

Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG

9. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-76678-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Rechtsordnungen eine grenzüberschreitende Umwandlung zulassen, ist für die einzelnen Verfahrensanforderungen auf die jeweils strengere Rechtsordnung abzustellen. Auch auf der Rechtsfolgenseite ist entsprechend zu kumulieren. Ob und ggf. in welchem Umfang dabei Liegenschaftsrechte von einer Gesamtrechtsnachfolge erfasst oder aber unter Anwendung des § 873 zu übertragen sind, ist Frage des Einzelfalls. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten ist auf die Erläuterungen des Internationalen Gesellschaftsrechts zu verweisen.

bb) Europäische Aktiengesellschaft. Die Europäische Aktiengesellschaft (**Societas Europaea**) ist ein europarechtlicher, weder dem UmwG noch den vorgenannten allgemeinen Grundsätzen über grenzüberschreitende gesellschaftsrechtliche Veränderungen unterliegender Sonderfall. Diese gemäß Art. 1 Abs. 3 SE-VO mit Eintragung im Handelsregister mit Rechtspersönlichkeit⁸⁵ ausgestattete und durch den Rechtsformzusatz „SE“ gekennzeichnete (vgl. Art. 11 Abs. 1 SE-VO) Gesellschaftsform, die durch das SEEG⁸⁶ näher ausgestaltet ist, ermöglicht im Raum der EU, dass Aktiengesellschaften – bei Gründung einer Holding-SE auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie bei Gründung einer Tochter-SE Gesellschaften iSd Art. 48 Abs. 2 EG-Vertrag (nunmehr Art. 54 AEUV) sowie juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts und gemäß Art. 3 Abs. 2 SE-VO die SE selbst – grenzüberschreitende gesellschaftsrechtliche Umgestaltungen unter Beteiligung anderer Rechtsträger vollziehen, wenn sie nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der EU (vgl. Art. 2 Abs. 5 SE-VO zu Gesellschaften mit Hauptverwaltung außerhalb der EU) haben.⁸⁷ Die SE kann durch Verschmelzung (Art. 17 ff. SE-VO) oder durch Gründung einer Holding-SE (Art. 32 ff. SE-VO) oder einer Tochter-SE (Art. 35 f. SE-VO) entstehen.⁸⁸ Neben diese grenzüberschreitende gesellschaftsrechtliche Umgestaltung tritt die inländische Umwandlung einer bestehenden AG, die eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft hat, in eine SE (Art. 37 SE-VO).⁸⁹

Für die **Verschmelzung**⁹⁰ nach Art. 2 Abs. 1 SE-VO stehen ähnlich dem UmwG zwei Möglichkeiten zur Verfügung.⁹¹ Die Verschmelzung kann sich gemäß Art. 17 Abs. 2 lit. a SE-VO als **Aufnahme** vollziehen, bei der eine oder mehrere Gesellschaften ihr Vermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf eine andere Gesellschaft übertragen. Bei dieser Art der Verschmelzung nimmt die aufnehmende Gesellschaft die Form einer SE an (Art. 29 Abs. 1 lit. d SE-VO). Eine Verschmelzung kann ferner gemäß Art. 17 Abs. 2 lit. b SE-VO in Form der **Neugründung** erfolgen. Bei dieser übertragen mehrere Gesellschaften ihr Vermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf eine neu gegründete SE. Die **Rechtsfolgen** der Verschmelzung bestimmt Art. 29 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b SE-VO dahingehend, dass die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft Anteilsinhaber der übernehmenden bzw. der neu gegründeten SE werden. In beiden Fällen geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende bzw. neu gegründete SE über. Ein **Übertragungsakt nach § 873** ist für die vom Vermögensübergang betroffenen Liegenschaftsrechte **nicht erforderlich**. Das Grundbuch ist lediglich zu berichtigen.

Bei der Gründung einer **Holding-SE**,⁹² die nach Art. 2 Abs. 2 SE-VO in Form von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung möglich ist, bzw. bei Gründung einer **Tochter-SE**,⁹³ die Gesellschaften iSv Art. 48 Abs. 2 EG-Vertrag (nunmehr Art. 54 AEUV) sowie juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts und gemäß Art. 3 Abs. 2 SE-VO auch einer bereits errichteten SE offen steht, entstehen gemäß Art. 32 SE-VO bzw. Art. 35 SE-VO bei unverändertem Fortbestand der die Gründung betreibenden Gesellschaften neue Rechtsträger jeweils in Form einer SE. Dieser Gründungsakt führt, anders als bei der Verschmelzung, nicht zu einer Gesamtrechtsnachfolge,⁹⁴ sodass **Rechtsübertragungen nach § 873** zu vollziehen sind.

Für die **Umwandlung einer bestehenden AG** in eine SE,⁹⁵ die mit dem im UmwG geregelten Formwechsel vergleichbar ist,⁹⁶ ordnet Art. 37 Abs. 2 SE-VO an, dass die Umwandlung weder die Auflösung der Gesellschaft noch die Gründung einer neuen juristischen Person zur Folge hat.

⁸⁵ *Wicke* MittBayNot 2006, 196.

⁸⁶ Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft vom 22.12.2004 (BGBl. 2004 I 3675); dieses Gesetz enthält das SEAG sowie das SEBG.

⁸⁷ *Hirte* DStR 2005, 653 (655).

⁸⁸ Zur Gründung *Hirte* DStR 2005, 653 (655 f.); *Wicke* MittBayNot 2006, 196 (197).

⁸⁹ *Wicke* MittBayNot 2006, 196 (201).

⁹⁰ *Vossius* ZIP 2005, 741 (743 f.); *Wicke* MittBayNot 2006, 196 (198).

⁹¹ *Nagel* NZG 2004, 833 (834).

⁹² *Vossius* ZIP 2005, 741 (744 ff.); *Wicke* MittBayNot 2006, 196 (199).

⁹³ *Wicke* MittBayNot 2006, 196 (199).

⁹⁴ *Oechsler* NZG 2005, 449 (451).

⁹⁵ *Vossius* ZIP 2005, 741 (747 f.); *Wicke* MittBayNot 2006, 196 (201).

⁹⁶ *Nagel* NZG 2004, 833 (834).

Da wegen der Identitätswahrung kein Vermögensübergang stattfindet, sind Grundstücksrechte der AG **nicht gemäß § 873** zu übertragen. Im Grundbuch genügt eine Richtigstellung tatsächlicher Angaben im Wege eines Klarstellungsvermerks.

- 44 **e) Juristische Personen des öffentlichen und kirchlichen Rechts.** Bei **Neuentstehung** oder **Erweiterung** einer **Gebietskörperschaft** kraft Hoheitsakts gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auch die dinglichen Rechte **ohne Einigung und Eintragung** auf die veränderte Gebietskörperschaft über;⁹⁷ das Grundbuch ist zu berichtigen. Veränderungen von **Körperschaften** oder **Anstalten** des öffentlichen Rechts sind mittels **Formwechsels** möglich, sodass jene gemäß § 191 Abs. 1 Nr. 6 UmwG, § 202 Abs. 1 UmwG unter Identitätswahrung umgewandelt werden können. Grundbuchmäßig genügt die Richtigstellung tatsächlicher Angaben im Wege eines Klarstellungsvermerks.⁹⁸
- 45 Die **Teilung einer Kirchengemeinde** führt zur gesamthänderischen Nachfolge;⁹⁹ die Auseinandersetzung hat gemäß § 873 zu erfolgen.¹⁰⁰ Die Übertragung von Grundstückseigentum zwischen **kirchlichen Körperschaften** ohne konstitutive Grundbucheintragung ist aufgrund kirchlichen Gesetzes¹⁰¹ nur ausnahmsweise möglich; in diesem Fall wird das Grundbuch unvollständig.¹⁰² Ausgeschlossen ist eine solche Eigentumsübertragung zB von der Mutterpfarrei auf eine neue Gemeinde,¹⁰³ und durch Zuweisung an eine neue Pfarrgemeinde.¹⁰⁴
- 46 **f) Andere Gesamthandsgemeinschaften, insbesondere Erbengemeinschaft.** Der Erwerb eines **Erbteils** tritt nach § 2033 Abs. 1 ohne Auflassung in die Erbengemeinschaft ein.¹⁰⁵ Wenn alle Miterben ihre **Erbteile** an mehrere andere Personen **in Bruchteilsgemeinschaft übertragen**, besteht die Erbengemeinschaft fort, jedoch entsteht in Bezug auf die jeweiligen Erbteile eine Bruchteilsgemeinschaft; ein zum Nachlass gehörendes Grundstücksrecht ist unter Berichtigung des Grundbuchs als insgesamt der Erbengemeinschaft in Bruchteilen zustehend einzutragen.¹⁰⁶ Die **Überführung** von gesamthänderischem Grundeigentum einer Erbengemeinschaft in **Bruchteilseigentum** der Miterben ist gemäß § 873 zu vollziehen.¹⁰⁷ Gibt hingegen ein Miterbe seine Erbenstellung im Wege der sog. **Abschichtung** auf, wächst sein Anteil den oder dem verbleibenden Miterben zu, sodass sich die gesamthänderische Berechtigung hinsichtlich eines Liegenschaftsrechts ipso jure entsprechend ändert und die diesbezügliche Eintragung für die vormalige Erbengemeinschaft falsch wird; die Anpassung der Grundbuchlage kann alsdann auf Grund von § 894 verlangt werden.¹⁰⁸ Verpfändung und Pfändung eines Erbanteils sind wie eine Verfügungsbeschränkung über das Nachlassgrundstück eintragungsfähig (→ § 892 Rn. 62 aE; → § 1274 Rn. 42). Für andere Gesamthandsgemeinschaften (zur GbR, OHG und KG im Besonderen → Rn. 22 ff.) gilt das für die Erbengemeinschaft Dargestellte grundsätzlich ebenso.¹⁰⁹

IV. Die Einigung

- 47 **1. Erforderlichkeit und Ausnahmen.** Die Einigung über die in § 873 bezeichneten Rechtsänderungen ist **grundsätzlich ein notwendiges Element** für den Eintritt der materiellrechtlichen Verfügungswirkung. Sie ist jedoch im Allgemeinen **nicht hinreichend**, da diese Wirkung in der Regel das Hinzutreten einer entsprechenden Eintragung im Grundbuch erfordert.
- 48 Aufgrund des am Schluss von Abs. 1 erwähnten Vorbehalts kann die Einigung als konstitutives Element der liegenschaftsrechtlichen Verfügung **ausnahmsweise entbehrlich** sein. So lässt das **Gesetz die einseitige**, als materiellrechtliche Willenserklärung und nicht bloß eine grundbuchverfahrensrechtliche zu verstehende¹¹⁰ **Erklärung des Eigentümers** zur Bestellung einer Wertpapier-

⁹⁷ RGZ 87, 284 (286); BayObLGZ 6, 466.

⁹⁸ Staudinger/*Picker*, 2019, § 894 Rn. 32.

⁹⁹ Staudinger/*Heinze*, 2018, Rn. 13.

¹⁰⁰ OLG Hamm Rpfleger 1980, 148.

¹⁰¹ Staudinger/*Heinze*, 2018, Rn. 13 mwN; zur konstitutiven Eigentumsübertragung durch kirchlichen Verwaltungsakt aufgrund eines hierzu ermächtigenden Kirchengesetzes *Mainusch NJW* 1999, 2148 ff.

¹⁰² OLG Hamburg Rpfleger 1982, 373; *Mainusch NJW* 1999, 2148.

¹⁰³ OLG Düsseldorf NJW 1954, 1767.

¹⁰⁴ OLG Oldenburg DNotZ 1972, 492 (493); vgl. OLG Hamm Rpfleger 1980, 148.

¹⁰⁵ KGJ 33 A 207 (210); 35 A 74 (75).

¹⁰⁶ BGH NJW 2016, 493 (494); *Böttcher NJW* 2016, 2782 (2782).

¹⁰⁷ RGZ 57, 432 (433 ff.); BGHZ 21, 229 (331 f.) = NJW 1956, 1433; OLG München BeckRS 2011, 21792; KG MittBayNot 2017, 590 Rn. 11 betr. eheliche Gütergemeinschaft nach polnischem Recht.

¹⁰⁸ BGHZ 138, 8 (11) = NJW 1998, 1557 (1558); OLG München NZI 2014, 335 Rn. 18; AG Bautzen FamRZ 2016, 1111 (1111 f.).

¹⁰⁹ K. *Schmidt JuS* 1982, 300.

¹¹⁰ Staudinger/*Heinze*, 2018, Rn. 220; hM.

hypothek (§ 1188) sowie einer Eigentümergrund- und -rentenschuld (§§ 1196, 1199) genügen. Einseitige Verfügungsakte genügen ferner bei Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (§ 875), bei Rangänderung verschiedener Rechte desselben Inhabers und beim Rangvorbehalt in Bezug auf Eigentümerrechte (§§ 879 ff.), bei Bewilligung von Vormerkung und Widerspruch (§§ 885, 899), bei Vereinigung, Bestandteilszuschreibung und Teilung eines Grundstücks (§ 890), bei Eigentumsaufgabe (§ 928), bei Regelungen nach § 1109 Abs. 2 aus Anlass der Teilung des herrschenden Grundstücks, bei Verteilung einer Gesamthypothek nach § 1132 Abs. 2, bei Verzicht des Gläubigers auf seine Hypothek (§ 1168) und bei der Teilungserklärung nach § 8 WEG.

Über die gesetzlich bestimmten Fälle hinaus sind mit Recht auch **andere anfängliche Grundstücksbelastungen zu Gunsten des Eigentümers** unter Verzicht auf das Einigungserfordernis zuzulassen.¹¹¹ Die Einigung fordert § 873 nur für Rechtsgeschäfte unter zwei oder mehreren Beteiligten, also für Rechtsübertragungen und für Belastungen zu Gunsten anderer Personen. Das Einigungserfordernis soll den Erwerbwillen respektieren und eine ungewollte Aufdrängung von Rechten vermeiden,¹¹² diese Gefahr besteht nicht bei Belastungen durch den Eigentümer für sich selbst. Dass beschränkte dingliche Rechte wesensgemäß nur für Dritte bestellt werden können, lässt sich angesichts der vom Gesetz selbst in §§ 1009, 1196 bestimmten Ausnahmen weder aus der Unmöglichkeit einer Einigung mit sich selbst,¹¹³ wogegen schon die von § 181 vorausgesetzte Sachlage spricht, noch aus § 873 und anderen Vorschriften herleiten. Ein Bedürfnis für Eigentümerrechte besteht vor allem bei angebahnten Grundstücksveräußerungen,¹¹⁴ um Risiko und Umständlichkeit einer Rückbelastung durch den Grundstückserwerber zu vermeiden,¹¹⁵ ferner zwecks Erschließung der Anwendbarkeit des § 95 Abs. 1 S. 2 für den Eigentümer bei Errichtung von Anlagen auf dem Grundstück, die zB zum Ermöglichen der Sicherungsübereignung einer Photovoltaikanlage von Interesse sein kann.¹¹⁶ Die Bestellung eines Eigentümerrechts empfiehlt sich ferner als Ersatz für einen Rangvorbehalt, wenn nachrangige Fremdrechte begründet werden sollen.¹¹⁷ Vom konkreten Nachweis eines praktischen Bedürfnisses ist die Bestellung eines Eigentümerrechts ebenso wenig wie bei Bestellung einer Eigentümergrundschuld abhängig zu machen.¹¹⁸ Die Zulässigkeitsgrenzen ergeben sich allein aus der Natur der Grundstücksbelastung, namentlich aus Akzessorietätsgründen; eine weitere Grenze gilt aus den zwingenden Grenzen einer Rechterhaltung bei Subjektsvereinigung (→ § 889 Rn. 4), denn infolge Konsolidation erlöschende Rechte können von vornherein nicht für den Eigentümer bestellt werden. Insbesondere eine Hypothek am eigenen Grundstück ist daher nicht zu bestellen, da der Eigentümer sich selbst nichts schulden kann (§ 1177); grundsätzlich ist auch keine Vormerkung für den Eigentümer (aber → § 886 Rn. 10), kein Pfand- und Nießbrauch für den Inhaber eines beschränkten Grundstücksrechts zu bestellen.¹¹⁹ Der Eigentümer kann sich demnach jedoch eine **Grunddienstbarkeit**¹²⁰ oder **beschränkte persönliche Dienstbarkeit**,¹²¹ einen **Nießbrauch**,¹²² ein subjektiv-persönliches **Vorkaufrecht**,¹²³ ein **Erbaurecht**¹²⁴ und ein **Dauerwohnrecht**¹²⁵ am eigenen Grundstück bestellen.

¹¹¹ BGHZ 190, 267 Rn. 7 = NJW 2011, 3517; BGH NJW 1982, 2381 (2381 f.); BayObLG Rpfleger 1984, 142 f.; NJW-RR 1987, 1233 f.; *Böhringer* NotBZ 2012, 121 ff.; *Knöchlein*, Das Recht an der eigenen Sache, 1991, 187 ff.; *Weitnauer* DNotZ 1958, 352 ff.; 1964, 716 ff.; *Harder* DNotZ 1970, 267 (269 f.); *Staudinger/Heinze*, 2018, Rn. 217 ff.

¹¹² Mot. III 160 = *Mugdan* III 85; RGZ 142, 231 (236 f.); BGHZ 41, 209 (210) = NJW 1964, 1226; BGH NJW 1988, 2362 (2363); BGHZ 190, 267 Rn. 7 = NJW 2011, 3517.

¹¹³ So *Mugdan* III 267 betr. Bestellung einer Grunddienstbarkeit für den Eigentümer.

¹¹⁴ BGHZ 41, 209 (211) = NJW 1964, 1226; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 63 f.; *Reymann* ZIP 2013, 605 (607 f.).

¹¹⁵ BGHZ 190, 267 Rn. 10 = NJW 2011, 3517; betr. Nießbrauch; *Reymann* ZIP 2013, 605 (607 f.) betr. Grunddienstbarkeit.

¹¹⁶ *Reymann* ZIP 2013, 605 (607 f.); hins. der Eröffnung des § 95 Abs. 1 S. 2 bestr., aA OLG München RNotZ 2012, 44 Rn. 23.

¹¹⁷ BGHZ 190, 267 Rn. 8 = NJW 2011, 3517; LG Stade NJW 1968, 1678 f.

¹¹⁸ BGHZ 190, 267 Rn. 10 = NJW 2011, 3517 (3518), insoweit abw. von BGHZ 41, 209 (211) = NJW 1964, 1226 (1227); *Böhringer* NotBZ 2012, 121 (122); *Reymann* ZIP 2013, 605 (607 f.); *Weitnauer* DNotZ 1964, 716 (717 f.).

¹¹⁹ *Weitnauer* DNotZ 1958, 352 (359).

¹²⁰ RGZ 142, 231 (237) = JW 1934, 282 m. zust. Anm. *Boesebeck*.

¹²¹ BGHZ 41, 209 = NJW 1964, 1226; BGH NJW 1988, 2362 (2363); OLG Karlsruhe NJW-RR 1991, 785 (786); *Weitnauer* DNotZ 1964, 716 ff.

¹²² BGHZ 190, 267 = NJW 2011, 3517 f.; OLG Stuttgart NJW-RR 2018, 1169 (1169 f.); LG Stade NJW 1968, 1678; *Goetze* RNotZ 2013, 147 (148); aA OLG Düsseldorf NJW 1961, 561.

¹²³ BayObLG Rpfleger 1984, 142 f.

¹²⁴ BGH NJW 1982, 2381 f.; OLG Düsseldorf NJW 1957, 1194 f.; *Weitnauer* DNotZ 1958, 352 ff.

¹²⁵ BayObLG NJW-RR 1987, 1233 f.; *Weitnauer* DNotZ 1958, 352 gegen AG Düsseldorf DNotZ 1958, 426.

- 50 2. Rechtsnatur und Abstraktheit. a) Grundlagen.** Die Einigung iSd § 873 ist ein **selbständiger dinglicher Vertrag**, der auf die unmittelbare Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung gerichtet ist.¹²⁶ Sie **begründet keinen Anspruch** auf Verschaffung oder Eintragung des Rechts, dessen Erwerb sie zum Gegenstand hat;¹²⁷ sie kann daher auch nicht Grundlage einer Vormerkung sein. Die Einigung iSd § 873 Abs. 1 ist ihrem Wesen und Inhalt nach **von** der Grundbuchverfahrensrechtlich bedeutsamen, der Form des § 29 GBO bedürftigen **Eintragungsbewilligung** zu **unterscheiden**.¹²⁸ Letztere ist auch im Fall des § 20 GBO bei nachgewiesener Auflassung (§§ 873, 925) nicht entbehrlich.¹²⁹ Dessen ungeachtet können Einigung iSd § 873 Abs. 1 und Eintragungsbewilligung zugleich vorgenommen werden; auch kann die Eintragungsbewilligung als eigenständige Erklärung im Wege der Auslegung aus der Einigung gemäß § 873 Abs. 1 gewonnen werden (→ Rn. 103). Umgekehrt ist es möglich, in der Bewilligung des Betroffenen zugleich dessen materiellrechtliche Einigungsklärung des Bewilligenden nach § 873 Abs. 1 zu sehen.¹³⁰
- 51** Nach dem **Trennungsprinzip** ist die dingliche Einigung nicht schon in der **schuldvertraglichen Einigung** enthalten; sie kann aber, da sie abgesehen von der Auflassung gemäß § 925 grundsätzlich **formlos** gültig und selbst die Auflassung anders als Verpflichtungsgeschäfte nach § 311b Abs. 1 S. 1 nicht beurkundungspflichtig¹³¹ ist, auch **konkludent** zugleich mit dem Kausalgeschäft erklärt werden. Die Einigung wirkt abstrakt, unabhängig von Bestehen und Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts.¹³² Das **Abstraktionsprinzip** dient im Verein mit dem Eintragungszwang der Klarheit dinglicher Zuordnung und gewährleistet im Zusammenwirken mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs den erstrebten **Schutz des Rechtsverkehrs**: Mängel des Kausalgeschäfts als solche beeinträchtigen grundsätzlich (zu Einschränkungen → Rn. 52 ff.) nicht einen rechtsgeschäftlichen Erwerb, was insbesondere nachfolgenden Erwerb Dritter unabhängig von gutem Glauben an die Rechtsinhaberschaft des eingetragenen Verfügenden gewährleistet. Die Gültigkeit des Kausalgeschäfts hat das Grundbuchamt im Eintragungsverfahren nicht nachzuprüfen (s. § 19 GBO, § 20 GBO).¹³³ Die Korrektur der dinglichen Rechtslage bei Abweichung von dem obligatorisch geschuldeten Rechtszustand ist dem **Bereicherungsrecht** vorbehalten; der Anspruch ist nach der Grundbucheintragung auf Aufhebung bzw. Rückübertragung des eingetragenen Rechts,¹³⁴ vor der Eintragung auf Aufhebung der schon bindenden (Abs. 2) dinglichen Einigung gerichtet.¹³⁵ Der Kondiktionsanspruch kann durch **Vormerkung** gesichert werden (→ § 885 Rn. 2), vor Eintragung des Erwerbers unter Umständen durch ein gerichtliches Erwerbsverbot (→ Rn. 56), jedoch wegen der Richtigkeit der im Grundbuch eingetragenen liegenschaftsrechtlichen Lage nicht durch Widerspruch.
- 52 b) Einschränkungen der Abstraktion.** Die Abstraktheit wirkt sich nicht aus, wenn der Mangel des Kausalgeschäfts zugleich dem dinglichen Geschäft anhaftet (sog. Fehleridentität → Rn. 53). Sie kann ggf. auch durch einen vereinbarten Bedingungs Zusammenhang vom Parteiwillen überwunden werden (→ Rn. 54). Die Annahme einer Geschäftseinheit von Schuldvertrag und dinglichem Vollzugsgeschäft iSv § 139 ist nur ausnahmsweise zulässig (→ Rn. 55).
- 53** Zur **Fehleridentität** beider Geschäfte kann es namentlich bei **mangelnder Geschäftsfähigkeit** eines Vertragsteils, bei gemäß § 134 **verbotswidriger Veräußerung**, wie etwa bei Verstoß gegen das kommunalrechtliche Verbot von Veräußerungen unter Wert,¹³⁶ oder bei nach **§ 116 S. 2, § 117 Abs. 1, § 118** nichtigen Erklärungen kommen, sofern die Voraussetzungen jeweils für das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft vorliegen; beim Kauf unter Verstoß gegen das Formgebot des § 311b Abs. 1 trifft dies in der Regel nicht zu.¹³⁷ Gleiches gilt bei beiden Akten anhaftendem **identlichem Anfechtungsgrund**, insbesondere in Fällen des § 123¹³⁸ und des § 119 Abs. 2,¹³⁹

¹²⁶ Vgl. Mot. III 158 ff. = *Mugdan* III 87 f. Zur praktisch folgenlosen Streiffrage über die Vertragsnatur der Einigung Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 34 ff.

¹²⁷ R.G.Z. 115, 35 (38 f.); 151, 75 (77).

¹²⁸ Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 60; Ertl DNotZ 1975, 644 (646).

¹²⁹ Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 60; Tetenberg, Die Anwartschaft des Auflassungsempfängers, 2006, 23 ff., 29; aA Kesslerer ZNotP 2005, 176 ff.; zum Ganzen Reithmann ZNotP 2005, 322 (322 f.) mwN.

¹³⁰ BGH BWNNotZ 2020, 424 (428).

¹³¹ OLG Rostock NJW-RR 2006, 1162; Wolf JA 2006, 898; Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 50.

¹³² So ausdrücklich § 829 BGB-E I; *Mugdan* III 103 f., 531.

¹³³ OLG Frankfurt NJW 1981, 876 (877).

¹³⁴ R.G.Z. 63, 179 (185 f.).

¹³⁵ R.G.Z. 108, 329 (331); 117, 287 (290); 119, 163 (166 ff.).

¹³⁶ BGHZ 47, 30 (36); BGH NJW 2013, 3779 Rn. 15.

¹³⁷ Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 135 ff.

¹³⁸ R.G.Z. 70, 55 (57 f.); BGH DB 1966, 818; OLG Hamm VersR 1975, 814; Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 136.

¹³⁹ R.G.Z. 66, 385 (389 f.); Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 136.

wobei die übereinstimmende Unwirksamkeit nur bei Erklärung der Anfechtung beider Rechtsgeschäfte eintritt; ferner bei **Dissens**, sofern er ausnahmsweise Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft betrifft. Bei **Wucher** erstreckt die hM die Nichtigkeitswirkung dem Wortlaut des § 138 Abs. 2 entsprechend auch auf das Veräußerungsgeschäft des Bewucherten. Bei sonst **sittenwidrigen Geschäften** erfasst § 138 Abs. 1 das grundsätzlich sittlich inoffensive dingliche Geschäft nur, wenn es ausnahmsweise selbst mit dem Makel der Unsittlichkeit behaftet ist, besonders weil mit ihm sittenwidrige Zwecke verfolgt werden.¹⁴⁰ Dies gilt auch für Sicherungsgeschäfte, die zB wegen Knebelung oder Gläubigergefährdung als sittenwidrig anzusehen sind.

Eine Verknüpfung von Grund- und Erfüllungsgeschäft durch einen **Bedingungszusammenhang** gemäß § 158 ist zulässig, soweit die Einigung eine Bedingung verträgt,¹⁴¹ was insbesondere bei der Auflassung gemäß § 925 Abs. 2 und bei der Übertragung eines Erbbaurechts gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG nicht der Fall ist. Der Bestand des dinglichen Geschäfts kann ausdrücklich von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts abhängig gemacht werden. Bei der Annahme einer **stillschweigenden Bedingung** ist größte Zurückhaltung geboten.¹⁴² Eine entsprechende Auslegung des rechtsgeschäftlichen Vorgangs setzt zumindest voraus, dass beide Parteien an der Gültigkeit des Kausalgeschäfts Zweifel hegen; sonst wird die konkludente Bedingung zu einer der Zielsetzung des Abstraktionsprinzips widerstreitenden Fiktion (→ § 158 Rn. 26).

Über die bei **Teilnichtigkeit einer Geschäftseinheit** nach § 139 im Zweifel anzunehmende Gesamtnichtigkeit teilnichtiger Rechtsgeschäfte darf das zu den Charakteristika der Verfügungsgeschäfte nach deutschem Recht gehörende, der Parteidisposition um der höherrangigen Verkehrssicherheit willen entzogene Abstraktionsprinzip grundsätzlich nicht überspielt werden. Zwar ist beim Vorliegen konkreter Anhaltspunkte ein **Wille** der Parteien **zur Geltungsverbindung** des kausalen Geschäfts mit dem dieses erfüllenden dinglichen Geschäft nach § 139 nicht allgemein auszuschließen.¹⁴³ Bei der Annahme eines solchen Willens als Grundlage der Anwendung von § 139 ist allerdings größte **Zurückhaltung** zu üben.¹⁴⁴ Ein wirtschaftlicher Zusammenhang von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft genügt nicht. Auch die Zusammenfassung beider Geschäfte in einer Urkunde ist allenfalls ein schwaches Indiz.¹⁴⁵ Richtigerweise ist ein ernsthafter Wille zur Geltungsverbindung erforderlich, der in der Regel nicht nur aktuelle Zweifel an der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts voraussetzen dürfte, sondern auch Anzeichen dafür, dass die Parteien bei Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts aktuell den dahingehend spezifizierten Willen hatten, das Verfügungsgeschäft deshalb als unmittelbar nicht wirksam anzusehen. Bei **bedingungsfeindlichen** Erfüllungsgeschäften, namentlich bei der Auflassung und der Übertragung eines Erbbaurechts, scheidet die Anwendung des § 139 jedenfalls aus.¹⁴⁶ Gleiches gilt bei **simulierten** Kausalgeschäften, da bei ihnen die Parteien zwischen dem nicht gewollten Scheingeschäft und dem verdeckten Geschäft und auch dem Erfüllungsgeschäft bewusst unterscheiden.¹⁴⁷

c) Gerichtliches Erwerbsverbot. Zur Verhinderung dinglichen Rechtserwerbs bei mangelhafter Vertragsgrundlage, insbesondere zum Ausschluss der Heilung formnichtiger Grundstückskaufverträge nach § 311b Abs. 1 S. 2, hat die Praxis das rechtspolitisch bedenkliche sog. **Erwerbsverbot** aufgrund einstweiliger Verfügung entwickelt (zum Ganzen kritisch → § 878 Rn. 8; → § 888 Rn. 34 ff.). Es enthält das Gebot an den Erwerber, von einem Eintragungsantrag abzusehen bzw. ihn zurückzunehmen. Die Grundsätze über das Erwerbsverbot sollen nach zum Teil vertretener Auffassung auch für ein im Wege einstweiliger Verfügung angeordnetes Lösungsverbot gelten.¹⁴⁸ Ist die einstweilige Verfügung dem Grundbuchamt bekannt, soll sie ein Eintragungshindernis (§ 18 GBO) darstellen;¹⁴⁹ wird der Erwerber dennoch eingetragen, soll der Erwerb entsprechend §§ 135, 136 relativ unwirksam¹⁵⁰ und das

¹⁴⁰ RGZ 109, 201 (202); BGH NJW 1973, 613 (615); 1985, 3006 (3007); OLG Brandenburg BeckRS 2012, 7376; 2012, 7377; Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 140 ff.

¹⁴¹ Zum auflösend bedingten Sicherungsnießbrauch RGZ 106, 109 (111).

¹⁴² Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 148.

¹⁴³ Vgl. BGHZ 31, 321 (323) = NJW 1960, 621 (622); BGH NJW 1979, 1495 f. betr. Auflassung; OLG Frankfurt NJW 1981, 876 (877); abl. Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 149 mwN; näher v. Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, 1968, 44 ff.; Schlüter JuS 1969, 10 (12); Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrerschutz durch Abstraktion, 1996, 84 ff.

¹⁴⁴ BGH NJW 1988, 2364; NJW-RR 1989, 519; 1992, 593 (594).

¹⁴⁵ BGH NJW 1967, 1128 (1130).

¹⁴⁶ BayObLG Rpfleger 1969, 48; OLG Celle OLGZ 1974, 164 (170) = DNotZ 1974, 731 (734 f.) mAnm Winkler DNotZ 1974, 742; Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 149.

¹⁴⁷ RGZ 104, 102 (104).

¹⁴⁸ LG Hamburg Rpfleger 2006, 10 m. zust. Anm. Alff; aA Staudinger/Heinze, 2018, § 875 Rn. 41; insoweit offenlassend Bestelmeyer Rpfleger 2006, 121 (121).

¹⁴⁹ RGZ 117, 287 (292); 120, 118 (120); OLG Hamm OLGZ 1970, 438 (441).

¹⁵⁰ RGZ 117, 287 (291); 120, 118 (120).

Grundbuch unrichtig sein.¹⁵¹ Der Berichtigungsanspruch könne durch Widerspruch (§ 899) gesichert werden. Vom gerichtlich verfügten Erwerbsverbot zu trennen ist die Frage, ob im Fall eines ge- bzw. verpfändeten Auflassungsanspruchs eine ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers vom Drittschuldner an den Schuldner vorgenommene Übereignung kraft Gesetzes unwirksam, dem Schuldner insoweit also der Erwerb mit dinglicher Wirkung verwehrt ist.¹⁵²

57 3. Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils und Allgemeinen Schuldrechts. a) Allgemeiner Teil. Die Vorschriften des Allgemeinen Teils über Willenserklärungen gelten auch für die dingliche Einigung.¹⁵³ Hierzu gehören die Normen über **Geschäftsfähigkeit** (§§ 104 ff.),¹⁵⁴ **geheimen Vorbehalt** (§ 116 S. 2),¹⁵⁵ **Scheingeschäft** (§ 117),¹⁵⁶ **Scherzerklärung** (§ 118) und **Anfechtung** (§§ 119 ff., § 142).¹⁵⁷ Die Einigung kann **konkludent** und insofern auch stillschweigend geschehen,¹⁵⁸ sofern es sich nicht um eine Auflassung handelt (→ Rn. 61). Die **Veräußerungsverbote** in §§ 135 ff. regeln ohnedies dingliche Geschäfte. Wegen Verstoßes gegen ein **gesetzliches Verbot** ist die Einigung nach § 134 nur dann nichtig, wenn sich das Verbot gegen das dingliche Geschäft selbst richtet.¹⁵⁹ Nach § 138 Abs. 1 ist das grundsätzlich sittlich indifferente Vollzugsgeschäft nur ausnahmsweise nichtig (→ Rn. 53). § 139 ist im Wirkungsverband mit dem Verpflichtungsgeschäft allenfalls ausnahmsweise, im Übrigen bei **Teilnichtigkeit** des dinglichen Geschäfts selbst zwar grundsätzlich, aber mit Rücksicht auf den regelmäßig anzunehmenden Parteiwillen im Ergebnis in der Regel nicht anzuwenden (→ Rn. 55).¹⁶⁰ Für **Zugang und Annahme** der Einigungserklärung gelten die §§ 130, 147–153. Die Bindung an den Einigungsantrag, sofern dieser vor der Eintragung liegt, regelt § 873 Abs. 2 jedoch mittelbar abweichend von § 145 (→ Rn. 80 ff.), und bei einem vor der Eintragung zugegangenen Einigungsantrag gilt dies ebenfalls; eine der Eintragung nachfolgende Einigung bzw. Einigungsofferte hat dagegen stets gemäß § 145 bindende Wirkung.¹⁶¹ Eine Auflassung kann nur unter Anwesenheit erklärt werden (§ 925 Abs. 1). Ferner gelten die §§ 154 ff. für den **Dissens**, die §§ 158 ff. über **Bedingung und Zeitbestimmung**¹⁶² (zu deren Eintragungsbedürftigkeit → Rn. 102; → § 874 Rn. 9) mit den Ausnahmen für die keinen Schwebestand vertragenden **bedingungsfeindlichen Geschäfte** Auflassung (§ 925 Abs. 2), Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts (§ 1 Abs. 4 ErbbauRG, § 11 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG), Einräumung und Aufhebung von Wohnungseigentum (§ 4 Abs. 2 S. 2 WEG) und dessen Übertragung (§ 747 S. 1, § 925 Abs. 2). Für Einigung und Eintragungsbewilligung, nicht für die Eintragung, gelten einschließlich des Falls der Auflassung (das Gleichzeitigkeitserfordernis des § 925 steht dem nicht entgegen) auch die **Stellvertretungsregeln** der §§ 164 ff.¹⁶³ und damit auch das grundsätzliche Verbot des Insihgeschäfts nach näherer Maßgabe des § 181¹⁶⁴ sowie die §§ 177 ff. Das nach Abgabe der Einigungserklärung eintretende Erlöschen der Vollmacht vor Vollendung des Rechtserwerbs führt nicht zur Unwirksamkeit.¹⁶⁵ Die **Zustimmung** (Einwilligung, Genehmigung) des Berechtigten (zu familiengerichtlichen Zustimmungen → Rn. 85) **zur dinglichen Einigung mit einem Nichtberechtigten** verhilft ihr zur Wirksamkeit gemäß §§ 182 ff., § 185 (→ § 878 Rn. 21);¹⁶⁶ widerprüflich ist die Einwilligung nur bis zu dem in § 873 Abs. 2 für den Eintritt der Bindungswirkung bestimmten Zeitpunkt.¹⁶⁷ Die Wirksamkeit der Verfügung über ein nach **§ 12 Abs. 1 WEG** nur mit Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder Dritter veräußerliches Wohnungseigentum und über ein gemäß **§ 5 ErbbauRG** nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers veräußerliches oder belastbares Erbbaurecht hängt von der entsprechenden Zustimmung ab; die Zustimmung zu einer

¹⁵¹ OLG Hamm OLGZ 1970, 438 (441).

¹⁵² Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 95 mwN.

¹⁵³ Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 38, 40, 45.

¹⁵⁴ RGZ 72, 61 (63 ff.) zu § 105 Abs. 2; vgl. BayObLG NJW-RR 1989, 910.

¹⁵⁵ RGZ 78, 371 (376).

¹⁵⁶ BGH NJW-RR 2013, 789 Rn. 20 f.; H. P. Westermann NJW 1970, 1023 (1026).

¹⁵⁷ RGZ 89, 152 (157).

¹⁵⁸ Vgl. RGZ 108, 146 (148).

¹⁵⁹ BGHZ 11, 59 (61) = NJW 1954, 549 betr. kriegsbedingt bewirtschaftete Waren.

¹⁶⁰ RGZ 78, 371 (373 f.); BGH NJW-RR 2015, 208 Rn. 26; BGHZ 208, 316 Rn. 13 = NJW 2016, 3162.

¹⁶¹ Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 46 mwN.

¹⁶² RGZ 106, 109 (111); OLG Hamm Rpfleger 1959, 19; OLG München MittBayNot 2017, 248 (249).

¹⁶³ Vgl. BGH Rpfleger 2017, 259 (260 f.) betr. Vertretung einer Gemeinde.

¹⁶⁴ Vgl. RGZ 89, 367 (371); U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, 1977, 220 ff., 224 ff.; zu rechtlich nur vorteilhaften Geschäften BGH NJW 1975, 1885; OLG Hamm DNotZ 1978, 434.

¹⁶⁵ Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 115 mwN.

¹⁶⁶ RGZ 77, 84 (87); 135, 378 (382); 152, 380 (382); BayObLG NJW 1956, 1279 (1280); Doris, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungsgeschäften etc, 1974, 50 f., 69 f.

¹⁶⁷ Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 68 mwN.

solchen Verfügung ist im Fall des § 12 Abs. 1 WEG¹⁶⁸ und des § 5 ErbbauRG¹⁶⁹ auf Grund von § 183 S. 1 Hs. 2 allerdings schon unwiderruflich, sobald die Zustimmung zu dem der Verfügung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft mit dessen Wirksamwerden unwiderruflich geworden ist. Die Verfügung eines Nichtberechtigten, eines Berechtigten ohne Verfügungsmacht¹⁷⁰ oder eines Rechtsinhabers ohne die nach § 12 Abs. 1 WEG oder § 5 ErbbauRG erforderliche Einwilligung kann außer durch Genehmigung gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 auch gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 und Var. 3 **konvaleszieren**.¹⁷¹

b) Anwendbarkeit von Schuldrecht, insbesondere Einigung zu Gunsten Dritter. 58
Schuldrechtliche Normen sind wegen des Unterschieds zu sachenrechtlichen Zuordnungsnormen auf die dingliche Einigung, im Unterschied zur subsidiären Anwendbarkeit auf dingliche Ansprüche,¹⁷² grundsätzlich **nicht anwendbar**. **Rücktritt** und **Kündigung**, sofern zulässig,¹⁷³ beseitigen nicht das vollzogene dingliche Geschäft, da sie nur das Schuldgeschäft berühren. Obligatorische Rechte und Pflichten des Veräußerers gehen auf den Erwerber nicht über, ausgenommen Miet- und Pachtverträge nach §§ 566 ff. Auch der Anspruch aus einer schuldrechtlichen Anpassungsklausel über den Erbbauzins geht nicht ohne besondere Vereinbarung auf den Erbbau-rechterwerber über.¹⁷⁴

Denkbar ist allerdings die Anwendbarkeit der §§ 305 ff., soweit der sachenrechtliche Typen-zwang und der Minimalkonsens des dinglichen Verfügungsgeschäft einen Anwendungsbereich für formularvertragliche Vereinbarungen lassen.¹⁷⁵ Die Anwendbarkeit bezieht sich sowohl auf die materiellrechtliche Einigung als auch die Bewilligung nach § 19 GBO. Prüfungsrecht und -pflicht des Grundbuchamts beschränken sich aber auf offensichtliche Gesetzesverletzungen, insbesondere auf Verstöße gegen die Spezialklauseln der §§ 308 f.¹⁷⁶ Die Vereinbarkeit mit der Generalklausel des § 307 ist im Grundbuchverfahren nur ausnahmsweise zu prüfen.¹⁷⁷ Zu missbilligende Klauseln gelten nicht als wirksamer Inhalt des Grundstücksrechts, hindern jedoch in der Regel nicht die Entstehung des dinglichen Rechts (§ 306 Abs. 1). Praktisch bedeutsam ist eine **Inhaltskontrolle** bei der Bestellung von **Sicherungsrechten** für Bankkredite,¹⁷⁸ von **Erbbaurecht** und **Wohnungseigentum**.¹⁷⁹ Zur Vormerkung → § 885 Rn. 28. Wegen der Einzelheiten ist auf die Kommentierung der §§ 305 ff. und der beschränkten dinglichen Rechte bzw. grundstücksgleichen Rechte zu verweisen. – Auch ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften zum **Verbraucherschutz** kann zur Unwirksamkeit einer liegenschaftsrechtlichen Verfügung führen. Die Nichtbeachtung des nach § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG bestehenden Gebots für den beurkundenden Notar, bei Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher seine rechtsgeschäftlichen Erklärungen vor dem beurkundenden Notar persönlich oder durch eine Vertrauensperson abgibt, ist zwar eine haftungsbegründende Amtspflichtverletzung des Notars,¹⁸⁰ beeinträchtigt jedoch wegen des Sollcharakters der Regelung und ihrer bloß beurkundungsrechtlichen Ord-nungsfunktion nicht die Wirksamkeit der beurkundeten Verfügung, sofern die Vertretung des Verbrauchers als solche im Übrigen wirksam ist.

¹⁶⁸ BGH NJW 2017, 3514 (3516); OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 1456 (1457); OLG München ZWE 2012, 93 (94); hM; aA OLG München ZfR 2017, 575 (577 f.).

¹⁶⁹ BGH NJW 2017, 3514 (3515 f.) mwN; *Kessler* RNotZ 2005, 542 (544 f.); hM; aA OLG München ZfR 2017, 515 (577 f.).

¹⁷⁰ BGHZ 123, 58 (62) = NJW 1993, 2525 (2526).

¹⁷¹ BGHZ 166, 74 Rn. 20 = NJW 2006, 1286 betr. Wiederaufleben eines eingetragenen Rechts im Fall des § 88 InsO.

¹⁷² *Horstmann*, Untersuchung über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche, 1930; *Eb. Schwerdtner*, Der Verzug im Sachenrecht, 1971.

¹⁷³ BGH MDR 1961, 490; NJW 1969, 1112 betr. Rücktrittsrecht vor und nach Erbbaurechtsbestellung.

¹⁷⁴ BGH MDR 1972, 223.

¹⁷⁵ Grdl. *Eickmann* Rpfleger 1978, 1 (4 ff.), zur Inhaltskontrolle iE Rpfleger 1978, 1 (6 ff.); *Ertl* Rpfleger 1980, 1, 7 ff.; *Ertl* DNotZ 1981, 128 (129); *Ulmer* FS Weitnauer, 1980, 205; *Ulmer* DNotZ 1981, 84; *G. Schmitz* MittBayNot 1982, 57 ff.; *Nieder* NJW 1984, 329 (338); ausf. Überblick bei *Staudinger/Heinze*, 2018, Rn. 42 ff.

¹⁷⁶ BayObLG NJW 1980, 2818; DNotZ 1983, 44 (49).

¹⁷⁷ *Staudinger/Heinze*, 2018, Rn. 43 mwN; best.; extensiv OLG Celle Rpfleger 1979, 261; restriktiv OLG Hamm OLGZ 1980, 87 (91 ff.).

¹⁷⁸ *Stürmer* JZ 1977, 431; 1977, 639 f.; *Dietlein* JZ 1977, 637 ff.; *Eickmann* Rpfleger 1978, 1 (8). Besondere Klauseln über Kündigungen, Fälligkeit, BGHZ 76, 371 (374) = NJW 1980, 1626; über Zinserhöhung bzw. pauschalierten Schadensersatz, BayObLG DNotZ 1983, 44 (49 ff.).

¹⁷⁹ Vgl. *Eickmann* Rpfleger 1978, 1 (4 f.).

¹⁸⁰ BGH NJW-RR 2016, 442 (443); *Böttcher* NJW 2016, 2782 (2783 f.).

60 **Sehr streitig** ist, ob Einigungen zu Gunsten Dritter **analog §§ 328 ff.** zuzulassen sind. Die – insbesondere von der Rspr. vertretene – hM¹⁸¹ verneint dies.¹⁸² Dagegen will eine Strömung in der Lit. eine dingliche Einigung zugunsten Dritter mit bei Eintragung unmittelbarem Rechtserwerb des Dritten zulassen.¹⁸³ Zum Teil wird das auf den Erwerb von Rechten, die Ansprüche auf Leistung gewähren (Grundpfandrechte), beschränkt.¹⁸⁴ Diese Ansicht beruft sich darauf, dass § 328 eine dem Stellvertretungsrecht funktionell gleichwertige Zuordnungswirkung habe. Den Schutz des Dritten vor ungewollter Aufdrängung von Rechten und Pflichten sieht sie durch das Zurückweisungsrecht in § 333 gewahrt. Die Publizität werde in beiden Fällen dadurch gewahrt, dass das reale Vollzugsmoment in der Person des Erwerbers, nicht des Handelnden verwirklicht sein müsse; einzutragen sei daher der künftige Rechtsinhaber. Den hierdurch hervorgerufenen Schwebezustand will allerdings auch die Mindermeinung bei bedingungsfeindlichen Geschäften wie die Auflassung nicht zulassen; eine Auflassung zugunsten Dritter ist also nach ganz einhelliger Meinung nicht möglich. Ein dinglicher Vertrag zugunsten Dritter ist aber nicht nur für die Auflassung, sondern grundsätzlich **abzulehnen**. Ein unabweisbares praktisches Bedürfnis¹⁸⁵ dafür ist nicht anzuerkennen, da ein ähnliches Ergebnis mit dem auf die dingliche Einigung ohne Weiteres anwendbaren Rechtsinstrument der **vollmachtlosen Vertretung** erreicht werden kann (→ Rn. 70). Die Lösung über das Recht der Stellvertretung ist auch insoweit vorzugswürdig als sie dem vollmachtlosen Vertretenen – anders als § 333 – nur dann eine Reaktion abverlangt, wenn dieser das Geschäft gegen sich gelten lassen will.¹⁸⁶

61 **4. Inhalt der Einigung. a) Grundlagen.** Das Wort „Einigung“ muss nicht gebraucht werden; es genügt, wenn sich durch **Auslegung** ergibt, dass sich die Parteien über den Rechtsübergang „einig sind“.¹⁸⁷ Ausdrücklich, wenngleich nicht unter Verwendung dieses Wortes, muss nur die Auflassung erklärt werden. Eine äußerliche **Sonderung der dinglichen Einigung** vom Kausalgeschäft ist **nicht zwingend**; die Einigung iSv § 873 kann schlüssig zugleich mit der Vereinbarung des Verpflichtungsgeschäfts erklärt werden.¹⁸⁸ In der Übereinstimmung der Eintragungsbewilligung des Veräußerers mit dem Eintragungsantrag des Erwerbers liegt nicht ohne Weiteres eine konkludente Einigung (→ Rn. 83). Bei fehlender, unwirksamer oder von der Eintragung abweichender Einigung können sich die Beteiligten **nachträglich** auf den Inhalt der Eintragung **einigen**, auch schlüssig (→ Rn. 1 aE).¹⁸⁹ Die materiellrechtliche Einigungserklärung ist grundsätzlich formfrei (→ Rn. 3). **Verfahrensrechtlich** bedarf die **Eintragungsbewilligung der notariellen Beglaubigung** nach § 29 GBO; eine unter Verstoß hiergegen vollzogene Eintragung ist materiellrechtlich dennoch wirksam.

62 **b) Bestimmter Mindestinhalt.** Die Einigung muss die **Essentialia** der Verfügung hinreichend **bestimmt** umfassen. Dazu gehören die **Identifizierung** des betroffenen **Grundstücks** oder **Grundstücksrechts**; ferner die Bezeichnung der **Art** und ggf. bei nicht kraft Gesetzes inhaltlich abschließend festgelegten Rechten, insbesondere bei Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten, die Bestimmung des **spezifischen Inhalts** oder Umfangs des Rechts, wozu auch die **Mithaft** mehrerer Grundstücke für ein Grundpfandrecht¹⁹⁰ gehört; schließlich die Festlegung, ob **Begründung, Übertragung** oder **Belastung** gewollt ist. Die Einigung muss den Veräußerer und den Erwerber, ggf. bei Personenmehrheiten die Gemeinschaftsverhältnisse oder Bruchteileanteile (ggf. auch im Wege der Auslegung),¹⁹¹ identifizieren; ggf. sind dazu die Vertretungs- oder Verfügungsbefugnis anzugeben, wobei es bei Bestehen von Vertretungs- oder Verfügungsmacht unschädlich ist, wenn deren Rechtsgrund nicht richtig angegeben wird.¹⁹² Im Fall von Miteigentum muss ggf. auch die Erklärung iSd § 1010 umfasst sein, dass die Verwaltung und Nutzung in bestimmter Weise geregelt

¹⁸¹ Abl. die Rspr.: RGZ 66, 97 (99 f.); 98, 279 (282 f.); 124, 217 (221); JW 1930, 3545; BGHZ 41, 95 (96) = NJW 1964, 1124; BGH MDR 1965, 564; LM JZ 1965, 361; NJW 1993, 2617; DNotZ 1995, 494 f.; Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 111.

¹⁸² Kluckhohn, Verfügungen zugunsten Dritter, 1914; Haas, Die Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten Dritter, 1973.

¹⁸³ So insbes. → 8. Aufl. 2020, Rn. 58 (Kohler); vgl. auch Heck SchuldR § 50, 2.

¹⁸⁴ So die vermittelnde Ansicht, vgl. etwa Bayer, Der Vertrag zu Gunsten Dritter, 1995, 194 ff., 205 f.

¹⁸⁵ Krit. Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 111.

¹⁸⁶ So auch Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 111.

¹⁸⁷ Vgl. RGZ 52, 411 (416); BayObLG Rpfleger 1984, 266; BWNotZ 1994, 20; Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 51.

¹⁸⁸ Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 52 f.

¹⁸⁹ RGZ 108, 146 (148 f.).

¹⁹⁰ DNotl-Report 2015, 99 (100).

¹⁹¹ RGZ 76, 409 (413); Staudinger/Heinze, 2018, Rn. 54, 57 mwN.

¹⁹² OLG Hamm ErbR 2019, 527 = BeckRS 2019, 5530 Rn. 17.