

kommt es häufig darauf an, ob ein **Warenvertrag** oder **Dienstleistungsvertrag** vorliegt. Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung bei „**gemischten Verträgen**“. Nach den Intentionen des Unionsgesetzgebers kommt es dabei auf den **Hauptzweck** des Vertrags an. Es ist

einheitlich entweder von einem Kaufvertrag oder einem Dienstleistungsvertrag auszugehen. Eine „**Aufspaltung**“ hat nicht stattzufinden.

Christoph Brenn



→ Grundbuchsgesuch mit Auslandsbezug ist Richtersache

§ 16 RpfIG (§ 477 ZPO)

Für das Wirksamwerden des Richtervorbehalts nach § 16 Abs 2 Z 6 RPFIG reicht es aus, dass die Notwendigkeit der Berücksichtigung einer ausländischen Rechtsvorschrift zumindest in Betracht

Sachverhalt:

Ob der Liegenschaft ist das Alleineigentum für eine Person mit **Adresse in Deutschland** einverleibt.

Der Antragsteller (ASt) beantragte die Einverleibung seines **Eigentumsrechts** ob dieser Liegenschaft sowie die Löschung einer Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens. Er legte einen **Erb-schein** des Amtsgerichts Traunstein in beglaubigter Abschrift vor, wonach er alleiniger Erbe der verstorbenen Alleineigentümerin sei, dazu eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts und eine Einheits-, Bodenwert- und Grundstückswertberechnung.

Das ErstG wies den Antrag – durch einen Diplomrechtspfleger – ab.

Das RekG bestätigte die Entscheidung.

Der OGH änderte aus Anlass des RevRek den B dahin ab, dass dem ErstG eine neuerliche Entscheidung durch den Richter aufgetragen wird.

Aus der Begründung:

[**Wesentlicher Verfahrensmangel**]

Aus Anlass des RevRek ist ein schwerwiegender, einer **Nichtigkeit** gleichkommender Verfahrensmangel als Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 62 Abs 1 AußStrG iVm § 126 Abs 1 GBG wahrzunehmen (§ 66 Abs 1 Z 1, § 58 Abs 4 Z 2 AußStrG), weil die Vorinstanzen den **Richtervorbehalt** nach § 16 Abs 2 Z 6 RpfIG nicht beachtet haben:

Gem § 94 Abs 1 GBG hat das Grundbuchsgesuch das Ansuchen und dessen Beilagen einer genauen Prüfung zu unterziehen und darf eine grundbücherliche Eintragung nur dann bewilligen, wenn (1) aus dem Grundbuch in Ansehung der Liegenschaft oder des Rechts kein Hindernis gegen die begehrte Eintragung hervorgeht, (2) kein begründetes Bedenken gegen die persönliche Fähigkeit der bei der Eintragung Beteiligten zur Verfügung über den Gegenstand, den die Eintragung betrifft oder gegen die Befugnis der ASt zum Einschreiten vorhanden ist, (3) das Begehren durch den Inhalt der beigebrachten Urkunden begründet erscheint und (4) die Urkunden in der Form vorliegen, die zur Bewilligung einer Einverleibung, Vormerkung oder Anmerkung erforderlich sind.

kommt. Die **EuErbVO** gehört zwar (wie das gesamte **Recht der EU**) zum **österreichischen Rechtsbestand**, der **Richtervorbehalt** gilt aber, wenn aufgrund des darin angeordneten **Kollisionsrechts** auch **materielles deutsches Erbrecht** anzuwenden ist.

Gem § 32 Abs 1 GBG müssen **Privaturkunden**, aufgrund derer eine Einverleibung stattfinden soll, außer den Erfordernissen nach §§ 26, 27 GBG (unter anderem) die genaue Angabe der Liegenschaft oder des Rechts, in Betreff deren die Einverleibung erfolgen soll enthalten (§ 32 Abs 1 lit a GBG). Gem § 33 Abs 1 GBG sind **öffentliche Urkunden**, aufgrund deren Einverleibungen stattfinden können: die über Rechtsgeschäfte von einer öffentlichen Behörde oder von einem Notar innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse aufgenommenen Urkunden, wenn sie mit den in § 32 GBG vorgeschriebenen Erfordernissen versehen sind (a); andere Urkunden, die die Eigenschaft eines gerichtlich vollziehbaren Ausspruchs einer öffentlichen Behörde haben. Dahin gehören insb rk Erkenntnisse, B über bücherliche Einverleibungen und Löschungen zur Ausführung des VerteilungsB (§ 237 EO), Amtsbestätigungen über die freiwillige Versteigerung einer Liegenschaft, die EinantwortungsB und Amtsbestätigungen der Verlassenschaftsgerichte (§§ 178 und 182 AußStrG) sowie europäische Nachlasszeugnisse und Erbenbescheinigungen von Behörden, die nach der **EuErbVO** zu ihrer Ausstellung zuständig sind (d).

[**Anwendbares Recht**]

Der ASt strebt hier die Verbücherung seines Eigentumsrechts ob einer im Inland gelegenen Liegenschaft aufgrund eines **Erbscheins eines deutschen Amtsgerichts** an, der ihn als Alleinerben nach der Liegenschaftseigentümerin ausweist.

Für diese Beurteilung ist die am 17. 8. 2015 in Kraft getretene **EuErbVO** anzuwenden, zumal die grundbücherliche Eigentümerin nach den vorgelegten Urkunden ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte und nach dem Inkrafttreten der Verordnung verstorben ist (Art 83 **EuErbVO**). Das Recht der Europäischen Union zählt zum **österreichischen Rechtsbestand** und ist nicht als ausländisches Recht anzusehen (5 Ob 108/17 v RIS-Justiz RS0125906 [T 2]).

Die von den Vorinstanzen zit **Vorbemerkungen** zur Verordnung sind zwar zur teleologischen Auslegung der **Verordnungsbestimmungen** heranzuziehen

EvBl 2018/96

§ 16 RpfIG
(§ 477 ZPO)

OGH 21. 12. 2017,
5 Ob 186/17 i
(LG Ried im
Innkreis
14 R 53/17 w;
BG Mattighofen
TZ 1812/2017)

Hier stellt der OGH klar, dass in Rechtssachen, deren Bearbeitung die Prüfung ausländischen Rechts erfordert, ein Rechtspfleger nicht entscheiden darf.

(Traar in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, IZVR, Vorbem zur EuErbVO Rz 4), ihnen selbst kommt allerdings keine Normenqualität zu. Kollisionsrechtlich ist vielmehr zunächst vom ausdrücklich in Art 23 Abs 1 EuErbVO geregelten allgemeinen Erbstatut auszugehen; dieses richtet sich entweder nach einer – hier nicht aktenkundigen – Rechtswahl (Art 22 EuErbVO) oder mangels einer solchen primär nach dem **gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers** im Zeitpunkt seines Todes (Art 21 Abs 1 EuErbVO), lediglich ausnahmsweise im Fall einer offensichtlich engeren Verbindung zu einem anderen als dem Aufenthaltsstaat nach dem Recht dieses Staats (Art 21 Abs 2 EuErbVO), wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen. Dem allgemeinen Erbstatut unterliegen gem Art 23 Abs 2 lit a EuErbVO etwa die Gründe für den Eintritt des Erbfalls sowie dessen Zeitpunkt und Ort, darunter fällt auch die erbrechtliche Umschreibung des Nachlasses (iSd §§ 531, 548 ABGB – Traar in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, IZVR Art 23 EuErbVO Rz 4). Ebenso regelt das Erbstatut (Art 23 Abs 2 lit e EuErbVO) den Übergang der zum Nachlass gehörenden vermögenswerten Rechte und Pflichten auf die Erben, somit in welchem Zeitpunkt, in welcher Form (ex lege oder durch gerichtliche Entscheidung) und unter welchen Voraussetzungen mit welchen Wirkungen der Nachlass oder auch Teile davon auf die Berechtigten übergehen bzw Ansprüche fällig werden (Traar, aaO Rz 10; *Mankowski* in *Deixler-Hübner/Schauer*, EuErbVO Art 23 Rz 46 ff). Zur Beurteilung jedenfalls dieser Fragen wird hier somit **materiell deutsches Recht** anzuwenden sein.

Art 1 Abs 2 lit 1 EuErbVO nimmt vom Anwendungsbereich der Verordnung (somit auch dem Erbstatut) jede Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung sowie die Wirkung der Eintragung oder fehlenden Eintragung solcher Rechte in dem Register aus. Nach dem insoweit klaren Wortlaut dieser Bestimmung ist damit etwa die **Vorfrage**, ob die Liegenschaft dem Erblasser sachenrechtlich gehörte, jedenfalls **nach österr Recht** zu lösen (§ 31 IPRG; Traar in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, IZVR Art 1 EuErbVO Rz 7), ebenso soll sich die formelle Seite der Registereintragung, also das behördliche Registerverfahren selbst nach dem von den Vorinstanzen zit Erwägungsgrund 18 zur EuErbVO nach der *lex rei sitae* richten (*Rudolf/Zöchling-Jud/Kogler* in *Rechberger/Zöchling-Jud*, Die EU-Erbrechtsverordnung in Österreich [2015] Kap III Rz 254). Dies gilt hingegen nicht für die – im nationalen Registerrecht gar nicht geregelte – Frage, ob die Rechte an der Liegenschaft überhaupt Gegenstand des Erbrechts sind und gegebenenfalls auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt der Erbe den Nachlass erwirbt. Insoweit ist vielmehr das Erbstatut gem Art 23 Abs 1 EuErbVO anzuwenden, das hier auf deutsches Erbrecht verweist (so auch *Rudolf/Zöchling-Jud/Kogler* in *Rechberger/Zöchling-Jud*, aaO Rz 260). § 178 Abs 2 Z 2 AußStrG ist entgegen der Auffassung der Vorinstan-

zen als bloße Anweisung an das österr Verlassenschaftsgericht anzusehen, die vorgibt, was in einen EinantwortungsB aufzunehmen ist (*Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 178 Rz 1). Einen solchen kennt das nach dem Erbstatut hier anzuwendende deutsche Recht allerdings nicht und als Vorschrift des formellen Registerrechts iSd Art 1 Abs 2 lit 1 EuErbVO kann diese Bestimmung auch unter Berücksichtigung des Abs 18 der Vorbemerkungen zur EuErbVO nicht gewertet werden.

[Nachweis der Erbenstellung]

Ein **europäisches Nachlasszeugnis** mit den Wirkungen des Art 69 EuErbVO (wie etwa der Legitimationswirkung in Bezug auf die Stellung des Ast als Erbe des Liegenschaftseigentümers) wurde hier nicht vorgelegt. Nach Art 62 Abs 2 EuErbVO ist die Verwendung des europäischen Nachlasszeugnisses allerdings nicht verpflichtend, sodass der Nachweis der Erbenstellung grundsätzlich auch durch Vorlage einer deutschen Erbenbescheinigung des zuständigen Amtsgerichts in Betracht käme, die – unter Berücksichtigung des Art 4 EuErbVO, wonach die Gerichte des MS, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, für Entscheidungen über den gesamten Nachlass zuständig sind – als Erbenbescheinigung iSd § 33 Abs 1 lit d GBG zu werten ist. Auch die Frage nach den **Rechtswirkungen des deutschen Erbscheins** – hinsichtlich dessen in der Lehre umstritten ist, ob es sich dabei um eine anzuerkennende Entscheidung iSd Art 39 ff EuErbVO oder um eine anzunehmende öffentliche Urkunde iSd Art 59 EuErbVO handelt (s hierzu die Literaturnachweise bei *Köllensperger*, Deutsch-Österreichischer Erbfall: Der Weg zum [ehemals] diskreten Bankkonto, NZ 2015/81 FN 137) – ist aber **nach dem Erbstatut**, somit nach Art 23 EuErbVO und daher nach deutschem Recht zu beurteilen (vgl *Rechberger/Kieweler* in *Rechberger/Zöchling-Jud*, Die EU-Erbrechtsverordnung in Österreich [2015] Rz 90).

[Richtervorbehalt]

Gem § 16 Abs 2 Z 6 RpfVG bleiben – auch in Grundbuchsachen – dem Richter Entscheidungen vorbehalten, bei denen **ausländisches Recht anzuwenden** ist, wobei es für das Wirksamwerden des Richtervorbehalts nach dieser Bestimmung ausreicht, dass die Notwendigkeit der Berücksichtigung einer ausländischen Rechtsvorschrift zumindest in **Betracht** kommt (RIS-Justiz RS0125906; *Hoyer*, Anm zu 5 Ob 184/08 g, NZ 2009/736 [GBSlg]; 5 Ob 208/09 p NZ 2010/92 [*Hoyer*]; 5 Ob 108/17 v). Nach obigen Ausführungen ist hier von der Notwendigkeit der Anwendung nicht nur der zum österr Rechtsbestand gehörigen EuErbVO, sondern aufgrund des dort angeordneten Kollisionsrechts auch des materiellen deutschen Erbrechts auszugehen.

Ein vom Rechtspfleger in Überschreitung der ihm vom Gesetz eingeräumten Entscheidungsgewalt erlassener B und das ihm vorangegangene Verfahren, soweit es vom Rechtspfleger durchgeführt wurde, leiden an Nichtigkeit iSd § 477 Abs 1 Z 2 ZPO, sodass ein

solcher B im Fall seiner Anfechtung aufzuheben ist. Die Nichtigkeit ist, auch wenn sie im RM nicht geltend gemacht wurde, bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens wahrzunehmen (RIS-Justiz RS0007465 [T 2]). Nunmehr folgt diese Konsequenz (auch) aus § 58 Abs 4 Z 2 iVm § 58 Abs 3 AußStrG

und § 75 Abs 2 GBG (RIS-Justiz RS0007465 [T 10]; 5 Ob 108/17 v), wobei das Außerstreitgesetz den Begriff der Nichtigkeit vermeidet. Eine Sachentscheidung durch den OGH scheidet in der gegebenen Konstellation allerdings aus (5 Ob 208/09 b; 5 Ob 108/17 v).

Hinweis:

Auch in der E 5 Ob 108/17 v wurde der vom ErstG durch einen Rechtspfleger gefasste B aufgehoben. Dort hatte der ASt eine sog „**Sprungeintragung**“ begehrt, bei der es gem § 22 GBG einer **geschlossenen Kette** von eintragungsfähigen Urkunden bedarf, aus denen zu ersehen ist, dass der **bücherliche Vormann** iSd § 21 GBG seine Rechte an jene Vormänner übertragen hat, von denen nunmehr der neue Erwerber seine Rechte ableitet (vgl RIS-Justiz RS0060710).

Martina Weixelbraun-Mohr

Anmerkung:

Die EuErbVO wird für den österr Rechtsanwender noch so manche Überraschung zeitigen. In casu fehlte in einer dt Erbenbescheinigung die Anführung der erbten österr Liegenschaft. Es geht damit um die Abgrenzung der Reichweite des **Erbstatuts** vom **Registerversfahrensrecht** des jeweiligen Registerstaats.

Anwendbares Recht

Gem Art 23 Abs 2 lit e EuErbVO regelt das Erbstatut auch den **Übergang der zum Nachlass gehörenden vermögenswerten Rechte und Pflichten auf die Erben**. Andererseits nimmt Art 1 Abs 2 lit I EuErbVO jede Eintragung von **Rechten in Registern**, einschließlich der **Voraussetzungen** für eine solche Eintragung, vom Anwendungsbereich der EuErbVO aus.

Die Frage, ob für die Beurteilung des Übergangs der erblichen Rechte und Pflichten das Erbstatut oder das Registerrecht maßgeblich sind, hat der OGH bereits in 5 Ob 108/17 v dahingehend beantwortet, dass die Frage nach dem **Erbstatut** zu lösen sei. Sieht dieses einen ex lege Übergang an Liegenschaften auch ohne deren Aufzählung in der Erbenbescheinigung vor, so ist die (bloß deklarative) Registereintragung dennoch vorzunehmen.

Urkundlicher Nachweis der Nachlasszugehörigkeit

Der die Aufzählung der Grundbuchkörper verlangende § 178 Abs 2 Z 2 AußStrG gilt nur für im Inland abgehandelte Verlassenschaften, nicht für ausländische Erbenbescheinigungen oder Europäische Nachlasszeugnisse (ENZ). Für das ENZ sieht Art 68 EuErbVO explizit keine Nennung einzelner Liegenschaften als Nachlassbestandteil vor.

Liegt kein ENZ vor, das die Vermutungen des Art 69 Abs 2 EuErbVO nach sich zieht, sondern eine andere Bescheinigung von einer nach der EuErbVO zu ihrer Ausstellung zuständigen Behörde, so ist nach **ausländischem Erbstatut** zu beurteilen, ob und zu welchem Zeitpunkt Gesamtrechtsnachfolge eintritt und welche Angaben eine ausländische Erbenbescheinigung zu enthalten hat.

Im konkreten Fall wurde statt eines ENZ eine dt Erbenbescheinigung vorgelegt, zu deren Ausstellung das dt Amtsgericht auch iSd Art 4 EuErbVO befugt war und die damit als taugliche Urkunde iSd § 33 Abs 1 lit d GBG gilt. Zur Beantwortung der Frage, ob diese den Grundbuchkörper anführen muss, ist der OGH im Hinblick auf die angenommene Nichtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung nicht gekommen. Es ist aber davon auszugehen, dass die Anführung dann nicht erforderlich ist, wenn sie nach dem Recht des Erbstatuts nicht erforderlich ist (und zwar wohl unabhängig davon, ob die Registereintragung deklarativ oder konstitutiv ist).

Offen bleibt, wie in Zukunft bei Vorlage eines ENZ die – nach inländischem Sachenrecht zu prüfende – Frage der Nachlasszugehörigkeit einer Liegenschaft zu überprüfen sein wird. Freilich bieten hier der im Grundbuch eingetragene Name und das Geburtsdatum einen gewissen Anhaltspunkt.

Öffentliche Urkunde

Gem Art 59 EuErbVO haben in einem MS ausgestellte öffentliche Urkunden in einem anderen MS die gleiche formelle Beweiskraft. Interessanterweise nicht releviert wurde idZ, dass der Erbschein nur in **beglaubigter Abschrift**, nicht aber in Ausfertigung oder Urschrift iSd § 27 GBG vorgelegt wurde.

Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Diplomrechtspfleger werden in Zukunft gut daran tun, Grundbuchsgesuche dem Richter zur Erledigung zu überlassen, wenn Eintragungsgrundlage nicht nur ein ENZ ist, reicht doch für das Wirksamwerden des Richtervorbehalts schon die Möglichkeit der Anwendung ausländischen Rechts (RIS-Justiz RS0125906). Denn während das Recht der Europäischen Union zum österr Rechtsbestand zählt (5 Ob 108/17 v mwN) und keinen Richtervorbehalt gem § 16 Abs 2 Z 6 RpfLG auslöst, ist dies bei anderen Erbenbescheinigungen iSd § 33 Abs 1 lit d GBG sehr wohl der Fall.

Der OGH löst den Widerspruch zwischen Art 23 Abs 2 lit e (Übergang des Nachlasses) und Art 1 Abs 2 lit I (Wirkung der Registereintragung) EuErbVO zugunsten des Erbstatutes. Diese Frage bedeutet ein Eindringen des EU-Rechts in das österr Grundbuchsrecht durch die Hintertür, das einer Vorlage an den EuGH durchaus wert gewesen wäre. Dies war im Hinblick auf die aufzugreifende Nichtigkeit nicht möglich. Vielleicht bei der nächsten Entscheidung des OGH in dieser Sache.

*Stephan Verweijen,
Notar in Wien*