

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
September 2015
ISSN 1434-3460

17/2015

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 724, 733, 797 Abs. 3; BGB § 421; BeurkG § 52
– Erteilung mehrerer vollstreckbarer Ausfertigungen ggü.
Gesamtschuldnern

FamFG § 352; BGB §§ 1741 ff. – Nachweise im
Erbscheinsverfahren bei Adoption nach altem Recht;
Unauffindbarkeit des Annahmevertrags

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 35 Abs. 2; BGB § 181 – Bestellung eines
weiteren Geschäftsführers nach Musterprotokollgründung;
Wegfall der Befreiung des ersten Geschäftsführers von den
Beschränkungen des § 181 BGB

UmwG § 122k Abs. 4; ZPO §§ 291, 727 –
Grenzüberschreitende Verschmelzung; Umschreibung eines
Vollstreckungsbescheids; Nachweis durch Eintragung im
deutschen Handelsregister; Offenkundigkeit der Handels-
registereintragung

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 724, 733, 797 Abs. 3; BGB § 421; BeurkG § 52

Erteilung mehrerer vollstreckbarer Aus- fertigungen ggü. Gesamtschuldnern

I. Sachverhalt

In einer Urkunde aus dem Jahre 2014 haben sich A, B und
C als Gesamtschuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung
wegen eines Geldanspruchs aus dieser Urkunde gegenüber
der X-GmbH unterworfen. In der Urkunde heißt es u. a.:

*„Die Schuldner beantragen, ... dem Gläubiger auf dessen
einseitigen Antrag eine oder auch mehrere vollstreckbare
Ausfertigungen gegen jeden Schuldner einzeln zu erteilen.“*

Der X-GmbH ist bereits eine vollstreckbare Ausfertigung
erteilt worden. Nunmehr beantragt sie zwei zusätzliche
vollstreckbare Ausfertigungen.

II. Fragen

Können der X-GmbH zusätzliche bzw. weitere vollstreck-
bare Ausfertigungen erteilt werden? Sind hierbei die
Voraussetzungen einzuhalten, die an weitere vollstreckbare
Ausfertigungen i. S. d. §§ 797 Abs. 3, 733 ZPO zu stellen
sind?

III. Zur Rechtslage

1. Meinungsstand zur vollstreckbaren Ausfertigung bei Gesamtschuldnern

Haften für eine Schuld mehrere als Gesamtschuldner und
haben sie sich in einer notariellen Urkunde der sofortigen
Zwangsvollstreckung unterworfen, so ist **umstritten**, ob
gegen die Gesamtschuldner nur eine einzige vollstreckbare
Ausfertigung zu erteilen ist. Ebenso wenig einheitlich be-
urteilt man die Voraussetzungen, unter denen gegen jeden
einzelnen Gesamtschuldner eine solche Ausfertigung erteilt
und ausgehändigt werden kann.

a) Noch h. M.: eine Ausfertigung trotz Gesamt- schuldnerschaft

Die bislang h. M. geht davon aus, dass prinzipiell nur
eine einzige vollstreckbare Ausfertigung gegen die
Gesamtschuldner erteilt werden darf (LG Augsburg
Rpfleger 1999, 137; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl. 2014,
§ 724 Rn. 12; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002,
§ 725 Rn. 5; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 36. Aufl. 2015,
§ 724 Rn. 11; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,
ZPO, 73. Aufl. 2015, § 733 Rn. 5; Lerch, BeurkG,
4. Aufl. 2011, § 52 Rn. 6; Winkler, BeurkG, 17. Aufl.
2013, § 52 Rn. 36; Saenger/Kindl, ZPO, 6. Aufl. 2015,
§ 733 Rn. 3). Vollstreckbare Ausfertigungen gegen einzel-
ne Gesamtschuldner sollen nur als **weitere vollstreckbare
Ausfertigungen i. S. d. §§ 797 Abs. 3, 733 ZPO** unter den
dort genannten Voraussetzungen möglich sein.

Implizit dürfte dieser Meinung der Ansatz zugrunde liegen, dass selbst bei Gesamtschuldnerschaft nur ein Anspruch im prozessualen Sinne betroffen ist. Im Rahmen des § 733 ZPO ist die **Gefahr der Doppelvollstreckung** bei Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen gegen das **Durchsetzungsinteresse des Gläubigers abzuwägen**. Letzterem wird jedoch allgemein der Vorzug eingeräumt, wenn ein Titel gegen Gesamtschuldner besteht und der Gläubiger ein Interesse an der selbständigen Vollstreckung gegen die einzelnen Schuldner hat, insbesondere wenn mehrere Vollstreckungsorgane beteiligt sind (vgl. OLG Karlsruhe OLGR 2000, 169; OLG Schleswig NJOZ 2010, 1484, 1485; LG Leipzig JurBüro 2004, 559; Stein/Jonas/Münzberg, § 733 Rn. 9; Zöller/Stöber, § 733 Rn. 8). Teilweise wird noch weitergehend vertreten, dass der Nachweis eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses im Falle der Gesamtschuldnerschaft entbehrlich sei (Saenger/Kindl, § 733 Rn. 4; vgl. auch AG Dortmund InVo 1999, 319; OLG Köln OLGZ 1991, 72, 74 für die Gesamtgläubigerschaft).

b) A. A.: eine Ausfertigung pro Gesamtschuldner

Die im Vordringen befindliche und maßgeblich von *Wolfsteiner* (MünchKommZPO, 4. Aufl. 2012, § 724 Rn. 24, § 733 Rn. 5 f.; ders., Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 41.7 f.) geprägte Gegenauffassung geht bei der Gesamtschuldnerschaft hingegen von den materiell-rechtlichen Wirkungen der §§ 420 ff. BGB aus. Sie folgert daraus, dass für die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen gegenüber einzelnen Gesamtschuldnern der Anwendungsbereich des § 733 ZPO von vornherein nicht eröffnet ist. Begründet wird dies damit, dass **gegen jeden Gesamtschuldner ein eigener Anspruch im materiellen wie im prozessualen Sinne** besteht (in diese Richtung auch OLG Köln OLGZ 1991, 72, 74 für die Gesamtgläubigerschaft). Dementsprechend viele vollstreckbare Ausfertigungen ließen sich erteilen.

Dieser Ansicht haben sich in jüngerer Zeit immer mehr Kommentatoren angeschlossen (Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 724 Rn. 8, § 733 Rn. 4; BeckOK-ZPO/Ulrici, Std.: 1.6.2015, § 733 Rn. 3.3; Giers, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 2013, § 733 ZPO Rn. 4; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, ZPO, 7. Aufl. 2015, § 733 Rn. 4; Heinemann, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 52 Rn. 27). Man greift *Wolfsteiners* Argument der „Anspruchsmehrheit“ auf und führt aus, dass der Gläubiger bei Gesamtschuldnerschaft in einer Urkunde nicht schlechter gestellt werden dürfe, als wenn er gegen jeden Schuldner einen selbständigen Titel erwirkt hätte (Musielak/Voit/Lackmann, § 733 Rn. 4; vgl. auch BeckOK-ZPO/Ulrici, § 733 Rn. 3.3; Giers, § 733 ZPO Rn. 4; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, § 733 Rn. 4).

Im Ergebnis findet nach der Gegenansicht nicht das Verfahren des § 797 Abs. 3 ZPO Anwendung, da die mehreren Ausfertigungen **keine „weiteren“ vollstreckbaren Ausfertigungen** i. S. d. § 733 ZPO sind (Musielak/Voit/Lackmann, § 733 Rn. 4). Letzteres wäre lediglich der Fall, wenn eine Ausfertigung gegen alle Gesamtschuldner und zusätzlich jeweils eine oder mehrere Ausfertigungen gegen einzelne Gesamtschuldner erteilt werden sollten.

2. Besonderer Auftrag für mehrere vollstreckbare Ausfertigungen?

Der Meinungsstreit mag vorliegend möglicherweise dahinstehen, weil sich die Gesamtschuldner in der nota-

riellen Urkunde ausdrücklich mit der Erteilung mehrerer vollstreckbarer Ausfertigungen, also jeweils einer gegen jeden Gesamtschuldner, einverstanden erklärt haben. Daher könnte ein besonderes Interesse des Gläubigers als Voraussetzung des § 733 ZPO entbehrlich sein.

Letztlich **geht das Einverständnis der Gesamtschuldner jedoch ins Leere** und ändert an der Prüfung der Voraussetzungen des § 733 ZPO – sofern erforderlich – nichts (so i. E. auch K. J. Müller, RNotZ 2010, 167, 180). Zwar können die Urkundsbeteiligten über die Anzahl der einfachen Ausfertigungen disponieren (vgl. § 51 Abs. 2 BeurkG), nicht jedoch über die Anzahl der vollstreckbaren. Hierfür gilt § 52 BeurkG i. V. m. den Vorschriften der ZPO. Zudem ist ein Verzicht auf die Voraussetzungen des § 733 ZPO gesetzlich nicht vorgesehen.

Geht man somit bei der Gesamtschuldnerschaft mit der traditionellen Ansicht von nur einem Anspruch im prozessualen Sinne aus, kann jenseits der Voraussetzungen des § 733 ZPO nur eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden (vgl. BeckOK-ZPO/Ulrici, § 733 Rn. 1). § 733 ZPO soll den Schuldner grundsätzlich davor schützen, dass gegen ihn mehrfach aus demselben Titel vollstreckt wird (Musielak/Voit/Lackmann, § 733 Rn. 1). Gerade im Zusammenspiel des § 733 ZPO mit § 757 ZPO wird dies deutlich (Musielak/Voit/Lackmann, § 733 Rn. 1). Der Gerichtsvollzieher hat nämlich gem. § 757 Abs. 1 ZPO nach Empfang der Leistungen dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern, bei Teilleistung diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu vermerken und dem Schuldner Quittung zu erteilen.

3. Stellungnahme zum Meinungsstreit

Das Argument, man habe es bei der Vollstreckungsunterwerfung von Gesamtschuldnern mit mehreren prozessualen Ansprüchen zu tun, ist nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen. Bereits materiell-rechtlich bedeutet die Gesamtschuld die Zusammenfassung mehrerer selbständiger Schuldverhältnisse (so Staudinger/Looschelders, BGB, Neubearb. 2012, § 421 Rn. 4). Verlangte der Gläubiger (z. B. die Bank bei Abgabe eines persönlichen Schuldanerkenntnisses), dass sich jeder Schuldner in einer separaten Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), würde trotz gesamtschuldnerischer Haftung niemand bezweifeln, dass er einen Anspruch auf vollstreckbare Ausfertigung gegen jeden einzelnen Schuldner hat. Warum dies anders sein soll, wenn lediglich zur äußeren Zusammenfassung eine einheitliche Urkunde errichtet wird, ist nicht ersichtlich.

Vor diesem Hintergrund halten wir *Wolfsteiners* Ansicht für zumindest gut vertretbar. Indes ist die Frage, soweit ersichtlich, bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden worden. Ob eine entsprechende Entscheidung im Einklang mit der bislang h. M. stünde – für die unzweifelhaft **Aspekte des Schuldnerschutzes** sprechen – oder die Rechtsprechung sich der Gegenansicht anschliesse, lässt sich schwerlich prognostizieren. **Vorsorglich** dürfte es sich bis auf Weiteres empfehlen, mit der herkömmlichen Meinung eine weitere vollstreckbare Ausfertigung zugunsten des Gläubigers **nur unter den Voraussetzungen der §§ 733, 797 Abs. 3 ZPO** zu erteilen; dafür ist nach der Neufassung des § 797 Abs. 3 ZPO durch das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26.6.2013 (BGBl.

I, S. 1800) der **Notar zuständig, der die Urkunde verwahrt**. Zu sonstigen Aspekten der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung s. Gutachten DNotI-Report 2013, 153.

4. Fazit

Nach der bislang herrschenden Ansicht darf gegen mehrere Gesamtschuldner grundsätzlich nur eine einzige vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden. Mehrere vollstreckbare Ausfertigungen sind nur möglich, falls die Voraussetzungen der §§ 733, 797 Abs. 3 ZPO für die Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen vorliegen. Wenn bereits eine vollstreckbare Ausfertigung gegen A, B und C erteilt worden ist und nun jeweils eine solche gegen jeden Einzelnen erteilt werden soll, ist die erste (gemeinsame) vollstreckbare Ausfertigung u. E. auf Antrag einzuziehen – soweit nicht wiederum die Voraussetzungen des § 733 ZPO vorliegen. Auch nach der Gegenansicht ist die erste, gegen alle Gesamtschuldner erteilte vollstreckbare Ausfertigung einzuziehen, falls eine solche gegen jeden Einzelnen erteilt werden soll und es an den Voraussetzungen des § 733 ZPO fehlt. Wenn also die Voraussetzungen des § 733 ZPO im konkreten Fall gegeben sind, kann der vorgenannte Meinungsstreit dahinstehen. Aus Gründen der Vorsicht wird jedoch das Verfahren nach den §§ 797 Abs. 3, 733 ZPO zu beachten sein.

FamFG § 352; BGB §§ 1741 ff. Nachweise im Erbscheinsverfahren bei Adoption nach altem Recht; Unauffindbarkeit des Annahmevertrags

I. Sachverhalt

Die Erblasserin E ist verstorben und hat keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen. Gesetzlicher Erbe ist u. a. ihr Sohn S (geb. 1964), der im Jahre 1966 von ihr und ihrem Mann adoptiert worden war (Minderjährigenadoption). Die Adoption ist auf der Geburtsurkunde des S vermerkt. S hat einen Erbschein nach E beantragt und zum Nachweis seiner Erbenstellung eine beglaubigte Abschrift der Geburtsurkunde vorgelegt, außerdem eine von ihm selbst stammende eidesstattliche Versicherung bzgl. seiner Adoption. Dem zuständigen Rechtspfleger genügt dies nicht; er verlangt zum Nachweis der Erbenstellung einen öffentlich beurkundeten Annahmevertrag, dessen gerichtliche Bestätigung und einen gerichtlichen Zustellungsnachweis. Diese Unterlagen sind jedoch beim zuständigen Gericht nicht mehr aufzufinden.

II. Fragen

Ist das Verlangen des Rechtspflegers berechtigt oder genügt zum Nachweis der Erbenstellung die Geburtsurkunde in Verbindung mit der eidesstattlichen Versicherung des S? Wie kann man die Erbenstellung von S sonst nachweisen?

III. Zur Rechtslage

1. Erbrecht nach Annahme an Kindes statt

a) Altadoption vor Inkrafttreten des AdoptG

Mit Blick auf die erbrechtliche Ausgangslage ist zunächst zu beachten, dass es vorliegend um eine sog. Altadoption geht, d. h. eine Adoption, die vor Inkrafttreten des Adoptionsgesetzes am 1.1.1977 durchgeführt wurde. Nach alter Rechtslage geschah die Adoption aufgrund eines **gerichtlich bestätigten Annahmevertrags**. Dabei handelte es sich um einen

Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Kind (Soergel/Siebert/Lade, BGB, 10. Aufl. 1971, Vor § 1741 Rn. 1). Er musste bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile **zur Niederschrift eines Notars** geschlossen werden (§ 1750 BGB a. F.). War das anzunehmende Kind geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt, konnte den Vertrag gem. § 1751 Abs. 1 BGB a. F. nur sein **gesetzlicher Vertreter** schließen, der hierzu wiederum der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte. In die Annahme von Minderjährigen mussten die leiblichen Eltern des Kindes einwilligen (§ 1747 BGB a. F.), die Einwilligungserklärung war notariell zu beurkunden (§ 1748 Abs. 3 BGB a. F.). Schließlich war der Annahmevertrag **vom Amtsgericht zu bestätigen** und wurde dadurch wirksam (§ 1754 Abs. 1 BGB a. F.).

Das Kind erlangte gem. § 1757 BGB a. F. aufgrund dieses Vertrags die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des oder der Annehmenden.

b) Wirkungen der Altadoption

Was die Wirkungen einer Altadoption angeht, sind die Übergangsvorschriften in Art. 12 §§ 1-7 AdoptG zu beachten. Diese Vorschriften unterscheiden grundsätzlich danach, ob das angenommene Kind **am Stichtag des Inkrafttretens des Adoptionsgesetzes am 1.1.1977** bereits volljährig, d. h. über 18 Jahre alt, oder noch minderjährig war (vgl. Gutachten DNotI-Report 1999, 11).

Im konkreten Fall war S bei Inkrafttreten des Adoptionsgesetzes am 1.1.1977 noch **minderjährig**. Für die zu diesem Zeitpunkt minderjährigen Adoptierten wurde das **Annahmeverhältnis gem. Art. 12 § 2 Abs. 1 u. 2 AdoptG** grundsätzlich ab dem 1.1.1978 **in ein solches mit „starken“ Wirkungen (§§ 1741 ff. BGB) übergeleitet**. Dies bedeutete, dass derartige Adoptionen, die ursprünglich lediglich schwache Wirkungen nach sich gezogen hatten, zu Volladoptionen erstarkten und so z. B. auch gem. § 1755 BGB die Verwandtschaftsverhältnisse zu den leiblichen Verwandten erloschen. Etwas anderes galt nur dann, wenn bis zum 31.12.1977 eine wirksame Erklärung gegenüber dem Amtsgericht Schöneberg abgegeben wurde, dass die Wirkungen der Minderjährigenadoption nicht eintreten sollten (vgl. Art. 12 § 2 Abs. 2 u. 3 AdoptG). Geschah dies, dann waren ab dem 1.1.1978 auf das Annahmeverhältnis die neuen Vorschriften über die Annahme Volljähriger anzuwenden (Staudinger/Frank, BGB, Neubearb. 2007, Vor § 1741 Rn. 69).

c) Zwischenergebnis

Vorliegend ist für eine Erklärung gem. Art. 12 § 2 Abs. 2 AdoptG nichts ersichtlich. Damit erstarkte die Adoption des S ab dem 1.1.1978 zu einer Volladoption.

2. Erforderliche Nachweise im Erbscheinsverfahren

Durch das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften v. 29.6.2015 (BGBl. I, S. 1042) sind die Vorschriften zum Erbscheinsverfahren in den §§ 2354 ff. BGB aufgehoben und – mit einigen Änderungen – in das FamFG (§§ 352-352e) integriert worden. Dabei hat man die bisher in § 2358 Abs. 1 BGB normierte Amtsermittlungspflicht und die Regelung zur Beweisaufnahme nicht übernommen, sondern ersatzlos gestrichen (BT-Drucks. 18/4201, S. 61). Die entsprechenden Regelungen finden sich nunmehr in den allgemeinen Vorschriften der §§ 26 und 29 FamFG. Mangels gegenteili-

ger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die bisher zu § 2358 BGB entwickelten Grundsätze fortgelten.

a) Angaben im Erbscheinsantrag

Gem. § 352 Abs. 1 Nr. 3 FamFG muss der gesetzliche Erbe das Verhältnis angeben, auf dem sein Erbrecht beruht. Darunter fällt regelmäßig das durch Annahme an Kindes statt begründete Verhältnis unter Angabe der gesetzlichen Normalsituation (vgl. Staudinger/Herzog, Neubearb. 2010, § 2354 Rn. 8). Insbesondere ist auch anzugeben, **ob** es sich um eine **Minderjährigen- oder Volljährigenadoption** gehandelt hat (Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2354 Rn. 3). Bei einer Kindesannahme aufgrund der §§ 1741 ff. BGB a. F. sind zudem die Umstände darzutun, die für die Überleitung unter die Wirkungen des neuen Rechts entscheidend sind (Soergel/Zimmermann, § 2354 Rn. 3; MünchKommBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2354 Rn. 11). Zu beachten ist freilich, dass der Antragsteller **nur diejenigen Umstände** darzulegen braucht, **die nach der gesetzlichen Normalsituation das Erbrecht begründen**, d. h., er muss z. B. keine Angaben über einen Ausnahmegrund machen, der diese Wirkung beeinträchtigt (etwa Erklärung gem. Art. 12 § 2 AdoptG; vgl. zu Einzelheiten MünchKommBGB/Promberger, 3. Aufl. 1997, § 2354 Rn. 10; i. E. auch Soergel/Zimmermann, § 2354 Rn. 3; MünchKommBGB/J. Mayer, § 2354 Rn. 11).

b) Nachweis durch öffentliche Urkunden (Annahmevertrag)

Der Nachweis des gesetzlichen Erbrechts infolge der Annahme an Kindes statt kann bei einer Adoption nach altem Recht regelmäßig nur durch **Vorlage des Annahmevertrags** samt gerichtlicher Bestätigung geführt werden (MünchKommBGB/J. Mayer, § 2356 Rn. 30). Gem. **§ 352 Abs. 3 S. 1 FamFG** hat der Antragsteller die Richtigkeit der Angaben nach § 352 Abs. 1 Nr. 3 FamFG durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Daher wäre grundsätzlich eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Annahmevertrags vorzulegen.

Im konkreten Fall wird jedoch eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des notariell beurkundeten Annahmevertrags kaum mehr beizubringen sein. Gem. **§ 352 Abs. 3 S. 2 FamFG** genügt die **Angabe anderer Beweismittel**, wenn die Urkunden **nicht** oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten **zu beschaffen** sind. Dies ist nach den Möglichkeiten des Antragstellers zu beurteilen und danach, ob der Zweck den Aufwand rechtfertigt. Es handelt sich dabei um eine Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (MünchKommBGB/J. Mayer, § 2356 Rn. 42).

Im vorliegenden Fall ist es gut möglich, dass **überhaupt keine Unterlagen mehr** existieren, die eine Aussage über den Vertragsschluss zulassen. Dann ist die Heranziehung anderer Beweismittel nicht unüblich (MünchKommBGB/J. Mayer, § 2356 Rn. 30).

c) Anforderungen an „andere Beweismittel“ i. S. d. § 352 Abs. 3 S. 2 FamFG

Zu beachten ist freilich, dass an „andere“ Beweismittel i. S. d. § 352 Abs. 3 S. 2 FamFG **strenge Anforderungen** zu stellen sind (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl. 2015, § 2356 Rn. 10). In Betracht kommt etwa eine **eidesstattliche Versicherung**, und zwar – ausnahmsweise – nicht nur in der negativen, sondern sogar in der positiven Form (MünchKommBGB/J. Mayer, § 2356 Rn. 43). Überwiegend wird

allerdings verlangt, dass die eidesstattliche Versicherung **nicht der Antragsteller selbst, sondern ein Dritter** abgibt (OLG Düsseldorf MDR 1961, 242; OLG Schleswig FGPrax 2010, 40; Palandt/Weidlich, § 2356 Rn. 10; MünchKommBGB/J. Mayer, § 2356 Rn. 43; Soergel/Zimmermann, § 2356 Rn. 13; krit. Erman/Simon, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2356 Rn. 4). Nach teilweise vertretener Ansicht soll zudem eine Zeugenvernehmung des Dritten nicht möglich sein (OLG Düsseldorf MDR 1961, 242). Entscheidend kommt es darauf an, dass der Dritte Angaben aus eigenem Erleben oder eigener Wahrnehmung machen und nicht lediglich Wissen mitteilen kann, das er vom Antragsteller erworben hat (jurisPK-BGB/Lange, 7. Aufl. 2014, § 2356 Rn. 12). Der bloße Zeuge „vom Hörensagen“ muss demnach wegen des geringen Beweiswertes ausscheiden.

Welche Personen konkret für die eidesstattliche Versicherung in Betracht kämen, lässt sich nicht abschließend beurteilen. In erster Linie wäre an den Notar zu denken, der den Annahmevertrag beurkundet hat, und an die gesetzlichen Vertreter, die wegen der Minderjährigkeit des S den Annahmevertrag abgeschlossen haben. Darüber hinaus sind evtl. die leiblichen Eltern geeignet – sie mussten damals ihre Einwilligung erklären. Ob (ausnahmsweise) der Nachweis der Abstammung durch **Vorlage der Geburtsurkunde** (§§ 55 Abs. 1 Nr. 4, 59 PStG) ausreichend ist, wenn sämtliche Personen bereits verstorben sind, lässt sich – mangels einschlägiger Rechtsprechung und Literatur – nicht beantworten. **Grundsätzlich** ist in Kindesannahmefällen der Nachweis der Abstammung mithilfe der Geburtsurkunde **nicht ausreichend** (§§ 54 Abs. 1, 62 PStG; vgl. Graf, in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 4.180).

Ergänzend ist anzumerken, dass gem. § 352 Abs. 3 S. 2 FamFG alle im Rahmen des FamFG-Verfahrens auch sonst zulässigen Beweismittel verwendet werden können. Hierzu zählen z. B. Privaturkunden wie Familienstammbäume, ältere Familienstammbücher, gekürzte Urkunden, sonstige Abschriften und Ablichtungen oder Kirchenbücher (Palandt/Weidlich, § 2356 Rn. 10; Staudinger/Herzog, § 2356 Rn. 48).

3. Ermittlungspflicht des Nachlassgerichts

Vermag der Antragsteller die Beweismittel nicht beizubringen, hat er dies nicht verschuldet und kann er dies plausibel machen, so setzt die Ermittlungspflicht des Nachlassgerichts gem. § 2358 BGB a. F. (§§ 26, 29 FamFG) ein. Der Erbscheinsantrag darf nicht mangels Urkundsbeweises zurückgewiesen werden, **wenn der Antragsteller erfolglos alles ihm Zumutbare** zur Beibringung ausländischer Urkunden oder eidesstattlicher Versicherungen **unternommen hat und ausreichende Anhaltspunkte für die Richtigkeit seiner Angaben** bestehen (Palandt/Weidlich, § 2356 Rn. 10). Das Nachlassgericht hat von Amts wegen alle erforderlichen Ermittlungen durchzuführen und Beweise zu erheben, die für seine Entscheidung von Bedeutung sind. Der **Umfang der Ermittlungen liegt im pflichtgemäßen Ermessen** des Nachlassgerichts, wobei dieses durch den beantragten Inhalt des Erbscheins begrenzt ist (MünchKommBGB/J. Mayer, § 2358 Rn. 4). Das Gericht ist aber nicht an den Tatsachenvortrag oder die Beweismittel des Antragstellers gebunden. Vielmehr dienen die Urkunden und die Versicherung an Eides statt, die der Antragsteller beizubringen hat, als bloße Ermittlungshilfe (Scheer, Der Erbschein, 1988, S. 67).

Der Erbschein darf nur erteilt werden, wenn das Gericht die den Antrag rechtfertigenden Tatsachen für festgestellt hält (§ 352e Abs. 1 FamFG) und damit von der Richtigkeit des Erbscheins überzeugt ist. Wichtig zu beachten ist, dass die Aufklärungs- und Ermittlungspflicht das Nachlassgericht nur trifft, wenn das Vorbringen der Beteiligten oder der vorgefundene Sachverhalt aufgrund der Tatbestandsvoraussetzungen des materiellen Rechts bei sorgfältiger Überlegung Anlass dazu gibt (MünchKommBGB/J. Mayer, § 2358 Rn. 5). Es müssen **konkrete Anhaltspunkte** auf den fraglichen Umstand hindeuten (MünchKommBGB/J. Mayer, § 2358 Rn. 7 m. w. N.). Nach einer neueren Entscheidung des OLG Düsseldorf (DNotZ 2013, 620, 622) genügen die Beteiligten ihrer Mitwirkungs- und Verfahrensförderungslast dann, wenn *„ihr Vortrag und die Bezeichnung geeigneter Beweismittel dem Gericht Anhaltspunkte dafür geben, in welche Richtung es seine Ermittlungen durchführen soll.“* Die Verpflichtung des Gerichts zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts findet allerdings dort ihre Grenze, wo es allein Sache der Verfahrensbeteiligten ist, die notwendigen Erklärungen abzugeben und Beweismittel zu bezeichnen oder vorzulegen, um eine ihren Interessen entsprechende Entscheidung herbeizuführen (OLG Düsseldorf DNotZ 2013, 620, 622). Pauschale Behauptungen des Antragstellers genügen nicht (MünchKommBGB/J. Mayer, § 2358 Rn. 7).

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.

BGB §§ 196, 200, 1018; EGBGB Art. 229 § 6; VwVfG § 36

Verjährung eines „verhaltenen Anspruchs“ auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit; Nebenbestimmung zur Baugenehmigung bzgl. Rücksichtnahme auf einen bestehenden Abwasserkanal

Abruf-Nr.:

BGB § 2115; InsO § 83 Abs. 2; GBO §§ 22, 29; BeurkG § 54a

Insolvenz des Vorerben; Verfügungen des Insolvenzverwalters über ein der Nacherbschaft unterliegendes Grundstück; Abwicklung über Notaranderkonto

Abruf-Nr.:

BGB § 2289; GBO § 35

Erbnachweis durch öffentliches Testament bei Vorhandensein eines früheren privatschriftlichen Ehegattentestaments

Abruf-Nr.:

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 35 Abs. 2; BGB § 181
Bestellung eines weiteren Geschäftsführers nach Musterprotokollgründung; Wegfall der Befreiung des ersten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB

Die Befreiung des ersten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB gilt bei einer im Wege des Musterprotokolls gegründeten GmbH nicht fort, wenn ein weiterer Geschäftsführer bestellt wird. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Nürnberg, Beschl. v. 15.7.2015 – 12 W 1208/15

Problem

Die vorliegende Entscheidung des OLG Nürnberg betrifft die mit Musterprotokoll gegründete GmbH und setzt sich mit der Frage auseinander, wie sich die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers auf die Befreiung des ersten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB auswirkt.

Die GmbH wurde im Jahre 2010 unter Verwendung des Musterprotokolls für die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft gem. § 2 Abs. 1a GmbHG gegründet. Im Einklang mit Ziff. 4 des Musterprotokolls wurde der erste Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Im Übrigen griff die gesetzliche Regelung der abstrakten Vertretungsbefugnis aus § 35 Abs. 1 u. 2 GmbHG ein: Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein; sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gemeinsam vertreten.

Fünf Jahre später wurde die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers angemeldet, dessen konkrete Vertretungsbefugnis sich nach der allgemeinen Vertretungsregelung richten sollte.

Das Registergericht lehnte die Eintragung der Geschäftsführerneubestellung ab, da der Anmeldung ein Vollzugshindernis entgegenstehe. Die Befreiung des ersten Geschäftsführers von § 181 BGB entfalle mit der Bestellung eines weiteren Geschäftsführers. Es sei daher der Wegfall der Befreiung infolge der Bestellung des weiteren Geschäftsführers anzumelden. Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin.

Entscheidung

Das OLG Nürnberg hält die Beschwerde für unbegründet. Es meint, der neue Geschäftsführer sei nur dann ins Handelsregister einzutragen, wenn zugleich der Wegfall der Befreiung des ersten Geschäftsführers zur Eintragung angemeldet werde.

Die **Befreiung** in Ziff. 4 des Musterprotokolls sei aufgrund ihrer eindeutigen Zuordnung zum Gründungsgeschäftsführer als besondere, **konkrete Vertretungsbefugnis** für eben diesen aufzufassen (vgl. OLG Hamm RNotZ 2011, 501, 502). Damit weiche die konkrete Vertretungsbefugnis vom abstrakt bestehenden Verbot des In-sich-Geschäfts ab (vgl. OLG Stuttgart DNotZ 2010, 71, 72 Tz. 20 = DNotI-Report 2009, 94).

Die Bestellung des Geschäftsführers im Rahmen des Gründungsprotokolls sei kein sog. echter Satzungsbestandteil. Die spätere Abberufung oder Bestellung weiterer Geschäftsführer stelle demzufolge keine Satzungsänderung dar. Wenn die Gesellschaft nach der Gründung mehr als einen Geschäftsführer habe, bestehe auf der Grundlage des Musterprotokolls Gesamtvertretung und -geschäftsführung. Abweichungen von der Gesamtvertretung bedürften einer Satzungsänderung. Die **Befreiung** von § 181 BGB laut Musterprotokoll **beziehe sich nur auf** den bestellten **Gründungsgeschäftsführer** (OLG Stuttgart DNotZ 2010, 71, 72 Tz. 21). Die Befreiung könne für ihn nicht gestrichen, wohl aber nach Eintragung durch Beschluss aufgehoben werden.

Nach wohl h. A. entfalle die Alleinvertretungsmacht des Gründungsgeschäftsführers bei der Bestellung weiterer Geschäftsführer. Dann sei es aber nur folgerichtig, auch für die Befreiung von § 181 BGB eine bevorzugte Stellung des ersten Geschäftsführers und damit den Fortbestand der Befreiung bei Bestellung weiterer Geschäftsführer zu verneinen. Eine unzulässige Unklarheit sei damit ebenso wenig verbunden wie mit der gesetzlichen Regelung des § 35 Abs. 2 GmbHG, wonach die Alleinvertretungsmacht des Alleingeschäftsführers auflösend bedingt sei durch die Bestellung weiterer Geschäftsführer. Man könne auch keinen Erfahrungssatz des Inhalts annehmen, dass eine solche Sonderposition des zuerst Bestellten dem Willen der Gründer entspreche. Dies wäre – da es sich um die Vorgabe in Ziff. 4 S. 2 des Musterprotokolls handele – zumindest bedenklich.

Nach den Vorgaben der vereinfachten Gründung mit Musterprotokoll habe die Gesellschaft einen namentlich benannten Geschäftsführer, der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sei. Träten später Änderungen in der Geschäftsführung ein – durch Berufung eines anderen Alleingeschäftsführers oder weiterer Geschäftsführer –, so entfalle die dem Gründungsgeschäftsführer als alleinigem Geschäftsführer vorbehaltene besondere Vertretungsbefugnis. Das OLG nimmt also an, dass die **Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB für diesen nicht fortbesteht, wenn ein weiterer Geschäftsführer bestellt wird**. Es gelte dann vielmehr die allgemeine Vertretungsregelung des § 35 GmbHG, wonach die Geschäftsführer gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt seien und Sonderrechte einzelner Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden müssten.

Das OLG Nürnberg spricht sich damit **gegen die überwiegende Meinung in der Literatur** aus, wonach sich für eine auflösend bedingte Befreiung weder im Wortlaut des Musterprotokolls noch in den Gesetzesmaterialien eine Stütze findet (s. etwa Scholz/Wicke, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 2 Rn. 102; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 15.6.2015, § 2 Rn. 76). Laut OLG lässt sich aber auch für den Fortbestand der Befreiung aus Musterprotokoll und Gesetz nichts herleiten. Zu Recht habe daher das Registergericht die Eintragung davon abhängig gemacht, dass der Wegfall der Befreiung des ersten Geschäftsführers als Änderung seiner konkreten Vertretungsbefugnis infolge der Bestellung des weiteren Geschäftsführers angemeldet werde.

UmwG § 122k Abs. 4; ZPO §§ 291, 727 Grenzüberschreitende Verschmelzung; Umschreibung eines Vollstreckungsbescheids; Nachweis durch Eintragung im deutschen Handelsregister; Offenkundigkeit der Handelsregistereintragung

1. Die Offenkundigkeit der Rechtsnachfolge kann sich aus dem im Internet allgemein zugänglichen Handelsregister unter „www.handelsregister.de“ ergeben.

2. Zur Beweiswirkung von § 122k Abs. 4 UmwG.

LG Bonn, Beschl. v. 7.11.2014 – 6 T 308/14

Problem

Der **Vollstreckungsbescheid** einer deutschen GmbH **sollte** nach deren Erlöschen durch Verschmelzung auf eine aufnehmende Kapitalgesellschaft mit Sitz im europäischen Ausland auf diese **Kapitalgesellschaft als deren Rechtsnachfolgerin umgeschrieben werden**. Zum Nachweis berief sich der Antragsteller auf die diesbezügliche Eintragung im deutschen Handelsregister. Das Amtsgericht verlangte die deutsche Übersetzung des ausländischen Handelsregistrauszugs des aufnehmenden Rechtsträgers in öffentlich beglaubigter Form.

Bei der **grenzüberschreitenden Verschmelzung** in der konkret gegebenen Variante der **Hinausverschmelzung** (also mit einer deutschen Gesellschaft als übertragendem Rechtsträger) richtet sich das **Wirksamwerden** nach dem für den übernehmenden Rechtsträger geltenden ausländischen Recht. In § 122k UmwG ist das Verfahren für die übertragende deutsche GmbH geregelt. Danach hat zunächst das Vertretungsorgan der übertragenden Gesellschaft das Vorliegen der sie betreffenden Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung zur Eintragung beim Register des Sitzes der Gesellschaft anzumelden (§ 122k Abs. 1 S. 1 UmwG). Das Registergericht prüft die Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung und erteilt, so sie vorliegen, eine sog. Verschmelzungsbescheinigung (§ 122k Abs. 2 S. 1 UmwG). Im deutschen Handelsregister wird die Verschmelzung zunächst nur vorläufig eingetragen mit dem Vermerk, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung unter den Voraussetzungen des Rechts des Staates wirksam wird, dem die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt. **Nach Eingang einer Mitteilung des ausländischen Registers** (in dem die übernehmende oder neue Gesellschaft eingetragen ist) über das Wirksamwerden der Verschmelzung hat das deutsche Registergericht den **Tag des Wirksamwerdens im Handelsregister zu vermerken und bekannt zu machen** (§ 122k Abs. 4 UmwG, § 122a Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 3 UmwG).

Entscheidung

Das LG Bonn hält die Beschwerde gegen die Ablehnung des Umschreibungsantrags für begründet. Nach seiner Ansicht genügt **als Nachweis des Wirksamwerdens** der grenzüberschreitenden Verschmelzung die **Eintragung** der Wirksamkeit der Verschmelzung gem. § 122k Abs. 4 UmwG **im deutschen Handelsregister**. Diese habe hinreichende Aussage- und Beweiskraft auch dahingehend, dass die Verschmelzung zugleich im Register der übernehmenden Gesellschaft eingetragen worden sei und dass damit die Voraussetzungen gem. § 20 Abs. 1 UmwG (Wirksamkeit

der Verschmelzung und Gesamtrechtsnachfolge) erfüllt seien.

Darüber hinaus verlangt das LG Bonn entgegen der (noch) herrschenden Rechtsprechung (eigene frühere Entscheidungen eingeschlossen) nicht einmal mehr die Vorlage eines öffentlich beglaubigten Handelsregisterauszugs, wenn die Information **über „www.handelsregister.de“ zugänglich** ist. Dadurch sei diese Information sowohl **offenkundig** i. S. d. § 291 ZPO als auch i. S. d. § 727 ZPO für das Klauselverfahren. Dem Problem, dass bestimmte Informationsquellen der Mehrheit der Bevölkerung gar nicht bekannt seien, könne man durch konkrete Erläuterung in der Offenkundigkeitsklausel des Vollstreckungsbescheids begegnen.

Literaturhinweise

Veranstaltungen

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.

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 Internet: 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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

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
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg