

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

FGG § 19, § 20 Abs. 2; GmbHG §§ 53, 54, 78; AktG 1965 §§ 291 Abs. 1, 293 Abs. 2, 294 Abs. 1

- a) Die eine GmbH betreffende, auf die Herbeiführung einer konstitutiven Eintragung gerichtete Anmeldung zum Handelsregister ist durch die Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft vorzunehmen. Die Gesellschaft ist daher auch beschwerdeberechtigt i.S. des § 20 Abs. 2 FGG.
- b) Ein zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung abgeschlossener Unternehmensvertrag, in dem sowohl eine Beherrschungsvereinbarung als auch eine Gewinnabführungsverpflichtung enthalten ist, wird nur wirksam, wenn die Gesellschafterversammlungen der beherrschten und der herrschenden Gesellschaft dem Vertrag zustimmen und seine Eintragung in das Handelsregister der beherrschten Gesellschaft erfolgt. Der Zustimmungsbeschuß der herrschenden Gesellschaft bedarf mindestens 3/4 der bei der Beschlußfassung abgegebenen Stimmen. Es bleibt offen, welche qualifizierte Mehrheit bei der beherrschten Gesellschaft erforderlich ist.

Der Zustimmungsbeschuß der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft bedarf der notariellen Beurkundung, nicht hingegen der Unternehmensvertrag und der Zustimmungsbeschuß der Gesellschafterversammlung der herrschenden Gesellschaft.

Aus der Eintragung sollen sich Abschluß, Abschlußdatum und Art des Unternehmensvertrages sowie die Tatsache der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft und das Datum dieses Zustimmungsbeschlusses ergeben. Wegen des weitergehenden Inhalts kann auf den Unternehmensvertrag sowie die zustimmenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlungen der beherrschten und der herrschenden Gesellschaft Bezug genommen werden, die sämtlich in Abschrift der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen sind.

BGH, Beschl. v. 24. Oktober 1988 - II ZB 7/88 - Bay.ObLG
LG München I
AG München

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II 2B 7/88

in der Handelsregistersache

betreffend die Firma Hermann M. [REDACTED] & Co. Vertriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung, I. [REDACTED] Straße 45, M. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer Otto A. [REDACTED] und Rudolf N. [REDACTED], G. [REDACTED] Landstraße 75, D. [REDACTED],

Antragstellerin und
Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Notar Manfred [REDACTED],
M. [REDACTED]straße 36-38,
H. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
am 24. Oktober 1988 durch den Vorsitzenden Richter
Dr. Kellermann und die Richter Dr. Bauer, Brandes,
Dr. Henze und Stodolkowitz

beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde der Antrag-
stellerin wird das Amtsgericht-Register-
gericht-München unter Aufhebung seines
Beschlusses vom 20. Januar 1987 sowie
des Beschlusses der 11. Kammer für Han-
delssachen des Landgerichts München I
vom 1. Juni 1987 angewiesen, den Antrag,
das Bestehen eines Organschaftsvertrages
mit Ergebnisabführung zwischen der Hermann
M. & Co. Vertriebsgesellschaft mbH,
München und der D. S.
H. mbH, München, in das
Handelsregister einzutragen, nicht aus
den Gründen der aufgehobenen Beschlüsse
abzulehnen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I.

Die Hermann M[REDACTED] & Co. Vertriebsgesellschaft mbH, die ihren Sitz in München hat und in diesem Verfahren Antragstellerin ist, hat am 2. Januar 1973 mit der "D[REDACTED] S[REDACTED] Handelsgesellschaft mbH" München (künftig: S[REDACTED] GmbH), die sämtliche Anteile an der Antragstellerin hält, einen privatschriftlichen Organschaftsvertrag mit Ergebnisabführung abgeschlossen. Nach § 2 dieses Vertrages ist die Antragstellerin im Innenverhältnis Beauftragte der S[REDACTED] GmbH und hat nach deren Richtlinien und Anweisungen zu handeln. Nach § 3 hat die Antragstellerin ihren jeweiligen Jahresgewinn an die S[REDACTED] GmbH abzuführen, während diese die im Betrieb der Antragstellerin entstandenen Verluste zu übernehmen verpflichtet ist. Auf einer am 19. September 1986 durchgeführten und notariell beurkundeten Gesellschafterversammlung beschloß die durch ihren alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer vertretene S[REDACTED] GmbH, § 7 des Gesellschaftsvertrages wie folgt zu ändern:

"Über die Verteilung des Ergebnisses beschließt die Gesellschafterversammlung. Im Beschluß über die Verwendung des Ergebnisses können die Gesellschafter Beträge in Gewinnrücklagen einstellen oder als Gewinn vortragen.

Zwischen der Hermann M[REDACTED] & Co. Vertriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung und der Firma D[REDACTED] S[REDACTED] Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung besteht ein Organschaftsvertrag mit Ergebnisabführung."

Die Antragstellerin hat diese Änderungen unter Übersendung des Organschaftsvertrages vom 2. Januar 1973 und des Protokolls über die Gesellschafterversammlung vom 19. September 1986 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Sie hat die Eintragung begehrt, daß § 7 des Gesellschaftsvertrages (Gewinnverteilung) ergänzt worden sei und zwischen ihr und der S [REDACTED] GmbH ein Organschaftsvertrag mit Ergebnisabführung (Hilfsantrag: ein Gewinnabführungsvertrag) bestehe.

Das Registergericht hat das Eintragungsbegehren insgesamt zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde war erfolglos.

Mit Verfügung vom 14. August 1987 hat das Registergericht bei dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin angefragt, ob im Hinblick auf den Beschluß des Landgerichts der Antrag gestellt werde, die Eintragung einer Satzungsänderung mit folgender Formulierung in das Handelsregister einzutragen:

"Die Gesellschafterversammlung vom 19. September 1986 hat die Änderung des § 7 (Gewinnverwendung, Gewinnverteilung, Organschaftsvertrag mit Ergebnisabführung) der Satzung beschlossen."

Dieser hat sein Einverständnis erklärt. Er hat seiner Erklärung hinzugefügt, ein Rechtsmittel werde nicht eingelegt werden.

Das Registergericht hat mit Verfügung vom 29. September 1987 die Eintragung in der von ihm vorgeschlagenen Fassung vorgenommen.

Mit Schriftsatz vom 24. März 1988 hat die Antragstellerin im Wege der weiteren Beschwerde ihr Begehren, auch das Bestehen eines Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung in das Handelsregister einzutragen, wieder aufgegriffen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, es stehe nunmehr fest, daß eine solche Eintragung zulässig und geboten sei, da nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14. Dezember 1987 (II ZR 170/87, WM 1988, 258) der Organschaftsvertrag vom 2. Januar 1973 als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag anzusehen sei.

Das vorlegende Gericht möchte der weiteren Beschwerde stattgeben. Es sieht sich hieran jedoch durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. Juli 1987 (NJW 1987, 3208) gehindert.

II.

Die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in dem genannten Beschluß den Antrag zurückgewiesen, das Bestehen eines Gewinnabführungsvertrages (Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung i.S. der §§ 17, 14 KStG) in das Handelsregister einzutragen. Soweit das Bestehen eines Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung in die Satzung

aufgenommen worden sei, sei dem Publizitätsinteresse der Öffentlichkeit dadurch Genüge getan, daß die Änderung des Gesellschaftsvertrages eingetragen und auf den neu gefaßten Gesellschaftsvertrag Bezug genommen worden sei. Eine ausdrückliche Eintragung des Bestehens eines solchen Vertrages sehe § 54 GmbHG nicht vor. Änderungen im Sinne des § 10 Abs. 1 GmbHG würden nicht beantragt. Eine entsprechende Anwendung des § 294 Abs. 2 AktG oder eine registerliche Gleichstellung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung komme nicht in Betracht. Das vorlegende Gericht hält die ausdrückliche Eintragung des Bestehens eines Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung in das Handelsregister für zulässig und erforderlich. Der Unternehmensvertrag habe satzungsgleiche Auswirkung auf die Rechtsverhältnisse der beherrschten Gesellschaft und müsse im Hinblick auf diese Satzungsüberlagerung wie eine Satzungsänderung behandelt werden. Zu seiner Wirksamkeit bedürfe er nach § 53 Abs. 1 GmbHG der gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG notariell zu beurkundenden Zustimmung der Gesellschafter und nach § 54 Abs. 3 GmbHG der Eintragung in das Handelsregister. Zudem stelle das Bestehen eines Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung eine bedeutsame Tatsache dar, da durch ihn eine Sonderform der Gesellschaft, nämlich die beherrschte Konzerngesellschaft entstanden sei. Sie stehe den vom Gesetz bestimmten und zur Eintragung zugelassenen Tatsachen gleich, so daß Sinn und Zweck des Handelsregisters auch die Eintragung einer solchen Tatsache erfordere. Das vorlegende Gericht muß danach von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf abweichen, um der weiteren Beschwerde stattgeben zu können.

III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 27, § 29 Abs. 1 Satz 1 und 3 FGG).

1. Entgegen der Ansicht des vorlegenden Gerichts, die es in ständiger Rechtsprechung vertritt (vgl. BayObLGZ 1954, 203, 204; 1970, 285, 287; 1972, 277, 278 f; 1981, 88, 90 ff; 1985, 189, 190; GmbHR 1988, 71; vgl. ferner KGJ 41 A, S. 135), sind allerdings nicht die Geschäftsführer der M & Co. GmbH antrags- und damit beschwerdeberechtigt, vielmehr steht dieses Recht der Gesellschaft selbst zu (§ 20 Abs. 2 FGG). Es kann dahinstehen, ob die Geschäftsführer die mit der Festsetzung von Zwangsgeld durchsetzbare Anmeldung einer Tatsache, deren Eintragung nur deklaratorische Wirkung hat, im Rahmen ihrer Vertretungsmacht im Namen der Gesellschaft vornehmen (so Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl. 1984, § 78 Rdnr. 12; Mertens in Hachenburg a.a.O. § 39 Rdnr. 8; Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 12. Aufl. 1987, § 78 Rdnr. 5; OLG Frankfurt DNotZ 1978, 750) oder ob es sich dabei um eine höchstpersönliche öffentlich-rechtliche, dem Handelsregister gegenüber bestehende Pflicht der Geschäftsführer handelt (so Hüffer in GroßKomm. HGB, 4. Aufl. 1983, § 14 Rdnr. 15; Baumbach/Duden/Hopt, 27. Aufl. 1987, § 14 Anm. 1 B). Denn die Anmeldungen, die auf eine konstitutiv wirkende, die Rechtsänderung erst herbeiführende Eintragung gerichtet sind (vgl. § 79 Abs. 2 GmbHG), werden von dieser Anmeldepflicht nicht umfaßt (Ulmer a.a.O. § 78 Rdnr. 10; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl. 1988, § 54 Rdnr. 1). Sie obliegt den Geschäftsführern nur im

Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft (Ulmer a.a.O. § 78 Rdnr. 11; § 54 Rdnr. 11; Zöllner a.a.O. § 54 Rdnr. 1, 15). Die auf eine Eintragung mit konstitutiver Wirkung gerichtete Anmeldung erfolgt auf jeden Fall im Namen der Gesellschaft (Zöllner a.a.O. § 54 Rdnr. 2; Ulmer a.a.O. § 78 Rdnr. 12; Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O. § 78 Rdnr. 5; Lutter in Kölner Komm. z. AktG, 1985, § 184 Rdnr. 5). Anmeldende ist in einem derartigen Falle daher die Gesellschaft selbst, vertreten durch ihre Geschäftsführer. Bei Ablehnung der Eintragung ist sie beschwert und daher auch beschwerdeberechtigt (§ 20 Abs. 2 FGG).

Die Satzungsänderung gehört zu den Eintragungen mit konstitutiver Wirkung (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Unterliegt, wie noch auszuführen ist, der dem Unternehmensvertrag zustimmende Gesellschafterbeschuß den gleichen Voraussetzungen, wird seine Anmeldung durch die Geschäftsführer ebenfalls im Namen der Gesellschaft vorgenommen. Da seine Eintragung im vorliegenden Falle vom Registergericht abgelehnt worden ist, ist die Gesellschaft selbst beschwert und damit beschwerdeberechtigt. Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin hat daher zu Recht die Anmeldung im Namen der Gesellschaft vorgenommen und auch in ihrem Namen Beschwerde eingelegt.

2. Im Vorlagebeschuß wird nicht erörtert, ob die weitere Beschwerde deswegen als unzulässig anzusehen ist, weil in der im Schriftsatz der Antragstellerin vom 16. September 1987 enthaltenen Erklärung, ein Rechtsmittel werde nicht eingelegt werden, ein - endgültiger - Rechtsmittelverzicht

gesehen werden könnte. Das ist indessen nicht der Fall. Ein wirksamer Verzicht auf ein Rechtsmittel kann nur in der eindeutigen Erklärung liegen, sich des Rechts auf Nachprüfung einer gerichtlichen Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht begeben zu wollen (BGHZ 48, 88, 98; RGZ 161, 350, 355; Jansen, FGG, 2. Aufl. 1969, § 21 Rdnr. 18; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 12. Aufl. 1987, § 19 Rdnr. 99). Er kann nach Erlaß der Entscheidung gegenüber jedem Gericht erklärt werden, bei dem das Rechtsmittel eingelegt werden kann (vgl. BGHZ 48, 88, 98; KG JFG 12, 69; Jansen a.a.O. § 21 Rdnr. 18; Keidel/Kuntze/Winkler a.a.O. § 19 Rdnr. 100). Die Antragstellerin hat die Erklärung, eine weitere Beschwerde nicht einlegen zu wollen, nach Erlaß der Entscheidung des Beschwerdegerichts gegenüber dem Registergericht, bei dem die weitere Beschwerde eingelegt werden kann (§ 29 Abs. 1 FGG), abgegeben. Insoweit bestehen gegen die Wirksamkeit der Erklärung keine Bedenken. Es kann jedoch nicht festgestellt werden, daß mit ihrer Abgabe eindeutig der Wille zum Ausdruck gebracht worden ist, sich des Rechts auf Nachprüfung der Entscheidung durch das Gericht der weiteren Beschwerde begeben zu wollen. Ob ein solcher Verzichtswille vorliegt, hängt nicht von dem Gebrauch des Wortes "Verzicht", sondern davon ab, ob Umstände vorliegen, aus denen er sich zweifelsfrei ergibt (BGHZ 2, 112, 117; BGH LM ZPO § 514 Nr. 6; LM GG Art. 19 Nr. 21; RG JW 1935, 120). Zwar spricht der Wortlaut der Erklärung für einen endgültigen Verzichtswillen (vgl. BGH LM ZPO § 514 Nr. 6). Dieser ist auch von einem Notar abgefaßt worden, der in der Lage ist, die Konsequenzen einer solchen Erklärung abzuschätzen. Andererseits hat das Registergericht in seiner Anfrage vom 14. August 1987 die von

ihm in Aussicht gestellte Eintragung nicht von einem Rechtsmittelverzicht abhängig gemacht. Wie im Vorlagebeschluß zutreffend ausgeführt wird, stehen beide Anträge - Eintragung der Änderung des § 7 des Gesellschaftsvertrages und Eintragung des Bestehens eines Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung - selbständig nebeneinander. Die Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrages setzt daher einen Verzicht auf Einlegung eines Rechtsmittels, soweit die Eintragung des Bestehens des Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung abgelehnt worden war, nicht voraus. Diese Umstände sind dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zweifelsfrei bekannt gewesen. Dieser hat zudem den Antrag auf Eintragung des Bestehens des Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung mit Einzelerwägungen begründet, die er aus der Senatsentscheidung vom 16. September 1985 (BGHZ 95, 330) hergeleitet und nach Erlaß der Senatsentscheidung vom 14. Dezember 1987 (II ZR 170/87, WM 1988, 258) wieder aufgegriffen hat. Diese gesamten Umstände vermitteln den Eindruck, daß die Erklärung im Schriftsatz vom 16. September 1987 eher einen vorläufigen, aufgrund der Entscheidung des Landgerichts entstandenen Willen zum Ausdruck bringt, nach den augenblicklichen Gegebenheiten den Eintragungsantrag vorerst nicht weiter zu verfolgen. Die Feststellung, die Erklärung beinhalte eindeutig einen endgültigen Rechtsmittelverzicht, kann nicht getroffen werden.

IV.

Die weitere Beschwerde ist auch begründet.

Der Eintragungsantrag kann nicht aus den vom Registergericht und dem Beschwerdegericht angeführten Gründen zurückgewiesen werden.

1. Der Vertrag vom 2. Januar 1973 kann jedoch nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn er materiell wirksam zustandegekommen ist (zu den Prüfungsvoraussetzungen vgl. Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 12. Aufl. 1987, § 54 Rdnr. 6; Baums, Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, 1981, S. 107 f). Ob das der Fall ist, kann anhand der bisher von der Antragstellerin eingereichten Unterlagen nicht festgestellt werden. Das muß das Registergericht nach Maßgabe der nachfolgenden Ausführungen noch näher prüfen.

a) Der Vertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung der Antragstellerin. Er ist ein zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung abgeschlossener Unternehmensvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG. Da die Antragstellerin die Leitung ihrer Gesellschaft dem Unternehmen der S [REDACTED] GmbH unterstellt und sich verpflichtet hat, ihren ganzen Gewinn an diese abzuführen, sind sowohl die Voraussetzungen eines Beherrschungsvertrages als auch eines Gewinnabführungsvertrages erfüllt. Der von den Antragstellern gewählte Begriff "Organisationsvertrag mit Ergebnisabführung" orientiert sich

ersichtlich an den für die steuerrechtliche Anerkennung eines Gewinnabführungsvertrages erforderlichen Voraussetzungen (§§ 14 und 17 KStG).

Wie der Senat in seiner Entscheidung vom 14. Dezember 1987 (II ZR 170/87, WM 1988, 258) ausgeführt hat, ist ein solcher Unternehmensvertrag kein schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft ändert. Diese Änderung besteht insbesondere darin, daß die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf die herrschende Gesellschaft übertragen, der Gesellschaftszweck unter Aufhebung der unabhängigen erwerbswirtschaftlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bei einem in der Regel gleichbleibenden Unternehmensgegenstand am Konzerninteresse ausgerichtet und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird (Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl. 1984, § 53 Rdnr. 129; Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O. Anh. § 13 Rdnr. 23 ff; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl. 1988, Schlußanh. I (KonzernR) Rdnr. 8; Scholz/Priester, GmbHG, 7. Aufl. 1988, § 53 Rdnr. 161; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 1980, S. 326 f; Schilling, FS Hefermehl, 1976, S. 383, 390 f; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1241; Priester in Hommelhoff/Semler/Doralt/Roth, Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZGR Sonderheft 6, S. 151, 159). Gesetzliche Regelungen und Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die den für Unternehmensverträge maßgebenden Vorschriften sowie dem Inhalt des Unternehmensvertrages entgegenstehen, werden für die Dauer seiner Gültigkeit außer Kraft gesetzt (Würdinger,

Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl. 1981, § 70 II 1 a; § 71 Vorbem. und I 1; ders. in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl. 1975, § 291 Anm. 6, 11, 18 f, 39 f; ders. in DB 1958, 1447, 1451; Biedenkopf/Koppensteiner in KK z. AktG, 1985, Vorbem. zu § 291 Rdnr. 20; § 291 Rdnr. 19/20; Timm, BB 1981, 1491, 1492; ders. in GmbHR 1987, 8, 9; Ulmer in Hachenburg a.a.O. § 53 Rdnr. 130; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1241; Priester a.a.O. S. 169). Aufgrund dieser Wirkungen des Unternehmensvertrages ist sein Abschluß von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer der GmbH, die sich der Beherrschung und Ergebnisabführung unterwirft, nicht gedeckt. Er bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung (vgl. dazu die zahlreichen Nachweise bei Rix, MittRhNotK 1986, 29, 32 Fn. 47; ferner bei Priester a.a.O. S. 158; aus neuester Zeit vergleiche Timm, GmbHR 1987, 8, 11; Schneider, WM 1986, 181, 185; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1241; Heckschen, DB 1988, 1685).

Die S [REDACTED] GmbH hat diese Zustimmung als alleinige Gesellschafterin der Antragstellerin durch ihren Geschäftsführer mit Beschluß vom 19. September 1986 erteilt.

Die i.e. umstrittene Frage, ob ein derartiger Beschluß der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf oder ob dafür eine bestimmte qualifizierte Mehrheit ausreicht, kann daher im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben. Obwohl die S [REDACTED] GmbH sowohl Partnerin des Unternehmensvertrages als auch Gesellschafterin der sich der Beherrschung und Gewinnabführungspflicht unterwerfenden Antragstellerin ist und

in dieser Eigenschaft dem Vertrag zugestimmt hat, greift das Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG, wie das vorliegende Gericht zutreffend ausgeführt hat, nicht ein. Zur Begründung wird in der Literatur u.a. darauf verwiesen, die Vorschrift erfasse keine Beschlüsse über innere Angelegenheiten der Gesellschaft (zur Problematik vgl. die Darstellungen bei Scholz/K. Schmidt a.a.O. 6. Aufl. 1978/1983, § 47 Rdnr. 97 ff; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 149 f, 226 ff; Ulmer in Hachenburg a.a.O. § 53 Rdnr. 53), die Zustimmung der Gesellschafter zu einem gesellschaftsrechtlichen Organisationsvertrag sei aber als innergesellschaftlicher Akt zu werten (so Ulmer in Hachenburg, a.a.O. § 53 Rdnr. 128; Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O., Anh. § 13 Rdnr. 26; Scholz/Emmerich a.a.O., 6. Aufl., Anh. II Rdnr. 168; Sonnenschein, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, 1976, S. 357 f; a.A. Zöllner a.a.O., S. 250; ders. in Baumbach/Hueck a.a.O., Schlußanh. I (KonzernR) Rdnr. 17 mit der Begründung, der Beschluß über die Unterwerfung unter Konzernrechtsmacht sei zugleich ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten). Die Entscheidung dieser Frage kann auf sich beruhen. Eine Anwendung des § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG kommt im vorliegenden Falle schon deswegen nicht in Betracht, weil der Schutzbereich dieser Norm Geschäfte des Alleingesellschafters mit sich selbst nicht erfaßt. Denn die Vorschrift bezweckt nur den Schutz des Gesellschaftsvermögens gegenüber einzelnen Gesellschaftern zugunsten der Gesamtheit der Gesellschafter, nicht aber zugunsten der Gesellschaftsgläubiger. Bei der sogenannten Einmanngesellschaft besteht ein solcher Interessengegensatz

zwischen Einzelgesellschafter und Gesellschaftergesamtheit nicht (Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O., § 47 Rdnr. 9; Scholz/K. Schmidt a.a.O., § 47 Rdnr. 94, 95; Rowedder/Koppensteiner a.a.O., § 47 Rdnr. 48; Mertens in Hachenburg a.a.O., § 13 Anh. I Rdnr. 33; U.H. Schneider, ZHR 150 (1986), 609, 612).

b) Entgegen der von dem vorlegenden Gericht vertretenen Ansicht bedarf der Vertrag vom 2. Januar 1973 auch der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Supermarkt GmbH als der herrschenden Gesellschaft. Das entspricht der nahezu einhellig in der Literatur vertretenen Ansicht (vgl. Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O., Anh. § 13 Rdnr. 32; Rowedder/Koppensteiner a.a.O., Anh. § 52 Rdnr. 43; Scholz/U.H. Schneider a.a.O., 6. Aufl., § 35 Rdnr. 45; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, 1987, § 53 Rdnr. 10; Scholz/Emmerich a.a.O., 7. Aufl., Anh. (KonzernR) Rdnr. 236; Zöllner in Baumbach/Hueck a.a.O., § 35 Rdnr. 46 und Schlußanh. I (KonzernR), Rdnr. 38; Priester a.a.O., S. 171 ff; Lutter in Hommelhoff/Semler/Doralt/Roth, Entwicklungen im GmbH-KonzernR, ZGR Sonderheft 6, S. 192, 197 ff; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1242; Schneider, WM 1986, 181, 187; ders. in BB 1986, 201, 204 f; Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, 1986, 126 f). Barz (in Hachenburg a.a.O., Anh. II § 13 Rdnr. 37; zur Abfindungsverpflichtung der herrschenden GmbH in eigenen Anteilen vgl. die Nachweise bei Rowedder/Koppensteiner a.a.O., Anh. § 52 Rdnr. 43 und Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 303 Fn. 29) lehnt ein Zu-

stimmungserfordernis grundsätzlich mit der Begründung ab, die Regelung des § 293 Abs. 2 AktG beruhe lediglich auf der für die GmbH in der Regel nicht in Betracht kommenden Sicherung der außenstehenden Aktionäre, insbesondere durch Gewährung von Aktien der herrschenden Gesellschaft. Wie sich aus der Begründung zum Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes (BR-Drucks. 100/60 a, 3. Wahlperiode, S. 219) ergibt, ist dieser Gesichtspunkt jedoch nur als einer von mehreren (Sicherung außenstehender Aktionäre, §§ 304/305 AktG; Verlustübernahme, § 302 AktG; Sicherheitsleistung, § 303 AktG) für die Normierung des Zustimmungserfordernisses der Hauptversammlung der herrschenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien von Bedeutung.

Umstritten ist, ob der Zustimmungsbeschluß ebenso wie im Aktienrecht Erfordernis der Wirksamkeit des Unternehmensvertrages ist oder ob er nur Innenwirkung hat (Außenwirkung bejahen Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O., Anh. § 13 Rdnr. 32; Rowedder/Koppensteiner a.a.O., Anh. § 52 Rdnr. 43; Scholz/U.H. Schneider a.a.O., 6. Aufl., § 35 Rdnr. 45; Zöllner in Baumbach/Hueck a.a.O., § 35 Rdnr. 46 und Schlußanhang I (KonzernR), Rdnr. 38; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1242; U.H. Schneider, WM 1986, 181, 187; auch Lutter in Hommelhoff/Semler/Doralt/Roth, Entwicklungen im GmbH-KonzernR, ZGR Sonderheft 6, S. 192, 199; lediglich Innenwirkung wird angenommen von Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG 1987, § 53 Rdnr. 10; Scholz/Emmerich a.a.O., 7. Aufl., Anh. (KonzernR) Rdnr. 236; Priester a.a.O. S. 171 ff; Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, 1986, 127; auch Barz a.a.O. für den Fall,

daß sich im Einzelfall die Zustimmung aufgrund Satzungsbestimmung oder der ungewöhnlich weitreichenden Folgen des Vertrages als erforderlich erweist). Soweit dem Zustimmungsbeschluß lediglich Innenwirkung beigemessen wird, wird zur Begründung u.a. darauf verwiesen, daß die Vertretungsmacht der Geschäftsführer im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs unbeschränkt und unbeschränkbar sei (§ 37 Abs. 2 GmbHG). Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen sei für die Gesellschafter der herrschenden GmbH nicht in gleichem Maße rechtsbeeinträchtigend wie für die Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft. Der Abschluß des Unternehmensvertrages gehöre daher nicht zur Grundlagenkompetenz der Gesellschafter, der Geschäftsführer könne die herrschende Gesellschaft vielmehr ohne Vorliegen eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses wirksam vertreten. Diese Ansicht ist mit der Wertung, die das Gesetz in § 293 Abs. 2 AktG zum Ausdruck bringt, nicht vereinbar. Mit dieser Regelung wird dem Interesse der Gesellschafter der herrschenden Gesellschaft, nicht ohne ihre Zustimmung mit den unternehmerischen Risiken einer Gesellschaft belastet zu werden, auf deren Geschäftsführung sie keinen unmittelbaren Einfluß haben, der Vorzug vor dem Interesse des Rechtsverkehrs gegeben, auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder vertrauen zu können. Diese Wertung trifft nicht nur auf die konzernbeherrschende Aktiengesellschaft, sondern auch auf die GmbH als Konzernspitze zu. Sachliche Gründe, welche die Gesellschafter einer GmbH als der herrschenden Gesellschaft weniger schutzbedürftig erscheinen lassen als die Aktionäre in vergleichbarer Position, bestehen nicht. Zwar beruht die Zustimmungspflicht

gemäß § 293 Abs. 2 AktG auch darauf, daß außenstehende Aktionäre einen Anspruch auf Abfindung in Aktien des anderen Vertragsteils haben (§ 305 Abs. 2 AktG; vgl. Begründung zum Entwurf eines Aktiengesetzes, BR-Drucks. 100/60 a, 3. Wahlperiode, S. 219). Eine solche Abfindungsverpflichtung besteht jedoch für eine Aktiengesellschaft als herrschende Gesellschaft dann nicht, wenn es in der beherrschten Gesellschaft keine außenstehenden Gesellschafter gibt. Gleichwohl müssen auch in einem solchen Falle die Aktionäre der herrschenden Aktiengesellschaft dem Unternehmensvertrag nach § 293 Abs. 2 AktG zustimmen. Obwohl, wie allgemein anerkannt ist, eine GmbH als herrschende Gesellschaft nicht verpflichtet ist, außenstehende Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft durch Gewährung von Gesellschaftsanteilen abzufinden, soweit ihr Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes vorschreibt, schließt die nach dem Aktienrecht bestehende Pflicht, außenstehende Gesellschafter in Aktien abzufinden, die Anwendung des in § 293 Abs. 2 AktG normierten Rechtsgedankens im GmbH-Konzernrecht daher nicht aus. Das Zustimmungserfordernis im Sinne des § 293 Abs. 2 AktG beruht unabhängig von der Verpflichtung zur Abfindung in Aktien auf Umständen, denen eine bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vergleichbare Interessenlage zugrundeliegt. Mit dem Abschluß des Unternehmensvertrages ist unlösbar die Verpflichtung verbunden, bei der beherrschten Gesellschaft eintretende Verluste auszugleichen. Da der Unternehmensvertrag in der Regel, wie auch die vorliegende Vertragsgestaltung zeigt, über einen längeren Zeitraum abgeschlossen wird, stellt sich die Verlustübernahmepflicht (vgl. § 302 AktG) als eine vertragliche Dauer-

verpflichtung dar, die den jährlichen Gesellschaftergewinn schmälern, bei hohen Verlusten gefährden oder bei anhaltend schlechter Ertragslage und hohen Verlusten der beherrschten Gesellschaft auch zur Existenzfrage bei der herrschenden Gesellschaft werden kann. Zwar sind zumindest ebenso verlustreiche und gefährliche Geschäfte denkbar, die auf rein schuldrechtlichen, von der Vertretungsmacht des Vorstandes gedeckten Verträgen beruhen und von der Gesellschaft hingenommen werden müssen. Diese Risiken haben die Aktionäre jedoch dadurch in Kauf genommen, daß sie ihr Investment dem die Geschicke der Gesellschaft unmittelbar leitenden Vorstand übertragen haben. Im Rahmen eines Unternehmensvertrages besteht zwar eine Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführung des beherrschten Unternehmens, diese erfüllt jedoch nicht die Voraussetzungen der unmittelbaren Leitung des beherrschten Unternehmens durch den Vorstand der herrschenden Gesellschaft. Das Gesetz macht den Eintritt dieses durch Änderung der Organisationsstruktur erhöhten Geschäftsrisikos von der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Aktionäre abhängig (vgl. Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, a.a.O. S. 299 ff; auch Timm, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980, S. 56). Demnach bedarf auch im GmbH-Konzernrecht ein Unternehmensvertrag zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der herrschenden Gesellschaft. Entsprechend § 293 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 AktG muß dieser Beschluß mit einer qualifizierten Mehrheit gefaßt werden, die mindestens $\frac{3}{4}$ der bei der Beschlußfassung abgegebenen Stimmen umfassen muß (zum Stimmrecht bei der GmbH vgl. u.a. § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2, § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG). Der Beschluß bedarf keiner notariellen Beurkundung.

2. Ergeben die weiteren Ermittlungen des Registergerichts, daß dem Vertrag vom 2. Januar 1973 auch die Gesellschafterversammlung der S. [REDACTED] GmbH mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit zugestimmt hat, sind Abschluß und Art des Unternehmensvertrages, der Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung des beherrschten Unternehmens, das Vertragsabschluß- und Beschlußdatum sowie der Name des anderen Vertragspartners in das Handelsregister einzutragen.

a) Das Bestehen dieses Vertrages geht, wie das vorliegende Gericht zutreffend ausführt, nicht schon aus der vom Registergericht veranlaßten Eintragung hervor. Zwar wird der Eintragungsvermerk, die Gesellschafterversammlung vom 19. September 1986 habe die Änderung des § 7 des Gesellschaftsvertrages beschlossen, mit dem Klammerzusatz "Gewinnverwendung, Gewinnverteilung, Organschaftsvertrag mit Ergebnisabführung" erläutert. Daraus kann aber nicht entnommen werden, ob der Hinweis auf das Bestehen eines Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung durch Änderung des Gesellschaftsvertrages in diesen aufgenommen oder aus ihm entfernt worden ist oder ob die Änderung des Gesellschaftsvertrages die Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Antragstellerin zu einem solchen Vertrag beinhaltet. Das kann derjenige, der in das Handelsregister Einsicht nimmt, erst dadurch feststellen, daß er dem unter der Rubrik "Bemerkungen" angebrachten Hinweis nachgeht und den Beschluß der Gesellschafterversammlung und den neu gefaßten Gesellschaftsvertrag einsieht.

b) Durch Beschluß der Alleingesellschafterin der Antragstellerin vom 19. September 1986 ist § 7 des Gesellschaftsvertrages durch den Hinweis auf das Bestehen des mit der Supermarkt GmbH abgeschlossenen Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung ergänzt worden. Aus der Tatsache der Änderung des Gesellschaftsvertrages kann jedoch nur die Verpflichtung zur - bezugnehmenden - Eintragung der Änderung (§ 54 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) unter Angabe ihres Datums (§ 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) sowie zu einer allgemeinen Bezeichnung des Gegenstandes der Änderung (Nr. 43 Ziff. 6 lit. f HRV) hergeleitet werden. Die von dem Registergericht angeordnete Eintragung entspricht diesen Voraussetzungen. Weder der Unternehmensvertrag noch der Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung sind damit zum Gegenstand der Eintragung geworden. Auf den Unternehmensvertrag wird nicht Bezug genommen. Auf den Beschluß der Gesellschafterversammlung wird zwar hingewiesen, jedoch nur, soweit er die Änderung der Satzung beinhaltet.

c) Inhalt und Wirkungen des Unternehmensvertrages gebieten eine entsprechende Anwendung der bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrages einzuhaltenden Formvorschriften (§§ 53, 54 GmbHG). Der durch einen Unternehmensvertrag bewirkte Eingriff in den Gesellschaftszweck, die Zuständigkeitskompetenz der Gesellschafter und ihr Gewinnbezugsrecht ändert satzungsgleich die rechtliche Grundstruktur der sich der Beherrschung unterstellenden GmbH. Diesem Vorgang, dem auch rechtsüberlagernder (Würdinger in Großkomm. z. AktG a.a.O. Anm. 11; ders. in DB 1958, 1447, 1451; Timm, BB 1981, 1491, 1492; ders. GmbHR 1987, 8, 10) und einen Gesell-

schaftsvertrag materiell ändernder Charakter (Timm a.a.O.; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1241 m.w.N. in Fn. 13) beigemessen wird, hat nicht nur einer Satzungsänderung vergleichbare Wirkung, sondern auch entsprechende Bedeutung. Die Änderung des Gesellschaftsvertrages unterliegt aus Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründen (Ulmer in Hachenburg a.a.O. § 53 Rdnr. 43; Zöllner in Baumbach/Hueck a.a.O. § 53 Rdnr. 38), aber auch zum Zwecke der materiellen Richtigkeitsgewähr (Scholz/Priester a.a.O., 7. Aufl., § 53 Rdnr. 70) sowie zur Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion (BGH, Beschl. v. 16. Februar 1981 - II ZB 8/80, WM 1981, 375, 376) der Beurkundungspflicht (§ 53 Abs. 2 GmbHG) und bedarf in Übereinstimmung mit den für den Gründungsvorgang geltenden Vorschriften über Handelsregisterkontrolle und -publizität (vgl. Ulmer in Hachenburg a.a.O. § 54 Rdnr. 1; Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O. § 54 Rdnr. 1) zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Dieser den §§ 53 und 54 GmbHG zugrundeliegende Rechtsgedanke trifft in gleicher Weise auf den Unternehmensvertrag zu.

In der Literatur wird zwar die Ansicht vertreten, diese Formvorschriften seien im Hinblick auf den materiell satzungsändernden Charakter des Unternehmensvertrages unmittelbar anzuwenden (Zöllner in Baumbach/Hueck a.a.O. § 53 Rdnr. 10; Priester a.a.O. S. 167 f; wohl auch Scholz/Priester a.a.O., 7. Aufl., § 53 Rdnrn. 161 -163). Dagegen bestehen jedoch Bedenken, weil eine Änderung des Gesellschaftsvertrages im Sinne dieser Formvorschriften formell auch eine Änderung seines Wortlautes voraussetzt, wie sich

aus § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ergibt. Unternehmensverträge werden aber nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, weil dieser nach seinem gesetzlichen Erscheinungsbild (§§ 2 und 3 GmbHG) nicht darauf angelegt ist, zeitabhängige und potentiell auch mit Nichtgesellschaftern abschließbare Verträge, die teilweise schuldrechtliche Regelungen enthalten, in ihren Einzelheiten aufzunehmen (Timm, BB 1981, S. 1491, 1495 f; Rix a.a.O. S. 35).

Einer entsprechenden Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG ist entgegeng gehalten worden, diese werde durch die abschließend in § 17 KStG (früher: § 7 a Abs. 5 KStG 1969) getroffene Regelung ausgeschlossen, die weder eine notarielle Beurkundung noch eine Eintragung in das Handelsregister als Voraussetzung der Wirksamkeit des Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung vorschreibt (OLG Düsseldorf, NJW 1982, 284 = WM 1981, 1315; OLG Celle WM 1988, 47; Esch, BB 1986, 272, 276). Dem kann nicht gefolgt werden. Auch wenn diese steuerrechtliche Vorschrift die zivilrechtliche Wirksamkeit des von einer GmbH als Organgesellschaft abgeschlossenen Organschaftsvertrages mit Ergebnisabführung voraussetzt (vgl. L. Schmidt, GmbHR 1971, 9, 10 sowie Rix a.a.O., S. 40 jeweils m.w.N.), kann das allenfalls heißen, daß der Gesetzgeber von dem Rechtszustand ausgegangen ist, wie er sich bei der steuerrechtlichen Regelung des Sachverhaltes dargestellt hat. Trotz einheitlicher Gesetzgebungskompetenz ist davon auszugehen, daß mit Rücksicht auf den zweckbedingten Unterschied zwischen Steuer- und Gesellschaftsrecht eine auf dem Gebiet des Steuerrechts getroffene gesetzliche Regelung auch nur dort mit abschließender Wirkung vorgenommen wird und für

das Gesellschaftsrecht nicht vorgreiflich ist (vgl. BGH, Urt. v. 3. Februar 1955, II ZR 183/53, WM 1955, 413, 415; Jurkat, Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht, 1975, Rdnr. 507 a; Timm, BB 1981, 1491, 1492; Hönle, DB 1979, 485, 489; Rix a.a.O. S. 40; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1241). Das kommt letztlich auch in den von dem vorlegenden Gericht zitierten Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 17. Februar 1987 (IV B 7 - S 2770 - 3/87, DB 1987, 558 f) und 1. Oktober 1987 (IV B 7 - S 2770 - 15/87, BB 1987, 2007) zum Ausdruck (vgl. auch Heckschen, DB 1988, 1685, 1686).

Weiter ist gegen einen Analogieschluß eingewandt worden, eine gesetzliche Regelungslücke liege nicht vor, weil der Gesetzgeber nicht versehentlich, sondern bewußt davon abgesehen habe, den das Konzernrecht der GmbH regelnden Regierungsentwurf vom 31. Januar 1972 (BT-Drucks. VI/3088) als Gesetz zu verabschieden (OLG Düsseldorf NJW 1987, 3208, 3209; OLG Celle WM 1988, 47, 48; Esch, BB 1986, 272, 274; auch Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, 1987, § 53 Rdnr. 10). Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Zwar ist dieser Ansicht zuzugestehen, daß es für die Beurteilung der Frage, ob eine Gesetzeslücke vorliegt oder nicht, im Ausgangspunkt von Bedeutung sein kann, ob der Gesetzgeber eine Regelung versehentlich unterlassen oder diese bewußt nicht vorgenommen hat. Liegt ein Versehen vor, spricht das für das Bestehen einer Gesetzeslücke. Ist eine bestimmte Regelung bewußt nicht in das Gesetz aufgenommen worden, so kann darin der im Gesetz zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Wille liegen, die getroffene Regelung als

abschließend zu betrachten und abweichende Möglichkeiten auszuschließen. Ein solcher Fall liegt der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 23. Juli 1987 (BayObLGZ 1987, 267, 274) zugrunde. Dafür, daß der genannte Gesetzentwurf nicht verabschiedet worden ist, waren jedoch andere Gründe maßgebend. Nachdem in der Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins - BT - Drucksache 7/253 - kritisiert worden war, daß der Regierungsentwurf die Aufgabe der Sachverständigenkommission festzustellen, ob das Konzernrecht für die Unternehmen aller Rechtsformen in einem Gesetz zusammenzufassen oder in den gesellschaftsrechtlichen Einzelgesetzen zu regeln sei, vorwegnehme, es aber vor allem, anders als im Aktienrecht, an den für eine Kodifikation des GmbH-Konzernrechts notwendigen rechtstatsächlichen Feststellungen fehle (vgl. Bericht S. 2), und der Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung beschlossen hatte, die Beratungen über die Vorlage erst nach Abschluß der Beratungen über das Mitbestimmungsgesetz wieder aufzunehmen (vgl. Protokoll Nr. 96 - 752 - 2401/7. Wahlperiode), leitete die Bundesregierung dem Bundesrat einen Änderungsentwurf zu, mit dem zumindest die dringlichsten Änderungen des reformbedürftigen GmbH-Gesetzes alsbald verwirklicht werden sollten (BR-Drucksache 404/77, 8. Wahlperiode, S. 27). Aus diesem Verhalten des Gesetzgebers läßt sich eine abschließende Regelung, die Analogieschlüsse verbietet, nicht herleiten. Es obliegt somit Rechtsprechung und Rechtslehre, Grundsätze des GmbH-Konzernrechts zu entwickeln (vgl. Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240).

Einer entsprechenden Anwendung des § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist mit dem Einwand begegnet worden, eine öffentlich-rechtliche Pflicht lasse sich im Wege der Analogie nicht begründen (OLG Düsseldorf NJW 1982, 284; Gutbrod, BB 1980, 288, 289; Barz in Hachenburg a.a.O., § 13 Anh. II Rdnr. 38). Dem wird jedoch zu Recht entgegengehalten, daß die Eintragung einer Satzungsänderung ebenso wie die eines Unternehmensvertrages keine deklaratorische, sondern konstitutive Wirkung hat. Es besteht hier keine mit der Festsetzung von Zwangsgeld erzwingbare öffentlich-rechtliche Anmeldepflicht (vgl. § 79 Abs. 2, § 54 Abs. 1 GmbHG, § 14 HGB), sondern ein für den Eintritt der Wirksamkeit der angemeldeten Handlung bestehendes Anmeldungserfordernis (vgl. Zöllner in Baumbach/Hueck a.a.O., § 54 Rdnr. 1; Ulmer in Hachenburg a.a.O., § 54 Rdnr. 11; Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O., § 54 Rdnr. 4; Scholz/Tiedemann, § 79 Rdnr. 7).

Die Anwendung des aus den §§ 53 und 54 GmbHG entnommenen Rechtsgedankens muß der Eigenart des Vertrages angepaßt werden. Der materiell wirksame Unternehmensvertrag setzt sich auf Seiten der beherrschten GmbH aus dem durch deren Geschäftsführer mit dem anderen Vertragsteil geschlossenen Vertrag und dem Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung zusammen. Beide sind für das Zustandekommen des Vertrages unabdingbare Bestandteile. Da mit dem Vertrag in einer die Grundstruktur ändernden Weise in den rechtlichen Status der Gesellschaft eingegriffen wird, kommt dem Zustimmungsbeschluß der Gesellschafter die eigentliche und tragende Bedeutung zu. Zu Recht wird daher für den Unterneh-

mensvertrag lediglich die Schriftform, hingegen für den Zustimmungsbeschluß die notarielle Beurkundung entsprechend § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verlangt (Ulmer in Hachenburg a.a.O., § 53 Rdnr. 131; Goerdeler/Müller in Hachenburg a.a.O., § 29 Rdnr. 62; Zöllner in Baumbach/Hueck a.a.O., § 53 Rdnr. 22; Schlußanh. I (KonzernR), Rdnr. 16 a; Scholz/Priester a.a.O., 7. Aufl., § 53 Rdnr. 161 - 163 Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O., Anh. § 13 Rdnr. 26; Rowedder/Koppensteiner a.a.O., Anh. § 52 Rdnr. 42; Priester a.a.O., S. 169; U.H. Schneider, WM 1986, 181, 185/186; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1241; Fleck, ZHR 149 (1985), 387, 396; K. Schmidt, ZGR 1984, 295, 308; Hönle, DB 1979, 485, 488; Timm, Die AG 1982, 93, 100 Fn. 59 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner gegenteiligen Ansicht in BB 1981, 1491, 1493; ders. in GmbHR 1987, 8, 10; OLG Hamburg ZIP 1987, 977, 984; a.A. Barz in Hachenburg a.a.O., § 52 Rdnr. 31; Esch, BB 1986, 272, 275; Kort a.a.O., S. 130; Gutbrod, BB 1980, 28, 289).

Entsprechend § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG sind Zustimmungsbeschuß und Unternehmensvertrag (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag) zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. In der Literatur wird zwar nur die Anmeldung des Zustimmungsbeschlusses zur Eintragung in das Handelsregister gefordert (Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O., Anh. § 13 Rdnr. 26; Ulmer in Hachenburg a.a.O., § 53 Rdnr. 131; Scholz/Priester a.a.O., 7. Aufl., § 53 Rdnr. 163; Rowedder/Zimmermann a.a.O., § 53 Rdnr. 29; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1241; Schneider, WM 1986, 181, 186; Priester a.a.O., S. 151, 169; Timm, Die AG 1982, 93, 100 Fn. 59;

Kleindiek, ZIP 1988, 6 B, 677). Für diese Ansicht spricht, daß der Zustimmungsbeschluß für die Wirksamkeit des Unternehmensvertrages entscheidend ist. Dagegen besteht aber das Bedenken, daß die alleinige Anmeldung des Zustimmungsbeschlusses zur Eintragung in das Handelsregister - und demgemäß auch eine entsprechende Eintragung - inhaltsleer und nichtssagend ist. Da beide Rechtsgeschäfte wesentliche Teile des Vertragswerkes sind, sind sie auch beide zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Antragstellerin hat allerdings nur den Antrag gestellt einzutragen, daß zwischen ihr und der D■■■■■■ S■■■■■■ Handelsgesellschaft mbH mit dem Sitz in München ein Organschaftsvertrag mit Ergebnisabführung besteht. Das Registergericht wird zu erwägen haben, ob es den Antrag entsprechend den obigen Ausführungen auszulegen vermag oder ob es auf eine Ergänzung des Antrages hinwirken muß.

Gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 GmbHG sind der Anmeldung der Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung der Antragstellerin und der Unternehmensvertrag beizufügen (Ulmer in Hachenburg a.a.O., § 53 Rdrn. 131; Rowedder/Zimmermann a.a.O., § 53 Rdnr. 29; Fischer/Lutter/Hommelhoff a.a.O., Anh. § 13 Rdnr. 26; Scholz/Priester a.a.O., 7. Aufl., § 53 Rdnr. 163; Priester a.a.O., S. 169; Timm, Die AG 1982, S. 100 Fn. 59; Schneider, WM 1986, 181, 186; Kleindiek, ZIP 1988, 617). Das ist bereits geschehen. Entsprechend § 294 Abs. 1 Satz 2 AktG ist dem Registergericht auch der Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung der D■■■■■■ S■■■■■■ GmbH vorzulegen.

In entsprechender Anwendung des § 54 Abs. 2 Satz 1 sowie des § 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wäre es bei Anwendung der für eine Satzungsänderung geltenden Eintragungsgrundsätze nur geboten, die materiell eingetretene Änderung des Gesellschaftsvertrages durch den Zustimmungsbeschluß vom 19. September 1986 unter Angabe dieses Datums zu vermerken und im Hinblick auf den weitergehenden Inhalt auf den Beschluß und den Organschaftsvertrag mit Ergebnisabführung Bezug zu nehmen. Eine derart allgemeingefasste und bezüglich des weitergehenden Vertrags- und Beschlußinhalts nur Bezug nehmende Eintragung würde jedoch weder der Bedeutung des Unternehmensvertrages für die beherrschte Gesellschaft noch dem Bedürfnis der Öffentlichkeit, gegenwärtiger und künftiger Gläubiger sowie - wenn auch wegen der geringen Verkehrsfähigkeit von GmbH-Anteilen in weniger bedeutsamem Umfang - der Anteilsinhaber und potentieller Anteilserwerber an sachgerechter, sicherer und rascher Unterrichtung über die Rechtsverhältnisse der GmbH gerecht. Vielmehr ist die in entsprechender Anwendung des § 54 Abs. 1 und 2 GmbHG vorzunehmende Eintragung in der Eintragungsart dem mit dem Handelsregister verfolgten Zweck, an dem die Bedeutung, die der Unternehmensvertrag für den Rechtsverkehr hat, zu messen ist, anzupassen (Schneider, WM 1986, 181, 186; zur Eintragungsfähigkeit nicht vom Gesetz zur Eintragung bestimmter Tatsachen vgl. RG DR 1944, 195, 196; KG DR 1943, 982; BayObLGZ 1987, 182, 186; 1987, 449, 452; vgl. auch BGHZ 87, 59, 61 f; Keidel/Schmartz/Stöber, RegisterR, 3. Aufl. 1976, Rdnr. 27 Fn. 84; Rix a.a.O., S. 29, 38 f; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 27. Aufl. 1987, § 8 Anm. 3; vgl. auch Timm, BB 1981, 1491, 1496 sowie Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240,

1242). Die dem Handelsregister zukommende Publizitätsfunktion soll der Öffentlichkeit wie Arbeitnehmern, künftigen oder gegenwärtigen Gläubigern, den Gesellschaftern und den potentiellen Anteilserwerbern die Möglichkeit gewährleisten, sich über die Rechtsverhältnisse von Kaufleuten und Gesellschaften zu unterrichten. Das gilt im Hinblick auf die Kapitalgesellschaften gleichermaßen für die Gründung (vgl. für die GmbH §§ 7, 8, 9 c, 10 und 11 GmbHG), die übertragende und formwechselnde Umwandlung (vgl. für die GmbH § 47 Abs. 2, § 49 Abs. 2, § 56 b Abs. 2, § 56 f Abs. 1 und § 58 Abs. 3 UmwG), die Verschmelzung durch Neubildung (vgl. für die GmbH § 32 Abs. 3 KapErhG) und die Kapitalerhöhung (§ 54 GmbHG). Das Aktienrecht, in dem der Unternehmensvertrag geregelt ist (§§ 291 ff AktG), mißt dem Abschluß eines solchen Vertrages die gleiche Bedeutung bei wie den vorstehend dargelegten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen. Es ordnet die ausdrückliche und nicht nur Bezug nehmende Eintragung des Bestehens und der Art des Unternehmensvertrages (Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages) sowie des Namens des anderen Vertragsteils an (§ 294 Abs. 1 AktG), um eine sichere und schnelle Unterrichtung der Gläubiger und der Öffentlichkeit sowie namentlich künftiger Aktionäre sicherzustellen (vgl. Entwurf eines Aktiengesetzes mit Begründung, 3. Wahlperiode, BR-Drucks. 100/60 a, S. 219/220; Biedenkopf/Koppensteiner a.a.O., § 294 Rdnr. 1; Rix a.a.O., S. 38). Die Notwendigkeit einer solchen Eintragung zur Unterrichtung der Öffentlichkeit in dem bereits dargelegten Sinne besteht auch für den Abschluß eines Unternehmensvertrages zwischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die Unterwerfung unter fremde Leitungsmacht, die Verpflichtung

zur Gewinnabführung und die Orientierung des Gesellschaftsverhaltens der beherrschten Gesellschaft am Konzerninteresse bringen nicht nur rechtlich einen tiefgreifenden Einschnitt in den Status des abhängigen Unternehmens mit sich, sondern führen auch personell und wirtschaftlich zu erheblichen Veränderungen. So ist die Qualität der Führungsorgane des herrschenden Unternehmens von erheblichem Interesse; der Haftungsbereich wird ausgedehnt, Auswirkungen auf Finanzierungsabläufe und Vertragsgestaltungen insbesondere im arbeitsrechtlichen Bereich sind unausweichlich (vgl. Schneider, WM 1986, 181 f; ders. in ZGR 1984, 497 ff). Die Abschätzung dieser Auswirkungen und ihrer Risiken ist für gegenwärtige und künftige Kreditgeber, Arbeitnehmer - bei größeren der Mitbestimmung unterliegenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch für Arbeitnehmervertreter - sowie potentielle Anteilserwerber von grundlegender Bedeutung (vgl. Timm a.a.O., BB 1981, 1491, 1496; Rix a.a.O., S. 38). Im vorliegenden Fall entfällt im Hinblick auf die Struktur der Antragstellerin ein Informationsinteresse des Anteilshabers. Da eine Veräußerung der GmbH-Anteile dieser Gesellschaft im Hinblick auf die Konzernstruktur kaum in Betracht kommt, scheidet auch ein Informationsinteresse potentieller Anteilserwerber praktisch aus. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß die übrigen genannten Verkehrskreise ein solches Informationsinteresse haben. Die Eintragung des zwischen der Antragstellerin und der S [REDACTED] GmbH bestehenden Rechtsverhältnisses in das Handelsregister ist daher geboten.

Der Umfang der Eintragung ist im einzelnen umstritten. So wird befürwortet, daß lediglich der Zustimmungsbeschluß

in das Handelsregister einzutragen sei (Zöllner a.a.O., Schlußanh. I (KonzernR), Rdnr. 16 a; Ulmer in Hachenburg a.a.O., § 53 Rdnr. 131; Scholz/Priester a.a.O., § 53 Rdnr. 132; Priester a.a.O., S. 169). Andere befürworten die Eintragung des Bestehens des Vertrages sowie des Zustimmungsbeschlusses (Rowedder/Zimmermann a.a.O., § 53 Rdnr. 29; Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240, 1242). Des weiteren wird auch nur die Eintragung des Bestehens des Unternehmensvertrages gefordert (Timm, GmbHR 1987, 8, 10; Lutter a.a.O., S. 196; Schneider, WM 1986, 181, 186).

Als grundlegende Information der Öffentlichkeit ist diejenige über Bestehen und Art des Unternehmensvertrages (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages) sowie den anderen Vertragsteil von Bedeutung (vgl. für die Aktiengesellschaft Nr. 43 Ziff. 6 lit. g HRV). Da dem Unternehmensvertrag auf Seiten der Antragstellerin materiell satzungsändernde Wirkung zukommt und diese nur durch den Zustimmungsbeschluß ihrer Gesellschafterversammlung eintritt, erscheint es auch geboten, dessen Bestehen in der Eintragung zu vermerken. Ähnlich wie bei der Eintragung des Gründungsvorganges oder der Kapitalerhöhung erscheint es ferner erforderlich, das Abschlußdatum des Unternehmensvertrages und das Datum des Zustimmungsbeschlusses als Individualisierungsmerkmale (zum Begriff vgl. Ulmer in Hachenburg a.a.O., § 10 Rdnr. 27; Schilling in Hachenburg, GmbHG, 6. Aufl. 1956, § 10 Anm. 6) in entsprechender Anwendung des § 10 Abs. 1

Satz 1 GmbHG einzutragen. Wegen des weitergehenden Vertrags- und Beschlußinhaltes kann auf den Unternehmensvertrag und die Zustimmungsbeschlüsse, die zu den Handelsregisterakten eingereicht werden, Bezug genommen werden.

Dr. Kellermann

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Bauer
ist wegen Urlaub
verhindert zu unterschreiben.

Brandes

Dr. Kellermann

Dr. Henze

Stodolkowitz