

1. Kapitel

Einleitung

I. Das Veräußerungs- und Belastungsverbot

§ 364c¹⁾ normiert, dass ein vertragsmäßiges oder letztwilliges Veräußerungs- oder Belastungsverbot hinsichtlich einer Sache oder eines dinglichen Rechtes nur den ersten Eigentümer verpflichtet, nicht aber seine Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger. Gegen Dritte wirkt es dann, wenn es zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern begründet und im öffentlichen Buche eingetragen wurde.

Man kann daher zwischen dem bloß schuldrechtlich und dem absolut wirkenden Veräußerungs- und Belastungsverbot unterscheiden. Die **schuldrechtliche Vereinbarung** verpflichtet dazu, eine Sache lebzeitig weder zu veräußern noch zu belasten. Es legt daher eine obligatorische Pflicht zur Unterlassung einer Verfügung fest,²⁾ die jedoch immer nur den Belasteten, nicht aber seine Rechtsnachfolger bindet. Anders als ein Besitznachfolgerecht,³⁾ begründet das Verbot jedoch gerade kein Anwartschaftsrecht auf die verbotsbelastete Sache.⁴⁾ Verstößt der Belastete gegen ein bloß schuldrechtlich wirkendes Verbot, ist die Verfügung zwar wirksam, dem Berechtigten können aber Schadenersatz-, Unterlassungs-, und Beseitigungsansprüche zustehen.⁵⁾

Bei Einhaltung der in Satz 2 normierten Voraussetzungen, nämlich eines Angehörigenverhältnisses zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem iSd § 364c und einer Eintragung im Grundbuch, kommt dem Verbot **absolute Wirkung** zu. Auch dem absolut wirksamen Verbot liegt daher stets eine schuldrechtliche, auf Vertrag oder letztwilliger Verfügung beruhende Verbots-

¹⁾ Paragraphen ohne Angabe eines Gesetzes beziehen sich auf das ABGB.

²⁾ Vgl dazu bereits *Klang* in *Klang*² II 184; *Fischer-Czermak* in *GedS Hofmeister* 170; *Aschauer*, Veräußerungs- und Belastungsverbot 92; *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 364c Rz 1; *Leupold* in *Klang*³ § 364c Rz 1; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 364c Rz 3; *Winner* in *Rummel/Lukas*⁴ § 364c Rz 1; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 364c Rz 1.

³⁾ Vgl dazu S 235 ff.

⁴⁾ *Leupold* in *Klang*³ § 364c Rz 9, 25, 31; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 364c Rz 2, siehe dazu ausführlicher S 21.

⁵⁾ Vgl dazu OGH 5 Ob 205/98b NZ 2000, 172 (Verweigerung der Mitwirkung an der Durchführung); 3 Ob 202/98x ÖBA 2000/900 = ÖBA 2001, 96 = RdW 2000/568; 1 Ob 195/03p SZ 2003/119 = NZ 2005/60; 6 Ob 304/05g SZ 2006/10 = JBl 2006, 515 = EvBl 2006/111 = EvBl 2006/81 = ZIK 2007/56 = RZ 2006, 154 = Zak 2006/195; *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 364c Rz 6; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 364c Rz 4. Siehe dazu ausführlich S 130 ff.

vereinbarung zugrunde.⁶⁾ Die absolute Wirkung ist aber nur an unbeweglichen Sachen, Rechten daran und Superädifikaten möglich.⁷⁾ An beweglichen Sachen oder zwischen anderen Personen als den in Satz 2 genannten, können daher nur schuldrechtliche Wirkungen begründet werden.⁸⁾ Die Auslegung der Vereinbarung kann aber auch ergeben, dass einem zwischen Angehörigen iSd § 364c Satz 2 begründeten Verbot an einer unbeweglichen Sache bloß schuldrechtliche Wirkung zukommen soll.⁹⁾

Die Begründung eines absolut wirkenden Verbots ist nach den Materialien¹⁰⁾ ausschließlich zum **Zweck** der Erhaltung des Familienbesitzes zulässig.¹¹⁾ Da es sich bei dem absolut wirksamen Veräußerungs- und Belastungsverbot um eine Beschränkung der Verkehrsfähigkeit der betroffenen Sache und der Verfügungsfreiheit des Eigentümers handelt, nimmt § 364c hier eine Interessenabwägung und im Interesse der Verkehrsfreiheit **Beschränkungen** vor: Zum Ersten ist die Begründung nur an Liegenschaften und innerhalb eines engen Familienkreises möglich, zum Zweiten ist die Übertragung des Verbots ausgeschlossen.¹²⁾

II. Bedeutung

Das Veräußerungs- und Belastungsverbot erfreut sich in der Praxis großer Beliebtheit, stellt es doch eine einfache und wirksame **Form der Vermögensbindung** dar. Die Vielzahl der im Grundbuch eingetragenen Verbote und die Häufigkeit, mit der der OGH regelmäßig über verbotsbelastete Liegenschaften entscheidet, zeigt deutlich, welchen hohen Stellenwert diese Form der Belastung in Österreich innehat.

Werden Liegenschaften im Familienkreis schon zu Lebzeiten – quasi als vorgezogenes Erbe – übergeben, wird dies fast immer zum Anlass genommen, zur Sicherheit auch gleich ein solches Verbot zu vereinbaren. In der Beratungspraxis von Notaren und Rechtsanwälten sind Veräußerungs- und Belastungsverbote bei Übergabsverträgen stets zu thematisieren, sie bringen einfach eine

⁶⁾ *Oberhammer in Schwimann/Kodek*⁴ § 364c Rz 3.

⁷⁾ Siehe dazu ausführlich S 25ff.

⁸⁾ OGH 2 Ob 191/28 SZ 10/100; vgl dazu auch bereits *Oberhammer in Schwimann/Kodek*⁴ § 364c Rz 3; *Winner in Rummel/Lukas*⁴ § 364c Rz 11. Zur Stellung einer juristischen Person als Verbotsberechtigter oder Verpflichteter vgl auch *Leupold in Klang*³ § 364c Rz 23ff mwN.

⁹⁾ Siehe bereits *Oberhammer in Schwimann/Kodek*⁴ § 364c Rz 3, der davon ausgeht, dass dies im Zweifel nicht anzunehmen ist.

¹⁰⁾ KB 78 BlgHH 21. Session 43. Eingeführt wurde § 364c mit der III. Teilnovelle zum ABGB, zur Entstehungsgeschichte vgl ausführlich *Aschauer*, Veräußerungs- und Belastungsverbot 38ff; *Leupold in Klang*³ § 364c Rz 4ff.

¹¹⁾ Vgl dazu *Klang in Klang*² II 185; *Angst*, in *GedS Hofmeister 2*; *Aschauer*, Veräußerungs- und Belastungsverbot 41; *Leupold in Klang*³ § 364c Rz 37; *Oberhammer in Schwimann/Kodek*⁴ § 364c Rz 1, der dies als rechtspolitisch fragwürdig und aufgrund seines problematischen Verhältnisses zum Gläubigerschutz als verfehlt qualifiziert.

¹²⁾ Siehe dazu *Leupold in Klang*³ § 364c Rz 2, 37; *Oberhammer in Schwimann/Kodek*⁴ § 364c Rz 1. Vgl dazu S 150f.

Vielzahl von Vorteilen mit sich: Das Eigentum geht zur Gänze an den Übernehmer über, trotzdem hat es der Übergeber weiterhin in der Hand, schwerwiegende Verfügungen wie Veräußerungen oder Belastungen zu unterbinden. Daneben hindert es nach ständiger Rechtsprechung den Zugriff der Gläubiger im Wege der Exekution und dient dem Übernehmer selbst im Falle einer Insolvenz weiterhin als Rückzugsmöglichkeit, da der Verbotsgegenstand einer kridamäßigen Verwertung entzogen sei.¹³⁾

III. Blick über die Grenze

Im Rechtsvergleich mit den Rechtsordnungen der Nachbarstaaten zeigt sich, dass die absolute Drittwirkung des im Grundbuch eingetragenen Veräußerungs- und Belastungsverbots ein **Unikat** darstellt.¹⁴⁾ Sowohl § 137 des deutschen BGB als auch Art 27 des schweizer ZGB erklären dingliche Verfügungsverbote für unwirksam. Man erkennt also, dass es sich bei der Frage um die Zulässigkeit von rechtsgeschäftlichen Vermögensbindungen um eine Wertungsentscheidung handelt,¹⁵⁾ die genau diametral getroffen wurde.

A. Deutschland

Im deutschen Recht ist das rechtsgeschäftliche Verfügungsverbot in **§ 137 BGB** geregelt: „¹Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. ²Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.“

Satz 1 normiert die **dingliche Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen**. Die Norm verbietet jede dingliche Verfügungsbeschränkung durch Vertrag unter Lebenden oder letztwillige Verfügung,¹⁶⁾ macht sie also rechtlich unmöglich und damit nichtig.¹⁷⁾ § 137 BGB greift für Verfügungsbeschränkungen veräußerlicher Rechte, wie zB das Eigentum.¹⁸⁾ Eine verbotswidrige Verfügung ist Dritten gegenüber also wirksam, Erwerber können daher auch ohne guten Glauben Rechte erwerben.¹⁹⁾

¹³⁾ Siehe dazu S 109.

¹⁴⁾ Allgemein dazu bereits *Hofmeister*, ÖJZ 1986, 752.

¹⁵⁾ *Armbrüster* in *MüKoBGB*⁷ § 137 Rz 7; aA *Raible*, Beschränkungen 82, der von einer Selbstverständlichkeit der Unzulässigkeit ausgeht.

¹⁶⁾ *Hefermehl* in *Soergel*, BGB¹³ § 137 Rz 8; *Armbrüster* in *MüKoBGB*⁷ § 137 Rz 13; *Wendtland* in *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 7.

¹⁷⁾ *Hefermehl* in *Soergel*, BGB¹³ § 137 Rz 13; *Arnold* in *Erman*, BGB¹⁴ § 137 Rz 4; *Armbrüster* in *MüKoBGB*⁷ § 137 Rz 19; *Wendtland* in *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 7.

¹⁸⁾ *Armbrüster* in *MüKoBGB*⁷ § 137 Rz 9; *Wendtland* in *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 4; tlw aA *E. Wagner*, AcP 194 (1994) 456f.

¹⁹⁾ *Hefermehl* in *Soergel*, BGB¹³ § 137 Rz 11; *Kohler* in *Staudinger*^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 39; *Arnold* in *Erman*, BGB¹⁴ § 137 Rz 4; *Armbrüster* in *MüKoBGB*⁷ § 137 Rz 1, 19 mwN; *Wendtland* in *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 7.

Die Norm dient dem Schutz der Verkehrsfähigkeit von Gegenständen, sodass sie durch Rechtsgeschäft nicht dem Rechtsverkehr entzogen werden können.²⁰⁾ Außerdem werden als **Normzwecke** der Gläubigerschutz durch Erhalt der Funktionsfähigkeit der Zwangsvollstreckung²¹⁾ und die Absicherung des sachenrechtlichen Typenzwangs²²⁾ genannt.²³⁾

Nach hA²⁴⁾ ist aber die Verfügung unter der **auflösenden Bedingung** der verbotswidrigen Verfügung zulässig, weil die Normzwecke dem nicht entgegenstünden. Bei Grundstücken sei diese Möglichkeit wegen § 925 Abs 2 BGB jedoch unzulässig.²⁵⁾

Satz 2 legt hingegen fest, dass rein **schuldrechtlich** wirkende Verfügungsverbote grundsätzlich **zulässig** sind. Sie sind idR formlos gültig, selbst wenn sie ein Grundstück betreffen.²⁶⁾ Die Eintragung im Grundbuch ist jedoch ausgeschlossen.²⁷⁾ Eine Sittenwidrigkeit kommt nur bei Bezug auf das ganze Vermögen in Betracht (Knebelung).²⁸⁾ Auch eine zeitlich unbefristete Verpflichtung ist grundsätzlich möglich,²⁹⁾ sie ist auch vererblich.³⁰⁾ Häufiger Anwendungs-

²⁰⁾ BGH V ZB 4/71 BGHZ 56, 275 = NJW 1971, 1805 = MDR 71, 833; E. Wagner, AcP 194 (1994) 468 ff.

²¹⁾ Kohler, Verfügungsverbot 315 ff; ders, DNotZ 1989, 348 f; E. Wagner, AcP 194 (1994) 472 f; aA Däubler, NJW 1968, 1118; Raible, Beschränkungen 74.

²²⁾ Thiele, Zustimmungen 195.

²³⁾ Allgemein dazu BGH V ZB 27/96 LM § 883 Nr 24 (Stürner/Bruns) = WuB IV A § 883 BGB 1.97 (Kohler) = BGHZ 134, 182 = NJW 1997, 861 = DNotI-Report 1997, 69 = DNotZ 1997, 720 = MittBayNot 1997, 169 = MDR 1997, 338 = ZIP 1997, 420; Hefermehl in Soergel, BGB¹³ § 137 Rz 1; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 3 ff; Arnold in Erman, BGB¹⁴ § 137 Rz 1; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 2 ff mwN; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 2.

²⁴⁾ BGH V ZB 27/96 LM § 883 Nr 24 (Stürner/Bruns) = WuB IV A § 883 BGB 1.97 (Kohler) = BGHZ 134, 182 = NJW 1997, 861 = DNotI-Report 1997, 69 = DNotZ 1997, 720 = MittBayNot 1997, 169 = MDR 1997, 338 = ZIP 1997, 420; Coing, Treuhand 163; Kohler, DNotZ 1989, 339 ff; Wiesmann, Tragweite des § 137 BGB 50 ff, 90; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 31, 57; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 15 mwN; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 8; für Zulässigkeit nur bei Treuhandverhältnissen Hefermehl in Soergel, BGB¹³ § 137 Rz 14; aA noch Palm in Erman, BGB¹² § 137 Rz 5, 9.

²⁵⁾ Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 15.

²⁶⁾ BGH V ZR 89/62 NJW 1963, 1602 = DNotZ 64, 232 = FamRZ 63, 357 = MDR 63, 578; IVa ZR 268/86 BGHZ 103, 235 = NJW 1988, 1716 = DNotZ 1989, 225 = MittBayNot 1988, 165; Berger, Verfügungsbeschränkungen 104; Hefermehl in Soergel, BGB¹³ § 137 Rz 12; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 43 mwN; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 25 mwN; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 12.

²⁷⁾ Hefermehl in Soergel, BGB¹³ § 137 Rz 12 mwN; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 53; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 15.

²⁸⁾ Berger, Verfügungsbeschränkungen 114; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 46; wenn auch das künftige Vermögen umfasst ist; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 25.

²⁹⁾ BGH V ZR 122/11 JuS 2013, 262 (Wellenhofer) = MittBayNot 2013, 218 (Hertel) = ZEV 2012, 550 (Litzenburger) = NJW 2012, 3162 = DNotI-Report 2012, 154

fall sind zB Erbverträge und Vermächtnisse,³¹⁾ die mit der Verpflichtung verbunden werden, Verfügungen unter Lebenden zu unterlassen.³²⁾

Wichtige **Ausnahmen** stellen aber Verbote iSd § 1136 BGB (Verpflichtung des Eigentümers gegenüber dem Hypothekargläubiger das Grundstück nicht zu veräußern) und § 2302 BGB (Verpflichtung, eine letztwillige Verfügung zu unterlassen – Testierverbot) dar, die kraft gesetzlicher Anordnung unzulässig sind.³³⁾

Als **Rechtsbehelfe** steht dem Vertragspartner insbesondere ein Unterlassungsanspruch zu.³⁴⁾ Außerdem bleibt ihm ein Schaden(s)ersatzanspruch gegen seinen Vertragspartner,³⁵⁾ gegen den Dritten nur bei Verleitung zum Vertragsbruch (§ 826 BGB).³⁶⁾

Eine gewisse Verdinglichung des schuldrechtlichen Verfügungsverbots kann aber mittels **Sicherung** durch ein im Grundbuch eingetragenes gerichtliches Veräußerungsverbot herbeigeführt werden.³⁷⁾ Da es sich dabei nicht um eine dingliche Rechtsänderung handelt, kann der Anspruch auf Unterlassung einer Verfügung über ein Grundstück nicht durch Vormerkung im Grundbuch

= LMK 2012, 337419 = WM 2012, 1740 = ZErB 2012, 276 = FamRZ 2012, 1705 = MDR 2012, 1148 = NotBZ 2012, 417 = ZfR 2012, 872 = ZNotP 2012, 337; dazu Lorenz, LMK 2012, 337419; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 47; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 14; aA Berger, Verfügungsbeschränkungen 117; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 25, der von einer 30-jährigen Frist ausgeht.

³⁰⁾ Berger, Verfügungsbeschränkungen 130 ff; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 48 mwN; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 31.

³¹⁾ Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 26 mwN.

³²⁾ BGH V ZR 66/58 MDR 60, 296 (zust Baumgärtel) = BGHZ 31, 13 = NJW 1959, 2252 = FamRZ 60, 26 = JZ 60, 537; V ZR 89/62 NJW 1963, 1602 = DNotZ 64, 232 = FamRZ 63, 357 = MDR 63, 578.

³³⁾ Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 1, 25 mwN; zu weiteren Ausnahmen vgl Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 20 ff.

³⁴⁾ BGH V ZR 130/61 BGHZ 40, 115 = NJW 1963, 2320 = MDR 63, 994; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 1, 31; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 15.

³⁵⁾ BGH V ZR 66/58 MDR 60, 296 (zust Baumgärtel) = BGHZ 31, 13 = NJW 1959, 2252 = FamRZ 60, 26 = JZ 60, 537; Bülow, JuS 1994, 4; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 50; Arnold in Erman, BGB¹⁴ § 137 Rz 1; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 1, 32; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 16.

³⁶⁾ Hefermehl in Soergel, BGB¹³ § 137 Rz 11; Arnold in Erman, BGB¹⁴ § 137 Rz 9; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 1, 32; positive Kenntnis sei dafür nicht ausreichend s Berger, Verfügungsbeschränkungen 121 f; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 51; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 16.

³⁷⁾ BGH V ZB 27/96 BGHZ 134, 182 = LM § 883 Nr. 24 (Stürner/Bruns) = NJW 1997, 861; Däubler, NJW 1968, 1119; Hefermehl in Soergel, BGB¹³ § 137 Rz 13 mwN; Mülbner, AcP 214 (2014), 315 f; Arnold in Erman, BGB¹⁴ § 137 Rz 10; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 15; aA Berger, Verfügungsbeschränkungen 123 f; Kohler, Verfügungsverbot 293 ff; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 56 mwN; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 15, 31 mwN, die nur eine nach § 890 ZPO vollstreckbare richterliche Untersagung der Verfügung für zulässig erachten.

gesichert werden.³⁸⁾ Hier ist aber die Vereinbarung eines durch die unzulässige Verfügung aufschiebend bedingten Rückübereignungsanspruches zulässig, der durch Vormerkung gesichert werden kann.³⁹⁾

Für die deutsche Rechtsordnung ist die grundsätzliche Bedeutung von § 137 Satz 1 BGB so groß, dass er im internationalen Privatrecht dem inländischen **ordre public** zugeordnet wird (vgl Art 6 EGBGB). Er steht daher der Anwendung ausländischen Rechts, das Verfügungsbeschränkungen ermöglicht, also beispielsweise § 364c Satz 2, entgegen.⁴⁰⁾

B. Schweiz

Das schweizer ZGB normiert die Beschränkungen des Grundeigentums im zweiten Abschnitt seines neunzehnten Titels, also den Art 680ff ZGB. Unter der Überschrift „Veräußerungsbeschränkungen; gesetzlichen Vorkaufsrechte“ regelt Art 681 ZGB dann jedoch nur die gesetzlichen Vorkaufsrechte und ihre Abänderungsmöglichkeit. Einschlägig ist hier **Art 27 ZGB**,⁴¹⁾ der im Rahmen des Personenrechts unter dem Kapitel „Schutz der Persönlichkeit vor übermäßiger Bindung“ die Beschränkung der Rechtsgeschäftsfreiheit⁴²⁾ normiert: „¹Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. ²Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.“

Der **Normzweck** des Art 27 ZGB liegt im Schutz der Person vor übermäßigen oder besonders persönlichkeitsnahen rechtsgeschäftlichen Bindungen.⁴³⁾ Satz 1 normiert den Schutz der Person dahingehend, dass auf die grundsätzliche Möglichkeit, Pflichten zu begründen oder über Bestandteile des eigenen Vermögens zu verfügen, nicht verzichtet werden kann.⁴⁴⁾ Satz 2 verbietet dem-

³⁸⁾ Timm, JZ 1989, 21f; Hefermehl in Soergel, BGB¹³ § 137 Rz 13; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 53 mwN; Arnold in Erman, BGB¹⁴ § 137 Rz 10; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 31; Ellenberger in Palandt, BGB⁷⁵ § 137 Rz 6.

³⁹⁾ BGH V ZB 27/96 LM § 883 Nr 24 (Stürner/Bruns) = WuB IV A § 883 BGB 1.97 (Kohler) = BGHZ 134, 182 = NJW 1997, 861 = DNotI-Report 1997, 69 = DNotZ 1997, 720 = MittBayNot 1997, 169 = MDR 1997, 338 = ZIP 1997, 420; Kohler, DNotZ 1989, 346ff, 351f; Bülow, JuS 1994, 6; Kohler in Staudinger^(Neubearbeitung 2011) § 137 Rz 58f mwN; Arnold in Erman, BGB¹⁴ § 137 Rz 10; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 15, 35 mwN; Ellenberger in Palandt, BGB⁷⁵ § 137 Rz 6; aA Berger, Verfügungsbeschränkungen 205, der sich für eine Begrenzung auf die Lebzeiten des Geschützten ausspricht; Timm, JZ 1989, 21f; Palm in Erman, BGB¹² § 137 Rz 9.

⁴⁰⁾ KG 1 W 1781/72 OLGZ 1973, 163 = NJW 1973, 428; Armbrüster in MüKoBGB⁷ § 137 Rz 7 mwN; Wendtland in Bamberger/Roth, BeckOK BGB⁴⁰ § 137 Rz 2; Ellenberger in Palandt, BGB⁷⁵ § 137 Rz 3.

⁴¹⁾ Vgl dazu bereits Hofmeister, ÖJZ 1986, 752.

⁴²⁾ Aebi-Müller in Breitschmid/Rumo-Jungo, CHK² Art 27 Rz 1.

⁴³⁾ Aebi-Müller in Breitschmid/Rumo-Jungo, CHK² Art 27 Rz 1.

⁴⁴⁾ Bucher in Hausheer, BK³ Art 27 Rz 41ff; Aebi-Müller in Breitschmid/Rumo-Jungo, CHK² Art 27 Rz 4 mwN.

gegenüber nur Verpflichtungsgeschäfte, welche die Lebensgestaltung des Betroffenen auf lange Dauer beeinflussen und soll so die zukunftsorientierte, lebensgestaltende Entscheidungsfreiheit gewährleisten.⁴⁵⁾

Die obligatorische Vereinbarung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots hinsichtlich einer Sache oder eines Rechts, wie wir sie in § 364c geregelt haben, ist im Rahmen der Grenzen des Art 27 ZGB also zulässig: Ein **übermäßiges Maß der Bindung** ist restriktiv handzuhaben, wobei der noch verbliebene Spielraum hinsichtlich der Zukunftsgestaltung zu prüfen ist.⁴⁶⁾ Die Vereinbarung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots ähnlich § 364c ist weder ein Fall der absoluten Bindungsausschusses noch erfüllt es das Maß der Bindungsübermaßes iSd Art 27 Satz 2 ZGB.⁴⁷⁾ Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit gilt nur dann als übermäßig, wenn sie den Verpflichteten der Willkür seines Vertragspartners ausliefert, ihn der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beraubt oder diese dermaßen einschränkt, dass die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet ist.⁴⁸⁾ Das wird bei der Vereinbarung eines klassischen Verbots ähnlich § 364c, das sich bloß auf eine Liegenschaft oder Sache bezieht, nicht der Fall sein.

Eine **absolute Wirkung** oder die Möglichkeit zur Herbeiführung einer solchen durch Verbücherung besteht im schweizer Zivilrecht nicht.⁴⁹⁾

IV. Schwerpunkt des Werkes

Nicht zuletzt die zahlreichen Entscheidungen des OGH in jüngerer Zeit zeigen, dass das Veräußerungs- und Belastungsverbot im Liegenschaftsverkehr eine bedeutende Rolle spielt. Das Verbot wirft eine Reihe von Fragen und Problemen auf, die eine eingehende Auseinandersetzung sowohl mit dem klassischen Zivilrecht, als auch mit dem Zivilverfahrensrecht erfordert. Der Rechtsvergleich zu unseren Nachbarn hat gezeigt, dass die absolute Wirkung des eingetragenen Verbots ein Unikat darstellt. Da in der Praxis vor allem diese absolute Wirkung von großer Relevanz ist und die meisten umstrittenen Fragen aufwirft, liegt darauf der Fokus des vorliegenden Werkes, wobei natürlich auch die schuldrechtliche Komponente des Verbots behandelt wird, stellt sie doch die Grundlage der absoluten Wirkung dar. Das Buch erläutert die wesentlichen Elemente des Veräußerungs- und Belastungsverbots und es wird versucht, die in diesem Zusammenhang auftretenden Fragen möglichst umfangreich darzustellen und zu lösen.

⁴⁵⁾ Aebi-Müller in Breitschmid/Rumo-Jungo, CHK² Art 27 Rz 1, 6.

⁴⁶⁾ Aebi-Müller in Breitschmid/Rumo-Jungo, CHK² Art 27 Rz 9.

⁴⁷⁾ Vgl zu den diesbezüglichen Maßstäben bzw der zahlreichen Kasuistik Bucher in Hausheer, BK³ Art 27 Rz 121 ff, 136 ff.

⁴⁸⁾ Aebi-Müller in Breitschmid/Rumo-Jungo, CHK² Art 27 Rz 10 mwN.

⁴⁹⁾ Vgl schon Hofmeister, ÖJZ 1986, 752.

2. Kapitel Begründung

I. Begründung durch Vertrag

Schon der Tatbestand des § 364c normiert, dass das Veräußerungs- und Belastungsverbot sowohl vertraglich als auch letztwillig begründet werden kann. Die Vereinbarung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots kann Gegenstand eines **eigenständigen Vertrages** sein und muss nicht zwingend als Nebenabrede mit einem anderen (Übertragungs-)Vertrag verbunden sein.⁵⁰⁾

Ein drittwirksames Veräußerungs- und Belastungsverbot bedarf eines **Angehörigenverhältnisses** iSd § 364c zwischen Begünstigtem und Verpflichtetem.⁵¹⁾ Es kann daher zugunsten und zulasten der Vertragsparteien vereinbart werden, wenn beide solche Angehörige sind. Daneben kommt aber auch eine Vereinbarung zugunsten eines dritten Verbotsbegünstigten in Betracht, wenn er diese Voraussetzung erfüllt.⁵²⁾ Demgegenüber ist die Begründung zulasten eines dritten Verbotsbelasteten freilich nicht möglich,⁵³⁾ auch jene eines abstrakten Verbots ohne Einsetzung eines Verbotsbegünstigten ist nach hL⁵⁴⁾ richtigerweise unzulässig. Die Vereinbarung eines Verbots zugunsten eines noch nicht geborenen Kindes ist hingegen wegen der Bestellung eines Kurators zur Wahrung seiner Interessen möglich (Kurator für die Leibesfrucht). Er kann verbotswidrige Verfügungen verhindern oder diesen zustimmen.⁵⁵⁾ Diese Möglichkeit besteht nun auch für noch nicht gezeugte Verbotsbegünstigte (Posteritätskurator).⁵⁶⁾

⁵⁰⁾ Hofmeister, ÖJZ 1986, 753; Aschauer, Veräußerungs- und Belastungsverbot 44; Leupold in Klang³ § 364c Rz 5f, 16, 50; Winner in Rummel/Lukas⁴ § 364c Rz 1; anders noch der Wortlaut des Entwurfs „bei Übertragung von Rechten ... kann dem Erwerber ... die Befugnis entzogen werden“ vgl RV 29 BlgHH 18. Session 18; kritisch dazu Kafka, ZBL 1908, 548f, der eine solche Verknüpfung als nicht sinnvoll und bei letztwilliger Einräumung schwer zu erreichen einstufte.

⁵¹⁾ Siehe die Nachweise in FN 216.

⁵²⁾ RIS-Justiz RS 0118166; vgl dazu auch Leupold in Klang³ § 364c Rz 17; Winner in Rummel/Lukas⁴ § 364c Rz 4; Eccher/Riss in KBB⁵ § 364c Rz 1. Zum Vertrag zugunsten Dritter vgl allgemein § 881 ABGB; RIS-Justiz RS 0017149; RS 0017145; Parapatits, Vertrag zugunsten Dritter 32ff; Dullinger in Rummel/Lukas⁴ § 881 Rz 8ff.

⁵³⁾ Unzulässiger Vertrag zugunsten Dritter; so bereits LGZ Wien 46 R 755/61 RPfSlgG 434; Leupold in Klang³ § 364c Rz 17.

⁵⁴⁾ Aschauer, Veräußerungs- und Belastungsverbot 47f; Spielbüchler in Rummel³ § 364c Rz 2; Leupold in Klang³ § 364c Rz 18; Winner in Rummel/Lukas⁴ § 364c Rz 4; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 364c Rz 2.

⁵⁵⁾ Vgl § 269 idF vor dem 2. Erwachsenenschutzgesetz BGBl I 2017/59 (2. ErwSchG) bzw § 277 Abs 1 Z 2 idF 2. ErwSchG, der gemäß § 1503 Abs 9 Z 18 anzuwenden ist, wenn ein Kurator nach dem 30. Juni 2018 bestellt wird. AA Aschauer, Veräuße-

Hintergrund der vertraglichen Vereinbarung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots sind heute oft erbrechtliche Erwartungen oder die Sicherung anderer Rechte durch den Erhalt des Familienbesitzes:⁵⁷⁾ So sollen durch die Vereinbarung solcher Verbote häufig die Erwartungen von verbotsberechtigten Erben gesichert oder wahrscheinlich gemacht werden, indem die verbotsbelastete Sache bis zum Tod des Belasteten in dessen Eigentum erhalten bleibt („Garantie der letztwilligen Verfügbarkeit“) und dem Verbotsberechtigten dann zB als gesetzlichem Erben zufällt.⁵⁸⁾ Hierbei gilt es mE jedoch zu beachten, dass das Verbot dafür grundsätzlich untauglich ist: Weder verhindert es eine testamentarische Verfügung des Belasteten (vgl § 610 Satz 2) noch kann damit die Regelung des § 1253 über das „freie Viertel“ beim Erbvertrag oder die Haftung des Erben für Erblasser- und Erbgangsschulden umgangen werden.⁵⁹⁾ Die verbotsbelastete Sache fällt in die Verlassenschaft und kommt nicht zwingend dem Verbotsberechtigten zu. Nur bei gesetzlicher oder letztwilliger Anordnung kann ihm ein Recht auf die Sache zustehen und dann auch nur unter den dafür normierten Einschränkungen. Die echte Schenkung auf den Todesfall gemäß § 956 aF,⁶⁰⁾ bedurfte zu ihrer Gültigkeit des Widerrufsverzichts durch den Geschenkgeber.⁶¹⁾ Da der Widerrufsverzicht die Möglichkeit nehmen sollte, die Schenkung grundlos zu widerrufen,⁶²⁾ war er nach der Rsp⁶³⁾ durch ein – auch bloß schuldrechtlich wirkendes – Veräußerungs- und Belastungsverbot ersetzbar, weil dieses eine dem (ebenfalls nur obligatorisch wirkenden) Widerrufsverzicht des Geschenkgebers gleichkommende Warn- und Sicherungsfunktion hat. Nach § 603 Satz 1 ist nun kein ausdrücklicher Widerrufsverzicht mehr notwendig, weshalb die frühere Rsp⁶⁴⁾ bezüglich Veräußerungs- und Belas-

rungs- und Belastungsverbot 47; *Leupold in Klang*³ § 364c Rz 18; *Winner in Rummel/Lukas*⁴ § 364c Rz 5, weil eine Zustimmung zu einer verbotswidrigen Verfügung dadurch von vornherein (für gewisse Zeit) unmöglich sei.

⁵⁶⁾ Vgl § 277 Abs 1 Z 1 idF 2. ErwSchG; vgl dazu ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 47.

⁵⁷⁾ RIS-Justiz RS 0041414; RS 0010805 (T9); *Fischer-Czermak* in GedS Hofmeister 170; *Leupold in Klang*³ § 364c Rz 8; *Winner in Rummel/Lukas*⁴ § 364c Rz 4.

⁵⁸⁾ Siehe dazu RIS-Justiz RS 0010747; OGH 10 Ob 510/94 JBl 1994, 818; 5 Ob 109/11g NZ 2012/94 (tlw krit *Hoyer*) = immolex 2012/29 (*Edelhauser*) = EF-Z 2011/136 = Zak 2011/699; *Fischer-Czermak* in GedS Hofmeister 170; *Spielbüchler in Rummel*³ § 364c Rz 2.

⁵⁹⁾ So bereits *Hoyer*, NZ 2012/94, 268.

⁶⁰⁾ IdF vor dem ErbRÄG BGBl I 2015/87.

⁶¹⁾ RIS-Justiz RS 0018809; vgl dazu allgemein *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴ II Rz 2267 ff; *Ferrari in Rabl/Zöchling-Jud*, Erbrecht 65.

⁶²⁾ Allgemein zum Widerrufsverzicht vgl *Schubert in Rummel*³ § 956 Rz 2; *Jud*, NZ 2004/86, 323; *Welser*, NZ 2005/28, 167; *Weiß in Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 313 ff; *Welser* in FS Aicher 865; *Ferrari in Rabl/Zöchling-Jud*, Erbrecht 65 FN 37.

⁶³⁾ OGH 7 Ob 135/99z JBl 2000, 48 = NZ 2000, 15 = ecolex 2000/251; RIS-Justiz RS 0129736; RS 0121159, zuletzt OGH 5 Ob 39/14t SZ 2014/75 = EvBl 2015/29 = NZ 2015/97 = Zak 2015/23; vgl dazu auch *Bollenberger in KBB*⁴ § 956 Rz 3; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴ II Rz 2268.

⁶⁴⁾ Siehe die Nachweise in FN 63.

tungsverbote als Ersatz des Widerrufsverzichts nunmehr obsolet ist. Neben erbrechtlichen Belangen wird das Veräußerungs- und Belastungsverbot oftmals bei der Übertragung des Eigentums vereinbart, wenn gleichzeitig andere (Nutzungs-)Rechte an der Liegenschaft zugunsten des Übergebers vereinbart werden und diese dadurch gesichert werden sollen, dass dem Übernehmer gewisse Verfügungen untersagt werden. Es soll also die Zuständigkeit des Partners eines Schuldverhältnisses zur Sache festgeschrieben und so die Durchsetzung der aus diesem Verhältnis entspringenden Ansprüche gewährleistet werden.⁶⁵⁾ Das Verbot kann auch bezwecken, dass das Hinzukommen eines unerwünschten Miteigentümers verhindert wird.⁶⁶⁾ Insbesondere für die Bedeutung geänderter Umstände und die Tragweite des Verbots ist auf die zugrundeliegende wirtschaftliche Absicht abzustellen.⁶⁷⁾ Inhaltlich dient das absolut wirkende Verbot formal gesehen jedoch in all diesen Fällen dem Gesetzgeber folgend dem Erhalt des Familienbesitzes, indem der Verbotsgegenstand in den Händen des Belasteten gehalten wird.⁶⁸⁾

Der Gesetzgeber hat den Erhalt des Familienbesitzes ausdrücklich als einzigen **Zweck** der Vereinbarung eines absolut wirkenden Veräußerungs- und Belastungsverbots zugelassen. Durch die Eintragung eines solchen Verbots kommt es aufgrund der derzeit stRsp oftmals zu einer (künftigen) Gläubigerabwehr und nicht selten ist das auch der (einzige) bezweckte Grund der Eintragung, wodurch große Missbrauchsgefahr besteht.⁶⁹⁾ Eine Unwirksamkeit infolge Sittenwidrigkeit ist zwar restriktiv handzuhaben,⁷⁰⁾ bei nachträglichem Zusammenwirken in Schädigungsabsicht⁷¹⁾ bzw wenn das Verbot gezielt gegen andrängende Gläubiger eingesetzt werden soll, um einen exekutiven Zugriff zu verhindern, ist dies aber jedenfalls denkbar.⁷²⁾ Von besonderer Bedeutung für die Gläubiger ist daher die Frage nach einer allfälligen Exekutions-, Insolvenz-, und Anfechtungsfestigkeit.⁷³⁾

Welchen genauen Inhalt die vertragliche Vereinbarung hat und welche Verfügungen daher dem Verbot widersprechen, ist mittels **Auslegung des**

⁶⁵⁾ Zum Ausgedinge vgl nur OGH 10 Ob 510/94 JBl 1994, 818; zum Wohnrecht OGH 5 Ob 101/08a NZ 2009/729 (tlw krit Hoyer) = NZ 2009/34 = NZ 2009/42 = Zak 2008/536. Vgl dazu bereits *Leupold* in *Klang*³ § 364c Rz 8.

⁶⁶⁾ Winner in *Rummel/Lukas*⁴ § 364c Rz 5.

⁶⁷⁾ Vgl dazu OGH 10 Ob 510/94 JBl 1994, 818; so bereits *Spielbüchler* in *Rummel*² § 364c Rz 2; nun *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 364c Rz 2; vgl dazu ausführlich S 165 ff.

⁶⁸⁾ Vgl dazu bereits S 2.

⁶⁹⁾ *Hofmeister*, ÖJZ 1986, 752 ff; *Aschauer*, Veräußerungs- und Belastungsverbot 86 ff; *Binder*, Sachenrecht Rz 4/3; *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 364c Rz 2; *Leupold* in *Klang*³ § 364c Rz 11; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 364c Rz 3; *Eccher/Riss* in *KBB*⁵ § 364c Rz 5.

⁷⁰⁾ *Leupold* in *Klang*³ § 364c Rz 11 f, die von einer sittenwidrigen Vereinbarung ausgeht, „je näher der Verbotsbelastete an der Insolvenz ist“.

⁷¹⁾ So bereits *Leupold* in *Klang*³ § 364c Rz 13.

⁷²⁾ RIS-Justiz RS 0026265 (T26); RS 0025230 (T11); RS 0026271 (T31).

⁷³⁾ *Leupold* in *Klang*³ § 364c Rz 11 f, 93 f. Vgl dazu ausführlich S 90 ff, S 107 ff.