



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 175/18

Verkündet am:
16. Juli 2019
Ginter
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

GmbHG §§ 53, 54; AktG § 292 Abs. 1 Nr. 2

Teilgewinnabführungsverträge mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft unterliegen keinen besonderen Wirksamkeitsanforderungen, wenn sie keine satzungsüberlagernde Wirkung haben. Ob dies auch dann gilt, wenn ein Großteil oder zumindest überwiegender Anteil der Gewinne abzuführen ist, lässt der Senat offen.

AktG § 292 Abs. 1 Nr. 2, § 294 Abs. 1; UmwG § 202 Abs. 1 Nr. 1

Erhält eine zur Teilgewinnabführung verpflichtete GmbH durch Formwechsel die Rechtsform einer Aktiengesellschaft, berührt dies den Fortbestand eines zuvor wirksam abgeschlossenen Teilgewinnabführungsvertrags nicht. Der Teilgewinnabführungsvertrag ist infolge des Formwechsels gemäß § 294 Abs. 1 AktG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Parteien des Teilgewinnabführungsvertrags sind aus dem bestehenden Vertragsverhältnis wechselseitig verpflichtet, die Eintragung herbeizuführen.

BGH, Urteil vom 16. Juli 2019 - II ZR 175/18 - OLG Jena
LG Mühlhausen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juli 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und die Richter Wöstmann, Born, Dr. Bernau sowie V. Sander

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 16. Mai 2018 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ging im Wege einer formwechselnden Umwandlung im Jahr 1992 aus der LPG (nachfolgend: LPG) hervor. Sie schloss am 5. Oktober 1992/23. Juli 1993 mit der DG-Bank in Bezug auf Altverbindlichkeiten der LPG, die mit 14.073.560,28 DM beziffert wurden, eine Rangrücktrittsvereinbarung, nach der die Verbindlichkeiten nur aus sonst entstehenden Jahresüberschüssen, einem Liquidationsüberschuss sowie aus Erlösen aus dem Verkauf betrieblich nicht benötigter Anlagegüter zu bedienen waren. Die Beklagte wurde als GmbH im Zuge der Umstrukturierung gegründet und übernahm von der Klägerin verschiedene Wirtschaftsgüter zur landwirt-

schaftlichen Produktion. Der Geschäftsführer der Beklagten gab am 5. Oktober 1992 die Erklärung ab, der sich aus der Rangrücktrittsvereinbarung ergebenden Verpflichtung der Klägerin zur Gewinnabführung

"mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten wie folgt beizutreten:

Die GmbH [Beklagte] verpflichtet sich, seinen Jahresüberschuss in Höhe von bis zu 20 % an das Unternehmen [Klägerin] abzuführen.

Sofern neben dem Unternehmen [Klägerin] und dessen Gesellschaftern auch Dritte am Gesellschaftskapital der GmbH beteiligt sind oder werden, ermäßigt sich der zu ermittelnde Betrag um den Prozentsatz der Kapitalanteile, den diese Dritte am Gesamtkapital der GmbH [Beklagten] halten."

- 2 Die Gesellschafterversammlung der Beklagten stimmte der Erklärung, welche bislang nicht im Handelsregister eingetragen wurde, am 12. Januar 1994 einstimmig zu.
- 3 Die im Jahr 2012 im Bundesanzeiger veröffentlichten Jahresabschlüsse der Beklagten für die Jahre 2010 und 2011 wiesen Jahresüberschüsse in Höhe von 179.861,11 € (2010) und 85.109,80 € (2011) aus. Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten über die Feststellung der Jahresabschlüsse wurden angefochten und für nichtig erklärt.
- 4 Mit Schreiben vom 22. April 2015 und 16. Februar 2016 kündigte die Beklagte die Erklärung vom 5. Oktober 1992 fristlos aus wichtigem Grund. Am 26. Januar 2016 wurde die Umwandlung der Beklagten in eine Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen.

5 Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Abführung anteiliger Jahresüberschüsse in Höhe von 35.972,22 € für das Jahr 2010 und in Höhe von 17.021,96 € für das Jahr 2011. Die Beklagte begehrt mit ihrer Widerklage die Feststellung, dass die Vereinbarung vom 5. Oktober 1992 von Anfang an bzw. hilfsweise, dass sie durch die Eintragung der Umwandlung der Beklagten in eine Aktiengesellschaft am 26. Januar 2016 unwirksam geworden sei. Weiter hilfsweise begehrt die Beklagte die Feststellung, dass die Erklärung durch die Kündigungen vom 22. April 2015 bzw. vom 16. Februar 2016 beendet worden sei.

6 Das Landgericht hat die Klage als derzeit unbegründet und die Widerklage als unbegründet abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die in der Berufungsinstanz geänderte Widerklage abgewiesen sowie die Beklagte auf die Berufung der Klägerin in der Hauptsache antragsgemäß verurteilt. Mit der vom Bundesgerichtshof zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und die in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Widerklageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat keinen Erfolg.

8 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

9 Die Beklagte habe sich mit der Erklärung vom 5. Oktober 1992 auf ein Vertragsangebot der Klägerin hin wirksam verpflichtet, einen Teil ihres Jahres-

überschusses an die Klägerin abzuführen. Der Beitritt sei von der DG-Bank als Voraussetzung für den Abschluss der Rangrücktrittsvereinbarung gefordert worden, habe aber lediglich zu einer Verpflichtung gegenüber der Klägerin und nicht zur Mitübernahme von Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber der Bank geführt. Die Vereinbarung stehe einem schuldrechtlichen Austauschvertrag näher als einem gesellschaftsrechtlichen Organisationsvertrag. Letztlich könne offen bleiben, ob sie als Unternehmensvertrag im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG anzusehen sei, denn auch in diesem Fall lägen keine Wirksamkeitshindernisse vor. Der Abschluss der Teilgewinnabführungsvereinbarung habe keine satzungsüberlagernde Wirkung und greife nicht unzulässig in das Gewinnverwendungsrecht der Gesellschafter nach § 29 Abs. 1 GmbHG ein, weshalb die §§ 291 ff. AktG, §§ 53, 54 GmbHG weder direkt noch entsprechend anwendbar seien.

10 Die Vereinbarung sei auch nicht durch die Eintragung der formwechselnden Umwandlung der Beklagten in eine Aktiengesellschaft unwirksam geworden. Die Vereinbarung vom 5. Oktober 1992 sei durch die Umwandlung nicht beendet worden. Aus Gründen des Gläubigerschutzes und der Publizität seien nunmehr eine schriftliche Vertragsurkunde aufzunehmen und die Vereinbarung von der Beklagten zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, welcher jedoch nur deklaratorische Wirkung zukomme. Das Problem der Überleitung eines mit der Gesellschaft als GmbH wirksam abgeschlossenen Teilgewinnabführungsvertrags in die Rechtsordnung der Aktiengesellschaft nach der Umwandlung sei auf der Grundlage der die bestehende Vereinbarung begleitenden Nebenpflichten der Vertragsparteien zu lösen.

11 Die Beklagte habe die Vereinbarung auch nicht durch Kündigung beendet. Ihr stehe weder ein Recht zur ordentlichen Kündigung zu, noch liege ein wichtiger Grund vor, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könne.

Der enge sachliche und inhaltliche Zusammenhang zwischen der Beitrittserklärung und der Rangrücktrittsvereinbarung als aufeinander bezogene Elemente der Altschuldenproblematik spreche dagegen, eine außerordentliche Kündigung ohne Mitwirkung der die Altschulden verwaltenden Bank zuzulassen. Es sei von Anfang an möglich gewesen, dass die Gesellschaften auf unabsehbare Zeit mit der Verpflichtung zur Schuldentilgung belastet bleiben könnten. Die Beklagte habe die Vereinbarung auch dann nicht wirksam außerordentlich gekündigt, wenn man eine solche Kündigung als zulässig ansehe.

12 Die Höhe des Zahlungsanspruchs sei auf Grundlage der von der Beklagten im Bundesanzeiger veröffentlichten Jahresüberschüsse zutreffend berechnet. Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses nach § 46 Nr. 1 GmbHG sei nicht Fälligkeitsvoraussetzung des schuldrechtlichen Anspruchs aus der Vereinbarung vom 5. Oktober 1992. Die Auslegung der Vereinbarung ergebe, dass für die Jahre 2010 und 2011 jeweils 20 % des Jahresüberschusses abzuführen seien.

13 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

14 1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Vereinbarung vom 5. Oktober 1992 wirksam abgeschlossen wurde.

15 a) Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung vom 5. Oktober 1992 ihrem Inhalt nach auf eine Teilgewinnabführung im Sinne von § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG gerichtet ist. Hierfür genügt vorbehaltlich der in § 292 Abs. 2 AktG genannten Ausnahmen unabhängig von der weiteren rechtlichen Einkleidung jede Abrede, nach der der Unternehmensgewinn teilweise abzuführen ist (OLG München, ZIP 2009, 318, 319; MünchKomm-GmbHG/Liebscher, 3. Aufl., Anhang § 13 Rn. 694; Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., Anhang § 13 Rn. 213; Paschos in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl.,

§ 292 AktG Rn. 8; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 292 Rn. 14; Servatius in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., Systematische Darstellung 4 Rn. 358 f.; BeckOK GmbHG/Servatius, Stand: 1. Mai 2019, Konzernrecht Rn. 433, 436).

16 b) Entgegen der Ansicht der Revision war der wirksame Abschluss der Vereinbarung nicht von der Einhaltung der Schriftform, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Beklagten durch notariell beurkundeten Beschluss und einer Eintragung in das Handelsregister abhängig.

17 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats sind allerdings auf Unternehmensverträge im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG, die zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung abgeschlossen werden, die bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrags geltenden Formvorschriften (§§ 53, 54 GmbHG) entsprechend anzuwenden, weil der durch einen Unternehmensvertrag bewirkte Eingriff in den Gesellschaftszweck, die Zuständigkeitskompetenz der Gesellschafter und ihr Gewinnbezugsrecht satzungsgleich die rechtliche Grundstruktur der sich der Beherrschung unterstellenden GmbH ändert und ihm auch eine einer Satzungsänderung entsprechende Bedeutung zukommt (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 1988 - II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 338; Beschluss vom 30. Januar 1992 - II ZB 15/91, ZIP 1992, 395, 397; vgl. auch Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rn. 19). Unter Berücksichtigung der Eigenart des Unternehmensvertrags folgt daraus, dass die materielle Wirksamkeit des Vertrags von der Einhaltung der Schriftform für den Unternehmensvertrag, der notariellen Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses entsprechend § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und der Eintragung von Zustimmungsbeschluss und Unternehmensvertrag in das Handelsregister entsprechend § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG abhängig ist (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 1988 - II ZB 7/88,

BGHZ 105, 324, 341 f.; Urteil vom 5. November 2001 - II ZR 119/00, ZIP 2002, 35, 36).

18 bb) Ob diese materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen auch für Teilgewinnabführungsverträge nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG gelten, die mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft abgeschlossen werden, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.

19 (1) Die instanzgerichtliche Rechtsprechung geht wie das Berufungsgericht davon aus, dass Teilgewinnabführungsverträge den beschriebenen Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht unterliegen, wenn sie nach Inhalt und Wirkung keiner Änderung der Satzung gleichkommen (BayObLG, ZIP 2003, 845, 847; OLG München, ZIP 2011, 811; KG, ZIP 2014, 968, 969; LG Darmstadt, ZIP 2005, 402, 404; AG Charlottenburg, GmbHR 2006, 258 f.; vgl. auch OLG Zweibrücken, ZIP 2014, 1020, 1022 für einen Betriebspachtvertrag; hierzu aA LG Berlin, ZIP 1991, 1180, 1181 f.). Diese Sicht hat im Schrifttum Zustimmung gefunden (Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., Anhang § 13 Rn. 124 f.; Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., Anhang KonzernR Rn. 97; Schnorbus in Rohwedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., Anhang § 52 Rn. 128; Verse in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., Anhang § 13 GmbHG Rn. 122; Morshäuser/Dietz-Vellmer, NZG 2011, 1135, 1136 f.; Schmidt-Ott, GmbHR 2001, 182, 184; 784, 785; Schlitt/Beck, NZG 2001, 688, 691; Habersack, Liber amicorum Happ, 2006, S. 49, 54 f.; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl., Rn. 1112; für Gewinnabführung in Höhe von 20 %: Heckschen, GWR 2011, 214; für die stille Gesellschaft: MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 230 Rn. 114 f.; Gehrlein in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 230 HGB Rn. 30; Mock in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl., § 230 Rn. 46; Blaurock, Handbuch

Stille Gesellschaft, 8. Aufl., Rn. 9.61 f.; MünchHdbGesR II/Keul, 5. Aufl., § 76 Rn. 77 ff.; differenzierend Mertens, AG 2000, 32, 33 ff.).

20 (2) Demgegenüber wird vertreten, die vom Senat für Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge nach § 291 Abs. 1 AktG entwickelten Grundsätze seien auch auf Teilgewinnabführungsverträge anzuwenden (Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., Anhang Konzernrecht Rn. 214 f.; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl., § 292 AktG Rn. 37; Casper in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 77 Rn. 219; MünchKommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl., Anhang § 13 Rn. 697, 779; Maul in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., Anhang 2 Rn. 50; Strohn in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 29 GmbHG Rn. 73; Beck, GmbHR 2014, 1075, 1082; Schulte/Waechter, GmbHR 2002, 189, 190; Weigl, GmbHR 2002, 778, 783; Ulmer in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 53 Rn. 161, der aber die typische stille Gesellschaft ausnimmt). Teilweise werden besondere Wirksamkeitserfordernisse für den Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrags mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft aus einer eingeschränkten Gesamtanalogie der §§ 291 ff. AktG abgeleitet (Servatius in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., Systematische Darstellung 4 Rn. 362 ff.; BeckOK GmbHG/Servatius, Stand: 1. Mai 2019, Konzernrecht Rn. 439 ff.).

21 cc) Das Berufungsgericht hat sich mit Recht der zuerst genannten Auffassung angeschlossen. Teilgewinnabführungsverträge mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft unterliegen keinen besonderen Wirksamkeitsanforderungen, wenn sie keine satzungsüberlagernde Wirkung haben. Ob dies auch dann gilt, wenn ein Großteil oder zumindest überwiegender Anteil der Gewinne abzuführen ist, lässt der Senat offen.

22 (1) Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass die Wirksamkeitsvoraussetzungen für Unternehmensverträge mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft primär aus einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über Satzungsänderungen im Recht der GmbH abzuleiten sind und die Vorschriften der §§ 291 ff. AktG im Einzelfall entsprechende Anwendung finden, wenn der Schutzzweck der Vorschrift bei einer abhängigen GmbH gleichermaßen zutrifft und sie nicht auf Unterschieden der Binnenverfassung zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH beruhen (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 1988 - II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 338; Beschluss vom 30. Januar 1992 - II ZB 15/91, ZIP 1992, 395, 397; Urteil vom 5. November 2001 - II ZR 119/00, ZIP 2002, 35, 36; Urteil vom 16. Juni 2015 - II ZR 384/13, BGHZ 206, 74 Rn. 14; vgl. auch Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rn. 20). Soweit das GmbHG - wie mit den §§ 53 und 54 - Regelungen enthält, die der durch einen Unternehmensvertrag geschaffenen Situation für die Gesellschaft Rechnung tragen, liegt deren Heranziehung näher als ein Rückgriff auf die Regelungen des Aktiengesetzes (Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., Anhang KonzernR Rn. 94; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., vor § 291 Rn. 7; MünchKommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl., Anhang § 13 Rn. 640; aA Servatius in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., Systematische Darstellung 4 Rn. 362 ff.).

23 (2) Allerdings kann daraus, dass § 30 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 GmbHG nur auf § 291 AktG, nicht aber auf § 292 AktG verweist, nicht abgeleitet werden, dass die richterrechtlich entwickelten Vorgaben für Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft auf Teilgewinnabführungsverträge keine Anwendung finden (vgl. Beurskens in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., Anhang KonzernR Rn. 97). Die Regelung in § 30 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 GmbHG macht deutlich, dass der Gesetzgeber,

ohne die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft abgeschlossenen Unternehmensvertrags selbst zu regeln, in der Verlustübernahmepflicht des anderen Vertragsteils nach § 302 Abs. 1 AktG analog (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2006 - II ZR 238/04, BGHZ 168, 285 Rn. 6) bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags eine hinreichende Kompensation für die Aufhebung der Kapitalbindung nach § 30 Abs. 1 GmbHG sieht (MünchKommGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl., § 30 Rn. 268; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 30 Rn. 44; Kuntz in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 30 Rn. 93; Beck, GmbHR 2014, 1075, 1077). Da eine solche Kompensation für andere Unternehmensverträge (§ 292 AktG) nicht stattfindet (MünchKommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl., Anhang § 13 Rn. 783; Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 77 Rn. 198), kann aus § 30 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 GmbHG für die hier zu beantwortende Frage nichts gewonnen werden.

24 (3) Die entsprechende Anwendung der für Satzungsänderungen geltenden Vorschriften des GmbHG auf Teilgewinnabführungsverträge, die mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft geschlossen werden, ist nicht deswegen stets angezeigt, weil die Pflicht zur Abführung eines Gewinnanteils das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter (§ 29 GmbHG) und die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung zur Entscheidung über die Ergebnisverwendung (§ 46 Nr. 1 GmbHG) eingreifen (so aber Scholz/Emmerich, GmbHG, 12. Aufl., Anhang Konzernrecht Rn. 214; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl., § 292 AktG Rn. 37; MünchKommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl., Anhang § 13 Rn. 697, 779; für die stille Gesellschaft auch Weigl, GmbHR 2002, 778, 781 f.). Der Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrags hat nicht notwendigerweise satzungsüberlagernde Wirkung, sondern begründet in erster Linie schuldrechtliche Ansprüche des Berechtigten (Begründung des Regierungsentwurfs, Kropff, Aktiengesetz 1965,

S. 378; Veil in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 292 Rn. 1; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 292 Rn. 2; Grigoleit/Servatius, AktG, § 292 Rn. 1). Bei außerhalb des Mitgliedschaftsverhältnisses zu den Gesellschaftern versprochenen gewinn- bzw. ergebnisabhängigen Zahlungen handelt es sich nicht um eine Gewinnverteilung im Sinne des § 29 GmbHG, sondern um Geschäftskosten, die - wie andere Verbindlichkeiten auch - den verteilungsfähigen (Rein-)Gewinn der Gesellschaft mindern (BGH, Urteil vom 20. September 1955 - II ZR 225/54, BGHZ 18, 205, 208; Strohn in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 29 GmbHG Rn. 73; Scholz/Verse, GmbHG, 12. Aufl., § 29 Rn. 139; Müller in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 29 Rn. 108; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 29 Rn. 79; Beckmann/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 29 Rn. 46; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 29 Rn. 48; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., Rn. 23; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 230 Rn. 114; aA MünchKommGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl., § 29 Rn. 208; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 29 Rn. 21). § 29 GmbHG unterstellt nur das Gewinnstammrecht, also das allgemeine Recht der Gesellschafter auf Teilhabe an den periodischen Ergebnissen der Gesellschaft, dem Satzungsvorbehalt. Das Gewinnstammrecht ist - neben dem Anspruch auf den Liquidationserlös (§ 72 GmbHG) - wichtigster vermögensrechtlicher Bestandteil der Mitgliedschaft (Scholz/Verse, GmbHG, 12. Aufl., § 29 Rn. 9), umfasst aber nur den mitgliedschaftlichen Anspruch auf eine dem Geschäftsanteil entsprechende Teilhabe am Reingewinn der Gesellschaft.

25 (4) Auch die Anwendung der aktienrechtlichen Wirksamkeitserfordernisse für den Abschluss von Teilgewinnabführungsverträgen gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG ist nicht geboten. Der Schutzzweck dieser für die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) geltenden Vorschriften trifft auf die abführungspflichtige GmbH nicht gleichermaßen zu. Die Gründe, die bei der

Aktiengesellschaft und der KGaA dafür sprechen, den Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrags der alleinigen Kompetenz des Vorstands zu entziehen (Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 292 Rn. 2), sind auf die GmbH nicht übertragbar. Anders als im Aktienrecht, das in den §§ 76 ff. und §§ 111 ff. AktG klare Kompetenzabgrenzungen hinsichtlich der Wahrnehmung der Leitungs- und der Überwachungsaufgaben der Gesellschaft enthält, auf die die Aktionäre in sehr beschränktem Maße Einfluss nehmen können, sind die Gesellschafter in der GmbH das zentrale Entscheidungsorgan, das in der Gesellschafterversammlung die für die Geschicke der Gesellschaft wesentlichen Entscheidungen treffen und durch Weisungen an die Geschäftsführer (§ 37 GmbHG) umsetzen kann (BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 364/18, ZIP 2019, 701 Rn. 33 f. z.V.b. in BGHZ). Die Gesellschafter der GmbH können damit jede Maßnahme der Geschäftsführung an sich ziehen. Bei besonders bedeutsamen Geschäften ist der Geschäftsführer verpflichtet, die Zustimmung der Gesellschafterversammlung von sich aus einzuholen, § 49 Abs. 2 GmbHG (BGH, Urteil vom 29. März 1973 - II ZR 139/70, WM 1973, 510, 511; Urteil vom 5. Dezember 1983 - II ZR 56/82, ZIP 1984, 310, 311; Urteil vom 25. Februar 1991 - II ZR 76/90, ZIP 1991, 509, 510 f.; Urteil vom 30. Mai 2005 - II ZR 236/03, juris Rn. 12; Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 364/18, ZIP 2019, 701 Rn. 37 z.V.b. in BGHZ). Es bedarf daher anders als bei der Aktiengesellschaft nicht des zusätzlichen Schutzes der Gesellschafter durch die Begrenzung der Leitungskompetenz der Organe bei Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrages durch die analoge Anwendung der in §§ 291 ff. AktG bestimmten Wirksamkeitserfordernisse (MünchHdbGesR II/Keul, 5. Aufl., § 76 Rn. 78). Auch besteht nicht in gleicher Weise wie bei der Aktiengesellschaft das Bedürfnis, Vereinbarungen, die die Verwendung des Geschäftsergebnisses betreffen, der Registerpublizität zu unterstellen.

26 (5) Ob einem Teilgewinnabführungsvertrag satzungsüberlagernde Wirkung zukommt, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Berechtigten eingeräumten Rechtsstellung zu würdigen (für die stille Beteiligung vgl. einerseits Weigl, GmbHR 2002, 778, 779 f.; andererseits MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 230 Rn. 114 f.; Verse in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., Anhang § 13 GmbHG Rn. 122; MünchHdbGesR II/Keul, 5. Aufl., § 76 Rn. 77 ff.). Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Vereinbarung vom 5. Oktober 1992 keine satzungsüberlagernden Wirkungen entfaltet. Dem kann die Revision nicht mit dem Einwand begegnen, die Klägerin unternehme es, die Beklagte an der Veräußerung landwirtschaftlicher Flächen zu hindern und sie zur Weiterführung eines landwirtschaftlichen Betriebs zu zwingen, weil die Klägerin sich insoweit jedenfalls nicht auf eine durch die Vereinbarung eingeräumte Rechtsstellung berufen kann.

27 Soweit vertreten wird, besondere Schutzvorkehrungen seien dann geboten, wenn ein Großteil oder zumindest überwiegender Anteil der Gewinne abzuführen ist (MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 230 Rn. 114; Heckschen/Kreußlein, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl., Kapitel 15 Rn. 142 ff.; Heckschen, GWR 2011, 214), bedarf diese Frage im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, weil die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits die Abführung von nur bis zu 20 % des Jahresüberschusses der Beklagten vereinbart haben.

28 2. Der Teilgewinnabführungsvertrag wurde nicht unwirksam, weil die Beklagte infolge der Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister am 26. Januar 2016 die Rechtsform der Aktiengesellschaft erhalten hat.

29 a) Erhält eine zur Teilgewinnabführung verpflichtete GmbH durch Formwechsel die Rechtsform einer Aktiengesellschaft, berührt dies den Fortbestand

eines zuvor wirksam abgeschlossenen Teilgewinnabführungsvertrags nicht. Der Teilgewinnabführungsvertrag ist infolge des Formwechsels gemäß § 294 Abs. 1 AktG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Parteien des Teilgewinnabführungsvertrags sind, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, aus dem bestehenden Vertragsverhältnis wechselseitig verpflichtet, die Eintragung herbeizuführen.

30 aa) Infolge des Formwechsels besteht der Rechtsträger in der durch den Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter, § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. Er bleibt Inhaber des Vermögens mit allen Rechten und Pflichten. Verträge - auch Unternehmensverträge - bestehen mit dem Rechtsträger in der geänderten Rechtsform unter Anwendung der für diesen geltenden Normen unverändert weiter, es sei denn, das Vertragsverhältnis ist mit der Rechtsform der verpflichteten Gesellschaft nicht vereinbar (OLG Düsseldorf, ZIP 2004, 753, 755; LG München I, ZIP 2011, 1511, 1512; MünchKommAktG/Altmeyen, 4. Aufl., § 297 Rn. 137; Veil in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 297 Rn. 48; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl., § 297 AktG Rn. 45; Kierstein in Maulbetsch/Klumpp/Rose, UmwG, § 202 Rn. 8; Decher/Hoger in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 202 Rn. 47; Leonard in Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl., § 202 Rn. 9, 16; Winter in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, 8. Aufl., § 202 Rn. 5; Meister/Klöcker in Kallmeyer, UmwG, 6. Aufl., § 202 Rn. 18; Schlitt/Beck, NZG 2001, 688, 691; MünchHdBGesR IV/Krieger, 4. Aufl., § 71 Rn. 216; Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 6. Aufl., Teil 4 Rn. 342). Bei einem Wechsel in die Rechtsform einer Aktiengesellschaft kann ein Teilgewinnabführungsvertrag nach Maßgabe der §§ 292 ff. AktG fortbestehen.

31 bb) Der mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft geschlossene Teilgewinnabführungsvertrag unterliegt, wenn diese durch Formwechsel

die Rechtsform einer Aktiengesellschaft erhält, den Vorgaben der §§ 292 ff. AktG. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die fehlende Eintragung des Unternehmensvertrags in das Handelsregister nicht zur Beendigung eines wirksam geschlossenen Teilgewinnabführungsvertrags führt, weil diese Eintragung zwar nach § 294 Abs. 1 Satz 1 AktG geboten ist, ihr aber nur deklaratorische Bedeutung zukommt (LG München I, ZIP 2011, 1511, 1512; MünchKommAktG/Altmeppen, 4. Aufl., § 294 Rn. 17; Veil in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 294 Rn. 3; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., § 294 AktG Rn. 4; KK-AktG/Koppensteiner, 3. Aufl., § 294 Rn. 4; Mülbert in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 294 Rn. 11, 63; Decher/Hoger in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 202 Rn. 45, 47; Leonard in Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl., § 202 Rn. 9; MünchHdbGesR II/Keul, 5. Aufl., § 87 Rn. 15, 31; Vossius, Festschrift Widmann, 2000, S. 133, 158; Semler, Festschrift Werner, 1984, S. 854, 871; Winter, Festschrift Pelzer, 2001, S. 645, 649 f.; Westermann, Festschrift Ulmer, 2003, S. 657, 671; Schlitt/Beck, NZG 2001, 688, 691; aA Mertens, AG 2000, 32, 38). Die Vorschrift des § 294 Abs. 2 AktG ist angesichts der bereits vor dem Formwechsel eingetretenen Wirksamkeit des Vertrags und der oben beschriebenen Vertragskontinuität nicht anwendbar. Es wäre auch nicht hinnehmbar, wenn es die verpflichtete Gesellschaft in der Hand hätte, sich den Verpflichtungen aus dem Unternehmensvertrag einseitig durch einen Formwechsel zu entziehen (MünchKommAktG/Altmeppen, 4. Aufl., § 297 Rn. 128; Vossius, Festschrift Widmann, 2000, S. 133, 158; Westermann, Festschrift Ulmer, 2003, S. 657, 671).

32 cc) Die Parteien des Teilgewinnabführungsvertrags sind aus dem wirksam begründeten Vertragsverhältnis heraus verpflichtet, die Eintragung herbeizuführen. Eine solche gegenüber der anderen Vertragspartei bestehende Pflicht wird von einem Teil des Schrifttums bereits bei einem schwebend unwirksamen Unternehmensvertrag angenommen (Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 294 Rn. 2;

Veil in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 294 Rn. 5). Soweit dieser Ansicht mit der Begründung entgegengetreten wird, es gebe für eine solche Pflicht keine rechtliche Grundlage und die Gesellschaft solle bis zum Wirksamwerden des Vertrags jederzeit in der Lage sein darüber zu entscheiden, ob sie den Unternehmensvertrag in Kraft treten lassen wolle oder nicht (Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl., § 294 AktG Rn. 27), greifen diese Bedenken jedenfalls in der hier vorliegenden Konstellation, in der der Teilgewinnabführungsvertrag fortbesteht und dessen Eintragung im Handelsregister nur noch deklaratorische Wirkung hat, nicht. Neben dieser vertraglichen Pflicht besteht eine entsprechend § 407 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 14 HGB ggf. mit Zwangsgeld bewehrte Pflicht des Vorstands der abführungspflichtigen Aktiengesellschaft, die im öffentlichen Interesse liegende Eintragung des Vertrags zu bewirken (Winter, Festschrift Pelzer, 2001, S. 645, 650).

33 b) Soweit die Revision darauf verweist, die Beklagte hätte einer möglichen Anmeldepflicht bereits genügt, indem sie den - bislang nicht dem Schriftformerfordernis gem. § 293 Abs. 3 AktG entsprechenden - Teilgewinnabführungsvertrag zur Eintragung angemeldet hat, verkennt sie, dass ihre vertragliche Nebenpflicht auch darauf gerichtet ist, zunächst die Eintragungsfähigkeit des Teilgewinnabführungsvertrags herbeizuführen und sodann die Anmeldung zu wiederholen.

34 3. Das Berufungsgericht hat auch rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Teilgewinnabführungsvertrag nicht durch die Kündigungen der Beklagten beendet wurde.

35 a) Der Teilgewinnabführungsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, das aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter

Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Unternehmensvertrags bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (BGH, Urteil vom 16. Juni 2015 - II ZR 382/13, BGHZ 206, 74 Rn. 19; Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rn. 10). Liegen die Gründe, aus denen sich eine Vertragspartei von dem Vertrag lösen möchte, in der ihr durch Gesetz oder den Vertrag zugewiesenen Risikosphäre, ist die Kündigung nur ausnahmsweise gerechtfertigt (BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - XII ZR 62/15, WM 2016, 1360 Rn. 12; Urteil vom 31. Mai 2016 - XI ZR 370/15, BGHZ 210, 263 Rn. 35; Urteil vom 21. Februar 2017 - XI ZR 185/16, BGHZ 214, 94 Rn. 92; Mülbart in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 297 Rn. 21; Langenbacher in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 297 Rn. 7 ff.; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl., § 297 AktG Rn. 20). Bei einer Veränderung der bei Vertragsschluss bestehenden übereinstimmenden Erwartungen ist vorrangig eine Änderung des Vertrags nach den Grundsätzen des § 313 Abs. 1 BGB in Betracht zu ziehen, wenn eine solche Änderung geeignet sein kann, den Kündigungsgrund auszuräumen (KK-AktG/Koppensteiner, 3. Aufl., § 297 Rn. 17).

36 b) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler einen die außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Grund verneint.

37 aa) Ob ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund vorliegt, ist in erster Linie durch den Tatrichter zu beantworten. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, die vom Berufungsgericht vorgenommene Wertung darauf zu überprüfen, ob der Rechtsbegriff des wichtigen Grundes richtig erkannt und die Grenzen des dem Tatrichter eingeräumten Ermessens bei der Würdigung des von ihm festgestellten Sachverhalts eingehalten worden sind; ein Ermessensfehler liegt insbesondere dann vor, wenn wesentli-

che Tatsachen außer Acht gelassen oder nicht vollständig gewürdigt worden sind (BGH, Urteil vom 9. März 1992 - II ZR 102/91, ZIP 1992, 539 f.; Urteil vom 28. Oktober 2002 - II ZR 353/00, ZIP 2002, 2254, 2255; Urteil vom 9. April 2013 - II ZR 273/11, ZIP 2013, 971 Rn. 24).

38 bb) Hieran gemessen hat das Berufungsgericht einen wichtigen Grund zur Kündigung der Vereinbarung vom 5. Oktober 1992 ohne Ermessensfehler verneint.

39 (1) Soweit die Revision einen wichtigen Grund darin erblickt, dass die Klägerin im Zeitraum 2005 bis 2012 keine Zahlungen zur Tilgung der Altschulden an die DG-Bank erbracht habe, obgleich sie jedenfalls bis 2009 jährlich Zahlungen von der Beklagten erhalten habe, hat das Berufungsgericht diesen Aspekt gesehen und in seine Würdigung ermessenfehlerfrei einbezogen. Es hat die Vereinbarung vom 5. Oktober 1992 in aus Rechtsgründen nicht zu beanstandender Weise dahin ausgelegt, dass es in der vertraglichen Risikosphäre der Beklagten liegt, ihrer Gewinnabführungsverpflichtung unter Umständen auch dann nachkommen zu müssen, wenn die Klägerin ihrerseits nicht zur Tilgung des Altkredits verpflichtet ist. Es hat die Gewinnabführungspflicht als Teil der Sanierung der LPG angesehen, die es der Beklagten eröffnete, einen Teil der Wirtschaftsgüter der ehemaligen LPG für die landwirtschaftliche Produktion zu nutzen. Die Annahme, dass der Teilgewinnabführungsvertrag einerseits zum Zweck der Altschuldentilgung geschlossen wurde, die Klägerin andererseits die abgeführten Gewinne aber nicht zweckgebunden zur Schuldentilgung verwenden muss, ist nicht widersprüchlich, sondern Folge der Rangrücktrittsvereinbarung, in der geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen die Klägerin zur Tilgung des Altkredits verpflichtet ist. Nach dieser Vereinbarung dient die Gewinnabführungsverpflichtung primär der Stärkung der wirtschaftlichen Lage der Klägerin, die Zins- und Tilgungsleistungen nur aus sonst entstehenden Jahres-

überschüssen zu erbringen hat. Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Beklagten rechtsfehlerfrei dahin gewürdigt, dass sich aus diesem kein vom Wortlaut der vertraglichen Vereinbarungen abweichendes überstimmendes Verständnis von Klägerin und Beklagten über die Verwendung der abgeführten Überschüsse ergibt. Der Konstruktion haftete damit von Anfang an - auch angesichts der Kopplung der Abführungspflicht an die Tilgung der Altschulden und deren Höhe von über 14 Mio. DM - das Risiko an, dass die Beklagte auf unabsehbare Zeit mit der Verpflichtung zur Gewinnabführung belastet werden könnte. Unter Berücksichtigung des Sicherungscharakters der Teilgewinnabführungsvereinbarung ist es auch nicht ermessensfehlerhaft, das Interesse der die Altschulden verwaltenden Bank an der Fortdauer des Teilgewinnabführungsvertrags in die Zumutbarkeitserwägungen einzubeziehen.

40 (2) Angesichts der Höhe der Altschulden, der daraus abzuleitenden Laufzeit der Vereinbarung und unter Berücksichtigung der Interessen der Bank an der Tilgung der Altschulden hat das Berufungsgericht das Vorliegen eines wichtigen Grundes auch nicht deswegen ermessensfehlerhaft verneint, weil die Beklagte im Zeitraum von 2005 bis 2009 einen Teil ihrer Gewinne abgeführt hat, aber nicht (mittelbar) in den Genuss einer anteiligen Tilgung der Altschulden gekommen ist.

41 4. Das Berufungsgericht hat den Anspruch auf Abführung des Teilgewinns auch der Höhe nach rechtsfehlerfrei zuerkannt.

42 a) Der Gewinnabführungsanspruch ist ein vertraglicher Anspruch, dessen konkreter Inhalt hinsichtlich seiner Entstehung, Fälligkeit und Maßgeblichkeit des Jahresabschlusses für seine Höhe nach allgemeinen Grundsätzen durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung zu ermitteln ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2011 - II ZR 237/09, BGHZ 189, 261 Rn. 14;

OLG Frankfurt am Main, AG 2010, 408 Rn. 46; MünchKommAktG/Altmeyden, 4. Aufl., § 291 Rn. 148). Die Auslegung des Teilgewinnabführungsvertrags als Individualvereinbarung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt ist und gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2009 - II ZR 222/08, ZIP 2009, 2335 Rn. 18; Urteil vom 3. November 2015 - II ZR 446/13, ZIP 2016, 211 Rn. 26, jeweils mwN).

43 b) Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe ist die Auslegung des Berufungsgerichts, nach der die Feststellung des Jahresabschlusses der Beklagten nicht Fälligkeitsvoraussetzung des Anspruchs ist, rechtlich nicht zu beanstanden.

44 aa) Entgegen der Sicht der Revision hat das Berufungsgericht seine Auslegung nachvollziehbar damit begründet, dass eine Bindung von Ansprüchen eines außenstehenden Dritten auf anteilige Gewinnabführung an die Feststellung des Jahresabschlusses der abführungspflichtigen Gesellschaft den Interessen der Vertragsschließenden nicht entspricht.

45 bb) Soweit die Revision beanstandet, die Beklagte hätte die Richtigkeit der von ihr selbst aufgestellten Jahresabschlüsse in Bezug auf die dort ausgewiesenen Jahresüberschüsse bestritten, hat der Senat die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

46 cc) Das Berufungsgericht hat schließlich auch rechtsfehlerfrei einen Anteil von 20 % des jeweils ausgewiesenen Jahresüberschusses zuerkannt. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat ebenfalls

geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer weiteren Begründung sieht der Senat auch insoweit ab.

Drescher

Wöstmann

Born

Bernau

V. Sander

Vorinstanzen:

LG Mühlhausen, Entscheidung vom 22.01.2015 - 1 HKO 9/14 -

OLG Jena, Entscheidung vom 16.05.2018 - 2 U 79/15 -