

## Die Verschmelzung von eingetragenen Vereinen miteinander aus notarieller Sicht

von Notarassessor Dr. Paul Hager, Gelsenkirchen

### A. Einführung

### B. Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten

- I. Umwandlungsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten („Verschmelzung“)
  1. Inhalt und Systematik des UmwG
  2. Sonderfall des aufgelösten Vereins
  3. Sonderfall der Rechtsformverfehlung
  4. Weitere Sonderfälle
- II. Vereinsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten außerhalb des UmwG („Fusion“)

### C. Verschmelzung zur Aufnahme oder Neugründung

- I. Mittelfristige Vorbereitung/Ablaufplan
- II. Satzung des übertragenden und des übernehmenden Vereins
  1. Ausdrückliche oder sinngemäße Untersagung der Verschmelzung
  2. Zeitpunkt der Satzungsänderung und sonstige die Verschmelzung behindernde Satzungsregelungen
- III. Entgegenstehende landesrechtliche Vorschriften
- IV. Verschmelzungsvertrag
  1. Obligatorischer Inhalt
  2. Fakultativer Inhalt
- V. Unterrichtung des Betriebsrats
- VI. Verschmelzungsbericht
- VII. Verschmelzungsprüfung
- VIII. Beschlussfassung der Mitgliederversammlungen
  1. Einberufung der Mitgliederversammlungen
  2. Auslegungspflichten
  3. Exkurs: § 63 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 und § 17 Abs. 2
  4. Durchführung der Mitgliederversammlung
  5. Beschlussfassung und deren notarielle Beurkundung
- IX. Anmeldung und Eintragung der Verschmelzung zum Vereinsregister
  1. Anmeldung
  2. Eintragung der Verschmelzung und Bekanntmachung
- X. Überblick über Notar- und Gerichtskosten

### D. Rechtliche Wirkungen der Verschmelzung und verbandsrechtliche Fragestellungen

### E. Fazit

#### A. Einführung

Im Jahr 2011 gab es in Deutschland insgesamt 580 298 eingetragene Vereine (§ 21 BGB)<sup>1</sup>, wovon ca. 80 % als gemeinnützig im Sinne der §§ 52 ff. AO anerkannt sind<sup>2</sup>.

Zahlreiche dieser Vereine werden u. a. aufgrund des demographischen Wandels<sup>3</sup> oder des allseits beklagten Rückganges der Bereitschaft zur ehrenamtlichen Tätigkeit<sup>4</sup> zukünftig verstärkt nach Möglichkeiten suchen müssen, ihr Weiterbestehen zu sichern. Hierbei wird sicher zunehmend auf die Möglichkeit von Kooperationen mit anderen Vereinen zurückgegriffen werden, die früher und später in einem Zusammenschluss der betroffenen Vereine enden können oder dies von vornherein sollen. So gab es in der jüngeren Vergangenheit auch öffentlichkeitswirksame Verschmelzungen eingetragener Vereine, wie z. B. 2001, als fünf Gewerkschaften zur neugegründeten Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di e. V. verschmolzen sind<sup>5</sup>. Die beteiligten Gewerkschaften hatten vor der Verschmelzung sämtlich die Rechtsform des eingetragenen Vereins angenommen, um nach dem UmwG verschmolzen werden zu können<sup>6</sup>. Auch der Deutsche Olympische Sportbund e. V. entstand im Jahre 2006 aus einer Verschmelzung des Deutschen Sportbundes e. V. und des Nationalen Olympischen Komitees e. V.<sup>7</sup>

Soweit seitens der beteiligten Vereine erkannt wird, dass sie aufgrund gesetzlicher Formvorgaben (z. B. nach § 13 Abs. 3 UmwG) notariellen Beistand benötigen, wird der Notar einer der ersten, wenn nicht der einzige rechtsberatende Begleiter des Vorhabens sein, den die Vorstände der Vereine für ihr Vorhaben hinzuziehen. Er ist gefordert, den Vorständen die im Vergleich zu üblichen vereinsrechtlichen Vorgängen, wie einer Satzungsänderung, recht komplexen rechtlichen Vorgaben für ein solches Vorhaben frühzeitig nahezubringen<sup>8</sup>. Gleichzeitig bewegt sich auch der Notar in einem für ihn eher ungewohnten Aufgabengebiet, da er für eingetragene Vereine sonst fast nur mit der Erstellung von Vereinsregisteranmeldungen und/oder deren Beglaubigung gemäß § 77 S. 1 BGB beschäftigt ist. Erschwert wird die Tätigkeit noch dadurch, dass es zahlreiche kontrovers diskutierte Fragen gibt, die größtenteils bisher weder obergerichtlich noch untergerichtlich geklärt wurden<sup>9</sup>. Dieser Aufsatz macht es sich deshalb

1 Abrufbar unter [www.npo-info.de/vereinsstatistik/2011](http://www.npo-info.de/vereinsstatistik/2011).

2 Franzen/Botzen, Die Vereinsstruktur Deutschlands, S. 52.

3 Breuer/Haase, Sportvereine und demographischer Wandel 2006, S. 6 ff.

4 Vgl. Hauptbericht des Freiwilligen surveys 2009 des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationen,did=165004.html>.

5 Informationen abrufbar unter <http://archiv.verdi.de/verdi/prozess>.

6 Semler/Stengler/Katschinski, 2. Aufl. 2007, § 99 Rn. 41.

7 [http://www.dosb.de/de/olympia/detail/news/presidenten\\_von\\_dsb\\_und\\_nok\\_unterzeichneten\\_verschmelzungsvertrag](http://www.dosb.de/de/olympia/detail/news/presidenten_von_dsb_und_nok_unterzeichneten_verschmelzungsvertrag).

8 In der Westdeutschen Zeitung vom 1. März 2011, Lokales, Kreis Mettmann, war bezüglich einer Verschmelzung von zwei eingetragenen Sportvereinen im Titel von „Juristisches Prozedere wie bei der Hochzeit zweier Unternehmen“ die Rede. Im Regionalteil Niederberg der Zeitung vom 10. März 2011 äußerte ein beteiligter Vereinsvorsitzender: „Es ist unglaublich, was es an Paragraphen und Vorschriften zu beachten gilt, als ob Thyssen-Krupp oder Siemens zusammen gingen.“

9 LG Frankenthal, RNotZ 2007, S. 478 ff. mit Anmerkung Ternner, S. 480 ff., der dies auch so feststellt.

zur Aufgabe, dem Leser eine konkrete Handlungshilfe im Rahmen einer „Zusammenlegung eingetragener Vereine“ zu bieten. Zu diesem Zweck wird zunächst ein Überblick über die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten gegeben. Im Anschluss werden die einzelnen Schritte einer Verschmelzung detailliert dargestellt. Der Aufsatz bezieht sich ausschließlich auf Verschmelzungen, an denen eingetragene Vereine im Sinne des § 21 BGB beteiligt sind. Auf Mischverschmelzungsvorhaben<sup>10</sup>, an denen auch Rechtsträger anderer Rechtsformen beteiligt sind, wird nur am Rande eingegangen<sup>11</sup>. Wenn nachfolgend von „Verein“ gesprochen wird, handelt es sich um den eingetragenen Verein im Sinne des § 21 BGB.

## B. Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten

Nachdem die Entscheidung getroffen wurde, Verhandlungen hinsichtlich einer Zusammenlegung ihrer Vereine aufzunehmen, müssen die Beteiligten entscheiden, ob sie den Weg einer Verschmelzung nach dem UmwG oder einer Fusion nach allgemeinem Vereinsrecht gehen wollen und ob die Verschmelzung oder Fusion zur Aufnahme oder zur Neugründung erfolgen soll.

### I. Umwandlungsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten („Verschmelzung“)

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Bereinigung des UmwG zum 1. Januar 1995<sup>12</sup> ist erstmals die Umwandlung und somit auch die Verschmelzung von Vereinen generell möglich<sup>13</sup>.

#### 1. Inhalt und Systematik des UmwG<sup>14</sup>

Zur Verschmelzung unter Beteiligung rechtsfähiger Vereine gibt es einige besondere Vorschriften im sechsten Abschnitt des zweiten Teils des UmwG (§§ 99 bis 104 a). Soweit diese keine abweichenden Regelungen enthalten, sind nachrangig nach diesen die allgemeinen Vorschriften zur Verschmelzung (§§ 2 bis 35) und zur Verschmelzung zur Neugründung (§§ 36 bis 38) heranzuziehen. Im Falle der Verschmelzung zur Neugründung eines Vereins sind wegen § 36 Abs. 2 auch die allgemeinen Gründungsvorschriften für einen Verein (§§ 57 ff. BGB) zu beachten<sup>15</sup>. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 kann ein eingetragener Verein als übertragender, übernehmender oder neuer Rechtsträger an einer Verschmelzung beteiligt sein. § 99 Abs. 2 schränkt dies jedoch dahingehend ein, dass ein Verein Rechtsträger, die kein eingetragener Verein sind, nicht aufnehmen und durch die Verschmelzung von Rechtsträgern, die kein eingetragener Verein sind, nicht gegründet werden darf<sup>16</sup>. Ein eingetragener Verein kann somit auf einen anderen schon eingetragenen Verein zur Aufnahme und zwei oder mehrere eingetragene Vereine auf einen neuen eingetragenen Verein zur Neugründung verschmelzen<sup>17</sup>. In Bezug auf Sonderformen des eingetragenen Vereins gibt es jedoch Besonderheiten, die der Notar gerade im Anfangsstadium seiner Beratung hin-

sichtlich der Auswahl des richtigen Gestaltungsmittels zu beachten hat.

## 2. Sonderfall des aufgelösten Vereins

Soweit ein bereits aufgelöster Verein als übertragender Rechtsträger ein Verschmelzungsvorhaben durchführen möchte, ist ihm dies nach § 3 Abs. 3 möglich, wenn seine Fortsetzung unter Beibehaltung seiner Rechtsfähigkeit noch beschlossen werden könnte<sup>18</sup>. Eine Fortführung eines Vereins scheidet aus, wenn dieser vollbeendet ist<sup>19</sup>. Bei Vereinen, deren Vermögen gemäß § 46 BGB an den Fiskus fällt, tritt eine Vollbeendigung bereits mit der Beschlussfassung über die Auflösung ein<sup>20</sup>. Soweit das Vereinsvermögen gemäß § 45 Abs. 1 BGB nicht an den Fiskus fällt, sondern an eine andere in der Satzung bezeichnete Person, kommt es erst mit der vollständigen Vermögensauskehr an den Berechtigten und der damit verbundenen Beendigung der Liquidation gemäß §§ 47 ff. BGB zur Vollbeendigung des Vereins<sup>21</sup>. Soweit mit der Auskehrung des Vereinsvermögens im Rahmen der Liquidation gemäß §§ 47 ff. BGB bereits begonnen, diese aber noch nicht beendet wurde, hindert dies nach zutreffender und herrschender Auffassung<sup>22</sup> die Verschmelzungsfähigkeit des Vereins entgegen *Karsten Schmidt*<sup>23</sup> nicht, da die von ihm angewandten Vorschriften des § 274 Abs. 1 S. 1 AktG und des § 79 a Abs. 1 S. 1 GenG für den Verein nicht herangezogen werden können. Anders als bei der Kapitalgesellschaft und der Genossenschaft besteht hier das durch die vorgenannten Vorschriften abgesicherte Aktionärs- und Gläubigerschutzinteresse<sup>24</sup> an Kapitalaufbringung und -erhaltung beim Verein gerade nicht, da dem Vereinsrecht diese Inhalte, insbesondere das durch § 274 Abs. 1 S. 1 AktG gesicherte Verbot der Einlagenrückgewähr des § 57 AktG, fremd sind<sup>25</sup>. Bei einem aufgelösten Verein als übertragendem Rechtsträger wird

10 Vgl. hierzu: Lutter/Winter/Henrichs, 4. Aufl. 2009, § 99 Rn. 16 m. w. N.

11 Zum Thema der Verschmelzung von Vereinen allgemein ist die Monographie von Katschinski, Die Verschmelzung von Vereinen, 1999, sehr zu empfehlen.

12 BGBI I S. 3210.

13 Hadding/Henrichs, Zur Verschmelzung unter Beteiligung rechtsfähiger Vereine nach dem neuen Umwandlungsgesetz, FS Boujong, 1996, S. 203 ff., 203; Widmann/Mayer/Vossius, Stand Februar 2011, § 99 Rn. 4.

14 Nachfolgend genannte §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des UmwG.

15 Zur Gesetzssystematik: Dauner-Lieb/Simon/Leuring, 2009, § 99 Rn. 2; Hadding/Henrichs, a.a.O. (Fn. 13), S. 205.

16 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 21; BeckOK-BGB/Schöpflin, Stand 1. 3. 2011, § 41 Rn. 24.

17 Henrichs a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 16; MünchKomm/Reuter, 5. Aufl. 2006, § 41 Rn. 17.

18 Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rn. 4430; Henrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 14.

19 Henrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 14; Maulbetsch/Klumpp/Ries, UmwG, 2009, § 99 Rn. 1.

20 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4389; Katschinski, (Fn. 11), S. 46; Henrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 14.

21 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 1; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4389; Henrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 14.

22 Hadding/Henrichs, a.a.O. (Fn. 13), S. 207 f.; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 29.

23 Karsten Schmidt, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 307.

24 Vgl. Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 274 Rn. 1/4.

25 Hadding/Henrichs, a.a.O. (Fn. 13), S. 207 f.; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 9.

davon ausgegangen, dass in dem Verschmelzungsbeschluss der Mitgliederversammlung konkludent der erforderliche Fortsetzungsbeschluss<sup>26</sup> beinhaltet ist<sup>27</sup>. Soweit jedoch ein aufgelöster eingetragener Verein als übernehmender Rechtsträger fungieren soll, muss dieser nach herrschender und auch richtiger Auffassung erst seine Fortsetzung durch Mitgliederversammlungsbeschluss wirksam beschließen<sup>28</sup>.

### 3. Sonderfall der Rechtsformverfehlung

Eine weitere Frage ist, ob eine sog. Rechtsformverfehlung eines Vereins dessen Verschmelzungsfähigkeit hindert. Eine solche liegt vor, wenn ein Verein zwar ins Vereinsregister eingetragen ist, jedoch aufgrund tatsächlicher Verfolgung eines wirtschaftlichen Hauptzwecks als wirtschaftlicher Verein (§ 22 BGB) einzuordnen ist<sup>29</sup>.

Fast einhellig<sup>30</sup> – mit Ausnahme von *Katschinski*<sup>31</sup> – wird vertreten, dass ein Verein, solange er gemäß § 21 BGB in das Vereinsregister eingetragen ist, seine Verschmelzungsfähigkeit als übertragender oder übernehmender Rechtsträger beibehält, auch wenn er tatsächlich auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 22 BGB gerichtet ist. *Katschinski*<sup>32</sup> vertritt demgegenüber die Auffassung, dass Vereine, die auf einen wirtschaftlichen Hauptzweck im Sinne des § 22 BGB gerichtet sind, trotz ihrer Eintragung in das Vereinsregister keine tauglichen Rechtsträger für eine Verschmelzung mit einem anderen Verein sind. Er bezieht sich auf den vom Gesetzgeber mit der Schaffung des § 99 Abs. 2 verfolgten Zweck, Vereine als Träger von Unternehmen zu verhindern<sup>33</sup>, und zieht § 99 Abs. 2 aus diesem Grund im Ergebnis für den Fall der Rechtsformverfehlung eines Vereins analog heran. Auch *Katschinski* lässt jedoch eine Verschmelzung unter Beteiligung eines eingetragenen, die Rechtsform verfehlenden Vereins zu, soweit durch die Verschmelzung das Problem der Rechtsformverfehlung beseitigt wird, weil der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb beim aufnehmenden Verein durch die Verschmelzung zur unbedenklichen Nebentätigkeit wird<sup>34</sup>.

Die herrschende Auffassung begründete ihre Ablehnung der Meinung von *Katschinski* richtigerweise damit, dass im Falle der Beteiligung eines die Rechtsform verfehlenden eingetragenen Vereins als Rechtsträger einer Verschmelzung mit einem anderen Verein durch die Verschmelzung die Problematik der Rechtsformverfehlung nie originär entsteht, sondern im schlimmsten Fall lediglich auf einen anderen Rechtsträger verlagert wird<sup>35</sup>. Ferner steht mit dem gerichtlichen Lösungsverfahren nach § 395 FamFG (ehemals § 43 Abs. 2 BGB<sup>36</sup>) ein ausreichendes Sanktionsmittel zur Verfügung, um gegen Rechtsformverfehlungen vorzugehen. Es wird im Ergebnis oft nicht eindeutig sein, ob ein Verein einem wirtschaftlichen Zweck nachgeht, der noch durch das Nebenzweckprivileg gedeckt ist, oder nicht<sup>37</sup>. Diese Frage muss richtigerweise nicht im Rahmen der Prüfung der Verschmelzungsfähigkeit des jeweiligen Vereins, sondern im Lösungsverfahren nach § 395 FamFG geklärt werden.

### 4. Weitere Sonderfälle

Ein Verein mit Verwaltungssitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland ist gemäß § 1 Abs. 1 kein verschmelzungsfähiger Rechtsträger<sup>38</sup>. Auch die Vorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in §§ 122 a bis 122l führen zu keinem anderen Ergebnis, da diese für den Verein nicht zur Anwendung kommen<sup>39</sup>. Eine andere Bewertung kann sich für die im Rahmen dieser Arbeit behandelte Verschmelzung unter ausschließlicher Beteiligung eingetragener Vereine auch nicht aus den Art. 49 und 54 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union ergeben, da sich eingetragene Vereine nicht auf die in ihnen geregelte Niederlassungsfreiheit berufen können<sup>40</sup>. Soweit *Hennrichs*<sup>41</sup> dies mit einem Verweis auf die Unverhältnismäßigkeit eines Versagens von grenzüberschreitenden Vereinsverschmelzungen unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>42</sup> anders bewertet, mag dies für den Fall der Mischverschmelzung überzeugen, aber aus dem vorgenannten Grund nicht für eine Verschmelzung unter ausschließlicher Beteiligung eingetragener Vereine. Ein sog. Vorverein<sup>43</sup> ist mangels Rechtsfähigkeit nicht verschmelzungsfähig<sup>44</sup>. Das Gleiche gilt für einen eingetragenen Verein, dem die Rechtsfähigkeit, z. B. gemäß § 73 BGB, entzogen wurde<sup>45</sup> oder der auf die Rechtsfähigkeit verzichtet hat<sup>46</sup>. Auch bei mitgliederlosen Vereinen<sup>47</sup> und Vereinen in Form eines genossenschaft-

26 Vgl. zum Fortsetzungsbeschluss: Schöpflin, a.a.O. (Fn. 16), § 41 Rn. 20; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4395 ff.

27 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 4; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 14.

28 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 49; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 8.

29 BVerwG NJW 1998, S. 1166 ff., 1167; OLG Hamm OLGZ 1993, S. 24 ff., 26 ff. (beide noch zu § 43 Abs. 2 BGB); Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4047 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 19. Aufl. 2010, Rn. 402 ff.

30 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 18; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 3; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 19.

31 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 32-34.

32 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 32-34.

33 Vgl. BT-Drucks. 12/6699, S. 81 f.; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 4.

34 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 34.

35 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 18.

36 § 43 Abs. 2 BGB ist mit Wirkung vom 29. 9. 2009 außer Kraft getreten, BGBI I S. 3145. Vgl. zu § 395 FamFG: Terner, RNotZ 2010, S. 5 ff., 12 f.; Schöpflin, a.a.O. (Fn. 16), § 43 Rn. 7 m. w. N.

37 So auch Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 19. Zum Nebenzweckprivileg allgemein: Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 47; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 160; BGH NJW 1983, S. 569 ff., 571 ff., KG DNotZ 2011, S. 632 und 634 mit Anm. Terner.

38 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 2.; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4431; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 10 noch zum 29. 9. 2009 Außer-kraft getretenen § 23 BGB.

39 Vgl. Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 13; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 57; Hennrichs a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 3.

40 Noch zu Art. 48 EU-Vertrag: Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 10; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 13; OLG Zweibrücken NJW 2006, S. 43.

41 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 3.

42 EuGH DNotZ 2006, S. 210 = NJW 2006, S. 425.

43 Vgl. zu diesem Begriff: Schöpflin, a.a.O. (Fn. 16), § 21 Rn. 12.

44 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 53 f.; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 15.

45 Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Aufl. 2004, Rn. 772; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 15.

46 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 12.

47 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 1; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 14; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 48 f. m. w. N.

lichen Prüfungsverbandes<sup>48</sup> sind Besonderheiten zu beachten; hierzu sei auf die entsprechenden Kommentierungen verwiesen.

## II. Vereinsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten außerhalb des UmwG („Fusion“)

Neben der Verschmelzung von Vereinen nach dem UmwG besteht die Möglichkeit, diese durch Auflösung, Einzelübertragung der Vermögenswerte und Mitgliederaufnahme zur Aufnahme oder Neugründung vereinsrechtlich zu fusionieren<sup>49</sup>. Der Verein, der nicht weiter bestehen soll, beschließt in einer Mitgliederversammlung zunächst, die Vermögensanfallberechtigung (§ 45 Abs. 1 BGB) in seiner Satzung zugunsten des Vereins, der bestehen bleiben soll, zu ändern, und seine Auflösung (§ 41 BGB). Ggf. beschließt der übernehmende Verein seinerseits erforderliche Änderungen seiner Satzung. Nach Beendigung der Liquidation wird dann das Restvermögen des nicht bestehen bleibenden Vereins durch Einzelübertragungsakte<sup>50</sup> entsprechend der vorgenannten Anfallberechtigung übertragen und dann das Erlöschen des Vereins zum Vereinsregister angemeldet<sup>51</sup>.

In Ergänzung hierzu ist es möglich, dass die Vorstände der beteiligten Vereine durch einen Fusionsvertrag<sup>52</sup> die wesentlichen Aspekte ihres Vorhabens regeln. Typischerweise beinhaltet er die Übertragung des gesamten Vermögens (Aktiva und Passiva<sup>53</sup>) des aufzulösenden Vereins an den verbleibenden Verein, den Übertritt der Mitglieder des aufzulösenden Vereins in den verbleibenden Verein und ggf. erforderliche Vorstands- und Satzungsänderungen bei dem verbleibenden Verein. Der Fusionsvertrag bedarf regelmäßig wegen § 311 b Abs. 3 BGB der notariellen Beurkundung<sup>54</sup>. Innerhalb der vereinsrechtlichen Fusion zweier oder mehrerer Vereine stellt das Problem des Transfers der Mitglieder in den bestehen bleibenden Verein mangels einer Vorschrift wie § 20 Abs. 1 Nr. 3 zumeist die größte Schwierigkeit dar<sup>55</sup>. Die umwandlungsrechtliche Verschmelzung und die vereinsrechtliche Fusion – entweder zur Aufnahme oder zur Neugründung – bestehen heute nebeneinander, sodass den Vereinen seit dem Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes zwei Gestaltungsmittel zum Erreichen des verfolgten Ziels zur Verfügung stehen<sup>56</sup>.

## C. Verschmelzung zur Aufnahme oder Neugründung

Die nachfolgende Darstellung einer Verschmelzung von Vereinen erfolgt für die Verschmelzung zur Aufnahme. Soweit sich bei einer Verschmelzung zur Neugründung Besonderheiten ergeben, wird hierauf an der jeweiligen Stelle gesondert eingegangen.

### I. Mittelfristige Vorbereitung/Ablaufplan

Nachdem sich die beteiligten Vereine entschieden haben, ihr Vorhaben im Rahmen einer Verschmelzung nach dem UmwG durchzuführen, stellt sich die nicht zu unterschätzende Aufgabe, mit allen Beteiligten den Ab-

lauf des Vorhabens zu besprechen und Erledigungsfristen und Verantwortlichkeiten zu vereinbaren. Hierzu sollte man einen Ablaufplan erstellen, der allen Beteiligten die erforderlichen Schritte bis zur Beendigung des Verschmelzungsvorhabens vergegenwärtigt.

Muster Ablaufplan<sup>57</sup> (Vereine ohne Betriebsrat):

Aufgabe	Verantwortlich:	Termin/Frist
Prüfung der Vereinssatzungen auf 1. Verschmelzungshindernisse (§ 99 Abs. 1 Alt. 1) 2. Sonstige, den Verschmelzungsvorgang erschwerende Satzungsregelungen	Notar	
Ggf. Mitgliederversammlung mit Beschlussfassung über: 1. Ermächtigung des Vorstands, Verschmelzungsverhandlungen aufzunehmen 2. Ggf. Satzungsänderungen (z. B. Anfallberechtigung wegen § 99 Abs. 1 Alt. 1)	Vorstand	Vorjahr
Festlegung: 1. Verschmelzungsstichtag (§ 5 Abs. 1 Nr. 6) 2. Termin der Mitgliederversammlungen (§§ 101 S. 2 i. V. m. 63 Abs. 1 Nr. 3 und 17 Abs. 2 S. 2 beachten) 3. Termine für die Erledigung der nachfolgenden Punkte	Vorstände/ Notar	
Erstellung des Entwurfs des Verschmelzungsvertrages (§§ 4 Abs. 2, 5, 29 Abs. 1), bei Verschmelzung zur Neugründung mit Satzung des neugegründeten Vereins und der Bestellung von dessen ersten Vorstand (§§ 36 Abs. 2, 37)	Notar	Mind. 2 Mon. vor der MV

48 Vgl. zu den §§ 105 ff.; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 108 Rn 1 ff.

49 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 7; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 818; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4535 ff.

50 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 47 Rn. 4 m. w. N.

51 Hierzu eingehend: Böhringer, BWNotZ 1990, S. 5 ff.; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4528 ff.; Hadding/Henrichs, a.a.O. (Fn. 13), S. 203 f.; Drobnig/Becker/Remien, Verschmelzung und Koordination von Verbänden, 1991, S. 45 ff.; OLG Hamburg MDR 1972, S. 236.

52 Ein Muster mit Erläuterungen findet sich bei Böhringer, a.a.O. (Fn. 51), S. 11.

53 Vgl. zur Übernahme von Verbindlichkeiten nach dem Wegfall des § 419 Abs. 1 BGB Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4530.

54 OLG Hamburg MDR 1972, S. 236; Rieble, JZ 1991, S. 658; Böhringer, a.a.O. (Fn. 51), S. 12 f.; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4534.

55 Vgl. zu diesem Hauptproblem der Fusion Böhringer, a.a.O. (Fn. 51), S. 12 f.; OLG Hamburg MDR 1972, S. 236 f.; Drobnig/Becker/Remien, a.a.O. (Fn. 51), S. 47; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 819; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4426.

56 Schöpflin, a.a.O. (Fn. 18), § 41 Rn. 23; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4526; Stöber, a.a.O. (Fn. 45) Rn. 817.

57 Ein weiteres Muster für einen Ablaufplan mit Betriebsratsbeteiligung findet sich bei Schervier, Beck'sche Online Formulare Vertragsrecht, Stand: 1. 6. 2011, Ziffer 7.13.3.4.

Aufgabe	Verantwortlich:	Termin/Frist
Erstellung des Verschmelzungsberichts jedes Vorstands oder eines gemeinsamen Berichts beider Vorstände (§ 8)	Vorstände	Mind. 2 Mon. vor der MV
Erstellung der Schlussbilanz bzw. Einnahmen-Überschussrechnung mit Vermögensaufstellung der übertragenden Vereine auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag (§ 17 Abs. 2 S 4)	Vorstände	Mind. 2 Mon. vor der MV
Erstellung des Entwurfs des Einberufungsschreibens für die Mitgliederversammlung samt Tagesordnung	Vorstände	Mind. 2 Mon. vor der MV
Beschlüsse des jeweiligen Vorstands zur 1. Aufstellung des Entwurfs des Verschmelzungsvertrages 2. Verabschiedung des Verschmelzungsberichts 3. Verabschiedung der Einberufung der Mitgliederversammlung samt Tagesordnung	Vorstände nach Prüfung durch Notar	Mind. eine Woche vor Einberufung der MV
Einladung der Mitglieder nach Maßgabe der Satzung zur Mitgliederversammlung unter Bekanntgabe der Tagesordnung und des Ortes der auszulegenden Unterlagen	Jeweiliger Vorstand	Frist gem. Satzung, jedoch mind. 2 Wochen
Ggf. Bestellung eines Verschmelzungsprüfers (§ 100), wenn dies von mindestens 10 % der Mitglieder schriftlich verlangt wurde, und Durchführung der Verschmelzungsprüfung (§§ 9 ff.)	Vorstände	
Auslegung von folgenden Unterlagen (§ 101 Abs. 1, 64 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4): 1. Entwurf des Verschmelzungsvertrages 2. Jahresabschlüsse bzw. Einnahmen-Überschussrechnung mit Vermögensaufstellung der letzten drei Geschäftsjahre 3. Ggf. Zwischenbilanz (§§ 101 Abs. 1 S. 2, 63 Abs. 1 Nr. 3) 4. Verschmelzungsbericht 5. Ggf. Verschmelzungsprüfungsbericht	Jeweiliger Vorstand	Ab Einberufung zu der jeweiligen MV
Erstellung eines Entwurfs der Niederschrift über die Mitgliederversammlungen (§ 13) als Ablaufplan für den Versammlungsleiter	Notar	Mindestens eine Woche vor der MV
Durchführung der Mitgliederversammlungen: 1. Auslegung der vorgenannten Unterlagen (§ 102 S. 1) 2. Beachtung der vereinsrechtlichen Vorgaben (Beschlussfähigkeit, Versammlungsleitung etc.) 3. Erläuterung des Entwurfs des Verschmelzungsvertrages (§§ 102 S. 2, 64 Abs. 1 S. 2)	Vorstand/Notar	

Aufgabe	Verantwortlich:	Termin/Frist
4. Erteilung von Auskünften (§§ 102 S. 2, 64 Abs. 2) 5. Zustimmungsbeschluss mit mindestens $\frac{3}{4}$ Mehrheit der abgebenden Stimmen (§ 103)		
Notarielle Beurkundung des Verschmelzungsvertrages (§§ 4 Abs. 1, 6)	Vorstände/Notar	Nach Zustimmung der MVen
Anmeldungen zum Vereinsregister (§§ 16, 17), wegen §§ 16 Abs. 2, 14 Abs. 1 frühestens einen Monat nach Beschluss (§ 13)	Notar/Vorstände	Bis 8 Monate nach Stichtag
Überprüfung der Eintragung der Verschmelzung in das Vereinsregister	Notar	

## II. Satzung des übertragenden und des übernehmenden Vereins

### 1. Ausdrückliche oder sinngemäße Untersagung der Verschmelzung

Nach § 99 Abs. 1 Alt. 1 darf die Satzung des jeweiligen Vereins der Verschmelzung nicht entgegenstehen<sup>58</sup>. Eine ausdrückliche Untersagung einer Verschmelzung wird zunächst selten anzutreffen sein<sup>59</sup>. Es ist jedoch immer zu prüfen, ob nicht die Auslegung einer Satzungsregelung ergibt, dass diese von ihrem Sinn und Zweck die Verschmelzung untersagt<sup>60</sup>. Hierbei ist anerkannt, dass eine Satzungsregelung hinreichend konkrete Anhaltspunkte hierfür aufweisen muss<sup>61</sup>. Falls die Satzung des Vereins eine solche Regelung enthält, muss sie vor der Verschmelzung durch eine Satzungsänderung beseitigt werden<sup>62</sup>.

Für die Praxis ist insbesondere die Frage relevant, ob eine aufgrund des Grundsatzes der Vermögensbindung gemäß §§ 55 Abs. 1 Nr. 4, 61 AO<sup>63</sup> bei steuerbegünstigten Vereinen fast immer anzutreffende Satzungsbestimmung, nach der das Vermögen des Vereins bei dessen Auflösung einer anderen Person als dessen Mitgliedern und dem aufnehmenden Verein anfällt, einer Verschmelzung entgegensteht<sup>64</sup>. *Katschinski* und andere<sup>65</sup> nehmen dies an, wenn der übernehmende Verein – anders als der übertragende – nicht steuerbegünstigt im Sinne der §§ 51 ff. AO ist, da das Vermögen des übertragenden Vereins der steuerlichen Vermögensbindung entzogen wird, die mit der Benennung eines Anfallberechtigten in der Satzung gemäß § 61 Abs. 1 AO eigentlich gewährleistet werden sollte. Sie vertreten dies aber auch im Falle eines steuerbegünstigten über-

58 BT-Drucks. 12/6699, S. 111. Vgl. Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 99 Rn. 1.

59 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 21; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 20.

60 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 20; Hadding/Henrichs, a.a.O. (Fn. 13), S. 209.

61 Hadding/Henrichs, a.a.O. (Fn. 13), S. 209; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 16.

62 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 19; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 773.

63 Vgl. Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 467 und 483.

64 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 21 ff.

65 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 17.

nehmenden Vereins, wenn die Mitglieder des übertragenden Vereins das Anfallrecht zum Gegenstand von dessen Satzung gemacht haben, um zu gewährleisten, dass das Vereinsvermögen auch nach Auflösung des Vereins für seine Zwecke und Ziele weiter und ausschließlich eingesetzt wird. Soweit die Satzungsbestimmung zur Anfallberechtigung jedoch allein dazu dient, eine steuerliche Begünstigung des Vereins gemäß §§ 51 ff. AO zu gewährleisten, verneinen die Vertreter dieser Auffassung eine der Verschmelzung entgegenstehende Satzungsregelung. Die Gegenauffassung<sup>66</sup> sieht durch eine solche Satzungsregelung richtigerweise in keinem Falle eine Verschmelzung gehindert, da ein möglicher rückwirkender Wegfall der Steuerbegünstigung des Vereins wegen mangelnder Vermögensbindung kein zivilrechtliches Verschmelzungshindernis begründet und darüber hinaus die Gesamtrechtsnachfolge des übernehmenden Vereins bei einer Verschmelzung keinen Vermögensanfall nach Auflösung im Sinne des § 45 Abs. 1 BGB darstellt. Der Notar sollte jedoch aufgrund der nicht eindeutigen Rechtslage den sichersten Weg gehen und im Fall der Benennung eines anderweitigen Anfallberechtigten in der Satzung des übertragenden Vereins eine Satzungsänderung dahingehend empfehlen, dass der aufnehmende Verein Anfallberechtigter wird<sup>67</sup>.

Eine weitere für die Praxis relevante Frage ist, ob unterschiedliche Satzungszwecke der Vereine deren Verschmelzung entgegenstehen können, worauf später noch im Rahmen der erforderlichen Beschlussmehrheit gemäß § 103 eingegangen wird<sup>68</sup>. Weiter können auch Satzungsregelungen der Verschmelzung entgegenstehen, die nicht den Verhältnissen entsprechen, die durch den Vollzug der Verschmelzung entstehen<sup>69</sup>. Stöber<sup>70</sup> bildet hierzu das Beispiel, dass die Satzung des übernehmenden Vereins beinhaltet, dass nur Angehörige einer besonderen Personengruppe (z. B. Absolventen einer bestimmten Universität) berechtigt sind, Mitglied dieses Vereins zu werden, und dass die Mitglieder des übertragenden Vereins nicht zu dieser Personengruppe gehören.

## 2. Zeitpunkt der Satzungsänderung und sonstige die Verschmelzung behindernde Satzungsregelungen

Soweit die Satzung eines beteiligten Vereins Regelungen enthält, die dessen Verschmelzung mit einem anderen Verein gemäß § 99 Abs. 1 Alt. 1 entgegenstehen, müssen diese vor der Verschmelzung geändert werden<sup>71</sup>. Nach § 33 Abs. 1 S. 1 BGB ist hierfür ohne abweichende Satzungsregelung genauso wie für den Verschmelzungsbeschluss nach § 103 Abs. 1 S. 1 eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich. Es ist anerkannt, dass die Beschlüsse über die Verschmelzung und über die Satzungsänderung in derselben Mitgliederversammlung, die entsprechenden Anmeldungen zum Vereinsregister in einer Anmeldung und die Eintragung der Satzungsänderung und der Verschmelzung gleichzeitig erfolgen können<sup>72</sup>.

Es ist jedoch überlegenswert, die Satzungsänderung bereits vorab in einer gesonderten Mitgliederversammlung zu beschließen und hierbei auch andere

Satzungsregelungen zu ändern, die mit der Verschmelzung nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen, den Verschmelzungsvorgang aber erschweren können. Probleme beim reibungslosen Ablauf der Mitgliederversammlung, die den Verschmelzungsbeschluss nach § 13 Abs. 1 fassen soll, entstehen oftmals insbesondere durch außergewöhnliche Satzungsregelungen etwa zu deren Einberufung, Beschlussfähigkeit und Leitung. Für die Beschlussfassung über die entsprechende Satzungsänderung kann sich die ordentliche Mitgliederversammlung im Jahr vor dem geplanten Verschmelzungsbeschluss anbieten. Sie kann mit der nach § 33 Abs. 1 S. 1 BGB im Regelfall erforderlichen Dreiviertelmehrheit auch dazu genutzt werden, dass sich der Vorstand einen Eindruck über die Mehrheitsverhältnisse für einen späteren Beschluss nach § 13 Abs. 1 verschaffen kann.

## III. Entgegenstehende landesrechtliche Vorschriften

Derzeit sind der Verschmelzung gemäß § 99 Abs. 1 Alt. 2 entgegenstehende landesrechtliche Vorschriften für eingetragene Vereine nicht bekannt<sup>73</sup>.

## IV. Verschmelzungsvertrag

Nachdem die vorgenannten Fragen geklärt wurden, werden die beteiligten Vereine mit Hilfe des Notars beginnen, den für ihr Vorhaben nach §§ 4 ff. erforderlichen Verschmelzungsvertrag zu erstellen. Im Regelfall wird gemäß § 4 Abs. 2 zunächst ein schriftlicher Entwurf aufgestellt<sup>74</sup>. Der Abschluss des Verschmelzungsvertrages im Rahmen von dessen nach § 6 erforderlichen notariellen Beurkundung erfolgt nach den der Verschmelzung zustimmenden Beschlüssen der Mitgliederversammlungen der beteiligten Vereine nach § 13 Abs. 1<sup>75</sup>. Hier ist es empfehlenswert, dass die beteiligten Vereine den Entwurf des Verschmelzungsvertrages gemäß § 4 Abs. 2 formell durch Beschluss ihres jeweiligen Vorstands aufstellen und dies durch Unterzeichnung eines entsprechenden Aufstellungsbeschlusses durch die Vorstände aller beteiligten Vereine mit Datumsangabe dokumentieren<sup>76</sup>. Nur so ist gewährleistet, dass sich beide Vereine an der richtigen

66 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 11; Stöber, a.a.O. (Fn. 45) Rn. 773; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 26.

67 Krafka/Willer/Krafka/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 2215; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 23.

68 Auf diese Frage wird im Detail unter Ziffer C. VIII. 5 eingegangen.

69 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 32.

70 Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 773.

71 BT-Drucks. 12/6699, S. 111.

72 Krafka/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2215; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 19; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 10.

73 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 18; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 13; Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 1.

74 Muster für Verschmelzungsverträge finden sich bei Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 3. Aufl. 2007, Rn. 1419 (Verschmelzung zur Aufnahme) und 1424 (Verschmelzung zur Neugründung); Rawert, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2010, Ziffer XI. 15 (Verschmelzung zur Aufnahme); Schervier, a.a.O. (Fn. 57), Ziffer 7.13.3.1 (Verschmelzung zur Neugründung); Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 195 ff. (Verschmelzung zur Aufnahme).

75 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4439.

76 So ausdrücklich auch Leuering, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 7; Schervier, a.a.O. (Fn. 57), 7.13.3.1 Anm. 16.

Fassung des Entwurfs orientieren und diesen auch nutzen, um ihren Auslegungspflichten gemäß §§ 101 und 102 i. V. m. § 63 Abs. 1 Nr. 1 nachzukommen<sup>77</sup>. Weiter ist es förderlich, wenn sie anhand des Beschlusses bewerten und nachweisen können, ob sie zur Aufstellung einer Zwischenbilanz nach § 63 Abs. 1 Nr. 3 verpflichtet sind<sup>78</sup>. Gleichzeitig wird so allen Beteiligten der besondere Charakter des Entwurfs nach § 4 Abs. 2<sup>79</sup>, dessen Änderung nach formeller Aufstellung nicht ohne weiteres möglich ist<sup>80</sup>, vergegenwärtigt.

Die an der Verschmelzung beteiligten Vereine schließen den Verschmelzungsvertrag jeweils vertreten durch ihre Vorstände in vertretungsberechtigter Anzahl. Nach § 26 Abs. 2 S. 1 BGB<sup>81</sup> wird der jeweilige Verein durch die Mehrheit der Vorstandsmitglieder vertreten, soweit die Satzung keine von dieser gesetzlichen Regelung abweichende Regelung beinhaltet<sup>82</sup>. Die Beschränkungen des § 181 BGB und entsprechende Befreiungen durch die Satzung oder durch Mitgliederversammlungsbeschluss auf Basis einer entsprechenden Satzungsgrundlage<sup>83</sup> sind insbesondere dann zu berücksichtigen, wenn eine Person in mehreren an der Verschmelzung beteiligten Vereinen ein Vorstandsamt bekleidet.

## 1. Obligatorischer Inhalt

Der obligatorische Inhalt des Verschmelzungsvertrages wird vorgegeben durch §§ 5 Abs. 1 Nrn. 1 bis 9 und 29 und für den Fall der Verschmelzung zur Neugründung ergänzend durch § 36 Abs. 2 in Verbindung mit den Gründungsvorschriften der §§ 57 ff. BGB und § 37. Innerhalb der §§ 99 ff. finden sich keine Besonderheiten zum Inhalt des Verschmelzungsvertrages<sup>84</sup>. Bei den Pflichtinhalten des § 5 sind jedoch bei einer reinen Vereinsverschmelzung Besonderheiten gegenüber der Gestaltung von Verschmelzungsverträgen zwischen Rechtsträgern anderer Rechtsformen zu beachten, die daher rühren, dass diese Norm vom Gesetzgeber primär auf Verschmelzungen von Handels- und Kapitalgesellschaften und die in diesem Zusammenhang erforderlichen Regelungsinhalte zugeschnitten wurde<sup>85</sup>.

### a) § 5 Abs. 1 Nr. 1

Zunächst sind der Name und Sitz aller beteiligten Vereine in den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen. Das Registergericht, die Vereinsregisternummer und die postalische Anschrift des jeweiligen Vereins sollten insbesondere aufgrund der Vorgaben des § 10 Abs. 1 BeurkG<sup>86</sup> für die nach § 6 (später) erforderliche notarielle Beurkundung Bestandteil des Verschmelzungsvertrages werden<sup>87</sup>.

### b) § 5 Abs. 1 Nr. 2

Die Vorgaben des § 5 Abs. 1 Nr. 2 dienen der Klarstellung, dass Gegenstand des Vertrages die Vereinbarung einer Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen einer Verschmelzung nach dem UmwG und keine Vereinbarung über eine Einzelrechtsnachfolge ist<sup>88</sup>. Daher sollte unter Heranziehung von § 2 der Gegenstand des Vertrages dahingehend erklärt werden, dass dieser die Übertragung des gesamten Vermögens des übertragenden Vereins unter dessen Auflösung ohne Abwicklung gemäß § 2 Nr. 1 (Verschmelzung zur Auf-

nahme) bzw. § 2 Nr. 2 (Verschmelzung zur Neugründung) gegen Gewährung von Mitgliedschaften an dem übernehmenden Verein regelt<sup>89</sup>.

### c) § 5 Abs. 1 Nr. 3

Soweit eine Verschmelzung von Vereinen miteinander vorliegt, sind entsprechend § 5 Abs. 1 Nr. 3 alleinige Angaben zum Inhalt der neuen Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Verein aufzunehmen, da es zu einem Umtausch von Anteilen im Sinne der 1. Alt. nicht kommt<sup>90</sup>.

Vertragsgestaltungsleitlinie bei der Festlegung der Inhalte der Mitgliedschaften ist die Gleichbehandlung der Mitgliedschaften der an der Verschmelzung beteiligten Vereine<sup>91</sup>. Die Mitgliedschaften in dem übernehmenden Verein müssen denen in dem übertragenden Verein entsprechen<sup>92</sup>. Es ist zu gewährleisten, dass weder die Mitglieder des übertragenden noch des übernehmenden Vereins ungerechtfertigte Vorteile erhalten und/oder Nachteilen ausgesetzt sind<sup>93</sup>. Dies gilt hinsichtlich ihrer Mitverwaltungs-<sup>94</sup> und Wertrechte<sup>95</sup> und auch ihrer Pflichten<sup>96</sup> gegenüber dem Verein. Die Angaben im Verschmelzungsvertrag gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 hierzu müssen den Mitgliedern die Prüfung ermöglichen, ob diesen Anforderungen Genüge getan wird<sup>97</sup>. Deshalb muss der Verschmelzungsvertrag in jedem Fall besondere Benutzungs, Teilhabe und Leistungsrechte sowie Verpflichtungen – insbesondere die Beitragszahlungspflicht – der Mitglieder des übernehmenden Vereins beinhalten, soweit diese von den gesetzlichen Regelungen abweichen<sup>98</sup>. Besonderes Augenmerk ist hierbei auf die häufig vorkommenden unterschiedlichen Mitgliedsarten in den beteiligten Vereinen (z. B. Unterscheidung aktives und passives Mitglied oder Abtei-

77 Siehe Ziffern VIII. 2 und 3.

78 Siehe Ziffern VIII. 2. und 3.

79 Vgl. hierzu: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 4 Rn. 23 ff.

80 Siehe Ziffer XIII. 5.

81 Vgl. Terner, DNotZ 2010, S. 5 ff., 12; Schöpflin, a.a.O. (Fn. 16), § 26 Rn. 16.

82 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 9; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 54.

83 Vgl. Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 2492 ff.

84 Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1380; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 64.

85 Wiedemann/Thüsing, WM 1999, S. 2237 ff., 2243.

86 Vgl. hierzu: Bamberger/Roth/Litzenburger, BeckOK BeurkG, Stand: 1. 3. 2011, § 10 Rn. 4.

87 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 81 f.; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 31.

88 Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 5 Rn. 4; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 66.

89 Vgl. Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 32; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 81.

90 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4443; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 34; Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2243.

91 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 81 ff.; Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 11.

92 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 11.

93 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 67.

94 Vgl. zu diesem Begriff: Reichert, a.a.O. (Fn. 18) Rn. 798 ff.

95 Vgl. zu diesem Begriff: Reichert, a.a.O. (Fn. 18) Rn. 803 ff.

96 Vgl. zu den Mitgliederplichten Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 347 ff.

97 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 35.

98 Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1382; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 68.

lungsmitgliedschaften)<sup>99</sup> und deren Zusammenführung in dem übernehmenden Verein zu richten<sup>100</sup>. Es ist empfehlenswert, dem Verschmelzungsvertrag auch bei einer Verschmelzung zur Aufnahme die Satzung des übernehmenden Vereins beizufügen, da sich aus dieser die Organschafts- und Wertrechte der einzelnen Mitglieder ergeben<sup>101</sup>. In der Regel enthält jedoch die Satzung nicht die konkrete Höhe des Mitgliedsbeitrags<sup>102</sup>; dieser wird vielmehr auf der Grundlage einer Satzungsregelung durch Mitgliederversammlungs- oder Vorstandsbeschluss bestimmt<sup>103</sup>. In diesem Fall muss aus dem Verschmelzungsvertrag auch im Falle der Beifügung der Vereinssatzung die Höhe des Mitgliedsbeitrags als die wesentliche Verpflichtung der Mitglieder hervorgehen bzw. bei einer Verschmelzung zur Neugründung in dem Verschmelzungsvertrag geregelt werden. Soweit sich die Rechte und Pflichten der Mitglieder durch die Verschmelzung ihrer Vereine nicht ändern – weil sich z. B. alle beteiligten Vereine allein am gesetzlichen Leitbild des eingetragenen Vereins orientieren –, ist es ausreichend, im Verschmelzungsvertrag auszuführen, dass die Mitglieder des übertragenden Vereines Mitglieder des übernehmenden Vereins werden<sup>104</sup>.

#### aa) Mitverwaltungsrecht und -pflichten der Mitglieder

Insoweit sich die allgemeinen Mitverwaltungsrechte und -pflichten der Mitglieder des oder der übertragenden Vereine in dem übernehmenden Verein verschlechtern, ist dies für die Gestaltung des Verschmelzungsvertrages unproblematisch, da der Zustimmungsbeschluss zur Verschmelzung nach § 103 generell genau wie der über eine Satzungsänderung nach § 33 Abs. 1 BGB einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf. Die für den Verschmelzungsbeschluss erforderliche Mehrheit ist somit regelmäßig ausreichend, um in dem übertragenden Verein eine Satzungsänderung hinsichtlich der allgemeinen Mitverwaltungsrechte herbeizuführen<sup>105</sup>. In dem Verschmelzungsbeschluss wird somit zumindest eine konkludente Zustimmung der Mitglieder liegen, ihre allgemeinen Mitverwaltungsrechte und ihre Pflichten entsprechend den Regelungen in dem Verschmelzungsvertrag zu modifizieren<sup>106</sup>.

Anders stellt sich jedoch die Situation beim Bestehen von Sonderrechten im Sinne von § 35 BGB dar. Entweder verzichten die Sonderrechtsinhaber im Rahmen ihrer Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag auf diese, oder die Sonderrechte werden in die Satzung des übernehmenden Vereins übernommen<sup>107</sup>. Bei der zweiten Alternative ist jedoch die Zustimmung aller Vereinsmitglieder des übernehmenden Vereins für eine entsprechende Satzungsregelung erforderlich<sup>108</sup>. Diese Zustimmung wird, insbesondere bei mitgliedsstarken Vereinen, schwer zu erreichen sein.

#### bb) Wertrechte

Hinsichtlich der allgemeinen Wertrechte der Mitglieder ist zu prüfen, ob das Vermögen der an der Verschmelzung beteiligten Vereine im Verhältnis zu ihrer jeweiligen Mitgliederzahl in einem zumindest ansatzweise aus-

geglichenen Verhältnis steht<sup>109</sup>. Soweit sich die Vermögenslage wesentlich unterscheidet, besteht Handlungsbedarf im Verschmelzungsvertrag, da sich sonst für die Mitglieder des weniger Vermögen aufweisenden Vereins die vermögensrechtliche Position verbessert und für die Mitglieder des vermögendere Vereins verschlechtert<sup>110</sup>. Als Gestaltungsmöglichkeit wird empfohlen, einen Ausgleich dahingehend vorzunehmen, dass die Mitglieder des weniger vermögenden Vereins in einer Übergangszeit einen höheren Beitrag als die Mitglieder des vermögendere Vereins oder einen einmaligen Sonderbeitrag zahlen<sup>111</sup>. Auch die Zahlung von Abfindungsansprüchen an die Mitglieder des vermögendere Vereins wird vorgeschlagen<sup>112</sup>.

Handlungsbedarf besteht auch in den seltenen Fällen, in denen eine Vereinssatzung einzelnen Mitgliedern besondere Wertrechte einräumt (z. B. Abfindungsrecht für einzelne Mitglieder im Falle von deren Ausscheiden)<sup>113</sup>. Solche Regelungen können in die Satzung des übernehmenden Vereins übernommen werden<sup>114</sup>, oder es kann ein Wertausgleich für den Verlust des besonderen Wertrechts derart vereinbart werden, dass auch hier unterschiedliche Beiträge oder ein einmaliger Sonderbeitrag gezahlt werden<sup>115</sup>.

#### cc) Doppelmitgliedschaft

Weiter muss Gegenstand der Überlegungen zum Verschmelzungsvertrag sein, ob eines der Vereinsmitglieder der an der Verschmelzung beteiligten Vereine Mitglied in mehreren an der Verschmelzung beteiligten Vereinen, z. B. im übertragenden und übernehmenden, ist. Dieses kann keine weitere Mitgliedschaft im übernehmenden Verein erhalten, da es vereinsrechtlich allgemein anerkannt ist, dass sog. Doppelmitgliedschaften unzulässig sind<sup>116</sup>.

Umstritten ist jedoch, ob und welchen Ausgleich ein Mitglied in einer solchen Konstellation für den ersatz-

99 Vgl. hierzu Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 739 ff.

100 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4443.

101 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 35; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 68; Rawert, a.a.O. (Fn. 74), Ziffer XI. 15. Anm. 6.

102 Vgl. zu entsprechenden Satzungsgebungsempfehlungen z. B. Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 120.

103 Vgl. Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 894 ff.; Schöpflin, a.a.O. (Fn. 16), § 58 Rn. 5; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 58 Rn. 3.

104 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 23; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 59.

105 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 23; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 70.

106 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 70; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 36.

107 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 23; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 24.

108 Vgl. hierzu im Detail nachfolgend Ziffer C. VIII. 5.

109 Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2244; Hadding/Hennrichs, a.a.O. (Fn. 13), S. 213; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 84.

110 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 23.

111 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 23; Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2244.

112 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 23.

113 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4443; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 85.

114 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 85 mit konkreten Hinweisen zur Ermittlung der Höhe der besonderen Wertrechte.

115 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4443.

116 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 34; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 720; Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1382.

losen Verlust seiner Mitgliedschaft in dem übertragenden Verein erhalten muss. Reuter<sup>117</sup> will dem Mitglied immer ein angemessenes Sonderrecht gemäß § 35 BGB, das er nicht näher konkretisiert, im übernehmenden Verein einräumen oder es durch einen Abfindungsanspruch entsprechend § 29 UmwG entschädigen. Demgegenüber sieht Hennrichs<sup>118</sup> in keinem Fall eine Veranlassung, einem solchen Mitglied einen Ausgleich für den Verlust seiner zweiten Mitgliedschaft zu gewähren. Nach richtiger Auffassung ist zu differenzieren<sup>119</sup>. Das Mitglied erhält keinen Ausgleich für den ersatzlosen Verlust seiner Mitgliedschaft in dem übertragenden Verein, wenn seine Mitgliedschaft in diesem dem gesetzlichen Leitbild entspricht und ihm keine besonderen Wertrechte eingeräumt wurden. Soweit dem Mitglied jedoch solche Rechte zustehen, kann, soweit kein entsprechender Wert in dem übernehmenden Verein eingeräumt wird, ein Ausgleich erfolgen durch die Einräumung eines Sonderrechts gemäß § 35 BGB, eine temporäre Beitragsreduzierung oder durch die Zahlung einer Abfindung analog § 29<sup>120</sup>. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da die Mitgliedschaft in dem übernehmenden Verein bei einer Gestaltung der Mitgliedschaftsrechte im übertragenden und -nehmenden Verein alleine nach dem gesetzlichen Leitbild durch die Übernahme des Vermögens des übertragenden Vereins angereichert und damit der ersatzlose Verlust der Mitgliedschaft in dem übertragenden Vereine ausgeglichen wird. Daher besteht kein Bedürfnis für einen weiteren Ausgleich<sup>121</sup>.

#### d) § 5 Abs. 1 Nr. 4

Bei einer Verschmelzung von Vereinen miteinander sind nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 im Verschmelzungsvertrag Angaben über den Erwerb der Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Verein zu machen. Bei reinen Vereinsverschmelzungen kommt es mit der Wirksamkeit der Verschmelzung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 kraft Gesetzes zum Mitgliedschaftserwerb in dem übertragenden Verein, sodass außer einem kurzen Hinweis darauf keine weiteren Angaben erforderlich sind<sup>122</sup>.

#### e) § 5 Abs. 1 Nr. 5

Da eingetragene Vereine ihren Mitgliedern keinen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, ist die durch § 5 Abs. 1 Nr. 5 vorgegebene Angabe des Zeitpunktes, von dem an die Mitglieder einen Anspruch darauf erhalten, für reine Vereinsverschmelzungen vom Wortlaut her nicht passend<sup>123</sup>. Vielmehr ist der Zeitpunkt zu nennen, ab dem den Mitgliedern des übertragenden Vereins die Vermögensrechte an dem übernehmenden Verein zustehen<sup>124</sup>. Die kalendarische Benennung des Zeitpunktes liegt hierbei im Ermessen der Vertragsparteien, wobei jedoch zu empfehlen ist, als frühestmöglichen Zeitpunkt das Wirksamwerden der Verschmelzung gemäß § 20 Abs. 1 zu benennen<sup>125</sup>.

#### f) § 5 Abs. 1 Nr. 6

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 ist die Angabe des Zeitpunktes im Verschmelzungsvertrag erforderlich, von dem an die Handlungen des übertragenden Vereins als für Rechnung des übernehmenden Vereins vorgenommen gel-

ten (Verschmelzungstichtag)<sup>126</sup>. Auf diesen ist die Schlussbilanz des übertragenden Vereins zu erstellen und er ist für den Übergang des Vermögens im Sinne des § 2 Abs. 1 UmwStG maßgeblich<sup>127</sup>. Insbesondere bei reinen Vereinsverschmelzungen wird aus Vereinfachungs- und Kostengründen regelmäßig der Tag des letzten Jahresabschlusses als Verschmelzungstichtag benannt<sup>128</sup>.

#### g) § 5 Abs. 1 Nr. 7

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 7 sind Angaben zu Sonderrechten, die der übernehmende Rechtsträger einzelnen Anteilshabern sowie den Inhabern von besonderen Rechten im Sinne des § 23 gewährt, oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen zum Gegenstand des Verschmelzungsvertrages zu machen<sup>129</sup>. Trotz des Wortlauts der Vorschrift, der anders als § 5 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 allein von der Gewährung von Sonderrechten an Anteilshaber und nicht an Mitglieder spricht, ist sie nach ihrem Sinn und Zweck, allen Mitgliedern die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verhältnis zu Sonderrechtshabern zu ermöglichen, nach allgemeiner Meinung auch auf reine Vereinsverschmelzungen heranzuziehen<sup>130</sup>. Anzugeben sind insbesondere einem oder einzelnen Mitgliedern gewährte Sonderrechte gemäß § 35 BGB<sup>131</sup>, die z. B. zum Ausgleich des Verlusts der Mitgliedschaft in dem übertragenden Verein aufgrund einer bereits bestehenden Mitgliedschaft in dem übernehmenden Verein oder für die Mitglieder des übertragenden Vereins wegen deren Verlusts eines Sonderrechts (z. B. eine als Sonderrecht ausgestaltete Ehrenmitgliedschaft<sup>132</sup>) oder eines besonderen Wertrechts gewährt werden<sup>133</sup>, und Vorteilsrechte, wie z. B. das Recht auf Teilnahme an sportlichen Wettkämpfen<sup>134</sup>.

#### h) § 5 Abs. 1 Nr. 8

Im Verschmelzungsvertrag ist gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 8 jeder besondere Vorteil anzugeben, der einem Vertre-

117 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 24.

118 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 25.

119 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 73; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 41/42.

120 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 73; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 87; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 41/42.

121 Vgl. Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 73.

122 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 80.

123 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4443; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 33; Wiedemann/Thüsing a.a.O. (Fn. 85), S. 2244.

124 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 81; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 33; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 29.

125 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 29 mit Formulierungsvorschlag; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 51.

126 Stratz, a.a.O. (Fn. 88), § 5 Rn. 63; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 98.

127 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 30; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 52; Stratz, a.a.O. (Fn. 88), § 5 Rn. 65 ff.

128 Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 52.

129 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 98 f.

130 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 98.

131 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 72 f. mit einem Beispiel; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 53.

132 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 774 m. w. N.

133 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 31; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 99.

134 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4443. Vgl. zum Begriff der Vorteilsrechte derselbe, Rn. 804.

tungsorganmitglied der an der Verschmelzung beteiligten Vereine gewährt wird, d. h. den Mitgliedern des geschäftsführenden Vorstands gemäß § 26 BGB<sup>135</sup> oder anderen in der Vorschrift genannten Personen. Aufgrund des vom Gesetzgeber mit dieser Vorschrift verfolgten Zieles, dass die wesentlichen Umstände der Verschmelzung zur Information der Vereinsmitglieder öffentlich gemacht werden<sup>136</sup>, ist auch anzugeben, welche Vorteile im Verschmelzungsvertrag anderen Personen gewährt wurden, die an der Verschmelzung beteiligt sind<sup>137</sup>. Hierunter fallen jedoch nicht die üblichen Honorare der erforderlichen Beteiligten<sup>138</sup>. Anzugeben sind alle aus Anlass der Verschmelzung erfolgenden Vergünstigungen, z. B. lebenslange Mitgliedschaft im Vorstand des übernehmenden Vereins oder die Zahlung einer Abfindung für den Verlust eines Vorstandsamts<sup>139</sup>.

### i) § 5 Abs. 1 Nr. 9

Soweit mindestens ein an der Verschmelzung beteiligter Verein Arbeitnehmer beschäftigt, sind nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 die individual- und kollektivrechtlichen Folgen der Verschmelzung für sie und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen im Verschmelzungsvertrag anzugeben<sup>140</sup>. Dies gilt nach überwiegender Auffassung für die Angaben hinsichtlich der Arbeitnehmer auch dann, wenn es keinen Betriebsrat gibt, da diese auch für die einzelnen Mitglieder des Vereins im Rahmen ihrer Entscheidung über die Zustimmung zur Verschmelzung von Bedeutung sein können<sup>141</sup>.

Zunächst ist mit den beteiligten Vereinen zu eruieren, ob sie überhaupt Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 9 beschäftigen. Unter einem Arbeitnehmer ist unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine Person zu verstehen, die aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags über entgeltliche Dienste für eine andere in persönlicher Abhängigkeit tätig ist<sup>142</sup>. Für die Definition der Arbeitnehmereigenschaft werden zahlreiche Einzelmerkmale verwendet, anhand derer zu bewerten ist, ob eine solche persönliche Abhängigkeit vorliegt<sup>143</sup>. Hierbei ist es generell irrelevant, dass die Arbeitsleistung nur nebenberuflich erbracht wird<sup>144</sup>. Bei einer nebenberuflichen Tätigkeit wird jedoch häufig keine persönliche Abhängigkeit vorliegen, sodass eine Arbeitnehmereigenschaft ausscheidet<sup>145</sup>. Somit können auch Trainer<sup>146</sup>, Sportler des Vereins<sup>147</sup>, Hausmeister<sup>148</sup> oder Geschäftsstellenmitarbeiter Arbeitnehmer des Vereins im vorgenannten Sinne sein. Wenn die Bewertung der Arbeitnehmereigenschaft zu keinem eindeutigen Ergebnis kommt, sollten Angaben über die Folgen der Verschmelzung für die vorgenannten Personengruppen in den Verschmelzungsvertrag aufgenommen werden. Soweit sie mangels Arbeitnehmereigenschaft der betroffenen Personen gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 9 nicht erforderlich sind, sind sie als fakultative Angaben im Verschmelzungsvertrag in jedem Fall zulässig.

Soweit zumindest ein beteiligter Verein Arbeitnehmer beschäftigt, ist umstritten, wie weitgehend die Angaben über die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und deren Vertretungen sein müssen<sup>149</sup>. Der wohl herrschenden Meinung zufolge müssen nur unmittelbare rechtliche und tatsächliche Folgen angegeben wer-

den<sup>150</sup>. Dieser Auffassung folgend ist somit regelmäßig die nach § 324 eintretende Geltung von § 613 a Abs. 1 und 4 BGB<sup>151</sup> und der damit verbundene gesetzliche Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den übernehmenden Verein darzustellen<sup>152</sup>. Soweit es durch den Übergang zu Veränderungen für die Arbeitnehmer in den Bereichen Kündigungsschutz, arbeitsrechtliche Organisation, Tarifbindung, Verbandszugehörigkeit, Wegfall der Qualifizierung als Tendenzbetrieb im Sinne des § 118 BetrVG und gegebenenfalls hinsichtlich des Betriebsrats kommt, sind diese anzugeben<sup>153</sup>. Insbesondere wenn Sportler und/oder Trainer des Vereins Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 9 sind, wird anzugeben sein, wie sich die Verschmelzung auf ihre Arbeitsvertragsverhältnisse auswirkt (Zusammenlegung mehrerer Mannschaften, Rückzug einer Mannschaft aus einer Spielklasse, Veränderung des Trainings- und Spielorts etc.). Da die Verschmelzung von Vereinen miteinander sonst keine Besonderheiten im Bereich des § 5 Abs. 1 Nr. 9 aufweist<sup>154</sup>, kann im Übrigen auf die einschlägigen Kommentierungen zu § 5 Abs. 1 Nr. 9<sup>155</sup> zurückgegriffen werden. Wenn keiner der beteiligten Vereine Arbeitnehmer beschäftigt, ist dies ausdrücklich aufzunehmen; weitere Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG können dann natürlich unterbleiben<sup>156</sup>.

135 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 84.

136 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 54.

137 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 31.

138 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 54; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 84.

139 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4443; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 31.

140 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 33. Vgl. ausführlich zu § 5 Abs. 1 Nr. 9 Hausch, RNotZ 2007, S. 308 ff.; S. 396 ff.

141 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 32; Stratz, a.a.O. (Fn. 88), § 5 Rn. 89; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 33; a.A. Widmann/Mayer, Stand Februar 2011, § 5 Rn 202 m. w. N.

142 Vgl. zum Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 Nr. 9: Hausch RNotZ 2007, S. 308 ff., 318. Vgl. zum Arbeitnehmerdefinition des BAG: BAG NZA 2004, S. 39; BAG NZA-RR 2010, S. 172; Reiserer/Freckmann, NJW 2003, S. 180 ff.

143 Dörner/Luczak/Wildschütz, Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 40 ff. m. w. N.

144 BAG NZA 1992, S. 407, 409 = BAG NJW 1992, S. 2110 (nur Leitsatz).

145 Streitig, vgl. BAG NZA 1992, S. 1125 ff. m. w. N.; Dörner/Luczak/Wildschütz, a.a.O. (Fn. 143), Rn. 47 ff. m. w. N.

146 LAG Hamburg BeckRS 2008, 51177 = SpuRt 2007, S. 217 („freie Übungsleiterin ist keine Arbeitnehmerin“); LAG Hamm SpuRt 2006, S. 127 f. („Tennislehrer ist Arbeitnehmer“).

147 LAG Rheinland-Pfalz SpuRt 2000, S. 119 ff. (Generell zu Vertragsamateuren, Fußballoberligaspieler Arbeitnehmereigenschaft verneinend); LAG Nürnberg NZA-RR 1996, S. 1 ff. (Eishockeyspieler Arbeitnehmereigenschaft verneinend).

148 OLG Köln NJW-RR 1994, S. 192 (verneinend wegen mangelnder Abhängigkeit).

149 Eingehend hierzu Hausch, a.a.O. (Fn. 142), S. 320 ff. m. w. N. Vgl. auch Stratz, a.a.O. (Fn. 88), § 5 Rn. 85; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4443 jeweils m. w. N.

150 Hausch, a.a.O. (Fn. 142), S. 325; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 31; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 85.

151 Vgl. hierzu: Hausch, a.a.O. (Fn. 142), S. 339 ff. m. w. N.

152 Stratz, a.a.O. (Fn. 88), § 5 Rn. 86; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 85.

153 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 33; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 55; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 102.

154 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 85.

155 Z. B.: Mayer, a.a.O. (Fn. 141), § 5 Rn. 176 ff. m. w. N.

156 Krafka/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2216; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 55 m. w. N.

### j) § 29 (Barabfindungsangebot), Vereinsaustritt und Verzicht auf die Mitgliedschaft

In der Praxis spielt bei einer Verschmelzung von Vereinen miteinander ein Barabfindungsangebot im Verschmelzungsvertrag nach § 29 kaum eine Rolle<sup>157</sup>. Dies beruht darauf, dass § 29 Abs. 1 S. 1 mangels Beteiligung eines Rechtsträgers einer anderen Rechtsform nicht einschlägig ist und die Voraussetzungen des auf den ersten Blick als anwendbar anzunehmenden S. 2 regelmäßig nicht vorliegen. Die Nichtanwendbarkeit des S. 2 beruht auf der vereinsrechtlichen Besonderheit, dass nach § 38 BGB ohne abweichende Satzungsregelung (§ 40 BGB) die Vereinsmitgliedschaft gerade nicht übertragbar ist<sup>158</sup>. Fälle, in denen eine Satzung eines Vereins abweichend vom gesetzlichen Leitbild eine Übertragbarkeit der Mitgliedschaft vorsieht, kommen jedoch praktisch kaum vor<sup>159</sup>. Im Ergebnis erhält das Mitglied des übertragenden Vereins somit regelmäßig eine Mitgliedschaft im übernehmenden Verein, die genauso wie die bisherige im übertragenden Verein nach § 38 BGB nicht übertragbar ist. Hier und auch im Falle von identischen Nichtübertragbarkeitsregelungen in der Satzung der beteiligten Vereine ist es unstrittig, dass S. 2 entgegen seinem Wortlaut nach seinem Sinn und Zweck nicht zur Anwendung kommt, da identische gesetzliche und auch satzungsrechtliche Verfügungsbeschränkungen für das Mitglied keinerlei Nachteile mit sich bringen<sup>160</sup>. Nur in den seltenen Fällen, in denen im übertragenden Verein eine Übertragungsmöglichkeit hinsichtlich der Mitgliedschaft besteht und in dem übernehmenden Verein eine Nichtübertragbarkeit der Mitgliedschaft oder in dem übertragenden Verein eine andere Vinkulierung hinsichtlich der Mitgliedschaft als im übernehmenden Verein vorliegt, ist § 29 Abs. 1 S. 2 nach einhelliger Auffassung somit direkt oder im zweiten Fall analog anwendbar<sup>161</sup>.

In den wenigen Fällen, in denen hiernach noch ein Barabfindungsangebot gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 in den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen wäre, ist mit § 104 a für von der Körperschaftsteuer nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 Körperschaftsteuergesetz befreite Vereine ein weiterer Ausschlussstatbestand zu beachten, der dem Schutz des Gemeinnützigkeitsstatus der beteiligten Vereine gemäß §§ 51 ff. AO dient<sup>162</sup>. Ein Verein gilt auch dann als gemeinnützig, wenn er einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb betreibt und seine Gemeinnützigkeit aus diesem Grund nach §§ 14, 64 AO teilweise ausgeschlossen ist<sup>163</sup>. Nach einhelliger Auffassung ist die gesetzgeberisch wenig geglückte Sondervorschrift des § 104 a von ihrem Sinn und Zweck her nur auf Verschmelzungen anwendbar, bei denen ein oder mehrere gemeinnützige Vereine auf einen anderen gemeinnützigen Rechtsträger verschmelzen<sup>164</sup>. Die Gemeinnützigkeit muss hierbei im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung nach § 20 Abs. 1 vorliegen, d. h. bei Eintragung der Verschmelzung in das Vereinsregister des übernehmenden Vereins<sup>165</sup>. Da das Registergericht später die Gemeinnützigkeit zu prüfen hat, ist es praktisch empfehlenswert, vom zuständigen Finanzamt eine Gemeinnützigkeitsbescheinigung einzuholen und diese später der Vereinsregisteranmeldung beizufügen<sup>166</sup>.

Soweit ein Barabfindungsangebot erfolgen müsste, ist ein Verzicht der Mitglieder des übertragenden Vereins auf ein solches rechtlich möglich. Dieses scheidet bei Verschmelzungen von eingetragenen Vereinen miteinander aber faktisch aus, da alle Mitglieder des übertragenden Vereins auf die Aufnahme eines Abfindungsangebots in den Verschmelzungsvertrag in notariell beurkundeter Form verzichten müssten<sup>167</sup>. Soweit im absoluten Ausnahmefall doch ein Barabfindungsangebot gemäß § 29 Abs. 1 S. 2 in den Verschmelzungsvertrag aufgenommen werden muss, errechnet sich die Höhe der Abfindung bei Verschmelzungen von Vereinen miteinander nach einhelliger Meinung nach dem Wert des Vereinsvermögens abzüglich des Anteils des Vermögens, das durch Zuwendungen Dritter gebildet wurde<sup>168</sup>.

Natürlich können die Mitglieder der an der Verschmelzung beteiligten Vereine unter Zugrundelegung der einschlägigen Satzungsregelungen zum Austritt oder im Falle von deren Fehlen nach § 39 BGB ihren Austritt erklären<sup>169</sup>. Die Verschmelzung eines Vereins begründet nach richtiger Auffassung nur in besonders gelagerten Einzelfällen ein außerordentliches Austrittsrecht der Mitglieder der beteiligten Vereine<sup>170</sup>. Die Mitglieder des übertragenden Vereins haben jedoch nach wohl herrschender und zutreffender Auffassung in entsprechender Anwendung von § 128 die Möglichkeit, auf ihre Mitgliedschaft in dem übertragenden Verein entschädigungslos zu verzichten<sup>171</sup>.

### k) Verschmelzung zur Neugründung: §§ 36 Abs. 2, 37 und Bestellung des ersten Vorstands

Soweit eine Verschmelzung auf einen neu gegründeten Verein erfolgt, die aufgrund der eingeschränkten Verschmelzungsfähigkeit, in diesem Fall gemäß § 99 Abs. 2, nur dadurch erfolgen kann, dass zwei oder mehr

157 Ries, a.a.O. (Fn. 22), § 99 Rn. 13; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 11), § 99 Rn. 30; Vossius, a.a.O. (Fn. 14) § 99 Rn. 80.

158 Vgl. Reuter, a.a.O. (Fn. 19), § 38 Rn. 66 ff.; Reichert, a.a.O. (Fn. 18) Rn. 4443.

159 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 38 Rn. 67.

160 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 90; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 30; Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1386.

161 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 35; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 65.

162 Vgl. allgemein zu § 104 a: Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 104 a Rn. 1 f.; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 104 a Rn. 1 f.

163 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 104 a Rn. 25; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 104 a Rn. 3.

164 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 37; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 104 a Rn. 3.

165 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 104 a Rn. 9; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 37; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 104 a Rn. 2.

166 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 104 a Rn. 4; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 104 a Rn. 3.

167 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 32; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 37; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 59.

168 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 36; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 93 m. w. N.

169 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 104 a Rn. 6; Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1388; Reichert, a.a.O. (Fn. 18) Rn. 4472.

170 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 104 a Rn. 21; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 104 a Rn. 10; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4472 mit Beispielen; a. A. Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2278 für Verschmelzungen von Gewerkschaften.

171 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 104 a Rn. 10 m. w. N. und unter Nennung der Vertreter der Gegenauffassung.

eingetragene Vereine auf diesen verschmelzen<sup>172</sup>, muss die Satzung des neu gegründeten Vereins gemäß § 37 Bestandteil des Verschmelzungsvertrages sein und bedarf mit ihm der notariellen Beurkundung<sup>173</sup>. Üblicherweise wird die Satzung dem Verschmelzungsvertrag nach § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG als Anlage beigefügt und auf sie im Verschmelzungsvertrag verwiesen<sup>174</sup>. Der Inhalt der Satzung richtet sich nach §§ 57 und 58 BGB, wobei gemäß § 36 Abs. 2 S. 2 die Vorgaben des § 56 BGB hinsichtlich der Zahl von zumindest sieben Gründern und des § 59 Abs. 3 hinsichtlich der Satzungsunterzeichnung durch mindestens sieben Mitglieder nicht zur Anwendung kommen<sup>175</sup>. Im Regelfall wird die Satzung des neu zu gründenden Vereins von den Beteiligten anhand der Satzungen der übertragenden Vereine oder anhand von Mustersatzungen zunächst selbst erarbeitet. Den Notar treffen jedoch in jedem Fall die Prüfungs- und Belehrungspflichten des § 17 BeurkG<sup>176</sup>. Aus diesem Grund sollte er bereits bei der Erstellung des Verschmelzungsvertragsentwurfs darauf achten, dass die Satzung des neuen Vereins den vorgenannten Anforderungen der §§ 57 und 58 BGB und auch den übrigen vereinsrechtlichen Vorgaben für eine Vereinsatzung genügt<sup>177</sup>. Das Vereinsregister hat bei seiner Prüfung der Anmeldung der Verschmelzung die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung des neuen Vereins zu beachten und eine diesbezügliche Prüfungs-kompetenz<sup>178</sup>, sodass bei Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorgaben für die Vereinsatzung die Verschmelzung hieran scheitern kann.

Bei einer Verschmelzung zur Neugründung sollte der erste Vorstand des neu gegründeten Vereins (§ 26 BGB) und bei Bedarf auch weitere Funktionsträger des Vereins innerhalb des Verschmelzungsvertrages und damit vor Wirksamwerden der Verschmelzung bestellt werden<sup>179</sup>. Es besteht auch die Möglichkeit, die ersten Vorstandsmitglieder in der Satzung und somit innerhalb des Verschmelzungsvertrages zu bestimmen<sup>180</sup>, was jedoch den Nachteil hat, dass die Satzung bei späteren personellen Änderungen innerhalb des Vorstands nicht mehr zutreffend ist. Die Bestellung des Vorstands des neu gegründeten Vereins bedarf im Rahmen der Mitgliederversammlungen, die den Verschmelzungsbeschluss gemäß § 13 Abs. 1 fassen sollen, wegen der Inkongruenz der übertragenden Vereine als Gründer und sämtlicher Mitglieder der übertragenden Vereine als zukünftige Mitglieder des neu gegründeten Vereins der Zustimmung der übertragenden Vereine durch entsprechende Beschlussfassung<sup>181</sup>. Wirksam wird die Bestellung erst mit Wirksamwerden der Verschmelzung gemäß § 20 Abs. 1 und dem damit verbundenen Entstehen des neu gegründeten Vereins<sup>182</sup>. Nach zutreffender Auffassung ist es nicht möglich, dass eine vor Vereinsregistereintragung des neu gegründeten Vereins und der damit verbundenen Wirksamkeit der Verschmelzung einberufene Mitgliederversammlung des neu gegründeten Vereins, bestehend aus den Mitgliedern der übertragenden Vereine, dessen ersten Vorstand bestellt<sup>183</sup>.

## 2. Fakultativer Inhalt

Neben dem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt können weitere Regelungen in den Verschmelzungsvertrag auf-

genommen werden. So wird im Regelfall eine Klausel zur Kostentragung regeln, wer die Kosten der Verschmelzung – insbesondere für den Fall von deren Nichtwirksamwerden – trägt<sup>184</sup>. Denkbar ist auch, dass bei einer Verschmelzung zur Aufnahme Regelungen zur zukünftigen personellen Zusammensetzung des geschäftsführenden Vorstands des übernehmenden Vereins aufgenommen werden, die dann durch die Mitgliederversammlung des übernehmenden Vereins, die der Verschmelzung zustimmen soll, durch entsprechende Wahl umgesetzt werden<sup>185</sup>. Auch eine Verpflichtung zur Satzungsänderung in dem übernehmenden Verein kann vereinbart werden. Der Verschmelzungsvertrag kann hierbei auch unter die aufschließende Bedingung eines Satzungsänderungsbeschlusses oder einer Vorstandswahl gestellt werden. Das mit der Vereinbarung einer solchen Bedingung verfolgte Ziel der Abhängigkeit der Verschmelzung von Veränderungen im übernehmenden Verein zugunsten des übertragenden Vereins und seiner Mitglieder kann auch durch die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts erreicht werden<sup>186</sup>.

## V. Unterrichtung des Betriebsrats

Im Regelfall werden die an der Verschmelzung beteiligten Vereine keinen Betriebsrat haben, was im Verschmelzungsvertrag erwähnt werden sollte<sup>187</sup>. Bei einer Verschmelzung von Vereinen miteinander bestehen keine Besonderheiten im Vergleich zu Verschmelzungen von Rechtsträgern anderer Rechtsform, sodass hier auf die einschlägigen Veröffentlichungen<sup>188</sup> zu § 5 Abs. 3 verwiesen werden kann.

## VI. Verschmelzungsbericht

Es ist kaum eine Verschmelzung von Vereinen denkbar, bei der kein Verschmelzungsbericht nach § 8 Abs. 1 zu erstellen ist, da die in § 8 Abs. 3 geregelten Ausnahmetatbestände so gut wie nie einschlägig sein wer-

172 Siehe Ziffer B. I. 1.

173 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 33; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4510.

174 Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 37 Rn. 3 m. w. N.

175 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4509; Widmann/Mayer, Stand Februar 2011, § 36 Rn. 222.

176 Vgl. Mayer, a.a.O. (Fn. 175), § 37 Rn. 29.

177 Vgl. zu den Anforderungen an die Satzung eines Vereins: Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 401 ff. mit einer guten Übersicht der gesetzlichen Mussbestandteile unter Rn. 423; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 32 ff.

178 Krafa/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 1188 für die GmbH.

179 Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1413; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 97; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 56.

180 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 187; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 2081.

181 DNotI-Gutachten zum Umwandlungsrecht, 1996/1997, S. 197; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 127; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 56; Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1414.

182 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 56.

183 Vgl. hierzu die Ausführungen in nachfolgender Ziffer VIII.

184 Rawert, a.a.O. (Fn. 74), Ziffer XI. 15.

185 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 82, 104 f.

186 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 122 mit weiteren möglichen Regelungeninhalten; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 81, 105.

187 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4444.

188 Hausch, a.a.O. (Fn. 142), S. 311 ff.; Mayer, a.a.O. (Fn. 141), § 5 Rn. 250 ff.; Stratz, a.a.O. (Fn. 88), § 5 Rn. 96 ff.

den<sup>189</sup>. Auch dessen Alt. 1 scheidet zumeist aus, da es bei Vereinen, die eine einigermaßen große Anzahl an Mitgliedern haben, nicht möglich sein wird, von allen Mitgliedern in notariell beglaubigter Form eine Erklärung zu erhalten, dass auf die Berichterstattung gemäß § 8 Abs. 1 verzichtet wird<sup>190</sup>.

Es reicht nach der Rechtsprechung des BGH zur Wahrung des Schriftformerfordernisses aus, dass der Verschmelzungsbericht durch die Mitglieder des Vorstands des jeweiligen Vereins in vertretungsberechtigter Anzahl unterzeichnet wird<sup>191</sup>. Der Notar sollte aber darauf hinwirken, dass zur Dokumentation der internen Willensbildung des Vorstands möglichst alle seine Mitglieder unterzeichnen. Es ist unstreitig möglich und sicher auch sinnvoll, dass die Vereine einen gemeinsamen Verschmelzungsbericht erstellen<sup>192</sup>.

Bei der Erstellung des Verschmelzungsberichts ist zunächst als allgemeine Gestaltungsleitlinie dessen Sinn und Zweck heranzuziehen. Er dient dem Schutz der Mitglieder, indem er sie auf die Mitgliederversammlung und die dort bestehende Möglichkeit, weitere Auskünfte zu verlangen, vorbereiten soll, ihnen aber schon davor eine sachgerechte „Vorentscheidung“ darüber ermöglichen soll, ob sie der Verschmelzung zustimmen<sup>193</sup>. Ausgehend hiervon muss der Verschmelzungsbericht konkrete rechtliche wie tatsächliche Ausführungen zur Verschmelzung allgemein, dem Verschmelzungsvertrag oder seinem Entwurf und vor allem über die zukünftige Mitgliedschaft im übernehmenden Verein beinhalten<sup>194</sup>. Hierbei sind den Mitgliedern die Motive für die Verschmelzung, deren Konsequenzen und mögliche Alternativen vor Augen zu führen<sup>195</sup>.

Der Verschmelzungsbericht kann beispielsweise wie folgt gestaltet werden: Im ersten Teil wird die augenblickliche Situation und Lage der beteiligten Vereine dargestellt und im zweiten Teil die Motive der beteiligten Vereine für die Verschmelzung, die mit ihr verfolgten Ziele, die Konsequenzen und möglichen Alternativen erläutert. Der dritte Teil geht auf Details des Verschmelzungsvertrages ein<sup>196</sup>. Nachfolgend wird im vierten und wichtigsten Teil die Satzung des übernehmenden bzw. neu gegründeten Vereins erörtert und wesentliche Unterschiede zur Satzung des übertragenden Vereins aufgezeigt, am besten unter Beifügung der Satzung des übernehmenden bzw. neu gegründeten Vereins<sup>197</sup>. Hierbei werden schwerpunktmäßig die Details der Mitgliedschaft im übernehmenden Verein und die Angemessenheit dieser Mitgliedschaft unter vergleichender Heranziehung der Mitgliedschaft in dem übertragenden Verein erörtert<sup>198</sup>. Die allgemeinen Rechte und Pflichten der Mitglieder müssen nicht angesprochen werden<sup>199</sup>. Der Verschmelzungsbericht sollte in jedem Fall Ausführungen zu den Vereinsbeiträgen machen, insbesondere zu deren Höhe und Art und Weise von deren Festlegung; soweit aus den oben genannten Gründen<sup>200</sup> für eine Übergangszeit unterschiedliche Beitragshöhen oder eine Abfindung vereinbart werden, sollten diese erläutert und die Gründe im Detail dargestellt werden<sup>201</sup>. Auch ist hier auf ggf. bestehende oder neu entstehende Sonderrechte gemäß § 35 BGB einzugehen<sup>202</sup>. Im letzten Teil besteht die Gelegenheit, wei-

tere Punkte zu schildern, wie z. B. die Tragung der Kosten der Verschmelzung.

Bei der Gestaltung des Verschmelzungsberichts ist § 8 Abs. 2 (Geheimnisschutz) zu beachten, der jedoch bei einer Verschmelzung von Vereinen miteinander wenig Bedeutung haben wird<sup>203</sup>.

## VII. Verschmelzungsprüfung

Abweichend von der in § 9 generell angeordneten Prüfungspflicht besteht bei eingetragenen Vereinen nach § 100 S. 2 eine grundsätzliche Prüfungsfreiheit, sodass es bei einer reinen Vereinsverschmelzung nur selten zu einer Verschmelzungsprüfung kommen wird<sup>204</sup>. Eine Verschmelzungsprüfung nach den §§ 9 bis 12 ist bei einer reinen Vereinsverschmelzung nach § 100 S. 2 nur dann erforderlich, wenn 10 % der Mitglieder des jeweiligen Vereins dies schriftlich (§§ 126, 126 a BGB<sup>205</sup>) verlangen. Das Prüfungsverlangen muss gemäß § 26 Abs. 2 S. 2 BGB zumindest einem der Mitglieder des jeweiligen Vorstands zugehen. Wie viele Mitglieder erforderlich sind, um die 10 %-Schwelle zu erreichen, bemisst sich anhand der vorhandenen Mitglieder des jeweiligen Vereins im Zeitpunkt des Zuganges des Verlangens und nicht anhand der Mitglieder, die z. B. bei der Mitgliederversammlung erscheinen<sup>206</sup>. Da meist nur dem Vereinsvorstand die Mitgliederzahl bekannt ist, trägt dieser die Beweislast dafür, dass die 10 %-Schwelle nicht überschritten wurde<sup>207</sup>. Die Mitglieder haben auch einen Anspruch gegenüber dem Vorstand, dass dieser ihnen sämtliche Mitglieder samt Anschriften mitteilt, damit ein Informationsaustausch und eine Ab-

189 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 126.

190 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 15; Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2244.

191 BGH DNotZ 2008, S. 143 f.; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 8 Rn 6 m.w.N.; anders noch Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4446.

192 Vgl. Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 100; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 34.

193 OLG Hamm NJW 1999, S. 2907; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 68.

194 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 97

195 Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2244.

196 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 125.

197 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 69; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 34.

198 Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2246; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 69.

199 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 125.

200 Vgl. die Ausführungen zu § 5 Abs. 1 Nr. 3.

201 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 97; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 34

202 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 69.

203 Vgl. hierzu im Detail: Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2246 ff.; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 97.

204 Neumayer/Schulz, DStR 1996, S. 872 ff., 873; Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2247.

205 Vgl. zum Schriftformerfordernis: Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 11 ff.; Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 100 Rn. 5; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 100 Rn. 10; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 100 Rn. 9; Zur Nichtwahrung bei Übermittlung per Telefax: BGH NJW 1997, S. 3169 ff., 3170; OLG Frankfurt am Main, MittBayNot 2009, S. 388 ff., 389.

206 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 15 ff.

207 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 100 Rn. 5; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 100 Rn. 10.

stimmung zwischen den Mitgliedern über das Prüfungsverlangen erfolgen kann<sup>208</sup>.

§ 100 S. 2 sieht anders als die Parallelvorschriften der §§ 44 und 48, in die eine Frist zur Geltendmachung des Prüfungsverlangens durch die Gesellschafter (eine Woche ab Erhalt des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs und des Verschmelzungsberichts) aufgenommen wurde<sup>209</sup>, eine solche nicht vor. Daher ist die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt das Prüfungsverlangen gestellt werden kann, weiterhin umstritten<sup>210</sup>. Die herrschende Meinung ist der Auffassung, dass die Mitglieder bis zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Verschmelzungsvertrag (§ 13) die Verschmelzungsprüfung verlangen können<sup>211</sup>. Der herrschenden Auffassung ist hierbei bewusst, dass ein ggf. erst unmittelbar vor dem Verschmelzungsbeschluss erfolgendes Prüfungsverlangen unweigerlich zu einer Verzögerung des Verschmelzungsprozesses führt, da in diesem Fall die Beschlussfassung über die Verschmelzung unweigerlich auf eine spätere Mitgliederversammlung verlagert werden muss, um die Durchführung der Verschmelzungsprüfung zu ermöglichen<sup>212</sup>. Nur *Vossius*<sup>213</sup> vertritt abweichend hiervon die Meinung, dass die in §§ 44 und 48 genannte Wochenfrist im Falle einer Verschmelzung von Vereinen entsprechend heranzuziehen sei, da deren Nichtaufnahme in § 100 S. 2 ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers sei. Der Auffassung von *Vossius* ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich vorgeschlagen hatte, die in §§ 44 und 48 aufgenommene Frist auf den Verein und weitere Rechtsformen auszudehnen<sup>214</sup> und dieser Vorschlag bewusst nicht aufgegriffen wurde<sup>215</sup>. Folglich liegt keine planwidrige Regelungslücke vor und es besteht somit auch kein Raum für eine analoge Anwendung der in §§ 44 und 48 genannten Frist<sup>216</sup>. Wenn die Wochenfrist der entsprechend anwendbaren §§ 44 und 48 aufgrund eines Ladungsmangels nicht in Gang gesetzt wurde, vertritt *Vossius*<sup>217</sup> weiter die Auffassung, dass das Verschmelzungsverlangen auch noch nach Beendigung der Verschmelzungsversammlung gestellt werden. Auch dies ist abzulehnen, da die Ergebnisse der Verschmelzungsprüfung nach dem Sinn und Zweck der Verschmelzungsprüfung bei der Meinungsbildung über die Zustimmung zur Verschmelzung und nicht mehr nach der entsprechenden Beschlussfassung benötigt werden<sup>218</sup>.

Um eine zeitliche Verzögerung des Verschmelzungsvorhabens zu vermeiden, wird vorgeschlagen, die Mitglieder vor der Mitgliederversammlung schriftlich auf ihr Recht, eine Verschmelzungsprüfung verlangen zu können, hinzuweisen, ihnen dieses Recht gleichzeitig eingehend zu erläutern und ihnen eine angemessene Frist<sup>219</sup> zur Ausübung des Verlangens nach § 100 S. 2 zu setzen, innerhalb derer sie sich, ggf. auch unter Heranziehung rechtlicher Beratung, über die Verschmelzungsprüfung und ihr Recht nach § 100 S. 2 informieren können<sup>220</sup>. Hierbei sind den Mitgliedern vorzeitig die in § 101 genannten Unterlagen zugänglich zu machen. Hierdurch soll erreicht werden, dass ein Prüfungsverlangen, das erst nach Ablauf der gesetzten Frist gestellt wird, aufgrund eines Verstoßes gegen die mitgliederschaftlichen Treuepflichten rechtlich unbeachtlich sei<sup>221</sup>. *Heckschen* und *Stratz*<sup>222</sup> halten diese Vorge-

weise seit der vorgenannten Aufnahme der Wochenfrist in die §§ 44 und 48 und die damit gleichzeitig bewusst erfolgte Nichtaufnahme dieser Frist in § 100 S. 2 zu Unrecht für unzulässig. Der Gesetzgeber hat die Aufnahme einer Frist entsprechend der Frist in §§ 44 und 48 in § 100 S. 2 für entbehrlich gehalten und die dort aufgenommene Frist von einer Woche für Vereine als zu kurz angesehen<sup>223</sup>. *Heckschen* und *Stratz* ist so entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber gerade nicht die vorgenannte Vorgehensweise, die ihren Ursprung nicht im Umwandlungsrecht hat, sondern in der allgemein anerkannten mitgliederschaftlichen Treuepflichtung<sup>224</sup>, in Frage gestellt hat. Man wird jedoch die Bewertung der Fristfrage durch den Gesetzgeber bei der Gestaltung der Länge der Frist für das Prüfungsverlangen zu berücksichtigen haben. Da die Anforderungen an die Zulässigkeit einer solchen Fristsetzung und auch der hiermit verbundene Aufwand für den Verein hoch sind, eine Verschmelzungsprüfung trotz wirksamer Fristsetzung aufgrund neuer entscheidungserheblicher Tatsachen verlangt werden kann<sup>225</sup> und schlussendlich auch deren rechtliche Zulässigkeit teilweise bestritten wird, wird sie in der Praxis eher selten anzutreffen und vom Notar im Regelfall auch nicht zu empfehlen sein.

Als weiteres Gestaltungsmittel kommt ein Verzicht auf das Prüfungsverlangen in Betracht. Dieser scheidet jedoch bei Vereinen mit einer üblichen Anzahl von Mitgliedern praktisch aus. Er würde bis zur Fassung des Verschmelzungsbeschlusses nach zutreffender herrschender Meinung gemäß §§ 9 Abs. 3, 12 Abs. 3 i. V. m. § 8 Abs. 3 auch der notariellen Beurkundung bedür-

208 OLG Saarbrücken BeckRS 2008, 09167; *Vossius*, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 20; *Leuring*, a.a.O. (Fn. 15), § 100 Rn. 9.

209 Eingefügt durch das Zweite Gesetz zur Änderung des UmwG vom 19. April 2007, BGBI I, S. 542. Vgl. hierzu: *Vossius*, a.a.O. (Fn. 13), § 44 Rn. 16 ff. und § 48 Rn. 12 ff.

210 Vgl. *Vossius*, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 21 ff.; *Leuring*, a.a.O. (Fn. 15), § 100 Rn. 11 ff.; *Hennrichs*, a.a.O. (Fn. 10), § 100 Rn. 6 ff.; *Rawert*, a.a.O. (Fn. 74), Ziffer XI. 16 Anm. 7.

211 *Wiedemann/Thüsing*, a.a.O. (Fn. 85), S. 2247; *Katschinski*, a.a.O. (Fn. 11), S. 130; *Terner*, RNotZ 2007, S. 480 ff., 483; *Limmer*, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1390.

212 *Limmer*, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1390; *Leuring*, a.a.O. (Fn. 15), § 100 Rn. 11.

213 *Vossius*, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 22/23.

214 BR-Drucks. 548/1/06, 4 Ziffer 6.

215 BT-Drucks. 16/2919, 27 Anlage 3.

216 *Hennrichs*, a.a.O. (Fn. 10), § 100 Rn. 6 m. w. N.

217 *Vossius*, a.a.O. (Fn. 13), § 44 Rn. 19 und § 100 Rn. 23.

218 *Leuring*, a.a.O. (Fn. 15), § 100 Rn. 11.

219 Vgl. eingehend: *Hennrichs*, a.a.O. (Fn. 10), § 100 Rn. 8; *Katschinski*, a.a.O. (Fn. 6), § 100 Rn. 15; *Leuring*, a.a.O. (Fn. 15), § 100 Rn. 12. Als ausreichende Frist werden hier Zeiträume zwischen einer Woche (in Anlehnung an §§ 44 und 48) und einem Monat (*Katschinski*, a.a.O. (Fn. 11), S. 132) genannt. *Schervier*, a.a.O. (Fn. 57), Ziffer 7.13.3.4 Anm. 7 nennt eine Frist von einem Monat und macht einen konkreten Vorschlag für die Vorgehensweise.

220 *Neumayer/Schulz*, a.a.O. (Fn. 204), S. 873; *Vossius*, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 25 ff.; *Hennrichs*, a.a.O. (Fn. 10), § 100 Rn. 7/8; *Limmer*, a.a.O. (Fn. 82), Rn. 1390.

221 *Vossius*, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 24; *Katschinski*, a.a.O. (Fn. 11), S. 131.

222 *Heckschen*, DNotZ, 2007, S. 444 ff., 449; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, 5. Auflage 2009, § 44 Rn. 4.

223 BT-Drucks. 16/2919, 27 Anlage 3.

224 Vgl. *Reichert*, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 961 ff. m. w. N.

225 *Hennrichs*, a.a.O. (Fn. 10), § 100 Rn. 9; *Vossius*, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 28; *Katschinski*, a.a.O. (Fn. 6), § 100 Rn. 16.

fen<sup>226</sup>. Bei und nach der Verschmelzungsbeschlussfassung ist der Verzicht jedoch unstreitig ohne Einhaltung einer Form ausdrücklich und auch konkludent möglich, z. B. durch vorbehaltlose Zustimmung zur Verschmelzung<sup>227</sup>. Dies löst jedoch nicht die vorgenannte Problematik des späten Prüfungsverlangens.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die gesetzlich in § 100 S. 2 vorgesehene Prüfungsfreiheit bei jeder Verschmelzung das Risiko eines Prüfungsverlangens unmittelbar vor dem Verschmelzungsbeschluss mit sich bringt, das nur eingeschränkt mit den vorgenannten Gestaltungsmitteln der Fristsetzung zur Geltendmachung des Prüfungsverlangens und des Verzichts auf die Prüfung abzuwenden ist.

Wenn eine Prüfung zu erfolgen hat, richtet sich diese nach den §§ 9 bis 12<sup>228</sup>. Die Kosten der Verschmelzungsprüfung trägt unstreitig der Verein analog §§ 44 S. 2 und 48 S. 2<sup>229</sup>.

### VIII. Beschlussfassung der Mitgliederversammlungen

Neben der Erstellung des Verschmelzungsvertrages wird die Hauptaufgabe des Notars darin liegen, die Niederschrift über die Mitgliederversammlungen der beteiligten Vereine zu erstellen, in denen die Verschmelzungsbeschlüsse gemäß § 13 Abs. 1 gefasst werden sollen. Weiter wird er regelmäßig gebeten werden, den Vorstand des jeweiligen Vereins bei den Vorbereitungen und der Durchführung der Mitgliederversammlungen zu unterstützen. Hierfür treffen die §§ 101 bis 103 UmwG besondere Regelungen. Im Übrigen sind die allgemeinen Vorschriften des UmwG zur Verschmelzung und die des Vereinsrechts hierzu zu beachten<sup>230</sup>.

Nach § 13 Abs. 1 sind die der Verschmelzung zustimmenden Beschlüsse zwingend in Mitgliederversammlungen der beteiligten Vereine zu fassen. Eine Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren gemäß § 32 Abs. 2 BGB oder eine Übertragung der Beschlussfassungskompetenz auf ein anderes Vereinsorgan als die Mitgliederversammlung ist wegen des Grundsatzes der Gesetzesstrenge in § 1 Abs. 3 unzulässig<sup>231</sup>. Es ist jedoch abweichend hiervon allgemein anerkannt, dass eine bei größeren Vereinen oft anzutreffende sog. Delegierten- oder Vertreterversammlung<sup>232</sup> trotz des entgegenstehenden Wortlauts der §§ 13 Abs. 1 S. 2 und 101 Abs. 1 die Kompetenz haben kann, einen Verschmelzungsbeschluss zu fassen. Im Detail ist jedoch umstritten, inwieweit es für eine solche Beschlussfassungskompetenz der Delegiertenversammlung einer besonderen Satzungsermächtigung bedarf<sup>233</sup>.

Die an dem Verschmelzungsvorhaben beteiligten Vereine können räumlich und zeitlich gemeinsam ihre Mitgliederversammlungen, die den Verschmelzungsbeschluss fassen sollen, durchführen, soweit die rechtliche Selbstständigkeit der Mitgliederversammlung eines jeden Vereins gewährleistet bleibt<sup>234</sup>. Dies bedeutet, dass jede Mitgliederversammlung gemäß den für sie geltenden Satzungsregelungen (Einberufung, Beschlussfähigkeit, Sitzungsleitung etc.) einberufen und durchgeführt werden muss. Insbesondere bei der Beschlussfassung gemäß §§ 103, 13 muss darauf ge-

achtet werden, dass diese getrennt voneinander erfolgen, deutlich als Beschluss des jeweiligen Vereins bezeichnet werden und die Satzungsvorgaben des jeweiligen Vereins hinsichtlich der Beschlussfassungsvoraussetzungen, der Stimmberechtigung und der Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses beachtet werden<sup>235</sup>. Praktisch lässt sich dies dadurch erreichen, dass zum einen der Sitzungssaal in zwei Hälften geteilt und diese den jeweiligen Vereinen zugewiesen und den Mitgliedern unterschiedliche farbliche Stimmkarten ausgehändigt werden. Weiter sollten die Mitglieder des jeweiligen anderen Vereins anfangs als Gäste der jeweils anderen Mitgliederversammlung zugelassen werden. Die Entscheidung hierüber trifft generell die Mitgliederversammlung, wobei sie diese dem Versammlungsleiter überlassen kann<sup>236</sup>.

In der Praxis wird häufig der Wunsch nach einer sog. Gründungsversammlung des neu gegründeten und vereinzelt auch des aufnehmenden Vereins an den Notar herangetragen, die unmittelbar nach den Verschmelzungsbeschlüssen gemäß § 13 Abs. 1, aber noch vor dem Wirksamwerden der Verschmelzung nach § 20 Abs. 1 durchgeführt werden soll. Diesbezüglich sollte der Notar gerade in Bezug auf mögliche Beschlussfassungen in dieser Versammlung darauf hinweisen, dass das Umwandlungsrecht nach herrschender Auffassung keinen werdenden Verein kennt. Die an der Verschmelzung beteiligten Vereine bestehen bis zur Eintragung der Verschmelzung in das Vereinsregister des übernehmenden bzw. bis zur Eintragung des neu gegründeten Vereins in das Vereinsregister gemäß §§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 1 unverändert fort, ohne dass ein Vorverein entsteht<sup>237</sup>. Gerade der im Rahmen der Verschmelzung neu gegründete Verein, dessen Gründer die übertragenden Vereine und nicht dessen Mitglieder sind, entsteht erst mit seiner Eintragung in das Vereins-

226 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 100 Rn. 14; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 100 Rn. 4 m. w. N. A. A. Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 29.

227 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 100 Rn. 4 m. w. N.

228 Vgl. zur Durchführung der Prüfung: Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 100 Rn. 2 und 14; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 32 ff.; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 129 ff.

229 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4454; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 100 Rn. 15; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 100 Rn. 30.

230 Vgl. Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 36, § 102 Rn. 2.

231 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 5; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 38.

232 Vgl. zu Delegiertenversammlungen allgemein: Waldner, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, D. Rn. 52 f.; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 494 ff.; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 5743 ff.; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 32 Rn. 2 ff. m. w. N.

233 Hierzu ausführlich: Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 38; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 4; Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2247; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 36, § 102 Rn. 5; Stöber, a.a.O., (Fn. 45), Rn. 783; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 3; LG Frankenthal RNotZ 2007, S. 478 ff., 479 f. zu einem Lohnsteuerhilfeverein (§ 14 Abs. 1 S. 2 StBerG) mit Anmerkung von Ternner, S. 480 ff., 481 f. zur allgemein vereinsrechtliche Zulässigkeit.

234 Vgl. Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1398; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 777; Rawert, a.a.O. (Fn. 74), Ziffer XI. 16. Anm. 1.

235 Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1398.

236 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1625; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 196; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 466.

237 Schervier, a.a.O. (Fn. 57), Ziffer 7.13.3.1 Anm. 6; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 129. A. A. wohl Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1418.

register und kann somit vorher auch keine Mitgliederversammlung durchführen<sup>238</sup>.

### 1. Einberufung der Mitgliederversammlungen

Die Einberufung der Mitgliederversammlung, die den Verschmelzungsbeschluss gemäß § 13 Abs. 1 fassen soll, richtet sich mangels besonderer umwandlungsrechtlicher Regelungen nach den §§ 32 ff. BGB<sup>239</sup>. Zuständig für die Einberufung der Mitgliederversammlung sind nach herrschender Auffassung, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt, die Vorstandsmitglieder des Vereins in vertretungsberechtigter Anzahl<sup>240</sup>. Es empfiehlt sich aber, dass der Vorstand im Rahmen der Aufstellung des Entwurfs des Verschmelzungsvertrages und der Unterzeichnung des Verschmelzungsberichts den formellen Beschluss fasst, die Mitgliederversammlung, die den Beschluss nach § 13 Abs. 1 fassen soll, einzuberufen.

Die bei der Einberufung einzuhaltende Form wird sich wegen deren Satzungssollinhalts nach § 58 Nr. 4 BGB fast immer aus der Satzung ergeben, während die zu berücksichtigende Einberufungsfrist umstritten ist. Die überwiegende und zutreffende Auffassung<sup>241</sup> geht davon aus, dass sich die Frist für die Einberufung einer Mitgliederversammlung, die den Verschmelzungsbeschluss nach § 13 Abs. 1 fassen soll, zunächst nach der Satzung richtet. Nur wenn die hier geregelte Frist unangemessen kurz sei, müsse der Vorstand eine von der Satzung abweichende längere Einberufungsfrist wählen. Die in Vereinssatzungen oft anzutreffende Einberufungsfrist von zwei Wochen wird man meines Erachtens als angemessen ansehen müssen, eine Einberufungsfrist von nur einer Woche aber als unangemessen kurz. Dies ergibt sich aus einer Heranziehung des § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG, der eine Frist von einer Woche, und des § 46 Abs. 1 S. 1 GenG, der eine Frist von zwei Wochen als gesetzliche Mindestfrist für die Einberufung der Gesellschafter- bzw. Generalversammlung vorsieht<sup>242</sup>. Die in § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG geregelte Mindestfrist von einer Woche kann für eine Mitgliederversammlung eines Vereins, die einen Verschmelzungsbeschluss gemäß § 13 Abs. 1 treffen soll, nicht als angemessen gelten, da die meist zahlreichen Mitglieder des Vereins anders als die GmbH-Gesellschafter die wesentlichen schriftlichen Informationen über das Verschmelzungsvorhaben nach § 101 nur einsehen oder anfordern können und nicht wie GmbH-Gesellschafter nach § 47 übersandt bekommen<sup>243</sup>. Somit ist wegen der Vergleichbarkeit zwischen Verein und Genossenschaft in Bezug auf die Vorbereitung der Mitglieder- bzw. Generalversammlung (§ 101 Abs. 1 und § 82 Abs. 1) hier § 46 Abs. 1 S. GenG mit seiner Zweiwochenfrist heranzuziehen. Nur wenn die Satzung des Vereins eine Einberufungsfrist nicht regelt, soll nach der herrschenden Meinung in Anlehnung an § 123 Abs. 1 AktG richtigerweise eine Frist von 30 Tagen eingehalten werden<sup>244</sup>.

Demgegenüber vertritt *Hennrichs*<sup>245</sup> die Auffassung, dass in jedem Fall die 30-Tages-Frist des § 123 Abs. 1 AktG bei der Einberufung der Mitgliederversammlung einzuhalten sei. Er begründet dies damit, dass der Verschmelzungsbeschluss gemäß § 13 Abs. 1 ein Gegen-

stand von außerordentlicher Tragweite sei und die Vorschriften der §§ 101 und 102 an die Vorschriften des UmwG zur AG anknüpfen und es so konsequent sei, auch bei der Einberufungsfrist an das Recht der AG anzuknüpfen. *Hennrichs* verkennt jedoch, dass die Vereinsmitgliederversammlung trotz der Anknüpfung in den §§ 101 und 102 nicht mit der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft vergleichbar ist. Die §§ 123 ff. AktG, z. B. das Verfahren bei Anträgen von Aktionären nach §§ 126 und 127 AktG, sehen für die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft zahlreiche Regelungen vor, die für die Mitgliederversammlung eines Vereins gerade nicht einschlägig sind.

In keinem Fall vernachlässigt werden sollte bei der Einberufung der Mitgliederversammlung die gesetzliche Vorgabe in § 32 Abs. 1 S. 2 BGB, dass der Gegenstand der vorgesehenen Beschlussfassung bei der Einberufung bezeichnet werden muss<sup>246</sup>. Die vorgesehenen Beschlüsse müssen in der Tagesordnung zwar nicht wörtlich benannt worden, aber zumindest so bestimmt, dass die Mitglieder über die Notwendigkeit ihrer Teilnahme entscheiden, sich sachgerecht vorbereiten können und vor Überraschungen bei der Mitgliederversammlung geschützt sind<sup>247</sup>. Im Zweifel sollte eher eine ausführlichere Beschreibung der vorgesehenen Beschlüsse erfolgen<sup>248</sup>. Wenn dies ohne ein satzungsgemäßes Außerkraftsetzen der Ankündigungspflicht des § 32 Abs. 1 S. 2 BGB unterbleibt, führt dies nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig zur Nichtigkeit des späteren Verschmelzungsbeschlusses<sup>249</sup>. Soweit eine Verschmelzung zur Neugründung erfolgt, ist meines Erachtens auch zwingend anzugeben, dass die Satzung und ggf. auch die Bestellung des ersten Vorstands des neu gegründeten Vereins Gegenstand des Verschmelzungsbeschlusses ist. Soweit weitere Beschlüsse in der Mitgliederversammlung erfolgen sollen, z. B. Satzungsänderungen, sind diese ebenfalls in der Tagesordnung der Einberufung der Mitgliederver-

238 Vgl. Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 31 Rn. 56; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 129. A. A. Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 110.

239 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 101 Rn. 2; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 39.

240 BGH DNotZ 1978, S. 88; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 34), Rn. 157; Limmer, a.a.O. (Fn. 82), Rn. 1391; Schöpflin, a.a.O. (Fn. 18), § 32 Rn. 3. A. A. Reichert, a.a.O. (Fn. 21), Rn. 1234, der jedem Vorstandsmitglied unabhängig von seiner Vertretungsbefugnis die Einberufungskompetenz zuspricht.

241 LG Frankenthal, RNotZ 2007, S. 478 ff., 479; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 102 Rn. 3; Ternner, RNotZ, 2007, S. 480 ff., 482. Vgl. zur Einberufungsfrist: Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1369 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 173.

242 LG Frankenthal, RNotZ 2007, S. 478 ff., 479; Ternner, RNotZ, 2007, S. 480 ff., 482; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 137.

243 Vgl. Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1369/1370; Waldner, a.a.O. (Fn. 232), D. Rn. 32.

244 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 102 Rn. 3. Vgl. allgemein Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 172; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1369 f. jeweils m. w. N.

245 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 2.

246 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 102 Rn. 2. Die Vereinssatzung kann dies auch abweichend regeln: Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1384 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 178.

247 BGH NJW 2008, S. 69 ff., 72 f.; Schöpflin, a.a.O. (Fn. 16), § 32 Rn. 15 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 178 ff.; Waldner, (Fn. 232), D. Rn. 32.

248 Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 178.

249 BGH NJW 2008, 69 ff., 72 f.; OLG Köln OLGZ 1984, S. 401 ff.; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1405 auch zu Ausnahmen von diesem Grundsatz; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 138.

sammlung entsprechend zu bezeichnen<sup>250</sup>. Weiter sollte explizit auf die Modalitäten der Auslegung der Unterlagen nach §§ 101 i. V. m. 64 Abs. 1 hingewiesen werden (Auslegungsort, Zeiten und Information über kostenlose Erteilung einer Abschrift der Unterlagen)<sup>251</sup>.

Bei der Planung der Mitgliederversammlung und der Erstellung der Tagesordnung ist auch zu beachten, dass nach herrschender Auffassung eine Entlastung der Vorstandsmitglieder des übertragenden Vereins nach der Eintragung der Verschmelzung in das Vereinsregister des übernehmenden Vereins (§ 20 Abs. 1) weder von der Mitgliederversammlung des übertragenden Vereins noch von der des übernehmenden bzw. neu gegründeten Vereins erfolgen kann<sup>252</sup>. Oft wird der Vorstand des übertragenden Vereins gerade für sein letztes Amtsjahr Entlastung wünschen, sodass diese Beschlüsse auch in der Tagesordnung vorzusehen sind, soweit eine Entlastung satzungsgemäß zum Zeitpunkt der Mitgliederversammlung, die den Verschmelzungsbeschluss nach § 13 Abs. 1 fassen soll, möglich ist<sup>253</sup>.

## 2. Auslegungspflichten

§ 101 Abs. 1 sieht besondere Informationspflichten gegenüber den Vereinsmitgliedern im Vorfeld der Mitgliederversammlung durch Auslegung des nach § 100 ggf. erforderlichen Prüfungsberichts und der in § 63 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 genannten Unterlagen in den Geschäftsräumen jedes beteiligten Vereins vor. Hierbei handelt es sich zunächst um den Verschmelzungsvertrag bzw. seinen Entwurf und den Verschmelzungsbericht, die definitorisch genauso wie ein etwaiger Prüfungsbericht keine Probleme mit sich bringen, was hier jedoch nicht für die nach § 63 Abs. 1 Nr. 2 geforderten Jahresabschlüsse und Lageberichte und die nach Nr. 3 geforderte Zwischenbilanz gilt, worauf in nachfolgender Ziffer 3 im Detail eingegangen wird. Die Verpflichtung zur Auslegung und damit auch zur Erteilung von Abschriften nach § 101 Abs. 2 beginnt mit der Einberufung der Mitgliederversammlung und endet mit deren Beendigung; mit deren Beginn erfolgt die Auslegung jedoch nach § 102 im Sitzungssaal der Mitgliederversammlung<sup>254</sup>. Die Auslegung muss nach § 101 S. 1 in den Geschäftsräumen des Vereins erfolgen. Soweit ein Verein keine eigentlichen Geschäftsräume, z. B. in Form einer Geschäftsstelle hat, muss die Auslegung dort erfolgen, wo die Geschäfte des Vereins geführt werden. Dies kann ein Vereinsheim oder die Wohnung eines vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieds sein<sup>255</sup>. Nach umstrittener, aber richtiger Auffassung ist es bei nicht adäquat vorhandenen Geschäftsräumen des Vereins zulässig, dass die Auslegung in den Büroräumen des Notars während dessen Öffnungszeiten erfolgt, da dies dem Gesetzeszweck des § 101 mehr entspricht als eine Auslegung in den Räumen eines ehrenamtlichen und berufstätigen Vorstandsmitglieds zu sehr eingeschränkten Zeiten, z. B. an einzelnen Abenden<sup>256</sup>. Soweit ein Mitglied die Übersendung der vorgenannten Unterlagen schriftlich oder mündlich verlangt, sind ihm die Unterlagen unverzüglich und kostenlos zu übersenden<sup>257</sup>, wobei eine elektronische Übersendung bei Einverständnis des Mitglieds, die konkludent in einer elektronisch erfolgenden Anforderung der Unterlagen zu sehen ist, zulässig ist<sup>258</sup>.

## 3. Exkurs: § 63 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 und § 17 Abs. 2

Ein besonderes Problem bringen die gesetzlichen Regelungen in § 101 S. 2 i. V. m. § 64 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 (Auslegung von Jahresabschlüssen und Lageberichten und ggf. einer Zwischenbilanz<sup>259</sup>) und § 17 Abs. 2 (Beifügung der Schlussbilanz zur Vereinsregisteranmeldung des übertragenden Vereins) für die Verschmelzung von Vereinen miteinander aufgrund der innerhalb dieser genannten Begriffe „Jahresabschlüsse und Lageberichte“, „Zwischenbilanz“ und „Schlussbilanz“ mit sich. Dies beruht darauf, dass eingetragene Vereine mangels Erreichens der Größenmerkmale des § 141 Abs. 1 AO<sup>260</sup> und mangels Kaufmannseigenschaft nach §§ 1 ff., 242 HGB<sup>261</sup> zumeist weder steuer- noch handelsrechtlich zur Erstellung von Jahresabschlüssen und Lageberichten verpflichtet sind<sup>262</sup> und diese auch freiwillig regelmäßig nicht aufstellen. Es stellt sich somit die Frage, ob die §§ 63 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 und 17 Abs. 2 eine zwingende Verpflichtung des bisher nicht bilanzierenden Vereins begründen, Jahresabschlüsse und Lageberichte, Zwischenbilanzen und Schlussbilanzen aufzustellen, um damit den vorgenannten Auslegungs- und Beifügungsverpflichtungen nachzukommen.

Es besteht nach richtiger und herrschender Auffassung zunächst entgegen dem Wortlaut des § 63 Abs. 1 Nr. 2 keine Verpflichtung für die Vereine, für die drei letzten Geschäftsjahre Jahresabschlüsse und Lageberichte im Sinne der §§ 242 Abs. 3 und 289 HGB aufzustellen, soweit sie hierzu keine gesetzliche Verpflichtung traf oder sie diese nicht freiwillig aufgestellt haben<sup>263</sup>. Nur Vossius<sup>264</sup> verlangt von solchen Vereinen die Auslegung von

250 Vgl. Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 178.

251 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 101 Rn. 5. Vgl. hierzu auch nachfolgende Ziffer 2.

252 OLG München NZG 2001, S. 616 ff.; Lutter/Winter/Grunewald, 4. Aufl. 2009, § 20 Rn. 28. A. A. hinsichtlich der Möglichkeit der Entlastung durch die Mitgliederversammlung des neugegründeten Vereins u. a. Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 20 Rn. 8; Widmann/Mayer/Vossius, Stand Februar 2011, § 20 Rn. 330 jeweils m. w. N.

253 Vgl. zur Entlastung des Vorstands: Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 2667 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 289 jeweils m. w. N.

254 Vgl. Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 102 Rn. 10; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 6.

255 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102, Rn. 12; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 101 Rn. 10 ff. m. w. N.

256 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 101 Rn. 5. A. A.: Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 101 Rn. 5; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 6; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 102 Rn. 11.

257 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 6; Wiedemann/Thüsing, a.a.O. (Fn. 85), S. 2248.

258 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 15.

259 Vgl. Ziffer C. VIII. 2.

260 Ein einzelner Betrieb des Vereins müsste im Kalenderjahr einen Gesamtumsatz über € 500 000,- oder einen Gewinn von mehr als € 50 000,- erreichen. Vgl. hierzu Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 2650.

261 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 2651, der darauf hinweist, dass politische Parteien nach § 28 PartG immer zur Buchführung verpflichtet sind.

262 Vgl. Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 102 Rn. 5.

263 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 140; derselbe, a.a.O. (Fn. 6), § 102 Rn. 5; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 4; Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 101 Rn. 3; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 4; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 39; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4456; Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1394.

264 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 101 Rn. 18, § 99 Rn. 115 ff.

Jahresabschlüssen und begründet dies mit dem Wortlaut der Vorschrift. Seine Auffassung geht jedoch trotz dieses Arguments fehl, da § 101 i. V. m. § 63 Abs. 1 Nr. 2 eine Verpflichtung zur Erstellung eines Jahresabschlusses nur voraussetzt, was durch die systematische Stellung des § 63 innerhalb des Unterabschnitts „Verschmelzung unter Beteiligung von Aktiengesellschaften“ und die bei einer AG bestehende Bilanzierungspflicht (§§ 242, 264 HGB) deutlich wird. Eine solche Verpflichtung soll gerade nicht unabhängig von den einschlägigen Vorschriften im HGB und in der AO selbstständig begründet werden<sup>265</sup>.

Hinsichtlich der Beifügungsverpflichtung der Schlussbilanz zur Vereinsregisteranmeldung gemäß § 17 Abs. 2 ist es zunächst unstrittig, dass gesetzlich zur Bilanzierung verpflichtete oder auch freiwillig oder aufgrund verbandsrechtlicher Vorgaben bilanzierende Vereine der Anmeldung eine Schlussbilanz beifügen müssen<sup>266</sup>. Die herrschende Meinung nimmt jedoch im Ergebnis zutreffend an, dass der Verein, der nicht unter die vorgenannten Fälle fällt, keine Schlussbilanz beifügen muss, wenn er nicht auf einen anderen bilanzierungspflichtigen Verein verschmolzen wird, wobei sich die Begründungen hierfür unterscheiden<sup>267</sup>. Nur *Vossius*<sup>268</sup> und *Ries*<sup>269</sup> verlangen immer die Vorlage einer Schlussbilanz im Sinne des § 242 Abs. 1 HGB. *Vossius* begründet dies zum einen u. a. erneut mit dem Wortlaut des § 17 Abs. 2. Zum anderen verweist er auch auf den Sinn und Zweck der Norm. Die Schlussbilanz des übertragenden Vereins diene dessen Gläubigern als Wertnachweis und Informationsgrundlage für ihre möglichen Ansprüche nach §§ 22 ff. Der Auffassung von *Vossius* und *Ries* ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Schlussbilanz eines übertragenden Vereins keine wesentliche Schutzfunktion in Bezug auf dessen Gläubiger zuzusprechen ist. *Henrichs*<sup>270</sup> führt hierzu zutreffend aus, dass nicht ersichtlich sei, wie die Gläubiger des übertragenden Vereins aus dessen Schlussbilanz ersehen sollen, ob sie verschmelzungsbedingt eine Sicherheitsleistung nach § 22 Abs. 1 verlangen sollten oder nicht. Eine Gefährdung ihrer Forderungen durch die Verschmelzung im Sinne des § 22 Abs. 1 S. 1 könnten diese nur der Schlussbilanz des übernehmenden Vereins entnehmen. Die Gläubiger des übertragenden Vereins können dessen Schlussbilanz nur entnehmen, ob ihre Forderung verschmelzungsunabhängig bereits gefährdet ist, und gerade nicht, ob durch die Verschmelzung eine Gefährdung eintritt. Weiter ist nicht ersichtlich, warum eine ordnungsgemäß erstellte Einnahmen-Ausgaben-Rechnung und Vermögensaufstellung hier weniger tauglich zur Information der Gläubiger sein soll als eine Schlussbilanz.

Statt der Jahresabschlüsse und Lageberichte sind die Vereine verpflichtet, ihre nach Vereins- und Steuerrecht aufzustellenden Rechnungsunterlagen nach § 63 Abs. 1 Nr. auszulegen<sup>271</sup> und nach § 17 Abs. 2 der Vereinsregisteranmeldung statt der Schlussbilanz die vorgenannten Unterlagen beizufügen<sup>272</sup>, wie sie der Mitgliederversammlung in den Vorjahren vorgelegt wurden, um den Mitgliedern eine Information über die Vermögens- und Finanzlage der an der Verschmelzung beteiligten Vereine zu geben. Hierbei wird es sich zumeist um eine Einnahme-Überschuss-Rechnung sowie ein

Verzeichnis des Anlagenvermögens handeln, das der Verein in der Erfüllung seiner Verpflichtungen nach §§ 8 Abs. 1 KStG i. V. m. § 4 Abs. 3 EStG aufgestellt hat, und um Rechenschaftsberichte des Vorstands nach § 27 Abs. 3 BGB i. V. m. § 666, 259 BGB<sup>273</sup>. Die Auslegung und Beifügung dieser Rechnungslegungsunterlagen wird der Notar den Vereinen auch empfehlen dürfen. So handhaben dies auch *Krafka/Kühn*<sup>274</sup> als registergerichtliches Standardwerk und schlagen vor, dies dem Registergericht in der Vereinsregisteranmeldung vorsorgend zu erläutern.

Eine Zwischenbilanz im Sinne des § 61 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 2 ist nur aufzustellen, wenn sich die Rechnungsunterlagen des Vereins für den letzten Berichtszeitraum auf ein Kalenderjahr beziehen, das mehr als sechs Monate vor dem Abschluss des Verschmelzungsvertrages oder der Aufstellung des Entwurfs abgelaufen ist. Da der Verein hier durch die Bestimmung des Zeitpunktes der formellen Aufstellung des Entwurfs oder des Abschlusses des Verschmelzungsvertrages steuernd tätig werden kann<sup>275</sup>, wird zumeist kein Bedürfnis für eine Zwischenbilanz bestehen. Anderenfalls gilt zu deren inhaltlicher Ausgestaltung das oben zu § 63 Abs. 1 Nr. 2 Ausgeführte, sodass bei Vereinen, die mangels gesetzlicher Verpflichtung auch nicht freiwillig einen Jahresabschluss aufgestellt haben, nur eine fortgeschriebene Vermögensaufstellung im Sinne der vorgenannten Rechnungsunterlagen erforderlich ist<sup>276</sup>.

#### 4. Durchführung der Mitgliederversammlung

Für die Durchführung der Mitgliederversammlung gelten mit Ausnahme des § 102 die Regelungen der Vereinsstatute und im Falle von deren Fehlen die gesetzlichen

265 Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1394; Henrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn.; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 778; Leuring, a.a.O. (Fn. 25), §§ 101, 102 Rn. 4.

266 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 81.

267 So nehmen z. B. Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 115; Widmann/Mayer/Widmann, Stand Februar 2011, § 24 Rn. 34; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl, 5. Auflage 2009, § 17 Rn. 17; Neumayer/Schulz, a.a.O. (Fn. 204), S. 874; Krafka/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2217 an, dass § 17 Abs. 2 keine selbstständige Bilanzierungsverpflichtung begründet. Demgegenüber vertreten Henrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 39; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 51, die Auffassung, dass § 17 Abs. 2 zwar eine selbstständige Bilanzierungspflicht begründet, aber eine teleologische Reduktion der Vorschrift vorzunehmen sei, da in dem Fall, dass der Verein nicht auf einen bilanzierungspflichtigen Verein verschmolzen wird, kein Bedürfnis für eine Schlussbilanz vorliege.

268 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 115 ff.

269 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 18.

270 Henrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 41.

271 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 9; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 140; Neumayer/Schulz, a.a.O. (Fn. 204), S. 873; Henrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 5; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 778.

272 Krafka/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2217.

273 Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 778; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4456; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 8 m. w. N.; Rawert, a.a.O. (Fn. 74), Ziffer XI. 16 Anm. 1.

274 Krafka/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2223 unter konkreter Benennung eines Formulierungsvorschlages.

275 Vgl. Schervier, a.a.O. (Fn. 57), Ziffer 7.13.3.4 Anm. 4; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 7; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 102 Rn. 5. Vgl. hierzu auch Ziffer C. IV.

276 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 39; Henrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 5; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 5.

Vorgaben des Vereinsrechts<sup>277</sup>. § 102 S. 1 besagt, dass die in Ziffer 2 genannten Unterlagen und ein etwaiger Prüfungsbericht auch während der Mitgliederversammlung auszulegen sind. Die Unterlagen sollten in ausreichender Anzahl im Sitzungssaal ausgelegt werden, da die Zulässigkeit einer Auslegung in einem Vorraum umstritten ist<sup>278</sup>.

Nach § 102 S. 2 i. V. m. § 64 Abs. 1 S. 2 hat der Vereinsvorstand den Verschmelzungsvertrag oder seinen Entwurf zu Beginn der Mitgliederversammlung zunächst mündlich zu erläutern. § 64 Abs. 1 S. 2 und die neu eingefügten Sätze 3 und 4 beinhalten seit dem 15. Juli 2011<sup>279</sup> bekanntlich<sup>280</sup> eine Nachberichtspflicht für Verschmelzung unter Beteiligung von AG, KGaA und SE. Nach dem Wortlaut der Neufassung des § 64 Abs. 1 S. 2 hat der Vereinsvorstand somit nun auch über jede wesentliche Veränderung des Vermögens des eigenen Vereins zu unterrichten, die seit dem Abschluss des Verschmelzungsvertrages bzw. dessen Aufstellung eingetreten ist. § 102 S. 2 verweist jedoch nicht auf die gleichzeitig neu eingefügten Sätze 3 und 4 des § 64 Abs. 1. Deshalb besteht nach dem Wortlaut des § 102 S. 2 keine Verpflichtung des Vorstandes, den Vorstand der anderen an der Verschmelzung beteiligten Vereine über wesentliche Vermögensveränderungen beim eigenen Verein zu informieren, und keine Verpflichtung bzw. tatsächlich mangels entsprechender Information hierüber auch keine Möglichkeit des Vorstands, seine Mitglieder über wesentliche Veränderungen des Vermögens der anderen an der Verschmelzung beteiligten Vereine zu informieren. Da es sich bei der Nichtanpassung des § 102 S. 2 und auch des § 112 Abs. 2 S. 2 an die Neufassung des § 64 Abs. 1 offensichtlich um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, wird man die Verweisung in § 102 S. 2 aufgrund der vorgenannten Entscheidung des Gesetzgebers, die vorgenannten Nachinformationspflichten nur für Verschmelzungen unter Beteiligung einer AG, KGaA und SE ins UmwG aufzunehmen<sup>281</sup>, dahingehend auslegen müssen, dass nur auf § 64 Abs. 1 S. 2 1. Halbsatz verwiesen wird und somit für die Verschmelzung von Vereinen alles beim Alten bleibt. Hierfür spricht, dass der Gesetzgeber sich ausdrücklich gegen eine rechtsformübergreifende Verankerung der nun in § 64 Abs. 1 geregelten Nachinformationspflichten entschieden hat und eine solche wohl auch nicht für Verschmelzungen von Vereinen miteinander gesetzlich anordnen wollte<sup>282</sup>. Der Notar sollte jedoch aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit und vor allem aufgrund der bereits vor der Neufassung des § 64 Abs. 1 allgemein anerkannten Verpflichtung zur Erläuterung von Änderungen im Vergleich zum vorliegenden Verschmelzungsbericht<sup>283</sup> darauf hinwirken, dass die Vereine den Verpflichtungen in § 64 Abs. 1 vollumfänglich nachkommen und diese in der Niederschrift über die Mitgliederversammlung entsprechend dokumentieren.

Der Vorstand hat den Mitgliedern somit die Inhalte des Verschmelzungsberichts noch einmal komprimiert zu erläutern und ggf. die darin enthaltenden Informationen zu aktualisieren<sup>284</sup>. Eine reine Verlesung des Verschmelzungsberichts reicht nicht aus, um der Verpflichtung nach § 64 Abs. 1 S. 2 1. Halbsatz nachzukommen<sup>285</sup>. Der Verein kann sich jedoch einer pro-

fessionellen Hilfsperson für diese Erläuterungspflicht bedienen, z. B. des hinzugezogenen Notars<sup>286</sup>.

Weiter hat der Vorstand gemäß § 102 S. 2 i. V. m. § 64 Abs. 2 und aufgrund des allgemeinen Auskunftsrecht der Vereinsmitglieder jedem Mitglied auf Verlangen Auskunft über alle für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten zu geben, insbesondere über die des oder der anderen beteiligten Vereine<sup>287</sup>. Soweit die Mitgliederversammlungen nicht räumlich und örtlich parallel durchgeführt werden, ist es zweckmäßig, dass zumindest ein Vorstandsmitglied des oder der anderen an der Verschmelzung beteiligten Vereine hierfür zur Verfügung steht<sup>288</sup>. Die Einhaltung der Pflicht zur Erläuterung und Auskunftserteilung ist gemäß § 318 Abs. 1 Nr. 1 strafbewehrt<sup>289</sup>.

## 5. Beschlussfassung und deren notarielle Beurkundung

Die Beschlussfähigkeit der Mitgliederversammlung, das Stimmrecht der Mitglieder und die Formalien des Beschlussfassungsverfahrens (z. B. geheime Wahl) bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften des Vereinsrechts<sup>290</sup>. Soweit die Satzung besondere Regelungen zur Beschlussfähigkeit einer Mitgliederversammlung vorsieht, die über eine Satzungsänderung oder die Auflösung des Vereins entscheiden soll, gelten diese allgemein auch für die, die den Verschmelzungsbeschluss fassen soll<sup>291</sup>.

Stimmberechtigt sind generell alle Mitglieder des Vereins, wobei die Satzung vorsehen kann, dass einzelne Mitglieder, z. B. minderjährige oder sog. passive Mitglieder, kein Stimmrecht haben<sup>292</sup>. Nach § 38 S. 2 BGB kann das Stimmrecht nur durch das Mitglied selbst ausgeübt werden. Die Stimmrechtsausübung durch einen Stellvertreter kann jedoch durch die Satzung des Vereins zugelassen werden (§ 40 S. 1 BGB)<sup>293</sup>. Das Stimmrechtsverbot des § 34 BGB ist aufgrund des

277 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 101 Rn. 7, § 102 Rn. 6. Vgl. zu den mangels einer Satzungsbestimmung anwendbaren gesetzlichen Regelungen: Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 180 ff.; Reichert, a.a.O. (Fn. 21), Rn. 1428 ff.

278 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 16 f.; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 7; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 102 Rn. 7 ff.

279 3. Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 11. Juli 2011, BGBl I S. 1338.

280 Vgl. zur Änderung des § 64 Abs. 1 Leitzen, DNotZ 2011, S. 526 ff., 528 ff.; Heckschen, NJW 2011, S. 2390 ff., 2393 f.

281 Heckschen, a.a.O. (Fn. 280), S. 2393.

282 Vgl. Leitzen, a.a.O. (Fn. 280), S. 529.

283 Vgl. Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 18; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 143.

284 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 40; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 102 Rn. 10; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 18 ff.; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 8.

285 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 102 Rn. 5; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 102 Rn. 10.

286 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 8; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 102 Rn. 14.

287 Vgl. Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 102 Rn. 15 m. w. N.

288 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 102 Rn. 8.

289 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), §§ 101, 102 Rn. 19.

290 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 2.

291 Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1407; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 2; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 10.

292 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1548; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 198.

293 Im Detail streitig, vgl. Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1516 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 199 m. w. N.

rechtlichen Charakters des Verschmelzungsbeschlusses als organschaftlicher Akt nicht anwendbar, sodass auch ein übernehmender Verein, der Mitglied des übertragenden Verein ist, und ein Mitglied, das gleichzeitig Mitglied eines anderen am Verschmelzungsvorhaben beteiligten Vereins ist, stimmberechtigt sind<sup>294</sup>.

Im Falle der Verschmelzungsbeschlussfassung auf Grundlage eines Entwurfs des Verschmelzungsvertrages nach § 4 Abs. 2 ist zu beachten, dass Änderungen des Entwurfs regelmäßig dazu führen, dass der Beschluss unter anderem wegen Verstoßes gegen die Vorgaben zur Vorabinformation der Mitglieder (§ 101 S. 2 i. V. m. § 64 Abs. 1 Nr. 1) angefochten werden kann. Etwas anderes kann nur für rein redaktionelle oder geringe inhaltsirrelevante Änderungen gelten oder für den Fall, dass alle Mitglieder an der Mitgliederversammlung teilnehmen und ihr Einverständnis hinsichtlich der Beschlussfassung über den geänderten Entwurf erklären<sup>295</sup>.

Eine Wiederholung der Beschlussfassung über die Verschmelzung kann in derselben oder einer weiteren Mitgliederversammlung ohne weiteres erfolgen, soweit der Zustimmungsbeschluss nach außen noch nicht wirksam geworden ist<sup>296</sup>. Eine solche Wirksamkeit tritt im Falle eines Zustimmungsbeschlusses zu einem bereits abgeschlossenen Verschmelzungsvertrag unmittelbar mit der Beschlussfassung und zu einem Entwurf erst mit Abschluss des Verschmelzungsvertrages ein. Im Falle der Verweigerung der Zustimmung zu einem bereits abgeschlossenen Verschmelzungsvertrag stellt ein späterer zustimmender Beschluss die Erteilung der Vollmacht zum Neuabschluss eines solchen Verschmelzungsvertrages dar. Wenn hingegen einem vorliegenden Entwurf zunächst die Zustimmung verweigert wurde, gibt die später erfolgende Zustimmung dem Vorstand die Vollmacht zum Abschluss des Verschmelzungsvertrages<sup>297</sup>.

Nach § 103 S. 1 müssen die Verschmelzungsbeschlüsse generell mit einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden. Bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses werden Stimmenthaltungen und ungültige Stimmen nicht berücksichtigt<sup>298</sup>. Das Mehrheitserfordernis entspricht somit den für den Auflösungsbeschluss gemäß § 41 S. 2 BGB und eine Satzungsänderung gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 BGB vorgesehenen Mehrheiten. Soweit die Satzung für den Verschmelzungsbeschluss eine größere Mehrheit oder weitere Erfordernisse vorsieht, müssen diese nach dessen S. 2 beachtet werden. Anders als beim Auflösungs- und Satzungsänderungsbeschluss darf die Satzung des Vereins jedoch keine Erleichterungen vorsehen<sup>299</sup>. Eine solche zusätzliche Satzungsanforderung kann z. B. die Berechnung der Mehrheit anhand aller und nicht nur der erschienenen Mitglieder sein oder eines Bestätigungsbeschlusses durch eine weitere Mitgliederversammlung oder ein anderes Gremium<sup>300</sup>. Die Satzung wird solche ausdrücklichen weiteren Erfordernisse hinsichtlich einer Verschmelzung erfahrungsgemäß jedoch eher selten beinhalten.

In der Praxis wird zumeist zu ermitteln sein, ob einzelne Satzungsregelungen, insbesondere solche zur Auflö-

sung und zur Satzungsänderung, nach ihrem Sinn und Zweck dahingehend auszulegen sind, dass sie eine Regelung im Sinne des § 103 S. 2 darstellen. Stöber<sup>301</sup> und Waldner<sup>302</sup> sind, ohne dies näher zu begründen, der Auffassung, dass satzungsmäßige Erschwerungen für die Auflösung und Satzungsänderung nicht dahingehend ausgelegt werden können, dass sie auch für die Verschmelzung zu berücksichtigen sind. Demgegenüber vertritt die herrschende und richtige Auffassung die Meinung, dass qualifizierte Satzungsanforderungen (z. B. erhöhtes Mehrheitserfordernis) für Auflösungs- und sämtliche Satzungsänderungsbeschlüsse in jedem Fall auch für die Verschmelzung beachtet werden müssen. Dies wird damit begründet, dass die Auflösung des übertragenden Vereins ein Wesenselement der Verschmelzung sei<sup>303</sup> und eine Verschmelzung einen stärkeren Eingriff in die Rechtsposition der Mitglieder darstelle als eine Satzungsänderung<sup>304</sup>. Soweit nur für einzelne Satzungsänderungen Erschwerungen vorgesehen sind, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob diese auch für den Verschmelzungsbeschluss beachtet werden müssen<sup>305</sup>. Im Zweifel wird man qualifizierte Satzungsanforderungen für die Auflösung und die Änderung der Satzung auch für die Verschmelzung heranziehen müssen.

Weiter ist es für die Bestimmung der erforderlichen Beschlussmehrheit relevant, ob es durch die Verschmelzung zu einer Zweckänderung bei einem der beteiligten Vereine kommt, für die nach § 33 Abs. 1 S. 2 BGB die Zustimmung aller – auch der nicht erschienenen – Mitglieder erforderlich ist. Eine solche Zweckänderung ist gegeben, wenn der bisherige oberste Leitsatz des Vereins gegen einen anderen ausgetauscht oder wesentlich verändert wird<sup>306</sup>. Die Änderung muss so wesentlich sein, dass die Mitgliedschaft einen gänzlich anderen Charakter annimmt. Eine Zweckänderung liegt beispielsweise dann vor, wenn die Gewichtung zwischen mehreren Vereinszwecken geändert wird, neue Ver-

294 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 9; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 2; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 103 Rn. 15.

295 Vgl. Semler/Stengler/Schröer, 2. Aufl. 2007, § 4 Rn. 19; Widmann/Mayer/Heckschen, Stand Februar 2011, § 13 Rn. 64; Widmann/Mayer, Stand Februar 2011, § 4 Rn 10 ff; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 13 Rn. 15 ff. jeweils m. w. N.

296 Eingehend zur Wiederholung der Abstimmung und zur nachträglichen Stimmabgabe einzelner Mitglieder Katschinski, a.a.O. (Fn. 22), S. 148 ff.; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 42.

297 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 42 m. w. N.

298 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 3; Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 103 Rn. 1.

299 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 103 Rn. 1; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 11.

300 Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 6; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 9; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 20 jeweils m. w. N. Vgl. zur möglichen Zustimmung vereinsfremder Dritter Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 156 ff.

301 Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 777.

302 Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 397.

303 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 13; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 103 Rn. 20.

304 Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 5.

305 Vgl. Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 14; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 7; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 5.

306 Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1406.

einszwecke eingeführt oder einer von mehreren Vereinszwecken aufgegeben wird<sup>307</sup>.

Bei einer verschmelzungsbedingten Zweckänderung beim übernehmenden Verein ist es unstrittig, dass die Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 S. 1 BGB zu beachten sind. In diesem Fall kommt es im Regelfall zu einer einheitlichen Abstimmung über die Verschmelzung als solche und über die Zweckänderung, bei der die gesetzlichen Voraussetzungen für die Verschmelzungs- und Zweckänderungsbeschlussfassung zu beachten sind<sup>308</sup>.

Es ist jedoch höchst streitig, welche Auswirkungen es hat, wenn der übernehmende bzw. neu gegründete Verein einen anderen Zweck als der übertragende Verein verfolgt.

*Hennrichs, Vossius* und andere<sup>309</sup> nehmen keine Zweckänderung im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 2 und somit auch kein entsprechendes Zustimmungserfordernis aller Mitglieder des übertragenden Vereins an. Sie begründen dies damit, dass der übertragende Verein durch die Verschmelzung nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 erlischt und nicht fortbesteht, wie dies bei dem von der anderen Auffassung herangezogenen § 275 Abs. 1 der Fall sei. Somit liege ein der Auflösung entsprechender Fall vor, für den nach § 41 S. 2 BGB eine Dreiviertelmehrheit ausreichend sei, und somit bestehe auch kein Erfordernis, von der in § 103 S. 1 geregelten Dreiviertelmehrheit abzuweichen.

*Katschinski, Stöber* und andere<sup>310</sup> wenden in diesem Fall richtigerweise die Vorschrift des § 275 Abs. 1 zum Formwechsel rechtsfähiger Vereine analog an, sodass die Zustimmung aller anwesenden und nicht anwesenden Mitglieder des übertragenden Vereins hier erforderlich ist. Die analoge Heranziehung des § 275 Abs. 1 begründet sich damit, dass das Fehlen einer § 275 Abs. 1 entsprechenden Regelung in den §§ 99 ff. eine planwidrige Regelungslücke darstellt. § 275 Abs. 1 ist aufgrund des allgemein anerkannten Rechtsgedankens des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB, dass Vereinsmitglieder eine Zweckänderung nur dann hinnehmen müssen, wenn sie dieser ausdrücklich zugestimmt haben, für eine Situation, die mit der Verschmelzung von Vereinen vergleichbar ist, auch in das UmwG übernommen worden<sup>311</sup>. Die Vergleichbarkeit ergibt sich daraus, dass die Mitglieder des übertragenden Vereins im Falle der Verschmelzung trotz dessen Erlöschens nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 Mitglieder des übernehmenden oder neu gegründeten Vereins werden und somit von dieser Zweckänderung und der damit verbundenen grundlegenden Charakteränderung des Vereins unmittelbar betroffen sind. Wichtig ist hierbei, dass aufgrund der analogen Anwendung des § 275 Abs. 1, der gerade nicht auf den nach § 40 S. 1 BGB nachgiebigen § 33 Abs. 1 S. 2 BGB verweist, das Erfordernis der Zustimmung aller Vereinsmitglieder nicht durch Satzungsregelung abschwächbar ist<sup>312</sup>.

Aufgrund der unsicheren und wie häufig bei Verschmelzungen von eingetragenen Vereinen miteinander nicht gerichtlich geklärten Rechtslage wird der Notar auch bei einer Zweckänderung im vorgenannten Sinne davon ausgehen müssen, dass diese der Zustimmung aller anwesenden und abwesenden Mitglieder des über-

tragenden Vereins bedarf. Dies kann eine Verschmelzung erschweren und im schlimmsten Fall praktisch unmöglich machen.

In Einzelfällen kann die Zustimmung einzelner Mitglieder erforderlich sein, wobei diese der notariellen Beurkundung bedarf<sup>313</sup>. Soweit Sonderrechte einzelner Mitglieder bestehen und diese durch die Verschmelzung beeinträchtigt werden, ist die Zustimmung dieser Mitglieder nach § 35 BGB erforderlich. Wenn im übernehmenden oder neu gegründeten Verein neue Sonderrechte für einzelne Mitglieder begründet werden sollen, ist die Zustimmung aller Mitglieder – auch derer, die die Sonderrechte erhalten sollen – erforderlich<sup>314</sup>.

Der Verschmelzungsbeschluss bedarf nach § 13 Abs. 3 S. 1 auch bei einer Verschmelzung von eingetragenen Vereinen miteinander der notariellen Beurkundung<sup>315</sup>. Diese kann sowohl nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen gemäß §§ 8 ff. BeurkG wie auch als Tatsachenprotokoll gemäß §§ 36 ff. BeurkG erfolgen<sup>316</sup>, was der Regelfall sein wird. Nur bei einer notariellen Beurkundung nach den §§ 8 ff. BeurkG können die ggf. erforderlichen Verzichts- (z. B. §§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3, 16 Abs. 2) und Zustimmungserklärungen (§ 13 Abs. 2 oder § 35 BGB) mitbeurkundet werden<sup>317</sup>. Unabhängig von der Beurkundungsform<sup>318</sup> ist darauf zu achten, dass die Einhaltung der unter vorgenannter Ziffer 3 erläuterten Verpflichtungen des Vorstands nach § 102 S. 1 i. V. m. § 63 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 und § 102 S. 2 i. V. m. § 64 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 zumindest stichpunktartig dokumentiert wird<sup>319</sup>. Weiter ist es sinnvoll, dass eine Erklärung der anwesenden Mitglieder aufgenommen wird, dass sie auf eine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses verzichten<sup>320</sup>. Im Übrigen sollte sich die Beurkundung an den vereinsrechtlichen Vorgaben für das Versamm-

307 Zur Zweckänderung allgemein: Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 599 ff.; Schöpflin, a.a.O. (Fn. 16), § 33 Rn. 7 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 146 ff.; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 33 Rn. 3 ff. jeweils m. w. N.

308 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 12; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 18; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 9.

309 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 11; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 103 Rn. 18 und § 99 Rn. 92 ff.; Raupach/Bückstiegel, Festschrift für Widmann, 2000, S. 459 ff., 482; wohl auch Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 103 Rn. 2.

310 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 19; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 784; Reuter, a.a.O. (Fn. 18), § 41 Rn. 41; Neumayer/Schulz, a.a.O. (Fn. 204), S. 873; Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1406.

311 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 9. Vgl. zu § 275 Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 275 Rn. 2.

312 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 9.

313 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 113 Rn. 9; Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 103 Rn. 2.

314 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 152 f. und 154 f.; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 6; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 103 Rn. 11; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 9.

315 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 45.

316 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 103 Rn. 6; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 103 Rn. 4.

317 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 103 Rn. 6; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 159.

318 Muster für Mitgliederversammlungsniederschriften finden sich bei Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1420 (Verschmelzung zur Aufnahme); Rawert, a.a.O. (Fn. 74), Ziffer XI. 16 (Verschmelzung zur Aufnahme); Schervier, a.a.O. (Fn. 57), Ziffer 7.13.3.2 (Verschmelzung zur Neugründung); Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 197 ff. (Verschmelzung zur Aufnahme).

319 Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 102 Rn. 5.

320 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4467.

lungsprotokoll orientieren<sup>321</sup>. Nach § 13 Abs. 3 S. 2 ist der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf beizufügen, wobei der Verschmelzungsbericht und auch der Verschmelzungsvertrag auch bei einer Beurkundung gemäß §§ 8 ff. BeurkG nicht nach §§ 9 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG verlesen werden müssen<sup>322</sup>. Eine Anwesenheitsliste muss nicht, kann aber mit zur Urkunde genommen werden<sup>323</sup>.

## IX. Anmeldung und Eintragung der Verschmelzung zum Vereinsregister

### 1. Anmeldung

Nach § 16 Abs. 1 S. 1 hat der Vorstand eines jeden an der Verschmelzung beteiligten Vereins die Verschmelzung zur Eintragung in sein Vereinsregister anzumelden<sup>324/325</sup>. Die Anmeldung muss in öffentlich beglaubigter Form (§ 77 BGB) durch die Vorstandsmitglieder in vertretungsberechtigter Anzahl erfolgen<sup>326</sup>. Es ist dem Vorstand des übernehmenden Vereins nach § 16 Abs. 1 S. 2 erlaubt, auch die Verschmelzung zur Eintragung in das Vereinsregister des übertragenden Vereins anzumelden<sup>327</sup>. Gegenstand der Anmeldung ist die Verschmelzung als solche, sodass anzumelden ist, wer auf wen auf welchem Wege (Aufnahme bzw. Neugründung) verschmolzen ist<sup>328</sup>. Bei der Anmeldung der Verschmelzung haben die anmeldenden Vorstandsmitglieder nach § 16 Abs. 2 S. 1 zu erklären, dass eine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses nicht oder nicht fristgerecht erhoben wurde oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden ist. Diese Erklärung kann regelmäßig erst nach Ablauf der für Klagen bestimmten Monatsfrist des § 14 Abs. 1 wirksam getätigt werden, sodass in der Praxis der Ablauf der Monatsfrist bis zur Anmeldung zum Vereinsregister abgewartet werden muss. Außer bei kleinen Vereinen wird es praktisch nicht möglich sein, die Monatsfrist dadurch zu umgehen, dass alle Vereinsmitglieder in notariell beurkundeter Form auf eine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses verzichten<sup>329</sup>. Geben die anmeldenden Vorstandsmitglieder die Erklärung nach § 16 Abs. 2 nicht ab, tritt, soweit die vorgenannten Klageverzichtserklärungen aller Mitglieder nicht vorliegen, eine Registersperre ein. Dies gilt auch für den Fall, dass sie erklären, dass eine Klage anhängig ist oder sie Erfolg hatte<sup>330</sup>. Soweit auch Satzungsänderungen im Rahmen der Mitgliederversammlungen beschlossen wurden, können diese mit der Vereinsregisteranmeldung nach § 16 Abs. 1 angemeldet werden<sup>331</sup>.

Der Anmeldung sind zunächst die in § 17 Abs. 1 genannten Unterlagen beizufügen. Regelmäßig sind dies der Verschmelzungsvertrag in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift, die Niederschriften über die Mitgliederversammlungen, die den Verschmelzungsbeschluss gemäß § 13 Abs. 1 jeweils gefasst haben, in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift (samt dem nach § 17 Abs. 3 S. 2 beizufügenden Verschmelzungsvertrag oder seinem Entwurf) und der Verschmelzungsbericht in Urschrift oder Abschrift oder Verzichtserklärungen nach § 8 Abs. 3 UmwG in Ausfertigung oder in öffentlich beglaubigter Abschrift<sup>332</sup>. Nach § 17 Abs. 2 ist der Anmeldung zum Register jedes

übertragenden Vereins auch dessen Schlussbilanz beizufügen, in der Form wie sie unter Ziffer XIII. 3. erläutert wurde. Diese darf auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag ausgestellt sein<sup>333</sup>. Anlage der Vereinsregisteranmeldung sind, soweit vorliegend, auch der Prüfungsbericht in Urschrift oder Abschrift, ein Nachweis über die rechtzeitige Zuleitung des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs an den Betriebsrat in Urschrift oder Abschrift und etwaig erforderliche Zustimmungserklärungen von einzelnen Vereinsmitgliedern (§ 13 Abs. 3) in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Form<sup>334</sup>.

Bei einer Verschmelzung zur Neugründung<sup>335</sup> haben die Vorstände der übertragenden Vereine jeweils die Verschmelzung in ihr jeweiliges Vereinsregister (§ 38 Abs. 1) und gemeinsam den neu gegründeten Verein (§ 38 Abs. 2) samt dessen erstem Vorstand zum Vereinsregister anzumelden<sup>336</sup>. Der Vorstand des neu gegründeten Vereins kann hierbei nicht mitwirken<sup>337</sup>. Als Bestandteil des Verschmelzungsvertrages bzw. des Verschmelzungsbeschlusses sind auch die Satzung des neu gegründeten Vereins und die Urkunde zur Bestellung von dessen erstem Vorstand beizufügen<sup>338</sup>.

### 2. Eintragung der Verschmelzung und Bekanntmachung

Bevor das Registergericht die Verschmelzung in die Vereinsregister der beteiligten Vereine einträgt, prüft der nach § 3 Nr. 1 a) RPfG zuständige Rechtspfleger, ob die

321 Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1402; Rawert, a.a.O. (Fn. 74), Ziffer XI. 16 Anm. 2; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 160. Vgl. allgemein zum Versammlungsprotokoll: Sauter/Schweyer/Waldner, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 127; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1910 ff., 1933 mit einer sehr guten Übersicht über die erforderlichen Inhalte.

322 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 161; Semler/Stengler/Gehling, 2. Aufl. 2007, § 13 Rn. 65; Widmann/Mayer/Heckschen, Stand Februar 2011, § 13 Rn. 227.

323 Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1402; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1943.

324 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 38; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 47; Leuring, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 74.

325 Muster für Vereinsregisteranmeldungen einer Verschmelzung zur Aufnahme finden sich bei Krafka/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2222; Limmer, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1422/1423; Rawert a.a.O. (Fn. 74), Ziffer XI. 17/18; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 199.

326 Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 113; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4481 f.; Ries, a.a.O. (Fn. 19), § 99 Rn. 18.

327 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 106 m. w. N.

328 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 74; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 48; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 107.

329 Vgl. zu § 16 Abs. 2: Schervier, a.a.O. (Fn. 57), Ziffer 7.13.3.3 Anm. 4; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 48 f.; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 16 Rn. 18 ff.

330 Stratz, a.a.O. (Fn. 329), § 16 Rn. 21; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 38; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 108.

331 Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 48; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 107.

332 Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4484.

333 Vgl. allgemein Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl, 5. Auflage 2009, § 17 Rn. 8 ff. m. w. N.

334 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 78; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage 2009, § 17 Rn. 5 ff.; Krafka/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2221.

335 Muster für Vereinsregisteranmeldungen einer Verschmelzung zur Neugründung sich bei Limmer, Handbuch a.a.O. (Fn. 74), Rn. 1425/1426; Schervier, a.a.O. (Fn. 57), Ziffer 7.13.3.3.

336 Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 130.

337 Leuring, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 98.

338 Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 188.

Verschmelzungsvoraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht vorliegen<sup>339</sup>. Die Reihenfolge der Eintragungen wird dann durch § 19 Abs. 1 vorgegeben. Zunächst wird die Verschmelzung bei dem übertragenden Verein eingetragen mit dem Vermerk, dass die Verschmelzung erst mit der Eintragung in das Vereinsregister des übernehmenden Vereins wirksam wird. Erst nach Eingang der Nachricht über diese Eintragung beim Vereinsregister des übernehmenden Vereins erfolgt die konstitutiv wirkende Eintragung in dessen Vereinsregister. Die Eintragung in das Vereinsregister des übernehmenden Vereins wird dann dem Vereinsregister des übertragenden Vereins mitgeteilt, das einen entsprechenden Vermerk in sein Register aufnimmt<sup>340</sup>. Soweit die Eintragung in die Vereinsregister aller beteiligten Vereine an einem Tag erfolgt, muss gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 a. E. die Wirksamkeitseinschränkung in das Vereinsregister des übertragenden Vereins nicht eingetragen werden. Die Eintragung in das Vereinsregister aller an der Verschmelzung beteiligten Vereine ist jeweils nach § 19 Abs. 3 gemäß § 10 HGB mit einem Gläubigeraufruf bekannt zu machen<sup>341</sup>.

## X. Überblick über Notar- und Gerichtskosten

Der beim Verschmelzungsvertrag oder Verschmelzungsbeschluss zugrunde zu legende Geschäftswert ist das Aktivvermögen des oder der übertragenden Vereine ohne Schuldenabzug<sup>342</sup>. Zur Berechnung wird die Schlussbilanz des oder der übertragenden Vereine herangezogen bzw. bei deren Fehlen die entsprechende Vermögensaufstellung des Vereins, die der Vereinsregisteranmeldung gemäß vorstehender Ziffer IX. 1. beizufügen ist<sup>343</sup>. Soweit im Rahmen der Mitgliederversammlung noch Beschlüsse über andere Gegenstände gefasst werden, z. B. zu Vorstandswahlen oder Satzungsänderungen, sind diese gesondert zu bewerten<sup>344</sup>. Die Vorschriften zum Höchstwert des § 39 Abs. 5 KostO (Verschmelzungsvertrag) und zur Höchstgebühr in § 47 S. 2 KostO (Verschmelzungsbeschluss) dürften bei Verschmelzungen von Vereinen miteinander zumeist keine Rolle spielen. Wenn der Verein ausschließlich und unmittelbar mildtätige oder kirchliche Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verfolgt und der Geschäftswert von 26 000 € überschritten wird, ist die Notargebühreermäßigungsvorschrift des § 144 Abs. 2 KostO zu beachten<sup>345</sup>.

Für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrages wird eine 20/10 Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO und für die Beurkundung des jeweiligen Verschmelzungsbeschlusses eine 20/10 Gebühr nach § 47 Abs. 1 KostO erhoben, wobei der Verschmelzungsvertrag und der oder die Beschlüsse gegenstandsverschieden sind<sup>346</sup>. Eine Zusammenrechnung der Geschäftswerte gemäß § 44 KostO ist nach einhelliger Auffassung bei Zusammenbeurkundung von Beschlüssen und rechtsgeschäftlichen Erklärungen ausgeschlossen. Gegenstandsgleichheit nach § 44 Abs. 1 KostO liegt jedoch im Hinblick auf die Beschlüsse der an der Verschmelzung beteiligten Vereine dann vor, wenn diese in einer Urkunde zusammengefasst werden<sup>347</sup>. Bei möglicher, jedoch unterbliebener Zusammenbeurkundung der Beschlüsse kann unrichtige Sachbehandlung vorliegen,

sodass vermeidbare Mehrkosten gemäß § 16 KostO außer Ansatz zu bleiben haben<sup>348</sup>.

Soweit es zu einer Beurkundung von Zustimmung- und Verzichtserklärungen kommt, fällt eine 10/10 Gebühr (§ 36 Abs. 1 KostO) an. Der Geschäftswert für Zustimmungserklärungen ist nach § 40 Abs. 2 KostO und für Verzichtserklärungen nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen<sup>349</sup>. Aufgrund des vorgenannten Anwendungsausschlusses des § 44 KostO bei Zusammenbeurkundung von Beschlüssen zugleich mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Gesellschafter liegt bei einer Aufnahme der Zustimmungs- und Verzichtserklärungen einzelner Vereinsmitglieder in die Beurkundung des jeweiligen Zustimmungsbeschlusses ebenfalls keine Gegenstandsgleichheit vor<sup>350</sup>. Diese besteht jedoch, wenn die Verzichts- und Zustimmungserklärungen mit dem in derselben Urkunde aufgenommenen Verschmelzungsvertrag erklärt werden<sup>351</sup>.

Soweit der Notar den Verschmelzungsbericht entworfen oder überprüft hat, kann er hierfür eine Gebühr nach § 145 Abs. 1 KostO aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzenden Teilwert des Aktivvermögens (20 bis 30 %) der übertragenden Vereine verlangen<sup>352</sup>. Soweit im Falle einer Verschmelzung zur Neugründung der Notar den Entwurf der Satzung des neu gegründeten Vereins erstellt oder überprüft hat, kann hierfür nach einer Auffassung<sup>353</sup> eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzenden Teilwert (20 bis 30 %) des Aktivvermögens des neu gegründeten Vereins erhoben werden, während eine andere Auffassung<sup>354</sup> hier Gegenstandsgleichheit mit dem Verschmelzungsvertrag annimmt.

Für die Anmeldung der Verschmelzung zum jeweiligen Vereinsregister entsteht bei Entwurfsfertigung der Ur-

339 Vgl. Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 90; Krafska/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2224; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4486; Katschinski, a.a.O. (Fn. 11), S. 179 f. (zum Umfang der Prüfungskompetenz des Registergerichts).

340 Vgl. Krafska/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2226 ff.; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 120.

341 Vgl. Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4496 ff.; Krafska/Kühn, a.a.O. (Fn. 67), Rn. 2226, 2228 und 2229.

342 BayObLG MittBayNot 1997, S. 252 f.; LG Dresden NZG 2008, S. 353; Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke, KostO, 18. Auflage 2010, § 39 Rn. 67 ff.; Bund, JurBüro 2003, S. 578 ff., 579 f.

343 Tiedtke/Heitzer/Strauß, Streifzug durch die Kostenordnung, 8. Aufl. 2010, Rn. 1075.

344 Sehr ausführlich hierzu Bund, a.a.O. (Fn. 342), 579.

345 Vgl. hierzu Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke/Schwarz, KostO, 18. Aufl. 2010, § 144 Rn. 12.

346 Bund, a.a.O. (Fn. 342), S. 580; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 128.

347 BayObLG MittBayNot 1990, S. 61 ff.; OLG Hamm FGPrax 2002, S. 86 f., 88; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 129; Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke, KostO, 18. Auflage 2010, § 41 c Rn. 69; Tiedtke/Heitzer/Strauß, a.a.O. (Fn. 343), Rn. 1085.

348 Tiedtke/Heitzer/Strauß, a.a.O. (Fn. 343), Rn. 1090.

349 Tiedtke/Heitzer/Strauß, a.a.O. (Fn. 343), Rn. 1088 ff.; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 130.

350 Tiedtke/Heitzer/Strauß, a.a.O. (Fn. 343), Rn. 1090.

351 Pfälzisches OLG Zweibrücken MittBayNot 2003, 160 f.; LG Düsseldorf RNotZ 2004, 276; OLG Hamm FGPrax 2002, S. 86 f.

352 Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke, KostO, 18. Auflage 2010, § 147 Rn. 120.

353 Schervier, a.a.O. (Fn. 57), Ziffer 7.13.3.1. Anm. Ziffer 18; Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 133.

354 BayObLG DNotZ 1975, S. 676; Bengel/Tiedtke, a.a.O. (Fn. 347), § 41 c Rn. 66; Tiedtke/Heitzer/Strauß, a.a.O. (Fn. 343), Rn. 1074.

kunde durch den Notar jeweils eine 5/10 Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 7, wobei der Geschäftswert gemäß § 29 nach § 30 Abs. 2 KostO zu bestimmen ist und mögliche weitere Gegenstände (Vorstandswahlen und Satzungsänderungen) zu berücksichtigen sind<sup>355</sup>.

Beim Gericht fallen für die Eintragung der Verschmelzung eine volle Gebühr nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 KostO (Verschmelzung zur Aufnahme) bzw. § 80 Abs. 1 Nr. 2 KostO (Verschmelzung zur Neugründung) sowie die Kosten der Bekanntmachung an. Der Geschäftswert für die Eintragung wird ebenfalls gemäß §§ 29, 30 Abs. 2 KostO ermittelt<sup>356</sup>. Zu beachten sind hier jedoch Gerichtsgebührenbefreiungen, wie z. B. durch § 122 Abs. 2 JustizG NRW (Gemeinnützigkeit im Sinne der AO hier anders als § 144 Abs. 2 KostO ausreichend)<sup>357</sup>.

#### D. Rechtliche Wirkungen der Verschmelzung und verbandsrechtliche Fragestellungen

Mit der Eintragung der Verschmelzung in das Vereinsregister des übernehmenden Vereins wird die Verschmelzung gemäß § 20 Abs. 1 wirksam und es treten die die allgemeinen, bei Verschmelzung von Vereinen miteinander keine Besonderheiten aufweisenden Wirkungen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ein. Es kommt zu einer Gesamtrechtsnachfolge, d. h. der übernehmende Verein übernimmt sämtliche Rechtsbeziehungen des übertragenden Vereins, der übertragende Verein erlischt, die Mitglieder des übertragenden Vereins werden Mitglieder des übernehmenden Vereins und ein möglicher Mangel der notariellen Beurkundung des Verschmelzungsvertrages und der ggf. erforderlichen Verzichts- und Zustimmungserklärungen wird geheilt<sup>358</sup>. Nach § 20 Abs. 2 lassen auch sonstige Verschmelzungsmängel die Wirkung der Eintragung unberührt, da, sobald die Verschmelzung in das Vereinsregister des übernehmenden Vereins eingetragen ist, die Verschmelzung unabhängig von Mängeln, die im Verschmelzungsverfahren aufgetreten sind, wirksam sein und bleiben soll<sup>359</sup>. Im Falle der Verschmelzung zur Neugründung entsteht zusätzlich der neu gegründete Verein<sup>360</sup>.

Ein in der Praxis wichtiges Problem ist, ob im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auch Mitgliedschaften des übertragenden Vereins in einen dritten Verein (z. B. einen Dachverband) übergehen. Während eine Auffassung<sup>361</sup> dies bejaht, nimmt die überwiegende Meinung<sup>362</sup> zutreffenderweise wegen § 38 S. 1 BGB an, dass solche Vereinsmitgliedschaften ohne vom § 38 S. 1 BGB abweichende Satzungsregelung im Fall einer Gesamtrechtsnachfolge nicht übergehen. In jedem Fall sollte man den Beteiligten empfehlen, mit ihrem Dachverband die Verschmelzung und deren verbandsrechtliche Wirkungen vorab abzustimmen. So regelt z. B. die Spielordnung des Westdeutschen Fußball- und Leichtathletikverbandes e. V.<sup>363</sup> in § 22 Nr. 8, dass Spielern des übertragenden Vereins, die innerhalb einer

Frist von 15 Tagen mit schriftlicher Erklärung gegenüber dem aufnehmenden Verein erklären, diesem nicht angehören zu wollen, ohne Einhaltung einer Wartefrist eine Spielerlaubnis für einen neuen Verein zu erteilen ist und dass der Zusammenschluss der Vereine der Genehmigung durch das Präsidium des jeweiligen Landesverbandes unter Einhaltung konkret genannter Frist bedarf.

#### E. Fazit

Die Verschmelzung von Vereinen bietet diesen zur Erreichung ihres Zusammenlegungsvorhabens gerade auch im Vergleich zu der in Ziffer B. 2 kurz dargestellten Fusion einige Vorteile. Dazu gehört z. B. die Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1, mit der vermieden wird, dass alle Vermögensgegenstände, Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnisse durch Einzelübertragungsakte auf den übernehmenden Verein übertragen werden müssen. Weiter entfällt wegen § 20 Abs. 1 Nr. 2 auch die sonst durchzuführende Liquidation des übertragenden Vereins unter Berücksichtigung des Sperrjahres nach § 51 BGB und schlussendlich auch wegen § 20 Abs. 1 Nr. 3 der Transfer der Mitglieder des übertragenden auf den übernehmenden Verein, der sich bei der vereinsrechtlichen Fusion als praktisches Problem gestaltet. Demgegenüber werden die Vereine die höheren formellen Anforderungen einer Verschmelzung als Nachteil gegenüber der Fusion sehen, wobei daran zu erinnern ist, dass ein Fusionsvertrag wegen § 311 b Abs. 3 BGB regelmäßig auch der notariellen Beurkundung bedarf. Schlussendlich erschweren aber insbesondere zahlreiche gerichtlich bisher nicht geklärte Meinungsstreitigkeiten zu zentralen Regelungsinhalten des Verschmelzungshabens die Verschmelzung von Vereinen. Hier ist der Gesetzgeber aufgefordert, Abhilfe zu schaffen, um gerade den vom ehrenamtlichen Engagement geprägten eingetragenen Vereinen ein transparentes und effektives Gestaltungsmittel für zukünftige Zusammenlegungsvorhaben an die Hand zu geben.

355 Vgl. Bund, a.a.O. (Fn. 342), S. 580 f., mit einer Musterberechnung; Tiedtke/Heitzer/Strauß, a.a.O. (Fn. 343), Rn. 1099/1100.

356 Vgl. Vossius, a.a.O. (Fn. 13), § 99 Rn. 135.

357 Eine Übersicht über die Gebührenbefreiungsgesetze des Bundes und der Länder befindet sich bei Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke, KostO, 18. Auflage 2010. Anhang C.

358 Vgl. zu den rechtlichen Wirkungen: Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 785 ff., Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 121; Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 44; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 92 ff.

359 Vgl. Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 55; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4500.

360 Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 796.

361 Hennrichs, a.a.O. (Fn. 10), § 99 Rn. 44; Reichert, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 4500.

362 AG Kaiserslautern NZG 2005, S. 285 f.; Reuter, a.a.O. (Fn. 17), § 41 Rn. 54; Katschinski, a.a.O. (Fn. 6), § 99 Rn. 123; Leuering, a.a.O. (Fn. 15), § 99 Rn. 93; Stöber, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 168 a.

363 Abrufbar unter <http://www.wflv.de/252.0.html>.

## Das Meer als Rechtsraum – Anwendbarkeit deutschen Sachenrechts auf Offshore-Windkraftanlagen und Möglichkeiten der Kreditsicherung

von Notarassessor Dr. Leif Böttcher, LL.M. (Miami), Bonn<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Unter dem Eindruck der Atomkatastrophe von Fukushima vom März 2011 hat sich die Einstellung der deutschen Bevölkerung zur Atomkraft abrupt gewandelt: Gleichsam über Nacht führte dieser Zwischenfall in dem japanischen Atomkraftwerk dazu, dass der überwiegende Teil der Deutschen die sog. friedliche Nutzung der Kernkraft als Quelle der Energieversorgung ablehnte. Dieser Meinungsumschwung blieb politisch und rechtlich nicht ohne Folgen: Unter großem öffentlichen Druck hat die Bundesregierung den Atomausstieg beschlossen, und bereits am 30. Juni 2011 wurde vom Deutschen Bundestag das Dreizehnte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes<sup>2</sup> verabschiedet, das am 6. August 2011 in Kraft trat den Atomausstieg abschließend regelt. Es sieht ein Erlöschen der Betriebsgenehmigung für acht Kernkraftwerke in Deutschland und eine Laufzeitbefristung für die neun übrigen Atomkraftwerke vor.<sup>3</sup> Das letzte deutsche Atomkraftwerk wird voraussichtlich im Jahr 2022 vom Netz gehen. Damit ist die Beendigung der Nutzung der Kernenergie als Quelle der Energiegewinnung besiegelt und die sog. Energiewende eingeleitet. In wirtschaftlicher Hinsicht wirft dies primär die Frage nach einer ausreichenden Energieversorgung der Bevölkerung auf. Dabei steht die Nutzung sog. alternativer Energiequellen im Vordergrund. Neben der Wasserkraft steht die Windenergie bereits seit geraumer Zeit im Fokus der diesbezüglichen Anstrengungen. So sind auf dem Festland Windparks in vielen Gebieten Deutschlands – vor allem in den nördlichen Landesteilen – fester Bestandteil des Landschaftsbilds. Die damit zusammenhängenden rechtlichen Probleme waren in der Vergangenheit Gegenstand zahlreicher Gerichtsentscheidungen und juristischer Abhandlungen.<sup>4</sup> Im Vordergrund stand dabei stets die Frage nach dem sachenrechtlichen Status der Windkraftanlage und – daraus folgend – den Möglichkeiten der Kreditsicherung für die außerordentlich investitionsintensiven Projekte.<sup>5</sup>

Inzwischen erfreut sich jedoch auch das Meer als Standort für Windparks des verstärkten Interesses der beteiligten Wirtschaftskreise. So wird gegenwärtig mitten in der Nordsee, 90 km nordwestlich von Borkum, Deutschlands erster Offshore-Windpark gebaut.<sup>6</sup> Schon jetzt werden die Gesamtproduktionskosten auf weit über 1,7 Mrd. Euro geschätzt.<sup>7</sup> Es handelt sich um 80 Windräder, die Strom für nicht weniger als 400 000 Haushalte produzieren sollen. Nach den Plänen der Bundesregierung soll die Stromleistung aller noch zu errichtenden Windkraftanlagen in Nord- und Ostsee bis 2020 insgesamt 10 Gigawatt betragen, bis 2030 sogar 25 Gigawatt.<sup>8</sup> Das Gesamtinvestitionsvolumen wird gut 35 Mrd. Euro betragen und allein die Netzanbindung weitere 4 bis 6 Mrd. Euro kosten.<sup>9</sup>

Ein Projekt dieses Ausmaßes wirft naturgemäß zahlreiche rechtliche Fragen aus den unterschiedlichsten

Bereichen auf: Dazu gehören Probleme der öffentlich-rechtlichen Genehmigung<sup>10</sup> bei der Errichtung eines Offshore-Windenergieparks, die Sicherheitsanforderungen,<sup>11</sup> vertragsrechtliche Fragestellungen<sup>12</sup>, der Netzausbau durch Erdkabel für die Anbindung des Offshore-Windparks<sup>13</sup> sowie allen voran die Projektfinanzierung.<sup>14</sup> Es liegt auf der Hand, dass bei Projekten dieser wirtschaftlichen Größenordnung in jedem Fall der Rechtssicherheit der Beteiligten entscheidende Bedeutung zukommt. Das gilt vor allem für die Kreditwirtschaft. Für die Banken ist bei ihren Engagements in diese Investitionen eine rechtssichere und verlässliche Kreditsicherung essentiell. Wenigstens im Grundsatz ist dies bei Windkraftanlagen auf dem Festland weniger problematisch, da hier jedenfalls deutsches Sachenrecht Anwendung findet.<sup>15</sup> Das liegt für im Gebiet des Meeres errichtete Windkraftanlagen nicht unmittelbar auf der Hand. Hier ist die entscheidende Frage, welches Recht auf diese Anwendung findet. Denn eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung im Sinne einer Erstreckungsklausel, nach auf „deutsche“ Offshore-Windkraftanlagen deutsches Recht anwendbar wäre, gibt es in Deutschland – anders als beispielsweise in Rumänien<sup>16</sup> – gegenwärtig nicht.

Ziel dieses Beitrags ist es, zunächst auf der Grundlage des geltenden Rechts die sachenrechtliche Situation der im Bereich des Meeres belegenen Windkraftanlagen darzustellen und davon ausgehend Möglichkeiten zur

1 Der Autor ist gegenwärtig an das Bundesministerium der Justiz abgeordnet. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

2 BGBl I S. 1704.

3 Vgl. § 7 Abs. 1 a AtomG. Auch die Schweiz folgt dem deutschen Vorbild, vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 28. September 2011, S. 3.

4 Vgl. nur BFH, DStR 2011, 1024; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2011, 438; KommJur 2011, 313; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2006, 246; VGH Mannheim, NVwZ 2002, 1152; OVG Münster, NVwZ 2000, 1064; VG Osnabrück, NVwZ 2005, 722; *Mahlberg/Dazert*, NVwZ 2004, 158; *Brösamle*, BWGZ 2011, 235; *Nogens/Krohn/Wischott*, DStR 2009, 1737, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

5 Zur Frage der ästhetischen Qualität von landgestützten Windkraftanlagen vgl. Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 16. Oktober 2011, S. 56.

6 Dazu ausführlich *Financial Times Deutschland* vom 6. September 2011, S. 23.

7 *Financial Times Deutschland* vom 6. September 2011, S. 23.

8 *Financial Times Deutschland* vom 6. September 2011, S. 23.

9 Dazu bspw. BVerfG, NVwZ-RR 2010, 555 (zur fehlenden Klagebefugnis).

11 Dazu *Kuhbier*, VGT 2011 263; *Monsees*, VGT 2011 271.

12 Dazu *Busch*, NZBau 2011, 1 ff.; 85 ff.

13 Dazu OVG Schleswig, NordOeR 2008, 228; *Prall*, NordOeR 2007, 383; *Spreen*, NVwZ 2005, 653.

14 Kersting, BKR 2011, 57 ff.

15 Eine andere Frage ist freilich, was genau als Gegenstand der Kreditsicherung in Betracht kommt. Dazu ausführlich unter IV und V.

16 Artikel 51 Gesetz Nr. 105 über die Regelung der internationalen Privatrechtsverhältnisse: „Plattformen und dauerhafte Einrichtungen zur Ausbeutung von Unterwasserressourcen auf dem Festlandsockel sind im Sinne dieses Kapitels unbewegliche Sachen.“ (Übersetzung nach *RabelsZ* 58 (1994), 534, 545).

Kreditsicherung aufzuzeigen. Der Beitrag schließt mit Vorschlägen, wie *de lege ferenda* die Rechtssicherheit der Kreditgeber erhöht werden kann.

## II. Das Meer als Rechtsraum: Küstenmeer, Festlandsockel und ausschließliche Wirtschaftszone

Das Recht zur Nutzung des Meeres wird maßgeblich durch das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 („United Nations Convention on the Law of the Sea“, im Folgenden: „SRÜ“) bestimmt, das mit Wirkung vom 16. November 1994 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft trat.<sup>17</sup> Bei dem SRÜ handelt es sich der Sache nach um eine „Verfassung der Meere“.<sup>18</sup> Ziel des Übereinkommens ist es ausweislich der Präambel, „alle das Seerecht betreffenden Fragen“ zu regeln. Nach dem SRÜ sind – soweit hier von Interesse<sup>19</sup> – vor allem zwei räumliche Bereiche rechtlich voneinander zu trennen: das Küstenmeer und die ausschließliche Wirtschaftszone.

### 1. Das Küstenmeer

Gemäß Art. 2 Abs. 1 SRÜ erstreckt sich die Souveränität eines Küstenstaats jenseits seines Landgebiets und seiner inneren Gewässer<sup>20</sup> auf einen angrenzenden Meeresstreifen, der als Küstenmeer bezeichnet wird. Diese Souveränität erstreckt sich sowohl auf den Luftraum über dem Küstenmeer als auch auf den Meeresboden und Meeresuntergrund des Küstenmeers (Abs. 2). Die Souveränität des Küstenstaates über sein Küstenmeer leitet sich damit von der Souveränität über das Territorium ab („aquitoriale Souveränität“).<sup>21</sup> Jeder Staat hat gemäß Art. 3 SRÜ das Recht, die Breite seines Küstenmeers bis zu einer Grenze festzulegen, die höchstens zwölf Seemeilen von den in Übereinstimmung mit dem SRÜ festgelegten Basislinien entfernt sein darf. Davon hat die Bundesrepublik Deutschland Gebrauch gemacht und zum 1. 1. 1995 an ihren Nordsee- und Ostseeküsten auf dieser Grundlage ein deutsches Küstenmeer von 12 Seemeilen (22, 224 Km) Breite proklamiert.

### 2. Festlandsockel und ausschließliche Wirtschaftszone

Zugleich hat die Bundesrepublik eine sog. ausschließliche Wirtschaftszone, die sich bis maximal 200 Seemeilen von der Basislinie aus gerechnet auf das Meer hinaus erstrecken kann,<sup>22</sup> über ihrem Festlandsockel eingerichtet. Der Festlandsockel eines Küstenstaats umfasst nach Art. 76 Abs. 1 SRÜ den jenseits des Küstenmeers eines Staates gelegenen Meeresboden und Meeresuntergrund der Unterwassergebiete, die sich über die gesamte natürliche Verlängerung seines Landgebiets bis zur äußeren Kante des Festlandrands erstrecken oder bis zu einer Entfernung von 200 Seemeilen von den Basislinien, von denen aus die Breite des Küstenmeers gemessen wird, wo die äußere Kante des Festlandrands in einer geringeren Entfernung verläuft. Rechtsgrundlage für die Errichtung einer ausschließlichen Wirtschaftszone ist Art. 55 SRÜ. Dieser

definiert die ausschließliche Wirtschaftszone (AWZ) als ein jenseits des Küstenmeers gelegenes und an dieses angrenzendes Gebiet, das der in diesem Teil festgelegten besonderen Rechtsordnung unterliegt, nach der die Rechte und Hoheitsbefugnisse des Küstenstaats und die Rechte und Freiheiten anderer Staaten durch die diesbezüglichen Bestimmungen des SRÜ geregelt werden. In der AWZ besitzt der Küstenstaat keine volle Souveränität,<sup>23</sup> sondern gemäß Art. 56 SRÜ lediglich souveräne Rechte zum Zweck der Erforschung und Ausbeutung, Erhaltung und Bewirtschaftung der lebenden und nicht lebenden natürlichen Ressourcen der Gewässer über dem Meeresboden, des Meeresbodens und seines Untergrunds sowie hinsichtlich anderer Tätigkeiten zur wirtschaftlichen Erforschung und Ausbeutung der Zone wie der Energieerzeugung aus Wasser, Strömung und Wind. Aber auch Hoheitsbefugnisse, vor allem in Bezug auf die Errichtung und Nutzung von künstlichen Inseln, von Anlagen und Bauwerken. Diese Definition zeigt bereits, dass die Rechte des Küstenstaats weniger an die Zone im räumlichen Sinn als an die dort vorhandenen Ressourcen anknüpfen.<sup>24</sup> Für die Frage der (sachen)rechtlichen Behandlung von Sachen in der AWZ ist daher streng zwischen dem gebietsrechtlichen und dem nutzungsrechtlichen Status der AWZ zu differenzieren: Während die AWZ gebietsrechtlich „Niemandland“ ist, lässt sich ihr nutzungsrechtlicher Status zwischen dem maritimen Aquitorium und dem Staatengemeinschaftsraum „Hohe See“ als „Meereszone *sui generis*“ beschreiben.<sup>25</sup> Insoweit überlässt das SRÜ dem jeweiligen Küstenstaat die alleinige Entscheidung, ob und wie er in der AWZ seine funktional begrenzten Hoheitsrechte ausüben will.<sup>26</sup>

## III. Anwendbares Sachenrecht

### 1. Anwendbares Sachenrecht im Gebiet des deutschen Küstenmeers

Die Frage, welches Sachenrecht auf im Gebiet des deutschen Küstenmeers belegene Windräder Anwendung findet, ist wie folgt zu beantworten: Das Küstenmeer gehört zum Hoheitsgebiet des Küstenstaats.<sup>27</sup> Deutschland schöpft die nach dem SRÜ mögliche 12-Meilen-Breite dabei soweit wie möglich aus.<sup>28</sup> Da das

17 BGBl. 1994 II S. 1798.

18 So Proelß, EurUP 2009, 2, 3.

19 Die inneren Gewässer unterliegen ohnehin der uneingeschränkten territorialen Souveränität des Küstenstaates, vgl. Art. 2 Abs. 1 SRÜ. Dazu Proelß, a. a. P. Zudem steht aber eine Nutzung der inneren Gewässer für Zwecke der Windenergiegewinnung gegenwärtig nicht zur Debatte.

20 Sowie im Fall eines Archipelstaats jenseits seiner Archipelgewässer.

21 Graf Vitzthum/Graf Vitzthum, Völkerrecht, 2007, 5. Abschn., Rn. 38 ff.

22 Art. 57 SRÜ.

23 Vgl. Proelß, a. a. O. (Fn. 18).

24 Vgl. Art. 56 Abs. 1 lit a: „zum Zweck“. Proelß, a. a. O. (Fn. 18).

25 Graf Vitzthum/Proelß, Handbuch des Seerechts, 2006, S. 222 (228 ff.); ders., EurUP 2009, 2, 6.

26 Proelß, EurUP 2009, 2, 6.

27 Petersen, Deutsches Küstenrecht 1989, 39; Graf Vitzthum/Graf Vitzthum, Völkerrecht, 2007, 5. Abschn., Rn. 38 ff.

28 Proklamation vom 11. 11. 1994, BGBl. 1994 II S. 3482.

deutsche Küstenmeer Teil des Hoheitsgebiets der Bundesrepublik Deutschland ist, beurteilt sich die Frage des anwendbaren Sachenrechts nach den Art. 43 ff. EGBGB. Nach der *lex-situs*-Regel des Art. 43 Abs. 1 EGBGB unterliegen Rechte an einer Sache dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet. Damit wäre deutsches Sachenrecht anwendbar. In der Literatur wird jedoch teilweise erwogen, in Bezug auf Offshore-Windkraftanlagen an das Recht für Wasserfahrzeuge (Art. 45 Abs. 1 EGBGB) anzuknüpfen.<sup>29</sup> Danach unterliegen Rechte an Wasserfahrzeugen dem Recht des Herkunftsstaats. Richtigerweise werden aber nur schwimmende Offshore-Anlagen hiervon erfasst, soweit sie an wechselnden Orten eingesetzt werden können und lediglich zeitweilig mit dem Meeresboden verbunden sind.<sup>30</sup> Es würde eine Überdehnung des Wortlauts des Art. 45 EGBGB darstellen, eine fest installierte Offshore-Anlage als Fahrzeug anzusehen. Offshore-Windkraftanlagen, die – gegenwärtig – nur stationär betrieben werden, unterliegen somit der *situs*-Regel des Art. 43 EGBGB.<sup>31</sup> Anders wäre dies nur, wenn mit dem Recht eines Staates eine wesentlich engere Verbindung als mit dem Recht besteht, das nach Art. 43 und 45 EGBGB maßgebend wäre (Art. 46 EGBGB). Um die in Art. 43 und 45 EGBGB erfolgte Kodifizierung des internationalen Sachenrechts nicht zu einer leeren Hülle verkommen zu lassen, darf von dieser Ausweichklausel nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht werden, so dass sich ihr Anwendungsbereich auf extreme Ausnahmefälle beschränkt.<sup>32</sup> Sinn und Zweck der Vorschrift ist zu verhindern, dass im Einzelfall ein „extrem sachfremdes Recht“ zur Anwendung gelangt.<sup>33</sup> Dass das Recht des Belegenheitsstaates für Anlagen im Bereich des Küstenmeers zur Anwendung kommt, ist nicht sachfremd, sondern entspricht gerade der auf dem Festland geltenden Rechtslage. Es spricht nichts dafür, dies im Bereich des Küstenmeeres anders zu beurteilen. Damit bleibt es bei der durch Art. 43 EGBGB zur Anwendung berufenen *lex rei sitae*, so dass deutsches Sachenrecht auf die im Küstenmeer befindlichen Windkraftanlagen anwendbar ist.

## 2. Anwendbares Sachenrecht im Gebiet der AWZ

Schwieriger als für das Küstenmeer gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach dem im Bereich der AWZ anwendbaren Sachenrecht: Die AWZ gehört nicht zum Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Vielmehr handelt es sich um einen sog. Funktionshoheitsraum.<sup>34</sup> In diesem Bereich kommen der Bundesrepublik als Küstenstaat nur funktionale, eingeschränkte Hoheitsrechte zu.<sup>35</sup> Eine ausdrückliche Regelung darüber, welches Recht auf Sachen im Bereich der AWZ Anwendung finden soll, findet sich gegenwärtig im deutschen – anders als im rumänischen – Recht nicht. Die Problematik des anwendbaren Rechts wird daher im Schrifttum kontrovers diskutiert. Dabei divergieren zum Teil bereits die methodischen Ansätze: Ohne jede kollisionsrechtliche Prüfung wird teilweise unmittelbar im Sinne eines „entweder oder“ danach gefragt, ob hier deutsches Sachenrecht anwendbar sei, da kein Sachverhalt mit Auslandsberührung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 EGBGB vorliege.<sup>36</sup> Andere suchen zunächst auf

der Grundlage des Kollisionsrecht nach der richtigen Anknüpfung und ermitteln in einem zweiten Schritt das maßgebliche Sachenrecht, wobei sich erst dann die Frage anschließt, welchen Regeln das nationale Sachenrecht die betreffenden Offshore-Windkraftanlagen unterwirft.<sup>37</sup>

### a) Öffentlich-rechtliches Schrifttum

Das öffentlich-rechtliche Schrifttum beschäftigt sich seit einigen Jahren verstärkt mit der Frage nach der Geltung deutschen Rechts in der AWZ, wobei der Schwerpunkt der Diskussion hier darauf liegt, inwieweit im Bereich der AWZ bau- und umweltschutzrechtliche Bestimmungen anwendbar sind.<sup>38</sup> Mitunter wird auch untersucht, ob und in welchem Umfang die AWZ einer Raumplanung im Sinne eines maritimen Infrastrukturrechts zugänglich ist.<sup>39</sup> Dabei wird teilweise vertreten, dass das gesamte – öffentliche – Recht ohne Weiteres in der AWZ im Rahmen seines Regelungsbereichs Anwendung findet, soweit es mit den völkerrechtlichen Vorgaben im Einklang steht.<sup>40</sup> Die wohl h. M. geht hingegen nicht von einer Geltung deutschen öffentlichen Rechts *ipso iure* aus, vielmehr müsse der Gesetzgeber jedes Gesetz, das nach seinem Willen auch in der AWZ gelten soll, mit einer ausdrücklichen Erstreckungsklausel versehen.<sup>41</sup> Das hat der Gesetzgeber beispielsweise in § 2 Abs. 1 Nr. 1 EEG getan.<sup>42</sup>

### b) Kollisionsrechtliches Schrifttum

Anders als beim öffentlichen Recht beschäftigt sich das kollisionsrechtliche Schrifttum bisher nur vereinzelt mit der Frage des in der AWZ anwendbaren Sachenrechts. Die Diskussion verläuft dabei überaus kontrovers.

29 Dazu ausführlich *Wurmnest*, *RabelsZ* 72 (2008), 236, 243 m. w. N.

30 *MüKo/Wendehorst*, *BGB*, 5. Aufl. 2010, Art. 45 EGBGB Rn. 22; *Wurmnest*, ebd. m. w. N.

31 So auch *Wurmnest*, ebd.

32 *MüKo/Wendehorst*, a.a.O., Art. 46 Rn. 2.

33 BT-Drs. 14/343, S. 18 f.; *Wurmnest*, a.a.O. (243); ausführlich zu Art. 46 *Mansel*, in: *Lorenz/Trunk/Eidenmüller* (Hrsg.), *FS Heldrich*, 2005, S. 899 ff.

34 *Graf Vitzthum/Graf Vitzthum*, a.a.O., Rn. 49.

35 *Graf Vitzthum/Graf Vitzthum*, a.a.O., Rn. 49.

36 *Risch*, *Windenergieanlagen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone* (2006), S. 162 ff.

37 *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 245.

38 Vgl. nur *Jenisch*, *NuR* 1997, 373, 376; *Hübner*, *ZUR* 2000, 137, 138 f.; *Erbguth/Mahlburg*, *DÖV* 2003, 665, 666; *Bönker*, *NVwZ* 2004, 537, 539. Für weitere Fundstellennachweise vgl. *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29) 245.

39 *Proelß*, *EurUP* 2009, 2 ff.

40 *Czybulka*, in: *Ehlers/Erbguth II* (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen im Seerecht*, 2003, S. 43, 47; *Kahle*, *ZUR* 2004, 80, 83 („völkerrechtliche Auslegung nationaler Vorschriften“).

41 Vgl. nur *Jenisch*, *NuR* 1997, 373, 376; *Hübner*, *ZUR* 2000, 137, 138 f.; *Erbguth/Mahlburg*, *DÖV* 2003, 665, 666; *Bönker*, *NVwZ* 2004, 537, 539. Für weitere Fundstellennachweise vgl. *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29) 245.

42 „Dieses Gesetz regelt 1. den vorrangigen Anschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas im Bundesgebiet einschließlich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (Geltungsbereich des Gesetzes) an die Netze für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität (. . .).“

### aa) Keine Geltung Internationalen Privatrechts bzw. deutschen Sachenrechts in der AWZ

Nach einer Ansicht<sup>43</sup> handelt es sich bei der Frage des in der AWZ anwendbaren Sachenrechts nicht um eine kollisionsrechtliche Frage. Eine Prüfung auf Grundlage der Regeln des Internationalen Privatrechts habe nicht stattzufinden, da das SRÜ der Bundesrepublik für die von ihr proklamierte AWZ ausschließliche Hoheitsbefugnisse einräume, so dass kein Sachverhalt mit Auslandsberührung (vgl. Art. 3 Abs. 1 EGBGB) vorliege.<sup>44</sup> Daraus wird sodann weiter gefolgert, dass in der AWZ auch kein deutsches Sachenrecht gelte, da es an der hierfür erforderlichen ausdrücklichen gesetzlichen Erstreckungsklausel fehle. Nach der Wesentlichkeitstheorie bedürfe aber die Ausdehnung des staatlichen Eigentumsrechts auf den Funktionshoheitsraum einer parlamentarischen Legitimation.<sup>45</sup>

### bb) Weite Auslegung der Erstreckungsklausel

Nach anderer Auffassung<sup>46</sup> könne die Erstreckungsklausel des § 2 Abs. 1 EEG so weit ausgelegt werden, dass sie alle mit dem Betrieb von Windkraftanlagen zusammenhängenden Fragen erfassen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die in der deutschen AWZ befindlichen Windkraftanlagen auch dem deutschen Sachenrecht unterfallen.

### cc) Anwendbarkeit deutscher Kollisionsnormen

Nach wohl h. M. sind die Normen des deutschen Internationalen Privatrechts auch auf Lebenssachverhalte in der AWZ anwendbar. Das Kollisionsrecht umfasse bei formaler Betrachtungsweise alle privatrechtlichen Sachverhalte und damit auch reine Inlandssachverhalte.<sup>47</sup> Daher könne die Anwendung dieser Regeln auf Anlagen in einem Funktionshoheitsraum auch nicht von einer Erstreckungsklausel abhängen.<sup>48</sup> Vielmehr sei eine weite Auslegung der *situs*-Regel des Art. 43 EGBGB geboten.<sup>49</sup>

### dd) Stellungnahme

Die Ermittlung des anwendbaren Rechts in der AWZ hat unter Zugrundelegung der Regeln des deutschen Kollisionsrechts zu erfolgen. Eine Erstreckungsklausel, nach der die in der AWZ belegenen Anlagen dem deutschen Sachenrecht unterliegen, ist nicht erforderlich. Das Internationale Privatrecht umfasst unabhängig davon, ob der Sachverhalt einen offensichtlichen Auslandsbezug aufweist, alle privatrechtlichen Sachverhalte und trifft im Einzelfall eine Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen gleichrangigen Privatrechtsordnungen.<sup>50</sup> Die Vorstellung, das deutsche Recht sei nur über eine ausdrückliche Erstreckungsklausel anwendbar, entstammt dem öffentlichen Recht.<sup>51</sup> Im öffentlichen Recht steht im Zusammenhang mit Anlagen im Bereich der AWZ aber eine ganz andere Frage im Vordergrund: Es geht darum, ob solche Anlagen den deutschen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen müssen und ob deutsche Behörden das Recht zum Einschreiten haben, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt werden.<sup>52</sup> Eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Rechtsordnungen ist dem öffentlichen Recht – im Rahmen der völkerrechtlichen Vorgaben – hingegen

grundsätzlich fremd. Aufgabe des Kollisionsrechts ist es demgegenüber, Interessenkonflikte auf der Basis des von einem fremden Souverän gesetzten Rechts zu entscheiden; dies vermag das öffentliche Recht nicht.<sup>53</sup> Vielmehr steht hier das anwendbare eigene öffentliche Recht von vorneherein fest. Liegt ein Fall mit Auslandsberührung vor, so stellt sich aus der Sicht des Staats – oder konkreter: der Behörde – nicht die Frage, welches Recht anwendbar ist, sondern lediglich, ob die konkrete Norm des eigenen öffentlichen Rechts auf den konkreten Sachverhalt anwendbar ist.<sup>54</sup> Anders als im Zivilrecht geht es nicht primär darum, einen Sachverhalt, der einen Interessenkonflikt zwischen Privaten betrifft, zu einer bestimmten Entscheidung zu bringen, sei es auch auf der Grundlage ausländischen Rechts. Vielmehr obliegt im öffentlichen Recht dem Staat nur die einseitige Gestaltung von Lebensverhältnissen durch staatliche Regelung. Daher ist hier eine ausdrückliche Geltungserstreckung von Normen unabdingbar, weil andernfalls der konkrete Lebenssachverhalt nicht in den Anwendungsbereich einer Norm fiele. Für jede öffentlich-rechtliche Norm müssen daher die räumlichen, persönlichen und sachlichen Kriterien feststehen, bei deren Vorliegen sie eingreift.<sup>55</sup> Das ist auch aus rechtsstaatlichen Gründen (Art. 20 Abs. 3 GG) insbesondere dann geboten, wenn mit der Norm Eingriffe in die Freiheitsrechte von Bürgern verbunden sind. Daher ist es nur sachgerecht, dass einzelne öffentlich-rechtliche Gesetze Erstreckungsklauseln bezüglich der AWZ vorsehen. Diese ausdrücklichen Erstreckungsklauseln sollen klarstellen, dass die Normen, deren Anwendbarkeit sie anordnen, auch im Bereich der AWZ Gültigkeit haben. Anders ist es bei der Frage des anwendbaren Privatrechts. Denn im Gegensatz z. B. zu umweltrechtlichen Vorschriften geht es beim Internationalen Privatrecht primär nicht darum, ob gerade das deutsche BGB in der AWZ Anwendung findet. Die Problematik stellt sich vielmehr umfassender und zielt darauf, welches Recht auf in der AWZ belegene Sachen anwendbar ist. Es handelt sich bei den deutschen Vorschriften des Internationalen Privatrechts um allseitige Kollisionsnormen.<sup>56</sup> Diese gehen von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit der nationalen Privatrechtsordnungen aus.<sup>57</sup> Eine allseitige Kollisionsnorm besagt also nicht nur, wann deutsches Recht gilt oder nicht gilt, sondern ord-

43 Risch, Windenergieanlagen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Zulassung von Windenergieanlagen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ), 2006, S. 162 ff.

44 Risch, a.a.O. (164).

45 Risch, a.a.O.

46 Dinger/Goldner, ZBB 2009, 204, 208; Büllesfeld/Multmeier, ZNER 2009, 7, 10.

47 Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 245; Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 104.

48 Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 245.

49 Ausführlich Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 247 f.

50 Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 246.

51 So zu Recht Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 245.

52 v. Bar/Mankowski, IPR Bd. I, 2003, § 4 Rn. 52 ff.; vgl. auch Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 246.

53 v. Bar/Mankowski, IPR Bd. I, 2003, § 4 Rn. 57.

54 v. Bar/Mankowski, IPR Bd. I, 2003, § 4 Rn. 58.

55 v. Bar/Mankowski, IPR Bd. I, 2003, § 4 Rn. 61; Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 246.

56 Palandt/Thorn, BGB, 70. Aufl. 2011, Einl v Art. 3 EGBGB Rn. 18.

57 Palandt/Thorn, a.a.O.

net positiv an, welches Recht – mag es inländisches oder ausländisches sein – das betreffende Rechtsverhältnis beherrscht.<sup>58</sup> Daher ist der Schluss, dass weil die AWZ „staatsfreies“ Gebiet sei, die dort verwirklichten Rechtsvorgänge keiner Zivilrechtsordnung unterlägen, unzutreffend: Über die Vorschriften des Internationalen Privatrechts kann vielmehr auch im Bereich eines Funktionshoheitsraums, ja sogar auf vollständig staatsfreiem Gebiet, nationales Privatrecht zur Anwendung kommen.<sup>59</sup> Befindet sich eine Sache auf vollständig staatsfreiem Gebiet, so gilt nicht etwa kein Sachrecht, sondern es ist eine abweichende Anknüpfung – etwa an die engste Verbindung oder den letzten bekannten Lageort – vorzunehmen.<sup>60</sup>

Für die Anwendbarkeit nationaler IPR-Vorschriften im Bereich der AWZ spricht auch, dass Art. 56 Abs. 1 SRÜ dem Küstenstaat dort „sovereign rights“ und „jurisdiction“ eröffnet. Der im deutschen Sprachraum selten verwendete Begriff „Judikatur“ gibt nur verkürzt die Hoheitsgewalt wieder und bedeutet im Wesentlichen „Rechtsprechung“.<sup>61</sup> Das ist im englischen Sprach- und Rechtskreis anders: Hier bezeichnet der Begriff primär die Gerichtsbarkeit, die Regierungsgewalt über Territorien und auch die Befugnis, Rechtsnormen zu setzen, ausulegen, auszuführen und sie durchzusetzen.<sup>62</sup> Es geht also unmittelbar um die Ausübung staatlicher Gerichtsgewalt, die *facultas iurisdictionis*.<sup>63</sup> Nach dem allgemeinen Grundsatz des Kollisionsrechts nimmt das Gericht ausschließlich sein eigenes Kollisionsrecht zum Ausgang seiner kollisionsrechtlichen Prüfung,<sup>64</sup> wendet damit also zunächst das Internationale Privatrecht der *lex fori* an.<sup>65</sup> Weist das SRÜ also dem Küstenstaat „jurisdiction“ also für seine AWZ zu, dann ist damit das Verfahrensrecht und das IPR angesprochen. Da jedes Gericht nur sein eigenes IPR anwendet, ist diese Wertung auch auf das Internationale Privatrecht zu übertragen.

### c) Maßgebliche Anknüpfung

Von der Frage, ob Kollisionsrecht Anwendung findet, ist die Frage, wie auf der Grundlage des anwendbaren deutschen Kollisionsrechts das auf den konkreten Fall anwendbare Sachrecht zu bestimmen ist, strikt zu trennen. Ausgangspunkt der Anknüpfung ist zwar auch hier Art. 43 EGBGB und somit das Recht des Belegenheitsortes. Gleichwohl ist zu erwägen, ob nicht für im Bereich der AWZ befindliche Sachen gemäß Art. 46 EGBGB ausnahmsweise eine andere Anknüpfung geboten ist. Hinsichtlich der denkbaren Anknüpfung kommen neben der *lex rei sitae*-Regel die letzte Belegenheit im Küstenmeer, der Flaggenstaat des Schiffes, mit dem die jeweilige Komponente in die AWZ verbracht worden ist und das Heimatrecht des Eigentümers in Betracht.<sup>66</sup>

#### aa) Anwendbarkeit der *lex rei sitae* auch auf in der AWZ belegene Sachen

Mitunter wird für eine direkte oder analoge Anwendbarkeit des Art. 43 EGBGB und damit des Rechts des Belegenheitsortes auch auf in der AWZ belegene Sachen plädiert.<sup>67</sup> Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass sich für die AWZ problemlos ein Staatsbezug herstellen lasse, und zwar auf den jeweiligen Küstenstaat, der die

AWZ eingerichtet hat.<sup>68</sup> Zur Begründung wird auch die Geltung des EEG im Bereich der AWZ angeführt.<sup>69</sup> Teilweise wird dieses Ergebnis auch aus allgemeinen Grundsätzen des deutschen Internationalen Privatrechts abgeleitet.<sup>70</sup> Dies würde in jedem Fall zur Anwendung deutschen Sachenrechts führen.

#### bb) Recht der letzten Belegenheit im Küstenmeer

Einer anderen Ansicht zufolge ist auf in der AWZ befindliche Sachen das Recht der letzten Belegenheit im Küstenmeer anwendbar.<sup>71</sup> Eine solche – allerdings ausdrückliche – Kollisionsnorm findet sich in Art. VIII des Weltraumvertrags.<sup>72</sup> Danach behält ein Vertragsstaat, in dem ein in den Weltraum gestarteter Gegenstand registriert ist, die Hoheitsgewalt und Kontrolle über diesen Gegenstand und dessen gesamte Besatzung, während sie sich im Weltraum oder auf einem Himmelskörper befinden; das Eigentum an Gegenständen, die in den Weltraum gestartet werden, einschließlich der auf einem Himmelskörper gelandeten oder zusammengebauten Gegenstände, und an ihren Bestandteilen wird durch ihren Aufenthalt im Weltraum oder auf einem Himmelskörper oder durch ihre Rückkehr zur Erde nicht berührt. Überträgt man dies auf die Situation im Meer, würde es entscheidend darauf ankommen, welches Küstenmeer das Schiff mit der Windkraftanlage an Bord zuletzt durchquert hat.

#### cc) Recht des Flaggenstaats des Verbringungsschiffes

In Betracht kommt auch eine Anknüpfung an das Recht des Flaggenstaats des Schiffes, das die Anlage in die AWZ verbracht hat.<sup>73</sup> Dafür könnte man die im Internationalen Privatrecht des Seehandels akzeptierte Re-

58 Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 2 Rn. 12.

59 Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 246.

60 Vgl. MüKoBGB/Sonnenberger, 5. Aufl. 2010, Art. 43 EGBGB Rn. 106; v. Bar/Mankowski, IPR Bd. I, § 3 Rn. 25; Bd. II, § 7 Rn. 754.

61 So zu Recht Pestke, Offshore-Windfarmen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone, 2008, S. 77.

62 Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion, S. 2; Pestke, a.a.O. (77 f.).

63 Vgl. von Hoffmann/Thorn, a.a.O., § 3 Rn. 13.

64 Ausländisches Kollisionsrecht kommt erst in einem zweiten Schritt zur Anwendung und auch nur dann, wenn es sich bei der Verweisung – wie meist – um eine Gesamtverweisung handelt. Dazu von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 18.

65 Statt aller Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2007, S. 210.

66 Vgl. Reichert-Facilides, a.a.O. (1548 ff.).

67 So Wurmnest, (Fn. 29), 249; Reichert-Facilides, a.a.O. (1549).

68 Reichert-Facilides, a.a.O. (1549); Diekamp, ZBB 2004, 10, 21. Im Ergebnis auch Dannecker/Kreth, DVBl. 2009, 748, 753.

69 Büllesfeld/Multmeier, ZNER 2009, 1, 11.

70 Müller-Helle/Theilmann, RdE 2010, 369, 370.

71 Dinger/Goldner, ZBB 2009, 204, 209; Müller-Helle/Theilmann, RdE 2010, 369, 372.

72 „Vertrag über die Grundsätze zur Regelung der Tätigkeiten von Staaten bei der Erforschung und Nutzung des Weltraums einschließlich des Mondes und anderer Himmelskörper“, für Deutschland in Kraft getreten am 10. Februar 1971, BGBl. 1990 II, S. 508.

73 Dies erwägt Reichert-Facilides, a.a.O. (1549), lehnt die Anknüpfung aber i. E. ab.

gel, nach der die Ladung das sachenrechtliche Schicksal des Schiffs teilt,<sup>74</sup> anführen.

#### dd) Heimatrecht des Eigentümers

Nach früher ganz h. M. ist für Sachen, die sich in staatsfreiem Gebiet befinden, das Heimatrecht des Eigentümers anzuwenden.<sup>75</sup> Das beruht maßgeblich auf der Überlegung, dass die Anknüpfung an die *lex rei sitae* bei engem Verständnis in diesen Fällen mangels anwendbarem Belegenheitsrechts ins Leere geht.<sup>76</sup>

#### ee) Stellungnahme: Völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 43 EGBGB

Gemäß Art. 43 EGBGB bestimmt sich das anwendbare Sachenrecht grundsätzlich nach dem Recht am Lagerort. Die zu besichernden Windenergieanlagen befinden sich in der AWZ, d. h. in einem Gebiet, welches nicht unmittelbar zum Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gehört. Bei wörtlicher Anwendung der *situs*-Regel würde die Anknüpfung in der Tat leer laufen: Denn nach Art. 43 EGBGB unterliegen Rechte an einer Sache dem Recht des *Stat*, in dem sich die Sache befindet. Da das Meer und der Festlandssockel im Bereich der AWZ zu keinem Staat bzw. zu keinem Hoheitsgebiet gehören, würde Art. 43 EGBGB auch auf keine Rechtsordnung verweisen.

Eine Anknüpfung gemäß Art. 45 EGBGB führt aber ebenfalls nicht weiter. Nach dessen Abs. 1 unterliegen Rechte an Luft-, Wasser- und Schienenfahrzeugen dem Recht des Herkunftsstaats. Das ist bei Wasserfahrzeugen der Staat der Registereintragung, sonst des Heimathafens oder des Heimatorts. Vom Wortlaut her unterfallen Offshore-Windkraftanlagen nicht dieser Vorschrift, da sie im Gegensatz zu Schiffen stationär sind und sich nicht von A nach B fortbewegen. Gerade der letzte Aspekt macht aber bei Wasserfahrzeugen überhaupt erst eine entsprechende Kollisionsvorschrift, die an den Registrierungsstaat oder den Heimathafen anknüpft, erforderlich. Hinzu kommt, dass Offshore-Windkraftanlagen gegenwärtig nicht in das Schiffsregister eingetragen werden können und auch keinen Heimathafen haben.

Aber auch die Ausnahmevorschrift des Art. 46 EGBGB greift in diesen Fällen nicht unmittelbar. Denn diese setzt ihrem Wortlaut nach voraus, dass eigentlich ein Fall der Art. 43-45 EGBGB vorliegt und will nur verhindern, dass ein „extrem sachfremdes Recht“ zur Anwendung gelangt.<sup>77</sup> Bei Art. 46 EGBGB handelt es sich also nicht um eine primär rechtsanwendungsbegründende Kollisionsnorm, die von sich aus die Anwendung eines bestimmten Rechts anordnen könnte. Vielmehr stellt sie eine kollisionsrechtliche Ausweichklausel,<sup>78</sup> also eine Korrektornorm dar, die einen anderweitig ausgesprochenen Rechtsanwendungsbefehl – insbesondere den des Art. 43 EGBGB – durchbricht. Sie greift im Falle atypischer Interessenlagen, auf die Grundanknüpfungsregeln der Art. 43 bis 45 keine Rücksicht genommen haben.<sup>79</sup> Darum geht es hier aber nicht.

Eine Anknüpfung an den letzten Belegenheitsort im Küstenmeer erscheint willkürlich und nicht rechtssicher. Gedacht ist wohl an den Fall, in dem eine in Deutschland

hergestellte Windkraftanlage durch das deutsche Küstenmeer in die deutsche AWZ verbracht wird. Was aber, wenn die Windkraftanlage von den Niederlanden oder gar Großbritannien aus in die deutsche AWZ verschifft wurde?<sup>80</sup> In diesem Fall wäre auf die sachenrechtlichen Verhältnisse niederländisches bzw. britisches Recht anwendbar, was zu wenig sachgerechten Ergebnissen führen kann, wenn die Windkraftanlage von einem deutschen Energieunternehmen betrieben wird und für die Stromversorgung in Deutschland vorgesehen ist. Zu berücksichtigen ist auch, dass man es in den seltensten Fällen mit einzelnen Windkraftanlagen zu tun haben wird. Viel häufiger geht es um große Windkraftparks. Würde man hier an den letzten Belegenheitsort im Küstenmeer anknüpfen, so würde dies im Ergebnis bedeuten, dass sich die sachenrechtlichen Verhältnisse an den einzelnen Windkraftanlagen nach unterschiedlichen Rechtsordnungen beurteilen.<sup>81</sup> Gegen eine solche Anknüpfung spricht auch, dass der Ort der letzten Belegenheit im Küstenmeer – anders als der Startstaat eines Satelliten – wohl selten dokumentiert sein wird.<sup>82</sup> Mehr Rechtssicherheit wäre somit nicht zu gewinnen.

Gerade der Aspekt der Willkürlichkeit und mangelnden Rechtssicherheit spricht aber auch gegen eine Anknüpfung an den Flaggen- oder Herkunftsstaats des Schiffs, mit dem die Windkraftanlage in die AWZ verbracht wurde. So kommt es besonders im Schiffsverkehr häufig zu dem Phänomen der sog. Ausflagung, also dem Wechsel in ein Schiffsregister eines anderen Staates. Meistens handelt es sich dabei um einen Staat mit einer „Billigflagge“ („*flag of convenience*“), mit dem Ziel, Kosten zu sparen. Zu diesen Staaten gehören neben Zypern auch Panama, Liberia, die Philippinen und die Bahamas. Damit käme oftmals ein den Beteiligten unbekanntes Recht zur Anwendung, das zudem keinen Bezug zur Windkraftanlage hat.

Den Ausgangspunkt der Beantwortung der Frage nach dem anwendbaren Sachenrecht muss daher die Überlegung bilden, dass – wie gezeigt – bei der sachenrechtlichen Behandlung von in der AWZ belegenen Sachen streng zwischen dem gebietsrechtlichen und dem nutzungsrechtlichen Status der AWZ zu differenzieren ist: Zwar ist die AWZ gebietsrechtlich „Niemandland“. Nutzungsrechtlich kommt ihr aber ein eigener Status des „funktionalen Hoheitsraums“ zu, in dem der Errichtungsstaat abgeschwächte Hoheitsrechte ausüben darf. Diese völkerrechtliche Komponente muss auch bei der Auslegung des Art. 43 EGBGB berücksichtigt werden. Es ist somit nach den Grundsätzen des Völkerrechts zu prüfen, ob hier eine Zuordnung zum Küsten-

74 Vgl. *Reichert-Facilides*, a.a.O. (1549) unter Hinweis auf BGHZ 34, 227; MüKo/Wendehorst, a.a.O., Art. 43 EGBGB Rn. 110.

75 *Kegel*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 1987, S. 12.

76 *Kegel*, a.a.O.

77 BT-Drs. 14/343, S. 18 f.; *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 243; ausführlich zu Art. 46 *Mansel*, in: Lorenz/Trunk/Eidenmüller (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 899 ff.

78 Bamberger/Roth/Spickhoff, BeckOK-EGBGB, Edition 20, Stand: 1. 3. 2011, Art. 46 Rn. 1.

79 Bamberger/Roth/Spickhoff, a.a.O.

80 Vgl. auch die Überlegungen von *Reichert-Facilides*, a.a.O. (1548).

81 Vgl. auch *Reichert-Facilides*, a.a.O. (1548).

82 *Reichert-Facilides*, a.a.O. (1548).

staat vorgenommen werden kann.<sup>83</sup> Aufgrund der völkerrechtlich durch Art. 56 ff. SRÜ der Bundesrepublik ausschließlich zugewiesenen Hoheitsrechte für die Ausbeutung und Erforschung der natürlichen Lebensgrundlagen in der AWZ liegt es nahe, den Lageort räumlich weit zu verstehen und Anlagen in der AWZ als in dem angrenzenden Küstenstaat belegen anzusehen.<sup>84</sup> Die situs-Regel des Art. 43 EGBGB erfasst somit nicht nur die sicher häufigere Konstellation der Belegenheit einer Sache auf dem Territorium eines Staates, sondern eben auch den Fall, dass die Sache im Bereich der AWZ oder auf dem Festlandsockel belegen ist.<sup>85</sup> Der Küstenstaat hat über in der AWZ oder auf dem Festlandsockel errichtete künstliche Inseln, Anlagen und Bauwerke ausschließliche Hoheitsbefugnisse (Art. 60 Abs. 2, 80 SRÜ). Somit weist das Völkerrecht dem Küstenstaat ausschließliche souveräne Rechte über in der AWZ errichtete Windkraftanlagen zu.<sup>86</sup> Gerade diese Exklusivität der souveränen Rechte ist es, die in diesem Fall über den physischen Lageort der Sache eine ebenso sachgerechte, eindeutige und damit rechtssichere Beziehung zur Rechtsordnung des Küstenstaates, in dessen ausschließlichem Herrschaftsbereich sich die Sache befindet, herstellt.<sup>87</sup> Dieses Ergebnis wird auch durch die Rechtsprechung des EuGH gestützt. Dieser hatte im Jahr 2002 über einen Fall zu entscheiden, bei dem es um die Frage ging, welches Gericht nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ<sup>88</sup> international zuständig ist für eine Klage eines Arbeitnehmers, der auf festen oder schwimmenden Einrichtungen über dem an einen Vertragsstaat angrenzenden Festlandsockel im Rahmen der Erforschung bzw. Ausbeutung seiner natürlichen Reichtümer tätig war. Der EuGH entschied, dass der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat habe, der an den jeweiligen Festlandsockel angrenzte, da dieser Staat die alleinigen Hoheitsrechte über die in diesem Funktionshoheitsraum befindlichen Anlagen habe.<sup>89</sup> Das zeigt, dass nach der Vorstellung des EuGH das internationale Zivilverfahrensrecht die Vorgaben des Völkerrechts übernimmt und somit den Funktionshoheitsraum AWZ der Gebietshoheit des Küstenstaats unterwirft.<sup>90</sup> Diese Wertung ist auch auf das Internationale Privatrecht zu übertragen.<sup>91</sup>

Für die hier vertretene Auffassung spricht auch eine Vergleichsbetrachtung zum internationalen Deliktsrecht: Für diesen Bereich hatte die Europäische Kommission ursprünglich eine Hilfsnorm für den Fall konzipiert, dass der Anknüpfungspunkt (Tatort) in staatsfreiem Gebiet liegt.<sup>92</sup> Die Regelung lautet: „Für die Zwecke dieser Verordnung sind dem Hoheitsgebiet eines Staates gleichgestellt: a) die Einrichtungen und sonstigen Anlagen zur Exploration und Gewinnung natürlicher Ressourcen, die sich in, auf oder über einem Teil des Meeresgrunds befinden, der außerhalb der Hoheitsgewässer dieses Staates liegt, soweit dieser Staat aufgrund des Völkerrechts ermächtigt ist, dort Hoheitsrechte zum Zwecke der Exploration (. . .) auszuüben (. . .).“ Diese Vorschrift zeigt, dass das Kollisionsrecht die völkerrechtlichen Vorgaben übernimmt.

Zudem streitet eine staatenübergreifende rechtsvergleichende Untersuchung für die Anwendbarkeit der *lex-rei-sitae*-Regel des Art. 43 EGBGB. International herrscht überwiegend die Vorstellung vor, dass das Sa-

chenrecht des Küstenstaats auch auf stationäre Anlagen anwendbar ist, die in deren AWZ installiert worden sind.<sup>93</sup> Dies hat in einzelnen Staaten auch auf unterschiedlichem Weg Eingang in das geschriebene Recht gefunden. Das rumänische IPR-Gesetz enthält dazu eine Klarstellung.<sup>94</sup> Teilweise wurde sogar der Anwendungsbereich nationaler zivilrechtlicher Regeln durch spezielle Gesetze auf Offshore-Anlagen, die über dem Festlandsockel errichtet werden, erstreckt. Das ist beispielsweise der Fall in den Vereinigten Staaten von Amerika,<sup>95</sup> aber auch in Großbritannien, Australien und Neuseeland.<sup>96</sup>

Die Anwendung von Art. 43 EGBGB führt im Ergebnis dazu, dass deutsches Sachenrecht auf die in der AWZ befindlichen Offshore-Windkraftanlagen anwendbar ist. Das betrifft sowohl die Frage des Eigentums als auch beschränkt dingliche Rechte.

#### IV. Kreditsicherung an „Meeresgrundstücken“

Vor dem Hintergrund dieser rechtlichen Situation stellt sich die Frage nach Möglichkeiten der Kreditsicherung.

83 Vgl. MüKo-BGB/Sonnenberger, 5. Aufl. 2010, Einl. IPR Rn. 111.

84 So auch Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 247.

85 Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 247.

86 Jenisch, in: Ehlers/Erbguth I (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Seerecht, 2000, S. 21, 26; Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 247; Fitzpatrick, Künstliche Inseln und Anlagen auf See, 1998, S. 42 ff.

87 Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 247.

88 Heute Art. 19 Nr. 2 EuGVO.

89 EuGH, Slg. 2002, I-2042 f., Rn. 31 ff.

90 Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 248.

91 Gleichsinnig Wurmnest, a.a.O. ebd.

92 Art. 18 des Kommissionsentwurfs vom 22. 7. 2003, KOM (2003) 427 endg. = IPRax 2005, 174; MüKo-BGB/Junker, 5. Aufl. 2010, Art. 4 Rom-II Rn. 33 f. Der Vorschlag wurde nicht weiter verfolgt, da er die herrschende Auffassung der Beteiligten widerspiegelte.

93 Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 248.

94 Art. 51 des rumänischen Gesetzes Nr. 105 über die Regelung der internationalen Privatrechtsverhältnisse vom 22. September 1992 lautet: „Plattformen und dauerhafte Einrichtungen zur Ausbeutung von Unterwasserressourcen auf dem Festlandsockel sind im Sinne dieses Kapitels unbewegliche Sachen.“ (deutsche Übersetzung aus RabelsZ 58 (1994), 534). Dazu Căpățînă, RabelsZ 58 (1994), 465 ff.

95 Vgl. die Regelungen im „Outer Continental Shelf Act“, 43 U.S.C. 1333 § 1: „The Constitution and laws and civil and political jurisdiction of the United States are hereby extended to the subsoil and seabed of the outer Continental Shelf and to all artificial islands, and all installations and other devices permanently or temporarily attached to the seabed, which may be erected thereon for the purpose of exploring for, developing, or producing resources therefrom, or any such installation or other device (other than a ship or vessel) for the purpose of transporting such resources, to the same extent as if the outer Continental Shelf were an area of exclusive Federal jurisdiction located within a State: Provided, however, That mineral leases on the outer Continental Shelf shall be maintained or issued only under the provisions of this Act.“ § 2A: „To the extent that they are applicable and not inconsistent with this Act or with other Federal laws and regulations of the Secretary now in effect or hereafter adopted, the civil and criminal laws of each adjacent State now in effect or hereafter adopted, amended, or repealed are hereby declared to be the law of the United States for that portion of the subsoil and seabed of the outer Continental Shelf, and artificial islands and fixed structures erected thereon, which would be within the area of the State if its boundaries were extended seaward to the outer margin of the outer Continental Shelf, and the President shall determine and publish in the Federal Register such projected lines extending seaward and defining each such area. All of such applicable laws shall be administered and enforced by the appropriate officers and courts of the United States. State taxation laws shall not apply to the outer Continental Shelf.“

96 Vgl. De Mestral, Alberta L. Rev. 21 (1983), 63, 66. Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 248.

Eine besonders rechtssichere Form der Kreditsicherung würde darin bestehen, eine Hypothek oder Grundschuld an dem entsprechenden Meeresgrundstück zu bestellen. Ob diese Möglichkeit allerdings im Meer besteht, ist zweifelhaft. Hier ist wiederum zwischen der Rechtslage im Küstenmeer und im Bereich der AWZ zu differenzieren.

## 1. Grundstücke im Bereich des Küstenmeeres

### a) Eigentumsverhältnisse am Küstenmeer

Zu den Bundeswasserstraßen gehören nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 WaStrG auch die Seestraßen, also die Flächen zwischen der Küstenlinie bei mittlerem Hochwasser oder der seewärtigen Begrenzung der Binnenwasserstraßen und der seewärtigen Begrenzung des Küstenmeeres.<sup>97</sup> Daher handelt es sich auch beim Küstenmeer um eine Bundeswasserstraße in diesem Sinne. Das Küstenmeer steht im Bundeseigentum.<sup>98</sup> Nach Art. 89 Abs. 1 GG ist der Bund Eigentümer der bisherigen Reichswasserstraßen, soweit die alten Bundesländer betroffen sind. Gemäß § 1 Abs. 1 WaStrVermG sind die bisherigen Reichswasserstraßen, Binnen- und Seewasserstraßen mit Wirkung vom 24. Mai 1949 als Bundeswasserstraßen Eigentum des Bundes. Vom gleichen Zeitpunkt ist der Bund Inhaber aller sonstigen Vermögensrechte die dem Deutschen Reich gehörten und Zwecken der Verwaltung der Reichswasserstraßen und des Leuchtfeuerwesens sowie anderen navigatorischen Aufgaben dienen oder die ausschließlich für diese Zwecke begründet oder bestimmt worden sind. Das Eigentum des Bundes ist dabei echtes bürgerlich-rechtliches Eigentum.<sup>99</sup> Dieses wird lediglich von einzelnen öffentlich-rechtlichen Regelungen der Landeswassergesetze und des Bundeswasserstraßengesetzes überlagert.<sup>100</sup> Hinsichtlich der neuen Bundesländer ist der Bund mit der Wiedervereinigung Eigentümer der Reichswasserstraßen geworden, die im Hoheitsgebiet der früheren DDR belegen waren.<sup>101</sup>

Eine genaue Definition des Inhalts des Eigentums oder auch nur eine präzise Grenzziehung erfolgte gesetzlich jedoch nicht.<sup>102</sup> In welchem räumlichen Umfang die Weimarer Reichsverfassung und der Staatsvertrag 1921 dem Deutschen Reich das Eigentum an den Seewasserstraßen zugewiesen haben, war daher lange Zeit umstritten. Die Begriffe „Wasserstraße“ und „Seewasserstraße“ wurden seinerzeit weder abschließend geklärt noch ausdrücklich geregelt. Die in der Rechtsprechung und im Schrifttum dazu vertretenen Auffassungen sind unterschiedlich.<sup>103</sup> Zu einer Klärung dieser Streitfrage hat maßgeblich ein Urteil des BGH beigetragen. Ausgangspunkt seiner Entscheidung aus dem Jahr 1989<sup>104</sup> war die Frage, ob die in der Ostsee belegene „Hohwachter Bucht“ im Bundeseigentum steht. Dabei ging es um einen Teil der Buchtfläche, den die Bundesrepublik Deutschland als damalige Beklagte als ihr Eigentum reklamierte und für dieses das Grundbuchanlegungsverfahren betrieb, weil sie einen Teil der streitigen Fläche an den privaten Betreiber eines Sportboothafens veräußern wollte. Das klagende Land war dem entgegengetreten: Es komme auf den tatsächlichen Verlauf der Küstenlinie am 10. 4. 1968, dem Tag des Inkrafttretens des Bundeswasserstraßengesetzes

vom 2. 4. 1968 (BGBl II, 173 – WaStrG) an. Deshalb seien Seewasserstraßen nicht die gesamten mit Wasser bedeckten Flächen der Küstengewässer, sondern nur die Schifffahrtswege zu den Seehäfen, insbesondere die betonnten und gebaggerten Fahrinnen für die Schifffahrt. Der BGH sah dies anders: Entscheidender Stichtag für die Beurteilung der eigentumsrechtlichen Verhältnisse der streitigen, vormals zur Ostsee gehörenden Flächen sei der 1. 4. 1921, der Zeitpunkt des Übergangs der Wasserstraßen von den Ländern auf das Deutsche Reich nach Art. 97 Abs. 1, 171 Abs. 1 WRV und § 1 des Gesetzes über den Staatsvertrag betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 29. 7. 1921. Nach Art. 97, 171 WRV musste das Reich die dem allgemeinen Verkehr dienenden Wasserstraßen bis spätestens 1. 4. 1921 in sein Eigentum und seine Verwaltung übernehmen, was rechtlich durch den 1921 zwischen dem Reich und einigen Ländern, darunter Preußen, geschlossenen Staatsvertrag, der mit Wirkung vom 1. 4. 1921 als Gesetz in Kraft trat.<sup>105</sup> Die in einer Anlage des Vertrages im einzelnen aufgeführten Binnenwasserstraßen sowie die – nicht näher bestimmten – Seewasserstraßen der Länder wurden danach Eigentum des Reichs.<sup>106</sup> Auch für den Staatsvertrag sei ein weites Verständnis des Begriffs „Seewasserstraße“ angezeigt. Der BGH betont, dass dadurch der gesamte Bereich der Küstengewässer und nicht nur die darin verlaufenden eigentlichen Schifffahrtswege zu Eigentum übertragen wurde. Dafür spreche vor allem der Sinn und Zweck der Regelung: Ihr Ziel sei es gewesen, die verkehrswichtigen Wasserwege des Reichs wegen ihrer infolge der wirtschaftlichen Entwicklung zunehmend gewachsenen Verkehrsbedeutung und zur weiteren Stärkung und Förderung des allgemeinen Wohls im gesamtstaatlichen Interesse in der Hand des Reichs zu vereinigen.<sup>107</sup> Das Reich sollte

97 § 1 Abs. 2 S. 1 WaStrG. Zu den Seewasserstraßen gehören nicht die Hafeneinfahrten, die von Leitdämmen oder Molen ein- oder beidseitig begrenzt sind, die Außentiefs, die Küstenschutz-, Entwässerungs-, Landgewinnungsbauwerke, Badeanlagen und der trockenfallende Badestrand (§ 1 Abs. 2 S. 2 WaStrG).

98 *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 250.

99 *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl., 2011, Art. 89, Rn. 1.

100 BGHZ 9, 373, 385; 69, 284, 286; 110, 148, 149; OVG NW, OVGE 36, 1, 5; *Jarass/Pieroth*, a.a.O.

101 *Mangoldt/Klein/Stark/Ibler*, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 89 Rn. 12; *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 250.

102 *Wurmnest*, a.a.O. ebd.

103 Vgl. die Nachweise in BGHZ 47, 117, 120 ff.

104 NJW 1989, 2464.

105 BGH, a.a.O. (2465).

106 BGH, a.a.O. (2465). Damit wurde letztlich ein im Mittelalter begonnener Prozess rückgängig gemacht. Dazu der BGH, a.a.O.: „Geschichtlich stellt sich dieser Vorgang als Rückabwicklung eines während des Mittelalters und danach in Jahrhunderten gewachsenen Rechtszustandes dar. Die Herrschaft über die großen und bedeutenden Gewässer, die in früherer Zeit der Zentralgewalt des alten Reichs (König, Kaiser) zugestanden hatte, war spätestens mit dessen Auflösung 1806 endgültig auf die Partikularregenten (Landesherrn der Einzelstaaten) übergegangen. An dieser Rechtsentwicklung hat sich weder durch die Gründung des Deutschen Reichs von 1871 noch durch das Inkrafttreten des BGB am 1. 1. 1900 etwas geändert (vgl. Art. 4 Nr. 7 bis 9, Art. 54 der Reichsverfassung von 1871; Art. 65, 66 EGBGB). Die Rückübertragung der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich aufgrund der Weimarer Reichsverfassung von 1919 bedeutet insofern eine Abkehr von einer jahrhundertalten Rechtsstradition (vgl. *Anschütz, WRV*, 14. Aufl., Art. 97 Anm. 5; auch BGHZ 47, 117, 119).“

107 BGH, a.a.O. (2466).

auch volles privatrechtliches Eigentum mit allen daran haftenden Rechten und Pflichten an den in seine Verwaltung übergehenden Wasserstraßen erlangen.<sup>108</sup> Somit steht das Küstenmeer insgesamt im Eigentum des Bundes.

## b) Möglichkeiten der Kreditsicherung

### aa) Ausgangslage

Das Eigentum des Bundes erstreckt sich auf das gesamte Küstenmeer und nicht nur auf die dort befindlichen Straßen im engen Sinn, und der Umfang dieses vollen privatrechtlichen Eigentums bestimmt sich grundsätzlich nach § 903 S. 1 BGB.<sup>109</sup> Es erstreckt sich nicht nur auf den Meeresboden,<sup>110</sup> sondern auch auf die Wassersäule.<sup>111</sup> Fraglich ist allerdings, ob sich dieses Eigentum mit den Kategorien des BGB – Grundeigentum bzw. Fahrniseigentum – beschreiben lässt, oder ob es sich insoweit um eine Eigentumsform *sui generis* handelt. Richtigerweise handelt es sich auch beim Küstenmeer um vollwertiges Grundeigentum.<sup>112</sup> Die Küstengewässer können für sachenrechtliche Zwecke als „Meeresgrundstücke“ angesehen werden.<sup>113</sup> Große Teile des Küstengewässers sind katastermäßig erfasst.<sup>114</sup> Dem kann nicht etwa entgegengehalten werden, dass es für diese Bereiche kein Grundbuch gebe.<sup>115</sup> Denn gemäß § 3 Abs. 2 GBO sind die Grundstücke des Bundes grundsätzlich buchungsfrei. Sie erhalten ein Grundbuchblatt nur auf Antrag des Eigentümers oder eines Berechtigten. Dem lag ursprünglich die Vorstellung zugrunde, dass die Grundstücke dieser institutionellen Eigentümer im Regelfall nicht am Rechtsverkehr teilnehmen.<sup>116</sup> Sollen sie aber doch am Rechtsverkehr teilnehmen, können sie auf Antrag eingebucht werden. Hierbei handelt es sich nicht um einen Eintragungsantrag, der ein Verfahren i. S. v. §§ 13 ff. GBO auslöst.<sup>117</sup> Der nach Antrag nach § 3 Abs. 2 GBO dient – ähnlich wie bei der Blattanlegung für grundstücksgleiche Rechte nach einigen Landesrechten<sup>118</sup> – dazu, das amtswegige Verfahren der Blattanlegung einzuleiten.<sup>119</sup> Daher ist die Formvorschrift des § 29 GBO in diesem Verfahren nicht anwendbar.<sup>120</sup> Allerdings bedarf der Antrag nach § 3 Abs. 2 GBO des Nachweises der Antragsberechtigung.<sup>121</sup> Wer sich in ein buchungsfreies Grundstück als Eigentümer einbuchen lassen will, muss dartun, dass er zu einer der in § 123 Nr. 1 bis 3 GBO genannten Personengruppen gehört.<sup>122</sup> Dazu ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass formlos Tatsachen angegeben werden, die das Eigentum des Antragstellers zumindest wahrscheinlich machen.<sup>123</sup>

Bisher bucht der Bund Meeresflächen allerdings nur im Ausnahmefall, und zwar meist Flächen, die von der Seewasserstraße ausgegrenzt werden können, wie beispielsweise Hafentflächen, Landgewinnungsbauten und Badeanlagen.<sup>124</sup> Denn gemäß Art. 89 Abs. 1 GG ist es dem Bund nach allgemeiner Ansicht verwehrt, sein Eigentum an den ehemaligen Reichswasserstraßen zu übertragen oder aufzugeben.<sup>125</sup> Das gilt allerdings nicht für Belastungen.

### bb) Bestellung eines Erbbaurechts

In Betracht kommt daher die Bestellung eines Erbbaurechts zugunsten des Betreibers der Windener-

gieanlage.<sup>126</sup> Dadurch steht das Bauwerk im Eigentum des Erbbauberechtigten (§ 12 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz). Die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen dafür sind gegeben: Die erstmalige, gemarkungswise Anlegung des Grundbuchs ist in Deutschland abgeschlossen.<sup>127</sup> Das Grundbuch gilt daher nach Art. 186 Abs. 2 EGBGB auch für alle buchungsfreien Grundstücke als angelegt. Das bedeutet, dass nach Art. 189 EGBGB auch für die buchungsfreien Grundstücke das materielle Immobilien-sachenrecht des BGB zur Anwendung kommt.<sup>128</sup> Der Eigentumserwerb an buchungsfreien Grundstücken erfolgt somit im Grundsatz gemäß §§ 873 Abs. 1, 925 BGB durch Einigung und Eintragung. Die dingliche Bestellung eines Erbbaurechts richtet sich nach § 873 Abs. 1 BGB i. V. m. § 11 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz.<sup>129</sup> Erforderlich sind daher Einigung und Eintragung.<sup>130</sup> Voraussetzung dafür ist allerdings, dass das buchungsfreie Grundstück eingebucht und der Veräußerer nach § 39 GBO voreingetragen wird.<sup>131</sup> Die Eigentumsverhältnisse an der Windkraftanlage hängen allerdings nicht davon ab, wann das Erbbaurecht im Grundbuch eingetragen wurde: Selbst in dem Fall, dass das Erbbaurecht erst nach der Errichtung der Windkraftanlage bestellt und eingetragen wird, erwirbt der Erbbauberechtigte mit der Eintragung des Erbbaurechts das Eigentum an dieser (§ 12 Abs. 1 S. 2 Erbbaurechtsgesetz).<sup>132</sup> Möglich ist es auch, nach der Einbuchung des buchungsfreien Grundstücks eine Vormerkung des Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts eintragen zu lassen. Der Vorteil des Erbbaurechtsvertrags liegt vor allem darin, dass dieser sehr langfristig geschlossen werden kann. Das Erbbaurecht kann zu Zwecken der Kreditsicherung mit Hypotheken oder Grundschulden belastet werden. Ein weiterer Vorteil des Erbbaurechts besteht darin, dass dieses grund-

108 BGH, a.a.O. (2466).

109 *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 251.

110 Dazu Mangoldt/Klein/Stark/Ibler, a.a.O., Art. 89 Rn. 20 m. w. N.

111 BGHZ 28, 34, 37 f.; Mangoldt/Klein/Stark/Ibler, a.a.O., Art. 89 Rn. 20; *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 251. A. A. (wegen mangelnder Sachqualität des Wassers) Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, 2004, Vorbem. zu §§ 90-103 Rn. 48; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl. 2011, § 90 Rn. 1.

112 So auch *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 251.

113 Vgl. *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 251.

114 *Diekamp*, a.a.O.; *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 251.

115 Das ist auch in dogmatischer Hinsicht falsch, dazu sogleich.

116 Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 3 Rn. 19.

117 Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 3 Rn. 25.

118 Vgl. Hügel/Holzer, BeckOK-GBO § 116 Rn. 13.

119 BayObLG Rpfleger 1966, 332; BayObLGZ 1989, 270, 272; 1991, 291, 294; KGJ 30, 174, 175; 49, 156, 158; Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 3 Rn. 25.

120 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 3 Rn. 18; Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 3 Rn. 25.

121 Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 3 Rn. 26.

122 Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 3 Rn. 26; vgl. BeckOK Hügel/Holzer GBO § 123 Rn. 3 ff.

123 BayObLG Rpfleger 1966, 332; BayObLGZ 1991, 291, 295; Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 3 Rn. 26.

124 *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 251.

125 Mangoldt/Klein/Stark/Ibler, a.a.O., Art. 89 Rn. 28 m. w. N.; *Wurmnest*, ebd.

126 Vgl. auch *Goecke/Gamon*, WM 2000, 1309, 1313.

127 Vgl. Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 116 Rn. 23.

128 So ausdrücklich Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 3 Rn. 29.

129 MüKo-BGB/von Oefele, 5. Aufl. 2009, § 11 Erbbaurechtsgesetz Rn. 9.

130 MüKo-BGB/von Oefele, 5. Aufl. 2009, § 11 Erbbaurechtsgesetz Rn. 9.

131 RGZ 164, 385, 387; Hügel/Holzer, BeckOK-GBO, § 3 Rn. 29.

132 Vgl. *Goecke/Gamon*, WM 2000, 1309, 1313.

sätzlich frei übertragbar ist und so auch dem Anlagenbetreiber selbst größte Flexibilität bietet. Auch die Übertragung erfolgt nach § 873 Abs. 1 BGB i. V. m. § 11 Abs. 1 ErbbauRG durch Einigung und Eintragung.<sup>133</sup> Wie bei der Bestellung ist die Einigung materiellrechtlich formlos gültig, aber wegen §§ 20, 29 GBO formbedürftig.<sup>134</sup>

## 2. Grundstücke im Bereich der AWZ

Anders stellt sich die Situation im Bereich der AWZ dar. Sie ist – sachenrechtlich – aneignungsunfähiges Niemandsland. Eigentumsrechte am Meeresboden können hier daher nicht begründet werden.<sup>135</sup> Daher kommt für die AWZ auch die Begründung von dinglichen Sicherheiten an den Meeresgrundstücken a priori nicht in Betracht.

## V. Kreditsicherung durch Sicherungsübereignung

In Betracht kommt daneben die Besicherung der Windkraftanlage selbst in Form einer Sicherungsübereignung. Das setzt jedoch voraus, dass die Windkraftanlage sonderrechtsfähig ist. Hier ist wiederum zwischen der Rechtslage für das Küstenmeer und der für die AWZ zu differenzieren.

### 1. Offshore-Windkraftanlagen im Bereich des Küstenmeers

#### a) Windkraftanlage als wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks

Ob es sich bei der Offshore-Windkraftanlage im Bereich des Küstenmeeres um eine unbewegliche oder eine bewegliche Sache handelt, ist umstritten. Teilweise wird vertreten, es handele sich bei ihr lediglich um eine „aufgeständerte“ große Maschine<sup>136</sup> und somit um eine bewegliche Sache. Diese Sichtweise vermag nicht zu überzeugen. Normativer Ausgangspunkt ist insoweit § 93 BGB: Danach können Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. § 94 Abs. 1 BGB präzisiert das für Liegenschaften dahin, dass zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen gehören. Gegenwärtig werden Offshore-Windkraftanlagen meist in einer Wassertiefe von bis zu 50 m errichtet.<sup>137</sup> In dieser Tiefe wird die Anlage fest mit dem Meeresboden verbunden.<sup>138</sup> Die Befestigungstechniken selbst variieren: Während kleinere Anlagen in geringen Wassertiefen oft mit einem schweren Fundamentkörper versehen werden, der auf dem Boden des Meeres liegt, werden größere Anlagen in größeren Tiefen durch das Einsetzen von Pfeilern im Meeresboden verankert.<sup>139</sup> Auf diesem Fundament wird sodann der Turm der Windkraftanlage installiert, auf den die Gondel mit den Rotorenblättern eingesetzt wird. Die einzelnen Teile sind dabei fest mit der Unterkonstruktion verbunden.<sup>140</sup> Das ist auch in technischer Hinsicht erforderlich, damit die

Anlage dem Wind und dem Meer Stand halten. Allein deshalb überzeugt es nicht, die Windkraftanlage als bewegliche Sache einzuordnen. Vielmehr gleicht die Konstruktion Fundament im Meeresboden – Turm – Gondel – Rotorenblätter einem Gebäude,<sup>141</sup> beispielsweise einer Mühle oder einem Leuchtturm. Daher werden die einzelnen Bauteile der Windkraftanlage aufgrund ihrer festen Verbindung mit dem Fundament wesentlicher Bestandteil des Grundstücks.<sup>142</sup> Dabei spielt es sachenrechtlich keine Rolle, ob die Pfeiler in den Meeresboden eingerammt worden sind oder ob die Anlage auf einem schweren Fundament ruht, das auf dem Meeresboden liegt.

#### b) Vorliegen eines Scheinbestandteils

Eine Sonderrechtsfähigkeit kommt daher nur dann in Betracht, wenn es sich bei der Offshore-Windkraftanlage um einen Scheinbestandteil gemäß § 95 Abs. 1 BGB handelt. Danach gehören zu den Bestandteilen eines Grundstücks solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Das Gleiche gilt von einem Gebäude oder anderen Werk, das in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden ist.

#### aa) Vergleichsbetrachtung: Rechtslage bei landgestützten Windkraftanlagen

##### (1) Meinungsstand

Hinsichtlich landgestützter Windkraftanlagen wird die Diskussion über die Einordnung der Windkraftanlage als Scheinbestandteil bereits seit Längerem und überaus kontrovers geführt. Dazu werden im Wesentlichen drei unterschiedliche Ansichten vertreten. Nach einer Auffassung ist die Anlage als mit dem Grund und Boden fest verbundene Sache zwar wesentlicher Grundstücksbestandteil gemäß § 94 Abs. 1 S. 1 BGB, könne aber gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 als Scheinbestandteil auf fremden Grundstücken errichtet werden.<sup>143</sup> Voraussetzung dafür sei jedoch, dass die Laufzeit der schuldrechtlichen Nutzungsvereinbarung um 10 % hinter der voraussichtlichen Lebensdauer der Anlage zurückbleibe.<sup>144</sup> Andernfalls setze sich der äußere Sachverhalt gegen den Willen des Einfügenden durch, da bei der Einfügung bereits feststehe, dass die Anlage bei Ablauf der schuldrechtlichen Nutzungsvereinbarung „verbraucht“ sein wird, so dass die Verbindung für die ge-

133 Vgl. MüKo-BGB/von Oefele, 5. Aufl. 2009, § 11 ErbbauRG Rn. 20.

134 Vgl. MüKo-BGB/von Oefele, 5. Aufl. 2009, § 11 ErbbauRG Rn. 20.

135 Lagoni/Proelß, Kap. 3 Rn. 216 ff.; Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 252.

136 So aber Peters, WM 2002, 110, 111 ff.; ders., WM 2007, 2003, 2004.

137 Scott, J. Environmental Law 18 (2006), 89, 91; Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 238.

138 Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 238.

139 Vgl. Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 238.

140 Vgl. Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 253.

141 So auch Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 253.

142 Vgl. zur Einordnung einer landgestützten Windkraftanlage als Gebäude OLG Koblenz, ZfIR 2007, 292; Wurmnest, a.a.O. (Fn. 29), 253; Ganter, WM 2006, 1081, 1082.

143 Ganter, WM 2002, 105; Witter, ZfIR 2005, 441.

144 Ganter, WM 2002, 105.

samte – wenn auch kurze – Lebensdauer und nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolge.<sup>145</sup> Anderer Auffassung zufolge könne die Windkraftanlage als Maschine nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks sein; außerdem könne sie bereits durch eine Anwartschaft auf eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 S. 2 BGB und aufgrund der lediglich vorübergehenden Verbindung auch Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 S. 1 BGB werden.<sup>146</sup> Nach wiederum anderer Meinung stellt die Windkraftanlage insgesamt einen wesentlichen Bestandteil des fremden Grundstücks dar.<sup>147</sup> Die Errichtung zu einem vorübergehenden Zweck nach § 95 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet angesichts der ungewissen Lebensdauer solcher Anlagen von 30 bis 45 Jahren aus.<sup>148</sup> Eine Errichtung der Windkraftanlage als Scheinbestandteil des Grundstücks gemäß § 95 Abs. 1 S. 2 BGB sei zwar auf Grund einer Grunddienstbarkeit möglich, jedoch nicht vor deren Eintragung.<sup>149</sup> Nach einer differenzierenden Auffassung wird die auf fremdem Grund und Boden errichtete Windkraftanlage niemals nur vorübergehend mit dem Grundstück verbunden.<sup>150</sup> Die Windenergie erschöpfe sich nicht, und die „Lebenserwartung“ der Anlage, die immerhin 25 bis 45 Jahre betrage, sei im Zeitpunkt der Aufstellung nicht voraussehbar und ihre Relation zur Laufzeit des schuldrechtlichen Nutzungsvertrags daher mit dem Erfordernis klarer sachenrechtlicher Zuordnung nicht vereinbar.<sup>151</sup> Allerdings gelte das nur für das Fundament und den Turm der Anlage, Gondel und Rotor könnten als einfache Bestandteile und somit als Mobilien angesehen werden.<sup>152</sup>

## (2) Stellungnahme

Normativer Ausgangspunkt für die Überlegungen zur Sonderrechtsfähigkeit der Windkraftanlage ist allein § 95 BGB. Danach sind Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind, keine wesentlichen Bestandteile des Grundstücks. Dabei ist zu berücksichtigen, dass für das gesamte Sachenrecht und somit auch für die Frage der Scheinbestandteileigenschaft der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz gilt.<sup>153</sup> Es kommt daher primär darauf an, ob der Zweck des Aufstellens der Windkraftanlage im Zeitpunkt der Herstellung der Verbindung ein vorübergehender war.<sup>154</sup> Daher spielt die Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem obligatorisch Nutzungsberechtigten die entscheidende Rolle.<sup>155</sup> Maßgeblich ist der Wille des Einfügenden, so dass es sich um einen Scheinbestandteil handeln kann, wenn die beabsichtigte Nutzungsdauer hinter der voraussichtlichen Lebensdauer der Anlage zurückbleibt, weil insoweit von einem „vorübergehenden Zweck“ gesprochen werden kann. Anders ist dies jedoch, wenn bei Aufbau der Windkraftanlage bereits abzusehen ist, dass die Anlage im Zeitpunkt des Ablaufs des Nutzungsvertrags bereits „verbraucht“ sein wird; diese tatsächlichen Umstände setzen sich aufgrund des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes gegen den Willen des Einfügenden durch.<sup>156</sup> Das liegt daran, dass in diesem Fall die vorübergehende Nutzung der Anlage gar nicht auf den Willen des Einfügenden zurückgeht, sondern auf die kurze Lebensdauer der Anlage.

## bb) Übertragung auf die Situation im Küstenmeer

Die Wertungen bei landgestützten Anlagen lassen sich auch auf die Situation im Küstenmeer übertragen: In der Praxis richtet sich die Laufzeit des schuldrechtlichen Nutzungsvertrags nach dem Genehmigungszeitraum der Anlage, der im Küstenmeer gegenwärtig bis zu einer Dauer von 30 Jahren liegt.<sup>157</sup> Liegt die voraussichtliche Lebenserwartung der Anlage darüber – wobei ein Wert von mindestens 10 % zu verlangen sein dürfte –, so kann die Anlage im Bereich des Küstenmeers als Scheinbestandteil errichtet werden, so dass sie einer Kreditsicherung durch Sicherungsübereignung zugänglich ist. Dafür spricht gerade im Bereich des Küstenmeers ein weiterer Gesichtspunkt: Es besteht hier ein erhebliches öffentliches Interesse daran, die betroffenen Flächen nach Ablauf des Nutzungsvertrags wieder für die Seeschifffahrt zu öffnen.<sup>158</sup> Auch stellt sich aus tatsächlichen Gründen die Entfernung der Anlage im Meer im Regelfall einfacher dar als auf Land, was ebenfalls dafür spricht, dass die Anlagen als Scheinbestandteile errichtet werden können.

Anders ist die Rechtslage hingegen, wenn die Anlage im Zeitpunkt des Ablaufs des Nutzungsvertrags voraussichtlich verbraucht sein wird, da dann – ebenso wie bei den vergleichbaren Fällen an Land – nicht mehr von einem „vorübergehenden Zweck“ gesprochen werden kann. Eine Anlage wird man dann als verbraucht ansehen müssen, wenn sie derartig verschlissen ist, dass sie selbst nach einer etwa erforderlichen Reparatur nicht mehr als gebrauchte Anlage am Markt verkauft werden kann.<sup>159</sup>

## 2. Offshore-Windkraftanlagen im Bereich der AWZ

Für die in der AWZ befindlichen Windkraftanlagen scheint daher zunächst nur die Möglichkeit einer Besicherung der Windkraftanlage selbst in Form einer Sicherungsübereignung in Betracht zu kommen.<sup>160</sup> Dies wird auch daraus hergeleitet, dass der Meeresboden im Bereich der AWZ selbst nicht als Grundstück im Sinne von § 94 BGB qualifiziert werden könne, so dass die dort errichtete Anlage auch nicht wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks werden könne.<sup>161</sup>

145 Vgl. *Ganter*, WM 2002, 105, 107 ff.; *Stieper*, Die Scheinbestandteile, 2002, S. 32 f.

146 *Peters*, WM 2002, 110; OLG Schleswig, ZfIR 2006, 62; *Witter*, ZfIR 2006, 41; vgl. MüKo-BGB/Holch, 5. Aufl. 2006, § 94 Rn. 13.

147 *Goecke/Gamon*, WM 2000, 1309.

148 Vgl. MüKo-BGB/Holch, 5. Aufl. 2006, § 94 Rn. 14.

149 Vgl. MüKo-BGB/Holch, 5. Aufl. 2006, § 94 Rn. 14.

150 MüKo-BGB/Holch, 5. Aufl. 2006, § 95 Rn. 6.

151 MüKo-BGB/Holch, 5. Aufl. 2006, § 95 Rn. 6.

152 MüKo-BGB/Holch, 5. Aufl. 2006, § 94 Rn. 14.

153 OLG Koblenz, ZfIR 2007, 292 m. kritischer Anm. *Wicke*.

154 OLG Koblenz, ZfIR 2007, 292.

155 OLG Koblenz, ZfIR 2007, 292.

156 *Staudinger/Jickeli/Stieper*, BGB, 2004, § 95 Rn. 1.

157 Vgl. *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 257.

158 *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 258.

159 Ähnlich *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 258.

160 *Wurmnest*, a.a.O. (236, 252); *Diekamp*, ZBB 2004, 10 ff.; *Reichert-Facilides*, a.a.O. (1548 ff.).

161 *Reichert-Facilides*, a.a.O. (1549).

## VI. Nachteile der Kreditsicherung an Offshore-Windkraftanlagen *de lege lata*

### 1. Zur Einräumung eines Erbbaurechts im Bereich des Küstenmeers

Im Bereich des Küstenmeers liegen die rechtlichen Voraussetzungen für die Bestellung eines Erbbaurechts vor. Allerdings macht die Bundesrepublik Deutschland bisher von dieser Möglichkeit nur zurückhaltend Gebrauch. Dem liegt ein sehr weites Verständnis von Art. 89 Abs. 1 GG zugrunde: Das Meer soll weitestgehend von dinglichen Sicherheiten Privater frei gehalten werden.<sup>162</sup> Aber auch ein anderer Grund lässt die Bundesrepublik bisher zögern: Gerade im Bereich des festlandnahen Küstenmeers ist das Risiko von Nutzungskonflikten naturgemäß deutlich größer als in der AWZ. Deshalb sind diese Flächen zwar möglicherweise für einzelne Windkraftanlagen geeignet, nicht immer jedoch für den Betrieb größerer Windparks.<sup>163</sup>

### 2. Zur Sicherungsübereignung in den sonstigen Fällen

Somit steht – abgesehen von der Möglichkeit der Einräumung eines Erbbaurechts an den Grundstücken im Küstenmeer – für die Kreditgeber im Grunde nur die Sicherungsübereignung als Mittel der Kreditsicherung zur Verfügung. Zwar ist richtig, dass dies nicht zwingend zu einer Untersicherung führen muss, da im maritimen Bereich die Insolvenz des Grundstückseigentümers Bundesrepublik Deutschland und die Zwangsversteigerung von Grundstücken praktisch ausgeschlossen sind.<sup>164</sup> Jedoch hat die Sicherungsübereignung der Anlage gegenüber der Besicherung von Grundeigentum durch Hypotheken und Grundschulden einige gewichtige Nachteile. Da es in Deutschland im Gegensatz zu vielen anderen Staaten – von Ausnahmen abgesehen – kein Register für die Registrierung von Sicherungsrechten an hochwertigen beweglichen Sachen gibt, tritt die Besicherung für Dritte nicht erkennbar hervor. Somit haben potentielle Darlehensgeber keinerlei Anhaltspunkte dafür, ob die Windkraftanlage bereits anderweitig sicherungsübereignet ist. So kann es zu doppelten oder gar mehrfachen Sicherungsübereignungen kommen. Das kann je nach Sachverhalt für den zweiten aber auch für den ersten Sicherungsnehmer einschneidende wirtschaftliche Konsequenzen haben. Denn übereignet der Sicherungsgeber die Sache, nachdem er diese bereits auf einen ersten Sicherungsnehmer übertragen hat, noch an einen zweiten Sicherungsnehmer, so verfügt er, obwohl der Sicherungsgegenstand ihm wirtschaftlich – aber eben nicht rechtlich – noch gehört, als Nichtberechtigter im Sinne von § 932 BGB.<sup>165</sup> Ein gutgläubiger Erwerb des zweiten Sicherungsnehmers wird regelmäßig an den fehlenden Voraussetzungen des § 933 BGB scheitern:<sup>166</sup> Denn dafür wäre Voraussetzung, dass ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird. Gibt der Sicherungsgeber das Sicherungsgut bei Eintritt des Sicherungsfalles allerdings an den zweiten Sicherungsnehmer zur freihändigen Verwertung heraus,<sup>167</sup> kann dieser, wenn er zu diesem Zeitpunkt noch im guten Glauben ist, nunmehr das Sicherungseigentum erwerben, und der

erste Sicherungsnehmer hat im Verwertungsfall das Nachsehen.<sup>168</sup>

Aber noch aus anderen Gründen ist die Sicherungsübereignung nachteilig. Zum einen erfordert sie stets eine volle Rechtsübertragung, und zwar selbst dann, wenn der zu besichernde Betrag relativ gering ist. So es ist nicht möglich, den gleichen Gegenstand mehrfach für unterschiedliche Beträge zu besichern, was die Finanzierung der gleichen Anlage durch mehrere Kreditgeber erheblich erschwert. Aber selbst wenn dies möglich wäre, hätte ein weiterer Kreditgeber keine Kenntnis von dem Betrag der dinglich gesicherten Schuld. Das kann nicht nur bei der erneuten Besicherung, sondern auch bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs zu Rechtsunsicherheit führen.

## VII. Möglichkeiten der Kreditsicherung *de lege ferenda*

### 1. Vorteile einer Öffnung des Schiffsregisters

Aufgrund der geringen Rechtsunsicherheit wird in der Literatur daher seit einiger Zeit die Öffnung des Schiffsregisters für Offshore-Windkraftanlagen gefordert, um Investitionen zu erleichtern.<sup>169</sup> Die Eintragung in das Schiffsregister hat gegenüber der für Dritte nicht erkennbaren Sicherungsübereignung eine ganze Reihe von Vorteilen: Denn ein Schiff kann zur Sicherung einer Forderung mit einer Schiffshypothek belastet werden (§ 8 Abs. 1 S. 1 SchRG<sup>170</sup>). Eine Schiffshypothek kann auch für eine zukünftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden (S. 2). Gleiches würde dann für Offshore-Windkraftanlagen gelten. Hypotheken an diesen Anlagen würden zudem – und das ist ein entscheidender Vorteil – am öffentlichen Glauben des Schiffsregisters teilnehmen: Nach § 16 Abs. 1 S. 1 SchRG gilt zugunsten dessen, der das Eigentum an einem Schiff, eine Schiffshypothek oder ein Recht an einer solchen oder einen Nießbrauch an einem Schiff durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Schiffsregisters, soweit er diese Rechte betrifft, als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Das hat auch für die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung erhebliche Vorteile. Hinzu kommt, dass die gesamte Diskussion darüber, ob es sich bei der Windkraftanlage – soweit sie sich im Küstenmeer befindet – um einen Scheinbestandteil des Meeresgrundstücks handelt, dadurch obsolet würde.<sup>171</sup>

162 Vgl. dazu *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 236, 251.

163 Vgl. *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 260.

164 *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 260.

165 Vgl. nur MüKo-InsO/*Ganter*, 2. Aufl. 2007, § 51 Rn. 128.

166 MüKo-InsO/*Ganter*, 2. Aufl. 2007, § 51 Rn. 129.

167 Z. B. durch Abbau und Übergabe der Windkraftanlage.

168 Vgl. MüKo-InsO/*Ganter*, 2. Aufl. 2007, § 51 Rn. 129.

169 So *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 260.

170 Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken vom 15. 11. 1940.

171 *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 260.

## 2. Rechtliche Umsetzbarkeit

Bisher werden nach § 3 Abs. 1 SchiffsregO Seeschiffsregister und Binnenschiffsregister getrennt geführt, wobei in das Seeschiffsregister die Kauffahrteischiffe und andere zur Seefahrt bestimmten Schiffe (Seeschiffe) eingetragen werden, die nach §§ 1, 2 des Flaggenrechtsgesetzes vom 8. Februar 1951 (BGBl I S. 79) die Bundesflagge zu führen haben oder führen dürfen (§ 3 Abs. 2 SchiffsregO). In das Binnenschiffsregister werden gemäß § 3 Abs. 3 SchiffsregO hingegen die zur Schifffahrt auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern bestimmten Schiffe (Binnenschiffe) eingetragen. Eingetragen werden können auch Schiffsbauwerke (§§ 65 ff. SchiffsregO). Bereits jetzt werden schwimmende Offshoreanlagen wie Bohrseln in Bezug auf ihre Eintragungsfähigkeit Schiffen gleichgestellt.<sup>172</sup> Durch einen „minimalinvasiven Eingriff“ in § 3 SchiffsregO und das SchiffsRG könnte das Register ohne größere Schwierigkeiten auch für die Eintragung stationärer Offshore-Anlagen geöffnet werden. Dies ist beispielsweise in Norwegen geschehen.<sup>173</sup> Dort führen ortsfeste Anlagen, die der Ausbeutung der natürlichen Ressourcen im norwegischen Küstenmeer und im Bereich des norwegischen Festlandsockels dienen, die norwegische Flagge und werden in das Schiffsregister eingetragen, so dass an ihnen Hypotheken bestellt werden können.<sup>174</sup>

## VIII. Ergebnisse

1. Offshore-Windkraftanlagen im Bereich des Küstenmeers unterliegen dem deutschen Sachenrecht. In die-

sem Bereich ist zwar die Bestellung eines Erbbaurechts rechtlich möglich, allerdings wird dies nur in Gebieten mit geringem Nutzungskonfliktpotential praktisch werden. Andernfalls bleibt als Mittel der Kreditsicherung nur die Möglichkeit einer Sicherungsübereignung.

2. Eine Sicherungsübereignung von Windkraftanlagen im Küstenmeer setzt jedoch voraus, dass es sich bei diesen um Scheinbestandteile handelt. Das ist nur der Fall, wenn die voraussichtliche Lebensdauer der Anlage die geplante Nutzungsdauer nicht nur unerheblich überschreitet.

3. Die sachenrechtlichen Verhältnisse an Offshore-Windkraftanlagen im Bereich der AWZ richten sich aufgrund einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 43 EGBGB ebenfalls nach deutschem Recht. Allerdings ist für diese Anlagen gegenwärtig nur eine Kreditsicherung durch Sicherungsübereignung möglich.

4. Mehr Rechtssicherheit könnte durch die Öffnung des Schiffsregisters für Offshore-Windkraftanlagen nach norwegischem Vorbild erreicht werden. Dadurch könnten diese mit einer Hypothek belastet werden.

172 *Puttfarken*, The Legal Status of Off-Shore Crafts as Ships, in: Deutsche zivil-, kollisions-, und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Budapest, 1978, S. 253, 261; *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 261.

173 § 39 Lov om sjøfarten vom 24. 6. 1994, Nr. 39.

174 *Wurmnest*, a.a.O. (Fn. 29), 261.

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht – Nachweis der Einzelvertretungsberechtigung eines GbR-Gesellschafters durch Vorlage des Gesellschaftsvertrages

(*OLG München*, Beschluss vom 20. 7. 2011 – 34 Wx 131/10, mitgeteilt von *RichterIn am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

**BGB §§ 172; 173; 209; 899 a**

**Soll die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr abweichend von der gesetzlichen Regelung vertreten werden, ist ein grundbuchtauglicher Vertretungsnachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO unerlässlich (siehe auch KG vom 8. 3. 2011, 1 W 99/10, 1 W 100/10). Die Vorlage eines – auch notariell beurkundeten – Gesellschaftsvertrags, der die Einzelvertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters ausweist, genügt hierfür nicht.**

#### Zur Einordnung:

Verfügt eine GbR über ein im Grundbuch eingetragenes Recht, ist dem GBA durch öffentliche Urkunde gem. § 29 GBO nachzuweisen, dass die GbR im Zeitpunkt der Verfügung ordnungsgemäß vertreten wurde. Gem. §§ 709, 714 BGB wird die GbR durch

sämtliche Gesellschafter vertreten. Gem. § 899 a BGB wird vermutet, dass im Grundbuch sämtliche Gesellschafter verlaubar sind. Der Nachweis der ordnungsgemäßen Vertretung erübrigt sich demnach nur dann, wenn sämtliche gem. § 47 Abs. 2 GBO im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter bei der Verfügung mitwirken. Ist das nicht der Fall, muss die ordnungsgemäße Vertretung stets in Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Insoweit stellt sich die Frage, ob dieser Nachweis auch durch Vorlage eines notariell beurkundeten bzw. beglaubigten Gesellschaftsvertrages geführt werden kann, in dem eine von §§ 709, 714 BGB abweichende Vertretungsbefugnis bestimmt wurde. Der Gesellschaftsvertrag soll zumindest dann als Vertretungsnachweis taugen, wenn zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages und dem Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung ein nur kurzer Zeitraum liegt (Schöner/Stöber, 14. Aufl., Rn. 3635: „etwa 6 Wochen“). Liegt dazwischen ein größerer Zeitraum, kann ein Nachweis nur über eine analoge Anwendung der §§ 172, 173 BGB auf die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Vertretungsregelung gelingen, die umstritten ist (dagegen etwa: Schöner/Stöber a.a.O.; MünchKommBGB/Schramm, 5. Aufl., § 172 Rn. 3;

Heil, NJW 2002, 2158; dafür etwa: Lautner, Mitt-BayNot 2005, 93, 96; Wagner, ZNotP 2006, 408).

In dem der hier abgedruckten Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war eine GbR als Eigentümerin und waren daneben gem. § 47 Abs. 2 GBO auch deren Gesellschafter im Grundbuch eingetragen. Einer der Gesellschafter stimmte gem. § 27 S. 1 GBO der Löschung einer im Grundbuch eingetragenen Grundschuld zu. Dem GBA lag ein notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag vor, nach dem der zustimmende Gesellschafter allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist. Nach Auffassung des OLG München ist der Nachweis der ordnungsgemäßen Vertretung nicht in grundbuchlichttauglicher Form erbracht. Der Senat stellt zunächst klar, dass mangels Mitwirkung sämtlicher im Grundbuch verlautbarter Gesellschafter die Vermutung aus § 899 a BGB nicht greifen könne. Weiterhin könne nicht ausgeschlossen werden, dass der geraume Zeit vor der Zustimmungserklärung geschlossene Gesellschaftsvertrag zwischenzeitlich im Hinblick auf die Vertretungsregelung geändert wurde. Schließlich gehe von der Vertretungsregelung im Gesellschaftsvertrag auch kein aus §§ 172, 173 BGB ableitbarer Rechtschein aus.

Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung insoweit von Bedeutung, als dass sich der Senat darin erneut (vgl. bereits den Beschluss vom 17. 8. 2010 – 34 W 98/10) gegen die Anwendung der §§ 172, 173 BGB auf eine in einem Gesellschaftsvertrag enthaltene Vertretungsregelung ausspricht. Bemerkenswert ist, dass der Senat dabei den vorliegenden Sachverhalt von einer (scheinbar) in die andere Richtung weisenden Entscheidung des BGH vom 9. 11. 2001 (LwZR 4/01) abgrenzt. Der BGH äußert darin die Auffassung, dass ein Zurückweisungsrecht aus § 174 BGB dann nicht bestehe, wenn ein einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter einer GbR ein Rechtsverhältnis unter Vorlage des seine Einzelvertretungsberechtigung ausweisenden Gesellschaftsvertrages kündige. Vor diesem Hintergrund hat der Senat des OLG München für die hier abgedruckte Entscheidung die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen.

*Die Schriftleitung (TB)*

### Zum Sachverhalt:

I. Im Wohnungsgrundbuch seit 7. 7. 2006 als Eigentümer eingetragen sind die Bet. zu 2) bis 5) als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht und damit auch die Bet. zu 1) als diese Gesellschaft (GbR). Die zugrunde liegende Auflassung vom 15. 5. 2006 beruht auf einer Überlassung, der ein notarieller Gesellschaftsvertrag als Anlage beigelegt war. Der Gesellschaftsvertrag enthält unter § 6 (Geschäftsführung und Vertretung) folgende Klausel:

Zur Vertretung der Gesellschaft sind ausschließlich Herr . . . (= der Bet. zu 2)) und Frau (= die Bet. zu 3)) befugt. Herr . . . und Frau . . . vertreten die Gesellschaft jeweils stets einzeln und sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

§ 13 enthält außerdem Formvorschriften für die Änderung des Gesellschaftsvertrags.

Mit notariell beglaubigter Urkunde vom 4. 5./7. 6. 2010 hat die Bet. zu 6) die Löschung einer zu ihren Gunsten eingetragenen

Grundschuld bewilligt, der Bet. zu 2) hat in seiner Eigenschaft als einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter die Löschung beantragt. Auf den notariellen Vollzugsantrag vom 23. 6. 2010 hat das GBA mit Zwischenverfügung vom 13./20. 7. 2010 Frist gesetzt, um die Vertretungsmacht des Bet. zu 2) durch eine eidesstattliche Versicherung der Eigentümerin – der Bet. zu 1) – dahin nachzuweisen, dass sich im Gesellschafterbestand und in der Vertretungsregelung der GbR seit Abschluss des Gesellschaftsvertrags keinerlei Veränderungen ergeben hätten.

Gegen diese Zwischenverfügung richtete sich die unter dem 20. 7. 2010 für die Bet. zu 1) und 2) erhobene Beschwerde des Notars. Dieser führt im wesentlichen aus, dass hinsichtlich möglicher Änderungen des Gesellschafterbestands wegen § 899 a BGB und § 47 Abs. 2 S. 1 GBO keine weiteren Nachweise erforderlich seien. Hinsichtlich der unterstellten Änderung der vereinbarten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse des Bet. zu 2) könnten grundbuchverfahrensrechtlich nicht mehr Nachweise verlangt werden, als das materielle Recht und das Verfahrensrecht zur Verfügung stellten. Sonst würde die Grundbuchfähigkeit der GbR negiert werden. Bei der GbR könnten mangels gesetzlichen Registers nicht Nachweise verlangt werden, die denen eingetragener Gesellschaften gleichstünden. Es sei auch keine Besonderheit, dass die organschaftliche Vertretungsmacht über eine sonstige Vertretungsbefugnis in anderer Weise nachgewiesen werde. Dies sei in erster Linie der in der Form des § 29 GBO geschlossene Gesellschaftsvertrag. Von den dort getroffenen Vereinbarungen habe auch das GBA auszugehen, solange – wie hier – keine Anhaltspunkte für Veränderungen der Vertretungsverhältnisse bestünden.

Mit Beschluss vom 27. 9. 2010 hat das GBA seine vorangegangene Zwischenverfügung dahin abgeändert, dass zum Vollzug der Löschung die Zustimmung der im Grundbuch eingetragenen Eigentümerin (= GbR) erforderlich sei. Mit dem Gesellschaftsvertrag vom 15. 5. 2006 könne zum jetzigen Zeitpunkt der Nachweis der Vertretungsberechtigung des Bet. zu 2) nicht wirksam geführt werden.

Unter dem 4. 10. 2010 hat der Notar erneut Beschwerde unter Verweis auf seine bisherigen Ausführungen eingelegt. Das GBA hat nicht abgeholfen.

### Aus den Gründen:

II. Die für die eingetragene Eigentümerin (GbR) – Bet. zu 1) – und den Bet. zu 2) als deren (als vertretungsberechtigt bezeichneten) Gesellschafter erhobene Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ist zulässig (§ 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, § 73 GBO, § 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 FamFG). Insbesondere ist auch der Gesellschafter selbst beschwerdeberechtigt (vgl. § 47 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 229 § 21 EGBGB; BGH ZIP 2011, 1003 = DNotZ 2011, 711 = RNotZ 2011, 341). Das Rechtsmittel richtet sich (noch) gegen die Zwischenverfügung vom 27. 9. 2011, mit der aufgegeben wird, die Zustimmung der eingetragenen Eigentümerin in grundbuchmäßiger Form vorzulegen, was dahin zu verstehen ist, dass die (alle) eingetragenen Gesellschafter für die Bet. zu 1) die Erklärung abzugeben haben. Das ursprüngliche Ansinnen, einen Nachweis der Vertretungsverhältnisse durch eidesstattliche Versicherung zu erbringen, hält das GBA ersichtlich nicht mehr aufrecht.

Indes macht das GBA zu Recht die Eintragung von der vorherigen Zustimmung der übrigen im Grundbuch verlautbarten Gesellschafter der GbR abhängig. Denn nach § 27 Abs. 1 GBO darf die Löschung des Grundpfandrechts nur mit Zustimmung des Grundstückseigen-

tümers erfolgen. Dieser kann zwar unbestrittenermaßen im Grundbuchverkehr (gewillkürt) vertreten werden. Die Alleinvertretungsbefugnis des Bet. zu 2) ist jedoch nicht in grundbuchtauglicher Form (§ 29 Abs. 1 GBO) nachgewiesen.

### **§ 899 a BGB hilft im Rahmen der gesetzlichen Vertretungsregelung**

1. Zwar gilt die Vermutung des § 899 a BGB auch, wenn vor dem 18. 8. 2009 die GbR nur unter Angabe ihrer Gesellschafter mit Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses eingetragen wurde (Art. 229 EGBGB § 21). Durch diese Eintragung wird (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., EG Art. 229 § 21 Rn. 1) verlautbart, dass die GbR Rechtsträgerin ist. Die Angabe der Gesellschafter gilt als Grundbuchinhalt, auf den § 47 Abs. 2 GBO und § 899 a BGB anzuwenden sind. In Ansehung des eingetragenen Rechts wird vermutet, dass diese Personen Gesellschafter sind und somit auch in ihrer Gesamtheit vertretungsberechtigt sind.

### **§ 899 a BGB hilft nicht im Rahmen einer gewillkürten Vertretungsregelung**

2. Eine entsprechende Vorschrift existiert aber nicht für die gewillkürte Vertretungsbefugnis nur eines Gesellschafters. Grundsätzlich steht die Führung der Geschäfte (§ 709 Abs. 1 BGB) den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Gemäß § 714 BGB sind Bestand und Umfang der Vertretungsmacht an die gesellschaftsvertragliche Geschäftsführungsbefugnis geknüpft, so dass mangels abweichender Regelung Gesamtvertretung gilt (vgl. Palandt/Sprau, § 714 Rn. 3). Abweichungen vom Regelfall sind nachzuweisen, und zwar gegenüber dem GBA in der Form des § 29 GBO (vgl. KG Beschluss vom 8. 3. 2011 – 1 W 99/10, 1 W 100/10; siehe auch Demharter, 27. Aufl. § 47 GBO Rn. 30). Das war nach früherem Rechtszustand nicht anders.

### **Der Vertretungsnachweis kann nicht durch den Gesellschaftsvertrag geführt werden**

3. Dieser Nachweis kann nicht durch den – geraume Zeit vorher abgeschlossenen – Gesellschaftsvertrag geführt werden, mag er auch in grundbuchtauglicher Form vorliegen und keine konkreten Zweifel am Fortbestand der dort getroffenen Vertretungsregelungen bestehen. Zwar wird vertreten, dass auf den Gesellschaftsvertrag, der einzelnen Gesellschaftern Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis überträgt, §§ 172, 173 BGB anzuwenden seien (vgl. z. B. Steffek, ZIP 2009, 1445, 1450; Lautner, DNotZ 2009, 650, 661 f.). Dem folgt der Senat aber nicht.

4. Vielmehr hält der Senat insoweit an seiner im Beschluss vom 17. 8. 2010 (Rpflerger 2011, 75, 77 unter II.5.a.; siehe auch OLG Bamberg ZIP 2011, 812, 814) vertretenen Rechtsansicht fest. Von einem Fortbestand auszugehen ist bei der Vollmacht gerechtfertigt (vgl. Demharter, § 19 Rn. 80 m. w. N.), weil sie gerade zu dem Zweck erteilt wird, dem GBA gegenüber die Vertretungsberechtigung nachzuweisen. Ihr Fortbestand kann in der Regel auch aufgrund des durch die Urkunde erzeugten Rechtsscheins (vgl. § 172 BGB) vermutet werden. Anders ist dies aber beim – auch notariell beurkundeten – Gesellschaftsvertrag, selbst wenn die an

sich nicht erforderliche Beurkundung auch im Hinblick auf Immobiliengeschäfte vorgenommen worden sein mag. Der ursprüngliche Vertrag behält selbst nach Änderungen z. B. in der Geschäftsführung und Vertretung weiterhin seine Bedeutung und kann vorgelegt werden. Es lässt sich nie ausschließen, dass weitere – nicht nur vom selben Notar beurkundete – Änderungen stattgefunden haben. Die in § 13 des Gesellschaftsvertrags vereinbarten Formvorschriften können hieran nichts ändern. Es besteht keine Gewähr dafür, dass die im Vertrag als Geschäftsführer bestimmten Personen dies auch jetzt noch sind. § 47 Abs. 2 GBO und § 899 a BGB können in dieser Beziehung nicht weiterhelfen.

Den notariellen Gesellschaftsvertrag nicht als Nachweis der Vertretungsbefugnis einzelner Gesellschafter genügen zu lassen, berührt nicht die Grundbuchfähigkeit der GbR. Neben der Möglichkeit, dass sämtliche Gesellschafter, wie sie sich gemäß § 47 Abs. 2 GBO aus dem Grundbuch ergeben, Anträge stellen oder Bewilligungen erteilen, können diese auch einzelne von ihnen rechtsgeschäftlich bevollmächtigen (vgl. Senat vom 28. 4. 2011 – 34 Wx 81/11 m. w. N.).

### **Abgrenzung zum Urteil des BGH vom 9. 11. 2001 – LwZR 4/01 (§ 174 BGB)**

Es besteht kein Anlass, die GbR weitergehend gegenüber anderen Fällen der Vertretung von Gesamthändern grundbuchrechtlich zu privilegieren. Aus der Entscheidung des BGH vom 28. 4. 2011 (V ZB 194/10 = ZIP 2011, 1003 = DNotZ 2011, 711 = RNotZ 2011, 341) folgt nichts anderes, weil dort von gemeinschaftlicher Vertretung der GbR durch deren sämtliche Gesellschafter ausgegangen wird (vgl. zu Rn. 28). Auch mit der Entscheidung des BGH vom 9. 11. 2001 (NJW 2002, 1194 = DNotZ 2002, 533) lässt sich die Möglichkeit eines Nachweises anhand des Gesellschaftsvertrags nicht begründen. Dieses Urteil betrifft nur die Behandlung einseitiger Rechtsgeschäfte. Dort besteht für den Erklärungsempfänger ein dringendes Interesse, zu wissen, ob die als Vertreter auftretende Person tatsächlich vertretungsbefugt ist (vgl. BGH a.a.O.; Palandt/Ellenberger, § 174 Rn. 1). Bei der Teilnahme der GbR am Rechtsverkehr liegt eine Situation vor, die der von § 174 BGB entspricht (BGH a.a.O.). Wenn durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags die Vertretungsmacht belegt wird, besteht nach dieser Entscheidung das Zurückweisungsrecht des § 174 BGB nicht. Ob dies auch gilt, wenn die Vertretungsverhältnisse zu diesem Zeitpunkt nicht mehr dem vorgelegten Vertrag entsprechen, kann dahingestellt bleiben. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich insbesondere nicht, dass es für die Wirksamkeit der Erklärung auf den vorgelegten Vertrag ankommt und nicht auf die zum maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich vereinbarte Regelung. Denn ein Rechtsschein geht von dem grundsätzlich jederzeit änderbaren Gesellschaftsvertrag nicht aus. Das GBA muss aber das tatsächliche Vorliegen der Vollmacht als sonstige zur Eintragung erforderliche Erklärung (Demharter, § 29 Rn. 10) prüfen, ohne dass es darum ginge, ob eine Erklärung zurückgewiesen werden kann.

5. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 131 Abs. 4 KostO i. V. m. § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO.

6. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen vor. Die Frage, ob der Nachweis der Vertretungsbefugnis durch einen nicht in zeitlichem Zusammenhang mit dem zu vollziehenden Geschäft beurkundeten Gesellschaftsvertrag geführt werden kann, ist höchstrichterlich nicht entschieden.

## 2. Liegenschaftsrecht – Zum berechtigten Interesse gem. § 12 Abs. 1 GBO

(*OLG München*, Beschluss vom 22. 6. 2011 – 34 Wx 253/11, mitgeteilt von *RichterIn am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

### GBO § 12

**Kein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuch für einen Angehörigen, der aus vermuteten Rechtsgeschäften des Eigentümers sich Rückschlüsse auf dessen Betreuungsbedürftigkeit erhofft.**

#### Zur Einordnung:

Zum Schutz Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1, 2 GG) ist die Einsicht in das Grundbuch gem. § 12 Abs. 1 GBO nur demjenigen gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Der Notar ist gem. § 43 Abs. 2 S. 1 GBV von der Darlegung des berechtigten Interesses gegenüber dem GBA befreit und muss daher selbstverantwortlich vor jeder Einsichtnahme das Bestehen eines berechtigten Interesses prüfen; dabei hat das GBA das (im automatisierten Abrufverfahren erstellte) Abrufprotokoll gem. § 83 Abs. 1 S. 3 GBV für die Geschäftsprüfung bereit zu halten. Ein berechtigtes Interesse i. S. d. § 12 Abs. 1 GBO liegt gemäß üblicher Formulierung dann vor, wenn der Einsichtnehmende ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse an der Einsicht darlegen kann und die Verfolgung unbefugter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheint. Der im Grundbuch als Berechtigter Eingetragene hat dabei stets ein anerkennungswürdiges rechtliches Interesse (BeckOK GBO/Hügel, Ed. 13, § 12 Rn. 4 ff., 37; Meikel, 10. Aufl., § 12 GBO Rn. 21, 29). Ein Kaufinteressent muss für ein anerkennungswürdiges wirtschaftliches Interesse darlegen, dass er in Kaufvertragsverhandlungen eingetreten ist und somit nicht erst durch die Einsicht den Namen des Grundstückseigentümers erfahren will (BayObLG BWNNotZ 1991, 144; BeckOK GBO/Wilsch, Ed. 13, § 12 Rn. 53; Meikel, 10. Aufl., § 12 GBO Rn. 33). Der nicht im nachgewiesenen Auftrag handelnde Makler soll nur dann ein eigenes anerkennungswürdiges wirtschaftliches Interesse haben, wenn er eine beträchtliche Wahrscheinlichkeit für das Entstehen eines Provisionsanspruches gegenüber seinem Auftraggeber darlegen kann (OLG Stuttgart DNotZ 2011, 286, m. Anm. Völzmann; BeckOK GBO/Wilsch, Ed. 13, § 12 Rn. 54).

In dem der hier abgedruckten Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt begehrte der nicht als Berechtigte eingetragene Sohn Einsicht in das

Grundbuch, welches mutmaßlich seinen Vater als Alleineigentümer ausweist. Der Sohn begründete sein Einsichtsbegehren mit der Vermutung, dass sein Vater das Eigentum an seine Schwester übertragen habe, ohne sich ein Wohnungsrecht vorzubehalten. Mit Hilfe der Grundbucheinsicht wolle er einen etwaigen Hilfsbedarf des Vaters in Wohnungsangelegenheiten ermitteln. Das OLG München verneint ein berechtigtes Interesse des Sohnes i. S. d. § 12 Abs. 1 GBO maßgeblich mit dem Argument, dass die durch die Grundbucheinsicht zu gewinnenden Erkenntnisse keinerlei Schlussfolgerungen auf den Hilfsbedarf des vermeintlichen Eigentümers erlauben.

Für die notarielle Praxis zeigt die hier abgedruckte Entscheidung, dass der um Grundbucheinsicht ersuchte Notar im Rahmen der ihm obliegenden Prüfung des berechtigten Interesses i. S. d. § 12 Abs. 1 GBO zunächst immer feststellen sollte, ob die durch die Grundbucheinsicht vermittelten Erkenntnisse für das dargelegte Interesse überhaupt von Relevanz sein können. Ist das nicht der Fall, muss er in die gebotene Abwägung zwischen dem dargelegten Interesse des Ast. und dem Recht des im Grundbuch Verlautbarten auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1, 2 GG) gar nicht erst einsteigen; vgl. etwa kürzlich zur Abwägung zwischen der Pressefreiheit (Nachrichtenmagazin) und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Politiker) im Rahmen des § 12 Abs. 1 GBO (Recherche zu finanziellen Vergünstigungen) den Beschluss des BGH vom 17. 8. 2011 – V ZB 47/11.

*Die Schriftleitung (TB)*

#### Zum Sachverhalt:

I. Mit Schreiben vom 27. 4. 2011 hat der Bet. Grundbucheinsicht beantragt mit der Begründung, sein leiblicher Vater sei (Mit-)Eigentümer eines Anwesens gewesen, in dem er auch seinen Lebensabend verbringen wolle. Nunmehr habe er aber erfahren, sein hochbetagter Vater sei auf Wohnungssuche. Er benötige Grundbucheinsicht zur Prüfung der Frage, ob sein gesundheitlich angeschlagener und hilfsbedürftiger Vater unter Ausnutzung einer eingeschränkten Geschäftsfähigkeit, einer erheblichen Willensschwäche oder einer sonstigen Abhängigkeit sein Anwesen entgegen seinem wirklichen Willen einer seiner Töchter übereignet habe, ohne sich ein lebenslanges Wohnrecht zu sichern.

Das GBA hat durch die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle am 5. 5. 2011 diesen Antrag abgelehnt, da das Grundbuch nicht öffentlich sei und Auskünfte nur an die Eigentümer oder Berechtigten erteilt werden könnten. Grundbuchauskünfte dürften nicht dazu dienen, Eigentumsverhältnisse festzustellen.

Hiergegen hat der Bet. Rechtsmittel eingelegt mit der Begründung, die Feststellung des Hilfsbedarfs eines schwer dementen Pensionärs in Wohnungsangelegenheiten stelle ein berechtigtes Interesse gemäß § 12 GBO dar. Sein Vater habe sich Anfang Mai 2011 nicht mehr daran erinnern können, ob er noch Eigentümer des Anwesens sei, ob er Miete zahlen müsse und wofür seine Pension ausgegeben werde. Für die Sicherstellung des ihm zustehenden Lebensstandards sei die Grundbucheinsicht geboten und erfolge nicht aus Neugier. Der Bet. beabsichtige, im Falle der Notwendigkeit auf dem Rechtsweg konkrete Maßnahmen zur Unterstützung seines Vaters zu organisieren.

Das GBA hat das Rechtsmittel als Erinnerung gegen die Ablehnung der Grundbucheinsicht erachtet und mit Beschluss der Rechtspflegerin vom 17. 5. 2011 als unbegründet zurückgewiesen. Dies hat es damit begründet, dass die Beschränkung der Einsichtsbefugnis auf Fälle des berechtigten Interesses dem Persönlichkeitsschutz der Eingetragenen diene. Unbefugten solle kein Einblick in die Vermögensverhältnisse ermöglicht werden. Der Ast. sei nicht selbst Berechtigter eines eingetragenen Rechts. Vielmehr wolle er Grundbucheinsicht für seinen Vater. Die Gewährung der Einsicht könne einen Einblick in dessen Vermögensverhältnisse und auch die weiterer Personen darstellen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Bet. Er begründet sie im Wesentlichen damit, dass er durch die Einsicht gerade den gesundheitlichen Zustand seines Vaters klären wolle. Er handle nicht anstelle seines Vaters und beabsichtige dies auch nicht. Vielmehr diene die Grundbucheinsicht dazu, einen etwaigen Hilfsbedarf des schwer dementen Vaters in Wohnungsangelegenheiten zu ermitteln. Da sein Vater, wenn nicht an dem gegenständlichen Grundstück, über keine anderen Immobilien oder Vermögenswerte verfüge, werde er für diesen eine Betreuung für die Aufgabenfelder Wohnungs- sowie Post- und Telekommunikationsangelegenheiten anregen, sofern die Sicherstellung des ihm zustehenden Lebensstandards durch eine konstruktive Zusammenarbeit mit dessen Töchtern fehlschlage.

Das GBA hat nicht abgeholfen.

#### Aus den Gründen:

II. Die zulässige (§ 12 c Abs. 4 S. 2, § 71 Abs. 1 GBO) Beschwerde, die sich gegen die Erinnerungsentcheidung der Rechtspflegerin richtet (vgl. zur Rechtspflegerschaft Senat vom 25. 1. 2011, 34 Wx 160/10 = Rpfleger 2011, 196 m. Anm. Hintzen), hat in der Sache keinen Erfolg.

#### Zum berechtigten Interesse i. S. d. § 12 Abs. 1 GBO

Die Einsicht in das Grundbuch ist jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt (§ 12 Abs. 1 GBO). Ein solches hat jeder, dem ein Recht am Grundstück oder an einem Grundstücksrecht zusteht, mag er als Berechtigter eingetragen sein oder nicht (vgl. Demharter, 27. Aufl., § 12 GBO Rn. 8). Dieses ist nicht glaubhaft zu machen, sondern es genügt die Darlegung (vgl. Demharter, § 12 Rn. 13). Der Begriff „berechtigtes Interesse“ ist umfassender als der des „rechtlichen Interesses“. Es genügt, dass der Ast. ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse verfolgt; ausreichend ist, dass sachliche Gründe vorgetragen werden, welche die Verfolgung unbefugter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheinen lassen (vgl. Demharter § 12 Rn. 7 m. w. N.). Nicht nur die Rechtslage, sondern bereits die Sachlage begründen demnach ein berechtigtes Interesse nach § 12 GBO. Es kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch bloß tatsächlicher Natur sein, muss aber bei verständiger Würdigung des Einzelfalles und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge die Einsichtnahme als Bestimmungsgrund für Entscheidungen als berechtigt erscheinen lassen (vgl. Meikel/Böttcher, 10. Aufl., § 12 GBO Rn. 5 m. w. N.). Deshalb hat nach verbreiteter Meinung auch nur derjenige ein berechtigtes Interesse an einer Grundbucheinsicht, der im Anschluss daran im Vertrauen auf die Eintragung ein konkretes rechtliches Handeln beabsichtigt (OLG Düsseldorf FGPrax 1997, 90; Meikel/Böttcher, § 12 Rn. 5).

#### Grundbucheinsicht erlaubt keine Schlussfolgerungen auf eine Hilfsbedürftigkeit

Der Bet. beabsichtigt zwar je nach Ergebnis der Grundbucheinsicht ein bestimmtes rechtliches Handeln, nämlich für seinen Vater gegebenenfalls eine Betreuung anzuregen. Die durch die Grundbucheinsicht zu gewinnenden Erkenntnisse müssen aber geeignet erscheinen (vgl. Meikel/Böttcher a.a.O.), auf die Entschlüsse des Einsichtnehmenden einzuwirken. Dies ist hier nicht der Fall. Der Bet. beschreibt seinen Vater als schwer dement und als nicht in der Lage, seine namentlich auf das Wohnhaus bezogenen rechtlichen Verhältnisse zu überblicken. Er schließt hieraus, dass sein Vater der Hilfe bedürfe. Das durch die Einsicht vermittelte Wissen, ob sein Vater im Grundbuch noch als Eigentümer des Anwesens eingetragen ist oder für ihn eine sonstige dingliche Berechtigung besteht, erlaubt aber keine Schlussfolgerung auf eine etwaige Hilfsbedürftigkeit oder – im Falle einer Veräußerung – auf eine Übervorteilung. Die Überlegungen des Bet. beruhen insoweit auf Vermutungen und Spekulationen. Bloße Verdachtsmomente, es könne nicht alles mit rechten Dingen zugegangen sein, genügen aber nicht (vgl. BayObLG DNotZ 1999, 739). Selbst eine Überlassung – zu welchem Zeitpunkt auch immer – an dritte Personen ohne Einräumung eines Wohnrechts, eines Nießbrauchs oder einer sonstigen Absicherung kann auf nachvollziehbaren vernünftigen Gründen des Übergebenden beruhen. Angesichts der vielfältigen Möglichkeiten lässt sich ein sicherer Schluss auf eine Hilfsbedürftigkeit, eine Übervorteilung oder auf finanzielle Schwierigkeiten als Folge der Überlassung, die eine Betreuungsbedürftigkeit auslösen könnten, nicht ziehen.

#### 3. Liegenschaftsrecht – Rückzahlung der Mietkaution bei Grundstücksveräußerung

(LG Berlin, Urteil vom 15. 3. 2011 – 65 S 283/10, mitgeteilt von Notar Dr. Klaus Piehler, Köln)

#### BGB §§ 362; 550; 551; 556; 566; 566 a

- 1. Gibt ein Vermieter eine Mietsicherheit (hier: nach dem Grundstücksverkauf, um sich aus der fort-dauernden Haftung für die Sicherheit nach § 566 a S. 2 BGB zu befreien) im Laufe des Mietverhältnisses zurück und nimmt der Mieter die Erstattung an, ist darin eine einvernehmliche Änderung des Vertrages dahin zu sehen, dass die ursprünglich vereinbarte Leistung einer Sicherheit aufgehoben wird.**
- 2. Der neue Vermieter (Grundstückskäufer) hat keinen Anspruch auf Zahlung einer neuen Kautions, es sei denn er hat mit dem Mieter eine eigene Vereinbarung über die Leistung einer Mietsicherheit getroffen.**

#### Zur Einordnung:

Die Entscheidung behandelt eine praxisrelevante Problematik bei der Veräußerung vermieteter Immobilien. Im vorliegenden Fall hatte der Veräußerer

anlässlich der Veräußerung eines Mietobjekts seinem Mieter die gestellte Kautionsleistung zurückgegeben, um sich so von der fortdauernden Haftung für die Sicherheit nach § 566 a S. 2 BGB zu befreien. Der Erwerber und Neuvermieter forderte als Kl. die Stellung einer neuen Kautionsleistung.

Das LG Berlin entschied mieterfreundlich, dass die Rückgabe einer Sicherheit durch den Vermieter „aus welchen Gründen auch immer“ im Laufe eines Mietverhältnisses eine einvernehmliche Vertragsänderung im Sinne einer Aufhebung der Sicherungsvereinbarung darstellt. Sofern unter Einbeziehung des Erwerbers keine weitere Vereinbarung getroffen wurde, steht letzterem daher auch kein neuer Kautionsanspruch mehr zu. Der Veräußerer konnte sich hiermit durch die Rückgabe der Kautionsleistung – was gerade der Hintergrund der (vorzeitig möglichen) Erfüllung des Anspruchs des Mieters auf Rückgewähr der Kautionsleistung war – wirksam von seiner Subsidiärhaftung gemäß § 566 a S. 2 BGB befreien. § 551 BGB kann in solchen Sachverhalten eine Vereinbarung über die Leistung einer Mietsicherheit zwischen dem Erwerber und dem Mieter nicht ersetzen. Es handelt sich bei § 551 BGB nicht um eine Anspruchsgrundlage für eine Kautionsleistung, sondern lediglich um eine Vorschrift, die die Anforderungen an eine Kautionsleistung spezifiziert. Der Mieter ist zudem nicht gezwungen, durch die Stellung einer neuen Kautionsleistung das Insolvenzrisiko des neuen Vertragspartners, den er sich selbst nicht ausgesucht hat, zu übernehmen.

Das Urteil ist eine weitere Entscheidung, die versteckte Risiken beim Verkauf einer vermieteten Immobilie offenbart. Anlässlich einer aktuellen BGH-Entscheidung zur Mietkaution (BGH, Urt. vom 1. 6. 2011, VIII-ZR 304/10 = BeckRS 2011, 17993), wies Krauß darauf hin, dass der Verkäufer weiterhin auch dann auf die Rückgabepflicht haftet, wenn er die Kautionsleistung zwar ordnungsgemäß weitergegeben hat, sie jedoch später beim Erwerber „verlorengegangen“ ist. Diesem für ihn nicht beeinflussbaren Risiko könne sich der Verkäufer nur dann entziehen, wenn der Mieter der „Schuldübernahme“ allein durch den Erwerber zustimme und ihn dadurch aus seiner gesetzlichen Pflicht entlasse. Anderenfalls solle der Verkäufer die Kautionsleistung – wie im hier dargestellten Sachverhalt – dem Mieter zurückzahlen und den Erwerber darauf verweisen, die Kautionsleistung erneut vom Mieter anzufordern (Krauß, NotBZ 2011, 329 f.). Die hier abgedruckte Entscheidung stellt nunmehr allerdings klar, dass diese Vorgehensweise ins Leere laufen kann, da kein gesetzlicher Anspruch gegen den Mieter auf Stellung einer neuen Kautionsleistung besteht. Um der voranstehend geschilderten Problematik vorzubeugen, kann sich daher eine individualvertragliche Vereinbarung zwischen Veräußerer, Erwerber und Mieter empfehlen, in der sich der Mieter zur Stellung einer neuen Kautionsleistung gegenüber dem Erwerber verpflichtet, um auf diese Weise dem Anliegen des Veräußerers entgegenzukommen, sich von der Subsidiärhaftung des § 566 a S. 2 BGB zu befreien (Dreesens, IMR 2011, 407).

*Die Schriftleitung (TF)*

### Aus den Gründen:

1. Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden. Sie ist begründet. Die der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen eine andere Entscheidung, §§ 513, 529, 546 ZPO.

a) Ein Anspruch der Kl. gegen den Bekl. auf Zahlung von 693,- € aus §§ 566, 566 a BGB in Verbindung mit der Kautionsvereinbarung vom 26. 6. 2011 besteht nicht.

### Die Rückgabe der Kautionsleistung durch den veräußernden Vermieter stellt eine Aufhebung der vertraglichen Sicherungsvereinbarung dar

aa) Soweit zunächst ein Anspruch auf Kautionsleistung an die Vorvermieterin bestand, ist dieser durch die unstrittige Zahlung des Bekl. zu Beginn des Mietverhältnisses durch Erfüllung erloschen, § 362 Abs. 1 BGB.

Mit Leistung der Sicherheit erwirbt der Mieter – hier der Bekl. – nach allgemeiner Ansicht einen aufschiebend bedingten Anspruch auf ihre Rückgewähr. Die Bedingung tritt regelmäßig ein, wenn der Mieter die Mietsache zurückgegeben hat (vgl. BGH Urteil v. 18. 1. 2006 – VIII ZR 71/05 – Rn. 9; Urteil v. 24. 3. 1999 – XII ZR 124/97 in NJW 1999, 1857 = DNotZ 1999, 714 = MittRhNotK 1999, 198; Blank/Börstinghaus/Blank, *Miete*, 3. Aufl., 2008, § 551 Rn. 8, m. w. N.; MünchKommBGB/Bieber, 5. Aufl., 2008, § 551 Rn. 29, jew. zit. nach beck-online; Riecke in *Miet- und Wohnungseigentumsrecht*, 2008, Kap. 7 Rn. 133 f.). Ebenso wie es dem Bekl. frei stand, die entgegen § 550 b Abs. 1, 3 BGB a. F. (§ 551 Abs. 2, 4 BGB) in einem Betrag zu Beginn des Mietverhältnisses verlangte Mietsicherheit (zu früh) zu leisten, bleibt es dem Vermieter unbenommen, den Rückgewähranspruch des Mieters zu erfüllen, bevor dieser fällig ist. Gibt der Vermieter die Sicherheit – aus welchen Gründen auch immer – im Laufe des Mietverhältnisses zurück und nimmt der Mieter die Erstattung an, ist darin eine einvernehmliche Änderung des Vertrages dahin zu sehen, dass die ursprünglich vereinbarte Leistung einer Sicherheit aufgehoben wird (vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, *Mietrecht*, 10. Aufl., 2011, § 551 Rn. 32), sofern die Parteien – wie hier – keine weiteren Vereinbarungen unter Einbeziehung des Erwerbers getroffen haben. Da es sich um eine für den Mieter vorteilhafte Vertragsänderung handelt, steht ihr weder § 550 b Abs. 3 BGB a. F. noch § 551 Abs. 4 BGB n. F. entgegen.

bb) Ein anderer Erklärungsgehalt kann der Rückgewähr der Mietsicherheit hier auch dann nicht beigemessen werden, wenn berücksichtigt wird, dass Hintergrund allein der Wunsch der Vorvermieterin war, sich wirksam aus der über ihr Ausscheiden aus dem Mietverhältnis hinaus fortdauernden Haftung für die Sicherheit nach § 566 a S. 2 BGB zu befreien.

Für eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung über die Abänderung der ursprünglichen Sicherungsabrede zugunsten der Erwerberin oder über die Entlassung der Vorvermieterin aus der Kautionsvereinbarung sind demgegenüber keinerlei Anhaltspunkte gegeben. Das Gegenteil ist der Fall.

Dahinstehen kann dabei, ob und unter welchen Voraussetzungen die Parteien – Veräußerer, Erwerber und

Mieter – einvernehmlich wirksam vereinbaren können, dass der Veräußerer aus der Haftung entlassen wird, die Vereinbarung einer Mietsicherheit mit dem Erwerber aber fortgelten soll. Einer Entlassung der Vorvermieterin aus der Haftung hat der Bekl. nach dem eigenen Vortrag der Kl. nicht zugestimmt, vielmehr war gerade die fehlende Zustimmung der Anlass für die Rückgewähr der Sicherheit durch die Vorvermieterin. Ungeachtet dessen, dass für eine konkludente Zustimmung des Mieters zu einer solchen Vereinbarung – etwa durch die Annahme des Abrechnungsbetrages – regelmäßig kein Raum sein dürfte, weil es der Interessenlage des Mieters widerspricht, ohne Gegenleistung entgegen einer ihn schützenden gesetzlichen Regelung allein das Risiko einer Insolvenz des Erwerbers zu übernehmen, steht dem hier – nach dem Vorbringen der Kl. – der nach außen erkennbare Wille des Bekl. entgegen. Er wollte eine solche Vereinbarung gerade nicht treffen.

cc) Bereits vor diesem Hintergrund ist auch für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Raum (vgl. insoweit Überlegung von MünchKommBGB/Häublin, 5. Aufl., § 566 Rn. 16, die er aus zutreffenden Gründen allerdings selbst verwirft). Die ergänzende Vertragsauslegung darf nicht dem tatsächlichen Parteiwillen widersprechen. Sie kommt zudem nur in Betracht, wenn der Vertrag eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit aufweist, die hier ebenfalls nicht gegeben ist. Die schlichte Aufhebung der Sicherungsvereinbarung entsprach dem Willen beider Parteien. Die Vorvermieterin konnte sich damit wirksam vor dem Risiko einer gegebenenfalls doppelten Inanspruchnahme nach Überlassung der Sicherheit an den Erwerber schützen; der Bekl. hat nicht – ohne Gegenleistung – das Insolvenzrisiko für den künftigen Vermieter übernommen, den er als Vertragspartner nicht ausgewählt hat.

Schutzpflichten oder -interessen gegenüber dem Erwerber bestehen mieterseits nicht; soweit sie im Verhältnis zwischen der Vorvermieterin und der Kl. bereits bestanden haben, sind sie in dem Vertragsverhältnis zu klären, nicht aber unter Einbeziehung des Mieters.

Eine ergänzende Vertragsauslegung ist nicht zuletzt deshalb ausgeschlossen, weil sie dem Gesetz widerspricht.

Der Gesetzgeber der Mietrechtsreform hat die Regelung in § 556 a S. 2 BGB unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH zu der nach altem Recht umstrittenen Frage der Fortdauer der Haftung des Veräußerers bei Aushändigung der vom Mieter geleisteten Sicherheit an den Erwerber getroffen (vgl. BGH Urteil v. 24. 3. 1999 – XII ZR 124/97 Rn. 21 ff., DNotZ 1999, 714 = MittRhNotK 1999, 198; Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/4553 S. 63). In der Begründung des Gesetzentwurfes ist ausgeführt, dass die Neuregelung dem Grundsatz entspricht, dass eine Partei nur das Insolvenzrisiko des eigenen Vertragspartners zu tragen hat, hier das Risiko im Verhältnis zwischen früherem Vermieter und Mieter einerseits und im Verhältnis zwischen dem früheren Vermieter und dem Erwerber andererseits. Da sich der frühere Vermieter den Erwerber ausgesucht habe, falle die Zahlungsfähigkeit oder -unfähigkeit des Erwerbers in seinen Risikobereich, nicht in den des Mieters. Es liege am frü-

heren Vermieter, durch entsprechende Vertragsgestaltung das Insolvenzrisiko auszuschalten, etwa im Wege der Vereinbarung einer Bankbürgschaft zu seinen Gunsten (vgl. BT-Drucks. 14/4553, a.a.O.).

Eine Verlagerung des Insolvenzrisikos des Erwerbers durch den Veräußerer auf den Mieter durch eine Umgehung des § 566 a S. 2 BGB sieht das Gesetz nicht vor. Unter Berücksichtigung der Motive des Gesetzgebers steht vielmehr zweifelsfrei fest, dass sie dem Gesetz widerspricht.

#### **Der Erwerber hat nach der Aufhebung der Sicherungsvereinbarung zwischen Veräußerer und Mieter keinen gesetzlichen Anspruch auf Stellung einer neuen Kautions**

b) Eine eigene Vereinbarung über die Leistung einer Mietsicherheit hat die Kl. mit dem Bekl. nicht getroffen. Auch sonst ist keine Anspruchsgrundlage ersichtlich. § 551 BGB regelt als mieterschützende Norm lediglich die inhaltlichen Anforderungen an eine entsprechende Vereinbarung, dies allerdings, ohne dem Vermieter einen Anspruch auf Leistung der Kautions zu geben.

c) Soweit die Kl. sich in der mündlichen Verhandlung (erneut) darauf bezogen hat, dass dem Mieter kein Nachteil entstünde, weil ihm der Kautionsbetrag von der Vorvermieterin ausgehändigt worden sei, verkennt sie Inhalt und Zweck des § 566 a S. 2 BGB. Ihre Auffassung unterstellt, wäre die Regelung überflüssig. Dem Mieter entsteht ersichtlich ein Nachteil, nämlich die Übernahme des Insolvenzrisikos des neuen Vertragspartners, den er sich nicht ausgesucht hat. Bereits die vom Gesetzgeber in Bezug genommene Entscheidung des BGH bestätigt, dass es sich dabei nicht um eine fern liegende theoretische Möglichkeit handelt. Unabhängig davon übersieht sie, dass ihr im Rahmen der Verhandlungen die Möglichkeit offen stand, etwa durch eine entsprechende Preisgestaltung eigenen Nachteilen vorzubeugen. Soweit sie sich auf eine behauptete stärkere Verhandlungsposition der Vorvermieterin beruft, muss sie sich entgegen halten lassen, dass es ihr – anders als dem Mieter im Verhältnis zu ihr – aufgrund der Vertragsfreiheit frei stand, sich gegen den Vertragsschluss zu entscheiden. Gerade dies bildet die Grundlage der Entscheidung des Gesetzgebers für die Regelung in § 566 a S. 2 BGB. Unabhängig davon lässt sie unberücksichtigt, dass es sich bei der Kautions lediglich um eine Sicherheit handelt, nicht aber einen Geldbetrag, der dem Vermieter endgültig zusteht. Auch mit der Kautions werden lediglich Risiken – in gewissem Maße auch das der fortbestehenden Zahlungsfähigkeit des Mieters – abgedeckt. Es gibt keinen sachlichen Grund, das vom Gesetzgeber für schutzbedürftig erachtete Sicherungsinteresse des Mieters geringer zu bewerten als das des Erwerbers, wenn das Gesetz dem Vermieter noch nicht einmal einen Anspruch auf Leistung einer Mietsicherheit zugesteht.

2. Ein Zinsanspruch bestand unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Da gemäß § 551 Abs. 3 BGB eine Anlagspflicht für den Kautionsbetrag besteht, wobei die Zinsen dem Mieter zustehen, war die Entstehung eines Verzugsschadens der Kl. von Anfang an ausgeschlossen.

#### 4. Familienrecht – Inhalts- und Wirksamkeitskontrolle eines kompensationslosen Verzichts auf Versorgungsausgleich

(*OLG Koblenz*, Beschluss vom 26. 5. 2011 – 11 UF 138/11)

##### BGB § 138

##### VersAusglG §§ 6; 7; 8

1. Auf eine vor dem 1. September 2009 getroffene Vereinbarung zum Versorgungsausgleich ist das seit dem 1. September 2009 geltende VersAusglG anwendbar, wenn das Familiengericht nach dem 31. August 2010 über den Versorgungsausgleich entscheidet.
2. Eine Vereinbarung nach § 6 VersAusglG ist von dem Familiengericht einer Inhalts- und Ausübungskontrolle zu unterziehen, die sich an den hierfür mit Bezug auf Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen geltenden Grundsätzen orientiert.
3. Ein ohne adäquate Kompensation vereinbarter Verzicht auf den Versorgungsausgleich ist nur dann nach § 138 BGB sittenwidrig, wenn nach den Gesamtumständen der kompensationslose Verzicht für einen Ehegatten eine unzumutbare Lastenverteilung ergibt.
4. Die Vereinbarung eines kompensationslosen Verzichts auf den Versorgungsausgleich hält dann einer Inhaltskontrolle stand, wenn in einer nicht langen Ehe der an sich ausgleichsverpflichtete Ehegatte im Wesentlichen das Familieneinkommen erwirtschaftet hat, während der an sich ausgleichsberechtigte Ehegatte einer Ausbildung (Studium mit Referendariat) absolviert hat und dadurch in die Lage versetzt wurde, eine gute und sichere Altersversorgung aufzubauen, an der der andere Ehegatte nicht mehr partizipiert. Das kann auch dann gelten, wenn aus der Ehe ein Kind hervorgegangen ist.

##### Zur Einordnung:

Der hier abgedruckte Beschluss des OLG Koblenz beschäftigt sich mit einer vom Familiengericht durchzuführenden Inhalts- und Ausübungskontrolle in Bezug auf eine Vereinbarung nach § 6 VersAusglG. Insofern ist die Entscheidung auch hinsichtlich der Frage nach der ehevertraglichen Gestaltungsfreiheit zweier Ehegatten von Interesse. Der Beschluss liegt mit denjenigen Entscheidungen auf einer Linie, die die grundsätzliche Dispositionsfreiheit der Eheleute bei ehevertraglichen Vereinbarungen bekräftigen. Im Ergebnis stellt das OLG Koblenz fest, dass die Vereinbarung eines kompensationslosen Verzichts auf den Versorgungsausgleich der Inhalts- und Ausübungskontrolle gem. § 8 VersAusglG selbst dann standhält, wenn zwar ein relativ hoher Ausgleichsbetrag anzunehmen wäre, dadurch aber keine unzumutbare Lastenverteilung entsteht.

Nach Hinweis auf die vom BGH entwickelte Rechtsprechung zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts (BGH FamRZ 2004, 601) kommt das OLG

Koblenz zu dem Ergebnis, dass nach einer Gesamtabwägung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls die durch die Verzichtsvereinbarung entstandene Lastenverteilung nicht verwerflich ist. Der ohne den Verzicht ausgleichspflichtige Ehemann hatte während der (kurzen) Ehe die Familieneinkommen größtenteils allein erwirtschaftet und der geschiedenen Ehefrau somit ermöglicht, ihr Lehramtsstudium und das Referendariat zu beenden. Als nunmehr verbeamtete Lehrerin könne sich diese aber eine adäquate Altersversorgung selbst aufbauen. Das Gericht führte überdies aus, dass auch die parallel zur Ausbildung übernommene Betreuung des gemeinsamen Kindes durch die geschiedene Ehefrau an dieser Einschätzung nichts ändere, da insofern die in der Ehe erzielten Vorteile überwiegen. Die Ehefrau habe sich zudem nicht in einer unterlegenen Verhandlungsposition befunden.

Die Entscheidung des OLG Koblenz macht ein weiteres Mal deutlich, dass es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer (ehevertraglichen) Vereinbarung über den Versorgungsausgleich, insbesondere auch im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung, auf die speziellen Verhältnisse der Eheleute ankommt. Jedwede pauschale Beurteilung hinsichtlich der Wirksamkeit des hier in Rede stehenden Verzichts auf Versorgungsausgleich verbietet sich daher. Die gesetzliche Neuregelung sollte mehr Gestaltungsspielräume für Eheleute schaffen und im weiteren Umfang als in der Vergangenheit Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich ermöglichen. Insofern ist die Entscheidung des OLG Koblenz sehr zu begrüßen. Da der Versorgungsausgleich aber zum Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen zählt, ist der Notar gehalten, auf ehevertragliche Vereinbarungen hinzuwirken, die nicht zu einer einseitigen Belastung eines Ehegatten und damit zur Unwirksamkeit des Vertrages führen. Neben den üblichen Belehrungen zum Verzicht auf Versorgungsausgleich sollte daher immer auch die berufliche Entwicklung der Eheleute während der Ehe und zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung dokumentiert werden.

*Die Schriftleitung (TF)*

##### Zum Sachverhalt:

I. Das AG hat mit Urteil vom 20. 2. 2009 die am 1. 9. 2000 in ...[X] geschlossene Ehe der Bet. geschieden. Mit Beschluss vom gleichen Tag hat es das Verfahren über den Versorgungsausgleich abgetrennt, nachdem die Bet. in der Anhörung über die Scheidung eine Vereinbarung geschlossen haben, nach der sie wechselseitig auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs verzichten. Das AG hat auf Bedenken an der Genehmigungsfähigkeit der Vereinbarung hingewiesen und Auskünfte bei den Versorgungsträgern eingeholt. Mit Schriftsatz vom 4. 10. 2010 hat die Ag. die Rücknahme des Antrags auf Ausschluss des Versorgungsausgleichs erklärt.

Der Ag. war bei der Eheschließung und ist auch heute noch Beamter (Staatsanwalt). Die Ast. war vor Eheschließung ausgebildete Diplom-Pädagogin und bis August 2000 berufstätig. Zum Zeitpunkt der Eheschließung war sie Lehramtsstudentin. Am ... 2003 wurde die gemeinsame Tochter der Bet. ...[A] geboren. Die Ast. beendete ihr Studium erfolgreich und war in

der der Zeit von November 2004 bis 31. Oktober 2006 Referendarin für das Lehramt. Sie trat am 1. 11. 2006 in die Berufstätigkeit ein (Berufsschullehrerin) und ist seit dem 1. 11. 2008 auf Lebenszeit verbeamtet. Im Oktober 2008 hat sie aus einer neuen Verbindung ein Kind geboren.

Die Bet. haben sich im Juli 2005 getrennt. Am 1. 11. 2005 ist der Ag. aus der früheren gemeinsamen Ehewohnung ausgezogen. Der Scheidungsantrag wurde dem Ag. am 8. 5. 2008 zugestellt.

Der Ag. zahlte Kindes- und bis zum 1. 11. 2006 Trennungunterhalt in Höhe von insgesamt 780,- €. Die Bet. haben mit notarieller Urkunde vom 30. 3. 2007 den Zugewinnausgleich in der Weise geregelt, dass an die Ast. 41 000,- € gezahlt wurden.

Das AG hat in der abgetrennten Folgesache Versorgungsausgleich mit dem angegriffenen Beschluss den Versorgungsausgleich durchgeführt und die in der Ehezeit (1. 9. 2000 bis 30. 4. 2008) erworbenen Anteile von Anrechten der Ast. bei der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Oberfinanzdirektion . . . und des Ag. bei der Oberfinanzdirektion . . . jeweils zur Hälfte geteilt. Es hat die von den Bet. getroffene Vereinbarung zum Versorgungsausgleich als nicht wirksam angesehen. Die Vereinbarung sei nicht formell wirksam. Sie sei auch nicht nachvollziehbar, da nicht vorgetragen sei, ob und inwieweit für die relativ hohen Ausgleichsbeträge eine Kompensation geschaffen worden sei.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Ag., mit der er die Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses und den Ausspruch des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs begehrt. Er macht geltend, die Durchführung des Versorgungsausgleichs sei aufgrund der Rollenverteilung während langer Zeiten der Ehe grob unbillig. Die eheliche Lebens- und Haushaltsführung sei im Wesentlichen aus seinem Einkommen bestritten worden. Er habe der Ast. das Studium finanziert und ihr die Möglichkeit zu einem eigenen und sicheren Einkommenserwerb eröffnet. Bei Durchführung des Versorgungsausgleichs würde er mehrfach benachteiligt, da er zum einen das Einkommen der Ast. während der Studienzzeit sichergestellt habe, zum anderen das gerade durch dieses Studium aufgetretene Versorgungsdefizit der Ast. ausgeglichen werde und er obendrein an den wirtschaftlichen Früchten des Studiums nicht mehr teilhaben könne. Die Ast. sei aufgrund ihrer Verbeamtung auf Lebenszeit in ausreichendem Maße selbst für das Alter gesichert und habe die sichere Möglichkeit, eine ausreichende und gleichwertige Alterssicherung aufzubauen. Die Bet. hätten den streitgegenständlichen Verzicht nicht spontan und ungeplant erklärt, sondern sich darüber untereinander bereits mindestens einen Monat vor der gerichtlichen Verhandlung verständigt. Durch die Vereinbarung über den Zugewinnausgleich sei die Ast. wirtschaftlich zusätzlich gestärkt worden.

Die Ast. beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Sie macht unwidersprochen geltend, sie hätten am 1. 9. 2000 geheiratet, weil der Steuervorteil für den Ag. aufgrund dessen, dass sie Studentin gewesen sei, sehr groß gewesen sei. Es wäre ihr ohne weiteres möglich gewesen, eine neue Stelle neben dem Studium zu finden. Dass sie dies nicht getan habe, habe auf gemeinsamer Entscheidung der Bet. beruht. Sie habe überwiegend die Haushaltsführung und die Betreuung des Kindes übernommen. Sie habe aufgrund der Betreuung des Kindes nur eine 3/4-Stelle ausüben können, was sich auf den Ausbau ihrer Alterssicherung auswirke.

#### Aus den Gründen:

II. Auf den abgetrennten Versorgungsausgleich ist gemäß § 48 Abs. 3 VersAusglG, Art. 111 Abs. 5 FGG-RG

das seit dem 1. 9. 2009 geltende neue Recht anzuwenden.

Die Beschwerde ist gemäß §§ 58 ff., 228 FamFG zulässig und begründet. Die Bet. haben durch die Vereinbarung vom 20. 2. 2009 den Versorgungsausgleich wirksam ausgeschlossen.

Der Senat entscheidet über das Rechtsmittel ohne erneute mündliche Verhandlung, nachdem die Bet. gegen diese Verfahrensweise keine Einwände erhoben haben und eine weitere Sachaufklärung nicht zu erwarten ist.

#### **Bestehen keine Wirksamkeits- und Durchsetzungshindernisse, ist das Familiengericht nach § 6 VersAusglG an die Vereinbarung gebunden**

Nach § 6 Abs 1 VersAusglG können die Ehegatten Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich schließen. Sie können ihn insbesondere ganz ausschließen, § 6 Abs. 1 Nr. 2 VersAusglG. Nach § 6 Abs. 2 VersAusglG ist das Familiengericht grundsätzlich an die Vereinbarung der Ehegatten gebunden. Dies gilt allerdings nur dann, wenn es keine Wirksamkeits- oder Durchsetzungshindernisse für die Vereinbarung gibt. Das Familiengericht ist daher verpflichtet, die Vereinbarung dahingehend zu überprüfen. Hierbei prüft es die formal-rechtlichen Anforderungen an eine Vereinbarung nach § 7 VersAusglG sowie die materiell-rechtlichen Anforderungen (Inhalts- und Ausübungskontrolle) nach § 8 VersAusglG.

Die Vereinbarung der Bet. vom 20. 2. 2009 ist formwirksam. Die Vereinbarung ist durch Aufnahme der Erklärungen in einem nach §§ 160 ff. ZPO errichteten Protokoll erfolgt, § 7 Abs. 2 VersAusglG i. V. m. § 127 a ZPO. Beide Bet. waren durch ihre Anwälte vertreten.

Die Ast. ist an die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich vom 20. 2. 2009 gebunden. Ihre Erklärung vom 4. 10. 2010, sie nehme den Antrag auf Ausschluss des Versorgungsausgleichs zurück, ist unbeachtlich. Die am 20. 2. 2009 geschlossene Vereinbarung war zwar zunächst schwebend unwirksam, da sie der familiengerichtlichen Genehmigung bedurfte, § 1587 o BGB a. F. Nach § 1587 o BGB a. F. kann eine Vereinbarung nicht einseitig widerrufen oder ein Antrag auf familiengerichtliche Genehmigung der Verzichtserklärung nicht einseitig zurückgenommen werden, da über die Genehmigung der Vereinbarung nach § 1587 o Abs. 1 BGB von Amts wegen zu entscheiden ist (vgl. BGH NJW 1987, 1770 = DNotZ 1987, 760; KG FamRZ 2000, 1157 f.). Unter Geltung des hier anwendbaren § 6 Abs. 2 VersAusglG bedurfte die Vereinbarung der familiengerichtlichen Genehmigung nicht mehr. Eine Anfechtung ihrer im Termin vom 20. 2. 2009 abgegebenen Erklärung hat die Ast. nicht erklärt; Anfechtungsgründe (§§ 119, 123 BGB) sind davon abgesehen nicht dargelegt und nicht ersichtlich.

Die streitgegenständliche Vereinbarung hält der Inhalts- und Ausübungskontrolle nach § 8 Abs. 1 VersAusglG stand.

Die Bestimmung tritt an die Stelle des § 1587 o Abs. 2 S. 4 BGB a. F. Danach war einer einvernehmlich getroffenen Regelung des Versorgungsausgleichs die familiengerichtliche Genehmigung nur zu versagen, wenn

unter Einbeziehung der Unterhaltsregelungen und der Vermögensauseinandersetzung offensichtlich die vereinbarte Leistung nicht zu einer dem Ziel des Versorgungsausgleichs entsprechenden Sicherung des Berechtigten geeignet ist oder zu keinem nach Art und Höhe angemessenen Ausgleich unter den Ehegatten führt.

Nach § 8 Abs. 1 VersAusglG ist die Vereinbarung vom Gericht einer Inhaltskontrolle und einer Ausübungskontrolle zu unterziehen, die sich an den hierfür mit Bezug auf Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen geltenden Grundsätzen orientiert (vgl. Palandt-Brudermüller, Kommentar zum BGB, 69. Aufl., 2010, § 8 VersAusglG Rn. 4).

**Der Versorgungsausgleich gehört zum Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen – Vereinbarungen diesbezüglich dürfen nicht zu einseitiger Lastenverteilung führen**

Bei der Wirksamkeitskontrolle ist zunächst zu prüfen, ob die Vereinbarung im Gesamtzusammenhang schon im Zeitpunkt des Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung mit der Folge zu versagen ist, dass die gesetzlichen Regelungen an ihre Stelle treten, § 138 BGB. Bei der Gesamtwürdigung sind die zum Zeitpunkt der Vereinbarung bestehenden individuellen Verhältnisse (vor allem die Einkommens- und Vermögensverhältnisse) sowie die von den Ehegatten verfolgten Zwecke und die jeweiligen Beweggründe zu berücksichtigen (BGH NJW 2006, 2231).

Dabei hat das Familiengericht nach der Rechtsprechung des BGH (BGH FamRZ 2004, 601 = DNotZ 2004, 550 = RNotZ 2004, 150) in Betracht zu ziehen, inwieweit die vertraglichen Abreden unmittelbar in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreifen. Zu diesem gehören in erster Linie der Betreuungsunterhalt, dann der Krankheitsunterhalt und der Altersunterhalt. Der Versorgungsausgleich rangiert auf derselben Stufe wie letzterer. Nach § 138 BGB ist der Ausschluss des Versorgungsausgleichs dann unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des schon bei Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint (BGH FamRZ 2008, 2011 = DNotZ 2009, 62). Auch ein ohne adäquate Kompensation vereinbarter Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nach § 138 BGB nicht stets nichtig. Es kommt vielmehr auf die Gesamtumstände an, also darauf, ob der kompensationslose Verzicht für einen Ehegatten eine unzumutbare Lastenverteilung ergibt (BGH FamRZ 2005, 185 = DNotZ 2005, 226). Die Verwerflichkeit einer Vereinbarung kann sich auch aus der Ausnutzung einer Notlage eines Ehegatten zum Vertragsschluss ergeben. Diese erwächst namentlich aus einer ungewollten Schwangerschaft, Krankheit, Abbruch einer Ausbildung, Arbeitslosigkeit oder Überrumpelung bei der Eheschließung (vgl. MünchKommBGB/Eichenhöfer, 5. Aufl. 2010,

§ 8 VersAusglG Rn. 10 – 14; BeckOK, Hrsg. Bamberger/Roth, Stand 1. 8. 2010, § 8 Rn. 3 – 10).

Nach diesen Grundsätzen ist der Ausschluss des Versorgungsausgleichs durch die Bet. wirksam. Eine offenkundig einseitige Lastenverteilung, die der Ast. nicht zumutbar wäre, liegt hier nicht vor.

Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, welche Versorgungsansprüche die Bet. innerhalb der Ehezeit erworben haben. Diese Ansprüche hat das AG in seiner Entscheidung zutreffend festgestellt. Auf dessen Berechnung nimmt der Senat Bezug. Bei Durchführung des Versorgungsausgleichs wäre demnach der Ag. gegenüber der Ast. im Ergebnis in Höhe eines kapitalisierten Betrags von 21 561,06 € ausgleichspflichtig. Es handelt sich somit um einen nicht unerheblichen Ausgleichsanspruch, der gegen einen Ausschluss des Versorgungsausgleichs sprechen könnte.

**Für die Prüfung der Sittenwidrigkeit von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich sind die Verhältnisse des konkreten Einzelfalls maßgeblich**

Nach einer Gesamtabwägung aller Umstände ist diese Lastenverteilung jedoch nicht als verwerflich anzusehen:

Die Ehe der Bet. war nicht lang. Die Eheleute haben ca. fünf Jahre zusammengelebt und die Ehezeit betrug ca. 7 1/2 Jahre (1. 9. 2000 bis 30. 4. 2008). Für einen verhältnismäßig langen Zeitraum der Ehezeit war die Ast. nicht berufstätig. Sie hat studiert, während der Ag. das Familieneinkommen erwirtschaftet hat. Die Aufnahme des (Zweit-)Studiums unter Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit ist einvernehmlich erfolgt. Aus dieser ehelichen Rollenverteilung sind beiden Bet. Vorteile zugeflossen. Der Ag. hatte steuerliche Vorteile. Die Ast. hat nach ihrem (Zweit-)Studium ihr Lehramtsreferendariat erfolgreich absolviert und wurde ein halbes Jahr nach Ablauf der Ehezeit verbeamtet. Dass sie ohne ihr (Zweit-)Studium eine gleich gute und sichere Möglichkeit hätte, eine Altersversorgung aufzubauen, hat die Ast. nicht vorgetragen und ist aus der Schilderung ihrer Erwerbsbiographie nicht erkennbar.

Der wechselseitige Verzicht der Bet. auf Durchführung des Versorgungsausgleichs ist nicht deswegen mit dem Gebot der ehelichen Solidarität unvereinbar, weil aus der Ehe ein Kind hervorgegangen ist und die Ast. während der Ehezeit und noch heute die Betreuung des Kindes übernommen hat. Der Senat verkennt nicht, dass die Ast. die Betreuung des Kindes während ihres Studiums und ihres Referendariats bewältigt hat und damit einer doppelten Belastung ausgesetzt war. Die der Ast. dadurch entstandenen Nachteile werden jedoch durch die aus der Ehe erzielten Vorteile kompensiert und belasten die Ast. nicht einseitig. Die Ast. wurde aufgrund ihrer Zweitausbildung und ihrer Verbeamtung auf Lebenszeit in die Lage versetzt, eine hinreichende und sichere Altersversorgung aufzubauen. An dieser wird der Ag. nicht mehr partizipieren.

Dass die Ast. derzeit und auf absehbare Zeit nur eine 3/4-Stelle ausüben kann, beruht im Wesentlichen auf der Geburt des weiteren Kindes im Oktober 2008. Die Vereinbarung über den Ausschluss des Versorgungs-

ausgleichs vom 20. 2. 2009 wurde unmittelbar im Zusammenhang mit der Ehescheidung getroffen. Das zweite Kind der Ast. aus der neuen Verbindung war geboren, die Ast. arbeitete nicht und bezog Elterngeld. Mit der Geburt des weiteren Kindes und den damit verbundenen Auswirkungen auf die – durch die Ausbildung während der Ehezeit ermöglichte – Erwerbstätigkeit der Ast. als verbeamtete Lehrerin lag auf Seiten der Ast. ein Motiv für eine Vereinbarung des Verzichts auf den Versorgungsausgleich vor. Vor dem Hintergrund, dass die Bet. bereits im Jahre 2007 eine Scheidungsvereinbarung zur Vermögensauseinandersetzung getroffen haben, ist davon auszugehen, dass sie mit der Scheidung finanziell und damit auch hinsichtlich der Versorgungsansprüche getrennte Wege gehen wollten.

#### **Keine unterlegene Verhandlungsposition der Antragstellerin**

Die Ast. war bei Abschluss der Vereinbarung anwaltlich beraten. Sie hat selbst mit ausführlicher Begründung beantragt, den Ausschluss der Vereinbarung familiengerichtlich zu genehmigen. Angesichts ihrer Aus- und Vorbildung bestehen keine Zweifel daran, dass sie die Folgen der Vereinbarung nicht überblicken konnte. Sie hat vielmehr selbst auf die Möglichkeit hingewiesen, eine ausreichende und sichere Altersversorgung aufzubauen. Der Ast. war auch bewusst, dass die gemeinsame Tochter der Bet., die bei Abschluss der Vereinbarung 5 1/2 Jahre alt war, noch länger betreuungsbedürftig sein würde und dass sie aufgrund der Geburt des zweiten Kindes ihre Berufstätigkeit weiter einschränken würde. Anhaltspunkte für eine ungleiche Verhandlungsposition und damit einer Disparität bei Abschluss der Vereinbarung sind nicht erkennbar. Auch eine intellektuelle Unterlegenheit der Ast. bei Abschluss der Vereinbarung, eine wirtschaftliche Abhängigkeit oder eine Druckausübung durch den Ag. ist nicht dargelegt und nicht erkennbar.

Eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich kann nach § 138 BGB auch dann unwirksam sein, wenn sie voraussichtlich dazu führt, individuelle Vorteile zum Nachteil der Grundsicherung nach SGB XII zu erzielen. Es ist zu prüfen, ob eine Vereinbarung nach ihrem Gesamtcharakter dafür geeignet ist, dass die Ehegatten bewusst oder unbewusst Verpflichtungen, die auf der Ehe beruhen, objektiv zu Lasten der Sozialhilfe (im Alter: Grundsicherung) regeln (vgl. MünchKommBGB/Eichenhöfer, § 8 VersAusglG Rn. 15, 16). Das ist dann der Fall, wenn ein Ehegatte künftig auf die Grundsicherung im Alter oder bei Erwerbsminderung angewiesen ist, dies aber ohne die Vereinbarung nicht der Fall wäre. Das kann hier nicht angenommen werden. Die am 2. 4. 1971 geborene Ast. ist weit von dem Erreichen der Regelaltersgrenze weit entfernt und kann als Lebenszeitbeamtin unstreitig eine hinreichende und sichere Altersversorgung aufbauen.

Hält die Vereinbarung der Bet. der Inhaltskontrolle stand, ist im Rahmen der Ausübungskontrolle am Maßstab des § 242 BGB zu prüfen, ob infolge der Vereinbarung etwa ein Ehegatte auf Grund einvernehmlicher Änderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin

unvereinbar erscheint (BGH FamRZ 2005, 185 = DNotZ 2005, 226). Das ist nicht der Fall.

Nach alledem haben die Bet. den Versorgungsausgleich wirksam ausgeschlossen. Es ist festzustellen, dass ein Versorgungsausgleich nicht durchgeführt wird.

#### **5. Erbrecht – Vorlage eines notariell beurkundeten Testaments gegenüber Bank als Nachweis für die Erbfolge**

(OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 10. 6. 2011 – 19 U 13/11)

#### **BGB §§ 280; 675; 2289**

**Das Kreditinstitut genügt seiner Pflicht, im Erbfall ihres Kunden die erbrechtliche Verfügungsberechtigung zu prüfen, wenn ihr ein notariell beurkundetes Testament des Erblassers vorgelegt wird; dies gilt auch dann, wenn das Testament auf einen Erbvertrag Bezug nimmt, der eine abweichende Erbinsetzung vorsieht, die Unwirksamkeit der testamentarischen Verfügung wegen dieser Abweichung jedoch erst im Wege einer Vertragsauslegung erkennbar wird; dies gilt insbesondere dann, wenn sowohl der Erbvertrag als auch das Testament vom selben Notar beurkundet wurden und das Kreditinstitut auf dessen Prüfung der Wirksamkeit der testamentarischen Verfügung vertraut.**

#### **Zur Einordnung:**

Das Urteil betrifft die Frage des Nachweises der Erbenstellung gegenüber Banken. Viele Kreditinstitute verlangen unter Berufung auf ihre AGB (vgl. nur Nr. 5 AGB der Sparkassen, veröffentlicht in NJW 1993, 840) nach dem Tod eines Kunden von dessen Erben den Nachweis ihrer Erbenstellung durch einen Erbschein auch dann, wenn die Erben eine eröffnete notarielle Verfügung von Todes wegen vorlegen. Zudem haben die Kreditinstitute in ihren AGB bestimmt, dass sie im Falle der Leistung an einen Nichtberechtigten von ihrer Leistungspflicht befreit sind, solange ihnen dabei keine Fahrlässigkeit zur Last fällt. Die Rechtsprechung ist dem Verlangen der Banken nach einem Erbschein mehrfach entgegengetreten und hat betont, dass der Erbe in diesen Fällen nicht verpflichtet ist, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen, sondern auch die Möglichkeit hat, den Nachweis seines Erbrechts durch ein öffentliches Testament oder einen Erbvertrag mit gerichtlichem Eröffnungsprotokoll zu erbringen (BGH NJW 2005, 2779; BayObLG DNotZ 1995, 306; die Einzelheiten sind allerdings stark umstritten, vgl. dazu Litzemberger, BeckOK-BGB, Stand: 1. 3. 2011 § 2232 Rn. 21 ff.).

Gegenstand der nachstehenden Entscheidung war ein Schadensersatzanspruch des Sohnes eines Bankkunden gegen die Bank, weil diese nach dem Tod ihres Kunden Vermögenswerte aus dessen Depot an dessen zweite Ehefrau herausgegeben hatte. Diese hatte sich durch Vorlage eines eröffneten notariellen Testaments, das sie als Alleinerbin auswies, legitimiert, wobei das Testament zugleich auf einen Erbvertrag Bezug nahm, der eine abweichende Erb-

einsetzung vorsieht, jedoch einen Änderungsvorbehalt enthielt. Der Senat entschied im Rahmen der Prüfung des § 280 Abs. 1 BGB, dass die Bank nicht fahrlässig gehandelt habe. Nach ihren AGB sei sie nur berechtigt und nicht verpflichtet, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen. Sie dürfe auf die Wirksamkeit des Testaments vertrauen, da dieses auf den Erbvertrag ausdrücklich Bezug genommen habe und von demselben Notar beurkundet worden sei, der seinerzeit den Erbvertrag beurkundet hatte.

Das Urteil ist für die Praxis insoweit zu begrüßen, als es sich in die Reihe der Entscheidungen einordnet, die gegenüber Banken einen Erbnachweis durch eine eröffnete Verfügung von Todes wegen genügen lassen. Das erspart den Erben die hohen Kosten eines Erbscheins. Allerdings sind immer die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Besonderheiten dieses Sachverhalts, die der Senat im Leitsatz nochmals besonders betont (Beurkundung des Testaments durch denselben Notar, Bezugnahme auf den Erbvertrag), erlauben daher keine allgemeingültigen Aussagen (so auch Litzburger, FD-ErbR 2011, 321918). Das gilt vor allem deshalb, weil der genaue Wortlaut des Änderungsvorbehalts des Erbvertrags nicht vollständig mitgeteilt wird, so dass zu dessen Wirksamkeit keine Aussage getroffen werden kann (vgl. Litzburger, FD-ErbR 2011, 321918). Zu berücksichtigen ist zudem, dass vorliegend nur über die Frage der Fahrlässigkeit Rahmen eines Schadensersatzanspruchs zu entscheiden war und nicht über die für die Praxis wichtigere Frage, ob die Bank bei Vorlage einer eröffneten notariellen Verfügung von Todes wegen noch einen Erbschein verlangen darf.

*Die Schriftleitung (LB)*

### Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. macht gegen die Bekl. Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Freigabe von in einem Depot seines Vaters befindlicher Vermögenswerte nach dessen Ableben an die zweite Ehefrau des Erblassers geltend.

Der Kl. ist nach rechtskräftiger Feststellung durch Urteil des LG Bad Kreuznach vom 14. 1. 2009 als durch einen notariell beurkundeten Erb- und Erbverzichtsvertrag seiner Eltern vom ... 9. 1980 eingesetzter befreiter Vorerbe Alleinerbe seines am ... 2005 letztverstorbenen Vaters.

Hinsichtlich des Inhalts des Erb- und Erbverzichtsvertrages wird auf Bl. 28 ff. d. A. verwiesen. Der Erblasser heiratete am ... 4. 2004 Frau A, verheiratete B, nunmehr C. Bereits am ... 1. 2004 hatte der Erblasser ein notarielles Testament errichtet, in dem er seine damalige Lebensgefährtin A als Alleinerbin einsetzte. Wegen des Inhalts des Testaments im Einzelnen wird auf Bl. 36 ff. d. A. verwiesen. Der Erblasser unterhielt bei der Bekl. ein Depot, das zum Zeitpunkt des Erbfallbesitzes Fondsanteile im Wert von ca. 80 000,- € aufwies.

Unter Vorlage des notariellen Testaments vom ... 1. 2004 sowie des Erb- und Erbverzichtsvertrages vom ... 9. 1980 beauftragte Frau C die Bekl., die Fondsanteile auf ihr eigenes Depot zu übertragen. Die Bekl. führte diesen Auftrag aus. Mit der Klage begehrt der Kl. Schadensersatz in Höhe des Wertes der Fondsanteile sowie des weiteren Ersatz des ihm entgangenen Gewinns in Höhe von mehr als 18 000,- €.

Der Kl. hat geltend gemacht, die Bekl. sei nicht berechtigt gewesen, das Depotguthaben auf Frau C zu übertragen. Sie hätte erkennen können, dass das Frau C als Alleinerbin einsetzende Testament wegen der entgegenstehenden Bestimmungen des Erb- und Erbverzichtsvertrages seiner Eltern unwirksam war. Sie sei ihrer auch in Ziffer 20 der Depotbedingungen normierten Prüfpflicht hinsichtlich der Erbberechtigung der Frau C nicht nachgekommen und habe daher ihre Verpflichtungen aus dem Depotvertrag verletzt. Hinsichtlich des geltend gemachten entgangenen Gewinns hat der Kl. die Auffassung vertreten, für die Schadensberechnung sei der Kursgewinn zu berücksichtigen, den der Kl. erzielt hätte, wenn die Fondsanteile in dem Depot verblieben wären. Des weiteren hat der Kl. Klagsansprüche geltend gemacht.

Das LG hat am 26. 1. 2010 gegen den säumigen Kl. klageabweisendes Versäumnisurteil erlassen. Im Einspruchstermin vom 15. 6. 2010 hat die Bekl. hinsichtlich des Zahlungsanspruchs des Kl. wegen einer am tag zuvor bei Gericht eingegangenen, auf Zahlung weiterer 18 435,11 € nebst Zinsen gerichteten, Klageerweiterung keinen Antrag gestellt.

Das LG hat mit Teilversäumnis- und Teilurteil vom 13. 7. 2010 unter teilweiser Abänderung des Versäumnisurteils vom 26. 1. 2010 die Bekl. verurteilt, an den Kl. 80 254,37 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17. 10. 2009 zu zahlen Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche des Kl. gegen Frau C und hat die Klage im Übrigen (mit Ausnahme des Betrages der Klageerweiterung) abgewiesen.

Der Kl. hat zuletzt beantragt, das Teilversäumnisurteil vom 13. 7. 2010 aufrechtzuerhalten und die Bekl. weiter zu verurteilen, an den Kl. weitere 18 435,11 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 16. 6. 2010 zu zahlen, hilfsweise Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche des Kl. gegen Frau C.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, bei der Übertragung der Depotwerte auf ein Depot der C nicht pflichtwidrig gehandelt zu haben, da sie auf deren Erbberechtigung auf Grund des vorgelegten notariell beurkundeten und eröffneten Testaments habe vertrauen dürfen. Im Übrigen hat die Bekl. die Einrede der Verjährung erhoben und das Rechtsschutzbedürfnis des Kl. wegen Frau C zustehender Pflichtteilsansprüche und der für den Kl. bestehenden Aufrechnungsmöglichkeit in Abrede gestellt.

Das LG hat mit am 14. 12. 2010 verkündeten und der Bekl. am 15. 12. 2010 zugestellten Urteil das Teilversäumnisurteil vom 13. 7. 2010 aufrechterhalten und die Bekl. auch hinsichtlich der geltend gemachten Klageerweiterung zur Zahlung verurteilt. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, die der Bekl. vor der Depotübertragung vorliegenden Urkunden hätten sie veranlassen müssen, eine Übertragung der Depotwerte abzulehnen, da die Erbenbestimmung in dem Erb- und Erbverzichtsvertrag einerseits und dem notariellen Testament andererseits hinsichtlich der Erbinsetzung widersprüchlich seien. Ob die Bekl. hätte meinen dürfen, klüger als das LG Bad Kreuznach sein zu dürfen, sei unerheblich. Hiergegen und gegen die Zuerkennung eines Anspruchs des Kl. auf entgangenen Gewinn richtet sich die am 17. 1. 2011 (Montag) eingelegte und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 15. 3. 2011 am letzten Tag der Frist begründete Berufung der Bekl.

Sie rügt eine fehlerhafte Rechtsauffassung des LG. Sie vertritt die Auffassung, sie sei berechtigt gewesen, die Übertragung der Depotwerte auf Frau C vorzunehmen. Die eröffnete notarielle Verfügung von Todes wegen durch den Erblasser sei zum Nachweis der Erbenstellung der Frau C ausreichend gewesen. Auf die Richtigkeit und Wirksamkeit einer notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung habe sie vertrauen dürfen, zumal der das Testament protokollierende Notar auch den Erb- und Erbverzichtsvertrag der Eltern des Kl. protokolliert habe

und dieser Vertrag auch ausdrücklich im Testament des Erblassers genannt und darin dessen Bestimmungen im Erb- und Erbverzichtsvertrag unter Hinweis auf den darin erklärten Vorbehalt aufgehoben wurden. Im Übrigen vertritt die Kl. die Ansicht, dass die Schadensberechnung unschlüssig sei, da der Kl. allenfalls Anspruch auf Ersatz des Depotwertes zum Zeitpunkt des Erbfalles habe. [. . .]

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils sowie auf die in der Berufungsinanz gewechselten Schriftsätze der Parteien verwiesen.

#### **Aus den Gründen:**

II. Die zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte und begründete Berufung hat Erfolg.

Der Kl. hat gegen die Bekl. keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung von Pflichten aus dem mit dem Erblasser abgeschlossenen Depotvertrag (§ 280 Abs. 1 BGB).

#### **Aus dem Recht der Bank, sich einen Erbschein vorlegen zu lassen, folgt keine diesbezügliche Pflicht**

Die Bekl. war nicht verpflichtet, sich von Frau C vor Ausführung deren Auftrages, die Depotwerte des Depots des Erblassers auf ihr eigenes Depot zu übertragen, einen Erbschein vorlegen zu lassen. Eine solche Pflicht ergibt sich nicht aus Ziff. 20 des Depotvertrages, in der lediglich geregelt ist, dass die Bekl. unter bestimmten Umständen berechtigt ist, sich einen Erbschein vorlegen zu lassen. Eine Verpflichtung der Bekl. zur Vorlage eines Erbscheins folgt daraus nicht.

Die Bekl. war auch nicht auf Grund ihrer im Erbfall ihres Kunden den Erben gegenüber bestehenden Pflicht zur Prüfung der Erbenstellung vor der Vornahme von Vermögensverfügungen verpflichtet, sich von Frau C einen Erbschein vorlegen zu lassen oder sonstige Erkundigungen einzuholen, etwa, wie der Kl. meint, bei ihm nachzufragen, ob die Erbenstellung der Frau C umstritten ist. Vielmehr durfte die Bekl. auf Grund des ihr vorgelegten notariellen Testaments des Erblassers von einer Alleinerbenstellung der Frau C ausgehen, ohne dabei ihre Prüfpflichten verletzt zu haben.

#### **Wegen der Vorbehaltsregelung im Erbvertrag kann auf Grund einer vermeintlichen Widersprüchlichkeit der Erbeinsetzungen eine Veranlassung der Bank, die Übertragung der Depotwerte abzulehnen, nicht angenommen werden**

Der Umfang der der Bekl. obliegenden Pflicht, die zum Beleg der Erbberechtigung vorgelegten Urkunden zu überprüfen, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Die Bekl. konnte ohne Fahrlässigkeit davon ausgehen, dass die in dem notariellen Testament niedergelegte erbrechtliche Situation zutreffend war. Das Testament bestimmte Frau C als Alleinerbin. Eine davon abweichende Erbenstellung des Kl. als befreiter Vorerbe ergab sich zwar aus dem Erb- und Erbverzichtsvertrag der Eltern des Kl., der der Bekl. ebenfalls vorgelegt wurde. Dennoch musste die Bekl. allein auf Grund der unterschiedlichen Regelungen zur Erbeinsetzung keine begründeten Zweifel an der Alleinerbenstellung der Frau C haben. Das vorgelegte Testament des Erblassers

nimmt Bezug auf den Erb- und Erbverzichtsvertrag und eine in diesem enthaltene Vorbehaltsklausel zugunsten des Erblassers. In dem notariellen Testament machte der Erblasser von diesem einseitigen Vorbehalt, die Bestimmungen des Erb- und Erbverzichtsvertrages „aufzuheben, abzuändern oder neue Verfügungen von Todes wegen auch einseitig zu treffen“, ausdrücklich Gebrauch. Wegen dieser besonderen Vorbehaltsregelung kann entgegen der Rechtsauffassung des LG allein auf Grund einer vermeintlichen Widersprüchlichkeit der Erbeinsetzungen eine Veranlassung der Bekl., die Übertragung der Depotwerte abzulehnen, nicht angenommen werden. Mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit, die auch für den Abschluss von Erbverträgen gilt, ist es nämlich zulässig, dass die Parteien in dem Erbvertrag gemäß §§ 2298, 2299 BGB dem Erblasser das Recht vorbehalten, in späteren letztwilligen Verfügungen abweichende Bestimmungen zu treffen (BGHZ 26, 204 ff., 208). Die für die Erbenstellung entscheidende Frage ist dabei die nach der Wirksamkeit dieses grundsätzlich zulässigen Änderungsvorbehalts im Erbvertrag. Dies wiederum bestimmt sich nach dem Umfang des Vorbehalts in Bezug auf die als abänderbar bezeichneten Regelungen des Erbvertrages. Eine solche Beurteilung ist nur möglich durch eine, ggf. ergänzende, Vertragsauslegung, nämlich auf Grund einer Auslegung des Zweckes der Regelungen des Erbvertrages einerseits und des Umfangs der Vorbehaltsklausel andererseits. Nur dann, wenn der Vorbehalt im Einzelfall so weit geht, dass er den Erbvertrag seines Wesens entkleidet und zudem so weit gefasst ist, dass nicht mehr festgestellt werden kann, welches Recht dem vertragsmäßig Bedachten bindend zugewandt sein soll, ist von einer Unwirksamkeit des Änderungsvorbehalts auszugehen (BGHZ 26, 204 ff.; ihm folgend LG Bad Kreuznach, Urteil vom 21. 11. 2008 – Az.: 3 O 83/08; OLG Koblenz, Urteil vom 16. 1. 2007 – Az.: 11 U 1272/06).

#### **Die Bank trifft im Tagesgeschäft keine Pflicht zur umfangreichen rechtlichen Prüfung aus Auslegung eines Erbvertrages**

Eine solche umfängliche rechtliche Prüfpflicht, die im Wege der Vertragsauslegung eine Bestimmung des Willens der Parteien des Erbvertrages sowie den des Regelungsumfanges des hierzu in Relation stehenden Änderungsvorbehalts enthalten müsste, besteht für eine Bank grundsätzlich nicht. Das gilt bereits auch deshalb, weil für diese Auslegung ggf. weitere Erkundigungen erforderlich wären. Im Tagesgeschäft der Banken kann eine solche Prüfpflicht grundsätzlich nicht verlangt werden. Dies gilt vorliegend insbesondere auch deshalb, weil das notarielle Testament des Erblassers von demselben Notar beurkundet wurde, der auch den Erb- und Erbverzichtsvertrag beurkundete. Der Notar ist bei der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung gemäß § 17 BeurkG verpflichtet, deren rechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit zu prüfen (vgl. auch OLG Schleswig, Urteil vom 2. 9. 2004 – Az.: 11 U 48/03 – juris). Dabei geht es entgegen der vom Kl. im Schriftsatz vom 26. 5. 2011 geäußerten Rechtsansicht nicht nur um die Prüfung einer Urkunde auf deren inhaltliche Richtigkeit, sondern auch um die Prüfung der rechtlichen Wirksamkeit des Inhalts des Testaments. Die Bekl. durfte sich daher auch darauf verlassen, dass der Notar diese Prü-

fung vorgenommen und die Wirksamkeit der von dem Erblasser im Testament auf der Grundlage des Änderungsvorbehalts erklärten Verfügungen angenommen hat. Ihr musste sich hingegen gerade nicht aufdrängen, dass der Änderungsvorbehalt des Erblassers in dem Erb- und Erbverzichtsvertrag unwirksam ist. Daher bestand für sie auch keine Veranlassung zu weiteren Nachforschungen.

Es geht im Übrigen auch nicht um die vom LG erörterte Frage, ob die Bekl. annehmen durfte, klüger sein zu müssen als das LG Bad Kreuznach, sondern allein darum, dass für die Bekl. eine der gerichtlichen Beurteilung vergleichbare Prüfpflicht nicht bestand.

## 6. Erbrecht – Zustimmung des Nacherben zur Grundstücksveräußerung

(OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 20. 4. 2011 – 4 U 78/10)

### BGB §§ 2120; 2113; 2136

**Der befreite Vorerbe kann analog § 2120 BGB von den Nacherben die Zustimmung zur Veräußerung eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks verlangen, wenn der Vertragsgegner der Vorerben dies fordert.**

#### Zur Einordnung:

Der Erblasser kann den Vorerben gemäß § 2136 BGB auch bei Verfügungen über Nachlassgrundstücke von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB und damit von der Zustimmung des Nacherben befreien, so dass der befreite Vorerbe zustimmungsfrei über diese Grundstücke verfügen kann. Gegenstand der nachstehenden Entscheidung war die Frage, ob der befreite Vorerbe diese Zustimmung gleichwohl verlangen kann, wenn sein Vertragspartner dies fordert. Für den nicht befreiten Vorerben gilt insoweit die Vorschrift des § 2120 BGB. Ist danach zur ordnungsmäßigen Verwaltung, insbesondere zur Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten, eine Verfügung erforderlich, die der Vorerbe nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann, so ist der Nacherbe dem Vorerben gegenüber verpflichtet, seine Einwilligung zu der Verfügung zu erteilen. Bereits das RG hat entschieden, dass bei praktischen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Nachlassgrundstücks der befreite Vorerbe in analoger Anwendung von § 2120 BGB den Nacherben auf Erteilung der Zustimmung in Anspruch nehmen kann (RGZ 148, 385, 390), hatte seinerzeit aber noch darauf abgestellt, ob die Veräußerung einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht.

Der Senat hat nun dem Kl. einen Zustimmungsanspruch analog § 2120 BGB zugebilligt und erläutert, dass dieser neben den Fällen, in denen der befreite Vorerbe gegenüber dem GBA den Nachweis der vollen Entgeltlichkeit oder der Zustimmung des Nacherben durch Vorlage öffentlicher Urkunden erbringen muss, auch dann in Betracht komme, wenn der Vertragspartner des Vorerben die Zustimmung im Sinne einer echten Rechtsbedingung fordert, damit in je-

dem Fall die Löschung des Nacherbenvermerks sichergestellt ist. Der teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht, ein solcher Zustimmungsanspruch gebiete die Darlegung besonderer Umstände und eine Interessenabwägung (so Staudinger/Avenarius, 2003, § 2120 BGB Rn. 12), hat der Senat eine Absage erteilt. Auch darauf, ob es sich zugleich um eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung handelt, komme es nicht an. Die damalige Aussage des RG sei im Kontext der Entscheidung zu würdigen und erkläre sich vor dem Hintergrund, dass im vom RG entschiedenen Fall die volle Entgeltlichkeit der Verfügung – anders als im hier vorliegenden Fall – gerade nicht feststand.

Die Entscheidung bringt für die Praxis eine erhebliche Erleichterung. Wenn das GBA die Frage der Entgeltlichkeit der Verfügung anders beurteilt als die Bet., käme es für den befreiten Vorerben als Veräußerer zu erheblichen Nachweisproblemen, da er den Nachweis der Entgeltlichkeit kaum in der Form des § 29 GBO führen könnte und es so dazu kommen könnte, dass sich das GBA weigert, den Nacherbenvermerk zu löschen, wodurch die gesamte Veräußerung scheitern könnte. Der vom Gericht aufgezeigte Weg stellt gegenüber der Einholung eines Verkehrswertgutachtens die einfachere und kostengünstigere Variante dar.

*Die Schriftleitung (LB)*

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Kl., befreite Vorerbin nach ihrem verstorbenen Ehemann, nimmt den Bekl., Nacherbe des Erblassers, auf Zustimmung zur Veräußerung einer zum Nachlass gehörenden Eigentumswohnung sowie Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch in Anspruch.

Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils des LG F. vom 2. 3. 2010 Bezug genommen. Dieser ist dahingehend zu ergänzen, dass die im notariellen Kaufvertragsangebot vom . . . 2008 zu Urkundenrolle Nr. . . ./2008 des Notars Dr. N1 festgeschriebene Bindungsfrist der Kaufinteressentin A bis . . . 2009 mit notarieller Urkunde vom . . . 2009 (Urkundenrolle Nr. . . ./2009 des Notars Dr. N1) bis . . . 2010 verlängert wurde.

Das LG hat mit der angefochtenen Entscheidung die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, dass der Kl. als befreiter Vorerbin gegen den Bekl. kein Zustimmungsanspruch zustehe, weil Zweifel an der Vollentgeltlichkeit der hier beabsichtigten Wohnungsveräußerung nicht ersichtlich seien. Der Bekl. habe die Vollentgeltlichkeit des Kaufvertragsangebots vom . . . 2008 mehrfach ausdrücklich unstreitig gestellt.

Das bloße Verlangen der Zustimmung des Nacherben durch den potentiellen Erwerber der Eigentumswohnung genüge nicht, um eine Einwilligungspflicht des Nacherben zu begründen. Nur unter hier von der Kl. nicht vorgetragene besonderen Umständen könne der Nacherbe nach Treu und Glauben in Abwägung der gegenseitigen Interessen zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet werden.

Gegen diese ihr am 5. 3. 2010 zugestellte Entscheidung wendet sich die Kl. mit der am 6. 4. 2010 (Osterdienstag) eingelegten und am 5. 5. 2010 begründeten Berufung, mit der sie zunächst ihren ursprünglichen Klageantrag in vollem Umfang weiter verfolgt hat. Nach Veräußerung des Wohnungseigentums gemäß notarieller Urkunde vom . . . 2010 zum Preis von

125 000,- € an die Erwerberin BA unter Verzicht auf die vorherige Löschung des Nacherbenvermerks haben die Parteien – nach entsprechendem Hinweis im Senatstermin vom 13. 10. 2010 – die Hauptsache insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Kl. beantragt nunmehr darüber hinaus, in Abänderung der angegriffenen Entscheidung des LG festzustellen, dass auf der Grundlage des Kaufvertrages vom . . . 2010 zu Urkundenrolle Nr. . . ./2010 des Notars Prof. Dr. N2, in dem das Angebot der BA1 auf Abschluss eines Kaufvertrages vom . . . 2008 (Urkundenrolle Nr. . . ./2008 des Notars Dr. A) und des Nachtrags vom . . . 2009 (Urkundenrolle Nr. . . ./2009 des Notars Dr. A) aufgegangen ist, das Eigentum an dem im Grundbuch von O1, Bl. . . ., eingetragen 10,009/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück O1, Flur . . ., Flurstück . . ., . . .-Straße . . ., verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung und Keller Nr. 5.4 des Aufteilungsplanes und dem Sondernutzungsrecht an dem PKW-Abstellplatz in der Tiefgarage Nr. 10 voll entgeltlich, d. h. nicht teilweise unentgeltlich i. S. v. § 2130 Abs. 2 S. 1 BGB, übergegangen ist und dem Bekl. deshalb gegen die Kl. und die Erwerberin Frau A keinerlei Ansprüche auf Geltendmachung der Unwirksamkeit der vorbenannten Verfügung zustehen.

Die Kl. meint, dass hinsichtlich des übereinstimmend für erledigt erklärten Teils dem Bekl. die Kosten des Rechtsstreits aufzulegen seien. Entgegen der Auffassung des LG hätten durchaus Zweifel an der Vollentgeltlichkeit des Kaufangebots vom . . . 2008 bestanden. Der von der Interessentin A angebotene Kaufpreis von 125 000,- € habe deutlich unter dem vom Erblasser 1998 aufgewendeten Kaufpreis in Höhe von 186 323,- € gelegen. Auch wenn der Bekl. die Entgeltlichkeit der Verfügung unstreitig gestellt habe, seien die Zweifel nicht ausgeräumt worden, verweigere der Bekl. doch nach wie vor, ihr eine Verzichtserklärung hinsichtlich der Geltendmachung von etwaigen Ansprüchen wegen (Teil-)Unentgeltlichkeit der beabsichtigten Grundstücksverfügung zukommen zu lassen. Zudem habe der Bekl. in der von ihr erstmals mit der Berufungsbegründung vorgelegten E-Mail vom 31. 7. 2007 die Auffassung vertreten, dass die Eigentumswohnung doch erheblich unter dem ursprünglichen Kaufpreis veräußert worden sei, während sich die Baupreise in nicht unerheblichem Maße verteuert hätten.

Der Nacherbe sei entgegen der Auffassung des LG dem befreiten Vorerben gegenüber bereits dann zur Zustimmung verpflichtet, wenn ein Dritter in einem Vertrag mit dem Vorerben die Zustimmung des Nacherben zur Geltungsbedingung erhoben habe. Immerhin sei der Vertragspartner des Vorerben ebenso wie der Vorerbe selbst dem Risiko einer Unwirksamkeit der beabsichtigten Verfügung wegen etwaiger (Teil-)Unentgeltlichkeit ausgesetzt.

Die Zustimmungspflicht des Bekl. sei des Weiteren aus der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 13. 11. 1992 (Az.: 14 U 139/91) abzuleiten. Danach sei ein Nacherbe dann zur Zustimmung entsprechend § 2120 BGB verpflichtet, wenn der befreite Vorerbe ein Nachlassgrundstück veräußern möchte, um den Erlös für seinen Unterhalt zu verwenden und sein eigenes Vermögen, welches nicht der Nacherbenfolge unterliege, zu schonen. Im vorliegenden Fall habe sie – die Kl. – keineswegs eine Schonung ihres eigenen Vermögens beabsichtigt. Mit dem zu erzielenden Veräußerungserlös hätten die bestehenden Nachlassverbindlichkeiten des Erblassers getilgt werden sollen.

Der im Verhandlungstermin neu formulierte Feststellungsantrag sei zulässig und begründet. Es handelte sich bei dem Feststellungsantrag um eine nicht den besonderen Voraussetzungen des § 533 ZPO unterliegende Klageerweiterung i. S. v. § 264 Nr. 2 ZPO. Jedenfalls aber sei die Klageänderung sachdienlich i. S. v. § 533 Nr. 1 2. Alternative ZPO.

Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse folge daraus, dass der Bekl. sowohl vorprozessual als auch nach Klageerhebung ihre – der Kl. – Rechtsunsicherheit ebenso wie die der Verkäuferin A geschürt habe, wonach er die Veräußerung der Eigentumswohnung keinesfalls gegen sich gelten lassen werde. Die Kl. beruft sich dabei auf die bereits erwähnte E-Mail vom 31. 7. 2010 an Rechtsanwalt RA1. Außerdem habe der Bekl. in der Klageerweiterung vom 10. 7. 2009 und den nachfolgenden Schriftsätzen die Ansicht vertreten, es handele sich bei der Veräußerung der Eigentumswohnung nicht um eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung i. S. v. § 2120 BGB. Da der Bekl. die zur Ausräumung der bestehenden Rechtsunsicherheit erforderliche Zustimmung zu dem Kaufvertrag und der Übertragung des Wohnungseigentums nicht erklärt hat, genüge dessen Erklärung, er stelle die Vollentgeltlichkeit der Verfügung nicht in Zweifel, nicht, um ein Feststellungsinteresse zu verneinen. Die Begründetheit des Feststellungsantrags folge aus den vorstehenden Ausführungen zur Kostentragungspflicht des Bekl. nach übereinstimmender Teilerledigungserklärung.

Der Bekl. hat – wie bereits erwähnt – der Teilerledigungserklärung zugestimmt und beantragt darüber hinaus, die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt unter Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen die landgerichtliche Entscheidung. Die von der Kl. im Berufungsverfahren vorgelegte E-Mail vom 31. 7. 2007 sei aus prozessualen Gründen gem. § 531 II ZPO nicht mehr zu berücksichtigen. Die von der Kl. angeführte Entscheidung des OLG Karlsruhe sei nicht einschlägig.

Der von der Kl. neu gestellte Feststellungsantrag sei wegen fehlenden Feststellungsinteresses gemäß § 256 Abs. 1 ZPO unzulässig. Er berühme sich keiner Ansprüche gegen die Kl. und/oder die Erwerberin des streitgegenständlichen Wohnungseigentums. Zweifel an der Vollentgeltlichkeit der Veräußerung der Eigentumswohnung seien nicht ersichtlich. Das GBA K. habe – unstreitig – zwischenzeitlich die Erwerberin A als neue Eigentümerin eingetragen und den Nacherbenvermerk gelöscht.

#### Aus den Gründen:

II. Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat die Berufung aber keinen Erfolg. Bei dem im Senatstermin am 13. 10. 2010 neu formulierten Feststellungsantrag der Kl. handelt es sich um eine zulässige Klageänderung (nachfolgend 1); die Feststellungsklage ist aber als bereits unzulässig zurückzuweisen (nachfolgend unter 2).

1. Die Zulässigkeit der Klageänderung folgt entgegen der Auffassung der Kl. nicht bereits aus § 264 Nr. 2 ZPO. [. . .] Die Zulässigkeit der Klageänderung folgt jedoch aus § 533 ZPO. [. . .]

2. Der Antrag der Kl. festzustellen, dass mit dem Kaufvertrag vom . . . 2010 das Wohnungseigentum voll entgeltlich übergegangen ist und dem Bekl. deshalb gegen die Kl. und die Erwerberin A keine Ansprüche auf Geltendmachung der Unwirksamkeit der vorbenannten Verfügung zustehen, ist wegen eines fehlenden Feststellungsinteresses unzulässig. Es ist nicht erkennbar, dass dem subjektiven Recht der Kl. eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit dadurch droht, dass der Bekl. ernstlich bestreitet oder er sich eines Rechtes gegen die Kl. berühmt. Der Wirksamkeit der Verfügung der Kl. über das Wohneigentum mit notariellem Vertrag vom

. . . 2010 droht keine Gefahr wegen eventueller Zweifel an der Vollentgeltlichkeit der Verfügung.

**Im Rahmen einer befreiten Vorerbschaft bedürfen nur unentgeltliche Verfügungen (§§ 2136, 2113 Abs. 2 BGB) der Zustimmung des Nacherben**

Die im vorliegenden Fall fehlende Zustimmung des Bekl. als Nacherben ist für die Kl. als befreite Vorerbin nicht nötig, weil sie auch über Nachlassgrundstücke ohne Zustimmung der Nacherben wirksam entgeltlich verfügen kann. Im Rahmen einer befreiten Vorerbschaft bedürfen nur unentgeltliche Verfügungen (§§ 2136, 2113 Abs. 2 BGB) der Zustimmung des Nacherben. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei dem notariellen Vertrag vom . . . 2010 um eine vom Bekl. unstreitig gestellte entgeltliche Verfügung. Bereits erstinstanzlich hat der Bekl. mit Schriftsatz vom 2. 9. 2009 sowie vom 13. 10. 2009 die Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts außer Streit gestellt.

**Zweifel an der Vollentgeltlichkeit eines Kaufvertrages sind nicht bereits damit begründbar, dass der von der Erwerberin gezahlte Kaufpreis deutlich unter dem vom Erblasser aufgewendeten Kaufpreis liegt**

Der Kl. ist zwar darin zuzustimmen, dass das Feststellungsinteresse nicht bereits dann entfällt, wenn der Prozessgegner das Bestreiten der Vollentgeltlichkeit der genannten Verfügung gegen sie aufgibt. Von dem jetzigen Prozessverhalten – dem Unstreitigstellen – kann der Bekl. tatsächlich jederzeit wieder abrücken. Maßgeblich sind bei der anzustellenden Würdigung des Verhaltens des Bekl. aber immer die Umstände des konkreten Einzelfalls. Danach ist hier davon auszugehen, dass der Bekl. auch zu einem späteren Zeitpunkt sich nicht auf eine (Teil-)Unentgeltlichkeit des Geschäfts berufen können. Die Zweifel an der Vollentgeltlichkeit des Kaufvertrages vom . . . 2010 sind nicht bereits damit begründbar, dass der von der Erwerberin A gezahlte Kaufpreis von 125 000,- € deutlich unter dem vom Erblasser 1998 aufgewendeten Kaufpreis in Höhe von 186 323,- € liegt. Derartige Schwankungen sind mit dem dynamischen Geschehen auf den Immobilienmärkten im Laufe von über 10 Jahren ohne weiteres erklärbar. Es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich und von dem Bekl. auch nicht angedeutet worden, dass die Eigentumswohnung deutlich „unter Wert“ von der Kl. veräußert worden ist.

Eine Gefahr der Unsicherheit hinsichtlich der Bewertung des Kaufvertrages als voll entgeltliches Geschäft ist auch nicht mit der E-Mail des Bekl. an Rechtsanwalt RA1 vom 31. 7. 2007 begründbar. Dabei mag dahingestellt bleiben, ob dieses Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO prozessrechtlich überhaupt berücksichtigt werden darf. Denn jedenfalls äußert der Bekl. in dieser Nachricht keine wesentlichen Zweifel dahingehend, dass das Wohneigentum unter dem Marktpreis veräußert wurde. Er fragt lediglich seinen Rechtsanwalt, „. . . wieso das Wohneigentum in O1 doch relativ stark unter dem ursprünglichen Kaufpreis verkauft wird, wonach doch die Wirtschaft und somit auch die Baupreise sich in nicht unerheblichem Maß nach oben bewegen“. Diese durchaus nachvollziehbare und berechtigte Frage

nach dem Marktgeschehen auf dem Immobilienmarkt begründet aber aus den dargestellten Gründen keine Gefahr der Unsicherheit für die Kl.

**Der Veräußerung von Wohnungseigentum seitens des Vorerben kann der Nacherbe nicht mit dem Argument einer ordnungswidrigen Verwaltung des Nachlasses (§ 2130 BGB) entgegengetreten**

Fehlt es damit an ernstzunehmenden Zweifeln an der Vollentgeltlichkeit der Verfügung mit Kaufvertrag vom . . . 2010, so besteht auch keine damit begründbare Gefahr von möglichen Ansprüchen des Bekl. gegen die Kl. und/oder die Erwerberin A wegen eventueller Unwirksamkeit der vorgenannten Verfügung. Dabei spielt keine Rolle, dass der Bekl. erstinstanzlich in Zweifel gezogen hat, dass es sich bei der Veräußerung der Eigentumswohnung um eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung i. S. v. § 2120 BGB gehandelt hat. Der Veräußerung des Wohnungseigentums seitens der Kl. kann der Bekl. nämlich nicht mit dem Argument einer ordnungswidrigen Verwaltung des Nachlasses (§ 2130 BGB) entgegengetreten. Da die Kl. von allen gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen, die sie als Vorerbin treffen, befreit ist, hat der Bekl. lediglich Anspruch auf den Überrest des Nachlasses (§ 2137 Abs. 1, 2 BGB). Dies schließt aber gerade deren Verpflichtung als Vorerbin gegenüber dem Bekl. als Nacherben, den Nachlass ordnungsgemäß zu verwalten, und damit eine Haftung nach § 2130 BGB aus. Nach der letztgenannten Bestimmung hat der Nacherbe einen Anspruch, den Nachlass in dem Zustand ausgehändigt zu erhalten, in dem er sich bei ordnungsgemäßer Verwaltung durch den Vorerben befinden muss. Von dieser Verpflichtung ist der umfassend befreite Vorerbe gemäß § 2136 BGB befreit und damit für nicht mehr vorhandene Gegenstände auch nicht schadensersatzpflichtig, soweit nicht § 2138 Abs. 2 BGB eingreift (Palandt/Edenhofer, 70. Aufl., § 2130 BGB Rn. 4). Ansprüche des Bekl. nach § 2130 BGB wären daher nur bei einer unentgeltlichen Verfügung oder bei einer Verfügung des Vorerben mit Benachteiligungsabsicht (§ 2138 Abs. 2 BGB) denkbar. Beide Fallvarianten werden ersichtlich von dem Bekl. hier nicht geltend gemacht.

Die Kosten der 1. Instanz sowie die zweitinstanzlich bis zur mündlichen Verhandlung am 13. 10. 2010 angefallenen Kosten und Gebühren hat nach übereinstimmender Teilerledigungserklärung gemäß § 91 a ZPO der Bekl. zu tragen. Die Parteien haben mit der protokollierten Erklärung vom 13. 10. 2010 nicht das Rechtsmittel der Berufung selbst, sondern lediglich den ursprünglichen Klageantrag auf Verurteilung des Bekl., die Zustimmung zur Übertragung des Eigentums an der Eigentumswohnung und die Löschungsbewilligung zu erteilen, für erledigt erklärt. Diese Erledigungserklärung in der Rechtsmittelinstanz ist ohne weiteres zulässig (Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 91 a Rn. 18). Nach der übereinstimmenden Teilerledigungserklärung hat der Bekl. die Kosten der 1. Instanz sowie die bis zur Erledigungserklärung am 13. 10. 2010 angefallenen Kosten zu tragen, weil er ohne das erledigende Ereignis den Prozess verloren hätte. Der Bekl. wäre ohne die Veräußerung der Eigentumswohnung am . . . 2010 unter Verzicht auf seine Zustimmung verurteilt worden, in Ab-

änderung der landgerichtlichen Entscheidung die von der Kl. beantragte Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums zu erteilen.

Der Anspruch der Kl. gegen den Bekl. auf Zustimmungserteilung folgt aus § 2120 BGB analog.

**Für den befreiten Vorerben ist die Zustimmung des Nacherben regelmäßig nicht nötig, weil er auch über Nachlassgrundstücke ohne Zustimmung wirksam entgeltlich verfügen kann**

Eine direkte Anwendung des § 2120 BGB kommt nicht in Betracht, wendet sich die Bestimmung doch in erster Linie an den nicht befreiten Vorerben. Der Zweck der Vorschrift besteht nämlich darin, dem Vorerben eine ordnungsgemäße Nachlassverwaltung zu ermöglichen. Der Vorerbe hat gegenüber dem Nacherben einen Anspruch auf Einwilligung zu solchen Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind, die er aber ohne Einwilligung des Nacherben nicht vornehmen kann. § 2120 BGB gibt dem Vorerben vor diesem Hintergrund die Möglichkeit, die durch die §§ 2113 bis 2115 BGB eingeschränkte Verfügungsbefugnis zu erweitern und sich gegenüber Dritten entsprechend zu legitimieren. Für den befreiten Vorerben ist die Zustimmung dagegen regelmäßig nicht nötig, weil der befreite Vorerbe auch über Nachlassgrundstücke ohne Zustimmung des Nacherben wirksam entgeltlich verfügen kann (Juris PK-BGB/Hamdan, § 2120 Rn. 1).

**Allerdings kann der befreite Vorerbe den Nacherben analog § 2120 BGB auf Erteilung der Zustimmung bei der Veräußerung eines Nachlassgrundstücks in einigen Fällen in Anspruch nehmen, u. a. wenn der Vertragsgegner des Vorerben die Zustimmung des Nacherben fordert**

Einen Sonderfall stellt jedoch die Verfügung eines befreiten Vorerben über ein Nachlassgrundstück dar. Hier bedarf es zur Löschung des Nacherbenvermerks (§ 51 GBO) an sich zwar nicht der Zustimmung des Nacherben (§§ 2136, 2113 Abs. 1 BGB). Dennoch können in diesem Zusammenhang in der Praxis Schwierigkeiten auftauchen, so z. B. wenn der befreite Vorerbe gegenüber dem GBA den Nachweis der vollen Entgeltlichkeit der Veräußerung oder der Zustimmung des Nacherben durch Vorlage öffentlicher Urkunden erbringen muss (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO) oder wenn der Vertragsgegner des Vorerben die Zustimmung des Nacherben zur Verfügung des befreiten Vorerben über ein Nachlassgrundstück fordert. In diesen Fällen kann der befreite Vorerbe in analoger Anwendung des § 2120 BGB den Nacherben auf Erteilung der Zustimmung in Anspruch nehmen (Hamdan, a.a.O., Rn. 4; RGZ 148, 385, 390).

**Der Zustimmungsanspruch des befreiten Vorerben ist bei ausdrücklicher Forderung des Vertragsgegners des Vorerben als echter Rechtsbedingung nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft**

Im vorliegenden Fall hat die Kaufinteressentin A in dem notariell beurkundeten Verkaufsangebot vom . . . 2008 unter Ziffer 4 die Annahme des Angebots durch die Kl. davon abhängig gemacht, dass „der Notar den Eingang der Löschungsdokumente der beiden Nacherben ge-

mäß Anlage 1, Position 1.2 dieser Niederschrift bestätigt hat und damit die Löschung des Nacherbenvermerks sichergestellt ist“. Es handelt sich hierbei um eine echte Geltungsbedingung und nicht um ein „bloßes Verlangen des Antragsgegners“, welches regelmäßig zur Begründung einer Einwilligungspflicht des Nacherben nicht ausreichen dürfte (Staudinger/Avenarius, Bearb. 2003, § 2120 BGB Rn. 12).

Entgegen der Auffassung des Bekl. ist der Zustimmungsanspruch des befreiten Vorerben bei ausdrücklicher Forderung des Vertragsgegners des Vorerben als echter Rechtsbedingung nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft. Insbesondere erfordert der Zustimmungsanspruch nicht die Darlegung besonderer Umstände und die Abwägung der gegenseitigen Interessen von Vor- und Nacherben. Diese Auffassung wird zwar teilweise in der Literatur vertreten (Avenarius, a.a.O., § 2120 Rn. 12). Danach kann nur unter besonderen Umständen, wenn die (materiell-rechtlich) überflüssige Genehmigung des Nacherben in einem Vertrag des Vorerben mit einem Dritten zur Geltungsbedingung erhoben worden ist, der Nacherbe nach Treu und Glauben, d. h. wenn es ihm bei Abwägung der gegenseitigen Interessen zuzumuten ist, zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet sein. Dieses Verständnis wird jedoch den eindeutigen Ausführungen des Reichsgerichts in der Entscheidung RGZ 148, 385, 390 f. nicht gerecht. Dort ist die Voraussetzung, dass „andere berechnete Gründe diese Zustimmung erreichen“ nicht kumulativ, sondern als ein eigener Sonderfall, bei dem auch der befreite Vorerbe vom Nacherben die Zustimmung verlangen kann, benannt worden.

**Der Zustimmungsanspruch des befreiten Vorerben erfordert nicht, dass sich der Verkauf des Grundstücks als „Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung“ darstellt**

Der Zustimmungsanspruch der Kl. erfordert des Weiteren nicht, dass sich der Verkauf des Grundstücks als „Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung“ darstellt. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen (S. 10) in vollem Umfang Bezug genommen werden.

Die im landgerichtlichen Hinweisbeschluss vom 22. 10. 2009 vertretene, hiervon abweichende und vom Bekl. geteilte Auffassung, wonach eine Zustimmung des Nacherben vom Vorliegen einer Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung abhängig sein kann, wird nicht geteilt. Das LG hat seine Auffassung mit den Ausführungen in der bereits genannten Entscheidung des Reichsgerichts begründet. Das Reichsgericht hat dort zwar formuliert: „Deshalb steht dem Nacherben das Recht zu, seine Zustimmung auch zu einer entgeltlichen Verfügung des Vorerben zu verweigern, wenn sie nicht den Erfordernissen ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht“ (RGZ 148, 385, 391). Bei der rechtlichen Bewertung des Aussagegehaltes dieser Formulierung ist allerdings der Kontext der Entscheidung zu würdigen. Die wiedergegebene Formulierung des Reichsgerichts erklärt sich vor dem Hintergrund, dass in dem dort zur Entscheidung vorliegenden Fall die Entgeltlichkeit der getroffenen Verfügung gerade nicht feststand. Das Reichsgericht hat ausdrücklich festgehalten (RGZ 148, 385, 392), dass nicht feststehe, ob sich bei Eintritt des

Nacherbfalles im Nachlass, etwa in Gestalt eines den Nacherben zufallenden Geschäfts, ein angemessener Gegenwert vorfinden würde. Würde sich daher bei Eintritt des Nacherbfalles die Verfügung als unentgeltlich entpuppen, hätte sie zur Wirksamkeit der Zustimmung des Nacherben bedurft, die aber nach § 2120 BGB nur zu erteilen gewesen wäre, wenn die Verfügung zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich gewesen wäre.

### 7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Anmeldebefugnis eines ständigen Vertreters der Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland

(*OLG München*, Beschluss vom 10. 8. 2011 – 31 Wx 239/11, mitgeteilt von *RichterIn am Oberlandesgericht Margaretha Förth*)

#### HGB §§ 13 e; 48; 49

1. **Der ausgeschiedene ständige Vertreter der Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland (hier: schottische Private Limited Company) ist nicht mehr zur Anmeldung von Eintragungen in das Handelsregister berechtigt. Der neu bestellte (einzige) ständige Vertreter der Gesellschaft bedarf seinerseits eines Nachweises seiner Anmeldeberechtigung.**
2. **Eine Einzelprokura, die zusätzlich einem (einzigen) ständigen Vertreter mit Einzelvertretungsbefugnis neben seiner Bestellung erteilt worden ist, ist nicht eintragungsfähig.**

#### Zur Einordnung:

Der zur Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie (89/666/EWG) in § 13 e HGB eingeführte Begriff des „ständigen Vertreters“ ist nicht legaldefiniert und im deutschen Handelsrecht ein Fremdkörper, der in Literatur und Rechtsprechung verschiedene Fragen aufgeworfen hat (siehe etwa den Überblick bei Klose-Mokroß, DStR 2005, 1013, 1015 f.). Zu drei davon hat das OLG München in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung Stellung genommen:

Die Frage, ob ein ausgeschiedener ständiger Vertreter zur Anmeldung seines eigenen Ausscheidens befugt ist, ist bislang – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden worden. Das OLG München bestätigt die allgemeine Ansicht in der Literatur, dass zumindest dann, wenn der einzige ständige Vertreter ausscheidet, er zur Anmeldung seines eigenen Ausscheidens nicht mehr befugt ist (s. nur Heidinger, MittBayNot 1998, 72, 74; Krafska/Willers/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 319; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 2. Aufl. 2008, § 13 e HGB Rn. 34; Heidel/Schall/Ammon, § 13 e HGB Rn. 26; Staub/Koch, § 13 e HGB Rn. 37). Die Anmeldepflicht trifft dann den Vorstand oder die Geschäftsführer; ist ein neuer ständiger Vertreter bestellt, trifft die Anmeldepflicht ihn (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O.; Staub/Koch, a.a.O.), was auch das OLG München annimmt. Der Senat bestätigt außerdem, dass die Neubestellung eines ständigen Vertreters nicht ohne weitere Nachweise allein durch ihn selbst angemeldet werden

kann. Welche Nachweise das Registergericht bei der Anmeldung eines ständigen Vertreters verlangen kann, ist gesetzlich nicht geregelt. Nach allgemeiner Ansicht ist ähnlich wie bei einem Prokuristen ein Nachweis der Bestellung des ständigen Vertreters nicht erforderlich (Krafska/Willers/Kühn, a.a.O.; Heidinger, a.a.O., 75 f.; Klose-Mokroß, a.a.O.; Staub/Koch, a.a.O., Rn. 34). Auch wenn der Wortlaut des § 13 e Abs. 3 S. 1 HGB es in Abgrenzung zu § 53 Abs. 1 HGB vermuten lässt, kann damit – was das OLG München klarstellt – aus systematischen Erwägungen jedoch nicht gemeint sein, dass der einzige neu bestellte ständige Vertreter seine Bestellung ohne jeden Nachweis anmelden kann. Dann könnte sich nämlich jedermann durch bloße Behauptung selbst als ständiger Vertreter in das Handelsregister eintragen lassen. Dem kann nach Ansicht des OLG München begegnet werden durch Vorlage einer von den gesetzlichen Vertretern erteilten Vollmacht zur Anmeldung oder eines Bestellungsbeschlusses der gesetzlichen Vertreter, oder aber dadurch, dass die gesetzlichen Vertreter den neuen ständigen Vertreter anmelden. Sind bereits andere ständige Vertreter vorhanden, dürfte es nach den vom OLG München dargestellten Grundsätzen auch möglich sein, dass diese die Neubestellung allein oder gemeinsam mit dem neu bestellten ständigen Vertreter anmelden.

Umstritten ist, ob eine dem ständigen Vertreter erteilte Prokura zusätzlich zu der Eigenschaft als ständiger Vertreter in das Handelsregister eingetragen werden kann (zum Streitstand siehe die Nachweise unter II. 2. der Entscheidungsgründe). Das OLG München hat dies offen gelassen und vertritt die Ansicht, jedenfalls bei einem ständigen Vertreter mit Einzelvertretungsbefugnis sei eine ihm erteilte Einzelprokura nicht zusätzlich eintragungsfähig, da seine Vertretungsbefugnis als ständiger Vertreter die Einzelprokura bereits umfasse bzw. über sie hinausgehe, da sie anders als die Prokura auch zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ermächtige. Die notarielle Praxis wird sich zunächst hieran zu orientieren haben.

*Die Schriftleitung (MK)*

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Bf. ist eine schottische Private Limited Company mit Sitz in Livingston (West Lothian). Zur Eintragung in das Handelsregister ist u. a. das Ausscheiden des bisherigen (einzigen) ständigen Vertreters, die Bestellung des neuen (einzigen) ständigen Vertreters der Zweigniederlassung, D. G., mit Einzelvertretungsbefugnis wie auch die Erteilung von Einzelprokura zu dessen Gunsten angemeldet. Mit Zwischenverfügung vom 4. 5. 2011 lehnte das Registergericht die Eintragung der vorgenannten Anmeldungen mit der Begründung ab, dass der (neue) ständige Vertreter sich nicht selbst zur Eintragung in das Handelsregister anmelden könne; auch der ursprüngliche ständige Vertreter der Zweigniederlassung sei nicht anmeldeberechtigt, da er das Amt nicht mehr inne habe. Zudem sei eine Eintragung der Einzelprokura zugunsten des D.G. neben seiner Eintragung als (einziger) ständiger Vertreter mit Einzelvertretungsbefugnis nicht zulässig.

Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

**Aus den Gründen:**

II. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Beanstandungen durch das Registergericht sind zu Recht erfolgt.

1. Die durch den neu bestellten ständigen Vertreter der Zweigniederlassung zur Eintragung angemeldeten Änderungen können erst dann eingetragen werden, wenn dieser seine Anmeldeberechtigung hierzu nachweist. Die von dem Bf. vertretene Auffassung, dass es im Hinblick auf die Regelung in § 13 e Abs. 3 S. 1 HGB eines Nachweises seiner Berechtigung nicht bedarf, trifft nicht zu.

**Eine Anmeldung durch den ständigen Vertreter gemäß § 13 e Abs. 3 S. 1 HGB setzt voraus, dass der die Anmeldung bewirkende ständige Vertreter dieses Amt noch inne hat; scheidet der letzte ständige Vertreter aus, ist dies von den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft anzumelden**

a) Gemäß § 13 e Abs. 3 S. 1 HGB ist jede Änderung der Personen i. S. d. § 13 e Abs. 2 S. 5 Nr. 3 HGB oder deren Vertretungsbefugnis zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Eines Nachweises der Änderung bedarf es dabei grundsätzlich selbst dann nicht, wenn die Personen selbst von der Änderung betroffen sind (vgl. Krafska/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl., Rn. 318). Die Anmeldung setzt aber auch voraus, dass der die Anmeldung bewirkende ständige Vertreter entweder dieses Amt überhaupt noch inne hat bzw. bei dessen Ausscheiden noch ein weiterer ständiger Vertreter bestellt ist. Scheidet nämlich der einzige ständige Vertreter aus, so endet seine Berechtigung hierzu und die Anmeldungspflicht i. S. d. § 13 e Abs. 3 S. 1 HGB trifft die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft (BT-Drucks. 12/3908 S. 16; Ensthaler/Achilles, 7. Aufl., § 13 e HGB Rn. 10). Demgemäß hat das Registergericht zu Recht den bisherigen (einzigen) ständigen Vertreter B. L. nach dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft nicht mehr als anmeldeberechtigt angesehen.

**Die Anmeldung eines nach dem Ausscheiden des bisherigen einzigen ständigen Vertreters neu bestellten ständigen Vertreters bedarf des Nachweises der Bestellung oder einer Vollmacht der gesetzlichen Vertreter zur Anmeldung oder der Anmeldung durch die gesetzlichen Vertreter selbst**

b) Entgegen dem Beschwerdevorbringen bedarf es vorliegend eines Nachweises der Anmeldeberechtigung des neuen ständigen Vertreters D.G. Hier liegt nämlich der Fall so, dass nach einem Ausscheiden des bisherigen einzigen ständigen Vertreters ein neu bestellter ständiger Vertreter selbst seine eigene Eintragung anmeldet. Dessen Berechtigung, für die Gesellschaft verbindliche Erklärungen abzugeben, ist bisher dem Registergericht gegenüber noch nicht nachgewiesen worden. Unter Zugrundelegung der Auffassung der Bf. könnte aber – worauf das Registergericht zutreffend hinweist – stets derjenige, der allein behauptet, als ständiger Vertreter bestellt worden zu sein, sich selbst zur Eintragung in das Handelsregister anmelden. Er hätte somit durch seine bloße Behauptung seiner Bestellung jederzeit Zugriff auf Vermögenswerte der Gesellschaft, sodass die Gefahr eines Missbrauchs be-

stehen würde. Dieser Gefahr kann jedoch durch die von dem Registergericht geforderten Nachweise, nämlich in Form der Vorlage einer Vollmacht zur Anmeldung, erteilt durch die Directors und die Company Secretaries entsprechend der allgemeinen Vertretungsregelung, oder in Form der Vorlage eines förmlichen Bestellungsbeschlusses bezüglich des die Eintragung anmeldenden Vertreters begegnet werden, ungeachtet dessen, dass die Directors und die Company Secretaries gemeinsam entsprechend der allgemeinen Vertretungsregelung selbst die Anmeldung beantragen können.

2. Zu Recht hat das Registergericht auch die (zusätzliche) Eintragung der Einzelprokura zugunsten des (einzigen) ständigen Vertreters der Gesellschaft als nicht eintragungsfähig angesehen.

Die in der Literatur umstrittene Frage, ob ein Prokurist zugleich auch als ständiger Vertreter i. S. d. § 13 e Abs. 2 S. 5 Nr. 3 HGB in das Handelsregister eingetragen werden kann (ablehnend h. M.: Staub/Koch, 2009, § 13 e HGB Rn. 32; Mödl, RNotZ 2008, 1; Heidinger, Mitt-BayNot 1998 72; bejahend: Wachter, DNotZ 122 (Fn. 102), 135; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2008, Rn. 30; Baumbach/Hopt, 2010, § 13 e HGB Rn. 3; differenzierend: MünchKommHGB/Krafska, 201, § 13 e Rn. 14; Kühn/Krafska, NZG 2011, 209) stellt sich vorliegend nicht und muss daher auch nicht abschließend entschieden werden. Denn hier steht vielmehr die Frage inmitten, ob bei einer Bestellung nur eines ständigen Vertreters mit Einzelvertretungsbefugnis ein Bedürfnis für eine zusätzliche Eintragung der diesem ständigen Vertreter erteilten Einzelprokura besteht. Ein solches erkennt der Senat nicht.

**Die Eintragung einer Einzelprokura für den bereits eingetragenen ständigen Vertreter mit Einzelvertretungsbefugnis ist mangels Bedürfnisses unzulässig**

D.G. ist nämlich als einziger ständiger Vertreter der Gesellschaft mit Einzelvertretungsberechtigung bestellt und damit bereits allein und umfassend zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Seine Vertretungsbefugnis schließt die der Prokura mit ein und geht sogar darüber hinaus, als sie im Gegensatz dazu (vgl. § 49 Abs. 2 HGB) auch zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken berechtigt. Inwiefern neben einer solchen umfassend erteilten Vertretungsberechtigung noch ein Bedürfnis besteht, die im Vergleich dazu vom Umfang her eingeschränkte Prokura zusätzlich im Register einzutragen, wurde weder vorgetragen noch ist ein solches für den Senat ersichtlich. Allein der Umstand, dass die Prokura im Geschäfts- und Rechtsverkehr bekannt ist und regelmäßig für Rechtsgeschäfte in Deutschland genutzt wird (vgl. insofern Wachter, ZNotP 2005, 122, 135) rechtfertigt deren Eintragung nicht. Rechtsgeschäftliche Betätigungen durch Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit Sitz im Ausland, insbesondere aus dem Vereinigten Königreich, finden mittlerweile seit Jahren in nicht geringer Zahl im Bundesgebiet statt, so dass davon ausgegangen werden kann, dass sich der Rechts- und Geschäftsverkehr auch auf die Vertretungsregelungen solcher Zweigniederlassungen eingestellt hat und diese daher bekannt sind. Die zusätzliche Eintragung der Prokura erweist sich daher als überflüssig. Da aber nur solche Tatsachen und Rechtsverhält-

nisse in das Handelsregister eingetragen werden dürfen, für die ein erhebliches Bedürfnis im Rechtsverkehr besteht (vgl. Krafa/Willer/Kühn, a.a.O. Rn. 85), hat das Registergericht zu Recht die Eintragung der (zusätzlich erteilten) Einzelprokura zurückgewiesen.

### 8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses nach außerordentlicher Kündigung des Gesellschafters

(*OLG München*, Urteil vom 28. 7. 2011 – 23 U 750/11)

**AktG §§ 241; 246  
GmbHG §§ 30; 34**

1. **Hat die GmbH die außerordentliche Kündigung eines Gesellschafters akzeptiert und zum Anlass genommen, die Einziehung des Geschäftsanteils zu beschließen, ist der Einziehungsbeschluss allenfalls anfechtbar, aber nicht nichtig, selbst wenn kein wichtiger Grund für die Kündigung vorlag.**
2. **Die Einziehung des Geschäftsanteils nach der Austrittserklärung eines Gesellschafters, also letztlich die Einigung über dessen Austritt, ist einem in der Satzung zugelassenen Ausschluss mit sofortiger Wirkung vergleichbar. Im letztgenannten Fall lebt die Gesellschafterstellung des Betroffenen nicht wieder auf, wenn die Gesellschaft nichts dazu tut, dass der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Geschäftsanteils erlangt (BGHZ 32, 17, 23).**
3. **Ein Abfindungsanspruch und dementsprechend ein Auskunftsanspruch nach §§ 810, 242 BGB entsteht bereits mit Zugang der außerordentlichen Kündigung des Gesellschafters bei der GmbH. Kann er diese Ansprüche wegen Verjährung nicht mehr durchsetzen, kann er sich nicht darauf berufen, der Einziehungsbeschluss habe mangels Abfindungszahlung seine Wirkung verloren.**

#### Zur Einordnung:

In dem der nachfolgend abgedruckten Entscheidung des OLG München zugrunde liegenden Fall hatte ein GmbH-Gesellschafter unter Berufung auf einen wichtigen Grund gekündigt. Eine solche Kündigung wird gemeinhin als Austrittserklärung verstanden (Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl. 2009, § 34 GmbHG Rn. 75). Die Austrittserklärung eines GmbH-Gesellschafters bewirkt zunächst, dass die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet ist, Zug um Zug gegen Zahlung der Abfindung entweder den Geschäftsanteil einzuziehen oder die Abtretung des Anteils zu verlangen (Clevinghaus, RNotZ 2011, 449, 451). Einer Satzungsermächtigung bedarf es für die Einziehung dann ausnahmsweise nicht (Baumbach/Hueck/Fastrich, 19. Aufl. 2010, Anh. nach § 34 GmbHG Rn. 26). Seit langem umstritten ist, ob die Wirksamkeit einer Einziehung unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung der Abfindung steht – so die wohl (noch) herrschende Meinung, die „Bedingungslehre“ – oder sofort mit dem Einziehungsbeschluss wirksam wird

(siehe zum Streitstand OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 12. 10. 2010 – 5 U 189/09, GWR 2011, 447). Der BGH hat die Frage zuletzt mehrfach ausdrücklich offen gelassen (siehe etwa DStR 2008, 2120; DStR 2006, 1900, jeweils m. Anm. Goette).

Das OLG München hat sich – unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH zu einem in der Satzung zugelassenen Ausschluss mit sofortiger Wirkung (BGHZ 32, 17, 23 = NJW 1960, 866, 867) – mit der im Vordringen befindlichen Meinung gegen die Bedingungslehre ausgesprochen. Dazu hat das Gericht zunächst – was bisher in Rechtsprechung und Literatur soweit ersichtlich nicht behandelt wurde – festgestellt, dass es für die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses nicht darauf ankommt, ob tatsächlich ein wichtiger Grund für die Kündigung vorlag, sondern das Fehlen eines solchen wichtigen Grundes den Einziehungsbeschluss allenfalls anfechtbar macht. Zu der für den Meinungsstreit entscheidenden Frage, wie dem Interesse des ausgeschiedenen Gesellschafters am Erhalt der Abfindung Rechnung getragen werden kann, wenn man die Einziehung nicht als aufschiebend bedingt auf die Zahlung der Abfindung ansieht, hat das OLG München nicht Stellung nehmen müssen, da der Abfindungsanspruch verjährt war. Gegen die Nichtzulassung der Revision ist Beschwerde eingelegt worden, die beim BGH unter dem Az. II ZR 174/11 anhängig ist.

Der notariellen Praxis zeigt das Urteil ein weiteres Mal, dass eine vorbeugende Satzungsgestaltung zu Ausschluss, Austritt, Einziehung und Abfindung empfehlenswert ist. Siehe umfassend zur Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen Clevinghaus, RNotZ 2011, 449, mit Empfehlungen zur Satzungsgestaltung.

*Die Schriftleitung (MK)*

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Parteien streiten über die Frage, ob der Kl. noch Gesellschafter der Bekl. zu 1) ist. Hilfsweise macht der Kl. im Wege der Stufenklage seinen Abfindungsanspruch geltend.

Der Kl. übernahm bei Gründung der Bekl. zu 1), deren jetziger Geschäftsführer der Bekl. zu 2) ist, eine Stammeinlage in Höhe von DM 13 750,-. Die Gesellschafterliste vom 7. 2. 2002 weist ihn als Gesellschafter mit zwei Geschäftsanteilen im Nennwert von DM 13 500,- und DM 6 900,- aus. Der Kl. war außerdem als Angestellter für die Bekl. zu 1) tätig. Nach § 4 der Satzung der Bekl. zu 1) kann die auf unbestimmte Zeit errichtete Gesellschaft von jedem Gesellschafter mit einer Frist von einem Jahr zum Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden. Nachdem es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien gekommen war, erklärte der Bekl. zu 2) mit Schreiben vom 19. 10. 2006 gegenüber dem Kl. dessen Tätigkeit als Vertriebs- und Projektleiter mit sofortiger Wirkung für beendet. Daraufhin kündigte der Kl. mit Schreiben vom 20. 10. 2006 unter dem Betreff „fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses und des Gesellschaftsvertrages“ u. a. das Gesellschaftsverhältnis mit der Bekl. zu 1) aus wichtigem Grund und mit sofortiger Wirkung. Mit Schreiben seines damaligen Anwalts vom 12. 12. 2006 forderte er u. a. einen Abfindungsbetrag in Höhe von € 114 000,-, da er den Gesellschaftsvertrag mit Schreiben vom 20. 11. 2006 fristlos gekündigt habe, er aber bis zur Zahlung seiner Abfindung Gesellschafter bleibe. Daraufhin ent-

gegnete die Bekl. zu 1) durch ihre damaligen Anwälte mit Schreiben vom 22. 12. 2006, die außerordentliche fristlose Kündigung des Gesellschaftsvertrages durch den Kl. mit Schreiben vom 20. 11. 2006 sei ohne wichtigen Grund erfolgt; sollte aus anderen Gründen eine unüberwindbare Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnisses vorliegen, nehme sie die darauf gestützte Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses zur Kenntnis. Bei der Gesellschafterversammlung vom 8. 2. 2007 wurde die Einziehung des Geschäftsanteils des Kl. beschlossen. Das Protokoll dieser Gesellschafterversammlung wurde dem Kl. mit Schreiben vom 13. 2. 2007 übersandt. Nachdem der Kl. mit Schreiben vom 10. 2. 2010 den Bekl. zu 2) aufforderte, eine Gesellschafterversammlung der Bekl. zu 1) einzuberufen, reichte der Bekl. zu 2) eine Gesellschafterliste ein, die den Kl. nicht als Gesellschafter ausweist. Dort heißt es u. a., dass durch die Einziehung der Geschäftsanteile vom 9. 2. 2007 die vormaligen Geschäftsanteile des Kl. erloschen seien. Am 9. 2. 2007 hatte keine Gesellschafterversammlung stattgefunden.

Der Kl. vertritt die Ansicht, er sei nach wie vor Gesellschafter der Bekl. zu 1). Der Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 8. 2. 2007 sei aufgrund erheblicher formeller materieller Mängel nichtig und unwirksam. Er habe jedenfalls seine Wirkung verloren. Die dem Handelsregister des AG Traunstein am 10. 5. 2007 vorgelegte Gesellschafterliste sei falsch. Er habe jedenfalls einen Abfindungsanspruch, den er mit seinen Hilfsanträgen geltend mache.

Der Kl. hat beantragt:

1. Es wird gegenüber der Bekl. zu 1) festgestellt, dass der in der Gesellschafterversammlung der Bekl. zu 1) vom 8. 2. 2007 gefasste Gesellschafterbeschluss, wonach der Geschäftsanteil des Kl. eingezogen worden ist, nichtig ist, hilfsweise, dass der in der Gesellschafterversammlung der Bekl. zu 1) vom 8. 2. 2007 gefasste Gesellschafterbeschluss, wonach der Geschäftsanteil des Kl. eingezogen worden ist, seine Wirkung verloren hat.

2. Es wird gegenüber der Bekl. zu 1) festgestellt, dass der in einer Gesellschafterversammlung der Bekl. zu 1) vom 9. 2. 2007 gefasste Gesellschafterbeschluss, wonach die Geschäftsanteile des Kl. eingezogen worden sind, nichtig ist.

3. Die Bekl. werden verurteilt, dem Handelsregistergericht des AG . . . zu der HRB . . . der Bekl. eine Gesellschafterliste vorzulegen, die den Kl. als Gesellschafter der Bekl. mit zwei Geschäftsanteilen im Nennwert von zu DM 13 500,- und DM 6 900,- ausweist.

Hilfsweise hat der Kl. beantragt, die Bekl. im Wege der Stufenklage zu verurteilen,

4. dem Kl. Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Bekl. zu 1) in dem Zeitraum zwischen dem 1. 1. 2004 und dem 31. 12. 2009, durch Vorlage der in diesem Zeitraum erstellten Bilanzen und der hierzu gefertigten Prüf- und Erläuterungsberichte, der Gewinn- und Verlustrechnungen sowie der in diesem Zeitraum gegenüber der Bekl. zu 1) ergangenen Steuerbescheide und der Abschlussberichte etwaiger Steuerprüfungen, zu erteilen,

5. ihre Auskunft auf Nachfragen des Gerichts schriftlich zu erläutern,

6. die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskunft der Bekl. durch Versicherung an Eides Statt des Bekl. zu 2) zu erklären,

7. an den Kl. eine Abfindung nebst Zinsen in Höhe des sich nach der Auskunft ergebenden Verkehrswertes seiner eingezogenen Geschäftsanteile an der Bekl. zu 1) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8. 2. 2007 zu zahlen.

Die Bekl. haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie entgegnen, der Einziehungsbeschluss sei wirksam, Auskunfts- und Abfindungsansprüche des Kl. seien jedenfalls verjährt. Die Bekl. zu 1) erklärt hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 17, 18 UWG die Aufrechnung gegenüber etwaigen Abfindungsansprüchen des Kl.

Das LG, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die beiden Feststellungsanträge seien unbegründet, da der Gesellschafterbeschluss vom 8. 2. 2007 wirksam sei. Ob in dem Verhalten der Bekl. vor der Kündigung des Kl. ein wichtiger Grund zu sehen sei, könne dahinstehen, weil die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zum Austritt vorlag. Der Kl. könne sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass der Einziehungsbeschluss deshalb unwirksam sei, weil die Einziehung ohne gleichzeitige ausdrückliche Anerkennung des von ihm geltend gemachten Abfindungsanspruchs erfolgt sei. Die Bekl. zu 1) habe einen Abfindungsanspruch des Kl. dem Grunde nach anerkannt, jedoch dargelegt, dass kein auszahlendes Abfindungsguthaben vorhanden sei. Der Kl. behaupte primär die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses mache jedoch keinen Nichtigkeitsgrund geltend. Ein Anfechtungsrecht stehe dem Kl. dagegen analog § 246 AktG nicht mehr zu. Da der Kl. als Gesellschafter aus der Bekl. zu 1) ausgeschieden sei, sei die am 10. 5. 2010 zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste, abgesehen vom Schreibfehler hinsichtlich der Verwechslung des Datums inhaltlich zutreffend, weshalb ein Anspruch des Kl. auf Einreichung einer Gesellschafterliste, die ihn als Gesellschafter ausweist, nicht bestehe. Auch die im Wege der Stufenklage formulierten Hilfsanträge seien unbegründet, da der Auskunftsanspruch jedenfalls verjährt sei.

Dagegen wendet sich die Berufung des Kl., der vor allem seine Argumentation in erster Instanz wiederholt und vertieft. Die vom Kl. nach § 4 der Satzung der Bekl. zu 1) erklärte Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses könne nicht in eine Zustimmung zur Einziehung umgedeutet werden. Der Einziehungsbeschluss vom 8. 2. 2007 sei bereits deshalb nichtig, da die Einziehung nach § 34 GmbHG eine entsprechende Satzungsklausel voraussetze, die die Satzung der Bekl. zu 1) nicht enthalte. Der Kl. sei Gesellschafter der Bekl. zu 1) geblieben, da der Beschluss vom 8. 2. 2007 jedenfalls seine Wirkung verloren habe, da die aufschiebende gesetzliche Bedingung, dass die Zahlung des Einziehungsentgelts ohne Beeinträchtigung des Stammkapitals in angemessener Zeit erfolge, ausgefallen sei. Dem Kl. stehe jedenfalls hilfsweise ein Abfindungsanspruch zu, der sich nach dem Verkehrswert seiner Geschäftsanteile zum Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses bemesse, und erst mit Zugang des Einziehungsbeschlusses im Februar des Jahres 2007 habe entstehen können. Räumt der Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern ein Kündigungsrecht ein, so führe die Ausübung dieses Rechts, wenn der Gesellschaftsvertrag wie im vorliegenden Fall keine andere Regelung enthalte, nach § 60 GmbHG zur Auflösung der Gesellschaft und nicht zum Ausscheiden des kündigenden Gesellschafter. Jeder GmbH-Gesellschafter könne jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft austreten und eine Abfindung verlangen. Dieses Recht gehöre als Grundprinzip des Verbandsrechts zu den zwingenden unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten und könne daher auch nicht in der Satzung ausgeschlossen oder unzumutbar erschwert werden.

Der Kl. verfolgt seine erstinstanzlichen Anträge weiter und erweitert seine Klage gegenüber der Bekl. zu 1) dahingehend, dass er äußerst hilfsweise beantragt, die Bekl. zu 1) verurteilen,

8. an den Kl. eine Abfindung in Höhe von € 114 000,- nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8. 2. 2007 zu zahlen.

Er beantragt ferner vorsorglich die Zulassung der Revision.

Die Bekl. verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt, die Berufung zurückzuweisen sowie Abweisung des Antrags vom 24. 6. 2011.

Auf das Protokoll der Sitzung vom 30. 6. 2011 sowie die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze wird ergänzend Bezug genommen.

### Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.

#### Zum Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses

1. Der Klageantrag zu 1) ist unbegründet, da der auf der Gesellschafterversammlung vom 8. 2. 2007 gefasste Beschluss, den Geschäftsanteil des Kl. einzuziehen, weder nichtig ist noch seine Wirkung verloren hat.

1.1. Den Beschluss vom 8. 2. 2007 hat der Kl. nicht innerhalb der als Leitbild heranzuziehenden Monatsfrist des § 246 AktG angefochten. Nichtigkeitsgründe hat der Kl. nicht vorgetragen. Da das GmbHG keinen Katalog von Nichtigkeitsgründen enthält, hat die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit dem Schrifttum in Anlehnung an das Aktienrecht einen solchen entwickelt (RGZ 166, 129, 132 f.; BGHZ 11, 231, 235), der sich am heutigen § 241 AktG orientiert (Scholz/K. Schmidt, 10. Aufl., § 45 GmbHG Rn. 62 ff.).

1.1.1. Es kann offenbleiben, ob der anwaltliche Vertreter des Kl. bei der Gesellschafterversammlung vom 8. 2. 2007 zu Recht von der Abstimmung ausgeschlossen worden ist. Die Nichtberücksichtigung von Stimmen, die nur vermeintlich vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, ist nur ein Anfechtungsgrund (Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 45 GmbHG Rn. 98).

1.1.2. Der Beschluss ist auch nicht deswegen unwirksam, weil die Satzung der Bekl. zu 1) die Einziehung von Geschäftsanteilen nicht zulässt. Beim außerordentlichen Austritt eines Gesellschafters muss die Einziehung nämlich in Abweichung von § 34 GmbHG nicht im Gesellschaftsvertrag zugelassen sein; ebenso wenig muss der Austretende ihr zustimmen (Scholz/H. Winter/Seibt, 10. Aufl., Anhang § 34 GmbHG Rn. 16).

#### Die Erklärung der außerordentlichen Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses ist eine Austrittserklärung

In der vom Kl. mit Schreiben vom 20. 10. 2006 erklärten Kündigung liegt ein außerordentlicher Austritt des Kl. Die vom Kl. vor allem in der Sitzung vom 30. 6. 2011 und im Schriftsatz vom 25. 7. 2011 vertretene Ansicht, der Kl. habe nicht das Gesellschaftsverhältnis, sondern die Gesellschaft gekündigt, überzeugt nicht. Der Kl. hat sich in seinem Kündigungsschreiben weder auf § 4 der Satzung der Bekl. zu 1) berufen, noch ist der Kl. von einer Kündigungsfrist bis zum 31. 12. 2007 ausgegangen. Auch wenn das Schreiben als Betreff „Kündigung des Gesellschaftsvertrags“ angibt, ergibt sich aus dem folgenden Text eindeutig, dass der Kl. das Gesellschaftsverhältnis „aus wichtigem Grund und mit sofortiger Wirkung“ gekündigt hat. Die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung ist eine Austrittserklärung (Lutter/

Hommelhoff/Lutter, 17. Aufl., § 34 GmbHG Rn. 75). Der Kl. ist auch im nachfolgenden Schreiben vom 12. 12. 2006 davon ausgegangen, dass ihm aufgrund dieses Austritts ein Abfindungsanspruch zusteht. Die jetzt vom Berufungsführer vertretene Ansicht, die Kündigung des Kl. habe zur Auflösung der Gesellschaft zum 31. 12. 2007 geführt, ist damit nicht in Einklang zu bringen. § 4 der Satzung gibt den Gesellschaftern nur das Recht zur ordentlichen Kündigung der Gesellschaft mit der Frist von einem Jahr zum Ende des Kalenderjahres, nicht aber ein Recht zur außerordentlichen Kündigung, das unter dem Grundsatz der Subsidiarität stünde (Scholz/K. Schmidt/Bitter, 10. Aufl., § 60 GmbHG Rn. 77). Danach ist vom Vorrang des Austritts auszugehen und die Auflösung der Gesellschaft der GmbH das äußerste Mittel, das der Minderheit nur ausnahmsweise zugestanden werden kann (Scholz/K. Schmidt/Bitter, a.a.O., § 61 Rn. 3). Aus dem Kündigungsschreiben des Kl. ergibt sich eindeutig, dass er seinen Austritt mit sofortiger Wirkung begehrte.

#### Der Beschluss über die Einziehung eines Geschäftsanteils aufgrund außerordentlicher Kündigung des Inhabers ist selbst dann, wenn die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung nicht vorliegen, nicht nichtig, sondern allenfalls anfechtbar

Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass dahinstehen kann, ob in dem Verhalten der Bekl. zu 1) ein den Kl. zur außerordentlichen Kündigung berechtigender wichtiger Grund lag. Die Bekl. zu 1) hat die Kündigung akzeptiert und zum Anlass genommen, die Einziehung des Geschäftsanteils des Kl. zu beschließen. Selbst wenn die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nicht vorgelegen haben sollten, war der in der Gesellschafterversammlung vom 8. 2. 2007 gefasste Beschluss nicht nichtig, sondern allenfalls anfechtbar (Goette zu BGH, Beschluss vom 28. 4. 1997, II ZR 162/96, DStR 1997, 1336).

1.1.3. Auch der Umstand, dass durch den Beschluss „der Geschäftsanteil“ des Kl. eingezogen wurde, steht der Wirksamkeit nicht entgegen. Zwar bleibt auch bei Vereinigung mehrerer Geschäftsanteile in einer Hand jeder Geschäftsanteil selbständig (Lutter/Hommelhoff/Bayer, 17. Aufl., § 15 GmbHG Rn. 22), da jedoch sowohl in der Ladung zur Gesellschafterversammlung vom 8. 2. 2007 als auch in der Niederschrift auf die vorausgegangene Kündigung des Kl. Bezug genommen wird, ist der Beschluss eindeutig dahingehend zu verstehen, dass beide Geschäftsanteile des Kl. eingezogen werden.

#### Einziehung steht nicht unter aufschiebender Bedingung der Abfindungszahlung

1.2. Der Einziehungsbeschluss hat nicht mangels einer Abfindungszahlung der Bekl. zu 1) an den Kl. „seine Wirkung verloren“. Denn nach Ansicht des Senats stand der Einziehungsbeschluss vom 8. 2. 2007 wegen der vorausgegangenen Kündigung des Kl. nicht unter der aufschiebenden Bedingung der Abfindung ohne Verstoß gegen § 30 GmbHG, die ausgefallen sein könnte; jedenfalls müsste sich der Kl. so behandeln lassen als wäre die Bedingung eingetreten.

1.2.1. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann die Satzung einer GmbH für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss anordnen, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung mit sofortiger Wirkung – also auch schon vor Zahlung seiner Abfindung verliert (BGHZ 32, 17, 23; ZIP 2009, 314). Für einen Austritt durch Kündigung gilt nichts anderes (BGH ZIP 2003, 1544 ff.). In der Entscheidung vom 25. 1. 1960 (BGHZ 32, 17, 23) führte der BGH aus, ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschluss habe zur Folge, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung verliere, der Geschäftsanteil dagegen bestehen bleibe. Auch wenn die Gesellschaft nicht in angemessener Frist die Einziehung des Geschäftsanteils beschließe oder seine Abtretung verlange und nichts dazu tue, dass der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Geschäftsanteils erlangt, lebe doch die Gesellschafterstellung des Betroffenen nicht wieder auf.

Ob ein Einziehungsbeschluss mangels einer entsprechenden Satzungsregelung schon mit seiner Bekanntgabe an den Gesellschafter zur Vernichtung des Geschäftsanteils führt oder ob diese Wirkung, erst mit der Zahlung der Abfindung eintritt, hat der BGH im Urteil vom 30. 6. 2003 (juris Tz. 14) ausdrücklich offen gelassen. Das OLG Hamm (Urteil vom 12. 3. 2008, 8 U 205/07, juris Tz. 22, m. w. N.) interpretiert dies als Lösung von dem Gedanken eines strikten Junktims zwischen Zahlung der Einziehungsabfindung und Verlust der Gesellschafterstellung (in diesem Sinn auch Baumbach/Hueck/Fastrich, 19. Aufl. § 34 GmbHG Rn. 42). Nach Ansicht Goettes (Die GmbH, 2. Aufl., 2002, § 6 Rn. 53) kann die Judikatur des II. Zivilsenats ohnehin nicht im Sinne eines solchen Junktims verstanden werden. Lediglich eine vereinzelt gebliebene, nicht tragende Nebenbemerkung in BGHZ 101, 113, 121, nach der der Betroffene Gesellschaftsrechte wahrnehmen könne jedenfalls solange die Einziehung, insbesondere infolge Nichtzahlung der geschuldeten Abfindung nicht vollzogen ist, könnte die Deutung zulassen, dass der II. Zivilsenat auch über den Fall der Ausschließung durch gestaltendes Urteil hinaus die Wirksamkeit dieser Maßnahme stets von der Zahlung der Abfindung bzw. des Abtretungsentgelts abhängig machen will. Anderen Entscheidungen, wie der bereits zitierten vom 25. 1. 1960 (BGHZ 32, 17, 23) lasse sich entnehmen, dass bei der Ausschließung durch Beschluss eine derartige Koppelung nicht gelte.

#### **Einziehung nach Austrittserklärung ist einem in der Satzung zugelassenen Ausschluss mit sofortiger Wirkung vergleichbar**

Nach Ansicht des Senats ist die Einziehung des Geschäftsanteils nach der Austrittserklärung eines Gesellschafters, also letztlich die Einigung über dessen Austritt einem in der Satzung zugelassenen Ausschluss mit sofortiger Wirkung vergleichbar. Für den letztgenannten Fall ist jedoch höchstrichterlich entschieden, dass auch dann, wenn die Gesellschaft nichts dazu tut, dass der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Geschäftsanteils erlangt, die Gesellschafterstellung des Betroffenen nicht wieder auflebt (BGHZ 32, 17, 23; BGH ZIP 2009, 314). Anders als in dem vom BGH mit Urteil vom 17. 10.

1983 (II ZR 80/83, WM 1983, 1354) entschiedenen Fall stand hier nach dem Einziehungsbeschluss vom 8. 2. 2007 die Umsetzung der Austrittserklärung des Kl. nicht mehr aus.

#### **Alternativlösung nach der Bedingungslehre**

1.2.2. Auch wenn man mit dem OLG Köln (NZG 1999, 1222 ff.) der Ansicht des Kl. folgt, dass ein nach einer Kündigung des Gesellschafters ergangener Einziehungsbeschluss unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung der Abfindung steht, kann nicht festgestellt werden, dass der Gesellschafterbeschluss vom 8. 2. 2007 seine Wirkung verloren hat.

Ausgefallen ist eine Bedingung, wenn feststeht, dass sie nicht mehr eintreten kann (Palandt/Ellenberg, 70. Aufl., § 158 BGB Rn. 3). Der Kl. muss sich jedoch so behandeln lassen, als wäre die aufschiebende Bedingung eingetreten. Der Kl. wäre aufgrund seiner gesellschaftlichen Treuepflicht gehalten gewesen, seine Abfindungsansprüche nach Erhalt des ablehnenden Schreibens der Bekl. zu 1) vom 22. 12. 2006 und des Beschlusses vom 8. 2. 2007 – u. U. gerichtlich – weiter zu verfolgen, um die „schwierige Schwebelage“ (BGH, Urteil vom 30. 6. 2003, II ZR 326/01, Tz. 14) zu beenden. § 162 Abs. 1 BGB ist zwar nicht auf Rechtsbedingungen anwendbar, wohl aber der in der Vorschrift zum Ausdruck kommende allgemeine Rechtsgedanke, dass niemand aus seinem treuwidrigen Verhalten Vorteile ziehen darf. Der Kl. hat nicht während der dreijährigen Verjährungsfrist Stufenklage erhoben, um seinen Abfindungsanspruch durchzusetzen (s. u. 4.), er muss sich daher so stellen lassen, als sei die Bedingung eingetreten.

2. Der Klageantrag zu 2) hat keinen Erfolg, da am 9. 2. 2007 unstreitig überhaupt kein Gesellschafterbeschluss gefasst wurde, denn die Bekl. haben mit Schriftsatz vom 6. 8. 2010 eingeräumt, dass das Schreiben 10. 5. 2010 an das Handelsregister einen Schreibfehler enthält.

#### **Zum Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste**

3. Der Kl. hat gegen die Bekl. zu 1) aus den unter Ziffer 1.1. dargelegten Gründen keinen Anspruch auf Einreichung einer Gesellschafterliste, die ihn als Gesellschafter ausweist.

Folgt man der Ansicht, die Einziehung sei aufschiebend bedingt durch die Zahlung der Abfindung, ergibt sich dies auch aus der Überlegung, dass der Kl. nach Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses allenfalls noch formal Gesellschafter war. Geht es nach dem Austritt eines Gesellschafters nur noch darum, die ihm zustehende Abfindung für seinen Geschäftsanteil zu erhalten, darf er seine Mitspracherechte in der Gesellschaft nur noch insoweit ausüben, als sein wirtschaftliches Interesse an der Durchsetzung seines Abfindungsanspruchs betroffen ist (BGH 30. 11. 2009, II ZR 208/08, Tz. 17). Hier kann der Kl. einen Abfindungsanspruch jedoch nicht mehr durchsetzen.

Bezüglich des Bekl. zu 2) wird auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts und das Senatsurteil vom 29. 7. 2010, 23 U 1997/10, Bezug genommen.

### Zur hilfswisen Stufenklage betreffend die Abfindung

4. Die Hilfsanträge zu 4) bis 8) haben keinen Erfolg. Das LG hat die hilfswise erhobene Stufenklage zu Recht insgesamt wegen Verjährung abgewiesen. Ansprüche gegen den Bekl. zu 2) bestehen ohnehin nicht, Abfindungs- und Auskunftsansprüche des ausscheidenden Gesellschafters bestehen nur gegen die Gesellschaft. Die im weiteren Hilfsantrag auf Zahlung von € 114 000,- liegende Klageerweiterung ist nach § 533 ZPO zulässig. Auch insoweit kann die Bekl. zu 1) jedoch Verjährung einwenden.

Ein Abfindungsanspruch und dementsprechend ein Auskunftsanspruch des Kl. nach §§ 810, 242 BGB ist bereits mit Zugang der Kündigung des Kl. bei der Bekl. zu 1) am 23. 10. 2006 entstanden. Bereits die Kündigungserklärung des Kl. bewirkte, dass die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet war, gegen Abfindung des Gesellschafters nach ihrer Wahl entweder den Geschäftsanteil einzuziehen oder dessen Abtretung unter Wahrung der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG zu verlangen (Ulmer, Anh. § 34 GmbHG Rn. 57; Scholz/H. Winter/Seibt, 10. Aufl., Anh. § 34 GmbHG Rn. 14 m. w. N.). Dass die Gesellschaft von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht, ist keine Voraussetzung für den Abfindungsanspruch des Gesellschafters nach einer Kündigung (OLG Celle GmbHR 2002, 1063). Dementsprechend ist maß-

geblicher Zeitpunkt für die Berechnung der Abfindung nach herrschender Meinung der Zugang der Austrittserklärung bei der Gesellschaft (Baumbach/Hueck/Fastrich, 19. Aufl., § 34 GmbHG Rn. 25. m. w. N.). Im Übrigen hat die Bekl. zu 1) die Kündigung des Kl. bereits im Jahr 2006 akzeptiert. Denn im Schreiben vom 22. 12. 2006 brachte die Bekl. zu 1) lediglich zum Ausdruck, ihr Verhalten begründe keinen wichtigen Grund, eine Zerrüttung sei auf das Verhalten des Kl. zurückzuführen. Einer darauf gestützten Kündigung hat sie nicht widersprochen, sondern „zur Kenntnis“ genommen.

Der Auskunftsanspruch und – mangels einer abweichenden Regelung in der Satzung – auch der Abfindungsanspruch wurden gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig. Die dreijährige Verjährungsfrist endete am 31. 12. 2009. Die Klage ging am 4. 6. 2010 bei Gericht ein.

Tatsachen, aus denen sich eine Hemmung der Verjährung ergibt, müsste der Kl. darlegen und beweisen. Dem neuen Vortrag des Kl. in der Sitzung vom 30. 6. 2011, es habe Verhandlungen zwischen den Parteien gegeben, sind die Bekl. entgegengetreten, so dass er nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zugelassen werden kann. Deshalb ist – im Hinblick auf die mit Schriftsatz vom 25. 7. 2011 vorgelegte Korrespondenz – eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO nicht geboten.

## RNotZ – Forum

### Rechtsprechung in Leitsätzen

- 1. Liegenschaftsrecht – Formulärmäßige Abwälzung nicht näher aufgeschlüsselter Verwaltungskosten (Center-Management) im Gewerberaummietvertrag**  
(BGH, Urteil vom 3. 8. 2011 – XII ZR 205/09)

#### BGB §§ 307; 310

Die formulärmäßig vereinbarte Klausel eines Gewerberaummietvertrages, die dem Mieter eines in einem Einkaufszentrum belegenen Ladenlokals als Nebenkosten des Einkaufszentrums zusätzlich zu den Kosten der „Verwaltung“ nicht näher aufgeschlüsselte Kosten des „Center-Managements“ gesondert auferlegt, ist intransparent und daher unwirksam.

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, MDR 2011, 1090)

- 2. Liegenschaftsrecht – Berechtigtes Interesse bei Bestellung eines Eigentüternießbrauchs**  
(BGH, Beschluss vom 14. 7. 2011 – V ZB 271/10)

#### BGB § 1030

- Ein Nießbrauch kann an dem eigenen Grundstück bestellt werden; der Nachweis eines berechtigten Interesses an der Bestellung ist nicht erforderlich.**

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, DNotl-Report 2011, 152)

- 3. Liegenschaftsrecht – Zum Erfordernis einer Unbedenklichkeitsbescheinigung bei Übertragung eines Erbanteils**  
(OLG Celle, Beschluss vom 19. 5. 2011 – 4 W 56/11)

#### GBO § 20 GrEStG § 22

Überträgt ein Miterbe seinen Erbanteil durch eine Erbauseinandersetzung- und Erbteilsübertragungsvereinbarung auf seine Geschwister und erhält hierfür eine Gegenleistung entsprechend seinem Anteil am Wert des Nachlasses, darf das Grundbuchamt die beantragte Eintragung der Übertragung von der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig machen.

(Fundstellen: Beck-Online, FGPrax 2011, 218)

#### 4. Liegenschaftsrecht – Grundbuchberichtigung der Bezeichnung der Berechtigten

(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 21. 7. 2011 – 20 W 67/11)

#### GBÖ §§ 21; 22; 29

Bei einer Richtigstellung der Bezeichnung des Berechtigten, die die Identität unberührt lässt, ist § 22 GBÖ nicht anwendbar. Die Richtigstellung erfolgt vielmehr von Amts wegen, wobei ein Nachweis in der Form des § 29 GBÖ nicht erforderlich, sondern der Freibeweis zulässig ist.

(Fundstellen: Beck-Online, juris)

#### 5. Liegenschaftsrecht – Zum Erfordernis der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung bei Ausscheiden eines GbR Gesellschafters

(OLG Jena, Beschluss vom 23. 6. 2011 – 9 W 181/11)

#### GBÖ §§ 18; 22; 47

1. Bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer im Grundbuch als Grundstückseigentümerin eingetragenen GbR besteht die Möglichkeit, dass ein grunderwerbsteuerpflichtiger Vorgang vorliegt. Das Grundbuchamt ist daher berechtigt, im Wege der Zwischenverfügung die Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamts zu fordern.
2. Soll bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden GbR ohne Übertragung des Gesellschaftersanteils auf einen Mitgesellschafter oder einen Dritten die Löschung dieses Gesellschafters durch Berichtigung des Grundbuchs im Wege der Bewilligung erfolgen, reicht die Berichtigungsbewilligung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus (obiter dictum). Jedenfalls kann es nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein, dem Antragsteller die Vorlage der Berichtigungsbewilligung der verbleibenden Gesellschafter aufzugeben.

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, NJW-RR 2011, 1236)

#### 6. Familienrecht – Zur Reichweite der Adoptionswirkung auf die Abkömmlinge des Angenommenen

(OLG Hamm, Beschluss vom 1. 6. 2011 – 15 Wx 61/11, mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt)

#### AdoptG Art. 12 § 1

1. Haben sich nach § 1762 BGB a.F. BGB die Wirkungen der Annahme auf die Abkömmlinge des Angenommenen erstreckt, verbleibt es bei Inkrafttreten des AdoptG bei der allgemeinen Regelung des Art. 12 § 1.
2. Die Wirkungen der Erstreckung auf die Abkömmlinge des Angenommenen beschränken

sich auf diejenigen der Volljährigenadoption. Eine Verwandtschaftsbeziehung zu den Verwandten des Annehmenden wird nicht begründet.

(Fundstellen: Beck-Online, juris)

#### 7. Erbrecht – Voraussetzung und Prüfung der Wirtschaftsfähigkeit eines Hoferbenpräsidenten

(OLG Oldenburg, Beschluss vom 21. 12. 2010 – 10 W 37/09)

#### HöfeO § 6

1. Zu den Voraussetzungen und zur Prüfung der Wirtschaftsfähigkeit i. S. d. § 6 Abs. 7 HöfeO bei einem Hoferbenpräsidenten, der keinen landwirtschaftlichen Beruf erlernt hat und hauptberuflich außerhalb der Landwirtschaft tätig ist.
2. An die Wirtschaftsfähigkeit i. S. d. § 6 Abs. 7 HöfeO ist unter Berücksichtigung des Zwecks des Landwirtschaftserbrechts der HöfeO ein strenger, objektiver Maßstab anzulegen, wobei die Anforderungen von der Art, der Größe und der in Betracht kommenden Bewirtschaftung des Hofes abhängen. Ein Grundtatbestand landwirtschaftlicher Kenntnisse und Fähigkeiten ist allerdings stets erforderlich; der Standard dieser Kenntnisse und Fähigkeiten muss den aktuellen, heutigen Anforderungen einer selbstständigen landwirtschaftlichen Betriebsführung entsprechen.

(Fundstellen: Beck-Online, juris, RdL 2011, 191)

#### 8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Zugang einer Amtsniederlegungserklärung des GmbH-Geschäftsführers im Ausland

(BGH, Beschluss vom 21. 6. 2011 – II ZB 15/10)

#### BGB § 130 GmbHG § 39

1. Ob eine Willenserklärung einem Empfänger mit Sitz im Ausland zugegangen ist, beurteilt sich nach dem Ortsrecht des Abgabeorts.
2. Eine Pflicht des RegisterGer. zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht nur dann, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen.

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, NZG 2011, 907)

#### 9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Handelndenhafung bei wirtschaftlicher Neugründung

(BGH, Urteil vom 12. 7. 2011 – II ZR 71/11)

#### GmbHG §§ 9a, 11

1. Bei einer wirtschaftlichen Neugründung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft kommt eine

**Haftung der handelnden Personen analog § 11 Abs. 2 GmbHG nur dann in Betracht, wenn die Geschäfte vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung aufgenommen worden sind und dem nicht alle Gesellschafter zugestimmt haben.**

- 2. Versichert der Geschäftsführer bei der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung der Wahrheit zuwider, dass sich das Stammkapital endgültig in seiner freien Verfügung befindet, haftet er analog § 9a Abs. 1 GmbHG.**

(Fundstellen: Beck-Online, juris, Homepage des BGH; DNotI-Report 2011, 162, NZG 2011, 1066)

- 10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Vertretung einer GbR nach ihrer Auflösung**  
(BGH, Urteil vom 5. 7. 2011 – II ZR 209/10)

**BGB § 130  
GmbHG § 39**

**Mangels anderweitiger Auslegung des GbR-Gesellschaftsvertrag erlischt mit Auflösung der Gesellschaft die einzelnen Gesellschaftern verliehene Einzelvertretungsbefugnis nach § 730 Abs. 2 S. 2 BGB mit der Folge, dass Geschäftsführung und Vertretung nach Auflösung allen Gesellschaftern zusteht.**

**Eine analoge Anwendung von § 265 Abs. 1 AktG oder § 66 Abs. 1 GmbHG scheidet aus.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH)

---

## Hinweise

---

Newsletter des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

Auf der Homepage des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales ([www.bmas.de](http://www.bmas.de)) besteht die Möglichkeit, unter der Rubrik „Service“ einen Newsletter zu abonnieren, in dem aktuelle Themen und Nachrichten des BMAS, auch zu Gesetzgebung und Rechtsprechung, mitgeteilt werden. Unter derselben Rubrik findet sich zudem unter „Gesetze“ eine Recherchemaske zu einschlägigen Gesetzestexten.

Legalisierung und Apostille

Eine Kurzübersicht über die Anerkennung deutscher öffentlicher Urkunden im Ausland und ausländischer öffentlicher Urkunden in Deutschland befindet sich unter: <http://www.dnoti.de/DOC/2000.pdf>

## Buchbesprechungen

**Meyer-Landrut (Hrsg.), Formularbuch GmbH-Recht, 1. Aufl. 2011, Carl-Heymanns Verlag, 1001 Seiten, 148,- €**

Im Segment der Formularbücher des Gesellschaftsrechts ist ein Neuzugang anzuzeigen. Für das „Formularbuch GmbH-Recht“ versammelt Herausgeber und Autor Andreas Meyer-Landrut 16 Autoren, davon 12 Rechtsanwälte, drei hauptberufliche Notare, einen Anwaltsnotar und einen Richter. Vom Preis und Umfang her steht es in direkter Konkurrenz zum „Beck’schen Formularbuch GmbH-Recht“ aus dem Jahr 2010. Der Umfang der Muster ist naturgemäß wesentlich größer als der, der in allgemeinen Formularbüchern zum Gesellschaftsrecht angeboten wird.

Zur Gestaltung ist anzumerken, dass die Schrifttype und Gestaltung gut lesbar sind. Auf Fußnoten wird durchgehend verzichtet; die – mit Zurückhaltung verwendeten – weiterführenden Literaturangaben sind – wie auch Querverweise – in den Text eingearbeitet. Die Lesbarkeit wird hierdurch kaum beeinträchtigt. Anfänglich etwas Verwirrung stiften kann das Nebeneinander von Randnummern, die für jeden Abschnitt gesondert vergeben werden, und Anmerkungen zu den Mustern, die für jedes Muster gesondert vergeben werden. Um die Anmerkungen zum Mustertext zu finden, muss die fett gedruckte Nummer der Anmerkung gesucht werden. Die Randnummern werden hingegen für Querverweise verwendet. In der Kopfzeile wird leider nur der Abschnitt

und die Nummer des Musters angegeben, nicht aber die Randnummer. Das erleichtert das Verfolgen von Querverweisen nicht.

Sämtliche Muster sind im Internet als RTF-Datei erhältlich, wobei zum Download zunächst eine Registrierung erforderlich ist, bei der die persönlichen Daten abgefragt werden und ein Passwort vergeben werden muss. Das Prozedere über Registrierung, e-mail zur Bestätigung usw. ist insgesamt kompliziert und führte beim Selbstversuch zu zwei Fehlermeldungen. Eine CD mit den Mustern wäre hier sinnvoller gewesen.

Das Werk ist inhaltlich gegliedert in 10 Abschnitte, wobei der Schwerpunkt ganz klar auf den ersten fünf Abschnitten liegt. Diese befassen sich mit der Gründung der GmbH, ihren Organen, den Rechtsbeziehungen zu den Gesellschaftern, Verfügungen über den Geschäftsanteil sowie Änderungen des Gesellschaftsvertrages. Über die Zuordnung der Muster kann man natürlich streiten. So finden sich Regelungen zur Einziehung im Abschnitt I, Ausscheiden von Gesellschaftern, und nicht im Abschnitt C, Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern (wo der Verfasser sie zunächst suchte).

Die Muster decken eine breite Palette von Vorkommnissen in der GmbH ab. Bei der Sachgründung gibt es auch ein Muster für eine Werthaltigkeitsbescheinigung des Wirtschaftsprüfers, es gibt – auch im Abschnitt Gründung, nicht etwa bei Abtretungen – Muster

für den Kauf von Vorrats- und Mantelgesellschaften einschließlich der dazugehörigen Handelsregisteranmeldung und den hierin nach der neuen Rechtsprechung abzugebenden Versicherungen. Auch die UG (haftungsbeschränkt) nach dem Musterprotokoll ist berücksichtigt, wobei in den Anmerkungen auch die Problematik der Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB dargestellt wird. Ein Hinweis darauf, dass der Wortlaut der Anmeldung vorab mit dem Registergericht abgesprochen werden sollte, da der Meinungsstand durchaus noch nicht gesichert ist, fehlt jedoch. Auch fehlt der Hinweis auf den Streit, ob bei einer UG nach dem Musterprotokoll nachträglich weitere Geschäftsführer bestellt werden können. Bei der Handelsregisteranmeldung von neuen Geschäftsführern scheinen manche der Verfasser ferner die Änderung des § 8 Abs. 3 GmbHG durch das MoMiG (BGBI. I 2008, 2026) übersehen zu haben. Sie lassen den Geschäftsführer noch versichern, dass für ihn kein Betreuer mit Einwilligungsvorbehalt bestellt sei. Bei anderen Verfassern ist dies bereits berücksichtigt.

Aus insgesamt sechs verschiedenen Gesellschaftsverträgen kann der Vertragsgestalter die passenden Regelungen auswählen, darunter auch der Vertrag einer Komplementär-GmbH sowie ein Vertrag über ein Gemeinschaftsunternehmen. Zur Frage der Berechnung der Abfindung beschränken sich die Muster jedoch auf zwei Varianten (Verkehrswert und Buchwert). Hier hätte sich der Verfasser noch einige weitere Optionen gewünscht. Auch eine Regelung zu einer Nachschusspflicht ist in keinem der Muster zu finden; wohl aber ein Beschluss über die Einforderung eines Nachschusses.

Im Bereich von Kauf und Abtretung von Geschäftsanteilen gibt es neben dem erfreulich knapp und verständlich gehaltenen Muster eines einfachen Verkaufs auch einen umfangreichen Unternehmenskaufvertrag mit variablem Kaufpreis nach dem Stichtagsabschluss, Regelungen zum closing sowie umfangreichen Garantien des Verkäufers. Auch die Teilung und Zusammenlegung von Anteilen wird ausführlich dargestellt einschließlich der noch nicht endgültig geklärten Probleme der Nummerierung der Gesellschafterliste. Auch eine Vollmacht zum Verkauf von Anteilen ist enthalten sowie ein Formular zur Nießbrauchsbestellung an Geschäftsanteilen, schließlich Regelungen zu Treuhandverträgen in verschiedenen Variationen.

Hervorzuheben ist ein Abschnitt über internationale Finanzierungen, der Verträge nach dem LMA-Standard enthält. Die Muster sind durchgängig in englischer Sprache abgefasst, die Erläuterungen in deutsch. In den – dem angelsächsischen Stil entsprechend – sehr ausführlichen Mustern findet der Leser auch allgemeine Klauseln in englischer Sprache, die sicherlich auch für andere Verträge hilfreich sein werden.

Anzumerken ist auch, dass sich die Muster fast ausschließlich auf gestalterische Aufgaben beschränken. Formulare für Klagen im GmbH-Recht sind kaum enthalten. Dies kommt dem (hauptberuflichen) Notar natürlich entgegen.

Gewisse Überschneidungen lassen sich bei einem Werk, das von einer Vielzahl von Verfassern erstellt wird,

nicht vermeiden. Bei einem Formularbuch ist es insoweit allerdings ärgerlich, wenn solche Teile, die in einer Vielzahl von Formularen vorkommen (müssen), jedes Mal erneut in voller Länge abgedruckt werden und teilweise auch erneut erläutert werden. Beispiele hierfür sind das Urkundsrubrum sowie die Versicherungen der Geschäftsführer bei der Anmeldung ihrer Bestellung. Hier wäre eine bessere Abstimmung unter den Autoren sinnvoller gewesen.

Insgesamt trotz einzelner Schwächen ein gelungenes Werk, das dem Praktiker im GmbH-Recht in vielen, auch manchen nicht so häufig vorkommenden Bereichen, eine willkommene Hilfe bei der Erstellung von Urkunden, Beschlüssen u.ä. bietet.

*Notar Dr. Christian Pelz, Krefeld*

**K. Lerch, Beurkundungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 550 Seiten, 69,80 €**

Das 1970 von *Friedrich Mecke* begründete und seit der 1991 erschienen 2. Auflage von *Klaus Lerch* weitergeführte Werk liegt nun in der vierten Auflage vor. Anders als bei der 3. Auflage lässt *Lerch* den Leser erfreulicherweise nicht 15 Jahre auf die Neuauflage warten, sondern legt bereits nach vier Jahren eine überarbeitete und aktualisierte Ausgabe vor.

Konzeptionell ist das Werk unverändert, es soll nach Aussage des Autors in erster Linie eine rasche Arbeitshilfe bei der Erstellung von Urkunden anbieten. Die Überarbeitung beschränkt sich daher im Wesentlichen auf die Einarbeitung der zwischenzeitlich veröffentlichten Rechtsprechung und Literatur. Weiterhin sind die Änderungen des Beurkundungsrechts durch das Personenstandsrechtsreformgesetz, das FGG-Reformgesetz sowie das Gesetz zur Neuordnung des Rechtsberatungsrechts und damit alle seit Erscheinen der Vorauflage bis heute in Kraft getretenen relevanten Gesetzesänderungen berücksichtigt. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte die Änderung des § 20 a BeurkG sowie die Neufassung des § 34 a BeurkG durch das am 1. Januar 2012 in Kraft tretende Gesetz zur Modernisierung des Benachrichtigungswesens in Nachlasssachen durch Schaffung des Zentralen Testamentsregisters bei der Bundesnotarkammer und zur Fristverlängerung nach der Hofraumverordnung vom 22. Dezember 2010.

Trotz der Aktualisierungen ist der Gesamtumfang der Kommentierung lediglich geringfügig um 30 Seiten gewachsen, sodass dem Leser das Beurkundungsrecht nach wie vor in vergleichsweise kompakter Form präsentiert wird. Erweitert wurde insbesondere die zum Zeitpunkt des Erscheinens der 3. Auflage noch recht neue Vorschrift des § 39 a BeurkG. Weiterhin finden sich signifikante Erweiterungen insbesondere in den Kommentierungen zu §§ 4, 11, 12, 13 a, 17, 52 und 54 c BeurkG. Etwas befremdlich erscheint hierbei, dass stellenweise der gegenüber der Voraufgabe im Wesentlichen unverändert gebliebene Text hinsichtlich der Randnummern unterschiedlich aufgeteilt wurde (so entspricht bspw. § 4 Rn. 6 und 6 a n. F. § 4 Rn. 6 a. F.; § 4 Rn. 9 und 10 n. F. sind vollständig in § 4 Rn. 9 a. F. enthalten etc.).

Allerdings ist *Lerch* zuzugeben, dass hierdurch eine feingliederigere Unterteilung ermöglicht wird, was der Lesbarkeit zugute kommt. Umfangmäßig vergrößert wurde der Anhang. Neu hinzugekommen sind hier zusätzlich zu den bereits in der 3. Auflage abgedruckten Teilen (insbesondere DONot sowie die Anwendungsempfehlung der Bundesnotarkammer zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2 a Satz 2 BeurkG) das Signaturgesetz v. 16. Mai 2001 i.d. Fassung v. 17. Juni 2009, die Signaturverordnung v. 16. November 2001 i.d. Fassung v. 17. Dezember 2009 sowie eine Kurzübersicht Apostille und Legalisation. Diese für die Praxis äußerst hilfreiche Kurzübersicht enthält insbesondere eine alphabetische Länderliste, aus der hervorgeht, welche Formerfordernisse jeweils zu beachten sind, damit eine Urkunde in Deutschland (oder umgekehrt eine deutsche öffentliche Urkunde im Ausland) als echt anerkannt wird.

Inhaltlich behandelt *Lerch* die gängigen Probleme der Praxis und löst diese zuverlässig. Tiefergehende Auseinandersetzungen oder die Erörterung abgelegener Probleme darf der Leser hingegen nicht erwarten, was jedoch mit der Konzeption des Werkes übereinstimmt. Die Darstellung ist übersichtlich, wozu sowohl die gegenüber der Voraufgabe verstärkte Hervorhebung einzelner Schlagwörter durch Fettdruck als auch die Unterteilung in kürzere Absätze beiträgt. Sprachlich ist die Kommentierung verständlich und präzise, insbesondere unnötige Verschachtelungen werden konsequent vermieden.

Anlass zur Kritik bietet hingegen teilweise die Schwerpunktsetzung, was umso bedauerlicher ist, als diese bereits zur Voraufgabe kritisiert wurde (vgl. Eue, Mitt-BayNot 2007, 38). So beschäftigt sich *Lerch* bspw. auch in der vierten Auflage in der Kommentierung zu § 17 BeurkG unverändert ausführlich mit der in der Praxis eher selten relevanten Einbeziehung der VOB/B in Bauverträge und den hieraus resultierenden Belehrungspflichten, wohingegen bspw. die im notariellen Schrifttum breit diskutierte Frage der Auswirkung der Entscheidung des Gesetzgebers für die „Rechtskraftlösung“ bei Genehmigungsverfahren im Rahmen der Einführung des FamFG bei der Kommentierung zur Genehmigungspflicht unbehandelt bleibt. Hinsichtlich der von Eue zur 3. Auflage als zu kurz kritisierten Kommentierung zu den Belehrungspflichten bei Eheverträgen vor dem Hintergrund der für die Praxis wichtigen Rechtsprechung zur Inhalts- und Ausübungskontrolle hat *Lerch* hingegen nachgelegt und die Kommentierung deutlich erweitert. Bedauerlicherweise muten die Aus-

führungen hierbei jedoch im Vergleich zur sonst stringenten Darstellung etwas unstrukturiert und cursorisch an, so dass für den mit dem Thema nicht vertrauten Leser eine gewisse Verwirrungsgefahr besteht. Keine substantielle Änderung hat *Lerch* schließlich hinsichtlich der von Eue zutreffend kritisierten Kommentierung zu § 14 BeurkG vorgenommen. Auch in der Neuauflage wird insbesondere die eingeschränkte Verlesungspflicht nach § 14 Abs. 1 S. 2 BeurkG für die „weiteren Bedingungen“ bei Grundschuldformularen u.ä. erörtert. Die mindestens ebenso bedeutsame und in der Praxis schwer zu handhabende eingeschränkte Verlesungspflicht nach § 14 Abs. 1 S. 2 BeurkG für Bestandsverzeichnisse wird hingegen nicht tiefer behandelt.

Ebenfalls unerfreulich ist, dass vereinzelte Passagen unbearbeitet aus der Altaufgabe übernommen wurden, die einer Überarbeitung bedürftig hätten. Dies führt dazu, dass Formulierungen teilweise unglücklich (so bspw. der Hinweis in § 17 Rn. 13 b auf eine „neuerdings“ bestehende Hinweispflicht des Notars, die durch eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1984 bzw. ein Aufsatz aus dem Jahr 1990 belegt wird) bzw. unzutreffend sind (so regelt bspw. § 1829 BGB entgegen § 6 Rn. 5 nicht mehr die vormundschaftsgerichtliche sondern die familiengerichtliche Genehmigung). Weiterhin hat die unüberarbeitete Übernahme teilweise eine falsche Bezeichnung von Normen bzw. Gesetzen zur Folge (§ 638 BGB regelt entgegen § 17 Rn. 21 c und § 17 Rn. 22 die werkvertragsrechtliche Minderung, wohingegen die Verjährung in § 634 a BGB geregelt ist; entgegen § 17 Rn. 39 b kennt das deutsche Recht kein AGB-Gesetz mehr) und führt vereinzelt auch zu inhaltlichen Ungenauigkeiten (so beträgt die Verjährung nach § 13 Nr. 4 VOB für Bauwerke entgegen § 17 Rn. 22 nicht zwei, sondern vier Jahre, worauf bereits Eue zur Voraufgabe zutreffend hingewiesen hat).

Die vorstehenden Kritikpunkte vermögen jedoch den insgesamt positiven Gesamteindruck des Werkes nicht nachhaltig zu beeinträchtigen. Insbesondere auch aufgrund der Aktualität sowie des ansprechenden Preises kann der Kommentar dem an einer kompakten Darstellung interessierten Praktiker durchaus empfohlen werden. Zu beachten ist freilich, dass das Werk auch in der Neuauflage lediglich eine Kurzkomentierung darstellt. Sofern sich in der Praxis weitergehende Fragen stellen, lässt sich daher der Rückgriff auf einen der ausführlicheren Kommentare nicht vermeiden.

*Notarassessor Dr. Dominik Kölmel, Würzburg*