

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 164 Abs. 1, 177 Abs. 1, 873 Abs. 1, 705; GBO § 19 – Grundschuldbestellung durch GbR; Änderungen im Gesellschafterbestand vor Eintragung

FamFG § 344 Abs. 7 – Zuständigkeit des Nachlassgerichts am Ort des Ausschlagenden zur Entgegennahme einer notariell beglaubigten Ausschlagungserklärung

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

Erbbaurecht § 27 Abs. 3; BGB § 307 Abs. 1 u. 2 Nr. 1 – Abbedingung der Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers im formularmäßigen Erbbaurechtsvertrag

##### Literaturhinweise

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 164 Abs. 1, 177 Abs. 1, 873 Abs. 1, 705; GBO § 19**

**Grundschuldbestellung durch GbR; Änderungen im Gesellschafterbestand vor Eintragung**

#### I. Sachverhalt

A und B bestellen als Gesellschafter einer GbR eine Grundschuld. Zeitlich nach der Grundschuldbestellung und noch vor Eintragung der Grundschuld tritt B seinen Gesellschaftersanteil ab an C. Das Grundbuchamt erlangt davon Kenntnis und verlangt, dass C als neuer Gesellschafter die Grundschuldbestellung in unterschriftsbeglaubigter Form genehmigt.

#### II. Frage

Hat das Grundbuchamt Recht?

#### III. Zur Rechtslage

Bestellt eine GbR eine Grundschuld an einem ihrer Grundstücke und ändert sich nach Abgabe der hierfür

erforderlichen Einigungserklärung durch die Gesellschafter, aber vor Eintragung der Grundschuld der Gesellschafterbestand, so ist im Grundsatz zwischen materieller und grundbuchverfahrensmäßiger Rechtslage zu unterscheiden.

#### 1. Materielle Rechtslage

Nach allgemeinen Grundsätzen müssen die **Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine Verfügung auch noch im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs** vorliegen (BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.1.2019, § 878 Rn. 2).

Die Belastung eines Grundstücks mit einer Grundschuld erfordert neben der dinglichen Einigung die Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch, § 873 Abs. 1 BGB. Fällt also nach Abgabe der dinglichen Einigungserklärung, aber vor Eintragung der Grundschuld im Grundbuch die **Verfügungsbefugnis** des Verfügenden weg, so hindert dies grds. – Ausnahme: § 878 BGB – den Rechtserwerb. Allerdings ist Verfügender hier die **GbR**, in deren Namen die dingliche Einigungserklärung abgegeben wurde. Die Verfügungsbefugnis der GbR ergibt sich daraus, dass diese Eigentümerin des Grundstücks ist. Da der Wechsel im Gesellschafterbestand diese Eigentumslage nicht tangiert, lässt der Wechsel im

Gesellschafterbestand auch die Verfügungsbefugnis der GbR unberührt. Ein Fall des nachträglichen Entfallens der Verfügungsbefugnis, der ggf. über die Anwendung von § 878 BGB gelöst werden könnte, liegt also nicht vor, wenn sich der Gesellschafterbestand zwischen Abgabe der dinglichen Einigungserklärung und Eintragung im Grundbuch ändert.

Die GbR wurde bei Abgabe der **dinglichen Einigungserklärung** von ihren Gesellschaftern **vertreten**, §§ 709, 714 BGB. Auch die Wirksamkeit dieser Erklärung muss nach dem obigen Grundsatz bis zum Zeitpunkt der Eintragung in das Grundbuch andauern, da die dingliche Einigung zur Wirksamkeitsvoraussetzung der Grundschuldbestellung zählt, § 873 Abs. 1 BGB. Hieran könnte man hier deshalb zweifeln, weil sich der Gesellschafterbestand der GbR infolge der Abtretung des Gesellschaftsanteils von B an C zwischenzeitlich verändert hat, sodass die GbR nicht mehr von A und B, sondern von A und C gemeinschaftlich vertreten wird (dabei wird unterstellt, dass kein Gesellschaftsvertrag mit vom Gesetz abweichenden Vertretungsregelungen besteht). Dieser Gedanke trägt allerdings nicht. Denn nach ganz überwiegender Auffassung muss die **Vertretungsmacht, damit die Erklärung dem Vertretenen zugerechnet werden kann, zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung** vorliegen. Das nachträgliche Entfallen der Vertretungsmacht, selbst wenn dies vor dem Zeitpunkt des Zugangs der Willenserklärung (und damit vor dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens, vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB) geschehen sollte, schadet nicht (h. M., vgl. OLG Naumburg FGPrax 1998, 1; MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 177 Rn. 19; Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl. 2019, § 177 Rn. 1; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 177 Rn. 5; Bous, RNotZ 2004, 483, 491; a. A. – Vertretungsmacht muss bei Zugang noch bestehen – Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 46 Rn. 17; Stiegeler, BWNNotZ 1985, 129, 134; diff. BeckOGK-BGB/Ulrici, Std.: 1.2.2019, § 177 Rn. 99: maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige, in dem der Vertreter letztmalig selbst die Vervollständigung des Vertretergeschäftes zumutbar verhindern kann). Die Auffassung der h. M. halten wir für zutreffend. Bei der Abgabe von Willenserklärungen (sog. Aktivvertretung) vertritt der Vertreter den Vertretenen in der Abgabe der Erklärung, nicht aber (dies wäre Empfangs- oder Passivvertretung) im Zugang. Auch in anderen Zusammenhängen schaden nach Abgabe der Willenserklärung eingetretene Umstände beim Erklärenden (Tod, Geschäftsunfähigkeit, vgl. § 130 Abs. 2 BGB) nicht. Und schließlich wäre der Vertreter schutzlos gestellt, würde ein nachträgliches Entfallen seiner Vertretungsmacht nach Abgabe, aber vor Zugang (dessen Zeitpunkt der Vertreter bisweilen – man denke nur an Postsendungen – nicht kontrollieren kann) die

Haftungsfolgen der Vertretung ohne Vertretungsmacht herbeiführen (§ 179 Abs. 1 u. 2 BGB). Daraus folgt, dass bei einer GbR der Gesellschafterwechsel keinen Einfluss auf die Wirksamkeit dinglicher Erklärungen hat, die im Namen der GbR durch die bisherigen vertretungsberechtigten Gesellschafter abgegeben wurden. Da die dingliche Erklärung durch A und B zu einem Zeitpunkt abgegeben wurde, als B noch Gesellschafter war, liegt eine der GbR zuzurechnende dingliche Einigungserklärung vor. Das nachträgliche Ausscheiden des B aus der Gesellschaft schadet selbst dann nicht, sollte dies vor Zugang der Erklärung geschehen sein.

Der Gesellschafterwechsel bei einer GbR zwischen Grundschuldbestellung und Eintragung hat daher weder Einfluss auf die Verfügungsbefugnis noch verhindert er die Zurechnung der dinglichen Einigungserklärung. Etwas anderes ergibt sich auch nicht durch das im Zusammenhang mit § 873 Abs. 1 BGB oft genannte Erfordernis des **„Einigseins bei Eintragung“**. Denn damit wird schlicht zum Ausdruck gebracht, dass die einmal erklärte dingliche Einigung auch noch zum Zeitpunkt der Eintragung wirksam sein muss (vgl. Schulze/Staudinger, BGB, 10. Aufl. 2019, § 873 Rn. 13), also insb. nicht widerrufen worden sein darf (vgl. § 873 Abs. 2 BGB). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, die dingliche Einigungserklärung wurde seitens der GbR nicht widerrufen.

Auf materiell-rechtlicher Ebene liegt deshalb eine wirksame Einigung zwischen der GbR und der Grundpfandrechtsgläubigerin vor.

## 2. Grundbuchverfahrensmäßige Rechtslage

In grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht erfordert die Eintragung der Grundschuld eine **Bewilligung der GbR nach § 19 GBO**, da die GbR als Grundstückseigentümerin von der Eintragung der Grundschuld „betroffen“ ist. Mangels gegenteiliger Sachverhaltsangaben gehen wir davon aus, dass die Bewilligung nach § 19 GBO – wie es dem Regelfall entspricht – in der Grundschuldbestellungsurkunde enthalten ist.

Damit die in der Grundschuldbestellungsurkunde enthaltene Bewilligung der GbR wirksam ist, müsste diese **bewilligungsbefugt** sein. Die Bewilligungsbefugnis leitet sich von der sachlichrechtlichen Verfügungsbefugnis ab (Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 19 Rn. 56). Die Verfügungsbefugnis der GbR als Grundstückseigentümerin liegt vor, sie wird insbesondere nicht durch den zwischenzeitlichen Gesellschafterwechsel in Frage gestellt (s. o.). Deshalb berührt der Gesellschafterwechsel auch die Bewilligungsbefugnis der GbR – die ebenso wie die Verfügungsbefugnis noch zum Zeitpunkt des

Rechtserwerbs (d. h. der Eintragung) vorliegen muss – nicht.

Ebenso wie die dingliche Einigungserklärung kann auch die Bewilligung der GbR durch ihre Gesellschafter als deren **Vertreter** abgegeben werden, §§ 709, 714 BGB. Entgegen der überwiegenden Auffassung bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen hält es die ganz herrschende Meinung im Zusammenhang mit der Bewilligung nach § 19 GBO aber für erforderlich, dass die **Vertretungsmacht zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung noch besteht** (vgl. KGJ 43, 151; KG FGPrax 2015, 10; OLG Düsseldorf FGPrax 2014, 8; Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, AT G Rn. 1; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 19 Rn. 74.2; KEHE/Munzig, GBO, 8. Aufl. 2019, § 19 Rn. 159; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl. E Rn. 98; Wolf, MittBayNot 1996, 266, 267; Gutachten DNotI-Report 2012, 129, 130). Eine Bewilligung nach § 19 GBO wird wirksam, wenn sie entweder in Urschrift oder Ausfertigung dem Grundbuchamt vorliegt, in Urschrift oder Ausfertigung dem Begünstigten oder Dritten ausgehändigt wurde oder die Voraussetzungen vorliegen, die für den Begünstigten einen unwiderruflichen gesetzlichen Anspruch nach § 51 Abs. 1 BeurkG auf Aushändigung der Urschrift oder einer Ausfertigung der Bewilligung begründen (OLG Düsseldorf FGPrax 2014, 8). Sollte das Wirksamwerden der Bewilligung nach diesen Maßstäben erst nach dem Wechsel im Gesellschafterbestand eingetreten sein, läge nach der h. M. keine wirksame Bewilligung der GbR vor. Bei Zugrundelegung der h. M. hat das Grundbuchamt deshalb die Nachgenehmigung durch C gem. § 177 Abs. 1 BGB (vgl. zur Anwendbarkeit des § 177 Abs. 1 BGB auf die Bewilligung BayObLG DNotZ 1989, 779) zu Recht eingefordert.

Denn dass der nach h. M. maßgebliche **Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung** vor dem Ausscheiden des B lag, müsste dem Grundbuchamt **in der Form des § 29 GBO nachgewiesen** werden, damit dieses von einer wirksamen, durch A und B im Namen der GbR erklärten Bewilligung ausgehen kann. Dies wird kaum gelingen, da das Wirksamwerden der Bewilligung von Umständen – bspw. Aushändigung der Bewilligung in Urschrift oder Ausfertigung an den Begünstigten (s. o.) – abhängt, deren Eintreten i. d. R. nicht in der Form des § 29 GBO dokumentiert wird.

Inhaltlich überzeugt uns die überwiegende Auffassung, wonach es bei der Bewilligung nach § 19 GBO auf das Bestehen der Vertretungsmacht zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung ankommt, nicht. U. E. muss auch in diesem Zusammenhang ausreichend sein, dass die Vertretungsmacht zum **Zeitpunkt der Erklärung der Bewilligung** bestand. Geht man mit der

älteren Auffassung davon aus, dass es sich bei der Bewilligung um eine rechtsgeschäftliche Erklärung handelt (vgl. RGZ 8, 129; 54, 378; 141, 377), ergibt sich dies ohne Weiteres aus den obigen Ausführungen zum Zeitpunkt des Bestehens der Vertretungsmacht bei der dinglichen Einigung (s. unter 1.). Aber selbst wenn man die Bewilligung mit der heute ganz überwiegenden Auffassung als reine Verfahrenshandlung versteht (vgl. nur KEHE/Munzig, GBO, 8. Aufl. 2019, § 19 Rn. 11 m. w. N.), ergibt sich nichts anderes. Denn auch sonst wird es bei verfahrensrechtlichen Erklärungen für unbeachtlich gehalten, wenn nach Erklärung, aber vor Wirksamwerden eine Handlungsvoraussetzung entfällt. So soll es bspw. unschädlich sein, wenn die Postulationsfähigkeit eines Rechtsanwaltes nach Unterzeichnung der Berufungsschrift, aber vor ihrem Eingang bei dem Berufungsgericht – und damit vor ihrem Wirksamwerden (vgl. § 519 Abs. 1 ZPO) – entfällt. Der BGH begründet dies damit, dass das Verfahrensrecht nur verlangt, dass die Rechtsmittelschrift von einem Rechtsanwalt unterzeichnet ist und dass diese eingereicht wird; nicht gefordert werde das Fortdauern der Postulationsfähigkeit bis zum Zeitpunkt des Eingangs beim Berufungsgericht (BGH NJW 1990, 1305 – Beispiel nach Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 102b). Auch bei der Vertretungsbefugnis für die Anmeldung zum Handelsregister soll es nur auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung ankommen (vgl. BayObLG DNotI-Report 2004, 18). Gleiches muss dann auch im Zusammenhang mit der Bewilligung nach § 19 GBO gelten. Diese wesentlich anders zu behandeln als andere Verfahrenshandlungen, ohne dass hierfür auf eine klare gesetzliche Grundlage verwiesen werden könnte, überzeugt nicht. Im Übrigen ist anerkannt, dass andere Defizite des Bewilligenden, die nach der Erklärung, aber vor Wirksamwerden der Bewilligung eintreten, unbeachtlich sind. So soll es etwa möglich sein, die Bewilligung nach § 19 GBO in einem Testament zu erklären. Dass die Bewilligung erst nach dem Tod des Erklärenden wirksam wird, sei in entsprechender Anwendung des § 130 Abs. 2 BGB unbeachtlich (vgl. OLG Stuttgart ZErB 2012, 132). Konsequenterweise müsste dies dann aber auch für den Fall gelten, dass der Bewilligende nach Erklärung, aber vor Wirksamwerden der Bewilligung seine Vertretungsmacht verliert (so auch Schöner/Stöber, Rn. 102a-102f).

Abschließend ist zu klären, ob der **Voreintragungsgrundsatz** gebietet, dass die GbR mit ihrem aktuellen Gesellschafterbestand in das Grundbuch eingetragen wird, bevor die Eintragung der Grundsuld erfolgen kann. § 47 Abs. 2 S. 2 GBO regelt, dass die für den Berechtigten geltenden Vorschriften entsprechend für die Gesellschafter gelten. In der Konsequenz bedeutet dies, dass auch der Voreintragungsgrundsatz des § 39 Abs. 1

GBO für die Gesellschafter der GbR gilt (BT-Drs. 16/13437, S. 25; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 429). In der Gesetzesbegründung des ERVGBG heißt es ausdrücklich, dass zunächst der Erwerber eines GbR-Anteils im Grundbuch eingetragen werden muss, bevor die GbR über ihr Eigentum am Grundstück verfügt (BT-Drs. 16/13437, S. 25; zust. Meikel/Böttcher, § 47 Rn. 250). Überträgt man dies auf die Bestellung der Grundschuld, könnte demzufolge auch die Voreintragung des Zessionars erforderlich sein, bevor die Eintragung einer Grundschuld erfolgen kann. Gleichwohl halten wir es im vorliegenden Fall nicht für überzeugend, eine Voreintragung zu verlangen. Es wäre befremdlich, wenn ein Gesellschafter den Grundbuchvollzug einer von der GbR wirksam bewilligten Abtretung der Grundschuld im Nachhinein durch eine Abtretung des Gesellschaftsanteils vereiteln könnte. Eine Voreintragung erscheint als leerer Formalismus, weil der Anteilserwerber an die von der GbR abgegebene Erklärung gebunden ist. Man könnte daher davon ausgehen, dass der Erwerber des Anteils schon gar nicht betroffen i. S. v. § 39 Abs. 1 GBO ist, weil er den Anteil an der GbR bereits mit der von der GbR zuvor erteilten Bewilligung erwirbt. Wenn schon keine Bewilligung des Anteilserwerbers erforderlich ist (vgl. oben), ist auch eine Voreintragung nicht geboten. Alternativ halten wir es für gangbar, den Rechtsgedanken von § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO anzuwenden, wonach eine Voreintragung eines Gesamtrechtsnachfolgers entbehrlich ist, wenn der Erblasser bereits zu Lebzeiten eine Bewilligung abgegeben hat (i. d. S. BeckOGK-BGB/Weber, Std.: 1.1.2019, § 925 Rn. 190.2; Weber, DNotZ 2018, 884, 908; vgl. jedoch auch KG NJW-RR 1993, 151, das für den Fall einer Erklärung der Auffassung nach erfolgtem Gesellschafterwechsel eine analoge Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO ablehnt).

### 3. Ergebnis

Auf Grundlage der überwiegenden Meinung, wonach es darauf ankommt, dass die Vertretungsmacht des Bewilligenden noch zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung besteht, dürfte das Grundbuchamt die Nachgenehmigung durch C zu Recht gefordert haben. Denn der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung, der nach dieser Auffassung dem Ausscheiden des B zeitlich vorgehen muss, damit die von A und B abgegebene Bewilligung der GbR zugerechnet werden kann, ist dem Grundbuchamt (wohl) nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

Nach hier vertretener Auffassung reicht es aus, dass die Vertretungsmacht des Bewilligenden zum Zeitpunkt der Erklärung bestand. Da die Vertretungsmacht von A und B zum Zeitpunkt der Erklärung der Bewilligung fraglos noch bestand, hätte das Grundbuchamt bei Zu-

grundelegung dieser Auffassung die Nachgenehmigung zu Unrecht gefordert.

---

## FamFG § 344 Abs. 7

### Zuständigkeit des Nachlassgerichts am Ort des Ausschlagenden zur Entgegennahme einer notariell beglaubigten Ausschlagungserklärung

---

#### I. Sachverhalt

Ein Nachlassgericht weigert sich, eine notariell beglaubigte Erbausschlagung anzunehmen. Es begründet dies damit, dass nur der Ausschlagende seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bezirk des Nachlassgerichts hat, der Erblasser hingegen seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Bezirk eines anderen Nachlassgerichts hatte. Es ist der Auffassung, dass die Zuständigkeitsnorm des § 344 Abs. 7 FamFG nicht für notariell beglaubigte Erbausschlagungserklärungen, sondern nur für Ausschlagungserklärungen gilt, die direkt zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt wurden.

#### II. Frage

Gilt die Zuständigkeit für die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung nach § 344 Abs. 7 FamFG auch für notariell beglaubigte Ausschlagungserklärungen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Bisheriger Streitstand

Die aufgeworfene Rechtsfrage ist – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden. Die **Literatur** geht allerdings nahezu **ausnahmslos** davon aus, dass die besondere Zuständigkeit des Nachlassgerichts am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Ausschlagenden gem. § 344 Abs. 7 S. 1 FamFG auch dann begründet ist, wenn es alleine um die **gerichtliche Entgegennahme einer notariell beurkundeten oder beglaubigten Ausschlagungserklärung** geht. Diese ganz h. M. stützt sich dafür auf den Sinn und Zweck der Regelung, der darin besteht, den Ausschlagenden vor Unsicherheiten hinsichtlich des zuständigen Gerichts zu schützen, die sich daraus ergeben, dass er oftmals keine verlässliche Kenntnis vom letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers hat (BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.4.2019, § 344 Rn. 14; Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 344 Rn. 48; Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 344 Rn. 16; MünchKommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 344 Rn. 46; ausf. Heinemann, DNotZ 2011, 498, 499; ders., ZErB 2008, 293, 295; Fröhler, BWNotZ 2012, 160, 161; Lukoschek, NotBZ 2010, 324, 328 f.). Dieser Standpunkt ist aus unserer Sicht überzeugend.

Angesichts der Gleichwertigkeit der Erklärung der Ausschlagung gegenüber dem Nachlassgericht entweder (i. d. R. mündlich) zur Niederschrift oder in öffentlich beglaubigter Form (§ 1945 Abs. 1 BGB) und der Vergleichbarkeit der Situation, in der sich der Ausschlagende hinsichtlich der Kenntnis vom sonst maßgeblichen letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers befindet, erschiene eine Ungleichbehandlung beider Erklärungsmodalitäten in der Frage der Zuständigkeit kaum verständlich.

Eine **andere Ansicht** wurde bislang lediglich von *Bestelmeyer* (Rpfleger 2010, 635, 637) vertreten. Er verweist auf die Gesetzesbegründung, in der nur von der Aufnahme der Erklärung durch das Nachlassgericht gesprochen wird sowie davon, dass „Niederschriften der örtlich unzuständigen Nachlassgerichte über die Aufnahme der Erklärungen nicht anerkannt [wurden vom zuständigen Nachlassgericht], wenn zuvor nicht ein ausdrückliches Ersuchen um Amtshilfe ergangen ist“ (BT-Drs. 16/6308, S. 389 f.).

*Bestelmeyer* ist zuzugeben, dass die ursprüngliche Gesetzesbegründung den Schluss nahelegt, ihre Verfasser hätten nur an die zur Niederschrift des Nachlassgerichts abgegebene Erklärung gedacht, nicht aber an die notariell beglaubigte (oder beurkundete) Ausschlagungserklärung. Ein ausdrücklicher Wille zu einer entsprechenden Beschränkung der Zuständigkeitsnorm ergibt sich daraus u. E. allerdings nicht.

## 2. Neufassung des § 344 Abs. 7 FamFG

Diese auch bereits bislang im Ergebnis nicht überzeugenden Bedenken dürften durch die **Neufassung des § 344 Abs. 7 FamFG** erledigt sein, die die Vorschrift mit dem Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften (BGBl. 2015 I. S. 1042) erfahren hat (Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, § 344 Rn. 16). In § 344 Abs. 7 S. 2 FamFG wird ausdrücklich geregelt, dass entweder die Niederschrift oder die **Urschrift der öffentlich beglaubigten Erklärung** an das zuständige Nachlassgericht zu übersenden ist. Damit gibt das Gesetz zu erkennen, dass sich § 344 Abs. 7 FamFG nicht nur auf zur Niederschrift des Nachlassgerichts abgegebene Erklärungen bezieht.

Die Gesetzesbegründung führt insoweit aus:

*„Von der Entgegennahme sind sowohl die Ausschlagungs- oder Anfechtungserklärungen in öffentlich beglaubigter Form als auch die zur Niederschrift des Nachlassgerichts abgegebenen Erklärungen erfasst. Soweit nunmehr in Satz 2 die Erklärungen in öffentlich beglaubigter Form*

*ausdrücklich aufgeführt sind, dient auch dies lediglich der Klarstellung, dass nicht nur zur Niederschrift aufgenommene Erklärungen an das nach § 343 FamFG zuständige Nachlassgericht zu übersenden sind, sondern auch Ausschlagungs- und Anfechtungserklärungen in öffentlich beglaubigter Form.“*

(BT-Drucks. 18/4201, S. 59)

Damit bringt auch die Gesetzesbegründung unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Empfangszuständigkeit nach § 344 Abs. 7 FamFG nicht nur für protokollierte Erklärungen des Nachlassgerichts, sondern auch **für öffentlich beglaubigte Ausschlagungserklärungen** und damit insbesondere auch für notariell beglaubigte Ausschlagungserklärungen gilt.

## 3. Ergebnis

Auch wenn es an einer gerichtlichen Entscheidung der aufgeworfenen Rechtsfrage fehlt, kann im Hinblick auf den nun unmissverständlichen Wortlaut der Vorschrift davon ausgegangen werden, dass auch eine notariell beglaubigte Ausschlagungserklärung rechtssicher am Gericht des gewöhnlichen Aufenthalts des Ausschlagenden eingereicht werden kann.

# Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

**GmbHG §§ 40, 16; HGB § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1; BGB § 168**

**Tod eines Gesellschafters; Berichtigung von Gesellschafterliste und Handelsregistereintragung; transmortale Vollmacht**

Abruf-Nr.:

**BGB §§ 1629, 1795, 181**

**Erteilung einer Handelsregistervollmacht namens eines Minderjährigen; Ergänzungspfleger; gerichtliche Genehmigung**

Abruf-Nr.:

---

# Rechtsprechung

**ErbbauRG § 27 Abs. 3; BGB § 307 Abs. 1 u. 2 Nr. 1 Abbedingung der Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers im formularmäßigen Erbbaurechtsvertrag**

**Eine in einem Erbbaurechtsvertrag formularmäßig verwendete Klausel, wonach die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG schuldrechtlich oder als Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen ist, widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts und ist nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel unwirksam. Das gilt auch dann, wenn in dem Erbbaurechtsvertrag die Entschädigung, die der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten nach Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf zu leisten hat, auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks begrenzt wird.**

BGH, Urt. v. 23.11.2018 – V ZR 33/18

## Problem

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten (§ 27 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG). Nach § 27 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 ErbbauRG hat der Grundstückseigentümer indes ein Schutzrecht gegen diesen potentiellen Entschädigungsanspruch: Er kann seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung dadurch abwenden, dass er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die vorausichtliche Standdauer des Bauwerks verlängert. Damit kann der Grundstückseigentümer seiner Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung entgehen, denn: Lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung (§ 27 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 ErbbauRG). Der BGH hatte nun Gelegenheit, über die Reichweite der Disponibilität dieses Schutzrechts des Grundstückseigentümers zu entscheiden.

Dem lag (verkürzt) ein Sachverhalt zugrunde, in welchem die Rechtsvorgänger der Beklagten – die in ungeteilter Erbengemeinschaft Miteigentümer zweier Grundstücke sind – an diesen Grundstücken ein Gesamterbbaurecht für die Dauer von mindestens 30 Jahren bestellt hatten; im zugrundeliegenden Erbbaurechtsvertrag wurde die Höhe des Entschädigungsanspruchs des Erbbauberechtigten nach Zeitablauf in Abweichung von § 27 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG auf zwei Drittel des Verkehrswerts der errichteten Bauten und Anlagen beschränkt und zugleich die Abwendungsbefugnis der Beklagten

als Grundstückseigentümer durch Abbedingung des § 27 Abs. 3 S. 1 ErbbauRG ausgeschlossen. Während nach allgemeiner Literaturansicht das Schutzrecht des Grundstückseigentümers – also die Abwendungsbefugnis nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG – im Individualvertrag vollumfänglich dispositiv ist, d. h. abgeändert oder gänzlich ausgeschlossen werden kann, war bislang nicht geklärt, ob und unter welchen Voraussetzungen über die Abwendungsbefugnis formularmäßig (mittels AGB) disponiert werden kann.

Am Ende der Laufzeit des Erbbaurechtsvertrages boten die Beklagten der Klägerin, die das Erbbaurecht erworben und auf den Grundstücken einen Verbrauchermarkt errichtet hatte, an, das Gesamterbbaurecht um zehn Jahre zu verlängern, was diese jedoch ablehnte. Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin Entschädigungszahlung in Höhe von zwei Dritteln des gerichtlich zu ermittelnden Verkehrswerts nach § 27 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG i. V. m. der einschlägigen (die Verkehrsbeschränkung enthaltenden) Bestimmung im Erbbaurechtsvertrag. Im Streit stand, ob der Entschädigungsanspruch durch das Angebot der Beklagten auf Verlängerung des Erbbaurechts nach der Vorgabe des § 27 Abs. 3 S. 1 ErbbauRG erloschen war. Davon wäre nur auszugehen, wenn § 27 Abs. 3 S. 1 ErbbauRG nicht wirksam abbedungen worden wäre.

## Entscheidung

Der BGH bekräftigt zunächst die allgemein konsentiertere Ansicht, dass das Recht des Grundstückseigentümers, die **Zahlung der Entschädigung** gem. § 27 Abs. 3 ErbbauRG abzuwenden, durch einen **Individualvertrag abbedungen** werden kann (entweder gänzlich oder abändernd). Als Inhalt des Erbbaurechts – wollen sich die Parteien nicht auf eine schuldrechtliche Vereinbarung beschränken – könne demnach vereinbart werden, dass das Recht des Grundstückseigentümers, seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung durch Verlängerung des Erbbaurechts abzuwenden, ausgeschlossen ist. Die Abdingbarkeit ergebe sich bereits aus der Bestimmung des § 27 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG. Zwar erfasse diese Bestimmung (auf die § 27 Abs. 3 ErbbauRG nicht verweist) nur Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung, die Art ihrer Zahlung sowie über ihren Ausschluss, nicht hingegen unmittelbar Vereinbarungen über die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers; auf sein Schutzrecht gegen den Entschädigungsanspruch könne der Grundstückseigentümer aber schon nach allgemeinen Grundsätzen als Betroffener verzichten und als Ausdruck dieser Verzichtbarkeit mit dem Erbbauberechtigten den Ausschluss der Abwendungsbefugnis vereinbaren, und zwar – ebenso wie bei einer Vereinbarung nach § 27 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG

– auch mit dinglicher Wirkung, d. h. als Inhalt des Erbbaurechts.

Liege jedoch keine individualvertragliche Abbedingung vor, sondern eine solche durch **Allgemeine Geschäftsbedingungen** (ob solche vorlagen, wird das OLG Zweibrücken, an das zwecks diesbezüglicher Ermittlung zurückverwiesen wurde, zu klären haben), halte die Abbedingung regelmäßig einer **Inhaltskontrolle** nach Maßgabe des § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) nicht stand. Es könne offenbleiben, wie der Meinungsstreit bzgl. der Möglichkeit der formuarmäßigen Abbedingung des Entschädigungsanspruchs nach § 27 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG zu entscheiden sei. Jedenfalls der formuarmäßige Ausschluss der Abwendungsbefugnis sei mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 27 Abs. 3 ErbbauRG unvereinbar und deshalb grundsätzlich unwirksam (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Dem liege zugrunde, dass die genannte Regelung nicht nur der Zweckmäßigkeit diene, sondern **Gerechtigkeitsvorstellungen** des Gesetzgebers durchsetzen wolle. Die Regelung sei Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Risikoverteilung hinsichtlich der Weiterverwendung des Bauwerks nach Ablauf des Erbbaurechts. Deren formuarmäßige Abbedingung widerspreche daher dem gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts und sei damit nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB (hier nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG) im Zweifel unwirksam. Das gelte auch dann, wenn in dem Erbbaurechtsvertrag die Entschädigung, die der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten nach Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf zu leisten hat, auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks begrenzt sei. Sinn und Zweck der Abwendungsbefugnis sei es, den Grundstückseigentümer davor zu bewahren, durch die Entschädigungspflicht in **wirtschaftliche Schwierigkeiten** zu geraten; dies werde bewerkstelligt, indem er die Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung durch die Verlängerung des Erbbaurechts abwenden könne. Dieser Möglichkeit des Grundstückseigentümers, zwischen der Übernahme des Bauwerks gegen Zahlung einer Entschädigungssumme und der Verlängerung des Erbbaurechts zu wählen, komme zentrale Bedeutung für den Ausgleich seiner Interessen mit denen des Erbbauberechtigten am Ende der Laufzeit des Erbbaurechts zu. Könnte dagegen der Grundstückseigentümer die Entschädigungspflicht nicht abwenden, wäre der Ablauf des Erbbaurechts für ihn unter Umständen mit **erheblichen wirtschaftlichen Belastungen** verbunden; so vor allem, wenn ihn die Pflicht, die Entschädigungssumme zu zahlen oder zu finanzieren oder den damit verbundenen Liquiditätsabfluss zu verkraften, zur Unzeit treffe. Zudem müsste der Eigentümer ohne Abwendungs- und

damit Verlängerungsbefugnis das Risiko der Anschlussverwendung des Bauwerks tragen und dies, obgleich der Erbbauberechtigte als derjenige, der die baulichen Investitionen getätigt hat, dieses Risiko besser tragen könnte. Würden diese Nachteile, die eine Abbedingung der Abwendungsbefugnis für den Grundstückseigentümer mit sich brächten, nicht durch anderweitige Vereinbarungen kompensiert, sei die Abbedingung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen daher unwirksam.

**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

---

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0                      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)                      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Johannes Cziupka

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit