



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IX ZR 151/08

vom

5. Mai 2009

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, die Richter Raebel und Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Pape

am 5. Mai 2009

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die im Urteil des 1. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 4. Juli 2008 zugelassene, von dem Beklagten frist- und formgerecht eingelegte Revision aus nachstehenden Gründen durch einstimmigen Beschluss kostenpflichtig zurückzuweisen.

Dem Beklagten wird gemäß § 552a Satz 2, § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO Gelegenheit gegeben, zu diesem Hinweis bis zum 26. Mai 2009 Stellung zu nehmen.

Das Prozesskostenhilfegesuch des Beklagten wird abgelehnt. Eine Entscheidung über das Prozesskostenhilfegesuch der Klägerin bleibt vorbehalten.

Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 18.405 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg. Ein Grund für ihre Zulassung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO besteht nicht.

2 1. Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist - hier zu Lasten des Beklagten - geklärt, dass nur dann, wenn dem Berechtigten die Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit nach § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet ist, das Recht nach § 857 Abs. 3 ZPO gepfändet werden kann und zur Konkursmasse (§ 1 KO) oder Insolvenzmasse (§ 36 Abs. 1 InsO) des Berechtigten gehört (BGHZ 130, 314, 318; BGH, Urte. v. 6. Dezember 2001 - IX ZR 158/00, WM 2002, 141, 142 unter II. 2.; v. 29. September 2006 - V ZR 25/06, WM 2006, 2226, 2227 Rn. 9). Die Gestattung kann nach den §§ 873, 874, 877 BGB zum dinglichen Rechtsinhalt gehören. Ebenfalls möglich ist eine entsprechende schuldrechtliche Vereinbarung, die auch nachträglich getroffen werden kann (BGH, Urte. v. 25. September 1963 - VIII ZR 39/62, LM BGB § 1090 Nr. 7; v. 29. September 2006 aaO Rn. 10; BGH, Beschl. v. 14. Juni 2007 - IX ZR 170/06, WuM 2007, 533 Rn. 5). Daraus folgt bereits, dass die vom Beklagten einseitig erklärte Überlassungsgestattung selbst dann keine Wirkung entfalten könnte, wenn zugunsten der Konkursmasse der beabsichtigte Erwerb des mit dem Recht der Klägerin belasteten Wohnungseigentums vollendet worden wäre. Grundsätzliche Bedeutung verleiht die Wirkungslosigkeit einer lediglich einseitigen Überlassungsgestattung für ein dingliches Wohnungsrecht der Rechtssache nicht mehr, obwohl im Schrifttum weiterhin vereinzelt auch die einseitige Erklärung des Eigentümers gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB als ausreichend

angesehen wird. Denn die Auslegung des Gesetzes ist gegen diese Rechtsansicht geklärt.

3            2. Die von der Revision erhobenen Rügen gegen die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht eine sittenwidrige Bestellung der streitigen Wohnungsrechte (§ 138 BGB) und eine unzulässige Rechtsausübung der Klägerin (§ 242 BGB) verneint hat, sind im Ergebnis schon deshalb nicht erfolgversprechend, weil die Wirkungen des Prozessvergleichs vom 18. September 2001 in der Sache 15 U 3513/00 des Kammergerichts den nach seiner Nummer 5 aufrecht erhaltenen "Grundbuchstand" solchen Angriffen entziehen (entgegen den Ausführungen des Beklagten im Schriftsatz vom 13. Mai 2008 unter 3.).

4            Anfechtungsansprüche (dazu vgl. BGH, Urt. v. 18. Mai 1995 - IX ZR 189/94, ZIP 1995, 1204, 1205, insoweit in BGHZ 130, 38 nicht abgedruckt; v. 24. Juni 2003 - IX ZR 228/02, ZIP 2003, 1554, 1555 unter IV. 1., insoweit in BGHZ 155, 199 nicht abgedruckt; siehe außerdem Kreft in Festschrift für Karsten Schmidt S. 965 ff) sind ebenso wie die streitige Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB (vgl. dazu BGH, Urt. v. 3. April 1963 - VIII ZR 217/61, LM BGB § 779 Nr. 19; v. 2. Juni 1989 - V ZR 316/87, WM 1989, 1478 f) grundsätzlich vergleichsfähig. Die mögliche Unwirksamkeit des abstrakten Verfügungsgeschäfts (Auflassungserklärungen) in dem vorbezeichneten Prozessvergleich gemäß § 925 Abs. 2 BGB (im Zweifel verneint von BVerwG NJW 1995, 2179, 2180 unter 2.2) ändert an seiner sonstigen Wirksamkeit nichts, weil die Parteien zu einer mangelfreien Neuvernahme der nach seinem schuldrechtlichen Inhalt gebotenen Auflassungen imstande und verpflichtet sind.

II.

- 5 Mangels hinreichender Erfolgsaussicht kann dem Beklagten nach § 114 ZPO Prozesskostenhilfe für sein Rechtsmittel nicht gewährt werden.

Ganter

Raebel

Kayser

Lohmann

Pape

**Hinweis:** Die Revision ist zurückgenommen worden.

Vorinstanzen:

LG Flensburg, Entscheidung vom 30.07.2007 - 4 O 156/07 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 04.07.2008 - 1 U 114/07 -