

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 6

MittRhNotK

Juni 1997

André-Fabian Gerold, Notarassessor (Bonn)

Die Verschmelzung nach dem neuen Umwandlungsrecht

A. Einführung

I. Gesetzgeberische Ziele

1. Rechtsbereinigung
2. Lückenschließung
3. Angemessener Interessenschutz
 - a) Anteilsinhaber
 - aa) Gegenleistung der Verschmelzung
 - bb) Informations- und Prüfungsrechte
 - cc) Entscheidungsbefugnis
 - dd) Sanktionen
 - b) Arbeitnehmer
 - c) Gläubiger

II. Möglichkeiten der Verschmelzung

1. Überblick
2. Beteiligung aufgelöster Rechtsträger
3. Beschränkung auf inländische Rechtsträger
4. Verschmelzung auf das Vermögen des Alleingesellschafters

B. Ablauf der Verschmelzung

I. Bilanzaufstellung

II. Verschmelzungsvertrag

1. Verfahren
2. Inhalt
 - a) Anteilserwerb beim übernehmenden Rechtsträger
 - aa) Anzahl und Art der zu gewährenden Anteile
 - bb) Umtauschverhältnis
 - cc) Einzelheiten für die Übertragung
 - dd) Zeitpunkt von Anteilserwerb und Gewinnberechtigung
 - b) Barabfindungsangebot
 - c) Verschmelzungsstichtag
 - d) Arbeitnehmerinformation
 - e) Sonstiger notwendiger Inhalt
 - f) Rechtsformspezifische Angaben
 - g) Angaben über den gesetzlichen Mindestinhalt hinaus

III. Verschmelzungsbericht und Verschmelzungsprüfung

IV. Information der Anteilsinhaber

V. Verzichtserklärungen

VI. Verschmelzungsbeschluß

1. Mehrheitserfordernisse, Inhalt
2. Zustimmungserklärungen einzelner Anteilsinhaber
3. Beurkundungsverfahren
4. Zustimmungspflichten im Konzern

VII. Kapitalerhöhungsbeschluß

1. Notwendigkeit einer Kapitalerhöhung
2. Umfang der Kapitalerhöhung

3. Verfahrensbesonderheiten

4. Verschmelzungsmöglichkeit bei überschuldetem Rechtsträger?

VIII. Eintragsverfahren

1. Überblick
2. Erklärungen in der Registeranmeldung
3. Anlagen zur Registeranmeldung
4. Fristwahrung im Hinblick auf § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG
5. Prüfungskompetenz des Registergerichts
 - a) Grundsätzliches
 - b) Materielle Inhaltskontrolle
6. Rechtswirkungen der Eintragung

C. Kosten

D. Handelsbilanzrechtliche und steuerrechtliche Hinweise

1. Wahlrecht des § 24 UmwG
2. Steuerrechtliche Änderungen

A. Einführung

Das Umwandlungsgesetz 1995 enthält für das Rechtsinstitut der Verschmelzung keine revolutionären Neuerungen¹. Zu begrüßen sind vor allem die Beseitigung der starken Zersplitterung des früheren Verschmelzungsrechts und die Vielzahl erfolgreicher gesetzlicher Klarstellungen. Wie das bereits sehr umfangreiche Schrifttum zeigt, konfrontiert allerdings auch das neue Recht den Anwender mit einer Fülle von Zweifelsfragen. Dessen ungeachtet hat das neue Umwandlungsrecht insgesamt und hierin insbesondere die Regelung der Verschmelzung ein durchweg positives Echo gefunden und wird allgemein als gelungenes Gesetzeswerk gewürdigt².

I. Gesetzgeberische Ziele

Als die drei wesentlichen Ziele des Umwandlungsrechts nennt der Gesetzgeber Rechtsbereinigung, Schließung von Lücken der früheren gesetzlichen Regelungen sowie die angemessene Berücksichtigung von Anleger- und Gläubigerschutz und von Arbeitnehmerinteressen³.

1. Rechtsbereinigung

Die Zusammenfassung der zuvor auf das UmwG 1969, KapErhG, AktG, GenG und VAG verteilten Regelungen soll einer Vereinheitlichung, Systematisierung und verbesserten Transparenz des Verschmelzungsrechts dienen und damit zu einer erleichterten Rechtsanwendung führen⁴.

Vereinheitlichung bedeutet in diesem Zusammenhang insbesondere die zuvor schon im Aktienrecht erfolgte Übernahme

1) Kallmeyer, Das neue Umwandlungsgesetz, ZIP 1994, 1746; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 3; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 2, 59.

2) Priester, Das neue Umwandlungsrecht aus notarieller Sicht, DNotZ 1995, 427, 455; Dörrle, Das neue Umwandlungsgesetz, WiB 1995, 1, 9; Dehmer, 2. Aufl. 1996, Einf. UmwG, Rn. 12.

3) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung unter „Allgemeines“ I., 71.

4) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung unter „Allgemeines“ III. 1., 72 f.

der Vorgaben der Dritten gesellschaftsrechtlichen EU-Richtlinie (Verschmelzungsrichtlinie) in die Allgemeinen Vorschriften des Ersten Teils nunmehr als Leitbild für alle Fälle der Verschmelzung⁵, wie etwa der gesetzliche Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrages (§ 5 UmwG) und die Ausdehnung der Instrumente des Verschmelzungsberichts (§ 8 UmwG) und der Verschmelzungsprüfung (§ 9 UmwG) verdeutlichen.

2. Lückenschließung

Mit dem UmwG 1995 sind zum einen der Kreis verschmelzungsfähiger Rechtsträger, dies im Hinblick auf die bisher nicht geregelte Verschmelzung von rechtsfähigen Vereinen, zum anderen die Verschmelzungsmöglichkeiten, dies insbesondere bei Personenhandelsgesellschaften und Genossenschaften, erheblich erweitert worden⁶. Insgesamt bestehen laut Gesetzesbegründung 19 neue Umstrukturierungsmöglichkeiten allein bei der Verschmelzung⁷.

3. Angemessener Interessenschutz

a) Anteilsinhaber

Beabsichtigt wurde eine Stärkung der eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnis der Anteilsinhaber, wobei der Gesetzgeber in erster Linie den Minderheitenschutz im Auge hatte⁸. Andererseits sollte mit der durch § 16 Abs. 3 UmwG in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung des BGH nun auch gesetzlich geregelten Möglichkeit zum Vollzug der Verschmelzung trotz anhängigem Rechtsstreit über die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses der Problematik rechtsmißbräuchlicher Anfechtungsklagen sogenannter „räuberischer Erpresser“ begegnet werden⁹.

Der Schutz der Anteilsinhaber wird verwirklicht durch umfassende Unterrichts- und Aufklärungspflichten der Unternehmensleitungen der beteiligten Rechtsträger, die jeweils einschlägigen Mehrheitserfordernisse für die Verschmelzungsbeschlüsse, diese ergänzt durch erforderliche Zustimmungserklärungen einzelner Anteilsinhaber sowie schließlich durch Regelungen zur Sicherstellung einer gleichwertigen Gegenleistung für die Vermögensübertragung auf den übernehmenden bzw. neuen Rechtsträger¹⁰.

aa) Gegenleistung der Verschmelzung

So ist die Anteilsgewährung beim übernehmenden bzw. neuen Rechtsträger nach der Konzeption des Gesetzes Kernstück und Wesensmerkmal der Verschmelzung und als solche daher grundsätzlich unverzichtbar¹¹. Die Anteilsgewährung entfällt gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG nur, soweit der übernehmende Rechtsträger an dem übertragenden Rechtsträger selbst beteiligt ist oder der übertragende Rechtsträger eigene Anteile innehat; hiermit soll die vom Gesetzgeber unerwünschte Schaffung eigener Anteile – jedenfalls anlässlich der Verschmelzung – verhindert werden¹².

Den Vermögensinteressen der Anteilsinhaber übertragender Rechtsträger wird ferner dadurch Rechnung getragen, daß im Verschmelzungsvertrag der Zeitpunkt der Gewinnberechtigung anzugeben und in bestimmten Fällen ein Angebot auf Barabfindung aufzunehmen sind, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 5 und § 29 UmwG.

Bei der Beteiligung an Kapitalgesellschaften kommen schließlich auch bare Zuzahlungen zum Spitzenausgleich in Betracht,

die jedoch auf 10% des Gesamtnennbetrages der zu gewährenden Anteile beschränkt sind, vgl. § 54 Abs. 4 UmwG (GmbH), § 68 Abs. 3 UmwG (AG) und § 78 i.V.m § 68 Abs. 3 UmwG (KGaA).

Schließlich verlangt der Gesetzgeber in § 23 UmwG, daß stimmrechtslosen Anteilsinhabern und Inhabern von Forderungsrechten, die kein Stimmrecht gewähren, gleichwertige Rechte bei dem übernehmenden Rechtsträger einzuräumen sind.

bb) Informations- und Prüfungsrechte

Mit den im UmwG 1995 je nach Rechtsform des beteiligten Rechtsträgers in unterschiedlichem Maße ausgestalteten Informations- und Prüfungsrechten werden im wesentlichen zwei Zwecke verfolgt:

- Die Kenntnisnahme vom Inhalt des Verschmelzungsvertrages, die Erstellung eines die Verschmelzung und den Verschmelzungsvertrag erläuternden Verschmelzungsberichts, ergänzende Erläuterungs- und Auskunftspflichten der Vertretungsorgane sowie Bilanzeinsichten dienen einer möglichst umfassenden Informationsgrundlage für die Entscheidung der Anteilsinhaber über ihre Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag.
- Die Prüfung der Verschmelzung und einer ggf. anzubietenden Barabfindung durch unabhängige Sachverständige soll die Angemessenheit der Gegenleistung gewährleisten.

cc) Entscheidungsbefugnis

Der von den Vertretungsorganen geschlossene Verschmelzungsvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit zustimmender Beschlüsse der Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger, § 13 Abs. 1 UmwG. Die endgültige Entscheidung über das „Ob“ der Verschmelzung treffen damit allein die Anteilseigner. Um einen Minderheitenschutz zu gewährleisten, verlangt das Gesetz für die Zustimmung zur Verschmelzung zunächst zwingend qualifizierte Beschlussmehrheiten. Abgesehen von Personenhandelsgesellschaften, bei denen die grundsätzlich geforderte Einstimmigkeit durch anderslautende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag auf eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Stimmen abgesenkt werden kann, gilt rechtsformübergreifend, daß im Gesellschaftsvertrag, der Satzung oder dem Statut des Rechtsträgers nur größere Mehrheiten für den Verschmelzungsbeschuß bestimmt sein können, nicht jedoch eine geringere Mehrheit.

Neben den aufgestellten Mehrheitserfordernissen verwirklicht der Gesetzgeber den Minderheitenschutz dadurch, daß die Verschmelzungsbeschlüsse zusätzlich noch der Zustimmung einzelner, von der Verschmelzung besonders betroffener Anteilsinhaber bedürfen.

Gleichwohl ist der gesetzliche Minderheitenschutz bei weitem nicht absolut; es bleiben Fallgestaltungen, in denen überstimmte Anteilsinhaber von der Verschmelzung dergestalt nachteilig betroffen werden, daß sich ihre Rechtsposition im Vergleich zu der Situation bei ihrem alten Rechtsträger deutlich verschlechtert.

Zum einen schützt das Gesetz regelmäßig nur Individualrechte, also keine solchen gesellschaftsvertraglichen oder gesetzlichen Rechte, die sich aus der Beteiligungsquote ergeben und

5) Schöne, Das Aktienrecht als „Maß aller Dinge“ im neuen Umwandlungsrecht?, GmbHR 1995, 325, 327; Lutter, § 2 UmwG, Rn. 8; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 4; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 2, 59.
6) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung unter „Allgemeines“ III. 2., 73; Priester, DNotZ 1995, 427, 432; Dörrle, WiB 1995, 1, 3; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 49, 82; Lutter, § 3 UmwG, Rn. 4.
7) BR-Drucks. 75/94 wie vor, 75; nach anderer Zählung sind unter Berücksichtigung der Unterscheidung zwischen Verschmelzung durch Aufnahme oder durch Neugründung noch wesentlich mehr neue Konstellationen hinzuzukommen.
8) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung unter „Allgemeines“ I. 3., 71 und Gesetzesbegründung zu Art. 1, S. 79; Priester, DNotZ 1995, 427, 432; Limmer,

Anteilsgewährung und Kapitalschutz bei Verschmelzung und Spaltung nach dem neuen Umwandlungsrecht, FS für Schippel, 1996, 415, 420.
9) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 16, 89; Priester, DNotZ 1995, 427, 439; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 30 und 197; Widmann/Mayer/Mayer, § 8 UmwG, Rn. 7; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 65, 82.
10) Streck/Mack/Schwedhelm, Verschmelzung und Formwechsel nach dem neuen Umwandlungsgesetz, GmbHR 1995, 161, 162; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 10.
11) Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 163; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG Rn. 15, 18 u. § 54 UmwG, Rn. 10; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 9; zweifelhafte Limmer, FS für Schippel, 1996, 415, 417, ausdrücklich a.A. Priester, Mitgliederwechsel im Umwandlungszeitpunkt, DB 1997, 560, 564 f.
12) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 20 UmwG.

damit nicht vor einer „Verwässerung“ der Beteiligung von Minderheitsgesellschaftern im Zuge einer Verschmelzung¹³.

Zum anderen konnte sich der Gesetzgeber nicht dazu durchringen, den in § 180 Abs. 1 AktG (Auferlegung von Nebenverpflichtungen) und § 53 Abs. 3 GmbHG (Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen) enthaltenen Gedanken eines sog. „allgemeinen Verschlechterungsverbots“ in das Verschmelzungsrecht zu übernehmen¹⁴. In der Gesetzesbegründung¹⁵ heißt es hierzu, die Übernahme der in § 180 Abs. 1 AktG und § 53 Abs. 3 GmbHG enthaltenen Rechtsgedanken sei nicht zweckmäßig, weil dadurch Verschmelzungen häufig behindert würden. Diesen Besonderheiten könne bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses und dessen gerichtlichen Nachprüfung Rechnung getragen werden.

Dem ist vorgeworfen worden, es sei kaum nachvollziehbar, warum eine möglicherweise wirtschaftlich unbedeutende Ausfallhaftung die Zustimmungspflicht nach sich ziehe (vgl. § 51 Abs. 1 UmwG), während Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers bei Einführung von Wettbewerbsverboten oder Vertragsstrafen, bei Schaffung oder Erhöhung von Nachschußpflichten u. ä. völlig schutzlos gestellt würden; die Regelung des Gesetzgebers führe damit zu unerträglichen Wertungswidersprüchen¹⁶.

Angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts, der Gesetzesbegründung und dem in § 1 Abs. 3 UmwG enthaltenen Abweichungsverbot ist jedoch gerade auch im Hinblick auf ggf. im Verschmelzungsbeschluß überstimmbare Minderheiten von einem klar abgestuften und in sich abgeschlossenen Schutzsystem für die am Verschmelzungsvorgang beteiligten Anteilsinhaber auszugehen, das insoweit keinen Raum für Analogien bietet¹⁷ und de lege lata hinzunehmen ist¹⁸.

Trotz der Gesetzesintention, den Minderheitenschutz auszubauen, bleibt die Verschmelzung somit ein gesetzlich sanktioniertes Mittel, die Einflußmöglichkeiten unliebsamer Minderheitsgesellschafter deutlich zu verringern oder sich derer sogar völlig zu entledigen.

dd) Sanktionen

Für Klagen gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses wurde in § 14 Abs. 1 UmwG einheitlich für alle Rechtsträger und für alle Klagearten, mit denen die Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit eines Verschmelzungsbeschlusses geltend gemacht werden kann, die aus § 246 Abs. 1 AktG übernommene Ausschußfrist von einem Monat eingeführt, womit erstmals eine ausdrückliche Regelung der Klagefrist gegen die Wirksamkeit von Verschmelzungsbeschlüssen im Verschmelzungsrecht erfolgt ist¹⁹.

Eine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage bringt die Befristung des Klagerechts vor allem für Personenhandels-gesellschaften und Vereine mit sich, bei denen Beschlußmängel im Wege der allgemeinen Feststellungsklage gem. § 256 ZPO geltend gemacht werden können, daneben im Hinblick auf Nichtigkeitsfeststellungsklagen aber auch für Rechts-träger anderer Rechtsform²⁰. Die Erstreckung der Klagefrist

auch auf Nichtigkeitsgründe wird insb. im Hinblick auf sogenannte „Geheimbeschlüsse“, bei denen ein Teil der Anteilsinhaber über die Verschmelzung überhaupt nicht informiert wurde, problematisiert²¹. Diesbezüglich bestand selbst bei Aktiengesellschaften gem. §§ 242 Abs. 2, 241 Nr. 1, 121 Abs. 2 bis 4 AktG die Möglichkeit, Einberufungsmängel noch innerhalb von drei Jahren nach Registereintragung geltend zu machen. Der Schutz überrumpelter Minderheitsgesellschafter bleibt nunmehr dem Registerrichter überantwortet²²; daneben trifft jedoch auch den beurkundenden Notar eine Pflicht, die Ordnungsgemäßheit der Einberufung zu prüfen²³ und Einberufungsmängel in der Niederschrift über den Verschmelzungsbeschluß zu vermerken.

Von der Monatsfrist des § 14 Abs. 1 UmwG nicht erfaßt sind Klagen gegen einen etwaigen Kapitalerhöhungsbeschluß²⁴.

Hintergrund der Befristung ist, das Wirksamwerden der Verschmelzung im Hinblick auf die bei erhobener Klage grundsätzlich eintretende Eintragungssperre für das Registergericht gem. § 16 Abs. 2 S. 2 UmwG nicht auf unbestimmte Zeit in der Schwebe zu halten²⁵.

Eine Beschränkung der Klagegründe ergibt sich aus § 14 Abs. 2 UmwG und aus § 32 UmwG dergestalt, daß die Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsvertrages eines übertragenden Rechtsträgers nicht auf ein zu niedriges Umtauschverhältnis oder ein zu niedriges, gänzlich fehlendes oder sonst nicht ordnungsgemäßes Barabfindungsangebot gestützt werden kann. Für eine Verbesserung des Umtauschverhältnisses, § 15 UmwG, oder die Bestimmung einer angemessenen Barabfindung, § 34 UmwG, werden die Anteilsinhaber vielmehr auf das in §§ 305 ff. UmwG geregelte Spruchverfahren verwiesen; hierbei ist anders als bei der Barabfindung gem. § 29 UmwG zum Erhalt des Nachbesserungsanspruchs nicht mehr erforderlich (vgl. zur alten Rechtslage § 352 c AktG a.F.), daß der Antragsteller Widerspruch zu Protokoll erklärt hat. Damit wird gewährleistet, daß benachteiligte Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zwar die Möglichkeit haben, gegen eine aus ihrer Sicht unangemessene Gegenleistung für den Verlust ihrer bisherigen Beteiligung vorzugehen, nicht jedoch den Vollzug der Verschmelzung selbst verzögern können²⁶.

Zweck dieser Beschränkung und der daneben eingeführten Möglichkeit zur Eintragung der Verschmelzung trotz erhobener Klage aufgrund Beschlusses des Prozeßgerichts gem. § 16 Abs. 3 UmwG ist es, die in der Vergangenheit beobachtete „Versilberung“ formaler Rechtspositionen zu erschweren²⁷.

Kritik²⁸ begegnete die Regelung im Hinblick darauf, daß insoweit nicht auch das Klagerecht der Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers ausgeschlossen ist, wie im Gesetzgebungsverfahren angeregt wurde. Die Gesetzesbegründung²⁹ weist dem gegenüber auf die Möglichkeiten der Regelung in § 16 Abs. 3 UmwG hin und darauf, daß das Ausnutzen der Behauptung unangemessener Gegenleistung für mißbräuchliche Klagen von Anteilsinhabern des übernehmenden Rechtsträgers, zumindest soweit dort Kapitalmaßnahmen zur Durchführung der Verschmelzung stattfinden, mit Blick auf das Klage-

13) Reichert, Folgen der Anteilsvinkulierung für Umstrukturierungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften nach dem Umwandlungsgesetz 1995, GmbHR 1995, 176, 182; Lutter, § 13 UmwG, Rn. 35 ff.
14) Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 191; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 73.
15) BR-Drucks. 75/94, zu § 13 UmwG, 86.
16) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 85; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 184.
17) Dies gilt nach richtiger Ansicht auch in bezug auf die Schutzvorschriften des UmwG selbst.
18) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 73, Vor §§ 46-59 UmwG, Rn. 33 und § 50 UmwG, Rn. 64 ff.; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 185 und Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 191; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 42; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 1 UmwG, Rn. 31; vgl. auch Lutter/Grünwald § 29 Rn. 31; a.A., d. h. für analoge Anwendung der nachgenannten Vorschriften auf solche Fälle: H. Schmidt in Lutter (Hrsg.), Kölner Umwandlungsrechtstage, 59, 84 f. (§ 29 UmwG); Lutter, § 13 UmwG, Rn. 30 (§ 13 Abs. 2 UmwG); Lutter/M. Winter, § 51 UmwG, Rn. 14 (§ 53 Abs. 3 GmbHG).

19) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 14 UmwG, 87; Schöne, Die Klagefrist des § 14 Abs. 1 UmwG: Teils Rechtsfortschritt, teils „Aufforderung“ zu sanktionslosen Geheimbeschlüssen?, DB 1995, 1317, Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 27 u. 198 sowie § 14 Rn. 1, 8 f.; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 14 UmwG, Rn. 3.
20) Widmann/Mayer/Heckschen, § 14 UmwG, Rn. 3 u. 34 ff.
21) Schöne, DB 1995, 1317, 1320; Widmann/Mayer/Heckschen, § 14 UmwG, Rn. 12; Lutter, § 14 UmwG, Rn. 11.
22) Schöne, DB 1995, 1317, 1320.
23) Schöne, a.a.O. in Fn 34 m.w.N.
24) Schöne, DB 1995, 1317; Lutter/Bork, § 14 UmwG, Rn. 6; Widmann/Mayer/Heckschen, § 14 UmwG, Rd-Nr. 17.
25) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 14 UmwG, 87.
26) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 14 UmwG, Rn. 19.
27) Vgl. Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 197.
28) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. C 21, 25; Widmann/Mayer/Heckschen § 14 UmwG, Rn. 49 m.w.N.
29) BR-Drucks. 75/94, zu § 14 UmwG, 87.

recht gegen den Kapitalerhöhungsbeschuß ohnehin nicht ausgeschlossen werden könne³⁰.

Noch keine Einigkeit besteht darüber, inwieweit mit dem UmwG 1995 die zur alten Rechtslage strittige Frage, ob bei Verschmelzungsbeschlüssen von Aktiengesellschaften neben der Prüfung der Einhaltung der gesetzlichen Verfahrenserfordernisse auch eine Prüfung der „sachlichen Rechtfertigung“ stattfinden kann, negativ entschieden worden ist³¹. Hierfür spricht schon die Gesetzesbegründung³², in der es heißt, man „übernehme auch nicht die Vorstellungen, die von Rechtssprechung und Schrifttum für eine materielle Kontrolle wichtiger Hauptversammlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaften dahin entwickelt worden seien, daß der Beschluß im Interesse der Gesellschaft liegen, zur Verfolgung des Unternehmensgegenstandes erforderlich und das angemessene Mittel sein müsse“, wobei „schon zweifelhaft sei, ob sich diese bisher nur zur Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschuß entwickelten Grundsätze ohne weiteres auf Verschmelzungsbeschlüsse übertragen ließen“³³.

Neben der Klagemöglichkeit und der Angemessenheitskontrolle im Spruchverfahren besteht für Anteilhaber ferner die Möglichkeit, gem. § 25 UmwG Ansprüche auf Ersatz eines durch die Verschmelzung evtl. erlittenen Schadens gegen die Mitglieder von Vertretungs- und Aufsichtsorganen eines übertragenden Rechtsträgers geltend zu machen. Der Schadensersatzanspruch setzt schuldhaft pflichtwidriges Handeln der Organmitglieder voraus; Pflichten bestehen etwa in bezug auf die sorgfältige Prüfung der Vermögenslage der beteiligten Rechtsträger, die Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften oder die Überwachung der Berechnung eines angemessenen Umtauschverhältnisses³⁴.

b) Arbeitnehmer

Eine der wenigen wirklichen Neuerungen des UmwG 1995 ist die Einführung besonderer Vorschriften zur Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen im Rahmen der Regelung von Umwandlungen. Für Verschmelzungen gilt in diesem Zusammenhang folgendes:

- Im Verschmelzungsvertrag sind die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen anzugeben, § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG;
- Der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf ist dem zuständigen Betriebsrat eines beteiligten Rechtsträgers spätestens einen Monat vor Beschlußfassung der Anteilhaber dieses Rechtsträgers über die Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag zuzuleiten, § 5 Abs. 3 UmwG;
- Der Registeranmeldung der Verschmelzung ist ein Nachweis über die rechtzeitige Zuleitung an den Betriebsrat beizufügen, § 17 Abs. 1 UmwG;
- § 613 a Abs. 1 und 4 BGB bleiben unberührt, § 324 UmwG.

Letztere Vorschrift wird allgemein so verstanden, daß nunmehr § 613 a Abs. 1 und 4 BGB auf Verschmelzungsfälle anwendbar

ist³⁵, was zur alten Rechtslage nach wohl überwiegender Meinung bestritten worden war³⁶. Die Geltung von § 613 a Abs. 4 BGB führt allerdings nicht zum Ausschluß betriebsbedingter Kündigungen anläßlich Umstrukturierungsmaßnahmen beim übernehmenden bzw. neuen Rechtsträger nach vollzogener Verschmelzung, mögen diese auch von vornherein geplant gewesen sein³⁷.

Die schon bestehenden Unterrichtspflichten nach allgemeinem Betriebsverfassungsrecht (§§ 106 Abs. 3 Nr. 8, 111 Nr. 3 BetrVG) werden durch die Regelungen des UmwG nicht verdrängt. Beide Unterrichtspflichten bestehen selbständig nebeneinander³⁸.

Das Gesetz läßt allerdings völlig ungeklärt, welche verschmelzungsrechtlichen Rechtsfolgen an eine unzureichende Arbeitnehmerinformation im Verschmelzungsvertrag zu knüpfen sind.

Unstreitig ist jedenfalls keine Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages bei einem etwaigen Verstoß gegeben³⁹.

Weiterhin besteht auch nicht etwa ein Anfechtungsrecht für den Betriebsrat oder einzelne Arbeitnehmer gegen die Wirksamkeit der dem Verschmelzungsvertrag zustimmenden Verschmelzungsbeschlüsse⁴⁰.

Auch bzgl. der Anteilhaber wird teilweise bereits das Anfechtungsrecht bestritten, da die Angabepflichten ausschließlich im Interesse der Arbeitnehmer und deren Vertretungen statuiert seien und es damit bereits an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle⁴¹; überwiegend wird zwar die Anfechtungsbefugnis aufgrund eines hiermit gegebenen Verfahrensfehlers bejaht⁴², jedoch dürfte es sodann an einer Begründetheit der Klage wegen fehlender Kausalität des Verfahrensverstößes für das Beschlußergebnis mangeln⁴³.

Es bleibt damit allein die Prüfung im Eintragungsverfahren durch das Registergericht, welche jedoch zumindest nach ganz h. M.⁴⁴ keine Inhaltskontrolle einschließt, so daß nach dieser Auffassung eine Ablehnung der Eintragung allenfalls erfolgen kann, wenn die Angaben ganz fehlen oder offensichtlich unvollständig bzw. unrichtig sind.

Mithin stellt das Gesetz mit der Eintragungssperre bei fehlendem Zuleitungsnachweis allein die formale Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen sicher, während ein unrichtiger bzw. unzureichender Inhalt der Angaben weitgehend sanktionslos bleibt.

c) Gläubiger

Gem. § 22 UmwG besteht ein Anspruch auf Sicherheitsleistung sowohl für Gläubiger der übertragenden wie auch der übernehmenden Rechtsträger (anders z.T. noch das alte Recht, vgl. § 21 KapErhG). Voraussetzungen hierfür sind:

- schriftliche Anmeldung der Forderung nach Grund und Höhe innerhalb von sechs Monaten nach Eintragung der Verschmelzung (Ausschlußfrist);

30) Das Klagerecht gegen den Kapitalerhöhungsbeschuß wäre bei Eintragung der Verschmelzung aufgrund deren Rechtswirkungen gem. § 20 Abs. 2 UmwG de facto beseitigt, vgl. Lutter/Grunewald, § 20 UmwG, Rn. 73 und Lutter/M. Winter, § 55 UmwG, Rn. 4; zu einem solch „tiefen Eingriff in das allgemeine Gesellschaftsrecht“ konnte sich der Gesetzgeber aber nicht durchringen, so BR-Drucks. 75/94, a.a.O.

31) Vgl. Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. C 9, 20 f., Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 217 und Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X.4., Anm. 1, 1191, jeweils m.w.N.

32) So auch Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 192 f. und § 13 UmwG, Rn. 216 f.; a.A. Lutter, § 13 UmwG, Rn. 31.

33) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 13 UmwG, 86.

34) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 25 UmwG, Rn. 19; Lutter/Grunewald, § 25 UmwG, Rn. 9 ff.

35) Joost, Arbeitsrechtliche Angaben im Umwandlungsvertrag ZIP 1995, 976, 980; Wlotzke, Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsrechts, DB 1995, 40, 42; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 189; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. C 35 und G 36, 30 f.; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 20 UmwG, Rn. 77.

36) Vgl. Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. C 35, 30 m.w.N.; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 20 UmwG, Rn. 73 m.w.N. und § 324 UmwG, Rn. 1.

37) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 190; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 20 UmwG, Rn. 84.

38) Joost, ZIP 1995, 976, 977; Drygala, Die Reichweite der arbeitsrechtlichen Angaben im Verschmelzungsvertrag, ZIP 1996, 1365, 1369; Wlotzke, DB 1995, 40, 45; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 179; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 52, 77.

39) Widmann/Mayer/Mayer § 5 UmwG, Rn. 204; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 49; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 53, 78.

40) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 265.

41) Priester, DNotZ 1995, 427, 435; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 203 u. 265.

42) Drygala, ZIP 1996, 1365, 1367; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 53, 78; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5, Rn. 49: allerdings nur „bei gravierenden und offensichtlichen Rechtsverstößen“.

43) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 53, 78; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 265.

44) Priester, DNotZ 1995, 427, 435; Drygala, ZIP 1996, 1365, 1367 in Fn 27; Melchior, Die Beteiligung von Betriebsräten an Umwandlungsvorgängen aus Sicht des Handelsregisters, GmbHR 1996, 833, 834 u. 839; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 205; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 48; i.E. auch Joost, ZIP 1995, 976, 986.

- Glaubhaftmachung der Forderungsgefährdung durch die Verschmelzung (z. B. Aufnahme durch einen überschuldeten Rechtsträger oder umgekehrt Aufnahme eines überschuldeten Rechtsträgers, Beeinträchtigung der Liquidität, etwa bei übertragenden Rechtsträgern mit hohen kurzfristigen Verbindlichkeiten und überwiegend langfristig gebundenen Aktiv-Vermögen⁴⁵);
- Sicherheitsleistung nur, sofern keine Befriedigung verlangt werden kann (§ 22 Abs. 1 S. 1 UmwG a.E.). Hieraus folgt nach OLG Celle⁴⁶, daß ein Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht bestehe, wenn die Forderung bereits fällig sei; für fällige Forderungen sei der Gläubiger darauf verwiesen, seinen Anspruch im normalen Klagewege geltend zu machen⁴⁷;
- kein Recht auf Sicherheitsleistung für Gläubiger, die im Fall der Insolvenz ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist (z. B. Ansprüche aus Lebens-, Unfall- oder Krankenversicherungsverträgen gegenüber Versicherungsgesellschaften, §§ 77, 79 VAG).

Unklar ist die Höhe der Sicherheitsleistung bei Dauerschuldverhältnissen: Hierzu hat der BGH⁴⁸ zuletzt (allerdings noch zu § 26 Abs. 1 KapErhG) lediglich entschieden, daß eine Sicherheitsleistung in Höhe der in einem Jahr fällig werdenden Ansprüche zu gering bemessen sei; in der Literatur wird in Anlehnung an den in § 160 HGB enthaltenen Rechtsgedanken vertreten, den Umfang der Sicherheitsleistung nach der Höhe der Leistungen in einem 5-Jahres-Zeitraum zu bestimmen⁴⁹.

Des weiteren können auch für Gläubiger im Zusammenhang mit der Verschmelzung Schadensersatzansprüche gem. § 25 UmwG gegen die Organe der übertragenden Rechtsträger bei schuldhaften Pflichtverletzungen in Betracht kommen.

Bei Verschmelzungen von Personenhandelsgesellschaften auf Rechtsträger anderer Rechtsform besteht gem. § 45 UmwG eine Nachhaftung von zuvor unbeschränkt haftenden Gesellschaftern. Die Regelung entspricht § 159 HGB; die 5-Jahres-Frist beginnt mit Bekanntmachung der Eintragung der Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers.

Auch die für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit bestehende Pflicht, den Verschmelzungsvertrag oder seinen Entwurf noch vor Beschlußfassung der Anteilshaber hierüber zum Register einzureichen und die anschließende Bekanntmachung eines Hinweises hierauf durch das Gericht gem. §§ 61, 78, 111 UmwG bewirkt zumindest mittelbaren Gläubigerschutz⁵⁰.

Nach zwei Entscheidungen des OLG Hamm⁵¹ und des Bay-OblG⁵² sowie der Gesetzesbegründung zu § 54 UmwG⁵³ sollen schließlich auch die Anteilsgewährungspflicht gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG und die daraus resultierende Notwendigkeit einer Kapitalerhöhung gem. §§ 55, 69 UmwG einem Kapitalschutz und damit dem Gläubigerschutz dienen; dies wird jedoch von der ganz h.M. im Schrifttum abgelehnt (näheres hierzu unter B. VII. 2.).

III. Möglichkeiten der Verschmelzung

1. Überblick

Die Verschmelzungsmöglichkeiten unterscheiden sich zum einen nach Art der Verschmelzung, § 2 UmwG, zum anderen nach Art der verschmelzungsfähigen Rechtsträger, § 3 UmwG.

Die in der Praxis überwiegende Form der Verschmelzung stellt die Verschmelzung durch Aufnahme dar⁵⁴. Demgegenüber hat die Verschmelzung durch Neugründung insbesondere wegen den höheren Beurkundungskosten und der ggf. höheren Grunderwerbsteuerbelastung regelmäßig Kostennachteile⁵⁵ und ist aufgrund der zu beachtenden Gründungsvorschriften komplizierter, so daß ihre Wahl vor allem auf solche Fälle beschränkt sein dürfte, in denen anläßlich der Verschmelzung in eine andere Rechtsform als die der alten Rechtsträger gewechselt werden soll (z. B. Verschmelzung mehrerer GmbHs zu einer AG).

Der Kreis verschmelzungsfähiger Rechtsträger wird zunächst in § 3 Abs. 1 und 2 UmwG der Rechtsform nach aufgeführt, wobei die Verschmelzung unter Beteiligung von Rechtsträgern unterschiedlicher Rechtsform (sogenannte Mischverschmelzung) gem. § 3 Abs. 4 UmwG ausdrücklich zugelassen ist. Der tatsächliche Umfang der je nach Rechtsform unterschiedlichen Verschmelzungsmöglichkeiten erschließt sich allerdings erst in einer Gesamtschau von § 3 UmwG und den für den Rechtsträger jeweils geltenden Besonderen Vorschriften.

Danach können die Rechtsträger in drei Gruppen unterteilt werden:

- Kapitalgesellschaften sowie nunmehr auch Personengesellschaften und Genossenschaften, § 3 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 UmwG, können zum einen in jeder Funktion, d. h. als übertragender, aufnehmender oder neuer Rechtsträger, zum anderen umfassend mit Rechtsträgern beliebiger anderer Rechtsform an einer Verschmelzung beteiligt sein.

- Ebenfalls als in jeder Funktion verschmelzungsfähige Rechtsträger werden in § 3 Abs. 1 Nrn. 4 bis 6 UmwG eingetragene Vereine, genossenschaftliche Prüfungsverbände und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit genannt; in bezug auf genossenschaftliche Prüfungsverbände dürfte es sich hierbei jedoch um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handeln, da für diese gem. § 105 UmwG nur die Verschmelzung durch Aufnahme, nicht dagegen die Verschmelzung durch Neugründung möglich ist⁵⁶.

Kennzeichnend für diese Gruppe von Rechtsträgern ist die Beschränkung der Möglichkeit zur Mischverschmelzung, welche für genossenschaftliche Prüfungsverbände überhaupt nicht und für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit gem. § 109 UmwG nur in der Form der Vermögensübertragung auf eine Versicherungsaktiengesellschaft möglich ist. Gem. § 99 Abs. 2 UmwG können eingetragene Vereine im Wege der Verschmelzung nur andere eingetragene Vereine aufnehmen; ferner ist ihnen die Verschmelzung durch Neugründung nur gestattet, wenn als übertragende Rechtsträger wiederum ausschließlich eingetragene Vereine beteiligt sind, wohingegen die Rechtsform des neuen Rechtsträgers beliebig ist. Uneingeschränkt möglich ist hingegen die Aufnahme eingetragener Vereine durch einen Rechtsträger anderer Rechtsform, so daß § 99 Abs. 2 UmwG lediglich als die Verschmelzung auf einen Verein einschränkende, nicht aber als insgesamt abschließende Regelung zu verstehen ist⁵⁷.

- Nur sehr eingeschränkt verschmelzungsfähig sind schließlich wirtschaftliche Vereine, welche nur als übertragene Rechtsträger (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 UmwG) sowie natürliche Per-

45) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 22 UmwG, Rn. 13; Lutter/Grunewald, § 22 UmwG, Rn. 13.

46) BB 1989, 868.

47) Dem folgt: Lutter/Grunewald, § 22 UmwG, Rn. 10; dagegen zweifelnd: Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 224.

48) WM 1996, 816 = GmbHR 1996, 369 = WiB 1996, 571.

49) Trölitzsch, Urteilsanmerkung in WiB 1996, 572, 573; Jaeger, Sicherheitsleistung für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen bei Kapitalherabsetzung, Verschmelzung und Beendigung eines Unternehmensvertrages, DB 1996, 1069, 1070.

50) Vgl. Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 61 UmwG, Rn. 1; Lutter/Grunewald, § 61 UmwG, Rn. 2.

51) DB 1988, 1538.

52) DB 1989, 1558.

53) BR-Drucks. 75/94, 101.

54) Priester, DNotZ 1995, 427, 437; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 35.

55) Widmann/Mayer/Schwarz, § 2 UmwG, Rn. 13.2.

56) Vgl. BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 105 UmwG, 112; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwG, Rn. 23.

57) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 99, 111, vorletzter Abs. a.E.; Dehmer, 2. Aufl., § 99 UmwG, Rn. 4; Lutter/Hadding, § 99 UmwG, Rn. 17.

sonen, welche nur als übernehmende Rechtsträger des Vermögens einer Kapitalgesellschaft (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG) beteiligt sein können.

Grundsätzlich bei allen Verschmelzungsarten möglich ist die gleichzeitige Verschmelzung mehrerer übertragender Rechtsträger in einem Akt, sog. Mehrfachverschmelzung, was bekanntlich zum alten Recht im Hinblick auf die ausdrückliche Regelung nur für Aktiengesellschaften (§ 339 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG a.F.) z.T. streitig war⁵⁸. Eine Ausnahme macht das Gesetz allerdings in § 105 UmwG für genossenschaftliche Prüfungsverbände.

Durch § 1 Abs. 2 UmwG wird festgelegt, daß eine Umwandlung außer in den im UmwG 1995 geregelten Fällen nur möglich ist, wenn sie durch andere Bundes- oder Landesgesetze ausdrücklich zugelassen wird⁵⁹. Hieraus folgt, daß § 3 Abs. 1 und Abs. 2 UmwG eine abschließende Aufzählung aller Rechtsformen verschmelzungsfähiger Rechtsträger enthält und damit insbesondere BGB-Gesellschaften, Partnerschaften, Stiftungen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht verschmelzungsfähig sind⁶⁰. Dies hat bereits Kritik ausgelöst, welcher durch ein Gesetz zumindest bei Partnerschaftsgesellschaften Rechnung getragen werden soll⁶¹. Die Beteiligtenfähigkeit der EWIV (Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung) an einer Verschmelzung ist umstritten⁶² und sollte daher im konkreten Fall mit dem Registergericht abgesprochen werden.

2. Beteiligung aufgelöster Rechtsträger

Gem. § 3 Abs. 3 UmwG können schließlich an der Verschmelzung als übertragende Rechtsträger auch aufgelöste Rechtsträger beteiligt sein, deren Fortsetzung beschlossen werden kann. Für Personenhandelsgesellschaften gilt dies aber nur, sofern keine andere Art der Auseinandersetzung als die Abwicklung oder die Verschmelzung vereinbart worden ist (§ 39 UmwG).

Laut der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 3 UmwG soll für die Fortsetzungsmöglichkeit unter Hinweis auf die Vorgabe in Art. 3 Abs. 2 der Dritten EU-Richtlinie u. a. Voraussetzung sein, daß noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen wurde. Ein entsprechender Ausschluß der Fortsetzungsmöglichkeit besteht jedoch nur für Kapitalgesellschaften (§ 274 Abs. 1 S. 1 AktG, welcher über § 278 Abs. 3 AktG bzw. aufgrund entsprechender Anwendung auch für die KGaA und die GmbH⁶³ gilt), Genossenschaften (§ 79a Abs. 1 S. 1 GenG) und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§ 49 a Abs. 1 S. 1 VAG). Hingegen ist bei Personenhandelsgesellschaften und Vereinen sowie den gem. der Sollvorschrift des § 63 b GenG als eingetragene Vereine organisierten genossenschaftlichen Prüfungsverbänden nach h.M. auch nach begonnener Liquidation ein Fortsetzungsbeschluß möglich, solange nur überhaupt noch Vermögen vorhanden ist⁶⁴. Mangels ausdrücklicher Bestimmung schließt demnach ungeachtet der gesetzlichen Motiv-

lage eine begonnene Vermögensverteilung die Verschmelzungsfähigkeit nicht generell aus⁶⁵.

Während der Dauer eines Konkursverfahrens sind ein Fortsetzungsbeschluß des hierdurch aufgelösten Rechtsträgers und die Beteiligung an einer Verschmelzung unzulässig, da beides dem Zweck des Konkursverfahrens zuwiderlaufen würde⁶⁶. Nach Beendigung des Konkursverfahrens ist hingegen unter den Voraussetzungen der §§ 144 HGB, 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG und 49 Abs. 2 VAG (Einstellung des Konkursverfahrens auf Antrag des Gemeinschuldners oder Abschluß eines Zwangsvergleichs), bei Personenhandelsgesellschaften nach h.M. auch bei Einstellung mangels Masse (§ 204 KO) oder Aufhebung des Konkurses nach dem Schlußtermin (§ 163 KO)⁶⁷ wiederum die Fortsetzung und damit eine Verschmelzung möglich⁶⁸.

Sind Personenhandelsgesellschaften aufgrund Gesellschafterkonkurses aufgelöst, ist auch ohne gesellschaftsvertragliche Fortsetzungsbestimmung gem. § 138 HGB nach § 141 Abs. 2 HGB ein Fortsetzungsbeschluß möglich, bei Konkurs des einzigen Komplementärs einer KG allerdings nur, wenn ein neuer Komplementär vorhanden ist.

§ 3 Abs. 3 UmwG sagt nichts aus über die Verschmelzungsfähigkeit aufgelöster Rechtsträger als *übernehmende Rechtsträger*. Diesbezüglich ist streitig, ob deren Beteiligung einen tatsächlichen Fortsetzungsbeschluß und damit die Rückgängigmachung der Auflösung erfordert⁶⁹ oder ob auch hier analog § 3 Abs. 3 UmwG die bloße Fortsetzungsmöglichkeit ausreicht und damit eine sogenannte Abwicklungsverschmelzung möglich ist⁷⁰. Gegen eine Analogie sprechen der mit § 3 Abs. 3 UmwG verfolgte Zweck, welcher in einer Erleichterung von Sanierungsfusionen besteht⁷¹ und damit auf eine fortgesetzte Unternehmenstätigkeit gerichtet ist, ferner die mögliche Beeinträchtigung des Gläubigerschutzes gem. § 22 UmwG⁷².

3. Beschränkung auf inländische Rechtsträger

Nach ganz h.M.⁷³ schließt die in § 1 Abs. 1 UmwG enthaltene Beschränkung auf „Rechtsträger mit Sitz im Inland“ i.V.m. § 1 Abs. 2 und § 3 Abs. 1 und 2 UmwG die Möglichkeit zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen aus. Dies war auch Absicht des Gesetzgebers, der damit Bemühungen der EU um eine Regelung internationaler Fusionen nicht vorgreifen wollte⁷⁴. Hiergegen haben sich Kronke⁷⁵ und Lutter⁷⁶ gewandt, nach denen durch § 1 Abs. 1 UmwG lediglich zum Ausdruck komme, daß das Umwandlungsgesetz keine Geltung hinsichtlich der Rechtswirkungen eines Umwandlungsvorganges auch auf einen hieran beteiligten ausländischen Rechtsträger beanspruche; dem ist jedoch aufgrund der angeführten Gesetzesbegründung und der klaren Regelung, daß als verschmelzungsfähige Rechtsträger eben nur die in § 3 UmwG aufgezählten, nach deutschem Recht errichteten Rechtsträger in Betracht kommen können⁷⁷, nicht zuzustimmen.

58) Priester, DNotZ 1995, 427, 437 f.; ders., Die „Umwandlung“ einer GmbH auf ihren nicht-vollkaufmännischen Alleingesellschafter, DB 1996, 413, 414; Impelmann, Die Verschmelzung und der Formwechsel von Unternehmen nach dem neuen Umwandlungsrecht, DStR 1995, 769, 770; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 1 UmwG, Rn. 17.

59) Lt. BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 1 UmwG, 80 sollte mit dem hierdurch geschaffenen Numerus clausus bestehender Umwandlungsmöglichkeiten dem im Gesellschaftsrecht geltenden Typenzwang entsprochen werden.

60) Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 162 u. 170; K. Schmidt, Die freiberufliche Partnerschaft, NJW 1995, 1, 7; Priester DNotZ 1995, 427, 432; Widmann/Mayer/Schwarz, § 1 UmwG, Rn. 12, 21 u. 27; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. B 14, 6; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwG, Rn. 11 f.

61) K. Schmidt, NJW 1995, 1, 7; Priester, DNotZ 1995, 427, 429 u. 432; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. B 14, 6; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwG, Rn. 13; vgl. DNotf-Report 1997, 107 f.

62) Diese unter Hinweis auf § 1 EWIV-Ausführungsgesetz bejahend: K. Schmidt, NJW 1995, 1, 7; Priester DNotZ 1995, 427, 432; Lutter, § 1 UmwG, Rn. 20; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwG, Rn. 10; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. B 13, 5; a.A. Widmann/Mayer/Schwarz, § 1 UmwG, Rn. 26; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 11.

63) OLG Düsseldorf GmbHR 1979, 276, 277; Scholz/K. Schmidt, 8. Aufl. 1995, § 60 GmbHG, Rn. 46.

64) Widmann/Mayer/Schwarz, § 3 UmwG, Rn. 6.1 m.w.N.; für OHG: Baumbach/Duden/Hopt, 29. Aufl. 1995, § 131 HGB, Rn. 3; für Vereine: Sauter/Schweyer, Der eingetragene Verein, 15. Aufl. 1994, Rn. 356.

65) Widmann/Mayer/Schwarz, § 3 UmwG, Rn. 6.1; anders allerdings die wohl h.M.: Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 162; Lutter, § 3 UmwG, Rn. 12; Lutter/Grunewald, § 39 UmwG, Rn. 11; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwG, Rn. 35.

66) Widmann/Mayer/Schwarz, § 3 UmwG, Rn. 9.1.1; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwG, Rn. 42.

67) Widmann/Mayer/Schwarz, § 3 UmwG, Rn. 9.1.3 m.w.N.

68) Widmann/Mayer/Schwarz, § 3 UmwG, Rn. 9.1.2; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwG, Rn. 42.

69) So AG Erfurt Rpfleger 1996, 163; dem folgt: Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 18; offenlassend: Widmann/Mayer/Schwarz, § 3 UmwG, Rn. 4.1.

70) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwG, Rn. 34; Kölner Kommentar/Kraft, 2. Aufl. 1990, § 339 AktG a.F., Rn. 45.

71) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 3 UmwG, 82.

72) AG Erfurt Rpfleger 1996, 163.

73) Priester, DNotZ 1995, 427, 430; Schaumburg, Grenzüberschreitende Umwandlungen, GmbHR 1996, 501, 502; Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1752; Streck/Mack/Schwedhelm GmbHR 1995, 161; Widmann/Mayer/Schwarz, § 1 UmwG, Rn. 29; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 1 UmwG, Rn. 3; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. B 27, 12.

74) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 1 UmwG, 80.

75) ZGR 1994, 26, 32 u. 35 f.

76) § 1 UmwG, Rn. 6 u. § 2 UmwG, Rn. 34.

77) Schaumburg, GmbHR 1996, 501, 502.

Im Hinblick auf die in der Rechtsprechung vertretene Sitztheorie⁷⁸ hängt die Zulässigkeit der Verschmelzung davon ab, daß der beteiligte Rechtsträger nicht nur seinen Satzungssitz, sondern auch seinen tatsächlichen Verwaltungssitz im Inland hat⁷⁹.

4. Verschmelzung auf das Vermögen des Alleingeschäfters

Bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf das Vermögen eines Alleingeschäfters gem. §§ 3 Abs. 2 Nr. 2, 120–122 UmwG ist fraglich, ob diese voraussetzt, daß es sich bei dem Übernehmer um einen Vollkaufmann handelt. Dies ist von Relevanz insbesondere für Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften⁸⁰ nach §§ 1 Abs. 3, 27 Abs. 1 WPO und §§ 3, 49 StBerG, jedoch kann diese Frage auch für Mitglieder anderer freier Berufe oder für Grundstücksgesellschaften eine Rolle spielen⁸¹.

Für die Verschmelzung auf den Alleingeschäfters werden meist steuerliche Gründe ausschlaggebend sein; in diesem Zusammenhang werden insbesondere die Tarifbegrenzung für gewerbliche Einkünfte gem. § 32 c EStG sowie die restriktive neuere BFH-Rechtsprechung zu Geschäftsführeranteilen genannt⁸².

Zunächst ist festzuhalten, daß in § 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG lediglich von einer Vermögensübernahme durch „natürliche Personen“ gesprochen wird, mithin zumindest die grundsätzliche Verschmelzungsfähigkeit als solche nicht auf Kaufleute beschränkt ist⁸³.

Allerdings schreibt § 122 UmwG vor, daß im Zuge der Verschmelzung ein noch nicht im Handelsregister eingetragener Alleingeschäfters nunmehr *nach den Vorschriften des HGB* in das Handelsregister einzutragen ist; eine solche Eintragung ist Freiberuflern und Minderkaufleuten nicht möglich. Jedoch wurde § 122 UmwG sachlich unverändert dem Vorbild des § 15 Abs. 2 UmwG 1969 entnommen. Diese Vorschrift wurde unstrittig als reine Ordnungsvorschrift ohne konstitutive Wirkung verstanden⁸⁴, d. h. die Registereintragung war nicht Voraussetzung der Verschmelzung, sondern es bestand nur die entsprechende Verpflichtung hierzu, wenn beim Übernehmer durch die Vermögensübertragung nunmehr die Kaufmannseigenschaft gegeben war. Daß der Gesetzgeber § 122 UmwG eine andere Bedeutung zumessen wollte, läßt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen⁸⁵, vielmehr sollte lediglich der Umfang der früheren Regelung beibehalten werden⁸⁶. Ferner ist zu berücksichtigen, daß mit dem UmwG 1995 die im früheren Recht bestehenden Verschmelzungsmöglichkeiten nicht einschränkt, sondern im Gegenteil erweitert werden sollten⁸⁷.

Gleichwohl ist die Problematik äußerst umstritten. Die ersten hierzu ergangenen Entscheidungen⁸⁸ und ein Teil des Schrifttums⁸⁹ beschränken die Möglichkeit zur Vermögensübernahme von Kapitalgesellschaften auf in das Handelsregister eintragungsfähige Kaufleute. Begründet wird dies mit der Verweisungsvorschrift des § 121 UmwG, derzufolge die Ver-

schmelzung gem. § 20 Abs. 1 UmwG erst mit der Eintragung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers wirksam werde. Unter diesen Umständen komme § 122 UmwG eine neue Bedeutung zu, als nämlich die Eintragungsfähigkeit des Alleingeschäfters nunmehr Wesensmerkmal dieser Verschmelzungsart sei⁹⁰.

Demgegenüber findet nach der im Schrifttum wohl überwiegenden Gegenmeinung⁹¹ § 20 Abs. 1 UmwG bei Verschmelzungen auf den Alleingeschäfters keine Anwendung. Vielmehr sei von einer gesetzlichen Regelungslücke auszugehen, die dadurch ausgefüllt wird, daß für den Wirksamkeitszeitpunkt der Verschmelzung auf die Eintragung bei der übertragenden Gesellschaft abgestellt wird⁹².

Dem ist zuzustimmen. Die Verweisung des § 121 UmwG beschränkt die Geltung der Allgemeinen Vorschriften ausdrücklich nur auf die beteiligte Kapitalgesellschaft. Hiermit sollte in erster Linie das Erfordernis des Verschmelzungsvertrages anstelle des nach altem Recht genügenden bloßen Umwandlungsbeschlusses eingeführt werden und gleichzeitig zum Ausdruck kommen, daß besondere Vorschriften zum Schutz des Alleingeschäfters für entbehrlich gehalten wurden⁹³; deshalb geht im übrigen auch die Auffassung des AG Dresden⁹⁴ fehl, neben dem Verschmelzungsbeschluß der Gesellschaft sei ein gesonderter Zustimmungsbeschluß des Alleingeschäfters erforderlich⁹⁵. Für die Anwendung des § 20 Abs. 1 UmwG gibt dieser Gesetzeszweck nichts her. Zu berücksichtigen ist auch, daß die Regelung des § 20 Abs. 1 UmwG lediglich einen einheitlichen Zeitpunkt für das Wirksamwerden der Verschmelzung im Hinblick auf mögliche Mehrfachverschmelzungen gewährleisten soll⁹⁶. Bei einer Verschmelzung nach den §§ 120 ff. besteht hierfür jedoch kein Bedürfnis, da stets nur *ein* übertragener und *ein* übernehmender Rechtsträger beteiligt sind. Ferner ist in § 20 Abs. 1 UmwG von der Eintragung „in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers“ die Rede; selbst Vollkaufleute haben jedoch keinen Sitz, sondern lediglich einen Ort ihrer Handelsniederlassung (§ 29 HGB), dem zwar in vieler, aber eben nicht in jeder Hinsicht eine gleiche Rechtsbedeutung zukommt.

Daß nicht auf § 20 Abs. 1 UmwG als Wirksamkeitszeitpunkt für die Verschmelzung auf den Alleingeschäfters abzustellen ist, zeigt schließlich § 9 UmwStG⁹⁷. Dieser unterscheidet ausdrücklich danach, ob Vermögen der übertragenden Körperschaft Betriebsvermögen (Abs. 1) oder Privatvermögen (Abs. 2) der natürlichen Person wird. Zwar kann das UmwStG den Kreis der durch das UmwG vorgegebenen Verschmelzungsmöglichkeiten nicht erweitern⁹⁸, so daß von § 9 UmwStG nicht unmittelbar auf die Verschmelzungsfähigkeit von Nicht-Kaufleuten geschlossen werden kann. Die Überführung von Gesellschaftsvermögen in Privatvermögen ist jedoch auch bei Vollkaufleuten denkbar, etwa wenn der Alleingeschäfters bereits mit einem separaten Handelsgewerbe im Handelsregister eingetragen, die übertragende Gesellschaft hingegen rein vermögensverwaltend tätig war⁹⁹. Somit sind Fälle möglich, in denen zwar die in

78) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. B 28, 12; Lutter, Einl., Rn. 32, jeweils m.w.N.
79) Widmann/Mayer/Schwarz, § 1 UmwG, Rn. 29.2; Sagasser/Bula, a.a.O.; a.A. Lutter, § 1 UmwG, Rn. 7.
80) Priester, DNotZ 1995, 427, 436; Felix, Umwandlungssperre für die Einpersonen-Steuerberatungs-GmbH?, DSfR 1996, 658.
81) Heckschen, Die Verschmelzung auf den Alleingeschäfters – Eine mißglückte gesetzliche Regelung, ZIP 1996, 450, 451.
82) Priester, DB 1996, 413.
83) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwG, Rn. 31, § 120 UmwG, Rn. 5 und § 9 UmwStG, Rn. 9; Heckschen, ZIP 1996, 450, 452; Priester, DB 1996, 413, 414.
84) LG Koblenz DB 1996, 267; OLG Zweibrücken DB 1996, 418; Heckschen, ZIP 1996, 450, 452.
85) BR-Drucks. 75/94, zu § 122 UmwG, 115.
86) Neye, EWIR § 122 UmwG 1/96, 277.
87) AG Dresden DB 1996, 1813; Neye, EWIR § 122 UmwG 1/96, 277 f.; Heckschen, ZIP 1996, 450, 452; Priester, DB 1996, 413, 415; Felix, DSfR 1996, 658, 659.
88) LG Koblenz DB 1996, 267 f.; OLG Zweibrücken DB 1996, 418 f.
89) Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1751; Wochinger/Dötsch, Das neue Umwandlungssteuergesetz und seine Folgeänderungen bzw. Auswirkungen bei der Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuer, DB-Beilage Nr. 14/94, 31;

Dehmer/Stratz, Nochmals: Die Verschmelzung auf den Alleingeschäfters, DB 1996, 1071, 1073; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 122 UmwG, Rn. 2 u. § 9 UmwStG Rn. 9, 70.
90) LG Koblenz DB 1996, 267; OLG Zweibrücken DB 1996, 418 f.; Dehmer/Stratz, DB 1996, 1071, 1072.
91) Priester, DNotZ 1995, 427, 436; ders., DB 1996, 413, 415; Heckschen, ZIP 1996, 450 ff.; ders. in: Widmann/Mayer, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 298; Lutter/Karollus, § 120 UmwG, Rn. 19 f.; Neye, EWIR § 122 UmwG 1/96, 277 f.; Felix, DSfR 1996, 658 ff.
92) Heckschen, ZIP 1996, 450, 453 f.; Lutter/Karollus, § 122 UmwG, Rn. 5; dem folgt jetzt auch AG Dresden GmbHR 1996, 1813, 1814.
93) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 121, 115.
94) DB 1996, 1814.
95) Vgl. auch LG Dresden DB 1997, 88 f.; Heckschen, ZIP 1996, 450, 453; Heckschen, Die Zustimmung zur Umwandlung durch Verschmelzung, NotBZ 1997, 2; Lutter/Karollus, § 121 UmwG, Rn. 12.
96) Priester, DB 1996, 413, 414.
97) Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 298; Priester, DB 1996, 413, 415.
98) Dehmer/Stratz, DB 1996, 1071, 1072 in Fn 24; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 9 UmwStG, Rn. 9 u. 70.
99) Vgl. Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 9 UmwStG, Rn. 70 a.E.

§ 122 UmwG geforderte Kaufmannseigenschaft des übernehmenden Alleingeschafters gegeben ist, sich gleichwohl aber die Eintragung in das Register beim übernehmenden Rechtsträger verbietet, da das übertragene Gesellschaftsvermögen gerade nicht dem kaufmännischen Unternehmen des Alleingeschafters zugeordnet wird.

Bis zu einer Klarstellung durch den Gesetzgeber¹⁰⁰ empfiehlt sich bei Sachverhalten, in denen es auf die Entscheidung dieser Rechtsfrage ankommt, also etwa bei der Verschmelzung von Steuerberatungsgesellschaften auf ihren Alleingeschafters, eine vorherige Absprache mit dem Registergericht. Falls hiernach Probleme für die Eintragung der Verschmelzung zu erwarten sind, ist zur Erreichung desselben wirtschaftlichen Ergebnisses folgender Ausweg angeboten worden¹⁰¹: Zunächst wird ein Zwerganteil auf einen Dritten übertragen. Sodann erfolgt ein Formwechsel in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit anschließendem Ausscheiden des „Umwandlungshelfers“.

B. Ablauf der Verschmelzung

Das Verschmelzungsverfahren läßt sich in drei Phasen unterteilen, nämlich die Vorbereitung der Verschmelzungsbeschlüsse, die Beschlußfassung selbst und den anschließenden Vollzug der Verschmelzung¹⁰².

I. Bilanzaufstellung

Die Vorbereitungsphase beginnt mit den betriebswirtschaftlichen Vorüberlegungen, die zur Entscheidung über die Durchführung der Verschmelzung führen. Ist diese Entscheidung gefallen, sollte im Hinblick auf die 8-Monats-Frist in § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG alsbald mit der Aufstellung der Schlußbilanzen der übertragenden Rechtsträger begonnen werden. Als Schlußbilanz wird in der Regel die letzte Jahresbilanz verwendet werden, eine notwendige Identität besteht jedoch nicht, vgl. § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG¹⁰³. Die Schlußbilanzen müssen bei Abschluß des Verschmelzungsvertrages noch *nicht* vorliegen¹⁰⁴. Soweit allerdings die letzte Jahresbilanz des Rechtsträgers als Schlußbilanz benutzt wird und die sich aus § 63 Abs. 1 Nr. 2 UmwG ergebende Offenlegungspflicht eingreift (vgl. B. IV.), ist zu beachten, daß die Bilanzaufstellung wohl aber im Zeitpunkt der Einberufung der über den Verschmelzungsvertrag beschließenden Versammlung dieses Rechtsträgers erfolgt sein muß¹⁰⁵.

II. Verschmelzungsvertrag

1. Verfahren

Darüber, ob der Verschmelzungsvertrag zweckmäßigerweise *vor* oder *nach* Beschlußfassung beurkundet wird, gehen die

Meinungen auseinander¹⁰⁶. Zu beachten ist, daß bei der nach § 4 Abs. 2 UmwG möglichen Beschlußfassung über einen Entwurf genau der Text, dem zugestimmt wurde, später auch beurkundet werden muß¹⁰⁷ und allenfalls Schreibfehlerberichtigungen analog § 30 Abs. 4 DNot zulässig sind¹⁰⁸. Ansonsten sind erneute Verschmelzungsbeschlüsse bei den beteiligten Rechtsträgern erforderlich, für die wiederum alle nachstehend dargestellten Informations-, Mehrheits- und Formerfordernisse zum Schutz der Anteilshaber einzuhalten sind¹⁰⁹.

Die Beschlußfassung über Alternativentwürfe wird für zulässig erachtet, soweit die gesetzlichen Informations- und Zuleitungspflichten hinsichtlich aller Alternativentwürfe erfüllt wurden und die jeweiligen Unterschiede klar verständlich sind, so daß keine Verwirrung der abstimmenden Anteilshaber zu befürchten ist¹¹⁰.

Der Verschmelzungsvertrag ist von den Vertretungsorganen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger in vertretungsberechtigter Zahl abzuschließen¹¹¹; hierbei können Prokuristen im Rahmen einer unechten Gesamtvertretung mitwirken, die alleinige Vertretung durch Prokuristen ist jedoch nicht möglich¹¹².

Nach Beurkundung des Verschmelzungsvertrages hat der Notar den Vertrag gem. § 54 EStDV dem Finanzamt am Sitz der beteiligten Rechtsträger und bei Vorhandensein von Grundbesitz gem. § 18 GrEStG dem Grunderwerbsteuer-Finanzamt¹¹³ mitzuteilen.

Bei jedem an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger ist spätestens ein Monat vor Beschlußfassung der Anteilshaber der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf gem. § 5 Abs. 3 UmwG dem zuständigen Betriebsrat zuzuleiten. Mangels ausdrücklicher Regelung im UmwG ist die Frage der Zuständigkeit nach allgemeinem Betriebsverfassungsrecht zu beurteilen¹¹⁴. Danach ist die Zuständigkeit eines Gesamtbetriebsrates des Rechtsträgers gegeben, wenn kumulativ die Maßnahme das Unternehmen insgesamt und nicht nur einen einzelnen Betrieb betrifft und die Angelegenheit nicht auf der Ebene der einzelnen Betriebsräte geregelt werden kann¹¹⁵. Entsprechendes gilt gem. § 58 BetrVG für das Verhältnis von Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat¹¹⁶. Sind Gesamt- und Konzernbetriebsräte eingerichtet, empfiehlt sich daher immer die Zustellung des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs auch an diese¹¹⁷. Spätere Änderungen des Verschmelzungsvertrages bzw. dessen Entwurfs begründen nach richtiger Ansicht nur dann eine erneute Zuleitungspflicht an den Betriebsrat, wenn diese Auswirkungen nicht nur unerheblicher Art auf die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen haben können¹¹⁸.

Ist kein Betriebsrat vorhanden, entfällt die Zuleitungspflicht gem. § 5 Abs. 3 UmwG; ein Betriebsrat muß nicht etwa eigens für die nach dem UmwG vorgesehene Unterrichtung eingerichtet werden¹¹⁹.

100) Welche lt. Felix, DStR 1996, 658, 660 bereits im BMJ erwogen werden solle.

101) Felix, DStR 1996, 658, 660.

102) Allg. Meinung: Priester, DNotZ 1995, 427, 431; Impelmann, DStR 1995, 769, 770; Widmann/Mayer/Heckschen Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 14; Dehmer, § 1 UmwG, Rn. 12 ff.; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 13 ff., 64 f.

103) Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1 Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X.1, Anm. 5, 1179.

104) Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 96; Widmann/Mayer/Mayer, Vor §§ 46-59 UmwG, Rn. 42; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 13, 64.

105) Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 96.

106) Vgl. einerseits Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 164; Hadding/Hennrichs, Zur Verschmelzung unter Beteiligung rechtsfähiger Vereine nach dem neuen Umwandlungsgesetz, FS für Boujong, 1996, 203, 212; Lutter, § 4 UmwG, Rn. 15; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 15, 64 und andererseits Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 20.

107) BHGZ 82, 188, 195 = WM 1982, 86 = AG 1982, 129.

108) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 54 u. 62; Heckschen, NotBZ 1997, 2, 3.

109) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 61; Widmann/Mayer/Mayer, § 4 UmwG, Rn. 10, 64; Lutter, § 4 UmwG, Rn. 19; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 7 UmwG, Rn. 14; Kölner Kommentar/Kraif, § 340 c AktG a.F., Rn. 38.

110) Widmann/Mayer/Heckschen § 13 UmwG, Rn. 58; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 39.

111) Widmann/Mayer/Mayer, § 4 UmwG, Rn. 33.

112) Priester, DNotZ 1995, 427, 438; Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 162; Widmann/Mayer/Mayer, § 4 UmwG, Rn. 35, 39; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 121; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 24, 66; Lutter, § 4 UmwG, Rn. 8.

113) Die Verschmelzung löst für im Inland belegene Grundstücke im Vermögen übertragender Rechtsträger grds. Grunderwerbsteuer aus, vgl. Lutter/Schaumburg, Anh. § 122 UmwG, Rn. 29 und Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. I 129, 193, jeweils m.w.N.; zur Bemessungsgrundlage vgl. Fin.Min. Baden-Württemberg, Erlaß vom 8. 8. 1995 - S 4521/12, DB 1995, 750 f.

114) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 5 UmwG, 83; Joost, ZIP 1995, 976, 984; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 252.

115) Joost, ZIP 1995, 976, 984; Melchior, GmbHR 1996, 833, 834; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 252 f.

116) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 254.

117) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 54, 78; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 86.

118) Müller, Die Zuleitung des Verschmelzungsvertrages an den Betriebsrat nach § 5 Abs. 3 Umwandlungsgesetz, DB 1997, 713, 714; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 61; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 260 f.; i.E. auch Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 7 UmwG, Rn. 14: „Bei entscheidenden Änderungen“; a.A., d. h. für eine erneute Zuleitungspflicht ohne jede Einschränkung: Melchior, GmbHR 1996, 833, 836.

119) LG Stuttgart, Beschl. v. 11.12.1995, 4 KfH T 22/95, DNotI-Report 1996, 43; Priester, DNotZ 1995, 427, 434; Joost, ZIP 1995, 976, 985; Müller, DB 1997, 713, 716; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 202, 262; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG, Rn. 105; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. C 51, 35; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 87.

Für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit besteht gem. §§ 61, 78, 111 UmwG sodann die Verpflichtung, den Verschmelzungsvertrag oder seinen Entwurf noch vor Einberufung der Hauptversammlung bzw. Versammlung der obersten Vertretung, die über die Zustimmung beschließen soll, beim Registergericht einzureichen, welches die Einreichung durch Eintragung in den Gesellschaftsblättern (§ 10 HGB) bekanntzumachen hat.

2. Inhalt

a) Anteilerwerb beim übernehmenden Rechtsträger

Angaben zum Anteilerwerb beim übernehmenden Rechtsträger gehören gem. § 5 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 UmwG zum gesetzlichen Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrages; sie entfallen gem. § 5 Abs. 2 UmwG nur, sofern eine 100%-Beteiligung des übernehmenden Rechtsträgers an dem übertragenden Rechtsträger besteht, da in diesen Fällen eine Anteilsgewährung ausgeschlossen ist, § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG.

aa) Anzahl und Art der zu gewährenden Anteile

Zur Stückelung der beim übernehmenden oder neuen Rechtsträger zu gewährenden Anteile enthält das Gesetz keine Vorgaben. Insbesondere läßt sich dem Umwandlungsgesetz 1995 kein allgemeiner Rechtssatz entnehmen, nach dem notwendigerweise die gleiche Anzahl von Anteilen zu gewähren ist, wie sie für den jeweiligen Anteilshaber beim übertragenden Rechtsträger bestanden hat¹²⁰. Anderes gilt allerdings nach h. M. im Fall einer übertragenen GmbH. Da wegen § 17 Abs. 1 GmbHG eine Zusammenlegung der Anteile bei der alten Gesellschaft nicht ohne Zustimmung des Gesellschafters möglich gewesen wäre, sollen einem Gesellschafter mit mehreren Geschäftsanteilen Anteile in gleicher Anzahl auch beim übernehmenden Rechtsträger zustehen¹²¹. Ob dies allerdings auch dann gilt, wenn die Vermögensübertragung im Wege der Verschmelzung durch Neugründung wiederum auf eine GmbH erfolgt, ist im Hinblick auf § 36 Abs. 2 S. 1 UmwG i.V.m. § 5 Abs. 2 GmbHG zweifelhaft¹²².

Umstritten ist, welche Folgen sich aus der Anteilsgewährungspflicht gegenüber Inhabern von Kleinstbeteiligungen ergeben. Ist eine GmbH Zielrechtsträger der Verschmelzung, sind Fälle denkbar, in denen das Umtauschverhältnis nicht einmal die Gewährung eines Geschäftsanteils in der durch § 55 Abs. 1 S. 2 UmwG ermöglichten Mindesthöhe von 50,- DM zuläßt; bei einer AG wird dagegen aufgrund der Möglichkeit, Aktien mit einem Nennbetrag von 5,- DM auszugeben, das Problem der Anteilsgewährung bei Kleinstbeteiligungen kaum praxisrelevant sein. Der Streit geht hier darum, ob eine Barzahlung zum Ausgleich für den Verlust der Beteiligung nur *mit* oder auch *ohne* Zustimmung des betroffenen Anteilshabers erfolgen kann¹²³.

Bei Verschmelzung von Aktiengesellschaften ist fraglich, ob ein Umtausch in Aktien anderer Art erfolgen kann. Die Ausgabe von Inhaber- statt Namensaktien oder umgekehrt wird allge-

mein für unbedenklich gehalten, da es sich insoweit nicht um verschiedene Aktiengattungen handelt¹²⁴. Bei Gewährung von vinkulierten Namensaktien ist allerdings in den Verschmelzungsvertrag ein Barabfindungsangebot nach § 29 UmwG aufzunehmen, wenn bei der übertragenden Gesellschaft keine vergleichbare Vinkulierungsbestimmung bestand¹²⁵. Hingegen wird ein Austausch von Stammaktien in stimmrechtslose Vorzugsaktien entweder generell¹²⁶ oder zumindest dann, wenn hiervon nicht alle Aktionäre der übertragenden Aktiengesellschaft gleichermaßen betroffen sind¹²⁷, für unzulässig erachtet.

bb) Umtauschverhältnis

Soweit es sich nicht um reine Konzernverschmelzungen handelt, ist die Festlegung des Umtauschverhältnisses, aus dem sich für die Anteilshaber der übertragenen Rechtsträger der jeweilige Umfang ihrer Beteiligung an dem übernehmenden oder neuen Rechtsträger ergibt, schwierigster und wichtigster Punkt des Verschmelzungsvertrages¹²⁸. Das Interesse der Anteilshaber der übertragenen Rechtsträger geht dahin, ein wertmäßiges Äquivalent für die untergehenden Beteiligungen zu erhalten; umgekehrt führt eine zu hohe Anteilsgewährung zu einem mittelbaren Vermögensverlust bei den alten Anteilshabern des übernehmenden Rechtsträgers.

Das Umtauschverhältnis ist daher grundsätzlich nicht frei bestimmbar, sondern ergibt sich aus einer bei den zu verschmelzenden Rechtsträgern durchzuführenden Unternehmensbewertung (zu der Frage der bewußten Hinnahe eines unangemessenen Umtauschverhältnisses durch die Anteilshaber s.u. VII. 2.). Grundlage für die Wertermittlung sind hierbei die wahren Vermögenswerte, d.h. die Verkehrswerte incl. stiller Reserven und Firmenwert, nicht die Buchwerte¹²⁹. Mithin können die letzten Jahresabschlüsse allenfalls Ausgangspunkt der Bewertung sein¹³⁰.

Wie § 12 Abs. 2 UmwG zeigt, enthält das Gesetz selbst im Hinblick auf die verschiedenen betriebswirtschaftlichen Methoden zur Unternehmensbewertung keine zwingende Vorgabe. Die Substanzwertmethode bietet zwar den Vorteil einer objektiven Wertfeststellung, läßt aber den Wert nicht selbständig verkehrsfähiger Güter (Goodwill, Standort, Kundenstamm, Marktstellung etc.) unberücksichtigt¹³¹ und ist daher allenfalls für reine Holdinggesellschaften ohne eigene Geschäftsaktivitäten heranzuziehen¹³². Ebenfalls ungeeignet für die Unternehmensbewertung ist der Börsenkurs von an der Verschmelzung beteiligten Aktiengesellschaften¹³³. Durchgesetzt hat sich demgegenüber die Ertragswertmethode¹³⁴. Diese beinhaltet eine Schätzung der künftigen Geschäftsergebnisse auf Basis der bereinigten Vergangenheitsergebnisse, kapitalisiert durch Abzinsung auf den Bewertungsstichtag¹³⁵. Daneben hat für das nicht betriebsnotwendige Vermögen eine gesonderte Bewertung zu Einzelveräußerungspreisen stattzufinden¹³⁶. Der Unternehmenswert ergibt sich somit aus dem Ertragswert zzgl. Substanzwert des nicht betriebsnotwendigen Vermögens¹³⁷.

Die so vorzunehmende Unternehmensbewertung erfolgt notwendigerweise zu einem bestimmten Stichtag. Das Wirksam-

120) A.A. Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 182; wohl auch Lutter/H. Schmidt, § 46 UmwG, Rn. 14.

121) Streck/Mack/Schwedhelm, GmbH 1995, 161, 163; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 88; Hachenburg/Schilling/Zutt, § 77 GmbHG, Anh. II Verschm., § 21 KapErhG, Rn. 12.

122) Dies gleichwohl bejahend: Widmann/Mayer/Mayer, § 36 UmwG, Rn. 42 und § 5 UmwG, Rn. 88 m.w.N.

123) Vgl. Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 194 f. m.w.N. in Fn 276; Lutter/M. Winter, § 54 UmwG, Rn. 31 ff.

124) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 73; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 11; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 27, 67, jeweils m.w.N.

125) Widmann/Mayer/Mayer, a.a.O. und Sagasser/Bula, a.a.O.

126) Lutter, § 5 UmwG, Rn. 12; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 27, 67.

127) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 74.

128) Priester, DNotZ 1995, 427, 438; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 16; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 28, 67.

129) Streck/Mack/Schwedhelm, GmbH 1995, 161, 163; Hoffmann-Becking, Das neue Verschmelzungsrecht in der Praxis, FS für Fleck, 1988, 105, 115; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 96; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 5.

130) Vgl. hierzu Widmann/Mayer/Heckschen, Anh. 4 zum UmwStG: Mustersatz 1, M 1, Anm. 9: „Bilanz ist nicht Grundlage für die Berechnung der Umtauschverhältnisse“ sowie Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1, Anm. 10: „Vorstände können bei der Bewertung zwar von den neuesten Jahresabschlüssen ausgehen, ...“ und in FS für Fleck, 1988, 105, 117: „Die Vorstände müssen die Bewertung aus dem Zahlenwerk der neuesten vorliegenden Jahresbilanzen entwickeln“.

131) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 12.

132) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 99.

133) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 100; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 24; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 23.

134) Vgl. BGH NJW 1993, 2103.

135) Einzelheiten hierzu siehe Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 102 ff. m.w.N.; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 24 f.; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 35 ff., 70 f.

136) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 105.

137) OLG Düsseldorf WM 1992, 986, 990, DB 1990, 2312 f. und DB 1990, 1395 f.; BayObLG AG 1996, 176, 177; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 105; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 19; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 31, 69.

werden der Verschmelzung kommt als Bewertungsstichtag nicht in Betracht¹³⁸, denn zum einen ist der hierfür maßgebliche Eintragungszeitpunkt der Verschmelzung in das Register des übernehmenden bzw. neuen Rechtsträgers bei Abfassung von Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf und Verschmelzungsbericht nicht vorhersehbar, zum anderen steht die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses schon zu einem früheren Zeitpunkt auf dem Prüfstand, nämlich bei Beschlußfassung der Anteilshaber über die Verschmelzung. Vor dem Hintergrund der zu dieser Zeit bestehenden aktuellen Wertverhältnisse müssen die Anteilshaber darüber entscheiden, ob sie das Umtauschverhältnis für angemessen halten. Hierbei wird in erster Linie auf die von dem Anteilstausch unmittelbar betroffenen Anteilshaber beim übertragenden Rechtsträger abzustellen sein; maßgeblicher Bewertungsstichtag für das Umtauschverhältnis ist damit der Tag, an dem diese der Verschmelzung zustimmen. Im Hinblick auf § 30 Abs. 1 S. 1 UmwG, der für die gleichfalls aus der Unternehmensbewertung abzuleitende Berechnung der Barabfindung ausdrücklich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Verschmelzungsbeschlusses beim übertragenden Rechtsträger abstellt, kann diese Frage im neuen Recht nicht mehr streitig sein¹³⁹.

Abzulehnen ist somit die Auffassung, der Bewertungsstichtag richte sich nach dem Verschmelzungsstichtag¹⁴⁰. Ebenso wenig kann noch der Ansicht gefolgt werden, daß der Bewertungsstichtag für die Ermittlung des Umtauschverhältnisses im Verschmelzungsvertrag frei bestimmt werden könne¹⁴¹.

Hat zur Anteilsgewährung, wie in den praktisch häufigsten Fällen der Verschmelzung auf eine GmbH oder AG meist der Fall sein wird, eine Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger zu erfolgen, läßt sich die Berechnung des Umtauschverhältnisses auf Grundlage der festgestellten Unternehmenswerte am einfachsten nach den folgenden Schritten vornehmen: Zunächst wird der Kapitalerhöhungsbetrag insgesamt ermittelt, indem man den tatsächlichen Wert des übertragenden Rechtsträgers im Verhältnis zum tatsächlichen Wert des übernehmenden Rechtsträgers setzt und den daraus abzuleitenden Faktor mit dem alten Kapitalbetrag multipliziert¹⁴². Aus diesem Gesamtbetrag erhalten die einzelnen Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers Anteile im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung, wobei ggf. eine ersatzlos untergehende eigene Beteiligung des übernehmenden Rechtsträgers den Kapitalerhöhungsbetrag entsprechend mindert. Evtl. Spitzen können durch bare Zuzahlungen ausgeglichen werden. Ergibt die Berechnung kein gängiges Umtauschverhältnis, kann dieses etwa durch Ausschüttungen oder Kursenkungs- bzw. Kurserhöhungsmaßnahmen bei den beteiligten Rechtsträgern vorab hergestellt werden¹⁴³.

Im Verschmelzungsvertrag kann nur das Umtauschverhältnis als solches, mit Geltung einheitlich für alle hiervon betroffenen Anteilshaber, festgelegt werden. Da nach der gesetzlichen Konzeption Vor- oder Nachteile für einzelne Anteilshaber aus dem Anteilstausch als solchem nicht entstehen dürfen¹⁴⁴, ist ein „individuelles“ Umtauschverhältnis für bestimmte Anteilshaber

oder die sonstige Regelung einer vom Umtauschverhältnis abweichenden Verteilung der gewährten Anteile unter den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers im Verschmelzungsvertrag nicht zulässig¹⁴⁵; anders als im Spaltungsvertrag¹⁴⁶ besteht mithin keine Aufteilungsfreiheit hinsichtlich der zu gewährenden Anteile¹⁴⁷.

cc) Einzelheiten für die Übertragung

Zu den nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 UmwG anzugebenden Einzelheiten für die Übertragung findet sich in der bisherigen Literatur nicht viel. Verwiesen wird hier auf die Angabe, ob bei einer aufnehmenden Kapitalgesellschaft eigene oder durch Kapitalerhöhung neugeschaffene Anteile gewährt werden, ferner die Angaben im Zusammenhang mit der Bestellung des Treuhänders und der mit dessen Hilfe zu bewirkende Aktiengabe, § 71 UmwG, und schließlich auf Bestimmungen über die Tragung der mit dem Anteilstausch verbundenen Kosten¹⁴⁸.

dd) Zeitpunkt von Anteilerwerb und Gewinnberechtigung

Der Anteilerwerb beim aufnehmenden Rechtsträger vollzieht sich gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG unmittelbar mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung. Es handelt sich somit um einen Anteilerwerb kraft Gesetzes und nicht aufgrund Vereinbarung¹⁴⁹; dies ist auch der Grund, warum etwa bei einer Kapitalerhöhung zur Schaffung der neuen Anteile gem. § 55 Abs. 1 S. 1 UmwG keine Übernahmeerklärung nach § 55 Abs. 1 GmbHG oder gem. § 69 Abs. 1 S. 1, 1. Halbsatz UmwG keine Zeichnung neuer Aktien nach § 185 AktG erfolgt.

Mit dem Anteilerwerb beginnt grundsätzlich auch die Gewinnberechtigung aus den neuen Anteilen. Aus § 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG folgt jedoch, daß der Zeitpunkt der Gewinnberechtigung im Verschmelzungsvertrag frei bestimmt werden kann¹⁵⁰. Meist wird der Stichtag für den Beginn der Gewinnberechtigung mit dem Stichtag für den Wechsel der Rechnungslegung, d.h. den Verschmelzungsstichtag gem. § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG identisch sein, notwendig ist dies jedoch nicht¹⁵¹. Abweichende Vertragsgestaltungen, etwa eine spätere Gewinnbeteiligung zum Ausgleich eines ansonsten für die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers zu günstigen Umtauschverhältnisses, sind nach h. M. durchaus denkbar¹⁵².

b) Barabfindungsangebot

Neben den Angaben zum Anteilerwerb ist gem. § 29 UmwG in den Verschmelzungsvertrag ein Barabfindungsangebot aufzunehmen, wenn eine Mischverschmelzung gegeben ist (Abs. 1 S. 1) oder die neuen Anteile nach dem Gesellschaftsvertrag, der Satzung oder dem Statut des übernehmenden Rechtsträgers Verfügungsbeschränkungen unterworfen sind (Abs. 1 S. 2)¹⁵³. Gleiches soll nach der vorgesehene Gesetzesänderung künftig auch bei gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen bezüglich der Anteile am übernehmenden Rechtsträger gelten^{153a}. Anspruchsberechtigt sind allerdings nur solche Anteilshaber, die gegen den Verschmelzungsbeschuß des übertragenden Rechtsträgers Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben.

138) So aber Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 15 UmwG, Rn. 10.

139) Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1., Anm. 7, 1180; ders., FS für Fleck, 1988, 105, 116; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 131, nach dem allerdings die Bewertung unter Berücksichtigung des Umstandes, daß diese bereits bei Abfassung des einen Monat vor Beschlußfassung dem zuständigen Betriebsrat zuzuleitenden Verschmelzungsvertrages und des Verschmelzungsberichts vorliegen muß, auch auf einen etwa 6 bis 8 Wochen vor der Versammlung liegenden Zeitpunkt erfolgen könne; a.A. Lutter, § 5 UmwG, Rn. 21: Gesetz gebe keine Vorgabe.

140) Vgl. die Nachweise bei Hoffmann/Becking, FS für Fleck, 1988, 105, 116 und Widmann/Mayer/Mayer, a.a.O., in Fn 86.

141) So aber noch Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 29, 68 und Lutter, § 5 UmwG, Rn. 21, jeweils m.w.N., allerdings zum alten Recht.

142) Vgl. BayObLG DB 1989, 1558, 1560; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 118.

143) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 128-130.

144) Priester, DB 1997, 560, 562; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 114; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 18.

145) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 27; vgl. auch die Regelung in § 57 j GmbHG zum Parallellfall der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.

146) Hierzu Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 131 UmwG, Rn. 87.

147) Vgl. den in § 131 Abs. 1 Nr. 3 UmwG gegenüber § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG abweichenden Wortlaut: „Bei Aufspaltung und Abspaltung werden die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers entsprechend der im Spaltungs- und Übernahmevertrag vorgesehenen Aufteilung Anteilshaber des übernehmenden Rechtsträgers“.

148) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 138; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 27; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 30.

149) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 20 Rn. 85; Widmann/Mayer/Mayer, § 4 UmwG, Rn. 22.

150) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 5 UmwG, 82; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 33; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 30.

151) Hoffmann/Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1., Anm. 7, 1180; ders., FS für Fleck, 1988, 105, 110; Priester, DNotZ 1995, 427, 438; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 144; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 33; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 30.

152) Hoffmann/Becking, FS für Fleck, 1988, 105, 110; Priester, Bilanzierung bei schwebender Verschmelzung, BB 1992, 1594; Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 163; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 144; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 45, 74.

153) Nach Lutter, § 5 UmwG, Rn. 63 ist analog § 5 Abs. 2 UmwG ein Barabfindungsangebot jedoch nicht erforderlich, wenn eine 100%ige Tochtergesellschaft verschmolzen wird.

153a) Vgl. DNotI-Report 1997, 107 f.

Sehr umstritten ist, ob § 29 UmwG auch dann gilt, wenn bzgl. der untergehenden Beteiligung bereits beim alten Rechtsträger eine entsprechende Verfügungsbeschränkung bestanden hat, mithin ein Barabfindungsangebot bei jeder Vinkulierung oder nur bei einer Verschlechterung der Rechtsposition der betroffenen Anteilsinhaber zu machen ist.

Dem Wortlaut der Vorschrift läßt sich eine solche Einschränkung nicht entnehmen. Deren Befürworter¹⁵⁴ verweisen auf den Schutzzweck der Barabfindung und auf die Gesetzesbegründung, in der es heißt, „die Verpflichtung zur Abfindung solle auch dann entstehen, wenn aus einem frei veräußerbaren Anteil ein vinkulierter Anteil werde“¹⁵⁵. Gegen eine teleologische Reduktion von § 29 Abs. 1 S. 2 UmwG spricht jedoch, daß kaum zu entscheiden sein wird, ob die Verfügungsbeschränkung beim aufnehmenden Rechtsträger für die Anteilsinhaber tatsächlich die gleiche Bedeutung hat wie die bisherige Verfügungsbeschränkung beim übertragenden Rechtsträger¹⁵⁶.

Angesichts der starken Gegenmeinung¹⁵⁷ dürfte sich jedenfalls für die notarielle Praxis empfehlen, in jedem Fall der Gewährung vinkulierter Anteile zu einer Aufnahme des Barabfindungsangebots in den Verschmelzungsvertrag zu raten, soweit nicht mit einer einstimmigen Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag gerechnet werden kann.

Die anzubietende Barabfindung muß angemessen sein. Hier gilt im Grunde dasselbe wie bei der Festlegung des angemessenen Umtauschverhältnisses: Das Abfindungsangebot muß demnach dem vollen Verkehrswert der ursprünglichen Beteiligung beim übertragenden Rechtsträger entsprechen¹⁵⁸. Die Angemessenheit unterliegt der Kontrolle durch Prüfer (§ 30 Abs. 2 UmwG) und im Spruchverfahren (§ 34 i.V.m. §§ 305 ff. UmwG).

c) Verschmelzungsstichtag

Der Verschmelzungsstichtag wird vom Gesetz definiert als der Zeitpunkt, von dem an die Handlungen des übertragenden Rechtsträgers als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen gelten, § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG, und bezeichnet mithin den für den Wechsel der Rechnungslegung maßgeblichen Stichtag¹⁵⁹. Allerdings tritt diese Rechtswirkung zunächst nur im Innenverhältnis der beteiligten Rechtsträger ein, denn die Verpflichtung zur Aufstellung von Jahresabschlüssen entfällt für den übertragenden Rechtsträger erst mit der konstitutiv wirkenden Registereintragung¹⁶⁰, was für Fälle, in denen sich das Eintragungsverfahren längere Zeit hinziehen sollte, von Bedeutung sein kann¹⁶¹.

Der Verschmelzungsstichtag ist grundsätzlich frei bestimmbar¹⁶². In der Praxis werden Verschmelzungsstichtag, Stichtag der Schlußbilanz gem. § 17 Abs. 2 UmwG, Stichtag des letzten Jahresabschlusses und Stichtag für den Beginn der Gewinnberechtigung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG regelmäßig zusammenfallen. Wie bereits dargelegt, ist dies hinsichtlich der beiden letztgenannten Stichtage nicht zwingend. Hingegen wird ganz überwiegend davon ausgegangen, daß Verschmelzungsstichtag und Stichtag der Schlußbilanz identisch sein müssen¹⁶³,

denn erst „mit der Schlußbilanz schließe die übertragende Gesellschaft ihre Bücher“¹⁶⁴ und ende die Gewinnberechtigung ihrer Anteilsinhaber¹⁶⁵.

Danach wäre es insbesondere nicht möglich, einen vor der Schlußbilanz liegenden Zeitpunkt als Verschmelzungsstichtag zu wählen, etwa wenn die 8-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG für die Verwendung des letzten Jahresabschlusses als Schlußbilanz nicht mehr eingehalten werden kann, die Beteiligten aber gleichwohl einen früheren Wechsel der Rechnungslegung, z. B. zum Ende des gewöhnlichen Geschäftsjahres des übertragenden Rechtsträgers, wünschen¹⁶⁶.

Überzeugend ist dies nicht. Dagegen spricht schon, daß die Buchführungspflicht des übertragenden Rechtsträgers unabhängig von der erstellten Schlußbilanz ohnehin bis zur Eintragung der Verschmelzung in das Register beim übernehmenden oder neuen Rechtsträger bestehen bleibt und hiervon ebensowenig beeinflusst wird, wie von der Festlegung des Verschmelzungsstichtags. Insofern ist dann aber nicht einsichtig, warum ein Wechsel der Rechnungslegung nur zum Stichtag der Schlußbilanz möglich sein soll. Wie Mayer¹⁶⁷ zu Recht ausführt, ist ferner auf § 80 Abs. 2 UmwG zu verweisen, wonach bei Genossenschaften auch die Angabe des Stichtags der Schlußbilanz im Verschmelzungsvertrag verlangt wird. Diese Regelung ist unverständlich, wenn notwendige Identität mit dem bereits gem. § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG anzugebenden Verschmelzungsstichtag besteht.

Insbesondere wenn mit Komplikationen in Form von Klagen gegen die Wirksamkeit der Verschmelzungsbeschlüsse zu rechnen ist, empfiehlt es sich, im Verschmelzungsvertrag variable Bilanz- und Verschmelzungsstichtage festzulegen, wobei dann auch der Beginn der Gewinnberechtigung entsprechend zu regeln sein wird¹⁶⁸.

d) Arbeitnehmerinformation

Im Rahmen der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG sind zunächst die unmittelbaren Folgen der Verschmelzung¹⁶⁹ für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen darzustellen, womit vor allem Rechtsfolgen gemeint sind¹⁷⁰.

Hier wird vom Gesetzgeber keine Ausführlichkeit dergestalt verlangt, daß der Verschmelzungsvertrag im wesentlichen nur noch aus Arbeitnehmerinformation besteht, vielmehr genügt eine katalogartige Aufzählung der wichtigsten Auswirkungen der Verschmelzung auf individual- und kollektivarbeitsrechtlicher Ebene¹⁷¹.

In Betracht kommen werden Hinweise auf den Übergang der Arbeitsverhältnisse aufgrund der eintretenden Gesamtrechtsnachfolge, die Rechtsfolgen gem. § 613 a Abs. 1 und 4 BGB, etwaige Auswirkungen auf bestehende Tarifbindungen, wenn der übernehmende oder neue Rechtsträger einem anderen Verband angehört oder gar verbandsfrei ist (wobei jedoch das befristete Verschlechterungsverbot aus § 613 a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB und eine evtl. Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG zu beachten sind¹⁷²), und geschlossene Betriebsvereinbarungen

154) Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 164; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 29 UmwG, Rn. 2 u. 8; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 84.

155) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 29 UmwG, 94.

156) Grunewald, Austrittsrechte als Folge von Mischverschmelzungen und Verfügungsbeschränkungen (§ 29 UmwG), FS für Boujong, 1996, 175, 180.

157) Reichert, GmbHR 1995, 176, 187; Widmann/Mayer/Vollrath, § 29 UmwG, Rn. 13; Lutter/Grunewald, § 29 UmwG, Rn. 5.

158) Priester, DNotZ 1995, 427, 434; Grunewald, FS für Boujong 1996, 175, 186; Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 164; Schöne, GmbHR 1995, 325, 330; Widmann/Mayer/Vollrath, § 30 UmwG, Rn. 5; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 30 UmwG, Rn. 4; vgl. LG Dortmund DB 1996, 2221.

159) Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1., Anm. 7, 1180; ders., FS für Fleck, 1988, 105, 111; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 153; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 31.

160) OLG Hamm DB 1992, 417; Priester, BB 1992, 1594, 1596; Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 24 f.; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 36; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 153; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 46, 75 und Rn. H 3, 125.

161) Vgl. Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 157; Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 25.

162) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 5 UmwG, 82.

163) Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 166; Hoffmann-Becking, FS für Fleck, 1988, 105, 111 f.; ders.; Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1., Anm. 7, 1180 m.w.N.; Priester, BB 1992, 1594, 1595 m.w.N.; Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 12; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 31 m.w.N.; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 46, 75.

164) Hoffmann-Becking, FS für Fleck, 1988, 105, 112.

165) Priester, BB 1992, 1594, 1595.

166) Vgl. Lutter, § 5 UmwG, Rn. 31.

167) Widmann/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 160.

168) Hoffmann-Becking, FS für Fleck, 1988, 105, 120; Priester, DNotZ 1995, 427, 438; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 30, 32; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 146, 164; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 46, 75; entsprechende Formulierungsvorschläge finden sich u.a. bei Widmann/Mayer/Heckschen, Anh. 4 zum UmwStG; Mustersatz 1, unter § 4 im Muster M 1 sowie bei Lutter, § 5 UmwG, Fn. 114 und 122.

169) Zu dem Begriff vgl. Drygalla, ZIP 1996, 1365; Wlotzke, DB 1995, 40, 41.

170) Joost, ZIP 1995, 976, 979; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 181; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 40.

171) Joost, ZIP 1995, 976, 984; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 47.

172) Joost, ZIP 1995, 976, 980; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 186.

(insoweit dürften Auswirkungen bei der Verschmelzung jedoch weitgehend ausgeschlossen sein¹⁷³), sowie schließlich auf Folgen für die Arbeitnehmermitbestimmung, etwa wenn auf Rechtsträger verschmolzen wird, für die keine Unternehmensmitbestimmung gilt (z. B. offene Handelsgesellschaften)¹⁷⁴. Unmittelbare Auswirkungen auf den Bestand und die Beteiligungsrechte von (Einzel-)Betriebsräten sind bei Verschmelzungsvorgängen nicht denkbar¹⁷⁵; Gesamtbetriebsräte und Konzernbetriebsräte beim übertragenden Rechtsträger fallen allerdings weg¹⁷⁶.

Umstritten ist, ob über die unmittelbaren Rechtsfolgen hinaus auch sogenannte mittelbare Folgen der Verschmelzung anzugeben sind, insbesondere geplante Umstrukturierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen mit hiermit verbundenem Personalabbau. Das Gesetz läßt diese Frage offen, aus der Gesetzesbegründung läßt sich hierzu nichts entnehmen¹⁷⁷. Nach wohl überwiegender Auffassung in der Literatur ist die Angabe von mittelbaren Verschmelzungsfolgen generell nicht erforderlich¹⁷⁸. Hierfür werden im wesentlichen drei Gründe angeführt:

- der Normkontext, d. h. die Aufnahme in einen Katalog von lediglich Grundinformationen, welche ihrem Umfang nach daher restriktiv auszulegen seien;
- die Kollision mit den nach der Wertung des § 8 Abs. 2 UmwG schützenswerten Geheimhaltungsinteressen der beteiligten Rechtsträger; diese Problematik stelle sich verschärft bei Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit im Hinblick auf die dort gebotene Vorabereinbarung des Vertragstextes und dessen anschließende Bekanntmachung (§§ 61, 78, 111 UmwG);
- schließlich vor allem die Entbehrlichkeit solcher Informationen im Hinblick auf die ohnehin schon gegebene Unterrichtungspflicht nach § 111 BetrVG.

Letztlich ist die Frage nach dem Sinn und Zweck von § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG zu entscheiden. Hier kann es aber nicht allein um Rechtsbelehrung der Arbeitnehmer gehen¹⁷⁹, vielmehr dient die Vorschrift der frühzeitigen Unterrichtung des Betriebsrates über die Verschmelzung, damit dieser in der Lage ist, etwaige Mitbestimmungsrechte rechtzeitig und sachgerecht geltend zu machen¹⁸⁰. Unterrichtungszweck ist somit das kollektive Interesse der Arbeitnehmer an wirksamer Ausübung von betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechten¹⁸¹, für welches gerade mittelbare Folgen der Verschmelzung von erheblicher Bedeutung sein können. Selbst wenn der Gesetzgeber Unterrichtungspflichten damit doppelt geregelt haben sollte – was im übrigen durchaus auch an anderer Stelle im UmwG 1995 vorkommt, zu denken ist nur an die sich teilweise überschneidenden Regelungsbereiche der besonderen Informationspflichten gegenüber den Anteilshabern bei Einberufung der über die Verschmelzung beschließenden Versammlungen im Verhältnis

zu den allgemeinen Vorschriften etwa im AktG oder GmbHG – rechtfertigt sich hieraus noch keine einschränkende Gesetzesauslegung. Gravierende mittelbare Folgen für eine größere Anzahl von Arbeitnehmern werden somit unter Berücksichtigung des Normzwecks im Verschmelzungsvertrag anzusprechen sein, auch wenn hier keine Einzelheiten darzulegen sind¹⁸².

Soweit kein Betriebsrat besteht, kann das gesetzliche Unterrichtungsziel nicht erreicht werden, womit die Angabe nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG grundsätzlich gänzlich entfallen können¹⁸³; es wird in diesen Fällen jedoch ein allgemeiner Hinweis auf § 613 a BGB sowie darauf, daß kein Betriebsrat vorhanden ist, empfohlen¹⁸⁴.

e) Sonstiger notwendiger Inhalt

Bei der in der Praxis üblichen und sinnvollen Angabe der gesetzlichen Bestimmungen, nach denen sich die Verschmelzung vollzieht, handelt es sich zwar nicht um einen notwendigen Inhalt des Verschmelzungsvertrages¹⁸⁵. Zwingend erforderlich ist jedoch gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG die ausdrückliche Vereinbarung der Vermögensübertragung als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften; insoweit empfiehlt sich eine textliche Anlehnung an die gesetzliche Definition der Verschmelzung aus § 2 UmwG¹⁸⁶.

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG sind im Verschmelzungsvertrag alle den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers am übernehmenden Rechtsträger gewährten Rechte aufzuführen. Auf eine nähere Definition dieser Rechte wurde vom Gesetzgeber bewußt verzichtet¹⁸⁷. Mithin ist davon auszugehen, daß umfassend Sonderrechte jeder Form anzugeben sind, um jegliche Abweichung vom gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot transparent zu machen¹⁸⁸. In Betracht kommen werden insbesondere Vorzugsrechte auf Gewinn oder Liquidationserlös, Vorerwerbsrechte auf andere Anteile, Bestellungen- bzw. Entsandungsrechte in bezug auf Gesellschaftsorgane oder Zustimmungsvorbehalte, etwa für bestimmte Satzungsänderungen oder die Änderung von Geschäftstätigkeitsfeldern des Unternehmens¹⁸⁹. Die Angabepflicht besteht auch in bezug auf die Inhaber besonderer Rechte an einem übertragenden Rechtsträger, welchen gem. § 23 UmwG zwingend gleichwertige Rechte am übernehmenden Rechtsträger einzuräumen sind. Zu beachten ist, daß für die Neubegründung dieser besonderen Rechte u. U. eine entsprechende Änderung im Gesellschaftsvertrag, der Satzung oder dem Statut des übernehmenden Rechtsträgers erforderlich sein wird¹⁹⁰.

Anzugeben sind schließlich gem. § 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG auch jegliche besondere Vorteile, die anlässlich der Verschmelzung Organmitgliedern, geschäftsführenden Gesellschaftern und – dies als gesetzliche Neuerung – Abschluß- oder Verschmelzungsprüfern gewährt werden. Sondervorteile für andere Personen, etwa Kommanditisten oder sonstige Sachverständige, werden hiervon nicht erfaßt¹⁹¹.

173) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 188; vgl. auch Joost, ZIP 1995, 976, 980.
 174) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 186 ff.; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 47; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 41 ff.
 175) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 196.
 176) Lutter, § 5 UmwG, Rn. 49 f.
 177) Joost, ZIP 1995, 976, 984; Drygalla, ZIP 1996, 1365; a. A. Wlotzke, DB 1995, 40, 45, der die Erforderlichkeit solcher Angaben aus dem in § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG enthaltenen Zusatz „sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen“ entnimmt.
 178) Priester, DNotZ 1995, 427, 435; Drygalla, ZIP 1996, 1365, 1368 f.; Müller, DB 1997, 713, 714; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 54 ff. Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 52, 77; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 182 f., 200; insoweit widersprüchlich Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 46 f., nach dem auch Pläne zur künftigen Organisation des übernehmenden Rechtsträgers und zum Personalabbau zu den unmittelbaren Folgen der Verschmelzung gehören.
 179) So aber ausdrücklich Lutter, § 5 UmwG, Rn. 39.
 180) Joost, ZIP 1995, 976, 985; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 179.
 181) Joost, ZIP 1995, 976, 985.
 182) Wlotzke, DB 1995, 40, 45; Joost, ZIP 1995, 976, 984 vgl. auch das Vertragsmuster von Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form X. 1., § 5, 1176.

183) LG Stuttgart, Beschl. v. 11. 12. 1995, 4 KfH T 22/95, DNotI-Report 1996, 43; Joost, ZIP 1995, 976, 985; a. A. Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 27; Müller, DB 1997, 713, 716.
 184) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 202.
 185) Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 140; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 27, 66 f.
 186) Vgl. die Vertragsmuster von Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1., § 1 Abs. 1, 1175 und Widmann/Mayer/Heckschen, Anh. 4 zum UmwStG: Mustersatz 1, M 1, § 1 Abs. 1.
 187) Die Aufzählung „Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrheitsstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genußrechte“ bezieht sich nicht auf die vom übernehmenden Rechtsträger gewährten Rechte (so aber Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 47, 75), sondern erläutert den Begriff „Inhaber besonderer Rechte“ entsprechend § 23 UmwG, vgl. Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 168 und Lutter, § 5 UmwG, Rn. 35.
 188) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 39; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 47, 75.
 189) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 47, 75; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 167; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 34.
 190) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 218.
 191) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 171.

Anzusprechen sind insbesondere Zusagen finanzieller Art, wie Abfindungszahlungen, Tantiemen oder Tätigkeitsvergütungen, zum anderen aber auch die Zusage von bisherigen Positionen beim übertragenden Rechtsträger entsprechenden Organfunktionen, Geschäftsführungstätigkeiten, sonstigen Weisungsbefugnissen oder Entsendungsrechten¹⁹². Dies gilt unabhängig davon, daß die Bestellung neuer Vertretungsorgane beim übernehmenden Rechtsträger zu ihrer Wirksamkeit eines entsprechenden Beschlusses der Anteilshaber (bzw. bei Aktiengesellschaften des Aufsichtsrats) bedarf und insoweit die Angabe im Verschmelzungsvertrag allein den übernehmenden Rechtsträger noch nicht binden kann¹⁹³.

Hinsichtlich der Abschluß- und Verschmelzungsprüfer sind nur Sondervergütungen, nicht die üblichen Prüfungshonorare aufzuführen¹⁹⁴. Die Gesetzesbegründung¹⁹⁵ verweist in diesem Zusammenhang darauf, daß bei prüfungspflichtigen Gesellschaften häufig Prüfer, die bisher für die Gesellschaft tätig waren, aus Verträgen entlassen und entschädigt werden müßten.

Auch wenn keine Rechte oder besondere Vorteile gewährt werden, empfiehlt sich, gewissermaßen als „Checkliste“ für den Registerrichter, eine entsprechende Negativangabe im Verschmelzungsvertrag¹⁹⁶.

Bei einer Verschmelzung durch Neugründung muß schließlich gem. § 37 UmwG in dem Verschmelzungsvertrag der Gesellschaftsvertrag, die Satzung oder das Statut des neuen Rechtsträgers enthalten oder festgestellt sein, unabhängig davon, daß die Entscheidung hierüber gem. §§ 59 Abs. 1 S. 1, 76 Abs. 2 S. 1, 98 S. 1, 116 Abs. 1 S. 1 UmwG den Anteilshabern vorbehalten bleibt.

f) Rechtsformspezifische Angaben

Je nach Rechtsform des beteiligten Rechtsträgers ergeben sich aus den Besonderen Vorschriften des Zweiten Teils des UmwG noch weitere gesetzlich erforderliche Angaben im Verschmelzungsvertrag.

Bei Personenhandelsgesellschaften ist gem. § 40 Abs. 1 UmwG für jeden Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers zu bestimmen, ob ihm die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten gewährt wird und der Betrag seiner Einlage festzusetzen.

Streitig ist, ob bei einer übertragenden GmbH & Co. KG das Ausscheiden einer Komplementär-GmbH ohne eigene Kapitalbeteiligung im Verschmelzungsvertrag besonders geregelt werden muß. Teilweise wird vertreten, da für die Komplementär-GmbH in diesem Fall keine Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger vorgesehen seien, ergebe sich deren Ausscheiden automatisch mit Wirksamwerden der Verschmelzung als allgemeine Rechtsfolge i.S.v. § 20 UmwG¹⁹⁷. Die Gegenmeinung¹⁹⁸ verlangt hingegen die ausdrückliche Festlegung von Zeitpunkt und Modalitäten des Ausscheidens der Komplementär-GmbH aus der Kommanditgesellschaft, da sich dieses nur nach allgemeinen Grundsätzen vollziehe und bis zum Wirksamwerden der Verschmelzung bereits erfolgt sein müsse.

Nicht zu folgen ist der Ansicht¹⁹⁹, die Beteiligung der Komplementär-GmbH falle unter § 23 UmwG, wonach dieser zwingend

eine gleichwertige Stellung beim übernehmenden Rechtsträger zu gewähren wäre. Zum einen hat deren Vertretungs- und Geschäftsführungsrecht beim übertragenden Rechtsträger eine ganz andere Qualität als die in dieser Vorschrift beispielhaft genannten Sonderrechte, zum anderen wäre die Einräumung einer vergleichbaren Rechtsstellung bei einem übernehmenden Rechtsträger anderer Rechtsform überhaupt nicht möglich. § 23 UmwG schützt Forderungsrechte, nicht Herrschaftsrechte.

Bei einer GmbH als übernehmendem Rechtsträger verlangt § 46 UmwG die namentliche Zuordnung der gewährten Anteile (Abs. 1), des weiteren die Angabe, ob im Wege der Kapitalerhöhung neugeschaffene Geschäftsanteile mit anderen Rechten und Pflichten als sonstige Geschäftsanteile ausgestattet werden (Abs. 2) und schließlich die besondere Ausweisung, ob und an wen bereits vorhandene Geschäftsanteile der GmbH ausgegeben werden (Abs. 3).

Soweit auf eine Aktiengesellschaft verschmolzen wird, hat gem. § 71 Abs. 1 S. 1 UmwG jeder übertragende Rechtsträger einen Treuhänder zur Entgegennahme der zu gewährenden Aktien und der baren Zuzahlungen zu bestellen. Die Angabe im Verschmelzungsvertrag, wer als Treuhänder bestellt wird, ist nicht zwingend, aber in der Praxis üblich²⁰⁰. Der Treuhänder muß von den beteiligten Rechtsträgern unabhängig sein; in Betracht kommen Banken, Treuhandgesellschaften oder auch Notare²⁰¹.

Unbekannte Aktionäre einer übertragenden AG oder KGaA sind gem. § 35 UmwG im Verschmelzungsvertrag durch die Angabe ihrer Aktienurkunde zu bezeichnen.

Für übernehmende Genossenschaften ergibt sich aus § 80 Abs. 1 S. 1 UmwG wie bei der GmbH das Erfordernis genauer Zuordnung der gewährten Anteile, wenn Rechtsträger anderer Rechtsform aufgenommen werden. Ferner hat ggf. gem. § 79 UmwG gleichzeitig mit der Verschmelzung eine Änderung des Statuts der Genossenschaft zu erfolgen, wenn hierin bisher die Beteiligung mit mehr als einem Geschäftsanteil nicht zugelassen war und insbesondere Kapitalgesellschaften aufgenommen werden, bei denen eine größere Beteiligung einzelner Anteilshaber besteht²⁰².

g) Angaben über den gesetzlichen Mindestinhalt hinaus

Hinsichtlich aller sonstigen Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Verschmelzung gilt, daß diese nach den allgemeinen Beurkundungsgrundsätzen immer dann mit in den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen sind, wenn sie nach dem Willen der Beteiligten Bedingung der Verschmelzung sind und damit ein „untrennbares Ganzes“ mit dem eigentlichen Verschmelzungsvorgang bilden²⁰³. In erster Linie ist hier an Änderungen im Gesellschaftsvertrag, der Satzung oder dem Statut des übernehmenden Rechtsträgers bei einer Verschmelzung durch Aufnahme zu denken²⁰⁴. Zwar ist insoweit für die vertragschließenden Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger keine Regelungskompetenz gegeben, was aber, wie die gesetzliche Bestimmung in § 37 UmwG zeigt, der Angabe im Verschmelzungsvertrag nicht entgegensteht. Dieser unterliegt ohnehin seinem gesamten Inhalt nach dem Zustimmungsvorbehalt der Anteilshaber.

192) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 172; Widmann/Mayer/Vossius, Vor § 39 ff. UmwG, Rn. 119; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 38; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 50, 76 f.

193) Lutter/M. Winter, § 59 UmwG, Rn. 5; Dehmer, § 5 UmwG, Rn. 42; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 50, 77; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 227.

194) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 173; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG, Rn. 43.

195) BR-Drucks. 75/94, zu § 5 UmwG, 82.

196) Widmann/Mayer/Heckschen, Anh. 4 zum UmwStG: Mustersatz 1, M 1 Anm. 16; vgl. auch Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1., § 2 Abs. 4, 1176.

197) Kallmeyer, Der Ein- und Austritt der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel nach dem UmwG 1995, GmbHR 1996, 80, 82.

198) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 19 ff.

199) Widmann/Mayer/Vossius, § 23 UmwG, Rn. 11.

200) Vgl. Widmann/Mayer/Heckschen, Anh. 4 zum UmwStG: Mustersatz 9, M 49, § 4; Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1. § 4, 1176.

201) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 42, 73; Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1., Anm. 15, 1183.

202) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 79 UmwG, 106; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 79 UmwG, Rn. 5.

203) Widmann/Mayer/Heckschen, § 6 UmwG, Rn. 16, 24 m.w.N.; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 28.

204) Vgl. Widmann/Mayer/Heckschen, Anh. 4 zum UmwStG; Mustersatz 1, M 1 § 9.

Gegenstand der vertraglichen Regelung kann insbesondere eine Firmenänderung beim übernehmenden Rechtsträger anlässlich der Verschmelzung sein:

Mit § 18 Abs. 1 UmwG wird die Möglichkeit zur Fortführung der Firma des übertragenden Rechtsträgers nunmehr erstmals im Verschmelzungsrecht allgemein eröffnet²⁰⁵, nachdem Regelungen hierzu bisher nur im Recht der übertragenden Umwandlung enthalten waren, vgl. insb. § 6 Abs. 3 UmwG 1969. Die Vorschrift hat § 22 Abs. 1 HGB zum Vorbild²⁰⁶, bleibt aber mit dem Ausschluß einer abgeleiteten Sachfirma für übernehmende Personenhandelsgesellschaften gem. § 18 Abs. 1 S. 2 UmwG hinter dessen Fortführungsmöglichkeiten zurück.

Die Gesetzesbegründung²⁰⁷ spricht davon, daß die Möglichkeit zur weiteren Verwendung der Firma des übertragenden Rechtsträgers „bei Fortführung des von diesem betriebenen Handelsgeschäfts“ bestehen solle. Dementsprechend wird vertreten, daß ohne tatsächliche Fortsetzung des Geschäftsbetriebs des übertragenden Rechtsträgers kein Recht zur Firmenfortführung bestehe²⁰⁸. Dies hat jedoch, anders als etwa noch in § 6 Abs. 3 S. 1 UmwG 1969, keinen Niederschlag im Gesetzestext des § 18 Abs. 1 UmwG gefunden. Wie in § 22 HGB kommt es hier nur auf den „Erwerb des Handelsgeschäfts“ an, womit unerheblich sein muß, ob der Übernehmer den Betrieb des übertragenden Rechtsträgers nach Vollzug der Verschmelzung wirklich weiterführt oder dies wenigstens beabsichtigt hatte²⁰⁹.

Vom Grundsatz her ist wie bei § 22 HGB nur eine unveränderte Firmenfortführung möglich, d. h. die Verwendung bloßer Firmenbestandteile übertragender Rechtsträger wird durch § 18 Abs. 1 UmwG nicht gedeckt²¹⁰. Erlaubt sind jedoch die durch § 18 Abs. 1 S. 1 UmwG ausdrücklich zugelassenen Nachfolge- und Inhabersätze sowie geringfügige Änderungen in der Schreibweise, etwa die Ersetzung von „&“ durch „und“ oder ähnliches²¹¹. Hingegen haben Rechtsformzusätze des übertragenden Rechtsträgers zu entfallen, wenn sie im Hinblick auf den übernehmenden Rechtsträger zur Irreführung des Rechtsverkehrs geeignet sind; umgekehrt sind ggf. nach § 19 Abs. 5 HGB, § 4 Abs. 2 GmbHG, § 4 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 AktG und § 3 Abs. 2 S. 1 GenG erforderliche Rechtsformzusätze beizufügen²¹². Die Verlautbarung der korrekten Haftungsverhältnisse hat hier Vorrang vor dem Grundsatz der Firmenbeständigkeit²¹³.

Zulässig ist nicht nur eine ersetzende Firmenfortführung, sondern auch die Vereinigung von bisheriger Firma des übernehmenden Rechtsträgers und fortgeführter Firma des übertragenden Rechtsträgers²¹⁴.

Einer Personenhandelsgesellschaft ist allerdings die Firmenfortführung anders als im Fall des § 22 HGB²¹⁵ nur gestattet, wenn die Firma des übertragenden Rechtsträgers den Namen einer natürlichen Person enthält, § 18 Abs. 1 S. 2 UmwG. Die Gesetzesbegründung spricht hier davon, daß „im Interesse der Firmenwahrheit das Verbot der Sachfirmen für Personenhandelsgesellschaften aufrecht erhalten werde“²¹⁶. Die Regelung ist im Hinblick auf ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der Fortführung einer reinen Sachfirma auch bei übernehmenden Personenhandelsgesellschaften heftig kritisiert worden²¹⁷.

Umgekehrt ist für Genossenschaften gem. § 18 Abs. 1 S. 3 UmwG nur die Fortführung einer Sachfirma des übertragenden Rechtsträgers möglich. Aus der gesetzlichen Formulierung „soweit“ wird jedoch gefolgert, daß für Genossenschaften in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen auch die Fortführung allein des Sachbestandteils der Firma des übertragenden Rechtsträgers möglich sein soll²¹⁸.

Eine Einwilligung zur Firmenfortführung ist nach § 18 Abs. 3 UmwG insoweit erforderlich, als ein namensgebender Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers vor Wirksamkeit der Verschmelzung verstirbt oder gem. §§ 29 ff. UmwG ausscheidet und somit nicht an dem übertragenden Rechtsträger beteiligt wird²¹⁹.

Zur Firmenneubildung unter Verwendung von Firmenbestandteilen des übertragenden Rechtsträgers oder mehrerer übertragender Rechtsträger enthält auch das UmwG 1995 keine besonderen Vorschriften, ausgenommen in bezug auf eine von § 19 HGB abweichende Verwendung des Namens einer natürlichen Person durch übernehmende Personenhandelsgesellschaften, welche gem. § 18 Abs. 2 UmwG entsprechend der aus § 6 Abs. 3 S. 2 UmwG 1969 entnommenen Regelung auf Antrag durch das Registergericht genehmigt werden kann.

Ansonsten richtet sich die Firmenneubildung allein nach den für den betreffenden Rechtsträger jeweils geltenden allgemeinen Regeln. Die Verwendung von in der Firma des übertragenden Rechtsträgers enthaltenen Namen natürlicher Personen ist daher – soweit überhaupt zulässig – nur möglich, wenn diese mit der Verschmelzung Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers werden; für Sachbestandteile gilt, daß eine Ableitung aus dem aktuellen, ggf. infolge der Verschmelzung sich ändernden Unternehmensgegenstand des übernehmenden Rechtsträgers möglich sein muß²²⁰.

IV. Verschmelzungsbericht und Verschmelzungsprüfung

Grundsätzlich ist ein *Verschmelzungsbericht* gem. § 8 UmwG für alle beteiligten Rechtsträger erforderlich, ausgenommen nur bei 100-%-Beteiligung des übernehmenden Rechtsträgers an dem übertragenden Rechtsträger oder bei Verzicht durch alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger, § 8 Abs. 3 UmwG, sowie ferner bei einer Personenhandelsgesellschaft, wenn alle Gesellschafter geschäftsführungsberechtigt sind, § 41 UmwG. Gem. § 8 Abs. 1 S. 1, zweiter Halbsatz UmwG kann für die beteiligten Rechtsträger auch ein gemeinsamer Bericht erstattet werden.

Zum umstrittenen Mindestinhalt des Verschmelzungsberichts enthält § 8 UmwG leider nur sehr allgemeine Vorgaben ohne nähere Festlegung der hierbei einzuhaltenden Mindestanforderungen, so daß damit zu rechnen ist, daß der Umfang der Berichtspflicht weiterhin Quelle vieler Klagen gegen die Wirksamkeit von Verschmelzungsbeschlüssen bleiben wird²²¹. Da sich auch aus der bisherigen Rechtsprechung keine hinreichend bestimmten Anforderungen entnehmen lassen²²² (zumindest steht fest, daß lediglich eine Erläuterung der Grundsätze für die Ermittlung der Unternehmenswerte und des darauf beruhenden Umtauschverhältnisses nicht ausreichend ist²²³), kann die notarielle Empfehlung an die Beteiligten nur lauten, größte Sorgfalt auf die Abfassung des Verschmelzungsberichts zu verwenden.

205) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 18 UmwG, 90; Kögel, Firmenrechtliche Besonderheiten des neuen Umwandlungsrechts, GmbHR 1996, 168, 169; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 18 UmwG, Rn. 1.

206) Vgl. BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 18 UmwG, 91.

207) BR-Drucks. 75/94, zu § 18 UmwG, 90.

208) Widmann/Mayer/Vossius, Vor § 39 ff. UmwG, Rn. 55.

209) Vgl. BGH BB 1973, 211 zu § 22 HGB und Lutter/Bork, § 18 UmwG, Rn. 3.

210) Widmann/Mayer/Vollrath, § 18 UmwG, Rn. 19; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 18 UmwG, Rn. 3.

211) Widmann/Mayer/Vollrath, § 18 UmwG, Rn. 19.

212) Widmann/Mayer/Vossius, vor § 39 ff. UmwG, Rn. 46; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 18 UmwG, Rn. 13.

213) Widmann/Mayer/Vollrath, § 18 UmwG, Rn. 21.

214) Widmann/Mayer/Vollrath, § 18 UmwG, Rn. 22; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 18 UmwG, Rn. 4.

215) Vgl. hierzu BGH, BB 1977, 768.

216) BR-Drucks. 75/94, zu § 18 UmwG, 91.

217) Kögel, GmbHR 1996, 168, 170.

218) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 18 UmwG, Rn. 9.

219) Widmann/Mayer/Vollrath, § 18 UmwG, Rn. 32.

220) Widmann/Mayer/Vollrath, § 19 UmwG, Rn. 29.

221) Priester, DNotZ 1995, 427, 439; Dörrie, WiB 1995, 1, 3 f.; Impelmann, DSiR 1995, 769, 771; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, Teil D IV, Rn. 31; Widmann/Mayer/Mayer, § 8 UmwG, Rn. 8; Lutter, § 8 UmwG, Rn. 51; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 65, 83.

222) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 65, 82 f.; Widmann/Mayer/Mayer, § 8 UmwG, Rn. 7; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 8 UmwG, Rn. 16.

223) BGHZ 107, 296; BGH WM 1990, 140; BGH, WM 1990, 2073.

Nach dem bisherigen Schrifttum²²⁴ wird, um die Funktion als detaillierte, möglichst umfassende Vorabinformation sicherzustellen, als Mindestinhalt des Verschmelzungsberichts erforderlich sein,

- die wirtschaftlichen Motive für die Verschmelzung transparent zu machen,
- ferner alle nicht aus sich selbst heraus verständlichen Bestimmungen des Verschmelzungsvertrages im einzelnen in ihrer rechtlichen Bedeutung und Tragweite zu erläutern,
- schließlich bei Begründung des Umtauschverhältnisses neben der gewählten Methode zur Unternehmensbewertung auch genügend Einzelfaktoren mit konkreten Zahlenangaben mitzuteilen, um jedem Anteilshaber eine hinreichende Plausibilitätskontrolle zu ermöglichen.

Ergänzend sind gem. § 8 Abs. 1 S. 2 UmwG noch auf besondere Bewertungsschwierigkeiten und die sich hieraus ergebenden Folgen für die Beteiligung der Anteilshaber hinzuweisen sowie gem. § 8 Abs. 1 S. 3 UmwG die für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten verbundener Unternehmen eines an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers anzugeben.

Eingeschränkt wird die Berichtspflicht nur hinsichtlich solcher Tatsachen, deren Bekanntwerden geeignet ist, einem der beteiligten Rechtsträger oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen. In diesem Fall erkennt der Gesetzgeber gem. § 8 Abs. 2 UmwG ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse an.

Die *Verschmelzungsprüfung* nach §§ 9 bis 12 UmwG ist, wiederum unter der Voraussetzung, daß keine 100%-Beteiligung des übernehmenden Rechtsträgers gegeben ist (§ 9 Abs. 2 UmwG) und nicht alle Anteilshaber aller beteiligten Rechtsträger hierauf verzichtet haben (§ 9 Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 UmwG), obligatorisch nur für die AG, § 60 Abs. 1 UmwG, damit auch für die KGaA, §§ 78, 60 Abs. 1 UmwG, und den wirtschaftlichen Verein, § 100 Abs. 1 S. 1 UmwG. Bei Genossenschaften ist anstelle der Verschmelzungsprüfung ein Gutachten des Prüfungsverbandes zu erstellen, welches nicht verzichtbar ist, § 81 UmwG. Eine Prüfung auf Verlangen auch nur eines Gesellschafters sehen vor § 44 UmwG bei Personenhandels-gesellschaften im Falle zugelassener Mehrheitsentscheidung über die Verschmelzung und § 48 UmwG bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Bei eingetragenen Vereinen erfolgt die Prüfung gem. § 100 S. 2 UmwG auf schriftliches Verlangen von mindestens zehn Prozent der Mitglieder. In allen Fällen obliegen die Kosten der Verschmelzungsprüfung dem betroffenen Rechtsträger, auch wenn dies für Vereine nicht ausdrücklich bestimmt ist²²⁵.

Prüfungsinhalt ist gem. § 12 UmwG die Angemessenheit des im Verschmelzungsvertrag vorgeschlagenen Umtauschverhältnisses und ggf. der Höhe barer Zuzahlungen²²⁶. Der über das Ergebnis der Prüfung zu erstattende Prüfungsbericht kann gem. § 12 Abs. 1 S. 2 UmwG auch gemeinsam erstattet werden. Gleiches gilt nach § 81 Abs. 1 S. 2 UmwG für ein Prüfungsgutachten, wenn mehrere Genossenschaften an der Verschmelzung beteiligt sind.

Darüber, bis zu welchem Zeitpunkt das Verlangen erklärt werden kann, trifft das Gesetz keine Aussage. Hierzu wird vertreten, das Prüfungsverlangen könne auch noch während der beschlußfassenden Versammlung²²⁷ oder sogar noch bis zum

Ablauf der Monatsfrist nach § 14 Abs. 1 UmwG für eine Klageerhebung gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses²²⁸ gestellt werden. Zumindest letztere Auffassung setzt sich allerdings im Widerspruch zu der gesetzlichen Konzeption der Verschmelzungsprüfung als Vorabinformation für die Entscheidungsfindung der Anteilshaber²²⁹; nach Beschlußfassung erfolgt eine von Anteilshabern gewünschte Überprüfung der Angemessenheit von Umtauschverhältnis und evtl. Barabfindungsangebot durch gerichtliche Entscheidung im Spruchverfahren gem. §§ 15, 305 ff. bzw. §§ 34, 305 ff. UmwG.

Da das Erfordernis einer Verschmelzungsprüfung für die beteiligten Rechtsträger gem. § 9 Abs. 1 UmwG ausdrücklich nur soweit im UmwG (d.h. in den Besonderen Vorschriften) vorgeschrieben besteht, findet bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit mangels einer solchen Regelung keine Verschmelzungsprüfung statt²³⁰.

Neben der Verschmelzungsprüfung ist gem. § 30 Abs. 2 UmwG stets auch die Angemessenheit einer nach § 29 UmwG anzubietenden Barabfindung zu prüfen, ausgenommen nur bei Vorliegen notarieller Verzichtserklärungen aller Abfindungsberechtigten.

Prüfungsberechtigt sind gem. § 11 Abs. 1 S. 1 UmwG i.V.m. § 319 HGB bei einer AG, KGaA und einer großen GmbH im i.S.v. § 267 Abs. 3 HGB sowie (aufgrund der in § 11 Abs. 1 S. 3 UmwG angeordneten entsprechenden Anwendung der in § 267 Abs. 1 bis 3 HGB umschriebenen Größenklassen auch auf Rechtsträger anderer Rechtsform) bei sonstigen Rechtsträgern, die als große Gesellschaften einzustufen sind, ausschließlich Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, ansonsten auch vereidigte Buchprüfer oder Buchprüfungsgesellschaften²³¹. Verschmelzungsprüfer können für mehrere Rechtsträger gemeinsam bestellt werden, vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 UmwG. Ihre Bestellung erfolgt entweder durch das Vertretungsorgan des jeweiligen Rechtsträgers oder auf dessen Antrag durch das zuständige Landgericht am Sitz des Rechtsträgers. Bei gemeinsamer Prüfung mehrerer Aktiengesellschaften ist gem. § 60 Abs. 3 UmwG allerdings nur die Bestellung durch das Gericht möglich.

V. Information der Anteilshaber

Spätestens mit der Einberufung sind bei Personenhandels-gesellschaften (§ 42 UmwG) und bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 47 UmwG) Verschmelzungsvertrag bzw. dessen Entwurf und Verschmelzungsbericht den Anteilshabern zu übersenden. Darüber hinaus soll auch ein bei solchen Rechtsträgern etwaig erstellter Prüfungsbericht in die Übersendungspflicht einbezogen sein²³².

Für die übrigen Rechtsträger gilt, daß von der Einberufung an Verschmelzungsvertrag bzw. dessen Entwurf, Verschmelzungsberichte und erstellte Prüfungsberichte²³³ (bei Genossenschaften die anstatt dessen erstatteten Prüfungsgutachten), ferner Jahresabschlüsse und Lageberichte aller an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger für die letzten drei Geschäftsjahre sowie ggf. Zwischenbilanzen in den Geschäftsräumen auszulegen sind. Dies wird grundlegend in § 63 Abs. 1 UmwG für Aktiengesellschaften geregelt; für Kommanditgesellschaften auf Aktien, Genossenschaften, Vereine, genossenschaftliche Prüfungsvereine und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit wird jeweils auf diese Vorschrift verwiesen (§§ 78, 82 Abs. 1, 101 Abs. 1, 106 und 112 Abs. 1 UmwG).

224) Ossadnik, Die Verschmelzung im neuen Umwandlungsrecht aus betriebswirtschaftlicher Sicht, DB 1995, 105 f.; Schöne, GmbHR 1995, 325, 330 f.; Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 165; Widmann/Mayer/Mayer, § 8 UmwG, Rn. 18 ff.; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 158 ff. und Rn. 171 ff.; Lutter, § 8 UmwG, Rn. 13 ff.; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 8 UmwG, Rn. 11 ff.; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 66 ff., 83 ff.; vgl. auch OLG Hamm DB 1988, 1842.

225) Hadding/Henrichs, FS für Boujong, 1996, 203, 222.

226) Zu den näheren Anforderungen an den Inhalt des Prüfungsberichts vgl. LG Heidelberg DB 1996, 1768.

227) Hadding/Henrichs, FS für Boujong, 1996, 203, 219 f. m.w.N.; Lutter/M. Winter, § 48 UmwG Rn. 6 ff.; Lutter/Hadding, § 100 UmwG, Rn. 6.

228) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 48 UmwG, Rn. 4.

229) Lutter/M. Winter, § 48 UmwG, Rn. 8.

230) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 108 UmwG, Rn. 3 u. § 112 UmwG, Rn. 6; Lutter/Bayer, § 106 UmwG, Rn. 14.

231) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 11 UmwG, Rn. 5; Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 165.

232) Lutter/H. Schmidt, § 42 UmwG, Rn. 5; Lutter/M. Winter, § 47 UmwG, Rn. 7; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 42 UmwG, Rn. 4.

233) Letztere allerdings nicht bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden, da für diese Rechtsträger keine Mischverschmelzungen möglich sind und hinsichtlich der eigenen Rechtsform keine Verschmelzungsprüfung stattfindet.

Bezüglich der auszulegenden Jahresabschlüsse, Lageberichte und Zwischenbilanzen besteht im Hinblick auf eingetragene Vereine das Problem, daß diese i.d.R. keiner kaufmännischen Buchführungspflicht nach den §§ 238 ff. HGB unterliegen und somit an sich überhaupt keine Jahresabschlüsse i.S.v. § 242 Abs. 3 HGB aufzustellen haben²³⁴. Abgesehen von steuerlichen Aufzeichnungspflichten trifft den Vereinsvorstand gegenüber den Vereinsmitgliedern meist nur die allgemeine Rechenschaftspflicht aus § 259 BGB²³⁵. Die Pflicht zur Aufstellung von Lageberichten i.S.v. § 289 HGB besteht nach § 264 Abs. 1 HGB ohnehin nur für große und mittelgroße Kapitalgesellschaften. Gleichwohl verweist § 101 Abs. 1 UmwG uneingeschränkt auf die einschlägigen Offenlegungspflichten aus § 63 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 UmwG. In der Gesetzesbegründung²³⁶ heißt es hierzu:

„Die Vorschrift ist eine Parallele zu § 82 über die Vorbereitung der Generalversammlung einer fusionswilligen Genossenschaft. Wie deren Mitglieder haben auch Vereinsmitglieder i.d.R. nur begrenzte Möglichkeiten, sich über Geschäftsvorgänge ihres Rechtsträgers zu unterrichten. Auch sie bedürfen deshalb bei einer Verschmelzung einer verstärkten Information.“

Die ersten Schriftumsmeinungen²³⁷, die sich mit diesem Problem auseinandersetzen, legen § 101 Abs. 1 UmwG gleichwohl einschränkend dahin aus, daß durch die Verweisung auf § 63 Abs. 1 Nrn. 1, 2 UmwG keine eigenständige Pflicht zur Bilanzaufstellung begründet werde. Vielmehr erfasse die Vorschrift insoweit nur wirtschaftliche Vereine²³⁸ bzw. sei so zu verstehen, daß nicht bilanzierungspflichtige Vereine entsprechend der Gesetzesintention, die Anteilshaber über die Vermögenslage des Vereins zu informieren verpflichtet seien, wenigstens ihre sonstigen Rechnungsunterlagen vorzulegen²³⁹.

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Denn auf ein Informationsbedürfnis der Anteilshaber bezüglich der Geschäftsentwicklung beim eigenen Rechtsträger kann es hier entgegen der Gesetzesbegründung zu § 101 UmwG nicht entscheidend ankommen. Dies wird deutlich, wenn man sich den Sinn der Auslegungspflicht im Hinblick auf die durch § 63 Abs. 1 Nr. 2 UmwG unmittelbar angesprochenen Aktiengesellschaften verdeutlicht. Deren eigene Jahresabschlüsse und Lageberichte waren hier schon vor der Einleitung des Verschmelzungsverfahrens gem. § 172 Abs. 2 AktG zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. Bezüglich des eigenen Rechtsträgers werden also zumindest für Aktionäre durch § 63 Abs. 1 Nr. 2 UmwG nicht mehr gesetzliche Informationspflichten begründet, als ohnehin schon vorgeschrieben sind. Anlässlich der Verschmelzung sind nun aber jeweils die letzten drei Jahresabschlüsse *aller* beteiligten Rechtsträger und nicht nur die des eigenen Rechtsträgers auszulegen. Zweck der Vorschrift ist mithin in erster Linie, den Anteilshabern für die Entscheidung über ihre Zustimmung eine Informationsgrundlage auch über die Geschäftssituation bei den anderen an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern zu verschaffen. Insofern macht die Verweisung in § 101 Abs. 1 UmwG auch in bezug auf § 63 Abs. 1 Nrn. 2, 3 UmwG durchaus einen Sinn, nämlich dann, wenn der Verein als übertragender Rechtsträger von einem Rechtsträger anderer Rechtsform, insbesondere einer Kapitalgesellschaft, aufgenommen werden soll.

Ebenfalls auszulegen sind die Jahresabschlüsse und Lageberichte aller an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger für die letzten drei Geschäftsjahre – nicht aber Zwischenbilanzen – bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 49 Abs. 2 UmwG.

Soweit nur ein Auslegen von Unterlagen erfolgt, sind jedem Anteilshaber, ausgenommen bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, auf Verlangen unverzüglich und auf Kosten des Rechtsträgers Abschriften zu erteilen (§§ 63 Abs. 3, 78, 82 Abs. 2, 101 Abs. 2, 106 UmwG).

In den über die Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag beschließenden Versammlungen der Anteilshaber sind, wiederum bei Aktiengesellschaften (§ 64 UmwG), Kommanditgesellschaften auf Aktien (§§ 78, 64 UmwG), Genossenschaften (§§ 83 Abs. 1, 64 UmwG), Vereinen (§§ 102, 64 UmwG), genossenschaftlichen Prüfungsverbänden (§§ 106, 102, 64 UmwG) und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (§§ 112 Abs. 2, 64 UmwG), die vorbezeichneten Unterlagen nochmals auszulegen, zu Beginn der Verschmelzungsvertrag mündlich zu erläutern und jedem Anteilshaber auf Verlangen Auskunft auch über alle für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten der anderen beteiligten Rechtsträger zu geben. In einer Generalversammlung ist gem. § 83 Abs. 2 UmwG zusätzlich das für die beschließende Genossenschaft erstattete Prüfungsgutachten nach § 81 Abs. 1 S. 1 UmwG zu verlesen.

Bei der GmbH besteht das Auskunftsrecht gem. §§ 49 Abs. 3 UmwG, 51 a GmbH-Gesetz bereits im Vorfeld der Gesellschafterversammlung. Aus § 51 a GmbH-Gesetz folgt ferner, daß die Geschäftsführer neben der schriftlichen Erläuterung im Verschmelzungsbericht auch zu ergänzender mündlicher Erläuterung des Verschmelzungsvertrages verpflichtet sind²⁴⁰.

V. Verzichtserklärungen

Aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung sind durch die Anteilshaber der beteiligten Rechtsträger verzichtbar:

- der Verschmelzungsbericht, § 8 Abs. 3, 1. Alt. UmwG;
- die Verschmelzungsprüfung, § 9 Abs. 3 UmwG;
- der über das Ergebnis der Verschmelzungsprüfung zu erstattende Prüfungsbericht, § 12 Abs. 3 UmwG;
- die Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses, § 16 Abs. 2 S. UmwG;
- die Prüfung der Barabfindung und ein diesbezüglicher Prüfungsbericht, § 30 Abs. 2 S. 3 UmwG.

Allen gesetzlich geregelten Verzichtserklärungen ist gemeinsam, daß sie notariell beurkundet werden müssen. Für den Eintritt der gewünschten Rechtsfolgen muß der Verzicht stets durch alle Anteilshaber erfolgen; die Einholung von Verzichtserklärungen ist daher nur bei Rechtsträgern mit wenigen Anteilshabern praktikabel²⁴¹. Das Nichtverlangen einer Verschmelzungsprüfung (vgl. §§ 44, 48, 100 UmwG) stellt keinen beurkundungsbedürftigen Verzicht i.S.v. § 9 Abs. 3 UmwG dar²⁴².

Über die ausdrückliche gesetzliche Regelung hinaus kann von den hiervon betroffenen Anteilshabern auch auf ein nach § 29 UmwG erforderliches Barabfindungsangebot verzichtet werden; dies folgt als „Erst-recht-Schluß“ aus § 30 Abs. 3 S. 3 UmwG²⁴³. Abzulehnen ist jedoch die Ansicht²⁴⁴, dieser Verzicht bedürfe keiner besonderen Form; vielmehr sind ausdrückliche Verzichtserklärungen entsprechend § 30 Abs. 3 S. 3 UmwG notariell zu beurkunden. Richtig ist allerdings, daß der Barabfindungsanspruch gem. § 29 Abs. 1 S. 1 UmwG nur für Anteilshaber entsteht, die gegen den Verschmelzungsbeschluß

234) Neumayer/Schulz, Die Verschmelzung von rechtsfähigen Vereinen, DStR 1996, 872, 873; Hadding/Henrichs, FS für Boujong, 1996, 203, 222 f.

235) Vgl. Sauter/Schweyer, Der eingetragene Verein, 15. Aufl. 1994, Rn. 279, 208.

236) BR-Drucks. 75/94, zu § 101 UmwG, 111.

237) Neumayer/Schulz, DStR 1996, 872, 873; Hadding/Henrichs, FS für Boujong, 1996, 203, 222 f.; Lutter/Grunewald, § 63 UmwG, Rn. 3.

238) Neumayer/Schulz, a.a.O.

239) Hadding/Henrichs, FS für Boujong, 1996, 203, 223; Lutter/Hadding, § 101, 102 UmwG, Rn. 5.

240) Lutter/M. Winter, § 49 UmwG, Rn. 8; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 49 UmwG, Rn. 7.

241) Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1755.

242) Widmann/Mayer/Heckschen, Anh. 4 zum UmwStG: Mustersatz 1, M 5, Anm. 1.

243) Priester, DNotZ 1995, 427, 434; Grunewald, FS für Boujong, 1996, 175, 185; Lutter/Grunewald, § 29 UmwG, Rn. 17.

244) So Lutter/Grunewald, § 29 UmwG, Rn. 18.

Widerspruch zur Niederschrift erklären, mithin ein bloßes Unterlassen dieses Widerspruchs im Ergebnis einem Verzicht gleichkommt²⁴⁵. Die Einholung förmlicher Verzichtserklärungen macht daher nur einen Sinn, wenn über die Erforderlichkeit eines Barabfindungsangebots bereits im Vorfeld der Verschmelzungsbeschlüsse Klarheit geschaffen werden soll, um so unnötigen Arbeitsaufwand zu vermeiden.

Des weiteren können die Verschmelzungsbeschlüsse nach h. M.²⁴⁶ entsprechend den allgemeinen Regeln für Vollversammlungen unter Verzicht auf die Einhaltung aller Formen und Fristen der Einberufung (einschließlich der Vorabinformation der Anteilshaber in Form der Übersendung oder dem Auslegen von Unterlagen) gefaßt werden. Allerdings sollte der Verzicht ausdrücklich erfolgen und in der notariellen Niederschrift festgehalten werden²⁴⁷.

VI. Verschmelzungsbeschluß

1. Mehrheitserfordernisse, Inhalt

Die gesetzlich erforderlichen Mehrheitsverhältnisse für die nach § 13 Abs. 1 UmwG erforderlichen Zustimmungsbeschlüsse der Anteilshaber sind im neuen Recht weitgehend unverändert geblieben. Im einzelnen gilt:

- Bei Personengesellschaften bedarf der Verschmelzungsbeschluß grundsätzlich der Zustimmung aller, auch der in der Versammlung nicht erschienenen Gesellschafter, § 43 Abs. 1 UmwG. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch hiervon abweichend eine Entscheidung mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Gesellschafterstimmen zulassen, § 43 Abs. 2 UmwG.

Es ist umstritten, ob es hierbei auf eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der vorhandenen²⁴⁸ oder der abgegebenen Stimmen²⁴⁹ ankommt, wobei diese Frage in Kürze durch den Gesetzgeber im Sinne letzterer Auffassung entschieden werden dürfte^{249a}. Laut der Gesetzesbegründung²⁵⁰ muß sich für die Zulässigkeit einer Mehrheitsentscheidung die Klausel im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich auf den Verschmelzungsbeschluß beziehen²⁵¹. Insoweit wird daher empfohlen, besonderes Augenmerk auf eine entsprechende Klarstellung in bestehenden und neu abzuschließenden Gesellschaftsverträgen zu verwenden²⁵².

- Bei einer GmbH genügt eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der in der Versammlung abgegebenen Stimmen, § 50 Abs. 1 S. 1 UmwG.
- Für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien gilt eine Mehrheit von $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals, §§ 65 Abs. 1 S. 1, 78 UmwG. Zusätzlich bedarf der Verschmelzungsbeschluß bei Kommanditgesellschaften auf Aktien gem. § 78 S. 3 UmwG der Zustimmung aller persönlich haftenden Gesellschafter, wobei die Satzung eine Mehrheitsentscheidung dieser Gesellschafter vorsehen kann. Sofern mehrere Gattungen von Aktien vorhanden sind, hat gem. § 65 Abs. 2 UmwG eine getrennte Abstimmung nach Aktiengattungen stattzufinden, wobei diese auch in gesonderten Versammlungen erfolgen kann²⁵³. Der Verschmelzungsbeschluß ist bei einer übernehmenden Aktiengesellschaft gem. § 62 Abs. 1 S. 1 UmwG entbehrlich, soweit es lediglich um die Aufnahme übertragender Kapitalgesellschaften geht, an denen die Aktiengesellschaft bereits mit mind. 90 % beteiligt ist und nicht wenigstens 5 % der Aktionäre die Einberufung der Hauptversammlung verlangen, § 62 Abs. 2 UmwG.

- Bei Genossenschaften kommt es wiederum auf die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen an, § 84 S. 1 UmwG.
- Bei Vereinen und genossenschaftlichen Prüfungsverbänden stellt das Gesetz auf eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der erschienenen Mitglieder ab, §§ 103 S. 1, 106 UmwG.

Hier sind bisher zwei Fragen aufgetaucht, nämlich danach, ob bei Großvereinen die Zustimmung zur Verschmelzung auch in einer nach der Vereinssatzung anstelle der Mitgliederversammlung vorgesehenen Delegiertenversammlung beschlossen werden kann und ob nicht aus § 33 Abs. 1 S. 2 BGB im Einzelfall entgegen § 103 S. 1 UmwG ein Einstimmigkeitserfordernis für den Verschmelzungsbeschluß²⁵⁴.

§ 103 S. 1 UmwG spricht zwar nur von einem Verschmelzungsbeschluß der Mitgliederversammlung. Diesbezüglich wird jedoch darauf verwiesen, daß die Delegiertenversammlung nur als spezielle Ausgestaltung der Mitgliederversammlung und nicht als ein anderes Organ des Vereins anzusehen sei, ferner daß der gem. § 41 BGB zwingend der Beschlußfassung durch die Mitgliederversammlung zugewiesene Auflösungsbeschluß nach h. M. ebenfalls durch die Delegiertenversammlung erfolgen könne und schließlich, daß bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit die Zustimmungsbeschlüsse zur Verschmelzung gem. §§ 112, 116 UmwG durch die oberste Vertretung gefaßt würden, bei der es sich ja auch wahlweise um eine Mitgliederversammlung oder eine Vertreterversammlung handeln könne²⁵⁵.

Im Hinblick auf § 33 Abs. 1 S. 2 BGB wird angeführt, der Gesetzgeber habe anders als beim Formwechsel übersehen, daß es auch bei einer Verschmelzung zu einer Zweckänderung bei hieran beteiligten Vereinen kommen könne. Die dadurch auftretende Regelungslücke sei durch eine entsprechende Anwendung von § 275 Abs. 1 UmwG (Zustimmung aller, auch der nicht erschienenen Mitglieder) zu schließen²⁵⁶.

- Bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit bedarf der Verschmelzungsbeschluß der obersten Vertretung einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen, § 112 Abs. 3 UmwG.

Die vorgenannten Beschlußmehrheiten können – soweit sich nicht ohnehin ein Einstimmigkeitserfordernis ergibt, wie dies bei Personhandelsgesellschaften und u. U. auch bei Vereinen der Fall sein kann – durch Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, der Satzung oder dem Statut verschärft werden, §§ 50 Abs. 1 S. 2, 65 Abs. 1 S. 2, 84 S. 2, 103 S. 2, 112 Abs. 3 S. 2 UmwG. Nach zumindest im Schrifttum zum UmwG 1995 h. M.²⁵⁷ ist dies bereits der Fall, wenn eine höhere Mehrheit allgemein für Satzungsänderungen vorgesehen ist, ohne daß ausdrücklich der Fall der Verschmelzung angesprochen sein muß. Hingegen können höhere Beschlußmehrheiten für die Änderung einzelner Satzungsbestimmungen, auch wenn diese bei übertragenden Rechtsträgern infolge der Verschmelzung ihre Geltung verlieren, nicht auf den Verschmelzungsbeschluß durchschlagen, was wiederum aus dem abschließenden Charakter der gesetzlichen Schutzvorschriften folgt²⁵⁸.

245) Streck/Mack/Schwedhelm, GmbH 1995, 161, 164.

246) Priester, DNotZ 1995, 427, 434; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 96 a.E., 109 u. § 13 UmwG, Rn. 9; Lutter, § 13 UmwG, Rn. 6; Lutter/M. Winter, § 47 UmwG, Rn. 5 und § 49 UmwG, Rn. 3; a.A. Geck, DStR 1995, 416, 419.

247) Priester, a.a.O.; Lutter/M. Winter, § 47 UmwG, Rn. 5.

248) Priester, DNotZ 1995, 427, 440; Streck/Mack/Schwedhelm, GmbH 1995, 161 169.

249) Lutter/H. Schmidt, § 43 UmwG, Rn. 16; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 43 UmwG, Rn. 11; i.E. auch Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 74 f.

249a) Vgl. DNotI-Report 1997, 108.

250) BR-Drucks. 75/94, zu § 43 UmwG, 98.

251) Dem folgen Streck/Mack/Schwedhelm, GmbH 1995, 161, 169; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 43 UmwG, Rn. 9; einschränkend Lutter/H. Schmidt, § 43 UmwG, Rn. 17 f.: „Es genüge, wenn sich die Satzungsbestimmung zusammenfassend

auf ‚Umwandlungsbeschlüsse‘ beziehe“; kritisch auch Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 73.

252) Widmann/Mayer/Heckschen, a.a.O.; Heckschen, NotBZ 1997, 2, 4.

253) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 155.

254) Vgl. zu beiden Fragen ausführlich DNotI-Report 1996, 115 f.

255) DNotI-Report 1996, 115, 116.

256) DNotI-Report 1996, 115, 117.

257) Reichert, GmbH 1995, 176, 185 m.w.N.; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 117 und § 13 UmwG, Rn. 70 m.w.N.; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 50 UmwG, Rn. 7, wobei allerdings in der Kommentierung zu § 65 UmwG, Rn. 12 die gegenteilige Auffassung vertreten wird; Lutter, § 13 UmwG, Rn. 21; Lutter/M. Winter, § 50 UmwG, Rn. 6; a.A. Lutter/Grünwald, § 65 UmwG, Rn. 6.

258) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 71; a.A. Reichert, GmbH 1995, 176, 185.

Vertretung der Anteilsinhaber bei der Abstimmung ist zulässig bei der GmbH (§ 47 Abs. 3 GmbHG), AG (§ 134 Abs. 3 AktG), Genossenschaft (§ 43 Abs. 5 GenG), bei Personengesellschaften und Vereinen hingegen nur bei entsprechender Bestimmung im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung.

Bei einer Verschmelzung durch Neugründung bedarf auch der Gesellschaftsvertrag, die Satzung oder das Statut des neuen Rechtsträgers zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Anteilsinhaber jedes der übertragenden alten Rechtsträger. Diese Zustimmung erfolgt gem. §§ 59 S. 1, 76 Abs. 2 S. 1, 98 S. 1, 116 Abs. 1 S. 1 UmwG durch den Verschmelzungsbeschuß. Aus dieser Bestimmung und unter Berücksichtigung, daß der neue Gesellschaftsvertrag, die neue Satzung oder das neue Statut gem. § 37 UmwG Bestandteil des Verschmelzungsvertrages sein müssen, könnte geschlossen werden, daß schon die Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag allein ausreichend ist und die Zustimmung zur Verfassung des neuen Rechtsträgers konkludent mitenthält. Gleichwohl ist zur Klarheit anzuraten, diese im Verschmelzungsbeschuß eigens zu erwähnen²⁵⁹.

Ferner können in den Zustimmungsbeschuß der Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers auch schon die anlässlich der Verschmelzung vorgenommenen Änderungen in dessen Gesellschaftsvertrag, Satzung oder Statut aufgenommen werden, welche dann zusammen mit der Verschmelzung zum Register angemeldet werden müssen²⁶⁰. Für Kapitalmaßnahmen beim übernehmenden Rechtsträger bedarf es allerdings eines eigenen (jedoch nicht gesondert beurkundungsbedürftigen) Kapitalerhöhungsbeschlusses, da die Kapitalerhöhung gem. §§ 53, 66 UmwG vorab vor der Verschmelzung anzumelden und einzutragen ist.

Kommt es infolge der Verschmelzung beim übernehmenden Rechtsträger zur Bestellung neuer Vertretungsorgane, bedarf auch diese eines gesonderten ausdrücklichen Bestellungsbeschlusses (bei Aktiengesellschaften durch den Aufsichtsrat, § 84 AktG), die bloße Zustimmung im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses ist hierfür auch dann nicht ausreichend, wenn die Neubestellung bereits im Verschmelzungsvertrag geregelt wurde²⁶¹. Allerdings sind die Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers mit Zustimmung zu einem diese Neubestellung enthaltenden Verschmelzungsvertrag verpflichtet, den erforderlichen Bestellungsbeschuß vorzunehmen. Selbstverständlich kann der Bestellungsbeschuß gleichzeitig mit dem Verschmelzungsbeschuß gefaßt werden²⁶².

2. Zustimmungserklärungen einzelner Anteilsinhaber

Der Verschmelzungsbeschuß eines *übertragenden* Rechtsträgers bedarf der Zustimmung einzelner Anteilsinhaber in folgenden Fällen:

- gem. § 13 Abs. 2 S. 2 UmwG, soweit bei diesem die Abtretung von Anteilen von der Genehmigung bestimmter einzelner Anteilsinhaber abhängig ist;
- gem. § 40 Abs. 2 S. 2 UmwG, soweit auf eine Personengesellschaft verschmolzen wird und bisher nicht persönlich unbeschränkt haftenden Anteilsinhabern dort nicht die Stellung eines Kommanditisten gewährt wird;
- gem. § 50 Abs. 2 UmwG, soweit bei einer übertragenden GmbH einzelnen Gesellschaftern auf dem Gesellschafts-

vertrag beruhende Minderheitsrechte oder besondere Rechte in bezug auf die Geschäftsführung zustehen (d. h., es sind keine sich nur mittelbar aus einer Beteiligungsquote ergebenden Rechtspositionen geschützt)²⁶³;

- gem. § 51 Abs. 1 S. 1 UmwG müssen schließlich alle bei der Beschlußfassung anwesenden Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zustimmen, wenn auf eine GmbH verschmolzen wird, bei der nicht alle zu leistenden Einlagen in voller Höhe bewirkt sind; handelt es sich beim übertragenden Rechtsträger um eine Personengesellschaft oder GmbH ist nach S. 2 auch die Zustimmung aller nicht erschienenen Gesellschafter erforderlich.

Für den Verschmelzungsbeschuß eines *übernehmenden* Rechtsträgers ergeben sich weitere Zustimmungserfordernisse nur insoweit, als gem. § 51 Abs. 1 S. 3 UmwG die Sätze 1 und 2 entsprechend gelten, wenn eine GmbH, bei der nicht alle zu leistenden Einlagen in voller Höhe bewirkt sind, von einer GmbH aufgenommen wird.

Bei dem praktisch wichtigsten Zustimmungserfordernis dürfte sich um das aus § 13 Abs. 2 UmwG handeln²⁶⁴.

Unzweifelhaft greift dieser seinem Wortlaut nach ein, wenn die Abtretung von Anteilen der Zustimmung eines bestimmten oder mehrerer bestimmter Anteilsinhaber bedarf. Daneben bejaht die h. M. dessen Anwendbarkeit aber auch, wenn für die Anteilsabtretung die Zustimmung aller Anteilsinhaber erforderlich ist²⁶⁵; in diesem Fall müssen dem Verschmelzungsbeschuß des übertragenden Rechtsträgers ungeachtet der an sich vorgesehenen Beschlußmehrheiten alle Anteilsinhaber ausdrücklich zustimmen. § 13 Abs. 2 UmwG ist hingegen nicht einschlägig, wenn der Abtretung „die Gesellschaft“, „die Gesellschafterversammlung“, ein Aufsichtsrat oder ein Beirat zustimmen müssen²⁶⁶. Eine Ausnahme ist nur zu machen, wenn für die Gestattung der Abtretung ein Beschluß der Anteilsinhaber mit allen vorhandenen Stimmen notwendig ist, da in diesem Fall nur ein rechtstechnischer, aber kein sachlicher Unterschied zu einer Vinkulierungsklausel zugunsten aller Anteilsinhaber besteht²⁶⁷. Auf Vorkaufs- oder Ankaufsrechte ist § 13 Abs. 2 UmwG nicht anwendbar²⁶⁸.

Schließlich werden durch § 13 Abs. 2 UmwG auch nicht Mehrheitsentscheidungen bei Personengesellschaften gem. § 43 Abs. 2 UmwG verhindert, wenn im Gesellschaftsvertrag zwar ausdrücklich die Verschmelzung mit Mehrheitsbeschuß zugelassen, aber die gesetzlich dispositive Unübertragbarkeit der Gesellschaftsbeteiligung nicht aufgehoben ist²⁶⁹.

Soweit hiernach die besondere Zustimmung einzelner Anteilsinhaber erforderlich ist, fragt sich im Hinblick auf die Formulierung in § 13 Abs. 3 UmwG („der Verschmelzungsbeschuß *und* die nach diesem Gesetz erforderlichen Zustimmungserklärungen“), ob diese in jedem Fall ausdrücklich erklärt werden muß oder nicht auch in der bloßen Zustimmung des betreffenden Anteilsinhabers im Rahmen des Verschmelzungsbeschlusses gesehen werden kann. Heckschen²⁷⁰ empfiehlt, in der notariellen Urkunde stets aufzunehmen, daß der betreffende Anteilsinhaber insoweit auch seine nach dem Gesetz erforderliche Zustimmungserklärung abgegeben hat. Meines Erachtens ist dies hingegen nicht erforderlich, wenn sich aus dem in der Niederschrift festgehaltenen Beschlußergebnis zweifelsfrei ergibt, daß der betreffende Anteilsinhaber mit der Verschmelzung einverstanden ist²⁷¹.

259) Widmann/Mayer/Mayer, § 36 UmwG, Rn. 174; vgl. auch Widmann/Mayer/Heckschen, Anh. 4 zum UmwStG: Mustersatz 7, M 45, Beschußziff. „(1)“ u. Anm. 2.

260) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 225.

261) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 227.

262) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 228.

263) Reichert, GmbHR 1995, 176, 182; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 176; Lutter/M. Winter, § 50 UmwG, Rn. 14.

264) Priester, DNotZ 1995, 427, 440.

265) Reichert, GmbHR 1995, 176, 179; Heckschen, NotBZ 1997, 2, 6; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 166; Lutter/H. Schmidt, § 43 UmwG, Rn. 24; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 13 UmwG, Rn. 32.

266) Reichert, GmbHR 1995, 176, 180; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 171.

267) Reichert, GmbHR 1995, 176, 180.

268) Reichert, GmbHR 1995, 176, 181; Heckschen, NotBZ 1997, 2, 6; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 174.

269) Schöne, GmbHR 1995, 325, 332; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 173; a.A. Reichert, GmbHR 1995, 176, 181.

270) Widmann/Mayer, § 13 UmwG, Rn. 208 und NotBZ 1997, 2, 6.

271) So auch für Zustimmungserklärungen nach § 50 Abs. 2 UmwG: Lutter/M. Winter, § 50 UmwG, Rn. 23.

3. Beurkundungsverfahren

Für den Verschmelzungsbeschuß als solchen besteht für den Notar grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen den Beurkundungsverfahren nach §§ 36 ff. und §§ 8 ff. BeurkG. Dies gilt jedoch nicht im Hinblick auf die nach dem Gesetz erforderlichen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilshaber und etwaige Verzichtserklärungen, welche zwar ohne weiteres auch im Rahmen der Zustimmungsbeschlüsse abgegeben werden können²⁷², bei denen es sich aber um empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt, zu deren Beurkundung ein Tatsachenprotokoll nicht ausreichend ist. Daher bedarf es zumindest für die in der Versammlung abgegebenen Zustimmungs- und Verzichtserklärungen der Aufnahme einer Niederschrift gem. §§ 8 ff.²⁷³.

Dem Verschmelzungsbeschuß der Anteilshaber ist gem. § 13 Abs. 3 S. 2 UmwG der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf als „Anlage“ beizufügen. Hiermit wird nicht auf § 13 a BeurkG verwiesen. Der Verschmelzungsvertrag ist daher vom Notar auch dann nicht zu verlesen, wenn die Niederschrift über die Verschmelzungsbeschlüsse nach dem Beurkundungsverfahren gem. §§ 8 ff. BeurkG erfolgt²⁷⁴.

4. Zustimmungspflichten im Konzern

Grundsätzlich ist die Ausübung von Beteiligungsrechten im Konzern allein Sache der Vertretungsorgane der Konzern-Obergesellschaft. Nach der „Holzmüller“-Entscheidung des BGH²⁷⁵ kann jedoch im Falle außergewöhnlicher Strukturmaßnahmen bei Tochtergesellschaften (die Entscheidung betraf die Ausgliederung des wertvollsten Betriebsvermögens einer AG) die an sich gegebene gesetzliche Zuständigkeitsverteilung durch einen internen Zustimmungsvorbehalt für die Hauptversammlung der Konzern-Obergesellschaft überlagert sein. Dogmatisch wurde dieser Zustimmungsvorbehalt aus § 119 Abs. 2 AktG abgeleitet (Entscheidung der Hauptversammlung auf Verlangen des Vorstands); hier trete eine Reduzierung des Vorlageermessens bis hin zu einer Vorlagepflicht ein, wenn die Maßnahme „so tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörperten Vermögensinteresse eingreift, daß der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe sie in ausschließlicher eigener Verantwortung treffen“²⁷⁶.

Im Schrifttum ist eine solche Konzernbildungs- bzw. Konzernleitungskontrolle auch für die GmbH übernommen worden²⁷⁷.

Ein danach bestehendes Zustimmungserfordernis zugunsten der Anteilseigner der Muttergesellschaft kann insbesondere auch bei Verschmelzungen in Betracht kommen²⁷⁸. Hiervon geht auch die Gesetzesbegründung aus, in der es heißt: „Auf die Verschmelzung übertragen, bedeutet der tragende Gedanke dieses Urteils, daß selbst die Hauptversammlung einer Obergesellschaft des übernehmenden Rechtsträgers der Verschmelzung zustimmen müßte“²⁷⁹.

Keine Zustimmungspflicht besteht jedoch bei rein konzerninternen Umschichtungsmaßnahmen, da hier Vermögensinteressen

der Aktionäre der Konzern-Obergesellschaft nicht berührt sein können²⁸⁰. Hiervon abgesehen muß die Strukturmaßnahme bei der Tochter einen wesentlichen Teil des Vermögens der Muttergesellschaft betreffen, um den erforderlichen Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte deren Gesellschafter zu begründen²⁸¹. Diese Wesentlichkeitsschwelle soll unter Berücksichtigung der Entscheidung des OLG Köln²⁸² erst bei einem Umsatz- bzw. Ertragsanteil des Tochterunternehmens, bezogen auf den Gesamt-Konzern, von deutlich über 10 % erreicht sein²⁸³.

Ein hiernach erforderlicher Zustimmungsbeschuß auch der Anteilshaber der Konzern-Obergesellschaft ist allerdings nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für die Verschmelzung²⁸⁴ und dessen Erforderlichkeit somit nicht vom Registergericht zu überprüfen. Folglich besteht auch keine Klagebefugnis der Anteilshaber der Obergesellschaft gegen den Verschmelzungsbeschuß beim Tochterunternehmen, sondern nur die Möglichkeit zu einer Unterlassungsklage gegen die Gesellschaft, flankiert von Schadensersatzansprüchen gegenüber dem handelnden Vertretungsorgan²⁸⁵. Noch nicht abschließend geklärt ist, welche Informationspflichten in bezug auf den Zustimmungsbeschuß gegenüber den Gesellschaftern der Konzern-Obergesellschaft einzuhalten sind²⁸⁶ und welches Mehrheitserfordernis für den Zustimmungsbeschuß gilt²⁸⁷.

VII. Kapitalerhöhungsbeschuß

1. Notwendigkeit einer Kapitalerhöhung

Die Notwendigkeit einer Kapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung bei übernehmenden Kapitalgesellschaften ergibt sich aus der Anteilsgewährungspflicht gegenüber den Anteilshabern der übertragenden Rechtsträger als zwingendes Wesensmerkmal der Verschmelzung²⁸⁸, welche grundsätzlich die Schaffung neuer Anteile erfordert wird²⁸⁹.

Kapitalerhöhungsverbote, mit denen die vom Gesetzgeber unerwünschte Entstehung eigener Anteile im Zuge der Verschmelzung verhindert werden soll²⁹⁰, ergeben sich aus §§ 54 und 68 UmwG, soweit:

- die übernehmende Gesellschaft selbst am übertragenden Rechtsträger beteiligt ist, womit bei 100%-Beteiligung überhaupt keine Kapitalerhöhung anläßlich der Verschmelzung erfolgt,
- der übertragende Rechtsträger eigene Anteile innehat,
- der übertragende Rechtsträger noch nicht voll einbezahlte Anteile der übernehmenden Gesellschaft besitzt.

Ein Wahlrecht zwischen Kapitalerhöhung und Verwendung bereits vorhandener Anteile besteht, soweit die übernehmende Gesellschaft eigene Anteile hält oder der übertragende Rechtsträger voll einbezahlte Anteile an der übernehmenden Gesellschaft besitzt, welche mit der Verschmelzung infolge der eintretenden Gesamtrechtsnachfolge ebenfalls zu eigenen Anteilen werden, sowie – gesetzlich nicht geregelt – soweit sich die übernehmende Gesellschaft die an die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers zu gewährenden Anteile vor

272) Für Zustimmungserklärungen: Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 208; für Verzichtserklärungen: Priester, DNotZ 1995, 427, 433; Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1755; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 43, 46; Lutter, § 8 UmwG, Rn. 47 u. § 13 UmwG, Rn. 6.
273) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 223; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 43; Heckschen, NotBZ 1997, 2, 7; insoweit widersprüchlich Priester, DNotZ 1995, 427 ff., bei dem es heißt, „bzgl. des Verzichts nach § 8 Abs. 3 UmwG sollten urkundstechnisch die Anforderungen einer Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 8 ff. Beurk) eingehalten werden“ (433), während hinsichtlich des Klageverzichts gem. § 16 Abs. 2 S. 2 UmwG die entsprechende Angabe im Beschlußprotokoll genüge (442); a.A. Lutter, § 8 UmwG, Rn. 47, nach dem eine (einfache) Protokollierung von Verzichtserklärungen ausreichend sein soll.
274) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 226; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 43.
275) BGHZ 83, 122.
276) BGHZ 83, 122, 131.
277) Vgl. Scholz/Emmerich, 8. Aufl. 1993, Anh. Konzernrecht, Rn. 129.
278) Vgl. OLG Köln ZIP 1993, 110; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 198 ff.; Lutter, § 13 UmwG, Rn. 40.

279) BR-Drucks. 75/94, zu § 62 UmwG, 102 f.
280) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 198; Lutter, § 13 UmwG, Rn. 40.
281) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 199.
282) ZIP 1993, 110.
283) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 203; Lutter, § 13 UmwG, Rn. 40.
284) Groß, Vorbereitung und Durchführung von Hauptversammlungsbeschlüssen zu Erwerb oder Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen, AG 1996, 111, 114; Lutter, § 13 UmwG, Rn. 40.
285) Scholz/Emmerich, 8. Aufl. 1993, Anh. Konzernrecht, Rn. 124, 132; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 204; Lutter, § 13 UmwG, Rn. 40.
286) Vgl. hierzu Groß, AG 1996, 111, 114 ff.
287) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 203; Mehrheit entsprechend den Erfordernissen des UmwG 1995; dagegen Groß, AG 1996, 111, 118: Einfache Mehrheit für die Beschlußfassung ausreichend.
288) A.A. Priester, Mitgliederwechsel im Umwandlungszeitpunkt, DB 1997, 560, 564 f.
289) Widmann/Mayer/Mayer, § 55 UmwG, Rn. 7.
290) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 54 UmwG, 101.

Wirksamwerden der Verschmelzung von einem Dritten verschafft²⁹¹.

In allen übrigen Fällen muß zum Zwecke der Anteilsgewährung eine Kapitalerhöhung gem. §§ 55, 69 UmwG stattfinden. Mangels entsprechender gesetzlicher Regelung und auch nach der ausdrücklichen Gesetzesbegründung²⁹² gilt dies insbesondere auch für Schwestergesellschaften mit identischen Beteiligungsverhältnissen, womit eine zur alten Rechtslage bestandene Streitfrage nunmehr entschieden ist²⁹³.

2. Umfang der Kapitalerhöhung

Hat hiernach eine Kapitalerhöhung stattzufinden, stellt sich die Frage, in welcher Höhe sie vorzunehmen ist. Da sie zur Erfüllung der Anteilsgewährungspflicht erfolgt, ergibt sich die Höhe grundsätzlich aus dem von den beteiligten Rechtsträgern festgelegten Umtauschverhältnis in der dargestellten Berechnungsweise. Letztlich würde damit zwar nicht das „Ob“, wohl aber der Umfang der vorzunehmenden Kapitalerhöhung in das Belieben der Beteiligten gestellt, wenn die Anteilsinhaber auf die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses verzichten könnten.

Dies hängt davon ab, ob die gesetzliche Vorgabe des angemessenen Umtauschverhältnisses allein den Schutz der betroffenen Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger bezweckt.

Nach h. M. im Schrifttum ist gerade dies der Fall, so daß die Anteilsinhaber in der Festlegung des den Kapitalerhöhungsbetrag vorgebenden Umtauschverhältnisses völlig frei seien²⁹⁴.

Dem widersprechen die Entscheidungen des OLG Hamm²⁹⁵ und des BayObLG²⁹⁶, laut derer die Anteilsgewährungspflicht bei Verschmelzungen auf Kapitalgesellschaften jedenfalls in gewissem Umfange auch der Kapitalerhaltung und damit dem Gläubigerschutz diene. In diese Richtung geht schließlich auch die Gesetzesbegründung, in der im Zusammenhang mit der Anteilsgewährungspflicht im Fall der Verschmelzung von Schwestergesellschaften darauf abgestellt wird, daß ohne eine Kapitalerhöhungspflicht die Gefahr einer Umgehung der gesetzlichen Rückzahlungsverbote aus § 30 Abs. 1 GmbHG und § 57 Abs. 1 AktG bestehen würde und deshalb aus Kapitalerschutzgründen „auf das Erfordernis einer Kapitalerhöhung über die geltende Regelung vom Gesetz nicht verzichtet und auch ein Verzicht durch die Beteiligten nicht ermöglicht werden können“²⁹⁷.

Als Argumente werden von der h. M. angeführt:

- das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung über die Höhe der erforderlichen Kapitalerhöhung²⁹⁸;

Hierbei wird jedoch übersehen, daß infolge der Verknüpfung von Kapitalerhöhungsbetrag und konkretem Umtauschverhältnis²⁹⁹ ein fester Betrag überhaupt nicht vorgebar ist und insbesondere das Stamm- bzw. Grundkapital der übertragenden Rechtsträger als alleinige Bezugsgröße ausscheiden muß³⁰⁰. Denn daß es nicht auf das (ggf. addierte) Nominalkapital des (aller) übertragenden Rechtsträger(s) ankommen kann³⁰¹,

zeigen zum einen schon die dargelegten Kapitalerhöhungsverbote, nach denen eine Kapitalerhöhung ja nicht bloß insgesamt ausgeschlossen zu sein braucht, sondern die auch anteilig eingreifen können; zum anderen kann der sich aus dem Umtauschverhältnis ergebende Erhöhungsbetrag aufgrund der vorzunehmenden Berechnungsweise³⁰² dann deutlich niedriger als das Nominalkapital des übertragenden Rechtsträgers sein, wenn bei diesem keine oder nur geringe, dagegen beim übernehmenden Rechtsträger hohe stille Reserven bestehen. Bei der Verschmelzung durch Neugründung schließlich spielt das bisherige Kapital der übertragenden Rechtsträger an sich nur für das Verhältnis der Anteilsgewährung, nicht aber für deren Umfang, eine Rolle.

Eine Kapitalerhaltungspflicht über den erforderlichen Betrag zur Anteilsgewährung im Rahmen eines angemessenen Umtauschverhältnisses bedürfte aber in der Tat einer besonderen gesetzlichen Anordnung; eine solche Aussage läßt sich den von der h. M. angegriffenen Entscheidungen jedoch nicht entnehmen³⁰³.

- ein hinreichender Gläubigerschutz durch §§ 22, 25 bis 26 UmwG³⁰⁴;

Jedoch bleibt insbesondere die Regelung über die Sicherheitsleistung deutlich hinter den Gläubigerschutzvorschriften bei Kapitalherabsetzung zurück³⁰⁵:

= § 58 GmbHG: Befriedigung bzw. Sicherstellung der Gläubiger vor Vollzug der Kapitalherabsetzung;

= § 225 AktG: keine Glaubhaftmachung erforderlich, keine Auszahlungen an die Aktionäre vor Ablauf der sechs Monate und besonderer Hinweise an die Gläubiger auf die Kapitalherabsetzung.

- das Fehlen von Kapitalerhaltungsvorschriften bei der Verschmelzung auf Personengesellschaften³⁰⁶;

Dort besteht aber zumindest bei der Verschmelzung auf eine OHG aufgrund der unbeschränkten persönlichen Haftung deren Gesellschafter keine vergleichbare Schutzbedürftigkeit der Gläubiger.

- die vom Gesetz bewußt in Kauf genommene Beeinträchtigung der Kapitalerhaltungsvorschriften bei Verschmelzungen zwischen Tochter- und Muttergesellschaften³⁰⁷;

Dem läßt sich entgegen, daß allein Umgehungsmöglichkeiten noch keine Durchbrechung gesetzlicher Kapitalerhaltungsvorschriften rechtfertigen³⁰⁸. Des weiteren darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß im Hinblick auf die Beteiligung bei der Tochter insoweit auch schon vor der Verschmelzung letztlich nur das alte Stamm- bzw. Grundkapital der übernehmenden Muttergesellschaft für die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung haftete.

- wie sich aus § 14 Abs. 2 UmwG ergebe, sei die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses nur gesetzliche Zielvorgabe, dieses Umtauschverhältnis könne aber ohne Folgen für die Verschmelzungsmöglichkeit an sich durch Mehrheitsbeschluß bewußt zu niedrig angesetzt werden³⁰⁹.

291) Lutter/M. Winter, § 54 UmwG, Rn. 14; Widmann/Mayer/Mayer, § 54 UmwG, Rn. 28, 46; Widmann/Mayer/Rieger, § 68 UmwG, Rn. 29.

292) BR-Drucks. 75/94, zu § 54 UmwG, 101.

293) Priester, DNotZ 1995, 427, 441; Fischer, Verschmelzung von GmbH in der Handels- und Steuerbilanz, DB 1995, 485, 490; Kowalski, Kapitalerhöhung bei horizontaler Verschmelzung, GmbHR 1996, 158, 159; Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1., Anm. 13, 1182; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des Umwandlungsgesetzes 1995, Rn. 42; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 2 UmwG, Rn. 19; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 9 u. 82; i.E. auch Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 56.

294) Limmer, FS für Schippel, 1996, 415, 421 ff.; Kowalski, GmbHR 1996, 158 ff.; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 46 ff.; Widmann/Mayer/Rieger, § 68 UmwG, Rn. 35; Lutter/M. Winter, § 54 UmwG, Rn. 17.

295) DB 1988, 1538.

296) DB 1989, 1558, 1559 f.

297) BR-Drucks. 75/94, zu § 54 UmwG, 101.

298) Limmer, FS für Schippel, 1996, 415, 427; Kowalski, GmbHR 1996, 158, 159; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 46, 54.

299) Vgl. hierzu Limmer, FS für Schippel, 1996, 415, 418 f.

300) Insoweit zutreffend Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 50.

301) So aber: Priester, DNotZ 1995, 427, 441; Fischer, DB 1995, 485, 490; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 53.

302) Vgl. oben B. II. 2. a) bb).

303) A.A. Limmer, FS für Schippel, 1996, 415, 427; Kowalski, GmbHR 1996, 158, 159; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 48.

304) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 47, 56.

305) So auch zur alten Rechtslage BayObLG DB 1989, 1558, 1560.

306) Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 52.

307) Limmer, FS für Schippel, 1996, 415, 427; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 53.

308) OLG Hamm DB 1988, 1538; BayObLG DB 1989, 1558, 1560.

309) Limmer, FS für Schippel, 1996, 415, 421 u. 422; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 18.

Wie die Entstehungsgeschichte des § 14 Abs. 2 UmwG zeigt (vgl. oben A. I. 3. a) dd), eignet sich dieser jedoch nicht als Beleg für die freie Bestimmbarkeit des Umtauschverhältnisses, sondern ist vielmehr als Reaktion des Gesetzgebers auf das Problem rechtsmißbräuchlicher Anfechtungsklagen zu sehen. Im übrigen sagt ein Ausschluß der Klagemöglichkeit im Innenverhältnis der Anteilshaber nichts aus über mögliche Rechtspflichten im Verhältnis zu den Gläubigern der beteiligten Rechtsträger.

Lehnt man die herrschende Ansicht im Schrifttum ab, hat sich der Umfang der Kapitalerhöhung stets an dem objektiven Umtauschverhältnis auf Grundlage der tatsächlichen Werterelation zu orientieren. Das Umtauschverhältnis selbst steht dann nicht zur freien Disposition der Anteilshaber; vielmehr kann der Verschmelzungsbeschluß bei dessen Unangemessenheit sogar nichtig sein³¹⁰. Konsequenz ist, daß dem Registergericht die Aufgabe zukommt, die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses daraufhin zu überprüfen, ob Kapitalerhaltungsgrundsätze verletzt sind, weil Kapital nicht in dem gesetzlich vorgegebenen Maße erhöht wurde (hierzu unten B. VIII. 5. b).

Die Kapitalerhöhung um einen *höheren* Betrag, als zur Anteilsgewährung erforderlich ist, kann nicht beschlossen werden. Jedoch kann die Kapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung mit einer ordentlichen Kapitalerhöhung verbunden werden³¹¹.

3. Verfahrensbesonderheiten

Hinsichtlich der Kapitalerhöhung bei einer GmbH bestehen folgende Besonderheiten (§ 55 UmwG):

- Übernahmeerklärungen nach § 55 Abs. 1 GmbHG sind nicht erforderlich, da sich der Anteilserwerb mit Eintragung der Verschmelzung kraft Gesetzes vollzieht (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG);
- ebenso bedarf es keiner Versicherung nach § 57 Abs. 2 GmbHG in der Anmeldung; die Einlagen auf das neue Stammkapital werden durch das kraft Gesetzes übergehende Vermögen der übertragenden Rechtsträger (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) bewirkt;
- abweichend von § 5 Abs. 1, 2. Halbsatz und Abs. 3 S. 3 GmbHG ist eine Stückelung der neuen Anteile bis zu einem Mindestbetrag von 50,- DM und einer Teilbarkeit durch zehn möglich;
- wird die Kapitalerhöhung gesondert angemeldet, sind beglaubigte Abschriften oder Ausfertigungen des Verschmelzungsvertrages und der Verschmelzungsbeschlüsse beizufügen;
- hingegen bleibt es dabei, daß, wie bei jeder Kapitalerhöhung durch Sacheinlage, ein Wertnachweis im Hinblick auf § 9 c S. 2 GmbHG zu führen ist; grundsätzlich genügt hierfür die Schlußbilanz des übertragenden Rechtsträgers.

Hinsichtlich der Kapitalerhöhung bei einer AG gilt folgendes (§ 69 UmwG):

- die Kapitalerhöhung ist abweichend von § 182 Abs. 4 AktG auch bei noch ausstehenden Einlagen auf das alte Grundkapital möglich; die entsprechende Erklärung gem. § 184 Abs. 2 AktG in der Anmeldung ist daher entbehrlich;
- eine Zeichnung neuer Aktien nach § 185 AktG entfällt aufgrund des gesetzlichen Anteilserwerbs; damit erübrigt sich eine Einreichung der Zweitschriften der Zeichnungsscheine zum Handelsregister (§ 188 Abs. 3 S. 1 AktG);
- da ein Bezugsrecht der alten Aktionäre auf die zur Durchführung der Verschmelzung neu geschaffenen Aktien von

vorneherein ausgeschlossen ist, finden §§ 186, 187 Abs. 1 AktG ebenfalls keine Anwendung;

- eine Prüfung der Sacheinlage gem. § 183 Abs. 3 AktG findet nur in den folgenden Fällen statt:
 - = bei den übertragenden Rechtsträgern handelt es sich um Personenhandelsgesellschaften oder Vereine;
 - = bei einer Aufstockung der Buchwerte in der Schlußbilanz gegenüber der letzten Jahresbilanz, wenn also stille Reserven aufgedeckt werden;
 - = bei einer Wertansetzung mit den Anschaffungskosten bei der übernehmenden AG anstelle der Übernahme der Schlußbilanzwerte des übertragenden Rechtsträgers in Ausübung des Wahlrechts aus § 24 UmwG;
 - = bei Zweifeln des Gerichts an der Werthaltigkeit der Sacheinlage.

Sachgründungsbericht bei Verschmelzung durch Neugründung einer GmbH sowie Gründungsbericht und Gründungsprüfung bei Verschmelzung durch Neugründung einer AG sind erforderlich, es sei denn, es handelt sich bei den übertragenden Rechtsträgern ausschließlich um Kapitalgesellschaften oder eingetragene Genossenschaften (§ 58 UmwG i.V.m. § 5 Abs. 4 GmbHG bzw. § 75 UmwG i.V.m. §§ 32, 33 AktG).

4. Verschmelzungsmöglichkeit bei überschuldetem Rechtsträger?

Soweit zur Erfüllung der Anteilsgewährungspflicht eine Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger stattfinden muß, ist die Aufnahme eines überschuldeten Rechtsträgers ausgeschlossen.

Dies ergibt sich aus dem Verbot der sog. „Unter-pari-Emission“, d. h. dem Grundsatz, daß der Wert der mit dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers erbrachten Sacheinlage mindestens den Nennbetrag der Kapitalerhöhung einschließlich etwaiger barer Zuzahlungen decken muß³¹². Eine Überbewertung durch die beteiligten Rechtsträger ist aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht statthaft³¹³. Maßgebend für die Kapitaldeckung sind allerdings die tatsächlichen Vermögenswerte und nicht die Buchwerte, so daß eine bloß „buchmäßige“ Überschuldung der Kapitalerhöhung nicht entgegensteht, soweit genügend stille Reserven vorhanden sind und eine entsprechende Nachweisführung gegenüber dem Registergericht gelingt.

Ist jedoch eine „tatsächliche“ Überschuldung des übertragenden Rechtsträgers gegeben, kann die Verschmelzung erst nach deren Beseitigung stattfinden; das übergehende Vermögen muß hierbei zumindest den Mindestbetrag von einem Geschäftsanteil in Höhe von 50,- DM bzw. einer Aktie in Höhe von 5,- DM hergeben. Der insoweit erforderliche Bilanzausgleich kann zum einen durch Zahlung freiwilliger Zuschüsse in entsprechender Höhe erreicht werden, die in die Kapitalrücklage des übertragenden Rechtsträgers einzustellen sind (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) und in der Praxis nach deren Übergang auf den übernehmenden Rechtsträger im Anschluß an die Verschmelzung meist wieder der Kapitalrücklage entnommen werden. Als Alternative kommt bei übertragenden GmbHs eine sanierende Kapitalherabsetzung gem. §§ 58 a ff. GmbHG in Betracht, die allerdings nur erfolgen kann, wenn diese ein den Mindestbetrag von 50.000,- DM übersteigendes Stammkapital besitzen³¹⁴.

Soweit keine Kapitalerhöhung stattfinden muß bzw. darf, also insbesondere im Falle von Konzernverschmelzungen bei 100%iger Beteiligung des übernehmenden Rechtsträgers an

310) Vgl. LG Mühlhausen DB 1996, 1967.

311) Widmann/Mayer/Mayer, § 55 UmwG, Rn. 115.

312) Limmer, FS für Schippel, 1996, 415, 426; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 121, § 55 UmwG, Rn. 83.6; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 55 UmwG, Rn. 26.

313) Widmann/Mayer/Mayer, § 55 UmwG, Rn. 60.

314) Widmann/Mayer/Mayer, § 55 UmwG, Rn. 66, 83.8 f.

dem übertragenden Rechtsträger ist hingegen auch die Aufnahme überschuldeter Rechtsträger möglich³¹⁵. Ein allgemeiner Grundsatz, daß nur positives Vermögen verschmolzen werden darf, läßt sich dem UmwG 1995 nicht entnehmen, auch nicht § 3 Abs. 3 UmwG, da dieser Sanierungsfusionen gerade erleichtern, nicht ausschließen soll.

Nach einer Entscheidung des OLG Karlsruhe³¹⁶ gelten die gesetzlichen Erleichterungen für Konzernverschmelzungen aber nicht, wenn die entsprechenden Anteilsverhältnisse erst nach Einleitung des Verschmelzungsverfahrens, insbesondere erst unmittelbar vor Einleitung des Registerverfahrens, geschaffen werden. Zwar wird diese Entscheidung des OLG Karlsruhe in der Literatur abgelehnt³¹⁷; um hier sicherzugehen, dürfte es sich aber empfehlen, ins Auge gefaßte Anteilsverschiebungen schon länger im voraus durchzuführen, wobei allerdings offen ist, welcher zeitliche Abstand genügen soll.

VIII. Eintragungsverfahren

1. Überblick

Die Registeranmeldungen erfolgen grundsätzlich gesondert durch die Vertretungsorgane jedes der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger (§ 16 Abs. 1 S. 1 UmwG); allerdings ist das Vertretungsorgan des übernehmenden Rechtsträgers berechtigt, die Anmeldung auch für alle übertragenden Rechtsträger selbst vorzunehmen (S. 2); hinsichtlich der Anmeldeberechtigung gelten die allgemeinen Vorschriften, so genügt etwa bei der GmbH die Anmeldung in Vertretungsberechtigter Zahl nur, wenn nicht gleichzeitig eine Kapitalerhöhung angemeldet wird (§§ 78, 57 Abs. 1 GmbHG).

Anzumelden ist wegen §§ 53, 66 UmwG zunächst eine etwa erforderliche Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger, sodann jeweils die Verschmelzung bei allen beteiligten Rechtsträgern und evtl. sonstige Änderungen im Gesellschaftsvertrag, der Satzung oder dem Statut des übernehmenden Rechtsträgers. Bei gleichzeitiger Anmeldung von Kapitalerhöhung und Verschmelzung ist ein Hinweis auf die vorrangige Eintragung der Kapitalerhöhung erforderlich. Bei der Verschmelzung durch Neugründung ist auch die neue Gesellschaft zu Eintragung anzumelden (§ 38 Abs. 2 UmwG). Empfohlen wird, in der Anmeldung die gesetzlichen Bestimmungen über die Art der Verschmelzung wiederzugeben³¹⁸.

Nach erfolgter Eintragung einer Kapitalerhöhung hat bei Aktiengesellschaften eine Übergabe der Aktien und ggf. baren Zahlungen an den Treuhänder gem. § 71 UmwG zu erfolgen.

Gem. § 19 Abs. 1 UmwG erfolgt die Eintragung der Verschmelzung zunächst mit „Vorläufigkeitsvermerk“ bei allen übertragenden Rechtsträgern, erst dann ist die Eintragung beim übernehmenden Rechtsträger zulässig. Mit der Eintragung beim übernehmenden Rechtsträger tritt – anders nur, wie oben dargelegt, bei der Verschmelzung auf den Alleingesellschafter – die Wirksamkeit der Verschmelzung ein (§ 20 UmwG).

Anschließend hat das Registergericht eines jeden beteiligten Rechtsträgers die Verschmelzung im Bundesanzeiger und mindestens einem weiteren Blatt bekanntzumachen (§ 19 Abs. 3 UmwG).

Hiernach findet ggf. die Aktienübergabe vom Treuhänder an die Anteilshaber statt, sind evtl. erforderliche Grundbuchberichtigungen vorzunehmen, haben evtl. erforderliche Sicher-

heitsleistungen gem. § 22 Abs. 1 UmwG zu erfolgen und ist schließlich ein Spruchstellenverfahren nach §§ 305 ff. UmwG durchzuführen, wenn Streit über die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses (§ 15 UmwG) oder einer Barabfindung (§ 34 UmwG) besteht.

2. Erklärungen in der Register-Anmeldung

Grundsätzlich muß von den unterzeichnenden Vertretungsorganen in der Anmeldung erklärt werden, daß eine Klage gegen die Wirksamkeit eines der Verschmelzungsbeschlüsse nicht oder nicht fristgerecht erhoben oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden ist (§ 16 Abs. 2 S. 1 UmwG).

Die Erklärung ist jedoch entbehrlich, wenn ein Klageverzicht aller Anteilshaber der beteiligten Rechtsträger erfolgt ist (§ 16 Abs. 2 S. 2 UmwG); hierauf ist in der Anmeldung zweckmäßigerweise hinzuweisen. Umstritten ist, ob wiederum ausdrückliche Verzichtserklärungen entbehrlich sind, wenn alle Anteilshaber den Verschmelzungsbeschlüssen zugestimmt haben³¹⁹.

Ist eine Klage gegen die Wirksamkeit eines Verschmelzungsbeschlusses erhoben worden und liegen damit die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 UmwG nicht vor, besteht die Möglichkeit, im Beschlußverfahren dennoch die Eintragung der Verschmelzung zu erreichen (§ 16 Abs. 3 UmwG). Der Beschluß erfolgt auf Antrag des Rechtsträgers, gegen dessen Verschmelzungsbeschluß sich die Klage richtet, durch das zuständige Prozeßgericht. Er kann in drei Fällen ergehen:

- die Klage ist unzulässig;
- die Klage ist offensichtlich unbegründet;
- das Interesse des Rechtsträgers an dem alsbaldigen Wirksamwerden der Verschmelzung ist gegenüber dem vom Kläger mit seiner Klage verfolgten rechtlichen Interesse vorrangig.

Eine Unbegründetheit der Klage ist gegeben bei Verfristung, bei fehlendem Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund oder wenn die Klage rechtsmißbräuchlich ist³²⁰; die „Offensichtlichkeit“ setzt voraus, daß die Klage nach objektiver Beurteilung des Sach- und Streitstandes zweifelsfrei ohne Erfolgsaussicht ist³²¹.

Eigentliche Neuerung und wichtigster Anwendungsfall ist jedoch die Beschlußmöglichkeit aufgrund vorrangigem Eintragungsinteresse des anmeldenden Rechtsträgers. Die Gesetzesbegründung gibt hierfür nur allgemeine Kriterien an, die konkret vorzunehmende Güterabwägung soll „der Einzelfallentscheidung der Rechtsprechung überlassen bleiben“³²². Vom Richter zu berücksichtigen sind einerseits die Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen und andererseits die Nachteile einer unterbliebenen Eintragung der Verschmelzung für die beteiligten Rechtsträger (hierfür bedarf es einer spezifizierten Darlegung des zu prognostizierenden Geschäftsverlaufs, jeweils getrennt für die weitere Entwicklung mit und ohne Eintragung der Verschmelzung)³²³; erforderlich ist dabei ein „überwiegendes Vollzugsinteresse“ des Antragstellers³²⁴.

Die Anmeldung einer übernehmenden GmbH hat ferner die ausdrückliche Erklärung zu enthalten, daß alle in § 51 Abs. 1 UmwG aufgeführten Anteilshaber jedes übertragenden Rechtsträgers dem Verschmelzungsbeschluß zugestimmt ha-

315) Zu beachten sind allerdings die sich aus der Konkursantragspflicht, § 64 Abs. 1 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG, ergebenden Grenzen; hierzu Widmann/Mayer/Mayer, § 55 UmwG, Rn. 83.12 f.; zur Gesamtproblematik vertiefend DNotI-Report 1996, 105 ff.

316) WM 1991, 1759 = ZIP 1991, 1145.

317) Nach verbreiteter Ansicht genüge es vielmehr, wenn die Mehrheitsverhältnisse im Zeitpunkt der Beschlußfassung bestehen, so Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 62 UmwG, Rn. 7; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 83; Lutter/Grunewald, § 62 UmwG, Rn. 5 f. m.w.N.

318) Vgl. Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 3. Aufl. 1996, A 123–125; Hoffmann-Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X 5, 1193.

319) Dafür: Widmann/Mayer/Schwarz, § 16 UmwG, Rn. 18.2, dagegen: Lutter, § 13 UmwG, Rn. 6.

320) Hierzu zuletzt OLG Frankfurt/M. ZIP 1996, 379.

321) Lutter/Bork, § 16 UmwG, Rn. 19; Widmann/Mayer/Schwarz, § 16 UmwG, Rn. 23.2.

322) BR-Drucks. 75/94, zu § 16 UmwG, 89.

323) Lutter/Bork, § 16 UmwG, Rn. 20 ff.; Widmann/Mayer/Schwarz, § 16 UmwG, Rn. 24 f.

324) OLG Stuttgart DB 1997, 217; vgl. auch LG Wiesbaden DB 1997, 671.

ben. Hingegen erfolgt bei der Verschmelzung durch Neugründung wegen der Kapitalaufbringung durch die uneingeschränkte Gesamtrechtsnachfolge keine Erklärung nach § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG (Bewirkung der Stammeinlagen und deren freier Verfügbarkeit).

3. Anlagen zur Registeranmeldung

Die der Registeranmeldung der Verschmelzung jedes beteiligten Rechtsträgers beizufügenden Anlagen regelt § 17 Abs. 1 UmwG.

Hinsichtlich der beurkundeten Anlagen sind die entsprechenden notariellen Niederschriften in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift beizufügen. Dies gilt für den Verschmelzungsvertrag, die Verschmelzungsbeschlüsse *aller* an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger (also nicht nur den Verschmelzungsbeschluß des Rechtsträgers, für welchen die Anmeldung erfolgt), weil nur so die Wirksamkeit des Verschmelzungsvertrages nachgewiesen wird³²⁵, ferner für die erforderlichen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilhaber und evtl. Verzichtserklärungen bzgl. Verschmelzungsbericht, Verschmelzungsprüfung oder Prüfungsbericht.

Nicht beurkundungsbedürftige Anlagen sind gem. § 17 Abs. 1 UmwG grundsätzlich wahlweise in Urschrift oder einfacher Abschrift vorzulegen. Hierzu zählen zunächst – soweit erforderlich – der Verschmelzungsbericht und der Prüfungsbericht, womit nur die für den anzumeldenden Rechtsträger (gemeinsam) erstatteten Berichte, nicht aber bei den übrigen beteiligten Rechtsträgern gesondert erstellte Verschmelzungs- und Prüfungsberichte gemeint sind³²⁶. Gem. § 86 UmwG müssen die bei Genossenschaften erstatteten Prüfungsgutachten hingegen in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beigefügt werden; ferner sind bei der Anmeldung zum Register des übernehmenden Rechtsträgers die Prüfungsgutachten jeder übertragenden Genossenschaft einzureichen.

Für den Nachweis rechtzeitiger Zuleitung des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs an den Betriebsrat empfiehlt sich in der Praxis eine Empfangsbestätigung des Betriebsratsvorsitzenden³²⁷; nach Joost³²⁸ soll auch eine für die Zwecke des Anmeldeverfahrens nachträglich angefertigte Empfangserklärung genügen. Mayer³²⁹ hält auch bei Zuleitung eines Entwurfs eine normale Empfangsbestätigung für ausreichend; Heckschen³³⁰ empfiehlt in diesem Fall, jede Seite paraphieren zu lassen, um dem Registergericht die Überprüfung der inhaltlichen Identität von Entwurf und beurkundetem Verschmelzungsvertrag zu ermöglichen. Ist kein Betriebsrat vorhanden und entfällt somit eine Zuleitungspflicht gem. § 5 Abs. 3 UmwG, genügt nach herrschender Meinung³³¹ eine entsprechende einfache Erklärung der Vertretungsorgane in der Registeranmeldung; demgegenüber verlangt das Amtsgericht Duisburg³³² die Glaubhaftmachung dieser Erklärung durch eidesstattliche Versicherung.

Einer öffentlichen Genehmigung bedarf die Verschmelzung im Montanbereich nach Art. 66 EGKS-Vertrag sowie bei Übertragung des Versicherungsbestandes eines Versicherungsunternehmens nach § 17 a VAG; die Genehmigungsurkunde ist in diesen Fällen der Anmeldung mit beizufügen.

Hinsichtlich der nach § 17 Abs. 2 UmwG mit der Registeranmeldung jedes der übertragenen Rechtsträger einzureichen-

den Schlußbilanz, welche nicht älter als acht Monate sein darf, ist ähnlich wie bei der Offenlegung von Jahresabschlüssen zur Information der Anteilhaber nach §§ 101 Abs. 1 S. 1, 102 S. 2 i.V.m. § 63 Abs. 1 Nr. 2 UmwG wiederum fraglich, wie im Hinblick auf eingetragene Vereine zu verfahren ist.

Hierzu wird die Ansicht vertreten, daß aufgrund der fehlenden Bilanzierungspflicht nach allgemeinen Bilanzvorschriften auch die Pflicht zur Vorlage einer Schlußbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG entfällt³³³. Diese Gesetzesauslegung steht jedoch im Widerspruch zum klaren Wortlaut von § 17 Abs. 2 S. 1 UmwG: „ist ferner eine Bilanz dieses Rechtsträgers beizufügen“. Dieser legt für den unvoreingenommenen Leser vielmehr nahe, daß anders als in § 63 Abs. 1 Nr. 2 UmwG nicht lediglich auf eine schon nach anderen Vorschriften bestehende Rechnungslegungspflicht Bezug genommen wird, sondern selbst eine eigene Pflicht zur Bilanzaufstellung begründet wird³³⁴. Zwar soll die Regelung des § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG und die durch § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG eingeräumte Frist jedem Rechtsträger ermöglichen, eine ohnehin zu erstellende Bilanz des letzten Geschäftsjahres als Schlußbilanz zu verwenden³³⁵; notwendige Identität zwischen Jahresbilanz und Schlußbilanz besteht jedoch wie ausgeführt nicht³³⁶. Ferner ist die Gesetzesbegründung zu berücksichtigen, in der es zu § 17 Abs. 2 UmwG heißt, die Regelung solle „für alle Rechtsträger zwingend sein“³³⁷.

Grundsätzlich besteht nach dem klaren Wortlaut von § 17 Abs. 2 UmwG keine Vorlegungspflicht der Schlußbilanz als Anlage auch der Anmeldung des übernehmenden Rechtsträgers³³⁸. Wie § 69 Abs. 1 S. 1 UmwG zeigt, geht das Gesetz aber offenbar davon aus, daß die Schlußbilanz im Falle einer Kapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung als Wertnachweis für die mit dem Vermögen eines übertragenden Rechtsträgers erbrachte Sacheinlage auch zum Register am Sitz des übernehmenden Rechtsträgers eingereicht wird³³⁹. Die Anlage bezieht sich aber dann auf die Anmeldung der Kapitalerhöhung, nicht der Verschmelzung als solchen.

Inwieweit die Schlußbilanz geprüft sein muß, richtet sich gem. § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG nach den allgemeinen Vorschriften. Die Prüfung der Schlußbilanz ist somit nach § 316 Abs. 1 HGB grundsätzlich nur bei großen und mittelgroßen Kapitalgesellschaften i.S.v. § 267 Abs. 1 HGB erforderlich.

Darüber hinaus kommen jedoch auch Prüfungserfordernisse im Hinblick auf die soeben angesprochene vom Registerrichter vorzunehmende Sacheinlagenbewertung in Betracht, wenn es sich beim übernehmenden Rechtsträger um eine Kapitalgesellschaft handelt, und dort zur Durchführung der Verschmelzung eine Kapitalerhöhung erfolgt.

Für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien ist diese Frage durch § 69 Abs. 1 UmwG insofern geregelt, als eine Prüfung der Sacheinlage gem. § 183 Abs. 3 AktG nur in den in dieser Vorschrift abschließend genannten Ausnahmefällen stattfindet.

Hingegen gelten bei Verschmelzungen auf eine GmbH gem. § 55 Abs. 1 S. 1 UmwG die §§ 57 a, 9 c S. 2 GmbHG uneingeschränkt, wonach sich das Registergericht von der Werthaltigkeit der in Form der Vermögensübertragung erbrachten Sacheinlage zu überzeugen hat³⁴⁰. Wie die Entscheidung LG

325) Widmann/Mayer/Schwarz, § 17 UmwG, Rn. 3; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 17 UmwG, Rn. 5.

326) Widmann/Mayer/Schwarz, § 17 UmwG, Rn. 5.2.

327) Priester, DNotZ 1995, 427, 434; Joost, ZIP 1995, 976, 986; Müller, DB 1997, 713, 717; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 259; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 88.

328) ZIP 1995, 976, 986.

329) So bei einer Fachtagung des Deutschen Anwaltsinstituts am 5. 10. 1996 in Düsseldorf.

330) Widmann/Mayer, Anh. 4 zum UmwStG: Mustersatz 1, M 3, Anm. 2.

331) Melchior, GmbHR 1996, 833, 834; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 263; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. C 51, 35.

332) GmbHR 1996, 372.

333) Neumayer/Schulz, DSIR 1996, 872, 874; Widmann/Mayer/Schwarz, § 17 UmwG, Rn. 13 und Fn 21.

334) Hadding/Hennrichs, FS für Boujong, 1996, 203, 226.

335) Vgl. BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 17 UmwG, 90.

336) Hoffmann-Becking, FS für Fleck, 1988, 105, 107; ders., Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1., Anm. 5, 1179.

337) BR-Drucks. 75/94, 90.

338) LG Frankfurt/M., GmbHR 1996, 542, 543; Bartovics, Die Ausschlussfrist gemäß § 17 Abs. 2 UmwG, GmbHR 1996, 514, 515; vgl. auch das Muster bei Widmann/Mayer/Heckschen, Anh. 4 zum UmwStG: Mustersatz 1, M 11.

339) Hoffmann/Becking, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 1. Anm. 5, S. 1179; Widmann/Mayer/Mayer, Vor §§ 46–59 UmwG, Rn. 73 u. § 55 UmwG, Rn. 75; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 55 UmwG, Rn. 34.

340) Dehmer, § 55 UmwG, Rn. 34.

München GmbH 1996, 128, zeigt, kann sich hieraus im Einzelfall ein Prüfungserfordernis für die Schlußbilanz ergeben. Jedoch kann die Eintragung der Verschmelzung unter dem Aspekt des § 9 c S. 2 GmbHG nicht generell von der Vorlage einer geprüften und testierten Bilanz abhängig gemacht werden; vielmehr ist das Registergericht hierzu nur berechtigt, wenn im konkreten Fall substantiierte Zweifel an der Werthaltigkeit des übertragenen Vermögens bestehen³⁴¹.

Für die Anmeldung des *übernehmenden* Rechtsträgers ergeben sich weitere Anlagen für Kapitalgesellschaften:

Der Anmeldung einer GmbH ist gem. § 52 Abs. 2 UmwG eine neue Gesellschafterliste beizufügen. Hat eine Kapitalerhöhung stattgefunden, bleibt es im Hinblick auf deren Anmeldung gem. § 55 UmwG dabei, daß die Liste der Übernehmer und ein vollständiger Wortlaut des Gesellschaftsvertrages beizufügen sind, hingegen entfallen die Übernahmeerklärungen nach § 55 Abs. 1 GmbHG. Laut Heckschen³⁴² muß dem Registergericht nur *ein* vollständiger Wortlaut vorgelegt werden, auch wenn anläßlich der Verschmelzung neben der Kapitalerhöhung weitere Änderungen im Gesellschaftsvertrag der übernehmenden GmbH vorgenommen wurden. Diese Handhabung wird aber aus eigener Erfahrung in der Praxis beanstandet; hier wird im Hinblick auf die unterschiedlichen Eintragungszeitpunkte gem. § 53 UmwG die Vorlage *zweier* Wortlaute verlangt, davon einer lediglich mit der Textänderung bzgl. des Stammkapitals, der andere zusätzlich mit den weiteren Änderungen.

Für eine übernehmende AG gilt für die Anmeldung einer Kapitalerhöhung mit § 69 UmwG eine entsprechende Regelung. Neben dem neuen Satzungswortlaut sind die in § 188 Abs. 3 Nrn. 2 bis 4 AktG bezeichneten Schriftstücke beizufügen und, soweit eine Prüfung der Sacheinlage nach § 183 Abs. 3 AktG stattfindet, auch der Prüfungsbericht, § 184 Abs. 1 S. 2 AktG.

Bei Aktiengesellschaften als Zielrechtsträger der Verschmelzung kommt als weitere Anlage die Erklärung des Treuhänders nach § 71 Abs. 1 S. 2 UmwG hinzu.

Bei der Anmeldung des neuen Rechtsträgers kommen schließlich ein Sachgründungsbericht gem. § 5 Abs. 4 GmbHG oder ein Gründungsbericht gem. § 32 AktG als weitere Anlagen in Betracht, soweit diese nicht nach § 58 Abs. 2 bzw. § 75 Abs. 2 UmwG entbehrlich sind.

4. Fristwahrung im Hinblick auf § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG

Nach h.M. kann die Anmeldung zum Register eines übertragenden Rechtsträgers im Hinblick auf die vorzulegende Schlußbilanz auch dann fristgerecht erfolgen, wenn bei deren Einreichung die in § 16 Abs. 2 UmwG genannten Eintragungsvoraussetzungen (noch) nicht gegeben sind; dies folge nunmehr eindeutig aus der Regelung in § 16 Abs. 3 UmwG³⁴³.

Fraglich ist, ob die fristwahrende Anmeldung auch erfolgen kann, wenn noch nicht alle erforderlichen sonstigen Anlagen neben der Schlußbilanz vorgelegt werden können. Die Möglichkeit zum Nachschieben von Eintragungsunterlagen ist nicht unproblematisch, wird jedoch für zulässig gehalten³⁴⁴. Zumindest müßten aber der Verschmelzungsvertrag und die Verschmelzungsbeschlüsse in notarieller Form vorliegen, weil es vorher

nichts gibt, was in das Register eingetragen werden könnte und daher die Anmeldung wegen Fehlens einer einzutragenden Tatsache sofort zurückzuweisen wäre³⁴⁵.

§ 17 Abs. 4 S. 2 UmwG findet keine Anwendung auf die Anmeldung zum Register des übernehmenden Rechtsträgers³⁴⁶. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn im Zuge einer Kapitalerhöhung die Schlußbilanz vorzulegen ist. Soweit jedoch eine Sacheinlageprüfung stattfindet³⁴⁷, wird sich das Registergericht aber wohl weigern können, eine ältere Schlußbilanz als geeigneten Wertnachweis zu akzeptieren³⁴⁸.

5. Prüfungskompetenz des Registergerichts

a) Grundsätzliches

Bei der Anmeldung hat das Registergericht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu prüfen³⁴⁹. Diese Prüfung erstreckt sich zunächst auf die Vollständigkeit und Ordnungsgemäßheit der Anmeldung als formelle Voraussetzungen der beantragten Eintragung³⁵⁰.

Hierzu gehört zum einen die Einhaltung der Formalien der Anmeldung, d.h. die wirksame Vertretung des anzumeldenden Rechtsträgers durch die unterzeichnenden Personen, der notwendige Inhalt der Anmeldung selbst, einschließlich der Erklärung nach § 16 Abs. 2 S. 1 UmwG (soweit nicht Klageverzicht aller Anteilhaber vorliegen oder ein Fall des § 16 Abs. 3 UmwG gegeben ist) sowie die Befügung aller erforderlichen Anlagen³⁵¹.

In sachlicher Hinsicht ist zu prüfen, ob die Verschmelzung in der angemeldeten Art und Weise überhaupt nach dem Umwandlungsgesetz möglich ist, die notarielle Form und der gesetzliche Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrages eingehalten sind, alle Verschmelzungsbeschlüsse unter Beachtung der dafür notwendigen Beschlußmehrheiten und ebenso alle erforderlichen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilhaber in der gesetzlich vorgeschriebenen Form erfolgt sind, eine etwa erforderliche öffentliche Genehmigung der Verschmelzung vorliegt, die bei einer übernehmenden GmbH, AG oder KGaA ggf. vorab einzutragende Kapitalerhöhung (§§ 53, 66, 78 UmwG) ordnungsgemäß durchgeführt wurde und, soweit eine AG Zielrechtsträger der Verschmelzung ist, die Anzeige des Treuhänders gem. § 71 Abs. 1 S. 2 UmwG erfolgt ist³⁵². Ferner ist vom Registergericht nach §§ 24 Abs. 2 S. 4, 24 a Abs. 4 GWB eine etwa ergangene Untersagungsvorfügung des Bundeskartellamts zu beachten³⁵³.

b) materielle Inhaltskontrolle

Ob darüber hinaus auch eine inhaltliche Prüfung der vorgelegten Unterlagen durch das Registergericht erfolgt, ist sehr zweifelhaft. Nach ganz herrschender Auffassung³⁵⁴ findet keine materielle Richtigkeitskontrolle der Feststellungen im Verschmelzungsvertrag und Verschmelzungsbericht statt. Der Eintragungsantrag könne vielmehr nur dann beanstandet werden, wenn gesetzlich vorgeschriebene Angaben ganz fehlten oder offensichtlich unzureichend bzw. unrichtig seien. Dies gelte vor allem für die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, dessen Überprüfung dem Spruchstellenverfahren vorbehalten

341) OLG Düsseldorf, DB 1995, 1392, 1393.

342) Widmann/Mayer, Anh. 4 zum UmwStG: Mustersatz 1, M 11, Anm. 7.

343) Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1756; Hoffmann-Becking, Münchener Vertrags- handbuch, Bd. 1, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Form. X. 5., Anm. 6, 1194; Widmann/Mayer/Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 208; Widmann/Mayer/Schwarz, § 16 UmwG, Rn. 8.1; Lutter/Bork, § 16 UmwG, Rn. 12.

344) Jedenfalls in bezug auf behördliche Genehmigungen: Widmann/Mayer/ Heckschen, Einf. Kurzkomm. des UmwG 1995, Rn. 208; noch weitergehend: Lutter/Bork, § 17 UmwG, Rn. 6, nach dem Unterlagen ohne Einschränkung nachgereicht werden können; vgl. auch Widmann/Mayer/Schwarz, § 17 UmwG, Rn. 11.

345) Widmann/Mayer/Schwarz, § 16 UmwG, Rn. 8.

346) LG Frankfurt a.M. GmbHR 1996, 542, 543; Neye, EWIR § 17 UmwG 1/96, 419; Bartovics, GmbHR 1996, 514, 515.

347) Bei der GmbH stets, § 55 Abs. 1 S. 1 UmwG i.V.m. § 57 a, 9 c S. 2 GmbHG; bei einer AG in den in § 69 Abs. 1 UmwG genannten Fällen.

348) Vgl. insbesondere die nach § 69 Abs. 1 S. 1, 4. Fall UmwG bestehende Mög- lichkeit zur Anordnung der Sacheinlageprüfung bei gerichtlichen Zweifeln an der Werthaltigkeit.

349) Widmann/Mayer/Schwarz, § 19 UmwG, Rn. 3.2.

350) OLG Hamm DB 1997, 268 = NJW 1997, 666; Widmann/Mayer/Schwarz, § 19 UmwG, Rn. 3; Lutter/Grunewald, § 20 UmwG, Rn. 5; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 19 UmwG, Rn. 8; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 102, 98.

351) Melchior, GmbHR 1996, 833, 834; Widmann/Mayer/Schwarz, § 19 UmwG, Rn. 3.1; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 19 UmwG, Rn. 8.

352) Widmann/Mayer/Schwarz, § 19 UmwG, Rn. 3.2; Dehmer, a.a.O.

353) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 103, 99.

354) Melchior, GmbHR 1996, 833, 834; Streck/Mack/Schwedhelm, GmbH-Rund- schau 1995, 161, 166 a.E.; Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1756; Widmann/ Mayer/Schwarz, § 19 UmwG, Rn. 3.2.1; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 19 UmwG, Rn. 8; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 104, 99.

sei³⁵⁵, und die darzustellenden Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen³⁵⁶.

Grundsätzlich obliegt jedoch dem Registergericht bei gesellschaftsrechtlichen Akten zum Schutz des Rechtsverkehrs eine Legalitätskontrolle³⁵⁷ und damit gerade auch eine inhaltliche Überprüfung der erstrebten Eintragung; diesbezüglich besteht über eine Nichtigkeitskontrolle³⁵⁸ hinaus ein Zurückweisungsrecht auch schon bei deren bloßen Rechtswidrigkeit³⁵⁹. Bei Verschmelzungsvorgängen folgt zwar aus § 16 Abs. 2 UmwG, daß die materielle Inhaltskontrolle im Hinblick auf die Anfechtbarkeit der Verschmelzungsbeschlüsse dem Prozeßgericht vorbehalten bleiben soll³⁶⁰. Damit ist die inhaltliche Überprüfung jedoch nur insoweit ausgeschlossen, als die Interessen der Anteilhaber berührt sind. Eine Begründung für die Prüfungsbeschränkung auch im Hinblick auf Gläubigerschutz und Arbeitnehmerinteressen liefert diese Vorschrift nicht. Folgt man daher der Ansicht, daß eine Kapitalerhöhung zur Erfüllung der Anteilsgewährungspflicht auch dem Gläubigerschutz dient³⁶¹, wäre somit unter diesem Gesichtspunkt sehr wohl die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses zu überprüfen. Entsprechendes gilt für den Inhalt der Ausführungen über die Folgen der Verschmelzung für Arbeitnehmer und deren Vertretungen. Insoweit erfolgt eine Prüfungsbeschränkung allein daraus, daß die anmeldepflichtigen Rechtsträger die Richtigkeit der von ihnen gemachten Angaben nicht nachzuweisen haben, vielmehr das Registergericht zu Maßnahmen nach § 12 FGG nur bei substantiierten Zweifeln berechtigt ist³⁶².

6. Rechtswirkungen der Eintragung

Die Eintragung im Register des übernehmenden Rechtsträgers hat konstitutive Wirkung³⁶³, d. h. alle Verschmelzungswirkungen treten erst mit diesem Zeitpunkt ein (ausgenommen die Verschmelzung auf den Alleingesellschafter). Der Zeitpunkt der Bekanntmachung der Eintragung ist hingegen für die Rechtsfolgen der Verschmelzung ohne Bedeutung³⁶⁴.

Es treten mit der Eintragung insbesondere folgende Rechtswirkungen ein:

- Vermögensübergang einschließlich Verbindlichkeiten auf den übernehmenden/neuen Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), d. h. ohne erforderliche Einzelübertragungen und ohne die Möglichkeit, einzelne Vermögensgegenstände des übertragenden Rechtsträgers vom Übergang auf den übernehmenden Rechtsträger auszunehmen³⁶⁵;
- die übertragenden Rechtsträger hören auf zu existieren; einer besonderen Löschung bedarf es nicht (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG);
- der Anteilserwerb beim übernehmenden Rechtsträger/neuen Rechtsträger vollzieht sich kraft Gesetzes, besonderer Vereinbarungen bedarf es nicht (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG); noch offene Einlageverpflichtungen der Anteil-

eigner übertragender Rechtsträger gehen auf den übernehmenden Rechtsträger über³⁶⁶;

- für schwebende Prozesse gelten §§ 239, 240 ZPO analog. Titel, die auf den übertragenden Rechtsträger lauten, können nach § 727 ZPO umgeschrieben werden³⁶⁷;
- gem. § 324 UmwG i.V.m. § 613 a Abs. 1 u. 4 BGB gehen alle bei übertragenden Rechtsträgern bestehende Arbeitsverhältnisse auf den übernehmenden/neuen Rechtsträger über;
- mit Eintragung der Verschmelzung endet die Geschäftsführungs- und Vertretungsberechtigung der Organe bei übertragenden Rechtsträgern; auch Prokuren erlöschen;
- Formmängel werden geheilt (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG); dies gilt insbesondere im Hinblick auf möglicherweise unwirksame Auslandsbeurkundungen oder eine unvollständige Beurkundung;
- Mängel eines Kapitalerhöhungsbeschlusses werden geheilt; dies folgt aus § 20 Abs. 2 UmwG³⁶⁸;
- bei übertragenden Rechtsträgern endet die Buchführungspflicht und die Pflicht zur Herstellung von Jahresabschlüssen.

C. Kosten

Für den Verschmelzungsvertrag ergibt sich eine $20/_{10}$ -Gebühr aus § 36 Abs. 2 KostO. Geschäftswert ist gem. §§ 39 Abs. 2, 18 Abs. 3 KostO bei der Verschmelzung durch Aufnahme das sich aus der Schlußbilanz ergebende Aktivvermögen des übertragenden Rechtsträgers bzw. bei mehreren übertragenden Rechtsträgern die Summe derer Aktivvermögen, bei der Verschmelzung durch Neugründung das zusammengerechnete Aktivvermögen aller beteiligten Rechtsträger, jeweils ohne Schuldenabzug, sofern nicht ausnahmsweise der Wert der gewährten Anteile höher ist³⁶⁹. Echte Wertberichtigungen auf Forderungen und Verlustvorräte auf der Aktivseite sind nach allgemeinen Bewertungsgrundsätzen absetzbar³⁷⁰. Für die Mitbeurkundung des Gesellschaftsvertrages, der Satzung oder des Statuts bei der Verschmelzung durch Neugründung ist infolge Gegenstandsgleichheit keine gesonderte Gebühr zu erheben. Andererseits greift nach bisheriger Rechtslage auch bei der Verschmelzung durch Neugründung die Wertbeschränkung aus § 39 Abs. 4 KostO nicht ein³⁷¹. Grundbuchberichtigungsanträge sind bei Aufnahme in den Verschmelzungsvertrag gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 KostO³⁷².

Angesichts der danach je nach Aktivvermögen der übertragenden Rechtsträger vergleichsweise hohen Gebühren für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrages in Deutschland kommt es zwecks Kostenersparnis für die Beteiligten in erheblichem Umfang zu Auslandsbeurkundungen, vornehmlich in der Schweiz und in Österreich³⁷³. Das Problem dürfte sich aufgrund der vom Gesetzgeber in Kürze beabsichtigten Einbeziehung

355) Limmer, FS für Schippel, 1996, 415, 425; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 50; Widmann/Mayer/Schwarz, § 19 UmwG, Rn. 3.2.1; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 19 UmwG, Rn. 9; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 18; Lutter/Grunewald, § 20 UmwG, Rn. 5; Lutter/M. Winter, § 54 UmwG, Rn. 17.
356) Joost, ZIP 1995, 976, 986; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 104, 99; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 5, Rn. 48; Widmann/Mayer/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 205.
357) BGHZ 80, 76, 79 f.; OLG Hamm DB 1997, 268; Bockelmann, Eintragung eines Beschlusses: Prüfungskompetenz des Registerrichters bei Nichtanfechtung, rechtsmißbräuchlicher Anfechtungsklage und bei Verschmelzung, DB 1994, 1341, 1342 u. 1344.
358) Vgl. hierzu OLG Hamm DB 1997, 268, 269; LG Mülhausen DB 1996, 1967.
359) Bockelmann, DB 1994, 1341, 1346; Lutter/Bork, § 16 UmwG, Rn. 5 f.
360) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 104, 99.
361) Vgl. BayObLG, DB 1989, 1588 u. OLG Hamm Pflieger 1988, 369 sowie oben B. VII. 2.
362) OLG Düsseldorf, DB 1995, 1392; Melchior, GmbHR 1996, 833, 834.
363) Zuletzt BGH NJW 1996, 659 = WM 1996, 205.
364) Lutter/Grunewald, § 20 UmwG, Rn. 4.
365) Lutter/Grunewald, § 20 UmwG, Rn. 8 f. m.w.N.
366) Lutter/Grunewald, § 20 UmwG, Rn. 40 m.w.N.
367) Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161, 167; Lutter/Grunewald, § 20 UmwG, Rn. 51.
368) Lutter/Grunewald, § 20 UmwG, Rn. 73; Lutter/M. Winter, § 55 UmwG, Rn. 24.
369) Aufnahme: BayObLG GmbHR 1993, 45; Widmann/Mayer/Heckschen, § 6 UmwG, Rn. 70 f.; Widmann/Mayer/Vossius, Vor §§ 39 ff. UmwG, Rn. 137;

Widmann/Mayer/Mayer, Vor §§ 46–59 UmwG, Rn. 88; Neugründung: Widmann/Mayer/Mayer, § 36 UmwG, Rn. 116; Lutter, § 2 UmwG, Rn. 39.
370) Korintenberg/Bengel, 13. Aufl. 1995, § 18 KostO, Rn. 11; Widmann/Mayer/Heckschen, § 6 UmwG, Rn. 79; Lutter, § 2 UmwG, Rn. 39.
371) BayObLG MittBayNot 1997, 54, 55; Korintenberg/Bengel, 13. Aufl. 1995, § 39 KostO, Rn. 102; Widmann/Mayer/Heckschen, § 6 UmwG, Rn. 77 m.w.N.; a.A. Reimann, MittBayNot 1995, 1, 2.
372) Lutter, § 2 UmwG, Rn. 44.
373) Zu deren Wirksamkeit vgl. grundlegend BGHZ 80, 76; dem folgend: BGH ZIP 1989, 1052, 1054; LG Köln DB 1989, 2214 f.; LG Nürnberg-Fürth NJW 1992, 633; Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl. 1994, § 53 GmbHG, Rn. 47; Baumbach/Hueck/Zöllner, 16. Aufl. 1996, § 53 GmbHG, Rn. 40; Lutter/Hommelhoff, 14. Aufl. 1995, § 53 GmbHG, Rn. 12; Hüffer, 2. Aufl. 1995, § 23 AktG, Rn. 11; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 6 UmwG, Rn. 6; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. G 60, 80; ablehnend: LG Augsburg DB 1996, 1666; Goette, Auslandsbeurkundungen im Kapitalgesellschaftsrecht, FS für Boujong, 1996, 131 ff. = DStR 1996, 709 ff. (in Vortragsform auch in MittRhNotK 1997, 1 ff.); Heckschen, Auslandsbeurkundungen und Richtigkeitsgewähr, DB 1990, 161 ff.; Lerch, Beurkundungen durch ausländischen Notar?, DB 1992, 670, 671; Widmann/Mayer/Heckschen, § 6 UmwG, Rn. 51 ff.; Scholz/Priester, 8. Aufl. 1995, § 53 GmbHG, Rn. 74 ff.; Scholz/Westermann, 8. Aufl. 1993, Einleitung GmbHG, Rn. 95; Staudinger/Großfeld, 12. Aufl., IntGesR, Rn. 442; vgl. auch BGH WM 1988, 1819, 1823 f.

von Umwandlungsvorgängen in die Höchstwertvorschrift § 39 Abs. 4 KostO mit der dann gegebenen Wertobergrenze von 10 Mio. DM entschärfen.

Für den Verschmelzungsbeschuß ergibt sich eine $20/_{10}$ -Gebühr aus § 47 KostO mit dem Höchstbetrag von 10.000,- DM (§ 47 S. 2 KostO). Geschäftswert ist wiederum das Aktivvermögen des übertragenden Rechtsträgers³⁷⁴, eine Zusammenrechnung bei mehreren übertragenden Rechtsträgern findet nur bei der Verschmelzung durch Aufnahme beim Verschmelzungsbeschuß des übernehmenden Rechtsträgers statt³⁷⁵. Gem. §§ 27 Abs. 2, 44 Abs. 1 KostO sind gegenstandsgleich die als kostengünstigster Weg soweit möglich in einer Urkunde zusammenfassenden³⁷⁶ Zustimmungsbeschlüsse mehrerer Rechtsträger³⁷⁷ sowie bei der Verschmelzung durch Neugründung der Zustimmungsbeschluß zum Gesellschaftsvertrag, der Satzung oder dem Statut³⁷⁸. Demgegenüber ist der Kapitalerhöhungsbeschuß zur Durchführung der Verschmelzung zwar grundsätzlich gesondert zu vergüten³⁷⁹, jedoch findet bei Beurkundung in einer Urkunde gem. §§ 27 Abs. 2, 44 Abs. 2a KostO eine Zusammenrechnung statt, so daß sich die Kapitalerhöhung wegen der Höchstgebühr von 10.000,- DM oft nicht zusätzlich auswirken wird. Gleiches gilt im übrigen auch für die Mitbeurkundung „regulärer“ Kapitalerhöhungen (d. h. solchen, die nicht der Anteilsgewährung dienen) bei Gelegenheit der Verschmelzung³⁸⁰.

Für Verzichtserklärungen fällt auch bei deren Abgabe anläßlich einer Gesellschafterversammlung eine $10/_{10}$ -Gebühr aus § 36 Abs. 1 KostO an, da jeweils einzelne rechtsgeschäftliche Erklärungen gegeben sind und damit kein Beschluß vorliegt³⁸¹. Verzichtserklärungen sind auch bei Zusammenfassung in einer Urkunde nicht gegenstandsgleich mit der Zustimmung zum Verschmelzungsbeschuß, und wegen des unterschiedlichen Gebührensatzes findet auch keine Zusammenrechnung statt. Besondere Zustimmungserklärungen einzelner Anteilshaber sind, wenn diese aus der bloßen positiven Stimmabgabe zum Verschmelzungsbeschuß abzuleiten sind, gegenstandsgleich³⁸², bei Beurkundung im Rahmen des Verschmelzungsvertrages (dort, da zum Beschluß und nicht zum Vertrag zugestimmt wird) und bei selbständiger Beurkundung sind sie hingegen gesondert zu vergüten³⁸³. Geschäftswert für Zustimmungs- oder Verzichtserklärungen war nach bisher h.M. ein nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzender Anteil am Wert der Beteiligung des betreffenden Anteilshabers von 10^{384} bis 30 %³⁸⁵; hingegen soll sich der Geschäftswert zumindest bei Zustimmungserklärungen entsprechend der vom Gesetzgeber geplanten Änderung der KostO gem. § 40 Abs. 2 S. 3 KostO künftighin nach dem vollen Wert der Beteiligung richten.

Hinsichtlich der Registeranmeldung fällt bei Entwurfsfertigung durch den Notar eine $5/_{10}$ -Gebühr aus § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO an, die wegen der Wertbegrenzung aus § 39 Abs. 4 KostO n.F. auf höchstens 1 Million DM auch bei mehreren Anmeldungen in einer Urkunde maximal 805,- DM betragen kann, ansonsten eine $5/_{20}$ -Gebühr aus § 45 Abs. 1 KostO mit der Begrenzung auf höchstens 250,- DM. Für den Geschäftswert sind bei der Verschmelzung durch Aufnahme, da keine Anmeldung mit einem bestimmten Geldwert nach § 26 Abs. 1 KostO n.F. vorliegt, gem. § 26 Abs. 4 KostO n.F. bei Kapitalgesellschaften ein Be-

trag in Höhe von einem Prozent des Grund- bzw. Stammkapitals, begrenzt auf höchstens 1 Million DM, mindestens jedoch 50.000,- DM, ansonsten feste Beträge von 50.000,- DM bei Personengesellschaften und Einzelkaufleuten bzw. 100.000,- DM bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit anzusetzen. Bei der Verschmelzung durch Neugründung ist gem. den Vorgaben aus § 26 Abs. 1 KostO n.F. bei Kapitalgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit jeweils ein bestimmter Geldwert gegeben; im übrigen gilt § 26 Abs. 3 KostO n.F. Die Negativerklärung nach § 16 Abs. 2 UmwG und sonstige der Anmeldung beizufügende Erklärungen sind mit der Anmeldung gegenstandsgleich und damit nicht gesondert zu bewerten³⁸⁶.

D.

Handelsbilanzrechtliche und steuerrechtliche Hinweise

1. Wahlrecht des § 24 UmwG

Für die Bewertung des übernommenen Vermögens in der Handelsbilanz des übernehmenden Rechtsträgers eröffnet § 24 UmwG nunmehr ein Wahlrecht zwischen Fortführung der Buchwerte aus der Schlußbilanz des übertragenden Rechtsträgers oder Ansetzung mit den Anschaffungskosten i.S.d. § 253 Abs. 1 HGB.

Anders als in der steuerlichen Schlußbilanz gem. § 3 Abs. 1 oder § 11 Abs. 1 UmwStG besteht im Hinblick auf die Wertansätze in der als Schlußbilanz dienenden Handelsbilanz des übertragenden Rechtsträgers, abgesehen von Zuschreibungen gem. § 280 Abs. 1 HGB, infolge der durch § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG angeordneten entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Jahresbilanz und des damit insoweit geltenden Grundsatzes der Bilanzkontinuität keine Möglichkeit zur Buchwertaufstockung und damit zur Aufdeckung stiller Reserven anläßlich der Verschmelzung³⁸⁷.

Hingegen können bei Bilanzierung des übernehmenden Rechtsträgers durch die im Gegensatz zur alten Rechtslage bestehenden Möglichkeit zum Ansatz der Vermögensgegenstände mit den Anschaffungskosten anstelle der Fortführung der Buchwerte stille Reserven des übertragenden Rechtsträgers aufgedeckt werden, soweit diese bei der Anschaffung „bezahlt“ worden sind³⁸⁸.

Was unter den „Anschaffungskosten“ zu verstehen ist, ist streitig:

- zum einen wird vertreten, hierunter falle, soweit die Gegenleistung in einer Anteilsgewährung besteht, lediglich der Gesamtausgabebetrag der neuen Anteile oder Mitgliedschaftsrechte³⁸⁹;
- die Gegenposition³⁹⁰ verlangt, bei Bilanzierung der Anschaffungskosten insoweit zwingend den evtl. höheren Verkehrswert der neuen Anteile anzusetzen, wie er sich aus dem bei der Ermittlung des Umtauschverhältnisses zugrunde gelegten Zeitwert des übertragenen Vermögens ergibt;
- nach richtiger Auffassung besteht für den übernehmenden Rechtsträger hingegen ein Bewertungsspielraum dahin-

374) In der anstehenden Novelle der Kostenordnung nunmehr auch ausdrücklich vorgesehen in § 27 Abs. 2 KostO.

375) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 245; Widmann/Mayer/Mayer, § 36 UmwG, Rn. 117 f.; Widmann/Mayer/Vossius, Vor §§ 39 ff. UmwG, Rn. 139 f.

376) Reimann, MittBayNot 1995, 1, 3.

377) BayObLG DB 1989, 2424; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 246; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 97; Widmann/Mayer/Vossius, Vor §§ 39 ff. UmwG, Rn. 140 a.E.

378) Widmann/Mayer/Mayer, § 36 UmwG, Rn. 122 und § 55 UmwG, Rn. 123.

379) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 245; Widmann/Mayer/Heckschen, § 55 UmwG, Rn. 121 f.

380) Widmann/Mayer/Mayer, § 55 UmwG, Rn. 120.

381) Korintenberg/Reimann, § 26 KostO, Rn. 38; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 98; Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 247; Widmann/Mayer/Mayer, Vor §§ 46-59 UmwG, Rn. 92.

382) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 258.

383) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 248; Widmann/Mayer/Vossius, Vor §§ 39 UmwG, Rn. 143; Widmann/Mayer/Mayer, Vor §§ 46-59 UmwG, Rn. 94.

384) Widmann/Mayer/Vossius, Vor §§ 39 ff. UmwG, Rn. 141; Widmann/Mayer/Mayer, Vor §§ 46-59 UmwG, Rn. 92.

385) Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG, Rn. 247; Heckschen, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. 1997, Teil D. IV., Rn. 98.

386) Widmann/Mayer/Schwarz, § 19 UmwG, Rn. 27.

387) Fischer, DB 1995, 485, 488; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. E 4, 44 und Rn. H 6, 127; a.A. Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 14 ff.: Auf der Grundlage von § 252 Abs. 2 HGB sei ein abweichender Wertansatz bis zur Höhe der historischen Anschaffungskosten zulässig.

388) BR-Drucks. 75/94, Gesetzesbegründung zu § 24 UmwG, 93.

389) Bachmeister, § 24 UmwG und die Bindung zwischen Handels- und Steuerbilanz (Maßgeblichkeit) bei der Verschmelzung, DSIR 1996, 122, 123.

390) Fischer, DB 1995, 485, 486 m.w.N.

gehend, einen beliebigen Wertansatz zwischen dem Nennbetrag der gewährten Anteile und dem Zeitwert des übertragenen Vermögens zu wählen³⁹¹.

Folgt man letzterer Auffassung, ist in diesem Rahmen der Ansatz von Zwischenwerten zulässig und damit auch bzgl. der Handelsbilanzierung letztlich ein mit den steuerlichen Bewertungswahlrechten korrespondierendes Wahlrecht gegeben³⁹².

Anders als in der Steuerbilanz, wo gem. der vom BFH entwickelten „Stufentheorie“ beim Ansatz von Zwischenwerten nur eine verhältnismäßige, gleichmäßige Verteilung stiller Reserven möglich ist, braucht dabei die Wertaufstockung des übertragenen Vermögens in der Handelsbilanz nach dem Grundsatz der Einzelbewertung gem. § 253 Abs. 1 Nr. 3 HGB nicht einheitlich zu erfolgen³⁹³.

Bei Konzernverschmelzungen stellt sich das Problem, daß es im Hinblick auf die untergehende eigene Beteiligung des übernehmenden Rechtsträgers an einer Anteilsgewährung/Gegenleistung und damit an echten Anschaffungskosten anlässlich der Verschmelzung fehlt.

Nach Fischer³⁹⁴ besteht bei Verschmelzung eines 100%igen Tochterunternehmens daher kein Wahlrecht im Rahmen des § 24 UmwG; die Übernahme der Buchwerte sei hier zwingend. Hingegen erlaubt Dehmer undifferenziert eine Aufstockung bis zum Zeitwert „hingegebener Anteile“, womit anscheinend gleichermaßen beim übernehmenden Rechtsträger neu gewährte Anteile wie auch dessen infolge der Verschmelzung ersatzlos untergehende Anteile beim übertragenden Rechtsträger gemeint sind³⁹⁵. Richtig dürfte demgegenüber der Ansatz von Sagasser/Bula³⁹⁶ sein, wonach in solchen Fällen wahlweise nur die tatsächlich aufgewendeten Anschaffungskosten für den historischen Erwerb der Anteile beim übertragenden Rechtsträger zugrunde gelegt werden können.

Unstreitig dürfen allerdings beim Ansatz des übernommenen Vermögens zu Anschaffungskosten die Buchwerte nicht unterschritten werden³⁹⁷; ein echtes Wahlrecht besteht also nur bei tatsächlich höheren Anschaffungskosten als Buchwerten.

Ein Verschmelzungsgewinn in der Bilanz des übernehmenden Rechtsträgers entsteht danach

- bei Fortführung der Buchwerte aus der Schlußbilanz des übertragenden Rechtsträgers, wenn der Buchwert des übernommenen Vermögens höher ist entweder als die erbrachte Gegenleistung (wobei hierfür neben der mit dem Nennbetrag anzusetzenden Gewährung neuer Anteile evtl. erfolgte bare Zuzahlungen oder ggf. geleistete Barabfindungen mit zu berücksichtigen sind) oder, im Falle einer vorherigen Beteiligung des übernehmenden Rechtsträgers, als der Buchwert der ohne Gegenleistung untergehenden Anteile³⁹⁸;
- bei Bewertung des übernommenen Vermögens mit den Anschaffungskosten in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem Nennbetrag der neuen Anteile zzgl. Nebenleistungen und dem in der Bilanz des übernehmenden Rechtsträgers angesetzten Zeitwert, während bzgl. einer ohne Gegenleistung untergehenden Beteiligung beim übernehmenden Rechtsträger wegen des in diesem Fall notwendigerweise gleichen Ansatzes von Buchwert der Betei-

ligung und Anschaffungskosten ein Verschmelzungsgewinn nicht entstehen kann³⁹⁹.

Ein Verschmelzungsgewinn bei Anteilsgewährung ist als Agio zu behandeln und – soweit es sich bei dem übernehmenden Rechtsträger um eine Kapitalgesellschaft handelt – gem. § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB in die Kapitalrücklage einzustellen⁴⁰⁰. Hingegen soll ein den Buchwert der Beteiligung des übernehmenden Rechtsträgers übersteigender Buchwert des übernommenen Vermögens als außerordentlicher Ertrag auszuweisen sein⁴⁰¹.

Ein Verschmelzungsverlust kann bei Gewährung neuer Anteile, die durch eine Kapitalerhöhung geschaffen wurden, nicht entstehen. Dies folgt aus dem Verbot der Unter-pari-Emission. Geben die Schlußbilanzbuchwerte des übertragenen Vermögens nicht den Nennbetrag der neuen Anteile her, hat in der Bilanzierung des übernehmenden Rechtsträgers eine Aufstockung entsprechend den Zeitwerten mindestens bis zur buchmäßigen Abdeckung der Kapitalerhöhung zu erfolgen (ist dies infolge Überschuldung des übertragenden Rechtsträgers nicht möglich, kann bis zu deren Beseitigung keine Verschmelzung stattfinden); insoweit wird das Wahlrecht der Buchwertfortführung des § 24 UmwG eingeschränkt⁴⁰².

Hält der übernehmende Rechtsträger hingegen alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers, kann es zu einem Verschmelzungsverlust kommen, wenn der Saldo aus übertragenen Aktiva und Passiva niedriger ist als der Ansatz der mit der Verschmelzung wegfallenden Beteiligung am übertragenden Rechtsträger in der Bilanz des übernehmenden Rechtsträgers. Dies wird insbesondere bei der in dieser Konstellation möglichen Aufnahme eines überschuldeten Rechtsträgers der Fall sein. Ein solcher Verschmelzungsverlust soll als „verschmelzungsbedingter Unterschiedsbetrag“ nach § 265 Abs. 5 S. 2 HGB zu aktivieren sein⁴⁰³.

2. Steuerrechtliche Änderungen

Steuerliche Erwägungen werden häufig das entscheidende Motiv sein, sich überhaupt für die Durchführung der Umstrukturierung zu entscheiden.

Für die Verschmelzung bringt das UmwStG 1995 vor allem zwei wesentliche Neuerungen:

- Die Verschmelzung von Körperschaften, d. h. insbesondere Kapitalgesellschaften, auf Personengesellschaften und natürliche Personen kann – vorausgesetzt, das übertragene Vermögen bleibt Betriebsvermögen, § 3 Abs. 1 UmwStG – nunmehr grundsätzlich ohne Aufdeckung und Versteuerung stiller Reserven vollzogen werden. Aufgehoben ist damit eine zur früheren Rechtslage kritisierte „Einbahnstraße in die Kapitalgesellschaft“⁴⁰⁴.

Motiv für eine solche Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf Personengesellschaften bzw. natürliche Personen wird insb. die Tarifbegrenzung bei gewerblichen Einkünften gem. § 32 c EStG sein⁴⁰⁵.

- Bei Verschmelzungen von Körperschaften untereinander, d. h. insb. bei Verschmelzungen zwischen Kapitalgesellschaften, bleibt der Verlustvortrag der übertragenden Körperschaft erhalten, wenn diese ihren Geschäftsbetrieb noch nicht eingestellt hat.

391) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. E 24, 52 und Rn. H 26, 135; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 24 UmwG, Rn. 8 m.w.N.; einschränkend Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 37; wahlweise entweder Nennbetrag zzgl. etwaiges Aufgeld oder höherer Zeitwert, jedoch keine Zwischenwerte.

392) A.A. konsequenterweise Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 48.

393) Fischer, DB 1995, 485, 486; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. H 15, 130; a.A. Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 38.

394) DB 1995, 485, 489; ebenso Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 44.

395) Vgl. 2. Aufl. § 24 UmwG, Rn. 8 und 11.

396) Umwandlungen, Rn. E 25, 52 und Rn. H 13, 129.

397) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 24 UmwG, Rn. 8; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. H 18, 131.

398) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. H 11, 128 und Rn. H 20, 133; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 24 UmwG, Rn. 18 f.

399) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. H 16, 131 und Rn. H 26, 135.

400) Fischer, DB 1995, 485, 486; Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 33; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. H 20, 133; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 24 UmwG, Rn. 27.

401) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. H 11, 128.

402) Fischer, DB 1995, 485, 487; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. H 23, 133 f.; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 24 UmwG, Rn. 20; a.A. Lutter/Priester, § 24 UmwG, Rn. 31 und 57; Vorrang des Wahlrechts zumindest bei „besonderer Rechtfertigung“ im Gesellschafterinteresse.

403) Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 24 UmwG, Rn. 29.

404) Wochinger/Dötsch, DB-Beilage 14/94, 3 u. 6; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwStG, Rn. 1; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. I 67, 164.

405) Höflacher, Überlegungen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personennunternehmen, DStR 1996, 530; Blumers, Grundregeln für die Optimierung des Unternehmenskaufs nach neuem Umwandlungs(-steuer)recht, DB 1995, 1043, 1044.

Hingegen ergeben sich für die Verschmelzung von Personengesellschaften auf Kapitalgesellschaften oder die Verschmelzung zwischen Personengesellschaften, die wie bisher als Einbringungsvorgänge behandelt werden, keine besonderen Neuerungen⁴⁰⁶.

Bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf Personengesellschaften und natürliche Personen erfolgte im alten Recht eine Einkommensbesteuerung des sog. Übernahmegewinns auf Gesellschafterebene, während der sog. Übertragungsgewinn auf Gesellschaftsebene zwar der Gewerbesteuer, nicht aber der Körperschaftsteuer unterlag⁴⁰⁷. Ein Übernahmegewinn entstand i.d.R. zwangsläufig, da dem steuerlich relevanten Wert des Anteils an der Kapitalgesellschaft die Teilwerte der Wirtschaftsgüter der übertragenden Kapitalgesellschaft gegenüberzustellen waren. Dies führte zur notwendigen Aufdeckung und Besteuerung der stillen Reserven bei der Kapitalgesellschaft insbesondere im Hinblick auf Grundbesitz und langlebige Anlagegüter.

Nach § 3 UmwStG besteht jetzt ein Wahlrecht, die Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlußbilanz der übertragenden Kapitalgesellschaft mit Buchwerten, Teilwerten oder Zwischenwerten anzusetzen, wobei diese Schlußbilanzwerte bei der übernehmenden Personengesellschaft oder der übernehmenden natürlichen Person grundsätzlich zwingend zu übernehmen sind, § 4 Abs. 1 UmwStG. Durch die Möglichkeit zur Fortführung der Buchwerte der Kapitalgesellschaft werden stille Reserven in den übergehenden Wirtschaftsgütern mithin nicht mehr zum Zwecke der Übernahmegewinnermittlung zwingend aufgedeckt⁴⁰⁸. Entsprechendes gilt gem. § 18 Abs. 1 S. 1 UmwStG für die Gewerbesteuer. Da sich somit ein Übernahmegewinn bzw. -verlust allein aus der Differenz zwischen dem Buchwert der Anteile an der übertragenden Kapitalgesellschaft und den Schlußbilanzwerten ergeben kann, § 4 Abs. 4 UmwStG, kommt ein Übernahmegewinn nur noch im Hinblick auf bei der übertragenden Kapitalgesellschaft gebildete offene Rücklagen in Betracht⁴⁰⁹. Ein Übertragungsgewinn kann hingegen allein aus einer Aufstockung auf Teil- oder Zwischenwerte resultieren; dieser unterliegt sowohl der Körperschaftsteuer als auch der Gewerbesteuer⁴¹⁰.

Gem. § 4 Abs. 2 S. 1 UmwStG tritt die übernehmende Personengesellschaft bzgl. AfA, erhöhter Abschreibungen und ähnlicher Erleichterungen in die steuerliche Rechtsstellung der

übertragenden Kapitalgesellschaft ein. Dies gilt gem. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG dagegen nicht für einen verbleibenden Verlustabzug i.S.d. § 10 d Abs. 3 S. 2 EStG, da dieser hier bereits den Übernahmegewinn mindert bzw. den Übernahmeverlust erhöht⁴¹¹. Auch vortragsfähige gewerbsteuerliche Fehlbeträge der übertragenden Kapitalgesellschaft i.S.d. § 10 a GewStG können nach § 18 Abs. 1 S. 2 UmwStG nicht auf die übernehmende Personengesellschaft übertragen werden.

Ein bei der übertragenden Kapitalgesellschaft bestehender Verlustvortrag kann danach aber dazu benutzt werden, durch Aufstockung der Buchwerte bis zu dessen Höhe steuerunschädlich stille Reserven aufzudecken. Diese Aufstockung ist zum einen in der Schlußbilanz der übertragenden Kapitalgesellschaft möglich und wird teilweise auch so empfohlen⁴¹². Gem. § 4 Abs. 6 S. 1 UmwStG besteht andererseits eine Ausnahme von der strikten Bilanzwertverknüpfung des § 4 Abs. 1 UmwStG dergestalt, daß bei einem ermittelten Übernahmeverlust zunächst die Wertansätze der übergegangenen Wirtschaftsgüter in der Bilanz der Personengesellschaft bzw. Einzelunternehmung bis zu den Teilwerten aufzustocken sind und erst ein darüber hinausgehender Betrag gewinnmindernd wirkt, § 4 Abs. 6 S. 2 UmwStG. Die wohl überwiegende Ansicht präferiert im Hinblick auf diese Regelung eine Aufstockung erst bei der aufnehmenden Personengesellschaft gegenüber der Buchwertaufstockung schon in der steuerlichen Schlußbilanz⁴¹³.

Insgesamt ermöglicht das neue Recht jedenfalls vom Grundsatz her somit eine steuerneutrale Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf Personengesellschaften bzw. natürliche Personen⁴¹⁴.

Bei der Verschmelzung zwischen Kapitalgesellschaften ermöglichen § 12 Abs. 3 S. 2 und § 19 Abs. 2 UmwStG genau umgekehrt die Übernahme eines Verlustabzugs i.S.d. § 10 d Abs. 3 S. 2 EStG bzw. vortragsfähiger Fehlbeträge i.S.d. § 10 a GewStG; entsprechend § 8 Abs. 4 KStG ist jedoch keine Verwertung eines bloßen Verlustmantels möglich, denn die übertragende Kapitalgesellschaft darf ihren Geschäftsbetrieb noch nicht eingestellt haben⁴¹⁵. Der Verlustabzug der übertragenden Kapitalgesellschaft ist im Jahr des steuerlichen Übertragungstages mit dem steuerpflichtigen Gewinn der Übernehmerin zu verrechnen⁴¹⁶. Umstritten ist, ob ein darüber hinausgehender Verlustvortrag auch zu einem Verlustrücktrag bei der Übernehmerin nach Maßgabe des § 10 d Abs. 1 EStG genutzt werden kann⁴¹⁷.

Rechtsprechung

1. Vereinsrecht – Anmeldung einer Vorstandsänderung

(OLG Hamm, Beschluß vom 14. 5. 1996 – 15 W 476/95 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Karldieter Schmidt, Hamm)

BGB §§ 67 Abs. 1; 58 Nr. 4

Wird die Änderung des Vorstandes eines eingetragenen Vereins zur Eintragung ins Vereinsregister angemeldet und ist in der Vereinssatzung bestimmt, daß die zugrunde liegenden Beschlüsse in einem Protokoll niederzulegen sind, das u. a. von dem Protokollführer zu unterzeichnen ist, muß aus der der Anmeldung beizufügenden Abschrift des Protokolls für das Registergericht eindeutig erkennbar

sein, daß der in der Satzung namentlich nicht genannte Protokollführer die Verantwortung für dessen Inhalt übernimmt. Demgemäß ist in der Regel zu verlangen, daß er in der Niederschrift ausdrücklich, z. B. durch einen Zusatz bei seiner Unterschrift, „als Protokollführer“ bezeichnet ist.

Zum Sachverhalt:

Der im Vereinsregister eingetragene Verein beschloß in der Mitgliederversammlung die Wahl eines neuen Ersten Vorsitzenden und eines Ersten Bühnenwarts. Der Notar reichte die von ihm beglaubigte Anmeldung der Vorstandsänderung durch die Vorstandsmitglieder und bei dem Registergericht unter Beifügung der Abschrift des Protokolls der Versammlung mit dem Antrag auf Vollzug ein. Der Rechtspfleger beanstandete, daß bezüglich der Unter-

406) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. I 50, 158.

407) Lutter/Schaumburg, Anh. § 122 UmwG, Rn. 7.

408) Streck/Posdziech, Verschmelzung nach dem neuen Umwandlungssteuergesetz, GmbHHR 1995, 271, 273; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 3 UmwStG, Rn. 1.

409) Streck/Posdziech, GmbHHR 1995, 271, 276; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. I 75, 167.

410) Streck/Posdziech, GmbHHR 1995, 271, 274 u. 282.

411) Blumers, Fortführung und Nutzung von Verlusten nach dem neuen Umwandlungssteuergesetz, DSrR 1996, 691; Streck/Posdziech, GmbHHR 1995, 271, 276; Lutter/Schaumburg, Anh. § 122 UmwG, Rn. 33.

412) Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. I 72, 165.

413) Blumers, DB 1995, 1043, 1044; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 4 UmwStG, Rn. 119; Lutter/Schaumburg, Anh. § 122 UmwG, Rn. 59.

414) Wochinger/Dötsch, DB-Beilage 14/94, 4; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. I 6 u. 68, 140 u. 164.

415) Hierzu eingehend Horger/Neumayer, Der Übergang eines verbleibenden Verlustabzugs gem. § 12 Abs. 3 UmwStG bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, DSrR 1996, 41 ff.

416) Kömer, Verlustverwertung bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, GmbHHR 1996, 256, 257 f.; Streck/Posdziech, GmbHHR 1995, 357 (Teil 2), 359; Dehmer, 2. Aufl. 1996, § 12 UmwStG, Rn. 116.

417) Streck/Posdziech, GmbHHR 1995, 357 (Teil 2), 360; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. I 22, 146; Dehmer, 2. Aufl., § 12 UmwStG, Rn. 117; Lutter/Schaumburg, Anh. § 122 UmwG, Rn. 104 m.w.N.

schrift „U.“ unter das Protokoll der Niederschrift und auch aus den Registerakten nicht zu entnehmen sei, daß der bzw. die Unterschriftsleistende „Protokollführer“ gewesen sei. Der Rechtspfleger verwies insoweit auf § 8 Ziff. 5 der Vereinssatzung, wonach über die Beschlüsse der Versammlung ein Protokoll zu führen sei, das vom Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter und dem Protokollführer zu unterzeichnen sei.

Der gegen die Zwischenverfügung eingelegten Erinnerung wurde nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß richtet sich die vom Urkundsnotar namens des beteiligten Vereins eingelegte weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Gegen die vom Rechtspfleger des Registergerichts erlassene Zwischenverfügung, mit der die Anmeldung einer Vorstandsänderung beanstandet wird, findet die unbefristete Erinnerung/Beschwerde statt (vgl. Keidel/Winkler, 13. Aufl., § 160 a FGG, Rn. 13; OLG Köln Rpfleger 1994, 114). Daher unterliegt auch die weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des LG keiner Befristung (vgl. § 29 Abs. 2 FGG). Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten folgt aus der Zurückweisung seiner Erstbeschwerde.

Das Rechtsmittel ist jedoch unbegründet, weil die angefochtene Entscheidung nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 FGG).

Zutreffend hat das LG die Beanstandung des Rechtspflegers als nach § 19 Abs. 1 FGG anfechtbare Zwischenverfügung angesehen (vgl. Keidel/Kahl, a.a.O., § 19 FGG, Rn. 9). Eine – mit der unbefristeten Erinnerung/Beschwerde – anfechtbare Zwischenverfügung liegt im Vereinsregisterverfahren vor, wenn der Hinweis auf Eintragungshindernisse mit der Auflage zur Beseitigung dieser Hindernisse verbunden wird (vgl. OLG Köln, a.a.O.; Reichert/Dannecker/Kühr, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 4. Aufl., Rn. 67 und 1637).

Auch in der Sache hält die Entscheidung des LG der rechtlichen Nachprüfung stand.

Nach § 67 Abs. 1 BGB ist jede Änderung des Vorstandes von dem Vorstand zur Eintragung anzumelden. Der Anmeldung ist eine Abschrift der Urkunde über die Änderung, hier also des Protokolls der Mitgliederversammlung vom 28. 1. 1995, beizufügen. Die unterschriebene Versammlungsniederschrift ist eine Privaturkunde. Anders als eine öffentliche Urkunde erbringt sie nicht den Beweis für ihren Inhalt und den bezeugten Vorgang, sondern dafür, daß ihr Inhalt von den Unterzeichnern herrührt (vgl. Reichert/Dannecker/Kühr, a.a.O., Rn. 759). Den Feststellungen eines mit der Anmeldung eingereichten Protokolls darf das Registergericht vertrauen, wenn sich aus ihm ergibt, daß dem äußeren Schein nach die Neubestellung eines Vorstandes materiell in Ordnung ist.

Ein solches Vertrauen ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn das Protokoll satzungsgemäß zustandegekommen ist. Andernfalls sind nicht völlig unberechtigte Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Satzungsänderung bzw. der Bestellung des neuen Vorstandes angebracht. In § 8 Ziff. 5 der Vereinssatzung ist bestimmt, daß über die Beschlüsse Protokoll zu führen ist, das vom Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter und dem Protokollführer zu unterzeichnen ist. Die satzungsmäßig bestimmten Funktionsträger tragen dann die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Niederschrift. Ihrer Erklärung darf das Registergericht vertrauen. Aus diesem Grunde ist es erforderlich, wenn die Niederschrift nur mit Namensunterschriften unterzeichnet wird, in dem Protokoll festzuhalten, in welcher Funktion der Betreffende unterschrieben hat, denn nur dann ist für das Registergericht erkennbar, ob der von der Satzung bestimmte und in ihr namentlich nicht genannte Funktionsträger die Verantwortung für den Inhalt übernimmt. Demgemäß wird nach allgemeiner Ansicht verlangt, daß in der Niederschrift die Bezeichnung „als Protokollführer“ anzugeben ist (vgl. Stöber,

Vereinsrecht, 5. Aufl., Rn. 213; Reichert/Dannecker/Kühr, a.a.O., Rn. 756), denn es ist als wesentlich anzusehen, daß die Sitzungsniederschrift von demjenigen unterschrieben ist, der nach der Satzung für die Aufnahme des Versammlungsprotokolls zuständig ist (vgl. Sauter/Schweyer, Der eingetragene Verein, 15. Aufl., Rn. 136).

Auch für die Tatsache, daß der vom Verein bestimmte Protokollführer die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Niederschrift übernommen hat, zeugt dann der Unterzeichner.

Ist der Nachweis einer der Satzung des Vereins entsprechenden Beschlußprotokollierung, wie hier, ohne weiteres und ohne nennenswerten Aufwand durch eine bloße, die Richtigkeit auch des Zusatzes „als Protokollführer“ bezeugende Unterschrift möglich, stellt es keine übertriebene Förmlichkeit des Registergerichts dar, wenn es zur Anmeldung die Abschrift eines Mitgliederbeschlusses in der Form verlangt, welche die Satzung vorschreibt (vgl. § 58 Nr. 4 BGB), und es sich bei dieser Sachlage mit den Erklärungen Dritter zur ordnungsgemäßen Versammlungsniederschrift nicht zufrieden gibt.

2. Vereinsrecht – Bezeichnung eines Vereins als „Stiftung“ (OLG Köln, Beschluß vom 2. 10. 1996 – 2 Wx 31/96 – mitgeteilt von Richter am OLG Torsten Schmidt-Eichhorn, Köln)

BGB §§ 57; 80 ff.

HGB § 18 Abs. 2

- 1. Die Prüfung der Anmeldung eines Vereins zum Vereinsregister ist in entsprechender Anwendung von § 18 Abs. 2 HGB auch auf die Frage zu erstrecken, ob der Name des Vereins geeignet ist, eine Täuschung über seine Art, Größe oder sonstigen Verhältnisse zu bewirken.**
- 2. Die Bezeichnung eines Vereins „Stiftung“ ist irreführend, wenn er weder über eine kapitalartige Vermögensausstattung noch über eine gesicherte Anwartschaft auf eine solche Dotierung verfügt, durch die eine dem Wesen einer Stiftung entsprechende Aufgabenerfüllung jedenfalls für einen gewissen Zeitraum gewährleistet ist.**

Zum Sachverhalt:

Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 13. 2. 1996 hat Herr Sch. – als 1. Vorsitzender des Vereins – den Bf. zur Eintragung in das Vereinsregister des AG angemeldet. Der Bf. führt nach § 1 Abs. 1 seiner Satzung den Namen „Stiftung D S“, und zwar nach seiner Eintragung mit dem Zusatz „e. V.“. Die Anmeldung vom 13. 2. 1996 hat die Rechtspflegerin des AG durch Verfügungen unter anderem mit der Begründung beanstandet, daß der im Namen des Vereins enthaltene Bestandteil „Stiftung“ geeignet sei, eine Täuschung über die Verhältnisse des Vereins herbeizuführen. Nachdem der Bf. dieser Auffassung widersprochen und dabei unter anderem ausgeführt hatte, es genüge, wenn der Finanzbedarf einer Stiftung durch ihre eigene Tätigkeit aufgebracht werde, so daß die stiftungsartige Struktur des hier angemeldeten Vereins nicht deshalb verneint werden könne, weil er nicht über eine kapitalmäßige Vermögensausstattung verfüge, hat die Rechtspflegerin durch Verfügung vom 24. 5. 1996 erklärt, daß sie an ihrer Rechtsauffassung festhalte. Es reiche nicht aus, daß der Verein Mittel für den Vereinszweck aus Mitgliedsbeiträgen und Spenden sowie durch Gebühren für die Verleihung von Urkunden und durch den Vertrieb von Anstecknadeln aufbringe. Vielmehr sei der Nachweis zu führen, daß eine Ausstattung des Vereins mit Stiftungsvermögen zu erwarten sei.

Gegen diese Verfügung hat der Bf. Erinnerung eingelegt, der die Rechtspflegerin und der Richter des AG nicht abgeholfen haben. Das LG hat die mit ihrer Vorlage an das Beschwerdegericht als sofortige Beschwerde geltende Erinnerung des Bf. zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß des LG wendet sich der Bf. mit der sofortigen weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig, bleibt in der Sache indes ohne Erfolg.

Gegen die Ablehnung der Eintragung eines angemeldeten Vereins in das Vereinsregister durch den Rechtspfleger des Registergerichts ist nach den §§ 160 a Abs. 1 FGG, 11 Abs. 1 RPflG die – mit ihrer Vorlage an das LG nach § 11 Abs. 2 S. 5 RPflG als sofortige Beschwerde geltende – befristete Erinnerung, gegen die Zurückweisung dieser sofortigen Beschwerde ist nach den §§ 27 Abs. 1, 28 Abs. 1, 29 Abs. 2, 160 a Abs. 1 FGG die sofortige weitere Beschwerde zum OLG gegeben. Zur Einlegung dieser Rechtsmittel befugt ist nach den §§ 20 Abs. 2, 29 Abs. 4 FGG jeweils der – noch nicht eingetragene – Vor-Verein (vgl. BayObLG NJW-RR 1991, 958 = DNotZ 1992, 46; OLG Jena Rpfleger 1994, 257, 258; Bumiller/Winkler, 6. Aufl. 1995, § 20 FGG, Rn. 6; Soergel/Hadding, 12. Aufl. 1988, § 60 BGB, Rn. 5; a.A.: Keidel/Kuntze/Kahl, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 13. Aufl. 1992, § 20 FGG, Rn. 110; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 60 BGB, Rn. 3), in dessen Namen die Anmeldung zum Vereinsregister erfolgt ist. Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß des LG ist statthaft und in rechter Form (§ 29 Abs. 1 S. 2 FGG) und Frist (§§ 22 Abs. 1, 29 Abs. 2, 160 a Abs. 1 FGG) eingelegt worden.

Die weitere Beschwerde ist aber nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 27 Abs. 1 FGG, 550 ZPO).

Das LG hat die Verfügung der Rechtspflegerin des AG vom 24. 5. 1996 zu Recht als Zurückweisung der Anmeldung angesehen, gegen die nach den §§ 160 a Abs. 1 FGG, 11 Abs. 1 und 2 RPflG die – mit ihrer Vorlage an das LG als sofortige Beschwerde geltende – befristete Durchgriffs-Erinnerung gegeben war. Zwar unterliegen bloße Meinungsäußerungen und rechtliche Hinweise des Registergerichts, durch die nicht in die Rechte eines Beteiligten eingegriffen wird, nicht der Anfechtung nach den §§ 19 Abs. 1, 160 a Abs. 1 FGG, 11 Abs. 1 und 2 RPflG (vgl. Senat NJW 1989, 173, 174; BayObLG NJW-RR 1988, 869 = DNotZ 1988, 515; BayObLG Rpfleger 1991, 156 = DNotZ 1992, 175 = MittRhNotK 1991, 88; Keidel/Kuntze/Kahl, a.a.O., § 19 FGG, Rn. 6). Bei der Verfügung vom 24. 5. 1996 handelt es sich indes nicht lediglich um eine solche Meinungsäußerung, sondern – wie die Auslegung der Verfügung ergibt – um eine das Verfahren in der ersten Instanz abschließende Entscheidung über die Anmeldung, nämlich um die Ablehnung der Eintragung des Bf. in das Vereinsregister. Die Erklärung der Rechtspflegerin, sie halte an ihrer bereits zuvor mitgeteilten Auffassung fest und es wäre zur Eintragung unter dem in der Satzung genannten Namen der Nachweis zu erbringen, daß eine Ausstattung des Vereins mit Stiftungsvermögen zu erwarten sei, stellte der Sache nach eine Ablehnung des Antrages auf Eintragung des Bf. in das Vereinsregister in der gestellten Form, verbunden mit einem Hinweis darauf dar, unter welchen Voraussetzungen ein neuerlicher Eintragungsantrag auch in dieser Form allenfalls Erfolg haben könnte. In einem solchen Fall ist die sofortige Beschwerde – Durchgriffserinnerung – gegeben (vgl. OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 441; Keidel/Kuntze/Kahl, a.a.O., § 19 FGG, Rn. 9). (. . .)

Das LG hat die Ablehnung der Eintragung des Bf. in das Vereinsregister bestätigt und die Erstbeschwerde zurückgewiesen, weil der in der Satzung des Bf. bestimmte Name des Vereins zur Irreführung geeignet sei. Dies hält der rechtlichen Überprüfung durch den Senat stand. Es bedarf deshalb hier keiner Entscheidung, ob Bedenken gegen die Anmeldung vom 13. 2. 1996 auch deshalb bestehen können, weil sie nur von einem Mitglied des Vorstandes des Bf. unterzeichnet worden ist. Der Senat kann somit hier offen lassen, ob es – entsprechend der überwiegend vertretenen Ansicht (vgl. OLG Hamm OLGZ 1980, 389, 391 = DNotZ 1982, 118; OLG Hamm OLGZ 1984, 15, 19 = DNotZ 1985, 86 = MittRhNotK 1983, 210; Palandt/Heinrichs, 55. Aufl. 1996, § 59 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Reuter, a.a.O., § 59 BGB, Rn. 3; Soergel/Hadding, a.a.O., § 59

BGB, Rn. 3) – erforderlich ist, daß bei der Erstanmeldung eines Vereins sämtliche Vorstandsmitglieder mitwirken, oder ob – entsprechend einer in jüngerer Zeit vertretenen Auffassung (vgl. BayObLG NJW-RR 1991, 958 = DNotZ 1992, 46; Keidel/Kuntze/Kahl, a.a.O., § 20 FGG, Rn. 110) – die Anmeldung durch so viele Vorstandsmitglieder genügt, wie nach der Satzung zur Vertretung des Vereins zusammenwirken müssen. Dies kann hier deshalb offen bleiben, weil jedenfalls die vom LG angeführte Begründung die Zurückweisung der Anmeldung vom 13. 2. 1996 trägt.

Nach § 60 BGB ist die Anmeldung eines Vereins zurückzuweisen, wenn einem der Erfordernisse der §§ 56 bis 59 BGB nicht genügt ist. Dabei ist die Prüfung des Registergerichts, soweit sie den Vereinsnamen zum Gegenstand hat, nicht auf die Fragen beschränkt, ob die Satzung des Vereins überhaupt einen Namen vorsieht (§ 57 Abs. 1 BGB) und ob sich dieser Name hinreichend deutlich von den Namen der übrigen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde eingetragenen Vereine unterscheidet (§ 57 Abs. 2 BGB). Vielmehr ist die Prüfung des Registergerichts entsprechend § 18 Abs. 2 HGB auch auf die Frage zu erstrecken, ob der Name des Vereins geeignet ist, eine Täuschung über die Art, die Größe oder die sonstigen Verhältnisse des Vereins herbeizuführen (vgl. Senat, Beschluß vom 28. 7. 1986 – 2 Wx 20/86 –; Erman/Westermann, 9. Aufl. 1993, § 57 BGB, Rn. 2; Palandt/Heinrichs, a.a.O., §§ 57, 58 BGB, Rn. 2; MünchKomm/Reuter, a.a.O., § 57 BGB, Rn. 2; Soergel/Hadding, a.a.O., § 57 BGB, Rn. 5; teilweise m.w.N.).

Von diesen Grundsätzen ist das LG zutreffend ausgegangen. Seine Feststellung, daß der Name des Bf. wegen des Namensbestandteils „Stiftung“ irreführend und daher unzulässig sei, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Das Wort „Stiftung“ ist mehrdeutig. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch werden mit diesem Wort unterschiedliche Erscheinungen bezeichnet. Gemeinsam ist ihnen aber, daß es sich um eine zweckbestimmte Widmung von Vermögenswerten handelt (vgl. Senat, a.a.O.; Soergel/Neuhoff, a.a.O., vor § 80 BGB, Rn. 14). Deshalb verbindet die Öffentlichkeit mit ihm die Auffassung, die Stiftung sei Verwalter eines gestifteten Vermögens und Vollstrecker eines entsprechenden Stifterwillens (vgl. Senat, a.a.O.; BayObLG NJW 1973, 249 = MittRhNotK 1973, 204). Diese Vorstellung trifft zunächst einmal auf eine Stiftung im Rechtssinne gem. den §§ 80 ff. BGB zu. Die Errichtung einer solchen Stiftung ist hier indes nicht beabsichtigt. Erstrebt wird vielmehr die Eintragung eines Vereins, der lediglich in seinem Namen die Bezeichnung als „Stiftung“ führt, in das Vereinsregister.

Neben den selbständigen Stiftungen i.S.d. §§ 80 ff. BGB gibt es allerdings auch unselbständige Stiftungen. Ihr Wesen besteht darin, daß einer natürlichen oder juristischen Person als Treuhänder ein Vermögenswert zugewandt wird, verbunden mit dem Treuhandauftrag, dieses Vermögen in einer bestimmten, dem „Stifterwillen“ entsprechenden Weise zu verwenden (vgl. OLG Hamburg NJW-RR 1986, 1305; Palandt/Heinrichs, a.a.O., vor § 80 BGB, Rn. 6; MünchKomm/Reuter, a.a.O., vor § 80 BGB, Rn. 41; Soergel/Neuhoff, a.a.O., vor § 80 BGB, Rn. 21). Auch ein Verein kann ein solcher Treuhänder sein und daher dann, wenn die treuhänderische Verwaltung des ihm durch eine unselbständige Stiftung übertragenen Vermögens einen wesentlichen Zweck des Vereins darstellt, in seinem Namen den Bestandteil „Stiftung“ führen. Das setzt indes voraus, daß der Verein über eine entsprechende kapitalartige Vermögensausstattung verfügt oder wenigstens eine gesicherte Anwartschaft auf eine solche Dotierung besitzt, durch die eine dem Wesen einer Stiftung entsprechende Aufgabenerfüllung jedenfalls für einen gewissen Zeitraum gewährleistet ist. Dagegen genügt es – wie der Senat bereits früher entschieden hat (vgl. Beschluß vom 28. 7. 1986 – 2 Wx 20/86 –), nicht, wenn die Mittel zur Erreichung eines bestimmten Vereinszwecks erst nach und nach durch Mitgliedsbeiträge und Spenden aufgebracht werden sollen. Vielmehr würde hierdurch der Begriff der „Stiftung“ sowohl

in rechtlicher Hinsicht als auch im Hinblick auf den allgemeinen Sprachgebrauch in nicht mehr vertretbarer Weise ausgeweitet (vgl. BayObLG NJW 1975, 249 = MittRhNotK 1973, 204), so daß die Bezeichnung eines Vereins mit dem Namensbestandteil „Stiftung“ in diesem Fall als irreführend und daher unzulässig anzusehen ist. Der Senat sieht keinen Anlaß, von diesen allgemein anerkannten (vgl. BayObLG, a.a.O.; Erman/Westermann, a.a.O., § 57 BGB, Rn. 2; Palandt/Heinrichs, a.a.O., §§ 57, 58 BGB, Rn. 3; MünchKomm/Reuter, a.a.O., § 57 BGB, Rn. 2; Soergel/Hadding, a.a.O., § 57 BGB, Rn. 5) Grundsätzen abzuweichen.

Der Hinweis des Bf. auf den von Strickrodt (u. a. in NJW 1964, 2085, 2086 f.) entworfenen Typus einer „Funktionsträgerstiftung“ veranlaßt keine andere Beurteilung. Zwar soll nach Strickrodt (a.a.O.) der Finanzbedarf einer solchen Funktionsträgerstiftung statt durch eine kapitalartige Vermögensausstattung oder wenigstens eine gesicherte Anwartschaft auf eine entsprechende Dotierung möglicherweise auch durch eine eigene Tätigkeit der Stiftung gedeckt werden können. Darauf kommt es hier indes nicht an. Denn die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen mit der Bezeichnung eines Vereins als „Stiftung“ eine Täuschung über die Verhältnisse des Vereins verbunden ist, richtet sich danach, was allgemein unter einer Stiftung verstanden wird. Das Verständnis der Öffentlichkeit wird von dem von Strickrodt gezeichneten Typus der „Funktionsträgerstiftung“ aber nicht geprägt oder beeinflußt. Vielmehr ist selbst das rechtswissenschaftliche Schrifttum dem entsprechenden Vorschlag Strickrodts kaum gefolgt und hat die „Funktionsträgerstiftung“ nicht zu einem eigenständigen Stiftungstyp weiterentwickelt (vgl. Soergel/Neuhoff, a.a.O., vor § 80 BGB, Rn. 64). Selbst wenn man also eine „Funktionsträgerstiftung“ trotz des Fehlens einer Kapitalausstattung mit Rücksicht auf ihre Rechtsform als Stiftung anerkennt, ergibt sich hieraus für die Zulässigkeit der Bezeichnung eines Vereins ohne eine solche Kapitalausstattung als „Stiftung“ nichts. Vielmehr ist die Bezeichnung eines solchen Vereins als „Stiftung“ irreführend und daher unzulässig, weil er weder nach seiner Rechtsform – als Verein –, noch nach seiner Kapitalausstattung – mangels eines Stiftungsvermögens oder einer gesicherten Anwartschaft auf eine entsprechende Dotierung – dem Typus einer „Stiftung“ entspricht.

Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des LG verfügt der Bf. weder über eine kapitalartige Vermögensausstattung, noch hat er eine gesicherte Anwartschaft auf eine entsprechende Dotierung. Vielmehr sollen nach § 5 Abs. 1 der Satzung des Bf. die Mittel für den Vereinszweck „durch Mitgliedsbeiträge, durch Spenden und durch Gebühren für die Verleihung der Urkunden und der Erwerbskosten für die Anstecknadeln aufgebracht werden“. Was der Bf. in diesem Zusammenhang mit der weiteren Beschwerde zur Höhe der erwarteten Einnahmen aus der Verleihung von Urkunden und dem Verkauf von Anstecknadeln vorbringt, kann der Senat nicht berücksichtigen, soweit dieses Vorbringen vor den Angaben des Bf. in den Tatsacheninstanzen abweicht oder über diese Angaben hinausgeht. Denn die weitere Beschwerde im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist Rechtsbeschwerde; sie kann gem. den § 27 Abs. 1 S. 2 FGG, § 561 Abs. 1 S. 1 ZPO nicht auf den Vortrag neuer Tatsachen gestützt werden (vgl. Keidel/Kuntze, a.a.O., § 27 FGG, Rn. 43 mit zahlr. w.N.). Dies bedarf hier indes keiner Vertiefung. Denn bei solchen erwarteten Einnahmen durch Verleihungsgebühren und durch den Verkauf von Anstecknadeln handelt es sich – unabhängig davon, daß auch von einer gesicherten Anwartschaft auf diese Einnahmen nicht gesprochen werden kann – schon dem Grunde nach nicht um eine kapitalmäßige Vermögensausstattung oder eine ihr vergleichbare Dotierung, deren Vorliegen allein die Bezeichnung des Vereins als „Stiftung“ rechtfertigen könnte.

3. Liegenschaftsrecht – Rechtsfähigkeitsvermutung zu Gunsten einer im Grundbuch eingetragenen Stiftung

(OLG Frankfurt/Main, Beschluß vom 4. 9 1996 – 20 W 299/96 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Horst Richter, Frankfurt/Main)

GBO §§ 18; 19; 29 Abs. 1; 71

ErbbauVO § 5 Abs. 2

BGB § 891 Abs. 1

- 1. Die Verfügung des GBA, mit der es den Ast. auf ein nicht behebbares Eintragungshindernis hinweist, ist selbst dann keine anfechtbare Zwischenverfügung, wenn sie ihrer äußeren Form nach als Zwischenverfügung nach § 18 GBO aufgefaßt werden konnte.**
- 2. Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB erstreckt sich nicht auf die Rechtsfähigkeit des Eingetragenen. Deshalb hat das GBA im Eintragungsantragsverfahren dem Ast. durch Zwischenverfügung aufzugeben, die Rechtsfähigkeit einer als Eigentümerin eingetragenen Stiftung nachzuweisen, wenn sich hieran begründete Zweifel ergeben.**

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) ist im Erbbaugrundbuch als Berechtigte des eingangs näher bezeichneten Erbbaurechts eingetragen. Als Inhalt des Erbbaurechts ist vereinbart, daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Grundschuld der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Als Eigentümerin des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks ist seit 1893 die „W.-B.-Stiftung“ in B. im Grundbuch nach vorangegangenem Aufgebotsverfahren eingetragen. In dem Aufgebotsverfahren hatte die Stiftung durch ihre gesetzlichen Vertreter, die „Patrone“, erklärt, das Grundstück sei (neben anderen) seit unvordenklicher Zeit im Eigentumsbesitz der Stiftung, die „von jeher als solche anerkannt“ sei. Nach der sich bei den Grundakten befindlichen Satzung der Stiftung beruht diese auf dem am 25. 1. 1754 errichteten Testament der Eheleute C. W. und M. W. geb. B. Entsprechend dem Willen der Testatoren soll an ortsansässige „Haus-Arme“ der Ertrag eines Kapitals von 1.000 Talern alljährlich „auf die Art, wie allhier die Austeilung mit Speck u. Brot zu geschehen pfelegt“, am Crispinus-Tag und am Katharina-Tag verteilt werden (§ 1). Die Verwaltung der Stiftung und ihres Grundbesitzes erfolgt durch zwei Patrone (§ 3), die zur Vertretung der Stiftung nach außen berechtigt sind (§ 10 S. 1). Ihre satzungsmäßigen Entscheidungen bedürfen keiner obrigkeitlichen Genehmigung (§ 10 S. 2).

In notarieller Urkunde hat die Bet. zu 1) zu Lasten ihres Erbbaurechts für die Bet. zu 2) eine Briefgrundschuld bestellt. Der beurkundende Notar hat eine Ausfertigung seiner Urkunde sowie die notariell beglaubigte Belastungszustimmung eines der beiden Patrone der Stiftung bei dem GBA eingereicht und namens der Bet. zu 1) sowie der Bet. zu 2) die Eintragung der Grundschuld beantragt. Dazu hat er sinngemäß vorgetragen, die Zustimmung der Grundstückseigentümerin zur Belastung des Erbbaurechts bedürfe nicht der Genehmigung der Stiftungsaufsichtsbehörde, weil es sich bei der Stiftung um eine Familienstiftung i.S.d. § 21 Abs. 1 HessStG handle.

Die Rechtspflegerin hat mit Zwischenverfügung den Eintragungsantrag beanstandet. Sie hat die Vorlage der Belastungszustimmung auch des zweiten Patrons der Stiftung, den Nachweis der Vertretungsberechtigung beider Patrone in der Form des § 29 GBO sowie die Vorlage einer Bescheinigung der Aufsichtsbehörde darüber verlangt, ob es sich bei der Grundstückseigentümerin um eine Familienstiftung handelt. Der Notar hat dem GBA die notariell-beglaubigte Belastungszustimmung des zweiten Patrons ein an ihn gerichtetes Schreiben des Regierungspräsidiums K. vorgelegt. In diesem Schreiben heißt es u. a., bei der W.-B.-Stiftung handle es sich anscheinend weder um eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen noch des bürgerlichen Rechts. Die Stiftung hätte in der Vergangenheit die Rechtsfähigkeit nur durch die Genehmigung des Königs, oder, falls es sich, was aber wegen ihres Zwecks nicht angenommen werden könne, um eine Familienstiftung handle, durch die Genehmigung des zuständigen AG erlangen können. Die Stiftung sei daher als eine ortsbezogene rechtlich unselbständige Stiftung anzusehen. Zustimmungen und Genehmigungen seitens der Stiftungsaufsicht seien bei allen rechtsverbindlichen Handlungen der Stiftung nicht erforderlich, worauf auch § 10 der Satzung hinweise.

Mit Verfügung vom 21. 6. 1996 hat die Rechtspflegerin dem Notar mitgeteilt, es fehle der Nachweis, daß der weitere Patron, wie es § 5 der Satzung vorsehe, von seinem Vorgänger im Amt schriftlich

bestellt worden sei; hiervon abgesehen ergebe sich aus dem vorgelegten Schreiben des Regierungspräsidiums K., daß die Stiftung eine rechtlich unselbständige Stiftung sei, wovon auch das GBA ausgehe, so daß die beantragte Eintragung einer Grundschuld derzeit nicht erfolgen könne. Es werde Gelegenheit zur Stellungnahme binnen eines Monats gegeben. Die Rechtspflegerin hat diese Mitteilung auf die Rückseite eines Vordrucks geschrieben, die üblicherweise für Zwischenverfügungen nach § 18 GBO verwendet wird. Am Ende des Vordrucks hat sie von dem vorgedruckten Text „Frist gem. § 18 GBO:“ den Teil „gem. § 18 GBO“ durchgestrichen und dahinter geschrieben, „1 Monat“. Die Kanzlei hat die Durchstreichung auf dem für den Notar bestimmten Schreiben versehentlich nicht vorgenommen.

Die Bet. zu 1) hat gegen die Verfügung vom 21. 6. 1996 Erinnerung insoweit eingelegt, als die Rechtspflegerin dort ausgeführt hat, die Stiftung sei nicht rechtsfähig. Grundbuchrechtspflegerin und -richter haben der Erinnerung nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 1).

Aus den Gründen:

Die an keine Frist gebundene weitere Beschwerde ist statthaft (§ 78 GBO) und formgerecht angebracht worden (§ 80 Abs. 1 GBO). Die Bet. zu 1) ist zur Einlegung der weiteren Beschwerde berechtigt, weil das LG ihre Erstbeschwerde als unzulässig verworfen hat (BGH NJW 1994, 1158 = DNotZ 1994, 881 = MittRhNotK 1994, 145; Demharter, 21. Aufl., § 78 GBO, Rn. 2). Die somit insgesamt zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet. Die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 78 S. 2 GBO i.V.m. § 550 ZPO).

Mit Recht hat das LG angenommen, daß die Mitteilung der Rechtspflegerin vom 21. 6. 1996, auch nach Ansicht des GBA handele es sich bei der Grundstückseigentümerin um eine rechtliche unselbständige Stiftung, keine rechtsmittelfähige Zwischenverfügung i.S.d. § 18 GBO darstellt. Eine solche liegt nämlich nur dann vor, wenn dem Ast. die Beseitigung eines nach Ansicht des GBA bestehenden und behebbaren Hindernisses aufgegeben und unter Fristsetzung für den Fall der Nichtbeseitigung die Zurückweisung des Antrags angedroht wird (Senat Rpfleger 1975, 59; Rpfleger 1978, 306; Rpfleger 1994, 204; BayObLG NJW-RR 1993, 530, 531 = DNotZ 1993, 595). Diese Voraussetzungen erfüllt der Bescheid der Rechtspflegerin vom 21. 6. 1996 in dem hier maßgeblichen Teil nicht. Mit ihm wollte vielmehr die Rechtspflegerin erkennbar den Bet. zu 1) und 2) ihre Auffassung über die Unbegründetheit des Antrags auf Eintragung einer Grundschuld mitteilen, um ihnen vor Erlaß einer den Antrag zurückweisenden Sachentscheidung unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs (vgl. dazu Demharter, a.a.O., § 1 GBO, Rn. 48, 49; Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht, 3. Aufl. 1994, S. 26, 27) Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, zumal sie ein Mittel zur Beseitigung des von ihr angenommenen Hindernisses nicht bezeichnet hat. Eine solche Meinungsäußerung des GBA ist nur eine vorbereitende Maßnahme für eine endgültige Sachentscheidung, sie ist nicht anfechtbar, weil sie keine Entscheidung darstellt (Senat Rpfleger 1976, 306; KEHE/Kuntze, 4. Aufl., § 71 GBO, Rn. 57). Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß der Bescheid seiner äußeren Form nach, jedenfalls so wie er dem Notar zugegangen ist, als Zwischenverfügung aufgefaßt werden konnte und das GBA im Abhilfeverfahren offenbar davon ausgegangen ist, der Bescheid stelle eine anfechtbare Zwischenverfügung dar. Für die Frage, ob eine rechtsmittelfähige Sachentscheidung vorliegt, kann nur die objektive Eigenschaft der kundgegebenen Willensentschließung, nicht aber die Ansicht und Absicht des GBA maßgebend sein (KG JFG 12, 268/270; Meikel/Streck, 7. Aufl., § 71 GBO, Rn. 26). Andernfalls würde die Gefahr bestehen, daß das GBA sich in allen ihm schwierig erscheinenden Fällen auf vorbereitende Ankündigungen beschränkt und es den Beteiligten überläßt, Streitfragen im Rechtsmittelweg auszutragen (vgl. KG, a.a.O.; OLG Karlsruhe Rpfleger 1993, 192; Demharter, a.a.O., § 71 GBO, Rn. 18).

Für das weitere Verfahren wird folgendes bemerkt: Das GBA wird nunmehr über den Antrag auf Eintragung einer Grund-

schuld zu entscheiden haben. Ist wie hier gem. § 5 Abs. 2 ErbbauVO als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Grundschuld der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, dann ist dem GBA, wenn der Erbbauberechtigte die Eintragung einer Grundschuld bewilligt und beantragt hat, die Zustimmung des Grundstückseigentümers zu der Belastung in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachzuweisen (Demharter, a.a.O., § 19 GBO, Rn. 63, 64), hier also die Zustimmung der Vorstandsmitglieder der Stiftung, also der beiden Patrone. Die in den beiläufigen Bemerkungen des LG zum Ausdruck gekommene Ansicht, eine Prüfung der Rechtsfähigkeit der seit 1893 im Grundbuch als Grundstückseigentümerin eingetragene Stiftung sei nicht erforderlich, teilt der Senat nicht. Das GBA hat zwar grundsätzlich keine Nachforschungen darüber anzustellen, ob eine im Grundbuch als Grundstückseigentümerin eingetragene Stiftung rechtsfähig ist, weil eine Stiftung rechtsfähig sein kann und eine tatsächliche Vermutung dafür besteht, daß das GBA bei der Eigentümereintragung der Stiftung deren Rechtsfähigkeit insoweit geprüft hat, als es um die hierfür erforderliche staatliche Genehmigung geht (vgl. § 80 BGB, § 3 HessStG; für den hier einschlägigen früheren Rechtszustand vgl. § 24 HessStG und Güthe/Triebel, 5. Aufl. 1929, S. 2061 Stichwort: „Stiftung“). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn dem GBA entgegenstehende Tatsachen bekannt werden (vgl. BayObLGZ 1916, 161; Eickmann, a.a.O., S. 20). Begründete Zweifel an der Rechtsfähigkeit der „W.-B.-Stiftung“ haben sich im Streitfall für das GBA aufgrund des Inhalts des von dem Notar vorgelegten Schreibens des Regierungspräsidiums K. ergeben. Sie können nicht durch die gesetzliche Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB ausgeräumt werden. Diese Vermutung gilt zwar nach a. A. auch für das GBA (Senat Rpfleger 1991, 361; BayObLG NJW-RR 1989, 718, 719 = DNotZ 1990, 739 und Rpfleger 1992, 56 = DNotZ 1993, 335; Demharter, a.a.O., Anh. zu § 13 GBO, Rn. 10). Sie erstreckt sich aber nach der ganz überwiegenden, vom Senat für zutreffend erachteten, Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum nicht auf die rechtlichen Verhältnisse des Eingetragenen, insbesondere auf dessen Rechtsfähigkeit (BayObLGZ 1916, 161; KG HRR 1929, Nr. 1996; OLG Hamm FGPrax 1995, 5 = MittRhNotK 1994, 350; Staudinger/Gursky, 13. Aufl., Rn. 28, RGRK/Augustin, 12. Aufl., Rn. 31, Soergel/Stürner, 12. Aufl., Rn. 9, MünchKomm/Wacke, 2. Aufl., Rn. 12, Palandt/Bassenge, 55. Aufl., Rn. 5, Jauernig, 7. Aufl., Anm. 2 b ee, je zu § 891 BGB; Erman/Hagen, 9. Aufl., Vorbem. 4 vor § 891 BGB; Westermann/Eickmann, Sachenrecht, 6. Aufl., § 88 Abs. 2 S. 3 BGB; erwägend, aber unentschieden RGZ 88, 83, 88; a. A. OLG München OLGE 26, 73, 74).

Die somit bestehenden Zweifel an der Rechtsfähigkeit der Stiftung können nur außerhalb des Grundbuchs behoben werden (vgl. BayObLGZ 1916, 161). Die Rechtspflegerin wird daher der Bet. zu 1) durch Zwischenverfügung aufzugeben haben, ihre Rechtsfähigkeit nachzuweisen. Da es sich bei der Prüfung der Rechtsfähigkeit um eine andere Eintragungsvoraussetzung i.S.d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO handelt (OLG Hamm FGPrax 1995, 5 = MittRhNotK 1994, 350), ist der Nachweis durch öffentliche Urkunden zu führen. Als eine solche kommt hier eine entsprechende Bescheinigung des Regierungspräsidiums K. in Betracht (§ 22 HessStG), sofern es der Bet. zu 1) gelingt, dort weitere Unterlagen vorzulegen, aus denen sich möglicherweise doch die Rechtsfähigkeit der Stiftung ergibt.

4. Kostenrecht – Materielle Rechtskraft der Kostenbeschwerdeentscheidung

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 18. 6. 1996 – 10 W 54/96 – mitgeteilt von Richter am OLG Rolf Krücker, Düsseldorf)

KostO §§ 39: 44 a; 140; 141; 156

Legt der Kostenschuldner gegen eine notarielle Kostenrechnung erfolglos Beschwerde mit dem Ziel der Herabsetzung des in Ansatz gebrachten Geschäftswertes ein und wird die Zurückweisung der weiteren Beschwerde da-

mit begründet, anstelle des abgerechneten Geschäftswertes hätte bei richtiger Wertermittlung sogar ein höherer Wertansatz zugrunde gelegt werden müssen, so ist der Notar wegen der materiellen Rechtskraft der gem. § 156 KostO ergangenen gerichtlichen Entscheidungen gehindert, Gebühren nach Maßgabe des richtigen – höheren – Geschäftswertes nachzufordern.

Aus den Gründen:

1) Die weitere Beschwerde ist gem. § 156 Abs. 2 S. 2 KostO statthaft, weil das LG sie zugelassen hat. Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt (§ 156 Abs. 2 S. 1 KostO). Das Rechtsmittel des Kostenschuldners hat in der Sache Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO), denn das LG hat in Verkennung der materiellen Rechtskraft seines am 20. 7. 1995 gefaßten Beschlusses, die aufgrund der Beschwerdeentscheidung des erkennenden Senats vom 17. 10. 1995 eingetreten ist, das Rechtsmittel des Kostenschuldners gegen die im Tenor bezeichnete berichtigte Kostenrechnung zurückgewiesen. Diese kann mit Rücksicht darauf keinen Bestand haben, daß über die Gebührenansprüche des Kostengläubigers für seine Beurkundungstätigkeit zu UR-Nr. . . . bereits in dem vorangegangenen Verfahren der Beschwerde und weiteren Beschwerde gem. § 156 Abs. 1 und Abs. 2 KostO abschließend entschieden ist.

2) Mit einer Kostenliquidation vom 4. 4. 1995 hat der Bg. seine Beurkundungstätigkeit im Zusammenhang mit einem grundstücksbezogenen Auseinandersetzungsvertrag nach einem Geschäftswert von 1,4 Mio. DM mit insgesamt 6.473,35 DM in Rechnung gestellt, wobei er den Bf. in Höhe der Hälfte dieses Betrages, also mit 3.236,67 DM, in Anspruch genommen hat. Durch Beschluß vom 20. 7. 1995 hat das LG die dagegen gerichtete Beschwerde des Kostenschuldners, der eine Reduzierung des Geschäftswertes auf einen Betrag zwischen 500.000,- DM und 600.000,- DM erstrebte, zurückgewiesen. Auch seine weitere Beschwerde ist nach Maßgabe des Beschlusses des erkennenden Senats vom 17. 10. 1995 erfolglos geblieben. In dieser Entscheidung hat der Senat u. a. ausgeführt, der Kostengläubiger habe in Anwendung des § 44 Abs. 2 a KostO die Beurkundungsgebühr richtigerweise nach den zusammengerechneten Geschäftswerten von 1,8 Mio. DM erheben müssen. Daraus folgte, daß der Kostenschuldner durch den beanstandeten Geschäftswert von 1,4 Mio. DM nicht rechtswidrig benachteiligt sei. Durch die angefochtene Kostenliquidation vom 14. 11. 1995 stellt der Bg. seine Beurkundungstätigkeit zu UR-Nr. . . . nochmals in Rechnung, wobei er nunmehr auf der Grundlage eines Geschäftswertes von 1,8 Mio. DM eine Gebührenforderung von 7.680,85 DM errechnet und diese in Höhe von 3.840,43 DM gegen den Bf. geltend macht. Die Kostenaufstellung ist am Ende mit dem folgenden Zusatz versehen: „Die Berichtigung wurde notwendig aufgrund des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 17. 10. 1995. Aufgrund der Beschwerde des Rechtsanwaltes wurde der Geschäftswert von 1.400.000,- DM auf 1.800.000,- DM erhöht.“ Das gegen diese berichtigte Kostenrechnung gerichtete Rechtsmittel, mit welchem der Bf. sich gegen seine zusätzliche Inanspruchnahme in Höhe von 603,76 DM (3.840,43 DM ./. 3.236,67 DM) wendet, hat das LG mit der Begründung zurückgewiesen, die korrigierte Liquidation folge der Begründung des Beschlusses des erkennenden Senats vom 17. 10. 1995; der sich aus dem erhöhten Geschäftswert ergebende zusätzliche Gebührenanspruch des Kostengläubigers sei zuvor nicht verfahrensgegenständlich gewesen.

3a) Der Bf. ist nicht verpflichtet, die Gebührennachforderung des Bg. in Höhe von 603,76 DM zu erfüllen. Nach den im Verfahren der Beschwerde und weiteren Beschwerde ergangenen Entscheidungen des LG und des erkennenden Senats steht fest, daß sich die Gebührenschuld des Bf. auf den Betrag von 3.236,67 DM beschränkt. Deshalb ist auf das Rechtsmittel die weitergehende berichtigte Kostenrechnung aufzuheben. Zwar besteht nach rechtskräftiger Entscheidung über die Kosten-

liquidation des Notars als solche keine Möglichkeit mehr, seinen Gebührenanspruch in einem zweiten Verfahren der gerichtlichen Entscheidung zu unterbreiten. Etwas anderes gilt aber für den Fall, daß die Gründe für die Einwendungen gegen die Kostenberechnung erst nach der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung entstanden sind (Rohs/Wedewer/Belchous, § 156 KostO, Rn. 93 mit zahlreichen Rechtsprechungsnaheweisen; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 13. Aufl., § 156 KostO, Rn. 99). Dieser Ausnahmefall ist hier einschlägig. Die Beschwer des Kostenschuldners ist nämlich erst nach der am 17. 10. 1995 eingetretenen Rechtskraft des Beschlusses des LG Wuppertal vom 20. 7. 1995 in dem Verfahren dadurch entstanden, daß der Kostengläubiger in der berichtigten Kostenrechnung vom 14. 11. 1995 seine Beurkundungstätigkeit nochmals – und zwar mit einem höheren Endbetrag – abgerechnet hat.

b) Entgegen der Erläuterung am Ende der angefochtenen Kostenliquidation hat der erkennende Senat in seinem Beschluß vom 17. 10. 1995 keine Erhöhung des Geschäftswertes von 1,4 Mio. DM auf 1,8 Mio. DM zum Zwecke einer Neufestsetzung der Gebühren des Kostengläubigers vorgenommen. Vielmehr hat der Senat lediglich zur Begründung der die damalige weitere Beschwerde des Kostenschuldners zurückweisenden Entscheidung klarstellend ausgeführt, er werde nicht durch den beanstandeten Geschäftswert von 1,4 Mio. DM rechtswidrig benachteiligt, weil bei der richtigen Wertermittlung nach § 44 Abs. 2 a KostO die Beurkundungsgebühr sogar nach einem Betrag von 1,8 Mio. DM hätte bestimmt werden müssen. Der Beschluß erwähnt an keiner Stelle eine Befugnis des Kostengläubigers, nach Maßgabe des erhöhten Gegenstandswertes seine Gebührenforderung neu zu berechnen. Aus diesem Grund kann entgegen der Auffassung des Bf. keine Rede davon sein, der erkennende Senat habe „über die Anträge der Parteien hinaus“ und unter Verstoß gegen das Verschlechterungsgebot eine Entscheidung getroffen.

c) Das LG hat im Ansatz zutreffend ausgeführt, daß nach § 156 KostO ergangene gerichtliche Entscheidungen der materiellen Rechtskraft zugänglich sind. Einwendungen des Kostenschuldners gegen die Kostenberechnung des Notars können unter Ausschluß der streitigen Gerichtsbarkeit ausschließlich in dem in § 156 KostO geregelten Verfahren geltend gemacht werden. In dem Umfang, in welchem das Gericht über die Kostenberechnung des Notars rechtskräftig erkennt, ist die Entscheidung für alle Kostenschuldner und den Notar einschließlich der Dienstaufsichtsbehörde bindend. Ist die Liquidation – wie hier in den Verfahren LG Düsseldorf und OLG Düsseldorf – allgemein in bezug auf den Geschäftswert, Gebührenansatz und Höhe der Gebühr nachgeprüft, so ist damit *endgültig bestimmt*, was der Notar für seine zu vergütende Tätigkeit zu erhalten hat. Ist die gerichtliche Entscheidung in Rechtskraft erwachsen, kann sie weder durch den Kostenschuldner mittels neuer Einwendungen noch durch den Notar im Wege einer Nachforderung in Frage gestellt werden. Die Rechtskraft erfaßt alle bei ihrem Eintritt objektiv bestehenden Einwendungen des Kostenschuldners ohne Rücksicht auf dessen Kenntnis (Rohs/Wedewer/Belchous, a.a.O., § 156 KostO, Rn. 93; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 156 KostO, Rn. 99 mit Hinweis auf KG DNotZ 1943, 17; KG Rpfleger 1962, 456, 457 = DNotZ 1963, 346).

d) Entgegen der Begründung der angefochtenen Entscheidung des LG besteht im vorliegenden Fall keine Besonderheit, welche die Feststellung zuläßt, daß der Kostengläubiger nicht an die gem. § 156 KostO ergangenen gerichtlichen Entscheidungen gebunden ist und die Befugnis zur Nachliquidation hat. Insbesondere vermag die Begründung des LG nicht zu überzeugen, die Frage, ob dem Kostengläubiger weitergehende Ansprüche zustünden, wenn sich der von ihm gewählte Ansatz der Berechnung nach § 44 Abs. 1 KostO als unzutreffend erweisen sollte, sei mangels Beschwer des Kostenschuldners nicht Verfahrensgegenstand gewesen. Denn es ist nicht entscheidend, ob die eine oder andere gesetzliche Bestimmung

anzuwenden ist, vielmehr kommt es allein darauf an, ob dem Notar ein Gebührenanspruch aufgrund eines bestimmten, in der früheren Entscheidung beurteilten Sachverhalts zusteht (Rohs/Wedewer/Belchous, a.a.O.; OLG Oldenburg NJW 1964, 2426). Der in den früheren Entscheidungen des LG und des erkennenden Senats beurteilte Sachverhalt, nämlich die gebührenrechtliche Bewertung der Beurkundungstätigkeit des Kostengläubigers zu der UR-Nr. . . ., ist identisch mit demjenigen, welcher der streitigen Nachliquidation vom 14. 11. 1995 zugrunde liegt. Das LG weist zu Recht darauf hin, daß die Angaben des Geschäftswertes und der angewendeten Gebührenschriften lediglich die Bedeutung einer – allerdings denkbar kurz gefaßten – Begründung für den geltend gemachten Zahlungsanspruch haben. Greift der Kostengläubiger für die Bestimmung des Geschäftswertes auf eine andere Vorschrift zurück, so daß eine Erhöhung des Wertansatzes eintritt, modifiziert er im Ergebnis lediglich die Begründung seiner Zahlungsforderung, ohne daß sich die für die Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen Grundlagen aus dem zur Abrechnung gestellten Sachverhalt ändern. Eine nach § 156 KostO ergangene rechtskräftige Entscheidung schließt es aus, daß der Notar nachträglich aus einem Beurkundungsgeschäft infolge Annahme eines modifizierten Geschäftswertes andere und weitere Kostenansprüche erhebt, als ihm durch die vorausgegangene Entscheidung zuerkannt worden sind (KG Rpfleger 62, 456, 458 = DNotZ 1963, 346).

e) Die Rechtmäßigkeit der streitigen Nachliquidation läßt sich nicht mit der Vorschrift des § 140 KostO begründen, wonach der Notar grundsätzlich verpflichtet ist, die gesetzlich vorgeschriebenen – also auch die nach den einschlägigen Wertbestimmungen ermittelten – Gebühren zu erheben. Diese Verpflichtung besteht nicht uneingeschränkt. Liegt etwa eine unrichtige Sachbehandlung des Notars i.S.d. § 16 KostO vor, so kann sich für ihn die Notwendigkeit ergeben, von der Berechnung der – an sich richtig berechneten – Kosten abzusehen (Rohs/Wedewer/Belchous, § 16 KostO, Rn. 22, sowie § 140 KostO, Rn. 14 d). Der Notar darf nicht in die Lage versetzt werden, durch eine Neuberechnung seiner bereits abschließend liquidierten Gebührenforderung, etwa durch Änderung des zugrundegelegten Geschäftswertes, eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen zu erreichen, die zuvor nach Maßgabe des § 156 KostO ergangen sind.

5. Kostenrecht – Gebühr für Rangvorbehalt

(OLG Hamm, Beschluß vom 20. 6. 1996 – 15 W 31/96 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Karldieter Schmidt, Hamm)

**KostO §§ 35; 62 Abs. 1, 3; 66 Abs. 1
BGB §§ 881; 883**

Wird mit einer Auflassungsvormerkung gleichzeitig ein Rangvorbehalt eingetragen, so ist dessen Eintragung als gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO durch die Gebühr des § 66 Abs. 1 KostO für die Eintragung der Vormerkung abgegolten (gegen OLG Düsseldorf Rpfleger 1990, 315).

Zum Sachverhalt:

Der Bet. zu 1) beurkundete einen Grundstückskaufvertrag nebst Auflassung, in dem die damals in Gründung begriffene Bet. zu 2) als Käuferin des Grundstücks die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu ihren Gunsten beantragte, und zwar in unmittelbarem Rang nach den in Nr. 1 des Vertrages erwähnten Rechten. Der Bet. zu 1) beantragte, die Auflassungsvormerkung unter Vorrangvorbehalt im Grundbuch einzutragen, und übernahm für Gerichtskosten die persönliche Haftung. Die Eintragung ist erfolgt.

Der Kostenbeamte des GBA hat dem Bet. zu 1) neben der Gebühr für die Eintragung der Auflassungsvormerkung eine Gebühr in Höhe von 245,- DM für die Eintragung des Rangvorbehaltes berechnet (Wert: 570.000,- DM).

Das LG hat auf die Beschwerde den Kostenansatz dahin abgeändert, daß für die Eintragung des Rangvorbehaltes keine Gebühr

erhoben wird. Es hat die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen die landgerichtliche Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Bezirksrevisors (Bet. zu 3)).

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde des Bet. zu 3) ist infolge Zulassung durch das LG statthaft und auch im übrigen zulässig nach § 14 Abs. 3 S. 2 KostO. Die Beschwerdebefugnis des Bet. zu 3) folgt daraus, daß das LG die Entscheidung des Rechtspflegers des AG zu seinem Nachteil abgeändert hat.

In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 14 Abs. 3 S. 3 KostO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer nach § 14 Abs. 3 S. 1 KostO zulässigen Erstbeschwerde der Bet. zu 2) ausgegangen. Diese hatte zwar keine Erinnerung gegen den Kostenansatz des Kostenbeamten eingelegt, hatte aber die Eintragung der Auflassungsvormerkung mit dem Rangvorbehalt beantragt und haftet deshalb neben dem Bet. zu 1) gesamtschuldnerisch für die Kosten (vgl. § 2 Nr. 1, § 5 Abs. 1 S. 1 KostO). Der Zugang einer Kostenberechnung ist nicht Voraussetzung für die Beschwerdeberechtigung (Rohs/Wedewer, 3. Aufl., § 14 KostO, Rn. 27). Auch im übrigen ist der erforderliche Verfahrensweg eingehalten. Über die nach § 14 Abs. 2 KostO zulässige Kostenerinnerung des Bet. zu 1) gegen den Kostenansatz des Kostenbeamten hatte der Rechtspfleger zu entscheiden, weil ihm die Geschäfte des GBA nach § 3 Nr. 1 h RPfIG übertragen sind. Seine Entscheidung war nach § 11 RPfIG mit der Durchgriffserinnerung anfechtbar, über die der Amtsrichter nach § 11 Abs. 2 S. 3 RPfIG nur entscheiden mußte, wenn er sie für zulässig und begründet erachtete.

In der Sache hält die Entscheidung des LG rechtlicher Nachprüfung stand. Der Senat schließt sich der Auffassung der Beschwerdekammer an.

Während in der Literatur – soweit ersichtlich – nunmehr einheitlich der Standpunkt eingenommen wird, die Eintragung eines Rangvorbehalts für noch einzutragende Grundpfandrechte, welcher bei einer Auflassungsvormerkung und zugleich mit dieser eingetragen werde, sei als gebührenfreies Nebengeschäft i.S.v. § 35 KostO anzusehen (vgl. Korintenberg/Lappe, 13. Aufl., § 64 KostO, Rn. 23; Göttlich/Mümmeler, 12. Aufl., Stichwort: „Rangvorbehalt“, Anm. 1.1; Rohs/Wedewer, a.a.O., § 66 KostO, Rn. 3; Hartmann, 26. Aufl., § 35 KostO, Rn. 4), ist der Standpunkt der Rechtsprechung geteilt. So sprechen sich das OLG Düsseldorf Rpfleger 1990, 315 und das LG Mainz Rpfleger 1992, 248, 249; MDR 1996, 211, 212 gegen die Annahme eines gebührenfreien Nebengeschäfts aus. Dagegen tritt die übrige veröffentlichte Rechtsprechung der Literaturmeinung bei (vgl. OLG Köln Rpfleger 1992, 497 f. = MittRhNotK 1992, 122; OLG Frankfurt Rpfleger 1993, 109; OLG Zweibrücken Rpfleger 1996, 217 = MittRhNotK 1996, 99).

Diese Auffassung hält der Senat für zutreffend. Hätte es sich um die gleichzeitige Eintragung eines Rangvorbehalts bei einer Grundstücksbelastung gehandelt, so wäre diese nach der ausdrücklichen Regelung des § 62 Abs. 3 S. 1 KostO als gebührenfreies Nebengeschäft durch die Eintragungsgebühr des § 62 Abs. 1 KostO mitabgegolten. Der hier gegebene Fall kann jedoch nicht anders beurteilt werden. § 62 Abs. 3 S. 1 KostO ist lediglich eine Konkretisierung der allgemeinen Regel des § 35 KostO, wonach die für ein Geschäft bestimmte Gebühr jeweils die gesamte auf das Geschäft verwandte Tätigkeit des Gerichts einschließlich der Nebengeschäfte erfaßt (OLG Zweibrücken, a.a.O.; OLG Köln, a.a.O.). Die für die Eintragung der Auflassungsvormerkung nach § 66 Abs. 1 KostO bestimmte Gebühr gilt demnach ebenfalls sämtliche „Nebengeschäfte“ ab. Dazu zählt auch die gleichzeitige Eintragung eines Rangvorbehalts. Ein Rangvorbehalt bedeutet für den Inhalt des betroffenen Rechts oder der Vormerkung eine Beschränkung (vgl. Palandt/Bassenge, 55. Aufl., § 881 BGB, Rn. 1); die (anfängliche) Eintragung wird in der Hauptspalte mit dem sonstigen

Inhalt des Rechts vorgenommen. Die Gründe, die für die Behandlung der gleichzeitigen Eintragung eines Rangvorbehalts bei einer Belastung als gebührenfreies Nebengeschäft sprechen (§ 62 Abs. 3 S. 1 KostO), gelten in gleicher Weise für die Eintragung eines Rangvorbehalts bei einer Auflassungsvormerkung. Ungeachtet dessen, daß sich in § 66 Abs. 1 KostO eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Abgeltung von Nebengeschäften nicht findet, bleibt der allgemeine Grundsatz des § 35 KostO insoweit anwendbar (OLG Zweibrücken, a.a.O.).

Die dagegen insbesondere vom OLG Düsseldorf (a.a.O.) erhobenen Bedenken, es stelle eine hinzunehmende gesetzgeberische Entscheidung dar, daß lediglich bei den in § 62 KostO genannten Belastungen die Eintragung eines Rangvorbehalts als Nebengeschäft definiert sei und dies für die Eintragung des Eigentümers (§ 60 KostO), der die Eintragung der Auflassungsvormerkung kostenrechtlich folge (§ 66 Abs. 1 KostO), nicht vorgesehen sei, greifen nicht durch. Diese Argumentation beachtet nicht hinreichend den Charakter der Auflassungsvormerkung als Sicherungsmittel eigener Art (Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rn. 1479). Grundsätzlich entsteht für die Eintragung einer Vormerkung die Gebühr, die für die gesicherte Eintragung zu erheben sein würde (§ 66 Abs. 1 S. 2 KostO). Für die kostenrechtliche Behandlung einer Auflassungsvormerkung ist also § 60 KostO heranzuziehen. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß die Auflassungsvormerkung rangfähig ist (Palandt/Bassenge, a.a.O., § 883 BGB, Rn. 29), während das Eigentum als endgültige Eintragung i.S.v. § 66 Abs. 1 S. 2 KostO zu den Belastungen des Grundstücks nicht in einem Rangverhältnis stehen kann (vgl. OLG Köln, a.a.O., 498). Daher kann § 60 KostO eine dem § 62 Abs. 3 S. 1 KostO entsprechende Regelung nicht enthalten. Mit Recht stellt das OLG Köln sonach fest, daß sich aus § 60 KostO für die hier zu beantwortende Frage nichts ergebe.

Das weitere Argument der Gegenmeinung, daß sowohl die Auflassungsvormerkung als auch der Rangvorbehalt einen eigenständigen Sicherungscharakter hätten (LG Mainz Rpfleger 1992, 248, 249), ist zwar zutreffend. Denn die Vormerkung sichert den schuldrechtlichen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück und der Rangvorbehalt den Vorrang noch einzutragender Grundpfandrechte gegenüber der Vormerkung. Daß ein eigenständiger Sicherungscharakter eines Geschäfts seiner Behandlung als gebührenfreies Nebengeschäft nicht entgegenstehen muß, zeigt indes die Regelung des § 62 Abs. 3 KostO.

Neben der Gebühr des § 66 Abs. 1 KostO ist mithin keine weitere Gebühr für die gleichzeitige Eintragung des Rangvorbehalts bei der Auflassungsvormerkung zu erheben.

6. Kostenrecht – Konkludenter Beurkundungsauftrag durch einen Vertragsbeteiligten

(OLG Köln, Beschluß vom 15. 11. 1996 – 2 Wx 37/96 – mitgeteilt von RichterIn am OLG Renate von Olshausen, Bonn)

KostO § 145 Abs. 1 und 3

Zur Annahme eines konkludent erteilten Beurkundungsauftrages bei Erscheinen nur eines der nach dem vorgesehenen Vertrag beteiligten Vertragspartner.

Zum Sachverhalt:

Der Bet. zu 1) hatte sich Mitte September 1993 kurz vor dem für Ende September 1993 vorgesehenen Eheschließungstermin an den Notar (Bet. zu 2) gewandt. Vor der Hochzeit sollte ein Ehe- und Erbvertrag abgeschlossen werden. Nach Erhalt des Entwurfs Ende Oktober 1993 teilte der Bet. zu 1) dem Bet. zu 2) mit, daß er und seine Ehefrau mit dem Textvorschlag einverstanden seien, ein Erbvertrag derzeit aber nicht geschlossen werden sollte. Anfang Mai 1994 bat er den Notar, alle weiteren Vorbereitungen bezüglich des Vertragsentwurfs einzustellen, und erklärte, die Angelegenheit sei

für ihn erledigt. Der Notar erstellte daraufhin eine Kostenrechnung über das Doppelte der vollen Gebühr.

Gegen die Kostenrechnung legte der Bet. zu 1) Beschwerde ein. Mit dem angefochtenen Beschluß hat das LG die Kostenrechnung des Bet. zu 2) auf eine einfache Gebühr abgeändert. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 1).

Aus den Gründen:

Die infolge der Zulassung durch das LG gem. § 156 Abs. 2 S. 1 und 2 KostO statthafte und auch im übrigen zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte weitere Beschwerde ist in der Sache nicht begründet.

Nach § 156 Abs. 2 S. 4 KostO kann das Rechtsmittel nur darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, also darauf, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

Das LG hat in dem angefochtenen Beschluß in zutreffender Anwendung der Abgrenzungskriterien für die Entstehungstatbestände der Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 KostO und der Gebühr nach § 145 Abs. 3 KostO für die erforderliche Aushändigung des Entwurfs eines beurkundungsbedürftigen Geschäftes, das nicht beurkundet wurde, das Entstehen der vom Bet. zu 2) begehrten Gebühr nach § 145 Abs. 1 KostO verneint.

Die Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 KostO mit dem doppelten Gebührensatz nach § 36 Abs. 2 KostO entsteht nach allgemeiner Auffassung nur dann, wenn der Entwurf als selbständige notarielle Leistung begehrt wird. Von einer solchen selbständigen Bedeutung kann in der Regel nur ausgegangen werden, wenn der Auftraggeber mit dem Entwurf andere Zwecke als die Vorbereitung einer Beurkundung verfolgt (Rohs/Wedewer, 4. Aufl. 1992, § 145 KostO, Rn. 10). Im Unterschied dazu erhält der Notar nach § 145 Abs. 3 KostO nur die Hälfte der für die Beurkundung bestimmten Gebühr (eine volle Gebühr), wenn der Entwurf aus Anlaß eines Beurkundungsauftrages zur Vorbereitung der Beurkundung gefertigt, dem Auftraggeber auf dessen Erfordern ausgehändigt wurde und anschließend die Beurkundung aus Gründen unterbleibt, die nicht in der Person des Notars liegen. Einen Fall nach § 145 Abs. 3 KostO hat der Senat beispielsweise angenommen, wenn der Entwurf bei gleichzeitigem Beurkundungsauftrag zu dem Zweck erfordern worden ist, ihn dem Vertragspartner vorzulegen und mit ihm zu besprechen, damit dieser sich entscheiden kann, ob er den Vertrag abschließen will (vgl. Senat JurBüro 1990, 75). Denn bei dieser Sachlage wird nicht „nur“ ein Entwurf, sondern „zunächst“ ein Entwurf erfordert, so daß von einer selbständigen Bedeutung des Entwurfs bei dieser Sachlage i.d.R. nicht ausgegangen werden kann.

Das LG hat die für die Anwendbarkeit des § 145 Abs. 3 KostO entscheidende Frage, ob im Zeitpunkt des Erforderns des Entwurfs ein Beurkundungsauftrag vorlag, hier zu Recht bejaht. Die Beteiligten haben zwar keine ausdrückliche diesbezügliche Vereinbarung getroffen. Dies ist aber auch weder für das Erfordern eines Entwurfs nach § 145 Abs. 1 KostO, noch für die Annahme eines Beurkundungsauftrages und das Erfordern der Aushändigung des zur Vorbereitung der Beurkundung erstellten Entwurfs i.S.d. § 145 Abs. 3 KostO erforderlich. Ob und in welchem Umfang eine Auftragserteilung stillschweigend durch schlüssige Handlung zum Ausdruck kommt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu ermitteln. Dabei ist entscheidend, auf welchen erstrebten Vertragsumfang das Verhalten des Auftraggebers gegenüber dem Notar nach Treu und Glauben schließen läßt. Das LG hat in dem Erscheinen des Bet. zu 1), der Äußerung seiner genauen Vorstellungen über den zu schließenden Vertrag und seinem Hinweis auf die Absicht, ihn möglichst noch vor der Eheschließung beurkunden zu lassen, zu Recht den Ausdruck einer hinreichenden konkretisierten Beurkundungsabsicht erblickt und diese als Grundlage für die Gebühr nach § 145 Abs. 3 KostO ausreichen lassen (vgl. OLG Schleswig JurBüro 1978, 577; Göttlich/Mümmler, KostO, 10. Aufl., Stichwort: „Entwürfe“ 8 a). Dem Verhalten des Bet.

zu 1) mußte der Bet. zu 2) nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entnehmen, daß die von ihm erwartete Tätigkeit der Erarbeitung eines Vertragsentwurfes in Vorbereitung eines zu beurkundenden Vertrages geschah. Es ist kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß der Bet. zu 1) andere Zwecke als die Vorbereitung der Beurkundung verfolgte. Zu einer restriktiven Auslegung des § 145 Abs. 3 KostO besteht weder nach dem Sinn und Zweck noch nach dem Wortlaut des Gesetzes Anlaß. Diese Vorschrift erfaßt zumindest den Fall des „normalen steckengebliebenen“ Beurkundungsgeschäftes, das heißt den Fall, daß eine oder alle Parteien des beabsichtigten Vertrages sich einen Entwurf der Urkunde vom Notar zum Zwecke der sorgfältigen Prüfung oder auch der Beratung durch einen Rechtskundigen aushändigen lassen. Nimmt in derartigen Fällen ein Betelligter von der beabsichtigten und vorbereiteten Beurkundung aufgrund dieser Prüfung Abstand, so ist das der typische Fall des § 145 Abs. 3 KostO. Hier hat das Erfordernis des Entwurfes gerade keine selbständige, von der Beurkundung unabhängige Bedeutung, sondern diese Überprüfung erfolgt im Zuge der Vorbereitung der Beurkundung. Es kann dann nichts anderes gelten, wenn aufgrund dieser Überprüfung die Beurkundung nicht zustande kommt (vgl. OLG Schleswig a.a.O., und Senat a.a.O.).

Der Senat bekräftigt aus Anlaß des vorliegenden Sachverhaltes seine Auffassung, daß bei gleichzeitigem Beurkundungsauftrag der Entwurf nicht schon dann selbständige Bedeutung hat, wenn er erst dem Vertragspartner vorgelegt werden und mit ihm besprochen werden soll (siehe auch OLG Schleswig a.a.O. und Rohs/Wedewer, 3. Aufl. 1989, § 145 KostO, Rn. 10).

Entgegen der Auffassung des Bf. wird der Beurkundungsauftrag bei der Annahme einer konkludenten Willenserklärung nicht aus dem Schweigen des Auftraggebers, sondern aus den für den Notar erkennbaren sonstigen Umständen hergeleitet, die nach der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben den Rückschluß auf eine Willenserklärung rechtfertigen. Mit der Annahme eines konkludenten Beurkundungsauftrages durch das Erscheinen und die entsprechenden Erklärungen des Bet. zu 1) zu seiner Absicht, alsbald den Vertrag aus einem konkreten Anlaß beurkunden zu lassen, hat das LG daher wegen der hinreichend bestimmten Beurkundungsabsicht rechtsfehlerfrei auf einen Beurkundungsauftrag i.S.d. § 145 Abs. 3 KostO geschlossen.

Der Bet. zu 2) hätte im übrigen sämtliche verbleibenden Zweifel unschwer durch Rückfrage bei dem Bet. zu 1) im Besprechungstermin ausräumen können. Führte er selbst dort eine ausdrückliche Erklärung oder schriftliche Vereinbarung nicht herbei, muß er sich an dem hier vom LG ohne Rechtsfehler interpretierten Erklärungswert des Verhaltens des Bet. zu 1) festhalten lassen.

Auch der Umstand, daß nach den Erfahrungen des Bet. zu 2) die Zustimmung der Verlobten des Bet. zu 1) zu dem beabsichtigten Vertrag keineswegs sicher war, gibt keine Veranlassung, hier das Erfordernis eines Entwurfes i.S.d. § 145 Abs. 1 KostO anzunehmen. Das Bestehen der konkreten Beurkundungsabsicht auf Seiten des bei dem Notar erschienenen Vertragspartners genügt für die Annahme eines konkludenten Beurkundungsauftrages i.S.d. § 145 Abs. 3 KostO jedenfalls dann, wenn nicht feststeht, daß ein Entwurf nur deshalb erforderlich wurde, um sich mit dem Partner erst über wesentliche Punkte des Vertrages zu einigen oder um Experten außerhalb des Kenntniskreises des Notars zu konsultieren (vgl. zu diesen von der h. M. entwickelten Ausnahmefällen von den Grundsätzen bei der Anwendung des § 145 KostO die Zusammenstellung bei Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 13. Aufl. 1995, § 145 KostO, Rn. 26, 27, sowie Mümmler in Anm. zum Senatsbeschuß JurBüro 1990, 75, 78, 79). Einen solchen Sonderfall hat das LG rechtsfehlerfrei als nicht gegeben angesehen. Die von dem Bet. zu 1) auch im Namen seiner Verlobten abgegebene positive Stellungnahme zu dem ihm übersandten Entwurf des Bet. zu 2) indiziert im Gegenteil, daß die Vertragspartnerin des Bet. zu 1) bereits vor Erteilung des Beurkundungsauftrages grundsätzlich den betreffenden Ehevertrag ab-

schließen wollte. Die spätere Abstandnahme des Bet. zu 1) von dem fest beabsichtigten Vertragsschluß mit dem fest umrissenen Inhalt bietet daher keine Veranlassung, diesen Tatbestand, den § 145 Abs. 3 KostO gerade als Regelfall voraussetzt, unter die beschriebenen Ausnahmetatbestände zu fassen und dem Bet. zu 2) eine Entwurfsgebühr zuzubilligen.

7. Kostenrecht – Gebühr für die Löschung einer Globalgrundschuld

(OLG Köln, Beschuß vom 28. 2. 1997 – 2 Wx 11/96 – mitgeteilt von Richter am OLG Torsten Schmidt-Eichhorn, Köln)

KostO §§ 23; 68

Wenn auf Antrag des Erwerbers eines Wohnungseigentumsrechts eine Globalgrundschuld gelöscht wird, die nach Enthaltung der übrigen Eigentumswohnungen nur noch sein Recht belastet, so ist die Gebühr für die Löschung höchstens nach dem Wert dieses Wohnungseigentumsrechts zu berechnen (im Anschluß an BayObLG Rpfleger 1992, 540 f.)

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) war Eigentümerin einer Eigentumswohnung. Die Anlage, zu der diese Wohnung gehört, umfaßt insgesamt 48 im Wohnungsgrundbuch von A eingetragene Einheiten.

Die Einheiten waren mit zwei Globalgrundschulden über 2.000.000,- DM und 18.870.900,- DM belastet, die in Abt. III der Wohnungsgrundbücher unter den laufenden Nrn. 1 und 2 eingetragen waren. Nach Entlassung aller übrigen Wohnungseigentumsseinheiten aus der Mithaft haftete zuletzt allein das Wohnungseigentum der Bet. zu 1) für diese Globalgrundschulden. Durch Urkunde vom 18. 8. 1984 erklärte die Gläubigerin auch hinsichtlich des Eigentums der Bet. zu 1) die Pfandfreigabe und bewilligte zugleich die Löschung der beiden Globalgrundschulden. Auf Antrag der Bet. zu 1) wurden die Grundpfandrechte gelöscht.

Für diese Löschung waren der Bet. zu 1) vom GBA insgesamt 11.857,- DM in Rechnung gestellt worden. Dabei waren die Gebühren nach § 68 S. 1 KostO aus dem vollen Nennbetrag der Globalgrundschulden errechnet worden.

Die gegen diese Rechnung gerichtete Erinnerung der Bet. zu 1) ist durch Beschuß des AG zurückgewiesen worden. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das LG den Beschuß des AG geändert und die Kostenrechnung aufgehoben.

Gegen diesen Beschuß richtet sich die – von dem LG in der angefochtenen Entscheidung zugelassene – weitere Beschwerde des Bezirksrevisors.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nach § 14 Abs. 3 S. 1 KostO statthaft, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg. Der angefochtene Beschuß beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 14 Abs. 3 S. 3 KostO, 550 ZPO).

Der Senat stimmt dem LG darin zu, daß bei der hier gegebenen Fallgestaltung die Gebühr nach § 68 S. 1 KostO für die Löschung der Globalgrundschuld(en) nach einem Geschäftswert zu berechnen ist, der in entsprechender Anwendung von § 23 Abs. 2, HS 2 KostO der Höhe nach durch den Wert des betroffenen Wohnungseigentumsrechts begrenzt ist. Sind die zu einer Anlage gehörenden Wohnungseigentumsrechte verschiedener Erwerber mit einer Globalgrundschuld belastet, so führt die Freigabe einzelner Wohnungseinheiten aus der Haftung für die Grundschuld zunächst nicht zu einer Löschung des Grundpfandrechts, sondern nur zur Entlassung der einzelnen Einheiten aus der Mithaft. Der Geschäftswert, der der Berechnung der Gebühr nach § 68 S. 1 KostO für die Eintragung der Entlassung aus der Mithaft im Grundbuch zugrunde zu legen ist, ist nach § 23 Abs. 2, HS 2 KostO der Höhe nach durch den Wert des einzelnen Wohnungseigentumsrechts begrenzt. Erst wenn nach Enthaltung der übrigen Einheiten schließlich nur noch ein Wohnungseigentumsrecht mit dem Grundpfandrecht

belastet ist, kann die Entlassung dieser letzten Einheit aus der Haftung nur durch eine Löschung des Grundpfandrechts bewirkt werden.

Der Geschäftswert, der der Berechnung der Gebühr für die Löschung eines Grundpfandrechts zugrunde zu legen ist, entspricht nach § 23 Abs. 2 KostO dem Nennbetrag des Grundpfandrechts. Darauf, ob der Wert des belasteten Eigentums geringer ist, kommt es hier nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht an. Nach der Rspr. des BayObLG (vgl. Rpfleger 1992, 540, 541; 1993, 84) sind indes dann, wenn eine Globalgrundschuld gelöscht wird, die nach vorgängiger Pfandfreigabe nur noch auf einem Wohnungseigentumsrecht lastet, die den Eigentümer dieses Rechts wegen der Löschung treffenden Gebühren nicht nach anderen Grundsätzen zu berechnen als bei den Pfandfreigaben zugunsten der anderen Wohnungseigentümer, so daß sich seine Haftung auf die Höhe der aus dem Wert seiner Eigentumswohnung berechneten Gebühr begrenzt. Anderes gelte lediglich bei der Löschung auf Antrag des Erstellers der Wohnungseigentumsanlage oder auf Antrag des Grundpfandgläubigers (BayObLG Rpfleger 1993, 84; vgl. auch OLG Hamm Rpfleger 1995, 272, 273). Dem schließt sich der Senat – in Übereinstimmung mit dem LG – an.

Das BayObLG weist zutreffend darauf hin, daß es in den Fällen der Belastung mehrerer oder aller Objekte einer Wohnanlage mit einer Globalgrundschuld letztlich vom Zufall abhängt, welcher der Eigentümer als letzter die Löschung der Grundschuld beantragen muß, um von der Haftung befreit zu werden. Sein Interesse an der Haftungsbefreiung ist indes nicht höher als dasjenige der übrigen Miteigentümer und wie bei diesen wirtschaftlich durch den Wert der jeweiligen Eigentumswohnung begrenzt. Es ist deshalb, aus den von dem BayObLG (a.a.O.) angeführten Gründen, geboten, § 23 Abs. 2 HS 2 KostO in solchen Fällen mit der Folge entsprechend anzuwenden, daß sich auch die Gebühr für die Löschung der Globalgrundschuld auf Antrag des Erwerbers der zuletzt noch belasteten Eigentumswohnung höchstens nach dem Wert dieser Wohnung berechnet.

Darauf, daß nach der zitierten Rechtsprechung eine andere Beurteilung geboten ist und die entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 2, HS 2 KostO ausscheidet, wenn der Ersteller der Anlage oder der Grundpfandgläubiger die Löschung der Globalgrundschuld beantragt, kommt es hier nicht an. Die Bet. zu 1) gehörte nach den rechtsfehlerfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen des LG nicht zu diesem Personenkreis, sondern zum Kreis der Erwerber.

8. Kostenrecht – Geschäftswert eines Verschmelzungsvertrages

(BayObLG, Beschluß vom 19. 3. 1997 – 3Z BR 283/96 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

KostO §§ 39 Abs. 2; 18 Abs. 3

UmwG § 2

- 1. Der Geschäftswert eines notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrages richtet sich grundsätzlich nach dem Betrag, der in der vom Verschmelzungsvertrag in Bezug genommenen Schlußbilanz der übertragenden Gesellschaft als Aktivvermögen ausgewiesen ist.**
- 2. Die einen allgemeinen Grundsatz des Kosten- und Steuerrechts enthaltende Regelung des § 18 Abs. 3 (Verbot des Abzugs von Verbindlichkeiten bei der Ermittlung des Geschäftswerts) verstößt nicht gegen Verfassungsrecht.**

Zum Sachverhalt:

Der beteiligte Notar beurkundete einen Verschmelzungsvertrag zwischen der Firma A-GmbH als übertragender Gesellschaft und der Firma C-GmbH als übernehmender Gesellschaft. Die übertragende Gesellschaft übertrug ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten

und Pflichten unter Auflösung der Gesellschaft ohne Abwicklung im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme gem. § 2 Nr. 1, § 20 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 S. 1, § 55 Abs. 1 UmwG (i.d.F. ab 1. 1. 1995) auf die übernehmende Gesellschaft. Dem Verschmelzungsvertrag wurde die mit dem Bestätigungsvermerk versehene (Eröffnungs-) Bilanz zum 1. 1. 1995 der übertragenden Gesellschaft zugrunde gelegt, die eine Bilanzsumme von 6.786.266,15 DM aufweist. Die übernehmende Gesellschaft gewährte dem Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft als Gegenleistung für das Entfallen der Geschäftsanteile an der übertragenden Gesellschaft einen Geschäftsanteil im Nennwert von 1.050.000,- DM. Die übernehmende Gesellschaft sollte die Firma der übertragenden Gesellschaft ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen.

Des weiteren beurkundete der Notar die Gesellschafterversammlungen der übernehmenden Gesellschaft und der übertragenden Gesellschaft. Die Alleingesellschafterin der übernehmenden Gesellschaft, die Firma B-GmbH & Co., stimmte dem Verschmelzungsvertrag zu. Ferner beschloß sie eine Erhöhung des Stammkapitals der übernehmenden Gesellschaft um 1.050.000,- DM auf 1.500.000,- DM und änderte den Gesellschaftsvertrag. Die Alleingesellschafterin der übertragenden Gesellschaft, die Firma B-GmbH & Co., stimmte dem Verschmelzungsvertrag ebenfalls zu.

Der Notar erteilte der übernehmenden Gesellschaft eine Kostenberechnung und zog als Geschäftswert für die Beurkundungsgebühr die Bilanzsumme der übertragenden Gesellschaft heran.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen; die weitere Beschwerde hat es zugelassen. Gegen die Entscheidung des LG wendet sich die Beteiligte mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde der Beteiligten (§ 156 Abs. 2 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1 KostO) ist sachlich nicht begründet. Die Entscheidung des LG hält der im Rechtsbeschwerdeverfahren allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO) stand.

1. Das LG hat sich zu Recht darauf beschränkt, die Kostenberechnung (nur) insoweit zu überprüfen, als diese mit der Beschwerde beanstandet worden ist. Denn der Gegenstand der Entscheidung in einem Verfahren nach § 156 KostO wird durch die Beanstandung des (Erst-)Beschwerdeführers bestimmt (BayObLGZ 1987, 186, 190 m.w.N.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann – nachfolgend Korintenberg – 13. Aufl., § 156 KostO, Rn. 58). Die Erstbeschwerde hatte lediglich gerügt, daß der Kostenberechnung die Bilanzsumme der für die Verschmelzung maßgebenden Bilanz der übertragenden Gesellschaft als Geschäftswert zugrunde gelegt worden ist. Ihre Zurückweisung durch das LG ist rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Das LG ist ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gekommen, daß (a) der Geschäftswert der vom Verschmelzungsvertrag in Bezug genommenen Bilanz entnommen werden kann und (b) Verbindlichkeiten gem. § 18 Abs. 3 KostO bei der Ermittlung des Geschäftswerts nicht abgezogen werden.

a) Der Geschäftswert für die Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages, in dem – wie hier – eine Gegenleistung vereinbart ist, richtet sich nach § 39 Abs. 2 KostO. Maßgebend ist danach der höhere Wert der gegenseitigen Leistungen, bei der hier vorliegenden Verschmelzung durch Aufnahme sonach, wie in der Regel, der Wert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft (allg. M. vgl. BayObLGZ 1975, 110, 114, BayObLG DNotZ 1993, 273, OLG Hamm Rpfleger 1965, 374, 175, OLG München DNotZ 1938, 615, KG JFGerg. 18, 93 und 108 f., Rohs/Wedewer, 3. Aufl., Rn. 31, Korintenberg, Rn. 54, je zu § 39 KostO; Göttlich/Mümmeler, 12. Aufl., Stichwort: „Verschmelzung“, S. 1213; Hartmann, 27. Aufl., § 39 KostO, Rn. 31; Lutter, § 2 UmwG, Rn. 39 m.w.N.; ferner KK/Kraft, 2. Aufl., § 341 AktG, Rn. 34; Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff/Grünwald, § 339 AktG, Rn. 17). Da nach § 18 Abs. 3 KostO bei der Ermittlung des Geschäftswerts Verbindlichkeiten nicht abgezogen werden dürfen (vgl. hierzu unten b), ist bei der Feststellung des Vermögens allein von den Aktiven der der Ver-

schmelzung zugrunde gelegten Bilanz auszugehen. Dieser vom Verschmelzungsvertrag in Bezug genommenen Bilanz ist auch, ohne daß hiergegen durchgreifende Einwendungen zu erheben wären, der Wert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft und damit der Geschäftswert der Beurkundung zu entnehmen (vgl. BayObLGZ 1975, 110, 114; BayObLG DNotZ 1993, 273). Anhaltspunkte dafür, daß das Aktivvermögen in der für die Verschmelzung maßgebenden Bilanz überhöht ausgewiesen sein könnte – nur dies könnte sich für die Bf. kostenrechtlich als vorteilhaft erweisen –, sind nicht ersichtlich und wird von der Bf. auch nicht geltend gemacht. Abzugsfähige echte Wertberichtigungsposten, die keine Verbindlichkeiten sind, sondern den Wert der entsprechenden Aktiva unmittelbar mindern (vgl. Korintenberg, § 18 KostO, Rn. 11), liegen nach den Feststellungen des LG nicht vor. Soweit das Aktivvermögen in der Bilanz zu niedrig angesetzt sein sollte, darf dies im Verfahren nach § 156 KostO nicht berücksichtigt werden, da eine höhere Bewertung zu einer Erhöhung des Geschäftswerts führen würde (vgl. Korintenberg, § 156 KostO, Rn. 58).

b) Mit dem Einwand, die in der Bilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten hätten bei der Festlegung des Geschäftswerts nicht außer Betracht bleiben dürfen, kann die Bf. nicht durchdringen.

(1) Die Regelung des § 18 Abs. 3 KostO läßt eine Auslegung, nach der sie nicht gelten sollte, wenn es sich bei dem Gegenstand des Geschäfts um ein Unternehmen oder – wie hier – um das Vermögen einer Gesellschaft handelt, nicht zu. In § 18 Abs. 3 HS 2 KostO ist ausdrücklich klargestellt, daß das Verbot des Abzugs von Verbindlichkeiten auch dann gilt, wenn Gegenstand des Geschäfts ein Nachlaß oder – wie hier – eine sonstige Vermögensmasse ist. Daß im Falle der Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages bei der Bestimmung des Geschäftswerts § 18 Abs. 3 KostO anzuwenden ist, entspricht deshalb auch a. A. (vgl. die o. a. Nachweise; zur Begrenzung der Gebührenbelastung durch Festsetzung von Höchstwerten de lege ferenda vgl. Neye, EWIR, § 39 KostO, 1/97, S. 183 f.).

(2) Die Bestimmung des § 18 Abs. 3 KostO verstößt nicht gegen das Gebot einer verfassungsmäßigen Kostenerhebung, insbesondere nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wie die Bf. geltend macht.

Die Regelung enthält einen von jeher geltenden allgemeinen Grundsatz des Kosten- und Steuerrechts (vgl. Korintenberg/Wenz, § 17 KostO, 1936, Anm. 5; Wittler, JVB1. 1938, 82, 83) und kann nicht als willkürlich angesehen werden. Für diese Regelung lassen sich sachliche Gründe anführen. So ermöglicht sie z. B. eine Gebührenberechnung auch für Geschäfte, deren Gegenstand überschuldet ist. Sie ist ferner geeignet, das Kostenrecht übersichtlich und seine Handhabung möglichst einfach zu gestalten. Die hierzu getroffene Regelung des § 18 Abs. 3 KostO hält sich im Rahmen des dem Gebührengesetzgeber eingeräumten weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums (vgl. BVerfGE 50, 217, 226 f.). Sie ist als Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen (vgl. Korintenberg, § 18 KostO, Rn. 11; Göttlich/Mümmeler, Stichwort: „Geschäftswert“, S. 518).

Der Geschäftswert dient als Grundlage für die Gebührenberechnung. Als Gebührenwert muß er dem Wert des bürgerlichen Rechtsverkehrs nicht entsprechen (Korintenberg, Vorbem. §§ 18 bis 30 KostO, Rn. 3). Gegen die Anwendung des § 18 Abs. 3 KostO kann deshalb nicht mit Erfolg eingewendet werden, sie führe zu einer für den Rechtsverkehr nicht vertretbaren Bewertung des Vermögens. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Kostenerhebung kommt es nicht allein auf den Geschäftswert, sondern auf die Gebühr, also auf das Zusammenwirken von Wert, Gebührensatz und Tabelle (Korintenberg, a.a.O.) an. Auch unter diesem Gesichtspunkt sieht der Senat die Regelung des § 18 Abs. 3 KostO für verfassungsrechtlich unbedenklich an. Zu einer Aussetzung des Verfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG sieht der Senat deshalb keine Veranlassung.

9. Kostenrecht – Geschäftswert für die Beurkundung eines Ausgliederungsvertrages

(BayObLG, Beschluß vom 19. 3. 1997 – 3Z BR 291/96 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**KostO §§ 39 Abs. 2; 18 Abs. 3
UmwG § 123 Abs. 3 Nr. 1**

Kostenrechtlich sind für die Ausgliederung zur Aufnahme die für eine Verschmelzung durch Aufnahme geltenden Grundsätze entsprechend anzuwenden.

Zum Sachverhalt:

1. Der beteiligte Notar beurkundete einen Ausgliederungsvertrag zwischen der Firma A-GmbH als übernehmender Gesellschaft und der Firma B-GmbH & Co. als übertragender Gesellschaft. Die übertragende Gesellschaft übertrug ihren Teilbetrieb „Hochbau“ als Gesamtheit mit allen Rechten und Pflichten ohne Abwicklung im Wege der Ausgliederung durch Aufnahme gem. §§ 123 Abs. 3 Nr. 1, 125, 131 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 S. 3 UmwG (i.d.F. ab 1. 1. 1995) auf die übernehmende Gesellschaft. Dem Ausgliederungsvertrag wurde die mit dem Bestätigungsvermerk versehene Spaltungsbilanz zum 1. 1. 1995 der übertragenden Gesellschaft zugrundegelegt, die für den Teilbetrieb Hochbau eine Bilanzsumme von 4.042.126,39 DM aufweist. Die übernehmende Gesellschaft gewährte der übertragenden Gesellschaft als Gegenleistung für den übertragenden Teilbetrieb einen Geschäftsanteil im Nennwert von 50.000,- DM.

Des weiteren beurkundete der Notar Gesellschafterversammlungen der übernehmenden Gesellschaft und der übertragenden Gesellschaft. Die Alleingeschäftlerin der übernehmenden Gesellschaft, die übertragende Gesellschaft, stimmte dem Ausgliederungsvertrag zu. Ferner beschloß sie eine Erhöhung des Stammkapitals der übernehmenden Gesellschaft um 50.000,- DM auf 1.050.000,- DM und änderte den Gesellschaftsvertrag. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die Firma B-AG und die Firma B-Verwaltungsgesellschaft mbH, stimmten dem Ausgliederungsvertrag ebenfalls zu.

Die Beteiligte trägt sämtliche durch die Ausgliederung entstehenden Kosten.

2. Der Notar erteilte der Beteiligten eine Kostenberechnung und zog als Geschäftswert für die Beurkundungsgebühr die Bilanzsumme des beteiligten Teilbetriebs Hochbau der Firma B-GmbH & Co. heran.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen; die weitere Beschwerde hat es zugelassen. Gegen die Entscheidung des LG wendet sich die Beteiligte mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde der Beteiligten (§ 156 Abs. 2 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1 KostO) ist sachlich nicht begründet. Die Entscheidung des LG hält der im Rechtsbeschwerdeverfahren allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO) stand.

1. Das LG hat sich zu Recht darauf beschränkt, die Kostenberechnung (nur) insoweit zu überprüfen, als diese mit der Beschwerde beanstandet worden ist. Denn der Gegenstand der Entscheidung in einem Verfahren nach § 156 KostO wird durch die Beanstandung des (Erst-)Beschwerdeführers bestimmt (BayObLGZ 1987, 186, 190 m.w.N.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann – nachfolgend Korintenberg – 13. Aufl., § 156 KostO, Rn. 58). Die Erstbeschwerde hatte lediglich gerügt, daß der Kostenberechnung die Bilanzsumme der für die Ausgliederung maßgebenden Spaltungsbilanz der übertragenden Gesellschaft als Geschäftswert zugrunde gelegt worden ist. Ihre Zurückweisung durch das LG ist rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Kostenrechtlich gelten für eine Ausgliederung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG) die für Verschmelzungen durch Aufnahme geltenden Grundsätze entsprechend (Korintenberg, § 26 KostO, Rn. 41; Reimann, MittBayNot 1995, 1, 3). Das LG ist ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gekommen, daß (a) der Geschäftswert der vom Ausgliederungsvertrag in Bezug genommenen Bilanz entnommen werden kann und (b) Verbindlichkeiten gem. § 18 Abs. 3 KostO bei der Ermittlung des Geschäftswerts nicht abgezogen werden.

a) Der Geschäftswert für die Beurkundung eines Ausgliederungsvertrages, in dem – wie hier – eine Gegenleistung verein-

bart ist, richtet sich nach § 39 Abs. 2 KostO. Maßgebend ist danach der höhere Wert der gegenseitigen Leistungen, sonach, wie in der Regel, der Wert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft (allg. M. vgl. BayObLGZ 1975, 110, 114; BayObLG DNotZ 1993, 273; OLG Hamm Rpfleger 1965, 374, 375; OLG München DNotZ 1938, 615; KG JFGerg. 18, 93 und 108 f.; Rohs/Wedewer, 3. Aufl., Rn. 31, Korintenberg, Rn. 54, je zu § 39 KostO; Göttlich/Mümmeler, 12. Aufl., Stichwort: „Verschmelzung“, S. 1213; Hartmann, 27. Aufl., § 39 KostO, Rn. 31; Lutter, § 2 UmwG, Rn. 39 m.w.N.; ferner KK/Kraft, 2. Aufl., § 341 AktG, Rn. 34; Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff/Grunewald, § 339 AktG, Rn. 17). Da nach § 18 Abs. 3 KostO bei der Ermittlung des Geschäftswerts Verbindlichkeiten nicht abgezogen werden dürfen (vgl. hierzu unten b), ist bei der Feststellung des Vermögens allein von den Aktiven der der Ausgliederung zugrunde gelegten Bilanz auszugehen. Dieser vom Vertrag in Bezug genommenen Bilanz ist auch, ohne daß hiergegen durchgreifende Einwendungen zu erheben wären, der Wert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft und damit der Geschäftswert der Beurkundung zu entnehmen (vgl. BayObLGZ 1975, 110, 114; BayObLG DNotZ 1993, 273). Anhaltspunkte dafür, daß das Aktivvermögen in der für die Ausgliederung maßgebenden Bilanz überhöht ausgewiesen sein könnte – nur dies könnte sich für die Bf. kostenrechtlich als vorteilhaft erweisen –, sind nicht ersichtlich und wird von der Bf. auch nicht geltend gemacht. Abzugsfähige echte Wertberichtigungs-posten, die keine Verbindlichkeiten sind, sondern den Wert der entsprechenden Aktiva unmittelbar mindern (vgl. Korintenberg, § 18 KostO, Rn. 11), liegen nach den Feststellungen des LG nicht vor. Soweit das Aktivvermögen in der Bilanz zu niedrig angesetzt sein sollte, darf dies im Verfahren nach § 156 KostO nicht berücksichtigt werden, da eine höhere Bewertung zu einer Erhöhung des Geschäftswerts führen würde (vgl. Korintenberg, § 156, Rn. 58).

b) Mit dem Einwand, die in der Bilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten hätten bei der Festlegung des Geschäftswerts nicht außer Betracht bleiben dürfen, kann die Bf. nicht durchdringen.

(1) Die Regelung des § 18 Abs. 3 KostO läßt eine Auslegung, nach der sie nicht gelten solle, wenn es sich bei dem Gegenstand des Geschäfts um ein Unternehmen oder – wie hier – um das Vermögen einer Gesellschaft handelt, nicht zu. In § 18 Abs. 3 HS 2 KostO ist ausdrücklich klargestellt, daß das Verbot des Abzugs von Verbindlichkeiten auch dann gilt, wenn Gegenstand des Geschäfts ein Nachlaß oder – wie hier – eine sonstige Vermögensmasse ist. Daß im Falle der Beurkundung eines Ausgliederungsvertrages bei der Bestimmung des Geschäftswerts § 18 Abs. 3 KostO anzuwenden ist, entspricht deshalb auch allg. A. (vgl. die o. a. Nachweise; zur Begrenzung der Gebührenbelastung durch Festsetzung von Höchstwerten de lege ferenda vgl. Neye, EWIR, § 39 KostO 1/97, 183 f.).

(2) Die Bestimmung des § 18 Abs. 3 KostO verstößt nicht gegen das Gebot einer verfassungsmäßigen Kostenerhebung, insbesondere nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wie die Bf. geltend macht.

Die Regelung enthält einen von jeher geltenden allgemeinen Grundsatz des Kosten- und Steuerrechts (vgl. Korintenberg/Wenz, 1936, § 17 KostO, Anm. 5; Wittler, JVBli. 1938, 82, 83) und kann nicht als willkürlich angesehen werden. Für diese Regelung lassen sich sachliche Gründe anführen. So ermöglicht sie z. B. eine Gebührenberechnung auch für Geschäfte, deren Gegenstand überschuldet ist. Sie ist ferner geeignet, das Kostenrecht übersichtlich und seine Handhabung möglichst einfach zu gestalten. Die hierzu getroffene Regelung des § 18 Abs. 3 KostO hält sich im Rahmen des dem Gebührengesetzgeber eingeräumten weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums (vgl. BVerfGE 50, 217, 226 f.). Sie ist als Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen (vgl. Korintenberg, § 18 KostO, Rn. 11; Göttlich/Mümmeler, Stichwort: „Geschäftswert“, S. 518).

Der Geschäftswert dient als Grundlage für die Gebührenberechnung. Als Gebührenwert muß er dem Wert des bürger-

lichen Rechtsverkehrs nicht entsprechen (Korintenberg, Vorbem. §§ 18 bis 30 KostO, Rn. 3). Gegen die Anwendung des § 18 Abs. 3 KostO kann deshalb nicht mit Erfolg eingewendet werden, sie führe zu einer für den Rechtsverkehr nicht vertretbaren Bewertung des Vermögens. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Kostenerhebung kommt es nicht allein auf den Geschäftswert, sondern auf die Gebühr, also auf das Zusammenwirken von Wert, Gebührensatz und Tabelle (Korintenberg, a.a.O.) an. Auch unter diesem Gesichtspunkt sieht der Senat die Regelung des § 18 Abs. 3 KostO für verfassungsrechtlich unbedenklich an. Zu einer Aussetzung des Verfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG sieht der Senat deshalb keine Veranlassung.

10. Kostenrecht – Gebührenfreiheit eines Wirksamkeitsvermerks

(LG Saarbrücken, Beschluß vom 12. 9. 1996 – 5 T 449/96 – mitgeteilt von Notar Rudolf Lehmann, Saarbrücken)

KostO §§ 35; 62 Abs. 3

Wird gleichzeitig mit der Eintragung eines Grundpfandrechts vermerkt, daß das Grundpfandrecht gegenüber einer Eigentumsvormerkung wirksam ist, ist die Eintragung dieses Wirksamkeitsvermerks ein gebührenfreies Nebengeschäft.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Entsprechend der Eintragungsbewilligung vom 7. 2. 1995 hat das AG eine Grundschuld in Höhe von 1,1 Mio. DM eingetragen und dabei zugleich vermerkt, daß die Grundschuld der in Art. 2 Nr. 3 zugunsten der AG eingetragenen Auflassungsvormerkung wirksam ist.

Mit der angefochtenen Kostenrechnung wurden hierfür neben der Gebühr für die Eintragung der Grundschuld für die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks Kostenordnung insgesamt 417,50 DM in Rechnung gestellt. Gegen die letzte Position wendet sich die Eigentümerin mit der Erinnerung. Die Rechtspflegerin hat die Erinnerung zurückgewiesen. Hiergegen hat die Eigentümerin Erinnerung eingelegt. Rechtspflegerin und Richter haben der Erinnerung nicht abgeholfen. Letzterer hat die Sache dem erkennenden Gericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

1. Die Beschwerde, als die die Erinnerung gem. § 11 Abs. 2 RpfliG gilt, ist zulässig gem. § 14 Abs. 3 KostO. Über die Erinnerung vom 6. 2. 1996 hat zutreffend die Rechtspflegerin entschieden. Sie war zuständiges Gericht i.S.d. § 14 Abs. 3 KostO. Da die Grundbuchsachen gem. § 3 Nr. 1 h RpfliG dem Rechtspfleger übertragen sind, ist er gem. § 4 RpfliG auch zur Entscheidung über Kostenerinnerungen zuständig (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 26. Aufl., § 14 KostO, Rn. 8).

Das gilt auch dann, wenn der Rechtspfleger den Kostenansatz selbst gefertigt hat (a.a.O., Rn. 9).

Gegen die die Erinnerung zurückweisende Entscheidung der Rechtspflegerin ist gem. § 11 Abs. 1 RpfliG das Rechtsmittel der Erinnerung gegeben, bei der es sich – im Gegensatz zur ersten Erinnerung – um eine sogenannte Durchgriffserinnerung gem. § 11 Abs. 2 RpfliG handelt.

2. Die Beschwerde ist auch begründet.

Für die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks bei der Grundschuld ist eine Gebühr nicht angefallen.

Der Wirksamkeitsvermerk ist ein Vermerk besonderer Art, der im Gesetz nicht vorgesehen ist, von der Rechtsprechung aber für zulässig erachtet wird, um aus dem Grundbuch ersichtlich machen zu können, daß ein eingetragenes Recht gegenüber einer Verfügungsbeschränkung wirksam ist (vgl. dazu im einzelnen OLG Saarbrücken, MittRhNotK 1995, 25). Wird – wie

hier – vermerkt, daß eine Grundschild gegenüber einer früher eingetragenen Auflassungsvormerkung wirksam ist, so liegt darin keine Ausgestaltung des Inhaltes der Grundschild selbst. Er stellt vielmehr nur klar, in welcher Reihenfolge Grundschild und Vormerkung im Falle der Zwangsversteigerung zum Zuge kommen. Er ist ebenso zu behandeln wie Angaben über den Rang eines eingetragenen Rechtes (OLG Saarbrücken, a.a.O.).

Die Kostenordnung enthält keine ausdrückliche Vorschrift darüber, wie die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerkes gebührenmäßig zu behandeln ist. Soweit ersichtlich ist diese Problematik auch in der Rechtsprechung bislang nicht entschieden worden.

Die Eintragung von Grundschilden ist kostenrechtlich in § 62 der KostO geregelt. Abs. 3 dieser Vorschrift führt beispielhaft Eintragungszusätze auf, die bei der Eintragung von Grundschilden als gebührenfreies Nebengeschäft i.S.d. § 35 KostO gelten. Insbesondere ist hierbei auch die Eintragung eines Rangvorbehaltes aufgeführt. Die Aufzählung in § 62 Abs. 3 KostO ist nicht abschließend, wie sich aus dem Wort „insbesondere“ ergibt (vgl. Hartmann, § 62 KostO, Rn. 17). Nach Auffassung der Kammer muß den in § 62 Abs. 3 KostO aufgeführten zusätzlichen Eintragungen auch die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerkes gleichgeachtet werden, wenn – wie hier – die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerkes gleichzeitig mit der Eintragung der entsprechenden Grundschild vorgenommen wird. Der Wirksamkeitsvermerk enthält keine Rechtsänderung, insbesondere nicht bezüglich der Auflassungsvormerkung. Er verlautbart lediglich, daß der Vormer-

kungsberechtigte mit der Bestellung der Grundschild einverstanden ist und daß die Grundschild deshalb ihm gegenüber wirksam ist. Seine Eintragung hat einmal zur Folge, daß die diesbezügliche Rechtsstellung des Grundschildgläubigers nicht infolge gutgläubigen Erwerbs verlorengehen kann, zum anderen wird dokumentiert, in welcher Reihenfolge im Falle einer eventuellen Zwangsversteigerung Grundschildgläubiger und Vormerkungsberechtigter zum Zuge kommen. Der Wirksamkeitsvermerk dient damit der Herbeiführung des Rechtserfolges, den die Beteiligten mit der Bestellung der Grundschild erreichen wollen. Demgemäß ist die zugleich mit der Grundschild eintragung beantragte Eintragung eines Wirksamkeitsvermerkes ein Nebengeschäft i.S.d. §§ 62 Abs. 3, 35 KostO.

Für dieses Ergebnis spricht auch die gebührenrechtliche Erfassung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung unter gleichzeitiger Eintragung eines Rangvorbehaltes in der neueren Literatur und Rechtsprechung. Während OLG Düsseldorf Pflieger 1990, 315 und Rohs/Wedewer, § 62 KostO, Rn. 10 a für die Eintragung des Rangvorbehaltes eine Gebühr nach § 67 KostO annehmen, sehen das OLG Köln (Pflieger 1992, 497 = MittRhNotK 1992, 122; OLG Frankfurt Pflieger 1993, 109; OLG Zweibrücken MittRhNotK 1996, 99; Hartmann, § 35 KostO, Rn. 4; Korintenberg/Lappe, 13. Aufl., § 64 KostO, Rn. 23; Frank, MittBayNot 1996, 273) darin ein gebührenfreies Nebengeschäft. Was für die Vormerkung gilt, muß um so mehr für die Eintragung einer Grundschild gelten. Insoweit ist gem. § 62 Abs. 3 KostO die gleichzeitige Eintragung eines Rangvorbehaltes ausdrücklich als gebührenfreies Nebengeschäft aufgeführt.

Personalien

1. Bestellung zum Notar

Notarassessor *Dr. Dieter Stöhr* (Notariatsverweser anstelle der Notarin Fischer, Zülpich) wurde mit Wirkung vom 28. 5. 1997 zum Notar in Zülpich ernannt.

Notaranwärter *Christian Wolf* (Erfurt) wurde am 5. 5. 1997 zum Notar in Kleve ernannt.

2. Entlassung aus dem Amt

Rechtsanwalt und Notar *Günter Bartmann* (Duisburg) wurde mit Ablauf des 5. 5. 1997 aus dem Amt des Notars entlassen.

Rechtsanwalt und Notar *Klaus Hebisch* (Oberhausen) wurde mit Ablauf des 16. 5. 1997 aus dem Amt des Notars entlassen.

3. Bestellung zum Notarassessor

Rechtsanwalt *Dr. Marcus Kämpfer* (Düsseldorf) wurde am 16. 5. 1997 zum Notarassessor ernannt (Notar Dr. Hillers, Neuss).

Rechtsanwalt *Dr. Jürgen Kallrath* (Düsseldorf) wurde am 2. 5. 1997 zum Notarassessor ernannt (Notar Frischen, Krefeld).

Richter *Dr. Jens Watzek* (Bergisch Gladbach) wurde am 22. 4. 1997 zum Notarassessor ernannt (Notar Dr. Schmitz-Valckenberg, Köln).

Rechtsanwalt *Stefan Wehrstedt* (Düsseldorf) wurde am 2. 5. 1997 zum Notarassessor ernannt (Notar Westhoff, Düsseldorf).

Rechtsanwalt *Dr. René Zöller* (Köln) wurde am 2. 5. 1997 zum Notarassessor ernannt (Notar Dr. Fetsch, Siegburg).