lung jener Personen, die an dem auf den Informationsträger aufgenommenen Vorgang beteiligt und handelnd waren, gewährleistet ist –, und daß der Notar den Informationsträger sofort in Verwahrung nimmt, wodurch allenfalls sonst unbemerkt bleibende Auslassungen oder Überspielungen unmöglich gemacht sind.

Der Notar hat sich also bei den in der NO typisierten Beurkundungen (Beglaubigungen) an die Vorschriften der NO über die Voraussetzungen, die dafür vorliegen müssen, und das Verfahren, das er dabei zu beobachten hat, zu halten. Bei Mängeln kann er sich nicht etwa dadurch rechtfertigen, daß er – wegen des nur unzulänglichen Beurkundungsverfahrens – in seiner notariellen Bestätigungsklausel ohnehin nicht mehr aussagt, als was sich tatsächlich ereignet hat. Er kann daher, um auf den Anlaßfall zurückzukommen, nicht etwa eine notarielle „Bestätigung" über die Übereinstimmung der schriftlichen Wiedergabe mit dem auf einem Informationsträger enthaltenen Vorgang ausstellen, auch wenn er in der Bestätigung ausdrücklich anführen würde, daß die Übereinstimmung (bloß) durch Abhören des von der Partei mitgebrachten Tonbandes durch den Notar (ggf auch in Anwesenheit zweier Zeugen) festgestellt wurde. Aus einer solchen Bestätigung ergäbe sich zwar (für den Fachmann), daß der im § 88 Abs 5 NO geforderte Vorgang nicht eingehalten worden ist. Dennoch darf eine derartige „Bestätigung" nicht hinausgegeben werden. Denn jedermann muß sich darauf verlassen können, daß, wird eine notarielle Beurkundung (Beglaubigung, Bestätigung) erteilt, es dabei auch seine (gesetzlich geforderte) Richtigkeit hat und vom Notar alle diesbezüglichen Vorschriften (und Vorsichten) beobachtet worden sind.

Daher ist auch eine Antwort auf die Frage, ob die private Niederschrift einer Partei über ein von ihr abgehörtes Tonband und die Erklärung der Partei vor dem Notar, daß die – dem notariellen Protokoll über diesen tatsächlichen Vorgang (dem Notariatsakt über die Eidesstättige Erklärung der Partei) als Beilage beigeheftete – schriftliche Wiedergabe mit dem von der Partei abgehörten Tonband-Inhalt übereinstimmt, ein möglicher Ausweg sein könnte, nicht ohne weiteres zu geben. Das Ergebnis könnte freilich nur die Erteilung einer Beurkundung (einer Ausfertigung des die Eidesstättige Erklärung der Partei enthaltenden Notariatsaktes) über die getätigte Parteienerklärung sein, keinesfalls aber die notarielle Beglaubigung der Übereinstimmung der beigebrachten Niederschrift mit dem Inhalt des Informationsträgers (selbst wenn etwa der Notar den Informationsträger auch noch persönlich abgehört und mit der Niederschrift verglichen haben sollte).

Unbedenklich wäre die bloße Beglaubigung der Unterschrift der Partei durch den Notar auf einem Schriftstück, in welchem der Unterfertiger eine derartige Erklärung abgibt.

Zur Frage der Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten

Von Dr. **Manfred Umlauft**, Notariatskandidat, Bludenz

Der jüngst erfolgte „Kurswechsel" in der Rechtsprechung des LG Feldkirch (vgl NZ 1985, 19) veranlaßt den Autor, die Frage der Verbücherungsfähigkeit der sog „Nachfolgerechte" neuerlich zu untersuchen. In Übereinstimmung mit der von Stöckl in NZ 1952, 9 ff vertretenen Ansicht kommt der Autor zu dem Ergebnis, daß die „Nachfolgerechte" infolge Rechtsähnlichkeit mit der fideikommissarischen Substitution im Wege einer Anmerkung verbüchert werden können, wobei diese Anmerkung auch über den Personenkreis des § 364 c ABGB hinaus Verbotswirkung entfaltet.

I. Einleitung
II. Begriffsklärung
III. Stellungnahme zu den bisher vertretenen Rechtsmeinungen
IV. Form der Eintragung
V. Auswirkungen des § 364 c 2. Satz ABGB
VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Das Landesgericht Feldkirch hat als Rekursgericht entgegen seiner früheren Ansicht mit Entscheidung vom 25. 10. 1984, R 652/84[1]) – über den rekursgegenständlichen Fall hinaus – generell ausgesprochen, daß vertraglich begründete Besitznachfolgerechte nicht im Grundbuch eingetragen werden können.[2]) Begründet wurde diese Entscheidung damit, daß aus den zu dieser Frage ergangenen oberstgerichtlichen Entscheidungen nicht zu entnehmen sei, daß der OGH die Neueintragung des vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes für zulässig erachte; weiters wurde ins Treffen geführt, daß im rekursgegenständlichen Fall die Bestimmung des § 364 c ABGB umgangen würde. Nachfolgend werden hiemit die Frage der Verbücherungsfähigkeit von vertraglich begründeten Besitznachfolgerechten und die diesbezüglichen Auswirkungen des § 364 c 2. Satz ABGB näher untersucht. Im vorliegenden Aufsatz sollen diese beiden Themenkreise generell erörtert werden, um dann auch noch speziell auf den rekursgegenständlichen Fall und insbesondere auf die Argumentation des LG Feldkirch einzugehen.

II. Begriffsklärung

Vorerst gilt es zu klären, was unter dem Begriff „Besitznachfolgerecht" zu verstehen ist. Von der Themenstellung her (Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten?) beschränkt sich diese Untersuchung auf die Besitznachfolgerechte an unbeweglichen Sachen (Liegenschaften), obwohl solche Rechte auch an beweglichen Sachen denkbar sind und wohl auch vorkommen.

Bei der Begriffsklärung wird zweckmäßigerweise vom erbrechtlichen Besitznachfolgerecht, nämlich von der fideikommissarischen Substitution iS des § 608 ABGB, ausgegangen. Der erste Satz des § 608 ABGB lautet: „Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in andern bestimmten Fällen, einem zweiten ernannten Erben überlasse."

[1]) Veröffentlicht in NZ 1985, 109 ff.

[2]) Zustimmend Hofmeister in seiner Anmerkung zu den Entscheidungen LG Feldkirch v 14. 4. 1983 und v 11. 5. 1983, NZ 1985, 19, s allerdings FN 16.

Der Vorerbe ist Eigentümer des Nachlasses,[3]) doch ist sein Eigentumsrecht zeitlich beschränkt (auflösend bedingt oder befristet). Er kann den Nachlaß – bei Schonung der Substanz – uneingeschränkt benützen, muß ihn aber später dem Substituten herausgeben. Bei diesem Herausgabeanspruch des Substituten handelt es sich wohl um ein absolutes, aber um kein dingliches Recht.[4]) Der Nacherbe erhält also das Eigentumsrecht am Substitutionsnachlaßvermögen durch die nach Eintritt des Nacherbfalles erfolgende Einantwortung, und nicht etwa ipso iure bei Eintritt des Substitutionsfalles.[5]) Dabei sei insbesondere auf die Formulierung im § 608 ABGB verwiesen: „Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, daß er die angetretene Erbschaft ... überlasse."

Das vertragliche Besitznachfolgerecht ist ein durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründetes Rechtsverhältnis, wonach das Eigentum an einer Liegenschaft bei Eintritt einer Bedingung oder nach Ablauf einer Frist auf einen anderen, nämlich den Besitznachfolger, überzugehen hat. Umstritten ist allerdings, ob das Eigentumsrecht an der Liegenschaft bei Bedingungseintritt oder nach Ablauf der Frist ipso iure übergeht,[6]) was dann der Fall wäre, wenn dieses Recht dinglichen Charakter hätte, oder ob es sich um einen obligatorischen Anspruch handelt, bei Bedingungseintritt oder nach Fristablauf die Übertragung des Eigentumsrechtes verlangen zu können. Bei der Klärung dieser Frage ist davon auszugehen, daß das vertraglich begründete Besitznachfolgerecht – jedenfalls was das Kernstück der zeitlichen Beschränkung des Eigentumsrechtes betrifft – mit der letztwillig begründeten fideikommissarischen Substitution eine gewisse Ähnlichkeit aufweist, weshalb diese beiden Rechtsinstitute auch durchaus miteinander vergleichbar sind.[7]) Demnach ist die Annahme gerechtfertigt, daß es sich auch beim vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht – ebenso wie bei der letztwillig angeordneten fideikommissarischen Substitution – um kein dingliches Recht handelt, dh, nach Bedingungseintritt oder Fristablauf geht das Eigentum nicht ipso iure über, sondern der bisherige Eigentümer ist verpflichtet, das Eigentumsrecht an der Liegenschaft durch Rechtsgeschäft (Titel) an den Besitznachfolger abzutreten, welcher es durch Einverleibung erwirbt (Modus, § 431 ABGB).[8]) Gegen die Annahme, daß es sich beim vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht um ein dingliches Recht handeln könnte, sprechen – außer der Rechtsähnlichkeit mit der ebenfalls keinen dinglichen Charakter aufweisenden fideikommissarischen Substitution im Sinne des § 608 ABGB – vor allem noch zwei weitere Gründe:

1. Diese Ansicht würde gegen den gerade in jüngster Zeit wieder verstärkt betonten Eintragungsgrundsatz (§ 431 ABGB)[9]) verstoßen, da bei der Annahme der Dinglichkeit des vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes das Eigentumsrecht an der Liegenschaft bei Bedingungseintritt oder nach Fristablauf ipso iure – also ohne Einverleibung – auf den Besitznachfolger übergehen würde.

2. Weiters würde durch diese Ansicht der Grundsatz verletzt, daß eine geschlossene Zahl von dinglichen Rechten besteht (numerus clausus).[10]) Dazu gehören das Eigentumsrecht, das Dienstbarkeitsrecht, das Pfandrecht, das Baurecht, die Reallasten[11]) und das Wohnungseigentumsrecht (§ 1 WEG).[12]) Die rechtsgeschäftliche Begründung neuer dinglicher Rechte ist nicht zulässig, da die Privatautonomie nur im Schuldrecht (bei der Begründung obligatorischer Rechtsverhältnisse) gilt.[13])

In der Literatur sind für die hier besprochenen Rechtsverhältnisse auch die Ausdrücke wie „Aufgriffsrecht, Nachfolgerecht, vertraglich begründete fideikommissarische Substitution" etc zu finden. Ein Unterschied zwischen diesen Rechten mag insoweit gegeben sein, als das Eigentumsrecht des betreffenden Liegenschaftseigentümers einerseits befristet oder andererseits durch eine Wollensbedingung bzw Zufallsbedingung zeitlich beschränkt sein kann. Beim Aufgriffsrecht steht es idR im Belieben des Berechtigten, die Eigentumsübertragung zu verlangen. Seine diesbezügliche Willenserklärung stellt eine das Eigentum des Vormannes auflösende Wollensbedingung mit obligatorischer Wirkung dar. Hingegen wird bei der vertraglichen fideikommissarischen Substitution die Eigentumsbeschränkung sehr oft in Form einer Zufallsbedingung begründet (A übergibt dem B die Liegenschaft X mit der Verpflichtung, daß diese im Falle des kinderlosen Ablebens des B ins Eigentum des C überzugehen hat). Immer jedoch handelt es sich aus den bereits genannten Gründen um obligatorische Rechte, die eine zeitliche Beschränkung des Eigentumsrechtes herbeiführen, was bezüglich der Frage der Verbücherungsfähigkeit das entscheidende gemeinsame Merkmal dieser Rechte ist, egal ob sie mit Aufgriffsrecht, Nachfolgerecht, vertraglich begründete fideikommissarische Substitution oder dgl bezeichnet sind. Die gegenständlichen Ausführungen beziehen sich daher auf alle diese Rechte.

---

[3]) Kralik, ErbR 189f.

[4]) Kralik, ErbR 189f mit überzeugender Begründung; Welser in Rummel, ABGB, Rdz 23 zu § 613 schreibt, daß der Nacherbe die Stellung eines Erben, also nicht bloß einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe hat. Dies ist ebenfalls im Sinn einer Verneinung der Dinglichkeit des Nacherbrechtes zu verstehen, da das Erbrecht wohl ein absolutes, also gegen jedermann durchsetzbares, aber kein dingliches Recht ist (Welser in Rummel, ABGB, Rdz 3 vor § 531; Koziol – Welser[6] II 229; Kralik, ErbR 30; Gschnitzer, Erbrecht 49).

Weiters spricht gegen den dinglichen Charakter der letztwilligen fideikommissarischen Substitution die Tatsache, daß solche Rechte im Grundbuch nicht einverleibt, sondern angemerkt werden (s FN 31); wäre hingegen das Nacherbrecht ein dingliches Recht, so hätte die grundbücherliche Eintragung gem §§ 431 und 445 ABGB in der Form der Einverleibung zu erfolgen.

Für die Dinglichkeit des Nacherbrechtes allerdings zB OGH v 14. 11. 1968, abgedruckt in NZ 1969, 186f und die weiteren bei Kralik, ErbR 189 angeführten Meinungen.

[5]) So aber Gschnitzer, Erbrecht 76.

[6]) So offensichtlich Klang in Klang[2] II 339f.

[7]) EvBl 1957/185; LG Feldkirch v 14. 4. 1983, R 234/83 abgedruckt in NZ 1985, 18 unter Hinweis auf verschiedene weitere oberstgerichtliche Entscheidungen; Kastner, Eigentumsübergang nach zeitlichem Eigentum, NZ 1949, 71ff; Kralik, ErbR 202; Spielbüchler in Rummel, ABGB, Rdz 4 zu §§ 357 bis 360.

[8]) Den obligatorischen Charakter des vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes ebenfalls bejahend: zB OGH v 10. 7. 1974, 5 Ob 138/74 = RPflSlgG 1553; Spielbüchler in Rummel, ABGB, Rdz 4 zu §§ 357 bis 360; Stöckl, Die Anmerkung persönlicher Verhältnisse im Grundbuch, NZ 1952, 9ff.

[9]) Koziol – Welser[6] II 59f; Spielbüchler in Rummel, ABGB, Rdz 1 zu § 431.

[10]) Koziol – Welser[6] II 2.

[11]) Koziol – Welser[6] II 4.

[12]) Ob der Besitz ein dingliches Recht ist, ist sehr strittig (Koziol – Welser[6] II 4).

[13]) Koziol – Welser[6] II 2.

In diesem Zusammenhang ist auch noch auf die Frage einzugehen, ob bei einem vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht begrifflich immer drei Personen beteiligt sein müssen (A übergibt seine Liegenschaft X dem B mit der Verpflichtung, daß sie nach Eintritt einer Bedingung ins Eigentum des C zu übertragen ist) oder ob die Begründung eines solchen Rechtes auch unter Beteiligung von nur zwei Personen (wie im rekursgegenständlichen Fall) möglich ist (A vereinbart mit B, diesem das Eigentum an seiner Liegenschaft X bei Eintritt einer Bedingung zu übertragen). Zugegebenermaßen werden solche Rechtsverhältnisse durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden sehr oft unter Beteiligung von drei Personen begründet. Dies entspricht auch dem diesem Rechtsinstitut ähnlichen Nacherbrecht; auch dort sind drei Personen beteiligt (Erblasser, Vorerbe, Nacherbe). Bei näherer Betrachtung ist jedoch festzustellen, daß auch bei der vertraglichen Vereinbarung eines Besitznachfolgerechtes durch nur zwei Personen jene im Hinblick auf die Verbücherung entscheidenden Merkmale begründet werden, welche auch das Kernstück des Nacherbrechtes bilden: nämlich die zeitliche Beschränkung des Eigentums und die dadurch bedingte Einschränkung des Verfügungsrechtes des betreffenden Eigentümers. Bei oberflächlicher Betrachtungsweise kann zwar eine Ähnlichkeit zwischen einem Nacherbrecht und einem von zwei Personen vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht kaum erkannt werden. Allerdings sind bei der Beurteilung der Frage, ob eine Rechtsähnlichkeit vorliegt, jene äußeren Merkmale, die für diese Entscheidung ohne Bedeutung sind, nicht zu berücksichtigen. Für den Bereich des Grundbuchsrechtes bilden nun aber einmal die zeitliche Beschränkung des Eigentumsrechtes und die dadurch bedingte Einschränkung des Verfügungsrechtes des betreffenden Eigentümers das rechtlich bedeutsame Kernstück der letztwillig angeordneten fideikommissarischen Substitution. Da diese beiden zentralen Merkmale bei einem vertraglichen Besitznachfolgerecht, egal ob dieses unter Beteiligung von zwei oder drei Personen begründet wurde, in gleicher Weise vorhanden sind, sollte es bei verständiger Würdigung dieser Umstände mE als möglich angesehen werden, von einem der letztwilligen fideikommissarischen Substitution – freilich nur in seinem Kernpunkt – rechtsähnlichen vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht auch dann zu sprechen, wenn nur zwei Personen an der rechtsgeschäftlichen Begründung beteiligt sind. Dazu kommt, daß es insbesondere für die Beurteilung der Frage der Verbücherungsfähigkeit ohne wesentliche Bedeutung ist, ob die Beschränkung des Eigentumsrechtes dem betreffenden Liegenschaftseigentümer von dritter Seite auferlegt wird oder er sie von sich aus durch Vertrag mit dem Besitznachfolger begründet.[14])

III. Stellungnahme zu den bisher vertretenen Rechtsmeinungen

Die Frage der Verbücherungsfähigkeit eines vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes wird von der hA bejaht.[15])[16]) Dem ist aus nachfolgenden Überlegungen zuzustimmen: Wie oben ausgeführt wurde, besteht zwischen der letztwilligen fideikommissarischen Substitution und dem vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht eine auch von der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre anerkannte Rechtsähnlichkeit,[17]) was auch durch den oft verwendeten Begriff „vertraglich begründete fideikommissarische Substitution" zum Ausdruck kommt. Tatsache ist, daß letztwillig angeordnete fideikommissarische Substitutionen, soweit sie Liegenschaften betreffen, gem § 158 AußStrG im Grundbuch eingetragen werden (müssen). Im Hinblick auf die vorhandene Rechtsähnlichkeit sind daher mE die Voraussetzungen dafür gegeben, die Bestimmung des § 158 AußStrG auf die Verbücherung von vertraglich begründeten Besitznachfolgerechten per analogiam anzuwenden.[18]) Dazu kommt, daß es doch für den Bereich des Grundbuches einerlei sein muß, ob eine bücherlich eingetragene fideikommissarische Substitution letztwillig angeordnet oder vertraglich vereinbart worden ist.

Die Tatsache, daß es sich beim vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht um ein obligatorisches, beim Nacherbrecht jedoch um ein absolutes Recht handelt, ist für die Beurteilung der Frage der Verbücherungsfähigkeit des vertraglich begründetenen Besitznachfolgerechtes nicht relevant. Dies geht schon daraus hervor, daß auch das Nachlegat, welches ebenfalls ein obligatorisches,[19]) aber kein absolutes Recht darstellt, in gleicher Weise wie das Nacherbrecht (absolutes Recht) verbüchert wird (§ 158 AußStrG).[20]) Es zeigt sich somit, daß bezüglich der Verbücherung in erster Linie der Umstand bedeutsam ist, daß es sich weder beim vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht noch bei der letztwillig angeordneten fideikommissarischen Substitution um ein dingliches Recht handelt.

Das Landesgericht Feldkirch setzt sich in seiner Entscheidung auch mit der einschlägigen Judikatur auseinander und kommt zum Schluß, daß es in diesen Entscheidungen nicht um die Frage der Neueintragung, sondern nur darum gehe, ob ein bereits eingetragenes, vertraglich begründetes Besitznachfolgerecht in einem Verfahren (zB Grundbuchs- oder Exekutionsverfahren) weiterhin zu berücksichtigen sei oder nicht. Aus der Tatsache allein, daß in diesen – teilweise auch höchstgerichtlichen – Entscheidungen die weitere Berücksichtigung eines bereits eingetragenen Besitznachfolgerechtes angeordnet wurde, könne – so das Rekursgericht – keinesfalls die Zulässigkeit der Neueintragung solcher Rechte gefolgert werden. Dieser Ansicht des Landesgerichtes Feldkirch ist zum einen entgegenzuhalten, daß sich eine der im Rekursbeschluß zitierten oberstgerichtlichen Entschei-

---

[14]) Ebenso wohl auch die beiden oberstgerichtlichen Entscheidungen SZ XL/94 und RPflSlgG 1553.

[15]) EvBl 1957/185; SZ XXVIII/50; SZ XL/94 unter Anführung weiterer oberstgerichtlicher Entscheidungen; Spielbüchler in Rummel, ABGB, Rdz 4 zu §§ 357 bis 360; Kralik, ErbR 202; Kastner, NZ 1949, 71 ff unter Anführung älterer Autoren und Entscheidungen; Lanz, Zur Frage des zeitlich beschränkten Eigentumes, NZ 1949, 121 ff und Von der Schenkung auf den Todesfall, der Begründung einer fideikommissarischen Substitution unter Lebenden und des zeitlich beschränkten Eigentums, NZ 1951, 114 ff; Stöckl, NZ 1952, 9 ff; aA Feil, Grundbuchsrecht 100.

[16]) Auch Hofmeister wendet sich in seiner Anmerkung zu den Entscheidungen LG Feldkirch v 14. 4. 1983 und v 11. 5. 1983, NZ 1985, 19 nur gegen die vertragliche Begründung und Verbücherung dinglicher Besitznachfolgerechte; seiner Ansicht nach hätte eine grundbücherliche Eintragung in der Weise zu erfolgen, daß das Eigentumsrecht des Besitznachfolgers vorgemerkt wird.

[17]) Siehe FN 7.

[18]) Ebenso Kastner, NZ 1949, 73 mwN; Kralik, ErbR 202.

[19]) Welser in Rummel, ABGB, Rdz 8 zu § 652.

[20]) Welser in Rummel, ABGB, Rdz 7 zu § 652.

dungen[21]) sehr wohl mit der Frage beschäftigt, ob die Neueintragung eines vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes zulässig ist. In dieser Entscheidung hat der OGH zwar die Eintragung dieses Besitznachfolgerechtes abgelehnt, dies jedoch ausschließlich aus formalen Gründen, da die betreffende Vereinbarung für eine mj Beteiligte weder ordnungsgemäß unterfertigt noch pflegschaftsbehördlich genehmigt worden ist. Wären keine Formgebrechen vorgelegen, so hätte der OGH gegen die Verbücherung eines solchen vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes keine Bedenken gehabt, heißt es doch in dieser oberstgerichtlichen Entscheidung wörtlich: „Gegen die rechtliche Möglichkeit der Verdinglichung[22]) sogenannter Nachfolgerechte bestehen im Sinne der Rechtsprechung (siehe hiezu insbesondere 1 Ob 432/56 = EvBl 1957/185, SZ XXVIII/50, auch 3 Ob 547/50, 1 Ob 528/55, 2 Ob 305/55, 7 Ob 473/57, 3 Ob 51/60, 3 Ob 2/63 ua) an sich keine Bedenken." Zum anderen ist darauf hinzuweisen, daß aus der Tatsache, daß der OGH die weitere Berücksichtigung eines bereits eingetragenen vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes in einem Verfahren angeordnet hat, entgegen der Ansicht des Landesgerichtes Feldkirch sehr wohl der Schluß gezogen werden kann, daß der OGH dann auch die Neueintragung eines solchen Besitznachfolgerechtes bejaht. Wäre das Höchstgericht nämlich der Meinung, daß die Neueintragung nicht zulässig ist, so könnte nicht die weitere Berücksichtigung eines solchen eingetragenen Rechtes angeordnet werden, sondern das Gericht müßte in diesem Fall die Löschung des eingetragenen Besitznachfolgerechtes gem § 130 GBG als unzulässige Eintragung anordnen, und zwar von Amts wegen.[23]) Übrigens findet diese Begründung des LG Feldkirch auch nicht die Zustimmung Hofmeisters,[24]) der lediglich das Ergebnis der Entscheidung billigt.

Wie bereits angeführt, ist das vertraglich begründete Besitznachfolgerecht auch nach verschiedenen Lehrmeinungen (FN 15), welche hier nur kurz wiedergegeben werden, eintragungsfähig: Nach Spielbüchler[25]) ist die Eintragbarkeit von vertraglich begründeten fideikommissarischen Substitutionen wegen der dienenden Funktion des Grundbuchsrechtes wohl zumindest in den Grenzen des § 364c ABGB zu bejahen. Kastner und wohl auch Kralik[26]) gehen von der Zulässigkeit der Verbücherung vertraglich begründeter Substitutionen aus. Ebenso bejaht Lanz[27]) die vertragliche Begründung fideikommissarischer Substitutionen und deren Verbücherung. Stöckl verneint lediglich die Verbücherung eines vertraglich begründeten dinglichen Nachfolgerechtes,[28]) also dessen Einverleibung. Hingegen erklärt er die Anmerkung eines vertraglich begründeten obligatorischen Besitznachfolgerechtes gem § 20a GBG ausdrücklich für zulässig.[29]) Es besteht somit vollkommene Übereinstimmung zwischen seiner Meinung und den gegenständlichen Ausführungen, sodaß die durch das LG Feldkirch zur Unterstützung seiner ablehnenden Meinung erfolgte Zitierung Stöckls verfehlt ist.

IV. Form der Eintragung

Das Landesgericht Feldkirch kommt in seiner eingangs genannten Entscheidung zum Ergebnis, daß die Neueintragung eines vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes im Grundbuch, auch in der Form der Anmerkung, nicht zulässig sei, da diese gegen die taxative Aufzählung der eintragungsfähigen Rechte im § 9 GBG verstoße. Dabei wird jedoch übersehen, daß der § 9 GBG von den Einverleibungen und Vormerkungen handelt (s Überschrift zu § 9 GBG: „Gegenstand der Einverleibungen und Vormerkungen"). „Einverleibt" werden im Grundbuch gem §§ 431 und 445 ABGB jedoch nur dingliche und jene Rechte, welche im § 9 GBG zusätzlich taxativ aufgezählt sind (Wiederkaufs- und Vorkaufsrecht sowie Bestandrecht), ebenso das Veräußerungs- und Belastungsverbot (§ 11 Abs 2 AllgGAG) und die Vorrangseinräumung (§ 30 Abs 1 GBG). Da das vertraglich begründete Besitznachfolgerecht – wie oben dargelegt wurde – kein dingliches Recht darstellt und im § 9 GBG auch nicht als einverleibungsfähig angeführt ist, kommt bei dessen grundbücherlicher Eintragung nicht die Form der Einverleibung, sondern die der „Anmerkung" im Eigentumsblatt gem § 20 lit a GBG in Frage,[30]) wobei § 20 lit a GBG eine demonstrative Aufzählung der anmerkungsfähigen Rechte beinhaltet. Auch die letztwillig angeordnete fideikommissarische Substitution wird im Grundbuch nicht einverleibt, sondern angemerkt.[31]) § 9 GBG kann somit als eine gesetzliche Bestimmung über Einverleibungen und Vormerkungen einer solchen in der Form der Anmerkung vorzunehmenden Grundbuchseintragung niemals entgegenstehen.

Gegen die Eintragung in der Form der Anmerkung könnte das Argument vorgebracht werden, daß die Anmerkungen gem § 20 lit a GBG nur persönliche Verhältnisse zum Gegenstande haben können, welche über die Rechtsverhältnisse am die Anmerkung betreffenden Grundbuchskörper hinaus generelle Wirkung haben (wie zB die Anmerkung der Minderjährigkeit, der Konkurseröffnung etc). ME ist jedoch der § 20 lit a GBG in der Weise zu lesen, daß persönliche Verhältnisse des Eigentü-

---

[21]) SZ XL/94.

[22]) Verdinglichung ist in diesem Zusammenhang mE iS von Verbücherung zu verstehen.

[23]) Genau in dieser Weise ist der OGH in seiner Entscheidung v 28. 4. 1982, 3 Ob 18/82, abgedruckt in NZ 1983, 137f, vorgegangen, als es um die Frage ging, ob eine grundbücherlich eingetragene Reallast, welche aufschiebend bedingt eingeräumt wurde, bei der Meistbotverteilung zu berücksichtigen sei oder nicht. Hier hat der OGH entschieden, daß diese Eintragung, da sie ein aufschiebend bedingtes Recht zum Gegenstand hat und somit wegen der noch nicht verwirklichten Bedingung unzulässig ist, gem § 130 GBG zu löschen und im weiteren Versteigerungsverfahren nicht zu berücksichtigen ist. Daraus ergibt sich also, daß der OGH dann, wenn er in einem Verfahren die weitere Berücksichtigung eines vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes anordnet, die Zulässigkeit dieser Eintragung, somit auch die Zulässigkeit der Neueintragung eines solchen Rechtes schlüssig zum Ausdruck bringt, da ansonsten – wäre der OGH gegenteiliger Ansicht – die Löschung des bereits eingetragenen Besitznachfolgerechtes als unzulässige Eintragung gem § 130 GBG anzuordnen wäre.

[24]) In seiner Anmerkung zur Entscheidung Grundbuchsammlung Nr 41, NZ 1985, 115.

[25]) Siehe FN 15.

[26]) Siehe FN 15.

[27]) Siehe FN 15.

[28]) Die grundbücherliche Anmerkung des Gutsübernahmsrechtes, ÖJZ 1950, 296.

[29]) NZ 1952, 9ff.

[30]) § 10 AllgGAG; Stöckl, NZ 1952, 9ff; vgl auch Eccher, Anmerkungen und Ersichtlichmachungen im Grundbuch, in Aktuelle Probleme des Grundbuchsrechts I/2, 81.

[31]) OGH v 16. 3. 1915, JB 214; OGH v 14. 11. 1968, 1 Ob 210/68, abgedruckt in NZ 1969, 186f; Bartsch[7], 19; Welser in Rummel, ABGB, Rdz 16 zu § 613.

mers, welche beispielsweise eine Beschränkung seiner Verfügungsmacht lediglich in bezug auf den betreffenden Grundbuchskörper beinhalten, ebenfalls gem § 20 lit a GBG angemerkt werden können,[32]) da sonst die von der ganz einheitlichen Praxis gleichfalls nach der vorgenannten Gesetzesstelle vorgenommene und gebilligte[33]) Anmerkung der letztwillig begründeten fideikommissarischen Substitution auch unzulässig wäre. Denn auch eine solche fideikommissarische Substitution betrifft nur ein beschränktes Vermögen, nämlich den Substitutionsnachlaß.

Hofmeister[34]) vertritt die Meinung, „daß auch die Verbücherung des „Aufgriffsrechts" nur nach den Grundsätzen der Vormerkung erfolgen könnte, das heißt, unter Vorlage der Eintragungsgrundlage und in der Eintragungsform einer Vormerkung." Das Eigentumsrecht des Aufgriffsberechtigten sollte also unter Vorlage des Vertrages über die Eigentumsübertragung im Grundbuch vorgemerkt werden. Da nach dem Wesen des vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes bzw Aufgriffsrechtes das Eigentum erst in Zukunft auf den Besitznachfolger (Aufgriffsberechtigten) übergehen soll, kann Gegenstand eines solchen Vertrages nur ein aufschiebend bedingter oder aufschiebend befristeter Eigentumsverschaffungsanspruch sein. Der Anspruch kann jedoch mangels eingetretener Bedingung bzw abgelaufener Befristung noch nicht geltend gemacht werden. Die Vormerkung eines aufschiebend bedingten oder aufschiebend befristeten Eigentumsrechtes wird aber – ebenso wie dessen Einverleibung – von der hA abgelehnt.[35]) Durch die Vormerkung entsteht zwar ein bedingtes oder befristetes bücherliches Recht, dessen Rechtswirksamkeit allerdings nur von einem Formalerfordernis abhängt. Das Gegenstand der Vormerkung bildende Recht als solches muß jedoch nach hA zum Zeitpunkt der Vormerkung bereits existent und ausübbar sein (zB unbedingter und unbefristeter Schenkungsvertrag, der jedoch keine Aufsandungserklärung des bisherigen grundbücherlichen Eigentümers enthält: hier hat der Geschenknehmer bereits einen sofort wirksamen Eigentumsverschaffungsanspruch, der vormerkungsfähig ist). Gerade dies wäre aber beim Aufgriffsrecht noch nicht der Fall. Eine nähere Begründung dafür, warum in diesem Fall die Vormerkung – entgegen der hA – trotzdem zulässig sein soll, ist aus den bisherigen Ausführungen Hofmeisters nicht zu entnehmen; es ist jedoch anzunehmen, daß er in einer seiner nächsten grundbuchsrechtlichen Abhandlungen auf dieses Problem näher eingehen wird. Hofmeister schreibt aaO weiters, daß es einer Auflösung der sachenrechtlichen Typengebundenheit gleichkäme, wenn es möglich wäre, im Wege der „Anmerkungen" beliebige neue bücherliche Rechte zu erfinden. Dem ist zum einen entgegenzuhalten, daß durch die Anmerkung eines vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes im Hinblick auf dessen obligatorischen Charakter, an dem sich auch durch die bücherliche Anmerkung nichts ändert, kein neues dingliches Recht (Sachenrecht) geschaffen wird; zum anderen ist darauf zu verweisen, daß als Begründung für die Zulässigkeit dieser Anmerkung eine festgestellte Rechtsähnlichkeit mit der im Grundbuch unbestrittenermaßen laufend angemerkten erbrechtlichen fideikommissarischen Substitution angeführt wurde. Von einer Erfindung beliebiger neuer Rechte kann somit mE nicht gesprochen werden.[35a])

V. Auswirkungen des § 364c 2. Satz ABGB

Tatsache ist, daß ein eingetragenes Besitznachfolgerecht jedenfalls die Wirkungen eines Veräußerungsverbotes,[36]) wahrscheinlich aber auch die eines Belastungsverbotes[37]) enthält. Richtig ist auch, daß in Lehre und Rechtsprechung vorherrschend – wie übrigens auch in der hier besprochenen Rekursentscheidung des LG Feldkirch – die Ansicht vertreten wird, daß die Eintragung eines vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes dann unzulässig ist, wenn der Nachfolgeberechtigte nicht dem Personenkreis des § 364c 2. Satz ABGB angehört.[38]) Es sei jedoch auch darauf verwiesen, daß zB Spielbüchler[39]) die Frage, ob ein Besitznachfolgerecht auch zugunsten einer nicht im § 364c 2. Satz ABGB angeführten Person verbüchert werden kann, mE offen läßt. Er schreibt, daß die bücherliche Eintragbarkeit strittig, „aber wegen der dienenden Funktion des Grundbuchsrechtes wohl zumindest[40]) in den Grenzen des § 364c zu bejahen" ist.

Bei der Klärung der Frage der Auswirkungen des § 364c 2. Satz ABGB auf die Verbücherung vertraglich begründeter Besitznachfolgerechte darf der Unterschied zwischen einem Veräußerungs- und Belastungsverbot nach § 364c ABGB und einem aus einem eingetragenen Besitznachfolgerecht resultierenden Veräußerungs- und

---

[32]) Ebenso Stöckl, NZ 1952, 10.

[33]) Siehe FN 31.

[34]) In NZ 1985, 115.

[35]) SZ XXXIV/192 = EvBl 1962/219; OGH v 28. 4. 1982, 2 Ob 18/82, abgedruckt in NZ 1983, 137f; Spielbüchler in Rummel, ABGB, Rdz 9 zu § 431; Feil, Liegenschaftsrecht I 510.

[35a]) Einem allfälligen Argument, daß die Bejahung der Anmerkungsfähigkeit des Besitznachfolgerechtes zu einer Ausweitung in der Weise führen kann, daß sodann jeder Käufer (Geschenknehmer etc) seine Position im Grundbuch durch Anmerkung zu sichern berechtigt wäre, ist folgendes entgegenzuhalten: Ein Eigentumsverschaffungsanspruch eines Käufers (Geschenknehmers etc), welcher auf Grund eines weder aufschiebend bedingt noch aufschiebend befristet abgeschlossenen Vertrages zusteht, ist bereits existent und ausübbar, sodaß eine Rechtsähnlichkeit mit einem Nacherbrecht (Nachlegat), welches einen aufschiebend bedingten oder aufschiebend befristeten Anspruch beinhaltet, nicht mehr gegeben ist. Somit kann mangels Rechtsähnlichkeit mit dem Nacherbrecht (Nachlegat) auch keine Anmerkung des unbedingten (unbefristeten) Eigentumsverschaffungsanspruches des Käufers (Geschenknehmers etc) in Frage kommen. Freilich kann ein solcher Anspruch in anderer Weise gesichert werden, nämlich durch Vormerkung des Eigentumsrechtes oder durch Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung, wobei die Vormerkung des Eigentumsrechtes des Käufers (Geschenknehmers etc) im Vergleich zur Anmerkung des Besitznachfolgerechtes für den Anspruchsberechtigten ein inhaltliches Mehr darstellt, da er der Eigentumseinverleibung bereits „näher" ist als der angemerkte Besitznachfolger. Der Vorgemerkte bedarf nur noch der Rechtfertigung iS der §§ 40 ff GBG (zB Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung). Der Besitznachfolger hingegen muß vorerst den Fristenablauf bzw Bedingungseintritt abwarten und iS der gegenständlichen Ausführungen auch noch mit dem zeitlich beschränkten Eigentümer einen Vertrag über die Eigentumsübertragung abschließen, um sein Eigentum im Grundbuch einverleiben lassen zu können.

[36]) SZ XXVIII/50.

[37]) EvBl 1957/185; Welser in Rummel, ABGB, Rdz 6 zu § 613; Koziol – Welser[6] II 289; Weiß in Klang[2] III, 408; aA Kralik, ErbR 191.

[38]) ZB Klang in Klang[2] II 340.

[39]) In Rummel, ABGB, Rdz 4 zu §§ 357 bis 360.

[40]) Sperrung von mir.

Belastungsverbot nicht übersehen werden: Ein Veräußerungs- und Belastungsverbot nach § 364 c ABGB gibt dem Verbotsberechtigten das Recht, die Veräußerung und Belastung der betreffenden Liegenschaft zu kontrollieren. Das Recht erlischt mit dem Ableben des Verbotsberechtigten, auch auf die Rechtsnachfolger des Verbotsbelasteten geht es nicht über. Mit dem Verbot soll erreicht werden, daß der Liegenschaftseigentümer nicht frei verfügen kann, damit der Liegenschaftsbesitz – sehr oft wird dieses Verbot in Übergabsverträgen vereinbart – in der Person des Übernehmers und in der Folge wohl auch in der Familie vereinigt bleibt. Eine Gewähr dafür, daß die Liegenschaften tatsächlich in der Familie bleiben, besteht freilich nicht, wenn man davon ausgeht, daß das Verbot sehr oft zugunsten von Eltern begründet wird. Da das Verbot nach § 364 c ABGB beim Ableben des Verbotsberechtigten erlischt (höchstpersönliches Recht), bleibt dem meist überlebenden Kind doch noch eine Zeitspanne der Verfügungsfreiheit. Damit der Liegenschaftsverkehr nicht zu sehr eingeschränkt wird, wurden vom Gesetzgeber die Verbücherungsschranken des § 364 c ABGB geschaffen.

Ein anderer Zweck ist jedoch mit dem in einem verbücherten Besitznachfolgerecht enthaltenen Veräußerungs- und Belastungsverbot verbunden. Zweck eines solchen Verbotes ist es nicht, den Liegenschaftsverkehr nur zu behindern, sondern es soll im Gegenteil eine künftige, konkret vereinbarte Eigentumsübertragung auf eine bereits feststehende Person, eben die Besitznachfolge, gesichert werden. Hier steht also nicht der „Verhinderungszweck" im Vordergrund, sondern mit diesem Verbot ist das Recht des Verbotsberechtigten auf eine künftige Liegenschaftsübertragung verbunden. Dieses Veräußerungs- und Belastungsverbot ist also eine Folge des Besitznachfolgerechtes, zu dessen Verwirklichung und Sicherung das Verbot dient.

Der grundlegende Unterschied zwischen einem Veräußerungs- und Belastungsverbot nach § 364 c ABGB und einem in einem verbücherten Besitznachfolgerecht enthaltenen Veräußerungs- und Belastungsverbot ist also der, daß das erstere Verbot vornehmlich bzw ausschließlich Verhinderungszwecke verfolgt (meistens Erhaltung des Besitzes in einer Person). Das letztgenannte Verbot hingegen besteht nicht als solches, sondern resultiert aus einem vereinbarten Besitznachfolgerecht, es ist mit diesem untrennbar verbunden. Durch dieses Verbot werden zwar auch Verhinderungszwecke verfolgt, dies jedoch nur deshalb, um eine künftige, bereits konkret feststehende Rechtsnachfolge (Besitznachfolge) zu sichern. Das in einem verbücherten Besitznachfolgerecht enthaltene Veräußerungs- und Belastungsverbot dient also der Sicherung und somit der Verwirklichung eines Anspruches auf eine künftige Liegenschaftsübertragung, während durch das Verbot nach § 364 c ABGB lediglich ein Zustand, nämlich die bestehenden Besitzverhältnisse, erhalten werden soll. Der Zweck beider Verbote ist also verschieden.

Daß auch der Gesetzgeber das Veräußerungs- und Belastungsverbot nach § 364 c ABGB und das in einem verbücherten Besitznachfolgerecht enthaltene Veräußerungs- und Belastungsverbot unterschiedlich beurteilt und verschiedene Rechtsfolgen anordnet, zeigt sich an folgenden Überlegungen, welche, soweit ersichtlich, in den einschlägigen Abhandlungen und Entscheidungen bisher nicht zum Ausdruck gekommen sind: Die Verbücherungsbeschränkungen des § 364 c 2. Satz ABGB gelten nach dem Gesetzeswortlaut (§ 364 c 1. Satz ABGB) sowohl für vertraglich als auch für letztwillig begründete Veräußerungs- und Belastungsverbote. Demgegenüber ordnet § 158 AußStrG jedenfalls für letztwillig begründete fideikommissarische Substitutionen an, daß diese immer im Grundbuch eingetragen werden müssen. Und dies auch dann, wenn der Substitutionsberechtigte, obwohl eine solche fideikommissarische Substitution ein Veräußerungs- und Belastungsverbot enthält, nicht dem Personenkreis des § 364 c 2. Satz ABGB angehört.[41]) Die in bezug auf die bücherliche Eintragung keine Einschränkung enthaltende Fassung des § 158 AußStrG läßt also zweifelsfrei erkennen, daß der Gesetzgeber die Beschränkung des Personenkreises im § 364 c 2. Satz ABGB auf die Verbücherung letztwillig begründeter fideikommissarischer Substitutionen nicht angewendet wissen will. Im Hinblick auf die bereits erwähnte Rechtsähnlichkeit der vertraglich begründeten mit der letztwillig angeordneten fideikommissarischen Substitution wurde bereits ausgeführt, daß zur Rechtfertigung der Zulässigkeit der Begründung und insbesondere der Verbücherung vertraglich begründeter Besitznachfolgerechte auch die einschlägigen erb- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen (insbesondere § 608 ABGB und § 158 AußStrG) per analogiam angewendet werden.[42]) So ist es nur konsequent, diesen Analogieschluß auch bei der Lösung der Frage zu ziehen, ob die Verbücherungsschranken des § 364 c 2. Satz ABGB auch für die grundbücherliche Eintragung eines vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes bestehen. Diese Frage muß demnach verneint werden, dh, die Verbücherungsschranken des § 364 c 2. Satz ABGB gelten für die grundbücherliche Eintragung eines vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes nicht, weil solche Beschränkungen auch für die damit vergleichbare letztwillig angeordnete fideikommissarische Substitution, obwohl diese ebenso wie das vertraglich begründete Besitznachfolgerecht ein Veräußerungs- und Belastungsverbot enthält, nicht bestehen und die analoge Anwendung der diesbezüglichen Betimmung des § 158 AußStrG wegen der bestehenden Rechtsähnlichkeit auch für vertraglich begründete Besitznachfolgerechte – wie oben dargelegt – möglich und geboten erscheint. Eine analoge Anwendung der den Personenkreis beschränkenden Bestimmung des § 364 c 2. Satz ABGB kommt hingegen mE deshalb nicht in Frage, weil das in einem Besitznachfolgerecht zweifelsohne enthaltene Veräußerungs- und Belastungsverbot mit dem Veräußerungs- und Belastungsverbot des § 364 c ABGB nur in bezug auf die Wirkung, im übrigen jedoch nicht vergleichbar ist und somit keine für einen Analogieschluß erforderliche Rechtsähnlichkeit vorliegt.[43])

VI. Zusammenfassung

1. Zwischen einem vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht und einer letztwillig angeordneten fideikommissarischen Substitution besteht eine Rechtsähnlichkeit.

2. Die grundbücherliche Eintragung einer letztwillig begründeten fideikommissarischen Substitution ist jedenfalls zulässig (§ 158 AußStrG).

---

[41]) Welser in Rummel, ABGB, Rdz 6 zu § 613; s auch die diesbezüglich ganz einheitliche Praxis.

[42]) Kastner, NZ 1949, 73 mwN; Kralik, ErbR 202.

[43]) Zu den Voraussetzungen der Analogie grundsätzlich Bydlinski in Rummel, ABGB, Rdz 3 zu § 7.

3. Auch die Verbücherung eines vertraglich begründeten Besitznachfolgerechtes ist im Hinblick auf die Rechtsähnlichkeit mit der letztwillig angeordneten fideikommissarischen Substitution und unter Hinweis auf § 20 lit a GBG zulässig und erfolgt in der Form der Anmerkung.

4. Vertraglich begründete Besitznachfolgerechte und letztwillige fideikommissarische Substitutionen können auch zugunsten von Personen grundbücherlich eingetragen werden, die nicht dem Personenkreis des § 364c 2. Satz ABGB angehören, da zwischen einem Veräußerungs- und Belastungsverbot gem § 364c ABGB einerseits und dem im vertraglich begründeten Besitznachfolgerecht bzw in der letztwilligen fideikommissarischen Substitution enthaltenen Veräußerungs- und Belastungsverbot andererseits keine Rechtsähnlichkeit besteht und somit die Voraussetzungen für die analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmung des § 364c 2. Satz ABGB nicht gegeben sind.

Rechtsprechung

Rechtszug im Genehmigungsverfahren einer Zuständigkeitsübertragung

§ 111 JN

1. Voraussetzung für eine Übertragung der Zuständigkeit ist die Zuständigkeit des übertragenden Gerichtes.

2. Der Rechtszug im Genehmigungsverfahren einer Zuständigkeitsübertragung geht – ebenso wie bei einer amtswegigen Delegation – vom Gerichtshof erster Instanz direkt zum OGH.

OGH 24. 5. 1984, 6 Ob 580/84
(LG f ZRS Wien 11. 1. 1984, 44 Nc 1/84; BG Floridsdorf 14. 11. 1983, 4 P 280/83)

Das BG Floridsdorf übertrug mit Beschluß vom 14. 11. 1983 seine Zuständigkeit zur Besorgung der Vormundschaftssache an das BG Klosterneuburg, weil die Eltern und das Kind im Sprengel dieses Gerichts wohnhaft seien. Das BG Klosterneuburg verweigerte die Übernahme der Vormundschaftssache, weil der vom Amtsvormund gestellte Unterhaltserhöhungsantrag noch nicht erledigt sei. Das LG f ZRS Wien genehmigte die angestrebte Übertragung nicht, weil nicht ersichtlich sei, weshalb die wirksame Handhabung des dem Kind zugedachten vormundschaftsgerichtlichen Schutzes durch die Übertragung befördert werde, zumal man bei der Fahrt von G zum BG Klosterneuburg nahezu zwangsläufig den Sprengel des BG Floridsdorf durchqueren müsse.

Gegen die Versagung der Genehmigung richtet sich das als Revisionsrekurs bezeichnete Rechtsmittel der BH Wien-Umgebung als Amtsvormund.

Die Übertragung der Zuständigkeit gem § 111 Abs 1 JN setzt voraus, daß das übertragende Gericht auch bisher nach dem Gesetz zur Besorgung der Vormundschaftssache zuständig war. Andernfalls hat es in jeder Lage des Verfahrens seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Sache an das zuständige Gericht zu überweisen (§ 44 JN; Fasching, Kommentar I 535). Gem § 109 Abs 1 JN idF des Art II Z 51 der Zivilverfahrens- Novelle 1983, welcher nach dem Art XVIII § 2 Abs 2 leg cit auch auf die vor dem 1. 5. 1983 anhängig gewordenen Verfahren anzuwenden ist, ist zur Besorgung – unter anderem – der Geschäfte, die nach den Bestimmungen über die Rechte zwischen Eltern und minderjährigen Kindern sowie über die Vormundschaft dem Gericht obliegen, das Gericht zuständig, in dessen Sprengel der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Maßgeblich ist deshalb, wo der Minderjährige am Tage des Inkrafttretens der Zivilverfahrens-Novelle 1983 im Inland seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Nach der Aktenlage befand sich das Kind zu diesem Zeitpunkt in Pflege seiner Mutter, die in G, L-Weg 25, also im Sprengel des BG Klosterneuburg wohnhaft war und ihren Wohnsitz während des gesamten Verfahrens nicht geändert hat. Zur Führung der Vormundschaftssache war somit zum fraglichen Zeitpunkt das BG Klosterneuburg berufen, in dessen Sprengel der Minderjährige schon damals seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

Da die Zuständigkeitsvorschriften im Verfahren außer Streitsachen grundsätzlich einer Parteienvereinbarung nicht zugänglich sind und Verstöße dagegen stets einen Nichtigkeitsgrund bilden (Fasching, Kommentar IV 122; OGH 24. 3. 1981, EvBl 1981/150, 436), ist das vom unzuständigen BG Floridsdorf durchgeführte Verfahren nichtig. Ob die Unzuständigkeit des übertragenden Gerichtes vom OGH von Amts wegen aufgegriffen werden kann und die Vormundschaftssache gem § 44 JN dem zuständigen BG Klosterneuburg zu überweisen ist, hängt allerdings von der Zulässigkeit des Rechtsmittels des Amtsvormundes und der funktionellen Zuständigkeit des OGH zu dessen Erledigung ab.

Der Rechtszug im Genehmigungsverfahren nach § 111 Abs 2 JN kann dem Gesetz nicht unmittelbar entnommen werden. Dieser Bestimmung (idF des Art II Z 54 der Zivilverfahrens-Novelle 1983) zufolge bedarf die Übertragung der Zuständigkeit im Falle der Weigerung des anderen Gerichtes zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des den beiden Gerichten zunächst übergeordneten gemeinsamen höheren Gericht. Durch die Änderung dieser Vorschrift – nach der früheren Rechtslage war zur Genehmigung der Übertragung das den beiden Gerichten gemeinsame OLG, sonst der OGH berufen – sollte eine Vereinfachung des Verfahrens in Entsprechung der allgemeinen Regelung für die Entscheidung negativer Kompetenzkonflikte im § 47 JN herbeigeführt werden (669 BlgNR 15. GP 44). Im Gegensatz zum Zuständigkeitsstreit, dessen Entscheidung unanfechtbar ist (§ 47 Abs 3 JN), kann jedoch der Beschluß des übergeordneten Gerichtshofes, mit welchem die Genehmigung zur Übertragung der Zuständigkeit zur Führung der Vormundschafts- oder Pflegschaftssache an ein anderes Gericht nicht genehmigt wird, mit Rekurs angefochten werden (OGH 30. 3. 1979, RZ 1980/49, 204f; 4. 7. 1969, SZ 42/86 ua). Da nach der alten Rechtslage – sofern nicht ohnedies der OGH zur Entscheidung berufen war – das gemeinsame OLG zur Genehmigung der Übertragung zuständig war, konnte über den Rechtszug kein Zweifel entstehen.

Im vorliegenden Fall war jedoch der Gerichtshof erster Instanz im Genehmigungsverfahren zur Entscheidung berufen, so daß es zu prüfen gilt, ob das gegen den