

letzte Aktualisierung: 28.10.2021

BGH, Beschl. v. 5.10.2021 – II ZB 7/21

**GenG § 43 Abs. 7; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2; COVMG § 3 Abs. 1
Genossenschaft; Verschmelzungsbeschluss in virtueller Versammlung**

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



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZB 7/21

vom

5. Oktober 2021

in der Genossenschaftsregistersache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GesRuaCOVBekG § 3 Abs. 1; UmwG § 13 Abs. 1 Satz 2

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

BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2021 - II ZB 7/21 - OLG Karlsruhe
AG Mannheim

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Oktober 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg, den Richter V. Sander und den Richter Dr. von Selle

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2 werden der Beschluss des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 26. März 2021 und der Beschluss des Amtsgerichts - Registergericht - Mannheim vom 9. Dezember 2020 in der Gestalt des Nichtabhilfebeschlusses vom 11. Januar 2021 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Amtsgericht - Registergericht - Mannheim zurückverwiesen.

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligte zu 1 hat am 2. Dezember 2020 beim Amtsgericht - Registergericht - beantragt, die Verschmelzung der Beteiligten zu 2, einer eingetragenen Genossenschaft, auf sie im Genossenschaftsregister einzutragen. Das Registergericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil der Verschmelzungs-

beschluss der Beteiligten zu 2 am 30. November 2020 in einer virtuellen Vertreterversammlung gefasst worden war. Die hiergegen erhobene Beschwerde der Beteiligten zu 2 vom 23. Dezember 2020 ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2.

II.

2 Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Beschlüsse des Beschwerde- und des Registergerichts und zur Zurückweisung der Sache an das Registergericht.

3 1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 70 ff. FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist die Beteiligte zu 2 auch beschwerdeberechtigt.

4 Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, kann im Antragsverfahren die Zurückweisung des Antrags zwar grundsätzlich nur vom (ursprünglichen) Antragsteller angefochten werden (§ 59 Abs. 2 FamFG). Bei einer Mehrheit von Antragsberechtigten wird diese Berechtigung aber aus verfahrensökonomischen Gründen auch auf diejenigen erstreckt, die den verfahrenseinleitenden Antrag zwar nicht gestellt haben, aber zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung noch wirksam stellen könnten (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1992 - V ZB 3/92, BGHZ 120, 396, 398; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 20. Aufl., § 59 Rn. 41; Zöller/Feskorn, ZPO, 33. Aufl., § 59 FamFG Rn. 10). Hier waren gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 und 2 UmwG sowohl die Beteiligte zu 2 (als übertragender Rechtsträger) als auch die Beteiligte zu 1 (als

übernehmender Rechtsträger) berechtigt, die Verschmelzung der Beteiligten zu 2 auf die Beteiligte zu 1 zur Eintragung in das Register des Sitzes der Beteiligten zu 2 anzumelden und die Beteiligte zu 2 hätte einen solchen Antrag im Zeitpunkt ihrer Beschwerdeeinlegung noch stellen können. Die auch im Fall des § 59 Abs. 2 FamFG erforderliche (vgl. BGH, Beschluss vom 27. August 2003 - XII ZB 33/00, NJW 2003, 3772, 3773; Beschluss vom 1. März 2011 - II ZB 6/10, ZIP 2011, 765 Rn. 9) materielle Beschwer der Beteiligten zu 2 im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG ist ebenfalls zu bejahen, da sie durch die Ablehnung der Eintragung unmittelbar nachteilig in ihren subjektiven Rechten beeinträchtigt ist.

5 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

6 a) Das Beschwerdegericht (OLG Karlsruhe, ZIP 2021, 1323) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Vertreterversammlung der Beteiligten zu 2 habe mangels physischer Anwesenheit der Versammlungsteilnehmer nicht den Anforderungen des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG entsprochen. Die danach vorgeschriebene Versammlung könne zwar auch rein virtuell durchgeführt werden, wenn das Gesetz oder die Satzung das zuließen. Beides sei hier aber nicht der Fall. Auch § 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie in der Fassung vom 27. März 2020 ermögliche keine Generalversammlung ohne physische Präsenz.

7 b) Diese Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach dem im Rechtsbeschwerdeverfahren anzuwendenden Recht konnte der

Verschmelzungsbeschluss der Beteiligten zu 2 in einer virtuellen Vertreterversammlung gefasst werden.

8 aa) Bei der Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ist das zum Zeitpunkt der Rechtsbeschwerdeentscheidung geltende Recht anzuwenden. Das gilt auch, wenn das Gericht der Vorinstanz dieses Recht noch nicht berücksichtigen konnte (st. Rspr.; BGH, Beschluss vom 15. Juni 2021 - II ZB 35/20, ZIP 2021, 1514 Rn. 41).

9 Anzuwenden ist hier daher nicht § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG in der im Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts vorliegenden alten Fassung vom 27. März 2020 (BGBl. I 2020 S. 569, 570), sondern in der durch Art. 32 des Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe geänderten neuen Fassung vom 7. Juli 2021 (BGBl. I 2021 S. 2363, 3328), die nach Art. 36 Abs. 3 des Änderungsgesetzes rückwirkend zum 28. März 2020 in Kraft getreten und damit auch für die Beurteilung des am 30. November 2020 gefassten Verschmelzungsbeschlusses maßgeblich ist.

10 bb) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRuaCOVBekG können Beschlüsse der Mitglieder einer Genossenschaft auch dann schriftlich oder elektronisch gefasst werden, wenn dies in der Satzung nicht ausdrücklich zugelassen ist oder die Satzung keine Regelungen zu schriftlichen oder elektronischen Beschlussfassungen einschließlich zu virtuellen Versammlungen enthält; die elektronische Beschlussfassung schließt Beschlussfassungen in Gestalt von virtuellen Generalversammlungen ohne physische Präsenz der Mitglieder ein. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 5 GesRuaCOVBekG gilt dies entsprechend für Vertreterversamm-

lungen im Sinne des § 43a GenG; insbesondere sind auch virtuelle Vertreter-
versammlungen ohne physische Präsenz der Vertreter ohne entsprechende
Regelungen in der Satzung zulässig.

11 Die im Schrifttum umstrittene Frage, ob die Beschlussfassung in einer
virtuellen Generalversammlung auch schon zuvor nach § 43 Abs. 7 GenG (so
Holthaus/Lehnhoff in Lang/Weidmüller, GenG, 39. Aufl., § 43 Rn. 114b; Keßler
in Berliner Kommentar zum Genossenschaftsrecht, 2. Aufl., § 43 Rn. 120;
Althanns in Althanns/Buth/Leißl, Genossenschafts-Handbuch, Erg.-Lfg. 4/2020
- XII/2020, § 43 Rn. 233; Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Lfg. 3/13 - VII.13,
§ 43 Rn. 209; Beck'sches Handbuch der Genossenschaften/Gätsch, § 5
Rn. 197; Geschwandtner/Helios, Genossenschaftsrecht, 2007, S. 126 f.;
DNotI-Gutachten vom 15. Mai 2020, Abruf-Nr. 177537, S. 2 f.; Lieder,
Festschrift Vetter, 2019, S. 419, 426 ff.; Beck, RNotZ 2014, 160, 167;
Geschwandtner/Helios, NZG 2006, 691, 693; Klein, ZIP 2016, 1155, 1156;
Holthaus, NZG 2021, 699, 701 f.; Scheibner, DZWIR 2020, 274, 275; Vetter/
Thielmann, NJW 2020, 1175, 1179; a.A. Beuthien/Schöpflin, GenG, 16. Aufl.,
§ 43 Rn. 53; Fahndrich in Pöhlmann/Fahndrich/Bloehs, GenG, 4. Aufl., § 43
Rn. 60; Thume, WM 2020, 1053, 1054 ff.) oder nach § 3 Abs. 1 Satz 1
GesRuaCOVBekG aF (so Geibel in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 43 GenG
Rn. 6a; Holthaus, NZG 2021, 699, 700 f.; Thume, WM 2020, 1053, 1055 f.,
1060; Thume, EWIR 2021, 390, 392) möglich war, bedarf damit keiner Ent-
scheidung.

12 cc) Nach § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG kann auch der Verschmelzungs-
beschluss einer Genossenschaft in einer virtuellen Versammlung gefasst wer-
den. Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG steht dem
nicht entgegen.

13 (1) Die Regelung des § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG gilt ihrem Wortlaut nach uneingeschränkt für sämtliche Beschlüsse der Genossenschaftsmitglieder, ohne nach dem Beschlussgegenstand oder dessen Bedeutung bzw. Gewicht zu unterscheiden. Die Einbeziehung von umwandlungsrechtlichen Beschlüssen in die durch § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG geschaffenen Erleichterungen der Beschlussfassung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, während der Versammlungsbeschränkungen aufgrund der COVID-19-Pandemie die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften zu erhalten (FraktionsE zum GesRuaCOVBekG, BT-Drucks. 19/18110, S. 5). So hat er nicht nur bereits in der Begründung zu § 4 GesRuaCOVBekG, mit dem die Stichtagsfrist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG für die bei Eintragung der Verschmelzung vorzulegenden Schlussbilanz verlängert wurde, zum Ausdruck gebracht, dass er auch Umwandlungsmaßnahmen mittels virtueller Versammlungen erleichtern wollte (FraktionsE des GesRuaCOVBekG, BT-Drucks. 19/18110, S. 29). In der Begründung zur rückwirkenden Änderung von § 3 GesRuaCOVBekG vom 7. Juli 2021 hat er darüber hinaus ausdrücklich klargestellt, dass mit dieser Regelung insbesondere auch die Durchführung virtueller Versammlungen unter Mitwirkung eines Notars zur Beurkundung umwandlungsrechtlicher Beschlüsse gemäß den §§ 13 und 193 UmwG ermöglicht werde und in dieser Form durchgeführte virtuelle Versammlungen dem Versammlungserfordernis der § 13 Abs. 1 Satz 2, § 193 Abs. 1 Satz 2 UmwG genügen können (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/30516, S. 73).

14 (2) Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG steht einer Beschlussfassung in einer virtuellen Versammlung nicht entgegen.

15 Nach der rechtsformübergreifenden Regelung des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG kann ein Verschmelzungsbeschluss nur in einer Versammlung der An-

teilsinhaber gefasst werden. Damit ist nach bislang allgemeiner Meinung eine Beschlussfassung im schriftlichen Beschlussverfahren ausgeschlossen (vgl. BeckOGK UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Stand 1.7.2021, § 13 Rn. 41; Böttcher in Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 13 Rn. 15; Heidinger in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 13 UmwG Rn. 11; Lutter/Drygala, UmwG, 6. Aufl., § 13 Rn. 9; Maulbetsch in Maulbetsch/Klumpp/Rose, UmwG, 2. Aufl., § 13 Rn. 39; Winter in Schmitt/Hörtnagel, UmwG, 9. Aufl., § 13 Rn. 14; Gehling in Semler/Stengel/Leonhard, UmwG, 5. Aufl., § 13 Rn. 14). Ob dies auch noch nach Inkrafttreten von § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRuaCOVBekG gelten soll, wird dabei nicht erörtert, bedarf im vorliegenden Fall aber auch keiner Entscheidung, da hier keine schriftliche Beschlussfassung sondern ein Beschluss in einer - wenn auch virtuellen - Versammlung zu beurteilen ist.

16 § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG verlangt nicht zwingend, dass die Anteilsinhaber bei der Versammlung physisch anwesend sind. Die Versammlung kann vielmehr auch in anderer Form, d.h. auch virtuell durchgeführt werden, wenn dies nach dem Gesetz oder der Satzung für den jeweiligen Rechtsträger zulässig ist und die Möglichkeiten der Anteilsinhaber zum Meinungs austausch mit den Gesellschaftsorganen und untereinander einer physischen Versammlung vergleichbar sind (vgl. BeckOGK UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Stand 1.7.2021, § 13 Rn. 42; Böttcher in Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 13 Rn. 15; KK-UmwG/Simon, § 13 Rn. 11; Lutter/Drygala, UmwG, 6. Aufl., § 13 Rn. 10, 13; Gehling in Semler/Stengel/Leonhard, UmwG, 5. Aufl., § 13 Rn. 14; BeckOK BGB/Notz, Stand 15.9.2018, § 32 Rn. 199; Althanns in Althanns/Buth/Leißl, Genossenschafts-Handbuch, Lfg. 4/2020 - XII/2020, § 43 Rn. 237; MünchHdbGesR VIII/Ghassemi-Tabar, 5. Aufl., § 11 Rn. 13; Schöne/Arens, WM 2012, 381, 385; Piper, NZG 2012, 735, 737;

Vetter/Tielmann, NJW 2020, 1175, 1179 f.; a.A. Lieder, Festschrift Vetter, 2019, S. 419, 443 f.; Lieder, ZIP 2020, 837, 842 f.; Weiler in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 18; BeckOK BGB/Schöpflin, Stand 1.5.2021, § 32 Rn. 45; Schuller in Baumann/Sikora, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 2. Aufl., § 7 Rn. 23; Reichert, Handbuch des Vereins und Verbandsrechts, 14. Aufl., Kapitel 2 Rn. 1905; Waldner/Neudert, Der eingetragene Verein, 21. Aufl., Teil 1 Rn. 210a; Erdmann, MMR 2000, 526, 529, 531; wohl auch Quass in Maulbetsch/Klumpp/ Rose, UmwG, 2. Aufl., § 193 Rn. 4; offen Heidinger in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 13 UmwG Rn. 11a).

17 § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG setzt die Beschlussfassung in einer Versammlung, d.h. in einer Zusammenkunft der Anteilsinhaber voraus, ohne jedoch die Form dieser Zusammenkunft näher zu bestimmen. Nach herkömmlichem Verständnis dürfte mit dem Begriff der Versammlung zwar in erster Linie die körperliche Zusammenkunft der Teilnehmer gemeint sein. Aufgrund der Entwicklung der modernen Kommunikationstechniken können darunter nach allgemeinem Sprachgebrauch aber auch Zusammenkünfte beispielsweise in Telefon- und Videokonferenzen gefasst werden, wenn eine Erörterung des Beschlussgegenstands gewährleistet ist.

18 Den Materialien zu § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG ist keine Festlegung auf eine physische Präsenzveranstaltung zu entnehmen. Daraus ergibt sich lediglich, dass die Beschlussfassung in einer Versammlung, die bereits dem geltenden Recht entspreche und sich für die meisten Unternehmensformen schon aus den Vorschriften über die Versammlung der Anteilsinhaber ergebe, nunmehr aus Gründen der Klarstellung als allgemeiner Grundsatz ausdrücklich geregelt werden sollte (FraktionsE eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts [UmwBerG], BT-Drucks. 12/6699, S. 85 f.). Dass der Gesetzgeber sich

dabei - in Kenntnis der damaligen Möglichkeiten der Telefon- und Videokonferenz - nicht darauf beschränkt hat, nur die schriftliche Beschlussfassung für Verschmelzungsbeschlüsse auszuschließen und die Art der Beschlussfassung im Übrigen den Anteilseignern zu überlassen, bedeutet nicht, dass er damit andere Versammlungsformen als die einer physischen Zusammenkunft grundsätzlich ausschließen wollte (so aber Erdmann, MMR 2000, 526, 531; a.A. Lieder, Festschrift Vetter, 2019, 419, 443). Es ist vielmehr anzunehmen, dass die Vorschrift für technische Entwicklungen im Bereich der Kommunikationstechnik offen sein sollte, was durch die nunmehrige Begründung der rückwirkenden Änderung von § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG offenbar geworden ist (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/30516, S. 73).

- 19 Die Beschlussfassung in einer virtuellen Versammlung ist auch mit Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG vereinbar. Der Versammlungszwang soll den Anteilseignern ermöglichen, die Verschmelzung vor der Beschlussfassung untereinander und mit den Gesellschaftsorganen zu erörtern (vgl. BeckOGK UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Stand 1.7.2021, § 13 Rn. 40; Böttcher in Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 13 Rn. 15; Lutter/Drygala, UmwG, 6. Aufl., § 13 Rn. 10; Gehling in Semler/Stengel/Leonhard, UmwG, 5. Aufl., § 13 Rn. 14; MünchHdbGesR VIII/Ghassemi-Tabar, 5. Aufl., § 11 Rn. 13). Auf diesem Weg soll sowohl die Information der Anteilseigner als auch die Diskussion unter ihnen und damit eine gründliche und gemeinsame Meinungsbildung der Anteilseigner sichergestellt werden (vgl. Weile in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 17; Schöne/Arens, WM 2012, 381, 382; Priester, ZGR 1990, 420, 436). Dieser Zweck kann indes mit den heute bestehenden Möglichkeiten der Kommunikation beispielsweise über Telefon oder Video ebenso erreicht werden wie mit einer physischen Zusammenkunft der Anteilsinhaber, wenn die konkrete Aus-

gestaltung der Kommunikation eine vergleichbare Teilnahme der Anteilsinhaber und Durchführung der Versammlung wie bei einer physischen Präsenzveranstaltung ermöglicht.

20 Schließllich erfordert auch die nach § 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG vorgeschriebene notarielle Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses keine physische Versammlung (Schöne/Arens, WM 2012, 381, 382; a.A. Waldner/Neudert, Der eingetragene Verein, 21. Aufl., Teil 1 Rn. 210a). Das Beurkundungserfordernis kann bei einer rein virtuellen Versammlung dadurch gewahrt werden, dass der Notar für die Beurkundung am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters zugegen ist, sich dort von dem ordnungsgemäßen Ablauf des Beschlussverfahrens überzeugt und sodann die Feststellung des Beschlussergebnisses durch das zuständige Gesellschaftsorgan beurkundet (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/30516, S. 73).

III.

21 Die Beschlüsse des Beschwerdegerichts und des Registergerichts sind danach aufzuheben und die Sache ist an das Registergericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 5, Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 Fall 2 FamFG). Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, da es der weiteren Prüfung bedarf, ob die Durchführung der virtuellen Versammlung der Beteiligten zu 2 am 30. November 2020 den Anforderungen hinsichtlich der Wahrung der Mitgliederrechte, d.h. neben der Ausübung des Stimm- insbesondere auch des Teilnahmerechts durch die Möglichkeit zum Austausch mit den zuständigen Organen des Rechtsträgers und anderen Anteilsinhabern bzw. Vertretern, die an der Versammlung teilnehmen, und auch die übrigen formellen und (soweit von der

Prüfungskompetenz des Registergerichts umfasst) materiellen Voraussetzungen für die Eintragung der Verschmelzung erfüllt sind.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

AG Mannheim, Entscheidung vom 09.12.2020 - GnR 33 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 26.03.2021 - 1 W 4/21 (Wx) -