

beim Veräußerer vorhanden sein¹. Davon macht § 878 BGB für die Verfügungsbefugnis eine Ausnahme: Wird nach erfolgter bindender Einigung und nach Stellung des Eintragungsantrags der Veräußerer in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt, so hat dies für den Rechtserwerb des Vertragspartners keine Bedeutung.

§ 878 spricht davon, daß die Einigung mit dem „Berechtigten“ erfolgt sein müsse. Es fragt sich nun, ob § 878 auch in den gar nicht so seltenen Fällen anwendbar ist, in denen ein Nichtberechtigter mit Wirkung für den Berechtigten die Einigung mit dem Dritten vornimmt. Die Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten kann sich entweder aus § 185 BGB (unten II 1, 2) oder aus § 892 BGB (unten II 3) ergeben.

In diesem Zusammenhang soll auch die weitere Frage erörtert werden, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn die Erklärung zwar vom Berechtigten ausgeht, dieser jedoch in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist, so daß sie nur bei Gutgläubigkeit des Vertragspartners wirksam ist (unten III). Schließlich wäre auch der umgekehrte Fall zu untersuchen, daß die Einigung mit einem verfügungsbefugten Dritten erfolgt, dessen Verfügungsmacht jedoch vor der Eintragung des Vertragspartners endet (unten IV).

II.

1. Nach § 185 I BGB ist die Verfügung eines Nichtberechtigten dann wirksam, wenn er mit Einwilligung des Berechtigten gehandelt hat. Hier soll nun zunächst danach unterschieden werden, ob der Nichtberechtigte oder ob der Berechtigte nach bindender Einigung und Stellung des Eintragungsantrags in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt wird, also beispielsweise in Konkurs fällt².

Beispiel: E verkauft am 1. 12. sein Grundstück an N. Am 15. 12. erfolgt die Auflassung. E ermächtigt N, schon vor seiner Eintragung das Grundstück im eigenen Namen zu belasten. Am 2. 1. vereinbart N mit seinem Gläubiger G in den Formen des § 873 II die Bestellung einer Grundschuld und stellt den Eintragungsantrag. Am 15. 1. fällt N in Konkurs. Kann G trotzdem als Inhaber der Grundschuld eingetragen werden? (unten a).

Wie ist die Rechtslage, wenn statt des N der Eigentümer E am 15. 1. in Konkurs fällt? (unten b).

a) Fällt der *Nichtberechtigte* (N) in Konkurs, so lehnt die h. M. die Anwendung des § 878 ab³. Während die Gegenmeinung die Anwendbarkeit des § 878 uneingeschränkt bejaht⁴, hält eine Mittelmeinung am grundsätzlichen Ausgangspunkt der h. L. fest, will aber für den Fall des § 185 I eine Ausnahme machen⁵.

aa) Zunächst stellt sich freilich die von den angeführten Meinungen nicht gesehene Frage, ob der Konkurs des N überhaupt seine Verfügung, die sich ja auf fremdes Vermögen bezieht, berührt. Wäre das nicht der Fall, so wäre die Frage nach der Anwendbarkeit des § 878 gegenstandslos, da die Verfügung auch ohne diese Vorschrift wirksam würde.

Nach § 6 I KO verliert der Gemeinschuldner die Befugnis *sein* zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. Schon der Wortlaut des Gesetzes spricht also dafür, daß die — etwa durch Ermächtigung gemäß § 185 I geschaffene — Befugnis, über *fremdes* Vermögen zu verfügen, erhalten bleibt. Auch der Sinn des Konkurses fordert dasselbe Ergebnis, denn der Konkurs soll nur eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger gewährleisten, nicht aber den Konkursbeschlagnahme auf schuldnernerfremde Gegenstände ausdehnen. Daher

¹ Baur in Soergel-Siebert, Bd. III, 9. Aufl. 1960, § 878 Rn. 1.

² Die Untersuchung bezieht sich im folgenden auf den Konkurs, gilt aber in derselben Weise für andere Verfügungsbeschränkungen.

³ RGZ 135, 378, 381 = JW 32, 2404 mit Anm. v. Lange; BayObLG JZ 61, 543 = NJW 61, 783 = DNotZ 61, 198; Baur in Soergel-Siebert, § 873 Rn. 9; v. Lübtow NJW 82, 277; Planck-Strecker, 5. Aufl. 1933, § 873 Anm. 3; Pritsch in RGRK, 11. Aufl. 1959, § 878 Anm. 1.

⁴ KG DNotZ 34, 234; Hoche NJW 55, 653; Knöchlein DNotZ 59, 3, 19.

⁵ Erman-Westermann, 3. Aufl. 1962, § 878 Anm. 4; Palandt-Hoche, 22. Aufl. 1963, § 878 Anm. 2 b; Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1958, § 873 Rn. 3.

Der „Berechtigte“ in § 878 BGB

Von Gerichtsreferendar WOLFGANG DÄUBLER, Tübingen

I.

Zur Übertragung oder Belastung des Eigentums an einem Grundstück ist gemäß § 873 I BGB neben der Einigung die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Bis zur Vollendung dieser Verfügung — in der Regel durch Eintragung — müssen sämtliche Voraussetzungen eines wirksamen Rechtsgeschäfts

¹¹ RGZ 72, 309, 312.

¹² Wolff-Raiser, § 66 bei und in Anm. 26 und 27; Westermann, § 39 IV.

¹³ Vgl. auch den Hinweis von Wolff-Raiser, § 69 II 2 c, auf die Wendung in § 936 I S. 3 BGB, daß der Erwerber den Besitz „auf Grund der Veräußerung“, d. h. in Realisierung der Veräußerung erlangt haben müsse.

¹⁴ v. Tuhr, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Festschrift f. Bekker, 1907, S. 298 f., 318 ff. (Sonderdruck S. 6 f., 28 ff.).

wird es z. B. in der Literatur für möglich gehalten, trotz Konkursöffnung vom Gemeinschuldner gutgläubig Eigentum an beweglichen Sachen zu erwerben, die einem Dritten gehören; würden auch sie vom Konkursbeschlagnahme erfaßt, wäre dies wegen § 7 I KO nicht möglich⁶. Demnach besteht kein Zweifel, daß die Konkursöffnung die Befugnis des Gemeinschuldners, über fremdes Vermögen zu verfügen, in keiner Weise tangiert.

Dennoch haben *RG*⁷ und *BayObLG*⁸ die Anwendbarkeit des § 878 zu Recht geprüft. In beiden Fällen hatte nämlich — wie im obigen Beispielfall — ein Auflassungsempfänger als Nichtberechtigter verfügt. Das bedeutet, daß er gleichzeitig auch eine Verfügung über eigene Rechte vornahm. Bejaht man mit *Hoche*⁹ das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers, so liegt in der Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek oder in einer sonstigen Verfügung gleichzeitig eine Verfügung über das Anwartschaftsrecht: Dieses bezieht sich jetzt nur noch auf den Erwerb belasteten Eigentums und wird dadurch in seinem Inhalt verändert. Lehnt man dagegen mit *Raiser*¹⁰ die Annahme eines subjektiven Rechts des Auflassungsempfängers ab, oder erfolgt die Belastung des Grundstücks durch den Käufer zwar nach Kaufabschluß aber noch vor der Auflassung, so ist das Ergebnis dasselbe: Der Anspruch aus dem Kaufvertrag wird durch die Verfügung des Käufers über das Grundstück insofern in seinem Inhalt geändert, als der Käufer jetzt lediglich die Übereignung eines belasteten Grundstücks verlangen kann.

Während somit bei den in der Rechtsprechung entschiedenen Fällen die Anwendung des § 878 zu Recht geprüft wurde, sind daneben Fälle denkbar, in denen die Verfügungen des in Konkurs gefallenen Nichtberechtigten nicht gleichzeitig Verfügungen über eigene Rechte darstellen, so etwa wenn der Nichtberechtigte als mittelbarer Stellvertreter auf Grund eines kommissionsähnlichen Verhältnisses tätig wird. Dort ist § 878 gegenstandslos.

b) Die Rechtsprechung hat in den oben erwähnten Fällen mit der h. M. die Anwendung des § 878 abgelehnt. Während das *RG* sich im wesentlichen darauf stützt, in § 878 stünde „Berechtigter“ und ein mit Ermächtigung handelnder Nichtberechtigter sei eben kein Berechtigter, § 878 daher auch nicht analog anwendbar, haben das *BayObLG*¹¹ und *Schönfeld*¹² versucht, die h. M. rechtsdogmatisch zu untermauern. Das *BayObLG* führt aus, eine unmittelbare Anwendung des § 878 komme nicht in Betracht, da er vom „Berechtigten“ spreche. Eine analoge Anwendung scheide aus, da § 878 nur diejenigen schützen wolle, die ihrerseits sich ganz in die strenge Ordnung gefügt hätten, die ihnen durch den Eintragungsgrundsatz vorgeschrieben sei. Das Vertrauen, das sich der eingetragene Berechtigte und sein unmittelbarer Nachmann entgegengebracht hätten, beruhe im wesentlichen auf dem Buchstand. Wer sich jedoch mit dem Nachmann über eine weitere Rechtsänderung einigte, solange dieser noch nicht im Grundbuch stehe, verlasse sich vorwiegend auf die Redlichkeit seines Partners, er löse sich vom Eintragungszwang und verdiene daher nicht den nämlichen Schutz. Außerdem sei die Position des Erwerbers hier schwächer, da Berechtigter und Nichtberechtigter gemeinsam durch vertragliche Aufhebung der Ermächtigung seine Anwartschaft wieder zum Erlöschen bringen könnten. *Schönfeld*¹² führt aus, § 878 passe deshalb nicht, weil in der Verfügung über ein Recht nur derjenige beschränkt werden könne, dem es zustehe. Außerdem resultiere § 878 aus dem für den Erwerber gefährlichen Eintragungsgrundsatz und sei daher nur für eintragungsbedürftige dingliche Rechtsänderungen bedeutsam, was etwa bei der Übertragung oder Belastung der Anwartschaft des Auflassungsempfängers nicht der Fall sei.

Maßgebend muß der Sinn und Zweck des § 878 sein. Wie schon in den Motiven¹³ zum Ausdruck gekommen, liegt ihm die Erwägung zugrunde, daß der Eintragungsgrundsatz für die Parteien insofern Unzuträglichkeiten schafft, als sie den Zeitpunkt der Rechtsänderung nicht selbst bestimmen können. Bei einem Wegfall der Verfügungsbefugnis des Veräußerers zwischen Einigung und Eintragung würde der Erwerber leer ausgehen. Das Vorhandensein einer derartigen Gefahr ist auch für den Veräußerer mißlich, da der Erwerber angesichts einer solchen Sachlage mit der Zahlung des Kaufpreises bis zu seiner Eintragung warten wird¹⁴. Auf Fragen der Redlichkeit kommt es in diesem Zusammenhang gar nicht an. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes wird nicht danach unterschieden, ob der Erwerber von der Verfügungsbeschränkung erfahren hat oder nicht¹⁵. Berücksichtigt man diesen Sinn des § 878, so wird man nicht umhin können, der h. M. die Gefolgschaft zu versagen. Das *BayObLG* stellt in unzulässiger Weise Redlichkeitserwägungen an. Es kommt eben gerade nicht darauf an, ob der Erwerber auf den Buchstand oder auf die Redlichkeit seines Vertragspartners vertraute. Entscheidend ist allein, daß auch derjenige, der vom Nichtberechtigten erwirbt, in genau derselben Weise den Gefahren des Eintragungsgrundsatzes ausgesetzt ist. Ebensowenig spricht die Möglichkeit der Rückgängigmachung der Ermächtigung gegen die Anwendung des § 878. Sie hindert zwar die Entstehung eines Anwartschaftsrechts, ist aber für § 878 ohne Belang. Auch die Begründung *Schönfelds*¹⁶ vermag nicht zu überzeugen. Die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle zeigen, daß es durchaus von Bedeutung sein kann, wenn der Nichtberechtigte in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt wird. Auch wird es sich meist um eintragungsbedürftige Rechtsgeschäfte handeln.

Auf der anderen Seite ist darauf hinzuweisen, daß in unserer Rechtsordnung der nach § 185 I wirksam handelnde Nichtberechtigte durchweg wie ein Berechtigter behandelt wird. Es besteht nicht der geringste Anlaß, hiervon im Falle des § 878 eine Ausnahme zu machen, ja der Sinn des § 878 fordert geradezu eine Gleichbehandlung. Die Tatsache, daß § 878 vom „Berechtigten“ spricht, steht einer Gleichbehandlung des nach § 185 I wirksam handelnden Nichtberechtigten so wenig im Wege wie die Formulierung des § 929 BGB, der den „Eigentümer“ als Veräußerer bezeichnet, was aber die Rechtsprechung bisher noch nie auf den Gedanken brachte, eine Veräußerung des Eigentums an beweglichen Sachen könne nicht gemäß § 185 durch einen Nichtberechtigten erfolgen. § 878 ist daher zumindest analog anwendbar.

Das bedeutet, daß im obigen Beispielfall G als Inhaber der Grundschuld eingetragen werden kann.

b) Fällt der Berechtigte in Konkurs, so ist § 878 seinem unmittelbaren Wortlaut nach nicht anwendbar, da er eine vom Berechtigten abgegebene bindende Erklärung voraussetzt. Eine analoge Anwendung erscheint jedoch aus den oben angeführten Gründen dringend geboten. Zudem würde sonst der Fall der Ermächtigung nach § 185 I und der der Bevollmächtigung völlig verschieden behandelt, wofür es an einem inneren Grund fehlt¹⁷.

2. Der Weg zur Behandlung der übrigen Fälle des § 185 ist durch die obigen Ausführungen bereits vorgezeichnet.

a) Der Fall des § 185 II S. 1, 1. Alt. (Genehmigung) wurde in der Rechtsprechung noch nie entschieden und dürfte auch selten vorkommen. Entweder hält der Erwerber den Veräußerer für den Berechtigten, dann liegt der unter 3 zu behandelnde

¹³ Bd. III, S. 192.

¹⁴ Vgl. *RGZ* 81, 427; 84, 280; *BGHZ* 9, 250, 252; *Baur* in *Soergel-Siebert*, § 878 Rn. 1; *Hoche* *NJW* 55, 655; *Jaeger-Lent*, Komm. z. KO, 8. Aufl. 1958, § 15 Anm. 37.

¹⁵ Vgl. *Schönfeld* *JZ* 59, 141 m. w. N.

¹⁶ *JZ* 59, 144.

¹⁷ So für diesen Fall auch *Schönfeld* *JZ* 59, 142 f.; sein Hinweis auf *Erman-Westermann*, § 878 Anm. 4, und *Baur* in *Soergel-Siebert*, § 878 Rn. 9, geht jedoch fehl, da dort nur vom Konkurs des Nichtberechtigten die Rede ist, wie sich aus dem Hinweis auf *RGZ* 135, 378 ergibt.

⁶ *Mentzel-Kuhn*, Komm. z. KO, 7. Aufl. 1962, § 7 Anm. 16.

⁷ *RGZ* 135, 378 ff.

⁸ *JZ* 61, 543 = *NJW* 61, 783 = *DNotZ* 61, 198.

⁹ *NJW* 55, 652.

¹⁰ Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 61.

¹¹ *JZ* 61, 543 = *NJW* 61, 783 = *DNotZ* 61, 198.

¹² *JZ* 59, 144.

Fall des gutgläubigen Erwerbs vor, oder er wird sich bereits vor Vertragsabschluß der Zustimmung des Berechtigten versichern, so daß der Fall des § 185 I gegeben ist. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß kein Anlaß besteht, von den unter 1 gewonnenen Ergebnissen abzuweichen. Fällt daher der Nichtberechtigte in Konkurs, nachdem eine bindende Einigung und der Eintragungsantrag vorlag, so steht bei nunmehr erfolgter Genehmigung einem Erwerb des Dritten nichts im Wege. Fällt der Berechtigte in Konkurs, so ist zu beachten, daß er von nun an die Genehmigung nicht mehr erteilen kann, da sie eine Verfügung darstellt¹⁸; eine vorher erteilte Genehmigung wird nicht berührt¹⁹.

b) Häufiger und auch in der Rechtsprechung erörtert ist der Fall des § 185 II S. 1, 2. und 3. Alt.¹⁹. Er unterscheidet sich von den andern Alternativen des § 185 dadurch, daß die Heilung nur mit Wirkung ex nunc, vom Augenblick des Rechtserwerbs durch den Nichtberechtigten an, eintritt.

aa) Fällt der Nichtberechtigte in Konkurs, so ist zu unterscheiden:

Erwirbt er das Grundstück vor Konkurseröffnung, steht einer Anwendung des § 878 nichts im Wege. Es kann keinen Unterschied machen, ob er schon bei Abschluß des Geschäfts oder erst später Berechtigter war.

In Abwandlung des obigen Beispiels war der Auflassungsempfänger N nicht zur Belastung im eigenen Namen ermächtigt. Dennoch erfolgte am 2. 1. die bindende Einigung über die Bestellung einer Grundschuld; auch wurde der Eintragungsantrag gestellt. Am 10. 1. wird N als Eigentümer eingetragen. Am 15. 1. wird über das Vermögen des N der Konkurs eröffnet. G kann trotzdem als Inhaber der Grundschuld eingetragen werden.

Erwirbt er das Grundstück dagegen erst nach Eröffnung des Konkurses, so kann eine Heilung nicht mehr erfolgen. § 878 ist nicht anwendbar, da es an einer wirksamen Einigung fehlte und diese auch durch den Erwerb nicht mehr wirksam werden konnte²⁰.

War wie oben am 2. 1. die Einigung und Antragstellung erfolgt, am 15. 1. der Konkurs eröffnet worden, erfolgte jedoch die Eintragung des N als Eigentümer erst am 20. 1., so kann G die Grundschuld nicht mehr erwerben.

bb) Fällt der Berechtigte in Konkurs, so wird dies in der Regel dazu führen, daß der Nichtberechtigte das Grundstück nicht mehr erwerben kann, so daß eine Heilung nach § 185 II S. 1 entfällt. Ein vor Konkurseröffnung erfolgter Erwerb ist wirksam, jedoch möglicherweise nach §§ 29 ff. KO anfechtbar.

3. Noch nicht völlig geklärt erscheint der Fall, daß beim gutgläubigen Erwerb der eingetragene scheinbare Berechtigte nach bindender Einigung und Stellung des Eintragungsantrags in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt wird.

N ist fälschlicherweise als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Am 2. 1. einigt er sich in bindender Form (§ 873 II) mit dem gutgläubigen G über die Bestellung einer Grundschuld; am selben Tage wird der Antrag auf Eintragung des G gestellt. Am 15. 1. fällt N in Konkurs. Kann G noch eingetragen werden?

Auch hier könnte die Anwendung des § 878 gegenstandslos sein, da der Konkurs ja nur die eigenen Rechte des Gemeinschuldners erfaßt²¹. Eine gleichzeitige Verfügung über ein eigenes Recht dürfte hier meist fehlen, da es im Gegensatz zum Fall des Käufers oder Auflassungsempfängers an einer Rechtsbeziehung zum wahren Berechtigten fehlt. Das sogen. Buchrecht als solches stellt kein vermögenswertes Recht des Gemeinschuldners dar; es gibt ihm zwar die tatsächliche Möglichkeit, einen Dritten zum Rechtsinhaber zu machen; diese Befugnis hat er jedoch nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse gutgläubiger Erwerber, so daß seinem „Buchrecht“ kein Vermögenswert zukommt. Es unterliegt daher nicht dem Konkursbeschlagn²². So gestattet auch die h. M. dem Gemeinschuld-

ner trotz Konkurseröffnung, Berichtigungsbewilligungen abzugeben²³. Auf der anderen Seite wäre es wenig befriedigend, wollte man im Falle des gutgläubigen Erwerbs dem Konkurs des Veräußerers jede Wirkung absprechen. Der gutgläubige Erwerber würde dann besser stehen als jemand, der vom Berechtigten erwirbt. Eine solche Besserstellung ist aber von den §§ 892, 893 BGB nicht gewollt. Man wird sie daher in der Rechtsprechung ergänzen können, daß sie nur anwendbar sind, wenn außer der Rechtszuständigkeit auf Seiten des Veräußerers sämtliche Voraussetzungen eines wirksamen Erwerbs vorliegen²⁴.

Auf die Anwendung des § 878 kommt es daher sehr wohl an. Es besteht nun kein Grund, denjenigen, der gutgläubig vom Nichtberechtigten erwirbt, schlechter zu behandeln als den vom Berechtigten Erwerbenden. Er ist genau in der gleichen Weise den Gefahren des Eintragungsgrundsatzes ausgesetzt. § 878 ist daher entsprechend anwendbar²⁵.

G wird daher in obigem Beispiel trotz des Konkurses des N Inhaber der Grundschuld.

III.

Erfolgte die Einigung zwar mit dem Berechtigten, war dieser aber in seiner Verfügungsmacht beschränkt, so ist sie nur wirksam, wenn der Vertragspartner gutgläubig war (vgl. § 7 I KO i. V. mit § 892 I S. 2 BGB; §§ 1984 I S. 2, 2113 III, 2211 II BGB).

1. Unproblematisch ist der Fall, daß der Erwerb des Dritten vor der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen wird. Hier hindert gemäß § 892 II auch eine inzwischen erlangte Kenntnis des Dritten von der Verfügungsbeschränkung seinen gutgläubigen Rechtserwerb nicht.

2. Weit schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Verfügungsbeschränkung nach bindender Einigung mit dem Dritten und Stellung des Eintragungsantrags ins Grundbuch eingetragen wurde. Nach der in einem Beispielfall zum Ausdruck gekommenen Ansicht von Schönke-Baur²⁶ ist § 878 in diesem Fall anwendbar, der Rechtserwerb des Dritten wird also durch die Eintragung nicht gehindert.

Beispiel (in Anlehnung an Schönke-Baur aaO): E ist als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Am 15. 1. fällt er in Konkurs, am 18. 1. erfolgt die bindende Einigung über die Bestellung seiner Grundschuld mit dem gutgläubigen G und die Stellung des Eintragungsantrags. Am 20. 1. wird der Konkursvermerk eingetragen. Kann G auch jetzt noch als Inhaber der Grundschuld eingetragen werden?

Der Meinung von Schönke-Baur wäre sicherlich dann zu folgen, wenn für das Vorliegen der Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs immer der Zeitpunkt der Antragstellung maßgebend wäre. Dies gilt jedoch nach § 892 II nur für die Gutgläubigkeit des Erwerbers; es ist anerkannt, daß die übrigen Voraussetzungen bis zur Eintragung des Erwerbers vorliegen müssen²⁷. Zu diesen Voraussetzungen gehört im Falle des Erwerbs vom Nichtberechtigten die Eintragung des Nichtberechtigten, im Falle des Erwerbs vom Nicht-Verfügungsberechtigten das Fehlen der Eintragung der Verfügungsbeschränkung. Wird nun nach Antragstellung das Grundbuch richtig, wird etwa der Berechtigte oder die Verfügungsbeschränkung eingetragen, so hindert das gutgläubige Erwerb, da eine seiner Voraussetzungen weggefallen ist. Dies gilt um so mehr, als bereits die zwischenzeitliche Eintragung eines Widerspruchs, also einer bloß vorläufigen Sicherung, den gutgläubigen Erwerb ausschließt.

An dieser Rechtslage vermag auch § 878 nichts zu ändern. Es wäre allerdings denkbar, daß man § 878 in dem Sinne ausdeh-

¹⁸ Staudinger-Coing, BGB, 11. Aufl. 1957, Einl. vor § 104 Rn. 68.

¹⁹ RGZ 89, 152, 158; 135, 378, 383; Pritsch in RGRK, § 878 Anm. 1.

²⁰ Vgl. insbes. RGZ 89, 152, 158.

²¹ Vgl. oben I a, aa.

²² A. A. Schönfeld JZ 59, 141, Fußn. 15.

²³ KGJ 40 A 278; Pritsch in RGRK, § 878 Anm. 19; Staudinger-Seufert, § 878 Rn. 13; widersprüchlich Palandt-Hoche, § 878 Anm. 2 a; a. A. wohl Baur in Soergel-Siebert, § 878 Rn. 2.

²⁴ Vgl. Mentzel-Kuhn, § 7 Anm. 16.

²⁵ Ebenso Staudinger-Seufert, § 878 Rn. 3.

²⁶ Lehrbuch des Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrechts, 7. Aufl. 1993, § 50 B II 3 a.

²⁷ Baur in Soergel-Siebert, § 892 Rn. 32; Erman-Westermann, § 892 Anm. 12.

and interpretiert, daß nicht nur die Konkursöffnung, sondern auch deren Eintragung im Grundbuch für den Erwerb eines Dritten schlechterdings unbeachtlich ist. Eine Entscheidung des KG²⁸, die bei Einigung und Antragstellung vor Konkursöffnung in der unter Verstoß gegen §§ 17, 45 GBO erfolgten Eintragung des Konkursvermerks kein Hindernis für einen Rechtserwerb des Dritten erblickte, scheint in diese Richtung zu weisen.

Dagegen spricht einmal, daß dies eine Abweichung von den anerkannten Prinzipien des gutgläubigen Erwerbs darstellen würde, die in § 878 hätte deutlich zum Ausdruck kommen müssen. Entscheidend spricht gegen diese Lösung jedoch der Sinn des § 878, der lediglich vor einigen mit dem Eintragungsgrundsatz verbundenen Gefahren schützen und in bezug auf Verfügungsbeschränkungen die Situation herstellen will, die herrschen würde, wenn die Eintragung in derselben „logischen Sekunde“ wie die Einigung erfolgt wäre. Wäre dies in unserem Beispiel aber der Fall gewesen, so wäre ein gutgläubiger Erwerb überhaupt nicht in Frage gekommen, da das Grundbuch bereits den Konkursvermerk enthalten hätte. Es besteht daher kein Anlaß, auf dem Wege über § 878 den Erwerber gegenüber den Konkursgläubigern, die in gleicher Weise den Gefahren des Eintragungsgrundsatzes ausgesetzt sind, zu bevorzugen, ihm mehr zu geben, als er ohne diese Gefahren erhalten würde.

Wird daher die Verfügungsbeschränkung eingetragen, nachdem eine bindende Einigung erfolgt und der Eintragungsantrag gestellt war, so ist auch unter Berücksichtigung des § 878 ein gutgläubiger Erwerb nicht mehr möglich.

In unserem Fall kann G somit nicht mehr als Inhaber der Grundschuld eingetragen werden.

IV.

Fällt nach bindender Einigung und nach Antragstellung das Verfügungsrecht eines verfügungsbefugten Dritten weg (es wird z. B. der Konkurs aufgehoben), so lehnt die völlig h. M. eine Heranziehung des § 878 ab²⁹.

Beispiel: Der Konkursverwalter verkauft am 2. 1. ein Grundstück des Gemeinschuldners E an X. Am selben Tage erfolgt die Auflassung und die Stellung des Eintragungsantrags. Am 15. 1. wird der Konkurs aufgehoben. Kann X noch als Eigentümer eingetragen werden?

Auch hier kann der h. M. nicht gefolgt werden. Es ist nicht anzusehen, warum der Erwerber hier nicht in derselben Weise wie beim Erwerb vom Berechtigten selbst geschützt werden soll. Es erscheint ungerecht, ihn das Risiko des Wegfalls der Verfügungsbefugnis zwischen Einigung und Eintragung tragen zu lassen. Seinem Sinngehalt nach ist § 878 auch auf diesen Fall anwendbar.

Der Eintragung des X steht daher nichts im Wege.