weisverfahrens mittlerweile in zwei Instanzen abgewiesen worden sei.

[Ergebnis]

Das Teilungshindernis der Unzeit kann auch vorliegen, wenn der Teilungsbeklagte nach Streitanhängigkeit des Teilungsprozesses den Teilungskläger auf Herausgabe dessen Miteigentumsanteils und/oder auf Einwilligung in die Einverleibung des Miteigentumsrechts klagt und das allenfalls stattgebende Urteil dem Teilungsanspruch die Grundlage entzieht.

Hinweis:

Aus der Unbedingtheit des Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft ergibt sich, dass das **Teilungsbegehren** keiner Begründung aus der Interessenlage des Kl bedarf; den/die Bekl trifft dagegen die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen von Teilungshindernissen. Hierbei genügt aber nicht schon die allgemeine Behauptung, das Begehren werde zur **Unzeit** oder zum **Nachteil der Übrigen** erhoben; es müssen vielmehr konkrete Umstände dargetan werden, die ein Teilungshindernis begründen können. Nur im Rahmen der konkreten Tatsachenbehauptungen ist zu prüfen, ob der Teilung ein Hindernis entgegensteht (RS0013247). Beide Teilungshindernisse konkretisieren den Grundsatz von Treu und Glauben, der allgemein zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Partners verpflichtet (*Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek,* ABGB[5] § 830 Rz 56); dies bedeutet für den klagenden Miteigentümer allerdings nicht, dass er (nur) wegen drohender wirtschaftlicher Nachteile des Gegners seinen Teilungsanspruch aufgeben oder zurückstellen müsste (vgl RS0013247 [T 5]).

Martina Weixelbraun-Mohr

➜ Zur Zulässigkeit vertraglicher Besitznachfolgerechte

EvBl 2021/17

§ 358 ABGB (§ 608 ABGB)

OGH 25. 3. 2020, 6 Ob 20/20 i (OLG Wien 16 R 124/19 a; LG Wr Neustadt 24 Cg 18/19 s)

§ 358 ABGB (§ 608 ABGB)

Die Möglichkeit der Beschränkung des Eigentums durch Einräumung von Besitznachfolgerechten ist nicht generell abzulehnen.

Bei den Besitznachfolgerechten werden verschiedene Fallgruppen unterschieden. Die erste Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass vereinbart wird, dass das Eigentumsrecht des Erwerbers durch sein Vorableben auflösend bedingt ist und die Liegenschaft an den alten Eigentümer oder auch einen Dritten fällt. Die zweite Fallgruppe ist davon geprägt, dass der Erwerber (nur) verpflichtet ist, die Liegenschaft einer oder mehreren bestimmten oder bestimmbaren Person(en) bei Lebzeiten zu übergeben oder von Todes wegen zu überlassen. Diese zweite Fallgruppe wird in der Judikatur als „echter" Vertrag zugunsten Dritter qualifiziert.

Voraussetzung für die (schuldrechtliche) Zulässigkeit eines Besitznachfolgerechts, das auf den unmittelbaren Übergang des Eigentums auf den Besitznachfolger gerichtet ist, ist dessen Ähnlichkeit zur Nacherbschaft. Die Vereinbarung des Besitznachfolgerechts muss daher im Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung stehen und darauf inhaltlich Bezug nehmen.

Sachverhalt:

Der Kl ist der Bruder des verstorbenen A, der mit B verheiratet war. Der verstorbene C war der Onkel des Kl und des A. A erhielt mit Übergabsvertrag v 23. 5. 1980 Miteigentumsanteile an einer Liegenschaft unter Vorbehalt des lebenslangen Fruchtgenussrechts von seinem Onkel geschenkt. Mit diesen Anteilen ist Wohnungseigentum an der Wohnung [1] verbunden. Für den Ankauf einer anderen Eigentumswohnung stellte der Onkel dem A den Kaufpreis schenkungsweise zur Verfügung, worauf dieser die Wohnung [2] mit Kaufvertrag v 5. 5. 1986 erwarb. Dabei handelte es sich um Anteile einer anderen Liegenschaft.

A und B schlossen unter Beitritt des Onkels am 19. 8. 1988 vor dem Nebenintervenienten als Notar einen Notariatsakt, der mit „Ehepakt" betitelt wurde. Dieser hat folgenden wesentlichen Inhalt:

„Erstens: Die Vertragsparteien stellen fest, dass [A] aus dem Vermögen seines Onkels [C] zwei Eigentumswohnungen […] zugewendet wurden und zwar,

1) […] [Wohnung 1]

2) […] [Wohnung 2]

Zweitens: Für den Fall, dass [A] ohne Hinterlassung erbberechtigter leiblicher ehelicher Nachkommen versterben sollte, wird vereinbart, dass diese beiden Eigentumswohnungen in dem dann gegebenen Zustand mit den gegebenen Belastungen in das Eigentum des Bruders des [A], des [Kl] übergehen. […]

Hierüber wurde dieser Notariatsakt aufgenommen, den Parteien deutlich und dem ganzen Inhalt nach vorgelesen, von ihnen als ihrem Willen entsprechend errichtet erklärt und sohin mit der Bestimmung zur Hingabe auch wiederholter Ausfertigungen an die Beteiligten eigenhändig vor mir, Notar, unterschrieben. […]"

Der OGH hält nach Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand in der Lehre an der grundsätzlichen Zulässigkeit vertraglicher Besitznachfolgerechte fest.

Der Kl war bei Unterfertigung dieses Vertrags nicht anwesend, er hat jedoch eine Kopie des Vertrags erhalten. Zu Gesprächen über den Vertragsinhalt ist es zwischen B und dem Onkel im Vorfeld zur Unterschriftsleistung nicht gekommen. Lediglich von ihrem Gatten erhielt B die Erklärung, dass es bei den Regelungen nur um solche Dinge, die im Falle einer Scheidung schlagend würden, gehe.

Der Kl, seine Ehegattin und der Onkel haben mit Notariatsakt v 23. 5. 1990 ebenfalls einen „Ehepakt" geschlossen, der sich auf die dem Kl von seinem Onkel zugewandten Liegenschaftsanteile bezog und die gleichen Formulierungen in den Punkten Zweitens bis

Viertens aufwies, wobei als Begünstigter gemäß Punkt Zweitens A anstelle des Kl geführt wurde.

Der Kl begehrte, die bekl Verlassenschaft nach A zu verpflichten, ihm gegenüber einzuwilligen, dass aufgrund des Notariatsakts v 19. 8. 1988 hinsichtlich beider Eigentumswohnungen die Einverleibung des Eigentumsrechts für ihn vorgenommen werden könne.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab.

Das BerG bestätigte diese Entscheidung.

Der OGH gab der Rev nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Verlesung des Notariatsakts]

1. Vorweg ist darauf zu verweisen, dass der Auffassung des BerG, es komme auf die tatsächliche Verlesung des Notariatsakts nicht an, in dieser Form nicht gefolgt werden kann. Nach § 68 Abs 1 lit e und f NO muss ein Notariatsakt „bei Verlust der Kraft einer öffentlichen Urkunde" insb enthalten (e) den Inhalt des Geschäfts unter Hinweis auf die allfälligen Vollmachten oder andere Beilagen, sofern diese nicht angeheftet sind, sowie (f) am Schluss die Anführung, dass der Akt den Parteien vorgelesen worden sei. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist der Notariatsakt ebenso wie im Fall des § 66 NO ungültig (2 Ob 13/18 b mwN). Auf die Frage, ob der Notariatsakt verlesen wurde oder nicht, kommt es im vorliegenden Fall jedoch nicht an, weil die im Notariatsakt beurkundete Vereinbarung auch aus inhaltlichen Gründen nicht ausreicht, das Klagebegehren zu stützen.

[Kein Ehepakt]

2. Ungeachtet der Bezeichnung des vorliegenden Notariatsakts als „Ehepakt" handelt es sich dabei inhaltlich – abgesehen vom (weitgehend unwirksamen) Verzicht der Ehegattin auf Rechte an den betreffenden Wohnungen – um die Verpflichtung eines Gatten zur Leistung an einen Dritten; gerade dies kann aber nicht tauglicher Inhalt eines Ehepakts sein (*Weiß* in *Klang* V² 695). Zwar können ausnahmsweise auch dritte Personen mit einem Ehepartner einen Ehepakt zugunsten des anderen Partners abschließen (dazu *Weiß* in *Klang* V² 689 f). Dazu gehört vor allem die früher gesetzlich erwähnte Bestellung eines Heiratsguts durch den Brautvater an den Mann (vgl RS0022284; vgl auch § 1218 ABGB aF [„für sie von einem Dritten"] sowie § 1230 ABGB aF [„was ein Dritter der Braut"]). Eine derartige Konstellation liegt hier jedoch nicht vor.

[Keine Schenkung auf den Todesfall]

[...]

3.1. Eine bindende Vereinbarung über die Rechtsnachfolge von Todes wegen kennt das österr Recht abgesehen von der Form des – auf Ehegatten beschränkten – Erbvertrags nur in Form der Schenkung auf den Todesfall. Im vorliegenden Fall ist noch die Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 maßgebend (vgl § 1503 Abs 7 ABGB). § 603 ABGB idF ErbRÄG 2015 ist nur auf Schenkungen auf den Todesfall anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2016 errichtet wurden (§ 1503 Abs 7 Z 5 ABGB).

3.2. Nach der bis 2016 gültigen Stammfassung des § 956 ABGB ist eine Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, nur dann als Vertrag anzusehen, wenn der Beschenkte sie angenommen, der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat und eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten ausgehändigt wurde. Zudem bestand wie auch nach geltendem Recht nach § 1 NotAktsG Notariatsaktspflicht.

3.3. Eine Deutung des Notariatsakts als Schenkung auf den Todesfall scheitert im vorliegenden Fall daran, dass weder von einer derartigen Schenkung auf den Todesfall die Rede ist, noch der Kl als möglicher Begünstigter einer derartigen Schenkung Partei des Vertrags ist. Unklar bleibt beim vorliegenden Notariatsakt auch, wer konkret der Begünstigte sein sollte, war doch für den Fall, dass der Erblasser ohne Hinterlassung erbberechtigter leiblicher ehelicher Nachkommen versterben sollte, vereinbart, dass die Wohnungen in das Eigentum des nunmehrigen Kl übergehen sollten. Sollte dieser bereits vorverstorben sein, sollten seine Rechte jedoch auf dessen erbberechtigte Nachkommen übergehen; für den Fall, dass solche nicht vorhanden waren, auf den unehelichen Sohn des Onkels des Kl sowie bei dessen Vorversterben auf seine leiblichen Nachkommen. Damit hing der Rechtserwerb bei allen potentiell Begünstigten von Umständen ab, auf die sie keinen Einfluss hatten, nämlich von der Geburt oder vom Vorversterben bestimmter anderer Begünstigter. Einzelne potentiell Begünstigte waren zum Zeitpunkt des Abschlusses des Notariatsakts auch noch gar nicht geboren. Auch dieser Umstand spricht jedenfalls gegen eine Deutung des Notariatsakts als echter Vertrag zugunsten Dritter. Ein unechter Vertrag zugunsten Dritter könnte vom Versprechensempfänger jederzeit abgeändert oder beseitigt werden (vgl 5 Ob 11/91).

3.4. Unklarheit herrscht schließlich auch über die Person des Versprechensempfängers, wurde der „Ehepakt" doch zwischen den Eheleuten, allerdings „unter Beitritt" des Onkels, abgeschlossen.

3.5. Schließlich fehlt der nach der alten Rechtslage erforderliche Widerrufsverzicht. Das Veräußerungsverbot zugunsten des Onkels des Verstorbenen (dessen Verbücherung entgegen der Formulierung im Notariatsakt schon deshalb nicht in Betracht gekommen wäre, weil der Onkel nicht in den Personenkreis des § 364 c ABGB fällt) vermag den erforderlichen Widerrufsverzicht nicht zu ersetzen. Abgesehen davon, dass das Veräußerungsverbot als höchstpersönliches Recht nur bis zum Tod des Onkels bestand, war die Belastung von Liegenschaften ausdrücklich nicht verboten. Damit ist die Rechtsprechung, wonach der Widerrufsverzicht des Schenkers durch ein Veräußerungs- und Belastungsverbot zugunsten des Beschenkten ersetzt werden kann (RS0121159), auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Nach dem Wortlaut des Vertrags durfte der Erblasser zu jeder Zeit die streitgegenständlichen Liegenschaften belasten und nach dem Tod des Onkels auch frei veräußern. All dies steht einem Verständnis des gegenständlichen Notariatsakts als (wirksame) Schenkung auf den Todesfall entgegen.

[Kein Besitznachfolgerecht]

[...]

4.1. Auch eine Deutung des Notariatsakts als Einräumung eines „Besitznachfolgerechts" kommt nicht in Betracht:

4.2. Der OGH hat bereits wiederholt die Verbücherung vertraglicher Besitznachfolgerechte zugelassen (RS0012539 [T 4]; vgl auch RS0083800).

4.3. In der Literatur wird ausgeführt, das Besitznachfolgerecht stelle einen Fall auflösend bedingten bzw zeitlich beschränkten Eigentums dar: Es vereinbaren alter und neuer Eigentümer in Anlehnung an die erbrechtliche fideikommissarische Substitution (nunmehr: Nacherbschaft), dass das Eigentum des Erwerbers bei Eintritt einer Bedingung oder nach Ablauf einer Frist an einen anderen, nämlich den Besitznachfolger, fällt oder dass zumindest die Verpflichtung besteht, das Eigentum zu übertragen; der Besitznachfolger kann entweder der alte Eigentümer oder ein Dritter sein (*Rassi* in *Kodek,* Grundbuchsrecht² § 10 GBG Rz 30).

4.4. Bei den sogenannten Besitznachfolgerechten werden verschiedene Fallgruppen unterschieden. Die erste Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass vereinbart wird, dass das Eigentumsrecht des Erwerbers durch sein Vorableben auflösend bedingt ist und die Liegenschaft an den alten Eigentümer oder auch einen Dritten fällt (1 Ob 432/56 EvBl 1957/185). Die Zulässigkeit der Verbücherung derartiger Besitznachfolgerechte wird im Wesentlichen mit einer Nähe zur fideikommissarischen Substitution begründet (vgl RS0012539 [T 1, T 2, T 3]).

4.5. Fallgruppe 2 ist hingegen davon geprägt, dass der Erwerber (nur) verpflichtet ist, die Liegenschaft einer oder mehreren bestimmten oder bestimmbaren Personen bei Lebzeiten zu übergeben oder von Todes wegen zu überlassen (*Rassi,* aaO § 10 GBG Rz 32; 2 Ob 305/55 EvBl 1955/269; 1 Ob 51/55; 5 Ob 84/95; RS0010791; RS0017044). Diese Fallgruppe wird in der Judikatur als „echter" Vertrag zugunsten Dritter qualifiziert, in dem der Übernehmer die Verpflichtung eingeht, die Übergabsliegenschaft seinerzeit einem Dritten zu hinterlassen. In diesem Fall wurzelt das vom Dritten erworbene Besitznachfolgerecht in dem zwischen dem Übergeber als Versprechensempfänger und dem Übernehmer als dem Versprechenden geschlossenen Vertrag (RS0017098; vgl 7 Ob 111/99 w). Auch die vom Beschenkten übernommene Verpflichtung, die geschenkte Liegenschaft niemandem anderen als einem bestimmten Dritten zu hinterlassen, begründet einen Vertrag zugunsten dieses Dritten, der daraus einen unmittelbaren Anspruch erwirbt (RS0017044). Dabei ist es eine Frage der Auslegung des konkreten Veräußerungsvertrags, ob ein aus einer Besitznachfolgevereinbarung begünstigter Dritter unmittelbar daraus ein Forderungsrecht erwirbt sowie bejahendenfalls zu welchem Zeitpunkt dies der Fall ist (RS0017098 [T 3]).

4.6. Die E 5 Ob 58/13 k betraf einen Fall, in dem die ASt seit dem Jahr 2000 jeweils Hälfteeigentümer einer Liegenschaft waren. Im Jahr 2012 vereinbarten sie ein Besitznachfolgerecht zugunsten des jeweiligen anderen Hälfteeigentümers. Der OGH lehnte in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen die Verbücherung ab, weil es nicht um die Einräumung eines Eigentumsrechts „unter gleichzeitiger Beschränkung dieses Eigentumsrechts" durch ein vertraglich vereinbartes Eigentumsnachfolgerecht gehe, sodass insoweit nicht die geringste Rechtsähnlichkeit mit dem Institut der gesetzlich geregelten fideikommissarischen Substitution bestehe. Aus dieser Entscheidung wird in der Literatur abgeleitet, die Rechtsprechung setze stets eine Liegenschaftsübertragung voraus und verneine die Möglichkeit, ein Besitznachfolgerecht ohne einen derartigen Zusammenhang eintragen zu lassen (*Rassi,* aaO § 10 GBG Rz 32).

4.7. Die E 5 Ob 326/00 b betraf eine Privatstiftung, die einer natürlichen Person ein „Nachfolgerecht" einräumen wollte. Der OGH führte aus, die Eintragung scheitere jedenfalls schon daran, dass es der Vorlage einer Urkunde bedurft hätte, die eindeutig die Übereignung der Liegenschaft unter Angabe eines hiezu geeigneten Rechtsgrundes (§ 26 Abs 2 GBG; § 433 ABGB) belege und dazu noch einer entsprechenden Aufsandungserklärung (§ 32 GBG; § 433 ABGB), weil die ASt nicht erklärte, mit der Einverleibung des Eigentums ihres Vertragspartners – wenn auch nur mit einer ihr Besitznachfolgerecht dokumentierenden Anmerkung – einverstanden zu sein. Diese E verstehen Feil/*Friedl* (in *Feil/Friedl/Bayer,* GBG § 9 Rz 94) dahin, dass Voraussetzung der Einverleibung eines – wenn auch zeitlich beschränkten – Eigentumsrechts die Angabe eines geeigneten Rechtsgrundes und eine Aufsandungserklärung sind.

4.8. Die meisten Entscheidungen nehmen aber nicht direkt zur Frage der (schuldrechtlichen) Zulässigkeit bzw Qualifikation und unmittelbaren sachenrechtlichen Wirksamkeit von Besitznachfolgerechten Stellung, sondern waren nur mit der Frage befasst, wie bücherliche Eintragungen von Besitznachfolgerechten zu behandeln sind (vgl *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 358 ABGB Rz 7).

4.9. In der Literatur ist die Zulässigkeit von „zeitlichem Eigentum" bzw Besitznachfolgerechten strittig (umfassend dazu *Kronthaler,* Die Besitznachfolgerechte – zugleich eine Untersuchung des „zeitlichen Eigentums" [2019] 59 ff). Befürwortet wird die Möglichkeit eines „zeitlichen Eigentums" etwa von *Krainz* (GZ 1868, 405), *Jhering* (JherJB 10, 510), *Krainz/Pfaff* (System I³ 544; *dies,* System I⁴ 550) und Klang (in Klang II² 148). Demgegenüber lehnen *Hofmeister* (Wiederkehr des familiengebundenen Liegenschaftseigentums? Erörterungen zur Verbücherung von „Besitznachfolgerechten" und zur Theorie des „zeitlichen Eigentums", in FS Kralik 377), *Hoyer* (Zeitlich begrenztes Eigentum durch Vertrag? in GedS Hofmeister 283 ff), *Egglmeier* (Zur Zulässigkeit auflösend bedingter Übereignung im österreichischen Recht, NZ 1997, 33), *Leupold* (in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 354 Rz 13 ff) und *Cohen* (Drittbegünstigung 302 ff) dieses Institut ab. Nach *Leupold* (aaO § 358 Rz 15) ist die Anerkennung zeitlich befristeten Eigentums mit dem Eigentumsbegriff des ABGB nicht vereinbar. Das Eigentum könne nur als zeitlich und inhaltlich unbeschränktes Vollrecht begründet werden.

Die Vereinbarung einer unmittelbaren sachenrechtlichen Wirkung sei auf rechtlich Unmögliches gerichtet und daher unwirksam; möglich sei aber eine Deutung als Vertrag zugunsten Dritter, der dem Dritten einen Anspruch auf Verschaffung der Liegenschaft gebe (*Leupold,* aaO Rz 22 und 26; im Ergebnis ebenso *Fischer-Czermak* in GedS Hofmeister 172 ff und *Cohen,* Drittbegünstigung auf den Todesfall 308 f).

4.10. Neuerdings ist *Kronthaler* in seiner ausführlichen Untersuchung (Die Besitznachfolgerechte 58 ff) zum Ergebnis gelangt, es handle sich um eine vertragliche Nachbildung der Nacherbschaft, die im Rahmen der Privatautonomie grundsätzlich zulässig ist. Nach dem von diesem Autor zugrunde gelegten engen Begriffsverständnis ist für Besitznachfolgerechte charakteristisch, dass das Eigentum des ersten Erwerbers an einer bestimmten Sache bei Eintritt einer auflösenden Bedingung oder nach Ablauf einer auflösenden Befristung (insb im Todesfall) ipso iure an den Besitznachfolgeberechtigten fallen soll. Dies gelte allerdings uneingeschränkt nur für bewegliche Sachen. Bei unbeweglichen Sachen komme es zwar eo ipso zum Erlöschen des Eigentums des ersten Erwerbers; der Besitznachfolger erwerbe Eigentum aber erst durch die Intabulation (*Kronthaler,* aaO 181).

4.11. In Anbetracht dieses Meinungsstands sieht der OGH keinen Anlass, von der gefestigten Judikatur abzugehen und die Möglichkeit der Einräumung von Besitznachfolgerechten generell abzulehnen.

4.12. Allerdings scheitert im vorliegenden Fall eine unmittelbare sachenrechtliche Wirkung des Besitznachfolgerechts schon an der fehlenden Aufsandungserklärung (vgl 5 Ob 326/00 b); sie wird vom Kl in seinem Rechtsmittel auch nicht mehr vertreten.

4.13. Damit käme im vorliegenden Fall nur noch die schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an den beiden Wohnungen in Betracht. Mit der schuldrechtlichen Zulässigkeit eines Besitznachfolgerechts befasste sich die E 6 Ob 447/59 EvBl 1960/136. In dieser Entscheidung wurde ausgeführt, die vertragsmäßige Begründung zeitlich beschränkten Eigentums sei aufgrund der Ähnlichkeit mit einer fideikommissarischen Substitution möglich und zulässig. Diese Auffassung wurde in der E 5 Ob 73/94 JBl 1995, 110 bestätigt. Es sei kein Grund ersichtlich, warum es nicht möglich sein sollte, auch das Eigentumsrecht – wie andere Rechte – nur unter einer auflösenden Bedingung, also im Falle des Bedingungseintritts nur für die Zeit bis zum eventuellen Bedingungseintritt, einem anderen rechtsgeschäftlich einzuräumen. Diese Entscheidung hatte ein dinglich wirkendes „Heimfallsrecht" zugunsten des Voreigentümers zum Gegenstand (kritisch dazu *Egglmaier,* Zur Zulässigkeit auflösend bedingter Übereignung im österreichischen Recht, NZ 1997, 33).

4.14. Im vorliegenden Fall scheitert ein schuldrechtlicher Anspruch des Kl bereits an der mangelnden Ähnlichkeit zur fideikommissarischen Substitution (vgl 6 Ob 447/59 EvBl 1960/136): Bei der Wohnung [2] fehlt es schon an der Identität der Sache, weil seinerzeit Geld und nicht die Wohnung selbst geschenkt wurde. Eine dingliche Surrogation aufgrund bloßer Vereinbarung ist dem österr Recht jedoch – außerhalb gesetzlicher Sonderregeln (vgl etwa § 613 ABGB; § 100 VersVG; § 10 BauRG) – ebenso fremd (vgl *Spitzer,* Das persönliche Recht auf Aussonderung [2017] 233 ff) wie eine allgemeine, ex lege eintretende Surrogation mit dinglicher Wirkung. Bei der Wohnung [1] fehlt es an der Gleichzeitigkeit sowie an der inhaltlichen Bezugnahme des Besitznachfolgerechts auf den Übereignungsakt (vgl 5 Ob 58/13 k; 5 Ob 131/15 y).

4.15. Zutr wies auch schon das ErstG darauf hin, dass die in der E 5 Ob 58/13 k (vgl auch 4 Ob 194/98 b) geforderte „Gleichzeitigkeit" dahin zu verstehen ist, dass es einen Zusammenhang zwischen der Eigentumsübertragung und ihrer „gleichzeitigen" Beschränkung geben muss. Ein derartiger Zusammenhang kann zwar unter Umständen auch nachträglich hergestellt werden, doch wäre dazu zumindest der ausdrückliche Bezug auf die ursprüngliche Übertragung erforderlich. Ein derartiger Zusammenhang kommt im gegenständlichen Notariatsakt jedoch gerade nicht zum Ausdruck. Vielmehr wird bloß zwischen den Vertragsparteien festgestellt, dass A aus dem Vermögen seines Onkels zwei Eigentumswohnungen zugewendet wurden. Dabei ist weder der genaue Zuwendungsakt noch die Form der Zuwendung (die bei den beiden Wohnungen ja voneinander abweicht) bezeichnet. Auch wird kein Bezug darauf genommen, dass die Einräumung des Besitznachfolgerechts des Kl aufgrund dieser „Zuwendungen" erfolgen soll.

4.16. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von dem der E 2 Ob 220/14 t zugrunde liegenden Fall. Diese Entscheidung ging davon aus, dass sowohl der vertragserrichtende Notar als auch die Vertragsparteien eine rund 15 Monate nach dem Grundvertrag abgeschlossene Vereinbarung als Einheit mit dem Übergabsvertrag über die Liegenschaft verstanden haben; es heißt, dass sich der Übernehmer ausdrücklich unter Bezugnahme auf das von ihm übernommene Liegenschaftsvermögen zu bestimmten Rechtshandlungen verpflichtet. Eine derartige Bezugnahme fehlt im vorliegenden Fall; zusätzlich ist die betreffende Vereinbarung nicht – wie im Fall 2 Ob 220/14 t – nur rund 15 Monate, sondern acht bzw zwei Jahre nach dem Grundvertrag abgeschlossen worden.

4.17. Zutr erkannte daher bereits das ErstG, dass, ebenso wie es nicht möglich ist, eine fideikommissarische Substitution in Bezug auf eine nicht vererbte Sache anzuordnen, es auch nicht möglich ist, im vertragsfreien Raum zugunsten eines Dritten ein Besitznachfolgerecht zu begründen.

[Keine Novation]

5. Aus ähnlichen Gründen scheitert auch die Deutung der vorliegenden Vereinbarung als Novation. Abgesehen davon, dass das ursprüngliche Geschäft bereits mehrere Jahre vor Abschluss der betreffenden Vereinbarung erfüllt war, nimmt die angebliche „Novation" mit keinem Wort auf die ursprünglichen Rechtsgeschäfte Bezug.

[Kein Vertrag zugunsten Dritter]

6. Auch eine Deutung als Vertrag zugunsten Dritter iS der von *Rassi* (aaO § 10 Rz 32) so bezeichneten „Fall-

gruppe 2“ kommt nicht in Betracht. Dafür fehlt es an einer vertraglichen Verpflichtung des A; die Formulierung in Punkt 2. des „Ehepakts“ ist vielmehr auf den – nach dem Gesagten aber rechtlich unmöglichen – unmittelbaren Übergang des Eigentums auf den Kl gerichtet.

[Ergebnis]

7. Zusammenfassend mag daher der Wille des seinerzeitigen Schenkers darauf gerichtet gewesen sein, das Vermögen in der Familie „zusammenzuhalten“; in der gewählten Konstruktion war dies aber rechtlich nicht möglich.

Hinweis:

Die Beschränkung des Eigentumsrechts durch ein vertragliches Besitznachfolgerecht („quasifideikommissarische Substitution“; RIS-Justiz RS0007955) wird wegen der bestehenden Rechtsähnlichkeit idR wie eine Nacherbschaft behandelt. Je näher eine solche Vereinbarung an die Regelung typischer Anliegen der Nacherbschaft herankommt, umso zwingender ist die Analogie. Vertragliche Besitznachfolgerechte, die einer Nacherbschaft ähneln, können daher nach der Rechtsprechung des OGH iSd § 20 lit a GBG im Grundbuch angemerkt werden (5 Ob 148/19 d mwN). Die Eintragung dieser Beschränkung des Eigentums gewährt dem Besitznachfolger die Gleichstellung mit einem dinglich Berechtigten im eigentlichen Sinn (5 Ob 68/19 i; RS0006749).

Herbert Painsi

Anmerkung:

Die Ausgangssituation ist sonderbar: Es wurde ein Ehepakt unter Beitritt des Onkels des Ehemanns zugunsten eines Dritten errichtet. Zweck der Regelungen sollte eine Nachfolgeregelung für zwei Wohnungen sein, falls der Ehemann ohne Hinterlassung leiblicher Nachkommen versterben sollte. Nun versucht der Dritte (Bruder des Ehemanns), die Vereinbarung für sich zu nützen.

Kernfrage der Entscheidung ist, ob die Regelungen als Besitznachfolgerecht angesehen werden können. Dabei handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen altem und neuem Eigentümer, „dass das Eigentum des Erwerbers bei Eintritt einer Bedingung oder nach Ablauf einer Frist an einen anderen […] fällt oder dass zumindest die Verpflichtung besteht, das Eigentum zu übertragen“ (*Rassi* in *Kodek,* GB² § 10 GBG Rz 30). Das gesetzlich nicht geregelte Besitznachfolgerecht ist in der Lit zwar umstritten (*Kronthaler,* Besitznachfolgerechte 59 ff), der OGH hat es aber längst anerkannt (2 Ob 81/53). Ihre Legitimation verdanken Besitznachfolgerechte ihrer Nähe zur Nacherbschaft (§ 608 ABGB), denn sie sind „vertragliche Nachbildungen der Nacherbschaft“ (*Kronthaler,* Besitznachfolgerechte 181). Bei dieser wendet der Erblasser dem Vorerben einen Vermögenswert zu, beschränkt ihn aber zugleich in seiner Position, indem er auch einen Nacherben bestimmt (*Perner/Spitzer/Kodek,* Bürgerliches Recht⁶ 605 f). Weicht die Vereinbarung eines Besitznachfolgerechts zu stark von der Nacherbschaft ab, ist sie unzulässig (so bspw in 5 Ob 58/13 k).

Unter Bestätigung seiner Rsp hält der OGH nun fest, dass die Begründung eines Besitznachfolgerechts gleichzeitig mit der Übertragung stattfinden muss, was hier nicht der Fall war. Der Erblasser war bereits seit zwei bzw acht Jahren Eigentümer der Wohnungen. Damit fehlt es an der – die Legitimation des Besitznachfolgerechts begründenden – Nähe zur Nacherbschaft (so schon 5 Ob 58/13 k; 5 Ob 131/15 y). Bzgl einer Wohnung kam erschwerend hinzu, dass dem Erblasser nicht einmal die Wohnung, sondern Geld für die Anschaffung zugewendet wurde. Der OGH lässt die Begründung des Besitznachfolgerechts hins dieser Wohnung daher schon an der mangelnden Identität der Sache scheitern. Dem ist mE zu folgen, denn die Einräumung eines Besitznachfolgerechts in Bezug auf eine Sache, die nie übertragen wurde, ist nicht möglich. Davon zu unterscheiden ist die bei Besitznachfolgerechten zur Anwendung kommende dingliche Surrogation (8 Ob 139/07 k; hins der Nacherbschaft bejahen die hL und Rsp das Prinzip der dinglichen Surrogation schon die längste Zeit, mit dem ErbRÄG 2015 wurde es in § 613 Abs 3 ABGB eigens positiviert), die aber die wirksame Begründung eines Besitznachfolgerechts voraussetzt. Gerade das ist im gegenständlichen Fall hins des Geldes aber nicht geschehen. Richtigerweise ist daher die Deutung als Besitznachfolgerecht jedenfalls nicht möglich.

Auch eine Deutung als Schenkung auf den Todesfall kommt mangels Vorliegens der Voraussetzungen nicht in Betracht. Diesbezüglich wäre auch zu überlegen, ob es nicht schon an der Notariatsaktpflicht scheitert. Ein Notariatsakt liegt zwar vor, aber für ein ganz anderes Geschäft. Der Notariatsakt unterscheidet sich von anderen Formvorschriften aber gerade durch die Belehrung (§§ 52 f NO). Den Notar treffen bei der Errichtung umfassende Nachforschungs- und Aufklärungspflichten – es geht also va um den Inhalt des Geschäfts (PSK⁶ 66). Genau dort liegt mE das Problem: Sobald Form nicht nur Form, sondern Inhalt bedeutet, ist eine Konversion in etwas ganz anderes nur schwer begründbar. Denn die Belehrung erfolgt ja gerade in Bezug auf das konkrete Geschäft. Erschwerend kommt im vorliegenden Fall hinzu, dass die getroffenen Regelungen für einen Ehepakt unüblich sind (*Koch* in KBB⁶ § 1217 ABGB Rz 2) und dass die Schenkung auf den Todesfall keine Erwähnung findet. Ob eine Konversion möglich wäre, ist mE somit jedenfalls zweifelhaft.

Dem OGH ist daher vollumfänglich zuzustimmen. Der Versuch des Kl, die missglückten Regelungen zu sanieren, schlägt fehl. Damit stellt sich die spannende Folgefrage nach einem etwaigen Schadenersatzanspruch gegen den Notar. Hier wird sich der Kl aber auf ungesichertes Terrain begeben müssen, weil der Notariatsakt aus 1988 stammt und daher die absolute 30-jährige Verjährungsfrist schon abgelaufen sein könnte. Ob das nämlich auch dann der Fall ist, wenn der Schaden in diesem Zeitraum nicht eingetreten ist, ist umstritten (*Dehn* in KBB⁶ § 1489 ABGB Rz 9 mwN).

Anna-Maria Heil,
WU Wien