

Weisungen entgegen nehmen und dann *in persona* seine Stimmen entsprechend den Weisungen abgeben. Eine solche Variante der elektronischen „Stimmabgabe“ ist - unter Beachtung des § 135 AktG - wohl auch in Deutschland zulässig, wengleich unter Beachtung des § 135 AktG¹³, zumindest durch Nicht-Kreditinstitute. Hier könnte ein interessanter Markt für Stimmrechts-Brokerage entstehen.

4. Fazit

Bei näherer Betrachtung der Rechtslage in den USA zeigt sich, dass die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen gar nicht so groß sind, vorausgesetzt, das NaStraG wird wie vorgesehen umgesetzt. Sowohl in den USA als auch nach der Gesetzesnovelle ist der Einsatz elektronischer Medien auf die Stimmrechtsvollmacht konzentriert. Noch stärker als in Deutschland stehen in den USA Formerfordernisse im Vordergrund, die bisher sehr hinderlich waren. Dies lässt vermuten, dass in den USA der Effekt durch Teilnahmebereitschaft der Aktionäre durch die Zulassung elektronischer Medien erheblich größer sein dürfte. Die verstärkte Nutzung elektronischer Medien bei der Stimmrechtsbevollmächtigung in den

USA ist vor allem auch darauf zurückzuführen, dass E-mail und Internet weit populärer und verbreiteter sind als in Deutschland. Die direkte aktive Teilnahme an der HV schließlich ist in beiden Ländern nicht zulässig, denn auch das *proxy*-System funktioniert nur indirekt.

Deutschland befindet sich damit keineswegs international im Rückstand, was den Einsatz elektronischer Medien in der HV betrifft. Die konkreten Vorschläge von Zuther zur Durchführung von Online-HV sind daher vielleicht schon in relativ kurzer Zeit keine Zukunftsmusik mehr¹⁴.

Börsengang und Führungskontinuität durch die kapitalistische KGaA

Zugleich ein Beitrag zur Frage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten in der KGaA und der Anwendbarkeit der Grundsätze über die Publikums-KG

Von RA Dr. Henning Jaques, Köln*

Der BGH hat mit Beschluss vom 24. 2. 1997 die kapitalistische KGaA für zulässig erklärt. Damit hat die Rspr. insbes. mittelständischen Unternehmen eine interessante Möglichkeit eröffnet, Eigenkapital im Wege eines Börsengangs zu generieren, ohne dabei die schwerfällige Gesellschaftsform der AG wählen zu müssen. Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob in der

kapitalistischen KGaA die Führungskontinuität gewahrt werden kann und welche Auswirkungen die Treuepflichten auf die Satzungsgestaltung haben. Die vom BGH offen gelassene Fragestellung nach den Treuepflichten wird auch im Lichte der Grundsätze über die Publikums-KG erörtert.

I. Einleitung

In der deutschen Unternehmenslandschaft rangiert bei Unternehmen des Mittelstandes mit Umsatzerlösen zwischen 1 Mio. und 100 Mio. DM neben dem Einzelunternehmen mit 41,2% die GmbH mit 37,7%. Auch die Anerkennung der GmbH & Co. KG durch das RG² und schließlich durch den Gesetzgeber³ haben nicht dazu geführt, dass die im Mittelstand insgesamt mit nur 20,9% vertretenen Personenhandels-gesellschaften der OHG und der KG den „Siegeszug“ der GmbH haben bremsen können. Die mit nur ca. 0,2% vertretene AG ist dagegen aufgrund der in § 23 V AktG vorgesehenen Formstrenge für viele mittelständische Unternehmen zu unflexibel und bedingt durch das formalisierte Versammlungs- und Veröffentlichungsverfahren zu kostspielig. Zwar hat der Gesetzgeber durch die Einführung der „kleinen AG“ im Jahre 1994⁴ formale und materielle Erleichterungen eingeführt, die jedoch überwiegend nur für nicht börsennotierte Gesellschaften gelten⁵. Neben dem Bedürfnis nach Begrenzung bzw. Ausschluss der persönlichen Haftung und der Möglichkeit der Fremddorganschaft haben ebenfalls die Abzugsfähigkeit von Geschäftsführergehältern etc. sowie die einfache Handhabung zur weiten Verbreitung der GmbH beigetragen.

Die zunehmende Globalisierung des Wettbewerbs, die insbes. im Zuge des Zusammenwachsens eines geeinten Europas und der Einführung einer gemeinsamen Währung seit dem

l. 1. 1999 die mittelständischen Unternehmen vor besondere Herausforderungen stellt, verstärkt indessen das Bedürfnis vieler Unternehmen nach Verbesserung ihrer Kapitalausstattung. Bislang finanzierten die meisten deutschen Unternehmen, die mit einer im internationalen Vergleich extrem niedrigen Eigenkapitalquote von durchschnittlich 18 bis 20% ausgestattet sind, ihr Wachstum überwiegend mit Fremdkapital⁶. Die Eigenkapitalausstattung mittelständischer Unternehmen mit einem Umsatz von bis zu 10 Mio. DM lag dabei mit nur ca. 17,5% im Vergleich zu Großunternehmen mit einem Umsatz von mehr als 100 Mio. DM mit 27% noch deutlich niedriger⁷.

Ist aber schon in der GmbH oder den Personenhandels-gesellschaften der Gesellschafterkreis in der Regel zu begrenzt, um genügend Eigenkapital zu generieren, gilt dies um so mehr für die Einzelunternehmen. Neben der Möglichkeit

* Der Autor ist Rechtsanwalt der Sozietät Deringer Tessin Herrmann St Sedemund (ab 1. Januar 2000 Freshfields Deringer) in Köln.

1) Zahlen (auf der Basis 1997/98) nach Martin, AG 1998, 221.

2) RGZ 105, 101.

3) Vgl. z.B. §§ 125 a, 130 a, 162 a HGB.

4) BGBI. I, 1961,

5) Vgl. dazu Koch/Wegmann, Praktiker-Handbuch Borseneinführung, 1996, S.42.

6) Rams/Remmen, Private Equity und Unternehmensfinanzierung - eine empirische Untersuchung, M&A Review 2/1999, S. 74.

7) Martin, AG 1998, 223, m. w. N.

der Risikokapitalfinanzierung, die bei lediglich 1 bis 4% der Anfragen zum Erfolg führt⁸, bleibt einzig der Gang an die Börse, um das Bedürfnis nach (Eigen-)Kapital in hinreichendem Maße Befriedigen zu können. Allerdings ist für den Börsengang die Rechtsform der AG oder der KGaA zwingend vorgeschrieben. Während im Jahr 1994 2934 AG existierten, konnten nur 30 KGaA registriert werden⁹, was vor allem an dem wegen der persönlichen Haftung für Großunternehmen als nicht passend angesehenen „Sozialmodell“ liegen dürfte¹⁰. Sofern allerdings die unternehmerische Führung von dem Gang an die Börse unberührt bleiben soll, eignet sich die AG nur bedingt. Denn der Vorstand wird nach § 84 I 1 AktG vom Aufsichtsrat bestellt und dieser wiederum gemäß § 101 AktG in der Regel von der Hauptversammlung gewählt. Bestehen keine Entsenderechte nach § 101 II AktG, die ohnehin auf höchstens ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder begrenzt sind, geht der Einfluss auf die Geschäftsführung mit dem Verlust der Mehrheit der Aktien verloren¹¹. Diese Rahmenbedingungen machen die Gründung einer AG oder die Umwandlung des bestehenden Unternehmens in eine solche - insbes. für Familienunternehmen - uninteressant.

Den wesentlichen Nachteil der KGaA, nämlich die zwingende persönliche Haftung des Komplementärs¹², hat der BGH in seinem Beschluss vom 24. 2. 1997¹¹ beseitigt, indem er die kapitalistische KGaA, bei der keine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist, für grundsätzlich zulässig erklärte¹⁴. Dem ist der Gesetzgeber, wie die Regelung in § 279 II AktG¹⁵ zeigt, gefolgt und ermöglichte dadurch eine weitere Öffnung des Aktienrechts, wie sie schon durch das Gesetz für die kleine AG und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2. 8. 1994¹⁶ angestrebt worden war¹⁷. Nicht nur angesichts des wachsenden Wettbewerbsdrucks, sondern auch mit Blick auf die in den nächsten 10 Jahren schätzungsweise anstehenden 300 000 Unternehmensnachfolgen sind flexible Unternehmensformen von Bedeutung, die einerseits eine stabile Geschäftsführung nicht gefährden und andererseits den Weg zu den Kapitalmärkten eröffnen. Hierfür kann insbes. die kapitalistische KGaA ein geeignetes Instrument sein¹⁸, sofern nicht die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht oder die Grundsätze über die Publikumskommanditgesellschaft die damit verfolgten Zwecke konterkarieren. Auch könnte die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 4 und 5 MitbestG unter Umständen dazu führen, dass die (Personal-)Mitbestimmung sich zwar nicht auf der Ebene der KGaA, jedoch auf Ebene der Komplementär-GmbH vollzieht und somit die freie Bestimmung der Geschäftsführung in der Komplementär-Gesellschaft durch die Anteilseigner beeinträchtigt.

Dieser Beitrag befasst sich zum Einen mit den mitbestimmungsrechtlichen Konsequenzen der Errichtung einer kapitalistischen KGaA (dazu II.). Zum Anderen wird die vom BGH offengelassene Frage nach den Auswirkungen etwaiger Treuepflichten auf die Satzungsgestaltung in der kapitalistischen KGaA behandelt, wobei auch die Anwendbarkeit der Grundsätze über die Publikumskommanditgesellschaft diskutiert wird (dazu IV.). Zunächst soll jedoch die gesetzestypische Form einer KGaA, d. h. die KGaA mit einer natürlichen Person als Komplementärin, kurz dargestellt werden (dazu II.).

II. Die typische KGaA

Die primär anwendbaren Regelungen über die KGaA finden sich in den §§ 278 bis 290 AktG. Während die KGaA früher als eine der Kommanditgesellschaft nahestehende Gesellschaftsform angesehen wurde, verstand man sie seit der Einführung des HGB im Jahre 1900 als AG¹⁹. Gleichwohl handelt es sich nach Auffassung der Rspr. um eine eigenständige Gesellschaftsform, die keine bloße Spielart der AG darstellt²⁰. Sie vereint die personenbezogenen Elemente der KG und der anonymen kapitalbezogenen AG²¹. So bestimmt sich

gemäß § 278 II AktG das Verhältnis der Komplementäre untereinander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditaktionäre sowie gegenüber Dritten nach den Vorschriften über die KG. Die sonstigen Rechtsverhältnisse in der KGaA regeln die speziell auf diese anwendbaren §§ 279 bis 290 AktG und - soweit sich nicht aus dem Fehlen eines Vorstandes etwas anderes ergibt - die allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen (vgl. § 278 III AktG). Aufgrund der Verweisung auf das Recht der KG entfällt nach §§ 161 I, 109 und 163 HGB die in § 23 V AktG formulierte Satzungsstrenge des Aktienrechts hinsichtlich der *Organisationsverfassung* der KGaA; für die *Kapitalstruktur* bleibt sie dagegen erhalten²². Es wird noch zu zeigen sein, dass diese scheinbar einfache Differenzierung unterdessen zahlreiche Probleme aufwirft²³. Anders als bei der KG, bei der die Kommanditisten unter bestimmten Voraussetzungen auch der persönlichen Haftung unterliegen können²⁴, ist die persönliche Haftung der Kommanditaktionäre gemäß § 278 I AktG ausgeschlossen; sie haften daher lediglich mit ihrer Kommanditeinlage. Hinsichtlich der drei Organe der KGaA, der persönlich haftenden Gesellschafter, des Aufsichtsrats sowie der Hauptversammlung, erscheinen zudem die folgenden Punkte hervorhebenswert:

1. Geschäftsführung und Vertretung

Zwar gelten - vorbehaltlich andersartiger Regelung in der Satzung - gemäß § 278 II AktG über § 161 II HGB die §§ 114 ff., 125 ff. HGB für die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft. Anders als in der AG, bei der der Vorstand prinzipiell jederzeit abberufen werden kann, haben die persönlich haftenden Gesellschafter nach diesen Vorschriften ein grundsätzlich unentziehbares Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht. Allerdings treffen den persönlich haftenden Gesellschafter nach § 283 AktG die dort enumerativ aufgc-

8) *Rams/Rwten*, Private Equity und Unternehmensfinanzierung - eine empirische Untersuchung, M&A Review 2/1999, S. 77.

9) *Henn*, Handbuch des Aktienrechts, 6. Aufl., § 4 Rdn. 17.

10) *Hüffer*, AktG, 4. Aufl., § 278 Rdn. 2; *Koch/Wegmann* (o. Fußn. 5), S. 74.

11) Die Möglichkeit, Vorzugsaktien ohne Stimmrecht auszugeben, besteht nach § 139 II AktG nur bis zur Höhe von maximal 50%.

12) *Sethe*, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, 1996, S. 211 u. 262; *Koch/Wegmann* (o. Fußn. 5), S. 74.

13) *BGHZ* 134, 392 = *NJW* 1997, 1923.

14) Bereits vorher war allerdings vor dem OLG Hamburg in seiner „Eurokai-Entscheidung“ v. 5. 12. 1968, *GmbHR* 1969, S. 135 eine GmbH & Co. als Komplementärin einer KGaA zugelassen worden. Ebenso hatten schon vor der Entscheidung des BGH verschiedene Registergerichte die Rechtsform der GmbH & Co. KG für zulässig erachtet und daher die Gesellschaften eingetragen; zu den einzelnen Verfahren *Hesselmann*, *BB* 1989, 2344 f., m.w.N., sowie *Niedner/Kusterer*, *DB* 1997, 2010 (dort Fußn. 2).

15) Eingeführt durch das RefG v. 22. 6. 1998, *BGBI* I, 1474. Nach der Neufassung des § 279 II AktG hat die kapitalistische KGaA somit auch Einzug in das „Recht der Normativbestimmungen“ gefunden, so dass die Bedenken von *K. Schmidt*, *ZHR* 160 (1996), 2365, 270 ff. hinsichtlich eines Verstoßes gegen den gesellschaftsrechtlichen Typenzwang obsolet geworden sind.

16) *BGBI*, I, 1961.

17) *Hüffer*, AktG, § 278 Rdn. 9.

18) So sehen einige Autoren durch die zunehmend an die Börse strebenden Familienunternehmen einen wahren Boom der GmbH & Co. KGaA ausgelöst, vgl. *Dirksen/Möhrle*, *ZIP* 198, 1377ff. sowie *Ihrig/Schlitt*, *ZHR-Sonderheft* 67 (1998), S. 33, 37.

19) Vgl. zur Entwicklungsgeschichte *Sethe*, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, 1996, S. 39 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 32 I 2.

20) *BGHZ* 134 392, 398 = *NJW* 1997, 1923.

21) (Dazu *Henn* (o. Fußn. 9), § 4 Rdn. 17; *Nirk/Brezing/Büchle*, Handbuch der Aktiengesellschaft, 3. Aufl., 1 Rdn, 1901; *Priester*, *ZHR* 160 (1996), 250, 254.

22) *BGHZ* 132, 392, 396 = *NJW* 1997, 1923; vgl. auch *Hüffer*, AktG, § 278 Rdn. 18; *Nirk* (o. Fußn. 21), Rdn. 1901.

23) **Dazu IV 2c.**

24) So z.B. im Fall des § 176 HGB vor Eintragung des Kommanditisten ins HR oder im Fall des § 172 IV HGB im Fall der Rückzahlung der Kommanditeinlage.

zählten Pflichten, die nach allgemeiner Ansicht abschließend und zwingend sind²⁵. Seit dem Beschluss des *BGH* vom 24. 2. 1997 kann eine persönliche Haftung des geschäftsführenden Unternehmers über die Zwischenschaltung einer geschäftsführenden GmbH vermieden werden²⁶. Außer der GmbH kommen aber auch andere Gesellschaftsformen, wie z. B. die GmbH & Co. KG, eine AG oder eine Stiftung als persönlich haftende Gesellschafterin in Betracht²⁷. Ferner ist das Wettbewerbsverbot des § 284 AktG für den persönlich haftenden Gesellschafter lediglich branchenbezogen und somit nicht so weit gefasst, wie das für den Vorstand geltende Wettbewerbsverbot des § 88 AktG²⁸.

2. Die Hauptversammlung

Ein bedeutsamer Unterschied zur KG besteht vor allem darin, dass die Komplementäre in der KGaA nicht in gleicher Weise mit den einzelnen Kommanditaktionären gesellschaftlich verbunden sind, sondern diese beiden Gruppen sich vielmehr selbständig gegenüber stehen. Dies zeigt sich insbes. in der Willensäußerung der Kommanditaktionäre durch Hauptversammlungsbeschluss gemäß § 2851 AktG²⁹. Nach dieser Regelung haben die persönlich haftenden Gesellschafter in der Hauptversammlung nämlich nur dann ein Stimmrecht, wenn sie zugleich Inhaber von Kommanditaktien sind³⁰. Somit konstituiert sich die Hauptversammlung allein aus den Kommanditaktionären. Ein Einflussmöglichkeiten der Kommanditaktionäre auf die Geschäftsführung stellen sich grundsätzlich wie folgt dar: Zunächst können sie gemäß § 280 H AktG bei der Feststellung der Satzung und in diesem Rahmen bei der Ernennung der Komplementärin als GF mitwirken. Im Vergleich zur natürlichen Person als Komplementärin, bei der der GF von vornherein in personam feststeht, sind bei der Komplementär-GmbH in aller Regel lediglich die dahinter stehenden Gesellschafter bekannt. Der GF der Komplementär-GmbH könnte somit von deren Gesellschaftern - grundsätzlich ohne Einfluss der Kommanditaktionäre - nach Belieben bestellt und wieder abberufen werden³¹. Dagegen wäre eine Änderung in der Geschäftsführung der KGaA wiederum durch Satzungsänderung zu bewirken, wobei die Hauptversammlung ein Mitspracherecht besäße. Darüber hinaus können die Kommanditaktionäre gemäß § 278 II AktG i. V. mit § 164 S. 1 HGB einer Handlung der Geschäftsführung widersprechen, wenn diese über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgeht. Über den missverständlichen Wortlaut dieser Vorschrift hinaus ist nach allg. Ansicht sogar ein zustimmender Beschluss der Hauptversammlung erforderlich³². Dies betrifft neben Satzungsänderungen alle anderen Grundlagenbeschlüsse, wie die Zustimmung zu Unternehmensverträgen, die Auflösung, die Verschmelzung oder einen Formwechsel³³. Nach § 285 II 1 AktG bedürfen allerdings Beschlüsse der Hauptversammlung wiederum der Zustimmung der Komplementäre für Satzungsänderungen und sonstige Grundlagenbeschlüsse sowie für außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen i. S. der §§ 116 II, 164 HGB. Wie *Sethe* bereits überzeugend dargelegt hat, stellt § 285 II 1 AktG lediglich klar, dass grundlegende Entscheidungen der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen³⁴. Denn die Anwendung des Einstimmigkeitsprinzips für Grundlagenbeschlüsse folgt bereits aus § 278 II AktG i. V. mit §§ 116 II, 164 HGB. Ferner sind die Kommanditaktionäre gemäß §§ 278 II AktG, 161 II, 117, 127 HGB befugt, einem Komplementär die Geschäftsführungs-/Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grund zu entziehen. Als weitere wesentliche Kompetenz der Kommanditaktionäre ist schließlich die befugnis erwähnenswert, über die Feststellung des Jahresabschlusses zu beschließen (vgl. § 286 AktG).

3. Mitbestimmung

Auch die mitbestimmungsrechtlichen Vorzüge der KGaA können von besonderem Interesse sein. So hat der Aufsichts-

rat in einer KGaA, der teilweise lediglich als Organ der Gesamtheit der Kommanditaktionäre³⁵, teilweise als Gesellschaftsorgan³⁶ angesehen wird, gemäß § 31 I 2 MitbestG nicht, wie in der AG, das Recht, die Geschäftsführer zu bestellen. Ebenso wenig ist gemäß § 33 12 MitbestG für die KGaA ein Arbeitsdirektor zu bestellen. Inwieweit die schwächeren Aufsichts- und Kontrollrechte des Aufsichtsrates in der KGaA gegenüber der Geschäftsführung von der persönlichen Haftung des natürlichen Komplementärs aufgewogen werden, mag hier dahinstehen³⁷.

III. Wahrung der Führungskontinuität ohne Einfluss des Aufsichtsrats?

Fraglich ist, ob auch bei der kapitalistischen KGaA dem Aufsichtsrat die Personalhoheit, also das Recht, die Geschäftsführung zu bestellen, versagt ist. Dies könnte insbes. dann der Fall sein, wenn bei der Komplementär-GmbH ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden wäre, der die Geschäftsführung der GmbH zu bestellen hätte. Der *BGH* hat hingegen in seinem Beschluss vom 24. 2. 1997 lediglich die Frage aufgeworfen, ob eine etwaige Umgehung des MitbestG zur Unzulässigkeit der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA führt und dies im Ergebnis verneint. Es sei allein -Sache des Gesetzgebers, das MitbestG den neuen Gegebenheiten anzupassen³⁸. Diese Fragestellung betrifft jedoch lediglich die Zulässigkeit der kapitalistischen KGaA als Gesellschaftsform, nicht dagegen die Rechtsfolgen der Anerkennung einer solchen. Für die mitbestimmungsrechtlichen Folgen der Anerkennung der GmbH & Co. KGaA ist jedenfalls zwischen der KGaA und der Komplementär-Gesellschaft zu differenzieren: Der Aufsichtsrat der KGaA, der kraft Gesetzes zu bestellen ist (vgl. §§ 278 III, 287, 95 ff. AktG), hat nach § 31 12 MitbestG kein Recht zur Bestellung der Geschäftsführung der KGaA. Gleichwohl verbleiben dem Aufsichtsrat einer KGaA mit mehr als 2000 Arbeitnehmern nach § 11 Ziff. 1 MitbestG die übrigen mitbestimmungsrechtlichen Befugnisse erhalten, so dass die Aussage des *BGH*³⁹, es sei „allein Sache des Gesetzgebers, das MitbestG den neuen Gegebenheiten anzupassen, wenn er der Ansicht sein sollte, die KGaA ohne natürliche Person als persönlich haftende Gesellschafterin müsse der Mitbestimmung unterworfen werden“ leicht in die Irre führt.

25) Vgl. *Hüffer*, AktG, 4. Aufl., S 283 Rdn. 1; *Priester*, ZHR 160 (1996), 250, 255; ausführlich zur Frage der persönlichen Haftung als Instrument der Verhaltenssteuerung *Sethe*, ZIP 1996, 2053, 2055 f. jeweils m. w. N.

26) Vgl. dazu unten IV.

27) Vgl. dazu auch *Himmerkes/Lon*, DB 1997, 1388, 1393; *Hüffer*, AktG, 4. Aufl., § 278 Rdn. 9 a; zu Fragen der dann zutreffenden Firmierung vgl. *Dirksen/Möhrle*, ZIP 1998, 1377, 1379f. Vgl. zur steuerlichen Behandlung der kapitalistischen KGaA *Bim/Sorg*, DB 1997, 313, 316 f.; *Fischer*, DStR 1997, 1519. Im folgenden wird der Einfachheit halber von einer GmbH als Komplementärin ausgegangen.

28) *Henn* (o. Fußn. 9), § 4 Rdn. 134.

29) *Nirk/Brezing/Bächle* (o. Fußn. 212), Rdn. 1909.

30) *Hüffer*, AktG, 4. Aufl., § 285 Rdn. 1. Dagegen kann der Komplementär in der Kommanditgesellschaft nicht zugleich Kommanditist sein, vgl. nur *Baumbach/Hopt*, HGB, 29. Aufl., 1995, § 161 Rdn. 4.

31) Zur Frage der Beschränkung dieser Befugnisse nachfolgend IV 2 h.

32) Vgl. nur *Baumbach/Hopt*, HGB, § 164 Rdn. 2.

33) *Hüffer*, AktG, § 285 Rdn. 2.

34) *Sethe* (o. Fußn. 12), S. 122 ff.

35) So *Pothoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, 4. Aufl., S. 8.

36) So *Hüffer*, AktG, § 287 Rdn. 1.

37) Der *BGH* ist jedenfalls in seinem Beschluss vom 24. 2. 1997 (*BCHZ* 134, 392 = *NJW* 1997, 1923) dem von den Befürwortern einer kapitalistischen KGaA herangezogenen Vergleich zur GmbH & Co. KG, bei der das Kontrollinstrument der persönlichen Haftung für die Geschäftsführung ebenfalls nicht gegeben sei (vgl. nur *Priester*, ZHR 160 (1996), 250, 260, m. w. N.), gefolgt.

38) *KGHZ* 134, 392, 400 = *NJW* 1997, 1923,

39) *BGHZ* 134, 392, 400 = *NJW* 1997, 1923.

Anderes kann jedoch für die Mitbestimmung auf der Ebene einer Komplementär-Gesellschaft gelten: Ist diese eine GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern, hat sie ohne Zweifel einen Aufsichtsrat zu bilden (vgl. § 77 I BetrVG 1952). In diesem Fall kommt es daher auch ohne analoge Anwendung weiterer mitbestimmungsrechtlicher Vorschriften zur Verdoppelung der Aufsichtsräte⁴⁰. Gleichwohl stellt sich im (Regel-)Fall, in dem die Komplementär-Gesellschaft selbst nicht die Zahl von 500 Arbeitnehmern erreicht, die Frage der Anwendbarkeit der Zurechnungsnormen der §§ 4 und 5 MitbestG. Nach diesen Vorschriften sind nämlich unter bestimmten Voraussetzungen die Mitarbeiter einer KG oder eines Konzernunternehmens einer geschäftsführenden Gesellschaft zuzurechnen, woraus dann die Verpflichtung zur Bestellung eines Aufsichtsrates resultieren könnte. Sinn und Zweck des § 4 MitbestG ist es, die rechtspolitisch grundsätzlich nicht gewünschte Anwendbarkeit der Mitbestimmung auf Personengesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen auf den Fall der Kapitalgesellschaft & Co. KG auszudehnen⁴¹. Nach ihrem Wortlaut ist diese Vorschrift nicht auf die KGaA anwendbar, so dass allenfalls eine analoge Anwendung in Betracht käme. Wie bereits ausgeführt, ist jedoch bei der KGaA - anders als bei der KG - schon kraft Gesetzes ein Aufsichtsrat zu bilden, der bei Vorliegen der erforderlichen Anzahl der Arbeitnehmer in der KGaA bereits der Mitbestimmung unterliegt - freilich mit Ausnahme der Personalhoheit. Es besteht somit nicht wie bei der KG die Gefahr, dass es zu einer Aushöhlung der typischen Gesellschaftsstruktur durch Verlagerung auf den kapitalistischen Komplementär kommt. Wollte man gleichwohl die analoge Anwendung des § 4 MitbestG auf die GmbH & Co. KGaA befürworten⁴², erübrigte sich die Frage der Zurechnung der Arbeitnehmer ohnehin dann, wenn - wie im Regelfall der Publikumsgesellschaft - die Kommanditaktionäre nicht an der Komplementär-GmbH beteiligt sind oder aber die Mehrheit der Kommanditaktionäre nicht auch die Mehrheit an der Komplementär-GmbH hält; in diesem Fall ist die Anwendbarkeit von § 4 MitbestG bereits tatbestandlich ausgeschlossen. Eine analoge Anwendung des § 4 MitbestG wäre aber mangels Regelungslücke auch dann abzulehnen, wenn § 5 MitbestG auf die GmbH & Co. KGaA anwendbar wäre, was ebenfalls zur Folge hätte, dass die Arbeitnehmer der KGaA als Arbeitnehmer der GmbH zählen würden.

Voraussetzung wäre nach dem Grundfall des § 5 I MitbestG, dass die Komplementärin „herrschendes Unternehmen“ eines Konzerns (§ 18 I AktG), also im Verhältnis zur KGaA Konzernmutter ist. Die Vorschrift des § 5 MitbestG soll der Tatsache Rechnung tragen, dass die in den Konzernobergesellschaften getroffenen Entscheidungen die Arbeitnehmerschaft des gesamten Konzerns oder einzelner konzernabhängiger Unternehmen betreffen können, weshalb die Mitbestimmung auf die Konzernobergesellschaft verlagert wird⁴³. Es ist allerdings fraglich, ob dieser Tatbestand schon dann erfüllt ist, wenn die Komplementärin nur die Geschäftsführung in der KGaA übernimmt und nicht zugleich anderweitig unternehmerisch tätig ist⁴⁴. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass es in der GmbH & Co. KG wegen des gesetzlichen Rechts der Komplementärin zur Geschäftsführung und Vertretung zu einer Zurechnung der Arbeitnehmer zur GmbH nach § 5 komme⁴⁵. Dies wird damit begründet, dass die Komplementär-GmbH die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit habe, die gesetzlichen und satzungsmäßigen Organe des abhängigen Unternehmens zu besetzen und damit über dessen Unternehmens- und Geschäftspolitik zu bestimmen⁴⁶. Dagegen spricht jedoch, dass es sich in vielen Fällen bei einer KG ohne die Komplementär-GmbH mangels Komplementärin erst gar nicht um eine KG handelte. Das Argument, es gehöre zu den gesetzmäßigen Aufgaben der Komplementärin, die KG zu „beherrschen“, ist deshalb ein Indiz dafür, dass die kraft

Gesetzes zugewiesene Beherrschungsmacht gerade keinen Konzernatbestand i. S. des § 5 MitbestG erfüllt.

Auch wird die „normative Zielrichtung“ des MitbestG für die Begründung der Anwendbarkeit des § 5 I MitbestG bemüht⁴⁷: Es gehe um die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer, die bei den einzelnen Konzernunternehmen ausgehöhlt und verändert würden⁴⁸. Ein solches generelles Risiko besteht aber weder bei der GmbH & Co. KG noch bei der GmbH & Co. KGaA. Bei der GmbH & Co. KG hat nämlich der Gesetzgeber bereits die von ihm als problematisch angesehenen Fälle in § 4 MitbestG definiert, in denen eine Verlagerung der Mitbestimmung auf die Komplementärin gewollt ist. Wollte man weitergehend zur Begründung des Konzernatbestandes des § 5 MitbestG die bloße Komplementäreigenschaft ausreichen lassen, wäre § 4 MitbestG überflüssig. Dagegen erfolgt bei der GmbH & Co. KGaA - ebenso wie bei der gesetzestypischen KGaA - die Kontrolle der Geschäftsleitung bereits über den Aufsichtsrat der KGaA, lediglich in eingeschränkter Form, wobei den Kommanditaktionären die vom Gesetz eingeräumten Kompetenzen zustehen. Eine Zurechnung der Arbeitnehmer der KGaA nach § 5 I MitbestG käme dagegen in Betracht, wenn die GmbH nicht „nur“ Komplementärin, sondern auch selbst Trägerin eines eigenen Unternehmens wäre⁴⁹. In diesem Fall läge tatsächlich ein Konzern i. S. des § 5 MitbestG vor, mit der Folge, dass die Arbeitnehmer der KGaA der geschäftsführenden Komplementär-GmbH zuzurechnen wären. Soweit man danach zur Anwendbarkeit von § 5 MitbestG auf die atypische KGaA kommt, stellt sich die weitere Frage ob die §§ 31 I 2 und 33 I 2 MitbestG in diesem Fall auch auf die Komplementär-GmbH anwendbar sind. Trotz Zurechnung der Arbeitnehmer auf Ebene der GmbH wäre dann die Geschäftsführung nicht vom Aufsichtsrat zu bestellen. Bei einer solchen Sicht der Dinge würde allerdings verkannt, dass die mitbestimmungsrechtliche Besserstellung der KGaA letztlich Ausfluss der Führungsstruktur in der typischen KGaA mit einer natürlichen Person an der Spitze ist⁵⁰, bei der sich eine Mitbestimmung verbietet. Darüber hinaus würde bei einer analogen Anwendung der §§ 31 I 2 und 33 I 2 MitbestG der Gesetzeszweck „Beteiligung der Arbeitnehmer“ vereitelt. Eine Aushöhlung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in Unternehmen will die Regelung des § 5 MitbestG gerade verhindern, so dass eine Ausweitung der Regelungen der §§ 31 I 2 und 33 I 2 MitbestG auf die Fälle der Mitbestimmung in der Komplementär-GmbH nicht zu befürworten ist. Es kann somit festgehalten werden, dass die kapitalistische KGaA in ihrer einfachen Form, der GmbH & Co. KGaA, in der die Komplementär-GmbH lediglich die Geschäftsführung ausübt und keine weitere unternehmerische Tätigkeit entfaltet, die Führungskontinuität gewährleistet. In diesem Fall ergreift die Mitbestimmung nicht die Personalhoheit. Dagegen kann die Vorschrift des § 5 MitbestG Fälle ergreifen, in denen die Kom-

40) Dies übersieht *Bayreuther*, JuS 1999, 651, 656.

41) *Naendrup*, in: *Matthes/Naendrup/Rumpff/Schneider/Westerath*, GK-MitbestG, § 4 Rdn. 1ff.; vgl. auch *Bayreuther*, JuS 1999, 651, 656.

42) Vgl. zu dieser Frage noch *Hennerkes/Lorz*, DB 1997, 1388, 1392, m. w. N.

43) *Klinkhammer*, in: *Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 2, 8.1 Rdn. 49; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, 5. Aufl., § 4 IV 2.

44) Vgl. zum Parallel-Fall in der GmbH & Co. KG *Schneider*, in: *Matthes/Naendrup/Rumpff/Schneider/Westerath*, GK MitbestG, § 5 Rdn. 65.

45) *Fitting/WloHke/Wißmann*, MitbestG, 2. Aufl., § 5 Rdn. 21; *Schneider*, in: *Matthes/Naendrup/Rumpff/Schneider/Westerath*, GK-MitbestG, § 5 Rdn. 65.

46) *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 5 Rdn. 21 m. w. N.

47) *Schneider*, in: *Matthes/Naendrup/Rumpff/Schneider/Westerath*, GK-MitbestG, § 5 Rdn. 65.

48) *Schneider*, in: *Matthes/Naendrup/Rumpff/Schneider/Westerath*, GK-MitbestG, § 5, Rdn. 4.

49) *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 56 IV 5 b.

50) So auch *Hennerkes/Lorz*, DB 1997, 1388, 1392.

plementär-GmbH über die bloße Geschäftsführung in der KGaA hinaus unternehmerisch tätig ist; eine analoge Anwendung der §§ 31 I 2, 33 I 2 MitbestG ist dann nicht statthaft. Mangels vergleichbarer Interessenlage mit der Kapitalgesellschaft & Co. KG und mangels Regelungslücke ist § 4 MitbestG nicht analog auf die GmbH & Co. KGaA anwendbar.

IV. Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und Begrenzung der Gestaltungsfreiheit - die atypische KGaA

Mit Blick auf die beabsichtigte Stärkung der Befugnisse des Aufsichtsrats durch das KonTraG v. 27. 4. 1998⁵¹ erscheint zwar die Zulassung einer Kapitalgesellschaft als Komplementärin nicht unbedenklich⁵². Wenn jedoch der Gesetzgeber nahezu zeitgleich diese Regelungen im KonTraG und in Kenntnis des Beschlusses des BGH vom 24. 2. 1997 die Regelung des § 279 II AktG hinsichtlich der Firmierung bei einer kapitalistischen KGaA einführt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die schwache Stellung des Aufsichtsrates vom Gesetzgeber nicht gebilligt wird. Dies gilt umso mehr, als in dem Beschluss des BGH ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass es allein Sache des Gesetzgebers sei, das MitbestG an die neuen Gegebenheiten anzupassen⁵³. Da die GmbH & Co. KGaA dem Unternehmer die Möglichkeit bietet, die jeweils vorteilhaften Seiten verschiedener Gesellschaftsformen miteinander zu kombinieren und auf seine persönlichen Belange abzustimmen⁵⁴, hat diese Gesellschaftsform zunehmend die Aufmerksamkeit der Rechtsberater auf sich gezogen. Die von K. Schmidt befürchteten Umgehungsaspekte⁵⁵ sind indes spätestens seit der gesetzgeberischen Bestätigung dieser Gesellschaftsform nicht mehr geeignet, einem als GmbH & Co. KGaA organisierten Unternehmen das Vertrauen zu entziehen. Vielmehr sollte die Wahl einer solchen Unternehmensform als positives Signal dahingehend verstanden werden, dass sich das Unternehmen durch die Generierung von (Eigen-) Kapital über den geregelten Kapitalmarkt für einen zukünftig stärker werdenden Wettbewerb rüstet⁵⁶. Ein weiterer Vorzug der KGaA ist es, dass die Einsetzung einer GmbH als Komplementärin einem (Familien-) Unternehmen die Fremdorganschaft eröffnet, d. h. die Möglichkeit, die GF beliebig auszuwechseln, ohne dass den nicht an der Komplementärin beteiligten Kommanditaktionären das Recht der Einflussnahme zustünde. Wie weit hier allerdings die Grenzen des Ausschlusses der Aktionäre gehen, und welche Gestaltungsmöglichkeiten in der GmbH & Co. KGaA bestehen, wird nachfolgend im Lichte der Rspr. des BGH noch näher zu erörtern sein.

1. Der Beschluss des BGH vom 24. 2. 1997

Ausgangspunkt für die Entscheidung des BGH vom 24. 2. 1997 war die Überlegung, dass „innerhalb der durch zwingende gesetzliche Regelungen und die unabwiesbaren Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die im wesentlichen durch die Notwendigkeiten des Gläubiger- und Anlegerschutzes bestimmt werden, gezogenen Grenzen, [...] Freiheit zu privatautonomer Gestaltung bestehen [muss], die auch vom Gesetz nicht vorgesehene Mischformen und atypische Gestaltungen zulässt“⁵⁷. Die gegen die kapitalistische KGaA vorgebrachten Bedenken, die auf der Annahme einer rechtlich unzulässigen Minderheitenherrschaft beruhen, seien bei zutreffender Rechtsanwendung ausräumbar (dazu nachfolgend 2 a). Ein ausreichendes Schutzinstrument - so der BGH - sei die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Komplementär-GmbH, die bei der Auswahl der GF auf die Belange der Kommanditaktionäre Rücksicht zu nehmen habe (dazu nachfolgend 2 b). Ferner sei zu erwägen, Satzungsgestaltungen zu Lasten der Kommanditaktionäre nur in engeren Grenzen zuzulassen, als bei der gesetzestypischen KGaA, wie etwa bei der Einschränkung der ihnen nach dem Gesetz zustehenden Mitwirkungsbefugnisse bei außergewöhnlichen Geschäften⁵⁸. Weitere Ein-

schränkungen hat der BGH lediglich in Erwägung gezogen und die Frage nach der Erforderlichkeit und dem Umfang weiterer Korrekturen im einzelnen ebenso offengelassen, wie die Frage nach der Anwendbarkeit der Grundsätze zur Publikums-KG⁵⁹ (dazu nachfolgend 2c).

2. Anmerkungen zu dem Beschluss des BGH vom 24.2.1997

a) Unzulässige Minderheitenherrschaft?

Dass es sich bei der GmbH & Co. KGaA um einen - bei der AG nach § 12 AktG - unzulässigen Fall einer Minderheitenherrschaft handelt, ist schon deswegen zweifelhaft, weil es sich - worauf der BGH selbst zutreffend hinweist⁶⁰ - bei der KGaA um eine eigenständige und in diesem Punkte eben nicht der AG vergleichbare Gesellschaftsform handelt⁶¹. Wie bereits oben geschildert⁶², sind die vom Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsverhältnisse der Gesellschafter in einer KGaA gerade dahingehend ausgestaltet, dass eine Minderheit - nämlich der Komplementär - die KGaA dominiert⁶³, und dies auch noch, ohne überhaupt kapitalmäßig an der Gesellschaft beteiligt sein zu müssen⁶⁴. Der Einfluss eines kapitalistischen Komplementärs ist indessen nicht von einer anderen Qualität als der des natürlichen Komplementärs⁶⁵. Zwischen ihnen ist kein Unterschied feststellbar, der eine solche Differenzierung rechtfertigen könnte: beide sind qua Gesetz zur „Herrschaft“ in der Gesellschaft befugt, ohne dass dabei eine Pflicht der Komplementärin zur kapitalmäßigen Beteiligung an der KGaA bestünde⁶⁶. Eine rechtlich unzulässige Minderheitenherrschaft liegt somit bereits ohne Rückgriff auf eine etwa bestehende Treuepflicht im Fall einer kapitalistischen KGaA nicht vor.

b) Pflicht zur Rücksichtnahme bei der GF-Bestellung?

Der BGH leitet indes aus der gesellschafterlichen Treuepflicht eine Pflicht der Komplementär-GmbH ab, bei der Bestellung ihrer GF auf die Belange der Kommanditaktionäre Rücksicht zu nehmen⁶⁷. Sind an der Komplementär-GmbH keine Kommanditaktionäre beteiligt, so steht es zunächst im freien Ermessen der GmbH-Gesellschafter als eigenständiger Verband, wer als GF berufen und wer abberufen wird⁶⁸. Inwieweit in der KGaA Treuepflichten zwischen den Kommanditak-

51) BGBl I, 1998, S. 786.

52) *Bim/Sorg*, DB 1997, 313, 317.

53) BGHZ 134, 392, 400 = NJW 1997, 1923.

54) Vgl. nur statt vieler *Henn* (o. Fußn, 9), § 4 Rdn. 17.

55) K. Schmidt, ZHR 160 (1996), 265, 275.

56) Ob allerdings die Organisation eines Unternehmens als GmbH & Co. KG auch das Vertrauen der Kapitalmärkte letztlich genießt, wird sich erst noch in der Praxis erweisen müssen. Angesichts der erst geringen Verbreitung dieser Gesellschaftsform sind bislang keine verlässlichen Aussagen darüber möglich. Vgl. zu Fragen des Anlegerschutzes auch *Hommelhoff*, ZHR-Sonderheft 67 (1998), S. 9fr.

57) BCHZ 134, 392, 393 = NJW 1997, 1923.

58) RGHZ 134, 392, 399 = NJW 1997, 1923.

59) Dies verkennt *Geck*, NZG 1998, 586, 588.

60) BGHZ 134, 392, 398 = NJW 1997, 1923.

61) *Priester*, ZUR 160 (1996), 250, 254 sieht die KGaA „als eine Mischform aus Personenhandelsgeellschaften und Aktiengesellschaften an, ohne Vor- und Nachrang eines der beiden Rechtsregime“ an,

62) Vgl. oben II.

63) Ebenso *Priester*, ZUR 160 (1996), 250, 261; *Hennerkes/Lon*, DB 1997, 388, 1391.

64) Gleichwohl besteht für den Komplementär neben dem Erwerb von Kommanditaktien nach § 281 II AktG die Möglichkeit, Venn-genseinlagen zu tätigen, die dann nach Art und Höhe in der Satzung festgesetzt werden müssen.

65) Vgl. dazu auch K. Schmidt, ZHR 160 (1996), 265, 281.

66) Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrech., 3. Aufl., § 32 III 1.

67) RGHZ 134, 392, 399 = NJW 1997, 1923; *Priester*, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürlichen Komplementär, ZUR 160 (1996), 250, 261 unter Hinweis auf den Parallellfall bei der GmbH & Co.

68) Vgl. dazu auch *Ihrig/Schlitt*, ZHR-Sonderheft 67 (1998), S. 33, 52; so auch für die GmbH *St Co. KG Wirth*, in: *MünchHdb. d. Gi'SR*, Band 2, § 3 Rdn. 82.

tionären und den Komplementären bestehen, und ob diese zu der vom *BGH* ausgesprochenen Rechtsfolge führen, hängt davon ab, ob sich der Inhalt der Treuepflichten ändert, wenn statt einer natürlichen Person eine Kapitalgesellschaft Komplementärin ist. Die sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch unter den Gesellschaftern als Ausfluss der Mitgliedschaftsrechte bestehende Treuepflicht findet ihre wesentliche Grundlage im GesV bzw. der Satzung, die dem Einfluss von Treu und Glauben unterliegen⁶⁹. Da die Treuepflichten je nach Gesellschaftstyp und insbes. nach der verbandsinternen Realstruktur⁷⁰ unterschiedlich ausgeprägt sind, finden sie regelmäßig ihre Schranken in dem berechtigten eigenen Interesse des einzelnen Gesellschafters⁷¹. Insbes. die Vorschrift des § 285 AktG verdeutlicht, dass sich in der KGaA die Gruppen der Kommanditaktionäre und der komplementäre selbständig gegenüberstehen, so dass zwischen den Gesellschaftern einer KGaA keine einer reinen Personengesellschaft vergleichbare gesellschaftliche Verbundenheit und Treuepflicht bestehen kann. Entscheidendes Strukturmerkmal der KGaA ist gerade die Trennung des geschäftsführenden Unternehmers von den an unternehmerischen Entscheidungen unbeteiligten Finanziers⁷², so dass bereits infolge dieser grundlegenden gesetzgeberischen Entscheidung die Treuepflichten der Gesellschafter untereinander als vergleichsweise gering einzustufen sind⁷³.

Der *BGH* hat indes mit der eine AG betreffenden „Linotype-Entscheidung“ vom 1. 2. 1988⁷⁴ entschieden, dass für die Definition von Treuepflichten die körperschaftliche Struktur nicht überbewertet werden dürfe, sondern vielmehr die gesellschaftsbezogenen Interessen von Mitgesellschaftern von dem Mehrheitsgesellschafter, der Einfluss auf die Geschäftsführung hat, zu berücksichtigen seien⁷⁵. In dem insbes. die Treuepflichten des Minderheitsaktionärs betreffenden „Girmes-Urteil“ des *BGH* vom 20. 3. 1995 wurde der Kern des Treuepflichtgedankens, soweit er im Kapitalgesellschaftsrecht allgemein Geltung beanspruchen kann, dahingehend konkretisiert, dass dem Maß des Einflusses des Gesellschafters das Maß seiner Verantwortung mit der sich daraus ergebenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaft und die gesellschaftsbezogene Belange der Mitgesellschafter entsprechen⁷⁶.

Dies kann auf den Nenner gebracht werden, dass die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten eines Gesellschafters dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen, an dem die Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftszwecks und ihrer Rechtsstellung ihre mitgliedschaftlichen (Ermessens-)Entscheidungen auszurichten haben. Dabei können die tatsächlichen innergesellschaftlichen und außergesellschaftlichen Verhältnisse zu einer Verschiebung der Loyalitätspflichten führen, wenn beispielsweise ein Gesellschafter bloß als Kapitalgeber und ein anderer unternehmerisch tätig ist⁷⁷. Ein Eingriff in die freie Ermessenentscheidung der Komplementär-GmbH als ein formal gesehen selbständiger Verband⁷⁸ lässt sich somit nur dann rechtfertigen, wenn dies zum Schutze der Kommanditaktionäre erforderlich ist und berechnete Interessen der GmbH-Gesellschafter dem nicht entgegenstehen. Im Rahmen einer solchen Interessenabwägung stehen dabei auf der einen Seite die unternehmerischen Interessen des Komplementärs, sei es als natürliche Person oder als Kapitalgesellschaft. Neben einer bestmöglichen Rendite wird es dem Unternehmer in aller Regel um die Sicherung des Unternehmens und zu diesem Zweck um eine entsprechende strategische Ausrichtung der Geschäftstätigkeit gehen. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass der Unternehmer u. U. gerade deshalb die Rechtsform der KGaA gewählt hat, weil diese Rechtsform ihm aufgrund der weitgehenden Befugnisse des Komplementärs ein hohes Maß an Unabhängigkeit bei unternehmerischen Entscheidungen garantiert.

Dagegen dürften sich die Interessen der Kommanditaktionäre als Kapitalgeber im Regelfall auf eine bestmögliche Ver-

zinsung ihres eingesetzten Kapitals und damit auf das Interesse an einer „fähigen Geschäftsleitung“ beschränken. Darüber hinausgehende Belange dürften nur schwer ermittelbar sein⁷⁹ und bedürften zudem einer Hauptversammlung, in der dann die tatsächlichen Interessen der (einzelnen) Kommanditaktionäre festzustellen wären. Deshalb erweist sich die vom *BGH* geforderte Rücksichtnahme der GmbH-Komplementärin auf die (mutmaßlichen) Interessen der Kommanditaktionäre bei der Bestellung der Geschäftsführung der GmbH bei näherer Betrachtung bereits als wenig praktikabel. Auch stellt sich die Frage, ob die Treuepflicht der kapitalistischen Komplementärin dazu führen kann, dass die Gesellschafter der GmbH, die selbst nicht Gesellschafter der KGaA sind, ihre eigenen Interessen hinter diejenigen der mit ihnen gesellschaftsrechtlich nicht verbundenen Kommanditaktionäre stellen müssen⁸⁰.

Dies kann im Rahmen einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichteten Interessenabwägung nur dann richtig sein, wenn die Erforderlichkeit eines Eingriffs in die Entscheidungskompetenz der GmbH-Gesellschafter bejaht werden muss. Diese Voraussetzung ist aber nur dann erfüllt, wenn aus der Sicht der GmbH & Co. KGaA ein wichtiger Grund gegen die Berufung oder für die Abberufung des Geschäftsführers vorliegt⁸¹. Das Interesse der Kommanditaktionäre an einer fähigen Geschäftsleitung gilt indessen gleichermaßen für die personalistische wie für die kapitalistische KGaA, so dass insoweit eine gesteigerte Treuepflicht des Komplementärs in einer kapitalistischen KGaA nicht festzustellen ist. Es lässt sich somit festhalten, dass die Bestellung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH grundsätzlich im freien Ermessen der GmbH-Gesellschafter steht. Die GmbH-Gesellschafter können nur verpflichtet sein, eine nach ihrer Einschätzung geeignete Geschäftsführung einzusetzen; diese Geschäftsführung wiederum ist gehalten, ihre (Ermessens-)Entscheidungen am Gesellschaftszweck „ordnungsgemäße Geschäftsführung in der KGaA“ auszurichten. Gefährdet die Geschäftsführung der GmbH die Interessen der Kommanditaktionäre, so besteht für diese wie bei einer GmbH & Co. KG die Möglichkeit, bei

69) Vgl. *Baumbach/Hupt*, HOB, § 109 Rdn. 23; zur dogmatischen Begründung der Treuepflichten *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 20 IV.

70) Vgl. *BGHZ* 103, 184, 195 = *NJW* 1988, 1579 unter Hinweis auf den Fall der Umwandlung einer AG in eine Personengesellschaft, bei der bei gleicher Struktur und Organisation ebenso Treuepflichten bestünden.

71) Vgl. nur *Raumbach/Hopt*, HGB, § 109 Rdn. 23.

72) *Sethe* (o. FuBn.), S. 195.

73) Vgl. auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 3. Aufl., § 20 IV 2d, der auf das Beispiel der Publikaumskommanditgesellschaft verweist, bei der die Treuepflichten aufgrund der bloß kapitalmäßigen Beteiligung der Kommanditisten ebenfalls geringer einzustufen seien.

74) *BGHZ* 103, 184 - *NJW* 1988, 1579.

75) *BGHZ* 103, 184 194 f. - *NJW* 1988, 1579.

76) *BGHZ* 129, 136, 143 = *NJW* 1995, 1739. Dagegen bestätigt die *Holzmlüller-Entscheidung* (*BGHZ* 83, 122 = *NJW* 1982, 1703), nach der grundlegende Entscheidungen, die so tief in die Mitfiliationsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse eingreifen, dass der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe sie in ausschließlich eigener Verantwortung treffen, ohne die Hauptversammlung zu beteiligen, nur, was für die KGaA ohnehin aufgrund der über § 278 II AktG anwendbaren Regelungen der §§ 116 II, 164 HGB gilt; so auch *Sethe* (o. FuBn. 12), S. 148.

77) *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 20 IV 2.

78) Auf die Möglichkeit der GmbH & Co. KGaA als „Eiheitsgesellschaft“ weisen *Gonnella/Mikic*, AG 1998, 508 ff., hin.

79) *Geck*, NZG 1998, 586, 588 sieht darüber hinaus noch das Interesse der Großanleger an Mindeststandards hinsichtlich der Kontroll- oder Einflussrechte. Doch auch diese zielen letztlich nur auf das Interesse an einer bestmöglichen Rendite.

80) *Gonnella/Mikic*, AG 1998, 508, 509.

81) Diese Einschränkung macht der *BGH*, aaO bedauerlicherweise nicht. Die Bezugnahme des *BGH* auf *Priester*, ZHR 160, 250, 261, der wiederum auf *Wirth* (o. FuBn. 68), § 3 Rdn. 82 verweist, ist unvollständig, denn dort wird eine Einschränkung der Treuepflicht auf die Fälle eines wichtigen Grundes vorgenommen.

Weigerung der GmbH, ihre Geschäftsführung trotz Unfähigkeit abzuberufen, die Abberufung des GF gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzen⁸². Ferner können die Kommanditaktionäre der GmbH als Komplementärin die Geschäftsführungs-/Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grund nach den §§ 117, 127 HGB entziehen. Auf diese Möglichkeiten sollen die Befugnisse der Kommanditaktionäre angesichts ihrer bloß kapitalmäßigen Beteiligung aber auch beschränkt bleiben.

c) Einfluss der Treuepflicht auf Satzungsgestaltungen

Der von dem BGH in seinem Beschluss vom 24. 2. 1997 aufgeworfene Gedanke, Satzungsgestaltungen zulasten der Kommanditaktionäre oder zu Gunsten der Komplementärin auf der Grundlage der gesellschaftlichen Treuepflicht einzuschränken, begegnet Bedenken. Die vom BGH bestätigte Freiheit zu privatautonomer Gestaltung innerhalb der Grenzen zwingender gesetzlicher Regelungen und der unabwiesbaren Bedürfnisse des Rechtsverkehrs gebietet nämlich, die privatautonome Gestaltung auch nicht über dieses selbst definierte Maß hinaus zu beschneiden. Ferner sind kautelarpraktische Gestaltungen nicht allein deshalb unzulässig, weil sie vom gesetzlichen Regeltypus abweichen⁸⁴. Der BGH hat indes offen gelassen, ob die von der Rspr. entwickelten Grundsätze zur Publikums-Kommanditgesellschaft⁸⁵ als Richtlinie herangezogen werden können, um Satzungsgestaltungen in einer kapitalistischen KGaA gegebenenfalls zu korrigieren. Da bei der Publikums-KG in der Regel die Kommanditisten einerseits bloß über den (grauen) Kapitalmarkt kapitalmäßig beteiligt sind und andererseits die Komplementäre die Gesellschaft ohne Einflussmöglichkeiten der Kommanditisten beherrschen, entwickelte die Rspr. bereits Mitte der 70er Jahre ein Sonderrecht für die Publikums-KG, durch das dieser Situation Rechnung getragen werden sollte⁸⁶. Zum Einen wurde der Anlegerschutz durch eine Inhaltskontrolle⁸⁷ des GesV nach Treu und Glauben - ähnlich der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen - sowie durch eine Prospekthaltung der Initiatoren gewährleistet, zum Anderen erklärte die Rspr. zum Schütze der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft den Bestimmtheitsgrundsatz⁸⁸ für unanwendbar.

Ob Satzungsgestaltungen in einer KGaA zu Zwecken des Anlegerschutzes einer Inhaltskontrolle zu unterziehen sind, bedarf zunächst einer Betrachtung der unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen in der KG einerseits und der KGaA unter Berücksichtigung der Regelungen des Aktienrechts andererseits.

Während bei der Publikums-KG die starke Abweichung vom gesetzlichen Leitbild zur Ausbildung eines besonderen Anlegerschutzes führte, entspricht die Publikums-AG gerade dem gesetzlichen Leitbild der AG⁸¹. In der AG kommt jedoch eine besondere Inhaltskontrolle der Satzung nach § 242 BGB regelmäßig nicht in Frage. Ferner ist zu bedenken, dass auch die gesetzestypische KGaA die strukturellen Gemeinsamkeiten mit der Publikums-KG aufweist, die für die Anwendbarkeit der von der Rspr. entwickelten Grundsätze zur Publikums-KG auf die kapitalistische KGaA sprechen sollen. Obwohl ein natürlicher Komplementär ebenso wie ein kapitalistischer Komplementär die Gründung einer KGaA vornehmen könnte, ohne dass die Kapitalanleger Einfluss auf die Satzungsgestaltungen hätten, hat die Rspr. jedenfalls für die gesetzestypische KGaA die Grundsätze betreffend die Publikums-KG bislang noch nicht für anwendbar erklärt. Dies schließt freilich nicht aus, dass die Rspr. auch die Satzung einer gesetzestypischen KGaA einer Inhaltskontrolle unterziehen könnte. Die Frage, ob im Vergleich zur gesetzestypischen KGaA eine Gleichbehandlung mit der kapitalistischen KGaA erforderlich ist, würde daher nicht den Kern des Problems treffen. Ob und in welchem Umfang eine Inhaltskontrolle der Satzung stattfinden muss, hängt vielmehr maßgeblich von der Beantwortung der Frage des Ver-

hältnisses der Regelungen in § 278 II und III AktG sowie deren systematischer Einordnung ab⁹⁰.

Soweit nämlich die Verweisung des § 278 III AktG auf die Regelungen des Aktiengesetzes verweist, führt dies nach § 23 V AktG dazu, dass von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abgewichen werden darf, wenn dies im Aktiengesetz auch ausdrücklich zugelassen ist. Nach der Rspr. des BGH bedarf aber eine Maßnahme - und damit auch eine Satzungsgestaltung - eines Mehrheitsgesellschafters jedenfalls dann keiner Inhaltskontrolle, wenn dieser lediglich ein ihm gesetzlich eingeräumtes Recht ausübt; in diesem Fall hat der Gesetzgeber bereits die Interessenabwägung selbst vorgenommen⁹¹. Als generelle Richtschnur für die Abgrenzung von § 278 II und III AktG hat der BGH definiert, dass sich die Führungsstruktur der KGaA gemäß § 278 II AktG nach dem Personengesellschaftsrecht richte, während lediglich die Kapitalstruktur dem Primat des Aktienrechts folge⁹². In welchem Umfang sich dabei allerdings die Rechtsbeziehungen der Komplementäre zur Gesamtheit der Kommanditaktionäre nach den personengesellschaftsrechtlichen Bestimmungen beurteilen und somit überhaupt einer vom Gesetz abweichenden vertraglichen Regelung zugänglich sind, ist nach dem unklaren Wortlaut dieser Vorschriften zweifelhaft¹³. Ausgangspunkt für eine an den gesellschaftlichen Treuepflichten ausgerichtete Inhaltskontrolle muss deshalb die durch die Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaftsform geprägte Mitgliedschaft sein. Nur sie ist geeignet, die an den Grundsätzen von Treu und Glauben orientierten Grenzen der Ausübung von Rechten und der Erfüllung von Pflichten des Gesellschafters aufzuzeigen.

Die Mitgliedschaft der Kommanditaktionäre wird durch ihre Aktien verkörpert, während sich der Beitrag des Komplementärs auf die Leistung der Geschäftsführung beschränken kann⁹⁴. Die durch die Aktie entweder im Rahmen der Gründung oder der Kapitalerhöhung originär bzw. im Rahmen des Aktienerwerbs derivativ erworbene Mitgliedschaft umfasst in der AG die Summe aller Rechte, die dem Aktionär der AG zustehen, und alle Pflichten, die er in dieser Eigen-

82) *Ihrig/Schlitt*, ZHR-Sonderheft 67 (1998), S. 33, 52 f.

83) *BCHZ* 134, 392, 393 = NJW 1997, 1923.

84) *BGHZ* 134, 392 396 f. = NJW 1997, 1923.

85) Vgl. zur Publikums-KG *Picot*, BB 1993, 13 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., S. 57.

86) Vgl. nur *BCHZ* 64, 238, 241 = NJW 1975, 1318.

87) Gegen die Inhaltskontrolle der Satzung einer KGaA - wie im übrigen auch bei der Publikums-Kommanditgesellschaft - spricht ganz allgemein, dass es sich nicht wie bei der ABG-Inhaltskontrolle um Austauschverträge handelt, sondern um einen Gesellschaftsvertrag, bei dem in der Regel die Interessen der Gesellschaft nicht nur mit Blick auf den Gesellschaftszweck gleichgerichtet sind.

88) Nach diesem Grundsatz muss eine Beschlussermächtigung im Gesellschaftsvertrag, die entgegen der gesetzlichen Grundregelung einen Mehrheitsbeschluss auch für ungewöhnliche Geschäfte zulässt, den Beschlussgrensrand unzweideutig definieren, vgl. *Raumhach/Hopt*, HGB, § 119 Rdn. 37. Die Treuepflichten gewinnen in der Publikums-Kommanditgesellschaft insbesondere bei Fragen der Erhaltung der Gesellschaft an Bedeutung, vgl. *BGH*, DB 1985, S. 907, 908 = WM 1985, 256; *BGH*, NJW 1985, S. 974 = WM 1985, 195.

89) Vgl. *Huffmami-Heckmg*, in: *MünchLdh. d. CesR*, Band 4, AG, 2. Aufl., § 2 III; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 26 III 2.

90) Vgl. auch *Hennerkes/Lnrz*, DB 1997, 1388, 1391; *Ihrig/Schlitt*, ZHR-Sonderheft 67 (1998), S. 33, 60 ff.

91) *BGHZ* 76, 352, 353 = N(W 1980, 1278; *Picot*, BB 1993, 13, 16.

92) *BCHZ* 134, 392, 396 = NJW 1997, 1923; ebenso *Hüffer*, AktG, § 278 Rdn. 20; *Scthe* (o. Fußn. 12), ZIP 1996, 2054. Diese Kontrolle schließt zwar in erster Linie die Gläubigerinteressen; gleichwohl wird dadurch mittelbar auch dem Interesse der Kommanditaktionäre an einer verlässlichen Geschäftsführung und deren Kontrolle Rechnung getragen.

93) Vgl. dazu auch *Scthe* (o. Fußn. 12), S. 1 K) ff.

94) Dies folgt aus § 281 II AktG, nach dem die Vermögenseinlagen des persönlich haftenden Gesellschafters, die nicht auf das Grundkapital geleistet werden, nach Art und Höhe in der Satzung festgelegt werden müssen.

schaft zu erfüllen hat⁹⁵. Fraglich ist jedoch, ob durch die Regelung des § 278 II AktG der Inhalt des durch die Aktie verkörperten Mitgliedschaftsrechtes, das vielfach in Vermögens- und Verwaltungsrechte eingeteilt wird⁹⁶, in der KGaA im Verhältnis zur AG eine Änderung erfährt. § 278 II AktG verweist in Bezug auf das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditaktionäre sowie gegenüber Dritten, namentlich hinsichtlich der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis auf das Recht der KG. Diese Regelungsbereiche umfassen jedoch nicht die Vermögensrechte des Kommanditaktionärs. Vermögensrechte des Kommanditaktionärs - ebenso wie des Aktionärs in der AG - sind insbes. der Anspruch auf Bilanzgewinn, auf Vergütung von Nebenleistungen, das Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen, der Anspruch auf Liquidationserlös sowie die Ansprüche auf Abfindung und Ausgleich⁹⁷. Diese Rechte bestimmen sich nach § 278 III AktG und unterliegen daher gemäß § 23 V AktG der Satzungsstrenge. Vertragliche Abweichungen von Vorschriften des AktG hinsichtlich der Vermögensrechte der Kommanditaktionäre sind infolgedessen nur im Rahmen der vom AktG ausdrücklich eröffneten Abweichungen zulässig. Damit hat bereits der Gesetzgeber hinsichtlich der Vermögensrechte eine Interessenabwägung vorgenommen, so dass eine zusätzliche Inhaltskontrolle nicht erforderlich ist.

Die aus der Mitgliedschaft fließenden Verwaltungsrechte, für die nach § 278 II AktG das Recht, der KG gilt, sind hingegen einer vertraglichen Abweichung von der gesetzlichen Regelung und somit auch einer Inhaltskontrolle im Grundsatz zugänglich. Das Recht der Personengesellschaften kennt einerseits stärkere Verwaltungsrechte in der Form vom Mitsprache- oder Mitverwaltungsrechten und andererseits schwächere Verwaltungsrechte bei der KG, bei der im Vergleich zur GbR und der OHG von Gesetzes wegen die vorbezeichneten Rechte nur „verkümmert“ vorhanden sind. So ist der Kommanditist gemäß § 164 HGB grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen und nach § 170 HGB nicht zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt. Ein Eingriff in diese (schon kraft Gesetzes nicht vorhandenen) Befugnisse ist folglich - mit Ausnahme für den Fall der Abbedingung des Zustimmungserfordernisses des § 164 S. 1, 2. Hs. HGB - nicht vorstellbar und somit einer Inhaltskontrolle ebenfalls nicht zugänglich.

Ferner gehören zu den Verwaltungsrechten in der KGaA neben den in § 278 II AktG namentlich genannten Befugnissen zur Geschäftsführung und Vertretung vor allem das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung, das Auskunftsrecht, das Stimmrecht sowie das Anfechtungsrecht⁹⁸. Da sowohl das Recht zur Teilnahme an der Hauptversammlung, das Stimmrecht und das Anfechtungsrecht allein die durch die Kommanditaktionäre zu bildende Hauptversammlung und nicht das Verhältnis zu der Komplementärin betreffen (vgl. § 285 AktG), kann § 278 II AktG bezüglich dieser Rechte nicht eingreifen. Damit gilt für diese Rechte des Kommanditaktionärs die Verweisung des § 278 III AktG auf § 23 V AktG mit der Folge, dass abweichende Satzungsgestaltungen nur in dem Rahmen zulässig sind, wie sie das AktG zulässt. Auch hier hat der Gesetzgeber somit eine Interessenabwägung vorgenommen, weshalb eine weitere Inhaltskontrolle entbehrlich ist. Das Recht auf Auskunft, das für den Aktionär aus § 131 AktG folgt, ist schließlich als „Basisrecht“ unabdingbar.

Fraglich bleibt nach alledem, ob die Erwägung des *BGH*, in den Satzungen einer kapitalistischen KGaA einen Ausschluss hinsichtlich der in § 164 S. 1, 2. Hs. HGB gewährten Mitwirkungsbefugnisse der Kommanditaktionäre bei außergewöhnlichen Geschäften nur in engeren Grenzen zuzulassen als bei der typischen KGaA, haltbar ist. In der (Publikums-) KG ist diese Regelung jedenfalls dispositiv. Welche Gründe sprechen aber dafür, bei der typischen KG, bei der der einzelne Kommanditist noch näher am unternehmerischen Ge-

schehen dran ist als der Kommanditaktionär bei der KGaA, die Mitwirkungsrechte dispositiv zu stellen und dem rein kapitalmäßig beteiligten Kommanditaktionär diese Mitwirkungsrechte zwingend zu erhalten? Nicht nur die inangelnde Praktikabilität eines Zustimmungsbeschlusses in der Hauptversammlung spricht dagegen. Vielmehr ist es naheliegend, bei einer auf die Beteiligung vieler Kapitalgeber gerichteten Gesellschaft Satzungsbestimmungen vorzusehen, die diese auf ihre Finanzinteressen beschränken. Denn diese Interessen könnten durch kostenintensive und zeitraubende Hauptversammlungen zusätzlich beeinträchtigt werden¹⁰⁰. Schließlich lassen auch kapitalmarktrechtliche Schutzvorschriften eine Inhaltskontrolle der Satzung der Gesellschaft nicht als erforderlich scheinen¹⁰¹. Sofern die Gesellschaft einen Börsengang anstrebt, ist nämlich gemäß § 36 II Nr. 2 BörsenG ein Börsenprospekt zu erstellen, der dem Publikum ein zutreffendes Urteil über den Emittenten und die Wertpapiere ermöglichen muss. Damit unterliegt die Satzungsgestaltung in diesen Fällen einer zusätzlichen Kontrolle.

Es ist festzuhalten, dass für den bloß kapitalmäßig beteiligten Kommanditaktionär der KGaA wegen der Verweisung des § 278 III AktG auf die aktienrechtlichen Vorschriften hinsichtlich der den Kernbereich der Mitgliedschaft bildenden Rechte nicht in gleichem Maße ein Bedürfnis nach Kontrolle der Komplementärin besteht, wie dies bei der Publikums-KG der Fall ist. Wegen der Satzungsstrenge¹⁰², aber auch wegen der kapitalmarktrechtlichen Kontrolle im Falle eines Börsenganges ist einer etwaigen Versuchung der Initiatoren der Gesellschaft, einseitig ihre Interessen in dem für den Anleger vorformulierten Vertragswerk durchzusetzen, Einhalt geboten. Diese materiellrechtlichen Absicherungen können noch zusätzlich durch eine gezielte registergerichtliche Kontrolle flankiert werden, so dass folglich nicht in gleichem Maße die Gefahr einer Aushöhlung der (vermögensrechtlichen) Positionen der Anleger besteht wie dies bei einer Publikums-KG der Fall ist. Aufgrund der anders gelagerten rechtlichen Rahmenbedingungen für die Kommanditaktionäre der KGaA einerseits und die Kommanditisten einer KG andererseits erscheint daher eine Inhaltskontrolle nach den Grundsätzen über die Publikums-KG nicht erforderlich¹⁰¹.

V. Fazit

1. Die Führungskontinuität kann ohne Einfluss eines Aufsichtsrats gewahrt werden, sofern nicht die Komplementär-Gesellschaft selbst mehr als 500 Arbeitnehmer hat oder dieser die Arbeitnehmer der KGaA nach § 5 MitbestG zugerechnet werden. Die bloße Geschäftsführungstätigkeit der Komplementär-Gesellschaft reicht für eine Zurechnung der Arbeitnehmer der KGaA nicht aus. Sofern ein Aufsichtsrat in der Komplementär-Gesellschaft zu bilden ist, finden die Vorschriften der §§ 311 2 und 331 2 MitbestG keine analoge Anwendung.

95) Hoffmann-Beckins (o. Fußn. 89), § 171.

96) K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 3. Aufl., § 19 III 3. c) unterteilt dagegen die Verwaltungsrechte noch weiter in Teilhabe- und Schutzrechte, was jedoch in inhaltlicher Hinsicht keinen Unterschied macht.

97) Wirsner, m: MünchHdh. d. GesR, Bd. 4: AG, 2. Aufl., 1999, ^ 17 Rdn. 4, vgl. noch w den Vermögensrechten bei der Kommanditgesellschaft von Gurkun, in: Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 199*, § 105 Rdn. 69.

98) Vgl. Wiesner (o. Fußn. 97), S 17 Rdn. 3; K. Schmidt, Gesciellschaftsrecht, 3. Aufl., § 28 1.1.

99) BGHZ 119, 346, 357 = NJW 1993, 126.; Baumhuch/Hof), HGB, § 164 Rdn. 6.

100) So auch Hommelhoff, ZHR-Sonderheft 67 (1998), S. 9, 14.

101) Vgl. dazu eingehend Hommelhoff, ZHR-Sonderheft 67 (1998), S. 9 ff.

102) Insbes. Bestimmungen über den Minderheitenschutz sind bei der Aktiengesellschaft und der KGaA wegen der Regelung in § 23 V AktG von zwingender Natur.

103) A.A. Priester, ZHR 160 (1996), 250, 262; Ihrig/Schlitt, ZHR-Sonderheft 67 (1998), S. 57 ff.

2. Bei der Bestellung des GF der Komplementär-Gesellschaft begründen Treuepflichten in der KGaA nur dann eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Kommanditaktionäre, wenn in der Person des GF ein wichtiger Grund für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nach den §§ 117, 127 HGB liegt. Aufgrund der gesetzlich vorgegebenen Struktur der KGaA, Trennung der Unternehmensleitung von den Kapitalgebern, und den Inte-

ressen der verschiedenen Gesellschafter(-gruppen) bestehen im übrigen eher schwach ausgebildete Treuepflichten.

3. Zum Schutz der Kommanditaktionäre bedarf es keines Rückgriffs auf die Grundsätze über die Publikums-KG. Ein ausreichender Schutz der Belange der Kommanditaktionäre (insbes. ihrer Vermögensinteressen) wird durch die Satzungsstrenge (§ 278 III i.V. mit § 23 V AktG) sowie kapitalmarkt-rechtliche Vorschriften gewährleistet.

Überlegungen zur Gründung einer kapitalistischen KGaA aus dem Blickwinkel der Unternehmerfamilie

Von RA in Alexandra Schrick, Düsseldorf*

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den Gründungsvoraussetzungen einer kapitalistischen KGaA aus dem Blickwinkel der Unternehmerfamilie. Dabei werden neben der Erörterung der Minimalanforderung (II.) bei der Gründung einer GmbH & Co. KGaA besondere Gestaltungen näher untersucht, die gerade für mittelständische Unternehmen bzw. die Unternehmer-

familie von Interesse sind (III.-VI.). In diesem Rahmen wird bei der Satzungsgestaltung insbes. auf die Intention der Unternehmerfamilie eingegangen, die sich über die KGaA Zugang zum organisierten Kapitalmarkt verschaffen will. Abschließend wird der Frage nachgegangen, ob jede KGaA ein börsenfähiges Unternehmen darstellt (VII.).

I. Einleitung

Mit der Entscheidung des BGH vom 24. 2. 1997¹ wurde der langjährige Streit², ob nur eine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter einer KGaA sein kann oder auch eine juristische Person bzw. eine Personengesellschaft, beigelegt³. Der BGH hat im Wesentlichen seine Entscheidung darauf gestützt, dass es keine durchgreifenden Argumente gebe, die es erforderlich erscheinen lassen, die nach dem Grundsatz der Privatautonomie zulässige Wahl einer GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin zu verbieten.

Die Anerkennung der kapitalistischen KGaA eröffnet gerade familiengepprägten und mittelständischen Unternehmen eine Gesellschaftsform, über die zusätzliches Eigenkapital über einen Börsengang beschafft werden kann. So können größere Umstellungen in der Produktion, Modernisierungsinvestitionen, Erweiterungen der Unternehmenskapazitäten oder die Beteiligung an anderen Unternehmen finanziert werden. Diese Gesellschaftsform bietet die Vorteile der AG und der typischen KGaA, ohne deren Nachteile hinnehmen zu müssen⁴, wie die unbeschränkte Haftung des Komplementärs der typischen KGaA oder die strenge Organisationsstruktur und die damit verbundene eingeschränkte Satzungsgestaltungsmöglichkeit der AG⁵. Die kapitalistische KGaA erlaubt dem Unternehmen weitgehende Satzungsgestaltungsvarianten⁶.

Der Unternehmer kann mit der kapitalistischen KGaA die Haftung der Gesellschaft mit Aufnahme z. B. einer GmbH oder GmbH & Co. KG als einzige Komplementärin beschränken und seine Leitungsmacht durch entsprechende Satzungsgestaltung sichern. Die Familie kann die Anteilsmehrheit oder auch alle Anteile der Komplementär-Kapitalgesellschaft übernehmen und somit die Geschäftsführung des gesamten Unternehmens maßgeblich gestalten. Bei Familiengesellschaften, die den Einfluss der Familie sichern und Stabilität in der Entscheidungsfindung erreichen wollen, aber dennoch nicht auf die Möglichkeit der Erlangung von Fremdkapital verzichten wollen, bietet die GmbH & Co. KGaA interessante Gestaltungsmöglichkeiten.

Dieser Aufsatz beschäftigt sich vornehmlich mit den typischen Fragen und Problemen bei der Gründung einer Familien-KGaA und schließt Überlegungen zur Gründung der kapitalistischen KGaA unter Berücksichtigung des HRefG und des KonTraG mit ein. In den folgenden Überlegungen steht

dabei die KGaA im Vordergrund, deren Komplementärin eine GmbH⁷ ist.

II. Allgemeines und die Gründungsvoraussetzungen bei einer KGaA unter Berücksichtigung des HRefG

Bei der Gründung einer KGaA sind folgende Punkte zu beachten:

1. Kommanditkapital

Die Gesellschaft benötigt ein Kommanditkapital von mindestens 50 000,- Euro, welches in Aktien zerlegt ist. Bei der Sachgründung ist die Einlage voll zu leisten, bei der Bargründung ist mindestens 1/4 der Einlage zu leisten, bei Überparmissionen ist der Mehrbetrag über den Nennbetrag hinaus (Agio) einzuzahlen, §§ 36 II, 36 a AktG.

2. Die Gesellschafter

Als Mischform einer Kapital- und einer Personengesellschaft muss die KGaA gemäß § 278 I AktG mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter haben. Dieser kann, wie bereits in der Einleitung dargestellt, nunmehr auch z. B. eine AG, GmbH, GmbH & Co. KG, KGaA, Genossenschaft, ein Verein oder

¹ Die Verfasserin ist Rechtsanwältin bei der Raupach & Wollerc-EI-mendorf Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Düsseldorf.

² 1) BGHZ 134, 392 = NJW 1997, 1923.

³ Für eine natürliche Person als persönlich haftende Gesellschafterin sprachen sich u.a. aus: Steindorff, in: FS Ballerstedt, 1975, S. 127; Semler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 278 Anm. 14; Pflug, NJW 1971, 345; K. Schmidt, ZHR 160 (1996), 265, 287; Barz, in: Gemeinschaftskomm. z. AktG, § 278 Rdn. 9; für die Zulässigkeit auch einer Kapitalgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin: Priester, ZHR 160 (1996), 250, 264; Claussen, GmbHR 1996, 73, 76 ff; Mertens, in: Kollikomm. t. AktG, S 278 Rdn. 11 f.; Ladewig/Motte DStR 1997, 1539 ff.; Sethe, ZIP 1996, 2053; Schürmann/Groh BB 95, 684 ff.

⁴ 3) Zuvor: O/G Karlsruhe, ZIP 1996, 1787, Eul-okai-Entscheidung des OLG Hamburg, NJW 1969, 1030.

⁵ 4) Zu den steuerlichen Vorteilen der kapitalistischen KGaA vgl. Schaumburg, DStZ 9S, 525, 533.

⁶ 5) Ladewig/Motte, DStR 1996, 801, 805; Sethe, ZIP 1996, 2053 ff.

⁷ 6) Kallmeyer, DStR 1994, 977; Sethe, „Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang 1996, S. 101 ff.

⁸ 7) Vereinzelt werde ich im Rahmen dieses Aufsatzes bei den Gründungsvoraussetzungen auch auf die GmbH & Co KG als Komplementärin der KGaA eingehen. Unter Beachtung der entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten sind die Überlegungen auch auf die KGaA anwendbar, bei der einzige Komplementärin eine GmbH & Co KG oder eine AG ist.