

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 305, 309; EGBGB n. F. Art. 246e § 1 – Bußgelder für Bauträger bei der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen

BGB § 2309 – Pflichtteilsberechtigung der Enkelkinder bei Pflichtteilsentziehung und Enterbung des Sohnes

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 277, 1036 Abs. 2 – Beschränkung der Verantwortlichkeit des Nießbrauchers auf die eigenübliche Sorgfalt als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs

MaßnG-GesR § 3 Abs. 1; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2 – Zulässigkeit der Beschlussfassung über eine Verschmelzung in einer virtuellen Versammlung bei der Genossenschaft; Corona-Gesetzgebung

GmbHG § 74 Abs. 1 S. 2 – Schluss der Liquidation; Vermögenslosigkeit einer GmbH bei möglicher Änderung oder Aufhebung der Steuerfestsetzung

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 305, 309; EGBGB n. F. Art. 246e § 1 Bußgelder für Bauträger bei der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen

I. Sachverhalt

Ein Bauträger spricht den Notar an, dass er die Information erhalten habe, dass unwirksame AGB-Klauseln in Bauträgerverträgen mit Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 künftig zu Bußgeldern für den Bauträger führen werden. Er verweist dazu auf

einen Beitrag auf einer Internet-Seite. In dem Beitrag ist davon die Rede, dass Bauträgern Bußgelder in Höhe von „mindestens“ 4 % des Jahresumsatzes drohten. Notaren drohe bei Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln in Bauträgerverträgen eine diesbezügliche Regressforderung.

II. Frage

Ist zu erwarten, dass mit Umsetzung der vorgenannten Richtlinie künftig unwirksame Klauseln in Bauträgerverträgen zu Bußgeldern für den Bauträger führen werden?

I. Zur Rechtslage

1. Einführung von Bußgeldern für AGB-Verstöße im deutschen Recht

Bislang kennt das deutsche Zivilrecht für die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen

keine Bußgeldvorschriften. Ein Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB führt regelmäßig lediglich zur Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel, der Vertrag bleibt im Übrigen wirksam, § 306 Abs. 1 BGB. Ggf. kommt ein Schadensersatzanspruch gegen den Verwender in Betracht, sofern überhaupt ein Schaden entstanden ist. Weiter besteht die Gefahr, gemäß § 1 UKlaG durch Verbraucherverbände auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden. Im Rahmen des Wettbewerbsrechts sieht § 10 UWG zudem unter bestimmten Umständen – die bei Bauträgern selten vorliegen dürften – die Möglichkeit der Gewinnabschöpfung vor.

Durch das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.8.2021 (BGBl. I v. 17.8.2021, S. 3483 – im Folgenden kurz „Umsetzungsgesetz“) führt der Gesetzgeber einen neuen Art. 246e EGBGB in das deutsche Recht ein. Art. 246e § 2 EGBGB sieht Bußgeld-Vorschriften für den Fall der vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung des Art. 246e § 1 Abs. 1 EGBGB vor. Art. 246e § 1 Abs. 1 EGBGB definiert als neuen Begriff sog. **Verletzungen von Verbraucherinteressen**. Die Verletzung von Verbraucherinteressen i. S. dieser Norm setzt jedoch zunächst einen „**weitverbreiteten Verstoß**“ oder einen „**weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension**“ i. S. d. Art. 3 Nr. 3 respektive Nr. 4 CPC-VO (Verordnung EU 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, Abl. L 345 v. 27.12.2017, S. 1) voraus.

Art. 3 Nr. 3 CPC-VO definiert den **weitverbreiteten Verstoß** als Handlung oder Unterlassung, die gegen Unionsrecht zum Schutz der Verbraucherinteressen verstößt und die Kollektivinteressen von Verbrauchern geschädigt hat, schädigt oder voraussichtlich schädigen kann, die in **mindestens zwei anderen Mitgliedstaaten** als dem Mitgliedstaat ansässig sind, in dem die Handlung oder die Unterlassung ihren Ursprung hatte oder stattfand, in dem der für die Handlung oder Unterlassung verantwortliche Unternehmer niedergelassen ist, oder in dem Beweismittel oder Vermögensgegenstände des Unternehmers vorhanden sind, die einen Zusammenhang mit der Handlung oder Unterlassung aufweisen, oder die Handlung des Unterneh-

mers in mindestens drei Mitgliedstaaten gleichzeitig stattfindet. Ein weitverbreiteter Verstoß mit Unions-Dimension wird hingegen in Art. 3 Nr. 4 CPC-VO definiert als ein weitverbreiteter Verstoß, der **mindestens 2/3 der Mitgliedstaaten, die zusammen mindestens 2/3 der Bevölkerung der Union** ausmachen, betrifft.

Übertragen auf Bauträgerverträge bedeutet dies, dass von vornherein nur Bauträger von der Regelung betroffen sein können, die ihre Objekte auch außerhalb von Deutschland vermarkten oder aus sonstigen Gründen an mindestens zwei Verbraucher veräußern, die in jew. einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind. Ob letzteres – also der letztlich „zufällige“ Erwerb durch Bürger aus zwei weiteren EU-Mitgliedsstaaten – allein genügt, mag zusätzlich bezweifelt werden. Wie die Begriffe künftig ausgelegt werden, vermögen wir mangels entsprechender Literatur derzeit noch nicht prognostizieren. Grundsätzlich dürften aber Bauträger betroffen sein, wenn Käufer erwerben, die in mind. zwei weiteren EU-Staaten *ansässig* sind. Ein EU-Ausländer, der in Deutschland ansässig ist, genügt hingegen nicht.

Art. 246e § 1 Abs. 2 EGBGB n. F. grenzt den Anwendungsbereich für die Bußgelder weiter ein. Bußgeldbeehrt sind nur Verstöße gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nach § 309 BGB unwirksam sind oder deren Empfehlung oder Verwendung gegenüber Verbrauchern dem Unternehmer durch rechtskräftiges Urteil untersagt wurde. Letztgenannte Variante dürfte von vornherein kaum eine Rolle spielen, da wir davon ausgehen, dass Bauträger, deren Verträge durch Notare gestaltet werden, von vornherein keine Klauseln verwenden würden, die ihnen bereits durch rechtskräftiges Urteil untersagt wurden. Ein Verstoß gegen § 309 BGB kommt im Rahmen der Gestaltung eines Bauträgervertrags hingegen durchaus in Betracht (vgl. beispielhaft allein aus den letzten Jahren OLG Frankfurt a.M. NZBau 2021, 328; OLG Schleswig, NZBau 2020, 371; OLG Hamburg, BeckRS 2020, 29306; KG RNotZ 2020, 178).

2. Höhe potentieller Bußgelder

Gemäß Art. 246e § 2 EGBGB n. F. können Ordnungswidrigkeiten, die aus AGB-Verstößen herrühren, mit Geldbußen von bis zu 50.000 € geahndet werden. Bei Unternehmern, die im Jahr vor der Bußgeld-Entscheidung mehr als 1.250.000 € Jahresumsatz erzielt haben, kann eine höhere Geldbuße verhängt werden, die jedoch 4 % des Jahresumsatzes nicht übersteigen darf.

3. Inkrafttreten

Gemäß Art. 6 Umsetzungsgesetz (BGBl. I v. 17.8.2021,

S. 3483) tritt das Gesetz am 28.5.2022 in Kraft. Eine Übergangsregelung ist nicht vorgesehen, sodass wir davon ausgehen, dass die Verhängung eines Bußgeldes grundsätzlich für die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab dem 28.5.2022 in Betracht kommt.

4. Fazit

U. E. wird die Verhängung von Bußgeldern in der Praxis des Bauträgervertragsrechts eine untergeordnete Rolle spielen, da schon selten ein „weitverbreiteter Verstoß“ oder ein „weitverbreiteter Verstoß mit Unions-Dimension“ i. S. d. CPC-VO vorliegen dürfte. Zudem kommen allenfalls bei Verstößen gegen § 309 BGB Bußgelder in Betracht, die entgegen der Behauptung des Online-Beitrags nicht *mindestens*, sondern gemäß Art. 246e § 1, § 2 Abs. 2 EGBGB *höchstens* 4 % des Jahresumsatzes betragen dürfen. Inwiefern die Behörden in den Fällen, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, tatsächlich Bußgelder verhängen werden, vermögen wir freilich nicht abzuschätzen.

BGB § 2309

Pflichtteilsberechtigung der Enkelkinder bei Pflichtteilsentziehung und Enterbung des Sohnes

I. Sachverhalt

Der Vater V hat einen Sohn S. S hat wiederum Abkömmlinge, die (aus Sicht des V) Enkelkinder E. S ist wegen versuchten Mordes rechtskräftig zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe (ohne Bewährung) verurteilt worden. V hat S in seinem Testament enterbt, indem er einen anderen Erben eingesetzt hat; zugleich hat V dem S den Pflichtteil wirksam entzogen.

II. Frage

Sind infolge der Enterbung und Entziehung des Pflichtteils des S nunmehr dessen Abkömmlinge (die Enkelkinder E) pflichtteilsberechtigt?

III. Zur Rechtslage

1. Pflichtteilsentziehung

Im vorliegenden Fall kommt eine Pflichtteilsentziehung nach **§ 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB** in Betracht. Danach kann dem Abkömmling der Pflichtteil entzogen werden, wenn er wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt worden und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Wir unterstellen, dass vorstehend die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

Ist ein Pflichtteilsentziehungstatbestand verwirklicht und wird die Pflichtteilsentziehung auch formwirksam (vgl. § 2336 BGB) vorgenommen, führt dies zum Erlöschen sämtlicher Pflichtteilsrechte, die dem betreffenden Abkömmling zustehen können (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.8.2021, § 2333 Rn. 30).

Die Pflichtteilsentziehung, der verbreitet ein gewisser „Verwirkungs- oder Strafgedanke“ zugeordnet wird (vgl. nur MünchKommBGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2333 Rn. 2), wirkt sich allerdings nur auf den **Pflichtteilsberechtigten selbst** aus, nicht etwa auf den ganzen Stamm. Dies folgt bereits aus der Formulierung des § 2333 BGB sowie aus dem Umstand, dass eine dem § 2349 BGB entsprechende Vorschrift (ausnahmsweise Erstreckung der Wirkungen eines Verzichtsvertrages auf die Abkömmlinge) für die Pflichtteilsentziehung fehlt.

2. Pflichtteilsberechtigung der Enkel

Folge der Pflichtteilsentziehung ist, dass Abkömmlinge des betreffenden Abkömmlings nach Maßgabe des § 2309 BGB an seine Stelle treten können (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2333 Rn. 30; BeckOGK-BGB/Rudy, Std.: 1.4.2021, § 2333 Rn. 50; MünchKommBGB/Lange, § 2336 Rn. 18).

Das Vorliegen eigener Pflichtteilsansprüche der entfernteren Berechtigten (hier: Enkel) ist allerdings keine Automatik. Vielmehr müssen die **Voraussetzungen des § 2309 BGB erfüllt** sein.

§ 2309 BGB bestimmt, dass entferntere Abkömmlinge (sowie die Eltern des Erblassers) insoweit nicht pflichtteilsberechtigt sind, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es in erster Linie, eine **Vervielfältigung der Pflichtteilslast** durch Mehrfachbegünstigung desselben Stammes zu verhindern (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Überblick vor Rn. 1).

Da § 2309 BGB keinen eigenständigen Pflichtteilsanspruch begründet, sondern nur eine nach § 2303 BGB an sich gegebene Pflichtteilsberechtigung einschränkt, müssen für die Pflichtteilsberechtigung der entfernteren Abkömmlinge **zwei Tatbestandsvoraussetzungen** erfüllt sein:

(1) Der Antragsteller muss aus eigenem Recht pflichtteilsberechtigt sein.

(2) Der näher Pflichtteilsberechtigte kann weder einen Pflichtteil verlangen, noch hat er das ihm u. U. Hin-

terlassene angenommen (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Rn. 3).

Die zweite Tatbestandsvoraussetzung ist vorliegend o. W. gegeben, da Sohn S aufgrund der – unterstellt – wirksamen Pflichtteilsentziehung **keinen eigenen Pflichtteilsanspruch** geltend machen kann.

Eine **Pflichtteilsberechtigung aus eigenem Recht** hat der entfernter Berechtigte aufgrund seines Ausschlusses von der gesetzlichen Erbfolge (hier: durch Verfügung des Erblassers von Todes wegen) nur dann, wenn der zur Zeit des Erbfalls lebende näher Berechtigte (hier: S) aufgrund einer gesetzlichen Fiktion als nicht vorhanden gilt, etwa weil er die Erbschaft **ausgeschlagen** (§ 1953 Abs. 1 BGB), einen **Erbverzicht** (§ 2346 Abs. 1 BGB) geleistet hat oder er für **erbunwürdig** (§ 2344 Abs. 1 BGB) erklärt wurde (BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Rn. 4; vgl. auch BeckOGK-BGB/Obergfell, Std.: 1.12.2021, § 2309 Rn. 3, 4 ff.). Alle drei Tatbestände sind vorliegend **nicht** erfüllt.

Ob auch der Fall der **Enterbung** (§ 1938 BGB) den o. g. drei Fällen gleichgestellt werden kann, war umstritten. Der BGH hat jedoch im Jahr 2011 in einem vielbeachteten Urteil entschieden, dass **auch der Enterbung** eine Vorversterbensfiktion analog §§ 1953 Abs. 2, 2344 Abs. 2, 2346 Abs. 1 S. 2 BGB zukomme, was dazu führe, dass damit dem entfernter Berechtigten aufgrund des Eintrittsrechts nach § 1924 Abs. 3 BGB ein gesetzliches Erbrecht zustehe (BGHZ 189, 171, 177 = ZEV 2011, 366 = DNotZ 211, 866 m. zust. Anm. Lange).

Der Meinungsstreit, ob auch die Enterbung vom Tatbestand des § 2309 BGB umfasst ist, wirkt sich normalerweise nicht aus, da im Falle der Enterbung im Regelfall dem näher Pflichtteilsberechtigten sein Pflichtteilsanspruch zusteht und deshalb ein Pflichtteilsanspruch des entfernter Berechtigten nach § 2309 Var. 1 BGB ausgeschlossen ist. Dieser Meinungsstreit wird aber bedeutsam, wenn der näher Berechtigte im konkreten Fall seinen **Pflichtteilsanspruch nicht geltend machen kann**, etwa weil er pflichtteilsunwürdig ist (§ 2345 Abs. 2 BGB), einen Pflichtteilsverzichtsvertrag ohne Erstreckungswirkung nach § 2349 BGB abgeschlossen hat oder – wie in dem vom BGH entschiedenen Fall – wenn dem enterbten näher Berechtigten **zugleich wirksam der Pflichtteil nach § 2333 BGB entzogen** worden ist. Denn unter Zugrundelegung der BGH-Ansicht führt diese Konstellation dann zu einer konkreten Pflichtteilsberechtigung der entfernter Berechtigten, etwa der Enkel (vgl. BGH DNotZ 2011, 866; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Rn. 9 m. w. N.).

Demzufolge käme man auch im vorliegenden Fall im Anschluss an die Entscheidung des BGH zum Ergebnis, dass infolge wirksamer Pflichtteilsentziehung in Bezug auf den Sohn dessen Abkömmlinge konkret pflichtteilsberechtigt worden sind.

Allerdings bleibt zu berücksichtigen, dass es sich im Falle der BGH-Entscheidung um eine **ausdrückliche Enterbung** des Abkömmlings (vgl. § 1938 BGB) handelte und der Abkömmling nicht nur – wie hier – aufgrund der positiven Erbeinsetzung eines Dritten enterbt worden ist. Ob auch der letztere Fall gleichzustellen ist, hat der BGH in seiner Entscheidung **ausdrücklich dahinstehen** lassen (BGH ZEV 2011, 366, 367 m. w. N.). In der Literatur wird dies eher **abgelehnt**, da die Übergehung im Gegensatz zur ausdrücklichen Enterbung die gesetzliche Erbfolge unberührt lasse (so Staudinger/Otte, BGB, 2015, § 2309 Rn. 28; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Rn. 8.2; offenen MünchKommBGB/Lange, § 2309 Rn. 13). Definitiv geklärt ist diese Rechtsfrage aber bislang noch nicht.

Im konkreten Fall konnte der BGH die Frage dahinstehen lassen, da er der Pflichtteilsentziehung zugleich eine (ausdrückliche) Enterbung i. S. v. § 1938 entnommen hat (Rn. 22 der genannten Entscheidung). Schließt man sich dem für den vorliegenden, insoweit vergleichbaren Fall an, käme man auch hier im Ergebnis dazu, dass die **Enkel pflichtteilsberechtigt** sind.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

BGB § 130; WEG § 12

Übermittlung der Verwalterzustimmung durch elektronisch beglaubigte Abschrift

Abruf-Nr.:

MaBV § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 4; ZPO §§ 417, 435

Vereinbarkeit eines Globalfreigabeversprechens einer Sparkasse mit dem Aushändigungserfordernis gem. § 3 Abs. 1 S. 4 MaBV

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 277, 1036 Abs. 2

Beschränkung der Verantwortlichkeit des Nießbrauchers auf die eigenübliche Sorgfalt als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs

Einer Vereinbarung, nach der der Berechtigte bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, schuldet, kommt keine dingliche Wirkung zu und sie kann daher nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

OLG Nürnberg, Beschl. v. 8.11.2021 – 15 W 3774/21

Problem

Im Rahmen eines Überlassungsvertrages mit Vorbehaltsnießbrauch wurde als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs u. a. vereinbart:

„Der Berechtigte schuldet bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt. Die Vertragsteile bewilligen und beantragen die Eintragung des vorbehaltenen Nießbrauchs in das Grundbuch an nächstöffener Rangstelle.“

Das Grundbuchamt ist der Auffassung, dass die Beschränkung auf die eigenübliche Sorgfalt kein möglicher dinglicher Inhalt des Nießbrauchs sei. Nach § 1036 Abs. 2 BGB obliege dem Nießbraucher die Pflicht, bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu fahren. Dies sei nach einhelliger Auffassung nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar.

Entscheidung

Das OLG Nürnberg teilt diese Auffassung. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung gehöre neben der Pflicht zur Substanzerhaltung zu den Kernregelungen des Nießbrauchs und könne deshalb aufgrund des Typenzwangs des Sachenrechts nicht vollständig mit dinglicher Wirkung abbedungen werden. § 1036 Abs. 2 BGB bilde insofern einen unverzichtbaren Bestandteil des Nießbrauchs. Der Nießbraucher habe bezüglich Nutzung und Bewirtschaftung der Sache so zu verfahren, als sei er Eigentümer. Maßgeblich hierfür sei grundsätzlich ein objektiver Maßstab. Dem widerspreche es, wenn der Haftungsmaßstab gemäß § 277 BGB reduziert werde, da dann kein objektiver, typisierter, sondern ein rein subjektiver, auf persönliche Gepflogenheiten des Betroffenen abstellender Maßstab angelegt werde. Dies führe dazu, dass der Inhalt des Rechts nicht

mehr objektiv zu bestimmen sei, sondern von individuellen, persönlichen Eigenarten des Schuldners abhängen, die sich über die Zeit auch ändern könnten. Der genaue Inhalt des dinglichen Nutzungsrechts könne dann nur im Rahmen tatsächlicher Ermittlungen festgestellt werden.

Dem könne auch nicht entgegengehalten werden, dass dem Nießbrauchberechtigten eine Reihe von Pflichten mit dinglicher Wirkung erlassen werden könnten, die grundsätzlich zu den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft gehörten (beispielsweise die Versicherungspflicht gemäß § 1045 BGB bzw. die Lastentragungspflicht gemäß § 1047 BGB). Der Umfang dieser Pflichten könne gerade objektiv bestimmt werden und sei deshalb nicht mit dem subjektiven Maßstab des § 277 BGB vergleichbar.

Hinweis

Das OLG Nürnberg liegt damit auf der Linie anderer Oberlandesgerichte (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.1.2014 – 20 W 349/13 und KG, Beschl. v. 11.4.2006 – 1 W 609/03). Eine schuldrechtliche Vereinbarung mit entsprechendem Inhalt dürfte aber ohne Weiteres möglich sein.

MaßnG-GesR § 3 Abs. 1; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2 Zulässigkeit der Beschlussfassung über eine Verschmelzung in einer virtuellen Versammlung bei der Genossenschaft; Corona-Gesetzgebung

Nach § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR kann auch der Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft in einer virtuellen Versammlung gefasst werden. Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG steht dem nicht entgegen.

BGH, Urt. v. 5.10.2021 – II ZB 7/21

Problem

Die Beteiligten – zwei Genossenschaften – beantragten beim zuständigen Registergericht die Eintragung der Verschmelzung der Beteiligten zu 2.) auf die Beteiligten zu 1.). Das Registergericht wies den Antrag zurück, weil der Verschmelzungsbeschluss bei der Beteiligten zu 2.) am 30.11.2020 in einer virtuellen Vertreterversammlung gefasst wurde. Das OLG half der hiergegen gerichtete Beschwerde nicht ab (vgl. OLG Karlsruhe DNotI-Report 2021, 94).

Entscheidung

Der BGH sieht die Rechtslage anders und geht davon

aus, dass der Verschmelzungsbeschluss gem. § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR [zitierweise des BGH: GesRuaCOV-BekG] in einer virtuellen Versammlung gefasst werden könne. Hierbei konnte das Gericht offenlassen, ob dies bereits gem. § 3 Abs. 1 S. 1 MaßnG-GesR a. F. der Fall war. Der Gesetzgeber hatte zwischenzeitlich durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe (BGBl. I 2021, S. 2363 v. 7.7.2021) nachgebessert. In Art. 36 Abs. 3 ordnet er das *rückwirkende Inkrafttreten* des § 3 Abs. 1 S. 5 MaßnG-GesR n.F. an, der ausdrücklich klarstellt, dass auch bei Genossenschaften während der Corona-Pandemie virtuelle Vertreterversammlungen ohne physische Präsenz der Vertreter auch ohne entsprechende Regelung in der Satzung zulässig sind.

Des Weiteren geht der BGH davon aus, dass das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG der Fassung des Verschmelzungsbeschlusses in einer virtuellen Versammlung nicht entgegenstehe. § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG verlange nicht zwingend, dass die Anteilsinhaber bei der Versammlung physisch anwesend seien. Der BGH betont jedoch auch, dass dies voraussetze, dass die virtuelle Versammlung nach Gesetz oder Satzung zulässig sei und die **Möglichkeit der Anteilsinhaber zum Meinungs austausch** mit den Gesellschaftsorganen und untereinander einer physischen Versammlung vergleichbar sein müsse (Rn. 16). Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Vorschrift für technische Entwicklungen im Bereich der Kommunikationstechnik offen gestalten wollte. Auch der Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG stehe dem nicht entgegen, wenn eine gründliche und gemeinsame Meinungsbildung der Anteilseigner sichergestellt werde (Rn. 19).

Auch das Beurkundungserfordernis hindere die Abhaltung einer virtuellen Versammlung nicht. Dem Beurkundungserfordernis könne bei der virtuellen Versammlung dadurch Genüge getan werden, dass der Notar für die Beurkundung am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters zugegen sei (Rn. 20).

Hinweis

Die Entscheidung klärt eine Frage, die durch die Vorinstanz unnötigerweise mit nicht überschaubaren Konsequenzen für die Praxis aufgeworfen wurde, sodass sich der Gesetzgeber gezwungen sah, seine bereits in der Urfassung zum Ausdruck kommende Auffassung noch einmal durch eine Gesetzesänderung klarzustellen. Für die notarielle Praxis besonders wichtig ist die Feststellung des Gerichts, wonach der Notar sich am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters vom ordnungsgemäßen Ablauf des Beschlussverfahrens überzeugen und die Feststel-

lung des Beschlussergebnisses beurkunden müsse. Das Gericht geht also offenbar davon aus, dass die virtuelle Zuschaltung des Notars nicht genüge (Rn. 20).

Nach derzeitigem Stand gelten die coronabedingten Sonderregelungen für Versammlungen bei Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vereinen bis 31.8.2022 (vgl. dazu die Arbeitshilfen auf der DNotI-Homepage unter „Arbeitshilfen“ -> „Corona“). Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber den Geltungszeitraum noch einmal verlängern wird.

GmbHG § 74 Abs. 1 S. 2

Schluss der Liquidation; Vermögenslosigkeit einer GmbH bei möglicher Änderung oder Aufhebung der Steuerfestsetzung

Die Möglichkeit einer Änderung oder Aufhebung der Steuerfestsetzung bis zum Ablauf der Festsetzungsfrist, gegebenenfalls nach Durchführung einer Außenprüfung, begründet für sich genommen keine Zweifel an der Vermögenslosigkeit der Antragstellerin.

BGH, Beschl. v. 9.11.2021 – II ZB 1/21

Problem

Die Antragstellerin – eine GmbH – wurde mit Gesellschafterbeschluss vom 28.6.2018 aufgelöst. Die Anforderung an die Gläubiger, sich bei der Gesellschaft zu melden, wurde am 16.7.2018 im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Mit Handelsregisteranmeldung vom 18.2.2020 meldete der Liquidator die Beendigung der Liquidation und das Erlöschen der Firma zur Eintragung im Handelsregister an. Das Finanzamt widersprach der Löschung auf Anfrage des Registergerichts mit dem Argument, dass das Besteuerungsverfahren der Antragstellerin noch nicht abgeschlossen sei. Das Registergericht wies die Anmeldung daraufhin zurück. Eine entsprechende Beschwerde der Antragstellerin blieb erfolglos.

Entscheidung

Der BGH gab dagegen der Antragstellerin Recht. Die Löschung der Gesellschaft könne zwar gem. § 74 Abs. 1 S. 2 GmbHG erst nach Beendigung der Liquidation erfolgen, also insb. **nicht, wenn noch verteilbares Vermögen vorhanden sei**. Das Registergericht habe vor Eintragung der Löschung einer Gesellschaft zwar zu prüfen, ob die Liquidation tatsächlich beendet sei. Die Eintragung verweigern könne das Registergericht aber nur dann, wenn begründete Zweifel an der Vermögenslosigkeit bestünden.

Der Umfang der Ermittlungstätigkeit stehe dabei grundsätzlich im **pflichtgemäßen Ermessen des Registerrichters** und des Beschwerdegerichts. Das Ermessen sei aber dann überschritten, wenn ohne berechtigten Grund inhaltliche Bedenken gegen die Eintragung geltend gemacht würden. Die lediglich abstrakte Möglichkeit einer Änderung oder Aufhebung der Steuerfestsetzung gem. § 164 Abs. 2 S. 1 AO ggf. auch nach Durchführung einer Außenprüfung begründe für sich genommen keine Zweifel an der Vermögenslosigkeit der Antragstellerin. Lediglich wenn davon auszugehen sei, dass ein Anspruch auf eine Steuerrückerstattung tatsächlich bestehe, könne dies der Eintragung der Löschung der Gesellschaft entgegenstehen.

Hinweis

Die (streitigen) Fragen, ob Zweifel an der Vermögenslosigkeit schon dann begründet sind, wenn eine Steuererklärung noch aussteht (so das OLG Hamm DB 2021, 1461, 1462), oder ob erforderlich ist, dass ein Erstattungsanspruch tatsächlich in Rede stehen muss (so das OLG Düsseldorf ZIP 2020, 715, 716), hat der BGH ausdrücklich offengelassen.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit