

**Titel:**

**Unwirksamkeit einer Notarurkunde**

**Normenketten:**

BGB § 138, § 177, § 181, § 184

ZPO § 189, § 295, § 767

HGB § 164, § 362

**Leitsätze:**

1. Schließt ein nach § 181 BGB Befreiter mit sich selbst oder einem von ihm vertretenen Dritten ein Geschäft zum Nachteil des Vertretenen ab, wäre Rechtsfolge des nach an sich die Nichtigkeit des Vertretergeschäftes wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Interessengerechter erscheint aber die Annahme einer schwebenden Unwirksamkeit des Vertretergeschäftes in analoger Anwendung des § 177 BGB. (Rn. 31 und 32) (redaktioneller Leitsatz)
2. In der Personengesellschaft ist ein rechtsgeschäftlicher Gesellschafterwechsel möglich, sofern dies im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder alle Gesellschafter zustimmen. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)
3. Von der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht ist auszugehen, wenn ein Vertreter in kollusivem Zusammenwirken mit dem Vertragsgegner ein Rechtsgeschäft zum Nachteil des Vertretenen vornimmt. Beim Insichgeschäft ist ein solcher Fall anzunehmen, wenn ein nach § 181 BGB Befreiter mit sich selbst oder einem von ihm vertretenen Dritten ein Geschäft zum Nachteil des Vertretenen abschließt. Das kollusive Zusammenwirken als Voraussetzung des Verwerflichkeitstatbestandes wird in letzterem Fall dadurch ersetzt, dass der auf beiden Seiten des Vertrages agierende Vertreter zwangsläufig die im Innenverhältnis bestehende Beschränkung seiner Vertretungsmacht kennt oder kennen muss. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Geschäft, Nachteil, Vertretener, Sittenwidrigkeit, schwebende Unwirksamkeit, Vertretergeschäft, Insichgeschäft, Grundschild, Bewilligung, Darlehensvertrag, Eintragung, Zwangsvollstreckung, Insolvenzverwalter, Abfindung, Genehmigung, Abtretung, Treu und Glauben, Zustellungsmangel, rügelose Einlassung, rechtsgeschäftlicher Gesellschafterwechsel, Missbrauch der Vertretungsmacht, kollusives Zusammenwirken, Titelgegenklage, Feststellungsinteresse, Rechtsschutzbedürfnis, Schweigen, konkludent

**Vorinstanz:**

LG München I, Endurteil vom 28.04.2020 – 3 O 7627/18

**Rechtsmittelinstanz:**

BGH vom -- – II ZR 177/22

**Fundstellen:**

EWiR 2023, 137

WM 2022, 2224

LSK 2022, 25655

**Tenor**

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts München I vom 28.4.2020 (Az.: 3 O 7627/18) im Kostenpunkt aufgehoben und im übrigen abgeändert gemäß den folgenden Ziffern.
2. Es wird festgestellt, dass sich der Antrag zu I., d.h. der Antrag, die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde der Notarin U. W., M., vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, für unzulässig zu erklären, und der Antrag zu IV, d.h. der Antrag, die Beklagte zu verurteilen, die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde der Notarin U.W., M., vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, an die Klägerin herauszugeben, in der Hauptsache erledigt haben.

3. Es wird festgestellt, dass die Urkunde der Notarin U. W., M., vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, keine Verpflichtungen der Klägerin und keine Ansprüche gegen die Klägerin begründet.

4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 690.102,91 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 4% vom 19.6.2018 bis 21.8.2018 sowie in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.8.2018 zu bezahlen.

5. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen und die weitergehende Klage bleibt abgewiesen.

6. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 70% und die Beklagte 30% zu tragen.

7. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

8. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

## **Entscheidungsgründe**

A.

1

Mit ihrer Klage macht die Klägerin die Unwirksamkeit einer Notarurkunde sowie die Rückzahlung von zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde bzw. der in der Urkunde bestellten Grundschuld bezahlten Beträgen geltend.

2

Die klagende GmbH & Co. KG ist eine Projektgesellschaft zur Realisierung von Immobilienprojekten; sie war Eigentümerin des Grundstücks - L.-straße 228 in M. Die Klägerin wurde gegründet mit Gesellschaftsvertrag vom 2.3.2016 (Anlage K 1). Dem vorangegangen war eine (als „Ergänzung zum Gesellschaftsvertrag“ überschriebene) Gesellschaftervereinbarung vom 15.2.2016 (Anlage K 6). Auf den Inhalt der Anlagen K 1 und K 6 wird Bezug genommen.

3

Die ursprünglichen Gesellschafter der Klägerin zerfielen in zwei Gruppen, die wirtschaftlich betrachtet einerseits der Familie Sch. und andererseits Herrn M. D. zuzuordnen waren. Persönlich haftende (einzelvertretungsbefugte und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite) Gesellschafter der Klägerin waren die RCS R. C. S. GmbH („Sch.-Gruppe“; einzelvertretungsbefugte und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführerin war Frau Rechtsanwältin K.) und die S. H. I. GmbH („D.-K.-Gruppe“; einzelvertretungsbefugter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer war Herr D.-K.). Kommanditisten waren RCS R. C. S. Objektgesellschaft mbH & Co. KG („Sch.-Gruppe“) sowie Herr D.-K.

4

Mit Schreiben vom 17.2.2017 kündigten die S. H. I. GmbH und Herr D.-K. ihre Beteiligungen an der Klägerin ordentlich zum 31.12.2017. § 9 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags sieht eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vor. Rechtsfolge einer wirksamen ordentlichen Kündigung ist nach dem Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft ohne die Kündigenden und der Anspruch der Kündigenden auf ein Abfindungsguthaben (für dessen nähere Ausgestaltung auf § 12 des Gesellschaftsvertrages Bezug genommen wird). - Die S.H. I. GmbH und Herr D.-K. haben ihnen zustehende Ansprüche auf ein Abfindungsguthaben mit Vereinbarung vom 18.5.2018 (Anlage B 2) an die Beklagte abgetreten.

5

Am 28.11.2017 fasste eine Gesellschafterversammlung der Klägerin einen Beschluss des Inhalts, dass die S. H. I. GmbH und Herr D.-K. aus der Gesellschaft ausgeschlossen würden. Die Möglichkeit des Ausschlusses von Gesellschaftern sah § 10 des Gesellschaftsvertrags der Klägerin vor.

6

Beide vorstehend genannten Sachverhalte waren Gegenstand eines Rechtsstreits zwischen den ursprünglichen Gesellschaftern der Klägerin beim Landgericht München I (Az.: 10 HK O 19617/17) und OLG München (Az.: 23 U 1212/19). Beide Gerichte haben die ordentliche Kündigung der Gesellschafter S. H. I. GmbH bzw. D.-K. für wirksam und den Beschluss über die Ausschließung dieser Gesellschafter für unwirksam gehalten.

## 7

Im Februar 2021 wurde das Ausscheiden der RCS R. C. S. GmbH (über deren Vermögen in der Folgezeit das Insolvenzverfahren eröffnet wurde) aus der Klägerin und das Eintreten der LA Asset Management L. GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin in die Klägerin in das Handelsregister eingetragen (vgl. Anlagen KB 2, 3).

## 8

Die beklagte GmbH & Co. KG ist die Vermögensverwaltungsgesellschaft des Herrn D.-K. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die D.-K. Verwaltungs GmbH, deren einzelvertretungsbefugter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer Herr D.-K. ist; letzterer ist auch Kommanditist der Beklagten. Die Beklagte war zu keiner Zeit Gesellschafterin der Klägerin.

## 9

Die Beklagte leistete in der Zeit vom 4.3.2016 bis 13.12.2016 insgesamt 1.619.000,- € an die Klägerin in insgesamt 11 Teilzahlungen; 8 der Überweisungsträger tragen als Verwendungszweck die Aufschrift „Darlehen“. Die Klägerin ist der Meinung, diese Zahlungen seien im Hinblick auf eine Pflicht zur Sicherstellung zur Finanzierung der Klägerin erfolgt, die Herr D.-K. in der Gesellschaftervereinbarung vom 16.2.2016 übernommen habe. Die Beklagte steht demgegenüber auf dem Standpunkt, es habe sich um ein Darlehen gehandelt, das sie der Klägerin gewährt habe.

## 10

Am 28.9.2017 bestellte Herr D. K., dabei handelnd namens der S. H. I. GmbH, diese handelnd namens der Klägerin, zur Urkunde der Notarin W. (UR-Nr. ...93/2017; Anlage K 12) eine Grundschuld über 1.800.000,- € nebst Zinsen in Höhe von 6% ab 28.9.2017 an dem Grundstück der Klägerin L.straße 228 in M. zugunsten der Beklagten. Zur selben Urkunde verpflichtete sich die Klägerin gegenüber der Beklagten unabhängig von der Grundschuld zur Zahlung des Grundschuldbetrages nebst Zinsen. Ferner enthält die Urkunde eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung hinsichtlich der Grundschuld und der vorstehend bezeichneten Verpflichtung. Hinsichtlich des Inhalts der Notarurkunde im einzelnen wird auf Anlage K 12 Bezug genommen.

## 11

Am 7.3.2018 beantragte die Beklagte die Zwangsvollstreckung in das klägerische Grundstück L.straße 228 in M. Der Versteigerungsvermerk wurde am 13.4.2018 eingetragen. Am 27.7.2018 wurde der Beschlagnahmebeschluss wieder aufgehoben.

## 12

Zwischenzeitlich, nämlich am 27.4.2018 hatte die Klägerin das Grundstück zum Preis von 5,35 Mio. € zur Urkunde des Notars Dr. K. (UR-Nr. ...16/22; Anlage K 24) an einen Dritten veräußert. Gemäß § 3 des Kaufvertrages war die Fälligkeit des vereinbarten Kaufpreises abhängig von der Löschung der gegenständlichen Grundschuld und der Rücknahme des diesbezüglichen Zwangsversteigerungsantrags. Mit Schreiben vom 2.5.2018 forderte der Notar Dr. K. die Beklagte zur Abgabe entsprechender Erklärungen auf.

## 13

In der Folgezeit kam es diesbezüglich zu einem Schriftwechsel der nunmehrigen Parteivertreter (vgl. Anlagen K 26 ff., auf deren Inhalt Bezug genommen wird). Die Beklagtenseite machte dabei die Löschungsbewilligung bzw. die Rücknahme des Zwangsversteigerungsantrags von der Zahlung von 2.432.413,98 € abhängig, worauf die Klägerin letztendlich einging.

## 14

Am 18.6.2018 floss seitens des Grundstückskäufers ein Betrag von 2.432.413,98 € aus dem Kaufpreis an die Beklagte. Die Klägerin ist der Meinung, dass ihr hinsichtlich dieses Betrages Bereicherungsansprüche sowie deliktische und vertragliche Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zustünden. Die Beklagte meint demgegenüber, der Zahlbetrag habe ihr gegenüber der Klägerin zugestanden (1.619.000,- €

Darlehensrückzahlung, 254.972,78 € Darlehenszinsen, 500.000,- € Abfindung für das Ausscheiden aus der Klägerin, 69.685,22 € Notar-, Gerichts- und Rechtsanwaltskosten im Zusammenhang mit der Grundschuld und deren Vollstreckung).

#### **15**

Die Klage ging am 5.6.2018 beim Landgericht ein. Sie enthielt die im klägerischen Berufungsantrag unter 1. wiedergegebenen Anträge I, III und IV sowie als Antrag II einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus der Notarurkunde vom 28.9.2017. Im Hinblick auf letztgenannten Antrag wurde die Klageschrift der Beklagtenseite formlos zugeleitet (vgl. Bl. 45 der Akten); eine förmliche Zustellung der Klage wurde aber weder jetzt noch in der Folgezeit verfügt, noch ist eine solche erfolgt. Mit Schriftsatz vom 19.7.2018 erweiterte die Klägerin die Klage um den unten wiedergegebenen Zahlungsantrag. Im Termin vom 21.8.2018 hat die Klägerin die ursprünglichen Anträge I, III und IV sowie den Zahlungsantrag gestellt; die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Mit Schriftsatz vom 23.8.2018 hat die Beklagtenseite die ihr erteilte vollstreckbare Ausfertigung der Notarurkunde vom 28.9.2017 herausgegeben. Mit Schriftsatz vom 11.9.2018 hat die Klagepartei die ursprünglichen Klaganträge I, III und IV für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen.

#### **16**

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

festzustellen, dass sich die Anträge,

die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde der Notarin U. W., M., vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, wird für unzulässig erklärt, es wird festgestellt, dass die Urkunde der Notarin W., M., vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, keine Verpflichtungen der Klägerin und keine Ansprüche gegen die Klägerin begründet,

die Beklagte wird verurteilt, die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde der Notarin U. W., M., vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, an die Klägerin herauszugeben,

in der Hauptsache erledigt haben.

#### **17**

Weiter hat die Klägerin hilfsweise die Feststellung beantragt, dass die Urkunde der Notarin U. W., M. vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, keine Verpflichtungen der Klägerin und keine Ansprüche gegen die Klägerin begründet.

#### **18**

Darüber hinaus hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin € 2.443.657,80 nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 19.06.2018 zu bezahlen.

#### **19**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

#### **20**

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen. Mit ihrer zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge weiter.

#### **21**

Die Klägerin beantragt,

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts München I vom 28. April 2020, Az. 3 O 7627/18 abgeändert.

1. Es wird festgestellt, dass sich

a) der Antrag zu I, d.h. der Antrag, die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde der Notarin U. W., München vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, für unzulässig zu erklären,

b) der Antrag zu III., d.h. der Antrag festzustellen, dass die Urkunde der Notarin U. W., M., vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, keine Verpflichtungen der Klägerin und keine Ansprüche gegen die Klägerin begründet,

c) der Antrag zu IV., d.h. der Antrag, die Beklagte zu verurteilen, die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde der Notarin U. W., M., vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, an die Klägerin herauszugeben,

in der Hauptsache erledigt haben.

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht insofern die Erledigtfeststellungsklage abweist, wird in Bezug auf den Antrag zu 1 b) beantragt festzustellen, dass die Urkunde der Notarin U. W., M., vom 28.09.2017, UrNr. ...93/2017, keine Verpflichtungen der Klägerin und keine Ansprüche gegen die Klägerin begründet.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.443.657,80 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 19.06.2018 zu bezahlen.

## **22**

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.

B.

## **23**

Die Berufung ist nur zum Teil begründet. Zwar sind entgegen der Auffassung des Landgerichts sowohl die Grundschild zugunsten der Beklagten als auch das abstrakte Schuldanerkenntnis der Beklagten wegen Kollusion unwirksam (unten III.) und führt dies zur (weitgehenden) Begründetheit der klägerischen Feststellungsanträge (unten IV.). Durchsetzbare Bereicherungsansprüche auf Rückzahlung der unter Ausnutzung der Grundschild erlangten Beträge gegen die Beklagte bestehen aber nur in Höhe von 690.102,91 € nebst anteiligen Zinsen (unten V. - VIII.; X). Andere Anspruchsgrundlagen führen nicht zu weitergehenden Ansprüchen (unten IX.). Daher war die weitergehende Berufung zurückzuweisen.

I.

## **24**

Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist sie rechtshängig geworden. Zwar fehlte es ursprünglich an einer Zustellung der Klage und konnte dieser Zustellungsmangel nicht nach § 189 ZPO geheilt werden, weil das Landgericht die förmliche Zustellung nie verfügt hat, es also am Zustellungswillen fehlte (vgl. Zöller / Greger, ZPO, 34. Aufl., § 253 Rz. 26 m.w.Nachw.).

## **25**

Vorliegend wurde dieser Zustellungsmangel aber mit Wirkung ex nunc dadurch nach § 295 ZPO geheilt, dass die Klägerin im Termin vor dem Landgericht vom 21.8.2018 ihre Anträge stellte und die Beklagte Klagabweisung beantragte, ohne die mangelnde Zustellung zu rügen (vgl. BGH, Beschluss vom 21.12.1983 - IVb ZR 29/82, Rz. 9; Urteil vom 9.1.2008 - VIII ZR 12/07, Rz. 12; Zöller / Greger a.a.O. Rz. 26a). Damit wurde die Klage am 21.8.2018 rechtshängig.

## **26**

Die Vollmächtsrüge der Beklagten geht ins Leere. Angesichts der trotz des Wechsels der Komplementärin fortbestehenden Identität der Beklagten (vgl. dazu sogleich II) wirkt die von der früheren Komplementärin der Klägerin erteilte Prozessvollmacht fort; eine Vollmacht der neuen Komplementärin ist nicht erforderlich.

II.

## **27**

Die Klägerin ist für die geltend gemachten Ansprüche aktivlegitimiert. Das Ausscheiden der ursprünglichen Komplementärin (RCS R. C. S. GmbH) und das Eintreten der LA A. Management L. GmbH als Komplementärin im Februar 2021 (vgl. Anlagen KB 2, 3) und damit lange vor Insolvenz der RCS R. C. S. GmbH hat an der Identität der Klägerin (und damit auch an in der Person der Klägerin entstandenen Ansprüchen) nichts geändert.

## **28**

In der Personengesellschaft ist ein rechtsgeschäftlicher Gesellschafterwechsel möglich, sofern dies im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder alle Gesellschafter zustimmen (vgl. Hopt / Roth, HGB, 41. Aufl., § 105 Rz. 70 m.w.Nachw.). Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin (Anl. K 1) ermöglicht die Aufnahme neuer

und das Ausscheiden bisheriger Gesellschafter, wie sich aus den Regelungen der §§ 6 Abs. 5 lit. c und 9, 12 ergibt. Eine Zustimmung des Herrn D.-K. war schon deshalb entbehrlich, weil er aufgrund seiner eigenen Kündigung längst aus der Gesellschaft ausgeschieden war (vgl. näher unten VII.2.).

## **29**

Nicht nachvollziehbar ist angesichts der oben dargestellten zeitlichen Abfolge die Behauptung, der Gesellschafterwechsel sei nur erfolgt, um den Insolvenzverwalter der ursprünglichen Komplementärin von der Führung des vorliegenden Verfahrens auszuschließen.

## **III.**

## **30**

Die Grundschuld zulasten des klägerischen Grundstücks und das klägerische Schuldanerkenntnis gemäß der Notarurkunde vom 29.9.2017 sind wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den auf beiden Seiten der Rechtsgeschäfte handelnden Herrn D.-K. nicht wirksam zustande gekommen.

## **31**

1. Von der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht ist auszugehen, wenn ein Vertreter in kollusivem Zusammenwirken mit dem Vertragsgegner ein Rechtsgeschäft zum Nachteil des Vertretenen vornimmt. Beim Insichgeschäft ist ein solcher Fall anzunehmen, wenn ein nach § 181 BGB Befreiter mit sich selbst oder einem von ihm vertretenen Dritten ein Geschäft zum Nachteil des Vertretenen abschließt (BGH, Urteil vom 13.9.2011 - VI ZR 229/09, Rz. 9; Urteil vom 28.1.2014 - II ZR 371/12, Rz. 10; Urteil vom 28.10.2017 - I ZR 6/16, Rz. 22); das kollusive Zusammenwirken als Voraussetzung des Verwerflichkeitstatbestandes wird in letzterem Fall dadurch ersetzt, dass der auf beiden Seiten des Vertrages agierende Vertreter zwangsläufig die im Innenverhältnis bestehende Beschränkung seiner Vertretungsmacht kennt oder kennen muss (BGH vom 28.10.2017 a.a.O. Rz. 24).

## **32**

Rechtsfolge des nach den vorstehenden Ausführungen zu treffenden Unwerturteils wäre an sich die Nichtigkeit des Vertretergeschäftes wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Interessengerechter erscheint aber die Annahme einer schwebenden Unwirksamkeit des Vertretergeschäftes in analoger Anwendung des § 177 BGB (in diese Richtung BGH, Urteil vom 6.5.1999 - VII ZR 132/97, Rz. 22; OLG Stuttgart, Urteil vom 2.6.1999 - 9 U 246/98, Rz. 37; Grüneberg / Ellenberger, BGB, 81. Aufl., § 164 Rz. 14b); denn dann hat es der kollusiv Hintergangene in der Hand, das Geschäft zu genehmigen, wenn er es im Nachhinein billigt, ohne dass ein Neuabschluss erforderlich wäre.

## **33**

2. Nach diesen Grundsätzen war die mit Urkunde vom 29.9.2017 bestellte Grundschuld (bzw. die ihr zugrunde liegende dingliche Einigung) zunächst schwebend unwirksam und ist durch Verweigerung der Genehmigung seitens der Klägerin endgültig unwirksam geworden.

## **34**

a) Eine Grundschuld entsteht durch Einigung und Eintragung ins Grundbuch (§ 873 BGB), wobei die Einigung grundsätzlich formfrei möglich ist (vgl. Grüneberg / Harder, a.a.O., § 873 Rz. 9); das Erfordernis der notariellen Beurkundung (nur) der Bewilligung des Grundstückseigentümers ergibt sich lediglich aus den Erfordernissen des Grundbuchverfahrens. Vor diesem Hintergrund ist die Tatsache zu sehen, dass die Notarurkunde gemäß Anlage K 12 nach ihrem Wortlaut nur eine Willenserklärung der Klägerin, vertreten durch ihre Komplementärin S. H. I. GmbH, diese vertreten durch Herrn D.-K. enthält. Für eine dingliche Einigung als Entstehungsvoraussetzung der Grundschuld war aber auch eine Willenserklärung der Beklagten erforderlich. Da Herr D.-K. allerdings die Grundschuld wollte, ist davon auszugehen, dass er konkludent auch namens der Beklagten als Geschäftsführer von deren Komplementärin eine entsprechende Willenserklärung abgegeben hat, womit eine (formfrei mögliche) dingliche Einigung als Entstehungsvoraussetzung der Grundschuld vom äußeren Tatbestand her vorliegt. Da die Grundschuld auch ins Grundbuch eingetragen wurde, ist sie entstanden, sofern die Einigung wirksam war.

## **35**

Dies wiederum hängt davon ab, dass Herr D.-K. beide Parteien bei der Einigung wirksam vertreten hat, was nicht der Fall ist, wenn Herr D.-K. seine Vertretungsmacht zu Lasten der Klägerin nach den obigen

Grundsätzen missbraucht hat. Hiervon ist auszugehen, so dass die Grundschild mangels wirksamer Einigung nicht entstanden ist.

### 36

b) Herr D.-K. hat als Geschäftsführer der S. H. I. GmbH (Komplementärin der Klägerin) bei der Bestellung der Grundschild deren im Innenverhältnis der Klägerin bestehende Beschränkung der Vertretungsmacht aus § 5 Abs. 2 S. 1, 2 lit. a) des Gesellschaftsvertrags der Klägerin (Anlage K 1) missachtet. Hiernach hätte den Kommanditisten (also insbesondere der RCS R. C. Services Objektgesellschaft mbH & Co. KG) ein Widerspruchsrecht zugestanden.

### 37

Der Senat folgt bei der Auslegung dieser Vertragsbestimmung den Überlegungen des 23. Senats im Hause, wie sie sich aus dem den Parteien bekannten Beschluss vom 21.2.2020 (Az.: 23 U 1212/19) ergeben. Hiernach entspricht § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages im Ergebnis der Formulierung in § 164 S. 1 Hs. 2 HGB und ist daher auch entsprechend zu verstehen. Damit war vor Durchführung einer über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Maßnahme die Zustimmung aller Gesellschafter einzuholen. Den Kommanditisten wäre also die geplante Geschäftsführungsmaßnahme offen zu legen und ihre Stellungnahme abzuwarten gewesen (vgl. MünchKomm / Grunewald, HGB, 4. Aufl., § 164 Rz.11; Baumbach / Hopt / Roth, HGB, 38. Aufl., § 164 Rz. 2). Damit wäre im Ergebnis ein Beschluss sämtlicher, auch der nicht geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter einschließlich der Kommanditisten erforderlich gewesen (vgl. Roth, a.a.O. Rz. 2). Ein solcher lag unstreitig vor Bestellung der Grundschild nicht vor.

### 38

Soweit sich die Beklagte dem gegenüber darauf beruft, die Befugnis des Herrn D.-K. zur Bestellung der Grundschild habe sich unter dem Gesichtspunkt der Notgeschäftsführung entsprechend § 744 Abs. 2 BGB daraus ergeben, weil die Klägerin ohne Bestellung der Grundschild Insolvenz hätte anmelden müssen, dringt sie damit aus mehreren Gründen nicht durch.

### 39

Die Beklagte konnte nicht plausibel machen, wie die Begründung einer zusätzlichen Verbindlichkeit (Grundschild, Schuldanerkenntnis) einen bestehenden Insolvenzgrund (Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit) beseitigen könnte; denn damit würden bestehende Insolvenzgründe nur noch vertieft. Soweit die Beklagte darauf hinaus will, eine Insolvenz sei durch die Grundschild deshalb vermieden worden, weil Herr D.-K. (als Gesellschaftsgläubiger oder als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH?) von der Stellung eines Insolvenzantrags abgesehen habe, weil er mit der Grundschild eine zusätzliche Sicherung erhalten habe, belegt dies nicht eine Notlage der Gesellschaft, sondern das treuwidrige Handeln des Herrn D.-K., der sich bzw. der wirtschaftlich ihm gehörenden Beklagten eine zusätzliche Sicherung verschafft hat, die ihm nicht zustand.

### 40

Soweit die Beklagte dem gegenüber darauf verweist, dass die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen Herrn D.-K. wegen Untreue eingestellt hat, möchte der Senat dies nicht kommentieren; an einer treuwidrigen, eigennützigen Handlung des Herrn D.-K. entgegen der Satzung der Klägerin bestehen jedenfalls keine Zweifel.

### 41

Doch selbst wenn man von einer unmittelbar drohenden Insolvenz der Klägerin ausgehen wollte, bleibt die zutreffende Argumentation des 23. Senats im Hause (a.a.O.): Bei nur vier Gesellschaftern wäre jedenfalls genügend Zeit gewesen, einen Gesellschafterbeschluss über die Bestellung der Grundschild herbeizuführen. War ein solcher nicht zu erlangen, musste die Bestellung eben unterbleiben.

### 42

c) Die somit unter Überschreitung der Vertretungsmacht der Komplementärin im Zusammenwirken mit der ebenfalls von Herrn D.-K. vertretenen Beklagten war für die Klägerin nachteilig. Dies gilt selbst dann, wenn der Beklagten ein Anspruch in Höhe der Grundschildsumme nebst Zinsen gegen die Klägerin zustand (was hier noch offen bleiben kann). Denn die dingliche Belastung eines Grundstücks ist, gerade wenn sie mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung verbunden ist, für den Grundstückseigentümer per se nachteilig, weil der sofortige Rechtsverlust ohne vorgeschaltetes Erkenntnisverfahren droht.

### 43

Ein Rechtsnachteil für die Klägerin durch die Grundschild kann aus den obigen Gründen nicht mit der Erwägung verneint werden, dass ohne die Grundschild die sofortige Insolvenz gedroht hätte.

#### 44

d) Damit war die dingliche Einigung über die Bestellung der Grundschild wegen Kollusion zunächst schwebend unwirksam, so dass eine Grundschild zunächst nicht entstehen konnte. Ein Wirksamwerden der Einigung durch Genehmigung seitens der Klägerin ist nicht anzunehmen.

#### 45

Die Genehmigung (§ 184 BGB) ist ein einseitiges Rechtsgeschäft (empfangsbedürftige Willenserklärung), die gegenüber dem „einen“ oder dem „anderen Teil“ erfolgen kann (§ 182 Abs. 1 BGB). Beim Vertretergeschäft (hier: dingliche Einigung über Grundschildbestellung) sind dies der Vertreter (hier: Herr D.-K. bzw. die Komplementärin S. H. I. GmbH) und der Vertragspartner (hier: die Beklagte). Damit scheiden Erklärungen der Klägerin gegenüber dem Notar Dr. K. bzw. dem Grundstückskäufer als Genehmigungserklärungen aus. Dies gilt insbesondere für das Schreiben der Klägerin an den Notar vom 24.5.2018 (Anlage K 32), mit welchem dieser ermächtigt wurde, die Zahlung eines Teils des Kaufpreises gemäß Anlage K 24 in Höhe der Klageforderung an die Beklagte zu veranlassen.

#### 46

Eine Genehmigung seitens der Klägerin gegenüber der Beklagten könnte sich daher nur aus dem Schriftwechsel der nunmehrigen Parteivertreter namens der Parteien ab dem 2.5.2018 gemäß Anlagen K 26 ff. ergeben. Dies ist im Ergebnis nicht der Fall. Ob eine Erklärung als Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zu werten ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, also danach, ob ihr der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Willen des Erklärenden entnehmen durfte, damit ein früheres Rechtsgeschäft zu billigen und dessen Wirksamkeit herbeizuführen (Lehre vom objektiven Empfängerhorizont). Einen solchen Willen durfte die Beklagte weder den Erklärungen der Klägerin in dem Schriftwechsel gemäß Anlagen K 26 ff. noch auch der Tatsache der Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung als solcher entnehmen. Denn insbesondere im Schreiben des Klägerevertreters vom 11.5.2018 an den Beklagtenvertreter (Anlage K 29) wird hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Klagepartei ihre Rechtsauffassung hinsichtlich der kollusiv erlangten Grundschild aufrechterhalte, ihr aber keine andere Wahl bliebe, als die geforderte Zahlung vorzunehmen (zu ergänzen: um den Verkauf des Grundstücks nicht scheitern zu lassen und die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu beenden). Nimmt man hinzu, dass die Grundschild tatsächlich kollusiv erlangt war (vgl. oben), durfte die Beklagte redlicherweise die Tatsache, dass sich die Klägerin auf ihre Bedingungen einließ, nicht als nachträgliche Billigung der Grundschildbestellung verstehen; wie die Beklagte die Erklärung tatsächlich verstanden hat, ist nach der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont irrelevant.

#### 47

In mehrfacher Hinsicht fehlt die Argumentation der Beklagten, dass schließlich (durch Erklärungen gegenüber dem Notar Dr. K-) ein „Treuhandvertrag“ zustande gekommen sei, der die Genehmigung enthalte. Erstens sieht der Senat schon keine diesbezüglich übereinstimmenden wechselseitigen Willenserklärungen der Parteien; vielmehr haben beide Parteien insoweit nur Erklärungen gegenüber dem Notar abgegeben. Und selbst wenn man wechselseitige Willenserklärungen der Parteien konstruieren wollte, wäre diejenige der Klägerin nach den vorstehenden Ausführungen jedenfalls nicht dahin auszulegen, dass sie die Grundschildbestellung rückwirkend billigte. Der Anfechtung eines eventuellen „Treuhandvertrages“ bedurfte es somit nicht.

#### 48

e) Durch die Erhebung der vorliegenden Klage (insbesondere des Antrags auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Grundschild) hat die Klägerin gegenüber der Beklagten als geeigneter Adressatin (§ 182 Abs. 1 BGB) deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie die Grundschild nicht will. Hierin liegt eine Verweigerung der Genehmigung, so dass die dingliche Einigung über die Bestellung (rückwirkend) endgültig unwirksam wurde. Damit fehlt es an einer Entstehungsvoraussetzung für die Grundschild und ist diese nicht entstanden.

#### 49

Fehl gehen die Überlegungen der Beklagtenseite zu einer Genehmigung seitens der Klägerin dadurch, dass sie sich in einem gegenläufigen Verfahren vor dem Landgericht Landshut nunmehr auf eine Wirksamkeit

der Vorgänge um die Grundschuld berufe. Denn durch die dargestellte Verweigerung der Genehmigung war der Schwebezustand beendet, so dass eine nunmehrige Genehmigung ins Leere ginge.

#### **50**

3. Nach den selben Grundsätzen ist das in der Notarurkunde vom 28.9.2017 unter Ziffer III zwischen den Parteien vereinbarte abstrakte Schuldanerkenntnis über die Grundschuldsumme nebst Zinsen unwirksam.

#### **51**

a) Die genannte Ziffer der Vertragsurkunde ist als abstraktes Schuldanerkenntnis, also als Vertrag zwischen den Parteien zu werten. Herr D.-K. handelte dabei nach den obigen Grundsätzen als Vertreter beider Parteien.

#### **52**

b) Er hat dabei die ihm als Geschäftsführer der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten alleinvertretungsberechtigten Komplementärin der Klägerin für die Klägerin zustehende Vertretungsmacht missbraucht, da er eine im Innenverhältnis der Klägerin bestehende Beschränkung der Vertretungsmacht nicht beachtet hat. Denn nach § 5 Abs. 2 S. 1, 2 lit. b) des Gesellschaftsvertrages hätte den Kommanditisten hinsichtlich des abstrakten Schuldanerkenntnisses (Eingehung einer Verbindlichkeit von mehr als 50.000,- €) ein Widerspruchsrecht zugestanden, so dass diese (also konkret die R. C. S. Objektgesellschaft mbH & Co. KG) nach den obigen Grundsätzen zu beteiligen gewesen wäre.

#### **53**

c) Das Schuldanerkenntnis war nachteilig für die Vertretene, also die Klägerin. Das gilt selbst dann, wenn der Beklagten gegen die Klägerin ein Anspruch in Höhe des anerkannten Betrages zustand. Denn ein abstraktes Schuldanerkenntnis ist für den Anerkennenden schon deshalb mit Rechtsnachteilen verbunden, weil es ihm mögliche Einwendungen gegen die anerkannte Forderung abschneidet.

#### **54**

d) Von einer Genehmigung des zunächst schwebend unwirksamen Anerkenntnisses kann nach den obigen Grundsätzen nicht ausgegangen werden. Damit wurde das Schuldanerkenntnis spätestens mit der in der Klageerhebung liegenden Verweigerung der Genehmigung unwirksam.

#### **IV.**

#### **55**

Hiernach erweist sich das klägerische Begehren auf Feststellung der Erledigung hinsichtlich der ursprünglichen Klaganträge I und IV als begründet. Hinsichtlich des ursprünglichen Klagantrags III konnte die Erledigung nicht festgestellt werden; insoweit hat aber der Hilfsantrag Erfolg.

#### **56**

1. Der ursprüngliche Klagantrag I (Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Notarurkunde) war bei Eintritt der Rechtshängigkeit (21.8.2018; vgl. oben I.) zulässig und begründet. Er ist nach Eintritt der Rechtshängigkeit, nämlich am 23.8.2018 unzulässig geworden. Damit war auf Antrag der Klägerin insoweit die Erledigung festzustellen.

#### **57**

Der ursprüngliche Antrag I stellt eine sog. Titelgegenklage als Rechtsbehelf sui generis dar, weil nicht (wie im Normalfall des § 767 ZPO) Einwendungen gegen einen Vollstreckungstitel, sondern die Unwirksamkeit des Titels (Notarurkunde) selbst geltend gemacht wird (vgl. Thomas / Putzo / Seiler, ZPO, 43. Aufl., § 767 Rz. 8a). Diese war ursprünglich zulässig, weil ein zur Vollstreckung geeigneter Titel (Notarurkunde) vorlag und eine konkrete Vollstreckungsmaßnahme (nämlich die Zwangsversteigerung des Grundstücks) bevorstand (Thomas / Putzo / Seiler, a.a.O. Rz. 14 m.w.Nachw.). Die Klage war insoweit auch begründet, weil die Grundschuld unwirksam war (vgl. oben III.).

#### **58**

Das Rechtsschutzbedürfnis im dargestellten Sinn entfällt erst dann, wenn die Zwangsvollstreckung beendet ist, was nicht angenommen werden kann, solange der Vollstreckungsgläubiger noch eine vollstreckbare Ausfertigung in Händen hat (vgl. Thomas / Putzo / Seiler, a.a.O. Rz. 16). Damit entfiel das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin erst mit Herausgabe des quittierten Titels mit Schriftsatz vom 23.8.2018. Da dies erst nach Rechtshängigkeit (21.8.2018) erfolgte, war die Erledigung festzustellen.

**59**

2. Der ursprüngliche Klagantrag III (keine Verpflichtungen / Ansprüche aus der Urkunde) war jedoch nicht erledigt, so dass das Landgericht den Antrag auf Feststellung der Erledigung insoweit zu Recht abgewiesen hat.

**60**

Das Feststellungsinteresse der Klägerin ist weder durch die erfolgte Zahlung noch durch die Herausgabe des quittierten Titels entfallen. Hinsichtlich der erfolgten Zahlung muss sich die Klägerin nicht auf eine Leistungsklage auf Rückzahlung (die sie erhoben hat) verweisen lassen, da mit Rechtskraft eines Rückzahlungstitels jedenfalls der Rechtsschein einer wirksamen Notarurkunde nicht beseitigt wäre und damit abstrakt gesehen eine erneute Zwangsvollstreckung daraus betrieben werden könnte. Aus dem selben Grund beseitigt die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung das Interesse an der Feststellung nicht.

**61**

Nachdem die Feststellungsklage aus den oben unter II. dargestellten Gründen auch begründet war und blieb, fehlt es an einem erledigenden Ereignis.

**62**

3. Mit der Ablehnung des vorstehend erörterten Feststellungsbegehrens war über den für diesen Fall gestellten klägerischen Hilfsantrag zu entscheiden. Dieser erweist sich aus den soeben dargestellten Gründen als begründet.

**63**

4. Der ursprüngliche Klagantrag IV (Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung) war ursprünglich zulässig und (entsprechend § 371 BGB; vgl. Thomas / Putzo / Seiler, a.a.O. Rz. 6 m.w.Nachw.) auch begründet, da die Ausfertigung aufgrund eines nichtigen Titels erteilt wurde. Durch Erfüllung dieses Anspruchs am 23.8.2018 ist Erledigung nach Rechtshängigkeit (21.8.2018) eingetreten, was auf Antrag der Klägerin festzustellen war.

V.

**64**

Soweit die Beklagte die streitgegenständliche Zahlung auf einen behaupteten Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens bezieht (1.619.000,- €), steht der Klägerin kein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch zu.

**65**

Zwar hat die Beklagte den fraglichen Betrag (durch Zahlung seitens des Grundstückskäufers) erlangt. Dies erfolgte nach dem normativen Leistungsbegriff, wonach die Person des Leistenden in wertender Betrachtung nach dem Empfängerhorizont zu ermitteln ist (vgl. dazu Grüneberg / Sprau, BGB, 81. Aufl., § 812 Rz. 14, 57a, m.w.Nachw.) auch durch Leistung der Klägerin. Denn aus Sicht der Beklagten erfolgte die Zahlung seitens des Grundstückserwerbers auf Ansprüche der Beklagten gegen die Klägerin und zu Lasten des Anspruchs der Klägerin gegen den Grundstückserwerber, wie sich insbesondere aus dem vorangegangenen Schriftwechsel zwischen Parteien und Notar Dr. K. ergibt (vgl. Anlagen K 25 ff.).

**66**

Die Leistung erfolgte aber mit Rechtsgrund.

**67**

1. Grundschild und abstraktes Schuldanerkenntnis aus der Notarurkunde vom 29.9.2017 scheiden als Rechtsgründe aus, weil diese unwirksam sind (vgl. oben).

2. Der Beklagten stand auch kein Darlehensrückzahlungsanspruch gegen die Klägerin zu. Denn ein Darlehensvertrag über die Summe der von der Klägerin empfangenen Zahlungen von insgesamt 1.619.000,- € ist zwischen den Parteien nicht zustande gekommen.

**68**

Ein ausdrücklicher (schriftlicher) Darlehensvertrag zwischen den Parteien bestand unstrittig nicht; insbesondere ist der als Anlage K 10 vorgelegte Entwurf eines Darlehensvertrages nicht zustande gekommen. Insoweit steht der Beklagten auch nicht § 362 HGB zur Seite. Hiernach wäre das Schweigen

der Klägerin auf das Angebot eines Darlehensvertrages seitens der Beklagten nur dann als Annahme zu bewerten, wenn der Betrieb der Klägerin auf die Besorgung von Geschäften für einen anderen gerichtet wäre und das Angebot eines Darlehens auf die Besorgung eines solchen Geschäftes gerichtet wäre. An beiden Voraussetzungen fehlt es. Der Geschäftsbetrieb der Klägerin ist nicht auf Geschäftsbesorgung, sondern auf die Entwicklung eigener Grundstücke gerichtet; auch ist die Aufnahme eines Darlehens keine Geschäftsbesorgung für einen anderen.

#### **69**

Schließlich kann auch nicht von einem konkludent zustande gekommenen Darlehensvertrag zwischen den Parteien ausgegangen werden. Zwar mag man in der Überweisung der einzelnen Geldbeträge, bei denen die Mehrzahl der Überweisungsträger nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts den Verwendungszweck „Darlehen“ trug, ein konkludentes Angebot auf Abschluss eines Darlehensvertrages sehen; nicht ersichtlich ist aber, wie die Klägerin dieses Angebot angenommen haben soll. Die schlichte Verwendung der überwiesenen Beträge reicht hierfür nicht aus, weil sich hieraus aus der maßgeblichen Sicht der Beklagten (Empfängerhorizont) ein solcher nicht ergibt, wie schon daraus erhellt, dass Herr D.-K. (insoweit als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten) nach den Zahlungen auf Abschluss eines Darlehensvertrages drängte, also selbst davon ausging, dass ein solcher noch nicht zustande gekommen war.

#### **70**

3. Damit hat die Klägerin aber die Beträge von insgesamt 1.619.000,- € ohne Rechtsgrund erlangt, so dass der Beklagten ihrerseits ein Bereicherungsanspruch in dieser Höhe gegen die Klägerin zustand; dieser stellt einen Rechtsgrund für die (Rück-)Erlangung des Betrages durch die oben dargestellte Zahlung des Grundstückserwerbers dar.

#### **71**

Zu Unrecht bezweifelt die Klägerin, dass die einzelnen Überweisungen der Beklagten Leistungen der Beklagten waren und ohne Rechtsgrund erfolgten; vielmehr handle es sich um Leistungen des Herrn D.-K. auf seine Finanzierungspflicht gemäß Ziff. I 1 der Gesellschaftervereinbarung gemäß Anlage K 6. Denn die Person des Leistenden ist wie dargestellt unter wertender Betrachtung nach dem objektiven Empfängerhorizont zu ermitteln. Maßgeblich ist also nicht, wie die Klägerin die Zahlungen verstanden hat, sondern wie sie sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte. Insoweit wäre allein die Tatsache, dass die Zahlungen vom Konto der Beklagten, die eine von Herrn D.-K. verschiedene Rechtspersönlichkeit ist, erfolgte, nicht geeignet, um bei wertender Betrachtung eine Zahlung von Herrn D.-K. auf die Finanzierungspflicht auszuschließen, weil die Beklagte unstreitig die Vermögensverwaltungsgesellschaft von Herrn D.-K. ist. Nimmt man aber hinzu, dass die Überweisungsträger fast durchgängig den Verwendungszweck „Darlehen“ trugen, verbietet sich aus Sicht der Klägerin die Annahme, es habe sich um eine Leistung des Herrn D.-K. auf seine Finanzierungspflicht gehandelt. Vielmehr ergibt die wertende Betrachtung, dass es sich bei den Zahlungen um eine Leistung der Beklagten auf ein (bereits vereinbartes oder noch zu begründendes) Darlehen handelt.

#### **72**

Auf der Basis der vorstehenden Überlegungen scheidet auch die Annahme aus, dass als Rechtsgrund für die Zahlungen der Beklagten die übernommene Finanzierungsverpflichtung des Herrn D.-K. in Betracht kommt.

#### **73**

Fragen der gesellschaftsrechtlichen Durchsetzungssperre stellen sich somit insoweit nicht; insbesondere steht diese einem Rechtsgrund der Beklagten für das Behaltendürfen des erlangten Betrages nicht entgegen. Denn die Durchsetzungssperre kommt nur bei Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis in Betracht (BGH, Urteil vom 12.11.2007 - II ZR 183/08, Rz. 14). Die Beklagte war aber nie Gesellschafterin und leitet ihre Rechtsposition hinsichtlich des Bereicherungsbetrages auch nicht aus einer abgetretenen Rechtsposition des Gesellschafters Döring-Köhler, sondern aus eigenem Recht ab.

VI.

#### **74**

Soweit die Beklagte die streitgegenständliche Zahlung auf Darlehenszinsen für das unter V erörterte Darlehen bezieht (254.972,58 €), steht der Klägerin ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch in Höhe von 120.417,69 € zu.

#### **75**

1. Der Beklagten standen im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zahlung Zinsen auf die vorstehend erörterten 1.619.000,- € in Höhe von 134.554,89 € zu. In Höhe dieses Betrages bestand also ein Rechtsgrund für die streitgegenständliche Zahlung.

#### **76**

a) Der Zinsanspruch folgt allerdings nicht aus der Grundsuld bzw. dem abstrakten Schuldanerkenntnis, da diese unwirksam sind. Er ergibt sich auch nicht aus einem Darlehensvertrag zwischen den Parteien, da ein solcher nicht zustande kam. Die Klägerin schuldete jedoch nach dem Rechtsgedanken des § 818 Abs. 1 BGB Zinsen in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes in Höhe von 4% im Rahmen des unter V erörterten Bereicherungsanspruchs, weil sie dergestalt Nutzungen aus dem ihr (ohne Rechtsgrund überlassenen) Geldbetrag von 1.619.000,- € gezogen hat, dass sie sich die anderweitige Aufnahme von Fremdkapital ersparte (vgl. Grüneberg / Sprau, a.a.O., § 818 Rz. 11 m.w.Nachw.). Eine höhere Verzinsung unter dem Gesichtspunkt des § 354 Abs. 2 HGB kam nicht in Betracht, weil ein Bereicherungsanspruch (als gesetzliches Schuldverhältnis) kein Handelsgeschäft ist.

#### **77**

b) Zu verzinsen waren von der Klägerin hiernach die einzelnen empfangenen Geldbeträge vom Zahlungstag bis zur Erfüllung des Bereicherungsanspruchs am 18.6.2018. Das ergibt folgende Berechnung.

Zahlung vom 4.3.2016: 30.000,- €; Zinsen von 5.3.2016 - 18.6.2018: 2.745,78 €.

Zahlung vom 1.4.2016: 50.000,- €; Zinsen vom 2.4.2016 - 18.6.2018: 4.423,30 €.

Zahlung vom 7.4.2016: 300.000,- €; Zinsen vom 8.4.2016 - 18.6.2018: 26.375,84 €.

Zahlung vom 18.4.2016: 589.000,- €; Zinsen vom 19.4.2016 - 19.6.2018: 51.012,10 €.

Zahlung vom 25.4.2016: 200.000,- €; Zinsen vom 26.4.2016 - 18.6.2018: 17.168,59 €.

Zahlung vom 20.5.2016: 100.000,- €; Zinsen vom 21.5.2016 - 18.6.2018: 8.322,00 €.

Zahlung vom 18.7.2016: 150.000,- €; Zinsen vom 19.7.2016 - 18.6.2018: 11.499,39 €.

Zahlung vom 12.10.2016: 50.000,- €; Zinsen vom 13.10.2016 - 18.6.2018: 3.368,65 €.

Zahlung vom 28.10.2016: 100.000,- €; Zinsen vom 29.10.2016 - 18.6.2018: 6.562,44 €.

Zahlung vom 2.12.2016: 40.000,- €; Zinsen vom 3.12.2016 - 18.6.2018: 2.471,92 €.

Zahlung vom 13.12.2016: 10.000,- €; Zinsen vom 14.12.2016 - 18.6.2018: 604,88 €.

#### **78**

Die Summe der vorstehenden Zinsbeträge ergibt den Betrag von 134.554,89 €; in dieser Höhe bestand also ein Rechtsgrund für die Leistung der Klägerin an die Beklagte. Die gesellschaftsrechtliche Durchsetzungssperre steht dem Behaltendürfen insoweit nach den obigen Erwägungen nicht entgegen.

#### **79**

2. Hinsichtlich des Differenzbetrages zu dem an Zinsen von der Beklagten für sich reklamierten Betrag von 254.972,58 €, nämlich 120.417,69 € bestand also kein Rechtsgrund für die Zahlung, die die Beklagte nach den obigen Ausführungen durch Leistung der Klägerin erlangt hat. Insofern hat die Klägerin also einen Bereicherungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der Leistungskondition.

#### **80**

Dem Anspruch steht die gesellschaftsrechtliche Durchsetzungssperre (spiegelbildlich zu den obigen Erwägungen) nicht entgegen, da die Beklagte nie Gesellschafterin war und somit der Bereicherungsanspruch gegen sie nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis folgt.

VII.

#### **81**

Soweit die Beklagte die streitgegenständliche Zahlung auf einen von M. D.-K. abgetretenen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben nach dem Ausscheiden aus der Klägerin bezieht (500.000,- €), steht der Klägerin im Ergebnis ein durchsetzbarer bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch zu.

## **82**

1. Die Beklagte hat den fraglichen Betrag nach den obigen Grundsätzen durch Leistung der Klägerin erlangt.

## **83**

2. Als Rechtsgrund für das Behaltendürfen kommt der von Herrn D.-K. an die Beklagte abgetretene Anspruch auf ein Abfindungsguthaben im Ergebnis nicht in Betracht.

## **84**

a) Zwar stand Herrn D.-K. ein solcher Anspruch (unbekannter Höhe) gegen die Klägerin zu und bestehen auch keine Bedenken gegen dessen Abtretung an die Beklagte.

## **85**

Herr D.-K. ist durch ordentliche Eigenkündigung gemäß § 9 des Gesellschaftsvertrages der Klägerin zum 31.12.2017 als Kommanditist aus der Klägerin ausgeschieden. Dies steht zwischen den ursprünglichen Gesellschaftern der Klägerin rechtskräftig fest aufgrund des Urteils des Landgerichts München I vom 30.1.2019 (10 HK O 19617/17; bestätigt durch Beschluss des OLG München vom 8.5.2020 - 23 U 1212/19) und wird im vorliegenden Verfahren von den Parteien nicht ernsthaft bezweifelt. Damit stand Herrn D.-K. ein Anspruch gemäß § 12 des Gesellschaftsvertrages auf das Abfindungsguthaben zu.

## **86**

Die Höhe dieses Abfindungsguthabens stand - abgesehen davon, dass der Anspruch mangels Abschichtungsbilanz und im Hinblick auf die Ratenzahlungsvereinbarung (vgl. § 12 Abs. 1 S. 2 des Gesellschaftsvertrags) nicht sogleich fällig war - weder im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zahlung noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat fest. Jedenfalls kann eine wirksame Einigung zwischen der Klägerin und Herrn D.-K. über ein Abfindungsguthaben von 500.000,- € nicht daraus gefolgert werden, dass sich die Klägerin auf die Zahlung dieses Betrages aus dem Kaufpreis für das Grundstück einließ. Denn dieses Verhalten der Klägerin konnte Herr D.-K. nur dadurch erreichen, dass er aus der von ihm kollusiv erschlichenen Grundschuld die Zwangsvollstreckung betrieb, also vorsätzlich einen sittenwidrig erschlichenen Titel ausnutzte, weshalb sich der Makel der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) in der von Beklagtenseite behaupteten Einigung über das Abfindungsguthaben fortsetzen würde.

## **87**

Da somit weder eine wirksame Einigung über das Abfindungsguthaben noch eine Abschichtungsbilanz vorliegen, war und ist die Höhe des Anspruchs offen.

## **88**

b) Der isolierten Geltendmachung dieses dem Grunde nach bestehenden Anspruchs (unbekannter Höhe) auf das Abfindungsguthaben hätte jedoch im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zahlung (18.6.2018) die gesellschaftsrechtliche Durchsetzungssperre entgegen gestanden.

## **89**

aa) Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass der Zedent D.-K. seinen Abfindungsanspruch selbst geltend gemacht hätte.

## **90**

Zweifelloso handelt es sich um einen aus dem Gesellschaftsverhältnis der Klägerin folgenden Anspruch. Der Anspruchsinhaber D.-K. war aus der Klägerin zum 31.12.2017 ausgeschieden. Damit hätte er den Abfindungsanspruch im Jahr 2018 nicht mehr selbständig, sondern nur noch als Rechnungsposten im Rahmen der zu erstellenden Abschichtungsbilanz geltend machen können (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 24.10.1994 - II ZR 231/92, Rz. 5).

## **91**

Hiervon greift zwar dann eine Ausnahme, wenn schon vor Beendigung der Auseinandersetzung feststeht, dass der Gesellschafter jedenfalls einen bestimmten Betrag verlangen kann (BGH, Urteil vom 12.11.1990 - II ZR 232/89, Rz. 4). Diese Ausnahme kommt jedoch vorliegend nicht zum Tragen. Denn die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens stand weder bei Zahlung noch später fest (vgl. oben). Unter diesen

Umständen wäre die isolierte Geltendmachung des Anspruchs allenfalls aufgrund einer vorläufigen Auseinandersetzungsrechnung möglich gewesen (BGH vom 12.11.1990 a.a.O.). Eine solche lag und liegt aber nicht vor; die schlichte Behauptung, der Anspruch werde schon 500.000,- € betragen haben, genügt hierfür nicht.

## 92

bb) Nichts anderes kann für den Fall gelten, dass die Beklagte den Anspruch aus abgetretenem Recht des Herrn D.-K. geltend macht. Denn bei einer anderen Sichtweise könnte die Durchsetzungssperre durch im Belieben der einzelnen Gesellschafter stehende schlichte Abtretung jederzeit umgangen werden, was dem Zweck des Instituts (Konzentration der Abwicklung; Vermeidung unnötigen Hin- und Herzählens) widersprechen würde.

## 93

c) Der vorstehende Befund schließt es nach Auffassung des Senats unter den Umständen des Falles aus, den Abfindungsanspruch (unbekannter Höhe) als Rechtsgrund für das Behaltendürfen des von der Beklagten erlangten Betrages anzusehen.

## 94

Sinn und Zweck der Durchsetzungssperre ist das Vermeiden der Hin- und Herzählung während des Abwicklungsverfahrens (BGH, Urteil vom 24.10.1994 - II ZR 291/92, Rz. 5). Allerdings ist dies nicht Selbstzweck, sondern folgt aus dem Anliegen, ein geordnetes Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters mit einer Auseinandersetzungsbilanz sicherzustellen (OLG Hamm, Urteil vom 16.1.2003 - 27 U 208/01, Rz. 41). Diesem Anliegen wird jedenfalls dann nicht Genüge getan, wenn der betroffene Gesellschafter das von ihm behauptete Abfindungsguthaben durch unlauteres Handeln vorzeitig realisiert (OLG Hamm, a.a.O.). Dies hat Herr D.-K. vorliegend getan, indem er die von ihm kollusiv erschlichene Grundsuld als Druckmittel zur Realisierung des von ihm behaupteten Abfindungsguthabens benutzte, obwohl weder eine Abschichtungsbilanz noch eine vorläufige Auseinandersetzungsrechnung vorlagen, noch das Abfindungsguthaben anderweitig feststand. Dieser Befund verbietet es nach Auffassung des Senats, den (der Höhe nach noch zu ermittelten) Abfindungsanspruch als Rechtsgrund für das Behaltendürfen des so erlangten Betrages zu behandeln.

## 95

Dem kann im Ergebnis nicht die Regelung des § 813 Abs. 2 BGB, aus welcher sich ergibt, dass noch nicht fällige Ansprüche einen bereicherungsrechtlichen Rechtsgrund darstellen können, entgegengehalten werden. Diese Regelung bezweckt ebenso wie die gesellschaftsrechtliche Durchsetzungssperre die Vermeidung eines überflüssigen Hin- und Herzählens, hat also letztlich die selbe Schutzrichtung. Deshalb kann sie im Falle eines Bereicherungsanspruchs wegen eines bemakelten Rechtserwerbs keinen Rechtsgrund vermitteln, wenn die Durchsetzungssperre einem solchen entgegensteht.

## 96

3. Dem somit bestehenden Bereicherungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte steht die gesellschaftsrechtliche Durchsetzungssperre nicht entgegen.

## 97

Dies folgt letztlich aus den soeben dargestellten Erwägungen. Es wäre widersprüchlich, der Klägerin zunächst wegen der gesellschaftsrechtlichen Durchsetzungssperre einen Bereicherungsanspruch zu gewähren, um diesen sodann eben wegen der Durchsetzungssperre im Ergebnis wieder zu versagen. Sinn und Zweck der Durchsetzungssperre ist letztlich die Sicherstellung einer geordneten gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung. Mit diesem Zweck würde es sich nicht vertragen, wenn man Bereicherungsansprüche der Gesellschaft, die daraus resultieren, dass sich ein Gesellschafter unter Umgehung dieser Auseinandersetzung den vermeintlichen Abfindungsbetrag in kollusiver Weise vorab verschafft hat, an der Durchsetzungssperre scheitern lassen würde (so auch OLG Hamm, a.a.O.).

## 98

Dass der Notar Dr. K. der Beklagten bzw. dem Beklagtenvertreter bzw. dem ausgeschiedenen Kommanditisten D.-K. gegenüber erklärt haben soll, dass der vorliegende Sachverhalt von der Durchsetzungssperre erfasst werde, kann als wahr unterstellt werden. Nach den vorstehenden Ausführungen ist diese Rechtsauffassung, wenn sie so geäußert worden sein sollte, unzutreffend. Der als

Zeuge benannte Notar war zu seiner Rechtsauffassung nicht zu vernehmen; die Beweisaufnahme über Rechtsfragen sieht die ZPO nicht vor.

VIII.

**99**

Soweit die Beklagte die streitgegenständliche Zahlung auf die im Zusammenhang mit der gegenständlichen Grundsuld entstandenen Kosten bezieht (69.685,22 €), besteht ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch. Dieser Betrag ergibt zusammen mit den oben unter VI. und VII. erörterten Beträgen den in der Hauptsache zuerkannten Betrag von 690.102,91 €.

**100**

Den Betrag für die Kostenerstattung hat die Beklagte nach den obigen Grundsätzen durch Leistung der Klägerin erlangt. Ein Rechtsgrund dafür, dass der Beklagten die Kosten für die durch den Geschäftsführer ihrer Komplementär-GmbH kollusiv erschlichenen Grundsuld zustehen, ist nicht ersichtlich.

**101**

Dem Bereicherungsanspruch steht die gesellschaftsrechtliche Durchsetzungssperre nicht entgegen, da die Beklagte nie Gesellschafterin war und somit der Bereicherungsanspruch gegen sie nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis folgt.

IX.

**102**

Andere Anspruchsgrundlagen führen nicht zu einem weitergehenden Anspruch der Klägerin.

**103**

Zwar hat die Klägerin die streitgegenständlichen Beträge dadurch erlangt, dass ihr Organ (Geschäftsführer der Komplementär-GmbH) M. D.-K. ihr sie unter Ausnutzung eines von ihm selbst in unlauterer, sittenwidriger Weise geschaffenen Vollstreckungstitels (nämlich Einleitung der Zwangsvollstreckung aus der Grundsuld und Ausnutzung der dadurch geschaffenen Zwangslage) verschafft hat, so dass insoweit auch Schadensersatzansprüche aus §§ 826, 31 BGB bestehen. Diese reichen allerdings nicht weiter als der oben erörterte Bereicherungsanspruch, da der Klägerin in dem Umfang kein Schaden entstanden ist, in welchem die beanstandeten Zahlungen mit Rechtsgrund erfolgten, weil insoweit dem Vermögensabfluss die Befreiung von einer Verbindlichkeit in gleicher Höhe gegenübersteht.

**104**

Aus demselben Grund kann dahinstehen, ob der Klägerin - wie sie meint - auch Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB wegen Verletzung der Sicherungsvereinbarung zustehen.

X.

**105**

Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 286, 288, 291, 849 BGB.

**106**

Da die Klageforderung, soweit sie zuerkannt wurde, auch aus § 826 BGB begründet ist, stehen der Klägerin Deliktzinsen (§ 849 BGB) zu. Denn entzogene Sache im Sinne der Vorschrift sind auch deliktisch erlangte Geldbeträge (vgl. Grüneberg / Sprau, BGB, 81. Aufl., § 849 Rz. 2 m.w.Nachw.). Insoweit kommt ab dem Zeitpunkt der Erlangung der fraglichen Beträge durch die Beklagte der gesetzliche Zinssatz (§ 246 BGB) zur Anwendung.

**107**

Eine höhere Verzinsung unter dem Gesichtspunkt des Verzuges kommt erst ab Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) in Betracht, da ein früherer Verzugseintritt bei der Beklagten nicht ersichtlich ist. Allerdings beträgt der Zinssatz nur 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz, weil ein Bereicherungs- bzw. Deliktsanspruch keine Entgeltforderung im Sinne von § 288 Abs. 2 BGB darstellt.

XI.

**108**

Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung aufgrund der Ausführungen der Beklagtenseite im Schriftsatz vom 6.7.2022 sowie in den weiteren nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 22.6.2022, 27.7.2022 und 8.8.2022 kam nicht in Betracht.

**109**

Der klägerische Schriftsatz vom 17.6.2022 wurde von Anwalt zu Anwalt zugestellt (vgl. Bl. 482 der Akten). Mangels anderer Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass dies auch erfolgte. Selbstverständlich hätte die Beklagtenseite Schriftsatzfrist auf diesen Schriftsatz erhalten, wenn dies beantragt worden wäre. Ein Antrag auf Schriftsatzfrist wurde aber nicht gestellt. Dies liegt im Risikobereich des Beklagtenvertreters; wenn er in Urlaub fährt, ohne sicherzustellen, dass ihm relevante Schriftsätze zur Kenntnis gelangen, betrifft das seinen Organisationsbereich; unter diesem Gesichtspunkt bestand auch keine Pflicht des Gerichts, die Beklagtenseite auf die Existenz des klägerischen Schriftsatzes hinzuweisen; vielmehr musste davon ausgegangen werden, dass die Beklagtenseite bei ordnungsgemäßer Kanzleiorganisation den Schriftsatz erhalten hat, wenn die Gegenseite angibt, ihn von Anwalt zu Anwalt zuzustellen.

**110**

Abgesehen davon enthalten die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Beklagtenseite keinen relevanten neuen Sachvortrag. Die rechtliche Argumentation der Beklagtenseite in den Schriftsätzen wurde bei den vorstehenden Ausführungen berücksichtigt.

C.

**111**

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO. Bei der Kostenquotelung waren dabei nicht nur das Ergebnis des Zahlungsantrags, sondern auch die übrigen Anträge zu berücksichtigen.

**112**

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

**113**

Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Zu würdigen waren vielmehr die Umstände des Einzelfalles