Die Beweisfunktion des Notariatsakts hat bei der Quittierung der Kaufpreisbezahlung und daher bei der Sicherung von Käuferinteressen auch eine große Bedeutung, da in der polnischen Praxis der Kaufpreis immer noch häufig in Anwesenheit des Notars in bar geleistet wird. Die Form des Notariatsakts wird in der Praxis auch zur Sicherung der Interessen des Verkäufers verwendet, falls der Käufer bei der Vertragsunterzeichnung nicht den

(ganzen) Kaufpreis bezahlt. Der Käufer kann sich dann einer sofortigen Exekution aus dem Notariatsakts als Exekutionstitel iSd Art 777 § 1 Pkt. 4 ZVGB unterwerfen.

9.8. Der österreichische Gesetzgeber legt beim Schutz des Liegenschaftsverkehrs das Augenmerk nicht primär auf den Formzwang, sondern auf das Grundbuchsystem und seine Publizitätswirkung. Er erblickt grundsätzlich keinen Schutzbedarf des öffentlichen Interessens sowie keinen Schutzbedarf subjektiver Interessen jener Personen, die zum Zeitpunkt der Entstehung einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft am Liegenschafts Kauf beteiligt sind. Ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers wird bei der Sicherung des Liegenschaftskaufs zum Zeitpunkt des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts sichtbar. Zwecks Sicherung der Echtheit und Richtigkeit des Grundbuchstands ordnet der österreichische Gesetzgeber den Formzwang einer gerichtlichen bzw. notariellen Beglaubigung der Unterschriften der Vertragsparteien an, wodurch lediglich die Identitätsfeststellung angestrebt wird. Im fiskalischen Aspekt wird das öffentliche Interesse durch die Pflicht zur Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung oder durch die Übernahme der Solidarhaftung für die Steuerentrichtung durch einen österreichischen Rechtsanwalt oder Notar aufgrund der abgegebenen Selbstberechnungserklärung gewährt. Die Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung oder die Abgabe der Selbstberechnung ist für die Einverleibung des Eigentums im Grundbuch Voraussetzung. Eine Kontroll- und Aufsichtsfunktion des Staates bezieht sich hier nur auf eine klare Transparenz der Eigentumsverhältnisse, nicht aber auf die fachmännische Rechtsbelehrung der Vertragsparteien oder ihren Schutz vor übereilten Entscheidungen.

9.9. Die Wahrnehmung dieser Interessen wurde – ausgenommen der zwei notariatsaktpflichtigen Ausnahmefälle – den Parteien selbst überlassen, was in der Praxis zur Etablierung des treuhänderischen Abwicklungsmodells beim Liegenschafts Kauf führte. Im Rahmen der Treuhandabwicklung werden die subjektiven Interessen der Vertragsparteien bzw. Dritter durch einen österreichischen Rechtsanwalt oder Notar als Treuhänder wahrgenommen, welcher von der jeweiligen Landesvertretung in Hinblick auf die Aufbewahrung

des hinterlegten Kaufpreises und die Durchführung des Treuhandauftrags stets überwacht wird. Durch diese Aufsicht über die zuständigen Rechtsanwaltskammer oder Notariatskammer werden die Glaubwürdigkeit der professionellen Treuhänder sowie das Vertrauen zu beiden Berufsständen in der Gesellschaft gefestigt. Mittels der freiwilligen aber in der Praxis üblichen Beziehung eines Treuhänders werden die fachmännische Rechtsbelehrung und die Abwicklung der Kaufpreiszahlung gesichert. Der Interessensausgleich zwischen den Vertragsparteien erfolgt in Österreich – im Gegensatz zur polnischen Rechtslage – zum größten Teil außerhalb der gesetzlichen Regelung des Liegenschaftskaufs mit Hilfe der Rechtsfigur der Treuhandabwicklung. Im rechtsdogmatischen Bereich bekommt allerdings die Anmerkung der beabsichtigten Veräußerung eine hohe Relevanz.

10. Wie das Beispiel des österreichischen und polnischen Rechts zeigt, kann der Staat mittels Formzwangs einen sicheren Liegenschaftskauf unterschiedlich gestalten. Im polnischen Recht hat der Formzwang einen höheren Stellenwert als im österreichischen Recht, in dem das Grundbuchsystem im Vordergrund steht. Beide Rechtsordnungen bedienen sich bei der Gewährung der Sicherheit der Liegenschaftstransaktionen sowohl des Formzwangs als auch des Grundbuchsystems, die stark aneinander gekoppelt sind.
11. Das österreichische Recht mit der Rechtsfigur der Treuhandabwicklung sichert allerdings im Gegensatz zum polnischen Recht die Erfüllung der synallagmatischen Vertragspflichten, während das polnische Recht mittels Notariatsaktzwangs lediglich im Falle der ausstehenden Kaufpreiszahlung die Vollstreckung an dem Vermögen des säumigen Käufers iSd Art 777 § 1 Pkt. 4 ZVGB erleichtert.
12. Die Würdigung beider Lösungen lässt mE feststellen, dass beide Rechtsordnungen – unter Berücksichtigung der jeweiligen faktischen Gegebenheiten in beiden Staaten – weitgehend optimale Mechanismen zur Sicherung öffentlicher Interessen entwickelt, wobei das österreichische Model wegen besserer Transparenz der Eigentumsverhältnisse mittels konstitutiven Eintragungsgrundsatzes eine höhere Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs gewährleistet. Die Rechtsfigur der



Treuhandabwicklung gewährt mE einen besseren Interessensausgleich als im polnischen Recht.

13. Mangels eines flächendeckenden Grundbuchsystems in Polen bestehen in diesem Punkt ein Nachholbedarf und Verbesserungsmöglichkeiten bei den lang dauernden Abwicklungen in grundbücherlichen Eintragungsverfahren. Aufgrund der schnell vorgenommenen Eintragungen in österreichischen Grundbuchverfahren besteht in diesem Rechtssystem ein besserer Schutz vor hier relevanten Gefahren, wie zB Doppelverkauf. Auch die Publizität der beabsichtigten Änderungen der Eigentumsverhältnisse an Liegenschaften ist im österreichischen Recht und in der österreichischen Praxis besser entwickelt.
  
14. Die diskutierte Einführung des konstitutiven Eintragungsgrundsatzes anlässlich der Reformpläne im Entwurf des neuen polnischen ZGB könnte zum Anlass für die Optimierung der Transparenz der Eigentumsverhältnisse an Liegenschaften genommen werden. Für Liegenschaften ohne angelegter Grundbucheinlagen müsste allerdings eine Ausnahmeregelung eingeführt werden, welche diesen Zustand berücksichtigt. Empfehlenswert wäre die Erfassung und Anlegung einer fehlenden Grundbucheinlage als gesetzlich verankerte Bedingung für den Eigentumsübergang (*conditio iuris*). In Konsequenz einer solchen Regulierung müsste der bei der Errichtung des Notariatsakts tätige Notar beim Grundbuchsgericht den Vertragsabschluss melden und die Anlegung der fehlenden Grundbucheinlage zwecks späterer und nunmehr konstitutiver Eintragung des Eigentumsrechts ins Grundbuchregister beantragen. Der Eigentumserwerb könnte durch die Eintragung des neuen Eigentümers ins Grundbuchregister unmittelbar nach der Anlegung der Grundbucheinlage erfolgen.

## **V. Anhang**

### **A. Zusammenfassung**

Die gegenständliche Dissertation analysiert im rechtsvergleichenden Kontext den Formzwang beim Liegenschafts Kauf als Maßnahme des österreichischen und polnischen Gesetzgebers zur Sicherung des Verkehrsschutzes auf dem Immobilienmarkt. Diese Analyse berücksichtigt die in beiden Staaten vom Prinzip her unterschiedlichen Eigentumsübertragungssysteme sowie die Differenzen in den Formvorschriften beim Liegenschafts Kauf.

Nach einem Überblick über die inhaltliche Gestaltung des Eigentumsrechts in den untersuchten Rechtsordnungen wurden die jeweiligen Regeln des Eigentumserwerbs unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre genau beleuchtet. Ein besonderer Fokus wurde auf die Rolle und die wechselseitige Zusammenhänge des Grundbuchsystems und Notariats bei den dem jeweiligen Formzwang zugeschriebenen Funktionen gelegt. Die rechtsgeschichtlichen Genesen obiger Rechtsinstitute in Österreich und Polen wurden ebenfalls berücksichtigt.

In weiterer Folge setzt sich die Arbeit mit den Fragen auseinander, ob ein Formzwang beim Liegenschafts Kauf im österreichischen und polnischen Recht prinzipiell oder nur ausnahmsweise in konkreten Fällen eingeführt wurde. Neben Behandlung der Einzelfragen des jeweils eingeführten Formzwangs (Art und Funktion, seine Reichweite, Sanktionen seiner Verletzung, all dies bei Kaufverträgen, Tabularurkunden sowie Vorverträgen und Vollmachten) wurden zum Formzwang alternative Mechanismen zur Sicherung des Liegenschaftsverkehrs, wie die Treuhandabwicklung, näher beleuchtet, da hier zwischen Österreich und Polen essentielle Differenzen in der juristischen Denk- und Vorgehensweise bestehen. Dabei war auch die Rolle der Form des Notariatsakts bei der Sicherung der Kaufpreiszahlung darzulegen. Am Rande dieser Analyse wurden auch die Reformpläne im Entwurf des neuen polnischen ZGB berücksichtigt.

Anschließend folgt ein Rechtsvergleich mit der Analyse der schutzbedürftigen und -würdigen Interessen sowie der Rolle und des Stellenwerts des Formzwangs bei ihrer Konfliktlösung. In der Arbeit wurde ferner auf die bestehenden Differenzen und Parallelen eingegangen, die unter Berücksichtigung ihrer rechtsdogmatischen, rechtshistorischen und rechtssoziologischen Dimensionen aus komparativer Sicht bewertet wurden.

## **B. Streszczenie**

Przedmiotowa rozprawa doktorska analizuje w kontekście prawno-porównawczym przymus formy oświadczeń woli, jako środek polskiego i austriackiego ustawodawcy do zapewnienia bezpieczeństwa obrotu na rynku nieruchomości. Analiza ta uwzględnia z zasady odmienne w obu krajach systemy przenoszenia prawa własności oraz różniące się regulacje w zakresie wspomnianej formy przy sprzedaży nieruchomości.

Po zarysie ukształtowania treści istoty prawa własności w badanych porządkach prawnych, przedstawione zostały zasady jego nabywania przy równoczesnym uwzględnieniu orzecznictwa i doktryny obu państw. Szczególny nacisk położony został na rolę i wzajemne relacje systemów ksiąg wieczystych i notariatu w kontekście funkcji przypisywanych poszczególnym rodzajom przymusu formy oświadczeń woli. Uwzględniona została także historycznoprawna geneza powyższych instytucji prawnych w Polsce i Austrii.

Niniejsza rozprawa w dalszej kolejności omawia kwestię zasadniczego i wyjątkowego charakteru obowiązującej formy oświadczeń woli przy zawieraniu umów sprzedaży nieruchomości w prawie polskim oraz austriackim. Obok analizy poszczególnych zagadnień przymusu formy (tj. jego rodzaju oraz funkcji, a także jego zasięgu i sankcji jego naruszenia przy umowach sprzedaży, dokumentach wieczystoksięgowych, umowach przedwstępnych i pełnomocnictwach), zostały ponadto przedstawione alternatywne mechanizmy zabezpieczające obrót nieruchomościami, takie choćby jak powiernictwo. W systemach państw Polski i Austrii istnieją w tym zakresie zasadnicze różnice zarówno w prawnym myśleniu, jak i działaniu. Na marginesie poruszone zostały również plany reformy w projekcie nowego polskiego kodeksu cywilnego, w tym w szczególności postulat wprowadzenia zasady konstytutywnego wpisu prawa własności do ksiąg wieczystych.

W nawiązaniu do wyników przeprowadzonych badań, przeanalizowane zostały doniosłe i podlegające niezbędnej ochronie interesy osób uczestniczących w sprzedaży nieruchomości, w ramach której zbadana została rola i pozycja przymusu formy oświadczeń woli w zachowaniu ochrony tych interesów oraz zapobieganiu ich konfliktów. Różnice oraz podobieństwa poddane zostały funkcjonalnej ocenie komparatystyki prawniczej zarówno w wymiarze dogmatycznym, historycznym, jak i socjologicznym.

### **C. Summary**

This doctoral thesis shall in the context of comparative law analyse the mandatory form requirements as a measure of the Austrian and Polish legislators to safeguard orderly transactions in the real estate market. The analysis shall take into account the in principle different systems of the two countries with regard to transfer of ownership as well as the differences in the form requirements for the purchase of real estate property.

Following a survey of the general structure of property rights in the relevant jurisdictions, the actual rules for obtaining a title are discussed in detail, including related judicial decisions and doctrine. In particular the discussion focuses on the role of and the mutual connections between the land register systems and the notaries with regard to the respective form requirements that they are subject to. The history of these legal instruments in Austria and Poland is also explained.

In further course the thesis deals with the question whether the mandatory form requirements for the purchase of real estate property were introduced in the Austrian and the Polish legislations as a principle or only by way of exception in particular cases. Apart from discussing individual questions of the respective mandatory form requirements (type and purpose, range, sanctions in the event of breach, all in relation to purchase agreements, title deeds, as well as preliminary contracts and powers of attorney), alternative mechanisms for the safeguarding of real estate transactions, such as trust transactions, are discussed in detail, as there are essential differences in the legal approach and procedure between Austria and Poland. In that context the purpose of the form of the notarial deed for the safeguarding of the purchase price had to be explained. In addition to the analysis as such, the plans for a reformation of the Polish Civil Code, as currently drafted, are briefly discussed.

This is followed by a comparative law opinion analysing the interests that require protection and that are to be regarded as qualified for protection, as well as the role and importance of the mandatory form requirements in dispute resolution. This thesis further discusses the existing different and common regulations, with the opinion taking a legal dogmatic, legal historical and legal social dimensional comparative view into account.

## D. Lebenslauf

### Persönliche Informationen

---

Name: Mag. Tomasz Klimek  
Mobil: +43 699 195 585 77  
E-Mail: office@tomaszklimek.com

### Ausbildung

---

2009-2015 **Universität Wien**  
Dr.-Studium der Rechtswissenschaften

2014-2015 **Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg**  
Magisteraufbaustudium im deutschen Recht

2008-2010 **Universität Wien**  
Studium der Rechtswissenschaften  
Nostrifikation zum Magister iuris (Mag. iur.)

2003-2008 **Jagiellonen-Universität Krakau**  
Studium der Rechtswissenschaften  
Sponsion zum Magister prawa (Mgr)

### Berufserfahrung

---

Juni/Juli 2013 **Rechtsanwaltsprüfung**, OLG Wien  
mit sehr gutem Erfolg bestanden

seit Dezember 2010 **Rechtsanwaltsanwärter**  
(seit Oktober 2014 in Bildungskarenz)  
bei Kanzlei Mag. Tomasz Gaj,  
Rechtsanwalt in Österreich, Polen und  
Deutschland

Oktober 2009 – Dezember 2010 **Juristischer Mitarbeiter**  
bei Kanzlei Mag. Tomasz Gaj,  
Rechtsanwalt in Österreich, Polen

Jänner 2009 – September 2009 **Rechtspraktikant**  
Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien

2006 - 2007 **Dolmetscher für Polnisch und Deutsch**  
bei der polnischen Botschaft in Wien

### Publikation

---

Fremdsprachenzuschlag als übertarifliche Entlohnung iSd § 21 RATG, AnwBl 2014, 110