

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 195448****letzte Aktualisierung: 22. Februar 2023****UmwG §§ 99 ff., 13 Abs. 1 u. 3, 8 Abs. 3, 9 Abs. 3, 12 Abs. 3, 54 Abs. 1 S. 3, 5 Abs. 1 Nr. 7, 23; BGB §§ 177, 35****Verschmelzung eines eingetragenen Vereins zur Aufnahme durch GmbH; Zustimmungsbeschlüsse; Vollversammlung mit vollmachtlosen Vertretern; Beurkundung von Verzichten; Verzicht auf Anteilsgewährung; Sonderrechte beim übertragenden Verein****I. Sachverhalt**

Ein eingetragener Verein (Gegenstand: Tourismusförderung) soll zur Aufnahme durch eine GmbH verschmolzen werden. Mitglieder sind ausschließlich Körperschaften öffentlichen Rechts, vor allem Gemeinden. Diese sind alle ebenfalls Gesellschafter der übernehmenden GmbH. Allerdings handelt es sich bei Verein und GmbH nicht um Schwesterkörperschaften, da an der GmbH noch weitere Gesellschafter beteiligt sind. Der übertragende Verein ist selbst Gesellschafter der übernehmenden GmbH. Er wird seinen Geschäftsanteil jedoch am Tag des Verschmelzungsvertrags an einen Mitgesellschafter abtreten, wobei der gem. § 15 Abs. 5 GmbHG erforderliche Zustimmungsbeschluss erst im Zusammenhang mit dem Beschluss gem. § 13 UmwG gefasst werden soll.

Die Zustimmungsbeschlüsse bei beiden Rechtsträgern sollen in Vollversammlungen unter Verzicht auf sämtliche Form- und Fristvorschriften gefasst werden. An den Versammlungen werden jedoch vollmachtlose Vertreter vorbehaltlich Genehmigung teilnehmen.

Beim Verein richten sich die Beitragspflicht und das Stimmrecht der Mitgliedsgemeinden nach der Übernachtungszahl in diesen Gemeinden, die Vermögensbeteiligung bei Auflösung des Vereins richtet sich nach dem Stimmrecht. Die Vereinssatzung eröffnet zudem die Möglichkeit, außerordentliche Mitglieder ohne Stimmrecht aufzunehmen. Derzeit existieren solche Mitglieder nicht. Auch gab es beim Verein in der Vergangenheit Ehrenmitglieder ohne Stimmrecht; sämtliche Ehrenmitglieder sind jedoch mit Wirkung zum Ende des letzten Kalenderjahres ausgetreten.

Die geplanten Verzichte auf Verschmelzungsbericht, Verschmelzungsprüfung, Prüfungsbericht und Anteilsgewährung sollen in gesonderter Urkunde nach den §§ 8 ff. BeurkG beurkundet werden, teils im Termin des Zustimmungsbeschlusses, teils danach.

Bei der GmbH hat ein Gesellschafter ein Recht zur Bestellung der Geschäftsführung.

II. Fragen

1. Genügt es für eine Vollversammlung, dass daran vollmachtlose Vertreter teilnehmen, deren Stimmabgabe nachträglich genehmigt wird?
2. Was ist zur geplanten Beurkundung der Verzichte zu sagen?
3. Kann auf Kapitalerhöhung und Gewährung von Anteilen verzichtet werden?
4. Trifft es zu, dass hinsichtlich der austretenden Ehrenmitglieder nichts weiter zu beachten ist?
5. Ergeben sich aus der Abtretung des Geschäftsanteils des übertragenden Vereins Besonderheiten bei der Verschmelzung?
6. Ist die Vermögensbeteiligung nach Stimmrecht ein Sonderrecht i. S. d. § 35 BGB und daher die Zustimmung der Vereinsmitglieder in notariell beurkundeter Form notwendig?
7. Ergeben sich aus der Möglichkeit, außerordentliche Vereinsmitglieder ohne Stimmrecht aufzunehmen, Besonderheiten für die Verschmelzung?
8. Ergeben sich aus dem Sonderrecht auf Geschäftsführerbestellung (abgesehen von § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG) Konsequenzen für die Verschmelzung?

III. Zur Rechtslage

Vorbemerkung: Die folgenden Ausführungen beziehen sich lediglich auf die **gesellschaftsrechtlichen und vereinsrechtlichen Fragen**, etwaige kommunalrechtliche Fragen waren Gegenstand eines gesonderten Gutachtens.

1. Vollversammlung unter Einbeziehung vollmachtloser Vertreter

Ein Verschmelzungsvertrag wird gem. **§ 13 Abs. 1 S. 1 UmwG** nur wirksam, wenn die Anteilsinhaber bzw. Mitglieder aller beteiligten Rechtsträger durch Beschluss zustimmen. § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ordnet zudem einen Versammlungszwang an. Für die Beschlussvorbereitung gelten zunächst die im UmwG für den jeweiligen Rechtsträger vorgesehenen Regeln, im Übrigen die spezialgesetzlichen Regelungen und statutarischen Bestimmungen des jeweiligen Rechtsträgers (Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 7). Der Grundsatz der „heilenden“ Vollversammlung lässt sich auch auf den Verschmelzungsbeschluss anwenden: Sind alle Gesellschafter bzw. Mitglieder eines Rechtsträgers erschienen und widerspricht niemand der Beschlussfassung, so kann der Beschluss unter Verzicht auf Formen und Fristen der Einberufung gefasst werden (Lutter/Drygala, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 13 Rn. 6; Henssler/Strohn/Heidinger, § 13 UmwG Rn. 8; Widmann/Mayer/Heckschen, Umwandlungsrecht, Std.: 2/2022, § 13 UmwG Rn. 9.4; BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Std.: 1.10.2022, § 13 Rn. 50; Sagasser/Luke, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 5. Aufl. 2017, § 9 Rn. 288).

Im **GmbHG** ist die heilende Voll- oder Universalversammlung in **§ 51 Abs. 3** geregelt. Anwesend sein müssen sämtliche Gesellschafter, nicht umstritten ist jedoch, dass sich die Gesellschafter dabei vertreten lassen können (s. nur OLG Bremen BeckRS 2019, 12869; Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 51 Rn. 31; MünchKommGmbHG/Liebscher, 4. Aufl. 2023, § 51 Rn. 62). Die **wohl überwiegende**

Meinung geht davon aus, dass auch die **Anwesenheit eines vollmachtlosen Vertreters genügt** – wenn die vollmachtlose Vertretung später genehmigt wird (BayObLG NJW-RR 1989, 807; OLG Dresden GmbHR 2001, 1047 f.; MünchKommGmbHG/Liebscher, § 51 Rn. 62; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 51 Rn. 9; „jedenfalls in Zweipersonen-GmbH“: GroßkommGmbHG/Hüffer/Schäfer, 3. Aufl. 2020, § 51 Rn. 29; Henssler/Strohn/Hillmann, § 51 GmbHG Rn. 25). Es bestehe nämlich kein Anlass, die Rückwirkung des § 184 BGB hinsichtlich mittelbarer Konsequenzen der Willenserklärung (konkret bzgl. der Einberufungs- und Ladungsmängel) zu versagen (OLG Dresden GmbHR 2001, 1047, 1048).

Das **BGB-Vereinsrecht** enthält keine ausdrückliche Bestimmung zur Vollversammlung. Hier soll allerdings gleichermaßen eine Vollversammlung zur Heilung von Form- und Fristmängeln in Betracht kommen (Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2022, § 32 Rn. 12; jurisPK-BGB/Otto, 9. Aufl. 2020, § 32 Rn. 12; BeckOGK-BGB/Notz, Std.: 15.9.2018, § 32 Rn. 222; Reichert/Wagner, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 1370; Baumann/Sikora/Schuller, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 3. Aufl. 2022, § 7 Rn. 88). Nimmt man dies an, so müsste auch das Handeln eines vollmachtlosen Vertreters parallel zur GmbH beurteilt werden. Bei alledem ist zu bedenken, dass die Stimmrechtsvertretung aufgrund rechtsgeschäftlicher Vollmacht in der Mitgliederversammlung des Vereins statutarisch zugelassen sein muss (s. nur Baumann/Sikora/Schuller, § 7 Rn. 96).

Die vollmachtlose Vertretung aller nicht anwesenden Gesellschafter genügt auch dem für Verschmelzungsbeschlüsse rechtsformunabhängig geltenden **Versammlungsgebot** gem. § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG (vgl. Henssler/Strohn/Heidinger, § 13 UmwG Rn. 14; BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 13 Rn. 62). Die Anteilinhaber müssen nur die Möglichkeit zur eigenen Teilnahme haben, aber nicht tatsächlich persönlich teilnehmen.

2. Beurkundung der Verzichte

Die Verzichtserklärungen gem. §§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3, 12 Abs. 3 UmwG (Verschmelzungsbericht, Verschmelzungsprüfung, Prüfungsbericht) müssen sämtlich notariell beurkundet werden (§ 8 Abs. 3 S. 2 UmwG direkt oder über Verweisung). Gleiches gilt gem. § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG für den Verzicht auf Anteilsgewährung (zum ausnahmsweise bejahten konkludenten Verzicht OLG Köln DNotZ 2020, 871). Die „zusammenfassende“ Beurkundung in einer Urkunde begegnet u. E. keinen Bedenken, soweit es sich um eine Willenserklärungsbeurkundung nach §§ 8 ff. BeurkG handelt. Separate Verzichtserklärungen sind nämlich nicht erforderlich (Mayer, in: Widmann/Mayer, Std.: 7/2020, § 8 UmwG Rn. 58). Auch spricht nichts dagegen, die Erklärungen teils in einer Urkunde, teils als Einzelerklärungen zu beurkunden.

3. Verzicht auf Anteilsgewährung

Im vorliegenden Fall geht es um die Verschmelzung eines eingetragenen Vereins auf eine GmbH. Mithin ist der unmittelbare Anwendungsbereich von § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG eröffnet (vgl. BeckOGK-UmwG/v. Hinden, Std.: 1.1.2023, § 54 Rn. 47; Kallmeyer/Kocher, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 54 Rn. 18). Nach dieser Norm darf die übernehmende GmbH von der Gewährung von Geschäftsanteilen absehen, wenn alle Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers darauf verzichten. Die Verzichtserklärungen sind notariell zu beurkunden (§ 54 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 UmwG, s. bereits Ziff. 2).

4. Berücksichtigung von Ehrenmitgliedschaften

Gem. § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG muss der Verschmelzungsvertrag zwingend Angaben zu Rechten enthalten, die der *übernehmende* Rechtsträger den Inhabern von Sonderrechten gewährt (einbeziehend Sonderrechte, die der übertragende Rechtsträger gewährt: Schröer/Greitemann, in: Semler/Stengel/Leonhard, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 5 Rn. 65; s. auch Ziff. 8). Die Norm bezieht sich auf Sonderrechte aller Art (Henssler/Strohn/Heidinger, § 5 UmwG Rn. 25). Ferner verlangt § 23 UmwG, dass Inhabern von Sonderrechten in einem *übertragenden* Rechtsträger, die kein Stimmrecht gewähren, gleichwertige Rechte im übernehmenden Rechtsträger zu gewähren sind. Nach allgemeinem Vereinsrecht wäre § 35 BGB zu beachten (vgl. Hager, RNotZ 2011, 565, 585; für teilweise verdrängenden Charakter des § 23 UmwG: KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 23 Rn. 7; Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwG, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 14): Er verlangt die (nicht formgebundene) Zustimmung eines Sonderrechtsinhabers zur Beeinträchtigung seines Rechts durch Beschluss (zur grundsätzlichen Formfreiheit BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.11.2022, § 35 Rn. 9; BeckOGK-BGB/Köten, Std.: 15.1.2023, § 35 Rn. 37).

Fraglich ist, ob die Ehrenmitgliedschaft beim *übertragenden* Verein überhaupt ein Sonderrecht ist, das bei der Verschmelzung berücksichtigt werden könnte oder müsste. Die Ehrenmitgliedschaft beim Verein ist **nicht *per se* ein Sonderrecht**, aber denkbarer Anknüpfungspunkt von Sonderrechten (vgl. Baumann/Sikora/Pulyer, § 10 Rn. 91; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 258). Es käme also darauf an, ob an die Ehrenmitgliedschaft weitere Vorzüge anknüpfen, etwa die Beitragsfreiheit.

„Altsonderrechte“ können im Rahmen der Verschmelzung freilich nur dann relevant werden, **soweit sie aktuell bestehen** und über das Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers hinaus Bedeutung haben sollen. Durch § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG sollen die Anteilsinhaber geschützt werden; sie sollen die Beachtung der Gleichbehandlung und der Wertäquivalenz im Hinblick auf die künftig Beteiligten beurteilen können (vgl. Henssler/Strohn/Heidinger, § 5 UmwG Rn. 25; BeckOGK-UmwG/Wicke, Std.: 1.10.2022, § 5 Rn. 74). § 23 UmwG schützt „materiell“ bestimmte (s. Ziff. 6) Sonderrechtsinhaber davor, dass ihre Rechte durch die Verschmelzung verwässert werden (vgl. Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff, § 23 Rn. 1). Die bloße statutarische Möglichkeit, beim übertragenden Rechtsträger (wenn überhaupt) Sonderrechte einzuräumen, spielt weder im einen noch im anderen Zusammenhang eine Rolle. Inwieweit eine solche Möglichkeit beim übernehmenden Rechtsträger fortgeschrieben werden soll, betrifft u. E. die fakultativen Vereinbarungen des Verschmelzungsvertrags.

Auch das Zustimmungserfordernis nach § 35 BGB kann nur an aktuell bestehende Sonderrechte anknüpfen.

5. Abtretung des Geschäftsanteils des übertragenden Vereins

Im Prinzip dürfte die Abtretung des Geschäftsanteils des übertragenden Vereins für die Verschmelzung keine Rolle spielen. Für das Stimmrecht beim Verschmelzungsbeschluss der GmbH ist grds. die den Geschäftsanteil betreffende Eintragung in der Gesellschafterliste maßgeblich (§ 16 Abs. 1 GmbHG). Ein Stimmverbot gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG würde den Verein aber wohl nicht treffen, da der Verschmelzungsbeschluss als Organisationsakt zu bewerten ist (MünchKommGmbHG/Drescher, § 47 Rn. 175; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 47 Rn. 114; a. A. Noack, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 Rn. 90).

6. Vermögensbeteiligung nach Stimmrecht als Sonderrecht

Die dynamische Anknüpfung der Beitragspflicht, des Stimmrechts sowie der Vermögensbeteiligung bei Auflösung (also der Liquidationsquote) enthält u. E. kein Sonderrecht. Dabei handelt es sich vielmehr um eine **allgemeine Regelung**, die je nach Sachlage jedem Vereinsmitglied zum Vorteil oder auch *Nachteil* gereichen kann. Schon der Begriff des Sonderrechts schließt (potenzielle) Vorzüge *aller* Mitglieder aus und zielt auf das gegenüber anderen bevorzugte Mitglied (vgl. auch OLG Frankfurt NZG 2011, 1278, 1279; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff, § 5 Rn. 40; BeckOGK-UmwG/Wicke, § 5 Rn. 74; Schröder/Greitemann, § 5 Rn. 66; Blath, RNotZ 2017, 218, 221 li. Sp.). § 23 UmwG passt bereits wegen seines Anknüpfungspunkts – Rechte, die kein Stimmrecht gewähren – nicht auf etwaige Mehrstimmrechte (vgl. Widmann/Mayer/Vossius, Std.: 4/2018, § 23 UmwG Rn. 10). Aber selbst die Liquidationspräferenz eines Gesellschafters/Mitglieds soll kein Sonderrecht i. S. d. § 23 UmwG darstellen (Widmann/Mayer/Vossius, § 23 UmwG Rn. 10).

Am Ende steht es den beteiligten Rechtsträgern u. E. frei, die Einführung einer ähnlichen Bestimmung beim übertragenden Rechtsträger sicherzustellen oder dies bleiben zu lassen. Läge der Mitgliederversammlung beim übertragenden Verein etwas an der Beibehaltung, könnte sie das Zustandekommen der Verschmelzung durch Verweigerung der Zustimmung steuern.

7. Möglichkeit zur Aufnahme außerordentlicher Mitglieder ohne Stimmrecht

Im Wesentlichen ähnlich zu beurteilen ist die Rechtslage hinsichtlich der Aufnahmeermächtigung. Hier geht es ebenso wenig um die Beeinträchtigung aktueller Sonderrechte.

8. Gesellschafterrecht auf Geschäftsführerstellung

Beim statutarisch verankerten Recht eines GmbH-Gesellschafters, den Geschäftsführer zu bestellen, kann es sich um ein **Sonderrecht** handeln (s. nur MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, 4. Aufl. 2022, § 14 Rn. 100). Es geht dabei wohlgerne um ein Recht **bei der übernehmenden GmbH**, das als solches durch die Verschmelzung nicht berührt wird und schlicht fortbesteht, wenn die GmbH-Satzung nicht geändert wird. Allerdings muss ein Sonderrecht auf Geschäftsführung gem. **§ 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG** im Verschmelzungsvertrag aufgeführt werden, denn die Norm erfasst nicht allein Rechte, die anlässlich der Verschmelzung gewährt werden (BeckOGK-UmwG/Wicke, § 5 Rn. 74; Schröder/Greitemann, § 5 Rn. 65).