

## I. Allgemeines

### A. Grundlagen

Rechte an Grund und Boden sind seit jeher von besonderer Bedeutung, sowohl in wirtschaftlicher als auch in juristischer Hinsicht. Eine Ursache dafür liegt in der Unmöglichkeit, Land zu vermehren. Die Begrenztheit eines Gutes war schon immer ein maßgeblicher Faktor für dessen Wert. Ein weiterer Grund für die Wichtigkeit derartiger Rechte ist die Lebensnotwendigkeit von Grund und Boden für Mensch und Tier. Alle materiellen Rechtsgüter werden auf die eine oder andere Art, unmittelbar oder mittelbar, aus dem Land gewonnen. Vorrangig dient es der Produktion von Nahrung und somit der Sicherstellung allen Lebens an Land.

Um diese Wichtigkeit im Alltag abzusichern, bedarf es ausgewogener und durchdachter Rechtsinstitute.

Das umfassendste Recht an einer Sache ist das Eigentum. Es ist gem § 354 ABGB die „Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden anderen davon auszuschließen.“ Es ist somit das dingliche Vollrecht und die anderen Sachenrechte, wie das Pfandrecht, die Dienstbarkeit, die Reallast und das Baurecht, bewirken Einschränkungen des Eigentumsrechts. Der Eigentümer kann aufgrund der Beschränkungen seine Sache nicht mehr nach Belieben nutzen und mit ihr auch nicht mehr verfahren, wie er es wünscht. Dies kann sogar soweit gehen, dass ihm nur mehr ein nacktes Recht an seiner Sache bleibt.

Ein wichtiges, fremdes Eigentum beschränkendes Recht ist jenes der Dienstbarkeit, aus dem Lateinischen auch Servitut genannt. Es ist schon seit seiner Entwicklung im Römischen Recht (dazu sogleich genauer) von besonderer Bedeutung. Dienstbarkeitsrechte verpflichten nach § 472 ABGB den Eigentümer einer Sache, zum Vorteil des Servitutsberechtigten etwas zu dulden oder zu unterlassen. Zu einem aktiven, positiven Handeln kann der Eigentümer jedoch mittels einer Servitut nicht gezwungen werden. Oft ist ohne sie die Bewirtschaftung von Liegenschaften kaum bis gar nicht möglich. Man denke dabei nur an die in der Landwirtschaft allgegenwärtigen Wegerechte: Ohne die Erlaubnis, über fremde Grundstücke zu gehen und zu fahren, wären abgeschiedene Liegenschaften oft nicht erreichbar und folglich wirtschaftlich nicht nutzbar.

Die dem heutigen ABGB zugrunde liegende Vorstellung von Eigentum als dem dinglichen Vollrecht und den Dienstbarkeiten als beschränkten dinglichen Rechten kommt aus dem Römischen Recht.<sup>1)</sup> Die mittelalterlichen deutschen Regelungen setzten, im Gegensatz zum Römischen Recht, das Recht mit der jeweiligen Erscheinungsform der Sachnutzung gleich. Es wurde jede erlaubte Form

---

<sup>1)</sup> Kaser/Knittel, Römisches Privatrecht<sup>19</sup> 119; vgl Klang in Klang II<sup>2</sup> 132; Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte<sup>8</sup> 191; Brauneder, Europäische Privatrechtsgeschichte 43.

der Nutzung einer Sache als eine Art von „Eigentum“ an dieser verstanden. Dies „geht letztlich auf die ma. Grundbesitzverhältnisse zurück. Die Nutzungsrechte an Grund und Boden teilten sich in der Regel mehrere Personen, und zwar so, dass die einen dem Boden unmittelbar Früchte abrangen, während andere daraus mittelbar Nutzungen zogen.“<sup>2)</sup> Die Innehabung der Sache gab bis zum gerichtlichen Beweis des Gegenteils den Anschein des Rechtes. „In diesem Sinne wurde spätestens seit dem Hochmittelalter die Sachherrschaft mit rechtlicher Wirkung ausgestattet und als **Gewere** bezeichnet.“<sup>3)</sup> An einem Grundstück war auch eine mehrfache Gewere verschiedener Personen möglich. Die mittelalterlichen Legisten entwickelten für die Vorstellung von qualitativ unterschiedlichen Sachenrechten wie *Ober-* und *Untergewere* sowie *Ober-* und *Unter-/Nutzungseigentum* (*dominium directum* und *dominium utile*) die Rechtsfigur des geteilten Eigentums.<sup>4)</sup> Dieser Theorie vom geteilten Eigentum folgte auch noch das ABGB von 1812 (§§ 357 und 359)<sup>5)</sup>, da es „unmöglich erschien, alle Leihrechte in Rechte an fremder Sache zu verwandeln“<sup>6)</sup>. Doch schon bei seiner Kodifizierung war diese Form des Eigentums überholt. Die Entwicklungen des 19. Jahrhunderts, wie die Bodenreformen mit der Grundentlastung und der Ablösegesetzgebung, und schließlich das Verbot des geteilten Eigentums<sup>7)</sup> brachten endgültig den Durch-

<sup>2)</sup> Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte<sup>8</sup> 203.

<sup>3)</sup> Olechowski, Rechtsgeschichte<sup>4</sup> 362; vgl Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte<sup>8</sup> 162 ff.

<sup>4)</sup> Olechowski, Rechtsgeschichte<sup>4</sup> 367 ff; Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte<sup>8</sup> 203 f; vgl Martini, Lehrbegriff 167: „§ 436. In dem Rechte mit seiner Sache willkürlich [sic] zu schalten ist endlich das Recht begriffen, das Eigenthum derselben auf einen Andern zu übertragen, das heißt dieselbe ganz oder zum Theile einem Andern zu geben. Wer einen Theil gibt, der gibt entweder nur das Obereigenthum nähmlich [sic] [,] das Recht über die Substanz der Sache, oder er gibt nur das Nutzungseigenthum, nähmlich [sic] das Recht auf die Nutzungen derselben; [...]“; Egger, Privat-Recht 120: „Das Eigenthumsrecht jener Person heißt Ober- oder Grund, dieser hingegen Nutzeigenthum“.

<sup>5)</sup> JGS 1811/946, § 357: „Wenn das Recht auf die Substanz einer Sache mit dem Rechte auf die Nutzungen in Einer und derselben Person vereinigt ist, so ist das Eigenthumsrecht vollständig und ungetheilt. Kommt aber Einem nur das Recht auf die Substanz der Sache, dem Anderen dagegen, nebst einem Rechte auf die Substanz, das ausschließliche Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigenthumsrecht getheilt und für beyde [sic] unvollständig. Jener wird Obereigentümer, dieser Nutzungseigentümer genannt.“

§ 359: „Die Absonderung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzung entsteht teils durch Verfügung des Eigentümers; teils durch gesetzliche Verordnung. Nach Verschiedenheit der zwischen dem Ober- und Nutzungseigentümer obwaltenden Verhältnisse werden die Güter, worin das Eigenthum getheilt ist, Lehens-, Erbpacht- und Erbzinsgüter genannt. Von dem Lehen wird in dem besonders bestehenden Lehenrechte; von den Erbpacht- und Erbzinsgütern aber in dem Hautstücke von Bestandverträgen gehandelt.“

<sup>6)</sup> Klang in Klang II<sup>2</sup> 147; vgl Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte<sup>8</sup> 204.

<sup>7)</sup> Art 7 Satz 2 StGG 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger: „Jede aus dem Titel des getheilten Eigenthums auf Liegenschaften haftende Schuldigkeit oder Leistung ist ablösbar, und es darf in Zukunft keine Liegenschaft mit einer derartigen unablösbar Leistung belastet werden.“

bruch des Eigentums als uneingeschränktes dingliches Vollrecht, welchem die anderen beschränkten dinglichen Rechte gegenüberstehen.<sup>8)</sup>

## B. Absolute Sachenrechte und relative Schuldrechte

Sowohl das Eigentum als auch die Dienstbarkeit sind Sachenrechte. Das Sachenrecht behandelt die Frage, zu wem Sachen gehören, wer sie beherrschen darf und wem es erlaubt ist, Verfügungen über sie zu treffen.<sup>9)</sup> „Das Sachenrecht ist ein Recht der Güterzuordnung.“<sup>10)</sup> Es vermittelt also die unmittelbare Herrschaft über Sachen und es wirkt gegenüber jedermann, auch wenn der aus einem Sachenrecht Berechtigte mit dem Dritten in keiner vertraglichen Beziehung steht. Es wirkt also absolut. Weil Sachenrechte die unmittelbare Herrschaft über Dinge vermitteln, werden sie auch dingliche Rechte genannt.<sup>11)</sup>

Im Gegensatz dazu stehen die Schuldrechte. Sie verleihen keine unmittelbare Herrschaft über eine Sache, sondern verschaffen lediglich Forderungsrechte gegenüber bestimmten Personen. Nur zwischen diesen Parteien wirken sie, Dritte binden sie hingegen nicht. Schuldrechte sind somit relative Rechte. Sie haben die Beziehung von Rechtssubjekten untereinander zum Inhalt. Zwar verpflichtet ein Schuldrecht den Schuldner gegenüber dem Gläubiger zur Leistung, jedoch wird der Schuldner nicht zum Herrschaftsobjekt seines Gläubigers. Schuldrechte verschaffen dem Berechtigten, im Gegensatz zu Sachenrechten, keine unmittelbare Herrschaft an einem Rechtsgut. Sie können lediglich auf die Begründung eines Herrschaftsrechtes abzielen.<sup>12)</sup>

So muss jedermann die absoluten dinglichen Rechte respektieren und jeglicher Eingriff in diese ist rechtswidrig. Schuldrechte hingegen binden nur die beteiligten Parteien und nur diese sind jeweils berechtigt, vom anderen zu fordern, bzw. verpflichtet, dem anderen zu leisten.

Dieser Überzeugung war auch Zeiller bei der Schaffung des ABGB: „Unser Recht heißt ein dingliches, wenn es gegen alle Menschen ausgeübt werden kann, folglich einer Sache gleichsam anklebt, und sie überall hinbegleitet. Dagegen heißt unser Recht ein persönliches, wofern wir es nur gegen eine bestimmte Person ausüben, folglich nur von ihr eine gewisse Leistung fordern können.“<sup>13)</sup>

---

<sup>8)</sup> Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte<sup>8</sup> 204 f; Brauneder, Europäische Privatrechtsgeschichte 43; Klang in Klang II<sup>2</sup> 148.

<sup>9)</sup> Vgl. Koziol/Welser, Grundriss I<sup>13</sup> 237; Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss I<sup>14</sup> Rz 744 f.

<sup>10)</sup> Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss I<sup>14</sup> Rz 746; vgl. Hofmann in Schwimann/Kodek II<sup>4</sup> § 285 Rz 1.

<sup>11)</sup> Vgl. Holzner in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 307; Hofmann in Schwimann/Kodek II<sup>4</sup> § 307; Kodek in Schwimann/Neumayr, ABGB<sup>4</sup> § 307; Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss I<sup>14</sup> Rz 746.

<sup>12)</sup> Vgl. Rummel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 859 Rz 1; Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss I<sup>14</sup> Rz 759.

<sup>13)</sup> Ofner, Ur-Entwurf I 213.

## C. Freiheit der Begründung und Gestaltung von Schuld- und Sachenrechten

Das römische Obligationenrecht kannte einen Typenzwang. Nur bestimmte Formen von Vereinbarungen, nämlich die anerkannten *actiones*, deren Muster in die Edikte der Prätoren und Ädilen aufgenommen waren, konnten eingeklagt werden. Diese Strenge wurde jedoch durch die *actiones in factum* entschärft. Diese gestatteten es den Prätoren, im Einzelfall individuelle Klagen zuzulassen. Dies führte auch im Römischen Recht zu einer gewissen Freiheit im Schuldrecht. Die Typengebundenheit konnte jedoch erst durch den maßgeblichen Einfluss des Kirchen- und des Naturrechts im 17. und 18. Jahrhundert überwunden werden.<sup>14)</sup>

Die Sachenrechte erschienen schon im alten Rom als inhaltlich typisierte Rechte. Für jeden dieser Typen hatten die Römer eine eigene *actio in rem*. Für das Eigentum die *rei vindicatio* (= *formula petitoria*)<sup>15)</sup>, für die Dienstbarkeiten die *vindicatio servitutis* bzw *ususfructus*<sup>16)</sup>, für das Pfandrecht die *actio serviana*, welche in der hochklassischen Zeit *vindicatio pignoris* hieß.<sup>17)</sup> Auch zum Schutze der Erbpacht und des Erbbaurechts konnte eine *actio in rem* ergriffen werden.<sup>18)</sup> Eine Gestaltungsfreiheit dinglicher Rechte gab es nicht. So können auch heute noch Rechtsanwender im Sachenrecht nur darüber frei entscheiden, ob sie dingliche Rechte begründen wollen oder nicht. Ihnen steht damit nur die Abschlussfreiheit zu.<sup>19)</sup>

Da Sachenrechte gegenüber Dritten wirken, müssen diese die dinglichen Rechte erkennen können, um zu wissen, welche Art der Herrschaft an einer Sache vorliegt, wie weit diese reicht und wem sie überhaupt zusteht.<sup>20)</sup> Dazu führte schon *Zeiller* klar aus: „Sollte in der bürgerlichen Gesellschaft ein Recht als ein dingliches, gegen alle sich behauptendes Recht gelten, so müsse es zur Sicherheit des Verkehrs ein deutliches Merkmal geben, woran alle das einem Dritten ausschließlich zustehende Recht erkennen können. Ein solches einleuchtendes Merkmal sei der Besitz; sei es nun ein körperlicher Besitz oder ein Besitz durch aufgedrückte Zeichen oder die Eintragung in die allen zugänglichen Bücher. Ir-gend ein Besitz dieser Art sei in Oesterreich nach einer vortrefflichen alten Rechtsverfassung immer nothwendig, damit uns ein dingliches Recht zustehe. Ohne denselben haben wir nur ein persönliches Recht.“<sup>21)</sup> Deswegen können dingliche Rechte eben nicht wie die Schuldrechte durch privatautonome Parteienvereinbarungen nahezu beliebig erweitert werden. Das Gesetz gibt die verschiedenen

<sup>14)</sup> *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht<sup>19</sup> 176; *Mayer-Maly*, Römisches Recht<sup>2</sup> 110–112.

<sup>15)</sup> *Mayer-Maly*, Römisches Recht<sup>2</sup> 63; *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht<sup>19</sup> 144.

<sup>16)</sup> *Mayer-Maly*, Römisches Recht<sup>2</sup> 101; *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht<sup>19</sup> 155.

<sup>17)</sup> *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht<sup>19</sup> 170; *Mayer-Maly*, Römisches Recht<sup>2</sup> 85.

<sup>18)</sup> *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht<sup>19</sup> 160 f; *Mayer-Maly*, Römisches Recht<sup>2</sup> 102 f.

<sup>19)</sup> Vgl *Koziol/Welser/Kletečka*, Grundriss I<sup>14</sup> Rz 759; *Holzner* in *Rummel/Lukas* § 308 Rz 1.

<sup>20)</sup> Vgl *Ofner*, Ur-Entwurf I 213; *Wellspacher*, Vertrauen 121 ff.

<sup>21)</sup> *Ofner*, Ur-Entwurf I 213.

möglichen und erlaubten Sachenrechte vor und neue können in Abweichung davon nicht geschaffen werden. Dabei spricht man aufgrund der geschlossenen Zahl von dinglichen Rechten auch vom *numerus clausus* oder dem *Typenzwang der Sachenrechte*.<sup>22)</sup>

## D. Begründung, Abänderung und Aufhebung von Sachenrechten

Das ABGB sieht für den Erwerb von Sachenrechten das Erfordernis von Titel und Modus vor (§ 380 ABGB). Der Erwerb ist damit zweitaktig. Nicht schon der Abschluss des (obligatorischen) Verpflichtungsgeschäfts begründet das dingliche Recht, sondern erst das Verfügungsgeschäft. Da das gültige Verfügungsgeschäft auf einem gültigen Verpflichtungsgeschäft beruhen muss, also einen Rechtsgrund – eine Causa – voraussetzt, spricht man vom kausalen Verfügungsgeschäft. Andernfalls wird kein Recht erworben. Der Rechtsgrund alleine verschafft nur einen schuldrechtlichen Anspruch.<sup>23)</sup> Die tatsächliche physische Übergabe des Grundstückes ist für den Erwerb des dinglichen Rechtes hingegen ohne Bedeutung.<sup>24)</sup>

Zuerst bedarf es also eines Titels. „Der Titel (Rechtsgrund) ist jedes den Rechtserwerb rechtfertigende Rechtsverhältnis.“<sup>25)</sup> Er kann sich nach § 424 ABGB entweder aus dem Gesetz selbst ergeben, zB bei der Aneignung, oder er basiert auf einer Vereinbarung zwischen den Parteien, also einem Vertrag. Weiters können auch ein richterlicher Ausspruch oder eine letztwillige Verfügung einen Titel begründen. § 480 ABGB nennt als möglichen Titel für den Erwerb eines Dienstbarkeitsrechtes überdies die Verjährung, worunter nach dem Verständnis und der Sprache des ABGB auch die Ersitzung zu begreifen ist.<sup>26)</sup> Bedeutung hat der Titel vor allem beim abgeleiteten/derivativen Erwerb, bei welchem das Recht des Erwerbers von seinem Vormann abgeleitet wird.<sup>27)</sup>

Der zweite Akt ist die rechtliche Erwerbungsart, der Modus. Sowohl beim Eigentumserwerb als auch beim Erwerb aller anderen dinglichen Rechte bedarf es seiner. Durch den tatsächlichen Vorgang der Übergabe beweglicher Sachen bzw durch die Einverleibung ins Grundbuch bei unbeweglichen Sachen wird „die durch den Titel gegebene Erwerbsmöglichkeit in der jeweils gewünschten Form verwirklicht.“<sup>28)</sup> Dieser den Modus betreffende Grundsatz des Sachenrechtes heißt Traditionsprinzip.<sup>29)</sup>

<sup>22)</sup> Vgl *Koziol/Welser*, Grundriss I<sup>13</sup> 238 f und 241; *Koziol/Welser/Kletečka*, Grundriss I<sup>14</sup> Rz 748 f und 760.

<sup>23)</sup> Vgl *Feil*, Grundbuchgesetz<sup>3</sup> § 4 Rz 4.

<sup>24)</sup> *Spielbüchler* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 431 Rz 11; *Koziol/Welser/Kletečka*, Grundriss I<sup>14</sup> Rz 1139; *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek II*<sup>4</sup> § 431 Rz 1.

<sup>25)</sup> *Spielbüchler* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 424 Rz 2.

<sup>26)</sup> Vgl *Koziol/Welser/Kletečka*, Grundriss I<sup>14</sup> Rz 1052.

<sup>27)</sup> *Spielbüchler* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 380 Rz 1; *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek II*<sup>4</sup> § 423 Rz 1; *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>5</sup> § 423 Rz 1.

<sup>28)</sup> *Spielbüchler* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 380 Rz 1; vgl *Klicka/Reidinger* in *Schwimann/Kodek II*<sup>4</sup> § 380 Rz 1; vgl *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>5</sup> § 380 Rz 2.

<sup>29)</sup> Vgl *Koziol/Welser/Kletečka*, Grundriss I<sup>14</sup> Rz 752 ff.

## E. Einschlägige Prinzipien des Grundbuchs

Für die Problematik der offenkundigen Dienstbarkeiten sind vor allem zwei Prinzipien des Grundbuchwesens von Bedeutung, nämlich das Eintragungs- und das Vertrauensprinzip. Daher soll an dieser Stelle eine genauere Betrachtung dieser beiden Grundsätze und ihrer Entstehungsgeschichte erfolgen.

Die Unterscheidung des Eintragungs- und des Vertrauensgrundsatzes, wie wir sie heute kennen, war nicht immer so klar festgestellt. „Daß aber beide Prinzipien nebeneinander und zum Teile im Widerspruche miteinander in das [A] BGB Aufnahme finden konnten, das erklärt sich aus jener Unklarheit in der Unterscheidung derselben“<sup>30)</sup>, auf welche noch näher einzugehen sein wird. Dies war „eine Unklarheit, die auch im Laufe der Beratungen nicht völlig geschwunden ist.“<sup>31)</sup>

### 1. Entstehungsgeschichte des Grundbuchs

Da das Grundbuch unter anderem dafür geschaffen wurde, um die notwendige Publizität von dinglichen Rechten an Liegenschaften zu ermöglichen, wird an dieser Stelle eine kurze Darstellung dieses Rechtsinstitutes und seiner für die gegenständliche Problematik entscheidenden Grundsätze erfolgen.

Sowohl das Römische als auch das heimische Recht kannten kein Grundbuch im heutigen Sinn. Die rechtsgeschäftliche Übereignung von Grundstücken erfolgte bei Letzterem durch die Rechtsakte der *Sale* und *Investitur*.<sup>32)</sup> Sie können unter dem Begriff Auflassung zusammengefasst werden und geschahen ursprünglich auf der Liegenschaft selbst. Unter dem Einfluss des Römischen Rechtes wurden zusätzlich Urkunden übergeben (*traditio per cartulam*). Als sich der rechtsgeschäftliche Verkehr mit Liegenschaften erhöhte, begann man, zur Beweiserleichterung die Auflassung in Büchern niederzuschreiben.<sup>33)</sup>

Es gab grundsätzlich drei Wurzeln öffentlicher Bücher. Aus Böhmen und Mähren kamen die im 13. Jahrhundert entstandenen Landtafeln, in welche die adeligen Liegenschaften eingetragen wurden. In den Städten wurden schon im 12. Jahrhundert Stadtbücher geführt und die bäuerlichen Grundstücke wurden in eigene grundherrschaftliche Register, die Grundbücher im engeren Sinn, einverleibt.<sup>34)</sup> In der Stadt Wien begann man unter Herzog Rudolf IV. „dem Stifter“ im Jahre 1360 mit der Anlegung von Stadtbüchern.<sup>35)</sup> Für die Entwicklung unseres heutigen österreichischen Grundbuchs waren die böhmisch-mährischen

<sup>30)</sup> Wellspacher, Vertrauen 133 f; vgl Ofner, Berathungsprotokolle II 527.

<sup>31)</sup> Wellspacher, Vertrauen 133 f; vgl Ofner, Berathungsprotokolle II 527; vgl auch Steinlechner, Unredlichkeit 106 f.

<sup>32)</sup> Klang in Klang II<sup>2</sup> 329.

<sup>33)</sup> Klang in Klang II<sup>2</sup> 329; Stubenrauch, Gesetzbuch I<sup>1</sup> 818 f; Höller in Kodek, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Vor § 1 Rz 9 f; Rechberger/Bittner, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 1; Ogris/Wudarski/Baranski, Entwicklung 472 f.

<sup>34)</sup> Floßmann, Privatrechtsgeschichte<sup>6</sup> 146; Klang in Klang II<sup>2</sup> 329 f; Neschwara, Grundbuch 1157 f; Baltl/Kocher, Rechtsgeschichte 119 f.

<sup>35)</sup> Ogris/Wudarski/Baranski, Entwicklung 474.

Landtafeln von entscheidender Bedeutung.<sup>36)</sup> Bei ihnen galt die Eintragung schon seit dem 14. Jahrhundert als konstitutiver Akt des Rechtserwerbs. Im 18. Jahrhundert wurden für zahlreiche Länder der Habsburgermonarchie Landtafeln und Grundbuchspatente erlassen<sup>37)</sup>, im Zuge derer sich das böhmisch-mährische Landtafelwesen samt seinen Grundsätzen weit verbreitete.<sup>38)</sup> „Ende des 18. Jhdt verfügte Österreich somit als erstes Land der Welt über ein Grundbuch, in dem alle dinglichen Rechte am Grundstück verzeichnet sein mussten.“<sup>39)</sup>

Das ABGB legte die materiellen Grundsätze des Grundbuchsrechtes fest, ließ aber die bei seinem Inkrafttreten bestehenden Landtafeln und Grundbücher vorläufig in Geltung.<sup>40)</sup> Durch die Bauernbefreiung 1848 wurde die Grundherrschaft aufgehoben und die Patrimonialgerichtsbarkeit beseitigt. In Folge dieser Änderungen wurden die in unterschiedlichen Formen geführten herrschaftlichen Grundbücher verstaatlicht, was eine einheitliche Neuregelung der Grundbuchsordnungen unbedingt erforderlich machte.<sup>41)</sup> Diese geschah jedoch erst durch das Allgemeine Grundbuchsgesetz<sup>42)</sup>, welches am 25. 7. 1871 erlassen wurde und am 15. 2. 1872 in Kraft trat. Es war aber lediglich ein Rahmengesetz, denn die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung von 1867 ordnete in § 11 StGG/RV<sup>43)</sup> die Anlegung und innere Einrichtung der öffentlichen Bücher den Ländern zu.<sup>44)</sup>

Nach dem Zusammenbruch der Donaumonarchie wurden 1929 zwecks einheitlicher und einfacherer Verfahren das Allgemeine Grundbuchsanzlegungsgesetz<sup>45)</sup> und das Liegenschaftsteilungsgesetz<sup>46)</sup> erlassen. Um die danach ergangenen Rechtsänderungen und Neuerungen einzuarbeiten, trat 1955 das heute noch gültige Allgemeine Grundbuchsgesetz<sup>47)</sup> in Kraft. Zwischen ihm und dem Grundbuchsgesetz von 1871 bestehen keine grundsätzlichen Unterschiede, viele Paragraphen wurden wortwörtlich in das neue Gesetz übernommen. Eine tief-

<sup>36)</sup> *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 2; *Ogris/Wudarski/Baranski*, Entwicklung 477; vgl. *Demelius*, Grundbuchsrecht 2; *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Vor § 1 Rz 12.

<sup>37)</sup> *Floßmann*, Privatrechtsgeschichte<sup>6</sup> 146 Fn 3; 1730 Steiermark, 1746 Kärnten, 1754 Oberösterreich, 1758 Niederösterreich, 1794 Neuordnung der Landtafeln in Böhmen und Mähren, diese fand als subsidiäre Rechtsquelle auch in den anderen Territorien der Habsburgermonarchie Anwendung.

<sup>38)</sup> *Demelius*, Grundbuchsrecht 3; *Klang* in *Klang* II<sup>2</sup> 330; *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Vor § 1 Rz 12.

<sup>39)</sup> *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Vor § 1 Rz 12.

<sup>40)</sup> *Demelius*, Grundbuchsrecht 4; *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Vor § 1 Rz 13; *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 3.

<sup>41)</sup> *Demelius*, Grundbuchsrecht 6; *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Vor § 1 Rz 13; *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 4; *Neschwara*, Grundbuch 1158 f; *Olechowski/Gamauf*, Studienwörterbuch<sup>2</sup> 188.

<sup>42)</sup> RGBI 1871/95.

<sup>43)</sup> RGBI 1867/141 „Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird.“

<sup>44)</sup> *Kohl*, Territoriale Rechtsvielfalt 249 f; *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 4; *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Vor § 1 Rz 13; *Floßmann*, Privatrechtsgeschichte<sup>6</sup> 147.

<sup>45)</sup> BGBl 1930/2.

<sup>46)</sup> BGBl 1930/3.

<sup>47)</sup> BGBl 1955/39.

greifende Neuerung in Grundbuchssachen war 1980 die Umstellung auf das mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung geführte elektronische Grundbuch. Dies wurde im Grundbuchumstellungsgesetz<sup>48)</sup> geregelt. Die Prinzipien des Grundbuchs änderten sich dadurch jedoch nicht.<sup>49)</sup>

Österreich, Deutschland<sup>50)</sup> und die Schweiz<sup>51)</sup> sind jene Länder mit den am besten ausgebildeten Grundbuchssystemen. In anderen Teilen Europas, etwa zB Italien, Spanien, Frankreich und den Niederlanden, bestehen solche nur unvollständig. So gibt es in Italien, ausgenommen Südtirol und Friaul-Julisch-Venetien, keine Grundbücher, sondern verschafft die Eintragung bei den Verwahrstellen der Immobilienregister (*conservatoria dei registri immobiliari*) eine gewisse Publizität. Unterbleibt die Eintragung, so ist der Grundstücksvertrag nach Art 2644 itZGB Dritten gegenüber nicht wirksam.<sup>52)</sup> In Spanien hat das Grundbuch nur deklarative Funktion. Das Eigentum an Grundstücken wird unabhängig von der Eintragung durch einen Titel und Besitzübergang erworben (Kausalprinzip).<sup>53)</sup> In Frankreich gilt gemäß dem Code Civil das Konsensprinzip, wonach schon mit dem Verpflichtungsgeschäft Eigentum erworben wird.<sup>54)</sup> Die Eintragung ins Grundbuch ist folglich nur deklarativ. 1955 wurde jedoch „eine Regelung eingeführt, welche die Übereignung von Immobilien Dritten gegenüber nur wirksam sein lässt, wenn die darauf gerichtete notarielle Urkunde in die dazu bestimmten öffentlichen Register aufgenommen ist (*publicité foncière*).“<sup>55)</sup> Das französische Grundbuch hat zwei Funktionen, nämlich die der Information und die der Konfliktlösung. Auf letztere kommt es an, wenn zwei Personen behaupten, vom selben Veräußerer ein Recht erworben zu haben.<sup>56)</sup> Im englischen Rechtssystem begann sich das Grundbuch erst im 20. Jahrhundert zu entwickeln.<sup>57)</sup> In den Vereinigten Staaten von Amerika fehlt ein unserem vergleichbares Grundbuchsystem hingegen vollkommen. Dies hat zur Folge, dass sich ein privater Wirtschaftsgeist zur Untersuchung des jeweiligen Rechtstitels – „investigation of title“ – entwickelt hat. Daneben übernehmen Versicherungen den Schutz des Veräußerers bei ihm eventuell treffenden Rechtsmängeln, wenn also jemand ein „besseres“ Recht an der Sache beweisen kann und deswegen die vorgenommene Veräußerung rechtswidrig war.<sup>58)</sup>

<sup>48)</sup> BGBl 1980/550.

<sup>49)</sup> Vgl *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 7 f; *Höller* in *Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Vor § 1 Rz 14 f; *Olechowski/Gamauf*, Studienwörterbuch<sup>2</sup> 189.

<sup>50)</sup> Vgl *Ogris/Wudarski/Baranski*, Entwicklung 488 ff.

<sup>51)</sup> Vgl *Wolf/Mangisch*, Grundbuch 729 ff.

<sup>52)</sup> *Sale*, Eintragung 269 Fn4.

<sup>53)</sup> *Velencoso*, Conflicts 675: “The function of publicity registration in Spain is, as a general rule, declarative and not constitutive. The real estate is created outside the land register by means of the title (through transfer of dominio transactions), followed by the traditio, or transfer of possession, which can be real or ‘fictitious’[...].”; *Galligo*, Protective Function 341 ff; *Rodriguez-Rosado*, Abstraktionsprinzip 49 ff.

<sup>54)</sup> *Rodriguez-Rosado*, Abstraktionsprinzip 51 ff und 103 f.

<sup>55)</sup> *Zwälve/Sirks*, Grundzüge 314.

<sup>56)</sup> *Dubarry*, Verhältnis 624; vgl *Zwälve/Sirks*, Grundzüge 311 ff.

<sup>57)</sup> *Jordan*, Limits 221 ff.

<sup>58)</sup> *Gschnitzer*, Sachenrecht<sup>2</sup> 28.

## 2. Eintragungsprinzip

### a) Was besagt das Eintragungsprinzip?

Das Eintragungsprinzip (= Eintragungsgrundsatz, Intabulationsgrundsatz und Intabulationsprinzip) besagt, dass der Erwerb eines dinglichen Rechtes an einer im Grundbuch eingetragenen Liegenschaft die Eintragung dieses Rechtes in das öffentliche Buch voraussetzt. Die Eintragung ist der Modus und ersetzt die Übergabe, wie sie bei beweglichen Sachen erfolgt. Dieser Grundsatz ist in den Gesetzen mehrmals und ohne eine ausdrückliche Ausnahme formuliert. Explizit festgelegt ist das Intabulationsprinzip in § 431 ABGB für den Erwerb des Eigentumsrechtes, in § 445 ABGB für die übrigen dinglichen Rechte, in § 451 ABGB für den Erwerb des Pfandrechts, in § 481 ABGB für den Erwerb von Dienstbarkeiten, in § 5 Abs 1 BauRG für den Erwerb eines Baurechtes und in § 5 Abs 3 WEG 2002 für den Erwerb von Wohnungseigentum. § 4 GBG bekräftigt diesen Grundsatz für die bucherlichen Rechte nochmals.<sup>59)</sup> Unter bucherlichen Rechten sind jene zu verstehen, die in das Grundbuch eingetragen werden dürfen. § 9 GBG nennt als solche neben dinglichen Rechten und Lasten auch Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Bestandrechte. Diese Aufzählung ist abschließend.<sup>60)</sup>

Voraussetzung für dingliche Rechtsänderung sind nach dem österreichischen Sachenrecht Titel und Modus (§§ 380, 424 und 425 ABGB). Beim derivativen Erwerb ist überdies noch die Berechtigung des Vormannes zur Veräußerung erforderlich. Da der Allgemeinheit erkennbar sein muss, wem das Sachenrecht zusteht, wird für diese typisierten Rechte ein besonderes Maß an Offenkundigkeit (Publizität) vorausgesetzt. Dieses Prinzip des Sachenrechtes heißt Offenkundigkeitsprinzip. Bei beweglichen Sachen schafft der Besitz die notwendige Publizität, bei unbeweglichen hat sich seit dem Mittelalter die Eintragung des dinglichen Rechtes in die öffentlichen Bücher durchgesetzt. Eine sachenrechtlich wirksame Verfügung über dingliche Rechte ist daher nur in der gesetzlich vorgesehenen, nach außen in Erscheinung tretenden Form möglich.<sup>61)</sup> Bei unbeweglichen Sachen stellt die Einverleibung, nach der Ansicht der Redaktoren des ABGB auch eine Art der Übergabe,<sup>62)</sup> den für den Rechtserwerb notwendigen Modus dar.

Auch Dienstbarkeiten an unbeweglichen Sachen werden, sofern diese an sich verbüchert sind, durch Einverleibung des Rechts in das Grundbuch rechtlich erworben. Die dingliche Servitut entsteht erst durch die Eintragung in das Lastenblatt des dienenden Grundstückes.<sup>63)</sup> Vertraglich eingeräumte, aber noch nicht verbücherte Dienstbarkeitsrechte entfalten ihre Wirkung nur zwischen den Vertragsparteien, gegenüber Dritten wirken sie zumindest nach dem Gesetz nicht.<sup>64)</sup>

<sup>59)</sup> Vgl. Höller in *Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 4 Rz 1; Rechberger/Bittner, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 165; Feil, Grundbuchsgesetz<sup>3</sup> § 4 Rz 1; Spielbüchler in Rummel I<sup>3</sup> § 431 Rz 1; Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss I<sup>4</sup> Rz 1139; Rassi, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 70 ff.

<sup>60)</sup> Vgl. Klang in *Klang* II<sup>2</sup> 339.

<sup>61)</sup> Vgl. Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss I<sup>4</sup> Rz 752 ff.

<sup>62)</sup> Hofmeister, Grundsätze des Liegenschaftserwerbes 141.

<sup>63)</sup> Hofmann in Rummel I<sup>3</sup> § 481 Rz 1; Risak in Schwimann/Neumayr, ABGB<sup>4</sup> § 481 Rz 1; Spath in Schwimann/Kodek II<sup>4</sup> § 481 Rz 1; Rassi, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 275.

<sup>64)</sup> Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>5</sup> § 481 Rz 2; Hofmann in Rummel I<sup>3</sup> § 481 Rz 2.

Das Gesetz trifft aber auch eine Regelung für den selten gewordenen Fall, dass eine Liegenschaft nicht in das Grundbuch aufgenommen ist. Dienstbarkeitsrechte an derartigen unverbücherten Grundstücken werden gem § 481 Abs 2 ABGB durch die Hinterlegung der Dienstbarkeitsbestellungsurkunde bei Gericht erworben.

### **b) Sinn des Eintragungsprinzips**

Der Sinn des Eintragungsgrundsatzes lässt sich leicht erklären. Ein Blick in das Gesetz genügt, um zu erkennen, welche wichtige Aufgabe der Gesetzgeber ihm zudachte und um festzustellen, dass keine Ausnahmen formuliert wurden. Die Gewährleistung des reibungslosen und sicheren rechtsgeschäftlichen Verkehrs von Liegenschaften hat oberste Priorität: Ein wirtschaftlich sinnvoller und konfliktloser Handel ist nur möglich, wenn der Liegenschaftserwerber rasch und zuverlässig den Eigentümer und jene Lasten ersehen kann, die er als dinglich wirkende beim Erwerb zu übernehmen hat. Auch ein potentieller Kreditgeber möchte wissen, was die zur Besicherung gegebene Liegenschaft wirklich wert ist, und hat deswegen Interesse daran, wertmindernde Lasten zu kennen. Könnten hingegen im Nachhinein immer wieder Dritte auftauchen und Eigentum bzw andere dingliche Rechte an dem Grundstück behaupten, so würde dies nur allzu oft zu einem Konflikt führen und möglicherweise vor Gericht enden. In der Folge würde insb das bei Vertragsabschluss gewünschte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus dem Gleichgewicht gebracht, weil der Erwerber/Kreditgeber nun plötzlich mit mehr Pflichten konfrontiert wäre, als er es bei Vertragsabschluss ersehen konnte. Diese Probleme und Unsicherheiten weitestgehend zu vermeiden, war der Anspruch der Schöpfer des ABGB.<sup>65)</sup>

### **c) Entwicklungsgeschichte des Eintragungsprinzips**

Seine ersten Vorläufer hat das Eintragungsprinzip in den anlässlich des Eigentumserwerbs von Liegenschaften übergebenen Urkunden. Diese wurden im 12. Jahrhundert von deutschen Städten in amtlichen Sammlungen registriert, woraus sich allmählich ständige Bücher wie die Kölner Schreinskarten entwickelten.<sup>66)</sup> Dienten diese Bücher ursprünglich nur zur Beweiserleichterung, so maß man der Eintragung spätestens seit dem 14. Jahrhundert volle Beweiskraft zum Beweis des vollzogenen Rechtsgeschäftes bei.<sup>67)</sup> Im 15. Jahrhundert begann man aber diese Eintragung der Urkunden in die Register als rechtsbegründenden, konstitutiven Akt zu verstehen. Das war die Geburtsstunde des Eintragungsgrundsatzes.<sup>68)</sup> Zunächst erfolgten die Eintragungen chronologisch, doch gegen Ende des 15. Jahrhunderts wurde das Realfoliensystem entwickelt. Bei diesem werden alle, eine bestimmte Liegenschaft betreffenden Eintragungen, zusam-

<sup>65)</sup> *Zeiller*, Commentar II/1, 302; *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 17.

<sup>66)</sup> *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 1; *Floßmann*, Privatrechtsgeschichte<sup>6</sup> 145 f.

<sup>67)</sup> *Randa*, Eigentumsrecht I<sup>2</sup> 409; *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 1.

<sup>68)</sup> *Klang in Klang* II<sup>2</sup> 329; *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> Rz 1.