
Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M. (London)*

Wider die Entrechtung der Kommanditaktionäre

Die Kautelarpraxis versucht, die Leitungsmacht und den Einfluss der Komplementärgesellschaft einer KGaA zu maximieren und den ohnehin geringen Einfluss der Unternehmensfinanziere in Gestalt der Kommanditaktionäre zurückzudrängen. Dabei macht man auch vor Eingriffen in den Kernbereich der Mitgliedschaft der Kommanditaktionäre nicht halt. Der Beitrag untersucht die Zulässigkeit solcher Gestaltungen und prüft zugleich, ob es zur Wahrung

der Rechte der Kommanditaktionäre eines Sonderrechts für die Publikums-KGaA oder die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA bedarf.

* Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann, LL.M., zum 70. Geburtstag in großer Dankbarkeit gewidmet.

I. Einleitung

- 1 Die Kommanditgesellschaft auf Aktien hat seit der 1997 ergangenen höchstrichterlichen Entscheidung über die Zulässigkeit der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA¹ einen für ihre Verhältnisse beispiellosen Aufschwung erlebt.² Heinz-Dieter Assmann gehörte von Anfang an zu denjenigen, die die für das Anlegerpublikum bestehenden Gefahren einer Typenvermischung bei der KGaA gesehen haben. Denn die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA erlaubt die Herrschaft einiger weniger Gesellschafter über das Unternehmen, während den Anlegern in Gestalt der Kommanditaktionäre eine – im Vergleich zu den Aktionären einer AG – schwächere Rechtsposition zukommt. Der BGH überließ die weitere Entwicklung bewusst dem Markt.³ Nach der Entscheidung des BGH entbrannte eine bis heute andauernde Diskussion über die Frage, ob es eines Sonderrechts für die typenvermischte KGaA bedürfe.⁴ Ausgelöst wurde diese Debatte durch ein *obiter dictum* des BGH selbst. Es sei zu überlegen, in der atypisch ausgestalteten KGaA (Kapitalgesellschaft & Co. KGaA) Satzungsgestaltungen zu Lasten der Kommanditaktionäre nur in engeren Grenzen zuzulassen als in der gesetzestypischen KGaA, und man könne dabei auf die Rechtsprechung zur Publikums-KG zurückgreifen.⁵ Heinz-Dieter Assmann und der Verfasser sind dem bereits kurze Zeit nach dem BGH-Urteil entgegengetreten, da Anleger beim Erwerb der Aktien durch die kapitalmarktrechtlichen Transparenzvorschriften geschützt würden und einer zu einseitigen Satzungs-gestaltung bereits durch die konsequente Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze begegnet werden könne. Der Schaffung eines Sonderrechts oder eine spezielle Inhaltskontrolle für die Publikums-KGaA und die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA wurde daher eine Absage erteilt.⁶ Nachdem der damalige Befund nun 20 Jahre zurückliegt, ist es an der Zeit, ihn zu überprüfen, insbesondere weil jüngst weitere Lockerungen des Schutzes der Kommanditaktionäre befürwortet wurden.⁷
- 2 Ein erster Blick auf die jüngere Entwicklung zeigt eine Auffälligkeit. Teile des Schrifttums sind geneigt, die für die AG entwickelten Lösungen 1:1 auf die KGaA zu übertragen, ohne zu berücksichtigen, dass diese zwei Gesellschaftergruppen aufweist, eine Mischform mit auch personengesellschaftsrechtlichen Elementen darstellt und eine viel höhere Satzungsautonomie als die AG kennt. Diese Tendenz findet sich auch in der Rechtsprechung des BGH zur Auslegung von § 287 Abs. 3 AktG und bei der Beurteilung von Entsendungsrechten.⁸ Die komplexe Rechtsstellung der Kommanditaktionäre lässt sich in Gänze nur erfassen, wenn man das Zusammenspiel von Individualrechten und Rechten der Gesamtheit der Kommanditaktionäre auf mitgliederschaftlicher Ebene und dem Schutz der Interessen der Kommanditaktionäre auf organschaftlicher Ebene betrachtet.⁹ Vor diesem Hintergrund ist man allzu leicht versucht, das vertrautere Aktienrecht einfach zu übertragen, statt zu prüfen, welche Lösung das über § 278 Abs. 2 AktG anwendbare Personengesellschaftsrecht vorsieht.¹⁰

II. Besondere Schutzbedürftigkeit der Kommanditaktionäre

- 3 Die KGaA weist zwei Gesellschaftergruppen auf, deren Rolle man gerafft wie folgt beschreiben kann: Die Unternehmensleitung erfolgt durch geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Komplementäre, die das geborene Leitungsorgan der KGaA

sind. Sofern nicht anders in der Satzung niedergelegt, müssen sie sich vermögensmäßig nur durch Übernahme der persönlichen Haftung an der Gesellschaft beteiligen. Einen der Machtfülle entsprechenden Zwang zu einer Kapitalbeteiligung sieht das Gesetz nicht vor. Ist eine juristische Person die Komplementärin der KGaA, beschränkt sich deren persönliche Haftung auf ihr Vermögen. Die eigentliche Unternehmensleitung in der KGaA erfolgt dann durch die Organmitglieder der Komplementärgesellschaft. Diese haften trotz ihrer umfassenden Leitungsmacht über die KGaA nicht persönlich. In der Praxis weist die ganz überwiegende Zahl der KGaA nur einen Komplementär auf, bei dem es sich zumeist um eine juristische Person handelt (81 %).¹¹ Die vom Gesetzgeber als Korrektiv für die Machtfülle der Komplementäre vorgesehene persönliche Haftung natürlicher Personen entfaltet also zumeist keine Wirkung mehr, da die für die Unternehmensleitung verantwortlichen Personen lediglich Organmitglieder der Komplementärgesellschaft sind. Sie riskieren allenfalls den Verlust ihrer Organstellung oder ihrer Beteiligung an der Komplementärgesellschaft.

Die Kommanditaktionäre sind die Finanziers des Unternehmens. Ihnen steht keine über den Aufsichtsrat vermittelte Personalkompetenz bei der Bestellung der Unternehmensleitung zu. Die Bestellung der Unternehmensleitung liegt daher in einer Kapitalgesellschaft & Co. KGaA regelmäßig bei den Eignern der Komplementärgesellschaft.

Bei der gesetzestypischen KGaA sieht das Gesetz eine Reihe von Schutzinstrumenten vor, um die Machtbalance der beiden Gesellschaftergruppen zu sichern, den Kommanditaktionären eine Mindesteinflussnahme im Unternehmen zu ermöglichen und den Schutz ihrer Interessen zu gewährleisten. Ob dieses Instrumentarium auch in einer Publikums-KGaA und einer Kapitalgesellschaft & Co. KGaA die Interessen der Kommanditaktionäre ausreichend wahrt, ist nachfolgend für die Individualrechte auf mitgliederschaftlicher Ebene (Rz. 6), die Rechte der Gesamtheit der Kommanditaktionäre (Rz. 7 ff.) und die organschaftliche Ebene (Rz. 14 ff.) zu untersuchen.

- 1 BGH v. 24.2.1997 – II ZB 11/96, BGHZ 134, 392 ff. = AG 1997, 370 ff.
- 2 Während 1992 nur 30 KGaA existierten, waren es 2019 bereits 344 Gesellschaften (Tendenz steigend), vgl. Assmann/Sethe in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2000, Vor § 278 AktG Rz. 44; Kornblum, GmbHR 2019, 690.
- 3 BGH v. 24.2.1997 – II ZB 11/96, BGHZ 134, 392, 401 = AG 1997, 370, 372: „Die Akzeptanz dieser Gesellschaftsform, die vor allem mittelständischen Unternehmen den Zugang zum Kapitalmarkt erleichtert, kann vielmehr der Praxis überlassen bleiben.“
- 4 Hommelhoff sowie Ihrig/Schlitt, ZHR-Beiheft 67, 1998, S. 9 ff. bzw. S. 33 ff. sowie Schaumburg/Schulte, Die KGaA – Recht und Steuern in der Praxis, 2000, Rz. 54; a.A. Wichert, AG 2000, 268.
- 5 BGH v. 24.2.1997 – II ZB 11/96, BGHZ 134, 392, 399 f. = AG 1997, 370, 371 f.
- 6 Assmann/Sethe in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2000, § 278 AktG Rz. 7, § 287 AktG Rz. 106.
- 7 Bachmann, AG 2019, 581 ff.; Habersack, ZIP 2019, 1453 ff.
- 8 BGH v. 5.12.2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192 ff. = AG 2006, 117 ff. („Spaten“).
- 9 Außer Betracht bleiben die Einpersonen-KGaA, Einheits-KGaA und Gesellschaftergruppenidentität.
- 10 Vgl. etwa die Position von Pühler in Happ, AktR, 5. Aufl. 2019, 1.03 Rz. 31.1, der meint, die Unterscheidung von § 278 Abs. 2 und Abs. 3 AktG sei für die Satzungsautonomie „ohne Bedeutung“.
- 11 Lieder/Hoffmann, AG 2016, 710.

III. Schutz der Kommanditaktionäre auf mitglied-schaftlicher Ebene

- 6 Die individuellen Verwaltungs- und Vermögensrechte der Kommanditaktionäre richten sich nach den weitgehend zwingenden (§ 278 Abs. 3 AktG, § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG) aktienrechtlichen Vorgaben und werden im Wesentlichen in der Hauptversammlung wahrgenommen. Für das hier zu untersuchende Thema ergeben sich keine Besonderheiten. Hinzuweisen ist nur auf das erweiterte Auskunftsrecht, das sich insbesondere auf Angelegenheiten einer Komplementärgesellschaft oder eines Unternehmens erstreckt, an dem die KGaA beteiligt ist.¹²

IV. Schutz der Gesamtheit der Kommanditaktionäre auf mitgliedschaftlicher Ebene

1. Grundlagengeschäfte

- 7 Die § 278 Abs. 2, § 285 Abs. 2 Satz 1 AktG weisen der „Gesamtheit der Kommanditaktionäre“ die mitgliedschaftlichen Befugnisse eines Kommanditisten der einfachen KG zu. Es ist heute unstrittig, dass diese Gesamtheit keinen aktiv und passiv parteifähigen Verband bildet und die der Gesamtheit zustehenden Rechte von der Hauptversammlung als Organ der KGaA wahrgenommen werden.¹³ Die Hauptversammlung verfügt also nicht nur über die aktienrechtlichen (§ 278 Abs. 3, §§ 118 ff. AktG), sondern auch über (der Satzungsautonomie zugängliche) personengesellschaftsrechtliche Kompetenzen (§ 278 Abs. 2 AktG, §§ 161 ff. HGB).
- 8 Die Ebene von Satzungs- und Strukturänderungen hat der Gesetzgeber ausdrücklich in den § 278 Abs. 3, §§ 179 ff. AktG sowie §§ 1 ff. UmwG geregelt. Im Mittelpunkt der gegenwärtigen Diskussion steht die Frage, wie mit Grundlagengeschäften zu verfahren ist, die unterhalb der Schwelle von Satzungs- und Strukturänderungen anzusiedeln sind. Ein Teil des Schrifttums will die Grundsätze der sog. Holzmüller-Doktrin¹⁴ anwenden, wonach wesentliche, einer faktischen Satzungsänderung nahekommende Entscheidungen zwingend der Hauptversammlung der KGaA vorzulegen sind. Die Befürworter¹⁵ argumentieren ergebnisorientiert. Sie verkennen, dass bei Grundlagenentscheidungen bereits nach § 285 Abs. 2 Satz 1, § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 161 Abs. 2, § 116 Abs. 2 HGB die Zustimmung beider Gesellschaftergruppen notwendig ist. Die bei der AG als Holzmüller-Fälle geltenden Gestaltungen stellen bei der KGaA Grundlagengeschäfte dar. Daher sind die Gesamtheit der Kommanditaktionäre und die im Schrifttum zu dieser Frage oft unerwähnt bleibenden nicht geschäftsführungsbefugten Komplementäre auch ohne Anwendung der Holzmüller-Doktrin an der Entscheidung zu beteiligen.¹⁶ Folglich spielt es für die KGaA auch keine Rolle, ob man die Doktrin – wie es der BGH zunächst tat – auf § 119 Abs. 2 AktG stützt oder ob man sie als offene Rechtsfortbildung bezeichnet, wie es der BGH heute tut. Der BGH sah sich gezwungen, das Recht der AG fortzubilden und die dort fehlende Kategorie der Grundlagengeschäfte für strukturverändernde Maßnahmen unterhalb der Ebene der Satzungsänderung einzuführen; eines solchen Vorgehens bedarf es bei der KGaA nicht, da sie diese Kategorie bereits kennt.
- 9 Auch für den Fall, dass in der Satzung die Zustimmung der Hauptversammlung antizipiert erteilt wurde, bedarf es keines

Rückgriffs auf die Doktrin: Derartige Satzungsbestimmungen sind nur innerhalb der personengesellschaftsrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit zulässig. So kann das Recht auf Zustimmung zu Grundlagengeschäften in der Satzung nur ausgeschlossen werden, wenn die Nachteile, die aus einer Vermögensübertragung erfolgen, bereits ausreichend absehbar sind.¹⁷ Zu beachten ist zudem die Treuepflicht, die es im Einzelfall gebietet, trotz der Satzungsregelung eine strukturändernde Maßnahme der Hauptversammlung und den nicht geschäftsführungsbefugten Komplementären vorzulegen.¹⁸ Im Ergebnis sind daher in Sondersituationen auch ohne Heranziehung der Holzmüller-Doktrin Hauptversammlung und nicht geschäftsführungsbefugte Komplementäre zu beteiligen. Da dies gleichermaßen für die Publikums-KGaA und die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA gilt, besteht für die Anwendung der Holzmüller-Doktrin auch in diesem Falle kein Bedarf.

Vor dem Hintergrund der hier untersuchten Thematik eines 10 wirksamen Schutzes der Kommanditaktionäre vor einer Auslöschung ihrer Rechtsstellung ist die Rechtsfolge beider Ansichten bedeutsam. Die Vertretungsmacht der geschäftsführungsbefugten Komplementäre erstreckt sich nicht auf Grundlagengeschäfte der KGaA, so dass die Geschäfte ohne Zustimmung der Mitgesellschafter nicht wirksam und die Gesellschafter damit gegen Eigenmächtigkeiten der vertretungsbefugten Kom-

12 BayObLG v. 14.7.1999 – 3Z BR 11/99, AG 2000, 131; *Ihrig/Schlitt*, ZHR-Beiheft 67, 1998, S. 33, 51; *Perlitt* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 329.

13 *Perlitt* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 83 m.w.N.; ebenso bereits *Assmann/Sethe* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2000, § 278 AktG Rz. 93.

14 BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 ff. = AG 1982, 158 ff.; BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30 = AG 2004, 384 (Gelatine I); BGH v. 26.4.2004 – II ZR 154/02, ZIP 2004, 1001 = NZG 2004, 575 (Gelatine II); BGH v. 20.11.2006 – II ZR 226/05, NZG 2007, 234 = AG 2007, 203. Die Holzmüller-Doktrin wurde bestätigt durch BVerfG v. 7.9.2011 – 1 BvR 1460/10, NZG 2011, 1379 = AG 2011, 873.

15 *Arnold* in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 278 AktG Rz. 12; *Bachmann* in FS Marsch-Barner, 2018, S. 17; *Ihrig/Schlitt*, ZHR-Beiheft 67, 1998, S. 65; *Koch*, DB 2002, 1701, 1702 ff.; *Schaumburg/Schulte*, Die KGaA – Recht und Steuern in der Praxis, 2000, Rz. 60; *Schlitt*, Die Satzung der Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1999, S. 157; *K. Schmidt* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 39; *Vollertsen*, Corporate Governance der börsennotierten KGaA, 2019, S. 111 ff.; wohl auch *Heermann*, ZGR 2000, 61, 70 f.

16 Zu Recht gegen die Anwendung der Holzmüller-Doktrin OLG Stuttgart v. 14.5.2003 – 20 U 31/02, NZG 2003, 778, 783 ff. = AG 2003, 527, 531 f.; *Assmann/Sethe* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2000, Vor § 278 AktG Rz. 102, § 278 AktG Rz. 123, § 285 AktG Rz. 17; *Fett* in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 3 Rz. 19; *Reger* in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 5 Rz. 91 f.; *Wieneke/Fett* in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 10 Rz. 79; *Dirksen/Möhrle*, ZIP 1998, 1377, 1381; *Gaibler*, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, Diss. Augsburg 2014, S. 42 f.; *Herfs* in MünchHdb/AG, 5. Aufl. 2020, § 79 Rz. 55; *Hoffmann-Becking/Herfs* in FS Sigle, 2000, S. 286 f.; *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 17a; *Kessler*, NZG 2005, 148; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2018, § 278 AktG Rz. 57, 67, 69; *Perlitt* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 181; *Pfeiffer*, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien als Beteiligte eines Beherrschungsvertrags und einer Eingliederung, 2005, S. 247 ff., 277; *Philbert*, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien zwischen Personengesellschaftsrecht und Aktienrecht, 2005, S. 194, 200; *Servatius* in Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 10, § 283 AktG Rz. 30.

17 *Reger* in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 5 Rz. 19, 92; *Herfs* in MünchHdb/AG, 5. Aufl. 2020, § 79 Rz. 55 a.E.

18 *Reger* in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 5 Rz. 92; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2018, § 278 AktG Rz. 33, 69; *Fett/Förl*, NZG 2004, 210 ff.; im Ergebnis auch OLG Stuttgart v. 14.5.2003 – 20 U 31/02, NZG 2003, 778, 783 ff. = AG 2003, 527, 531 f.

plementäre geschützt sind.¹⁹ Bei Verletzung der Holzmüller-Doktrin nimmt der BGH dagegen nur Folgen für das Innenverhältnis an.²⁰ Dass die Gesellschafter der KGaA besser geschützt sind als die Aktionäre der AG, ist angesichts der im Vergleich zum Vorstand der AG stärkeren Stellung der vertretungsbefugten Komplementäre eine konsequente Begrenzung ihrer Befugnisse. Eine 1:1-Übertragung der Rechtslage bei der AG wird der Struktur der KGaA nicht gerecht. Sie vernachlässigt insbesondere den Schutz von nicht geschäftsführungsbefugten Komplementären, denen bei der Anwendung der Holzmüller-Doktrin gleichliche Mitwirkungsbefugnis fehlte.

2. Erweiterung der Zustimmungsrechte der Komplementäre

- 11 In den Satzungen von Kapitalgesellschaften & Co. KGaA finden sich des Öfteren Regelungen, mit denen das in § 285 Abs. 2 Satz 1 AktG geregelte Zustimmungsrecht der Komplementäre auf weitere Beschlussgegenstände erweitert wird.²¹ Die Zulässigkeit solcher Klauseln wird im Grundsatz bejaht, soweit es sich um personengesellschaftsrechtliche Kompetenzen handelt.²² Keine Satzungsautonomie besteht hingegen in den über § 278 Abs. 3 AktG und §§ 279 ff. AktG aktienrechtlich geregelten Kompetenzbereichen. Daher überzeugt es nicht, wenn die h.M. eine Satzungsregelung für zulässig hält, wonach der Beschluss der Hauptversammlung über die Verwendung des auf die Kommanditaktionäre entfallenden Gewinnanteils der Zustimmung der Komplementäre bedarf.²³ Der Gewinnverwendungsbeschluss ist aktienrechtlich und damit zwingend geregelt (§ 278 Abs. 3, § 119 Abs. 1 Nr. 2, § 174 AktG). Gegen die Zulässigkeit einer solchen Satzungsbestimmung spricht auch ein *argumentum e contrario* aus § 286 Abs. 1 AktG.²⁴ Die Norm legt allein die Billigung des Jahresabschlusses in die Hände beider Gesellschaftergruppen. Der Gewinn der Komplementäre und auch die Beträge, die in die Kapitalrücklage einzustellen sind, werden bereits bei der Ermittlung des Bilanzgewinns in Abzug gebracht, so dass beide Gesellschaftergruppen über eine Thesaurierung von Überschüssen entscheiden. Demgegenüber obliegt der Entscheid über die Bildung darüber hinausgehender freier Rücklagen der jeweiligen Gesellschaftergruppe.

- 12 Gegen ein Vetorecht der Komplementäre spricht aber vor allem der Umstand, dass das Recht auf Teilhabe am Unternehmenserfolg zum Kernbereich der Mitgliedschaft zählt.²⁵ Bei einer gesetzestypischen KGaA hat die eine Gesellschaftergruppe die Herrschaft im Unternehmen und die andere beschränkt sich auf die Rolle eines Finanziers mit gewissen Mitwirkungsrechten. Würde man nun den Herrschern im Unternehmen auch noch die Möglichkeit einräumen, den Finanziers den Bezug von Dividenden zu sperren, wären diese im Wesentlichen rechtlos. Zwar könnte man auf § 254 AktG hinweisen, der einen Schutz vor übermäßiger Thesaurierung verschafft,²⁶ doch beseitigt dieser nicht das Ungleichgewicht zwischen den Gesellschaftergruppen. Da Gewinnanteile und Tätigkeitsvergütungen der Komplementäre bereits aus dem Jahresüberschuss herausgerechnet sind, betrifft der Gewinnverwendungsbeschluss *nur* den unter den Kommanditaktionären zu verteilenden Gewinn und eventuell die von diesen zu bildenden Rücklagen. Warum sollte es den Komplementären erlaubt sein, die Gewinnverwendung der Kommanditaktionäre beschränken zu können, während sie den auf sie entfallenden Gewinn und die Tätigkeitsvergütungen erhalten und entnehmen dürfen? Für ein durch Satzung begründetes Veto-

recht in Bezug auf den Gewinnverwendungsbeschluss besteht deshalb weder eine rechtliche Grundlage noch eine Rechtfertigung.²⁷ Neben dem Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft würde das Vetorecht auch die Machtbalance im Unternehmen gefährden. Nicht überzeugend ist es daher auch, das Vetorecht zuzulassen, aber dessen Ausübung am Maßstab der Treuepflicht zu überprüfen.²⁸ Wenn man es entgegen der hier vertretenen Ansicht überhaupt für zulässig halten will, müsste man verlangen, dass mit Ausübung des Vetorechts auch den Komplementären eine Gewinnentnahme untersagt wird, um eine Gleichbehandlung beider Gesellschaftergruppen zu erreichen und einen Anreiz zu setzen, dass die Komplementäre nur im Unternehmensinteresse und nicht selbstbezogen entscheiden.

3. Schutz vor Aushöhlung durch Bewertung von Sacheinlagen

Gestattet die Satzung den Komplementären Sondereinlagen (§ 281 Abs. 2 AktG), werden diese bei der Gewinnverteilung unter den Gesellschaftergruppen berücksichtigt. Die Vermögensrechte der Gesamtheit der Kommanditaktionäre sind der Gefahr einer Verwässerung ausgesetzt, wenn Komplementäre überbewertete Sacheinlagen einbringen. Trotz dieser bekannten Gefahr lehnt die h.M. eine Gründungsprüfung der Sacheinlage ab, da das Aktienrecht eine solche nur bei Sacheinlagen *auf das*

19 BGH v. 8.2.1952 – I ZR 92/51, NJW 1952, 537 (zur KG); Roth in Baumbach/Hopt, 39. Aufl. 2020, § 126 HGB Rz. 3; v. Ditzfurth in MünchHdb/OHG, 5. Aufl. 2019, § 54 Rz. 7; K. Schmidt in MünchKomm/HGB, 4. Aufl. 2016, § 126 HGB Rz. 19, 13.

20 BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, NZG 2004, 573 = AG 2004, 384 (Gelatine I); BGH v. 26.4.2004 – II ZR 154/02, ZIP 2004, 1001 = NZG 2004, 578 (Gelatine II).

21 Vgl. Pühler in Happ, AktR, 5. Aufl. 2019, 1.03 Rz. 27.3; Schaumburg/Schulte, Die KGaA – Recht und Steuern in der Praxis, 2000, Rz. 17.

22 Statt vieler bereits Assmann/Sethe in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2000, § 285 AktG Rz. 21, 61 ff., 80 ff.

23 Für zulässig halten dies Pühler in Happ, AktR, 5. Aufl. 2019, 1.03 Rz. 27.3, Rz. 37.1; Herfs in MünchHdb/AG, 5. Aufl. 2020, § 81 Rz. 21; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2018, § 286 AktG Rz. 33; Perlitt in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 285 AktG Rz. 45, § 286 AktG Rz. 80, im Hinblick auf eine Publikums-KG aber mit Vorbehalten § 278 AktG Rz. 363 (Satzungsgestaltungen sind in ihrer Gesamtheit zu betrachten und können insgesamt die Interessen der Kommanditaktionäre angemessen berücksichtigen). Bei der nicht notierten KGaA bzw. der personalistischen KGaA für zulässig halten dies LG München I v. 29.8.2013 – 5HK O 23315/12, NZG 2014, 700, 701 f.; Schlitt, Die Satzung der Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1999, S. 227; K. Schmidt in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 286 AktG Rz. 12. Zum Teil wird immerhin eine Kontrolle des Vetorechts am Maßstab der Treuepflicht verlangt, Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 285 AktG Rz. 2; Bachmann in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 33a.

24 So die Begr. zum RegE AktG 1965, vgl. Kropff, AktG, 1965, S. 369 f.; ebenso Philbert, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien zwischen Personengesellschaftsrecht und Aktienrecht, 2005, S. 219.

25 Ebenso Wichert, AG 2000, 268, 270.

26 So Bachmann in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 33a.

27 Arnold in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 286 AktG Rz. 1; Reger in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 5 Rz. 396, Rz. 422; Schließer in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 6 Rz. 36 f.; Förll/Fett in Bürgers/Körper, 4. Aufl. 2017, § 285 AktG Rz. 9; Mense, GWR 2014, 323; Wichert in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 286 AktG Rz. 10; Otte, Die AG & Co. KGaA, 2011, S. 174 f.; Philbert, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien zwischen Personengesellschaftsrecht und Aktienrecht, 2005, S. 219; Wichert, AG 2000, 268, 270; ebenso auch noch Servatius in Grigoleit, 2013, § 286 AktG Rz. 2.

28 So Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 285 AktG Rz. 2; Bachmann in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 33a.

Grundkapital vorschreibe. Diese Argumentation übersieht die Entstehungsgeschichte der aktienrechtlichen Gründungsprüfung.²⁹ Nicht weiterhelfen kann auch der Hinweis, dass Finanzanalysten die Überbewertung schon entdecken werden.³⁰ Selbst wenn sie sie entdeckten, wären die Anleger bereits getäuscht. Auch ist nicht jede KGaA börsennotiert. Erwogen wird daher eine Bewertung der Sacheinlage im Rahmen der Abschlussprüfung samt Differenzhaftung.³¹ Doch setzt dies eine bestehende Pflicht zur Abschlussprüfung voraus, die bei kleinen KGaA fehlt (§ 316 Abs. 1 Satz 1 HGB). Die Widersprüchlichkeit der h.M. zeigt sich auch daran, dass sie bei einer Erhöhung der Sondereinlage eine Überbewertung über § 255 AktG analog verhindern will.³² Man muss sowohl die Gründungsprüfung als auch die Analogie zu § 255 AktG befürworten. Sonst würde man bei Kapitalerhöhungen Vorsicht walten lassen, bei der Gründung aber nicht. Da die KGaA ohnehin einer Gründungsprüfung unterliegt, weil die Komplementäre zugleich Gründer und geschäftsführungsbefugte Gesellschafter sind (§ 33 Abs. 2 Nr. 1 AktG), muss man diese Prüfung also nur um einen Prüfgegenstand erweitern.

V. Schutz der Gesamtheit der Kommanditaktionäre auf organschaftlicher Ebene

1. Geschäftsführung

- 14 Außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen bedürfen eines Beschlusses aller Komplementäre und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre (§ 278 Abs. 2 AktG, § 116 Abs. 2, § 164 Satz 1 Halbs. 2 HGB). Unstreitig zulässig ist die Übertragung des Zustimmungsrechts der Gesamtheit der Kommanditaktionäre auf den Aufsichtsrat oder einen Beirat, an dessen Besetzung die Kommanditaktionäre mitwirken können.³³ So wird die Mitwirkung der Kommanditaktionäre gesichert, aber die aufwendige und zeitraubende Durchführung einer Hauptversammlung vermieden. Ob auch der gänzliche Ausschluss des Zustimmungsrechts zulässig ist, wird kontrovers beurteilt. Da sich der Stand der Diskussion in den letzten 20 Jahren nicht verändert hat, wird aus Platzgründen auf eine erneute Befassung mit dem Thema verzichtet.³⁴

2. Hauptversammlung

a) Stimmverbote

- 15 Die Hauptversammlung ist die Versammlung der Kommanditaktionäre. Komplementäre haben weder ein Stimmrecht noch darf ihnen ein solches kraft Satzung gewährt werden. Ihnen steht ein Stimmrecht nur zu, wenn sie zugleich Kommanditaktionäre sind (§ 285 Abs. 1 Abs. 1 Satz 1 AktG), wobei es in bestimmten Fällen (vgl. § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG) ausgeschlossen ist, um Interessenkollisionen zu verhindern. Hat die KGaA eine Komplementärgesellschaft, gelten diese Stimmverbote auch für sie und für die Kommanditaktien besitzenden Mitglieder von deren Leitungsorgan.³⁵ Nur am Rande thematisiert wird, ob auch die Mitglieder des Aufsichtsrats der Komplementärgesellschaft von Stimmverboten erfasst werden. Dies ist zu bejahen, wenn sie sich in einem Interessenkonflikt zur KGaA befinden, z.B. wenn es um Geltendmachung oder Verzicht auf Ersatzansprüche geht.³⁶ Denn ein Fehlverhalten der Aufsichtsratsmitglieder in der Komplementär-AG kann zugleich ein Fehlverhalten der Komplementärgesellschaft gegenüber der KGaA darstellen.

Umstritten ist, ob die Stimmverbote auch für Gesellschafter der Komplementärgesellschaft gelten. (1) Um den Anschein der Befangenheit zu vermeiden, sollen nach einer Ansicht alle Gesellschafter der Komplementärgesellschaft erfasst sein.³⁷ (2) Ähnlich streng sind diejenigen, die die Stimmverbote auf alle Gesellschafter anwenden, sofern diese mehr als nur unwesentlich beteiligt sind.³⁸ Innerhalb dieser Ansicht erfolgt zum Teil eine weitere Differenzierung, indem die Stimmverbote nur auf Gesellschafter einer *Komplementär-GmbH* angewendet werden, nicht aber auch auf die Aktionäre einer Komplementär-AG, denn der Vorstand der AG handele unabhängig und sei nicht weisungsunterworfen (§ 76 Abs. 1 AktG). (3) Die h.M. erstreckt die Stimmverbote auf die maßgeblich beteiligten Gesellschafter, beherrschende/n Gesellschafter/Gesellschaftergruppe.³⁹ Teilweise werden aber auch hier die Aktionäre einer Komplementär-AG mangels Weisungsmöglichkeit gegenüber

29 Einzelheiten bei *Assmann/Sethe* in *Großkomm/AktG*, 4. Aufl. 2000, § 281 AktG Rz. 25.

30 *Bürgers* in *Bürgers/Fett*, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 4 Rz. 38.

31 So *Wichert*, Die Finanzen der Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1999, S. 113; *Herfs* in *MünchHdb/AG*, 5. Aufl. 2020, § 77 Rz. 25; *Bachmann* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 280 AktG Rz. 13.

32 *Hoffmann-Becking/Herfs* in *FS Sigle 2000*, S. 273, 294; *Herfs* in *MünchHdb/AG*, 5. Aufl. 2020, § 80 Rz. 6; *Perlitt* in *MünchKomm/AktG*, 5. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 392; *Bachmann* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 281 AktG Rz. 12. Anders *Fett* in *Bürgers/Fett*, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 7 Rz. 7, der eine Schadensersatzpflicht wegen der Verletzung der Treuepflicht befürwortet.

33 Statt vieler *Kessler*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA zur Einwirkung auf die Geschäftsführung, 2003, S. 212 f. m.w.N.

34 Vgl. stattdessen *Assmann/Sethe* in *Großkomm/AktG*, 4. Aufl. 2000, § 278 AktG Rz. 110 ff.

35 Statt vieler *Assmann/Sethe* in *FS Lutter*, 2000, S. 251, 266; *Bachmann* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 25; *Bürgers* in *Bürgers/Fett*, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 5 Rz. 464. Offen gelassen von BGH v. 5.12.2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192 Rz. 21 = AG 2006, 117, 119.

36 A.A. *Herfs* in *MünchHdb/AG*, 5. Aufl. 2020, § 79 Rz. 64 (zu § 287 Abs. 3 AktG).

37 *Halasz/Kloster/Kloster*, GmbH 2002, 77, 85; *Ihrig/Schlitt*, ZHR-Beiheft 67, 1998, S. 46 f.; *Neumann-Duesberg*, Die Besetzung des Aufsichtsrats der atypischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, 2015, S. 151 ff.; *Wichert*, AG 2000, 268, 274.

38 *Bürgers* in *Schütz/Bürgers/Riotte*, KGaA, 2004, § 5 Rz. 464 (Ansicht in der Folgeaufl. aufgegeben); *Förl*, Die GmbH & Co. KGaA als abhängiges Unternehmen, Diss. Düsseldorf 2003, S. 33 („Einfluss“); *Wichert* in *Heidel*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 285 AktG Rz. 4; *Kiefer*, Anlegerschutz durch Gesellschaftsrecht in der börsennotierten GmbH & Co. KGaA, 2001, S. 145 ff. (mehr als nur unwesentlich ist für ihn jede Beteiligung über 10 %); *Semler/Perlitt* in *MünchKomm/AktG*, 2. Aufl. 2000, § 278 AktG Rz. 336; *Schlitt*, Die Satzung der Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1999, S. 207 (GmbH); *Wank*, ZGR 1979, 222, 228 (zu § 47 GmbHG); ebenso noch *Assmann/Sethe* in *Großkomm/AktG*, 4. Aufl. 2000, § 285 AktG Rz. 25 (Ansicht wird vom Verfasser aufgegeben) (anders aber *Assmann/Sethe* in *FS Lutter*, 2000, S. 251, 266).

39 OLG Frankfurt v. 28.5.2013 – 5 U 126/12, juris Rz. 34 f.; (zu § 287 Abs. 3 AktG); *Arnold* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 4; *Assmann/Sethe* in *FS Lutter*, 2000, S. 251, 266; *Förl/Fett* in *Bürgers/Körber*, 4. Aufl. 2017, § 285 AktG Rz. 3; *Fett/Stütz*, NZG 2017, 1125; *Servatius* in *Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 285 AktG Rz. 10; *Hoffmann-Becking/Herfs* in *FS Sigle*, 2000, S. 273, 289; *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 285 AktG Rz. 1; *Perlitt* in *MünchKomm/AktG*, 5. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 325, § 285 AktG Rz. 19, 22 a.E.; *K. Schmidt* in *FS Priester*, 2007, S. 691, 705 (im „Zentralverwaltungsmodell“); *K. Schmidt* in *K. Schmidt/Lutter*, 4. Aufl. 2020, § 285 AktG Rz. 12; *Schnülle*, NZG 2017, 1057; *Seibt/von Rimon*, AG 2019, 753, 758 f.; ebenso noch *Bachmann* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 25 f. Offen gelassen von BGH v. 5.12.2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192 Rz. 21 = AG 2006, 117, 119. Zu den beherrschenden Gesellschaftern einer Personengesellschaft *Henne-mann*, ZHR 182 (2018), 157, 176 f. m.w.N.

dem Vorstand ausgenommen.⁴⁰ (4) Andere lehnen aus Gründen der Rechtssicherheit die Erstreckung der Stimmverbote auf die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft gänzlich ab.⁴¹

- 17 Der Meinungsstreit beruht auf unterschiedlichen Vorstellungen über die verfolgten Normzwecke. Zahlreiche Autoren setzen sich mit dem Normzweck der Stimmverbote nur oder vor allem unter dem Gesichtspunkt der Aufsichtsratswahl auseinander. Sie messen der Einschränkung des passiven (§ 287 Abs. 3 AktG) und des aktiven Wahlrechts (§ 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG) denselben Zweck zu⁴² und verallgemeinern sodann den ermittelten Zweck auf alle Stimmverbote des § 285 Abs. 1 AktG.⁴³ Verkompliziert wird dieses Vorgehen anschließend durch den Umstand, dass man die Normzwecke von § 285 Abs. 1 Satz 2, § 287 Abs. 3 AktG einerseits und § 105 AktG andererseits gleichsetzt⁴⁴ und dabei verkennt, dass die Stimmverbote bei der KGaA auch diejenigen Zwecke verfolgen, die bei der AG durch § 136 AktG erreicht werden sollen. Wenn die Funktionen des Aufsichtsrats von AG und KGaA wirklich deckungsgleich wären, müsste sich auch bei der AG eine Norm finden, die befangene Personen von der Wahl des Aufsichtsrats ausschließt. Gerade deren Fehlen zeigt, dass § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG eine andere (weitreichendere) Funktion zukommen muss. Bei der KGaA entspricht zwar die Inhabilität (§ 287 Abs. 3 AktG) dem Recht der AG (§ 105 AktG), nicht aber auch die Wahlberechtigung zum Aufsichtsrat. Eine Gleichsetzung von § 285 Abs. 1 Satz 2, § 287 Abs. 3 AktG und § 105 AktG verbietet sich daher. Mit den Stimmverboten trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass dem Aufsichtsrat der KGaA gerade weitere Funktionen als dem der AG zukommen. Da die Kommanditaktionäre – wie erwähnt – von der Wahl der Unternehmensleitung ausgeschlossen sind, können sie keine Kurskorrektur über deren Abwahl herbeiführen. Als Kompensation steht ihnen mit dem Aufsichtsrat eine vom Einfluss der anderen Gesellschaftergruppe unabhängige Kontrollinstanz zur Verfügung, die zudem in bestimmten Fällen (§ 287 Abs. 1, 2 AktG) ihre Interessen wahrnimmt. Der Einwand, der Aufsichtsrat der KGaA sei kein Organ der Gesellschaftergruppe, sondern ein solches der Gesellschaft, überzeugt nicht, denn der Aufsichtsrat kann selbstverständlich auch dann die Interessen der Kommanditaktionäre vertreten, wenn man ihn als Organ der KGaA begreift (s. auch Rz. 26).⁴⁵

- 18 Betrachtet man nicht nur das Stimmverbot in Nr. 1, sondern alle Stimmverbote des § 285 Abs. 1 AktG, wird das gefundene Ergebnis bestätigt: Um eine angemessene Interessenvertretung der Kommanditaktionäre in der Gesellschaft zu gewährleisten, muss die Hauptversammlung ein Organ sein, das hinsichtlich bestimmter *Mindestkontrollrechte* der Kommanditaktionäre nicht auch noch von den Komplementären dominiert wird. Nur so lässt sich verhindern, dass die Kontrolle der Unternehmensleitung ausgehöhlt wird. Betrachtet man die Liste der Stimmverbote, geht es dem Gesetzgeber in § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG allein darum, die Kontrollkompetenzen zugunsten der Kommanditaktionäre frei vom Einfluss der Komplementäre zu halten. In diesem Sinne kann man von „Gegnerfreiheit“ sprechen, weil die andere Gesellschaftergruppe gerade nicht Sonderprüfer, Haftungsklagen etc. verhindern können soll. Das Argument des BGH, eine Gegnerfreiheit sei nicht möglich, weil ja auch der Aufsichtsrat der KGaA der Mitbestimmung unterliege und es Entsendungsrechte gebe,⁴⁶ überzeugt nicht.⁴⁷ Gegnerfreiheit heißt „frei von dem Einfluss der gegnerischen Mannschaft“, sagt aber nichts über die Zusammensetzung der eige-

nen Mannschaft aus. Das Vorhandensein der Mitbestimmung führt gerade nicht zu einem (veränderten) Einfluss *der Komplementäre*. Auch der Hinweis des BGH, im Aufsichtsrat könnten Entsendungsrechte bestehen, ist nicht überzeugend, da hier der BGH einem Zirkelschluss aufgesessen ist. Im Verfahren „Spaten“ ging es seinerzeit u.a. um die Frage, ob das Stimmverbot des § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG und die Inhabilitätsvorschrift des § 287 Abs. 3 AktG nicht dazu führen müssten, dass den Komplementären kein Entsendungsrecht zustehen darf. Dann aber kann das Entsendungsrecht nicht Argument für die Auslegung von § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG sein.

Durch die Fokussierung der Diskussion auf § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 287 Abs. 3 AktG und § 105 AktG hat man die Vorschrift des § 136 AktG unbeachtet gelassen. Dort ist anerkannt, dass die Stimmverbote ein Richten in eigener Sache verhindern sollen. Daher steht dem Aktionär kein Stimmrecht zu bei seiner Entlastung als Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats, seiner Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft und der Geltendmachung eines Anspruchs gegen ihn. Die Norm entspricht damit § 285 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2, 4, 5 AktG. Auch die Rechtsfolgen sind vergleichbar: In den genannten Angelegenheiten kann ein Aktionär (1) das Stimmrecht aus seinen Aktien nicht für sich selbst ausüben (§ 136 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. AktG) oder (2) durch einen Vertreter ausüben lassen (§ 136 Abs. 1 Satz 1 AktG). (3) Auch darf er nicht das Stimmrecht aus Aktien eines anderen Aktionärs ausüben (§ 136 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. AktG). Seinem Zweck entsprechend wird § 136 AktG auch auf die Konstellation ausgedehnt, in der die von § 136 AktG erfasste befangene Person zwar nicht selbst Aktionärin ist, aber maßgeblichen Einfluss auf das Stimmverhalten derjenigen Gesellschaft hat, die Aktionärin der AG bzw. KGaA ist (Drittgesellschaft). Hier besteht die Gefahr, dass eine gesellschaftsrechtlich begründete nachhaltige Interessenverknüpfung zur Drittgesellschaft besteht, die intensiver ist als diejenige zur AG, so dass sich das Mitglied der Drittgesellschaft

40 *Bürgers* in *Bürgers/Fett*, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 5 Rz. 464 i.V.m. Rz. 452 a.E.; *Herfs* in *MünchHdb/AG*, 5. Aufl. 2020, § 79 Rz. 41.

41 *Mertens/Cahn* in *KölnKomm/AktG*, 3. Aufl. 2018, § 285 AktG Rz. 8; *Otte*, *Die AG & Co. KGaA*, 2011, S. 168 ff.; tendenziell auch *Reichert*, ZIP 2014, 1957, 1960 f. sowie *Wollburg* in *FS Hoffmann-Becking*, 2013, S. 1425 ff. (zur Parallelvorschrift des § 287 Abs. 3 AktG). *Bachmann*, AG 2019, 581 ff. und *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1458 ff. haben jüngst ihre Position zu § 287 Abs. 3 AktG geändert. Ob sie dies auch in Bezug auf die Stimmverbote tun, ist noch offen.

42 *Etwa Bachmann* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 26; *Hennemann*, ZHR 182 (2018), 157, 184; *Seibt/von Rimon*, AG 2019, 753, 758.

43 *Bachmann* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 26 („Grund für die *Stimmrechtsausschlüsse*“ – Hervorhebung vom Verf.); an der Vorgehensweise zweifelnd nun aber *Bachmann* in *Spindler/Stilz*, BeckOGK/AktG, Stand 15.1.2020, § 285 AktG Rz. 27.

44 Vgl. zur Gleichsetzung von § 287 Abs. 3 AktG und § 105 AktG *Bachmann*, AG 2019, 581 ff.; *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1458 ff.

45 Kommt es zu einem Konflikt zwischen den Interessen der KGaA und denen der Kommanditaktionäre, muss ein besonderer Vertreter bestellt werden, dazu *Assmann/Sethe* in *Großkomm/AktG*, 4. Aufl. 2000, § 287 AktG Rz. 54, 61.

46 BGH v. 5.12.2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192 Rz. 15 = AG 2006, 117, 118; *Hennemann*, ZHR 182 (2018), 157, 163; *Hoffmann-Becking/Herfs* in *FS Sigle*, 2000, S. 273, 289; wohl auch *Schmülle*, NZG 2017, 1056 sowie zu § 287 Abs. 3 AktG *Bachmann*, AG 2019, 581, 583 f.; *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1459.

47 LG München I v. 5.4.2002 – 5HK O 2178/01, AG 2002, 467, 468; *Bürgers* in *Bürgers/Körber*, 4. Aufl. 2017, § 5 AktG Rz. 448.

eher von deren Interessen leiten lässt als von denen der AG.⁴⁸ Dies ist bei der Einpersonen-Gesellschaft stets der Fall, da die wirtschaftlichen Interessen von Gesellschaft und Alleingesellschafter deckungsgleich sind.⁴⁹ Gleiches gilt, wenn der Aktionär für die Schulden der Drittgesellschaft haftet.⁵⁰ Umstritten ist die Lage im Hinblick auf einen Gesellschafter, der – ohne Alleingesellschafter zu sein – an der Drittgesellschaft maßgeblich beteiligt ist. Auch hier kann sich die Gefahr einer Interessenkollision verwirklichen, denn der maßgeblich beteiligte Gesellschafter wird regelmäßig im Interesse der Drittgesellschaft entscheiden.⁵¹ Ein Teil des Schrifttums lässt hier die rechtlich gesicherte Möglichkeit der Einflussnahme ausreichen, wie sie etwa bei einer Mehrheitsherrschaft besteht.⁵² Die Gegenansicht verlangt „ein überwiegendes unternehmerisches Interesse an der anderen Gesellschaft“, wofür die Mehrheitsherrschaft nur ein Indiz sei.⁵³ Im Ergebnis spricht auch die Auslegung zur Parallelvorschrift des § 136 AktG dafür, die in § 285 Abs. 1 AktG genannten Stimmverbote auf den Alleingesellschafter bzw. den/die maßgeblich beteiligten Gesellschafter der Komplementärgesellschaft zu erstrecken.

20 Hiergegen ließe sich einwenden, dass diese Kommanditaktien besitzenden Gesellschafter der Komplementärgesellschaft genauso am Wohlergehen der KGaA interessiert seien wie die übrigen Kommanditaktionäre. Dieses zur Inhabilität nach § 287 Abs. 3 AktG vorgebrachte Argument⁵⁴ überzeugt in Bezug auf die Stimmverbote nicht, denn bei § 285 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG geht es auch um die Kontrolle der Geschäftsführung. Eine solche ist gerade in Zeiten, in denen die Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung kontrovers beurteilt wird, wichtig. Wenn etwa die maßgeblich an der Komplementärgesellschaft beteiligten Gesellschafter mit ihren Kommanditaktien in der Hauptversammlung der KGaA die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der KGaA gegen ihre Komplementärgesellschaft verhindern könnten, wären die Minderheitskommanditaktionäre völlig rechtlos gestellt. Auch läge es nicht im Interesse der Minderheit, wenn die Abschlussprüfer indirekt von der Geschäftsleitung gewählt werden könnten, indem die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft ihre Kommanditaktienmehrheit entsprechend nutzen. Gegen die Erstreckung der Stimmverbote auf die beherrschenden Gesellschafter wird weiterhin vorgebracht, dass die Minderheitsaktionäre ausreichenden Schutz durch das Konzernrecht genießen.⁵⁵ Die Anwendung des Konzernrechts auf die Komplementärgesellschaft und damit der Schutz der abhängigen KGaA durch die §§ 311 ff. AktG ist jedoch nur selten gegeben: Eine Komplementärgesellschaft, die sich auf die Ausübung der Organfunktion in der KGaA beschränkt, ist kein Unternehmen i.S.d. Konzernrechts. Der Schutz durch das Konzernrecht ist daher in der überwiegenden Zahl der heute existierenden KGaA gerade nicht gewährleistet, bei denen die Komplementärgesellschaft ausschließlich die Organfunktion wahrnimmt.

21 Die Stimmverbote des § 285 Abs. 1 AktG sind daher auf den Alleingesellschafter bzw. den/die maßgeblich beteiligten Gesellschafter der Komplementärgesellschaft zu erstrecken. Die verlässliche Möglichkeit der Einflussnahme reicht bereits aus.⁵⁶ Gleiches gilt für den Fall, dass sich sämtliche Anteile der Komplementärgesellschaft in der Hand von einigen Kommanditaktionären befinden, da diese regelmäßig dem Interesse der von ihnen völlig beherrschten Komplementärgesellschaft Vorrang vor dem der KGaA einräumen werden.⁵⁷ Auch kann es keine Rolle spie-

len, ob ein beherrschender Einfluss auf die Komplementärgesellschaft direkt oder vermittelt durch zwischengeschaltete weitere beherrschte Gesellschaften ausgeübt wird. Daher erstrecken sich die Stimmverbote auch auf einen die Komplementärgesellschaft mittelbar beherrschenden Kommanditaktionär.⁵⁸ Gleiches gilt für die Kommanditaktien besitzenden Vertretungsorgane einer juristischen Person, die an der Komplementärgesellschaft beteiligt sind.⁵⁹ Besitzen die Mitglieder des Aufsichtsrats der Komplementärgesellschaft Kommanditaktien der KGaA, werden sie nach h.M. allein aufgrund ihrer Stellung als Aufsichtsratsmitglieder nicht von den Stimmverboten erfasst.⁶⁰ Diese Einschränkung der Stimmverbote geht jedoch zu weit. Wenn die Aufsichtsratsmitglieder zugleich die Komplementärgesellschaft beherrschen, fallen sie ebenfalls unter die Stimmverbote. Gleiches gilt für Beschlüsse über eine Sonderprüfung oder die Geltendmachung von oder den Verzicht auf Ersatzansprüche, sofern auch die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder in Rede steht.

b) Entsenderechte

Erwirbt ein Komplementär (oder die Komplementärgesellschaft oder diese beherrschende Gesellschafter) Aktien, die ein Entsendungsrecht nach § 101 Abs. 2 AktG begründen, darf er dieses nicht ausüben oder ausüben lassen;⁶¹ § 285 Abs. 1 Satz 2

48 Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 136 AktG Rz. 12; Spindler in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 136 AktG Rz. 15; Tröger in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2017, § 136 AktG Rz. 74; Villeda, AG 2013, 57, 63 f.

49 § 136 AktG ist daher anwendbar, BGH v. 22.4.1971 – III ZR 46/68, BGHZ 56, 47, 53 = NJW 1971, 1265, 1267; BGH v. 29.3.1973 – II ZR 25/70, NJW 1973, 1039, 1040 f.; BGH v. 10.2.1977 – II ZR 81/76, BGHZ 68, 107, 109; Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 136 AktG Rz. 12 f.; Riekers in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 136 AktG Rz. 31 f. Abweichend Grundmann in Großkomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 136 AktG Rz. 24, der die Interessenkollision zwar ebenfalls sieht, sie aber nicht über ein Stimmverbot, sondern über die Treuepflicht lösen will.

50 Riekers in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 136 AktG Rz. 32 m.w.N.

51 Vgl. die Nachweise in Fn. 49. Enger hingegen Riekers in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 136 AktG Rz. 31 f.

52 Statt vieler Hoffmann-Becking in MünchHdb/AG, 5. Aufl. 2020, § 39 Rz. 42 m.w.N.

53 Arnold in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2018, § 136 AktG Rz. 43 m.w.N.; Riekers in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 136 AktG Rz. 32.

54 Bachmann, AG 2019, 581, 586.

55 Habersack, ZIP 2019, 1453, 1457 f.; Bachmann, AG 2019, 581, 588 (jeweils zu § 287 Abs. 3 AktG).

56 Ausführlich Seibt/von Rimon, AG 2019, 753, 758 f.

57 Arnold, Die GmbH und Co. KGaA, 2001, S. 103.

58 Hennemann, ZHR 182 (2018), 157, 185 i.V.m. 177; a.A. Seibt/von Rimon, AG 2019, 753, 758 f., die dies aus Gründen der Rechtssicherheit ablehnen.

59 Jeweils zu § 287 Abs. 3 AktG OLG Frankfurt v. 28.5.2013 – 5 U 126/12, juris Rz. 33; Arnold in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 4; Hennemann, ZHR 182 (2018), 157, 171 f.; a.A. zu § 287 Abs. 3 AktG Bachmann, AG 2019, 581, 589; Habersack, ZIP 2019, 1453, 1461, die das Stimmverbot nicht auf beherrschende Gesellschafter erstrecken und folglich auch nicht auf eine mittelbare Beherrschung.

60 Hennemann, ZHR 182 (2018), 157, 185 i.V.m. 167 ff. sowie jeweils zu § 287 Abs. 3 AktG Arnold in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 287 AktG Rz. 2; Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 4; Wollburg in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1430 f.

61 Vgl. etwa OLG München v. 13.8.2003 – 7 U 2927/02, NZG 2004, 521, 525 f. = AG 2004, 151, 155; Bachmann in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 16, § 287 AktG Rz. 4b; K. Schmidt in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 285 AktG Rz. 16; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2018, § 285 AktG Rz. 13; Neumann-Duesberg, Die Besetzung des Aufsichtsrats der atypischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, 2015, S. 135 f.; Perlit in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 285 AktG Rz. 26.

Nr. 1 AktG ist analog anzuwenden.⁶² Der BGH vertrat im „Spaten“-Urteil die Ansicht, als Mittel zur Sicherung des Familieneinflusses sei die Übertragung von mit dem Entsenderecht versehenen Aktien eines Komplementärs auf einen Dritten zulässig, auch wenn dieser der Familie des Komplementärs nahesteht, solange der Erwerber frei und weisungsunabhängig sei.⁶³ Dies ist vertretbar, denn eine Familie stellt keinen homogenen Block dar. Allein die Zugehörigkeit zu einer Familie sagt noch nichts darüber aus, ob der Betreffende der Familienpolitik auch folgt.

- 23 Nicht überzeugen können aber die weiteren Ausführungen des BGH, es sei unschädlich, wenn sich der Komplementär an entsendeberechtigten Aktien ein schuldrechtliches Rückübertragungsrecht vorbehalte.⁶⁴ Denn der Komplementär kann, sofern ihm die Entsendungspolitik des Dritten nicht zusagt, jederzeit die Aktien an sich ziehen und an eine andere, ihm gewogene Person übertragen. Der drohende Rechtsverlust kann durchaus die freie Entscheidung beeinflussen. Das jederzeit ausübbares Rückkaufsrecht an den entsendeberechtigten Aktien (zumal wenn es ohne Gegenleistung erfolgen kann, wie im vom BGH entschiedenen Fall) entfaltet eine disziplinierende Wirkung auf den Berechtigten. Hinzu kommt, dass im entschiedenen Fall die mit dem Entsenderecht versehenen Aktien zuvor den Komplementären gehört hatten (vermittelt über eine Komplementärgesellschaft), diese sie im laufenden Gerichtsverfahren unter Stundung der Gegenleistung an ein Familienmitglied übertragen und nach der Übertragung auf die familienangehörige Person die gleichen Aufsichtsratsmitglieder wie zuvor entsandt wurden. Dass das OLG München und ihm folgend der BGH in dieser äußerst ungewöhnlichen Gestaltung und Abfolge der Ereignisse keine Umgehung von § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 287 Abs. 3 AktG sahen, verwundert. Zur Verneinung einer Umgehung genügte es dem OLG, dass die Komplementärin ihre in der Vergangenheit unzulässige Entsendungspraxis korrigieren wollte. Dass dies mit zweifelhaften Mitteln geschah, erkannte das OLG („nicht um ein nach rein marktüblichen Kriterien abgewickelter Verkaufsgeschäft“), zog hieraus aber überraschenderweise keine Schlüsse, obwohl sich das Vorliegen einer unzulässigen Treuhandschaft förmlich aufdrängte. Der BGH griff die unzureichende Schlussfolgerung aus diesem Sachverhalt im Urteil des OLG nicht auf, sondern sah sich an das von der Vorinstanz gefundene Ergebnis gebunden.

3. Aufsichtsrat

a) Funktionen des Aufsichtsrats

- 24 Gemäß § 278 Abs. 3, §§ 95 ff. AktG gelten die Vorschriften des Ersten Buchs, so dass der Aufsichtsrat der KGaA im Unternehmensinteresse die Geschäftsführung überwacht. Ihm fehlt allerdings die Personalkompetenz. Er führt die Beschlüsse der Gesamtheit der Kommanditaktionäre aus und vertritt diese in Rechtsstreitigkeiten mit den Komplementären (§ 287 Abs. 1 und 2 AktG). Er ist für die Vertretung der KGaA gegenüber den Komplementären zuständig (§ 278 Abs. 3, § 112 AktG). Die Satzung kann ihm weitere Kompetenzen in den unter § 278 Abs. 2 AktG fallenden Bereichen verleihen. Der Aufsichtsrat der KGaA unterscheidet sich daher wesentlich von demjenigen der AG, um die Machtbalance unter den beiden Gesellschaftergruppen zu gewährleisten. Die Stimmverbote in § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG und der Inhabilitätsvorschrift des § 287 Abs. 3

AktG dienen dazu, die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats vom Einfluss der Komplementäre sicherzustellen. Die Praxis versucht immer wieder, den Gesellschaftern der Komplementärgesellschaft dennoch Einfluss im Aufsichtsrat der KGaA zu verschaffen. Daher ist auf die Reichweite von § 287 Abs. 3 AktG näher einzugehen, zumal sich hier die Diskussion seit 2000 am stärksten weiterentwickelt hat.

b) Inhabilität

§ 287 Abs. 3 AktG erfasst sämtliche Komplementäre (egal, ob 25 geschäftsführungsbefugt oder nicht⁶⁵ und ob natürliche oder juristische Person) und die Organmitglieder einer Komplementärgesellschaft.⁶⁶ Ob sich die Norm auch auf die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft erstreckt, ist umstritten. Der BGH hat sich in dieser Frage nicht festgelegt, aber immerhin eine Tendenz erkennen lassen.⁶⁷ Im Schrifttum lassen sich – ähnlich wie bei den Stimmverboten – vier Standpunkte unterscheiden: (1) Einige Autoren sehen alle Gesellschafter der Komplementärgesellschaft als erfasst an,⁶⁸ um den Anschein der Befangenheit bei der Überwachung der Geschäftsführung zu vermeiden und die Vertretungsfunktion des Aufsichtsrats für die Gesamtheit der Kommanditaktionäre abzusichern. (2) Ähnlich streng sind diejenigen, die die Norm auf alle Gesellschafter anwenden, sofern diese mehr als nur unwesentlich

62 OLG München v. 13.8.2003 – 7 U 2927/02, NZG 2004, 521, 525 a.E. = AG 2004, 151, 155; OLG Frankfurt v. 28.5.2013 – 5 U 126/12, juris Rz. 32 ff. (zu § 287 Abs. 3 AktG); ebenso wohl auch BGH v. 5.12.2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192 Rz. 24 = AG 2006, 117, 119 f. Für die direkte Anwendung der Nr. 1 etwa *Neumann-Duesberg*, Die Besetzung des Aufsichtsrats der atypischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, 2015, S. 135 f. *Kessler*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA zur Einwirkung auf die Geschäftsführung, 2003, S. 62 hingegen will § 278 Abs. 3, § 101 Abs. 2 Satz 1 teleologisch reduzieren.

63 BGH v. 5.12.2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192 Rz. 24 = AG 2006, 117, 119 f.; OLG München v. 13.8.2003 – 7 U 2927/02, NZG 2004, 521, 524 = AG 2004, 151. Der BGH folgte *Hoffmann-Becking/Herfs* in FS Sigle, 2000, S. 273, 289 f. Zustimmung *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2018, § 285 AktG Rz. 13; *Hennemann*, ZHR 182 (2018), 157, 188 m.w.N. Diese Auslegung entspricht im Übrigen auch der h.M. zu § 136 AktG, vgl. *Grundmann* in Großkomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 136 AktG Rz. 27 m.w.N.

64 *Kersting*, WuB II B § 287 AktG 1.06; *Neumann-Duesberg*, Die Besetzung des Aufsichtsrats der atypischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, 2015, S. 136; a.A. *Hennemann*, ZHR 182 (2018), 157, 188.

65 Statt vieler OLG München v. 13.8.2003 – 7 U 2927/02, NZG 2004, 521, 523 = AG 2004, 151, 153 f.; *Perlitt* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 28; soweit ersichtlich a.A. allein *Hennemann*, ZHR 182 (2018), 157, 165.

66 Unstr., vgl. nur BGH v. 5.12.2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192, 198 = AG 2006, 117 (noch vorsichtig: „mag es ... geboten sein“); *Bachmann*, AG 2019, 581, 582; *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1458 f.; *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 4.

67 BGH v. 5.12.2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192 Rz. 14 = AG 2006, 117, 118 („allenfalls diejenigen Gesellschafter der Komplementärgesellschaft einzubeziehen, welche in ihr eine organähnliche Leitungsfunktion tatsächlich ausüben oder an der Komplementärgesellschaft maßgeblich beteiligt sind und deshalb bestimmenden Einfluss auf deren Geschäftsführung ausüben können“).

68 Generell *Neumann-Duesberg*, Die Besetzung des Aufsichtsrats der atypischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, 2015, S. 79 ff. Jeweils zur Komplementär-GmbH *Halasz/Kloster/Kloster*, GmbH 2002, 77, 85; *Kölling*, Gestaltungsspielräume und Anlegerschutz in der kapitalistischen KGaA, 2005, S. 161; *Wichert*, AG 2000, 268, 273.

beteiligt sind.⁶⁹ (3) Die h.M. erstreckt die Inhabilitätsvorschrift auf die an der Komplementärgesellschaft maßgeblich beteiligten Gesellschafter bzw. auf deren beherrschende/n Gesellschafter/Gesellschaftergruppe.⁷⁰ Teilweise wird danach differenziert, ob die beherrschenden Gesellschafter natürliche Personen sind⁷¹ oder nicht⁷². Für letzteren Fall wird eine Erstreckung von § 287 Abs. 3 AktG auf die Leitungsorgane dieser juristischen Person bejaht.⁷³ (4) Andere lehnen aus Gründen der Rechtssicherheit die Anwendung von § 287 Abs. 3 AktG auf die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft ab, gleichgültig, ob es sich um natürliche oder juristische Personen handelt.⁷⁴

- 26 Als überzeugend erweist sich die Ansicht der h.M. Sie berücksichtigt den Zweck von § 287 Abs. 3 AktG, also die Sicherung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats vom Einfluss der Komplementäre, die nicht mehr gewährleistet ist, wenn Letztere maßgeblichen Einfluss auf die Zusammensetzung oder auf die Mitglieder dieses Organs haben. Anders als bei der AG nimmt der Aufsichtsrat der KGaA eben nicht nur Funktionen auf organschaftlicher Ebene (Überwachung der Geschäftsführung und Vertretung der KGaA gegenüber den Komplementären) wahr, sondern kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch Vertretungsaufgaben auf mitgliedschaftlicher Ebene. Dass Organe *der Gesellschaft* zur Wahrung mitgliedschaftlicher Rechte verpflichtet sein können und sind, ist unstreitig, wie etwa das Beispiel von § 53a AktG zeigt. Wenn der BGH rein formal argumentiert, der Aufsichtsrat sei ein Organ der Gesellschaft und nicht ein solches einer Gesellschaftergruppe und ihm könne daher keine Vertretungsfunktion der Kommanditaktionäre zukommen, übersieht er dies. Das Gesetz weist dem Aufsichtsrat als Organ der KGaA besondere Aufgaben zu, die man bei der Bestimmung des Zwecks von § 287 Abs. 3 AktG nicht ignorieren kann. Dies verkennend, vergleicht die Gegenansicht isoliert § 287 Abs. 3 AktG mit § 105 AktG.⁷⁵ Sie vernachlässigt den Umstand, dass die AG bei der Wahl des Aufsichtsrats gerade keine § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG vergleichbare Bestimmung kennt. Beide Unterschiede zwischen AG und KGaA sprechen gegen eine Gleichstellung der Inhabilitätsvorgaben für den Aufsichtsrat bei AG und KGaA. Zudem folgt die Gegenansicht der Argumentation des BGH, der Gegnerfreiheit mit Einflussfreiheit verwechselt (s.o. Rz. 18).
- 27 § 287 Abs. 3 AktG dient auch der Verhinderung von Interessenkonflikten zwischen den Gesellschaftergruppen. Der im Schrifttum vorgenommene Vergleich mit § 105 AktG überzeugt daher auch unter diesem Gesichtspunkt nicht, denn die AG kennt nur eine Gesellschaftergruppe. Die Interessenkonfliktvermeidungsfunktion bezieht sich sowohl auf die organschaftliche Ebene (Organisationsgefälle), als auch auf die mitgliedschaftliche Ebene.
- 28 Bei der AG wird argumentiert, dass derjenige, der durch seine Stimmrechtsmacht faktisch die Geschäftsführung beeinflussen könne, im Aufsichtsrat vertreten sein dürfe; die gegenteilige Position widerspreche den Grundvorstellungen des Aktienrechts, weil sie das Aktieneigentum des kontrollierenden Aktionärs vernachlässige.⁷⁶ In der Tat ist die Mehrheitsherrschaft der Kapitalgeber eines der tragenden Prinzipien der AG, aber eben nicht der KGaA. Mit der Herrschaft der Komplementäre korrespondiert als Ausgleich ein Schutz der kapitalgebenden Kommanditaktionäre über § 287 Abs. 3 AktG und § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG.
- 29 Gegen eine weite Auslegung von § 287 Abs. 3 AktG wird eingewandt, sie vertrage sich nicht mit der konzernrechtlichen Son-

derordnung, welche die Einflussnahme eines Kontrollaktionärs (in den Grenzen der §§ 311 ff. AktG) gerade zulasse.⁷⁷ Auch dieser Einwand überzeugt nicht, denn das Argument lässt sich ohne weiteres umdrehen: Das Konzernrecht erfasst unstreitig auch die KGaA, sieht aber gerade keine Ausnahme von § 287 Abs. 3 AktG im Falle der Beherrschung vor.⁷⁸ Zudem greift der von der Gegenansicht als Ausgleich ins Feld geführte konzernrechtliche Schutz gerade in den Fällen nicht, die die Gegenseite als Beispiel nimmt, nämlich wenn die Komplementärgesellschaft sich auf die Leitung der KGaA beschränkt (s.o. Rz. 20). Wer sowohl die Unternehmensleitung als auch den Aufsichtsrat beherrschen will, muss folglich eine andere Rechtsform wählen.

Auch das Argument, dass im Abwicklungsstadium bei AG und KGaA juristische Personen zu Abwicklern bestellt werden dürften (§ 265 Abs. 2 Satz 3 AktG) und hier die Inkompatibilitätsregel des § 105 AktG nicht gelte,⁷⁹ überzeugt nicht. Die Interes-

69 *Wichert* in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 8; *Kiefer*, Anlegerschutz durch Gesellschaftsrecht in der börsennotierten GmbH & Co. KGaA, 2001, S. 142; *Semler/Perlitt* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl. 2000, § 278 AktG Rz. 332 (mit dem Vorbehalt, eine Einzelfallbetrachtung sei angemessen und ausreichend); *Schaumburg*, DStZ 1998, 526, 528; *Bürgers* in Schütz/Bürgers/Riotte, KGaA, 2004, § 5 Rz. 452 (Ansicht in der Folgeaufl. aufgegeben); *Assmann/Sethe* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2000, § 287 AktG Rz. 10 (Ansicht wird vom Verfasser aufgegeben); *Ihrig/Schlitt*, ZHR-Beiheft 67, 1998, S. 44; *Schlitt*, Die Satzung der Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1999, S. 168 f.

70 OLG Frankfurt v. 28.5.2013 – 5 U 126/12, juris Rz. 33 f.; *Arnold* in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 287 AktG Rz. 2; *Assmann/Sethe* in FS Lutter, 2000, S. 251, 266; *Fett/Stütz*, NZG 2017, 1125; *Hennemann*, ZHR 182 (2018), 157, 160 ff.; *Perlitt* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 28, § 278 AktG Rz. 321; *K. Schmidt* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 9; *Servatius* in Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 9; ebenso noch *Bachmann* in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 287 AktG Rz. 5b (Ansicht wurde inzwischen aufgegeben). Teilweise werden die Aktionäre einer Komplementär-AG oder Komplementär-SE mangels Weisungsmöglichkeit gegenüber dem Vorstand ausgenommen, *Bürgers* in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 5 Rz. 452 a.E.; *Förll/Fett* in Bürgers/Körber, 4. Aufl. 2017, § 287 AktG Rz. 10; *von Eiff/Otte*, GWR 2015, 246, 249; *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 4. Zu Recht a.A. *Bachmann* in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 285 AktG Rz. 26; *Hennemann*, ZHR 182 (2018), 157, 174 ff.; *Perlitt* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 321; *Schnülle*, NZG 2017, 1057, da auch in der AG und SE die Unternehmensleitung das Vertrauen des Mehrheitsaktionärs benötigt.

71 *Perlitt* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 29, § 278 AktG Rz. 321.

72 Unentschieden *Perlitt* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 110 ff.

73 OLG Frankfurt v. 28.5.2013 – 5 U 126/12, juris Rz. 33 f.; *K. Schmidt* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 9; *Fett/Stütz*, NZG 2017, 1121, 1125; *Hennemann*, ZHR 182 (2018), 157, 169 ff., 177; a.A. etwa *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 4; *Bachmann*, AG 2019, 581, 589; *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1461.

74 *Müller-Michaels* in Hölters, 3. Aufl. 2017, § 285 AktG Rz. 4; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2018, § 287 AktG Rz. 10; *Wollburg* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1425 ff.; ebenso jetzt *Bachmann*, AG 2019, 581 ff. (unter Aufgabe seiner bisherigen Ansicht) und *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1458 ff. Tendenziell auch *Reichert*, ZIP 2014, 1957, 1961.

75 *Bachmann*, AG 2019, 581, 583, 584, 587; *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1459.

76 *Bachmann*, AG 2019, 581, 587.

77 *Bachmann*, AG 2019, 581, 587; *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1460 f.; *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 4.

78 Der Gesetzgeber hat sich auch bei der mit dem ARUG II 2019 erfolgten Einführung von § 311 Abs. 3 AktG nicht veranlasst gesehen, eine solche Ausnahme bei der KGaA zu schaffen. Im Gegenteil, es wurden die Aufgaben des Aufsichtsrats gestärkt.

79 *Bachmann*, AG 2019, 581, 587.

sen der Kommanditaktionäre in diesem Stadium werden dadurch gesichert, dass sie eigene Abwickler bestellen (§ 290 Abs. 1 AktG). Der Gesetzgeber nimmt also den Schutz der zweiten Gesellschaftergruppe auch im Stadium der Abwicklung ernst, so dass die Regelung nicht gegen, sondern für die hier vertretene Position spricht.

- 31 Die Gegenansicht will § 287 Abs. 3 AktG zumindest nicht auf Gesellschafter der Komplementärgesellschaft anwenden, die maßgeblich am Kommanditaktienkapital beteiligt sind.⁸⁰ Diese dürften sich wegen § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG zwar nicht an der Wahl beteiligen, wohl aber gewählt werden. Überzeugender ist es, die Beschränkungen des aktiven und des passiven Wahlrechts als Einheit anzusehen, um den Schutz außenstehender Kommanditaktionäre zu erreichen. Wer eine seiner Kapitalbeteiligung entsprechende Einflussnahmemöglichkeit möchte, muss – wie dargelegt – als Rechtsform die AG wählen.
- 32 Schließlich wird die Zulässigkeit der Wahl eines Gesellschafters der Komplementärgesellschaft in den Aufsichtsrat der KGaA damit begründet, dies liege auch im Interesse der außenstehenden Kommanditaktionäre. Auf diese Weise sei eine Person im Aufsichtsrat, die – vermittelt über ihren Einfluss in der Komplementärgesellschaft – doch eine Personalkompetenz habe.⁸¹ Diese Argumentation unterstellt aber, dass diese Person auch bei allen übrigen Aufsichtsratsentscheidungen stets die Interessen der außenstehenden Kommanditaktionäre und nicht diejenigen der Komplementärgesellschaft vertritt, was kaum der Fall sein dürfte. Allein aus einer möglichen Abberufungssituation, die einen seltenen Ausnahmefall darstellt, lässt sich nicht auf einen generellen Interessengleichlauf des Gesellschafters der Komplementärgesellschaft und der außenstehenden Kommanditaktionäre schließen. Sicherlich ist diese Person am Wohlergehen der KGaA interessiert, aber in einem Konflikt zwischen den Gesellschaftergruppen ist sich jede Gesellschaftergruppe selbst am nächsten.

c) Vertretung der KGaA gegenüber den Komplementären

- 33 Der Aufsichtsrat vertritt die KGaA bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten mit den Komplementären gerichtlich und außergerichtlich (§ 278 Abs. 3, § 112 AktG). Dies ist nicht unstrittig, entspricht aber der ganz h.M.⁸² § 112 AktG dient der Verhinderung von Interessenskollisionen und der Schaffung von Rechtssicherheit und findet auch für den Fall Anwendung, dass es sich bei einem von mehreren oder dem einzigen Komplementär um eine Gesellschaft handelt. Bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten der KGaA mit den Geschäftsführern der Komplementärgesellschaft wird die KGaA ebenfalls zwingend vom Aufsichtsrat vertreten.⁸³ Der BGH hat entschieden, dass § 112 AktG auch auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zwischen einer AG und einer Gesellschaft anzuwenden ist, deren Alleingesellschafter der Vorstand ist.⁸⁴ Bei typisierender Betrachtung der Umstände im Hinblick auf die Gefährdung der Gesellschaftsinteressen wird folglich eine Befangenheit der Komplementäre als regelmäßiges Vertretungsorgan der KGaA auch dann anzunehmen sein, wenn es um Rechtsgeschäfte oder Rechtsstreitigkeiten der KGaA mit Gesellschaftern der Komplementärgesellschaft geht, sofern diese einen beherrschenden Einfluss auf die Komplementärgesellschaft ausüben bzw. ausüben können.⁸⁵ Ist dies der Fall, liegt die Vertretungskompetenz zwingend beim Aufsichtsrat.

Gegen diese Ansicht hat sich jüngst aber Widerstand geregt.⁸⁶ 34 Insbesondere das Argument, die Erstreckung von § 112 AktG auf Gesellschafter der Komplementärgesellschaft überfordere den Aufsichtsrat im Konzern bzw. das Konzernrecht reiche als Schutz vor den negativen Folgen eines Handelns der Komplementärgesellschaft aus, hat dabei Gefolgschaft erfahren.⁸⁷

Die erhobenen Einwände überzeugen gerade vor dem Hintergrund der Neuregelung der Related Party Transactions nicht. 35 Der Regierungsentwurf zum ARUG II belässt es in Kenntnis der Kontroverse um die Anwendbarkeit des § 112 AktG bei der Zuständigkeit des Aufsichtsrats der KGaA. Auch der Einwand, das Konzernrecht sei als spezielleres Schutzinstrumentarium vorrangig anzuwenden,⁸⁸ überzeugt nicht, denn dann müsste man bei der Anwendung von § 112 AktG danach differenzieren, ob die Komplementärgesellschaft ein Unternehmen i.S.d. Konzernrechts ist oder nicht. Eine solche Differenzierung sieht § 112 AktG aber nicht vor und sie wird auch von den Vertretern der Gegenansicht nicht gefordert. Zudem hat der Gesetzgeber bei der Schaffung der §§ 111a ff. AktG darauf verzichtet, einen Gleichlauf von Innen- und Außenverhältnis herzustellen; § 112 AktG gilt trotz der Einführung der Regelung zu Related Party Transactions unverändert fort und dies ist zu respektieren.

§ 112 AktG dient nicht nur dem Schutz der KGaA. Bezweckt 36 ist auch der Schutz der nicht geschäftsführungsbefugten Komplementäre und der Kommanditaktionäre vor nachteiligen Geschäften der Geschäftsführung mit der Komplementärgesellschaft und deren beherrschenden Gesellschaftern. Ein solcher Schutz wird von der Gegenansicht nicht für notwendig befunden, wobei die dazu vorgebrachten Argumente bereits im Zusammenhang mit § 287 Abs. 3, § 285 Abs. 1 Satz Nr. 1 AktG widerlegt wurden (s.o. Rz. 15 ff. und Rz. 25 ff.). Ein vergleichbarer Schutz wird im Übrigen auch nicht durch die §§ 111a ff.

80 *Bachmann*, AG 2019, 581, 589.

81 *Bachmann*, AG 2019, 581, 586 f.

82 Statt vieler BGH v. 29.11.2004 – II ZR 364/02, AG 2005, 239; BGH v. 5.12.2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192 Rz. 15 = AG 2006, 117, 118; *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 16; *K. Schmidt* in *K. Schmidt/Lutter*, 4. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 20. Im Ergebnis auch *Förl/Fett* in *Bürgers/Körber*, 4. Aufl. 2017, § 287 AktG Rz. 4; *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1455; *Perlitt* in *MünchKomm/AktG*, 5. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 66 ff., 69, § 278 AktG Rz. 260; *Herfs* in *MünchHdb/AG*, 5. Aufl. 2020, § 79 Rz. 73, die allerdings davon ausgehen, dass § 112 AktG bei der KGaA der Satzungsautonomie unterliege. Bedenken äußern *Bürgers/Fett*, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 5 Rz. 496 ff.; *Bachmann*, AG 2019, 581, 590, die aber aus Rechtssicherheitsgründen die Anwendung von § 112 AktG hinnehmen.

83 *Bachmann* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 287 AktG Rz. 15; *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 16; *Perlitt* in *MünchKomm/AktG*, 5. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 65; a.A. *Dirksen/Möhrle*, ZIP 1998, 1377, 1384.

84 BGH v. 15.1.2019 – II ZR 392/17, WM 2019, 542 = AG 2019, 298.

85 *Bachmann* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 287 AktG Rz. 15; *Ihrig/Schlitt*, ZHR-Beiheft 67, 1998, S. 56; *Perlitt* in *MünchKomm/AktG*, 5. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 65; *Wichert*, AG 2000, 268, 274. Weiter noch *Assmann/Sethe* in *Großkomm/AktG*, 4. Aufl. 2000, § 287 AktG Rz. 73.

86 *Bachmann*, AG 2019, 581, 590 ff.; *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1454 ff. Vgl. auch *Habersack* in *MünchKomm/AktG*, 5. Aufl. 2019, § 112 AktG Rz. 9 und *Jenne/Miller*, ZIP 2019, 1052, 1056 ff. zur Reichweite von § 112 AktG bei Verträgen der AG mit von Vorstandsmitgliedern beherrschten Gesellschaften.

87 *Hüffer/Koch*, 14. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 16; *Perlitt* in *MünchKomm/AktG*, 5. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 122.

88 *Bachmann*, AG 2019, 581, 594; *Habersack*, ZIP 2019, 1453, 1457 f.

AktG gewährleistet, sofern die KGaA nicht börsennotiert ist oder die Relevanzschwelle des § 111b Abs. 1 AktG nicht erreicht wird.

- 37 Es ist daher daran festzuhalten, dass § 112 AktG auf Geschäfte der KGaA mit beherrschenden Gesellschaftern der Komplementärgesellschaft anzuwenden ist. Eine KGaA mit außenstehenden Kommanditaktionären eignet sich folglich nur bedingt für eine Konzernierung. Allein der Wunsch, die Strukturen der KGaA für den Konzern „passend zu machen“, rechtfertigt es nicht, den Schutz außenstehender Kommanditaktionäre und nicht geschäftsführungsbefugter Komplementäre aufzugeben.

VI. Ergebnisse

- 38 Im neueren Schrifttum werden vermehrt aktienrechtliche Grundsätze auf die KGaA übertragen, ohne zu prüfen, ob sich dies mit einer Rechtsform verträgt, die aus zwei Gesellschaftergruppen besteht und die teilweise dem Personengesellschaftsrecht unterworfen ist. Beispiel für ein solches Vorgehen ist die Holzmüller-Doktrin. Für ihre Übertragung auf die KGaA besteht weder eine Notwendigkeit noch eine tragfähige Begründung. Über das Zustimmungserfordernis zu Grundlagengeschäften wird nicht nur der Schutz der Gesamtheit der Kommanditaktionäre, sondern auch derjenige der nicht geschäftsführungsbefugten Komplementäre erreicht. Dieser Weg bietet außerdem den Vorteil, dass den geschäftsführungsbefugten Komplementären im Außenverhältnis die Vertretungsmacht fehlt, so dass die Komplementäre keine vollendeten Tatsachen schaffen können.
- 39 Auch bei der Auslegung von § 285 Abs. 1 Satz 2, § 287 Abs. 3 AktG ziehen einige Autoren solche Parallelen ohne zu berücksichtigen, dass die KGaA über zwei Gesellschaftergruppen verfügt. Der BGH ist dieser Tendenz in Teilen seiner Begründung des „Spaten“-Urteils gefolgt. Dem ist strikt entgegenzutreten, denn der Aufsichtsrat muss frei vom Einfluss der Komplementäre sein, um die ihm zukommenden Funktionen der Überwachung der Geschäftsführung und der Vertretung der Interessen der Gesamtheit der Kommanditaktionäre wahrnehmen zu können. Daher ist das Entsendungsrecht der Komplementäre am Maßstab von § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG zu messen. Aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat sind begrenzt; ausgeschlossen sind Personen, die maßgeblichen Einfluss auf die Komplementärgesellschaft der KGaA ausüben können.
- 40 Bedenklich erscheint auch die zunehmend befürwortete Aushöhlung der Vermögensrechte der Kommanditaktionäre. Ihnen kommt regelmäßig nur die Rolle von bloßen Finanziers zu. Ihre Kapitalbeteiligung geht nicht mit einem entsprechenden Einfluss auf die Unternehmensleitung einher. Das wesentliche, ihnen zustehende Recht ist folglich die Gewinnbeteiligung. Dennoch hält die h.M. ein den Komplementären in der Satzung eingeräumtes Vetorecht beim Gewinnverwendungsbeschluss für zulässig. Damit greift sie in den Kernbereich der Mitgliedschaft der Kommanditaktionäre ein. Sie übersieht, dass es sich um zwingendes Recht handelt. Ähnlich bedenklich ist die Position der h.M., dass Sacheinlagen auf die Sondereinlagen keiner Gründungsprüfung unterliegen. Da die KGaA ohnehin eine Gründungsprüfung durchführen muss (§ 33 Abs. 2 Nr. 1 AktG), würde diese lediglich um einen Prüfungspunkt erweitert, wenn man auch die Bewertung der nicht in bar geleisteten Sondereinlagen überprüft. Nur so lässt sich die Gefahr bannen, dass die Komplementäre durch Überbewertung der Sacheinla-

gen die Gewinnverteilung zwischen den Gesellschaftergruppen zu ihren Gunsten verschieben.

Rechtspolitisch ist zu bedenken, dass die KGaA als Mischform 41 ausgestaltet ist und aufgrund ihrer besonderen Konzeption eine Daseinsberechtigung für besondere Interessenlagen (starke Unternehmensleitung kombiniert mit einer Finanzierung durch Anleger) hat. Eine immer stärkere Annäherung an das Recht der AG hätte zur Folge, dass sie über kurz oder lang zum Aussterben verurteilt wäre, wie etwa die Entwicklung in der Schweiz zeigt, wo die Kommanditaktiengesellschaft als Sonderform der AG ausgestaltet ist.⁸⁹ Wer eine unbeschränkte Herrschaft im Unternehmen mit minimalem Einfluss außenstehender Aktionäre möchte, muss die Rechtsform der AG wählen und einen entsprechenden Kapitaleinsatz bringen. Die KGaA ist dafür nicht geeignet, da der Gesetzgeber den Kommanditaktionären mit der besonderen Stellung des gegnerfrei zu besetzenden Aufsichtsrats und dem Vetorecht bei Grundlagengeschäften einen Mindesteinfluss im Unternehmen garantiert.

Die eingangs angekündigte Überprüfung, ob Anleger in der KGaA ausreichend geschützt sind, fällt also sehr zwiespältig aus. Die Kautelarpraxis versucht zunehmend, die Leitungsmacht und den Einfluss der Komplementärgesellschaft und deren Gesellschafter zu maximieren. Dennoch bedarf es zur Wahrung der Rechte der Kommanditaktionäre (auch heute) keines Sonderrechts für die Publikums-KGaA oder die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA, denn die zu lösenden Rechtsfragen stellen sich auch bei gesetzestypischen KGaA.⁹⁰ Sie sind daher einheitlich für alle Gesellschaften zu beantworten. Geboten ist also weiterhin eine normanwendungsbezogene Auslegung der §§ 278 ff. AktG, mit der die Satzungsautonomie – wie aufgezeigt – zu begrenzen ist.

Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M. (London)

Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Zürich

Schwerpunkte: Zivilrecht, Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht

rolf.sethe@rwi.uzh.ch

<https://www.rwi.uzh.ch/sethe>



89 Sethe in Honsell, Kurzkommentar Obligationenrecht, 2014, Art. 764 Rz. 5 ff.

90 Gegen ein Sonderrecht oder eine spezielle Inhaltskontrolle Fett in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 3 Rz. 13; Reger in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 5 Rz. 28, 98 ff.; Wieneke/Fett in Bürgers/Fett, KGaA, 2. Aufl. 2015, § 10 Rz. 39; Herfs in MünchHdb/AG, 5. Aufl. 2020, § 78 Rz. 64, § 79 Rz. 22, 45; Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 9; Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2018, Vor § 278 AktG Rz. 16 f.; Perlitt in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 355 f.; Servatius in Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 287 AktG Rz. 24; Sethe, AG 1996, 291 ff.; Wichert in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 278 AktG Rz. 11 f.; im Ergebnis auch Kessler, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA zur Einwirkung auf die Geschäftsführung, 2003, S. 55 ff., 86 f.; bisher ebenso, nun aber zweifelnd K. Schmidt in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 281 AktG Rz. 11. A.A. Arnold in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 278 AktG Rz. 6; Bachmann in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 278 AktG Rz. 30 f.; Kiefer, Anlegerschutz durch Gesellschaftsrecht in der börsennotierten GmbH & Co. KGaA, 2001, S. 152 ff.; Kölling, Gestaltungsspielräume und Anlegerschutz in der kapitalistischen KGaA, 2005, S. 200 ff.; Otte, Die AG & Co. KGaA, 2011, S. 120 ff.