

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II (§§ 311-432)

Bearbeitet von

Redakteur: Prof. Dr. Wolfgang Krüger, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D., Die Bearbeiter des dritten Bandes: Prof. em. Dr. Volker Emmerich, Richter am Oberlandesgericht a.D., Prof. Dr. Wolfgang Ernst, Dr. Rhona Fetzer, Richterin am Bundesgerichtshof, Prof. Dr. Thomas Finkenauer, Jörn Fritsche, Richter am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Reinhard Gaier, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D., Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald, Prof. Dr. Mathias Habersack, PD Dr. Susanne Heinemeyer, Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Sebastian Ruhwinkel, Notar, Dr. Martin Schlüter, Rechtsanwalt und Notar a.D., Prof. Dr. Christiane Wendehorst, und Prof. Dr. Markus Würdinger

8. Auflage 2019. Buch. XXX, 1549 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72603 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

dung ausnahmsweise in ganz besonders gelagerten Fällen gemäß § 242 wirksam sein, wenn nach den gesamten Umständen die Nichtigkeitsfolge mit Treu und Glauben unvereinbar wäre.³³³ An die Annahme eines solchen Ausnahmefalles werden von der Rspr. strenge Anforderungen gestellt. Entweder muss der eine Vertragsteil seine Treupflichten besonders schwer verletzen haben, oder die Nichtigkeit muss die Existenz des anderen Vertragsteils gefährden (dass die Nichtigkeit ihn hart trifft, reicht dagegen nicht aus).³³⁴ Diese Ausnahme ist jedoch abzulehnen, denn ihre Voraussetzungen sind zu wenig konkret, um sicher handhabbar zu sein³³⁵ und über Schadensersatzansprüche auf Grund c.i.c. (§§ 280, 311 Abs. 2) können Fälle einer sachgerechten Lösung zugeführt werden, in denen eine Partei schuldhaft und pflichtwidrig (wie regelmäßig in den von der Rspr. unter § 242 subsumierten Fällen) gehandelt hat.³³⁶ Ist einer der Geschäftspartner (regelmäßig der Verkäufer) bei einem Grundstücksgeschäft eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, so können öffentlich-rechtliche Rechtsgrundsätze – insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz – zwar nicht zur Wirksamkeit eines formwidrig geschlossenen Vertrages führen,³³⁷ aber die öffentliche Körperschaft zum Abschluss eines formgerechten Grundstücksveräußerungsvertrages verpflichten.³³⁸

f) Culpa in contrahendo. Kommt ein formgültiges Grundstücksgeschäft nicht zustande, so können daraus für einen Vertragsteil nur in Ausnahmefällen Ansprüche aus c.i.c. nach den allgemeinen Grundsätzen erwachsen (§§ 280, 311 Abs. 2). Das Offenhalten der Entscheidung bis zum Abschluss des notariell beurkundeten Vertrages und der Abbruch der Verhandlungen „im letzten Augenblick“ davor für sich alleine lösen solche Ersatzansprüche aber nicht aus, weil damit nur Rechte wahrgenommen werden, die sich aus der Formbedürftigkeit ergeben. Dasselbe gilt, wenn ein Vertragspartner seine formlos erklärte, ernstliche Zusage zum Vertragsabschluss später nicht einhält, denn auch damit nimmt er nur den gesetzlichen Schutz des § 311b Abs. 1 in Anspruch.³³⁹ Andernfalls würde sich aus der Haftung aus c.i.c. ein mittelbarer Druck auf den Vertragsabschluss ergeben, den § 311b Abs. 1 gerade missbilligt. Die Inanspruchnahme des Schutzes der Formvorschrift allein kann niemals einen vorvertraglichen Pflichtenverstoß bedeuten; hinzukommen muss, dass der Vertragspartner über das bei Vertragsverhandlungen nach der Verkehrssitte Zulässige hinaus über die wahren Absichten im Unklaren gelassen und hingehalten³⁴⁰ oder – noch weitergehend – über die Bedeutung der Formvorschrift getäuscht wird und deshalb der Abbruch der Verhandlungen einen schweren Verstoß gegen die Verpflichtung zu redlichem Verhalten bei den Vertragsverhandlungen bedeutet.³⁴¹ Das erfordert in der Regel Vorsatz.³⁴² Fahrlässigkeit mag in Einzelfällen genügen,³⁴³ wobei aber die Verhaltenspflichten, die hier einen Anspruch aus c.i.c. auslösen, nur schwer bloß fahrlässig verletzt werden können. Zur c.i.c. im Allgemeinen → § 311 Rn. 35 ff., zur Verhinderung der Wirksamkeit des Vertrags → § 311 Rn. 174 ff.

7. Heilung unwirksamer Vereinbarungen (Abs. 1 S. 2). a) Normzweck von Abs. 1 S. 2. Mit Auflassung und Eigentumsumschreibung ist die wichtigste Verpflichtung des Grundstücksübertragungsgeschäftes erfüllt. Es wäre unbefriedigend, weil mit der **Rechtssicherheit** nicht vereinbar, die Beteiligten trotzdem noch bis zum Ablauf der Verjährungsfrist gegenseitigen Bereicherungsansprüchen auszusetzen.³⁴⁴ Deshalb wird mit Auflassung und Eigentumsumschrei-

³³³ Zuletzt BGH DNotZ 2018, 279 = BeckRS 2017, 133495 für die Kaufpreiserhöhung durch den Verkäufer nach Abschluss eines Darlehensvertrages zur Erwerbsfinanzierung durch den Käufer, wobei der BGH § 242 auch hier zu Recht verneint.

³³⁴ BGH NJW 1998, 2350.

³³⁵ AA zB *Armbrüster* NJW 2007, 3317; *Hagen* DNotZ 2010, 644.

³³⁶ Gegen die hM ebenso BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 310; *Staudinger/Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 260.

³³⁷ Vgl. BGH DNotZ 1972, 526.

³³⁸ Vgl. zur Pflicht zur Übertragung auf Grund des Gleichheitsgrundsatzes BGHZ 29, 81 = NJW 1959, 431 = JZ 1959, 405 mAnm *Raiser*; BGHZ 31, 37 = NJW 1959, 2211; BGHZ 45, 179 = NJW 1966, 1067.

³³⁹ BGH NJW 1975, 43; MDR 1979, 469; DNotZ 1983, 621; NJW 1992, 1037; DNotZ 1997, 624; DStR 2001, 802.

³⁴⁰ BGH MDR 1979, 469; DStR 2001, 802.

³⁴¹ BGH DNotZ 1997, 624; DStR 2001, 802.

³⁴² BGH DNotZ 1997, 624.

³⁴³ Vgl. auch BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 304.

³⁴⁴ HM, vgl. BGH MittBayNot 2005, 222 mAnm *Ruhwinkel* = NJW 2004, 3626; NJW 2012, 3171, wobei sich die Erfüllung, die der BGH als zentralen Aspekt ausmacht, mit der Rechtssicherheit, wie hier verstanden, deckt. Ähnlich bereits der historische Gesetzgeber, vgl. Mugdan II 105: „...womit viele Streitigkeiten ... abgeschnitten werden“; und Mugdan II 622: „... mit dem Interesse der Rechtssicherheit unvereinbar, ... dem Verkäufer während der ganzen Verjährungsfrist den Kondiktionsanspruch ... zuzugestehen“; aA *Harke* WM 2004, 357; Normzweck auch der Heilungsvorschrift sei die Vermeidung eines unerwünschten schwunghaften Handels, die Heilung verhindere eine sonst erforderliche nochmalige Übertragung.

bung der Formmangel geheilt (auch wenn die Gegenleistung des anderen Vertragsteils noch nicht erbracht ist).³⁴⁵

- 82 **b) Voraussetzungen der Heilung.** Voraussetzung der Heilung des formunwirksamen schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes ist nach dem Wortlaut des Gesetzes zum einen die Auflassung, zum anderen die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch.³⁴⁶ Dazu kommt, vor allem zur Entscheidung der Frage, was und in welchem Umfang geheilt wird, die Erwägung, dass Abs. 1 S. 2 nach seinem Zweck nur wirkt, wenn auch vollständige Erfüllung des zu heilenden Rechtsgeschäfts (hinsichtlich des bzw. der vereinbarten Immobilientransfers) eingetreten ist.³⁴⁷ Damit Heilung „des Geschäfts“ möglich ist, muss überhaupt ein Vertrag zu Stande gekommen sein, was nicht der Fall ist, wenn nicht gleichzeitig ein wirksames Angebot und eine wirksame Annahme vorliegen.³⁴⁸
- 83 **aa) Auflassung.** Die Auflassung muss rechtswirksam sein.³⁴⁹ Ist sie schwebend unwirksam (etwa mangels wirksamer Vollmacht),³⁵⁰ tritt die Heilung erst mit der Genehmigung ein.³⁵¹ Ob der Auflassende Eigentümer ist, ist ohne Belang. Heilung ist auch bei gutgläubigem Erwerb vom Nichtberechtigten möglich.³⁵² Die Auflassung heilt auch, wenn sie nicht nach den formlosen schuldrechtlichen Vereinbarungen, sondern gleichzeitig mit diesen erklärt wird,³⁵³ ja selbst wenn die schuldrechtlichen Vereinbarungen nachfolgen.³⁵⁴ Wird die schuldrechtliche Vereinbarung erst nach Vollzug des Eigentumswechsels getroffen, ist § 311b Abs. 1 schon nicht mehr einschlägig (→ Rn. 17). Wurden die schuldrechtlichen Vereinbarungen vor der Auflassung getroffen, so muss die Willensübereinstimmung über alle Vereinbarungen, die geheilt werden sollen,³⁵⁵ bis zur Auflassung, aber nicht mehr darüber hinaus bis zur Eigentumsumschreibung im Grundbuch fort dauern.³⁵⁶
- 84 **bb) Eintragung im Grundbuch.** Zusätzlich zur Auflassung muss der **Eigentumswechsel** (nicht etwa nur eine Auflassungsvormerkung)³⁵⁷ **im Grundbuch eingetragen** sein.³⁵⁸ Bei Erwerb des Erbbaurechts durch den Grundstückseigentümer steht die Löschung des Erbbaurechts gleich.³⁵⁹ Der Antrag auf Umschreibung genügt nicht. Die Heilung setzt voraus, dass das richtige Grundstück umschrieben worden ist.³⁶⁰ Eine falsa demonstratio schadet zwar weder beim schuldrechtlichen

³⁴⁵ BGH NJW 1978, 1577; BGHZ 73, 391 (397) = NJW 1979, 1773; BGHZ 82, 398 = DNotZ 1982, 433 mAnm *Wolfsteiner*; BGH MittBayNot 2005, 222 = NJW 2004, 3626; NJW 2012, 3171; *Hagen* DNotZ 1984, 267 (268 f.); zum Normzweck des S. 2 nach der Änderung des § 313 aF ausführlicher *Kanzleiter* DNotZ 1973, 519 (523 f.); vgl. auch *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 38 ff., 64 ff., 94.

³⁴⁶ S. die instruktive Zusammenfassung bei *Specks* RNotZ 2002, 193.

³⁴⁷ BGH MittBayNot 2005, 222 = NJW 2004, 3626; NJW 2012, 3171.

³⁴⁸ BGH MittBayNot 2016, 394 = NJW-RR 2017, 114.

³⁴⁹ BGHZ 29, 9 = NJW 1959, 626; BGH NJW 1965, 812; RGZ 137, 324 (352).

³⁵⁰ Vgl. BGH DNotZ 1966, 96; RG JW 1930, 3476.

³⁵¹ Auch bei Erfordernis einer behördlichen Genehmigung, BGH DNotZ 1969, 350. Zur Genehmigung durch die Beteiligten s. BGH WM 1980, 1032.

³⁵² BGHZ 47, 270 = NJW 1967, 1272.

³⁵³ BGH NJW 1978, 1577; WM 1973, 612; RGZ 104, 102; 104, 296 (298 f. f.).

³⁵⁴ *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 136 f.; aA BGH NJW 1983, 1543 (1545), der darauf abstellt, dass die Auflassung „zur Erfüllung“ des schuldrechtlichen Geschäfts geschlossen wird, was ausgeschlossen sei, wenn es die schuldrechtlichen Vereinbarungen zur Zeit der Auflassung noch nicht gebe. Das ist jedoch zu eng, weil es für den Zweck des § 311b Abs. 1 S. 2 genügt, dass das Geschäft bei Eintragung der Auflassung erfüllt ist. Wie der BGH und gegen die hier vertretene Auffassung auch BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 305; BeckOK BGB/*Gehrlein* Rn. 34; Palandt/*Grüneberg* Rn. 46; Staudinger/*Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 294. Dieser Streit dürfte wegen der Regelung des § 925a allerdings keine praktische Relevanz haben.

³⁵⁵ Abzulehnen BGH NJW 1981, 2293, dass die Willensübereinstimmung sich nur auf die Verpflichtung zu Erwerb (oder Veräußerung) von Grundbesitz beziehen muss; sie muss vielmehr für alle Vereinbarungen gelten, die geheilt werden sollen; trotzdem ist die Entscheidung iErg richtig, weil einmal der Maklervertrag schon nach § 139 im entscheidenden Punkt aufrecht zu erhalten war, so dass es auf die Heilung nicht ankam; zudem → Rn. 97 zur Heilung von Vereinbarungen mit Dritten; richtig zB BGH NJW 2004, 3330; iÜ statt aller BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 321.

³⁵⁶ StRSpr; BGH DNotZ 1969, 350 (352); NJW 1978, 1577; 1980, 222; 1981, 2293; 2004, 3330; RGZ 109, 354; aA *Harke* WM 2004, 357 (359 f.): keine fort dauernde Willensübereinstimmung erforderlich, der ursprünglich formnichtige Vertrag wird mit dem Inhalt wirksam, mit dem er geschlossen wurde.

³⁵⁷ BGH DNotZ 61, 314; NJW 1970, 1541.

³⁵⁸ ZB BGH NJW 2002, 2313; RGZ 54, 147.

³⁵⁹ Vgl. BGHZ 32, 11 = NJW 1960, 525.

³⁶⁰ RGZ 61, 165; 78, 44; statt aller Palandt/*Grüneberg* § 311b Rn. 50.

Vertrag noch bei der Auflassung, die Umschreibung des falschen Grundstücks ist aber nicht die Eintragung iSv S. 2.³⁶¹

cc) Bezug auf das gesamte Vertragsobjekt. Die Heilungsvoraussetzungen müssen sich auf das gesamte Vertragsobjekt beziehen; bei Veräußerung einer Eigentumswohnung heilt deshalb der Übergang eines bloßen Miteigentumsanteils am Grundstück nicht.³⁶² Sie müssen bei sämtlichen Grundstücken eingetreten sein, die von dem Rechtsgeschäft erfasst werden (sofern nicht nach § 139 anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne das zB noch nicht umgeschriebene Grundstück geschlossen worden wäre),³⁶³ bei Veräußerung mehrerer, also bei allen,³⁶⁴ bei einem Tausch bei den Grundstücken beider Vertragspartner,³⁶⁵ bei einem Treuhandvertrag genügt nicht der Eigentumsübergang auf den Treuhänder, wenn der Übergang auf den Treugeber noch aussteht,³⁶⁶ es sei denn die Übereignungspflicht auf den Treugeber ergibt sich ausschließlich aus dem Gesetz (§ 667), ist also selbst nicht beurkundungsbedürftig (→ Rn. 25).³⁶⁷ Anders sind Fälle zu behandeln, in denen eine erfüllte Übereignungspflicht durch Rückforderungs-, Wiederkaufs- oder ähnliche Rechte eingeschränkt wird (→ Rn. 94).

dd) Sonderfälle. Liegen die Heilungsvoraussetzungen vor, so tritt die Heilung auch dann ein, wenn den Vertragsteilen bei Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages der **Formmangel bekannt** war³⁶⁸ (wie meist in den Fällen des „Schwarzkaufs“). Voraussetzung der Heilung ist nur, dass die formunwirksamen Abreden mit tatsächlichem (nicht notwendig rechtlichem, der bei Kenntnis der Unwirksamkeit fehlt) Verpflichtungswillen getroffen sind.³⁶⁹

Bei Veräußerung eines **im Ausland gelegenen Grundstücks** unter Anwendung des § 311b Abs. 1 (→ Rn. 11) heilt entsprechend S. 2 der Eigentumsübergang (meist) nach der ausländischen lex rei sitae.³⁷⁰ Bei Erwerb in der **Zwangsversteigerung** heilt dieser in gleicher Weise wie Auflassung und Eintragung,³⁷¹ wenn dadurch Erfüllung des schuldrechtlichen Geschäfts eingetreten ist; das ist jedenfalls für den Auftrag zum Erwerb in der Zwangsversteigerung zu bejahen.

Wie nach S. 2 ausdrücklich der Veräußerungsvertrag geheilt wird, heilen Einigung und Eintragung des **Erbbaurechts** entsprechend den Erbbaurechtsvertrag. Die Eintragung eines „minus“ kann dagegen eine (auch bedingte) weitergehende Verpflichtung nicht heilen, so nicht die Eintragung des Erbbaurechts eine bedingte Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Übertragung des Grundstücks auf den Erbbauberechtigten.³⁷² Dagegen heilt die Eintragung des dinglichen **Vorkaufrechts** gegen die Rspr.³⁷³ nicht die formnichtige Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufrechts. Zwar ist die Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufrechts dann erfüllt, nicht aber der Immobilientransfer selbst, da dazu noch die Übereignung des Grundbesitzes in Erfüllung des sich aus dem Vorkaufrecht ergebenden Schuldverhältnisses nötig ist.³⁷⁴ Mit der Eintragung des Vorkaufrechts allein hat nicht schon eine Änderung der sachenrechtlichen Lage in einem Maß stattgefunden, der unter Rechtssicherheitsaspekten (→ Rn. 81) mit der Übereignung vergleichbar ist. Wenn schon die unmittelbare Anwendung von S. 2 möglich ist, fehlt es an einer für die Analogie nötigen Gesetzeslücke. Ohne sachlichen Grund würde dann zudem bei Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen

³⁶¹ Vgl. BGH NJW 1993, 3197 für die falsa demonstratio bei der Einräumung einer Dienstbarkeit; BeckOGK/Schreindorfer Rn. 327 mwN.

³⁶² OLG Düsseldorf NJW 1981, 529.

³⁶³ RGZ 133, 293; zur Teilerfüllung ausf. Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 113 ff.

³⁶⁴ RGZ 56, 383 (386).

³⁶⁵ RGZ 56, 383; vgl. BGHZ 59, 271 = NJW 1972, 2265.

³⁶⁶ BGH WM 1990, 1543.

³⁶⁷ OLG München, BeckRS 2015, 07013.

³⁶⁸ BGH NJW 1975, 205; vgl. auch BGHZ 48, 396 = NJW 1968, 39; BGH NJW 1969, 1167; 1972, 2265.

³⁶⁹ BGH NJW 1975, 205; BGHZ 48, 396 = NJW 1968, 39; BGH NJW 1969, 1167; 1972, 2265.

³⁷⁰ OLG München OLGZ 1974, 19; vgl. auch BGHZ 52, 243 = NJW 1969, 1850; nach spanischem Recht ist die Eintragung im „Registro de la Propiedad“; da sie nur die Rechtsstellung gegenüber Dritten verstärkt, nicht erforderlich, BGHZ 73, 391 (397) = NJW 1979, 1773; s. OLG Düsseldorf NJW 1981, 529; Heilung noch nicht, wenn nach spanischem Recht nur Miteigentumsanteil am Grundstück, aber noch nicht die erworbene Eigentumswohnung übergang.

³⁷¹ BGH NJW 1983, 566; die Entscheidung lässt offen, ob der Zuschlag genügt oder Eintragung im Grundbuch erforderlich ist; zur Heilung eines Auftrags zum Grundstückserwerb durch dessen Durchführung s. auch BGH NJW 1981, 1267.

³⁷² BGHZ 59, 269 = NJW 1972, 2265; § 139 entscheidet über das Schicksal des Gesamtvertrages.

³⁷³ BGH DNotZ 1968, 93; MittBayNot 2017, 144 mAnm Schreindorfer = NJW 2016, 2035 mAnm Weis; RGZ 125, 261; RG JW 1934, 2545.

³⁷⁴ Das Argument, es gebe sonst keine Heilungsmöglichkeit, trifft also nicht zu, zumal das Bestehen einer Heilungsmöglichkeit nicht Tatbestandsvoraussetzung von § 311b Abs. 1 S. 1 ist, vgl. Erman/Grzivotz Rn. 81.

Vorkaufsrechts früher eine Heilung eintreten, als bei Verpflichtung zur Bestellung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts.³⁷⁵

- 89 Ist der **Gesellschaftsvertrag** beurkundungsbedürftig (→ Rn. 40 f.) tritt Heilung ein, wenn sämtliche, im Vertrag vereinbarten Veräußerungen oder Erwerbe von Grundbesitz vollzogen sind; hierfür kann die **Gesellschaft** nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft als wirksam behandelt werden.³⁷⁶ Wenn auch der Gesellschaftsanteilerwerb, gleich ob durch Beitritt (→ Rn. 42) oder Abtretung (→ Rn. 16) selbst der Beurkundungspflicht unterliegt, kann dagegen keine Heilung durch Vollzug des Beitritts eintreten, weil zum Erwerb der Beteiligung weder bei der Grundbuchberichtigung hinsichtlich der Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts noch bei der Handelsregistereintragung von Gesellschaftern einer Personenhandelsgesellschaft ein der Auflassung vergleichbares Verfahren eingehalten werden muss.³⁷⁷ Dass in diesen Fällen keine Heilungsmöglichkeit besteht, spricht nicht gegen die Anwendung von § 311b Abs. 1 S. 1 selbst,³⁷⁸ denn die Möglichkeit einer Heilung ist nicht Tatbestandsvoraussetzung für die Bejahung der Beurkundungspflicht.³⁷⁹
- 90 Der – wirksame – Abschluss des Hauptvertrages soll nach hM zur Heilung eines formnichtigen **Vorvertrages** führen (auch wenn dieser zusätzliche Vereinbarungen, insbesondere mit Dritten, enthält).³⁸⁰ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, denn es geht in diesem Stadium noch nicht um die Aufrechterhaltung sachenrechtlicher Gegebenheiten. Vielmehr ist entscheidend, ob nunmehr das schuldrechtliche Geschäft in unmittelbarer Erfüllung von § 311b Abs. 1 S. 1 mit seinem gesamten Inhalt (→ Rn. 55) beurkundet worden ist oder nicht. Ist das nicht der Fall, tritt Heilung wie sonst auch erst mit Auflassung zum Zwecke der Erfüllung (auch) der vorvertraglichen Vereinbarungen, Eintragung im Grundbuch ein, wenn dann noch Willensübereinstimmung besteht.³⁸¹ Dies gilt auch für die Heilung von (nach → Rn. 58 ff. beurkundungsbedürftigen) Vereinbarungen mit Dritten.³⁸²
- 91 **ee) Verhinderung der Heilung.** Bis zum Eintritt der Heilung (also auch noch nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrages vor Umschreibung) kann der Eigentümer noch **kondizieren**³⁸³ und die Eintragung (und damit die Heilung, die sonst trotz Bereicherungsklage eintreten würde) mit Hilfe eines durch einstweilige Verfügung zu verhängenden **Erwerbsverbots** (§ 935 ZPO) verhindern. Dies gilt nicht, wenn die Auflassung ausnahmsweise nach § 815 nicht kondiziert werden kann (→ Rn. 76). Eine trotz Erwerbsverbots erfolgte Eintragung ist analog §§ 136, 135 relativ unwirksam und heilt nicht;³⁸⁴ wird das Erwerbsverbot aufgehoben, tritt (rückwirkend) Heilung ein.³⁸⁵ Die Eintragung eines Widerspruchs anstelle eines Erwerbsverbots würde weder Eintragung noch Heilung hindern, weil der Widerspruch die derzeitige Unrichtigkeit des Grundbuchs rügt und vor gutgläubigem Erwerb schützt,³⁸⁶ den Eigentumswechsel also nur verhindert, wenn der Veräußerer Nichtberechtigter ist.
- 92 **c) Folgen der Heilung.**³⁸⁷ Mit Eintritt der Heilungsvoraussetzungen ist der Verstoß gegen das gesetzlich vorgeschriebene (nicht gegen ein vereinbartes)³⁸⁸ Formgebot geheilt. Geheilt wird auch eine Vereinbarung im Rahmen des Grundstücksveräußerungsvertrags, die ihrerseits einem

³⁷⁵ Gegen eine Heilung der Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts allein durch seine Eintragung eingehend und mit weiteren Argumenten *Herrler* FS Krüger, 2017, 165 (167 ff.) mZn auch zur ganz hL in der Lit., die der Rspr. folgt.

³⁷⁶ BGH NJW 1957, 459; krit. *Wolfsteiner* DNotZ 2003, 626, der auch darauf hinweist, dass aus § 925a die Pflicht für den Notar folgt, sich der Existenz der Gesellschaft zu vergewissern.

³⁷⁷ Großzügiger BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 381; für Heilung jedenfalls bei Grundbucheintragung *Staudinger/Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 324.

³⁷⁸ So aber *Petzoldt* BB 1975, 908.

³⁷⁹ Vgl. *Erman/Grziwotz* Rn. 81.

³⁸⁰ BGH NJW 1982, 759; *MittBayNot* 2005, 222 m. krit. Anm. *Ruhwinkel* = NJW 2004, 3626; RGZ 169, 185; *Palandt/Grüneberg* Rn. 52; *Staudinger/Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 328; *Erman/Grziwotz* Rn. 80; *Specks* RNotZ 2002, 194 (206).

³⁸¹ BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 363 ff.; *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 1430 (1434 ff.).

³⁸² Anders wiederum die hM; Fälle aus der Rspr. zB BGH NJW 1982, 759: Verpflichtung zur Veräußerung an einen Dritten wird mit Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten geheilt; NJW 1987, 1628: Vertragsstrafversprechen zu Gunsten des Maklers wird bereits mit dem Abschluss des Kaufvertrags geheilt; NJW 1994, 720: Heilung eines Darlehensvertrages des Immobilienverkäufers mit seinem Vertragspartner, nachdem seine auf den getroffenen Vereinbarungen beruhenden Angebote von den vom Vertragspartner benannten Dritten angenommen wurden.

³⁸³ RGZ 108, 329; 109, 351.

³⁸⁴ RGZ 117, 287; 120, 118.

³⁸⁵ OLG München OLGZ 1969, 196.

³⁸⁶ Vgl. RGZ 109, 334.

³⁸⁷ S. auch *Specks* RNotZ 2002, 193.

³⁸⁸ Ebenso *Palandt/Grüneberg* Rn. 55.

anderen, geringeren oder gleichwertigen Formerfordernis unterliegt, sofern dessen Schutzzwecke von denen des § 311b Abs. 1 S. 1 umfasst werden, so zB ein Leibrentenversprechen, das nach § 761 der Schriftform bedürfte,³⁸⁹ die Schriftform für den Öffentlich-Rechtlichen Vertrag nach § 57 VwVfG (auch bei Anwendung von § 11 Abs. 3 BauGB)³⁹⁰ oder die Verpflichtung zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen, die nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG der notariellen Beurkundung bedürfte.³⁹¹ Wenn § 311b Abs. 1 S. 2 der Rechtssicherheit den Vorrang einräumt, obwohl die nach § 311b Abs. 1 S. 1 vorgeschriebene Form nicht gewahrt ist und ihre Zwecke auch durch die zur Heilung erforderliche Auflassung regelmäßig nicht erfüllt werden, so verdient diese Entscheidung Vorrang auch gegenüber dem Verstoß gegen andere Formvorschriften, die die Vermögensinteressen der Beteiligten schützen sollen,³⁹² auch wenn diese keine Heilungsmöglichkeit enthalten (wie § 761) oder die Voraussetzungen der Heilung nach der anderen Formvorschrift (etwa § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG) nicht eingetreten sind. Leidet der Grundstücksveräußerungsvertrag unter irgendeinem (zusätzlichen) **anderen Mangel**, so wird dieser Mangel nicht geheilt.³⁹³

Das Rechtsgeschäft wird so wirksam, wie es formlos (oder jedenfalls ohne die vorgeschriebene Form) zwischen den Beteiligten abgeschlossen worden ist.³⁹⁴ Wirksam wird das Rechtsgeschäft mit dem **gesamten Inhalt**,³⁹⁵ über den sich die Vertragsteile bei Erklärung der Auflassung einig waren, einschließlich zwischen der Auflassung und der Eintragung getroffener Vereinbarungen.³⁹⁶ Bei nach der Auflassung getroffenen Vereinbarungen (→ Rn. 83) wird das Geschäft mit dem Stand der Einigung beim letzten Rechtserwerb wirksam. Ein einseitiges Abrücken vom Inhalt des Rechtsgeschäfts, über den sich die Vertragsteile bei Erklärung der Auflassung einig waren, ist nach der Auflassung nicht mehr möglich: Beide Vertragsteile müssen danach entweder die Heilung mit dem Inhalt ihrer Einigung zum Zeitpunkt der Auflassung hinnehmen oder die Heilung verhindern.³⁹⁷ Besteht bei Auflassung nur über einen Teil der schuldrechtlichen Abreden Einigkeit, bestimmt § 139 über das Schicksal des Vertrags.³⁹⁸

Geheilt werden zunächst die **Vereinbarungen der Vertragspartner** des Grundstücksgeschäfts und dabei die „Nebenabreden“, die nach dem für den anderen Vertragsteil erkennbaren Willen einer Partei Voraussetzung für den Abschluss des Grundstückskaufs sind.³⁹⁹ Die Reichweite der Heilung und der Beurkundungspflicht (→ Rn. 55) decken sich insoweit.⁴⁰⁰

Die Heilung schließt auch eine in dem Veräußerungsvertrag vereinbarte (meist bedingte oder befristete) **Rückübertragungsverpflichtung**, etwa ein Wiederkaufsrecht⁴⁰¹ oder, umgekehrt, auch eine Rückkaufverpflichtung,⁴⁰² ohne dass auch die Rückauflassung und die Eintragung der Rückübertragung (oder die Auflassung an den weiteren Erwerber und dessen Eintragung) im Grundbuch erfolgt sein müssen.⁴⁰³ Das ist damit zu erklären, dass die Rückübertragungsverpflichtung als Ein-

³⁸⁹ BGH NJW 1978, 1577; Staudinger/J. Mayer, 2015, § 761 Rn. 14 mwN; aA Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 162 ff., 166 f. mwN.

³⁹⁰ BVerwG DNotZ 2010, 550 mAnm Grziwotz.

³⁹¹ AA OLG Zweibrücken OLGZ 1985, 45: das Gericht sieht den Schutzzweck des § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG zu Unrecht im Wesentlichen in der Erschwerung des Handels mit GmbH-Geschäftsanteilen – diese Erschwerung wird aber auch bei Anwendung von § 311b Abs. 1 erreicht; BeckOGK/Schreindorfer Rn. 354.1; Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 162 ff., 166 f.; Erman/Grziwotz Rn. 79; wie hier Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 1 Rn. 304.

³⁹² Nicht geheilt wird deshalb ein formnichtiger Erbvertrag (RG WarnR 1909 Nr. 194) oder ein Erb- und/oder Pflichtteilsverzichtungsvertrag, RG HR 1930 Nr. 713; OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 584.

³⁹³ ZB BGH DNotZ 1969, 350; RGZ 137, 324 (352) zur fehlenden vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

³⁹⁴ BVerwG DNotZ 2010, 550 mAnm Grziwotz; das wurde von BGH MittBayNot 2010, 306 = ZfIR 2010, 587 mAnm Grziwotz hins. der gleichzeitig schriftlich abgeschlossenen Vereinbarungen wohl zu Unrecht verneint.

³⁹⁵ BGH NJW 1978, 1577; LM § 313 Nr. 15; vgl. auch BGH LM Nr. 62; KG MDR 1995, 37.

³⁹⁶ Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 144; Harke WM 2004, 357 (360); aA BGHZ 104, 276 = NJW 1988, 2237; erst recht wirksam sind Vereinbarungen, die erst nach der Heilung getroffen werden (→ Rn. 67).

³⁹⁷ Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 151 f.

³⁹⁸ BeckOGK/Schreindorfer Rn. 321.4; Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1990, 313 f.; Keim DNotZ 2005, 324 (334).

³⁹⁹ BGH MittBayNot 2010, 306 = ZfIR 2010, 587 mAnm Grziwotz.

⁴⁰⁰ BeckOGK/Schreindorfer Rn. 346.

⁴⁰¹ BGH LM § 313 Nr. 15; BGHZ 59, 269 (272) = NJW 1972, 2265; BGH NJW 1975, 205; RGZ 126, 308 (312).

⁴⁰² BGHZ 104, 276 = NJW 1988, 2237: Heilung der Rücknahmeverpflichtung wäre nach Auffassung des BGH möglich gewesen, wenn sie vor Erklärung der Auflassung vereinbart gewesen wäre.

⁴⁰³ AA BeckOGK/Schreindorfer Rn. 333; Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 117 ff.

schränkung des Erwerbsanspruchs und der Veräußerungsverpflichtung, die Rücknahmeverpflichtung als Einschränkung des Veräußerungsanspruchs und der Erwerbsverpflichtung aufgefasst werden. Entscheidend ist die Wertung des § 311b Abs. 1 S. 2: Ihm ist zu entnehmen, dass das Gesetz der Gesamtwirksamkeit Vorrang vor der – nur durch § 139 gemilderten – Gesamtnichtigkeit gibt. Das gilt aber nur, soweit die vertraglichen Vereinbarungen die sachenrechtlichen Änderungen, für die der zu heilende Vertrag kausal ist, rückgängig machen könnten, nicht für andere Änderungen der Sachenrechtslage, die den ursprünglichen Erwerb einschränken. Daher tritt bei einer Weiterübertragungsverpflichtung keine Heilung ein, bevor auch diese erfüllt ist.⁴⁰⁴

- 96 Andere, weitergehende und beurkundungsbedürftige Vereinbarungen im Kreis der Verkäufer oder Käufer untereinander, etwa Vereinbarungen mehrerer Käufer über die Realteilung, werden nicht geheilt, da sie über das erfüllte und damit geheilte Rechtsgeschäft hinausgehen.⁴⁰⁵
- 97 **Vereinbarungen mit Dritten**, die nach → Rn. 61 beurkundungsbedürftig gewesen wären, werden ebenfalls wirksam, wenn die Übereignungs- oder Erwerbspflicht, die von diesen Vereinbarungen abhängt oder zu der die Vereinbarung mittelbar verpflichtet hat, erfüllt sind.⁴⁰⁶ Dies gilt aber nur, wenn die Vereinbarung tatsächlich der Form des § 311 Abs. 1 S. 1 bedurfte, also nicht zB bei einer ohne die Schriftform des § 766 gegebene Bürgschaft im Zusammenhang mit einem Grundstücksgeschäft, das aber nicht von der Bürgschaft abhängig war.
- 98 Daher werden bei einer „**Kettenveräußerung**“ alle schuldrechtlichen Zwischenrechtsgeschäfte geheilt, wenn vom ersten Veräußerer an den letzten Erwerber mit dem Willen aufgelassen wird, auch die Zwischenverträge zu erfüllen (sofern die Auflassungspartner hierzu berechtigt sind), und der Eigentumswechsel dementsprechend im Grundbuch eingetragen wird.⁴⁰⁷
- 99 Die Heilung wirkt nicht *ex tunc*, sondern **ex nunc**, die gegenseitigen Ansprüche entstehen erst mit der Heilung, eine zuvor eingetragene Vormerkung wirkt nicht zurück.⁴⁰⁸ Deshalb tritt für die Vergangenheit kein Verzug ein;⁴⁰⁹ auch eine Vertragsstrafe wegen verspäteter Erfüllung ist nicht verwirkt.⁴¹⁰ Die Gefahr geht erst mit Heilung auf den Käufer über.⁴¹¹ Kenntnis von Mängeln, die ein Käufer erst nach (unwirksamem) Vertragsschluss, aber vor Eintragung im Grundbuch erlangt, schaden nicht iSv § 442,⁴¹² wobei man konsequenter Weise hier auf den Stand der Einigung zu dem Zeitpunkt abstellen muss, der auch den geheilten Vertragsinhalt definiert, also grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Auflassung (→ Rn. 93 auch zu späteren Änderungen). Gegen die hM wird sich ein Wille der Vertragsteile, sich nach der Heilung gegenseitig das zu gewähren, was sie sich bei Wirksamkeit des Vertrages von Anfang an geschuldet hätten, häufig nicht ermitteln lassen; die Interessenlage ist anders als bei der Bestätigung eines nichtigen Vertrages, so dass eine Vermutung in diese Richtung nicht auf den Rechtsgedanken des § 141 Abs. 2 gestützt werden kann und auch eine tatsächliche Vermutung nicht besteht.⁴¹³ Ist ein solcher Wille nicht zu ermitteln und wird durch den verspäteten Eintritt von Verpflichtungen das Gleichgewicht der gegenseitigen Leistungen gestört, ist der angemessene Ausgleich durch ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 zu erreichen.

II. Verträge über künftiges Vermögen (Abs. 2)

- 100 **1. Normzweck.** Als im 19. Jahrhundert Vertrags-, Verfügungs- und Vergabungsfreiheit zu den tragenden Pfeilern der Privatrechtsordnung wurden, stellte sich das Problem, wie die Freiheit gegen sich selbst geschützt werden könne.⁴¹⁴ Der Einzelne sollte sich seiner Freiheit nicht durch Vertrag begeben, die Vertragsfreiheit selbst nicht ihrerseits Gegenstand eines Vertrages sein können. Abs. 2 beschränkt daher die von der Vertragsfreiheit umfasste inhaltliche Gestaltungsfreiheit (→ § 311 Rn. 1 ff.). Mit Abs. 2 soll verhindert werden, dass „jemand sich gewissermaßen seiner Erwerbsfähig-

⁴⁰⁴ Anders RGZ 57, 164; wie hier wohl BGH WM 1990, 1543.

⁴⁰⁵ BGH NJW 2002, 2560; *Kanzleiter* LMK 2003, 44.

⁴⁰⁶ ZB BGH NJW 1974, 136; NJW-RR 1989, 76, jeweils zur Maklervergütung; NJW 1994, 720 zum Darlehensvertrag als verbundenes Geschäft.

⁴⁰⁷ RGZ 82, 344; 85, 274; 132, 290; Erman/*Grziwotz* Rn. 76; Palandt/*Grüneberg* Rn. 48.

⁴⁰⁸ AllgM, BGHZ 54, 56 (63).

⁴⁰⁹ BGH DNotZ 1979, 413.

⁴¹⁰ BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 344.2; *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 1430 (1434 f.); aA BGHZ 82, 398 (406 f.).

⁴¹¹ Vgl. BGH NJW 1998, 2360.

⁴¹² BGH NJW 1989, 2050; 2011, 2953.

⁴¹³ So aber die Rspr. und ihr folgend die überwM der Lit.; vgl. BGHZ 32, 11 (12 f.); 54, 56 (63); 82, 398 (406); BGH NJW 1986, 136; Palandt/*Grüneberg* Rn. 56; NK-BGB/*Ring* Rn. 60; jurisPK-BGB/*Ludewig*, Rn. 305; nur berichtend Erman/*Grziwotz* Rn. 77; krit. *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Geschäfte durch Erfüllung, 1992, 169 ff., 178; nur bei dahingehendem tatsächlichem oder hypothetischem Parteiwillen; wie hier BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 343.1; BeckOK BGB/*Gehrlein* Rn. 37.

⁴¹⁴ *Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, 1. Teil, 1910, § 2 (27 ff.): „Der Schutz der Freiheit gegen sich selbst“.

keit begibt und damit zugleich allen Antriebe zum Erwerbe verliert“.⁴¹⁵ Anders als im Code civil und anderen bei Schaffung des BGB geltenden Rechtsnormen, die nur die eine **Schenkung** des ganzen oder einer Quote des künftigen Vermögens untersagten,⁴¹⁶ wurde im BGB dieses Verbot auf alle Verpflichtungsverträge ausgedehnt, auch auf solche entgeltlicher Art. Ferner ist nicht nur die Verpflichtung zur **Übertragung** des Vermögens auf einen anderen, sondern auch die Belastung mit einem **Nießbrauch** nichtig. Auch die Pflicht zur Übertragung **eines Bruchteils** des künftigen Vermögens oder zur Bestellung eines Nießbrauchs an einem Bruchteil können mit der gleichen Erwägung nicht wirksam vereinbart werden, zumal Zulassung solcher Verträge über Vermögensbruchteile in der Praxis zu unabsehbaren Verwicklungen führen würde.⁴¹⁷ Allerdings beschränkt sich das Verdict auf Verträge über das **künftige** Vermögen. Hinsichtlich des gegenwärtigen Vermögens wird die Gültigkeit eines solchen Vertrages in Abs. 3 (→ Rn. 115 ff.) von der notariellen Beurkundung abhängig gemacht.

2. Voraussetzungen. a) Verpflichtungsvertrag. Abs. 2 beschränkt nur Verpflichtungsgeschäfte. Die Norm erfasst entgeltliche wie unentgeltliche, einseitige (zB Auslobung),⁴¹⁸ zweiseitige und mehrseitige Verträge wie Gesellschaftsverträge (also zB die „societas omnium bonorum“). Die Nichtigkeit tritt unabhängig von der Motivationslage der Parteien ein, so dass auch solche Verträge nichtig sind, in denen jemand eine der in Abs. 2 beschriebenen Verpflichtungen gegen das Versprechen einer Leibrente oder einer Versorgung (zB Unterbringung in einem Altersheim) übernimmt.⁴¹⁹ Auch ein Vorvertrag kann bereits eine Bindungswirkung enthalten, die gegen Abs. 2 verstößt.⁴²⁰ Zur Frage, wie eine Verpflichtung mit hinreichender Bindung entstehen kann, → Rn. 28–39.

Die Norm gilt grundsätzlich auch für **juristische Personen**⁴²¹ und **rechtsfähige Personengesellschaften**. Nach hM soll daher in Satzung oder Gesellschaftsvertrag nicht bestimmt werden können, dass das Vermögen der Gesellschaft im Falle einer Auflösung einem Dritten zufällt.⁴²² Diese Auffassung ist abzulehnen, da aus der Perspektive der Gesellschaft im Falle der Auflösung, vorgegeben durch die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen, ohnehin immer die vollständige Verwertung und/oder Verteilung ihres Vermögens stattfindet. Daher ist durch die Pflicht, im Falle der Auflösung der Gesellschaft, das Gesellschaftsvermögen auf einen Dritten zu übertragen (vgl. § 5 der Mustersatzung für gemeinnützige Körperschaften in Anlage 1 zu § 60 AO), der Zweck des Abs. 2 nicht berührt. Der Gesetzgeber hat zudem in § 45 Abs. 1 eine Spezialregelung getroffen, die § 311b Abs. 2 vorgeht und die analog jedenfalls auch auf die anderen Körperschaften angewendet werden kann.⁴²³ Die Vorschriften des UmwG gehen dem Verbot des Abs. 2 ohnehin vor (vgl. § 4 UmwG).

Für **Verfügungsgeschäfte** gilt Abs. 2 nicht, unabhängig davon wie eine einheitliche Verfügung über das gesamte künftige Vermögen mangels eines entsprechenden sachenrechtlichen Instruments überhaupt bewirkt werden sollte. So fällt die Vorausabtretung von Forderungen als Verfügungsgeschäft nicht unter die Norm.⁴²⁴

Da verfügende Verträge nicht unter die Norm fallen, sind **Erbverträge** (§§ 1941, 2274 ff.) und **Eheverträge** (§§ 1408, 1415 ff.) nicht erfasst.⁴²⁵ Verpflichtende Verträge mit Bezug auf das Güterrecht oder zur Ordnung der sonst aus der Ehe fließenden finanziellen Verpflichtungen unterfallen gegen die engere hM⁴²⁶ nach seinem Normzweck und der Wertung des Gesetzgebers im Güterrecht ebenfalls nicht Abs. 2. Schon der gesetzliche Güterstand ordnet Verteilung einer Quote des künftigen Vermögens an, und zwar, wie § 1378 Abs. 2 zeigt, in Extremfällen unter Aufopferung des gesamten bei Scheidung vorhandenen Vermögens. Daher sind auch Vereinbarungen, die gesetzliche güterrechtliche Bestimmungen ersetzen oder modifizieren und Verträge, die Ausschluss oder Einschränkung anderer Scheidungsfolgen durch Vermögensverteilungsabreden kompensieren, nur an § 138

⁴¹⁵ Mot. II 186.

⁴¹⁶ Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, 1. Teil, 1910, § 2 (28 f.).

⁴¹⁷ Mot. II 186.

⁴¹⁸ Erman/Grziwotz Rn. 85; Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 3; Palandt/Grüneberg Rn. 58.

⁴¹⁹ Mot. II 187.

⁴²⁰ Vgl. BGHZ 12, 286 = BeckRS 1954, 30385215 zu Abs. 3.

⁴²¹ Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 8.

⁴²² HM im Anschluss an ein obiter dictum in RGZ 169, 65 (83). Vgl. Erman/Grziwotz Rn. 85; Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 8; BeckOK BGB/Gehrlein Rn. 39.

⁴²³ BeckOGK/Schreindorfer Rn. 394.4; jurisPK-BGB/Ludwig Rn. 370 f.; letzterer kommt mit anderer Begründung jedenfalls für Verein und GmbH auch zu einem ähnlichen Ergebnis wie hier.

⁴²⁴ BeckOGK/Schreindorfer Rn. 394.1; Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 5; falsch insoweit RGZ 67, 166 (168).

⁴²⁵ Mot. II 186.

⁴²⁶ Die die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen auf echte güterrechtliche Verträge beschränken will: → 7. Aufl. 2017, § 1408 Rn. 10; BeckOGK/Schreindorfer Rn. 394.1; Staudinger/Schumacher, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 6.

Abs. 1 und § 242 zu messen.⁴²⁷ Damit ist den individuellen Verhältnissen in einer konkreten Partnerschaft und konkreten Zwängen und Bedürfnissen erheblich besser Rechnung zu tragen, als mit der pauschalen Nichtigkeitssanktion des Abs. 2, zumal gerade bei Verträgen zwischen Ehegatten zur Gesamtregelung der gegenseitigen geldwerten Verpflichtungen aus der Ehe eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Güterrecht und weiteren Ehefolgen oft auch gar nicht möglich sein wird.

- 105 b) Übertragung und Belastung mit einem Nießbrauch.** Die Belastung des künftigen Vermögens mit einem Nießbrauch ist der Übertragung gleichgestellt; denn auch der Nießbrauch (§§ 1030 ff.) würde dem Schuldner jede Erwerbsaussicht entziehen. Andere Verpflichtungen, in bestimmter Weise über das künftige Vermögen zu verfügen, unterliegen nicht Abs. 2, insbesondere nicht die Verpfändung,⁴²⁸ dennoch sind solche Verträge darauf zu prüfen, ob sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen. § 311b Abs. 2 erfasst auch die Verpflichtung zur Sicherungsübereignung,⁴²⁹ nicht hingegen die Verpflichtung zur Übertragung der Verwaltung an einen Treuhänder.⁴³⁰
- 106** Abs. 2 ist nur einschlägig, wenn die Verpflichtung sich **unmittelbar** auf Übertragung oder Nießbrauchsbelastung gerichtet ist. Auf Begründung einer Geldschuld oder einer Bürgschaft ist die Norm auch dann nicht anwendbar, wenn der Schuldner die eingegangene Verpflichtung nur durch Inanspruchnahme seines gesamten Vermögens und/oder des gesamten oder zumindest der pfändbaren Teile seines künftigen Einkommens, oder gar selbst dann auch nur teilweise erfüllen kann.⁴³¹ Die Vertragsfreiheit umfasst im Rahmen ihrer Beschränkungen auch derartige risikoreiche Geschäfte (mit Grenze wiederum in § 138 Abs. 1).
- 107 c) Künftiges Vermögen – Bruchteil künftigen Vermögens.** Unter „Vermögen“ iSd Abs. 2 sind die Aktiva zu verstehen.⁴³² Ein Verpflichtungsvertrag der dort genannten Art ist also auch dann nichtig, wenn der andere Teil sich er bietet, die Schulden zu übernehmen; denn Ziel der Norm ist nicht der Gläubigerschutz, sondern der Schutz der persönlichen Unabhängigkeit des Einzelnen. Nach dem Normzweck bezieht sich die Verpflichtung auf das eigene Vermögen, nicht auf fremdes, zB einer Gesellschaft, deren Alleingesellschafter der Verpflichtete ist.⁴³³ Der Insolvenzverwalter oder Testamentsvollstecker veräußert fremdes Vermögen, so dass für solche als Partei kraft Amtes verfügungsbefugte Personen Abs. 2 nicht einschlägig ist.⁴³⁴
- 108** Die Vorschrift betrifft Verträge, die sich auf das **gesamte** künftige Vermögen oder auf einen **Bruchteil** des künftigen Vermögens beziehen. Das gesamte künftige Vermögen ist auch betroffen, wenn zu dessen Bestimmung ein in der Zukunft liegender Stichtag festgesetzt wird, zu dem zu übertragen bzw. zu belasten ist und ab dem die Verpflichtung endet.⁴³⁵ Bruchteil ist dabei ausschließlich als Rechengröße (gleich, ob in Quote oder Prozentsatz ausgedrückt) zu verstehen.
- 109** Eine Verpflichtung, die sich auf **einzelne Vermögensgegenstände** bezieht, ist von Abs. 2 nicht erfasst,⁴³⁶ unabhängig welchen Wert diese Gegenstände bei Eingehung der Verpflichtung im Verhältnis zum Restvermögen haben (die Höhe des künftigen Vermögens ist ja unbeschränkt).⁴³⁷ Auch ein Inbegriff von Gegenständen ist weder das ganze Vermögen noch ein Bruchteil, wenn er vom übrigen Vermögen hinreichend bestimmt abgrenzbar ist,⁴³⁸ so dass zulässig sind beispielsweise die Verpflichtung zur Übertragung von Urheberrechten an künftigen Werken,⁴³⁹ oder erst noch zu erwerbender Vermögensgegenstände (zB künftige Einnahmen aus der Vermietung eines Grund-

⁴²⁷ Vgl. zur Prüfung von Eheverträgen am Maßstab von § 138 BGB und § 242 BGB grdl. BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930; seither stRspr; wie hier jedenfalls für Vereinbarungen zur Begleitung von güterrechtlichen Abreden Staudinger/*Thiele/Rehme*, 2007, Vor §§ 1408 ff. Rn. 17.

⁴²⁸ HM; vgl. Palandt/*Grüneberg* Rn. 61; BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 395; Staudinger/*Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 4; krit. jurisPK-BGB/*Ludwig* Rn. 375.

⁴²⁹ Palandt/*Grüneberg* Rn. 61; jurisPK-BGB/*Ludwig* Rn. 344.

⁴³⁰ Palandt/*Grüneberg* Rn. 61.

⁴³¹ BGHZ 107, 92 = NJW 1989, 1276; BGH NJW 1989, 1665; 1990, 1034; 1991, 2015; BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 396; Staudinger/*Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 12; aA Erman/*Grziwotz* Rn. 86.

⁴³² HM im Anschluss an RGZ 69, 283 (285 ff.); vgl. BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 398; Erman/*Grziwotz* Rn. 86; Palandt/*Grüneberg* Rn. 60; Staudinger/*Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 10.

⁴³³ Palandt/*Grüneberg* Rn. 60; BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 399; Staudinger/*Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 9; vgl. auch BGH 14.4.1976 – IV ZR 61/74, BeckRS 1976, 31116724 zur Verpflichtung, Teile einer künftigen Erbschaft zu übertragen.

⁴³⁴ BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 419.2; Erman/*Grziwotz* Rn. 91, jeweils zu Abs. 3.

⁴³⁵ BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 400 f.; jurisPK-BGB/*Ludwig* Rn. 348 ff.

⁴³⁶ BGH 14.4.1976 – IV ZR 61/74, BeckRS 1976, 31116724; Staudinger/*Schumacher*, 2018, § 311b Abs. 2 Rn. 14.

⁴³⁷ BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 401; BeckOK BGB/*Gehrlein* Rn. 40.

⁴³⁸ Vgl. Palandt/*Grüneberg* Rn. 60; Kaufhold ZEV 1996, 454.

⁴³⁹ Enger RGZ 140, 231 (253); wie hier BeckOGK/*Schreindorfer* Rn. 401.1.