

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 20, 21 – Bauliche Veränderungen am Gemeinschaftseigentum; Gestattungsbeschluss; Wirkung ggü. Rechtsnachfolgern; Rücknahme des Gestattungsbeschlusses

AktG §§ 130, 118 Abs. 3 S. 1, 129 – Hauptversammlung; kurzzeitige Abwesenheit des Versammlungsleiters, der Vorstandsmitglieder oder des beurkundenden Notars; durchgängige Anwesenheit; Interimsleiter; Unterbrechung der Hauptversammlung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 133, 167, 168 – Konkludenter Ausschluss des Widerrufsrechts unter mehreren Generalbevollmächtigten

GBO §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1 S. 2 – Erfordernis eines Erbscheins bei einer untypischen Pflichtteils Klausel im Erbvertrag

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### WEG §§ 20, 21

#### Bauliche Veränderungen am Gemeinschaftseigentum; Gestattungsbeschluss; Wirkung ggü. Rechtsnachfolgern; Rücknahme des Gestattungsbeschlusses

##### I. Sachverhalt

Es soll eine Eigentumswohnung verkauft werden. Der Verkäufer hat auf dem Dach des Treppenhauses (Gemeinschaftseigentum) eine Dachterrasse errichtet, die nur über sein Sondereigentum zu erreichen ist. Ein Zugang vom Treppenhaus zur Terrasse besteht nicht. 2021 fasste die Eigentümerversammlung einen Beschluss, in dem sie dem jetzigen Verkäufer den Ausbau einer Dachterrasse zur ausschließlichen eigenen Nutzung ge-

stattet. Der Beschluss legt fest, dass die Arbeiten erst nach Vorliegen aller behördlichen Genehmigungen ausgeführt werden dürfen und der Eigentümergemeinschaft keine Kosten entstehen dürfen. Die Wohnungseigentümergemeinschaft erhält für die Gestattung eine einmalige Zahlung i. H. v. 7.000 € auf das Rücklagenkonto der WEG und eine monatliche Nutzungsentschädigung i. H. v. 50 € auf das Girokonto der WEG.

Der Beschluss wurde mehrheitlich (aber nicht einstimmig) gefasst. Im Rahmen des Verkaufs der Wohnung soll nun die Dachterrasse bzw. das Nutzungsrecht hieran mitveräußert werden. Die bestehende Gemeinschaftsordnung aus dem Jahr 2016 enthält keine Regelungen über bauliche Veränderungen.

##### II. Fragen

1. Hat die Eigentümerversammlung für einen solchen Beschluss überhaupt ausreichend Kompetenz oder wäre hier lediglich eine Vereinbarung möglich?

2. Falls ein Beschluss nicht möglich ist: Ist der gefasste Beschluss nichtig oder nur anfechtbar? Entfaltet er Wirkung, soweit er nicht angefochten wird?

3. Falls ein Beschluss möglich war: Ist dieser auch gegenüber Dritten (Rechtsnachfolgern) wirksam, obgleich er nicht im Grundbuch eingetragen ist?

4. Falls ein Beschluss möglich war: Kann dieser dann durch einfachen Mehrheitsbeschluss jederzeit rückgängig gemacht werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Intertemporaler Anwendungsbereich

Zunächst ist zu klären, ob sich die Beurteilung der Fragen nach den Vorschriften des WEG in der derzeit gültigen Fassung richtet oder nach der bis zum 30.11.2020 geltenden Rechtslage. Zum 1.12.2020 trat das WEMoG in Kraft (Gesetz zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften, BGBl. I v. 22.10.2020, S. 2187; s. nun auch die vollständige Bekanntmachung der Neufassung des WEG vom 12.1.2021, BGBl. I v. 20.1.2021, S. 34). Die Vorschriften über die baulichen Veränderungen wurden darin vollständig neu gefasst und erheblich modifiziert.

Der Zeitpunkt der **Vornahme der baulichen Maßnahme** ist im Sachverhalt nicht angegeben. Im Ergebnis dürfte es darauf jedoch auch nicht ankommen, da der **Gestattungsbeschluss nach Inkrafttreten des WEMoG** gefasst wurde. Zu den Regelungen über bauliche Veränderungen enthält das Gesetz **keine Übergangsregelung**. Insofern ist davon auszugehen, dass für die Möglichkeit der Gestattung allein das Recht zum Zeitpunkt des Gestattungsbeschlusses maßgeblich ist. Im vorliegenden Fall wurde der Beschluss in einer Eigentümerversammlung im Jahr 2021 gefasst. Würde man auf den Zeitpunkt der baulichen Veränderung in tatsächlicher Hinsicht abstellen, käme man ggf. zu dem widersinnigen Ergebnis, dass die nach altem Recht unzulässige bauliche Veränderung nicht nach neuem Recht zu gestatten wäre, also zunächst ein Rückbau mit anschließender Neuerrichtung zu erfolgen habe. Das kann vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt sein. Die Zulässigkeit der baulichen Maßnahme dürfte sich dementsprechend insgesamt nach den Vorschriften des WEG in der seit dem 1.12.2020 geltenden Fassung richten. Eine abweichende Regelung in der Gemeinschaftsordnung ist gem. § 47 WEG unbeachtlich, wenn die Vereinbarung vor dem 1.12.2020 getroffen wurde und sich aus der Vereinbarung nicht ein anderer Wille ergibt. Ein solcher Wille ist gem. § 47 S. 2 WEG im Zweifel nicht

anzunehmen. Die vorliegende Gemeinschaftsordnung wurde 2016 geschlossen, sodass § 47 WEG anwendbar ist. Da die Gemeinschaftsordnung keine entsprechende Regelung enthält, erübrigt sich die Frage, ob ein entsprechender Abweichungswille besteht.

#### 2. Zulässigkeit von baulichen Veränderungen

Maßnahmen, die über die ordnungsmäßige Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums hinausgehen (**bauliche Veränderungen**), können beschlossen oder einem Wohnungseigentümer durch Beschluss gestattet werden, § 20 Abs. 1 WEG. Bauliche Veränderungen, die die Wohnanlage **grundlegend umgestalten** oder einen Wohnungseigentümer ohne sein Einverständnis gegenüber anderen unbillig benachteiligen, dürfen nicht beschlossen und gestattet werden, § 20 Abs. 4 WEG. Ein dagegen verstößender Beschluss ist nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar (BT-Drucks. 19/18791, S. 66).

Der Begriff der „grundlegenden Umgestaltung“ wird nicht gesetzlich definiert. Auch in den Gesetzgebungsmaterialien finden sich keine Hinweise. Letztlich muss unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls die Gestaltung der Wohnanlage vor und nach der streitigen baulichen Veränderung verglichen werden (sog. objektiver Vorher-Nachher-Vergleich, vgl. BeckOGK-WEG/Kempfle, Std.: 1.3.2022, § 20 Rn. 208). Dass die Dachterrasse die Wohnanlage im vorliegenden Fall grundlegend umgestaltet oder einen anderen Wohnungseigentümer unangemessen benachteiligt, ist für uns aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Insofern würden wir davon ausgehen, dass ein entsprechender Gestattungsbeschluss gem. § 20 Abs. 1 WEG zulässig ist und gem. § 25 Abs. 1 WEG mit der erforderlichen (einfachen) Mehrheit gefasst wurde. Über die Erhebung einer Anfechtungsklage ist nichts bekannt.

Gem. § 21 Abs. 1 S. 1 WEG hat der Wohnungseigentümer, dem die bauliche Veränderung gestattet wird, die Kosten der baulichen Veränderung zu tragen, nur ihm obliegen gem. § 21 Abs. 1 S. 2 WEG die Nutzungen. Durch die Beschlussfassung entsteht dementsprechend ein **gesetzliches Sondernutzungsrecht** an der Fläche des Gemeinschaftseigentums (BeckOGK-WEG/Kempfle, § 20 Rn. 103; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 1057, 1200; teilw. auch – u. E. nicht ganz präzise – „faktisches Sondernutzungsrecht“, vgl. bspw. Elzer, StichwortKommentar Wohnungseigentumsrecht, 1. Aufl. 2021, Bauliche Veränderungen Rn. 29).

Zu beachten ist hierbei allerdings, dass die übrigen Wohnungseigentümer grundsätzlich gem. § 21 Abs. 4 S. 1 WEG einen Anspruch darauf haben, dass ihnen die

Mitbenutzung gegen angemessenen Ausgleich gestattet wird. Allerdings muss dies nur „nach billigem Ermessen“ erfolgen. Billigem Ermessen entspricht die Beteiligung anderer Wohnungseigentümer an der Nutzung von vornherein dann nicht, wenn die bauliche Veränderung mit dem Sondereigentum eines Wohnungseigentümers verbunden ist und der Zugang zur Nutzungsfläche nur über dieses Sondereigentum möglich ist (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1122; BeckOGK-WEG/Kempfle, Std.: 1.3.2022, § 21 Rn. 60). Wie die Rechtsprechung dieses Tatbestandsmerkmal in der Praxis interpretieren wird, bleibt abzuwarten. Grundsätzlich wird man es weit auszulegen und im Zweifel von einem Anspruch auszugehen haben. Denn die Norm schafft einen Ausgleich dafür, dass der Mitgebrauch am Gemeinschaftseigentum nicht durch Mehrheitsbeschluss entzogen werden kann und alle Wohnungseigentümer grundsätzlich gleich zu behandeln sind (BeckOK-WEG/Elzer, Std.: 1.1.2022, § 21 Rn. 56). Im vorliegenden Fall dürfte dies freilich am Ergebnis nichts ändern, da eine Mitbenutzung der Dachterrasse unter Zugang über die Sondereigentumseinheit des Verkäufers unter keinen Umständen zumutbar sein wird.

### 3. Wirkung ggü. Dritten

Gem. § 10 Abs. 3 S. 2 WEG wirken Beschlüsse, die die Wohnungseigentümer gefasst haben, auch gegen Sondernachfolger. Etwas anderes gilt gem. § 10 Abs. 3 S. 1 WEG nur für Beschlüsse, die „aufgrund einer Vereinbarung“ (also einer sog. rechtsgeschäftlichen Öffnungsklausel) gefasst werden. Solche Beschlüsse wirken gegenüber Sondernachfolgern nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Bei § 20 Abs. 1 WEG handelt es sich um eine **gesetzliche Öffnungsklausel**. Beschlüsse aufgrund einer gesetzlichen Öffnungsklausel wirken gem. § 10 Abs. 3 S. 2 WEG ohne Eintragung im Grundbuch uneingeschränkt gegenüber Rechtsnachfolgern eines Wohnungseigentümers (Grüneberg/Wicke, BGB, 81. Aufl. 2022, § 10 WEG Rn. 26).

### 4. Rücknahmemöglichkeit

Inwiefern eine einmal erteilte Gestattung durch Beschluss zurückgenommen werden kann, ist für das neue Recht noch nicht gerichtlich geklärt und wird in der Literatur nur teilweise erörtert. Grundsätzlich geht man davon aus, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die Gestattung zur Vornahme einer baulichen Veränderung später durch einen sog. abändernden Zweitbeschluss widerrufen kann. Ein solcher Widerruf soll aber nur dann ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen, **wenn hierfür ein sachlicher Grund vorliegt und der betroffene Wohnungseigentümer gegenüber dem bisherigen Zustand nicht unbillig benachteiligt wird** (MünchKommBGB/

Rüscher, 8. Aufl. 2021, WEG, § 20; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 20 Rn. 60: „ohne Angabe von Gründen“). Es sind dabei die schutzwürdigen Interessen und Belange des Wohnungseigentümers zu berücksichtigen, dem die bauliche Veränderung gestattet wurde (vgl. OLG Frankfurt v. 3.9.2004, BeckRS 2004, 150697 Rn. 13).

Unseres Erachtens wird man an den Rücknahmebeschluss – jedenfalls wenn die bauliche Maßnahme bereits umgesetzt wurde – hohe Anforderungen stellen müssen und jedenfalls grundsätzlich von einem überwiegenden Interesse des Nutzungsberechtigten ausgehen können. Wegen der Pflicht zur Kostentragung wird man ihm insofern einen gewissen Vertrauensschutz zubilligen müssen. Ebenso vertretbar erscheint uns die – in der Literatur bislang jedoch nicht vertretene – Auffassung, dass das einmal gem. § 21 Abs. 1 S. 2 WEG entstandene gesetzliche Sondernutzungsrecht nur mit Zustimmung des berechtigten Wohnungseigentümers wieder entzogen werden kann. Dies dürfte umso mehr gelten, als der Wohnungseigentümer eine Gegenleistung an die WEG zu erbringen hatte. Mag dies auch nicht den Charakter eines Austauschvertrages erfüllen, so dürfte dies doch zumindest einen erheblichen Abwägungsgesichtspunkt für das Interesse des Wohnungseigentümers bilden. Wollte man sogar so weit gehen und einen Austauschvertrag zwischen der WEG und dem Wohnungseigentümer annehmen, so wäre es bereits aus diesem Vertrag heraus der WEG verboten, den Gestattungsbeschluss zurückzunehmen. Würde sie dem zuwiderhandeln, wäre die WEG verpflichtet, einen erneuten Beschluss zu fassen.

### 5. Ergebnis

Soweit keine Ausnahme nach § 20 Abs. 4 WEG besteht, ist eine bauliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums nur mit entsprechendem Gestattungsbeschluss der Wohnungseigentümer zulässig. Die Beschlusskompetenz ergibt sich aus § 20 Abs. 1 WEG. Der Beschluss wirkt gem. § 10 Abs. 3 S. 2 WEG ohne Eintragung im Grundbuch auch gegenüber Rechtsnachfolgern. Ein Rücknahmebeschluss ist zwar wohl grundsätzlich möglich, dabei sind jedoch die berechtigten Belange des nutzungsberechtigten Wohnungseigentümers hinreichend zu berücksichtigen.

---

## AktG §§ 130, 118 Abs. 3 S. 1, 129

### Hauptversammlung; kurzzeitige Abwesenheit des Versammlungsleiters, der Vorstandsmitglieder oder des beurkundenden Notars; durchgängige Anwesenheit; Interimsleiter; Unterbrechung der Hauptversammlung

---

#### I. Sachverhalt

Bei der Beurkundung von Hauptversammlungen wird nicht selten die Frage gestellt, ob Vorstandsmitglieder, Versammlungsleiter und Notar durchgängig „auf dem Podium“ anwesend sein müssen.

#### II. Fragen

1. Können sich Vorstandsmitglieder während der Hauptversammlung für eine kurze Dauer von ihren Plätzen entfernen (etwa um die Sanitarräume aufzusuchen)? Was gilt für den Versammlungsleiter oder den Notar?

2. Wäre eine kurzzeitige Abwesenheit jedenfalls dann zu akzeptieren, wenn die Hauptversammlung durchgehend akustisch verfolgt werden könnte?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Abwesenheit der Vorstandsmitglieder

Vorstandsmitglieder (ebenso wie Aufsichtsratsmitglieder) „sollen“ gem. § 118 Abs. 3 S. 1 AktG an der Hauptversammlung teilnehmen. Sie trifft also eine **grundsätzliche Pflicht zur Teilnahme** an der Hauptversammlung (BeckOGK-AktG/Hoffmann, Std.: 1.9.2021, § 118 Rn. 26) in Form einer Präsenzpflicht (GroßkommAktG/Mülbert, 5. Aufl. 2017, § 118 Rn. 48). Andererseits bleibt eine Verletzung dieser Pflicht regelmäßig ohne Konsequenzen für die gefassten Hauptversammlungsbeschlüsse, außer evtl. unter dem Aspekt einer nicht erteilten Auskunft (MünchKommAktG/Kubis, 5. Aufl. 2022, § 118 Rn. 112; Unmuth, NZG 2020, 448, 449; ausf. Dreher, FS Krieger, 2020, S. 201, 208 ff.). Vor diesem Hintergrund müsste eine **kurzfristige, gerechtfertigte Abwesenheit** zumindest im Ergebnis **folgenlos** bleiben, wenn sie nicht konkret die Erfüllung einer speziellen Organpflicht unnachholbar unmöglich machte. Das dürfte umso mehr gelten, als selbst eine totale Abwesenheit aus wichtigem Grund keine Schadensersatzpflicht des Vorstands auslösen oder den Weg zu seiner Abberufung freimachen kann (vgl. BeckOGK-AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 30; MünchKommAktG/Kubis, § 118 Rn. 111, Rn. 110: Präsenz sei vornehmlich ein außerrechtlicher Gradmesser des Respekts gegenüber den Anteilsinhabern).

##### 2. Abwesenheit des Versammlungsleiters

Anders als der Vorstand muss der Versammlungsleiter in der Hauptversammlung zwingend und **grundsätzlich wohl durchgehend** präsent sein. Zumindest wird ihm aber die Möglichkeit zugebilligt, **Hilfspersonen** ohne eigenen Entscheidungsspielraum zuzuziehen („Sprachorgan“ des Versammlungsleiters), die kurze Abwesenheiten des Versammlungsleiters (Toilettenpause o. Ä.) überbrücken, ohne dass eine Unterbrechung der Versammlung notwendig wäre (Grigoleit/Herrler, AktG, 2. Aufl. 2020, § 129 Rn. 44; Kocher/Feigen, NZG 2020, 620, 621; BeckOGK-AktG/Wicke, Std.: 1.9.2021, § 129 Rn. 43: reiner Vollzug der Anordnungen des Versammlungsleiters; Hoffmann-Becking, NZG 2017, 281, 282 f.: Beauftragung eines anderen Aufsichtsratsmitglieds, das am besten schon im Vorfeld zum Vertreter bestimmt wurde; ders., in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 37 Rn. 39; MünchKommAktG/Kubis, § 119 Rn. 131; vgl. auch OLG Frankfurt, Urt. v. 20.10.2010, BeckRS 2010, 25449 zur temporären Verhinderung wegen Interessenkonflikts). Weitergehend wird teilweise sogar eine kurzfristige Delegation der Versammlungsleitung (weniger als 30 Minuten) auf einen **Interimsversammlungsleiter** zugelassen (Kocher/Feigen, NZG 2020, 620, 621: bei langen Hauptversammlungen gängige Praxis; Reichert/Gehling, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 5. Aufl. 2021, § 9 Rn. 83: Praxis mache davon wenig Gebrauch; Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 129 Rn. 18; Marsch-Barner, in: Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl. 2018, Rn. 33.22b).

##### 3. Abwesenheit des Notars

Die kurzzeitige Abwesenheit des Notars (Toilettenpause o. Ä.) soll **unschädlich** sein, **soweit sie sich nicht auf den zwingenden Niederschriftsinhalt auswirkt**; eine förmliche Unterbrechung ist in diesem Fall also nicht erforderlich (vgl. OLG München DNotZ 2009, 146 Rn. 40; LG München I, Beschl. v. 24.4.2008, BeckRS 2008, 11391, Rn. 221; Herrler/Bormann/Seebach, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 413; Hauschild, notar 2015, 271, 277; BeckOGK-AktG/Wicke, § 130 Rn. 28; Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 19; GroßkommAktG/Mülbert, § 130 Rn. 155). Es ist u. E. plausibel, dass die Präsenzpflicht des Notars sich von derjenigen des Versammlungsleiters unterscheidet. Beim Notar geht es um eine Tatsachenbeurkundung mit dem Inhalt des § 130 AktG. Eine ununterbrochene, allenfalls durch Vertreter überbrückte Anwesenheit fordert diese nicht. Insoweit ist die Aufgabe des Notars eine andere als die des Versammlungsleiters, der insgesamt für die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptversammlung zuständig ist.

#### 4. Fazit

Im Ergebnis dürften keine Bedenken bestehen, wenn ein Vorstandsmitglied, der Versammlungsleiter oder der Urkundsnotar die Versammlung aus verständlichem Grund kurzzeitig verlässt. Wertungsmäßig betrachtet gefährden solche Pausen die Durchführung oder Beurkundung regelmäßig nicht oder jedenfalls nicht mehr als die zeitweilige schiere Unaufmerksamkeit des physisch Anwesenden in der Versammlung. Für eine „förmliche“ Vertretung dürfte bzgl. des Versammlungsleiters zu sorgen sein; dieser hat die umfassendsten Verpflichtungen im Hinblick auf die Versammlung und muss grundsätzlich in jedem Moment präsent sein.

Die Frage, ob eine **akustische oder sonstige Übertragung** einen Präsenzangel ausgleichen könnte, stellt sich nach oben Gesagtem nicht. Nähme man tatsächlich einen schädlichen Präsenzangel an, wäre aber wohl fraglich, ob die bloße Übertragung einen Versammlungsleitungs- oder Beurkundungsmangel verhindern könnte.

## 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 Abruf-Gutachten.

#### **BauGB § 11 Abs. 2**

#### **Bauverpflichtung bei Verkauf im Bieterverfahren; Verkauf über dem Bodenrichtwert**

Abruf-Nr.:

#### **GmbHG §§ 53, 55, 3 Abs. 2, 15 Abs. 4**

#### **Gesellschaftervereinbarung mit Agiopflicht neben Kapitalerhöhungsbeschluss; Beurkundungsbedürftigkeit; Abgrenzung zwischen schuldrechtlichem und korporativem Agio; Vollständigkeitsgrundsatz; Änderung oder Aufhebung von Call-Option und Put-Option**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

#### **BGB §§ 133, 167, 168**

#### **Konkludenter Ausschluss des Widerrufsrechts unter mehreren Generalbevollmächtigten**

#### **Werden mehreren Personen zur Einzelvertretung berechtigte (Vorsorge-)Vollmachten erteilt, ermächtigen diese regelmäßig nicht zum Widerruf der (Vorsorge-)Vollmachten der weiteren Einzelvertretungsberechtigten.**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.1.2022 – 10 W 8/21

#### **Problem**

Der Vollmachtgeber hatte seinem beklagten Stiefsohn sowie seinen drei leiblichen Kindern eine Vorsorge- und Generalvollmacht, jeweils mit Einzelvertretungsberechtigung, erteilt. In der Folge widerrief eines seiner bevollmächtigten leiblichen Kinder durch anwaltliches Schreiben die Vorsorgevollmacht des Stiefsohns und verlangte von diesem die Herausgabe der Vollmachtsurkunde nach § 175 BGB. Nachdem der Stiefsohn die Herausgabe verweigerte, forderte der inzwischen unstrittig geschäftsunfähige Vollmachtgeber selbst diese klageweise ein. Während des laufenden Prozesses vor dem Landgericht gab der beklagte Stiefsohn die Vollmachtsurkunde schließlich heraus, sodass die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärten. Das Landgericht legte die Kosten nach § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO dem beklagten Stiefsohn auf, der gegen den Beschluss sofortige Beschwerde einlegte.

#### **Entscheidung**

Aus Sicht des OLG Karlsruhe ist die Beschwerde begründet, da dem Kläger (Vollmachtgeber) zur Zeit des erledigenden Ereignisses **kein Anspruch** gegen den Beklagten (Stiefsohn) auf Herausgabe der Vollmachtsurkunde aus § 175 BGB zustand. Der **Widerruf des Vollmachtgebers** sei infolge dessen – unstrittig vorliegender – Geschäftsunfähigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB **nichtig**.

Darüber hinaus hält das OLG Karlsruhe auch die **Widerrufserklärung des bevollmächtigten leiblichen Kindes** für **unwirksam**. Es geht davon aus, dass mit der Erteilung einer Vorsorgevollmacht an eine Person regelmäßig nicht die Bevollmächtigung zum Widerruf einer gleichzeitig einer weiteren Person erteilten Vorsorgevollmacht verbunden sei. Dafür spreche, dass andernfalls der Wunsch des Vollmachtgebers, mehreren Personen eine Einzelvertretungsmacht einzuräumen, ständig der Gefahr ausgesetzt sei, nach dem „Windhundprinzip“ konterkariert zu werden, indem jeder Einzel-

bevollmächtigte fortlaufend mit einem Widerruf durch einen anderen rechnen müsse. Daher geht das OLG Karlsruhe davon aus, dass **im Wege der Auslegung (§ 133 BGB)** im Regelfall eine entsprechende konkludente Beschränkung der Vertretungsmacht jedes Einzelbevollmächtigten zu ermitteln sei (so auch bereits OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 11820 = BtPrax 2010, 178 = FamRZ 2010, 1762).

### Praxishinweis

Das OLG Karlsruhe leitet das Ergebnis nicht aus dem Gesetz oder dogmatischen Erwägungen in Bezug auf eine Generalvollmacht, sondern aus einer Auslegung der erteilten Vollmachten her. Um Auslegungsunsicherheiten zu vermeiden, dürfte es sich empfehlen, bei Erteilung mehrerer Vollmachten die Widerrufskompetenzen (oder deren Ausschluss) explizit zu regeln.

---

### GBO §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1 S. 2 Erfordernis eines Erbscheins bei einer untypischen Pflichtteils Klausel im Erbvertrag

**Enthält der notarielle Erbvertrag eine Klausel, wonach der zum Schlusserben eingesetzte Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen ist, falls er nach dem Tode des Erststerbenden „diesen Erbvertrag anfechten oder seinen Pflichtteil verlangen“ sollte, so kann der Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren auch nicht unter ergänzender Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung eines Miterben geführt werden, wonach keiner der Schlusserben den Erbvertrag angefochten habe.**

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 13.12.2021 – 5 W 70/21

### Problem

Ehegatten errichteten einen notariellen Erbvertrag, in dem sie sich wechselseitig zu Alleinerben und ihre drei Söhne als Schlusserben zu je 1/3 einsetzten. Weiterhin enthält der Erbvertrag folgende Klausel: „Sollte einer unserer Abkömmlinge nach dem Tod des Erststerbenden diesen Erbvertrag anfechten oder seinen Pflichtteil verlangen, so ist er mit seinen Abkömmlingen von der Erbfolge des Überlebenden ausgeschlossen.“

Nach dem Tod beider Ehegatten schlossen die Söhne einen gegenständig beschränkten Erbauseinander setzungsvertrag, wonach einem der Söhne ein bestimmtes Grundstück übertragen wurde. Im Vertrag versicherten alle drei Söhne an Eides statt, dass keiner von ihnen nach dem Tod des Erstversterbenden Pflicht-

teilsansprüche geltend gemacht hat. Daraufhin wurde Eigentumsumschreibung beantragt.

Auf Hinweis des Grundbuchamts, dass außerdem an Eides statt zu versichern sei, dass der Erbvertrag der Eltern nicht angefochten worden sei, reichte der erwerbende Miterbe eine notariell beurkundete eidesstattliche Versicherung beim Grundbuchamt ein, wonach weder er noch seine Brüder den Erbvertrag angefochten hätten. Gleichwohl beanstandete das Grundbuchamt das Fehlen eines lückenlosen Erbnachweises gem. § 35 GBO auf Übergeberseite und verlangte die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen sämtlicher Miterben, hilfsweise eines Erbscheins.

### Entscheidung

Das OLG Saarbrücken weist die von den Miterben eingelegte Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des Amtsgerichts als unbegründet zurück, da der Nachweis der Erbfolge im vorliegenden Fall nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO **nur durch einen Erbschein** (oder ein europäisches Nachlasszeugnis) geführt werden könne. Die eidesstattliche Versicherung von nur einem der Schlusserben reiche hier nicht aus.

Zwar genüge nach § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO als Erbnachweis ein notariell beurkundetes Testament (oder Erbvertrag), sowie die Vorlage der Eröffnungsniederschrift, wenn sich aus den vorgelegten Urkunden die Erbfolge ergebe. Jedoch gelte dies ohne Einschränkungen nur bei einer unbedingten Erbeinsetzung. Hier sei die Erbeinsetzung nach § 2075 BGB **auflösend bedingt** für den Fall, dass ein Schlusserbe den Pflichtteil fordere. Enthält die Verfügung eine mit einer Pflichtteilsstrafklausel vergleichbare Bedingung, könne das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins oder zumindest weitere Nachweise verlangen. Dies entspreche der herrschenden Meinung bei notariell beurkundeten Testamenten mit Pflichtteilsstrafklauseln. Bei sonstigen allgemein gehaltenen Verwirkungsklauseln, wonach die auflösende Bedingung nicht eindeutig definiert ist, sei regelmäßig ein Erbschein nötig. Das Unterbleiben der Anfechtung, hinsichtlich der eine rechtliche Würdigung erforderlich ist, sei **auch durch die anderen Miterben** zu belegen, die nach § 345 Abs. 1 FamFG in einem Erbscheinsverfahren zwingend beteiligt werden müssten.

Zusätzlich sei die Verwirkungsklausel im Erbvertrag nicht eindeutig. Der Begriff „anfechten“ könne die Anfechtung im rechtlichen Sinn meinen oder auch alle sonstigen Maßnahmen umfassen, die zu einer Unwirksamkeit der Verfügung führten. Die gebotene Auslegung könne im Grundbuchverfahren vor dem

Hintergrund des dort geltenden Grundsatzes der Beweismittelbeschränkung in § 29 Abs. 1 GBO nicht ausreichend erfolgen. Vielmehr habe das Nachlassgericht die Gesamtumstände im Rahmen eines **Erbscheinsverfahrens** umfassend zu würdigen.

#### **Praxishinweis**

Verwirkungsklauseln sind in der Praxis in Verfügungen von Todes wegen häufig anzutreffen. Auf eine „offene“ Formulierung der Pflichtteils Klausel, wie im vorliegenden Fall, sollte jedoch verzichtet werden. Andernfalls kann der Vorteil des § 35 Abs. 1 S. 2 HS. 1 GBO verloren gehen.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **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. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessorin Sabrina Hasenstab

**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