

**Thomas Förl**

**Die GmbH & Co. KGaA als abhängiges Unternehmen**

-

**Die Möglichkeiten der Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA  
und deren Rechtsfolgen aus dem Aktienkonzernrecht,  
dem Konzernmitbestimmungsrecht und  
dem Recht der Konzernrechnungslegung**

Dekan: Prof. Dr. Helmut Frister

Erstgutachter: Prof. Dr. Ulrich Noack

Zweitgutachter Prof. Dr. Ulrich Seibert

Tag der mündlichen Prüfung: 27.11.2003

## **Vorwort**

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2002/2003 als Dissertation angenommen. Bis zum Januar 2003 erschienene Literatur und Rechtsprechung sind berücksichtigt worden. Die mündliche Prüfung erfolgte im November 2003.

Herrn Professor Dr. Ulrich Noack gebührt mein besonderer Dank für die freundliche Aufnahme als externer, bereits im Berufsleben stehender Doktorand und seine stets wohlwollende Begleitung. Herrn Professor Dr. Ulrich Seibert danke ich für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens.

Düsseldorf, im Dezember 2003

Thomas Förl



<b>A. EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>B. MÖGLICHKEITEN DER EINFLUßNAHME AUF DIE GMBH &amp; CO. KGAA</b> ..	<b>3</b>
<b>I. Einflußnahmemöglichkeit durch die Komplementär-Gesellschaft</b> .....	<b>3</b>
1. Grundlegende Merkmale der KGaA.....	3
2. Die gesetzestypische Kompetenzverteilung in der GmbH & Co. KGaA .....	4
a) Gesetzestypische Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft.....	4
aa) Geschäftsführung und Vertretung .....	4
bb) Vetorecht bei Hauptversammlungsbeschlüssen .....	6
b) Kompetenzen der Hauptversammlung.....	7
c) Kompetenzen des Aufsichtsrats .....	8
aa) Kontrollkompetenz .....	8
bb) Ausführungskompetenz.....	9
cc) Vertretungskompetenz .....	10
3. Die gesetzestypische Ausweitung der Komplementärrechte durch die Satzung.....	11
a) Abbedingung des Vetorechts der Hauptversammlung aus § 164 S. 1 Hs. 2 HGB .....	12
aa) Unbestrittene Möglichkeiten des Ausschlusses .....	12
bb) Umstrittene Möglichkeiten des Ausschlusses bei Publikums-GmbH & Co. KGaA .....	12
aaa) Argumente gegen die Möglichkeit eines ersatzlosen Ausschlusses des Vetorechts.....	13
bbb) Argumente für die Möglichkeit eines ersatzlosen Ausschlusses des Vetorechts.....	13
ccc) Stellungnahme.....	15
cc) Zwischenergebnis .....	16
b) Erweiterung der Vetorechte nach § 285 Abs. 2 S. 1 AktG .....	17
c) Ausschluß des Wettbewerbsverbots des § 284 AktG .....	18
d) Befreiung von § 181 BGB .....	19
e) Zwischenergebnis .....	20
4. Die Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft in der Gestaltungspraxis..	20
a) Auswertung der einzelnen Satzungen.....	21
b) Typenbildung bezüglich der einflußrelevanten Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft im Bereich der Geschäftsführung .....	26
5. Umfang der Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft nach Satzungsgestaltung.....	27
a) Einflußnahmemöglichkeiten bei gesetzestypischer Satzungsausgestaltung (Typ A).....	27
b) Einflußnahmemöglichkeiten bei Verlagerung der Zustimmungsbefugnis nach § 164 S. 1 Hs. 2 HGB auf den Aufsichtsrat (Typ B).....	28
c) Einflußnahmemöglichkeiten bei ersatzlosem Ausschluß des Zustimmungserfordernisses (Typ C und D).....	28
<b>II. Einflußnahmemöglichkeit durch Gesellschafter der Komplementär- Gesellschaft</b> .....	<b>29</b>
1. Ausschließliche Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA über die Komplementär-Gesellschaft .....	29
a) Einflußnahme über Komplementär-GmbH .....	29
b) Einflußnahme über Komplementär-GmbH & Co. KG.....	30

2.	Kumulierter Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung, den Aufsichtsrat bzw. einen Beirat .....	31
a)	Kumulierter Einfluß auch über die Hauptversammlung .....	32
b)	Kumulierter Einfluß auch über den Aufsichtsrat .....	32
aa)	Möglichkeiten zur kumulativen Einflußnahme .....	32
bb)	Bestellung des Aufsichtsrats durch Wahl der Hauptversammlung.....	33
cc)	Bestellung des Aufsichtsrats durch Entsendung .....	34
dd)	Zwischenergebnis .....	35
c)	Kumulierter Einfluß auch über einen eventuell gebildeten Beirat .....	35
d)	Zwischenergebnis .....	36
<b>III.</b>	<b>Einflußnahmemöglichkeit durch „bloßen“ Kommanditaktionär .....</b>	<b>38</b>
1.	Einflußnahmemöglichkeit bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung .....	38
a)	Einflußnahme über die Hauptversammlung.....	38
b)	Einflußnahme über den Aufsichtsrat .....	38
c)	Zwischenergebnis .....	39
2.	Einflußnahmemöglichkeit aufgrund gesetzesatypischer Satzungsgestaltung durch Beschneidung der Komplementärrechte .....	39
a)	Einflußnahme über die Hauptversammlung.....	39
b)	Einflußnahme über den Aufsichtsrat .....	40
c)	Zwischenergebnis .....	41
3.	Einflußnahmemöglichkeit bei „Einheitsgesellschaft“ .....	41
4.	Einflußnahmemöglichkeit der Kommanditaktionäre in der Gestaltungspraxis .....	42
a)	Möglichkeit der passiven Einflußnahme .....	42
b)	Möglichkeit der aktiven Einflußnahme .....	42
5.	Zwischenergebnis .....	43
<b>IV.</b>	<b>Zwischenergebnis.....</b>	<b>44</b>
<b>C.</b>	<b>EINORDNUNG DER EINFLUßNAHMEMÖGLICHKEITEN UNTER DIE DEFINITIONSNORMEN .....</b>	<b>45</b>
<b>I.</b>	<b>Die Definitionsnormen der §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1 und 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG .....</b>	<b>45</b>
1.	Legaldefinition grundlegender Begriffe .....	45
2.	Verweisung auf die Definitionsnormen innerhalb und außerhalb des AktG....	45
a)	Verweisung und Rechtsfolgen innerhalb des Aktienkonzernrechts.....	45
b)	Verweisung und Rechtsfolgen außerhalb des AktG .....	46
<b>II.</b>	<b>Unternehmensbegriff der §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1 und 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG .....</b>	<b>47</b>
1.	Teleologisch reduzierter schutzrechtlicher Unternehmensbegriff für den Bereich des Aktienkonzernrechts .....	47
a)	Teleologische Reduktion des Begriffs „herrschendes Unternehmen“ nach dem Schutzzweck des Aktienkonzernrechts .....	47
b)	Möglichkeit einer teleologischen Reduktion von Definitionsnormen?.....	49
c)	Unterschiedlicher Sinn und Zweck der an die Definitionsnormen anknüpfenden Rechtsfolgennormen .....	50
d)	Unanwendbarkeit des schutzrechtlichen Unternehmensbegriffs für rechtsgebietsübergreifende Einordnung von Einflußnahmemöglichkeiten.....	51
2.	Unternehmensbegriff als organisationsrechtliche Regelung.....	51
a)	Gesetzliche Regelung der Organisationsformen .....	52
b)	Inhalt des organisationsrechtlichen Unternehmensbegriffs .....	53
c)	Würdigung der organisatorischen Regelung.....	54

aa)	Gründe für die organisatorischen Regelung nach herrschender Ansicht ..	54
bb)	Organisatorischer Regelung zur Koordination verschiedener unternehmerischer Interessen.....	54
cc)	Zugang zum Beherrschungsvertrag auch für Privataktionäre? .....	55
dd)	Stellungnahme .....	55
ee)	Zwischenergebnis .....	57
d)	Unterschiede zwischen organisationsrechtlichem und schutzrechtlichem Unternehmensbegriff.....	57
e)	Beschränkte Anwendbarkeit des organisationsrechtlichen Unternehmensbegriffs auf rechtsgebietsübergreifende Einordnung von Einflußnahmemöglichkeiten .....	58
3.	Zwischenergebnis .....	58
<b>III.</b>	<b>Qualifizierung als herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG.....</b>	<b>60</b>
1.	Der beherrschende Einfluß im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG.....	60
a)	Der beherrschende Einfluß bei der Aktiengesellschaft.....	60
b)	Der beherrschende Einfluß bei einer GmbH & Co. KGaA.....	62
aa)	Unanwendbarkeit der Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG ...	62
bb)	Beherrschender Einfluß als bloße Wahrscheinlichkeit einflußkonformen Verhaltens der Komplementär-Gesellschaft? .....	62
c)	Zwischenergebnis .....	63
2.	Die Komplementär-Gesellschaft als herrschendes Unternehmen.....	63
a)	Beherrschender Einfluß bei gesetzestypischer Ausgestaltung der Satzung (Typ A)?.....	64
aa)	Vergleich mit der Rechtslage der GmbH & Co. KG .....	65
bb)	Abhängigkeit als potentielle Konzernierung .....	66
cc)	Kein beherrschender Einfluß der Komplementär-Gesellschaft wegen fehlender Möglichkeit einer Konzernierung .....	66
aaa)	Der begrenzte Umfang der Einflußnahme.....	67
bbb)	Der erlaubte Charakter und der Zweck der Einflußnahme.....	67
ccc)	Der Begriff der Leitung im Aktiengesetz .....	69
ddd)	Zwischenergebnis.....	70
dd)	Zwischenergebnis .....	70
b)	Beherrschender Einfluß bei Verlagerung des Zustimmungserfordernisses des § 164 S. 1 HGB (Typ B)? .....	70
c)	Beherrschender Einfluß bei ersatzlosem Ausschluß des Zustimmungserfordernisses des § 164 S. 1 HGB (Typ C und D).....	70
d)	Zwischenergebnis .....	71
3.	Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft als herrschendes Unternehmen .....	72
a)	Beherrschender Einfluß allein über die Komplementär-Gesellschaft.....	72
aa)	Einfluß der Komplementär-Gesellschaft als Grenze der Einflußnahmemöglichkeit.....	72
bb)	Beherrschender Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft.....	73
cc)	Zwischenergebnis .....	74
b)	Kumulierter beherrschender Einfluß sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung oder den Aufsichtsrat bzw. Beirat.....	74
aa)	Einfluß über die Hauptversammlung.....	74
bb)	Einfluß über den Aufsichtsrat oder einen Beirat.....	74

cc)	Zwischenergebnis .....	75
c)	Zwischenergebnis .....	76
<b>IV.</b>	<b>Qualifizierung als Konzern im Sinne des § 18 AktG .....</b>	<b>77</b>
1.	Tatbestandliche Voraussetzungen des Konzernbegriffs .....	77
a)	Einheitliche Leitung gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 AktG .....	77
b)	Konzernvermutung in § 18 Abs. 1 S. 3 AktG .....	78
c)	Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 2 AktG .....	78
2.	Konzern bei herrschender Komplementär-Gesellschaft .....	78
3.	Konzern bei herrschendem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ...	79
<b>V.</b>	<b>Differenzierung zwischen vertraglicher und faktischer Konzernierung.....</b>	<b>81</b>
1.	Vertragsähnliche Beherrschung bei herrschender Komplementär- Gesellschaft .....	81
a)	Wesentliche Merkmale eines Beherrschungsvertrags nach § 291 Abs. 1 S. 1 AktG .....	81
b)	Inhalt der Satzung einer abhängigen GmbH & Co. KGaA als einheitliche Leitung ermöglichender Vertrag.....	81
c)	Qualifizierung der Satzung als Beherrschungsvertrag?.....	82
d)	Entsprechende Anwendung von an den Beherrschungsvertrag anknüpfenden Rechtsfolgeregeln .....	83
e)	Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 2 AktG .....	84
2.	Faktische Beherrschung durch den herrschendem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft .....	85
<b>VI.</b>	<b>Zwischenergebnis.....</b>	<b>87</b>
<b>D.</b>	<b>RECHTSFOLGEN AUS DEM AKTIENKONZERNRECHT.....</b>	<b>88</b>
<b>I.</b>	<b>Der schutzzweckgerichtete Unternehmensbegriff.....</b>	<b>88</b>
1.	Inhalt des schutzzweckgerichteten Unternehmensbegriffs im Aktienkonzernrecht .....	88
2.	Unternehmenseigenschaft der Komplementär-Gesellschaft .....	89
a)	Unternehmenseigenschaft bei anderen unternehmerischen Interessen .....	89
aa)	Anderweitige Geschäftstätigkeit.....	89
bb)	„Sternförmige“ GmbH & Co. KGaA.....	90
cc)	Beteiligungen an anderen Gesellschaften.....	91
b)	Unternehmenseigenschaft bei bloßer Stellung als Komplementärin?.....	91
c)	Auswirkung der organschaftlichen Pflichten auf die Unternehmenseigenschaft?.....	93
aa)	Die Sorgfaltspflicht der Komplementär-Gesellschaft nach §§ 283 Nr. 3, 93 AktG bei der Geschäftsführung .....	93
bb)	Entfallen des Konzernkonflikts wegen Sorgfaltspflichten?.....	93
cc)	Zwischenergebnis .....	95
d)	Zwischenergebnis .....	95
3.	Schutzrechtliche Unternehmenseigenschaft des herrschenden Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft .....	95
a)	Unternehmenseigenschaft aufgrund anderweitiger Interessenbindungen .....	95
aa)	Eigene unternehmerische Tätigkeit.....	95
bb)	Mehrfacher Beteiligungsbesitz .....	95
cc)	Leitung einer unternehmerischen Komplementär-Gesellschaft .....	97
b)	Unternehmenseigenschaft aufgrund Interessenkonflikt innerhalb der GmbH & Co. KGaA? .....	97
c)	Zwischenergebnis .....	98

<b>II.</b>	<b>Rechtsfolgen der vertragsähnlichen Beherrschung durch die Komplementär-Gesellschaft.....</b>	<b>99</b>
1.	Verlustrücklagepflicht gemäß § 302 AktG .....	99
a)	Pflichten der Komplementär-Gesellschaft aus der Norm .....	99
aa)	Gesetzliche Regelung des § 302 Abs. 1 AktG .....	99
bb)	Anwendung der gesetzlichen Regelung auf die Komplementär-Gesellschaft .....	100
aaa)	Entsprechende Anwendbarkeit nach Sinn und Zweck der Norm.....	100
bbb)	Geltendmachung durch den Aufsichtsrat .....	101
b)	Haftung und Verlustbeteiligung der Komplementär-Gesellschaft ohne Anwendung der Norm .....	101
c)	Erweiterung der Pflichten durch die Norm .....	102
d)	Zwischenergebnis .....	103
2.	Rücklagepflichten gemäß § 300 Nr. 3 AktG.....	103
a)	Gesetzliche Regelung des § 300 Nr. 3 AktG .....	103
aa)	Umfang der zu bildenden Rücklage .....	103
bb)	Rücklagepflicht auch ohne genügenden Jahresüberschuß? .....	104
b)	Entsprechende Anwendung auf die Komplementär-Gesellschaft.....	105
c)	Zwischenergebnis .....	106
3.	Gläubigerschutz gemäß § 303 AktG .....	106
a)	Pflichten aus der Norm.....	106
aa)	Gesetzliche Regelung des § 303 AktG .....	106
bb)	Entsprechende Anwendung auf die Komplementär-Gesellschaft .....	107
b)	Pflichten ohne Anwendung der Norm .....	107
c)	Erweiterung der Pflichten durch die Norm? .....	108
d)	Zwischenergebnis .....	109
4.	Haftung der Geschäftsführer gemäß § 309 AktG .....	109
a)	Pflichten aus der Norm.....	109
aa)	Gesetzliche Regelung des § 309 AktG .....	109
bb)	Entsprechende Anwendung des § 309 AktG auf die herrschende Komplementär-Gesellschaft.....	110
b)	Pflichten ohne Anwendung der Norm .....	111
aa)	Mittelbare Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA .....	111
aaa)	Ausdehnung der Sorgfaltspflicht gem. §§ 283 Nr. 3, 93 AktG .....	111
bbb)	Ausdehnung des Schutzbereichs des § 43 Abs. 1 GmbHG .....	112
ccc)	Zwischenergebnis.....	113
bb)	Inhalt der mittelbaren Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft.....	113
cc)	Vorrang der mittelbaren Sorgfaltspflicht vor § 309 AktG? .....	115
c)	Erweiterung der Pflichten durch die entsprechende Anwendung des § 309 AktG.....	115
d)	Zwischenergebnis .....	116
5.	Sicherung der außenstehenden Aktionäre gemäß § 304ff. AktG?.....	116
a)	Gesetzliche Regelungen .....	116
b)	Entsprechende Anwendbarkeit der Normen?.....	117
aa)	Vergleichbare Sachlage.....	117
bb)	Anwendung nach Sinn und Zweck der Normen? .....	119
aaa)	Entsprechende Anwendbarkeit der Dividendengarantie nach § 304 Abs. 1 S. 2 AktG?.....	119

bbb)	Entsprechende Anwendbarkeit der Abfindungsregelung nach § 305 AktG?.....	120
ccc)	Zwischenergebnis.....	121
c)	Zwischenergebnis .....	122
6.	Anwendungsbereich der § 311 AktG?.....	122
a)	Gesetzliche Regelung des § 311 AktG .....	122
b)	Beschränkung der Einflußnahme durch Anwendung des § 311 AktG?.....	122
c)	Privilegierung durch § 311 AktG? .....	123
aa)	Die privilegierende Wirkung des § 311 AktG .....	123
bb)	Anwendung auf herrschende Komplementär-GmbH?.....	123
cc)	Zwischenergebnis .....	124
d)	Zwischenergebnis .....	124
7.	Abhängigkeitsbericht gemäß § 312 AktG?.....	124
a)	Gesetzliche Regelung des § 312 AktG .....	124
b)	Anwendung auf die herrschende Komplementär-Gesellschaft?.....	125
aa)	Tatsächliche Probleme bei der Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts.....	125
bb)	Anwendbarkeit nach Sinn und Zweck der Norm?.....	125
c)	Zwischenergebnis .....	127
<b>III.</b>	<b>Rechtsfolgen der Beherrschung durch den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft.....</b>	<b>128</b>
1.	Schranken des Einflusses gemäß § 311 AktG.....	128
a)	Tatbestandmäßige Einflußnahme.....	128
b)	Schranken des Einflusses und Privilegierungswirkung des § 311 AktG .....	129
aa)	Nachteilige Einflußnahme gegen Nachteilsausgleich.....	129
bb)	Verbot der Zufügung nicht quantifizierbarer Nachteile .....	130
c)	Zwischenergebnis .....	131
2.	Abhängigkeitsbericht gemäß § 312 AktG.....	131
3.	Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens gemäß § 317 AktG.....	132
4.	Verantwortlichkeit der Komplementär-Gesellschaft und derer Geschäftsführer gemäß § 318 AktG .....	133
<b>IV.</b>	<b>Zwischenergebnis.....</b>	<b>135</b>
<b>E.</b>	<b>KONZERNMITBESTIMMUNG .....</b>	<b>136</b>
<b>I.</b>	<b>Unternehmensbegriff des Konzernmitbestimmungsrechts .....</b>	<b>136</b>
1.	Ziel der Konzernmitbestimmung .....	137
2.	Teleologische Reduktion im Bereich des Mitbestimmungsrechts? .....	138
a)	Teleologische Einschränkung hinsichtlich des „Konzernkonflikts“?.....	138
b)	Verweis auf den aktienkonzernrechtlichen Unternehmensbegriff? .....	138
c)	Unternehmenseigenschaft als Differenzierungskriterium zu § 4 MitbestG?..	139
3.	Zwischenergebnis .....	140
<b>II.</b>	<b>Konzernmitbestimmung nach dem MitbestG.....</b>	<b>142</b>
1.	Konzernmitbestimmung in der Komplementär-GmbH.....	142
a)	Bildung eines Aufsichtsrats in der herrschenden Komplementär-GmbH nach § 5 Abs. 1 MitbestG .....	142
aa)	Anwendung des § 5 Abs. 1 MitbestG auf die Komplementär-GmbH ....	142
bb)	Verhältnis zu § 4 MitbestG bei herrschender Komplementär-Gesellschaft .....	142
cc)	Zwischenergebnis .....	143
b)	Bestellung der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH durch mitbestimmten Aufsichtsrat gemäß § 31 MitbestG .....	143

aa)	Anwendung des § 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG auf die Komplementär-GmbH.....	143
bb)	Anwendung der Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 1 S. 2 MitbestG? ....	143
cc)	Zwischenergebnis .....	144
c)	Bestellung eines Arbeitsdirektors gemäß § 33 MitbestG.....	144
d)	Begrenzung der Mitbestimmung auf Niveau ohne Konzernverhältnis? .....	145
e)	Zwischenergebnis .....	146
2.	Konzernmitbestimmung in der Komplementär-GmbH & Co. KG .....	146
a)	Bildung eines Aufsichtsrats in der Komplementär-GmbH der Komplementär-GmbH & Co. KG nach § 5 Abs. 2 MitbestG.....	146
aa)	Vorliegen des Tatbestands des § 4 Abs. 1 MitbestG.....	147
bb)	Eigenschaft als herrschendes Konzernunternehmen .....	147
cc)	Zwischenergebnis .....	148
b)	Bestellung der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH durch mitbestimmten Aufsichtsrat gemäß § 31 MitbestG .....	148
c)	Bestellung eines Arbeitsdirektors gemäß § 33 MitbestG.....	148
d)	Zwischenergebnis .....	148
3.	Konzernmitbestimmung beim Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft .....	149
4.	Konzernmitbestimmung in der Komplementär-Gesellschaft als Teilkonzernspitze gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG .....	150
a)	Regelung des § 5 Abs. 3 MitbestG.....	150
b)	Anwendung auf die Komplementär-Gesellschaft als Teilkonzernspitze .....	150
aa)	Leitung allein über die Komplementär-Gesellschaft.....	150
bb)	Leitung sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung .....	151
c)	Zwischenergebnis .....	152
5.	„Konzern im Konzern“ bei herrschendem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft .....	152
6.	Zwischenergebnis .....	153
<b>III.</b>	<b>Konzernmitbestimmung nach dem BetrVG 1952.....</b>	<b>155</b>
1.	Anwendungsbereich des § 77a BetrVG 1952 .....	155
2.	Konzernmitbestimmung in der Komplementär-GmbH.....	155
a)	Direkte Anwendung des § 77a BetrVG 1952 auf die Komplementär-GmbH?.....	155
aa)	Satzung nicht Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG..	156
bb)	Relevantes Abweichen des Begriffs „Beherrschungsvertrag“?.....	156
cc)	Zwischenergebnis .....	157
b)	Bildung eines Aufsichtsrats bei der Komplementär-GmbH nach §§ 77a, 77 BetrVG 1952 analog?.....	157
c)	Zwischenergebnis .....	158
3.	Keine Mitbestimmung in der Komplementär-GmbH & Co. KG.....	158
4.	Keine Konzernmitbestimmung beim Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft .....	159
5.	Zwischenergebnis .....	159
<b>IV.</b>	<b>Zwischenergebnis.....</b>	<b>160</b>
<b>F.</b>	<b>KONZERNRECHNUNGSLEGUNG .....</b>	<b>161</b>
<b>I.</b>	<b>Unternehmensbegriff der Konzernrechnungslegung .....</b>	<b>161</b>
1.	Ziel der Konzernrechnungslegung .....	161
2.	Taugliche Mutterunternehmen nach § 290 Abs. 1 und 2 HGB .....	161
3.	Teleologische Reduktion des Begriffs „Mutterunternehmen“ im Bereich der	

Konzernrechnungslegung?.....	162
a) Teleologische Reduktion nach Sinn und Zweck der Konzernrechnungslegung?.....	162
b) Verweis auf den aktienkonzernrechtlichen Unternehmensbegriff? .....	164
4. Zwischenergebnis .....	165
<b>II. Konzernrechnungslegung durch herrschende Komplementär-GmbH .....</b>	<b>166</b>
1. Konzernrechnungslegung wegen einheitlicher Leitung gemäß § 290 Abs. 1 HGB.....	166
a) Einheitliche Leitung durch eine Kapitalgesellschaft im Konzern .....	166
b) Beteiligung der Komplementär-GmbH an der GmbH & Co. KGaA .....	167
aa) Anteil an der GmbH & Co. KGaA.....	167
bb) Dauerhafte Verbindung zur Förderung des eigenen Geschäftsbetriebes	169
cc) Zwischenergebnis .....	169
c) Zwischenergebnis .....	169
2. Konzernrechnungslegung wegen Vorliegens der Kontrolltatbestände des § 290 Abs. 2 HGB.....	169
a) Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB.....	170
b) Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB.....	170
c) Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB.....	172
d) Zwischenergebnis .....	173
3. Befreiung von der Konzernrechnungslegung durch Ausnahmeregelungen ...	173
4. Zwischenergebnis .....	174
<b>III. Konzernrechnungslegung durch herrschende Komplementär- GmbH &amp; Co. KG .....</b>	<b>175</b>
<b>IV. Konzernrechnungslegung durch den Gesellschafter der Komplementär- Gesellschaft .....</b>	<b>176</b>
1. Konzernrechnungslegung wegen einheitlicher Leitung gemäß § 290 Abs. 1 HGB.....	176
a) Einheitliche Leitung durch Kapitalgesellschaft oder Kapitalgesellschaft & Co. im Konzern.....	176
b) Beteiligung im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB.....	176
c) Zwischenergebnis .....	177
2. Konzernrechnungslegung wegen Vorliegens der Kontrolltatbestände des § 290 Abs. 2 HGB.....	177
a) Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB.....	177
b) Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB.....	178
c) Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB.....	179
3. Zwischenergebnis .....	180
<b>V. Zwischenergebnis.....</b>	<b>181</b>
<b>G. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE .....</b>	<b>182</b>

## A. Einleitung

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter ist durch Beschluß des BGH<sup>1</sup> höchstrichterlich anerkannt worden. Die Zulässigkeit dieser Variante der KGaA war bis dahin umstritten<sup>2</sup>. Dennoch bestanden in der Praxis Gesellschaften dieser Ausprägung<sup>3</sup>. Nach dem vorgenannten Beschluß des BGH hat sich die Zahl der Kapitalgesellschaften & Co. KGaA erheblich vergrößert.

Vorteile dieser Rechtsform gegenüber der AG werden darin gesehen, daß den Gründern über die Komplementär-Gesellschaft Leitungsmacht hinsichtlich der KGaA erhalten werden könne, auch wenn sie die Mehrzahl der Kommanditaktien zum Beispiel über die Kapitalmärkte abgeben würden. Zudem habe der eventuell mitbestimmte Aufsichtsrat der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA nur eingeschränkte Rechte, so zum Beispiel keine Personalkompetenz hinsichtlich der Geschäftsführung der Komplementär-Gesellschaft. Im Vergleich zur typischen KGaA könne die persönliche Haftung natürlicher Personen vermieden und dort bestehende Nachfolgeproblematik gelöst werden.

Bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA sind viele Gestaltungen denkbar; in der Praxis sind aber bestimmte Gestaltungen vorherrschend. Als Komplementär-Gesellschaften fungieren vorwiegend entweder GmbH oder GmbH & Co. KG. Diese Komplementär-Gesellschaften sind zumeist alleinige Komplementäre der Gesellschaften, die im folgenden zusammenfassend als GmbH & Co. KGaA bezeichnet werden sollen. In der Regel ist die Komplementär-Gesellschaft nicht am Grundkapital beteiligt, leistet aber unter Umständen eine Vermögenseinlage. Die Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft sind dagegen häufig gleichzeitig Kommanditaktionäre. Auf diese in der Praxis vorherrschenden Gestaltungen konzentriert sich diese Arbeit, die beschriebenen Voraussetzungen sind Grundannahmen der rechtlichen Erörterungen.

Im Rahmen dieser Arbeit sollen die Rechtsfolgen erörtert werden, die sich aus einer möglichen Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA durch deren Komplementär-Gesellschaft, durch die Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft oder durch die Kommanditaktionäre ergeben. Dabei soll hauptsächlich auf die konzernrechtlichen Fragen des Aktienrechts, des Mitbestimmungsrechts und der Rechnungslegung eingegangen werden.

Zunächst werden die Möglichkeiten der Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA untersucht (unter **B.**). In einem zweiten Schritt werden die gefundenen Möglichkeiten der Einflußnahme unter die Definitionsnormen des Konzernrechts eingeordnet (unter **C.**). Schließlich werden die rechtlichen Folgen im Bereich des Aktienkonzernrechts (unter **D.**), im Bereich des Mitbestimmungsrechts (unter **E.**) und im Bereich der Rechnungslegung (unter **F.**) geprüft.

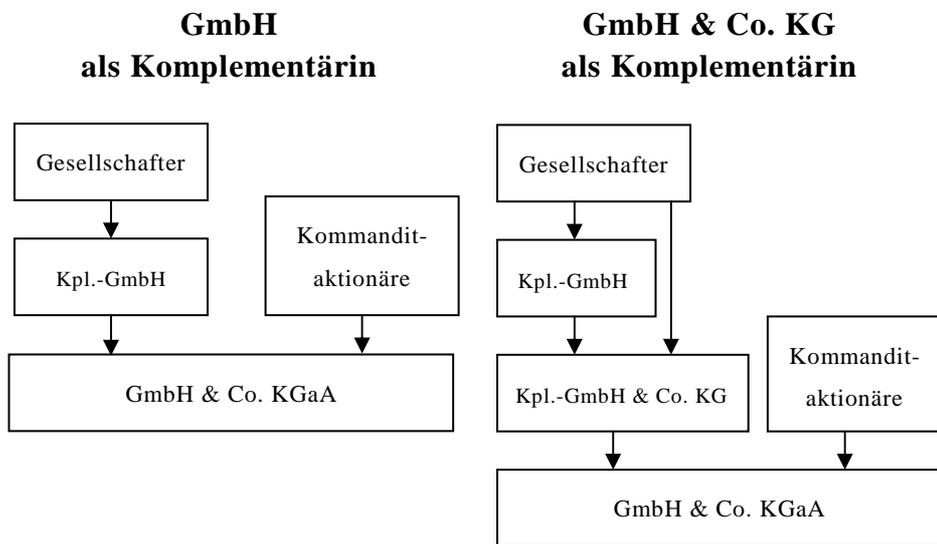
---

<sup>1</sup> BGHZ 134, 392 (Beschluß des 2. Zivilsenats vom 24. Februar 1997 aufgrund Vorlagebeschluß des OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1254)

<sup>2</sup> dagegen zuletzt: *K. Schmidt*, in: ZHR 160 (1996), 265; dafür zuletzt: *Priester*, in: ZHR 160 (1996), 250

<sup>3</sup> z.B.: Eurokai GmbH & Co. KGaA und eff-eff Fritz Fuss GmbH & Co. KGaA

Folgende Grundtypen von GmbH & Co. KGaA liegen dieser Arbeit zugrunde:



## B. Möglichkeiten der Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA

### I. Einflußnahmemöglichkeit durch die Komplementär-Gesellschaft

#### 1. Grundlegende Merkmale der KGaA

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei der mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet (persönlich haftender Gesellschafter) und die übrigen an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften (Kommanditaktionäre)<sup>4</sup>. Die KGaA ist eine Mischform, bei der die Grundprinzipien der Kommanditgesellschaft mit denen der Aktiengesellschaft verbunden sind<sup>5</sup>. Die Unternehmensführung der KGaA wird vorwiegend durch die Grundsätze des Rechts der Personengesellschaften, ihre Kapitalstruktur vorwiegend durch das Recht der Aktiengesellschaften bestimmt<sup>6</sup>.

Die KGaA hat zwei Gesellschaftergruppen, die Gruppe der persönlich haftenden Gesellschafter (im folgenden: Komplementäre) und die Gruppe der Kommanditaktionäre. Diese Aufzählung ist nach dem Wortlaut § 278 Abs. 1 AktG abschließend, da neben den Komplementären „die übrigen“ Gesellschafter Kommanditaktionäre sind<sup>7</sup>.

Die lange Zeit umstrittene Frage, ob auch eine Kapitalgesellschaft alleinige Komplementärin einer KGaA sein darf, wurde durch Beschluß des BGH vom 24. Februar 1997<sup>8</sup> bejaht und dadurch die diesbezügliche Diskussion abgeschlossen<sup>9</sup>. Das Schrifttum folgt diesem Beschluß<sup>10</sup> und der Gesetzgeber hat die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA durch § 279 Abs. 2 AktG<sup>11</sup> anerkannt. In Folge des Beschlusses wird nunmehr auch die Eignung von Mischformen wie der GmbH & Co. KG als alleiniger Komplementär-Gesellschaft anerkannt<sup>12</sup>.

---

<sup>4</sup> § 278 Abs. 1 AktG

<sup>5</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 8

<sup>6</sup> Semler/Perlitt, in: MK AktG, Vor § 278, Rn. 29; Schaumburg/Schulte, Die KGaA, Recht und Steuern in der Praxis, S. 3

<sup>7</sup> Vgl. Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 15. Die Komplementäre können gleichzeitig auch Kommanditaktionäre sein. Die KGaA kann auch als eine Einmanngesellschaft ausgestaltet sein, Hüffer, AktG, § 278 Rn. 5. Da bei der Gründung der Gesellschaft nach § 280 Abs. 1 AktG fünf Personen beteiligt sein müssen, ist diese Gestaltung aber erst nach Gründung möglich. Im Rahmen dieser Arbeit wird die Annahme zugrunde gelegt, daß sich die Komplementär-Gesellschaft nicht am Grundkapital beteiligt.

<sup>8</sup> BGHZ 134, 392

<sup>9</sup> vgl. Hennerkes/Lorz, in: DB 1997, 1388: „Roma locuta causa finita: Die GmbH & Co. KGaA ist zulässig“

<sup>10</sup> vgl. nur: Hüffer, AktG, § 278 Rn. 9

<sup>11</sup> § 279 AktG wurde durch das HRefG v. 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474) neu gefaßt, Abs. 2 regelt den Rechtsformzusatz der Firma einer Kapitalgesellschaft & Co. KGaA.

<sup>12</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 43; Schaumburg/Schulte, S. 29. Einen solchen Fall behandelte schon das OLG Hamburg in der sog. „Eurokai-Entscheidung“ (NJW 1969, 1030), wobei damals neben einer GmbH & Co. KG noch eine natürliche Person Komplementär war.

In der KGaA kann Eigenkapital<sup>13</sup> sowohl durch Vermögenseinlage der Komplementäre als auch durch Einzahlung auf das Grundkapital gegen Ausgabe von Kommanditaktien an die Kommanditaktionäre aufgebracht werden<sup>14</sup>. Bezüglich der Kapitalaufbringung durch Ausgabe von Kommanditaktien gelten die allgemeinen aktienrechtlichen Vorschriften<sup>15</sup>; das Grundkapital beträgt mindestens € 50.000,00<sup>16</sup>. Die Komplementäre sind am Grundkapital nur beteiligt, falls und soweit sie Kommanditaktien zeichnen. Bezüglich der Kapitalaufbringung durch Vermögenseinlage gelten die Vorschriften des HGB<sup>17</sup>. Die Komplementäre können eine Vermögenseinlage leisten, müssen dies aber nicht<sup>18</sup>. Erbringen die Komplementäre Vermögenseinlagen, so sind diese nach Höhe und Art in der Satzung festzusetzen<sup>19</sup>.

Die KGaA hat drei Pflichtorgane<sup>20</sup>: Die Komplementäre, die Hauptversammlung der Kommanditaktionäre und den Aufsichtsrat. Deren Kompetenzen werden im folgenden erörtert.

## **2. Die gesetzestypische Kompetenzverteilung in der GmbH & Co. KGaA**

### **a) Gesetzestypische Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft**

Legt man die beiden für diese Untersuchung gegebenen Grundmodelle der GmbH & Co. KGaA<sup>21</sup> zugrunde, so ist die jeweilige Komplementär-Gesellschaft einzige Komplementärin der GmbH & Co. KGaA. Daher stehen dieser Komplementär-Gesellschaft alle Kompetenzen der Gesamtheit der Komplementäre zu<sup>22</sup>.

#### **aa) Geschäftsführung und Vertretung**

Zur Geschäftsführung und Vertretung der KGaA sind nach § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 164 S. 1, 161 Abs. 2, 114 Abs. 1, 125 Abs. 1 HGB die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.

Die Komplementäre erlangen ihre Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht, anders als der Vorstand einer AG, nicht durch Bestellung, sondern bereits durch die Gesellschafterstellung. Sie sind „geborene“ Mitglieder des Geschäftsführungs- und

---

<sup>13</sup> Im folgenden wird die Summe aus Vermögenseinlage und Grundkapital als „Gesamtkapital“ bezeichnet.

<sup>14</sup> dazu *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 75 Rn. 21

<sup>15</sup> aufgrund des Verweises in § 278 Abs. 3 AktG auf das Erste Buch des AktG, vgl. *Schaumburg/Schulte*, S. 15

<sup>16</sup> § 278 Abs. 3 AktG i.V.m. § 7 AktG

<sup>17</sup> aufgrund des Verweises in § 278 Abs. 2 AktG, vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 68

<sup>18</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 32 III 1.; *Schaumburg/Schulte*, S. 16

<sup>19</sup> § 281 Abs. 2 AktG

<sup>20</sup> Zusätzlich ist die Bildung von fakultativen Organen wie Beiräten und Gesellschafterausschüssen zulässig, vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 67.

<sup>21</sup> siehe oben unter A.

<sup>22</sup> Auf die Regelungen der §§ 114 Abs. 2, 115, 125 Abs. 2 und 3 HGB, welche die Rechtsverhältnisse unter den Komplementären betreffen, kommt es daher im Rahmen dieser Untersuchung nicht an.

Vertretungsorgans der KGaA<sup>23</sup>. Ist nur ein Komplementär vorhanden, bildet dieser das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan<sup>24</sup>.

Im Rahmen der Geschäftsführung und der Vertretung gilt der zwingende Grundsatz der Selbstorganschaft<sup>25</sup>. Folglich können nicht alle Komplementäre von der Geschäftsführung und von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen und diese Rechte an Dritte übertragen werden<sup>26</sup>. Bei den hier untersuchten GmbH & Co. KGaA kann die Komplementär-Gesellschaft als einzige Komplementärin somit nicht von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen werden<sup>27</sup>.

Die Komplementär-Gesellschaft übt die Geschäftsführung und die Vertretung durch ihr eigenes Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan aus. Bei einer Komplementär-GmbH ist dies deren Geschäftsführung<sup>28</sup>. Bei einer Komplementär-GmbH & Co. KG ist dies die Geschäftsführung ihrer Komplementär-GmbH<sup>29</sup>.

Vom Umfang der Geschäftsführungsbefugnis der Komplementär-Gesellschaft sind nach den gesetzlichen Vorschriften<sup>30</sup> nur gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen erfaßt. Dazu gehören alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, § 116 Abs. 1 HGB. Sie müssen nach ihrem Gegenstand, ihrem Umfang und den mit ihnen verbundenen Risiken routinemäßig vorkommen können und innerhalb des normalen Geschäftsbetriebs dieser Gesellschaft liegen<sup>31</sup>. Die darüber hinausgehenden außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen bedürfen der Zustimmung der Gesamtheit der Kommanditaktionäre<sup>32</sup> und somit der Hauptversammlung<sup>33</sup>.

Weder zu den gewöhnlichen noch zu den außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen gehören die sogenannten Grundlagengeschäfte<sup>34</sup>. Dazu gehören sowohl alle Änderungen des Gesellschaftsvertrags als auch Geschäfte, die wesentliche gesellschaftsvertragliche Rechte der Gesellschafter berühren und dadurch

---

<sup>23</sup> Herfs, in Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 2

<sup>24</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 20

<sup>25</sup> § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 164, 161 Abs. 2, 114 HGB

<sup>26</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 138, 159; Herfs, in Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 3, 24

<sup>27</sup> Zumindest ist ein Ausschluß nicht durch die Ausgestaltung der Satzung möglich. Möglichkeiten einer Entziehung aus wichtigem Grund durch Gerichtsentscheid bestehen dagegen gemäß §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB, wobei aber ein neuer Komplementär oder ein Notvorstand nach § 29 BGB analog bestellt werden müßte, vgl. Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 168.

<sup>28</sup> § 35 GmbHG. Die Gesamtheit der Geschäftsführer werden im folgenden als „Geschäftsführung“ bezeichnet.

<sup>29</sup> §§ 164 S. 1, 161 Abs. 2, 114 Abs. 1, 125 Abs. 1 HGB i.V.m. § 35 GmbHG

<sup>30</sup> § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 S. 1 Hs. 2 HGB

<sup>31</sup> vgl. Martens, in: Schlegelberger HGB, § 164 Rn. 17; Grunewald, in: MK HGB, § 164 Rn. 9; Baumbach/Hopt HGB, § 116 Rn. 2

<sup>32</sup> § 164 S. 1 Hs. 2 sieht ein Widerspruchsrecht der Kommanditisten vor. Die Rechte der Kommanditisten in der KG stehen in der KGaA der Gesamtheit der Kommanditaktionäre zu, vgl. Semler/Perlitt, in: MK AktG, Vor § 278 Rn. 56. Über den Wortlaut des § 164 HGB hinaus wird unbestritten davon ausgegangen, daß die außergewöhnlichen Geschäfte der Zustimmung der Hauptversammlung unterliegen, vgl. Ihrig/Schlitt, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 64; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 110; Hüffer, AktG, § 278 Rn. 13.

<sup>33</sup> Mertens, in: KK AktG, § 278 Rn. 56; Hüffer, AktG, § 278 Rn. 13; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 111; Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 13

<sup>34</sup> vgl. Schilling, in: GK HGB, § 164 Rn. 5; Martens, in: Schlegelberger HGB, § 164 Rn. 4

den Gesellschaftsvertrag mittelbar ändern<sup>35</sup>. Diesbezüglich besteht weder Geschäftsführungsbefugnis noch Vertretungsmacht der Komplementäre<sup>36</sup>. Nur durch übereinstimmende Beschlüsse der Komplementäre und der Hauptversammlung können die Grundlagen der Gesellschaft verändert werden<sup>37</sup>.

#### bb) Vetorecht bei Hauptversammlungsbeschlüssen

Beschlüsse der Hauptversammlung bedürfen, soweit sie Angelegenheiten betreffen, für die bei einer Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist, gemäß § 285 Abs. 2 S. 1 AktG der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter. Demnach bedürfen Satzungsänderungen, Grundlagengeschäfte und außergewöhnliche Geschäfte des Zusammenwirkens aller Komplementäre und der Kommanditaktionäre<sup>38</sup>. Insoweit steht der Komplementär-Gesellschaft ein Vetorecht<sup>39</sup> zu. Die Norm hat lediglich klarstellenden Charakter, denn das Zustimmungserfordernis ergibt sich bereits aus dem insoweit anwendbarem Personengesellschaftsrecht<sup>40</sup>.

Das Vetorecht der Komplementär-Gesellschaft in Bezug auf Geschäftsführungsmaßnahmen ist nur dann relevant, wenn die Hauptversammlung die Initiative zu außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen ergreifen sollte. Soweit, wie im Regelfall, die Initiative zu solchen außergewöhnlichen Geschäften von der Komplementär-Gesellschaft ausgeht, bedarf es keiner Zustimmung der Komplementär-Gesellschaft zu dem Hauptversammlungsbeschluß. Ein weiterer Zustimmungsbeschluß wäre nur dann notwendig, wenn es mehrere Komplementäre geben sollte<sup>41</sup>. Gegen ablehnende Hauptversammlungsbeschlüsse in Bezug auf außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen steht der Komplementär-Gesellschaft das Vetorecht nicht zu, da dies dem Mitwirkungsrecht der Hauptversammlung widerspricht<sup>42</sup>.

Bestimmte Beschlüsse der Hauptversammlung bedürfen gemäß § 285 Abs. 2 S. 2 AktG nicht der Zustimmung der Komplementäre. Davon umfaßt sind die Bestellung von Prüfern<sup>43</sup> und die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft aus der Gründung oder aus der Geschäftsführung. Zusätzlich bedürfen auch Wahl und Abberufung des Aufsichtsrats, die Entlastung der Komplementäre und die Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder nicht der Zustimmung der Komplementäre, da sonst die

<sup>35</sup> Vgl. *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 164 Rn. 4; *Schilling*, in: GK HGB, § 164 Rn. 5; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 123; jeweils mit umfangreichen Beispielen, wobei die genaue Abgrenzung zwischen Grundlagengeschäften und dem Bereich der Geschäftsführungsmaßnahmen noch nicht abschließend geklärt ist.

<sup>36</sup> *Grunewald*, in: MK HGB, § 164 Rn. 15; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 180; *Habersack*, in: GK HGB, § 126 Rn. 4; *K. Schmidt*, in: Schlegelberger HGB, § 126 Rn. 10

<sup>37</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 16; *Grunewald*, in: MK HGB, § 164 Rn. 16; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 180

<sup>38</sup> vgl. *Schaumburg/Schulte*, S. 12; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 53; *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 33

<sup>39</sup> *Haase*, GmbHR 1997, 917, 920; *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 32

<sup>40</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 38

<sup>41</sup> Vgl. *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 41. Bei der hier untersuchten Gestaltung ist die Komplementär-Gesellschaft jedoch stets alleinige Komplementärin.

<sup>42</sup> vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 60; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG § 285 Rn. 43

<sup>43</sup> Sonderprüfer und Abschlußprüfer, vgl. *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 47

Stimmverbote der Komplementäre<sup>44</sup> gemäß § 285 Abs. 1 AktG in diesen Angelegenheiten leerlaufen würden<sup>45</sup>.

Gemäß § 286 Abs. 1 S. 2 AktG bedarf die Feststellung des Jahresabschlusses der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter.

## b) Kompetenzen der Hauptversammlung

Als Versammlung aller Kommanditaktionäre ist die Hauptversammlung Organ dieser Gesellschaftergruppe<sup>46</sup>. Die Kompetenzen der Hauptversammlung einer KGaA entsprechen aufgrund der Verweisung in § 278 Abs. 3 AktG auf die Vorschriften des Aktiengesetzes im wesentlichen denen einer Hauptversammlung der AG<sup>47</sup>.

Unterschiede ergeben sich zunächst aus dem Fehlen eines Vorstands<sup>48</sup>, so daß an Stelle der Kompetenz zur Entlastung des Vorstands nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG die Kompetenz zur Entlastung der Komplementäre tritt<sup>49</sup>.

Weitere Unterschiede ergeben sich aus den gesetzlichen Regelungen des Zweiten Buchs des Aktiengesetzes<sup>50</sup>. Nach § 286 Abs. 1 S. 1 AktG stellt die Hauptversammlung der KGaA auch den Jahresabschluß fest<sup>51</sup>. Nach § 289 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 AktG beschließt die Hauptversammlung über die Kündigung der Gesellschaft.

Der Hauptversammlung stehen in ihrer Eigenschaft als Gesamtheit der Kommanditaktionäre die Rechte zu, die den Kommanditisten in einer Kommanditgesellschaft zustehen<sup>52</sup>. Daher nimmt sie neben den aktienrechtlichen Kompetenzen auch die personengesellschaftsrechtlichen Kompetenzen wahr<sup>53</sup>. Davon umfaßt ist vor allem die Befugnis zur Mitwirkung an außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen<sup>54</sup> und an Grundlagengeschäften<sup>55</sup> sowie das Initiativrecht zur gerichtlichen Entziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen<sup>56</sup>.

Den im Vergleich zur Hauptversammlung der Aktiengesellschaft erweiterten Kompetenzen der Hauptversammlung der KGaA steht jedoch das umfassende Vetorecht der Komplementär-Gesellschaft gegenüber<sup>57</sup>.

---

<sup>44</sup> aus den eventuell von den Komplementären gehaltenen Aktien

<sup>45</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 67; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 50

<sup>46</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 3

<sup>47</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 38

<sup>48</sup> Das Fehlen eines Vorstands ist als Grund für die Abweichung von den aktienrechtlichen Vorschriften in § 278 Abs. 3 AktG genannt.

<sup>49</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 38

<sup>50</sup> vgl. § 278 Abs. 3 AktG

<sup>51</sup> Bei der AG ist für die Feststellung des Jahresabschlusses gemäß § 172 AktG der Aufsichtsrat originär zuständig, sofern nicht der Ausnahmefall des § 173 AktG eintritt.

<sup>52</sup> vgl. *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, Vor § 278 Rn. 56

<sup>53</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 15

<sup>54</sup> § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 S. 1 Hs. 2 HGB

<sup>55</sup> vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 15

<sup>56</sup> § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB

<sup>57</sup> Siehe oben unter B.I.2.a)bb). Im Rahmen des Vetorechts bedarf der Beschluß der Hauptversammlung auch der Zustimmung der Komplementär-Gesellschaft. Eine

### c) Kompetenzen des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat ist Organ der Gesellschaft, nicht dagegen Organ der Kommanditaktionäre<sup>58</sup>. Dem Aufsichtsrat steht eine Kontrollkompetenz bzw. Überwachungskompetenz hinsichtlich der Geschäftsführung durch die Komplementäre, eine Ausführungskompetenz bezüglich der Beschlüsse der Hauptversammlung und eine Vertretungskompetenz gegenüber den Komplementären zu<sup>59</sup>.

#### aa) Kontrollkompetenz

Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung durch die Komplementäre zu überwachen<sup>60</sup>. Dies ergibt sich aus dem Verweis des § 278 Abs. 3 AktG auf die §§ 95ff. AktG<sup>61</sup>. Soweit sich aus dem Fehlen eines Vorstands nichts anderes ergibt, gelten für die Kontrolle der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat die allgemeinen aktienrechtlichen Regeln<sup>62</sup>.

Aufgrund der Stellung der Komplementäre als geborene Geschäftsführungs- und Vertretungsorgane der KGaA und der ausgedehnten Kompetenzen der Hauptversammlung stehen dem Aufsichtsrat wesentliche Mitwirkungs- und Mitentscheidungsrechte nicht zu<sup>63</sup>. Dies vermindert die Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats auf die Geschäftsführung im Vergleich zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft deutlich<sup>64</sup>.

Der Aufsichtsrat hat zunächst keine Personalkompetenz, denn die Geschäftsführung wird aus dem Kreis der Komplementäre bestellt<sup>65</sup>. Dementsprechend fehlt dem Aufsichtsrat die Kompetenz, einen Komplementär abzurufen oder ihm die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen<sup>66</sup>.

Auch hat der Aufsichtsrat ohne eine entsprechende Satzungsregelung nicht das Recht, bestimmte Geschäfte nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG von seiner Zustimmung abhängig zu machen<sup>67</sup>. Bei der Aktiengesellschaft sind dem Aufsichtsrat die weitgehenden Einflußnahmemöglichkeiten auf die Geschäftsführung durch den Vorstand deshalb eingeräumt, weil die Hauptversammlung von der Mitwirkung an der

---

Zusammenstellung der Kompetenzen der Hauptversammlung mit Abgrenzung zwischen ausschließlicher und nicht ausschließlicher Zuständigkeit der Hauptversammlung findet sich bei *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 19f.

<sup>58</sup> str.: ebenso *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 287 Rn. 31; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 287 Rn. 5; *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 42; anderer Auffassung: *Steindorff*, in: FS Ballerstedt, S. 127, 133 (Organ sowohl der Gesellschaft als auch der „Aktionäre“)

<sup>59</sup> vgl. *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 46

<sup>60</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 49

<sup>61</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK, § 287 Rn. 32

<sup>62</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 287 Rn. 37

<sup>63</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 47; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 287 Rn. 37, 44

<sup>64</sup> vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 287 Rn. 37

<sup>65</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 287 Rn. 38

<sup>66</sup> Dies ist nur aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung nach § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 117, 124 HGB möglich (*Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 287 Rn. 38). Das Antragsrecht liegt bei der Hauptversammlung.

<sup>67</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 287 Rn. 43; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 108; *Schaumburg/Schulte*, S. 14; *Niedner/Kusterer*, in: DB 1997, 1451, 1452

Geschäftsführung weitgehend ausgeschlossen ist<sup>68</sup>. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft entscheidet die Hauptversammlung der KGaA über außergewöhnliche Geschäfte<sup>69</sup>. Aufgrund dieser unterschiedlichen Kompetenzverteilung innerhalb der KGaA bestehen keine weiteren Mitwirkungsbefugnisse und Mitentscheidungsrechte des Aufsichtsrats an der Geschäftsführung<sup>70</sup>.

Es besteht auch keine Verpflichtung, dem Aufsichtsrat Mitentscheidungsrechte in Geschäftsführungsangelegenheiten zu gewähren. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Neufassung des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Dieser sieht eine Pflicht für die Satzung oder den Aufsichtsrat vor, einen Zustimmungskatalog aufzustellen<sup>71</sup>. Dadurch würden zwingend dem Aufsichtsrat Mitentscheidungsrechte in Geschäftsführungsangelegenheiten eingeräumt werden: § 111 Abs. 4 S. 2 AktG ist aber auf die KGaA nicht anwendbar, weil die Geschäftsführung der KGaA nach § 278 Abs. 2 AktG den Regelungen des Handelsgesetzbuchs unterliegt; die Regelungen des Ersten Buchs des Aktiengesetzes gelten nur „im übrigen“, § 278 Abs. 3 AktG.

#### **bb) Ausführungskompetenz**

Der Aufsichtsrat führt die Beschlüsse der Kommanditaktionäre aus, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, § 287 Abs. 1 AktG. Von dieser Ausführungskompetenz sind solche Beschlüsse der Hauptversammlung als Gesamtheit der Kommanditaktionäre umfaßt, durch die Rechte der Kommanditaktionäre gegenüber den Komplementären betroffen sind<sup>72</sup>. Dies sind die Beschlußgegenstände, die des Zusammenwirkens der Gesamtheit der Kommanditaktionäre und der Komplementäre bedürfen<sup>73</sup>, sowie solche, die die Gesamtheit der Kommanditaktionäre betreffen<sup>74</sup>.

Beschlüsse der Hauptversammlung, die das Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten betreffen, können dagegen nicht vom Aufsichtsrat ausgeführt werden<sup>75</sup>. Sie unterfallen dem Bereich der Geschäftsführung, für den allein die Komplementäre zuständig sind<sup>76</sup>.

Obwohl der Aufsichtsrat Organ der gesamten Gesellschaft ist<sup>77</sup>, hat der Aufsichtsrat bei Ausübung seiner Ausführungskompetenz nicht im Unternehmensinteresse, sondern im Interesse der Kommanditaktionäre zu handeln<sup>78</sup>. Er nimmt insoweit allein

---

<sup>68</sup> Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 40; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 108 (Fn. 217)

<sup>69</sup> s.o. B.I.2.b)

<sup>70</sup> Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 44; Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 40; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 108 (Fn. 217)

<sup>71</sup> Durch das TrPublG vom 19.7.2002 wurden in § 111 Abs. 4 S. 2 AktG die Wörter „kann jedoch“ durch „hat jedoch zu“ ersetzt, wodurch die zuvor bestehende Möglichkeit zur Schaffung eines Zustimmungskatalogs zu einer diesbezüglichen Pflicht abgeändert worden ist.

<sup>72</sup> Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 51; Zacharopoulou, Die Rechtsstellung der Arbeitnehmer in der Kommanditgesellschaft auf Aktien nach dem Mitbestimmungsgesetz, S. 174f.; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 58

<sup>73</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 49

<sup>74</sup> vgl. Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 58

<sup>75</sup> Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 51

<sup>76</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 49; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 58

<sup>77</sup> s.o. B.I.2.c)

<sup>78</sup> Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 60

eigennützige Rechte der Gesamtheit der Kommanditaktionäre wahr<sup>79</sup>. Bei einer Abweichung der Interessen der Kommanditaktionäre und der Interessen der Gesellschaft haben erstere in der Regel den Vorrang<sup>80</sup>, ein Ermessen steht dem Aufsichtsrat nicht zu<sup>81</sup>. In Ausnahmefällen kann bei treuwidrigen Beschlüssen, insbesondere solchen, welche die Rechte von Minderheitsaktionären verletzen, ein Ausführungsverweigerungsrecht bestehen<sup>82</sup>.

### cc) Vertretungskompetenz

Der Aufsichtsrat vertritt die Gesamtheit der Kommanditaktionäre in Rechtsstreitigkeiten mit den Komplementären, § 287 Abs. 2 S. 1 AktG. Bei den erfaßten Rechtsstreitigkeiten handelt es sich um solche aus der Gesellschafterstellung, also um Rechtsstreitigkeiten zwischen den verschiedenen Gesellschaftergruppen<sup>83</sup>. Bei der Ausübung der Vertretungskompetenz nach § 287 Abs. 2 AktG hat der Aufsichtsrat sowohl die Interessen der Gesamtheit der Kommanditaktionäre als auch die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen<sup>84</sup>.

Der Aufsichtsrat vertritt auch die Gesellschaft gegenüber den Komplementären<sup>85</sup> gerichtlich und außergerichtlich<sup>86</sup>. Dies ergibt sich aus der Verweisung des § 278 Abs. 3 AktG auf § 112 AktG<sup>87</sup>. Diese Vertretungskompetenz korrespondiert mit der Überwachungskompetenz, da diese nur dann effizient ausgeübt werden kann, wenn der Aufsichtsrat für die Geschäfte zwischen Gesellschaft und Komplementären zuständig ist<sup>88</sup>. Soweit er nach §§ 278 Abs. 3, 112 AktG die Gesellschaft vertritt, ist er nur zur Wahrnehmung derer Interessen verpflichtet<sup>89</sup>.

Die Vertretungskompetenz gilt auch dann, wenn die Komplementärin eine Gesellschaft ist<sup>90</sup>. Bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten zwischen KGaA und Geschäftsführern der Komplementär-Gesellschaft besteht ebenfalls ein alleiniges Vertretungsrecht des Aufsichtsrats<sup>91</sup>. Gleiches gilt bei Rechtsgeschäften und

<sup>79</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 51; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 60

<sup>80</sup> Semler/Perlitt, in: MK, AktG, § 287 Rn. 60

<sup>81</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 52

<sup>82</sup> vgl. Semler/Perlitt, in: MK, AktG, § 287 Rn. 61; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 52

<sup>83</sup> Semler/Perlitt, in: MK, AktG, § 287 Rn. 70; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 57f. (mit Abgrenzung zu von der Vertretungskompetenz nach § 287 Abs. 2 S. 1 AktG nicht umfaßten Organstreitigkeiten)

<sup>84</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 65f., andere Ansicht: nur im Interesse der Kommanditaktionäre: Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 78

<sup>85</sup> Vgl. Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 67. Umstritten ist, ob und inwieweit auch den anderen Komplementären eine solche Vertretungsbefugnis zusteht (dagegen: Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 69 und Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 68; dafür: Mertens, in: KK AktG, § 287 Rn. 11). Bei den hier geprüften Gestaltungen existiert jedoch jeweils nur eine Komplementär-Gesellschaft, so daß es auf diesen Streitpunkt nicht ankommt.

<sup>86</sup> Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 66

<sup>87</sup> Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 67; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 67; vom Ansatz her anders, aber im Ergebnis gleich: Mertens, in: FS Barz, 253, 260 (dort insbesondere Fn. 26), 267 mit Verweis auf § 283 Nr. 4 AktG

<sup>88</sup> Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 52

<sup>89</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 74; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 69

<sup>90</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 73

<sup>91</sup> Ihrig/Schlitt, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 56; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 73

Rechtsstreitigkeiten der KGaA mit herrschenden Gesellschaftern der Komplementär-Gesellschaft<sup>92</sup>.

### 3. Die gesetzesatypische Ausweitung der Komplementärrechte durch die Satzung

Das Rechtsverhältnis zwischen den Komplementären und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre richtet sich nach dem Recht der Kommanditgesellschaften, § 278 Abs. 2 AktG. Bei der Ausgestaltung dieses Rechtsverhältnisses gilt somit nicht die aktienrechtliche Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG, sondern nach §§ 163, 161 Abs. 2, 109 HGB der Vorrang der gesellschaftsvertraglichen Regelung. Damit besteht diesbezüglich weitgehende Gestaltungsfreiheit.

Der BGH gibt in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit der GmbH & Co. KGaA<sup>93</sup> zu erwägen, „Satzungsgestaltungen zu Lasten der Kommanditaktionäre nur in engeren Grenzen zuzulassen als bei der gesetzestypischen KGaA, so etwa die Einschränkung der ihnen nach dem Gesetz (§ 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 163f. HGB) zustehenden Mitwirkungsbefugnisse bei außergewöhnlichen Geschäften. Entsprechendes hätte für Erweiterungen der Rechte des Komplementärs (siehe etwa § 285 Abs. 2 Satz 1 AktG) zu gelten“<sup>94</sup>. Diese Frage bedürfe „jedoch ebenso wie diejenige nach ihrer Ausgestaltung im einzelnen gegenwärtig keiner abschließenden Entscheidung“<sup>95</sup>.

Die Abbedingung der Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung bei der Geschäftsführung würde zu einer erheblichen Verstärkung der Möglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft zur Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA führen. Daneben können für die vorliegende Untersuchung auch andere Möglichkeiten der Ausdehnung der Komplementärrechte von Interesse sein. So könnte, wie vom BGH angesprochen, eine Erweiterung der Vetorechte nach § 285 Abs. 2 S. 1 AktG zu einer Verstärkung des Einflusses der Komplementär-Gesellschaft führen. Der Ausschluß des Wettbewerbsverbots gemäß § 284 AktG könnte die Gefahr von Interessenkonflikten verstärken. Die Befreiung vom Verbot der Inschlaggeschäfte gemäß § 181 BGB könnte Kontrollmöglichkeiten des Aufsichtsrats und dessen Vertretungskompetenz beschneiden.

Inwieweit die Rechte der Komplementär-Gesellschaft durch Gestaltung der Satzung ausgeweitet werden können, soll nachfolgend geprüft werden.

---

<sup>92</sup> *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 56; *Wichert*, in: AG 2000, 268, 273f. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 287 Rn. 73 erweitern die ausschließliche Vertretungskompetenz auch auf wesentlich beteiligte Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ohne beherrschenden Einfluß.

<sup>93</sup> BGHZ 134, 398

<sup>94</sup> BGHZ 134, 398, 399

<sup>95</sup> BGHZ 134, 398, 400

**a) Abbedingung des Vetorechts der Hauptversammlung aus § 164 S. 1 Hs. 2 HGB**

Die Vornahme außergewöhnlicher Geschäftsführungsmaßnahmen durch die Komplementär-Gesellschaft bedarf nach der gesetzlichen Regelung<sup>96</sup> der Zustimmung der Hauptversammlung<sup>97</sup>. Insoweit besteht ein Vetorecht der Hauptversammlung. Fraglich ist, ob und inwieweit dieses Vetorecht durch Ausgestaltung der Satzung ausgeschlossen werden darf.

**aa) Unbestrittene Möglichkeiten des Ausschlusses**

Bei einer KGaA mit einer natürlichen Person als Komplementär darf dieses Vetorecht der Hauptversammlung durch die Satzung ausgeschlossen werden<sup>98</sup>. Auch bei einer GmbH & Co. KGaA mit „personalistischen Zügen“, also mit einer Gesellschaftsstruktur, die nicht auf die Aufnahme einer Vielzahl von Gesellschaftern ausgerichtet ist, ist dies unstreitig möglich<sup>99</sup>.

Der Ausschluß des Vetorechts der Hauptversammlung ist auch dann unstreitig möglich, wenn gleichzeitig die Zustimmungsbefugnis auf den Aufsichtsrat oder ein anderes von den Kommanditaktionären zu bestellendes Gremium verlagert wird. Dadurch werden die Rechte der Kommanditaktionäre hinreichend gewährleistet<sup>100</sup>. Diese Zuständigkeitsbegründung durch die Satzung vermeidet die praktischen Probleme, die sich aus einer Zuständigkeit der Hauptversammlung ergeben<sup>101</sup>.

**bb) Umstrittene Möglichkeiten des Ausschlusses bei Publikums-GmbH & Co. KGaA**

Jedoch ist umstritten, ob das Vetorecht der Hauptversammlung bei einer Publikums-GmbH & Co. KGaA durch die Satzung ersatzlos<sup>102</sup> ausgeschlossen werden darf<sup>103</sup>.

---

<sup>96</sup> §§ 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 S. 1 Hs. 2 HGB

<sup>97</sup> siehe oben B.I.2.a)aa)

<sup>98</sup> *Grafmüller*, S. 123; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 113; *Wichert*, in: AG 2000, 268, 270; *Sethe*, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, S. 151; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 230; *Hüffer*, AktG, § 278 Rn. 19. Der BGH bestätigt diese Ansicht durch seinen Beschluß implizite, indem er bezüglich der möglichen Einschränkung von Rechten der Kommanditaktionäre von „engeren Grenzen ... als bei der gesetzestypischen KGaA“ spricht, BGHZ 134, 398, 399. Die Deutung der Ausführungen von *Ihrig/Schlitt* durch *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 114, dahingehend, daß diese bei einer gesetzestypischen Publikums-KGaA von einem Verbot der Einschränkung des Zustimmungsrechts der Kommanditaktionäre ausgehen, geht insoweit fehl, als daß *Ihrig/Schlitt* allein die GmbH & Co. KGaA behandeln und die Frage nach einer möglichen Inhaltskontrolle bei gesetzestypischen Publikums-KGaA ausdrücklich einer gesonderten Untersuchung vorbehalten, vgl. *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 63.

<sup>99</sup> *Overlack*, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, S. 258, *Schaumburg/Schulte*, S. 34, 35; *Schaumburg*, in: DStZ 1998, 525, 532; *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 64

<sup>100</sup> vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 115; *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 66ff.; *Hommelhoff*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 20; *Arnold*, S. 66

<sup>101</sup> Diese sind zum Beispiel der Aufwand für eine Hauptversammlung, die dafür benötigte Zeit, die nicht gewährte Vertraulichkeit, die Planungsungewissheit für das Management und die Anfechtbarkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse.

<sup>102</sup> also ohne eine Verlagerung auf andere Organe, wie den Aufsichtsrat oder einen Beirat

<sup>103</sup> für eine solche Möglichkeit: *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 17; *Overlack*, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, S. 258f.; *Schaumburg/Schulte*, S. 38f.; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG,

**aaa) Argumente gegen die Möglichkeit eines ersatzlosen Ausschlusses des Vetorechts**

Gegen die Möglichkeit eines ersatzlosen Ausschlusses des Vetorechts der Hauptversammlung einer Publikums-GmbH & Co. KGaA wird vorgebracht, daß in einem solchen Fall die Interessen der Kommanditaktionäre nicht ausreichend geschützt seien<sup>104</sup>.

Da der Aufsichtsrat der KGaA aus eigener Kraft keine Zustimmungsvorbehalte nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG begründen dürfe, könnten bei einer Abbedingung des Vetorechts der Hauptversammlung weder Aufsichtsrat noch die Kommanditaktionäre als Korrektiv Einfluß auf außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen nehmen<sup>105</sup>. Dies sei bei einer GmbH & Co. KGaA, bei der es an der Steuerungsfunktion der persönlichen Haftung fehle und bei der durch die Kommanditaktionäre kein Einfluß auf die Person des Geschäftsführers genommen werden könne, nicht gerechtfertigt<sup>106</sup>. Selbst unter Berücksichtigung der grundsätzlich starken Stellung der Komplementäre einer KGaA sei es Kommanditaktionären nicht zuzumuten, der Komplementär-Gesellschaft das Alleinentscheidungsrecht in diesen Angelegenheiten zu überlassen<sup>107</sup>.

Ebenfalls gegen den vollständigen Ausschluß wird die Parallele zu der Publikums-GmbH & Co. KG herangezogen. Bei dieser sei ein ersatzloser Ausschluß des Vetorechts nach herrschender Ansicht unwirksam<sup>108</sup>.

**bbb) Argumente für die Möglichkeit eines ersatzlosen Ausschlusses des Vetorechts**

Für die Möglichkeit eines ersatzlosen Ausschlusses des Vetorechts wird vorgebracht, daß zwingende Gründe für ein Abweichen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit in Bezug auf die Vertretungsregeln fehlen würden<sup>109</sup>. Solcher zwingender Gründe des Anleger-, Minderheits- oder Gläubigerschutzes bedürfe es aber, um die durch den Verweis des § 278 Abs. 2 AktG auf die Vorschriften über die Personengesellschaft eröffnete Gestaltungsfreiheit zu beschränken<sup>110</sup>.

---

§ 278 Rn. 114, 116ff.; *Wichert*, in: AG 2000, 268, 270; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 369; *Lorz*, in: Schriftenreihe der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung 1999, 57, 72f.; *Herfs*, in: Schriftenreihe der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung 1999, 23, 45; *Jaques*, in: NZG 2000, 401, 408; *Haase*, in: GmbHR 1997, 917, 920; *Bayreuther*, in: JuS 1999, 651, 652  
gegen eine solche Möglichkeit: *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 66; *Arnold*, S. 65; *Hommelhoff*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 18f.; *Dirksen/Möhrle*, in: ZIP 1998, 1377, 1381

<sup>104</sup> *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 66; *Arnold*, S. 65

<sup>105</sup> *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 66

<sup>106</sup> *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 66; *Arnold*, S. 65

<sup>107</sup> *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 66

<sup>108</sup> *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 66 mit Verweisen auf: *Stimpel*, in: FS Fischer, 771, 775ff.; *Hüffer*, in: ZGR 1980, 320, 340ff.; *Heid*, in: Beilage 4 zu DB 1985, S. 4, 8; *Horn*, in: Heymann HGB, § 164 Rn. 175 und *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 164 Rn 24

<sup>109</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 117; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 369

<sup>110</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 17 mit Hinweis auf BGHZ 134, 392, 393: „Innerhalb der durch zwingende gesetzliche Regelungen und die unabweisbaren Bedürfnisse des Rechtsverkehrs ... gezogenen Grenzen, muß Freiheit zu privatautonomer Gestaltung bestehen, die auch vom Gesetz nicht vorgesehene Mischformen und atypische Lösungen zuläßt.“

Der Einwand, daß im Unterschied zur AG keine Einflußnahmemöglichkeit des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung bei außergewöhnlichen Geschäften bestünde, sei bereits durch die Aussage des BGH<sup>111</sup> entkräftet, die KGaA sei „keine bloße Spielart der Aktiengesellschaft, sondern eine eigenständige Gesellschaftsform“<sup>112</sup>.

Die Kommanditaktionäre seien nicht in unzulässiger Weise der Entscheidungsmacht der Komplementäre ausgesetzt, notfalls könnten sie Einfluß auf die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis<sup>113</sup> nehmen<sup>114</sup>.

Weiterhin wird vorgebracht, daß nach der Rechtsprechung des BGH auch bei einer Publikums-KG der Ausschluß des Zustimmungsrechts nach § 164 HGB der Kommanditisten zulässig sei<sup>115</sup>. Die Rechtsprechung des BGH erkläre lediglich solche Klauseln für unwirksam, durch die grundlegende Rechte der Gesellschafter verletzt werden. Dies sei bei dem Ausschluß des Zustimmungsrechts nach § 164 S. 1 Hs. 2 HGB nicht der Fall<sup>116</sup>.

In Bezug auf die fehlende Steuerungsfunktion der persönlichen Haftung einer natürlichen Person als Komplementär wird darauf hingewiesen, daß auch nach Ansicht des BGH dieser keine große Rolle zukomme<sup>117</sup>. Auch resultierten aus den erweiterten Befugnissen der Geschäftsführung auch höhere Haftungsrisiken, welche disziplinierend auf die Ausnutzung der gewährten Freiheiten bei der Geschäftsführung wirken würden<sup>118</sup>.

Zudem bestehe eine Kontrollfunktion des Kapitalmarkts. Der Anlegerschutz werde durch die entsprechenden Informationspflichten im Emissionsprospekt gewahrt<sup>119</sup>. Die Kapitalmarktbeurteilung sei dem generellen Verbot der entsprechenden Satzungsgestaltungen vorzuziehen<sup>120</sup>. Werde am Kapitalmarkt der ersatzlose Ausschluß des Zustimmungsrechts der Hauptversammlung nicht akzeptiert, würden sich diese Regelungen nicht durchsetzen<sup>121</sup>.

---

<sup>111</sup> BGHZ 134, 392, 398

<sup>112</sup> vgl. *Heermann*, in: ZGR 2000, 61, 80

<sup>113</sup> Einem Komplementär kann nach § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. 161 Abs. 2, 117, 127 HGB die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht aus wichtigem Grund durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden. Der Entzug des Vertrauens durch die Hauptversammlung stellt einen solchen wichtigen Grund dar, vgl. *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 7.

<sup>114</sup> *Heermann*, in: ZGR 2000, 61, 83; *Overlack*, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, S. 259; *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 17

<sup>115</sup> vgl. *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 17 und *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 117 (jeweils mit Verweis auf BGHZ 119, 346, 357)

<sup>116</sup> *Overlack*, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, S. 259

<sup>117</sup> vgl. *Heermann*, in: ZGR 2000, 61, 80 mit Hinweis auf BGHZ 134, 392, 398: „Die Erwartung, der persönlich haftende Gesellschafter werde ... die Geschäfte der Gesellschaft mit größerer Sorgfalt, Vorsicht und Umsicht führen als ein Fremdgeschäftsführer, geht jedenfalls als generalisierende Annahme weitgehend an der Realität des modernen Wirtschaftslebens vorbei.“

<sup>118</sup> *Wichert*, in: AG 2000, 268, 270; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 119

<sup>119</sup> vgl. *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 17

<sup>120</sup> *Mayer*, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, 263, 268; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 118

<sup>121</sup> *Röhrich*, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, S. 191, 215; *Wichert*, in: AG 2000, 268, 270

Schließlich könne die Komplementär-Gesellschaft bereits aus der Treuepflicht verpflichtet sein, außergewöhnliche Geschäfte der Hauptversammlung vorzulegen<sup>122</sup>. Dies käme bei wiederholten systematischen Geschäften, die insgesamt zu Strukturänderungen führen, in Betracht, auch wenn die einzelnen Geschäfte allein noch nicht als Grundlagengeschäfte anzusehen wären<sup>123</sup>.

### ccc) Stellungnahme

Vieles spricht für die Möglichkeit eines ersatzlosen Ausschlusses des Vetorechts der Hauptversammlung.

Die Argumentation, aufgrund der fehlenden Kompetenz des Aufsichtsrats in der KGaA zur Aufstellung eines Zustimmungskatalogs nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG müsse ein Korrektiv durch Kompetenzzuwachs bei der Hauptversammlung oder einem anderen Gremium geschaffen werden, vermag nicht zu überzeugen. Denn diese Ansicht überträgt lediglich Kompetenzstrukturen der Aktiengesellschaft auf die KGaA, ohne dabei die Eigenständigkeit der Rechtsform zu beachten.

Bei der KGaA bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Komplementäre gegenüber der Gesamtheit der Kommanditaktionäre sowie gegenüber Dritten, namentlich die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, nach den Vorschriften des HGB über die Kommanditgesellschaft. Daher sind die Kompetenzen der einzelnen Organe in dieser Beziehung nicht an den Organkompetenzen der Aktiengesellschaft zu messen, sondern primär an denen der Kommanditgesellschaft.

Gemessen an den Grundsätzen der Kommanditgesellschaft erscheint jedoch ein ersatzloser Ausschluß des Zustimmungserfordernisses der Hauptversammlung bei der Publikums-GmbH & Co. KGaA möglich zu sein<sup>124</sup>. Als Argument gegen die Möglichkeit eines Ausschlusses des Zustimmungserfordernisses wird bei der

---

<sup>122</sup> Overlack, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, S. 259; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 120

<sup>123</sup> Heermann, in: ZGR 2000, 61, 81

<sup>124</sup> Dabei ist zwar der Verweis von *Herfs* (in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 17) und im Anschluß daran von *Assmann/Sethe* (in: GK AktG, § 278 Rn. 117) darauf, der BGH (BGHZ 119, 346, 357) habe den Ausschluß des Zustimmungserfordernisses bei einer Publikums-KG gebilligt, nicht weiterführend. Denn diese Entscheidung betraf weder eine Publikums-KG noch erwähnte der BGH in dieser Entscheidung eine solche (Bei der betroffenen KG liegt offenbar nicht die für Publikums-KG geforderte Ausrichtung des Gesellschaftsvertrags auf eine Vielzahl von Kapitalanlegern und die Vorformulierung der Satzung vor. Die 1937 gegründete KG hat vielmehr eine sehr überschaubare Gesellschafterstruktur, die in großen Teilen durch Vererbungen in verschiedenen Familienständen gewachsen ist. Anzeichen auf Streubesitz von Kommanditanteilen ergeben sich aus der Entscheidung nicht.). Jedoch ist auch der Hinweis von *Ihrig/Schlitt* (*Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 66) auf die „herrschende Auffassung“ dahingehend, in der Publikums-KG sei der Ausschluß des Zustimmungserfordernisses unwirksam, ebenfalls nicht überzeugend. Zunächst halten einige Stimmen in der Literatur den Ausschluß des Zustimmungserfordernisses generell für zulässig, ohne zwischen personalistisch ausgestalteten KG und Publikums-KG zu differenzieren (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 164 Rn. 6; Weipert, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 164 Rn. 16; Schilling, in: GK HGB, § 164 Rn. 7; Wirth, in: Münch. Hdb. GesR II, 160, 162). Auch gibt es starke Stimmen, die den Ausschluß des Zustimmungsrechts in der Publikums-KG ausdrücklich für möglich halten (*Schneider*, in: ZGR 1978, 1, 17; *Grunewald*, in: MK HGB, § 164 Rn. 27; *Grothe*, Anlegerschutz in der Publikums-KG durch Errichtung eines Beirats, S. 56; differenzierend: *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 164 Rn. 23).

Publikums-KG der Anlegerschutz vor Entrechtung der Kommanditisten angeführt<sup>125</sup>. Eine solche unzulässige Entrechtung soll dann vorliegen, wenn sich die unternehmerische Nutzung der Kapitalinvestition der Kommanditisten weitgehend deren Kontrolle entziehe und den Komplementären ein extensiver Freiraum in allen Geschäftsführungsangelegenheiten geschaffen werde<sup>126</sup>.

Übertragen auf die GmbH & Co. KGaA ist bereits zweifelhaft, inwieweit dieser Grad der Entrechtung aufgrund der Kontroll- und Überwachungskompetenzen des Aufsichtsrats und der Verhaltenspflichten der Komplementär-Gesellschaft vorliegen kann. Nach richtiger Ansicht bezüglich der Publikums-KG kann jedoch auch bei einer sehr weitgehenden Entrechtung der Kommanditisten durch Schaffung eines jederzeitigen Austrittsrechts mit angemessener Abfindung die Entrechtung der Kommanditisten aufgewogen werden<sup>127</sup>. Übertragen auf die Publikums-GmbH & Co. KGaA bedeutet dies, daß aufgrund der freien Übertragbarkeit der Kommanditaktien<sup>128</sup> zum Marktwert bzw. Börsenpreis eine weitgehende Entrechtung der Kommanditaktionäre in Geschäftsführungsmaßnahmen nach den Maßstäben des Personengesellschaftsrechts zulässig wäre.

Die vorliegende Frage soll im Rahmen dieser Arbeit nicht abschließend untersucht werden. Ziel dieser Arbeit ist es, die konzernrechtlichen Folgen einer Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA zu untersuchen. Anknüpfungspunkt dafür sind die in der Praxis vorgefundenen Satzungsgestaltungen. In der Gestaltungspraxis überwiegen jedoch die Satzungsgestaltungen, bei denen das Vetorecht der Hauptversammlung bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen ersatzlos ausgeschlossen worden ist<sup>129</sup>.

Der Ausschluß des Vetorechts der Hauptversammlung nach § 164 S. 1 Hs. 2 HGB vergrößert nicht nur den Einfluß der Komplementär-Gesellschaft, sondern eröffnet auch den Zugang zu konzernrechtlichen Rechtsfolgen. Über diese konzernrechtlichen Rechtsfolgen kann der Minderheitenschutz, wie er von der Möglichkeit eines Ausschlusses verneinenden Ansicht gefordert wird, teilweise erreicht werden<sup>130</sup>.

### cc) Zwischenergebnis

Die Verlagerung des Vetorechts der Hauptversammlung bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen auf ein anderes Gesellschaftsorgan ist zulässig.

Der ersatzlose Ausschluß des Vetorechts der Hauptversammlung bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen ist bei einer personalistisch

---

<sup>125</sup> vgl. *Horn*, in: Heymann HGB, § 164 Rn. 14; *Heid*, in: Beilage 4 zu DB 1985, S. 8

<sup>126</sup> *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 164 Rn. 23

<sup>127</sup> vgl. *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 164 Rn. 23

<sup>128</sup> Bei der Publikums-GmbH & Co. KGaA liegt eine Übertragbarkeit in der Regel vor. Dies ergibt sich bei den börsennotierten Gesellschaften aus der Börsennotierung. Bei den nicht börsennotierten Gesellschaften sind die Aktien zwar teilweise vinkuliert, jedoch ist die Zustimmung zur Übertragung dort gemäß Satzungen nur aus wichtigem Grund zu verweigern. Soweit dies aus den vorliegenden Satzungen ersichtlich ist, sind die Kommanditaktien der Publikums-GmbH & Co. KGaA jedoch nicht vinkuliert.

<sup>129</sup> dazu sogleich unter B.I.4.

<sup>130</sup> dazu unten unter C.III.2.c) und unter D., E. und F.

ausgestalteten GmbH & Co. KGaA zulässig. Bei einer Publikums-GmbH & Co. KGaA ist er umstritten. Da in der Gestaltungspraxis solche Gestaltungen jedoch überwiegen, sollen diese unabhängig von einer eventuellen Unzulässigkeit auf ihre konzernrechtlichen Folgen untersucht werden.

#### b) Erweiterung der Vetorechte nach § 285 Abs. 2 S. 1 AktG

Zugunsten der Komplementär-Gesellschaft bestehen gemäß § 285 Abs. 2 S. 1 AktG Vetorechte bei bestimmten Hauptversammlungsbeschlüssen, vgl. oben unter B.I.2.a)bb).

Die Satzung kann aufgrund der Vertragsfreiheit im Verhältnis der Gesamtheit der Kommanditaktionäre zu den Komplementären auch weitere Beschlußgegenstände der Hauptversammlung von der Zustimmung der Komplementäre abhängig machen<sup>131</sup>. Diese Möglichkeit wird jedoch durch die ausdrücklich in § 285 Abs. 2 S. 2 AktG genannten autonomen Hauptversammlungsbeschlüsse und solche Hauptversammlungsbeschlüsse, bei denen ein Stimmverbot der Komplementäre besteht, begrenzt<sup>132</sup>.

Als praktischer Anwendungsfall wird vorwiegend ein Vetorecht zum Beschluß der Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns<sup>133</sup> angeführt<sup>134</sup>. Diesbezüglich soll nach einer Ansicht ein Vetorecht der Komplementäre in der Satzung vereinbart werden können<sup>135</sup>. Gegen diese Ausdehnung des Vetorechts wird vorgebracht, daß die Entscheidung über die Verwendung des Bilanzgewinns allein der Gesamtheit der Kommanditaktionäre überlassen sei und daher ein Vetorecht gegen das Prinzip der Satzungsstrenge aus §§ 278 Abs. 3, 23 Abs. 5 AktG verstoße<sup>136</sup>.

Die letztere Ansicht verdient den Vorzug. Die durch § 278 Abs. 2 AktG<sup>137</sup> eröffnete Gestaltungsfreiheit besteht nur im Rahmen des Rechtsverhältnisses zwischen Komplementären und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre, denn nur diesbezüglich kommt es zur Anwendung der Vorschriften über die Kommanditgesellschaft. Die Frage nach der Verwendung des Bilanzgewinns liegt nicht in diesem Rahmen. Sie betrifft allein die Gruppe der Kommanditaktionäre und somit nicht das Verhältnis zwischen Komplementären und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre. Denn der Bilanzgewinn steht allein den Kommanditaktionären zu, da der auf die Komplementäre entfallende Gewinnanteil bereits bei Berechnung des Bilanzgewinns abgezogen worden ist<sup>138</sup>. Auch kann der Rahmen der Gestaltungsfreiheit nicht durch Schaffung eines Rechtsverhältnisses erweitert werden.

---

<sup>131</sup> vgl. *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 372; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 80; *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 34

<sup>132</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 80; *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 34

<sup>133</sup> § 174 Abs. 1 S. 1 AktG

<sup>134</sup> *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 69; *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 34; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 372; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 82

<sup>135</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 34; *Sethe*, S. 126 und in: DB 1998, 1044, 1045 (Ansicht wird später aufgegeben, vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 82); *Schaumburg/Schulte*, S. 22 in Fn. 83; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 45 und § 286 Rn. 80 (mit Einschränkungen in Bezug auf Publikums-KGaA, § 278 Rn. 372)

<sup>136</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 82; *Wichert*, in: AG 2000, 268, 270

<sup>137</sup> i.V.m. den Vorschriften über die Kommanditgesellschaft

<sup>138</sup> vgl. *Wichert*, in: AG 2000, 268, 270; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 286 Rn. 28

Vorliegend würde erst ein Rechtsverhältnis (hier das Vetorecht) zwischen den Komplementären und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre geschaffen, um dieses mit der daraus folgenden Gestaltungsfreiheit zu legitimieren. Dies wäre zirkulär<sup>139</sup>.

Daher kann ein Vetorecht hinsichtlich der Hauptversammlungsbeschlüsse über die Gewinnverwendung nicht zugunsten der Komplementäre geschaffen werden. Da dies für alle KGaA gelten muß, kommt es auf eine Differenzierung zwischen der personalistischen-KGaA und der Publikums-KGaA<sup>140</sup> nicht an<sup>141</sup>.

Praktische Anwendungsfälle einer Ausdehnung des Vetorechts, die zu einer einflußrelevanten Kompetenzverschiebung führen könnten, sind neben dem Vetorecht hinsichtlich der Gewinnverwendungsbeschlüsse nicht ersichtlich<sup>142</sup>. Auch finden sich solche Gestaltungen nicht in den geprüften Satzungen der Gesellschaften<sup>143</sup>.

### c) **Ausschluß des Wettbewerbsverbots des § 284 AktG**

Die Komplementäre unterliegen nach § 284 AktG einem Wettbewerbsverbot. Dieses umfaßt Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung im Geschäftszweig der Gesellschaft. Auch dürfen die Komplementäre nicht Mitglied des Vorstands, der Geschäftsführung oder persönlich haftende Gesellschafter einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft sein<sup>144</sup>.

Schutzzweck dieses Wettbewerbsverbots ist nicht die Sicherung der vollen Arbeitskraft durch den Komplementär<sup>145</sup>, sondern der Schutz der Gesellschaft vor schädigendem Wettbewerb dadurch, daß der Komplementär seine Kenntnisse von Geschäftsgeheimnissen und von der Geschäftspolitik der Gesellschaft bei Konkurrenten einbringt<sup>146</sup>. Zudem soll es davor schützen, daß der Komplementär die Willensbildung in der Gesellschaft zugunsten seiner Wettbewerbstätigkeit beeinflusst<sup>147</sup>.

---

<sup>139</sup> Demnach ist die allgemeine Aussage von *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 80 und *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 45, daß Maßnahmen, über die eine Gesellschaftergruppe allein entscheidet, in den Rang von gemeinsamen Angelegenheiten erhoben werden können, ungenau. Vielmehr sollte sie lauten: Gemeinsame Angelegenheiten der beiden Gesellschaftergruppen, über die eine Gesellschaftergruppe allein entscheidet, können einer gemeinsamen Entscheidung unterworfen werden.

<sup>140</sup> Bei der Publikums-KGaA werden solche Bedenken in der Literatur erhoben, vgl. *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 69f.; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 83; einschränkend und auf eine Gesamtschau abstellend, die Ausnahmen genehmige: *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 372.

<sup>141</sup> vgl. *Wichert*, in: AG 2000, 268, 270

<sup>142</sup> Vgl. *Wichert*, in: AG 2000, 268, 270, der Vetorechte bezüglich der Verwendung des Bilanzgewinns für die einzigen praktischen Anwendungsfälle hält.

<sup>143</sup> Siehe unten unter B.I.4. Daher sollen eventuelle Möglichkeiten von solchen Ausdehnungen nicht tiefer erörtert werden.

<sup>144</sup> § 284 Abs. 1 AktG. Zu dem Umfang des Wettbewerbsverbots vgl. unten unter D.I.2.a)aa).

<sup>145</sup> wie beim Wettbewerbsverbot des Vorstands nach § 88 AktG

<sup>146</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 76 Rn. 24

<sup>147</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 284 Rn. 5. Strittig ist, ob sich das Wettbewerbsverbot auch auf nicht geschäftsführungsbefugte Gesellschafter bezieht (dafür u.a.: *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 284 Rn. 5; dagegen u.a. *Armbrüster*, in: ZIP 1997, 1269, 1271). Jedoch ist dieser Streitpunkt hier aufgrund der Stellung der Komplementär-Gesellschaft als einzige Komplementärin unerheblich.

Das Wettbewerbsverbot erstreckt sich bei einer Komplementär-Gesellschaft sowohl auf deren Geschäftsführer<sup>148</sup> als auch auf den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft, der einen beherrschenden Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft und damit auf die KGaA ausüben kann<sup>149</sup>.

Gemäß § 284 Abs. 1 AktG kann der Komplementär durch ausdrückliche Einwilligung der übrigen Komplementäre und des Aufsichtsrats vom Wettbewerbsverbot befreit werden. Diese Einwilligung kann nur für bestimmte Arten von Geschäften oder für bestimmte Handelsgesellschaften erteilt werden<sup>150</sup>.

Nach herrschender und überzeugender Ansicht<sup>151</sup> ist das Wettbewerbsverbot satzungsdispositiv<sup>152</sup>. Es betrifft das Rechtsverhältnis zwischen den Komplementären untereinander und zu den Kommanditaktionären und unterliegt demnach grundsätzlich der Vertragsfreiheit<sup>153</sup>.

Folglich kommt es auf die Befreiung vom Wettbewerbsverbot gemäß § 284 Abs. 1 S. 2 AktG nur dann an, wenn dieses nicht bereits durch die Satzung ausgeschlossen ist<sup>154</sup>.

#### d) Befreiung von § 181 BGB

Nach § 181 BGB kann ein Vertreter, soweit ihm ein anderes nicht gestattet ist, mit sich im eigenen Namen (Selbstkontrahieren) oder als Vertreter eines Dritten (Mehrvertretung) ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Geschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Vom Verbot des Selbstkontrahierens kann die Komplementär-Gesellschaft wegen der alleinigen Befugnis des Aufsichtsrats, die Gesellschaft gegenüber der Komplementär-Gesellschaft zu vertreten<sup>155</sup>, nicht durch abweichende Regelung der Satzung befreit werden. Die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats gegenüber den Komplementären wird aus §§ 278 Abs. 3, 112 AktG hergeleitet, sie ist daher abschließend und zwingend<sup>156</sup>. Würde die Satzung vom Verbot des Selbstkontrahierens befreien,

<sup>148</sup> Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 278 Rn. 337; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 284 Rn. 10

<sup>149</sup> Ihrig/Schlitt, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 50; Herfs, in: Münch. Hdb. AktG, § 76 Rn. 24; Assmann/Sethe, in: § 284 Rn. 11

<sup>150</sup> § 284 Abs. 1 S. 2 AktG

<sup>151</sup> Hüffer, AktG, § 284 Rn. 1; Mertens, in: KK AktG, § 284 Rn. 3; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 284 Rn. 26f.; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 284 Rn. 25, 29

<sup>152</sup> Nach anderer Ansicht handele sich um eine Sonderregelung für die KGaA, die den Vorschriften des HGB über das Wettbewerbsverbot vorgehe (Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 76 Rn. 25, mit Verweis auf Armbrüster, in: ZIP 1997, 1267, 1271f., der aber auf den Ausschluß des Wettbewerbsverbots durch die Satzung nicht ausdrücklich eingeht). Dieser Ansicht ist insoweit zuzustimmen, als daß § 284 AktG durchaus eine Sonderregelung für die KGaA enthält. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß diese Regelung der Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG unterliegt. Denn in § 278 Abs. 3 AktG wird nur „im übrigen“ auf die Vorschriften des Ersten Buchs des Aktiengesetzes Bezug genommen, also außerhalb des Bereichs der nach § 278 Abs. 2 AktG der Gestaltungsfreiheit unterworfenen Rechtsbeziehung zwischen den Komplementären und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre.

<sup>153</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 284 Rn. 25; Mertens, in: KK AktG, § 284 Rn. 3

<sup>154</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 284 Rn. 29

<sup>155</sup> vgl. B.I.2.b)cc)

<sup>156</sup> Herrschende Meinung, vgl. Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 287 Rn. 68; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 67; Wichert, in: AG 2000, 268, 274. Selbst bei Zugrundelegung der

bestünde zudem die Gefahr, daß der Aufsichtsrat wesentliche Geschäfte der Gesellschaft mit den Komplementären nicht oder nicht rechtzeitig erfahren würde<sup>157</sup> und somit seine Kontrollaufgaben nicht hinreichend wahrnehmen könnte.

Von dem Verbot der Mehrfachvertretung kann die Satzung die Komplementär-Gesellschaft befreien. Dies entspricht der Rechtslage bezüglich des Vorstands einer Aktiengesellschaft<sup>158</sup> und kann hier übertragen werden.

#### e) **Zwischenergebnis**

Durch die Satzung können die Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft bei Geschäftsführungsmaßnahmen durch Beschneidung der diesbezüglichen Mitwirkungsbefugnisse der anderen Gesellschaftsorgane vergrößert werden. Inwieweit dies bei der Publikums-GmbH & Co. KGaA zulässig ist, ist umstritten.

Ebenfalls ist es durch Satzungsgestaltung möglich, die Komplementär-Gesellschaft vom Wettbewerbsverbot zu befreien und ihr die Mehrfachvertretung zu genehmigen. Diese beiden Gestaltungen erhöhen nicht die Möglichkeiten einer Einflußnahme durch die Komplementär-Gesellschaft, sie können aber potentielle Gefahren der Einflußnahme begründen und verstärken.

### **4. Die Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft in der Gestaltungspraxis**

Wie gezeigt hängt die Kompetenzverteilung in der GmbH & Co. KGaA maßgeblich von der Ausgestaltung der jeweiligen Satzung ab. Daher sollen hier zunächst Satzungen verschiedener Gesellschaften<sup>159</sup> hinsichtlich der Kompetenzen der

---

abweichenden Meinung (*Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR, § 77 Rn. 52; *Mertens*, in: KK AktG, § 287 Rn. 11f.), die Vertretungsmacht des Aufsichtsrats sei nicht zwingend, soweit eine unbefangene Vertretung frei von sachfremden Erwägungen dies nicht erfordere, wird bei den hier geprüften GmbH & Co. KGaA aufgrund der Stellung der Komplementär-Gesellschaft als alleiniger Komplementärin kein anderes Ergebnis herzuleiten sein. Zunächst betreffen die diesbezüglichen Stimmen allein die Konstruktionen, daß mehrere geschäftsführungsbefugte Komplementäre bestehen. Zudem sind die zu vermeidenden Interessenkonflikte beim Selbstkontrahieren grundsätzlich gegeben.

<sup>157</sup> vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 287 Rn. 73

<sup>158</sup> vgl. *Wiesner*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 23 Rn. 21; Hüffer, AktG, § 78 Rn. 7; *Mertens*, in: KK AktG, § 78 Rn. 69; BGHZ 33, 189, 191 (zur GmbH); *Hefermehl*, in: Geßler/Hefermehl, § 78 Rn. 91 (lassen auch eine Befreiung außerhalb der Satzung zu)

<sup>159</sup> 1&1 Aktiengesellschaft & Co. KGaA, 1. FC Köln GmbH & Co. KGaA, Advantec biotech AG & Co. KGaA, Advantec Wagniskapital AG & Co. KGaA, Agens Consulting GmbH & Co. KGaA, Bankhaus Partin GmbH & Co. KGaA, Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA, Docfarm GmbH & Co. KGaA, Dräger Medical AG & Co. KGaA, Dräger Safety AG & Co. KGaA, Düker AG & Co. KGaA, eff-eff Fritz Fuss GmbH & Co. KGaA, Eurogate GmbH & Co. KGaA, Eurokai GmbH & Co. KGaA, Hannover 96 GmbH & Co. KGaA, Janox GmbH & Co. KGaA, Kirch Media GmbH & Co. KGaA, Kirch Pay GmbH & Co. KGaA, Leonardo Venture GmbH & Co. KGaA, Metanomics GmbH & Co. KGaA, Nolte GmbH & Co. KGaA, Schütz GmbH & Co. KGaA, Süd Private Equity GmbH & Co. KGaA, SunGene GmbH & Co. KGaA, Trinkaus Private Equity Pool I GmbH & Co. KGaA, Tyczka GmbH & Co. KGaA, UBL Informationssysteme GmbH & Co. KGaA, VCH Best-of-VC GmbH & Co. KGaA, Windpark Norderland GmbH & Co. An`t

Komplementäre ausgewertet werden<sup>160</sup>. Danach sollen die gefundenen Ausgestaltungen nach Typengruppen geordnet werden.

**a) Auswertung der einzelnen Satzungen**

Bei **Gesellschaft 1** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist von dem Verbot der Mehrfachvertretung gem. § 181 Alt. 2 BGB befreit. Gemeinsam mit ihrem jeweiligen Geschäftsführer ist sie vom Wettbewerbsverbot des § 284 AktG befreit. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist auf den Aufsichtsrat verlagert, es besteht ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte.

Bei **Gesellschaft 2** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist gemeinsam mit ihren Geschäftsführern und Gesellschaftern vom Wettbewerbsverbot des § 284 AktG befreit, insbesondere ist es ihnen ausdrücklich gestattet, als Komplementäre einer ausdrücklich genannten anderen KGaA und einer ausdrücklich genannten KG sowie von weiteren (nicht genannten) Gesellschaften zu fungieren. Von dem Verbot der Insihgeschäfte gem. § 181 BGB kann der Aufsichtsrat die Komplementär-Gesellschaft und ihre Geschäftsführer befreien<sup>161</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist auf den Aufsichtsrat verlagert, es besteht ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte.

Bei **Gesellschaft 3** ist die Komplementär-Gesellschaft eine AG. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Von dem Verbot der Mehrfachvertretung gem. § 181 Alt. 2 BGB kann sie der Aufsichtsrat befreien. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ersatzlos ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 4** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Von dem Verbot der Insihgeschäfte gem. § 181 BGB<sup>162</sup> ist sie befreit. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ausgeschlossen. Es besteht ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zugunsten des Aufsichtsrats, die verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrats kann jedoch durch die Gesellschafterversammlung der Komplementär-Gesellschaft ersetzt werden.

Bei **Gesellschaft 5** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist vom Wettbewerbsverbot des § 284 AktG und von dem Verbot der Insihgeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>163</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften

---

Grotschloot KGaA und Zenner GmbH & Co. KGaA. An dieser Stelle sei den Gesellschaften, die freundlicherweise ihre Satzung überlassen haben, herzlich gedankt.

<sup>160</sup> Entsprechend der Bitte einiger der Gesellschaften, die freundlicherweise ihre Satzung zur Verfügung gestellt haben, sollen die Satzungen anonymisiert werden. Daher werden die Gesellschaften nur mit Nummern genannt. Die Nummern sind willkürlich gewählt.

<sup>161</sup> Dies gilt nur für die Mehrfachvertretung nach § 181 Alt. 2 BGB, vgl. oben unter B.I.3.d).

<sup>162</sup> Die Befreiung ist für das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 Alt. 1 BGB) unwirksam, vgl. oben unter B.I.3.d).

<sup>163</sup> vgl. Fn. 162

gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ausgeschlossen. Ein von der Hauptversammlung auf Vorschlag der Komplementär-Gesellschaft gewählter Investitions-Beirat muß jedoch die Zustimmung zu Investitionen und Deinvestitionen bezüglich von Wagnisbeteiligungen geben.

Bei **Gesellschaft 6** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist vom Wettbewerbsverbot des § 284 AktG und von dem Verbot der Mehrfachvertretung gem. § 181 Alt. 2 BGB befreit. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ersatzlos ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 7** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG. Sie ist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von ca. 13% des Gesamtkapitals beteiligt. Sie ist vom Verbot der Insichgeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>164</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ersatzlos ausgeschlossen. Nach ausdrücklicher Regelung ist bei „schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte der Kommanditaktionäre, wie z.B. bei der Ausgliederung eines Betriebs, der den wertvollsten Teil des Gesellschaftsvermögens bildet, ... die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich“.

Bei **Gesellschaft 8** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG. Sie ist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von ca. 61% des Gesamtkapitals beteiligt. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ausgeschlossen. Es besteht ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zugunsten des Aufsichtsrats.

Bei **Gesellschaft 9** ist die Komplementär-Gesellschaft eine AG & Co. KG. Sie ist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von ca. 36% beteiligt. Vom Verbot der Insichgeschäfte gem. § 181 BGB kann sie der Aufsichtsrat befreien<sup>165</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ersatzlos ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 10** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist gemeinsam mit ihren Geschäftsführern vom Verbot der Insichgeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>166</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist auf den Aufsichtsrat verlagert.

Bei **Gesellschaft 11** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist vom Verbot der Insichgeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>167</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ausgeschlossen. Es besteht ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zugunsten des Aufsichtsrats.

---

<sup>164</sup> vgl. Fn. 162

<sup>165</sup> vgl. Fn. 161

<sup>166</sup> vgl. Fn. 162

<sup>167</sup> vgl. Fn. 162

Bei **Gesellschaft 12**<sup>168</sup> sind zwei GmbH & Co. KG Komplementär-Gesellschaften. Sie sind mit einer Vermögenseinlage in Höhe von einerseits ca. 62% und andererseits ca. 10% des Gesamtkapitals beteiligt. Beide Komplementär-Gesellschaften bilden eine Komplementärversammlung. Diese Komplementärversammlung entscheidet durch Mehrheitsbeschluß, wobei die Stimmrechte nach der jeweiligen Höhe der Vermögenseinlage bemessen werden. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist auf die Komplementär-Versammlung übertragen. Die Komplementär-Versammlung kann vom Verbot der Mehrfachvertretung gem. § 181 Alt. 2 BGB befreien.

Bei **Gesellschaft 13** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist vom Verbot der Mehrfachvertretung gem. § 181 Alt. 2 BGB befreit. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist nicht ausgeschlossen. Macht ein „Kommanditist“ von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch, so entscheiden auf Antrag der Komplementär-Gesellschaft alle Gesellschafter durch Beschluß. Laut Satzung hat die Gesellschaft nur einen Kommanditaktionär.

Bei **Gesellschaft 14** ist die Komplementär-Gesellschaft eine AG. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Von dem Verbot der Mehrfachvertretung gem. § 181 Alt. 2 BGB kann sie der Aufsichtsrat befreien. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ersatzlos ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 15**<sup>169</sup> sind zwei GmbH & Co. KG Komplementär-Gesellschaften. Sie sind mit einer Vermögenseinlage in Höhe von einerseits ca. 70% und andererseits ca. 22% des Gesamtkapitals beteiligt. Beide Komplementär-Gesellschaften bilden eine Komplementärversammlung. Diese Komplementärversammlung entscheidet durch Mehrheitsbeschluß, wobei die Stimmrechte nach der jeweiligen Höhe der Vermögenseinlage bemessen werden. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist auf die Komplementärversammlung übertragen. Die Komplementärversammlung kann vom Verbot der Mehrfachvertretung gemäß § 181 Alt. 2 BGB befreien.

Bei **Gesellschaft 16** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist mit einer Vermögenseinlage von 99,8% beteiligt. Die Vermögenseinlage ist zum Ausgleich erwarteter Verluste für die ersten Jahre der Geschäftstätigkeit geleistet. Die Komplementär-GmbH ist vom Verbot der Insichgeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>170</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist nicht ausgeschlossen.

---

<sup>168</sup> Diese Gesellschaft entspricht keinem der beiden Grundtypen, die dieser Arbeit zugrunde gelegt sind. Denn es bestehen zwei Komplementär-Gesellschaften. Wegen der Verlagerung von Kompetenzen auf eine Komplementär-Versammlung, die von einer dieser beiden Komplementär-Gesellschaften deutlich dominiert wird, liegen jedoch dem hier geprüften Grundtyp vergleichbare Strukturen vor.

<sup>169</sup> vgl. Fn. 168

<sup>170</sup> vgl. Fn. 162

Bei **Gesellschaft 17** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist vom Verbot der Inschlaggeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>171</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Gemäß der Satzung sind jedoch „die gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis“ und „die gesetzliche Vertretungsbefugnis“ „unbeschränkt“. Daher ist davon auszugehen, daß das Zustimmungsrecht der Hauptversammlung nach § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ausgeschlossen worden ist<sup>172</sup>.

Bei **Gesellschaft 18** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt<sup>173</sup>. Sie ist vom Wettbewerbsverbot des § 284 AktG und von dem Verbot der Mehrfachvertretung gem. § 181 Alt. 2 BGB befreit. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist nicht ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 19** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist mit einer Vermögenseinlage von 99,8% beteiligt. Hierbei ist die Vermögenseinlage zum Ausgleich erwarteter Verluste für die ersten Jahre der Geschäftstätigkeit geleistet. Die Komplementär-GmbH ist vom Verbot der Inschlaggeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>174</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist nicht ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 20** ist die Komplementär-Gesellschaft eine AG & Co. KG. Sie ist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von 90% des Gesamtkapitals beteiligt. Sie ist vom Verbot der Inschlaggeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>175</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ausgeschlossen. Es besteht ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zugunsten des Aufsichtsrats.

Bei **Gesellschaft 21** ist die Komplementär-Gesellschaft eine AG. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist von dem Verbot der Mehrfachvertretung gem. § 181 Alt. 2 BGB und vom Wettbewerbsverbot des § 284 AktG befreit. Der Gesellschaftsvertrag enthält zur Geschäftsführung keine Regelungen, das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist somit nicht ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 22** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ersatzlos ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 23** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie kann sich mit einer Vermögenseinlage beteiligen. Sie kann vom Verbot der Inschlaggeschäfte

---

<sup>171</sup> vgl. Fn. 162

<sup>172</sup> Dies hat auch eine Nachfrage bei der Gesellschaft 17 ergeben.

<sup>173</sup> Laut Satzung leistet die Komplementär-GmbH eine „Vermögenseinlage“ auf das Grundkapital und erhält dafür Kommanditaktien. Im Rahmen dieser Arbeit soll als Vermögenseinlage nicht eine Beteiligung am Grundkapital, sondern eine Sondereinlage außerhalb des Grundkapitals bezeichnet werden.

<sup>174</sup> vgl. Fn. 162

<sup>175</sup> vgl. Fn. 162

gem. § 181 BGB befreit werden<sup>176</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist auf den Aufsichtsrat verlagert.

Bei **Gesellschaft 24** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG. Sie ist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von 20% des Gesamtkapitals beteiligt. Sie ist vom Verbot der Insihgeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>177</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist auf den Aufsichtsrat verlagert.

Bei **Gesellschaft 25** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG. Sie ist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von 58% des Gesamtkapitals beteiligt. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ersatzlos ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 26** ist die Komplementär-Gesellschaft eine AG. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Sie ist von dem Verbot der Insihgeschäfte gem. § 181 BGB<sup>178</sup> und vom Wettbewerbsverbot des § 284 AktG befreit. Der Gesellschaftsvertrag enthält zur Geschäftsführung keine Regelungen, das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist somit nicht ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 27** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG. Sie ist mit einer Vermögenseinlage in nicht bekannter Höhe<sup>179</sup> beteiligt. Sie ist vom Verbot der Insihgeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>180</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ausgeschlossen. Es besteht ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zugunsten des Aufsichtsrats.

Bei **Gesellschaft 28** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG. Sie ist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von 94% des Gesamtkapitals beteiligt. Sie ist vom Verbot der Insihgeschäfte gem. § 181 BGB befreit<sup>181</sup>. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ersatzlos ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 29** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG. Sie ist mit einer Vermögenseinlage in Höhe von 27% des Gesamtkapitals beteiligt. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ersatzlos ausgeschlossen.

Bei **Gesellschaft 30** ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH. Sie ist nicht mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ausgeschlossen. Der Aufsichtsrat hat das Recht, einen Zustimmungskatalog zu erstellen.

---

<sup>176</sup> vgl. Fn. 161

<sup>177</sup> vgl. Fn. 162

<sup>178</sup> vgl. Fn. 162

<sup>179</sup> Diese Angaben waren in der übersendeten Satzung geschwärzt.

<sup>180</sup> vgl. Fn. 162

<sup>181</sup> vgl. Fn. 162

**b) Typenbildung bezüglich der einflußrelevanten Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft im Bereich der Geschäftsführung**

Betrachtet man die einflußrelevanten Kompetenzen der jeweiligen Komplementär-Gesellschaft in Bezug auf die Geschäftsführung, so ist zwischen einer gesetzestypischen Satzungsgestaltung (**Typ A**), einer gesetzestypischen Verlagerung von Kompetenzen der Hauptversammlung auf den Aufsichtsrat bzw. auf einen von Kommanditaktionären kontrollierten Beirat (**Typ B**) und einer gesetzestypischen ersatzlosen Einschränkung der Kompetenzen der Hauptversammlung mit (**Typ C**) oder ohne (**Typ D**) gleichzeitigem Kompetenzzuwachs beim Aufsichtsrat bzw. einem von Kommanditaktionären kontrollierten Beirat zu differenzieren.

Die Gesellschaften des **Typs A**<sup>182</sup> haben entweder laut Satzung nur einen Kommanditaktionär<sup>183</sup> oder aber eine sehr überschaubare Gesellschafterstruktur<sup>184</sup>. Daher bedarf es einer Verlagerung der Kompetenzen der Hauptversammlung auf den Aufsichtsrat oder einer vollständigen Beschneidung der Rechte der Hauptversammlung nicht. Denn die praktischen Probleme bei der Zustimmung der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften stellen sich hier nicht, da eine Hauptversammlung jederzeit formlos und ohne Fristwahrung einberufen werden kann<sup>185</sup>.

Bei den Gesellschaften des **Typs B**<sup>186</sup> ist das Zustimmungsrecht der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften auf den Aufsichtsrat verlagert. Dadurch werden einerseits praktische Schwierigkeiten, die mit Einberufungen der Hauptversammlung<sup>187</sup> und der Anfechtbarkeit<sup>188</sup> der Hauptversammlungsbeschlüsse verbunden sind, vermieden. Andererseits werden die Rechte der Kommanditaktionäre weitgehend berücksichtigt, weil der von diesen bestellte Aufsichtsrat ein sehr weitgehendes Mitwirkungsrecht bei außergewöhnlichen Geschäften hat. Zusätzlich ist teilweise ein Katalog mit zustimmungspflichtigen Geschäften in die Satzung aufgenommen worden.

Bei den Gesellschaften vom **Typ C**<sup>189</sup> ist die Kompetenzverteilung zwischen der Komplementär-Gesellschaft einerseits und der Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat bzw. Beirat andererseits bezüglich der außergewöhnlichen Geschäfte stark der Kompetenzverteilung in der AG<sup>190</sup> angenähert. Das Zustimmungsrecht zu den außergewöhnlichen Geschäften ist vollständig ausgeschlossen. Es besteht ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zugunsten des Aufsichtsrats. Jedoch fehlt in der Regel<sup>191</sup> die Kompetenz des Aufsichtsrats, selbständig einen Katalog der

---

<sup>182</sup> Gesellschaft 13, 16, 18, 19, 21 und 26

<sup>183</sup> Gesellschaft 13

<sup>184</sup> Gesellschaft 18 ist eine „Familiengesellschaft“. Bei den Gesellschaften 16 und 19, 21 und 26 muß dies aufgrund der gesellschaftlichen Regelungen angenommen werden.

<sup>185</sup> § 278 Abs. 3 i.V.m. § 121 Abs. 6 AktG

<sup>186</sup> Gesellschaften 1, 2, 10, 23 und 24

<sup>187</sup> z.B. Fristen, Formerfordernisse, Kosten

<sup>188</sup> § 243 AktG

<sup>189</sup> Gesellschaften 5, 8, 11, 20, 27 und 30. Die Gesellschaft 4 kann nicht hier eingeordnet werden, da das Veto des Aufsichtsrats von der Gesellschafterversammlung der Komplementär-Gesellschaft überstimmt werden kann, somit keine endgültige Kompetenzteilung vorliegt.

<sup>190</sup> bezüglich des Verhältnisses des Vorstands gegenüber der Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat

<sup>191</sup> außer bei der Gesellschaft 30

zustimmungsbedürftigen Geschäfte zu schaffen<sup>192</sup>. Die Gestaltung hat gegenüber **Typ B** den Vorteil, daß durch die ausdrückliche Festlegung der zustimmungspflichtigen Geschäfte für die Komplementär-Gesellschaft Klarheit dahingehend besteht, welche Geschäfte sie dem Aufsichtsrat bzw. Beirat vorlegen muß. Gleichzeitig ermöglicht sie den Kommanditaktionären mittelbar Mitwirkung in für diese wichtigen Angelegenheiten.

Der **Typ D** ist nach dieser Auswertung am häufigsten verbreitet<sup>193</sup>. Die Kompetenz zur Vornahme außergewöhnlicher Geschäfte steht hier allein der Komplementär-Gesellschaft zu. Die Kommanditaktionäre und der Aufsichtsrat haben diesbezüglich keine Mitwirkungsrechte.

## **5. Umfang der Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft nach Satzungsgestaltung**

Wie die vorstehende Untersuchung der in der Praxis bestehenden Satzungen zeigt, sind die Gestaltungsfreiheiten bezüglich der Kompetenzverteilung zwischen Komplementären und Kommanditaktionären unterschiedlich genutzt worden.

Hinsichtlich der jeweiligen Möglichkeiten zur Einflußnahme muß differenziert werden: Eine aktive Einflußnahmemöglichkeit ist gegeben, soweit die Komplementär-Gesellschaft ihren Einfluß selbständig, also ohne eine Mitwirkung anderer Organe, ausüben kann. Eine passive Einflußnahmemöglichkeit liegt vor, soweit die Einflußnahme anderer Organe durch ein eigenes Vetorecht oder Mitwirkungsrecht der Komplementär-Gesellschaft verhindert werden kann.

### **a) Einflußnahmemöglichkeiten bei gesetzestypischer Satzungsausgestaltung (Typ A)**

Bei gesetzestypischer Satzungsausgestaltung ist die Möglichkeit der Komplementär-Gesellschaft, aktiv auf die GmbH & Co. KGaA Einfluß zu nehmen, vergleichsweise gering. Denn die Komplementär-Gesellschaft kann aus eigener Kraft nur gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen durchführen. Für alle außergewöhnlichen Geschäfte, Grundlagengeschäfte und Satzungsänderungen benötigt sie die Zustimmung der Hauptversammlung. Diese Zustimmung wird sie aus eigener Kraft nur dann

---

<sup>192</sup> wie es § 111 Abs. 4 S. 2 AktG für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft vorsieht, vgl. oben unter B.I.2.c)aa)

<sup>193</sup> Gesellschaften 3, 6, 7, 9, 12, 14, 15, 17, 22, 25, 28 und 29. Zusätzlich muß wohl auch die Gesellschaft 4 hierzu gezählt werden, vgl. Fn. 189. Zu diesem Typ sind auch die Gesellschaften 12 und 15 zu zählen. Zwar unterfallen diese dem hier geschilderten Typ nicht ohne weiteres, da die Zustimmungsrechte der Hauptversammlung auf ein anderes Organ, die Komplementärversammlung, verlagert worden sind. Auch sind jeweils zwei Komplementär-Gesellschaften vorhanden. Da jedoch diese Komplementärversammlung mit Mehrheit entscheidet und jeweils einer Komplementär-Gesellschaft eine klare Mehrheit zusteht, muß davon ausgegangen werden, daß eben diese Komplementär-Gesellschaft die für diese Gruppe typischen Kompetenzen hat.

herbeiführen können, wenn sie selbst Kommanditaktionärin der Gesellschaft ist und über die Mehrheit der Stimmen in der Hauptversammlung verfügt<sup>194</sup>.

Die Möglichkeit der Komplementär-Gesellschaft, passiv auf die GmbH & Co. KGaA Einfluß zu nehmen, ist dagegen groß. Ohne das Einverständnis der Komplementär-Gesellschaft können keine Geschäftsführungsmaßnahmen, Grundlagengeschäfte oder Satzungsänderungen durchgeführt werden. Gegen ihren Willen kann also in diesen zentralen Bereichen nicht gehandelt werden.

**b) Einflußnahmemöglichkeiten bei Verlagerung der Zustimmungsbefugnis nach § 164 S. 1 Hs. 2 HGB auf den Aufsichtsrat (Typ B)**

Im Vergleich zur gesetzestypischen Ausgestaltung der Satzung ergeben sich bei einer Verlagerung der Zustimmungsbefugnis zu außergewöhnlichen Geschäften von der Hauptversammlung auf den Aufsichtsrat keine Änderungen bezüglich der Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft.

Aktiven Einfluß auf die Geschäftsführung kann die Komplementär-Gesellschaft nur insoweit nehmen, als daß gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen betroffen sind. Für außergewöhnliche Geschäfte benötigt sie die Zustimmung des Aufsichtsrats, an dessen Bestellung sie nicht mitwirken darf<sup>195</sup>. Demzufolge könnte die Komplementär-Gesellschaft auch mit einer Hauptversammlungsmehrheit auf diese außergewöhnlichen Geschäfte keinen (mittelbaren) aktiven Einfluß nehmen.

Die passiven Einflußnahmemöglichkeiten bestehen ebenso wie bei den Gesellschaften des **Typs A**.

**c) Einflußnahmemöglichkeiten bei ersatzlosem Ausschluß des Zustimmungserfordernisses (Typ C und D)**

Ist das Zustimmungserfordernis ersatzlos ausgeschlossen, ergeben sich deutliche Verschiebungen im Bereich des aktiven Einflusses auf die Geschäftsführungsmaßnahmen. Diese können von der Komplementär-Gesellschaft autonom getätigt werden. Eine sachliche Rückbindung findet lediglich bei **Typ C** im Rahmen des Zustimmungskatalogs zugunsten des Aufsichtsrats bzw. eines Beirats statt, bei **Typ D** fehlt sie vollständig. Der aktive Einfluß findet seine Grenzen bei Grundlagengeschäften und Satzungsänderungen.

Hinsichtlich des passiven Einflusses ergeben sich keine Abweichungen von **Typ A** und **Typ B**.

---

<sup>194</sup> Im Rahmen dieser Arbeit wird als Annahme unterstellt, daß sich die Komplementär-Gesellschaft nicht am Grundkapital der GmbH & Co. KGaA beteiligt.

<sup>195</sup> § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG

## II. Einflußnahmemöglichkeit durch Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft

Als wesentlicher Vorteil der GmbH & Co. KGaA wird es angesehen, daß auf diese über die Komplementär-Gesellschaft Einfluß genommen werden kann<sup>196</sup>. Damit könne zum Beispiel einem Familienunternehmen der Einfluß gesichert werden, auch wenn ein Großteil des Gesamtkapitals durch Ausgabe von Aktien an Dritte aufgebracht wird<sup>197</sup>.

Bei der Prüfung der Möglichkeiten eines Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft, über diese Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA zu nehmen, ist zwischen einem ausschließlichen Einfluß allein über die Komplementär-Gesellschaft und einem gemischten Einfluß sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über andere Organe der GmbH & Co. KGaA, also Hauptversammlung, Aufsichtsrat oder Beirat, zu unterscheiden.

### 1. Ausschließliche Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA über die Komplementär-Gesellschaft

Soweit ausschließlich über die Komplementär-Gesellschaft Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ausgeübt wird, ist zunächst festzustellen, daß dieser mögliche Einfluß maximal den Umfang des jeweiligen Einflusses der Komplementär-Gesellschaft erreichen kann. Somit gelten für den Umfang der Einflußnahmemöglichkeiten die unter B.I.5. festgestellten Ergebnisse.

#### a) Einflußnahme über Komplementär-GmbH

Die GmbH hat in der Regel<sup>198</sup> nur zwei Organe, die Geschäftsführer und die Gesellschafter. Die Geschäftsführer sind das Handlungsorgan, die Gesellschafter sind das Willensbildungsorgan der GmbH<sup>199</sup>.

Die Geschäftsführer sind generell in ihrer Geschäftsführung an die Weisungen der Gesellschafterversammlung der GmbH als deren oberstes Organ gebunden<sup>200</sup>. Dies unterscheidet die Organisationsverfassung der GmbH im wesentlichen von jener der Aktiengesellschaft, welche der Vorstand in eigener Verantwortung und weisungsungebunden leitet<sup>201</sup>.

Die Gesellschafterversammlung trifft ihre Entscheidungen hinsichtlich des Weisungsrechts gegenüber den Geschäftsführern durch Beschluß nach § 47

---

<sup>196</sup> vgl. *Schürmann/Groh*, in: BB 1995, 684, 685; *Hennerkes/Lorz*, in: DB 1997, 1388, 1388f.; *Hoffmann-Becking/Herfs*, in: Festschrift Sigle, S. 273, 277

<sup>197</sup> *Hoffmann-Becking/Herfs*, in: Festschrift Sigle, S. 273, 276; *Haase*, in: GmbHR 1997, 917, 919; *Schaumburg/Schulte*, S. 16

<sup>198</sup> Es sei denn, daß nach § 6 MitbestG oder 77 Abs. 1 BetrVG 1952 ein Aufsichtsrat zu bilden ist oder daß ein fakultatives Organ gebildet wird.

<sup>199</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 36 I 1.

<sup>200</sup> § 37 Abs. 1 GmbHG; vgl. *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 10 *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 30; *Koppensteiner*, in: Rowedder, GmbHG, § 37 Rn. 3

<sup>201</sup> § 76 Abs. 1 AktG; vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 36 I 2.

GmbHG<sup>202</sup>, bei dem mangels anderer Regelungen der Satzung eine einfache Mehrheit der Stimmen in der Gesellschafterversammlung genügt<sup>203</sup>. Einzelnen Gesellschaftern steht das Weisungsrecht auch dann nicht zu, wenn sie aufgrund der Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschafterversammlung den entsprechenden Beschluß jederzeit herbeiführen könnten<sup>204</sup>. Hat die GmbH dagegen nur einen Gesellschafter, so steht diesem ein Weisungsrecht auch ohne förmlichen Beschluß der Gesellschafter zu<sup>205</sup>. In der Satzung der GmbH kann einzelnen Gesellschaftern das Weisungsrecht übertragen werden<sup>206</sup>.

Das Weisungsrecht steht den Gesellschaftern in allen Bereichen der Unternehmensleitung zu<sup>207</sup>, somit auch bezüglich der Geschäftsführung als Geschäftsführungsorgan der GmbH & Co. KGaA. Die Weisungen können genereller Art sein, so zum Beispiel die Richtlinien der Geschäftspolitik bestimmen, oder aber sich auf konkrete einzelne Geschäfte beziehen<sup>208</sup>.

Ein Gesellschafter, der in der Lage ist, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung herbeizuführen<sup>209</sup>, kann somit über das Weisungsrecht Einfluß auf die Komplementär-GmbH nehmen. Gleiches gilt für einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH, der Alleingesellschafter dieser ist oder den Gesellschafter, der aufgrund einer Satzungsregelung ein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung hat.

Durch den Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft kann mittelbarer Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA genommen werden. Diese Einflußnahmemöglichkeit hat den gleichen Umfang wie die Einflußnahmemöglichkeit der jeweiligen Komplementär-GmbH, hängt also von der Satzungsgestaltung der GmbH & Co. KGaA ab<sup>210</sup>.

## b) Einflußnahme über Komplementär-GmbH & Co. KG

Soweit die GmbH & Co. KGaA eine Komplementärin in der Rechtsform der GmbH & Co. KG hat, gelten bei den Möglichkeiten der Einflußnahme über die Komplementär-Gesellschaft keine wesentlichen Unterschiede.

Die Geschäftsführung der Komplementär-GmbH & Co. KG obliegt deren Komplementär-GmbH<sup>211</sup> und richtet sich nach dem Recht der

---

<sup>202</sup> vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 17

<sup>203</sup> § 47 Abs. 1 GmbHG

<sup>204</sup> *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 31

<sup>205</sup> BGH WM 1992, 2053, 2054; BGHZ 31, 258, 278

<sup>206</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 19; *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 32 (mit Verweis auf die strittigen Einzelheiten dieser Übertragung)

<sup>207</sup> vgl. *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 30

<sup>208</sup> vgl. *Koppensteiner*, in: Rowedder, GmbHG, § 37 Rn. 25; *Axhausen*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, § 5 Rn. 141

<sup>209</sup> so zum Beispiel aufgrund der Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung, Stimmbindungsverträgen etc.

<sup>210</sup> vgl. B.I.5.

<sup>211</sup> In der Regel ist dies der alleinige Gesellschaftsgegenstand der Komplementär-GmbH innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG. Dies setzt voraus, daß keine besonderen Gestaltungen in der Komplementär-Gesellschaft gewählt werden. Aufgrund der Vielzahl der möglichen Gestaltungen soll sich im Rahmen dieser Arbeit auf diese typische Gestaltung der Komplementär-GmbH & Co. KG beschränkt werden.

Kommanditgesellschaften<sup>212</sup>. Teil der Geschäftsführung innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG ist die Geschäftsführung der GmbH & Co. KGaA. Somit kann durch Einflußnahme auf die Komplementär-GmbH Einfluß auf die Geschäftsführung der Komplementär-GmbH & Co. KG in der GmbH & Co. KGaA genommen werden<sup>213</sup>.

Diesbezüglich ist vor allem das Widerspruchsrecht der Kommanditisten bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen von Interesse. Ist die Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA ein außergewöhnliches Geschäft für die Komplementär-GmbH & Co. KG, so stünde den Kommanditisten<sup>214</sup> ein Zustimmungsrecht nach § 164 S. 1 Hs. 2 HGB zu. Bei den hier geprüften Komplementär-GmbH & Co. KG werden jedoch in der Regel die Beteiligungsverhältnisse bezüglich der Kommanditanteile mit denen der Gesellschaftsanteile an der Komplementär-GmbH identisch sein<sup>215</sup>. Die Satzung wird bezüglich der Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften Mehrheitsbeschlüsse vorsehen oder dieses Zustimmungsrecht ausschließen<sup>216</sup>. Damit sind Anweisungen durch die Gesellschafter in dem selben Maß wie bei der Komplementär-GmbH möglich.

Ein Gesellschafter, der in der Lage ist, die Geschäftsführer in der Komplementär-GmbH der Komplementär-GmbH & Co. KG anzuweisen<sup>217</sup> wird somit in der Regel auch in der Lage sein, auf die GmbH & Co. KGaA Einfluß auszuüben.

## **2. Kumulierter Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung, den Aufsichtsrat bzw. einen Beirat**

Hat ein Gesellschafter neben seinem Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft auch einen Einfluß auf die Hauptversammlungsbeschlüsse, auf den Aufsichtsrat bzw. auf einen eventuell gebildeten Beirat, so kann sein Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA den alleinigen Einfluß über die Komplementär-Gesellschaft deutlich übersteigen. Denn die jeweils bestehenden Grenzen des Einflusses aufgrund von Mitwirkungsbefugnissen anderer Organe bestehen dann nicht, wenn auch auf diese anderen Organe Einfluß ausgeübt werden kann. Es kommt dann zu einer Kumulation der Möglichkeiten der Einflußnahme.

Grundvoraussetzung ist hier die mögliche Einflußnahme über die Komplementär-Gesellschaft<sup>218</sup>. Die Möglichkeiten des passiven Einflusses über die Komplementär-

---

<sup>212</sup> §§ 164, 114ff. HGB

<sup>213</sup> Das Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter erstreckt sich auch auf die Geschäftsführung innerhalb der GmbH & Co. KG, vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 18a. Damit besteht das Weisungsrecht auch bezüglich der Geschäftsführung innerhalb der GmbH & Co. KGaA.

<sup>214</sup> und zwar jedem einzelnen Kommanditisten, vgl. *Horn*, in: Heymann HGB, § 164 Rn. 4, 20

<sup>215</sup> Der Komplementär-GmbH & Co. KG kommt keine Kapitalsammel-funktion zu. Diese Funktion wird erst auf der Ebene der KGaA durch Ausgabe von Kommanditaktien wahrgenommen.

<sup>216</sup> Die Ausschließung ist hier stets zulässig, da es sich bei der Komplementär-GmbH & Co. KG nicht um eine Publikumsgesellschaft handeln wird. Vgl. die Ausführungen unter B.I.3.a)cc).

<sup>217</sup> sei es durch Gesellschafterbeschlüsse oder Weisungsrechte

Gesellschaft bestehen also in den hier geprüften Konstellationen stets. Somit wird im folgenden allein der aktive Einfluß erörtert.

#### a) Kumulierter Einfluß auch über die Hauptversammlung

Einen aktiven Einfluß auf die Beschlüsse der Hauptversammlung hat der Kommanditaktionär, der über die für den jeweiligen Beschluß der Hauptversammlung erforderliche Stimmenmehrheit verfügt.

Einflußrelevante Beschlüsse sind vor allem solche über die Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften der Komplementär-Gesellschaft<sup>219</sup>, über Grundlagengeschäfte und über Satzungsänderungen<sup>220</sup>.

Für die Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften der Komplementär-Gesellschaft nach § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 S. 1 Hs. 2 HGB ist ein Beschluß der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich<sup>221</sup>. Ebenso ist eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen bei Beschlüssen über Grundlagengeschäfte notwendig<sup>222</sup>. Die Beschlußfassung der Hauptversammlung über Satzungsänderungen bedarf einer qualifizierten Mehrheit von 75% des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals<sup>223</sup>.

Ein Kommanditaktionär, der über die jeweils erforderliche Mehrheit der Stimmen verfügt, kann bei gleichzeitigem Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft somit aktiven Einfluß auf die Vornahme von außergewöhnlichen Geschäften, Grundlageentscheidungen und Satzungsänderungen nehmen. Er kann diese also ohne Mitwirkung Dritter nach seinem Willen durchsetzen.

#### b) Kumulierter Einfluß auch über den Aufsichtsrat

##### aa) Möglichkeiten zur kumulativen Einflußnahme

Bei gesetzestypischer Kompetenzverteilung zwischen den Organen der GmbH & Co. KGaA hat der Aufsichtsrat auf die Geschäftsführung nur einen sehr geringen Einfluß<sup>224</sup>. Er kann lediglich die Geschäftspolitik der Komplementäre beurteilen und kontrollieren, aber diese weder verändern noch korrigieren<sup>225</sup>. Somit würde bei einer

---

<sup>218</sup> Zu den Möglichkeiten der Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA ohne Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft zugleich unter B.II.3. Dort werden auch atypische Beschränkungen der Komplementärrechte zugunsten der anderen Organe geprüft.

<sup>219</sup> Dies setzt jedoch voraus, daß es einer solchen Zustimmung bedarf. Das ist nur bei der gesetzestypischen Satzungsgestaltung nach **Typ A** der Fall, vgl. oben unter B.I.5.a).

<sup>220</sup> Die ebenfalls einflußrelevante Beschlußfassung über die Wahl des Aufsichtsrats wird sogleich unter B.II.2.b) behandelt.

<sup>221</sup> §§ 278 Abs. 3, 133 Abs. 1 AktG

<sup>222</sup> §§ 278 Abs. 3, 133 Abs. 1 AktG

<sup>223</sup> §§ 278 Abs. 3 i.V.m. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG. Nach § 179 Abs. 2 S. 2 AktG kann die Satzung auch andere Kapitalmehrheiten vorsehen. Insbesondere ist hier eine Absenkung der Mehrheitserfordernisse von der qualifizierten zur einfachen Mehrheit denkbar. Inwieweit dies bei einer Publikums-GmbH & Co. KGaA zu einer unzulässigen Benachteiligung führen kann, erscheint problematisch (vgl. *Semler/Perlitt*, MK AktG, § 278 Rn. 406), soll aber hier nicht näher geprüft werden.

<sup>224</sup> siehe oben unter B.I.2.c)

<sup>225</sup> *Hennerkes/Lorz*, in: DB 1997, 1388, 1389; *Haase*, in: GmbHR 1997, 917, 921; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 287 Rn. 42

gesetzestypischen Kompetenzverteilung ein Einfluß des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft auf den Aufsichtsrat nicht zu einem Zuwachs der aktiven Einflußnahmemöglichkeiten führen.

Teilweise<sup>226</sup> ist jedoch das Vetorecht der Hauptversammlung bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen auf den Aufsichtsrat verlagert<sup>227</sup>. Teilweise<sup>228</sup> ist zugunsten des Aufsichtsrats ein Zustimmungskatalog in die Satzung aufgenommen worden. In diesen Fällen hat der Aufsichtsrat einen passiven Einfluß auf die Vornahme der jeweiligen Geschäfte. Ein Einfluß sowohl auf die Komplementär-Gesellschaft als auch auf den Aufsichtsrat würde einen aktiven Einfluß auf die außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen begründen, da es einer Mitwirkung anderer Organe diesbezüglich nicht mehr bedürfte.

#### bb) Bestellung des Aufsichtsrats durch Wahl der Hauptversammlung

Fraglich ist, ob der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft Einfluß über den Aufsichtsrat erlangen kann. Einen Einfluß auf den Aufsichtsrat hat der Gesellschafter, der in der Lage ist, die Mitglieder des Aufsichtsrats zu bestellen und abzurufen<sup>229</sup>. Es besteht dann die Wahrscheinlichkeit, daß diese Mitglieder die Interessen des Gesellschafters wahrnehmen werden<sup>230</sup>. Um einen Einfluß auf den Aufsichtsrat zu erlangen, müßte der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft daher über die Besetzung des Aufsichtsrats (mit-)entscheiden können. Dies ist jedoch problematisch.

Der Aufsichtsrat der KGaA wird von der Hauptversammlung gewählt<sup>231</sup>. Nach der gesetzlichen Regelung des § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG können die Komplementäre ihr Stimmrecht<sup>232</sup> bei Beschlußfassungen der Hauptversammlung über die Wahl und die Abberufung des Aufsichtsrats nicht ausüben. Ziel dieser Regelung ist es, eine ordnungsgemäße Kontrolle der Geschäftsführung der Komplementäre durch den Aufsichtsrat frei von Interessenkonflikten zu gewährleisten<sup>233</sup>. Zudem soll die Vertretung der Gesamtheit der Kommanditaktionäre durch den Aufsichtsrat gegenüber den Komplementären von Interessenkonflikten freigehalten werden<sup>234</sup>.

Dieses Stimmverbot der Komplementäre ist nach dem Sinn der Vorschrift auch auf die Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft, die auf diese Einfluß ausüben können, auszudehnen<sup>235</sup>. Diese Gesellschafter können über das ihnen zustehende Weisungsrecht die Geschäftsleitungsfunktionen in der Komplementär-Gesellschaft an

<sup>226</sup> bei den Gesellschaften des **Typs B**

<sup>227</sup> vgl. oben unter B.I.4.

<sup>228</sup> bei den Gesellschaften des **Typs C**

<sup>229</sup> vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 45f.

<sup>230</sup> *Windbichler*, in: GK AktG, § 17 Rn. 20

<sup>231</sup> §§ 278 Abs. 3, 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG. Zur Möglichkeit der Bestellung durch Entsendung sogleich.

<sup>232</sup> also das Stimmrecht aus den von ihnen gehaltenen Kommanditaktien, § 285 Abs. 1 S. 1 AktG

<sup>233</sup> *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 46; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 26. Diesbezüglich weisen aber *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 25, zu Recht darauf hin, daß allein die Überwachungskompetenz die Stimmrechtsbeschränkung nicht begründen könne, da auch ein Vorstand einer AG, der gleichzeitig Aktionär ist, dieser Stimmrechtsbeschränkung nicht unterliege.

<sup>234</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 25

<sup>235</sup> vgl.: *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 25 und in: FS Lutter, S. 251, 266; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 336; *Wichert*, in: AG 2000, 268, 274

sich ziehen und damit die durch den Aufsichtsrat zu überwachenden Geschäftsleitungsangelegenheiten kontrollieren<sup>236</sup>. Auch bestünde der Interessenkonflikt bei der Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats gegenüber der Komplementär-Gesellschaft. Bei der Wahl bzw. Abberufung des Aufsichtsrats bestünde somit die Gefahr, daß das persönliche Interesse am Abstimmungsergebnis als Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft das aus der Stellung als Kommanditaktionär folgende mitgliedschaftliche Interesse überwiegt und damit eine allein an diesem letzteren Interesse ausgerichtete Stimmabgabe nicht erwartet werden kann<sup>237</sup>.

Die Stimmverbote bestehen nicht, falls sich alle Aktien in einer Hand befinden. Denn in diesem Fall sind die Interessenkonflikte, vor denen das Stimmverbot schützen soll, ausgeschlossen<sup>238</sup>. Zusätzlich könnte sonst in diesem Fall aufgrund des Stimmverbots kein Aufsichtsrat bestellt werden<sup>239</sup>. Daher kann der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft, der gleichzeitig Alleinaktionär der GmbH & Co. KGaA ist, sein Stimmrecht bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats ausüben.

Denkbar wäre die Konstellation, daß ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft alle Mitglieder des Aufsichtsrats bestellt, solange er noch alleiniger Kommanditaktionär ist, und erst danach die Kommanditaktien an Dritte veräußert<sup>240</sup>. Aber auch in diesem Fall wäre eine dauerhafte Einflußnahme auf die Aufsichtsratsmitglieder durch den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nicht möglich. Zwar bestünde die Möglichkeit, daß die Aufsichtsratsmitglieder seine Interessen berücksichtigen. Jedoch wären die Aufsichtsratsmitglieder jederzeit durch die Hauptversammlung abwählbar<sup>241</sup>. Bei der Entscheidung über die Abwahl wäre der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft vom Stimmrecht ausgeschlossen, da er in diesem Zeitpunkt nicht mehr Alleinaktionär wäre. Somit könnten die anderen Kommanditaktionäre eine Einflußnahme durch den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft auf den Aufsichtsrat jederzeit unterbinden, dessen dauerhafte Möglichkeit der Einflußnahme wäre nicht gegeben.

### cc) Bestellung des Aufsichtsrats durch Entsendung

Die Bestellung von bis zu einem Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats ist auch durch einzelnen Aktionären oder den Inhabern bestimmter Aktien<sup>242</sup> eingeräumte Entsendungsrechte möglich<sup>243</sup>. Komplementäre können diese Entsendungsrechte nicht ausüben, soweit sie vom Stimmrecht betreffend die Wahl des Aufsichtsrats

---

<sup>236</sup> vgl. oben B.II.1.

<sup>237</sup> vgl. allgemein zu den in § 285 Abs. 1 S. 2 AktG aufgeführten Beschlußgegenständen: *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 46 und *Wichert*, in: AG 2000, 268, 274; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 25

<sup>238</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 21; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 285 Rn. 32

<sup>239</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 21

<sup>240</sup> Wobei zu beachten wäre, daß wegen § 280 Abs. 1 AktG die Gesellschaft mindestens fünf Gründer aufweisen muß.

<sup>241</sup> § 103 Abs. 1 AktG. Dafür wäre eine Mehrheit von 75% der abgegebenen Stimmen erforderlich. Die Satzung kann für den Beschluß andere Mehrheiten und zusätzliche Erfordernisse aufstellen. Soweit dadurch die Möglichkeit der Abwahl der Aufsichtsratsmitglieder zu Lasten der Kommanditaktionäre beschränkt würde, erscheinen solche Regelungen aber bedenklich zu sein.

<sup>242</sup> dabei muß es sich um vinkulierte Namensaktien handeln, vgl. § 101 Abs. 2 S. 2 AktG

<sup>243</sup> § 102 Abs. 2 AktG

ausgeschlossen wären<sup>244</sup>. Folgerichtig können auch Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft, die einen Einfluß auf diese haben, Entsendungsrechte nicht ausüben<sup>245</sup>. Als Ausnahme muß hier erneut die Stellung als Alleinaktionär genannt werden, bei dieser Situation bedarf es jedoch keines Entsendungsrechts.

#### dd) Zwischenergebnis

Somit kann der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft, der über einen Einfluß auf diese verfügt, auf die Besetzung des Aufsichtsrats und damit auf diesen keinen Einfluß nehmen. Eine Kumulation der Einflüsse auf die GmbH & Co. KGaA ist diesbezüglich also nicht möglich.

Eine Ausnahme gilt, soweit der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft gleichzeitig Alleinaktionär ist<sup>246</sup>.

#### c) Kumulierter Einfluß auch über einen eventuell gebildeten Beirat

Grundsätzlich ist es in der KGaA möglich, innerhalb des Verhältnisses zwischen der Gesamtheit der Kommanditaktionäre und den Komplementären<sup>247</sup> ein zusätzliches Organ zu schaffen<sup>248</sup>. Dieses Organ (im folgenden: Beirat) kann zum Beispiel ein Ausschuß der Kommanditaktionäre sein, dem Aufgaben zugewiesen werden, die grundsätzlich der Gesamtheit der Kommanditaktionäre gegenüber den Komplementären zustehen<sup>249</sup>. Folglich kann auch das Vetorecht der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen der Komplementär-Gesellschaft auf einen Beirat übertragen werden<sup>250</sup>. Ebenfalls denkbar ist ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zugunsten des Beirats.

Verfügt ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft über die Möglichkeit, einen Einfluß auf einen Beirat auszuüben, der über die Vornahme der außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen oder solcher, die einen Zustimmungskatalog unterfallen, entscheidet, so kann er aktiven Einfluß auf diese Geschäftsführungsmaßnahmen nehmen<sup>251</sup>.

Fraglich ist, ob der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft bei der Besetzung des Beirats mitwirken darf, oder ob die bei der Besetzung des Aufsichtsrats

<sup>244</sup> Binz/Sorg, in: DB 1997, 313, 319; Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 44; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 285 Rn. 26; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 285 Rn. 25; Ihrig/Schlitt, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 45

<sup>245</sup> Ihrig/Schlitt, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 45; Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 44; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 278 Rn. 333, 335 (Mit Hinweis auf eine erforderliche Abwägung der gesamten Satzung hinsichtlich der in ihr geregelten Machtverteilung. Bei der hier gegebenen Konstellation einer Einflußkumulation werden aber die geäußerten Bedenken von Semler/Perlitt durchgreifen.)

<sup>246</sup> Diese Situation soll im folgenden nicht weiter erörtert werden.

<sup>247</sup> also in dem Bereich, der der grundsätzlichen Gestaltungsfreiheit des Rechts der Kommanditgesellschaft unterliegt, § 278 Abs. 2 AktG

<sup>248</sup> Schaumburg/Schulte, S. 9; Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 61; Assmann/Sethe, in: FS Lutter, S. 251, 256f. und in: GK AktG, § 287 Rn. 90f.

<sup>249</sup> vgl. Semler/Perlitt, in: MK AktG, Vor § 278 Rn. 44; Schaumburg/Schulte, S. 9; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 287 Rn. 92

<sup>250</sup> vgl. Schaumburg/Schulte, S. 9

<sup>251</sup> Er kann diesbezüglich also seinen Willen ohne Mitwirkung Dritter durchsetzen.

bestehenden Bedenken auch hier ein Mitwirkungsrecht ausschließen<sup>252</sup>. Hierbei muß auf den Umfang der auf den Beirat übertragenen Befugnisse abgestellt werden<sup>253</sup>. Vertritt der Beirat ausschließlich die Interessen der Kommanditaktionäre oder dient er der Überwachung der Geschäftsführung, ist das Mitwirkungsrecht ausgeschlossen<sup>254</sup>. Denn dann sind die gleichen Interessenkonflikte wie bei der Besetzung des Aufsichtsrats gegeben.

Wird dem Beirat lediglich das Vetorecht der Hauptversammlung hinsichtlich außergewöhnlicher Geschäftsführungsmaßnahmen übertragen, so ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nicht vom Mitwirkungsrecht bei der Bestellung des Beirats ausgeschlossen. Denn die Interessenkonflikte im Bereich der Kontrollaufgaben des Aufsichtsrats und der Vertretungskompetenzen bestehen hier nicht, da diese Kompetenzen nicht auf den Beirat übertragen werden, sondern beim Aufsichtsrat verbleiben. Bei den im Rahmen dieser Arbeit geprüften Gesellschaften ist bei keiner das Vetorecht hinsichtlich der außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen auf einen Beirat übertragen worden.

Werden dem Beirat Zustimmungsrechte zu bestimmten Geschäften der Komplementär-Gesellschaft eingeräumt, die nicht originär der Hauptversammlung obliegen<sup>255</sup>, spricht aus den gleichen Gründen ebenfalls nichts gegen die Mitwirkung der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft an der Bestellung der Mitglieder des Beirats.

Somit können die Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft<sup>256</sup> bei der Besetzung solcher Beiräte mitwirken und damit auf diese Einfluß ausüben. Die Möglichkeit, einen Beirat zu bilden, wird in der Praxis jedoch nur vereinzelt<sup>257</sup> genutzt.

#### d) Zwischenergebnis

Ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft, der über diese einen Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA hat, kann durch zusätzlichen Einfluß über die Hauptversammlung seine Einflußnahmemöglichkeiten verstärken. Mit entsprechender Stimmenmehrheit kann er auf Satzungsänderungen und Grundlagenentscheidungen aktiven Einfluß nehmen. Nicht nur bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D**<sup>258</sup>, sondern auch bei den Gesellschaften des **Typs A** kann er aktiven Einfluß auf außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen nehmen<sup>259</sup>.

<sup>252</sup> Für einen Ausschluß dieser Mitwirkungsbefugnisse sprechen sich *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 285 Rn. 27 sowie § 287 Rn. 98 aus, ohne jedoch zwischen dem Umfang der auf den Beirat übertragenen Rechte zu differenzieren.

<sup>253</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 67; *Assmann/Sethe*, in: FS Lutter, S. 251, 266

<sup>254</sup> *Assmann/Sethe*, in: FS Lutter, S. 251, 266

<sup>255</sup> also nicht Grundlagengeschäfte

<sup>256</sup> und natürlich auch die Komplementär-Gesellschaft selbst

<sup>257</sup> Ein Beirat besteht bei den geprüften Gesellschaft nur bei einer Gesellschaft (Nr. 5). Der dort bestehende „Investitions-Beirat“ entscheidet über Investitionen und Deinvestitionen in Beteiligungen. Er wird von der Hauptversammlung auf Vorschlag der Komplementär-Versammlung gewählt.

<sup>258</sup> Bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** gilt dies bereits aufgrund des Einflusses aus die Komplementär-Gesellschaft, vgl. oben unter B.II.1. und B.II.5.

<sup>259</sup> Bei den Gesellschaften des **Typs B** kann der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft in der Regel keinen aktiven Einfluß auf die außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen nehmen.

*B.II. Einflußnahmemöglichkeit durch Gesellschafter  
der Komplementär-Gesellschaft*

Über den Aufsichtsrat kann dieser Gesellschafter keinen kumulierten Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA nehmen. Über einen eventuell gebildeten Beirat ist dies unter Umständen möglich, in der Praxis sind Beiräte aber nicht verbreitet.

### III. Einflußnahmemöglichkeit durch „bloßen“ Kommanditaktionär

Ein Kommanditaktionär, der nicht Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ist, kann lediglich aufgrund der ihm aus seinen Kommanditaktien zustehenden Rechte Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ausüben. Seine Einflußnahmemöglichkeiten sind durch seine Stimmrechte in der Hauptversammlung vermittelt. Mit der jeweiligen Stimmrechtsmehrheit kann er Einfluß auf die Beschlüsse der Hauptversammlung und Einfluß auf den Aufsichtsrat nehmen<sup>260</sup>.

Dieser Einfluß ist auf den Umfang des Einflusses dieser Organe beschränkt. Auch hier ist zwischen aktivem und passiven Einfluß des Kommanditaktionärs zu differenzieren<sup>261</sup>.

#### 1. Einflußnahmemöglichkeit bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung

##### a) Einflußnahme über die Hauptversammlung

Bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung bedürfen die einflußrelevanten Entscheidungen der Hauptversammlung stets des Einvernehmens mit der Komplementär-Gesellschaft. Dies gilt für Satzungsänderungen und Grundlagengeschäfte wegen des Vetorechts der Komplementär-Gesellschaft aus § 285 Abs. 2 S. 1 AktG. Für außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen gilt dies aufgrund des Initiativrechts der Komplementär-Gesellschaft. Sofern die Hauptversammlung selbst die Initiative zu solchen Geschäften ergreift, steht der Komplementär-Gesellschaft ein Vetorecht zu<sup>262</sup>. Somit stehen der Hauptversammlung diesbezüglich keine aktiven Einflußnahmemöglichkeiten zu.

Der Hauptversammlung stehen jedoch umfangreiche passive Einflußnahmemöglichkeiten zu. Gegen ihren Willen bzw. den Willen des Gesellschafters, der die jeweils erforderliche Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung innehat, kann abgesehen vom Bereich der gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen kein Einfluß auf die Gesellschaft genommen werden.

##### b) Einflußnahme über den Aufsichtsrat

Bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung stehen dem Aufsichtsrat lediglich Kontrollkompetenzen gegenüber der Komplementär-Gesellschaft, Ausführungskompetenzen bezüglich der Beschlüsse der Hauptversammlung und Vertretungskompetenzen gegenüber den Komplementären zu<sup>263</sup>.

Einfluß im Sinne einer Möglichkeit, eigene Vorstellungen durchzusetzen, hat der Aufsichtsrat daher bei gesetzestypischer Satzungsausgestaltung nicht. Dies gilt sowohl für aktiven als auch für passiven Einfluß.

<sup>260</sup> vgl. oben B.II.2.a) und B.II.2.b)

<sup>261</sup> Vgl. die unter B.I.5. vorgenommene Differenzierung und die gegebenen Definitionen.

<sup>262</sup> vgl. oben unter B.I.2.a)

<sup>263</sup> vgl. oben unter B.I.2.c)

**c) Zwischenergebnis**

Der Kommanditaktionär ohne Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft kann bei gesetzestypischer Satzungsausgestaltung lediglich passiven Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA nehmen, aktive Einflußnahmemöglichkeiten hat er nicht.

**2. Einflußnahmemöglichkeit aufgrund gesetzesatypischer Satzungsgestaltung durch Beschneidung der Komplementärrechte**

Im Bereich der Geschäftsführung der KGaA und innerhalb des Verhältnisses zwischen Komplementären und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre bestehen weitreichende Gestaltungsfreiheiten bezüglich der Satzung<sup>264</sup>. Ebenso wie die Rechte und Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft zu Lasten der anderen Organe der KGaA erweitert werden können, ist es möglich, die Rechte und Kompetenzen der Hauptversammlung und des Aufsichtsrats zu Lasten der Komplementär-Gesellschaft auszuweiten<sup>265</sup>.

**a) Einflußnahme über die Hauptversammlung**

Zunächst kann das Vetorecht der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften auch auf gewöhnliche Geschäfte ausgedehnt werden<sup>266</sup>. Dadurch verstärkt sich der passive Einfluß der Hauptversammlung und damit der passive Einfluß des Kommanditaktionärs, der über die für den Zustimmungsbeschluß nötige Mehrheit<sup>267</sup> verfügt.

Auch kann durch Satzungsgestaltung ein Weisungsrecht für die Hauptversammlung gegenüber der Komplementär-Gesellschaft in Geschäftsführungsaufgaben geschaffen werden<sup>268</sup>. Durch ein solches Weisungsrecht der Hauptversammlung würde diese in Geschäftsführungsfragen zum obersten Organ der KGaA werden<sup>269</sup>. Es bestünde dann für die Hauptversammlung die Möglichkeit aktiver Einflußnahme im Bereich der Geschäftsführung. Dementsprechend hätte auch ein Kommanditaktionär bei entsprechender Mehrheit der Stimmen einen aktiven Einfluß auf die Geschäftsführung der KGaA.

Weiterhin kann in der Satzung festgelegt werden, daß die Grundsätze der Geschäftspolitik allein von den Kommanditaktionären und damit von der Hauptversammlung bestimmt werden<sup>270</sup>. Dadurch würde auch diesbezüglich eine aktive Einflußnahmemöglichkeit entstehen.

---

<sup>264</sup> vgl. oben unter B.I.2.

<sup>265</sup> vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 147

<sup>266</sup> *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 39; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 148; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 231; Hüffer, AktG, § 278 Rn. 19

<sup>267</sup> Dies ist eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen, § 278 Abs. 3, 133 Abs. 1 AktG, vgl. B.II.2.a).

<sup>268</sup> OLG Köln, AG 1978, 17, 18; *Grafmüller*, S. 125; *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 39; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 232

<sup>269</sup> vgl. *Herfs*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 39; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 232

<sup>270</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 232

Bezüglich der aktiven Einwirkungsmöglichkeiten ist jedoch zu beachten, daß diese Satzungsgestaltungen ihre Grenze dort finden, wo die Funktionsfähigkeit der Komplementär-Gesellschaft als Organ der GmbH & Co. KGaA betroffen wird. Insbesondere muß es der Komplementär-Gesellschaft möglich sein, ihren aus § 283 AktG folgenden Pflichten eigenverantwortlich nachzukommen<sup>271</sup>.

Die Ausweitung der Zustimmungsrechte der Hauptversammlung ist jedoch nur bei Gesellschaften mit überschaubarem und nicht zerstrittenem Gesellschafterkreis praktikabel<sup>272</sup>. Denn nur dann kann eine eventuell notwendige Hauptversammlung formlos und nicht fristgebunden nach §§ 278 Abs. 3, 126 Abs. 6 AktG einberufen werden. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist mit der Ausweitung der Kompetenzen der Hauptversammlung eine Lähmung der Gesellschaft in den betroffenen Angelegenheiten verbunden. Zudem besteht auch die Möglichkeit einer Beschlufanfechtung nach § 243 AktG und eine damit verbundene Rechtsunsicherheit.

#### b) Einflußnahme über den Aufsichtsrat

Das Vetorecht der Hauptversammlung bei außergewöhnlichen Geschäften kann auf den Aufsichtsrat übertragen werden<sup>273</sup>. Diese Gestaltung entspricht dem **Typ B** der geprüften Gestaltungen in der Praxis<sup>274</sup>. Auch können die Rechte des Aufsichtsrats an diejenigen eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft angeglichen werden, indem entsprechend § 111 Abs. 4 S. 2 AktG Zustimmungsrechte zu bestimmten Arten von Geschäften eingeräumt werden<sup>275</sup>. Diese Gestaltung entspricht dem **Typ C** der geprüften Gestaltungen in der Praxis<sup>276</sup>. Zusätzlich ist es möglich, dem Aufsichtsrat auch bei gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen Vetorechte einzuräumen<sup>277</sup>. Bei diesen bisher genannten Satzungen sind Vetorechte und damit die passiven Einflußrechte des Aufsichtsrats<sup>278</sup> erheblich verstärkt. Die aktiven Einflußnahmemöglichkeiten werden davon nicht berührt.

Fraglich dagegen ist, ob dem Aufsichtsrat auch Weisungsrechte gegenüber der Komplementär-Gesellschaft eingeräumt werden können. Durch Weisungsrechte könnte der Aufsichtsrat auch aktiv Einfluß nehmen. Im Bereich der Geschäftsführung ist diesbezüglich problematisch, daß der Aufsichtsrat zur Kontrolle der Geschäftsführung verpflichtet ist<sup>279</sup>. Diese Kontrollaufgaben könnte der Aufsichtsrat dann nicht wirksam erfüllen, wenn er selbst die zu überwachenden Geschäfte veranlaßt hat<sup>280</sup>. Daher sind jedenfalls Satzungen unzulässig, durch welche die Komplementär-Gesellschaft bezüglich des gesamten Tagesgeschäfts von den Weisungen des Aufsichtsrats abhängig<sup>281</sup> gemacht wird<sup>282</sup>. Dieses Verbot ist auf alle

<sup>271</sup> vgl. Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 154

<sup>272</sup> Zur Frage der tatsächlichen Verbreitung dieser Ausweitung der Rechte der Hauptversammlung zugleich unter B.III.4.

<sup>273</sup> vgl. oben unter B.I.2.b)

<sup>274</sup> vgl. oben unter B.I.4.c)

<sup>275</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 150

<sup>276</sup> vgl. oben unter B.I.4.c)

<sup>277</sup> Grafmüller, S. 125; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 150

<sup>278</sup> und damit der passive Einfluß des Kommanditaktionärs, der Einfluß auf den Aufsichtsrat ausüben kann

<sup>279</sup> Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 53; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 151; vgl. auch OLG Köln, AG 1978, 17, 18

<sup>280</sup> vgl. Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 278 Rn. 237

<sup>281</sup> und somit zum bloßen Ausführungsorgan des Aufsichtsrats

geschäftsführungsbezogenen Weisungen zu erstrecken<sup>283</sup>. In Bezug auf die Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat somit keine Weisungsrechte eingeräumt werden.

Zulässig dagegen ist eine Satzungsregelung dahingehend, daß der Aufsichtsrat allein über die Grundsätze der Geschäftspolitik entscheidet und diesbezüglich ein Weisungsrecht gegenüber der Komplementär-Gesellschaft hat<sup>284</sup>. Denn dadurch ist die Kontrollkompetenz des Aufsichtsrats nicht betroffen, dieser kann weiterhin wirksam die Geschäftsführung durch die Komplementär-Gesellschaft kontrollieren. Diesbezüglich kann die Satzung also zu einer aktiven Einflußnahmemöglichkeit des Aufsichtsrats führen.

### c) Zwischenergebnis

Der Kommanditaktionär ohne Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft kann bei gesetzesatypischer Satzungsausgestaltung passiven Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA nehmen, soweit er über die notwendige Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung verfügt.

Je nach Satzungsausgestaltung bestehen auch aktive Einflußnahmemöglichkeiten. Dabei können diese entweder direkt über die Hauptversammlung oder aber mittelbar über den Aufsichtsrat wahrgenommen werden.

## 3. Einflußnahmemöglichkeit bei „Einheitsgesellschaft“

Bei einer GmbH & Co. KGaA als Einheitsgesellschaft werden alle Anteile an der Komplementär-Gesellschaft von der KGaA selbst gehalten und die Komplementär-Gesellschaft ist alleinige Komplementärin<sup>285</sup>. Mit dieser Konstellation sind verschiedene Probleme verbunden<sup>286</sup>, die jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden sollen.

Bei der GmbH & Co. KGaA als Einheitsgesellschaft kann in der Regel<sup>287</sup> der Mehrheitsaktionär aktiven Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft und damit auf die Gesellschaft insgesamt nehmen.

Bei einer GmbH & Co. KGaA als Einheitsgesellschaft sind aber die wesentlichen Vorteile einer GmbH & Co. KGaA gegenüber einer AG nicht vorhanden. Denn die Trennung zwischen dem unternehmerischen Einfluß über die Komplementär-Gesellschaft einerseits und der Kapitalaufbringung durch Ausgabe von

---

<sup>282</sup> vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 151; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 237

<sup>283</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 236f., halten offenbar einen Katalog von Geschäften, für die ein Weisungsrecht des Aufsichtsrats statuiert werden kann, insoweit für möglich, als daß bei der Aktiengesellschaft Zustimmungserfordernisse eingeräumt werden können. Diese Differenzierung kann hier nicht nachvollzogen werden. Die Problemstellungen hinsichtlich der Kontrollaufgaben des Aufsichtsrats bestehen bei allen Geschäftsführungsmaßnahmen, bei denen dem Aufsichtsrat ein Weisungsrecht eingeräumt wird.

<sup>284</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 151; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 237

<sup>285</sup> vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 18

<sup>286</sup> dazu: *Schrick*, in: NZG 2000, 675; *Gonella/Mikic*, in: AG 1998, 508

<sup>287</sup> Dies hängt von den möglichen Satzungsgestaltungen ab.

Kommanditaktien andererseits besteht nicht<sup>288</sup>. Vielmehr wird ein Mehrheitsgesellschafter bzw. eine Unternehmerfamilie nur einen der Kapitalbeteiligung entsprechenden Einfluß auf die Gesellschaft haben. Diese Konstellation ist mit einer „einfachen“ AG ebenfalls zu erreichen.

Aufgrund der allgemein mit der GmbH & Co. KGaA verbundenen rechtlichen Probleme, die bei der Einheits-GmbH & Co. KGaA noch erweitert werden, wird daher dieser Gesellschaftstyp in der Praxis voraussichtlich keine Verbreitung finden. Daher soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher auf die GmbH & Co. KGaA als Einheitsgesellschaft eingegangen werden.

#### **4. Einflußnahmemöglichkeit der Kommanditaktionäre in der Gestaltungspraxis**

##### **a) Möglichkeit der passiven Einflußnahme**

Bei den untersuchten Satzungsgestaltungen in der Praxis<sup>289</sup> ist die Möglichkeit der Kommanditaktionäre, passiv auf die Gesellschaft Einfluß zu nehmen, unterschiedlich gestaltet.

Dabei ist bezüglich der Satzungsänderungen und der Grundlagengeschäfte bei allen Typen ein passiver Einfluß gegeben. Ohne Mitwirkung der Hauptversammlung und damit eines Kommanditaktionärs, der auf die Hauptversammlungsbeschlüsse Einfluß hat, können diesbezügliche Entscheidungen nicht durchgesetzt werden.

Passiver Einfluß hinsichtlich gewöhnlicher Geschäftsführungsmaßnahmen besteht bei keinem Gesellschaftstyp.

Bezüglich der Vornahme der außergewöhnlichen Geschäfte steht der Hauptversammlung bei **Typ A** ein unmittelbarer, bei **Typ B** über den Aufsichtsrat ein mittelbarer passiver Einfluß im Sinne eines Vetorechts zu. Bei **Typ C** hat die Hauptversammlung über den Aufsichtsrat oder Beirat ein mittelbares Vetorecht nur hinsichtlich eines Katalogs zustimmungspflichtiger Rechtsgeschäfte. Bei **Typ D** besteht kein passiver Einfluß der Hauptversammlung auf Geschäftsführungsmaßnahmen.

##### **b) Möglichkeit der aktiven Einflußnahme**

Eine aktive Einflußnahmemöglichkeit, also die Möglichkeit, in einer Angelegenheit ohne Mitwirkungsbefugnisse anderer Organe<sup>290</sup> Einfluß auszuüben, wird in keiner der geprüften Satzungen der Hauptversammlung, dem Aufsichtsrat oder dem Beirat eingeräumt. Keine Satzung sieht Weisungsrechte dieser Organe gegenüber der Komplementär-Gesellschaft vor.

Dieses Ergebnis überrascht nicht: Wesentlicher Vorteil der GmbH & Co. KGaA gegenüber der AG ist die Trennung von unternehmerischen Einfluß und

<sup>288</sup> vgl. Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 41

<sup>289</sup> vgl. oben unter B.I.4.

<sup>290</sup> hier also der Komplementär-Gesellschaft

Kapitaleinsatz. Dieser Vorteil bildet regelmäßig den Grund für die Rechtsformwahl zugunsten der GmbH & Co. KGaA. Dementsprechend ist nur folgerichtig, daß der gewollte Vorteil nicht durch Stärkung der Rechte der Kommanditaktionäre aufgrund atypischer Satzungsgestaltung beseitigt wird.

## **5. Zwischenergebnis**

Der „bloße“ Kommanditaktionär kann bei entsprechender Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung passiven Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ausüben. Dieser passive Einfluß kann entweder unmittelbar über die Hauptversammlung oder aber mittelbar über den Aufsichtsrat ausgeübt werden.

Aktiven Einfluß erlangt der „bloße“ Kommanditaktionär nur bei gesetzesatypischer Beschränkung der Rechte der Komplementär-Gesellschaft. Solche Gestaltungen sind aber nicht praxisrelevant.

#### **IV. Zwischenergebnis**

Betrachtet man die Möglichkeiten der Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA, so ist festzuhalten, daß aktiver Einfluß in der Regel allein von der oder über die Komplementär-Gesellschaft ausgeübt werden kann.

Der aktive Einfluß der oder über die Komplementär-Gesellschaft besteht bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung hinsichtlich der gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen. Er kann bei entsprechender Satzungsgestaltung auch auf außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen ausgedehnt werden. Wenn und soweit ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft noch zusätzlich Einfluß auf die Hauptversammlung nehmen kann, so kann der kumulierte aktive Einfluß auch Grundlagengeschäfte und Satzungsänderungen umfassen.

Passiver Einfluß kann sowohl von der oder über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung, den Aufsichtsrat oder einen eventuell gebildeten Beirat ausgeübt werden. Dabei erstreckt sich der passive Einfluß der oder über die Komplementär-Gesellschaft auf den gesamten Bereich der Geschäftsführung, die Grundlagengeschäfte und die Satzungsänderungen. Der passive Einfluß über die Hauptversammlung besteht bezüglich der Grundlagengeschäfte und die Satzungsänderungen stets, bezüglich der Geschäftsführungsmaßnahmen hängt er von der Ausgestaltung der jeweiligen Satzung ab. Der passive Einfluß über den Aufsichtsrat beziehungsweise über einen eventuell gebildeten Beirat hängt von der jeweiligen Satzungsgestaltung ab.

## **C. Einordnung der Einflußnahmemöglichkeiten unter die Definitionsnormen**

### **I. Die Definitionsnormen der §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1 und 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG**

#### **1. Legaldefinition grundlegender Begriffe**

In den §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1 und 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG sind grundlegende Begriffe des Konzernrechts im Wege der Legaldefinition definiert. Diese Begriffe sind die des „herrschenden Unternehmens“, des „abhängigen Unternehmens“, des „Konzerns“, des „Konzernunternehmens“ und des „Beherrschungsvertrags“.

Ein abhängiges Unternehmen ist ein rechtlich selbständiges Unternehmen, auf das ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann, § 17 Abs. 1 AktG.

Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen, § 18 Abs. 1 S. 1 AktG.

Ein Beherrschungsvertrag ist ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt, § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG.

#### **2. Verweisung auf die Definitionsnormen innerhalb und außerhalb des AktG**

Auf die Definitionsnormen des Aktiengesetzes wird sowohl innerhalb als auch außerhalb der Aktiengesetzes Bezug genommen<sup>291</sup> und an das Vorliegen der von den Definitionen umfaßten Tatbestände verschiedene Rechtsfolgen geknüpft.

Im Rahmen dieser Arbeit sollen Rechtsfolgen einer möglichen Einflußnahme aus dem Bereich des Aktienkonzernrechts<sup>292</sup>, der Konzernmitbestimmung und der Konzernrechnungslegung untersucht werden. Daher sollen nur diesbezüglich relevante Verweisungen erörtert werden<sup>293</sup>.

##### **a) Verweisung und Rechtsfolgen innerhalb des Aktienkonzernrechts**

Auf die „vor die Klammer gezogenen“<sup>294</sup> Definitionsnormen wird in den Rechtsfolgennormen des Dritten Buchs des Aktiengesetzes Bezug genommen. Die Definitionsnormen haben den Charakter eines allgemeinen Teils des Aktienkonzernrechts.

<sup>291</sup> vgl. *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR. IV, § 68 Rn. 2

<sup>292</sup> Als „Aktienkonzernrecht“ sollen im Rahmen dieser Arbeit die Rechtsfolgeregelungen des Dritten Buchs des Aktiengesetzes bezeichnet werden.

<sup>293</sup> Die Prüfung der Rechtsfolgennormen erfolgt unter D., E. und F.

<sup>294</sup> vgl. *Windbichler*, in: GK AktG, Vor § 15 Rn. 52

Liegt ein Beherrschungsvertrag gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG vor, bestehen als Rechtsfolgen Pflichten zur Sicherung der Gesellschaft und der Gläubiger der Gesellschaft gemäß §§ 300ff. AktG und zur Sicherung der außenstehenden Aktionäre gemäß §§ 304ff. AktG. Organisatorische Rechtsfolge ist die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens gegenüber dem abhängigen Unternehmen durch Weisungsrecht gemäß § 308 AktG. Die §§ 309f. AktG knüpfen an die Leitungsmacht Verantwortlichkeiten.

Besteht kein Beherrschungsvertrag, sondern liegt lediglich einfache Abhängigkeit gemäß § 17 Abs. 1 AktG vor, hat das herrschende Unternehmen ein begrenztes Recht zur Einflußnahme auf das abhängige Unternehmen. Gemäß § 311 Abs. 1 AktG ist eine Einflußnahme auf das abhängige Unternehmen, die mit Nachteilen für dieses verbunden ist, nur gegen Nachteilsausgleich zulässig. Zur Berechnung dieses Nachteilsausgleichs ist gemäß § 312 AktG ein Abhängigkeitsbericht aufzustellen. Aus den §§ 317f. AktG ergeben sich Verantwortlichkeiten aus der Einflußnahme.

#### **b) Verweisung und Rechtsfolgen außerhalb des AktG**

Im Bereich der Konzernmitbestimmung wird in § 5 Abs. 1 MitbestG auf den Begriff des herrschenden Unternehmens gemäß § 17 Abs. 1 AktG und des Konzerns gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 AktG Bezug genommen<sup>295</sup>. § 77 a BetrVG 1952 nimmt Bezug auf den Begriff des Konzernunternehmens gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 AktG, des herrschenden und abhängigen Unternehmens gemäß § 17 Abs. 1 AktG und des Beherrschungsvertrags gemäß § 291 AktG. Sowohl nach § 5 MitbestG als auch nach § 77 a BetrVG ist bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer des Konzerns auf der Ebene des herrschenden Unternehmens zu gewährleisten<sup>296</sup>.

Im Bereich der Rechnungslegung nimmt § 290 Abs. 1 HGB Bezug auf den Konzernbegriff des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG. Stehen Unternehmen in einem Konzern unter der einheitlichen Leitung einer Kapitalgesellschaft, so haben deren gesetzliche Vertreter einen Konzernabschluß und einen Konzernlagebericht zu erstellen<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> Beim Bezug auf den Begriff des Konzerns wird ausdrücklich § 18 Abs. 1 AktG genannt.

<sup>296</sup> Zu Einzelheiten der Verweisungen und eventuellen Abweichungen vgl. die gesonderten späteren Ausführungen unter E.

<sup>297</sup> Zu Einzelheiten der Verweisungen und den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen vgl. die gesonderten späteren Ausführungen unter F.

## II. Unternehmensbegriff der §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1 und 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG

Die Definitionsnormen der §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1 und 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG setzen gemeinsam voraus, daß die Beteiligten der definierten Unternehmensverbindungen „Unternehmen“ sind. Nur ein „Unternehmen“ kann herrschend, abhängig oder Vertragspartner eines Unternehmensvertrags sein<sup>298</sup>. Daher kommt dem Unternehmensbegriff eine zentrale Bedeutung zu<sup>299</sup>.

Der Begriff des Unternehmens ist vom AktG bewußt<sup>300</sup> nicht definiert worden. Einen einheitlichen Unternehmensbegriff, der die gesamte Rechtsordnung umfaßt, gibt es nicht<sup>301</sup>. Auch innerhalb des Aktiengesetzes wird der Unternehmensbegriff nicht einheitlich verwendet<sup>302</sup>, vielmehr ist dieser Begriff für die unterschiedlichen Regelungsbereiche nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Norm oder Normengruppe zu bestimmen<sup>303</sup>.

### 1. Anwendbarkeit des schutzrechtlichen Unternehmensbegriffs?

Als „abhängiges Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG kommt jede rechtlich verselbständigte Organisationsform in Betracht<sup>304</sup>. Ausdrücklich sind als potentiell abhängige Unternehmen im Aktiengesetz sowohl die Aktiengesellschaft als auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien genannt<sup>305</sup>. Auch andere Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften können abhängige Unternehmen sein<sup>306</sup>. Die hier zu betrachtenden KGaA, GmbH und GmbH & Co. KG können potentiell „abhängige Unternehmen“ sein.

#### a) Teleologische Reduktion des Begriffs „herrschendes Unternehmen“ nach dem Schutzzweck des Aktienkonzernrechts

Problematisch ist dagegen, wer „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG sein kann. Diese Frage ist nach Inkrafttreten des AktG von 1965 eingehend diskutiert worden<sup>307</sup>. Als mittlerweile herrschender Ansatzpunkt zur

<sup>298</sup> Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 7; Koppensteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 6

<sup>299</sup> Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 31

<sup>300</sup> Regierungsbegründung bei Kropff, S. 27

<sup>301</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 17 I 1.; Koppensteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 8; Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 9

<sup>302</sup> Windbichler, in: GK AktG, § 15 Rn. 10; Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 9; Koppensteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 9

<sup>303</sup> Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 10; Krieger, in: Münch. Hdb. GesR. IV, § 68 Rn. 5; Koppensteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 8

<sup>304</sup> Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 48; Koppensteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 53; Krieger, in: Münch. Hdb. GesR. IV, § 68 Rn. 13

<sup>305</sup> §§ 291 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 1 AktG

<sup>306</sup> Koppensteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 53; Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 48

<sup>307</sup> Dabei wurden ein funktionaler und ein institutioneller Unternehmensbegriff entwickelt. Der „funktionale Unternehmensbegriff“ knüpfte hierbei an eine marktstrategische Planung und Entscheidung eines Gesellschafters innerhalb der abhängigen Gesellschaft an und leitete daraus die Unternehmenseigenschaft des Gesellschafters ab (vgl. dazu die kritischen Ausführungen von: Koppensteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 17; Zöllner, in: ZGR 1976, 1, 5ff.). Der „institutionelle

Definition des potentiell herrschenden „Unternehmens“ hat sich ein anhand des Schutzzwecks der Normen des Aktienkonzernrechts ausgerichteter, teleologisch reduzierter Unternehmensbegriff herausgebildet<sup>308</sup>.

Das Aktienkonzernrecht dient als Schutzrecht<sup>309</sup>. Zweck des Aktienkonzernrechts ist es, außenstehende Gesellschafter und Gläubiger des abhängigen Unternehmens vor Gefahren zu schützen, die aus der Einflußnahme eines herrschenden Unternehmens entstehen<sup>310</sup>. Diese Gefahren liegen in einer drohenden Aushöhlung der Substanz der abhängigen Gesellschaft zugunsten des herrschenden Unternehmens<sup>311</sup>.

Potentiell herrschendes „Unternehmen“ in Bezug auf eine Aktiengesellschaft ist nach diesem teleologischen Unternehmensbegriff jeder Aktionär, der neben seiner Beteiligung an der Aktiengesellschaft noch anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen hat, die nach Art und Intensität die ernsthafte Besorgnis begründen, er könne deshalb seinen Einfluß aus der Mitgliedschaft zum Nachteil der Aktiengesellschaft geltend machen<sup>312</sup>. Die wirtschaftlichen Interessenbindungen außerhalb der Gesellschaft können aufgrund einer eigenen unternehmerischen Tätigkeit oder mehrfacher Beteiligungen an anderen Gesellschaften bestehen<sup>313</sup>. Auch ohne anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen kann unter Umständen eine Unternehmenseigenschaft bestehen, so zum Beispiel hinsichtlich der öffentlichen Hand aufgrund politischer Interessen<sup>314</sup>.

Ausschlaggebend für die Einordnung eines Aktionärs als „Unternehmen“ ist nach diesem Ansatzpunkt daher ein möglicher Interessenwiderstreit zwischen den Interessen des Aktionärs aus der Mitgliedschaft und seinen anderweitigen Interessen<sup>315</sup>. Besteht ein solcher „Konzernkonflikt“, ist die Gefahr gegeben, daß der Aktionär den anderweitigen Interessen zum Nachteil seiner Interessen aus der Mitgliedschaft den Vorzug gibt<sup>316</sup>.

Nicht als potentiell herrschendes „Unternehmen“ zu qualifizieren ist nach dem teleologisch reduzierten Unternehmensbegriff der Aktionär, der nur in der Aktiengesellschaft wirtschaftlich engagiert ist und auch sonst keinem Konzernkonflikt unterliegt<sup>317</sup>. Bei diesem sogenannten „Privataktionär“ ist ein

---

Unternehmensbegriff“ stellte auf die Schaffung einer eigenen Organisation zum Zweck der einheitlichen Leitung ab und knüpfte daran die Unternehmenseigenschaft des Gesellschafters (vgl. dazu die kritischen Ausführungen von: *Zöllner*, in: ZGR 1976, 1, 9ff.; *Bayer*, in: MK AktG, § 15 Rn. 10; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 15 Rn. 18). Die Einzelheiten dieser früheren Diskussion sollen im Rahmen dieser Arbeit nicht dargestellt werden.

<sup>308</sup> vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 31; *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 11; *Bayer*, in: MK AktG, § 15 Rn. 10, 13; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR. IV, § 68 Rn. 6

<sup>309</sup> Zum Charakter des Aktienkonzernrechtes als Organisationsrecht zugleich unter C.II.2.

<sup>310</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, Vor § 291 Rn. 5; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR. IV, § 68 Rn. 1

<sup>311</sup> *Almeppen*, in: MK AktG, Einl. § 291 Rn. 3

<sup>312</sup> BGHZ 69, 334, 337; BGHZ 80, 69, 72; BGHZ 135, 107, 113f.; *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 11; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 32; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 15 Rn. 19; *Bayer*, in: MK AktG, § 15 Rn. 13

<sup>313</sup> Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen unter D.I.

<sup>314</sup> BGHZ 135, 107, 113f.

<sup>315</sup> *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 11; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 15 Rn. 22

<sup>316</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 15 Rn. 7, 22; BGHZ 69, 334, 337

<sup>317</sup> *Bayer*, in: MK AktG, § 15 Rn. 14; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR. IV, § 68 Rn. 7, 12

Gleichlauf der Interessen von Aktionär und Aktiengesellschaft gegeben<sup>318</sup>, denn er wird in der Regel das Interesse der Gesellschaft als das seine betrachten und verfolgen<sup>319</sup>. Zwar kann generell kein Mißbrauch des Einflusses im Einzelfall ausgeschlossen werden, dieser ist aber weniger wahrscheinlich, wenn ein Konzernkonflikt nicht vorliegt<sup>320</sup>. Der Gefahr, daß ein „Privataktionär“ seine Herrschaftsmacht trotz eines fehlenden Konzernkonflikts mißbräuchlich ausnutzt, begegnet das Aktiengesetz nicht mit den Vorschriften des Konzernrechts, sondern mit den Haftungsnormen der §§ 93, 116, 117 AktG, der Beschlüßkontrollrechte der §§ 241ff. AktG und einer eventuellen Haftung aus Verletzung mitgliedschaftlicher Treuepflichten<sup>321</sup>.

Der teleologisch reduzierte Unternehmensbegriff fragt danach, vor welchem Aktionär die außenstehenden Aktionäre und die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft mit den Mitteln des Aktienkonzernrechts geschützt werden sollen. Die teleologische Reduktion des Unternehmensbegriffs hat das Ziel, die konzernrechtlichen Vorschriften nur auf den Aktionär, dessen Konzernkonflikt eine besondere Gefahr nachteiliger Einflußnahme begründet, anzuwenden. Bei Einflußnahme durch den Privataktionär sollen die allgemeinen Schutznormen des Aktienrechts ausreichen.

Übertragen auf die GmbH & Co. KGaA ist die Komplementär-Gesellschaft nach dem teleologischen Unternehmensbegriff nur dann als potentiell herrschendes „Unternehmen“ anzusehen, wenn sie weitere unternehmerische Interessenbindungen außerhalb der GmbH & Co. KGaA aufweist oder einem sonstigen Interessenkonflikt unterliegt<sup>322</sup>. Gleiches gilt für einen Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft<sup>323</sup>.

#### **b) Möglichkeit einer teleologischen Reduktion von Definitionsnormen?**

Ziel der teleologischen Reduktion des Unternehmensbegriffs ist es, den „Privataktionär“ bzw. den Gesellschafter ohne Konzernkonflikt nicht den Rechtsfolgennormen des materiellen Konzernrechts zu unterwerfen. Insoweit wird auch von einer „Privilegierung“ des Privataktionärs gesprochen<sup>324</sup>.

Technisch umgesetzt wird dieses Ziel durch eine teleologische Reduktion des Unternehmensbegriffs, der im Rahmen der Definitionsnormen des Aktienrechts in den §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG zu prüfen ist. Durch diese teleologische Reduktion des allen genannten Definitionsnormen gemeinsamen Tatbestandsmerkmals „Unternehmen“ werden gleichzeitig auch die Definitionsnormen teleologisch reduziert. Auf diese „vor die Klammer gezogenen“ Definitionsnormen verweisen die Rechtsfolgennormen<sup>325</sup>. Die Annahme der

<sup>318</sup> Zöllner, in: ZGR 1976, 1, 7; Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 14

<sup>319</sup> Windbichler, in: GK AktG, § 15 Rn. 11; BGHZ 69, 334, 337

<sup>320</sup> Koppensteiner, in: ZHR 131, 289, 305f.; Zöllner, in: ZGR 1976, 1, 7; Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 7 und dort Rn. 12 (mit dem Hinweis, daß die generelle Anwendung der Konzernrechtsvorschriften auf den Privataktionär eine unverhältnismäßige Belastung sei)

<sup>321</sup> vgl. Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 14

<sup>322</sup> Arnold, S. 71f.; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 278 Rn. 315; Assmann/Sethe, Vor § 278 Rn. 76; Schaumburg/Schulte, S. 45

<sup>323</sup> Arnold, S. 73; Assmann/Sethe, Vor § 278 Rn. 77f.

<sup>324</sup> Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 14; Koppensteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 14

<sup>325</sup> vgl. oben unter C.I.1.a)

Unternehmenseigenschaft ist dadurch mittelbar Voraussetzung für den Zugang zu den Rechtsfolgennormen des Konzernrechts im weiteren Sinne<sup>326</sup>.

Problematisch ist, ob und in welchem Umfang eine teleologische Reduktion einer Definitionsnorm möglich ist. Bei der teleologischen Reduktion wird ein Sachverhalt, der eigentlich vom Tatbestand einer Norm umfaßt ist, nachträglich vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen, weil die Rechtsfolgen der Norm nach dem Sinn und Zweck der Norm für diesen Sachverhalt nicht eintreten sollen<sup>327</sup>. Eine Definitionsnorm als solche hat keine eigenen Rechtsfolgen und keinen eigenständigen Regelungsgehalt. Sie dient lediglich für gesetzgeberische Zwecke als Verweisungsziel. Eine Definitionsnorm kann daher nicht nach dem eigenen Sinn und Zweck teleologisch reduziert werden.

Fraglich ist, ob die teleologische Reduktion einer Definitionsnorm nach dem Sinn der Normen, die auf diese Definitionsnorm verweisen, möglich ist. Soweit alle Normen, die auf die Definitionsnorm verweisen, einen gemeinsamen Sinn und Zweck haben, sprechen gute Gründe dafür. Denn ebenso, wie die Definitionsnorm ein „vor die Klammer ziehen“ von Tatbestandsmerkmalen zur Vermeidung von Wiederholungen ist, kann auch eine teleologische Reduktion dieser Definitionsnormen zur Vermeidung von wiederholten Prüfungen sinnvoll sein.

Anderes muß dagegen gelten, wenn die Normen, die auf die Definitionsnorm verweisen, einen unterschiedlichen Regelungssinn und Regelungszweck haben. Da dann kein gemeinsamer Sinn und Zweck vorhanden ist, kann keine gemeinsame teleologische Reduktion erfolgen. Soweit für einen Normenkomplex mit einheitlichem Regelungssinn und Regelungszweck eine teleologische Reduktion erfolgen soll, beschränkt sich deren Reichweite allein auf diesen Normenkomplex.

Übertragen auf die Definitionsnormen des Aktiengesetzes bedeutet dies, daß eine teleologische Reduktion des Unternehmensbegriffs innerhalb dieser Definitionsnormen nach dem Schutzzweck des Aktienkonzernrechts grundsätzlich möglich ist. Die Reichweite dieser teleologischen Reduktion ist jedoch auf die Normen beschränkt, die den selben Regelungssinn und Regelungszweck wie das Aktienkonzernrecht haben. Sie müssen also dem Schutz der außenstehenden Gesellschafter und der Gläubiger der Gesellschaft vor nachteiliger Einflußnahme durch ein herrschendes Unternehmen dienen.

### **c) Unterschiedlicher Sinn und Zweck der an die Definitionsnormen anknüpfenden Rechtsfolgennormen**

Im Rahmen dieser Arbeit sollen neben den aktienkonzernrechtlichen Auswirkungen die mitbestimmungsrechtlichen Folgen einer Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA und die Folgen für die Rechnungslegung untersucht werden.

Ziel der Konzernmitbestimmung ist es, den Arbeitnehmern die Mitbestimmung dort einzuräumen, wo die wesentlichen Entscheidungen für ihr Unternehmen getroffen

---

<sup>326</sup> Des Konzernrechts innerhalb und außerhalb des Aktiengesetzes, also zum Beispiel auch des Konzernmitbestimmungsrechts und des Konzernrechnungslegungsrechts.

<sup>327</sup> *Heinrichs*, in: Palandt, Einleitung, Rn. 41; *Säcker*, in: MK BGB, Einleitung, Rn. 129; *Larenz*, Methodenlehre, S. 210f.

werden<sup>328</sup>. Vom Ziel des Aktienkonzernrechts, also dem Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft vor nachteiliger Einflußnahme durch ein herrschendes Unternehmen<sup>329</sup>, weicht das Ziel der Konzernmitbestimmung ab<sup>330</sup>. Ob ein Konzernkonflikt besteht, ist im Rahmen der Mitbestimmung irrelevant<sup>331</sup>.

Ziel der Konzernrechnungslegung ist es, Gesellschafter und Geschäftspartner der Gesellschaft über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns in Kenntnis zu setzen<sup>332</sup>. Der Konzernabschluß enthält Angaben, durch die der Gesellschafter entnehmen kann, wie mit dem zur Verfügung gestellten Kapital gewirtschaftet wurde und wie die Entwicklung des Konzerns zu beurteilen ist<sup>333</sup>. Den Geschäftspartnern gibt der Konzernabschluß Entscheidungshilfen im Hinblick auf künftige Geschäftsbeziehungen<sup>334</sup>. Im Vergleich zu den Einzelabschlüssen der Konzernunternehmen gibt der Konzernabschluß ein aussagekräftigeres Bild der Gesamtheit der im Konzern verbundenen Unternehmen<sup>335</sup>. Diese Ziele der Konzernrechnungslegung bestehen unabhängig davon, ob ein herrschendes Unternehmen einem Konzernkonflikt unterliegt<sup>336</sup>.

#### **d) Unanwendbarkeit des schutzrechtlichen Unternehmensbegriffs für rechtsgebietsübergreifende Einordnung von Einflußnahmemöglichkeiten**

Die im Rahmen dieser Arbeit zu prüfenden Regelungskomplexe haben einen jeweils unterschiedlichen Regelungssinn und Regelungszweck. Für die rechtsgebietsübergreifende Einordnung der Einflußnahmemöglichkeiten unter die Definitionsnormen des Aktiengesetzes kann daher der einseitig am Schutzzweck des Aktienkonzernrechts<sup>337</sup> ausgerichtete, teleologisch reduzierte Unternehmensbegriff nicht verwendet werden. Ebenso wenig kann eine rechtsgebietsübergreifende teleologische Reduktion nach dem Sinn und Zweck der anderen Regelungskomplexe erfolgen.

## **2. Unternehmensbegriff als organisationsrechtliche Regelung**

Neben dem Schutz außenstehender Gesellschafter und Gläubiger des abhängigen Unternehmens dient das Konzernrecht als Organisationsrecht<sup>338</sup>, durch das

<sup>328</sup> vgl. *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 19; *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 16; *Raiser*; Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 23

<sup>329</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, Vor § 291 Rn. 5; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR. IV, § 68 Rn. 1

<sup>330</sup> *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 5; *Oetker*, in: GK AktG, MitbestG § 5 Rn. 6

<sup>331</sup> *Hanau/Wackerbarth*, in: Festschrift Lutter, 425, 437; *Mertens*, in: KK AktG, Anh. § 117 B § 5 MitbestG, Rn. 36; *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 19; *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 16; *Raiser*; Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 5. Vgl. dazu unten unter E.I.

<sup>332</sup> *Busse von Colbe*, in: MK HGB, Vor § 290 Rn. 23, 26; *Henssler*, in: Heymann HGB, Vor § 290 Rn. 1

<sup>333</sup> *Kindler*, in: Staub HGB, Vor § 290 Rn. 3

<sup>334</sup> *Kindler*, in: Staub HGB, Vor § 290 Rn. 3

<sup>335</sup> *Ammenwerth*, S. 95f.; *Adler/Düring/Schmaltz*, Vorbemerkungen zu §§ 290-315 HGB, Rn. 13

<sup>336</sup> vgl. dazu unten unter F.I.

<sup>337</sup> also am Schutzzweck der Normen des Dritten Buchs des Aktiengesetzes

<sup>338</sup> vgl. *Windbichler*, in: GK AktG, Vor § 15 Rn. 41f.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 17 I 1.

Organisationsformen zwischen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden<sup>339</sup>. Diese Organisationsformen können vertraglicher oder faktischer Natur sein<sup>340</sup>.

#### a) Gesetzliche Regelung der Organisationsformen

Mit den vertraglichen Organisationsformen<sup>341</sup> Beherrschungsvertrag<sup>342</sup>, Gewinnabführungsvertrag<sup>343</sup>, Geschäftsführungsvertrag<sup>344</sup> und Gewinngemeinschaft<sup>345</sup> stellt das Konzernrecht Möglichkeiten vertraglicher Bindungen von Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien einerseits mit „Unternehmen“ andererseits zu Verfügung<sup>346</sup>. Bei dem im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Beherrschungsvertrag wird aus dem grundsätzlich weisungsfreien Vorstand ein weisungsgebundener Vorstand<sup>347</sup>.

Die Vorschriften über die „faktische“ Einflußnahme ohne zugrundeliegenden Beherrschungsvertrag in den §§ 311ff. AktG stellen ebenfalls auf das „herrschende Unternehmen“ ab. § 311 Abs. 1 AktG erlaubt es dem herrschenden Unternehmen, Einfluß auch zum Nachteil der abhängigen Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien auszuüben, wenn der Nachteil ausgeglichen wird. Dieser Nachteilsausgleich kann gemäß § 311 Abs. 2 AktG auch nachträglich zum Ende des Geschäftsjahrs erfolgen.

Durch die §§ 311ff. AktG wird das „herrschende Unternehmen“ dahingehend privilegiert, daß diesem nachteilige Einflußnahme bei Wahrung der Vermögensinteressen der abhängigen Gesellschaft durch Nachteilsausgleich gestattet wird<sup>348</sup>. Dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft ist bei gesichertem Nachteilsausgleich auch für die Gesellschaft zunächst nachteiliges Handeln möglich<sup>349</sup>. Bei dieser Einflußnahme gelten die Vorschriften der §§ 93, 116 AktG über die Verantwortlichkeit des Vorstands und des Aufsichtsrats der Gesellschaft<sup>350</sup>,

<sup>339</sup> Mülberr, in: ZHR 163, 1, 10; Windbichler, in: GK AktG, § 15 Rn. 11; vgl. K. Schmidt, in: Festschrift Koppensteiner, S. 191, 196

<sup>340</sup> vgl. Mülberr, in: ZHR 163, 1, 27

<sup>341</sup> Die genannten Verträge werden als Organisationsverträge bezeichnet, da sie die wirtschaftliche und rechtliche Struktur der durch sie verpflichteten Gesellschaft verändern, vgl. Altmeyen, in: MK AktG, § 291 Rn. 25.

<sup>342</sup> § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG

<sup>343</sup> § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG

<sup>344</sup> § 291 Abs. 1 S. 2 AktG

<sup>345</sup> § 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG

<sup>346</sup> Die entsprechenden Bestimmungen enthalten in ihrem Wortlaut „anderes Unternehmen“, „anderen Unternehmen“ oder „anderer Unternehmen“. Andere Unternehmensverträge, also der Teilgewinnabführungsvertrag gem. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG und der Betriebspachtvertrag bzw. Betriebsüberlassungsvertrag gem. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG sind nicht allein „Unternehmen“ als Vertragspartner vorbehalten. Die entsprechenden Bestimmungen enthalten in ihrem Wortlaut nicht „anderes Unternehmen“, sondern „einen anderen“ bzw. „einem anderen“, vgl. Altmeyen, in: MK AktG, § 291 Rn. 3.

<sup>347</sup> Altmeyen, in: MK AktG, § 291 Rn. 3. Vergleiche zu den wesentlichen Merkmalen eines Beherrschungsvertrags unten unter C.V.1.a).

<sup>348</sup> Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 393; Koppensteiner, in: KK AktG, Vor § 311 Rn. 3

<sup>349</sup> Mülberr, in: ZHR 163, 1, 26; Koppensteiner, in: KK AktG, § 311 Rn. 106; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 393

<sup>350</sup> Koppensteiner, in: KK AktG, § 311 Rn. 105; Kropff, in: MK AktG, § 311 Rn. 312ff.; Hüffer, AktG, § 311 Rn. 48

des § 117 über die Verantwortlichkeit des Gesellschafters bei schädigender Einflußnahme<sup>351</sup> und der §§ 57, 58, 60, 62 AktG über die unzulässige Vermögensverlagerung<sup>352</sup> nur eingeschränkt und werden durch den § 311 AktG überlagert<sup>353</sup>.

Gewissermaßen Kehrseite dieser Privilegierung ist das weitreichende Vermögensschutzsystem der §§ 311ff. AktG zugunsten der abhängigen Gesellschaft und der außenstehenden Gesellschafter<sup>354</sup>. Durch dieses Vermögensschutzsystem soll sichergestellt werden, daß die abhängige Gesellschaft wirtschaftlich so steht, als wäre sie unabhängig<sup>355</sup>.

## b) Inhalt des organisationsrechtlichen Unternehmensbegriffs

Die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Organisationsformen setzen die Unternehmenseigenschaft des herrschenden Dritten voraus. Durch den Unternehmensbegriff kann somit der Zugang zu diesen Formen der Unternehmensverbindungen geregelt werden<sup>356</sup>.

Der organisationsrechtliche Ansatz des Unternehmensbegriffs stellt auf die Frage ab, welcher Dritte Vertragspartner eines Unternehmensvertrags sein darf oder ohne einen Beherrschungsvertrag nachteiligen Einfluß auf eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien bei Wahrung derer Vermögensinteressen ausüben darf<sup>357</sup>.

Tauglicher Vertragspartner<sup>358</sup> eines Beherrschungsvertrags nach § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG ist nach herrschender Ansicht lediglich ein Aktionär oder Dritter mit Konzernkonflikt<sup>359</sup>, also ein „Unternehmen“ im Sinne des teleologisch reduzierten, schutzrechtlichen Unternehmensbegriffs. Schließt dagegen ein „Privataktionär“ als „Nichtunternehmen“ einen Vertrag mit einer Aktiengesellschaft oder KGaA, der inhaltlich einem Beherrschungsvertrag entspricht, so ist dieser Vertrag nach herrschender Ansicht wegen Verstoßes gegen § 76 AktG nichtig<sup>360</sup>.

<sup>351</sup> vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 399; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 108

<sup>352</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 107; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 398f.; *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 318f.

<sup>353</sup> Vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 105ff., *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 398ff.; *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 312ff. Diese Einschränkungen sind notwendig, um der durch § 311 Abs. 1 AktG eröffneten Möglichkeit der nachteiligen Einflußnahme auf die Gesellschaft bei gleichzeitigem oder gestrecktem Ausgleich der Nachteile einen Anwendungsbereich zu sichern, da bei uneingeschränkter Anwendung dieser Regelungen eine solche Einflußnahme nicht möglich wäre, vgl. *Mülbert*, in: ZHR 163, 1, 23.

<sup>354</sup> vgl. *Mülbert*, in: ZHR 163, 1, 26, 27; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 393

<sup>355</sup> *Mülbert*, in: ZHR 163, 1, 27; *Koppensteiner*, in: KK AktG, Vor § 311, Rn. 4

<sup>356</sup> *Mülbert*, in: ZHR 163, 1, 29 entwickelt diesbezüglich den Begriff „prozeßkontrollierender Unternehmensbegriff“.

<sup>357</sup> vgl. *Mülbert*, in: ZHR 163, 1, 29; *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 11

<sup>358</sup> als Berechtigter eines Beherrschungsvertrags mit einer AG oder KGaA

<sup>359</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 291 Rn. 6; *Altmeyen*, in: MK AktG, § 291 Rn. 3; *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 62

<sup>360</sup> vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 291 Rn. 7; *Altmeyen*, in: MK AktG, § 291 Rn. 11; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 70 Rn. 9; kritisch dagegen: *K. Schmidt*, in: Festschrift Lutter, 1167, 1181f.; derselbe, in: Festschrift Koppensteiner, 191, 207ff.

Zur nachteiligen „faktischen“ Einflußnahme gegen sofortigen oder gestreckten Nachteilsausgleich auf eine abhängige Aktiengesellschaft oder KGaA ist nur ein „herrschendes Unternehmen“ befugt<sup>361</sup>.

**c) Würdigung der organisatorischen Regelung**

**aa) Gründe für die organisatorischen Regelung nach herrschender Ansicht**

Als Grund für das Erfordernis der Unternehmenseigenschaft des Vertragspartners einer Aktiengesellschaft oder KGaA im Rahmen eines Beherrschungsvertrags wird genannt, daß der Gesetzgeber durch Schaffung des Beherrschungsvertrags wirtschaftlichen Bedürfnissen innerhalb eines Konzerns habe nachkommen wollen, ein Konzern aber nur aus „Unternehmen“ gebildet werden könne<sup>362</sup>.

Privataktionäre unterlägen nicht den §§ 311ff. AktG, so daß ihnen ein Ausweichen auf den Beherrschungsvertrag nicht gestattet zu werden brauche<sup>363</sup>.

Auch sei das Privileg, einer abhängigen Aktiengesellschaft innerhalb der faktischen Einflußnahme Nachteile gegen Ausgleich zuzufügen, nach § 311 Abs. 1 AktG nur Unternehmen vorbehalten. Nichts anderes könne dann für das Weisungsrecht bei vertraglicher Beherrschung gelten<sup>364</sup>.

**bb) Organisatorischer Regelung zur Koordination verschiedener unternehmerischer Interessen**

Nach einschränkender Auffassung habe der Gesetzgeber die konzernrechtlichen Organisationsformen zur Verfügung gestellt, um im Interesse einer effizienten unternehmerischen Tätigkeit die Koordination mehrerer unternehmerischer Tätigkeiten zu ermöglichen<sup>365</sup>. Ein solcher Koordinationsbedarf bestünde nicht bei Gesellschaftern, die keine unternehmerischen Interessen außerhalb der vertraglich oder faktisch zu beherrschenden Gesellschaft verfolgen<sup>366</sup>.

Als Folge sei daher auch der öffentlichen Hand der Abschluß eines Unternehmensvertrags oder die faktische Konzernleitung nur dann möglich, wenn sie anderweitige unternehmerische Interessenbindungen aufweise<sup>367</sup>. Ohne diese anderweitigen unternehmerischen Interessenbindungen sei die öffentliche Hand nicht Unternehmen im organisatorischen Sinne<sup>368</sup>.

Würden auch Privataktionäre Zugang zum Beherrschungsvertrag haben, so sei bei der Einmann-Aktiengesellschaft dem Alleinaktionär eine Leitungsmacht ermöglicht, die im praktischen Ergebnis der eines Alleingeschafters einer GmbH und dessen

<sup>361</sup> vgl. Mülbart, in: ZHR 163, 1, 26

<sup>362</sup> Altmeyen, in: MK AktG, § 291 Rn. 4; Koppensteiner, in: KK AktG, § 291 Rn. 6. In der Regierungsbegründung (bei Kropff, S. 377) heißt es dazu: „Der Entwurf erklärt den Beherrschungsvertrag für zulässig, um einem wirtschaftlichen Bedürfnis namentlich bei Konzernen zu entsprechen“.

<sup>363</sup> Koppensteiner, in: KK AktG, § 291 Rn. 6

<sup>364</sup> Altmeyen, in: MK AktG, § 291 Rn. 4

<sup>365</sup> Mülbart, in: ZHR 163, 1, 31

<sup>366</sup> Mülbart, in: ZHR 163, 1, 32

<sup>367</sup> Mülbart, in: ZHR 163, 1, 32

<sup>368</sup> Mülbart, in: ZHR 163, 1, 32

Weisungsmöglichkeiten gegenüber der GmbH-Geschäftsführung entspräche. Dieses würde dem Zweck des Beherrschungsvertrags widersprechen<sup>369</sup>.

Das damit verengte Anwendungsfeld der konzernrechtlichen Bestimmungen müsse bei Bedarf durch entsprechende Anwendung der materiellen Normen des Aktienkonzernrechts auf Nichtunternehmen, die einem sonstigem Interessenkonflikt unterliegen, ausgeglichen werden<sup>370</sup>.

### cc) Zugang zum Beherrschungsvertrag auch für Privataktionäre?

Die Auffassung, daß nur ein „Unternehmen“ Vertragspartner eines Beherrschungsvertrags sein kann, wird neuerlich in Frage gestellt<sup>371</sup>. Nach dieser Ansicht kann auch ein Privataktionär mit einer Aktiengesellschaft oder KGaA einen Beherrschungsvertrag abschließen, wodurch dieser zum „Konzernunternehmen“ im Sinne von § 18 Abs. 1 S. 1 AktG werde<sup>372</sup>.

Der Unternehmensbegriff entstamme vornehmlich der Rechtsprechung und Literatur zum faktischen Konzern und sei nicht auf den Beherrschungsvertrag zu übertragen<sup>373</sup>. Das Abstellen auf die Koordinierung mehrerer unternehmerischer Interessen sei aufgrund der Ausdehnung des Unternehmensbegriffs auf nichtunternehmerische Interessenkonflikte<sup>374</sup> nicht schlüssiges Differenzierungskriterium<sup>375</sup>. Die Erweiterung der organisatorischen Unternehmenseigenschaft auf den Privataktionär sei daher nur Abschluß dieser Entwicklung des Unternehmensbegriffs<sup>376</sup>.

Als Beispiel für die Unstimmigkeit der herrschenden Ansicht wird vorgebracht, daß es nach dieser Ansicht einem Privataktionär nur dann möglich sei, einen Beherrschungsvertrag mit einer Aktiengesellschaft zu schließen, wenn er gleichzeitig einen Konzernkonflikt schaffe, etwa durch Neugründung einer eigenen GmbH<sup>377</sup>.

### dd) Stellungnahme

Nach dem Wortlaut der §§ 291 Abs. 1 S. 1 und 311 Abs. 1 AktG haben „Unternehmen“ Zugang zu den Organisationsformen der vertraglichen und faktischen Beherrschung. Der Gesetzgeber benutzt nicht die Terminologie „Aktionär“ oder „Dritter“, so daß ein inhaltlicher Unterschied zwischen beiden Begriffen gewollt war. Dies spricht zunächst dafür, daß ein Aktionär oder Dritter ohne zusätzliche Eigenschaften nicht „Unternehmen“ in diesem Sinne ist.

Bezüglich des Beherrschungsvertrags wird man unterstellen können, daß der Gesetzgeber den Zugang zu dieser Organisationsform nicht davon hat abhängig machen wollen, daß der potentielle Vertragspartner einen Konzernkonflikt

<sup>369</sup> Mülbart, in: ZHR 163, 1, 32

<sup>370</sup> Mülbart, in: ZHR 163, 1, 45ff.

<sup>371</sup> K. Schmidt, in: Festschrift Lutter, 1167, 1181f.; und in: Festschrift Koppensteiner, S. 191ff.

<sup>372</sup> K. Schmidt, in: Festschrift Koppensteiner, 191, 209 und in: Gesellschaftsrecht, § 31 II 1.d)

<sup>373</sup> K. Schmidt, in: Festschrift Koppensteiner, 191, 194, 196, stellt hierbei die Frage, ob allein die Konzerngefahr als Wesensmerkmal des Unternehmensbegriffs Voraussetzung eines wirksamen Unternehmensvertrages sein könne.

<sup>374</sup> zum Beispiel den politischen Interessenkonflikt der öffentlichen Hand

<sup>375</sup> K. Schmidt, in: Festschrift Koppensteiner, 191, 207

<sup>376</sup> K. Schmidt, in: Festschrift Koppensteiner, 191, 207

<sup>377</sup> K. Schmidt, in: Festschrift Koppensteiner, 191, 192

verwirklicht und damit dessen Leitung durch das Weisungsrecht aus § 308 AktG potentiell besonders gefährlich ist<sup>378</sup>. Allein der Konzernkonflikt kann daher nicht geeignetes Differenzierungskriterium hinsichtlich des tauglichen Vertragspartners eines Beherrschungsvertrags sein.

Als ein solches Differenzierungskriterium kommt jedoch die Koordination verschiedener unternehmerischer Interessen in Betracht. In dem Koordinationsbedürfnis ist ein Grund für die Abweichung vom Prinzip der eigenverantwortlichen Leitung der Aktiengesellschaft durch deren Vorstand gemäß § 76 AktG durch Verlagerung der Leitungsmacht auf den Berechtigten des Beherrschungsvertrags zu sehen.

Ob daneben die Ausdehnung der schutzrechtlichen Unternehmenseigenschaft auf den sonstigen Interessenkonflikt<sup>379</sup> auch zu einer Ausdehnung der organisatorischen Unternehmenseigenschaft führen muß, ist fraglich<sup>380</sup>. Dafür spricht zwar einerseits, daß ein Aktionär, der aufgrund seines anderweitigen, also nichtunternehmerischen, Interessenkonflikts den Rechtsfolgenregelungen des „faktischen Konzerns“ gemäß § 311ff. AktG unterworfen wird, gewissermaßen als Kehrseite auch die organisationsrechtlichen Privilegien als „Unternehmen“ erhalten sollte. Das hätte jedoch andererseits zur Folge, daß dann der Zugang zu den konzernrechtlichen Organisationsformen aus der potentiellen Gefahr, die mit Verwirklichung der Organisationsformen verbunden ist, hergeleitet würde. Daher ist den Aktionären, die keinen Koordinationsbedarf hinsichtlich verschiedener unternehmerischer Interessen haben, der Zugang zu den konzernrechtlichen Organisationsformen zu versagen. Soweit auf solche Aktionäre konzernrechtliche Schutzvorschriften angewendet werden sollen, kommt lediglich eine entsprechende Anwendung in Betracht<sup>381</sup>.

Bei einem Privataktionär fehlt eine Legitimation für den Zugang zu den konzernrechtlichen Organisationsformen. Allein das Umgehungsargument<sup>382</sup> kann nicht dazu führen, daß das Erfordernis eines Grunds für den Zugang zu den Organisationsformen entfällt. Umgehungsmöglichkeiten bestehen bei vielen Gestaltungen des Rechts. Allein ihre Existenz führt nicht zur Unanwendbarkeit der jeweiligen Bestimmung<sup>383</sup>.

Das Argument, daß damit lediglich die begonnene Entwicklung der Ausdehnung des Unternehmensbegriffs fortgesetzt werden würde, ist zwar nachvollziehbar. Denn wenn es der öffentlichen Hand allein aufgrund von politischen Interessenkonflikten

---

<sup>378</sup> so auch Mülbart, in: ZHR 163, 1, 29f.; K. Schmidt, in: Festschrift Koppstein, 191, 197 und in: Festschrift Lutter, 1167, 1181

<sup>379</sup> den nichtunternehmerischen Interessenkonflikt z.B. der öffentlichen Hand

<sup>380</sup> Der BGH hat diese Frage ausdrücklich offengelassen, vgl. BGHZ 69, 334, 343.

<sup>381</sup> Ebenfalls kritisch hinsichtlich der Eröffnung der Möglichkeiten eines Beherrschungsvertrags für die öffentliche Hand und nur für eine entsprechende Anwendung schutzrechtlicher Regelungen: Adler/Düring/Schmaltz, § 15 AktG Rn. 15; Raiser, in: ZGR 1996, 458, 461. Letztlich sollen im Rahmen dieser Arbeit die sonstigen Interessenkonflikte, die in der Regel nur bei der öffentlichen Hand auftreten, nicht vertieft erörtert werden.

<sup>382</sup> vgl. oben unter C.II.2.c)cc)

<sup>383</sup> Zudem ist fraglich, ob die bloße Gründung einer (weiteren) Tochtergesellschaft die organisatorische Unternehmenseigenschaft begründen könnte, solange mit dieser Tochtergesellschaft keine eigenständigen unternehmerischen Interessen verfolgt werden. Denn dann besteht noch kein Koordinationsbedarf zwischen verschiedenen unternehmerischen Interessen.

gestattet sein soll, vertragliche Leitungsmacht auszuüben oder aber faktischen nachteiligen Einfluß gegen Ausgleich vorzunehmen, würden die Grenzen zum Privataktionär nicht klar erkennbar. Überzeichnete man die Entwicklung eines solchen organisatorischen Unternehmensbegriffs, so wäre auch ein Aktionär, der sich in besonderem Maße für soziale Belange einsetzt, „Unternehmen“ im Sinne des Konzernrechts<sup>384</sup>. Registergerichte, die bei der Eintragung eines Beherrschungsvertrags die Unternehmenseigenschaft des Vertragspartners prüfen müssen<sup>385</sup>, könnten eine Abgrenzung nur schwerlich vornehmen. Dies spräche auf den ersten Blick für die Eröffnung des Beherrschungsvertrags auch für Privataktionäre. Die entscheidende Frage ist jedoch, ob der organisatorische Unternehmensbegriff auf nichtunternehmerische Konzernkonflikte ausgedehnt werden darf. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies nicht der Fall. Auf der sonstigen „Interessenkonflikt“ sind die Rechtsfolgennormen des Aktienkonzernrechts, die einen Schutzcharakter haben, nur entsprechend anzuwenden. Zugang zu den Organisationsformen des Konzernrechts eröffnet dieser nichtunternehmerische Interessenkonflikt jedoch nicht.

#### ee) **Zwischenergebnis**

Festzuhalten ist, daß eine organisationsrechtliche Unternehmenseigenschaft eines Aktionärs oder Dritten nur dann gegeben ist, wenn dieser anderweitige unternehmerische Interessenbindungen hat. Durch die ihm zur Verfügung gestellten Organisationsformen kann er diese unternehmerischen Interessen untereinander koordinieren.

#### d) **Unterschiede zwischen organisationsrechtlichem und schutzrechtlichem Unternehmensbegriff**

Der organisationsrechtliche Unternehmensbegriff stimmt mit dem schutzrechtlichen Unternehmensbegriff jedenfalls dann überein, wenn es um die Koordinierung verschiedener unternehmerischer Interessen geht. Denn dann liegt der Konzernkonflikt jedenfalls vor<sup>386</sup>. Unterschiede zwischen beiden Unternehmensbegriffen können sich ergeben, soweit der schutzrechtliche Unternehmensbegriff auf anderweitige, also nicht unternehmerische, Interessenkonflikte verweist.

Innerhalb dieser Arbeit sollen jedoch allein Gestaltungen mit unternehmerischen Interessenkonflikten untersucht werden. Die nichtunternehmerischen Konzernkonflikte sind nicht Gegenstand der Prüfung. Deshalb ist insoweit von einem Gleichlauf der beiden Unternehmensbegriffe auszugehen.

---

<sup>384</sup> Auch bei einem solchen Aktionär bestünde die Gefahr, daß er seine anderweitigen sozialen Interessen über die Interessen aus der Mitgliedschaft stellt.

<sup>385</sup> Die materiellen Voraussetzungen eines Unternehmensvertrages sind durch das Registergericht zu prüfen, vgl. *Altmeyen*, in: MK AktG, § 294 Rn. 26; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 294 Rn. 13.

<sup>386</sup> vgl. oben unter C.II.1.a)

**e) Beschränkte Anwendbarkeit des organisationsrechtlichen Unternehmensbegriffs auf rechtsgebietsübergreifende Einordnung von Einflußnahmemöglichkeiten**

Der organisatorische Unternehmensbegriff fragt danach, wem der Zugang zu den konzernrechtlichen Organisationsformen gestattet ist. Er ist nicht nach dem Sinn und Zweck eines Teilbereichs des Konzernrechts ausgerichtet und kann damit auch für die rechtsgebietsübergreifende Einordnung von Einflußnahmemöglichkeiten verwendet werden.

Der organisationsrechtliche Unternehmensbegriff ist jedoch inhaltlich auf die Regelung des Zugangs zu den konzernrechtlichen Organisationsformen, also hier den Zugang zum Beherrschungsvertrag nach § 291 Abs. 1 AktG und die Erlaubnis zur nachteiligen Einflußnahme gegen Nachteilsausgleich nach § 311 AktG, beschränkt. Mit ihm ist eine Einschränkung des Kreises der „Unternehmen“ nur insoweit verbunden, als daß es entweder um den Zugang zu den Organisationsformen oder um Rechtsfolgen aus dem Vorliegen der Organisationsformen geht.

Dies ist hauptsächlich im Bereich des Aktienkonzernrechts, also der Rechtsfolgennormen des Dritten Buchs des AktG der Fall. Die Organisationsform der vertraglichen Beherrschung führt zu den Rechtsfolgen der §§ 300ff. AktG. An die Ausübung der faktischen Beherrschung durch nachteilige Einflußnahme auf das abhängige Unternehmen werden durch die §§ 311, 317f. AktG Rechtsfolgen geknüpft<sup>387</sup>. Im Bereich der Konzernmitbestimmung knüpft § 77a BetrVG 1952 an das Vorliegen der Organisationsform „Beherrschungsvertrag“ an und wird daher durch den organisationsrechtlichen Unternehmensbegriff betroffen.

Dagegen setzen die Rechtsfolgennormen, die lediglich auf die Definitionsnormen der §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1 AktG abstellen, die organisatorische Unternehmenseigenschaft nicht voraus. Bezüglich dieser Rechtsfolgennormen hat der organisatorische Unternehmensbegriff keine Auswirkungen.

### **3. Zwischenergebnis**

Der teleologisch reduzierte und am Schutzzweck des Aktienkonzernrechts ausgerichtete Unternehmensbegriff ist für die rechtsgebietsübergreifende Einordnung unter die Definitionsnormen nicht verwendbar<sup>388</sup>.

Der organisationsrechtliche Unternehmensbegriff ist insoweit anwendbar, als daß eine konzernrechtliche Organisationsform betroffen ist<sup>389</sup>. Dies ist bei der Definition des „Beherrschungsvertrags“ in § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG der Fall. Bei dieser Definition ist somit davon auszugehen, daß der berechtigte Vertragspartner ein „Unternehmen“ im organisationsrechtlichen Sinne sein muß. Dies ist nur dann der Fall, wenn er verschiedene unternehmerische Interessen besitzt.

---

<sup>387</sup> Die Bestimmungen zum Abhängigkeitsbericht nach §§ 312ff. AktG setzen nicht voraus, daß tatsächlich nachteiliger Einfluß genommen worden ist.

<sup>388</sup> vgl. oben unter C.II.1.d)

<sup>389</sup> vgl. oben unter C.II.2.e)

*C.II. Unternehmensbegriff der §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1  
und 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG*

Bei den Definitionsnormen des § 17 Abs. 1 AktG und des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG ist der Unternehmensbegriff dagegen nicht beschränkt. „Herrschendes Unternehmen“ in diesem Sinne kann somit jeder Rechtsträger sein. Eine eventuell notwendige teleologische Reduktion wird erst bei den jeweiligen Normenkomplexen unter **D.**, **E.** und **F.** vorgenommen.

### **III. Qualifizierung als herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG**

#### **1. Der beherrschende Einfluß im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG**

##### **a) Der beherrschende Einfluß bei der Aktiengesellschaft**

Nach § 17 Abs. 1 AktG ist ein abhängiges Unternehmen ein Unternehmen, auf daß ein herrschendes Unternehmen einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Der Begriff des „beherrschenden Einflusses“ ist im AktG nicht definiert. Jedoch ist in § 17 Abs. 2 AktG die widerlegbare Vermutung aufgestellt, daß ein im Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen von dem mit Mehrheit beteiligtem Unternehmen abhängig ist. Daraus läßt sich die Schlußfolgerung ziehen, daß eine Mehrheitsbeteiligung bei einer Aktiengesellschaft nach der gesetzlichen Konzeption regelmäßig einen beherrschenden Einfluß vermittelt.

Die Mehrheitsbeteiligung an einer Aktiengesellschaft gibt keine unmittelbaren Einflußnahmemöglichkeiten auf die Geschäftsführung des Vorstands, so daß der Mehrheitsaktionär nicht in der Lage ist, seine Interessen durch Zwang durchzusetzen<sup>390</sup>. Jedoch besteht für den Mehrheitsaktionär eine wirksame mittelbare Möglichkeit der Einflußnahme auf die Geschäftsführung des Vorstands<sup>391</sup>. Ist ein Aktionär mehrheitlich an einer Aktiengesellschaft beteiligt, so kann er aufgrund der regelmäßig vorliegenden Stimmrechtsmehrheit<sup>392</sup> in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bestimmen<sup>393</sup>. Durch den Einfluß auf die Besetzung des Aufsichtsrats hat der Mehrheitsaktionär dann auch mittelbaren Einfluß auf die Besetzung des Vorstands, der vom Aufsichtsrat bestellt wird<sup>394</sup>. Aufgrund der Personalhoheit des Mehrheitsaktionärs besteht die Wahrscheinlichkeit, daß Vorstand und Aufsichtsrat sich den Wünschen des Mehrheitsaktionärs öffnen werden, da sie sonst befürchten müßten, vorzeitig von ihrer Position abberufen oder nicht mehr in dieser Position bestätigt zu werden<sup>395</sup>. Der Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG liegt somit die Wahrscheinlichkeit eines einflußkonformen Verhaltens der Organmitglieder zugrunde<sup>396</sup>.

Die gesetzliche Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG läßt Rückschlüsse auf den Inhalt des Begriffs „beherrschender Einfluß“ in § 17 Abs. 1 AktG zu<sup>397</sup>. Außerhalb der Mehrheitsbeteiligung ist ein Einfluß jedenfalls dann als beherrschend zu qualifizieren, wenn er nach seiner Art und seinem Umfang den

---

<sup>390</sup> vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 19

<sup>391</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 45

<sup>392</sup> Die Definition der Mehrheitsbeteiligung gemäß § 16 Abs. 1 AktG stellt sowohl auf die Stimmrechtsmehrheit als auch auf die Mehrheit der Anteile ab. Bei der AG können Abweichungen zwischen Anteilsmehrheit und Stimmrechtsmehrheit z.B. dann auftreten, wenn die Anteilsmehrheit teilweise aus Vorzugsaktien gemäß § 139 AktG besteht. Diesbezüglich könnte die Abhängigkeitsvermutung widerlegt werden, vgl. *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 85.

<sup>393</sup> §§ 101 Abs. 1, 133 AktG

<sup>394</sup> § 84 AktG

<sup>395</sup> *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 27; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 45; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 19

<sup>396</sup> Hüffer, AktG, § 17 Rn. 5; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 19

<sup>397</sup> *Windbichler*, in: GK AktG, § 17 Rn. 11

*C.III. Qualifizierung als herrschendes Unternehmen  
im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG*

Einflußnahmemöglichkeiten der Mehrheitsbeteiligung entspricht<sup>398</sup>. Daß das herrschende Unternehmen dem abhängigem Unternehmen seinen Willen aufzwingen kann<sup>399</sup>, ist demnach angesichts der Vermutungsregelung des § 17 Abs. 2 AktG nicht zu fordern<sup>400</sup>. Ausreichend ist die Wahrscheinlichkeit einflußkonformen Verhaltens der Organmitglieder<sup>401</sup>. Ein Einfluß auf Satzungsänderungen und Hauptversammlungsbeschlüsse ist dagegen für die Qualifikation als „beherrschender Einfluß“ nicht erforderlich<sup>402</sup>.

Bei der Abhängigkeit nach § 17 Abs. 1 AktG muß eine beherrschende Einflußnahme möglich sein, auf eine tatsächliche Ausübung dieser Einflußnahmemöglichkeit kommt es nicht an<sup>403</sup>. Die Einflußnahmemöglichkeit muß sicher sein, darf also nicht von der Mitwirkung Dritter oder Zufällen abhängen<sup>404</sup>. Bloße negative Einflußnahmemöglichkeit, also die Macht, Entscheidungen oder Handlungen zu verhindern, begründen keinen beherrschenden Einfluß<sup>405</sup>. Nach herrschender Ansicht muß sich die Möglichkeit der Einflußnahme auf den gesamten Tätigkeitsbereich der Aktiengesellschaft erstrecken<sup>406</sup>. Die Einflußnahmemöglichkeit muß gesellschaftsrechtlich vermittelt sein, eine rein wirtschaftliche oder tatsächliche Einflußnahmemöglichkeit genügt zur Begründung einer Abhängigkeit nicht<sup>407</sup>. Jedoch sind Kombinationen aus gesellschaftsrechtlichem und wirtschaftlichem bzw. faktischem Einfluß denkbar, die zu einem herrschenden Einfluß führen können<sup>408</sup>.

Beherrschender Einfluß kann sowohl unmittelbar als auch mittelbar bestehen, § 17 Abs. 1 AktG. Unmittelbare Abhängigkeit liegt vor, wenn das Unternehmen allein in der Lage ist, beherrschenden Einfluß auf die abhängige Gesellschaft auszuüben<sup>409</sup>. Mittelbare Abhängigkeit ist dagegen gegeben, wenn es sich dazu der Mitwirkung Dritter bedienen muß<sup>410</sup>.

---

<sup>398</sup> *Windbichler*, in: GK AktG, § 17 Rn. 11; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 5; *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 28

<sup>399</sup> so die ältere Rechtsprechung des RGZ 167, 40, 49; *K. Schmidt*, in: ZGR 1980, 277, 285

<sup>400</sup> *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 25; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 5; OLG Düsseldorf, AG 1994, 36, 37; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 19

<sup>401</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 19; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 5

<sup>402</sup> Bezüglich der Satzungsänderung ergibt sich dies bereits aus der Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG, da nur eine einfache Mehrheit, nicht jedoch eine qualifizierte Mehrheit gefordert wird. Bezüglich der Hauptversammlungsbeschlüsse ergibt sich dies daraus, daß auch ein „Dritter“, also ein Nichtgesellschafter, „beherrschendes Unternehmen“ sein kann.

<sup>403</sup> Hüffer, AktG, § 17 Rn. 4; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 15

<sup>404</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 47; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 6; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 18

<sup>405</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 22; *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 42; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 49; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 10

<sup>406</sup> *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 68 Rn. 28; OLG Düsseldorf, AG 1994, 36, 37; *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 24. Nach anderer Auffassung genügt eine Einflußnahmemöglichkeit auf einen wichtigen Bereich der Geschäftsführung, vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 48; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 24ff.

<sup>407</sup> BGHZ 90, 381, 395ff.; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 68 Rn. 40; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 47; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 8; *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 21, 29

<sup>408</sup> *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 68 Rn. 40; *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 31ff.; BGHZ 90, 381, 395ff.; anderer Auffassung: *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 56

<sup>409</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 27

<sup>410</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 49

**b) Der beherrschende Einfluß bei einer GmbH & Co. KGaA**

**aa) Unanwendbarkeit der Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG**

Nach ihrer Gesellschaftsstruktur werden die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft und damit die Geschäftsführung der GmbH & Co. KGaA nicht vom Aufsichtsrat der KGaA bestimmt, sondern von den Gesellschaftern der Komplementär-Gesellschaft. Die Vermutung, daß sich die Geschäftsführung nach den Wünschen desjenigen richtet, der über die personelle Zusammensetzung dieser Geschäftsleitung entscheidet, ist aufgrund der fehlenden Personalkompetenz des Aufsichtsrats nicht gegenüber den Kommanditaktionären einschlägig.

Die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG kann daher nicht auf die Kommanditaktionäre der GmbH & Co. KGaA übertragen werden<sup>411</sup>.

**bb) Beherrschender Einfluß als bloße Wahrscheinlichkeit einflußkonformen Verhaltens der Komplementär-Gesellschaft?**

Im Bereich der Aktiengesellschaft genügt für die Annahme eines beherrschenden Einflusses bereits die Wahrscheinlichkeit, daß der Vorstand entsprechend der Einflußnahme des Aktionärs handelt<sup>412</sup>. Bei der GmbH & Co. KGaA ist die Geschäftsführung der Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KGaA identisch. Es ist demnach nicht nur wahrscheinlich sondern sicher, daß die Geschäftsführung der GmbH & Co. KGaA gegenüber „Einflußnahmen“<sup>413</sup> der Komplementär-Gesellschaft offen ist.

Bezüglich des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft kann bei Vorliegen von Personalentscheidungsmacht<sup>414</sup> gegenüber den Mitgliedern der Geschäftsführung davon ausgegangen werden, daß die Wahrscheinlichkeit eines einflußkonformen Verhaltens besteht.

Wäre die Wahrscheinlichkeit einflußkonformen Verhaltens allein ausschlaggebendes Kriterium für einen beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA, so hätte die Komplementär-Gesellschaft stets beherrschenden Einfluß im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG auf die GmbH & Co. KGaA<sup>415</sup>. Ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft hätte dann beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA, wenn er die Personalentscheidungsmacht hinsichtlich der Geschäftsführung der Komplementär-Gesellschaft hätte.

Bei der Aktiengesellschaft ist der Rahmen der Kompetenzen des Vorstands weitestgehend gesetzlich vorgeschrieben<sup>416</sup>. Der Vorstand leitet die

---

<sup>411</sup> vgl. *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 319; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 79; *Schaumburg/Schulte*, S.48

<sup>412</sup> vgl. oben unter C.III.1. Diese Wahrscheinlichkeit kann sich aus der Personalentscheidungsmacht eines Mehrheitsaktionärs ergeben.

<sup>413</sup> Eine „Einflußnahme“ ist aufgrund der Personenidentität nicht erforderlich.

<sup>414</sup> dazu unten unter C.III.3.

<sup>415</sup> Dies wird teilweise für die insoweit vergleichbare GmbH & Co. KG angenommen. Danach läge schon dann ein beherrschender Einfluß der Komplementär-GmbH vor, wenn diese alleinige Komplementärin sei, vgl.: *Schneider*, in: ZGR 1977, 335, 346f.; *Ehrhardt*, S. 25; *Mülbert*, in: MK HGB, Anh. Konzernrecht, Rn. 58; *Gekeler*, S. 142.

<sup>416</sup> §§ 76ff. AktG

Aktiengesellschaft unter eigener Verantwortung, Mitspracherechte anderer Organe bezüglich der Geschäftsführungsangelegenheiten bestehen in geringem Maße<sup>417</sup>. Deshalb ist es bei der Aktiengesellschaft nicht erforderlich, bei Prüfung eines herrschenden Einflusses nach den jeweiligen Kompetenzen des Vorstands zu fragen.

Diesbezüglich besteht jedoch ein entscheidender Unterschied zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH & Co. KGaA. Bei letzterer sind die Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft maßgeblich von der Ausgestaltung der Satzung abhängig<sup>418</sup>. Der Einfluß, der durch oder über die Komplementär-Gesellschaft auf die GmbH & Co. KGaA genommen werden kann, ist durch die jeweiligen Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft begrenzt.

Daher muß bei der Frage, ob und von wem ein beherrschender Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ausgeübt werden kann, die jeweilige Satzungsausgestaltung berücksichtigt werden<sup>419</sup>.

### **c) Zwischenergebnis**

Inwieweit bei der GmbH & Co. KGaA ein beherrschender Einfluß im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG vorliegen kann, ist von der jeweiligen Satzungsausgestaltung abhängig.

Eine für alle Satzungsgestaltungen geltende Würdigung des Einflusses der Komplementär-Gesellschaft als „beherrschend“ oder als „nicht beherrschend“ ist nicht möglich. Diese Überlegung gilt ebenfalls für den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft, da dieser seinen Einfluß zumindest zum Teil über die Komplementär-Gesellschaft ausübt<sup>420</sup>.

## **2. Die Komplementär-Gesellschaft als herrschendes Unternehmen**

Die Komplementär-Gesellschaft hat nach allen im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Satzungsgestaltungen eine erhebliche passive Einflußnahmemöglichkeit auf die GmbH & Co. KGaA<sup>421</sup>. Bei der Frage nach einem „beherrschenden Einfluß“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG kommt es auf die jeweilige passive Einflußnahmemöglichkeit

---

<sup>417</sup> Hierzu sind die Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG und der Hauptversammlung vorzulegende Entscheidungen zu zählen.

<sup>418</sup> vgl. oben unter B.I.4.

<sup>419</sup> Im Ergebnis ebenso: *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 81; *Semler/Perlitt*, § 278 Rn. 320; *Ammenwerth*, S. 93. Dies entspricht auch der überwiegenden Auffassung zur vergleichbaren GmbH & Co. KG, vgl. *Zöllner*, in: ZGR 1977, 319, 334, *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 105 Anh. Rn. 10 und § 161 Rn. 196; *Riegger*, in: Münch. Hdb. GesR II, § 7 Rn. 16; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 21.

<sup>420</sup> Im folgenden soll die Prüfung der Satzungsgestaltungen und der daraus folgenden Herrschaftsmöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft und deren Gesellschafter getrennt erfolgen.

<sup>421</sup> In wesentlichen Bereichen kann gegen ihren Willen keine Entscheidung getroffen werden oder Handlung vorgenommen werden, vgl. oben unter B.I.5. Dort ebenfalls zur Differenzierung zwischen aktiver und passiver Einflußnahmemöglichkeit.

jedoch nicht an. Die Möglichkeit, Entscheidungen oder Handlungen zu verhindern, genügt nicht für einen „beherrschenden Einfluß“<sup>422</sup>.

Entscheidend sind allein die aktiven Einflußnahmemöglichkeiten im Bereich der Geschäftsführungsmaßnahmen. Diese differenzieren je nach Satzungstyp<sup>423</sup>.

**a) Beherrschender Einfluß bei gesetzestypischer Ausgestaltung der Satzung (Typ A)?**

Bei gesetzestypischer Ausgestaltung der Satzung hat die Komplementär-Gesellschaft im Bereich der Geschäftsführung nach den insoweit einschlägigen Regeln des HGB lediglich aktiven Einfluß auf die Vornahme der gewöhnlichen Geschäfte<sup>424</sup>. Die Vornahme außergewöhnlicher Geschäfte ist von einem entsprechenden Hauptversammlungsbeschluß abhängig, § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 S. 1 Hs. 2 HGB<sup>425</sup>.

Zum Umfang der gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen gehören alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, § 116 Abs. 1 HGB. Sie müssen nach ihrem Gegenstand, ihrem Umfang und den mit ihnen verbundenem Risiko routinemäßig vorkommen können und innerhalb des normalen Geschäftsbetriebs dieser Gesellschaft liegen<sup>426</sup>. Nicht mehr von diesem Bereich umfaßt sind Geschäfte oder Maßnahmen, die nach ihrem Inhalt und Zweck, durch ihre Bedeutung oder eine mit ihnen verbundene Gefahr für die Gesellschafter über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs der Gesellschaft hinausgehen, also Ausnahmecharakter haben<sup>427</sup>. Überträgt man diese Grundsätze auf die KGaA, so darf die Komplementär-Gesellschaft nur solche Geschäftsführungsmaßnahmen durchführen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der Gesellschaft routinemäßig mit sich bringt<sup>428</sup>.

Im Vergleich zum Vorstand einer Aktiengesellschaft sind bei einer solchen gesetzestypischen Satzungsausgestaltung der GmbH & Co. KGaA die Geschäftsführungskompetenzen der Komplementär-Gesellschaft verringert. Eine Differenzierung nach gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften kennt die Zuständigkeitsordnung der Aktiengesellschaft nicht. Dort ist ein Hauptversammlungsbeschluß nach der „Holzmüller-Doktrin“<sup>429</sup> erst dann notwendig, wenn in den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre eingegriffen wird<sup>430</sup>. Über außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen, die nicht in diesen

---

<sup>422</sup> Koppensteiner, in: KK AktG, § 17 Rn. 22; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 10; Bayer, in: MK AktG, § 17 Rn. 42; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 49

<sup>423</sup> vgl. zu den Satzungstypen oben unter B.I.4. und B.I.5.

<sup>424</sup> vgl. oben unter B.I.5.a)

<sup>425</sup> Hüffer, AktG, § 278 Rn. 13; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 110; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 278 Rn. 198ff. Dieser Hauptversammlungsbeschluß ist zudem (wie bei allen geprüften Typen der GmbH & Co. KGaA) auch bei Grundlagengeschäften und Satzungsänderungen notwendig.

<sup>426</sup> vgl. Martens, in: Schlegelberger HGB, § 164 Rn. 17; Grunewald, in: MK HGB, § 164 Rn. 9; Baumbach/Hopt, HGB, § 116 Rn. 2; Ulmer, in: Staub HGB, § 115 Rn. 9

<sup>427</sup> Ulmer, in: Staub HGB, § 115 Rn. 9; Martens, in: Schlegelberger HGB, § 164 Rn. 17; Grunewald, in: MK HGB, § 164 Rn. 9

<sup>428</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 108f.; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 278 Rn. 176f.

<sup>429</sup> BGHZ 83, 122

<sup>430</sup> vgl. BGHZ 83, 122, 131

Kernbereich eingreifen, entscheidet der vom Mehrheitsaktionär beeinflussbare Vorstand allein. Bei der Aktiengesellschaft hat der Aufsichtsrat zwar nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG das Recht, einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte aufzustellen; insoweit sind die Kompetenzen des Vorstands eingeschränkt. Dadurch werden jedoch die Möglichkeiten der Einflußnahme des Mehrheitsaktionärs nicht eingeschränkt, da dieser bezüglich des Aufsichtsrats die Personalentscheidungsmacht hat und damit Einfluß auf diesen ausüben kann.

Die Einflußnahmemöglichkeit der Komplementär-Gesellschaft auf die Geschäftsführungsmaßnahmen entspricht in der gesetzestypisch ausgestalteten GmbH & Co. KGaA (**Typ A**) somit nicht der Einflußnahmemöglichkeit eines Mehrheitsaktionärs einer Aktiengesellschaft<sup>431</sup>. Fraglich ist daher, ob der im Vergleich zum Mehrheitsaktionär einer Aktiengesellschaft verringerte Einfluß der Komplementär-Gesellschaft auf die Geschäftsführungsmaßnahmen trotzdem einen beherrschenden Einfluß im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG begründet.

#### aa) Vergleich mit der Rechtslage der GmbH & Co. KG

Bei der Kommanditgesellschaft beziehungsweise der GmbH & Co. KG ist diese Frage umstritten. Teilweise wird angenommen, daß auch die Kompetenz zur Führung der gewöhnlichen Geschäfte zu einem beherrschenden Einfluß des alleinigen Komplementärs oder der alleinigen Komplementär-Gesellschaft führen könne<sup>432</sup>. Teilweise wird ohne Differenzierung bezüglich der Geschäftsführungsbefugnis ein beherrschender Einfluß des alleinigen Komplementärs bzw. der alleinigen Komplementär-Gesellschaft angenommen<sup>433</sup>. Nach anderer Ansicht ist bei einer Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse auf die gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen nicht von einem beherrschenden Einfluß auszugehen<sup>434</sup>.

Angesichts dieser umstrittenen Rechtslage kann hier aus der Vergleichbarkeit zwischen GmbH & Co. KG und GmbH & Co. KGaA keine eindeutige Schlußfolgerung gezogen werden.

---

<sup>431</sup> Dies allein führt jedoch noch nicht dazu, daß ein „beherrschender Einfluß“ ausgeschlossen ist. Denn auch bei einer im Vergleich zur Mehrheitsbeteiligung geringeren Möglichkeit der Einflußnahme kann unter Umständen bei Gesamtwürdigung des Einzelfalls von einem beherrschendem Einfluß ausgegangen werden, vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 21, 25.

<sup>432</sup> *Mülbert*, in: MK HGB, Konzernrecht, Rn. 58; *Gekeler*, S. 139f.; *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 18f.; in Bezug auf die Mitbestimmung und den Begriff der einheitlichen Leitung: OLG Celle, BB 1979, 1577, 1578; *Schneider*, in: ZGR 1977, 335, 347 und in: Gemeinschaftskommentar MitbestG, § 5 Rn. 65; *Großmann*, in: BB 1976, 1391, 1395

<sup>433</sup> *Ehrhardt*, S. 25; *Lange*, in: Ebenroth/Boujong/Joost, § 105 Anh. Rn. 5

<sup>434</sup> *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 105 Anh. Rn. 11; in Bezug auf die Mitbestimmung und den Begriff der einheitlichen Leitung: *Zöllner*, in: ZGR 1977, 319, 334; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 21; *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 161 Rn. 196 a.E.; *Riegger*, in: Münch. Hdb. GesR II, § 7 Rn. 16

### bb) Abhängigkeit als potentielle Konzernierung

Regelmäßig<sup>435</sup> ist Abhängigkeit als potentielle Konzernierung zu begreifen<sup>436</sup>. Der Unterschied zwischen Abhängigkeit und Konzernierung besteht in der Möglichkeit zur einheitlichen Leitung einerseits und der Ausübung einheitlicher Leitung andererseits<sup>437</sup>. Gemäß § 18 Abs. 1 S. 3 AktG wird von einem abhängigen Unternehmen vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Diese Vermutung beruht auf der Annahme des Gesetzgebers, daß ein herrschendes Unternehmen in aller Regel seinen Einfluß zur Konzernbildung ausnutzen wird<sup>438</sup>.

Aus diesem Zusammenhang zwischen Abhängigkeit und Konzernierung können für den Begriff der Abhängigkeit Rückschlüsse gezogen werden<sup>439</sup>. Der „beherrschende Einfluß“ muß dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, das abhängige Unternehmen unter „einheitliche Leitung“ zu stellen. Ein Einfluß, der potentiell nicht dazu genügt, eine „einheitliche Leitung“ herbeizuführen, ist demnach nicht als „beherrschender Einfluß“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG anzusehen<sup>440</sup>.

Eine „einheitliche Leitung“ im Sinne des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG setzt nach dem weiten Konzernbegriff zumindest voraus, daß das herrschende Unternehmen in einem zentralen Bereich der unternehmerischen Tätigkeit leitend, also planend, durchführend und kontrollierend, tätig wird<sup>441</sup>. Nach dem engen Konzernbegriff wird verlangt, daß die Konzernspitze die wesentlichen unternehmerischen Leitungsfunktionen in den wichtigen Bereichen der Unternehmenspolitik wahrnimmt<sup>442</sup>.

### cc) Kein beherrschender Einfluß der Komplementär-Gesellschaft wegen fehlender Möglichkeit einer Konzernierung

Fraglich ist, ob die Einflußnahmemöglichkeit der Komplementär-Gesellschaft ausreicht, um die gesetzestypisch ausgestaltete GmbH & Co. KGaA (**Typ A**) unter eine „einheitliche Leitung“ zu stellen. Ist dies nicht der Fall, so liegt kein „beherrschender Einfluß“ vor.

---

<sup>435</sup> Zu eventuellen Ausnahmen bei Gemeinschaftsunternehmen vgl. Hüffer, AktG, § 17 Rn. 4, 13; Windbichler, in: GK AktG, § 17 Rn. 14; Koppensteiner, in: KK AktG, § 17 Rn. 16. Da im Rahmen dieser Arbeit Probleme von Gemeinschaftsunternehmen nicht untersucht werden sollen, kommt es auf die Differenzierung hier nicht an.

<sup>436</sup> Koppensteiner, in: KK AktG, § 17 Rn. 16; Hüffer, AktG, § 17 Rn. 4; Windbichler, in: GK AktG, § 17 Rn. 14

<sup>437</sup> Koppensteiner, in: KK AktG, § 17 Rn. 16; Windbichler, in: GK AktG, § 17 Rn. 14

<sup>438</sup> Regierungsbegründung bei Kropff, S. 33

<sup>439</sup> Windbichler, in: GK AktG, § 17 Rn. 14; Koppensteiner, in: KK AktG, § 17 Rn. 13

<sup>440</sup> Dies muß jedenfalls dann gelten, wenn (wie hier) nur ein Unternehmen als herrschend in Betracht kommt. Mit Blick auf die hier nicht näher zu prüfenden Gemeinschaftsunternehmen diesbezüglich kritisch: Hüffer, AktG, § 17 Rn. 4; Windbichler, in: GK AktG, § 17 Rn. 14.

<sup>441</sup> Diese Koordination der Unternehmen muß Ausstrahlung oder Rückwirkungen auf das Gesamtunternehmen haben, vgl. Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 63f.; Bayer, in: MK AktG, § 18 Rn. 30.

<sup>442</sup> Hüffer, AktG, § 18 Rn. 9; vgl. Bayer, in: MK AktG, § 18 Rn. 29

### aaa) Der begrenzte Umfang der Einflußnahme

Bei gesetzestypischer Satzungsausgestaltung kann die Komplementär-Gesellschaft nur auf das „Tagesgeschäft“, welches routinemäßig anfällt, aktiven Einfluß nehmen. Bezüglich des Umfangs außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen bedürfen der Zustimmung der Gesamtheit der Kommanditaktionäre, so daß ein aktiver Einfluß insoweit nicht besteht<sup>443</sup>.

Durch diesen begrenzten aktiven Einfluß der Komplementär-Gesellschaft kann eine „einheitliche Leitung“ der GmbH & Co. KGaA im Sinne einer Planung, Durchführung und Kontrolle eines wesentlichen Bereichs unternehmerischer Tätigkeit<sup>444</sup> nicht herbeigeführt werden. Zwar kann die Komplementär-Gesellschaft auch in wesentlichen Bereichen der Tätigkeit der GmbH & Co. KGaA planend Einfluß nehmen, so zum Beispiel auch außergewöhnliche und wesentliche Geschäfte planen, die nicht in den Bereich dessen fallen, der routinemäßig im täglichen Geschäftsbetrieb vorkommen kann. Auch kann die Komplementär-Gesellschaft Planungen für die Unternehmensentwicklung aufstellen.

Für die Durchführung dieser Planungen benötigt die Komplementär-Gesellschaft jedoch eine Zustimmung der Gesamtheit der Kommanditaktionäre, soweit die Durchführung nicht durch Maßnahmen des Tagesgeschäfts geschieht<sup>445</sup>. Insoweit ist die Durchführung als Bestandteil der „einheitlichen Leitung“ somit von der Mitwirkung der Hauptversammlung abhängig. Auf diese hat die Komplementär-Gesellschaft keinen Einfluß, solange ihr keine entsprechende Stimmrechtsmehrheit zusteht<sup>446</sup>.

Der begrenzte Umfang der Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft spricht somit gegen deren Möglichkeit, die GmbH & Co. KGaA unter eine „einheitliche Leitung“ im Sinne des weiten Konzernbegriffs zu stellen.

### bbb) Der erlaubte Charakter und der Zweck der Einflußnahme

Bei gesetzestypischer Ausgestaltung der Satzung (**Typ A**) hat die Komplementär-Gesellschaft nur aktiven Einfluß auf Geschäftsführungsmaßnahmen, die ihrem Charakter und Zweck nach im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs liegen<sup>447</sup>.

Zunächst ist denkbar, solche Geschäfte oder Maßnahmen, bei denen der geschäftsführende Gesellschafter einem Interessenkonflikt unterliegt, als ihrer Qualität nach außergewöhnlich zu betrachten, da sie eine besondere Gefahr

---

<sup>443</sup> vgl. oben unter C.III.2.a)

<sup>444</sup> vgl. Hüffer, AktG, § 18 Rn. 9; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 18 Rn. 18

<sup>445</sup> Dabei ist zu beachten, daß die Komplementär-Gesellschaft außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen nicht in mehrere gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen aufteilen darf, um ein Vetorecht der Hauptversammlung zu umgehen. Wenn die Gesamtschau der getätigten Geschäfte ergibt, daß insgesamt eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme vorliegt, muß eine Zustimmung der Hauptversammlung eingeholt werden.

<sup>446</sup> Im Rahmen dieser Prüfung soll nicht davon ausgegangen werden, daß sich die Komplementär-Gesellschaft am Grundkapital beteiligt. Abweichungen bei kumulierter Einflußnahme des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft sogleich unter C.III.3.

<sup>447</sup> vgl. oben unter C.III.2.a)

beinhalten<sup>448</sup>. Die Komplementär-Gesellschaft wäre dann nicht zu Geschäftsführungsmaßnahmen, in denen eine Interessenkollision bestehen würde, berechtigt<sup>449</sup>. Ob eine „einheitliche Leitung“ durch Geschäftsführungskompetenzen allein in Bereichen, die keinen Interessenkollisionen unterliegen, ausgeübt werden kann, erscheint fraglich zu sein. Diese Überlegung setzt jedoch voraus, daß ein „Konzernkonflikt“ gegeben ist. Da vorliegend für eine rechtsgebietsübergreifende Einordnung eventuelle Konzernkonflikte<sup>450</sup> ausgenommen werden, soll auf diesen möglichen Ansatz hier nicht abgestellt werden.

Als Ansatzpunkt kommt jedoch die organisatorische Komponente der „einheitlichen Leitung“ in Betracht. Eine „einheitliche Leitung“ nach dem weiten Konzernbegriff erfordert, daß mit der Einflußnahme eine Koordinationswirkung zwischen herrschendem und abhängigen Unternehmen verbunden ist, die Auswirkungen auf das Gesamtunternehmen hat<sup>451</sup>. Demzufolge müssen für eine „einheitliche Leitung“ die Geschäftsbetriebe des herrschenden Unternehmen und des abhängigen Unternehmens aufeinander abgestimmt werden, zumindest muß eine Rücksichtnahme aufeinander erfolgen<sup>452</sup>.

Der Komplementär-Gesellschaft ist eine solche Rücksichtnahme auf ihren eigenen Geschäftsbetrieb<sup>453</sup> oder einen fremden Geschäftsbetrieb bei der Geschäftsführung der GmbH & Co. KGaA jedoch dann nicht gestattet, wenn ihre Geschäftsführungsbefugnisse auf ihrer Art nach gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen beschränkt sind. Denn die Rücksichtnahme und Koordination mit den für die GmbH & Co. KGaA fremden Interessen der Komplementär-Gesellschaft oder Dritten gehört nicht zum Bereich des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs der GmbH & Co. KGaA. Maßnahmen, die einer „einheitliche Leitung“ im Sinne einer Koordination der Geschäftsbetriebe dienen würden, wären somit ihrem Zweck und Charakter nach stets außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen, auf die die Komplementär-Gesellschaft bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung keinen aktiven Einfluß nehmen kann.

---

<sup>448</sup> vgl. *Schneider*, in: ZGR 1975, 281; BHG LM Nr. 2 zu § 116 HGB; *Ehrhardt*, S. 28 und S. 86; *Emmerich*, in: Heymann HGB, § 116 Rn. 5; differenzierend: BGHZ 76, 160, 163; ablehnend: *Ulmer*, in: Staub HGB, § 116 Rn. 6

<sup>449</sup> Folgt man diesem Ansatzpunkt, so könnte für den Bereich der schutzzweckgerichteten Normen des Aktienkonzernrechts gefolgert werden, daß von einer unternehmerischen Komplementär-Gesellschaft dann keine Konzerngefahr ausginge, wenn ihre Kompetenzen gesetzestypisch ausgestaltet sind. Denn dann kann sie gerade die Geschäfte, in denen sich der Konzernkonflikt niederschlägt, nicht autonom tätigen, sondern bedarf einer Zustimmung der Hauptversammlung.

<sup>450</sup> im Sinne des schutzrechtlichen Unternehmensbegriffs, vgl. oben unter C.II.1.a)

<sup>451</sup> vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 63f.; *Bayer*, in: MK AktG, § 18 Rn. 30

<sup>452</sup> Ein „herrschender Einfluß“ müßte somit die Möglichkeit dieser Koordination eröffnen, da der „herrschende Einfluß“ als potentielle Konzernierung anzusehen ist, vgl. oben unter C.III.2.a)bb).

<sup>453</sup> Dieser Gedanke hat auch dann Gültigkeit, wenn die Komplementär-Gesellschaft keinen eigenen unternehmerischen Geschäftsbetrieb haben sollte. Denn bei der Frage nach der Abhängigkeit geht es allein um die Möglichkeit einer „einheitlichen Leitung“. Es geht also um die Frage, ob die Einflußnahmemöglichkeiten abstrakt dazu ausreichen würden, die Geschäftsbetriebe miteinander zu koordinieren. Die tatsächliche Ausführung dieser Koordination ist für diese Frage irrelevant.

Der erlaubte Charakter und Zweck der Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft bei gesetzestypischer Satzungsausgestaltung genügt somit nicht, um eine „einheitliche Leitung“ der GmbH & Co. KGaA herbeizuführen.

### ccc) Der Begriff der Leitung im Aktiengesetz

Für das unter C.III.2.a)cc)aaa) und bbb) gefundene Ergebnis spricht auch der Begriff der „Leitung“, wie er im Aktiengesetz gebraucht wird.

Was unter einer „Leitung“ zu verstehen ist, kann zunächst aus dem Begriff der „Leitung“ des Vorstands gemäß § 76 Abs. 1 AktG erschlossen werden<sup>454</sup>. Nach § 76 Abs. 1 AktG ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet, diese eigenverantwortlich zu „leiten“. Die Geschäftsführung ist in § 77 Abs. 1 AktG geregelt. Sie umfaßt die Befugnis zu jedweder tatsächlichen oder rechtlichen Tätigkeit für die Aktiengesellschaft<sup>455</sup>. „Leitung“ ist nicht dasselbe wie Geschäftsführung. Mit „Leitung“ ist die Führungsfunktion des Vorstands als herausgehobenen Teil der Geschäftsführung gemeint<sup>456</sup>. Dementsprechend kann zwischen herausgehobener Geschäftsführung als „Leitung“ und gewöhnlicher anderer Geschäftsführung als Tagesgeschäft differenziert werden<sup>457</sup>. Zu den Leitungsaufgaben gehört die Festsetzung der Unternehmensplanung, die unternehmerische Koordination und Kontrolle sowie die Besetzung der Führungsstellen im Unternehmen<sup>458</sup>. Ebenfalls zu Leitung gehört die Verwirklichung dieser Leitungsaufgaben durch die Geschäftsführung<sup>459</sup>. Übertragen auf eine Komplementär-Gesellschaft, die nur die gewöhnlichen Geschäfte und somit das Tagesgeschäft tätigen darf, ist davon auszugehen, daß sie keine „Leitung“ ausübt. Zwar kann sie Führungsstellen besetzen, da sie und ihre Gesellschafter diesbezüglich autonom sind. Zur Verwirklichung aller „Leitungsentscheidungen“ bedarf sie jedoch der Mitwirkung der Hauptversammlung, da die „Leitungsentscheidungen“ nicht im Rahmen des Tagesgeschäfts liegen.

Auch der Begriff der „Leitung“ nach § 291 Abs. 1 S. 1 AktG im Rahmen des Beherrschungsvertrags spricht für dieses Ergebnis. Hat sich eine Aktiengesellschaft durch einen Beherrschungsvertrag der „Leitung“ eines anderen Unternehmens unterstellt, so sind Hauptversammlungsbeschlüsse über Geschäftsführungsangelegenheiten, die den Weisungen des Vertragspartners entgegenstehen, unzulässig, da sie dem Übergang der Leitungsmacht widersprechen<sup>460</sup>. Auch der Aufsichtsrat der vertraglich beherrschten Gesellschaft kann sich letztlich nicht gegen das Weisungsrecht durchsetzen, § 308 Abs. 3 AktG. Daraus ist zu folgern, daß „Leitung“ im Sinne des § 291 Abs. 1 S. 1 AktG mit einem Mitwirkungsrecht unabhängiger Organe im Bereich der Geschäftsführung nicht vereinbar ist. Eben ein solches Mitwirkungsrecht der Hauptversammlung besteht jedoch bei den gesetzestypischen GmbH & Co. KGaA des **Typ A**.

---

<sup>454</sup> vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 291 Rn. 11; Hüffer, AktG, § 291 Rn. 10; *Altmeyen*, in: MK AktG, § 291 Rn. 76

<sup>455</sup> Hüffer, AktG, § 77 Rn. 3; *Mertens*, in: KK AktG, § 77 Rn. 2

<sup>456</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 159; Hüffer, AktG, § 76 Rn. 7; *Mertens*, in: KK AktG, § 76 Rn. 4

<sup>457</sup> vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 159; *Mertens*, in: KK AktG, § 76 Rn. 5

<sup>458</sup> *Mertens*, in: KK AktG, § 76 Rn. 5

<sup>459</sup> *Altmeyen*, in: MK AktG, § 291 Rn. 76

<sup>460</sup> vgl. *Altmeyen*, in: MK AktG, § 291 Rn. 83

**ddd) Zwischenergebnis**

Der begrenzte Umfang der Geschäftsführungsbefugnisse sowie deren Qualität führen dazu, daß die Komplementär-Gesellschaft bei einer gesetzestypisch ausgestalteten GmbH & Co. KGaA gemäß **Typ A** nicht in der Lage ist, diese unter eine „einheitliche Leitung“ zu stellen. Dieses Ergebnis wird durch den „Leitungsbegriff“ des Aktiengesetzes bestätigt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung gemäß **Typ A** die Leitungsmacht über die GmbH & Co. KGaA der Hauptversammlung und der Komplementär-Gesellschaft gemeinsam zusteht. Die Komplementär-Gesellschaft kann die GmbH & Co. KGaA nicht unter „einheitliche Leitung“ im Sinne des weiten Konzernbegriffs stellen<sup>461</sup>.

**dd) Zwischenergebnis**

Der bestehende Einfluß der Komplementär-Gesellschaft bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung des **Typs A** kann nicht als potentielle Konzernierung angesehen werden, da für Leitungsentscheidungen stets ein Mitwirken der Hauptversammlung notwendig wäre.

Daraus ist zu folgern, daß bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung des **Typs A** kein „beherrschender Einfluß“ der Komplementär-Gesellschaft im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG vorliegt<sup>462</sup>.

**b) Beherrschender Einfluß bei Verlagerung des Zustimmungserfordernisses des § 164 S. 1 HGB (Typ B)?**

Bei den Gesellschaften des **Typs B** sind die Zustimmungserfordernisse nach § 164 S. 1 HGB zu den außergewöhnlichen Geschäften auf den Aufsichtsrat verlagert<sup>463</sup>.

Bei dieser Satzungsausgestaltung ergeben sich keine Verschiebungen der Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft auf die Geschäftsführungsmaßnahmen<sup>464</sup>. Folglich ist auch bei dieser Satzungsausgestaltung davon auszugehen, daß ein beherrschender Einfluß der Komplementär-Gesellschaft nicht gegeben ist.

**c) Beherrschender Einfluß bei ersatzlosem Ausschluß des Zustimmungserfordernisses des § 164 S. 1 HGB (Typ C und D)**

Bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** sind die Zustimmungserfordernisse nach § 164 S. 1 HGB ersatzlos ausgeschlossen. Dabei sind beim **Typ C** bestimmte in der Satzung bezeichnete Geschäfte an die Zustimmung des Aufsichtsrats oder eines Beirats gebunden.

---

<sup>461</sup> Da bereits nach dem weiten Konzernbegriff eine potentielle „einheitliche Leitung“ nicht vorliegt, ist diese auch nach dem engen Konzernbegriff nicht möglich.

<sup>462</sup> Im Ergebnis ebenfalls *Ammenwerth*, S. 93.

<sup>463</sup> vgl. oben unter B.I.5.b)

<sup>464</sup> vgl. oben unter B.I.5.b)

Bei beiden Gesellschaftstypen bestehen hinsichtlich der Geschäftsführung Kompetenzen der Komplementär-Gesellschaft, die den Kompetenzen eines Vorstands einer Aktiengesellschaft entsprechen. Zusätzlich besteht nach den geprüften Satzungen gestaltungen kein Recht des jeweiligen Aufsichtsrats, einen eigenen Zustimmungskatalog nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG aufzustellen und damit die Geschäftsführungsbefugnisse der Komplementär-Gesellschaft einzuschränken<sup>465</sup>.

Die Satzungen gestaltung nach **Typ C** ermöglicht der Komplementär-Gesellschaft im Vergleich zum Mehrheitsaktionär einer Aktiengesellschaft eine geringere Einflußnahmemöglichkeit auf die Gesellschaft. Bei der Aktiengesellschaft kann der Mehrheitsaktionär auch auf Geschäfte Einfluß nehmen, die der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG an seine Zustimmung gebunden hat. Denn aufgrund seiner Personalentscheidungsmacht hat er auch Einfluß auf den Aufsichtsrat und damit auf dessen Entscheidungen. Bei der GmbH & Co. KGaA hat die Komplementär-Gesellschaft dagegen in der Regel keinen Einfluß auf die Entscheidungen des Aufsichtsrats oder des Beirats<sup>466</sup>. Ob die Einflußnahmemöglichkeit der Komplementär-Gesellschaft einen „beherrschenden Einfluß“ begründet, hängt ausschlaggebend vom Umfang der in der Satzung festgelegten Zustimmungsrechte des Aufsichtsrats oder des Beirats ab. Entscheidend ist, ob die Komplementär-Gesellschaft trotz der Zustimmungserfordernisse zu einer „einheitlichen Leitung“ der GmbH & Co. KGaA in der Lage wäre. Dies ist Frage des Einzelfalls.

Bei der Satzungen gestaltung nach **Typ D** ist eine Einflußnahme der Komplementär-Gesellschaft auf die Geschäftsführungsmaßnahmen der GmbH & Co. KGaA in dem selben Umfang möglich, wie dies dem Mehrheitsgesellschafter einer AG möglich ist. Die Komplementär-Gesellschaft kann „einheitliche Leitung“ gegenüber der GmbH & Co. KGaA ausüben. Daher ist die Komplementär-Gesellschaft als „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG gegenüber der GmbH & Co. KGaA anzusehen.

#### **d) Zwischenergebnis**

Die alleinige Komplementär-Gesellschaft einer GmbH & Co. KGaA kann „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG gegenüber der GmbH & Co. KGaA sein.

Voraussetzung dafür ist, daß die Komplementär-Gesellschaft in ihrer Geschäftsführungsmacht nicht auf den Rahmen der gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen nach § 164 S. 1 HGB beschränkt ist. Das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen muß ersatzlos ausgeschlossen sein.

Als weitere Voraussetzung darf ein Zustimmungskatalog zugunsten des Aufsichtsrats oder eines Beirats (bei **Typ C**) nicht so umfangreich sein, daß eine „einheitliche

---

<sup>465</sup> vgl. oben unter B.I.5.c)

<sup>466</sup> Im Rahmen dieser Arbeit wird davon ausgegangen, daß die Komplementär-Gesellschaft nicht am Grundkapital beteiligt ist. Hinsichtlich des Aufsichtsrats bestünde jedenfalls auch bei einer Hauptversammlungsmehrheit keine Personalentscheidungsmacht, da die Komplementär-Gesellschaft nach § 285 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG kein Stimmrecht bei der Wahl und Abberufung des Aufsichtsrats haben. Eine Ausnahme bestünde dann, wenn die Komplementär-Gesellschaft Alleinaktionärin wäre.

Leitung“ der GmbH & Co. KGaA durch die Komplementär-Gesellschaft nicht möglich wäre. Diese Einschränkung gilt bei den Satzungsgestaltungen des **Typs D** nicht, da dort kein Zustimmungskatalog besteht.

Die Einordnung der Komplementär-Gesellschaft als „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG ist rechtsgebietsübergreifend, da kein schutzzweckgerichteter, teleologisch reduzierter Unternehmensbegriff zugrunde gelegt wird. Die eventuell erforderliche Einschränkung des Unternehmensbegriffs erfolgt im Rahmen dieser Arbeit erst bei den jeweiligen Rechtsfolgenormen.

### **3. Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft als herrschendes Unternehmen**

Beherrschender Einfluß kann sowohl unmittelbar als auch mittelbar ausgeübt werden, § 17 Abs. 1 AktG. Ob eine Einflußnahme des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft wegen der direkten Einflußnahme auf die Komplementär-Gesellschaft als Organ der GmbH & Co. KGaA als unmittelbare Einflußnahme anzusehen ist, oder aber wegen der Beeinflussung über die Komplementär-Gesellschaft als Gesellschafter der GmbH & Co. KGaA von einer mittelbaren Einflußnahme auszugehen ist, muß daher nicht entschieden werden.

Die Frage, inwieweit ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ausüben kann, ist davon abhängig, ob er diesen Einfluß allein über seine Beteiligung an der Komplementär-Gesellschaft ausübt oder aber Einflüsse auf die Hauptversammlung und die Komplementär-Gesellschaft kumuliert<sup>467</sup>.

#### **a) Beherrschender Einfluß allein über die Komplementär-Gesellschaft**

##### **aa) Einfluß der Komplementär-Gesellschaft als Grenze der Einflußnahmemöglichkeit**

Ist ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nur in der Lage, über diese Einfluß auszuüben, so ist das Maß seiner Einflußnahmemöglichkeiten auf die GmbH & Co. KGaA auf das Maß der Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft begrenzt. Er kann über die Komplementär-Gesellschaft nicht größeren Einfluß nehmen, als ihn die Komplementär-Gesellschaft selbst nehmen kann<sup>468</sup>.

Folglich liegt bei den Satzungsgestaltungen des **Typs A** und des **Typs B** ein „beherrschender Einfluß“ eines Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft, der keinen Einfluß auf die Entscheidungen der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats bzw. Beirats oder nehmen kann, nicht vor.

Bei den **Typen C** und **D** ist ein beherrschenden Einfluß der Komplementär-Gesellschaft möglich<sup>469</sup>. Insoweit kommt ein beherrschender Einfluß des

---

<sup>467</sup> vgl. oben unter B.II.

<sup>468</sup> vgl. oben unter B.II.1.

<sup>469</sup> Dieser besteht bei den Gesellschaften des **Typs D** jedenfalls, bei den Gesellschaften des **Typs C** kommt es darauf an, wie weit der Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte zugunsten des Aufsichtsrats oder Beirats reicht. Im folgenden soll unterstellt werden, daß dieser Katalog eine

Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft auf die GmbH & Co. KGaA in Betracht. Dieser ist dann gegeben, wenn der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft auf diese einen „beherrschenden Einfluß“ ausüben kann.

#### **bb) Beherrschender Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft**

Ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH, kann die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG angewendet werden. Danach ist zu vermuten, daß ein mit Mehrheit beteiligter Gesellschafter der GmbH auf diese einen herrschenden Einfluß ausübt und damit die GmbH von diesem Gesellschafter abhängig ist. Dieser Vermutung liegt im Gegensatz zur Aktiengesellschaft nicht nur die Wahrscheinlichkeit einflußkonformen Verhaltens zugrunde<sup>470</sup>. Vielmehr ist ein Mehrheitsgesellschafter in der Regel in der Lage, der Geschäftsführung durch die Gesellschafterversammlung Weisungen zu erteilen, §§ 37 Abs. 1, 47 Abs. 1 GmbHG. An die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG sind daher bei der GmbH besonders hohe Anforderungen zu stellen<sup>471</sup>. Bei möglichen atypischen Satzungs ausgestaltungen innerhalb der Komplementär-GmbH können sich auch andere Abhängigkeitsverhältnisse ergeben. Darauf soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden<sup>472</sup>.

Ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG, so werden in der Regel in der Gestaltungspraxis die Kommanditisten gleichzeitig die Gesellschafter der Komplementär-GmbH sein und die Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaftergruppen identisch sein. Zugleich werden in der Regel Mehrheitsentscheidungen der Kommanditisten vorgesehen werden, falls es mehrere Kommanditisten geben sollte. Legt man diese Annahmen zugrunde, so kann ein Gesellschafter, der sowohl die Mehrheit der Stimmrechte der Kommanditisten als auch die Mehrheit der Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH innehat, die GmbH & Co. KG herrschend beeinflussen<sup>473</sup>. Bei anderen Satzungs gestaltungen können sich auch andere Abhängigkeitsverhältnisse ergeben, worauf im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden soll<sup>474</sup>.

---

Leitung durch die Komplementär-Gesellschaft nicht ausschließt. Ist dagegen der Katalog so umfangreich, daß er eine Leitung der Komplementär-Gesellschaft ausschließt, so gelten die Ausführungen zur kumulierten Einflußnahme über den Aufsichtsrat oder einen Beirat unter C.III.3.b)bb) entsprechend.

<sup>470</sup> Zu dieser Wahrscheinlichkeit aufgrund der Personalentscheidungsmacht eines Mehrheitsaktionärs vgl. oben unter C.III.1.a).

<sup>471</sup> *Emmerich*, in: Scholz GmbHG, Anhang Konzernrecht, Rn. 19; *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 124

<sup>472</sup> dazu: *Emmerich*, in: Scholz GmbHG, Anhang Konzernrecht, Rn. 26; *Bayer*, in: MK AktG, § 17 Rn. 123ff.; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 17 Rn. 67

<sup>473</sup> Diesbezüglich können die unter C.III.2.a) aufgestellten Grundsätze bei der GmbH & Co. KGaA herangezogen werden. Einerseits kann dieser Mehrheitsgesellschafter in der Regel die Geschäftsführung über die Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH anweisen, §§ 37 Abs. 1, 47 Abs. 1 GmbHG. Andererseits kann er aufgrund seiner Stimmenmehrheit bei der Versammlung der Kommanditisten bei nach § 164 S. 1 HGB zustimmungspflichtigen außergewöhnlichen Geschäften der GmbH & Co. KG die Zustimmung herbeiführen. Damit hat er auch Einfluß auf die Durchführung dieser wesentlichen Geschäfte der GmbH & Co. KG. Sein Einfluß ist als „herrschend“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG zu qualifizieren.

<sup>474</sup> vgl. dazu: *Ehrhardt*, Die GmbH & Co. KG aus konzernrechtlicher Sicht, Dissertation

**cc) Zwischenergebnis**

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß in der Regel der Mehrheitsgesellschafter der Komplementär-Gesellschaft auf diese einen herrschenden Einfluß ausüben kann. Damit kann er ebenfalls einen herrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ausüben, falls die Komplementär-Gesellschaft einen solchen innehat.

Ein beherrschender Einfluß des Mehrheitsgesellschafters der Komplementär-Gesellschaft allein über diese auf die GmbH & Co. KGaA kommt somit nur bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** in Betracht. Diese Gesellschaften können von dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft abhängig im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG sein.

**b) Kumulierter beherrschender Einfluß sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung oder den Aufsichtsrat bzw. Beirat**

Bei den Satzungsgestaltungen des **Typs A** und des **Typs B** besteht kein „beherrschender Einfluß“ der Komplementär-Gesellschaft auf die GmbH & Co. KGaA. Denn dort bestehen Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats bzw. eines Beirats bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen und die Komplementär-Gesellschaft kann auf diese Organe in der Regel keinen Einfluß nehmen<sup>475</sup>.

Kann der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft sowohl auf diese als auch auf die Entscheidungen der Hauptversammlung, des Aufsichtsrats oder eines Beirats Einfluß nehmen, bestehen diese Grenzen seiner Einflußnahmemöglichkeiten nicht<sup>476</sup>.

**aa) Einfluß über die Hauptversammlung**

Bei Gesellschaften des **Typs A** steht das Zustimmungsrecht zu außergewöhnlichen Geschäften der Hauptversammlung zu. Hat der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die Mehrheit der Stimmen in der Hauptversammlung, kann er die Entscheidung über die Zustimmung zu den entsprechenden Geschäften aus eigener Kraft herbeiführen. Durch die Kumulation seines Einflusses auf die Komplementär-Gesellschaft und auf die Entscheidungen der Hauptversammlung kann er „beherrschenden Einfluß“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG auf die GmbH & Co. KGaA ausüben.

**bb) Einfluß über den Aufsichtsrat oder einen Beirat**

Bei den Gesellschaften des **Typs B** ist das Zustimmungsrecht zu außergewöhnlichen Geschäften auf den Aufsichtsrat oder einen Beirat verlagert. Hat der Gesellschafter

---

<sup>475</sup> Nach den hier geprüften grundlegenden Gesellschaftsstrukturen ist die Komplementär-Gesellschaft nicht am Grundkapital beteiligt, vgl. oben unter A. Wenn die Komplementär-Gesellschaft am Grundkapital beteiligt wäre, könnte sie nur auf die Besetzung eines Beirats Einfluß nehmen, nicht jedoch auf die Besetzung des Aufsichtsrats, vgl. oben unter B.II.2.b).

<sup>476</sup> Voraussetzung für die weiteren Überlegungen ist der beherrschende Einfluß des Gesellschafters auf die Komplementär-Gesellschaft.

auf das entsprechende Gremium einen Einfluß, so kann er dessen Entscheidung über die Zustimmung zu den außergewöhnlichen Geschäften beeinflussen.

Wie unter B.II.2.b) gezeigt besteht in der Regel keine Personalentscheidungsmacht des herrschenden Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft hinsichtlich des Aufsichtsrats. Daher gilt nicht die Vermutung, daß sich die Mitglieder des Aufsichtsrats im Interesse einer Wiederbestellung oder zur Verhinderung einer Abberufung den Einflüssen dieses Gesellschafters öffnen. Auch wenn der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die Mehrheit der Stimmen in der Hauptversammlung innehat, kann er die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Zustimmung zu den außergewöhnlichen Geschäften nicht beeinflussen. In dieser Konstellation steht ihm daher kein „beherrschender Einfluß“ gegenüber der GmbH & Co. KGaA zu.

Das Stimmrechtsverbot des herrschenden Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft und die Inkompatibilitätsregelung können auch bei der Bestellung der Mitglieder eines Beirats bestehen<sup>477</sup>. Voraussetzung dafür ist, daß der Beirat der Überwachung der Geschäftsführung dient oder die Interessen der Kommanditaktionäre gegenüber der Komplementär-Gesellschaft vertritt<sup>478</sup>. Ist dies nicht der Fall, kann der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die personelle Zusammensetzung des Beirats beeinflussen. Damit wäre ihm unter Umständen ein Zugang zu einem „beherrschende Einfluß“ auf die GmbH & Co. KGaA eröffnet. Eine diesbezügliche Einzelfallprüfung ist hier nicht möglich, da bei den geprüften Gesellschaften des **Typs B** die Entscheidungsbefugnis zu außergewöhnlichen Geschäften stets auf den Aufsichtsrat und nicht auf einen Beirat verlagert worden ist.

#### **cc) Zwischenergebnis**

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß ein kumulierter Einfluß durch den herrschenden Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft bei Satzungsgestaltungen des **Typs A** zu einem „beherrschenden Einfluß“ auf die GmbH & Co. KGaA führen kann.

Bei **Typ B** kann in der Regel kein kumulierter Einfluß genommen werden. Ein solcher wäre dann möglich, wenn der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die Besetzung des Organs, das über die Zustimmung zu den außergewöhnlichen Geschäften entscheidet, beeinflussen könnte. Dies ist in der Regel nicht der Fall<sup>479</sup>.

---

<sup>477</sup> Assmann/Sethe, in: Festschrift Lutter, 251, 266 und in: GK AktG, § 287 Rn. 112f.; Herfs, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 77 Rn. 67

<sup>478</sup> Assmann/Sethe, in: Festschrift Lutter, 251, 266 und in: GK AktG, § 287 Rn. 112f.; vgl. oben unter B.II.2.c)

<sup>479</sup> Es sei denn, daß der Gesellschafter der einzige Kommanditaktionär ist oder aber die Entscheidungsbefugnis allein auf einen Beirat übertragen worden ist. Letztere Gestaltung findet sich nicht in den geprüften Satzungen.

c) **Zwischenergebnis**

Ein beherrschender Einfluß im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft allein über diese kommt nur bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** in Betracht<sup>480</sup>.

Ein kumulierter beherrschender Einfluß sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung kann bei Satzungsgestaltungen des **Typs A** vorliegen. In der Regel ist ein kumulierter beherrschender Einfluß nicht bei Gesellschaften des **Typs B** möglich.

Hat der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft diesen herrschenden Einfluß, so ist er „herrschendes Unternehmen“, die GmbH & Co. KGaA ist „abhängiges Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG<sup>481</sup>.

---

<sup>480</sup> Bei diesen Gesellschaftstypen kann es auch zu einer Kumulation von Einflüssen kommen. Eine Kumulation ist aber dort nicht notwendig, um den Einfluß als „beherrschend“ zu qualifizieren, der Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft genügt dafür.

<sup>481</sup> Die Einordnung des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft als „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG ist rechtsgebietsübergreifend, da kein schutzzweckgerichteter, teleologisch reduzierter Unternehmensbegriff zugrunde gelegt wird. Die eventuell erforderliche Einschränkung des Unternehmensbegriffs erfolgt im Rahmen dieser Arbeit erst bei den jeweiligen Rechtsfolgenormen.

#### IV. Qualifizierung als Konzern im Sinne des § 18 AktG

##### 1. Tatbestandliche Voraussetzungen des Konzernbegriffs

###### a) Einheitliche Leitung gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 AktG

Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern, § 18 Abs. 1 S. 1 AktG.

Problematisch ist diesbezüglich, was unter einer „einheitlichen Leitung“ zu verstehen ist. Diese Frage richtet sich nach dem jeweils zugrunde gelegten Konzernverständnis.

Nach dem sogenannten „engen Konzernbegriff“ wird der Konzern als „wirtschaftliche Einheit“ gesehen<sup>482</sup>. Eine einheitliche Leitung liegt danach nur dann vor, wenn die Konzernspitze eine einheitliche Planung für die zentralen unternehmerischen Bereiche aufstellt und diese einheitliche Planung ohne Rücksicht auf die Selbständigkeit der Konzernglieder durchsetzt<sup>483</sup>. Als Grund für das Verständnis eines Konzerns als „wirtschaftliche Einheit“ wird die wichtigste Rechtsfolge des Vorliegens eines Konzerns, die Konzernrechnungslegung gemäß §§ 290ff. HGB herangezogen<sup>484</sup>. Es sei anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Konzernbegriff und damit das Merkmal der einheitlichen Leitung hauptsächlich an der Konzernrechnungslegung ausgerichtet habe<sup>485</sup>. Im Bereich der Konzernrechnungslegung werde der Konzern als wirtschaftliche Einheit betrachtet, ein Konzernabschluß ohne diese wirtschaftliche Einheit sei nicht sinnvoll<sup>486</sup>.

Nach dem sogenannten „weiten Konzernbegriff“ genügt es, daß eine einheitliche Leitung in wenigstens einem zentralen Bereich unternehmerischer Tätigkeit ausgeübt wird, soweit diese koordinierende Leitung Ausstrahlungswirkung auf die Leitung des Unternehmensverbands hat<sup>487</sup>. Als zentrale Bereiche der unternehmerischen Tätigkeit werden z.B. die Finanzen, der Einkauf, der Verkauf, das Personalwesen und die Organisation angesehen<sup>488</sup>.

Einigkeit zwischen beiden Ansichten besteht jedenfalls insoweit, daß bei einer zentralen Finanzplanung und -koordination für alle Unternehmen von einer „einheitlichen Leitung“ auszugehen ist<sup>489</sup>. Unterschiede bestehen somit nur dann, wenn lediglich ein anderer zentraler Unternehmensbereich einheitlich geleitet wird.

---

<sup>482</sup> vgl. Hüffer, AktG, § 18 Rn. 10; *Kuhlmann/Ahnis*, Konzernrecht, S. 38f.

<sup>483</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 18 Rn. 15ff.; Hüffer, AktG, § 18 Rn. 11; vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 63

<sup>484</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 18 Rn. 14f.; Hüffer, AktG, § 18 Rn. 10 (kritisch dahingehend, ob Konzernrechnungslegung tatsächlich „wichtigste Rechtsfolge“ ist); *Kuhlmann/Ahnis*, Konzernrecht, S. 38f.

<sup>485</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 18 Rn. 14

<sup>486</sup> Hüffer, AktG, § 18 Rn. 10; vgl. *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 18 Rn. 10

<sup>487</sup> *Bayer*, in: MK AktG, § 18 Rn. 30; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 18 Rn. 13f.; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 68 Rn. 68; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 51 Rn. 39f.

<sup>488</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 64; *Bayer*, in: MK AktG, § 18 Rn. 30f.

<sup>489</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 63; *Bayer*, in: MK AktG, § 18 Rn. 31; *Windbichler*, in: GK AktG, § 18 Rn. 25; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 18 Rn. 20; Hüffer, AktG, § 18 Rn. 9; *Kuhlmann/Ahnis*, Konzernrecht, S. 38

Daß aber eine solche einheitliche Leitung ohne gleichzeitige Koordination des Finanzbereiches durchgeführt wird, ist schwer vorstellbar<sup>490</sup>. Zusätzlich hat diese Streitfrage in der Praxis wegen der Vermutungen in § 18 Abs. 1 S. 2 und 3 keine hohe Bedeutung<sup>491</sup>.

#### b) Konzernvermutung in § 18 Abs. 1 S. 3 AktG

Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen eine Konzern bildet, § 18 Abs. 1 S. 3 AktG.

Der Gesetzgeber ging davon aus, daß ein herrschendes Unternehmen seine Einflußnahmemöglichkeiten in aller Regel zur Konzernbildung ausnutzen werde. Dieser Erfahrung entsprechend wurde die Konzernvermutung bei Abhängigkeit geschaffen<sup>492</sup>.

Die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG ist widerlegbar. Es muß dann nachgewiesen werden, daß trotz vorliegender Abhängigkeit tatsächlich keine „einheitliche Leitung“ im Sinne des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG ausgeübt wird<sup>493</sup>.

#### c) Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 2 AktG

Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 AktG besteht, sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen, § 18 Abs. 1 S. 2 AktG.

Diese Konzernvermutung ist unwiderlegbar<sup>494</sup>. Die durch einen Beherrschungsvertrag begründete Leitungsmacht bindet die Geschäftsleitung eines abhängigen Unternehmens so stark an die Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens, daß auch bei Nichtausübung des Weisungsrechts von einer „einheitlichen Leitung“ auszugehen ist<sup>495</sup>.

## 2. Konzern bei herrschender Komplementär-Gesellschaft

Ist die Komplementär-Gesellschaft als herrschendes Unternehmen der GmbH & Co. KGaA anzusehen, so bilden nach der Vermutungsregel des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG die Komplementär-Gesellschaft und die GmbH & Co. KGaA zusammen einen Konzern. Ob diese Vermutung widerlegt werden kann, hängt vom Nachweis im Einzelfall ab,

---

<sup>490</sup> ebenso: *Windbichler*, in: GK AktG, § 18 Rn. 26

<sup>491</sup> ebenso: *Bayer*, in: MK AktG, § 18 Rn. 32

<sup>492</sup> Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 33

<sup>493</sup> *Bayer*, in: MK AktG, § 18 Rn. 48; Hüffer, AktG, § 18 Rn. 19; *Windbichler*, in: GK AktG, § 18 Rn. 36. Soweit man dem „weiten Konzernbegriff“ folgt, muß nachgewiesen werden, daß in keinem zentralen Bereich unternehmerischer Tätigkeit eine einheitliche Leitung erfolgt. Legt man den „engen Konzernbegriff“ zugrunde, müßte nachgewiesen werden, daß in einem wesentlichen Bereich keine Koordination erfolgt.

<sup>494</sup> Hüffer, AktG, § 18 Rn. 17; *Bayer*, in: MK AktG, § 18 Rn. 44; abweichend als gesetzliche Fiktion: *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 68 Rn. 71

<sup>495</sup> vgl. Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 33

daß die Komplementär-Gesellschaft keine „einheitliche Leitung“ der GmbH & Co. KGaA ausübt<sup>496</sup>.

Dies kann bei der hier geprüften Struktur, also der alleinigen Stellung einer Komplementär-Gesellschaft als Komplementärin, nicht gelingen. Nach dieser Struktur ist die Komplementär-Gesellschaft das einzige Geschäftsführungsorgan der GmbH & Co. KGaA. Ein beherrschender Einfluß der Komplementär-Gesellschaft besteht wie gezeigt nur dann, wenn diese für die „einheitliche Leitung“ der GmbH & Co. KGaA nicht auf die Mitwirkung anderer Gesellschaftsorgane angewiesen ist<sup>497</sup>. Dies ist nur bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** der Fall. Bei diesen Gesellschaftstypen ist die Ausübung der „einheitlichen Leitung“ bereits durch die Identität der Geschäftsführungen beider Gesellschaften bedingt. Jede unternehmerischer Tätigkeit der GmbH & Co. KGaA wird durch die Komplementär-Gesellschaft geplant und durchgeführt<sup>498</sup>.

Somit läßt sich für die herrschende Komplementär-Gesellschaft und die abhängige GmbH & Co. KGaA festhalten, daß beide Gesellschaften stets einen Konzern im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG bilden<sup>499</sup>. Diese Situation ist bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** gegeben.

### 3. Konzern bei herrschendem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft

Ist ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA herrschendes Unternehmen<sup>500</sup>, so gilt auch hier die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG.

Zur Widerlegung der Vermutung muß nachgewiesen werden, daß eine „einheitliche Leitung“ der GmbH & Co. KGaA durch den herrschenden Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nicht erfolgt. Legt man dafür den „weiten Konzernbegriff“ zugrunde, muß demnach nachgewiesen werden, daß in keinem der zentralen Bereiche unternehmerischer Tätigkeit eine Koordination erfolgt. Legt man den „engen Konzernbegriff“ zugrunde, müßte nachgewiesen werden, daß in einem wesentlichen Bereich keine Koordination erfolgt.

Für den herrschenden Gesellschafter einer Komplementär-Gesellschaft und die GmbH & Co. KGaA kann daher festgehalten werden, daß beide in der Regel einen Konzern bilden, soweit der Nachweis fehlender einheitlicher Leitung nicht gelingt<sup>501</sup>.

---

<sup>496</sup> vgl. oben unter C.IV.1.b)

<sup>497</sup> vgl. dazu unter C.III.2.

<sup>498</sup> Dementsprechend wird auch bezüglich verbundener Aktiengesellschaften davon ausgegangen, daß die Widerlegung der Konzernvermutung dann ausgeschlossen ist, wenn die Vorstandsmitglieder der verbundenen Unternehmen identisch sind, vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 68.

<sup>499</sup> Diese Einordnung ist rechtsgebietsübergreifend, da eine am Normzweck von Rechtsfolgenormen ausgerichtete Reduktion von Begriffen nicht erfolgt ist.

<sup>500</sup> vgl. dazu oben unter C.III.3.

<sup>501</sup> Dieser Nachweis ist einzelfallabhängig und kann an dieser Stelle nicht näher erörtert werden.

Bestandteil dieses Konzerns ist dann ebenfalls die Komplementär-Gesellschaft. Auch diese wird von ihrem herrschendem Gesellschafter geleitet. Denn Voraussetzung für eine „einheitliche Leitung“ der GmbH & Co. KGaA ist, daß der herrschende Gesellschafter seine Leitungsmacht auf die GmbH & Co. KGaA über deren Geschäftsführungsorgan Komplementär-Gesellschaft ausübt. Die Komplementär-Gesellschaft und die GmbH & Co. KGaA werden dann beide von dem herrschenden Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft geleitet.

## V. Differenzierung zwischen vertraglicher und faktischer Konzernierung

### 1. Vertragsähnliche Beherrschung bei herrschender Komplementär-Gesellschaft

#### a) Wesentliche Merkmale eines Beherrschungsvertrags nach § 291 Abs. 1 S. 1 AktG

Vertragspartner eines Beherrschungsvertrags sind einerseits eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien als verpflichteter Vertragsteil, andererseits ein „Unternehmen“. Wesentlicher Inhalt des Beherrschungsvertrags ist die Unterstellung der Aktiengesellschaft oder KGaA unter fremde „Leitung“, § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG.

Bei einer Aktiengesellschaft überlagert ein Beherrschungsvertrag die Pflicht des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG, die Aktiengesellschaft unter eigener Verantwortung und frei von Weisungen<sup>502</sup> zu leiten<sup>503</sup>. Durch den Beherrschungsvertrag wird das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen, § 308 Abs. 1 S. 1 AktG. Aus dem weisungsfreien Vorstand wird daher ein weisungsgebundener Vorstand<sup>504</sup>.

#### b) Inhalt der Satzung einer abhängigen GmbH & Co. KGaA als einheitliche Leitung ermöglichender Vertrag

Eine GmbH & Co. KGaA ist nur dann von ihrer alleinigen Komplementär-Gesellschaft abhängig, wenn durch die Satzung der GmbH & Co. KGaA das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften<sup>505</sup> ersatzlos ausgeschlossen worden ist. Dies ist nur bei den Satzungsgestaltungen vom **Typ C** und vom **Typ D** der Fall. Durch diese Satzungsgestaltung wird der Komplementär-Gesellschaft ein „beherrschender Einfluß“ auf die GmbH & Co. KGaA eingeräumt, vgl. oben unter C.III.2.

Gleichzeitig wird die GmbH & Co. KGaA durch diese gesetzesatypische Satzungsgestaltung unter die „einheitliche Leitung“ der Komplementär-Gesellschaft gestellt<sup>506</sup>. Zur Ausübung dieser „einheitlichen Leitung“ bedarf es im Gegensatz zur Lage bei einer Aktiengesellschaft keiner Einflußnahme der Komplementär-Gesellschaft auf die Geschäftsleitung der GmbH & Co. KGaA, zum Beispiel durch Weisung im Sinne des § 308 Abs. 1 S. 1 AktG. Denn die Komplementär-Gesellschaft ist selbst das Geschäftsführungsorgan der GmbH & Co. KGaA und damit ist die engste denkbare Möglichkeit der „einheitlichen Leitung“ gegeben, vgl. oben unter C.IV.2.

---

<sup>502</sup> Hüffer, AktG, § 76 Rn. 10

<sup>503</sup> Koppsteiner, in: KK AktG, § 291 Rn. 12

<sup>504</sup> Altmeyen, in: MK AktG, § 291 Rn. 25

<sup>505</sup> gemäß § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 S. 1 HGB

<sup>506</sup> Die gesetzesatypische Satzungsausgestaltung sieht wegen des Zustimmungserfordernisses zu außergewöhnlichen Geschäften durch die Hauptversammlung grundsätzlich eine gemeinsame „Leitung“ der GmbH & Co. KGaA durch die Komplementär-Gesellschaft und die Hauptversammlung vor. Die gesetzesatypische Gestaltung verlagert diese „Leitung“ allein auf die Komplementär-Gesellschaft.

Die atypische Satzungsgestaltung eröffnet somit der Komplementär-Gesellschaft eine Leitungsmacht gegenüber der GmbH & Co. KGaA, die noch intensiver ist, als die durch einen Beherrschungsvertrag geschaffene Leitungsmacht mittels eines Weisungsrechts gegenüber der abhängigen Gesellschaft. Betrachtet man die organisatorischen Wirkungen dieser Satzungsgestaltung, so sind diese folglich mit denen eines Beherrschungsvertrags vergleichbar.

### c) **Qualifizierung der Satzung als Beherrschungsvertrag?**

Wird durch die Satzung einer natürlichen oder juristischen Person als Komplementärin die Möglichkeit zur Beherrschung der KGaA eröffnet, ist nach einer Ansicht<sup>507</sup> in dieser Satzung ein Beherrschungsvertrag zu sehen. Typischerweise seien Beherrschungsverträge satzungsüberlagernde selbständige Verträge, jedoch könnten diese auch Bestandteil der Satzung selbst sein<sup>508</sup>.

Die Qualifizierung der Satzung als Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG ist jedoch problematisch. Vertragspartner eines Beherrschungsvertrags sind einerseits eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien als verpflichteter Vertragsteil, andererseits ein „Unternehmen“. Vertragspartner der Satzung einer Gesellschaft sind dagegen deren Gesellschafter. Bei der hier geprüften GmbH & Co. KGaA sind Vertragspartner der Satzung somit einerseits die Komplementär-Gesellschaft, andererseits die einzelnen Kommanditaktionäre. Die GmbH & Co. KGaA selbst ist nicht Vertragspartnerin. Damit ist ein wesentliches Merkmal eines Beherrschungsvertrags, daß der verpflichtete Vertragspartner die zu beherrschende Gesellschaft ist, nicht gegeben.

Weiterhin gegen die Einordnung als Beherrschungsvertrag spricht, daß berechtigter Teil eines Beherrschungsvertrags nur ein „Unternehmen“ sein kann. Ob für die Bestimmung des Begriffs „Unternehmen“ der organisationsrechtliche Ansatz, der auf die Koordination verschiedener unternehmerischer Interessen abstellt<sup>509</sup>, oder aber der schutzrechtliche Ansatz, der auf einen Konzernkonflikt abstellt<sup>510</sup>, herangezogen wird, kann hierbei offen bleiben. Denn jedenfalls ist einem „Privataktionär“ der Zugang zum Beherrschungsvertrag verwehrt, ein solcher Vertrag mit einem „Privataktionär“ wäre nichtig<sup>511</sup>. Hätte eine Komplementär-Gesellschaft keine anderweitigen unternehmerischen Interessen und auch sonst keinen „Konzernkonflikt“, müßte die als Beherrschungsvertrag zu qualifizierende Satzung demnach als nichtig angesehen werden<sup>512</sup>. Nähme die Komplementär-Gesellschaft dagegen eine andere unternehmerische Tätigkeit auf, wäre die Satzung wirksam.

---

<sup>507</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, vor § 278 Rn. 83 mit Verweis auf die entsprechende Anwendung der Regeln des Beherrschungsvertrags auf die von einer Komplementär-Gesellschaft abhängige GmbH & Co. KG durch Ehrhardt, S. 60ff.

<sup>508</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, vor § 278 Rn. 83 mit Verweis auf Windbichler, in: GK AktG, § 18 Rn. 35

<sup>509</sup> Vgl. oben unter C.II.2. Dieser organisationsrechtliche Ansatz erscheint vorzugswürdig zu sein.

<sup>510</sup> vgl. oben unter C.II.1.

<sup>511</sup> Koppsteiner, in: KK AktG, § 291 Rn. 7; Altmeyen, in: MK AktG, § 291 Rn. 11

<sup>512</sup> Da die Beherrschungsmöglichkeit aus der Kompetenzverteilung zwischen den verschiedenen Organen der GmbH & Co. KGaA entspringt und damit ein wesentlicher Teil der Satzung betroffen ist, könnte auch nicht von einer bloßen Teilnichtigkeit der Satzung nach § 139 BGB ausgegangen werden. Es ist nicht möglich, die Kompetenzverteilung vom Rest der Satzung getrennt und beide Teile als eigenständig zu betrachten.

Damit wäre eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden. Die Wirksamkeit der Satzung der GmbH & Co. KGaA kann nicht davon abhängen, ob die Komplementär-Gesellschaft „Unternehmen“ im Sinne des Konzernrechts ist.

Zudem sprechen zwingende Merkmale eines Beherrschungsvertrags gegen die Einordnung der Satzung als Beherrschungsvertrag. Ein Beherrschungsvertrag ist nach § 304 Abs. 3 S. 1, Abs. 1 S. 2 AktG dann nichtig, wenn er keinen Ausgleich für außenstehende Aktionäre<sup>513</sup> vorsieht<sup>514</sup>. Dieser Ausgleich braucht zwar dann nicht vorgesehen zu werden, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keinen außenstehenden Aktionär hat, jedoch endet dann nach Eintritt eines solchen außenstehenden Aktionärs der Beherrschungsvertrag mit Ablauf des Geschäftsjahrs, § 307 AktG<sup>515</sup>. Wäre die Satzung tatsächlich als Beherrschungsvertrag zu qualifizieren, so wäre sie stets dann ein nichtiger Beherrschungsvertrag, wenn die Gesellschaft bei Vertragsschluß außenstehende Aktionäre hätte. Sofern die gesetzesatypische Satzung zunächst ohne außenstehende Gesellschafter beschlossen worden wäre<sup>516</sup>, würde sie nach Eintritt eines außenstehenden Gesellschafters mit Ablauf des Geschäftsjahrs „beendet“. Auch dieses Ergebnis wäre inakzeptabel.

Zuzustimmen ist der die Satzung als Beherrschungsvertrag qualifizierenden Ansicht jedoch insoweit, als daß es für die Zielrichtung des Konzernrechts nicht darauf ankommen kann, ob sich die Beherrschungsmöglichkeiten eines einzelnen Gesellschafters aus einem separaten Vertrag oder aus Vereinbarungen oder Klauseln ergeben, die bereits Bestandteil der Satzung sind<sup>517</sup>. Jedoch ist die Einordnung der Satzung als Beherrschungsvertrag nicht der einzige gangbare Weg, um den Rechtsfolgenormen des Konzernrechts Geltung zu verschaffen. Dies ist auch durch eine entsprechende Anwendung von auf das Vorliegen eines Beherrschungsvertrags abstellenden Regelungen erreichbar.

Somit ist festzuhalten, daß die Satzung auch dann nicht als Beherrschungsvertrag qualifiziert werden kann, wenn sie der Komplementär-Gesellschaft die Leitungsmacht eröffnet.

#### **d) Entsprechende Anwendung von an den Beherrschungsvertrag anknüpfenden Rechtsfolgeregeln**

Durchaus möglich erscheint es jedoch, die an den Beherrschungsvertrag anknüpfenden Regelungen entsprechend auf die Situation der atypisch ausgestalteten GmbH & Co. KGaA anzuwenden.

---

<sup>513</sup> Ein außenstehender Aktionär ist ein Aktionär, der nicht herrschendes Unternehmen des Beherrschungsvertrags ist und der nicht aufgrund rechtlich fundierter wirtschaftlicher Verknüpfung mit dem herrschenden Unternehmen vom Vertrag profitiert, vgl. Hüffer, AktG, § 304 Rn. 2. Dazu eingehend unter D.II.5.b)aa).

<sup>514</sup> Der Ausgleich besteht in einer Dividendengarantie, vgl. Hüffer, AktG, § 304 Rn. 6.

<sup>515</sup> Auch muß ein Beherrschungsvertrag ein Austrittsrecht der außenstehenden Aktionäre enthalten und eine angemessene Abfindung vorsehen, § 305 AktG. Das Fehlen einer solchen Regelung führt nicht zur Nichtigkeit des Vertrages, aber eröffnet den Weg zu einer gerichtlichen Bestimmung eines Abfindungsanspruches.

<sup>516</sup> was wegen des Erfordernisses von fünf Gründern gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 AktG nur dann möglich ist, wenn entweder keiner der Gründer „außenstehend“ wäre oder die Satzung nachträglich geändert werden würde

<sup>517</sup> so ausdrücklich *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, vor § 278 Rn. 83

Daß eine dem Beherrschungsvertrag vergleichbare Sachlage vorliegt, wurde bereits unter C.I.1.b) gezeigt. Durch die gesetzesatypisch ausgestaltete Satzung ist die Komplementär-Gesellschaft zu einer noch intensiveren Leitung der GmbH & Co. KGaA in der Lage, als es ein Beherrschungsvertrag ermöglichen würde. Dies spricht für eine entsprechende Anwendung der Rechtsfolgeregeln des Vertragskonzerns.

Die bestehende Situation unterscheidet sich auch deutlich von der Situation der Einflußnahme im „faktischen Konzern“. Bei dieser hat das herrschende Unternehmen keine rechtlich gesicherte Konzernleitungsmacht, es bleibt bei der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft durch deren Vorstand<sup>518</sup>. Der Vorstand der faktisch abhängigen Gesellschaft darf sich, muß sich aber nicht, der Einflußnahme durch das herrschende Unternehmen öffnen<sup>519</sup>. Auch ist eine nachteilige faktische Einflußnahme nur bezüglich von ausgleichsfähigen Einzelmaßnahmen zulässig<sup>520</sup>. Eine nachteilige Einflußnahme, die sich nicht in Einzelmaßnahmen unterteilen läßt und damit einen Einzelausgleich nach § 311 AktG unmöglich macht, darf im Rahmen der faktischen Abhängigkeit nicht erfolgen<sup>521</sup>.

Bei der hier geprüften GmbH & Co. KGaA ist die Komplementär-Gesellschaft alleiniges Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft. Ist sie zugleich als „herrschendes Unternehmen“ anzusehen, so ist jede Geschäftsführungsmaßnahme durch das „herrschende Unternehmen“ veranlaßt<sup>522</sup>. Eine klare Trennung der einzelnen Maßnahmen für einen Einzelausgleich ist dann nicht mehr sinnvoll möglich, da jede Geschäftsführungsmaßnahme einzeln auf einen eventuell damit verbundenen Nachteil untersucht werden müßte, um einen Einzelausgleich durchzuführen. Dies spricht ebenfalls für die entsprechende Anwendung der Regeln über den Vertragskonzern.

Somit sind auf die GmbH & Co. KGaA, bei der die Komplementär-Gesellschaft aufgrund gesetzesatypischer Satzungsgestaltung einen herrschenden Einfluß ausüben kann, Rechtsfolgenormen des Vertragskonzerns entsprechend anzuwenden. Dies gilt für die Gesellschaften mit Satzungsgestaltungen nach **Typ C** und nach **Typ D**.

#### e) **Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 2 AktG**

Ob die unwiderlegbare Konzernvermutung auf das Verhältnis zwischen der herrschenden Komplementär-Gesellschaft und der abhängigen GmbH & Co. KGaA anzuwenden ist, kann hier dahingestellt bleiben. Zwar entspricht die Sachlage der eines Beherrschungsvertrags, jedoch ist auch ohne Anwendung der Vermutung des § 18 Abs. 1 S. 2 AktG stets ein Konzern zwischen beiden Gesellschaften anzunehmen<sup>523</sup>.

---

<sup>518</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 394f.; Hüffer, AktG, § 311 Rn. 48

<sup>519</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 90

<sup>520</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 48; Hüffer, AktG, § 311 Rn. 1

<sup>521</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 394

<sup>522</sup> Die damit verbundenen Probleme eines Abhängigkeitsberichts behandelt *Mertens*, in: Festschrift Claussen, S. 297ff. Er kommt hier zu dem Ergebnis, daß alle Geschäftsführungsmaßnahmen der Komplementärin für die KGaA im Abhängigkeitsbericht aufgezählt werden müßten, S. 300ff. Mit Blick auf eine im zugrunde gelegten Fall bestehende „Unternehmenseinheit“ gelangt er zur Zweckwidrigkeit des Abhängigkeitsberichts und damit dazu, daß ein solcher nicht zu erstellen ist. Vgl. dazu unten unter D.II.7.

<sup>523</sup> vgl. oben unter C.VI.2.

## 2. Faktische Beherrschung durch den herrschendem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft

Die Einordnung des Verhältnisses zwischen herrschender Komplementär-Gesellschaft und abhängiger GmbH & Co. KGaA als eine dem Vertragskonzern entsprechende Struktur und die entsprechende Anwendung der auf den Beherrschungsvertrag abstellenden Rechtsfolgeregeln auf das Verhältnis zwischen beiden Gesellschaften hat nicht als Konsequenz, daß auch eine Einflußnahme des herrschenden Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft auf diese und damit auf die GmbH & Co. KGaA den Regeln des Vertragskonzerns zu unterwerfen ist.

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ist nicht Vertragspartner der Satzung der GmbH & Co. KGaA. Allein der Umstand, daß er seinen beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA über die Komplementär-Gesellschaft und damit mittels deren satzungsmäßiger Leitungsmacht ausüben kann, begründet noch kein vertragliches Beherrschungsverhältnis zur GmbH & Co. KGaA<sup>524</sup>. Auch ein dem Beherrschungsvertrag ähnliches Verhältnis ist darin in der Regel nicht zu sehen. Dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft selbst stehen die durch die atypische Gestaltung der Satzung geschaffenen Leitungsbefugnisse der Komplementär-Gesellschaft nicht zu<sup>525</sup>.

Selbst wenn ein Beherrschungsvertrag zwischen der Komplementär-Gesellschaft und ihrem herrschendem Gesellschafter geschlossen worden wäre<sup>526</sup>, wäre das Verhältnis zwischen dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KGaA als faktische Beherrschung anzusehen<sup>527</sup>.

Ein Beherrschungsvertrag zwischen Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KGaA ist nicht praxisrelevant. Die Einschaltung einer Komplementär-Gesellschaft dient der Haftungsbegrenzung des Unternehmergeellschafters. Schlösse dieser mit der GmbH & Co. KGaA einen Beherrschungsvertrag ab, wäre er unter anderem zur Verlustübernahme gemäß § 302 AktG verpflichtet. Dann kann aber eine Haftungsbegrenzung nicht mehr bestehen, die Situation wäre mit der Situation ohne Einschaltung einer Komplementär-Gesellschaft vergleichbar. Der Gesellschafter könnte dann ebenso direkt Komplementär der KGaA sein.

---

<sup>524</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 84

<sup>525</sup> Es kommt jedoch der Fall in Betracht, daß sich der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft zum Geschäftsführungsorgan der Komplementär-Gesellschaft und damit zum Geschäftsführer der GmbH & Co. KGaA bestellt. Dann ist bei einer Einflußnahme des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft ebenfalls nicht mehr nach Einzelmaßnahmen zu differenzieren, so daß ein Einzelausgleich nach § 311 AktG nicht in Betracht kommt. Hier wäre an einen Globalausgleich nach § 302 AktG analog zu denken. Dieser Fall soll hier nicht weiter erörtert werden, da in der Regel ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft auf eine konzernrechtliche Haftungsabschirmung bedacht sein wird.

<sup>526</sup> Die Zulässigkeit eines solchen Beherrschungsvertrags ohne Zustimmung der Hauptversammlung der GmbH & Co. KGaA ist zweifelhaft, da dadurch die Treuepflichten und Geschäftsführungspflichten der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA betroffen sind.

<sup>527</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, Vor. § 278 Rn. 84

*C. Einordnung der Einflußnahmemöglichkeiten unter die Definitionsnormen*

## VI. Zwischenergebnis

Bei den Gesellschaften des **Typs A** und des **Typs B** ist die Komplementär-Gesellschaft nicht „herrschendes Unternehmen“ gegenüber der GmbH & Co. KGaA.

Bei den Gesellschaften des **Typs C**<sup>528</sup> und des **Typs D** ist die jeweilige Komplementär-Gesellschaft „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG gegenüber der GmbH & Co. KGaA. Zwischen der herrschenden Komplementär-Gesellschaft und der abhängigen GmbH & Co. KGaA liegt stets ein Konzernverhältnis im Sinne des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG vor, die Komplementär-Gesellschaft leitet diesen Konzern. Auf dieses Konzernverhältnis sind die Rechtsfolgenormen des Vertragskonzerns entsprechend anzuwenden.

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft kann „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG gegenüber der GmbH & Co. KGaA sein, wenn er die Komplementär-Gesellschaft beherrscht. Bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** genügt für die Beherrschung der GmbH & Co. KGaA bereits ein beherrschender Einfluß auf die jeweilige Komplementär-Gesellschaft, da diese wiederum beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ausüben kann. Bei den Gesellschaften des **Typs A** muß der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft einen kumulierten Einfluß auch über die Hauptversammlung ausüben können. Bei den Gesellschaften des **Typs B** ist eine Beherrschung der GmbH & Co. KGaA durch den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft in der Regel mangels dessen Einflusses auf den Aufsichtsrat nicht möglich.

Zwischen dem herrschenden Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft und der abhängigen GmbH & Co. KGaA wird dann gemäß § 18 Abs. 1 S. 3 AktG ein Konzernverhältnis vermutet, wenn das Fehlen „einheitlicher Leitung“ nicht nachgewiesen werden kann. Auf dieses Konzernverhältnis sind in der Regel die Rechtsfolgenormen des faktischen Konzerns anzuwenden.

---

<sup>528</sup> Bei den Gesellschaften des **Typs C** hängt dies von der Ausgestaltung des Zustimmungskatalogs zugunsten des Aufsichtsrats oder des Beirats ab. Im Rahmen der weiteren Untersuchung wird unterstellt, daß ein beherrschender Einfluß trotz des Zustimmungskatalogs vorliegt.

## D. Rechtsfolgen aus dem Aktienkonzernrecht

### I. Der schutzzweckgerichtete Unternehmensbegriff

Der teleologisch reduzierte Unternehmensbegriff ist auf die Normen des Aktienkonzernrechts und deren Schutzzweck ausgerichtet. Er ist daher auf die dort geregelten Rechtsfolgennormen generell anwendbar. Insoweit unterscheidet sich die Situation von der rechtsgebietsübergreifenden Einordnung bei den Definitionsnormen, wo eine teleologische Reduktion des Unternehmensbegriffs nicht möglich war<sup>529</sup>.

Bereits erörtert sind die Anforderungen, die an einen beherrschenden Einfluß der Komplementär-Gesellschaft und des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft gestellt werden. Im folgenden soll die schutzrechtliche Unternehmenseigenschaft nicht abstrakt für alle potentiell an einer GmbH & Co. KGaA direkt oder indirekt Beteiligten untersucht werden, sondern nur für die gegenüber der GmbH & Co. KGaA herrschende Komplementär-Gesellschaft und deren gegenüber der GmbH & Co. KGaA herrschenden Gesellschafter. Der beherrschende Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ist damit Grundlage der folgenden Überlegungen.

#### 1. Inhalt des schutzzweckgerichteten Unternehmensbegriffs im Aktienkonzernrecht

Zweck der Rechtsfolgennormen des Aktienkonzernrechts<sup>530</sup> ist der Schutz der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger der Gesellschaft vor Gefahren, die aus einer Einflußnahme eines herrschenden „Unternehmens“ entstehen<sup>531</sup>. Der schutzzweckgerichtete bzw. teleologisch reduzierte Unternehmensbegriff fragt danach, vor welchem herrschenden Aktionär oder Dritten die Regeln des Aktienkonzernrechts schützen sollen. Nur ein solches herrschendes „Unternehmen“ soll den Rechtsfolgeregeln des dritten Buchs des Aktiengesetzes unterworfen werden<sup>532</sup>.

Nach dem teleologisch reduzierten Unternehmensbegriff ist „Unternehmen“ derjenige, der einen konzerntypischen Interessenkonflikt, also einen sogenannten „Konzernkonflikt“, aufweist. Bei einem solchen Aktionär oder Dritten mit unternehmerischem oder sonstigem Interessenkonflikt besteht die Gefahr, daß das Interesse aus der Beteiligung an der beherrschten Gesellschaft zugunsten der anderen Interessen hintangestellt wird<sup>533</sup>. Dies unterscheidet ihn von einem „normalen“ beherrschenden Aktionär, der in der Regel mangels anderer Interessenbindungen seinen Einfluß auf die Gesellschaft allein von seinem Beteiligungsinteresse leiten

---

<sup>529</sup> vgl. oben unter C.II.1.d)

<sup>530</sup> also der Rechtsfolgennormen des dritten Buchs des Aktiengesetzes

<sup>531</sup> *Altmeyen*, in: MK AktG, Vor § 291 Rn. 3; *Koppensteiner*, in: KK AktG, Vor § 291 Rn. 5; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 68 Rn. 1

<sup>532</sup> vgl. zum Begriff des „Unternehmens“ bei teleologischer Reduktion die Ausführungen unter C.II.1.

<sup>533</sup> Regierungsbegründung, bei *Kropff*, S. 373f.; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 15 Rn. 7

lassen wird<sup>534</sup>. Einer nachteiligen Einflußnahme durch diesen „Privataktionär“ begegnet das Aktiengesetz mit den allgemeinen Vorschriften, nicht mit denen des Konzernrechts<sup>535</sup>.

Ein unternehmerischer Interessenkonflikt kann in eigener unternehmerischer Tätigkeit außerhalb der beherrschten Gesellschaft<sup>536</sup> oder aufgrund anderweitiger unternehmerische Beteiligungen<sup>537</sup> bestehen. Neben dem unternehmerischen Interessenkonflikt kommt ein nichtunternehmerischer, sonstiger Konzernkonflikt in Betracht, so zum Beispiel bei der öffentlichen Hand aufgrund politischer Interessenlagen<sup>538</sup>.

## 2. Unternehmenseigenschaft der Komplementär-Gesellschaft

### a) Unternehmenseigenschaft bei anderen unternehmerischen Interessen

#### aa) Anderweitige Geschäftstätigkeit

Ist die Komplementär-Gesellschaft außerhalb der GmbH & Co. KGaA unternehmerisch tätig, so ist sie als Unternehmen im schutzrechtlichen Sinne anzusehen<sup>539</sup>.

Dies wäre dann der Fall, wenn die Komplementär-Gesellschaft einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhalte, sich also nicht lediglich auf die Beteiligung an der GmbH & Co. KGaA und die damit verbundenen Aufgabenbereiche beschränkt<sup>540</sup>. Dann besteht der Konzernkonflikt insoweit, als daß die Komplementär-Gesellschaft zum Beispiel besonders interessante Geschäfte an sich selbst ziehen könnte. Auch ist zum Beispiel denkbar, daß die Komplementär-Gesellschaft zugunsten eines laufenden eigenen Geschäfts das Geschäftsverhalten der GmbH & Co. KGaA beeinflusst. Beide Gefahrenlagen bestehen vor allem dann, wenn die Komplementär-Gesellschaft im Geschäftsfeld der GmbH & Co. KGaA unternehmerisch tätig ist.

Bei einer Tätigkeit außerhalb der GmbH & Co. KGaA wäre ein bestehendes Wettbewerbsverbot aus § 284 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG zu beachten. Danach ist es dem Komplementär verboten, eine andere Geschäftstätigkeit im selben Geschäftszweig auszuüben. Tätigkeiten in anderen Geschäftszweigen sind dagegen zulässig, da nur eine Konkurrenztaetigkeit vom Wettbewerbsverbot erfaßt ist<sup>541</sup>. Das

<sup>534</sup> Koppsteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 7; Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 14

<sup>535</sup> Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 14

<sup>536</sup> vgl. Hüffer, AktG, § 15 Rn. 9, 11; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 32f.; Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 15f.

<sup>537</sup> vgl. Windbichler, in: GK AktG, § 15 Rn. 31ff.; Koppsteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 21ff.

<sup>538</sup> Vgl. dazu BGHZ 135, 107, 113f.; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 36ff.; Hüffer, AktG, § 15 Rn. 13. Dieser nichtunternehmerische Interessenkonflikt soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingehend untersucht werden.

<sup>539</sup> Arnold, S. 72; Joost, in: ZGR 1998, 334, 347f.; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 278 Rn. 315

<sup>540</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 76; Schaumburg/Schulte, S. 45

<sup>541</sup> Vgl. Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 284 Rn. 4 a.E. und 15; Hüffer, AktG, § 284 Rn. 1. Insoweit weicht das Wettbewerbsverbot aus § 284 AktG von dem des § 88 AktG, das den Vorstand einer Aktiengesellschaft betrifft und allumfassend ist, ab. Grund für die Abweichung sei, daß das Wettbewerbsverbot hinsichtlich des Vorstands auch die Aufgabe hat, die volle Arbeitskraft des

Wettbewerbsverbot ist grundsätzlich durch die Satzung abdingbar<sup>542</sup>, bei mehreren geprüften Gesellschaften ist es abbedungen<sup>543</sup>. Besteht das Wettbewerbsverbot, so kann der Aufsichtsrat die Komplementär-Gesellschaft von diesem befreien, die Befreiung kann nur für bestimmte Geschäfte erteilt werden<sup>544</sup>.

#### bb) „Sternförmige“ GmbH & Co. KGaA

Eine anderweitige unternehmerische Interessenbindung der Komplementär-Gesellschaft kommt vor allem bei der sogenannten „sternförmigen“ GmbH & Co. KGaA in Betracht. Bei dieser ist die Komplementär-Gesellschaft gleichzeitig Komplementärin einer anderen GmbH & Co. KGaA<sup>545</sup>. Mit dieser Lage vergleichbar ist es, wenn die Komplementär-Gesellschaft Komplementärin einer GmbH & Co. KG ist<sup>546</sup>.

In dieser Gestaltung besteht ein Konzernkonflikt in der selben Weise, wie er bei einer anderweitigen unternehmerischen Tätigkeit besteht. Zwar betreibt hier die Komplementär-Gesellschaft nicht selbst das Unternehmen außerhalb der GmbH & Co. KGaA, jedoch ist sie unter Umständen<sup>547</sup> am eventuellen Erfolg dieser Geschäftstätigkeit beteiligt und steht für deren eventuellen Mißerfolg aufgrund der persönlichen Haftung ein. Es besteht daher die Gefahr, daß die Geschäftstätigkeit in der GmbH & Co. KGaA durch die anderweitige Stellung als Komplementärin beeinflusst werden könnte. Zusätzlich besteht die Gefahr, daß die Komplementär-Gesellschaft zum Nachteil der GmbH & Co. KGaA Kreditgeschäfte zwischen den von ihr geleiteten Gesellschaften tätigt oder die Bestellung von Sicherheiten zugunsten der jeweils anderen Gesellschaft vornimmt. Dies setzt voraus, daß sie vom Verbot der Mehrfachvertretung befreit worden ist<sup>548</sup>.

Bei einer Tätigkeit als Komplementärin einer anderen GmbH & Co. KGaA wäre ein bestehendes Wettbewerbsverbot aus § 284 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG zu beachten. Danach ist es dem Komplementär verboten, Mitglied des Vorstands, Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft zu sein. Die „Gleichartigkeit“ der anderen Handelsgesellschaft bestimmt sich hierbei nach der Art der getätigten Geschäfte und der vertriebenen

---

Vorstands zu sichern, diese Sicherung aber bei einem Komplementär wegen dessen persönlicher Haftung und der damit verbundenen Wahrscheinlichkeit des vollen Arbeitseinsatzes nicht notwendig erscheine, vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 284 Rn. 4. Ob diese Argumentation bei der anderweitig wirtschaftlich tätigen Komplementär-Gesellschaft tragen kann, erscheint zweifelhaft zu sein. Andererseits bedarf es bei einer Komplementär-Gesellschaft auch keines Schutzes ihrer „vollen“ Arbeitskraft.

<sup>542</sup> vgl. oben unter B.I.3.c)

<sup>543</sup> Dies ist bei den Gesellschaften 1, 2, 5, 6, 18, 21 und 26 der Fall.

<sup>544</sup> § 284 Abs. 1 S. 2 und 1 AktG. Eine Zustimmung der anderen Komplementäre kommt hier nicht in Betracht, da die Komplementär-Gesellschaft in den im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Gestaltungen alleinige Komplementärin ist.

<sup>545</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 76; *Schaumburg/Schulte*, S. 46.

<sup>546</sup> Bei der Gesellschaft 2 ist diese Struktur bereits durch die Satzung vorgegeben.

<sup>547</sup> dies hängt von der jeweiligen Gewinnverteilung in der anderen Gesellschaft ab

<sup>548</sup> was bei der Mehrheit der hier geprüften Gesellschaften (die Gesellschaften 1, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27 und 28) der Fall ist

Produkte<sup>549</sup>. Die Übernahme von Mandaten in andersartigen Gesellschaften ist dagegen zulässig<sup>550</sup>.

Ist das Wettbewerbsverbot nicht abbedungen, so kann der Aufsichtsrat die Komplementär-Gesellschaft von diesem für bestimmte Gesellschaften befreien<sup>551</sup>.

### cc) **Beteiligungen an anderen Gesellschaften**

Ebenso in Betracht kommt, daß die Komplementär-Gesellschaft Beteiligungen an anderen Unternehmen hält, dort aber kein Mandat übernimmt. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine bloße Beteiligung an anderen Gesellschaften die Unternehmenseigenschaft begründen kann, ist umstritten<sup>552</sup>.

Die mehrfache allein kapitalmäßige Beteiligung der Komplementär-Gesellschaft ist jedoch nicht praxisrelevant. Die Gestaltung einer GmbH & Co. KGaA dient dazu, durch die Einschaltung einer Komplementär-Gesellschaft eine Haftungsbegrenzung auf das Vermögen der persönlich haftenden Komplementär-Gesellschaft zu erreichen. Wenig sinnvoll ist es dann, Konstruktionen zu schaffen, in denen diese Komplementär-Gesellschaft weiteres Beteiligungsvermögen hält. Denn dadurch würde die potentielle Haftungsmasse vergrößert werden, was gerade nicht gewollt sein wird<sup>553</sup>.

### b) **Unternehmenseigenschaft bei bloßer Stellung als Komplementärin?**

Ist die Komplementär-Gesellschaft nur an der GmbH & Co. KGaA beteiligt und betreibt sie kein eigenes Gewerbe, sondern führt sie allein die Geschäfte der GmbH & Co. KGaA, so ist fraglich, ob die Komplementär-Gesellschaft „Unternehmen“ im Sinne des teleologisch reduzierten Unternehmensbegriffs ist.

Bei dieser Gestaltung besteht ein Interessenkonflikt zwischen Komplementär-Gesellschaft und den Kommanditaktionären, soweit die Verteilung des Gewinns der Gesellschaft und die Vergütung der Komplementär-Gesellschaft für die Führung der Geschäfte der GmbH & Co. KGaA betroffen ist. Die jeweiligen finanziellen Interessen der Gesellschaftergruppen hinsichtlich ihrer Beteiligung stehen sich hierbei gegenüber.

Es handelt sich jedoch um einen rein internen Konflikt von Gesellschafterinteressen. Dieser ist nicht mit dem Konzernkonflikt zu vergleichen, der außerhalb des Beteiligungsinteresses der Komplementär-Gesellschaft an der GmbH & Co. KGaA besteht und dazu führt, daß diese Beteiligungsinteressen zugunsten der anderen Interessen hintangestellt werden. Nur vor diesem, sich außerhalb der Gesellschafterosphäre befindlichen Konflikt sollen und können die Rechtsfolgenormen

---

<sup>549</sup> Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 284 Rn. 17; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 284 Rn. 10

<sup>550</sup> Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 284 Rn. 10

<sup>551</sup> § 284 Abs. 1 S. 2 und 1 AktG. Eine Zustimmung der anderen Komplementäre kommt hier nicht in Betracht, da die Komplementär-Gesellschaft in den im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Gestaltungen alleinige Komplementärin ist.

<sup>552</sup> vgl. dazu unten unter D.I.3.a)

<sup>553</sup> Für den Fall, daß dennoch solche Gestaltungen in der Praxis gegeben sind, können die Überlegungen unter D.I.3.a) entsprechend herangezogen werden.

des Aktienkonzernrechts schützen<sup>554</sup>. Die interne Vermögensordnung zwischen den Gesellschaftern sollen die Regeln des Aktienkonzernrechts nicht regeln.

Fraglich ist, ob eine Gesellschaft<sup>555</sup> überhaupt „Privataktionär“ sein kann. Teilweise wird vertreten, daß eine Gesellschaft bereits aufgrund ihrer Rechtsform die Unternehmenseigenschaft haben könne, es demnach nicht auf einen Konzernkonflikt ankomme<sup>556</sup>. Begründet wird diese Ansicht teilweise mit der Eigenschaft als Formkaufmann<sup>557</sup>. Auch sei es einer Holdinggesellschaft jederzeit möglich, sich anderweitig unternehmerisch zu betätigen<sup>558</sup>.

Die Ansicht, eine Gesellschaft sei stets „Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinne, vermag nicht zu überzeugen. Betrachtet man die Unternehmenseigenschaft nach dem Sinn und Zweck der Normen des Aktienkonzernrechts, die an einer Regulierung eines Interessenkonflikts ausgerichtet sind, kann die handelsrechtliche Kaufmannseigenschaft keine Rolle spielen<sup>559</sup>. Nur die Rechtsform begründet einen solchen Interessenkonflikt nicht. Auch die Möglichkeit einer späteren anderweitigen unternehmerischen Beteiligung kann nicht zur Qualifizierung als Unternehmen führen, denn diese Möglichkeit hätte generell jeder Gesellschafter, auch ein Privataktionär als natürliche Person<sup>560</sup>. Allein die Rechtsform kann eine Unternehmenseigenschaft folglich nicht begründen<sup>561</sup>.

Somit ist festzuhalten, daß die „normale“ Komplementär-Gesellschaft mangels eines Konzernkonflikts nicht als „Unternehmen“ im Sinne des teleologisch reduzierten Unternehmensbegriffs anzusehen ist<sup>562</sup>.

---

<sup>554</sup> Ansonsten wäre in einer Gesellschaft mit verschiedenen Gesellschaftergruppen jeder Gesellschafter zugleich „Unternehmen“, da er gegenüber den Gesellschaftern der jeweils anderen Gesellschaftergruppe entgegenstehende Interessen haben kann.

<sup>555</sup> Diskutiert werden dabei vornehmlich Holding-Gesellschaften in Form der GmbH oder der GmbH & Co. KG, die nur an einer Gesellschaft beteiligt sind.

<sup>556</sup> *Lutter*, in: ZHR 151, 444, 452

<sup>557</sup> Adler/Düring/Schmaltz, § 15 AktG Rn. 4; so auch noch *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 1. Auflage, § 15 Rn. 19, nun aber eingeschränkt auf einzelne Normen, vgl. *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, 2. Auflage, § 15 Rn. 21f.

<sup>558</sup> *Lutter*, in: ZHR 151, 444, 452

<sup>559</sup> *Noack*, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, S. 264; *Bayer*, in: *MK AktG*, § 15 Rn. 16; *Krieger*, in: *Münch. Hdb. GesR. IV*, § 68 Rn. 10

<sup>560</sup> Daß jeder Aktionär Unternehmen sein soll, wird auch von *Lutter* (in: ZHR 151, 444, 452) nicht gefordert. Dies wäre aber Konsequenz seiner Ansicht. Mittlerweile ist diese Ansicht daher auch aufgegeben worden, *Lutter*, in: *Holding Handbuch*, A 35

<sup>561</sup> Dies entspricht der herrschenden Ansicht zum Aktionär einer Aktiengesellschaft: BGHZ 122, 123, 127; BGHZ 135, 107, 113; *Koppensteiner*, in: *KK AktG*, § 15 Rn. 34; *Bayer*, in: *MK*, § 15 Rn. 16; *Krieger*, in: *Münch Hdb. GesR IV*, § 68 Rn. 10; Hüffer, *AktG*, § 15 Rn. 11; *Emmerich*, in: *Scholz, GmbHG, Anhang Konzernrecht*, Rn. 14; *Raiser*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, § 51 Rn. 6; *Wiedemann/Martens*, in: *AG 1976*, 197, 201f. (zur nur an einer Gesellschaft beteiligten Holdinggesellschaft)

<sup>562</sup> im Ergebnis ebenso: *Assmann/Sethe*, in: *GK AktG*, Vor. § 278 Rn. 76; *Arnold*, S. 72; *Joost*, in: *ZGR 1998*, 334, 347f.; *Semler/Perlitt*, in: *MK AktG*, § 278 Rn. 315; *Schaumburg/Schulte*, S. 45

**c) Auswirkung der organschaftlichen Pflichten auf die Unternehmenseigenschaft?**

**aa) Die Sorgfaltspflicht der Komplementär-Gesellschaft nach §§ 283 Nr. 3, 93 AktG bei der Geschäftsführung**

Die Komplementär-Gesellschaft ist als einzige Komplementärin der GmbH & Co. KGaA zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet<sup>563</sup>.

Nach §§ 283 Nr. 3, 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben die persönlich haftenden Gesellschafter bei der Geschäftsführung in der KGaA die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Bei Verletzung ihrer Pflichten sind sie nach §§ 283 Nr. 3, 93 Abs. 2 AktG zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der KGaA gilt nach dieser Regelung nicht wie innerhalb der GmbH & Co. KG der geringere Sorgfaltsmaßstab gemäß §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB i.V.m. § 708 BGB, der auf die Sorgfalt bei eigenen Angelegenheiten abstellt<sup>564</sup>. Führt eine Komplementär-Gesellschaft die Geschäfte der GmbH & Co. KGaA, ist der gleiche Sorgfaltsmaßstab anzulegen<sup>565</sup>. Der Komplementär-Gesellschaft wird das Handeln ihrer Organe gemäß § 31 BGB zugerechnet<sup>566</sup>.

Aus dem Sorgfaltsmaßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters folgt, daß die Komplementär-Gesellschaft bei ihrer Geschäftsführung nicht die GmbH & Co. KGaA benachteiligen darf. Verstößt sie gegen diese Pflicht, so ist sie schadenersatzpflichtig<sup>567</sup>. Verwirklicht sich also der Konzernkonflikt dergestalt, daß die Komplementär-Gesellschaft zugunsten ihrer anderen unternehmerischen Interessen ihre mitgliedschaftlichen Interessen hintanstellt und nachteilig auf die GmbH & Co. KGaA einwirkt, läge darin stets ein Verstoß gegen ihre organschaftlichen Pflichten aus §§ 283 Nr. 3, 93 Abs. 1 S. 1 AktG.

**bb) Entfallen des Konzernkonflikts wegen Sorgfaltspflichten?**

Fraglich ist, ob durch diese organschaftliche Pflichtenbindung die schutzrechtliche Unternehmenseigenschaft beeinträchtigt wird.

Nach einer Auffassung in Bezug auf die GmbH & Co. KG steht der Komplementär-GmbH die Geschäftsführungs- und Vertretungsfunktion durch Gesetz zu und ist uneigennützig auszuüben. Die Minderheitsgesellschafter seien über die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ausreichend geschützt, so daß eine konzerntypische Gefahrenlage nicht vorliege. Daher sei die GmbH & Co. KG nicht abhängiges Unternehmen gegenüber ihrer Komplementär-GmbH<sup>568</sup>.

Teilweise wird diese Ansicht zur GmbH & Co. KG auf die KGaA übertragen. Danach verbiete die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, daß der Komplementär seine Macht zu Lasten der Kommanditaktionäre mißbrauche und seine gesellschaftsrechtliche

<sup>563</sup> § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 114 Abs. 1 HGB

<sup>564</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 283 Rn. 18; *Mertens*, in: KK AktG, § 283 Rn. 5; *Assmann/Sethe*, § 283 Rn. 17

<sup>565</sup> vgl. *Arnold*, S. 46

<sup>566</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 283 Rn. 18

<sup>567</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 329

<sup>568</sup> *Beinert/Hennerkes/Binz*, in: DB 1979, 68, 69; *Hennerkes/Binz*, Die GmbH & Co. KG, S. 260

Stellung für eigenwirtschaftliche Zwecke verfolge. Da die Kommanditaktionäre diesbezüglich ausreichend geschützt seien, bestehe kein Bedarf für einen zusätzlichen Schutz über das Konzernrecht<sup>569</sup>.

Diesen Überlegungen ist nicht zuzustimmen. Zunächst schützt eine organschaftliche Pflichtenbindung der Komplementär-Gesellschaft die GmbH & Co. KGaA nicht vor einer Beherrschung unter Verletzung dieser Pflichtenbindung<sup>570</sup>. Zwar könnte dabei durch Schadensersatzansprüche wegen Verletzung dieser Pflichten auf anderem Wege ein Schutz für Kommanditaktionäre oder Gläubiger der GmbH & Co. KGaA erreicht werden. Bei der hier zu prüfenden vertragsähnlichen Beherrschungssituation<sup>571</sup> wäre jedoch eine einzelne Berechnung der zum Schadensersatz verpflichtenden nachteiligen Handlungen praktisch unmöglich, da alle Geschäfte von der Komplementär-Gesellschaft geführt werden<sup>572</sup>.

Weiterhin ist für die Anwendung konzernrechtlicher Normen nicht ausschlaggebend, ob eine Schädigung des abhängigen Unternehmens erlaubt ist. Der schutzrechtliche Unternehmensbegriff stellt nicht auf die Erlaubnis einer Schädigung als ein rechtliches Dürfen, sondern auf die Möglichkeit einer Schädigung als ein tatsächliches Können und die daraus resultierende Gefahr ab. So ist es bei der vertraglichen Beherrschung möglich, im Beherrschungsvertrag zu vereinbaren, daß der abhängigen Gesellschaft keine Nachteile zugefügt werden dürfen<sup>573</sup>. In dieser Situation ist keine Nachteilszufügung erlaubt, dennoch sind die Rechtsfolgennormen des Aktienkonzernrechts auf diese Situation anzuwenden, so zum Beispiel die Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG.

Auch ein Vergleich mit anderen gesetzlichen Regelungen zeigt, daß das rechtliche Verbot eines schädigenden Einflusses nicht dazu führt, daß der Gefahr einer nachteiligen Einflußnahme nicht durch Regelungen des Konzernrechts begegnet werden müsse. Dies zeigt die Existenz mehrerer konzernrechtlicher Haftungsnormen, die an eine solche rechtswidrige Schädigung durch ein herrschendes Unternehmen anknüpfen, so zum Beispiel die §§ 317, 318, 309, 310 AktG.

Schließlich wird durch die Anwendung konzernrechtlicher Normen auch ein weitergehender Schutz erreicht, als es bei alleiniger Anwendung der organschaftlichen Pflichtenbindung und der damit eventuell verbundenen Schadensersatzpflichten der Fall wäre<sup>574</sup>.

---

<sup>569</sup> *Schaumburg/Schulte*, S. 47, 49f.

<sup>570</sup> vgl. auch *Arnold*, S. 73

<sup>571</sup> vgl. oben unter C.V.1.

<sup>572</sup> In dieser Situation würde zwar auch ein Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG nicht weiterhelfen, da dieser nicht in der Lage ist, die tatsächlich veranlaßten Nachteile isoliert zu dokumentieren, vgl. dazu unten unter D.II.7.b)aa). Jedoch stünde eine Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG analog zur Verfügung, vgl. unten unter D.II.1. Außerdem würden die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft persönlich nach § 309 AktG analog haften, vgl. unten unter D.II.4.

<sup>573</sup> vgl. den Wortlaut des § 308 Abs. 1 S. 2 AktG

<sup>574</sup> Dazu bei den einzelnen Rechtsfolgennormen unter D.II.

**cc) Zwischenergebnis**

Die organschaftlichen Pflichten der Komplementär-Gesellschaft wirken sich nicht auf deren eventuell bestehende schutzrechtliche Unternehmenseigenschaft aus.

**d) Zwischenergebnis**

Die Komplementär-Gesellschaft ist nur dann „Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinn, wenn sie einem Konzernkonflikt unterliegt. Dies ist bei einer eigenen unternehmerischen Betätigung der Komplementär-Gesellschaft und bei einer sternförmigen GmbH & Co. KGaA der Fall. Mehrfache kapitalmäßige Beteiligungen der Komplementär-Gesellschaft sind nicht praxisrelevant.

Eine Komplementär-Gesellschaft ist demzufolge nur dann „herrschendes Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinne, wenn sie einem Konzernkonflikt unterliegt und die Satzung der GmbH & Co. KGaA nach **Typ C** oder **Typ D** ausgestaltet ist. Denn nur dann ist auch ein beherrschender Einfluß der Komplementär-Gesellschaft gegeben<sup>575</sup>.

**3. Schutzrechtliche Unternehmenseigenschaft des herrschenden Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft**

**a) Unternehmenseigenschaft aufgrund anderweitiger Interessenbindungen**

**aa) Eigene unternehmerische Tätigkeit**

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ist dann potentiell herrschendes „Unternehmen“ gegenüber der GmbH & Co. KGaA, wenn er einen Konzernkonflikt aufweist. Dieser Konzernkonflikt kommt zunächst wegen eigener unternehmerischer Tätigkeit in Betracht.

Insoweit gelten die obigen Ausführungen unter D.I.2.a) entsprechend.

**bb) Mehrfacher Beteiligungsbesitz**

Problematisch und umstritten ist die Unternehmenseigenschaft wegen mehrfachem Beteiligungsbesitz<sup>576</sup>. Fraglich ist, welche Anforderungen an eine anderweitige Beteiligung zu stellen sind, damit diese eigenständig<sup>577</sup> einen Konzernkonflikt begründet. Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung besteht zunächst dahingehend, daß es sich um eine „maßgebliche“ anderweitige Beteiligung handeln muß<sup>578</sup>. Dabei ist jedoch umstritten, wann eine maßgebliche Beteiligung vorliegt. Jedenfalls soll diese nach herrschender Meinung dann gegeben sein, wenn der Gesellschafter die

---

<sup>575</sup> vgl. oben unter C.III.2.

<sup>576</sup> Damit ist die allein kapitalmäßige Beteiligung ohne Übernahme eines Mandates oder der persönlichen Haftung gemeint.

<sup>577</sup> also ohne Vorliegen der Merkmale „anderweitige unternehmerische Tätigkeit“ oder „politische Konfliktlage“

<sup>578</sup> Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 18; Koppensteiner, in: KK AktG, § 15 Rn. 22; Hüffer, AktG, § 15 Rn. 9; Windbichler, in: GK AktG, § 15 Rn. 32ff.

andere Gesellschaft beherrschen kann<sup>579</sup>. Entscheidend ist diesbezüglich eine Betrachtung der Konfliktlage im Einzelfall<sup>580</sup>.

Ob sich der an der anderen Gesellschaft „maßgeblich“ beteiligte Gesellschafter mittels dieser Beteiligung unternehmerisch betätigen muß, ist ebenfalls umstritten. Teilweise wird in der Literatur gefordert, daß der Gesellschafter in der anderen Gesellschaft entweder (faktischer) Geschäftsführer sein muß oder aber auf diese Leitungsmacht ausüben müsse<sup>581</sup>. Andere Stimmen in der Literatur sehen von diesem Erfordernis ab<sup>582</sup>.

Vorzugswürdig ist es, das Leitungserfordernis nicht aufzustellen. Zunächst einmal ist der Konzernkonflikt allein aus der Sicht des zu prüfenden Unternehmens, hier also der GmbH & Co. KGaA, zu untersuchen. Dabei spielt die Frage, ob in dem anderen Unternehmen leitender Einfluß ausgeübt wird, zunächst keine Rolle. Zwar würde dies für einen „unternehmerischen“ Charakter der Beteiligung sprechen, da eine „unternehmerische“ Tätigkeit einen tatsächlich ausgeübten Einfluß voraussetzt. Tatsächlich ist aber eine „unternehmerische“ Tätigkeit nicht Erfordernis für einen Konzernkonflikt, wie die Annahme eines solchen Konzernkonflikts bei der nicht anderweitig unternehmerisch tätigen öffentlichen Hand<sup>583</sup> zeigt.

Entscheidend ist allein, ob aufgrund der anderweitigen Beteiligung die Gefahr besteht, daß zugunsten dieser die Beteiligungsinteressen an der GmbH & Co. KGaA hintangestellt werden<sup>584</sup>. Das kann dann der Fall sein, wenn die Gewinnerwartungen in dem anderen Unternehmen für den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft besser sind als innerhalb der GmbH & Co. KGaA. Hier besteht die abstrakte Gefahr, daß zugunsten dieser Beteiligung das Verhalten der Komplementär-Gesellschaft in der GmbH & Co. KGaA beeinflußt wird. Ob gleichzeitig das Verhalten in der anderen Gesellschaft gesteuert werden kann, ist dabei unerheblich.

Damit ist auch gleichzeitig eine Aussage zum notwendigen Umfang der „maßgeblichen“ Beteiligung getroffen. Diese Beteiligung ist jedenfalls dann „maßgeblich“, wenn aufgrund der Gewinnverteilung die Besorgnis besteht, der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft könnte danach seinen Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ausrichten. Letztlich spricht diesbezüglich vieles für eine Abwägung im Einzelfall.

---

<sup>579</sup> Bayer, in: MK AktG, § 15 Rn. 22; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 34; *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 36f.

<sup>580</sup> Vgl. dazu: *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 36ff.; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 15 Rn. 27f.; *Bayer*, in: MK AktG, § 15 Rn. 22ff.

<sup>581</sup> Vgl. *Mertens*, in: AG 1996, 241, 243 (dort in Fn. 5); *Zöllner*, in: ZGR 1976, 1, 16f.; *Hommelhoff*, in: ZGR 1994, 395, 399; *Mülbert*, in: ZHR 163, 1, 33f. Bei Adler/Düring/Schmaltz, § 15 AktG Rn. 8 wird auf übergreifende Koordination abgestellt.

<sup>582</sup> Vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 15 Rn. 23ff.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 33; *Bayer*, in: MK AktG, § 15 Rn. 21; *Windbichler*, in: GK AktG, § 15 Rn. 34; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 68 Rn. 8; *Henze*, Konzernrecht, TZ. 13f. (S. 6) unter Berufung auf BGHZ 135, 107, 113.

<sup>583</sup> BGHZ 135, 107, 113f.

<sup>584</sup> So zur Situation bei der Aktiengesellschaft: Hüffer, AktG, § 15 Rn. 9; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 51 Rn. 4

**cc) Leitung einer unternehmerischen Komplementär-Gesellschaft**

Denkbar ist auch, daß ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nur an dieser beteiligt ist, aber über diese tatsächlich mehrere Unternehmungen leitet. Diese Situation kommt daher nur dann in Betracht, wenn die Komplementär-Gesellschaft selbst „Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinne ist.

Bei dieser Konstellation ist weder eine eigene unternehmerische Tätigkeit des Gesellschafters außerhalb der Komplementär-Gesellschaft noch ein mehrfacher Beteiligungsbesitz gegeben. Dennoch liegen die gleichen Konfliktlagen vor, da in diesem Fall der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft diese lediglich zwischengeschaltet hat, tatsächlich aber selbst die Koordination der unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessen ausführt. Es kann aus der Sicht der abhängigen GmbH & Co. KGaA keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft seinen herrschenden Einfluß über die Komplementär-Gesellschaft ausübt und dort auch seine anderen unternehmerischen Interessen gebündelt hat, oder aber ob seine anderweitigen unternehmerischen Interessen nicht auf die Komplementär-Gesellschaft verlagert sind.

Vergleichbar ist diese Sachlage mit der sogenannten „eindimensionalen Holding“, bei der über eine zwischengeschaltete Tochter-Holding mehrere Enkelgesellschaften geleitet werden. Übt diese Holding tatsächlich die Leitungsmacht aus, so ist auch sie als „Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinne anzusehen<sup>585</sup>.

Somit ist festzuhalten, daß der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft auch dann als Unternehmen im Sinne des Aktienkonzernrechts anzusehen ist, wenn er tatsächlich leitend auf die „unternehmerische“ Komplementär-Gesellschaft einwirkt<sup>586</sup>.

**b) Unternehmenseigenschaft aufgrund Interessenkonflikt innerhalb der GmbH & Co. KGaA?**

Fraglich ist schließlich, ob auch ein Interessenkonflikt innerhalb der GmbH & Co. KGaA allein<sup>587</sup> für die Begründung der Unternehmenseigenschaft genügen kann.

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft lediglich an dieser beteiligt, gilt in Bezug auf den internen Interessenkonflikt das unter D.I.2.b) Gesagte entsprechend. Dieser lediglich interne Interessenkonflikt zwischen den Gesellschaftergruppen der KGaA begründet auch keinen Konzernkonflikt beim Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft.

Nichts anderes kann dann gelten, wenn der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft auch am Grundkapital der GmbH & Co. KGaA beteiligt ist. Auch hier bestehen zwar eventuelle Interessenkonflikte bei der Gewinnverwendung oder der Vergütung der Geschäftsführungstätigkeit, insbesondere dann, wenn der Gesellschafter mit größerem Kapital- und Gewinnanteil an der Komplementär-

---

<sup>585</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 34f.; Hüffer, AktG, § 15 Rn. 10; *Bayer*, in: MK AktG, § 15 Rn. 31; *Lutter*, in: Holding-Handbuch, A 35 und in: Festschrift Steindorff, S. 125, 130f.

<sup>586</sup> im Ergebnis ebenso: *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor. § 278 Rn. 85, dort Fn. 273

<sup>587</sup> also ohne anderweitige unternehmerische Interessen

Gesellschaft als am Grundkapital beteiligt ist<sup>588</sup>. Auch ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft in dieser Konstellation an zwei Gesellschaften beteiligt, einerseits an der Komplementär-Gesellschaft, andererseits an der GmbH & Co. KGaA. Die Situation einer mehrfachen Beteiligung liegt somit vor. Jedoch handelt es sich hierbei erneut um einen rein gesellschaftsinternen Interessenkonflikt, vor dem die Normen des Aktienkonzernrechts nicht schützen sollen und können<sup>589</sup>.

Zudem kann die Beteiligung einer Person an einer Gesellschaft in verschiedenen Gesellschafterrollen die Unternehmenseigenschaft nicht allein begründen<sup>590</sup>. Ist eine natürliche Person Komplementärin einer KGaA und gleichzeitig am Grundkapital beteiligt, so ist diese dadurch nicht automatisch „Unternehmen“ im Sinne des Konzernrechts. Nichts anderes kann dann aber gelten, wenn die Beteiligung in einer Beteiligungsebene durch eine zwischengeschaltete Gesellschaft, hier also die Komplementär-Gesellschaft, vermittelt wird<sup>591</sup>.

### c) Zwischenergebnis

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ist nur dann „Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinne, wenn er einem Konzernkonflikt unterliegt. Dies ist der Fall, wenn er anderweitige unternehmerische Tätigkeiten verfolgt, außerhalb der GmbH & Co. KGaA noch in anderen Gesellschaften maßgeblich beteiligt ist oder aber eine unternehmerische Komplementär-Gesellschaft leitend beeinflusst.

„Herrschendes Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinne des Aktienkonzernrechts ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nur dann, wenn neben dem Konzernkonflikt noch ein beherrschender Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA besteht. Dies ist nur bei den Satzungsgestaltungen nach den **Typen A, C und D** möglich<sup>592</sup>.

---

<sup>588</sup> vgl. zur Situation zur GmbH & Co. KG: *Ehrhardt*, S. 17f.

<sup>589</sup> In Bezug auf die GmbH & Co. KG nimmt *Ehrhardt*, S. 17f., die Unternehmenseigenschaft eines Mehrheitsgesellschafters der Komplementär-GmbH an, ohne zwischen internen und externen Interessenkonflikten zu differenzieren. Dieser Ansicht wird hier nicht gefolgt, da die konzernrechtlichen Regeln vor einem solchen Konflikt nicht schützen können und sollen.

<sup>590</sup> ebenso: *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 77

<sup>591</sup> so auch *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 77; anderer Ansicht zur GmbH & Co. KG: *Ehrhardt*, S. 18

<sup>592</sup> vgl. dazu oben unter C.III.3.

## **II. Rechtsfolgen der vertragsähnlichen Beherrschung durch die Komplementär-Gesellschaft**

Ist die Komplementär-Gesellschaft Unternehmen im schutzrechtlichen Sinne und hat sie aufgrund einer gesetzesatypischen Ausgestaltung der Satzung einen beherrschenden Einfluß gegenüber der GmbH & Co. KGaA, so sind auf diese Situation Rechtsfolgeregeln des Beherrschungsvertrags entsprechend anzuwenden<sup>593</sup>.

Diesbezüglich kommen analoge Anwendungen der Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG, der Rücklageverpflichtungen nach § 300 AktG, der Regeln des Gläubigerschutzes nach § 303 AktG, der Regeln über die Haftung der Geschäftsführer nach § 309 AktG und der Regeln über den Schutz der außenstehenden Gesellschafter nach § 305f. AktG in Betracht.

Zudem ist zu prüfen, ob daneben auch Rechtsfolgeregeln des faktischen Konzerns einschlägig sein könnten, da kein Beherrschungsvertrag vorliegt.

### **1. Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG**

#### **a) Pflichten der Komplementär-Gesellschaft aus der Norm**

##### **aa) Gesetzliche Regelung des § 302 Abs. 1 AktG**

Bei einem Beherrschungsvertrag hat der andere Vertragsteil nach § 302 Abs. 1 AktG jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.

Auszugleichen ist der „sonst entstehende“ Jahresfehlbetrag. Diese Formulierung resultiert daraus, daß tatsächlich ein Jahresfehlbetrag bei der abhängigen Gesellschaft nicht entsteht, da der Verlustausgleichsanspruch in die Gewinn- und Verlustrechnung einzustellen ist<sup>594</sup> und es daher nicht zu einem Jahresfehlbetrag kommen kann. Gemeint ist also der Betrag, der sich ohne die Verlustausgleichspflicht „sonst“ als Jahresfehlbetrag ergeben würde<sup>595</sup>.

Auszugleichen ist jeder fiktive Jahresfehlbetrag, der während der Vertragsdauer bei der abhängigen Gesellschaft entsteht. Worin die Gründe für den entstandenen fiktiven Jahresfehlbetrag liegen, ist für die Verlustausgleichspflicht gleichgültig<sup>596</sup>. Sie besteht auch dann, wenn der Verlust nicht aus der Einflußnahme des herrschenden Unternehmens resultiert<sup>597</sup>.

---

<sup>593</sup> vgl. oben unter C.V.1.d)

<sup>594</sup> § 277 Abs. 3 S. 2 HGB

<sup>595</sup> vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 302 Rn. 9; Hüffer, AktG, § 302 Rn. 11; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 70 Rn. 55

<sup>596</sup> vgl. *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 70 Rn. 55

<sup>597</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 302 Rn. 9; Hüffer, AktG, § 302 Rn. 11; BGHZ 116, 37, 41f.

Durch Entnahme aus den anderen Gewinnrücklagen<sup>598</sup> kann der fiktive Jahresfehlbetrag ganz oder teilweise ausgeglichen werden, was zu einer Verringerung oder zum Ausschluß der Ausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens führen kann.

Umstritten ist der Zeitpunkt der Entstehung und der Fälligkeit des Verlustausgleichsanspruchs. Nach vorzugswürdiger Ansicht entsteht der Anspruch am Bilanzstichtag und ist gleichzeitig auch fällig<sup>599</sup>.

Der Verlustausgleichsanspruch steht der abhängigen Gesellschaft zu. Er ist vom Vorstand der abhängigen Gesellschaft unverzüglich geltend zu machen<sup>600</sup>. Gläubiger der Gesellschaft können nur durch Pfändung und Überweisung gemäß §§ 829, 835 ZPO auf den Anspruch zugreifen<sup>601</sup>.

#### **bb) Anwendung der gesetzlichen Regelung auf die Komplementär-Gesellschaft**

Wendet man den § 302 Abs. 1 AktG entsprechend auf die Komplementär-Gesellschaft an, wäre diese zum Ausgleich des jeweiligen fiktiven Jahresfehlbetrags der GmbH & Co. KGaA verpflichtet.

#### **aaa) Entsprechende Anwendbarkeit nach Sinn und Zweck der Norm**

Die Vorschriften des Dritten Abschnitts des Dritten Buchs des Aktiengesetzes<sup>602</sup> dienen der Sicherung der Gesellschaft selbst und derer Gläubiger gegen Verlust der bilanzmäßigen Vermögenssubstanz und gegen Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens<sup>603</sup>. Mittelbar wird damit auch ein Schutz der außenstehenden Aktionäre der Gesellschaft bewirkt<sup>604</sup>.

Der Normzweck des § 302 Abs. 1 AktG wird hauptsächlich darin gesehen, daß die aufgrund des § 291 Abs. 3 AktG bestehende Lockerung der Kapitalbindung im Interesse der Gesellschafter und der Gläubiger der Gesellschaft kompensiert wird<sup>605</sup>.

---

<sup>598</sup> Mit den anderen Gewinnrücklagen ist nur der nach § 158 Abs. 1 S. 1 Nr. 4d) AktG ausgewiesene Betrag gemeint, vgl. Hüffer, AktG, § 302 Rn. 14.

<sup>599</sup> So Hüffer, AktG, § 302 Rn. 15; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 295; *Altmeppen*, in: MK AktG, § 302 Rn. 70; BGH DB 1999, 2457, 2457f. Nach anderer Ansicht soll der Anspruch zwar mit Abschluß des Geschäftsjahrs entstehen, aber erst mit Feststellung des Jahresabschlusses fällig sein, vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 302 Rn. 26f. Eine weitere Ansicht sieht auch die Entstehung des Anspruchs erst im Zeitpunkt der Feststellung des Jahresabschlusses, vgl. *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 302 Rn. 41f. Gegen die beiden letzten Ansichten spricht jedoch, daß das herrschende Unternehmen die Feststellung des Jahresabschlusses und damit die Ausgleichspflicht hinausschieben könnte, vgl. BGH DB 1999, 2457, 2457f., *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 295.

<sup>600</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 295

<sup>601</sup> vgl. Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 390, *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 302 Rn. 20; Hüffer, AktG, § 302 Rn. 18

<sup>602</sup> also die §§ 300 bis 303 AktG

<sup>603</sup> Regierungsbegründung, bei *Kropff*, S. 375; *Altmeppen*, in: MK AktG, Vor § 300 Rn. 1, 4; *Koppensteiner*, in: KK AktG, Vor § 300 Rn. 1; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 279f.

<sup>604</sup> *Altmeppen*, in: MK AktG, Vor § 300 Rn. 1; *Koppensteiner*, in: KK AktG, Vor § 300 Rn. 1

<sup>605</sup> BGHZ 103, 1, 10; BGHZ 107, 7, 18; BGHZ 115, 187, 197; Hüffer, AktG, § 302 Rn. 3; *Altmeppen*, in: MK AktG, § 302 Rn. 8; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 291; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 70 Rn. 55

Die Vorschriften über die Kapitalbindung sind innerhalb der GmbH & Co. KGaA jedoch nicht gelockert. Zwar liegt eine Satzungsgestaltung vor, die eine Beherrschung der GmbH & Co. KGaA durch deren Komplementär-Gesellschaft ermöglicht und die einer vertraglichen Beherrschung entspricht<sup>606</sup>. Jedoch sind die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 57, 58 und 60 AktG mangels eines Beherrschungsvertrags nicht durch § 291 Abs. 3 AktG ausgeschlossen<sup>607</sup>. Die Komplementär-Gesellschaft ist zur Einhaltung der Vorschriften über die Kapitalerhaltung verpflichtet<sup>608</sup>. Bestünde die Verlustausgleichspflicht allein zum Zweck der Kompensation für die Lockerung der Kapitalerhaltungsregeln, so wäre eine entsprechende Anwendung der Verlustausgleichspflicht auf die hier geprüfte Situation zweifelhaft.

Die Verlustausgleichspflicht dient aber auch anderen Zwecken. Daß sie nicht allein der Kompensation der abbedungenen<sup>609</sup> Kapitalerhaltungsvorschriften dient, folgt bereits daraus, daß die Verlustausgleichspflicht auch dann eingreift, wenn das herrschende Unternehmen durch sein Verhalten die Kapitalerhaltungsvorschriften nicht berührt<sup>610</sup>. In ihr ist auch ein Ausgleich für die weitgehenden Eingriffsrechte zu sehen, die durch den Beherrschungsvertrag eröffnet werden<sup>611</sup>. Eben diese Eingriffsrechte hat die Komplementär-Gesellschaft dann, wenn die Satzung der GmbH & Co. KGaA so ausgestaltet ist, daß ein beherrschender Einfluß der Komplementär-Gesellschaft besteht. Somit ist die Verlustausgleichspflicht nach ihrem Sinn und Zweck auf die hier geprüfte Situation entsprechend anwendbar.

#### **bbb) Geltendmachung durch den Aufsichtsrat**

Generell ist der Vorstand des abhängigen Unternehmens dazu verpflichtet, den Verlustausgleichsanspruch geltend zu machen. Ist die Komplementär-Gesellschaft herrschendes Unternehmen gegenüber der abhängigen GmbH & Co. KGaA, so kann sie den Verlustausgleichsanspruch nicht als Geschäftsführungsorgan der GmbH & Co. KGaA gegen sich selbst einfordern. Vielmehr ist nach der zwingenden Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten der GmbH & Co. KGaA gegenüber der Komplementär-Gesellschaft<sup>612</sup> allein der Aufsichtsrat für die Durchsetzung der Forderung zuständig.

#### **b) Haftung und Verlustbeteiligung der Komplementär-Gesellschaft ohne Anwendung der Norm**

Die Komplementär-Gesellschaft haftet für Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KGaA, § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 128ff., 159f. HGB. Die Haftung der

---

<sup>606</sup> vgl. oben unter C.V.1.d)

<sup>607</sup> Die Vorschriften über den Beherrschungsvertrag werden hier nur entsprechend angewendet, ein solcher liegt nicht vor.

<sup>608</sup> §§ 278 Abs. 3, 57ff. AktG

<sup>609</sup> § 291 Abs. 3 AktG

<sup>610</sup> *Altmeyen*, in: MK AktG, § 302 Rn. 9, mit dem zusätzlichem Argument, daß der § 291 Abs. 3 AktG im Gesetzgebungsverfahren erst später eingeführt worden ist, als die bereits zu diesem Zeitpunkt vorgeschlagene Verlustausgleichspflicht. Auch in der Gesetzesbegründung bei *Kropff*, S. 390f. wird nicht auf den Zweck der Kompensation der Kapitalerhaltungsregeln abgestellt.

<sup>611</sup> Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 391; BGHZ 116, 37, 41f.; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 302 Rn. 4; *Altmeyen*, in: MK AktG, § 302 Rn. 10f.

<sup>612</sup> vgl. oben unter B.I.2.c)cc)

Komplementär-Gesellschaft besteht unmittelbar gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, ist nicht von einer vorherigen Inanspruchnahme der Gesellschaft abhängig und nicht durch Absprache innerhalb der Gesellschaft beschränkbar<sup>613</sup>.

Die Haftung der Komplementär-Gesellschaft besteht neben der Haftung der GmbH & Co. KGaA. Soweit die Komplementär-Gesellschaft auf eine Verbindlichkeit der GmbH & Co. KGaA gezahlt hat, besteht ein Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 110 HGB in Höhe der Leistung<sup>614</sup>.

Die Komplementär-Gesellschaft ist an den Verlusten der GmbH & Co. KGaA mangels anderer Satzungsausgestaltung anteilig nach der Höhe ihrer Kapitaleinlage beteiligt<sup>615</sup>. Dabei ist der auf die Komplementär-Gesellschaft entfallende Verlustanteil zwingend von deren Kapitalanteil abzuschreiben, § 286 Abs. 2 S. 2 AktG. Die Gewinn- und Verlustbeteiligung der Komplementär-Gesellschaft sowie deren Berechnung unterliegt der Satzungsautonomie<sup>616</sup>.

### c) Erweiterung der Pflichten durch die Norm

Durch die Verlustausgleichspflicht werden die Pflichten der Komplementär-Gesellschaft qualitativ und quantitativ erweitert.

Die Komplementär-Gesellschaft ist im Rahmen der Verlustausgleichspflicht direkt gegenüber der GmbH & Co. KGaA verpflichtet. Im Gegensatz zur Haftung als persönlich haftender Gesellschafterin nach § 278 Abs. 3 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 128ff., 159f. HGB ist sie nicht bloß zusammen mit der GmbH & Co. KGaA Gesamtschuldner gegenüber einem Dritten. Ihr ist es nicht möglich, eine persönliche Inanspruchnahme zum Beispiel durch Kreditaufnahme bei der GmbH & Co. KGaA zu verhindern<sup>617</sup>. Ein Ausgleichsanspruch bei Inanspruchnahme steht ihr nicht zu.

Weiterhin entsteht der Anspruch auf Verlustausgleich jährlich am Bilanzstichtag<sup>618</sup>. Wollen die Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft deren Zahlungsfähigkeit aufrecht erhalten, so müssen sie diese mit genügend Kapital ausstatten<sup>619</sup>. Die

---

<sup>613</sup> Vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 64; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 40. Gegen die Inanspruchnahme kann die Komplementär-Gesellschaft die Einwendungen des § 129 HGB erheben, eine Zwangsvollstreckung gegen die Komplementär-Gesellschaft erfordert auch einen Titel gegen diese, § 129 Abs. 4 HGB. Ein ausgeschiedener Komplementär haftet nach § 160 HGB auch nach Ausscheiden für bis zum Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

<sup>614</sup> vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 68; Hüffer, AktG, § 278 Rn. 10

<sup>615</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 288 Rn. 32

<sup>616</sup> Vgl. *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 288 Rn. 34ff.; Hüffer, AktG, § 288 Rn. 1; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 288 Rn. 20. Die Problematik der Gewinn- und Verlustbeteiligung soll im Rahmen dieser Arbeit nicht vertieft werden, vgl. dazu *Wichert*, Die Finanzen der Kommanditgesellschaft auf Aktien, Dissertation, 1999.

<sup>617</sup> Bei einer Haftung als Komplementärin wäre es ihr möglich, für die GmbH & Co. KGaA Kredite in dem Umfang aufzunehmen, um die Zahlung von Forderungen gegen die GmbH & Co. KGaA sicherzustellen und so eine Inanspruchnahme zu verhindern oder aufzuschieben. Von einer Kreditaufnahme wird jedoch der fiktive Jahresfehlbetrag nicht berührt, so daß die Verlustausgleichspflicht nicht verringert werden kann.

<sup>618</sup> vgl. oben unter D.II.1.a)aa)

<sup>619</sup> Ist die Komplementär-Gesellschaft nicht in der Lage, den fälligen Verlustausgleich zu zahlen, so ist der Insolvenzeröffnungsgrund Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) gegeben. Denkbar ist auch

Haftung als Komplementärin führt dagegen erst dann zu einer nicht von einer Ausgleichsforderung<sup>620</sup> gedeckten Zahlungsverpflichtung der Komplementär-Gesellschaft, wenn die GmbH & Co. KGaA die Ausgleichsforderung nicht mehr leisten kann.

Schließlich kommt die Verlustausgleichspflicht auch den Kommanditaktionären und der Gesellschaft zugute, nicht nur den Gläubigern der Gesellschaft.

#### **d) Zwischenergebnis**

Die herrschende Komplementär-Gesellschaft ist zum Verlustausgleich durch entsprechende Anwendung des § 302 AktG gegenüber der abhängigen GmbH & Co. KGaA verpflichtet.

## **2. Rücklagepflichten gemäß § 300 Nr. 3 AktG**

### **a) Gesetzliche Regelung des § 300 Nr. 3 AktG**

Besteht ein Beherrschungsvertrag, so ist nach § 300 Nr. 3 AktG in die gesetzliche Rücklage der abhängigen Gesellschaft der Betrag einzustellen, der gemäß § 300 Nr. 1 AktG bei Bestehen eines Gewinnabführungsvertrags in die gesetzliche Rücklage einzustellen wäre. Mindestens ist jedoch der Betrag einzustellen, der nach § 150 Abs. 2 AktG in die gesetzliche Rücklage einzustellen wäre<sup>621</sup>. Ziel der Norm ist es, bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags die gesetzlich oder in der Satzung vorgesehene Obergrenze der gesetzlichen Rücklage schneller<sup>622</sup> zu erreichen, als dies ohne einen Beherrschungsvertrag der Fall wäre<sup>623</sup>.

#### **aa) Umfang der zu bildenden Rücklage**

Die gesetzliche Regelung des § 150 Abs. 2 AktG sieht vor, daß jährlich 5% des Jahresüberschusses in die gesetzliche Rücklage einzustellen sind, bis diese zusammen mit den Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1-3 HGB<sup>624</sup> 10% oder den in der Satzung bestimmten höheren Anteil des Grundkapitals erreichen.

Nach § 300 Nr. 1 AktG, auf den § 300 Nr. 3 AktG verweist, ist bei Bestehen eines Gewinnabführungsvertrags vom fiktiven<sup>625</sup> Jahresüberschuß der Betrag in die

---

der Insolvenzeröffnungsgrund Überschuldung (§ 19 InsO). Ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH, so haben in diesem Falle deren Geschäftsführer nach § 64 Abs. 1 GmbHG ohne schuldhaftes Zögern die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG, so besteht diese Pflicht nach § 130a Abs. 1 HGB.

<sup>620</sup> aus § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 110 HGB gegen die GmbH & Co. KGaA

<sup>621</sup> § 300 Nr. 3 a.E. AktG

<sup>622</sup> Die Auffüllung der gesetzlichen Rücklage soll dabei in fünf Jahren erfolgen.

<sup>623</sup> Hüffer, AktG, § 300 Rn. 1; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 300 Rn. 1; *Altmeyen*, in: MK AktG, § 300 Rn. 3; *Kuhlmann/Ahnis*, Konzernrecht, S. 325; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 282

<sup>624</sup> diese Rücklagen sollen im folgenden vernachlässigt werden

<sup>625</sup> Ein tatsächlicher Jahresüberschuß kann wegen der Gewinnabführung nicht entstehen, gemeint ist der Jahresüberschuß, der ohne Gewinnabführung bestehen würde.

gesetzliche Gewinnrücklage einzustellen, der erforderlich ist, um diese zusammen mit der Kapitalrücklage<sup>626</sup> innerhalb der ersten fünf Geschäftsjahre gleichmäßig auf 10% oder den in der Satzung bestimmten höheren Anteil des Grundkapitals zu bringen. Vorausgesetzt, daß keine Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen erfolgen und daß noch keine gesetzlichen Rücklagen bestehen, ist also jährlich ein Betrag in Höhe von 2% des Grundkapitals einzustellen. Da die Mindestschranke des § 150 Abs. 2 AktG gilt, muß aber mindestens 5% des Jahresüberschusses eingestellt werden. Damit ist in der Regel<sup>627</sup> § 300 Nr. 3 AktG dann einschlägig, wenn der Jahresüberschuß der Gesellschaft nicht 40% des Grundkapitals erreicht.

#### **bb) Rücklagepflicht auch ohne genügenden Jahresüberschuß?**

Umstritten ist die Situation dann, wenn ein Jahresüberschuß nicht besteht oder aber für die vorgeschriebene Auffüllung der gesetzlichen Rücklage nicht ausreicht.

Eine Auffassung sieht die Verpflichtung zur Auffüllung der gesetzlichen Rücklage auch dann als gegeben an, wenn kein Jahresüberschuß besteht<sup>628</sup>. Nach Teilen dieser Auffassung würde die Bildung der Rücklage zu einem Bilanzverlust führen, den das herrschende Unternehmen im Folgejahr ausgleichen müßte, wenn ein Fehlbetrag bliebe<sup>629</sup>. Nach anderen Stimmen innerhalb dieser Auffassung müßte das herrschende Unternehmen für die Rücklagenbildung sofort aufkommen, da in Höhe der zu bildenden Rücklage ein fiktiver Jahresfehlbetrag im gleichen Jahr entstünde<sup>630</sup>.

Nach anderer Auffassung besteht die Verpflichtung zur Rücklagenbildung nur dann, wenn und soweit ein Jahresüberschuß besteht<sup>631</sup>. Können mangels eines ausreichenden Jahresüberschusses in einem Jahr nicht genügend Rücklagen gebildet werden, so sind nach dieser Auffassung innerhalb des noch verbleibenden Zeitraums von fünf Jahren die Rücklagezahlungen entsprechend zu erhöhen, so daß nach Ablauf

---

<sup>626</sup> Hier sind erneut die Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1-3 HGB gemeint, vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 300 Rn. 2, die hier vernachlässigt werden sollen.

<sup>627</sup> Hierbei bestehen Ausnahmen zum Beispiel bei in der Satzung festgelegten höheren gesetzlichen Rücklagen, bei Kapitalmaßnahmen, bei bereits vorhandenen Rücklagen und bei fehlendem Ausgleich in den vorhergehenden Geschäftsjahren.

<sup>628</sup> *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 300 Rn. 22; *Altmeyen*, in: MK AktG, § 300 Rn. 29ff.; *Hüffer*, AktG, § 300 Rn. 13; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 300 Rn. 53. Diese Auffassung wird zunächst damit begründet, daß die ausdrückliche Beschränkung der Rücklageverpflichtung auf den Fall, daß ein fiktiver Jahresüberschuß bestünde, nur in den Nummern 1 und 2, nicht jedoch in der hier zu prüfenden Nummer 3 des § 300 AktG enthalten sei. Dies beruhe nicht auf einem Versehen des Gesetzgebers, sondern sei beabsichtigt. Bei einem Beherrschungsvertrag bestünde die Gefahr, daß das herrschende Unternehmen durch seinen Einfluß einen Jahresüberschuß verhindere. Daher müsse die gesetzliche Rücklage von einem solchen Jahresüberschuß unabhängig sein. Schließlich sei ein fiktiver Jahresüberschuß, also der, der ohne Einflußnahme aufgrund des Beherrschungsvertrags erzielt worden wäre, praktisch nur schwer berechenbar.

<sup>629</sup> vgl. *Altmeyen*, in: MK AktG, § 300 Rn. 34; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 300 Rn. 23

<sup>630</sup> Vgl. *Würdinger*, in: GK AktG, 3. Auflage, § 300 Rn. 3. Dieser fiktive Jahresfehlbetrag wäre nach § 302 AktG auszugleichen.

<sup>631</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 300 Rn. 19 *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 70 Rn. 53; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 285. In § 300 Nr. 3 AktG sei auf § 300 Nr. 1 AktG verwiesen und damit bestehe ebenfalls das Erfordernis eines Jahresüberschusses. Auch sei im Falle einer Kombination eines Beherrschungsvertrags mit einem Gewinnabführungsvertrag nur § 300 Nr. 1 AktG einschlägig, bei dem eine gesetzliche Rücklage nur aus einem fiktiven Jahresüberschuß gebildet zu werden braucht. Für eine Besserstellung der Gesellschaft, die keinen Gewinnabführungsvertrag neben einem Beherrschungsvertrag geschlossen hat, sei kein sachlicher Grund gegeben.

des Zeitraums der Höchstbetrag der gesetzlichen Rücklage erreicht ist<sup>632</sup>. Sollte dennoch bis Ablauf des Zeitraums die gesetzliche Rücklage nicht aufgefüllt sein, so müßten die Jahresüberschüsse der Folgejahre in voller Höhe in die gesetzliche Rücklage eingestellt werden, solange bis diese aufgefüllt ist<sup>633</sup>.

Auf diesen Streitpunkt soll in der vorliegenden Arbeit mangels Besonderheiten bezüglich der GmbH & Co. KGaA nicht näher eingegangen werden.

#### **b) Entsprechende Anwendung auf die Komplementär-Gesellschaft**

Ist die Komplementär-Gesellschaft aufgrund der Satzungsgestaltung herrschendes Unternehmen<sup>634</sup> gegenüber der GmbH & Co. KGaA, so ist in dieser eine gesetzliche Rücklage entsprechend § 300 Nr. 3 AktG zu bilden.

Problematisch an der Rücklageverpflichtung erscheint hierbei, daß in den meisten der geprüften Gesellschaften<sup>635</sup> der Jahresüberschuß allein den Kommanditaktionären zusteht, da die Komplementär-Gesellschaft weder eine Vermögenseinlage geleistet hat noch am Gewinn der GmbH & Co. KGaA partizipiert. Letztlich sind es dann die Kommanditaktionäre, die für die Auffüllung der gesetzlichen Rücklage aufkommen müssen. Dies unterscheidet die Sachlage bei einer durch Beherrschungsvertrag beherrschten Aktiengesellschaft, bei der das herrschende Unternehmen typischerweise die Kapitalmehrheit halten wird und damit zumindest für einen großen Teil der Rücklageverpflichtung aufkommt.

Jedoch setzt zum einen der Beherrschungsvertrag mit einer Aktiengesellschaft nicht die Kapitalbeteiligung des herrschenden Unternehmens voraus<sup>636</sup>. Zum anderen ist die Sachlage bei diesen Gesellschaften mit der Sachlage vergleichbar, die ohne Beherrschung durch die Komplementär-Gesellschaft bestünde. Denn bei letzteren ist die gesetzliche Rücklage nach § 150 Abs. 2 AktG ebenfalls in der Regel zu Lasten der Gewinnbeteiligung der Kommanditaktionäre aufzufüllen<sup>637</sup>. Die Rücklageverpflichtung des § 300 Nr. 3 AktG führt lediglich zu einer schnelleren Auffüllung der gesetzlichen Rücklage, nicht jedoch zu einer Verlagerung der Verpflichtung auf andere Gesellschaftergruppen<sup>638</sup>.

Schließlich ist die Rücklageverpflichtung auch nicht nach Sinn und Zweck der Norm ausgeschlossen. Dies wäre denkbar, wenn die Rücklageverpflichtung allein dem

---

<sup>632</sup> *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, §§ 70 Rn. 53; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 285; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 300 Rn. 11

<sup>633</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 300 Rn. 11; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, §§ 70 Rn. 53

<sup>634</sup> und ist sie „Unternehmen“ im schutzrechtlichem Sinne

<sup>635</sup> dies ist bei den Gesellschaften 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 26 und 30 der Fall

<sup>636</sup> Vgl. den Wortlaut des § 291 Abs. 1 AktG. Auch muß die verpflichtete Gesellschaft nicht bereits bei Vertragsschluß abhängig sein, *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 291 Rn. 5; Hüffer, AktG, § 291 Rn. 5.

<sup>637</sup> Denn auch bei einer solchen GmbH & Co. KGaA ist die Komplementär-Gesellschaft in der Praxis überwiegend nicht mit einer Kapitaleinlage beteiligt, so daß ihr auch keine Gewinnansprüche zustehen. Damit werden auch in einer „normalen“ GmbH & Co. KGaA die Rücklagen allein zu Lasten der Gewinnrechte der Kommanditaktionäre gebildet.

<sup>638</sup> Etwas anderes gilt, wenn ein hinreichender Jahresabschluß nicht vorliegt und man auch ohne einen solchen eine Verpflichtung zur Rücklagenbildung annimmt, vgl. oben unter D.II.2.bb). In diesem Fall trifft mangels eines Jahresüberschusses die Verpflichtung unter Umständen die herrschende Komplementär-Gesellschaft.

Schutz der Kommanditaktionäre dienen würde. Dann wäre fraglich, ob dieser Schutzzweck mit der in der Regel gegebenen, alleinigen wirtschaftlichen Belastung der Kommanditaktionäre durch die Rücklageverpflichtung vereinbar wäre. Die beschleunigte Bildung der gesetzlichen Rücklage dient jedoch vor allem dem Schutz der Gläubiger und dem Schutz der Gesellschaft selbst gegen Aushöhlung der Gesellschaftssubstanz<sup>639</sup>. Für dieses Schutzziel ist es nicht entscheidend, welche Gesellschaftergruppe die wirtschaftliche Belastung der Rücklageverpflichtung trägt.

### c) Zwischenergebnis

In der von ihrer Komplementär-Gesellschaft abhängigen GmbH & Co. KGaA ist eine gesetzliche Rücklage unter entsprechender Anwendung des § 300 Nr. 3 AktG zu bilden.

## 3. Gläubigerschutz gemäß § 303 AktG

### a) Pflichten aus der Norm

#### aa) Gesetzliche Regelung des § 303 AktG

Wird ein bestehender Beherrschungsvertrag beendet, so muß das bis dahin vertraglich herrschende Unternehmen den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft Sicherheit leisten, soweit deren Forderungen während der Laufzeit des Beherrschungsvertrags<sup>640</sup> begründet worden sind, § 303 Abs. 1 S. 1 AktG. Weitere Voraussetzung ist, daß die Gläubiger sich binnen einer Frist von sechs Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Beherrschungsvertrags zu diesem Zweck bei dem herrschendem Unternehmen gemeldet haben<sup>641</sup>.

Die Art der möglichen Sicherheitsleistung richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen der Sicherheitsleistung in §§ 232ff. BGB<sup>642</sup>. Hierbei kommen zunächst die § 323 Abs. 1 BGB aufgezählten Realsicherheiten in Betracht. Soweit solche nicht gestellt werden können, ist subsidiär die Bürgschaft eines Dritten möglich, § 232 Abs. 2 BGB<sup>643</sup>.

Das herrschende Unternehmen kann die Sicherheitsleistung durch Übernahme einer einfachen Bürgschaft abwenden, § 303 Abs. 3 AktG. Dem herrschenden Unternehmen steht insoweit ein Wahlrecht zu. Dies hat zur Folge, daß der Gläubiger nicht eine Bürgschaft ablehnen kann um eine Sicherheitsleistung gemäß §§ 323ff. BGB zu erhalten. In diesem Fall würde sein Recht aus § 303 Abs. 1 AktG erlöschen<sup>644</sup>.

---

<sup>639</sup> Hüffer, AktG, § 300 Rn. 1; *Altmeyen*, in: MK AktG, § 300 Rn. 1; Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 388; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 300 Rn. 1; Adler/Düring/Schmaltz, § 300 Rn. 4

<sup>640</sup> also bevor die Eintragung der Beendigung des Beherrschungsvertrags in das Handelsregister nach § 10 HGB als bekanntgemacht gilt, § 303 Abs. 1 S. 1 AktG

<sup>641</sup> § 303 Abs. 1 S. 1 AktG

<sup>642</sup> vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 297; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 303 Rn. 13

<sup>643</sup> vgl. Hüffer, AktG, § 303 Rn. 6; *Altmeyen*, in: MK AktG, § 303 Rn. 33f.;

<sup>644</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 303 Rn. 13; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 301.

### **bb) Entsprechende Anwendung auf die Komplementär-Gesellschaft**

Wendet man den § 303 AktG entsprechend auf die hier gegebene Situation der Beherrschung der GmbH & Co. KGaA durch die Komplementär-Gesellschaft an, so müßte diese bei „Beendigung“ der Sachlage, welche die Vergleichbarkeit mit dem Beherrschungsvertrag begründet, Sicherheit leisten oder aber sich für die Verbindlichkeit verbürgen.

Fraglich ist, worin eine solche „Beendigung“ hier gesehen werden könnte. In der geprüften Situation besteht kein Beherrschungsvertrag, so daß auf dessen Beendigung nicht abgestellt werden kann. Die vergleichbare Sachlage, die eine entsprechende Anwendung der Rechtsfolgenormen des Aktienkonzernrechts rechtfertigt, wird durch die Satzung der GmbH & Co. KGaA und durch die schutzrechtliche Unternehmenseigenschaft der Komplementär-Gesellschaft geschaffen. Für eine „Beendigung“ kommt daher entweder eine Änderung der Satzung oder aber eine Änderung in der Unternehmenseigenschaft in Betracht.

Eine „Beendigung“ durch Satzungsänderung wäre dahingehend denkbar, daß die Rechtsstellung der Komplementär-Gesellschaft derart verändert wird, daß diese einen „beherrschenden Einfluß“ nicht mehr gewährleistet. Hier könnte an die Bestellung einer weiteren Komplementär-Gesellschaft<sup>645</sup> oder aber die Einführung des Widerspruchsrechts der Gesamtheit der Komplementäre bei außergewöhnlichen Geschäften nach § 164 S. 1 Hs. 2 HGB gedacht werden<sup>646</sup>. Ebenfalls in Betracht kommt hier das Ausscheiden der Komplementär-Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafterin.

Eine „Beendigung“ durch Änderung der Unternehmenseigenschaft kommt dadurch in Betracht, daß die Umstände, die einen Konzernkonflikt bei der Komplementär-Gesellschaft konstituieren, wegfallen. So könnte die Komplementär-Gesellschaft ihren eigenen unternehmerischen Betrieb aufgeben oder aber bei der sternförmigen Struktur als Komplementärin der anderen Gesellschaften ausscheiden.

### **b) Pflichten ohne Anwendung der Norm**

Die Komplementär-Gesellschaft ist für alle Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KGaA persönlich und unbeschränkt haftbar, § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 128 HGB.

Scheidet die Komplementär-Gesellschaft aus der GmbH & Co. KGaA aus, so haftet sie nach § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 160 Abs. 1 HGB für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KGaA. Voraussetzung für diese Haftung ist, daß die Verbindlichkeiten vor Ablauf von fünf Jahren fällig werden und daraus Ansprüche gegen die Komplementär-Gesellschaft festgestellt<sup>647</sup> oder

---

<sup>645</sup> oder einer natürlichen Person als Komplementär, was aber praktisch unwahrscheinlich ist, da dadurch die Haftungsbeschränkung für natürliche Personen und damit ein wesentlicher Vorteil der Rechtsform GmbH & Co. KGaA entfielen

<sup>646</sup> vgl. zu der dann nicht gegebenen Herrschaftsmacht die Ausführungen unter C.II.2

<sup>647</sup> die Feststellung muß in einer nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB bezeichneten Art erfolgen, § 160 Abs. 1 S. 1 HGB

gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlungen vorgenommen worden sind<sup>648</sup>.

### c) Erweiterung der Pflichten durch die Norm?

Fraglich ist, ob durch eine entsprechende Anwendung des § 303 AktG die Pflichten der Komplementär-Gesellschaft erweitert werden würden. Nur dann, wenn tatsächlich eine Erweiterung der Pflichten der Komplementär-Gesellschaft vorläge, wäre eine entsprechende Anwendung der Norm sinnvoll.

Liegt die „Beendigung“<sup>649</sup> der Situation, die mit einem Beherrschungsvertrag vergleichbar ist, in einer Weise vor, bei der die Komplementär-Gesellschaft noch persönlich haftende Gesellschafterin der GmbH & Co. KGaA bleibt, so wäre diese noch persönlich haftbar für alle Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KGaA. Würde sie aus § 303 Abs. 1 AktG auf Stellung von Sicherheiten in Anspruch genommen werden, so könnte sie sich nach § 303 Abs. 3 AktG für die Verbindlichkeit verbürgen, statt eine Sicherheit zu leisten. Dabei steht ihr die Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB zu, diese ist nach der ausdrücklichen Regelung des § 303 Abs. 3 S. 2 AktG nicht nach § 349 HGB ausgeschlossen<sup>650</sup>. Gleichzeitig ist die Komplementär-Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KGaA direkt, also ohne Einrede der Vorausklage, persönlich haftbar<sup>651</sup>. Ein Gläubiger der GmbH & Co. KGaA würde durch eine Bürgschaft der Komplementär-Gesellschaft somit weniger erhalten, als er bereits durch die persönliche Haftung der Komplementär-Gesellschaft an Rechtsposition innehat. In dieser Situation ist die entsprechende Anwendung des § 303 AktG somit sinnlos<sup>652</sup>.

Wird die dem Beherrschungsvertrag vergleichbare Situation derart „beendet“, daß die Komplementär-Gesellschaft aus der Stellung als persönlich haftender Gesellschafterin ausscheidet, so besteht eine Nachhaftung der Komplementär-Gesellschaft<sup>653</sup>. Diese kann theoretisch dann im Umfang hinter einer Sicherung durch § 303 AktG zurückbleiben, wenn es sich um Forderungen handelt, die zwar einerseits innerhalb der Frist von sechs Monaten nach „Beendigung“<sup>654</sup> gemeldet worden sind, andererseits nicht innerhalb von fünf Jahren im Sinne des § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB festgestellt<sup>655</sup> werden. Dies wäre zum Beispiel bei Dauerschuldverhältnissen wie Miete und Pacht denkbar. Jedoch ist auch bei diesen Dauerschuldverhältnissen eine entsprechende Anwendung der Nachhaftungsbegrenzung auf fünf Jahre entsprechend § 160 Abs. 1 HGB denkbar<sup>656</sup> beziehungsweise eine anderweitige Haftungsbegrenzung vorzunehmen<sup>657</sup>. In der Praxis werden die Ansprüche aus einer

---

<sup>648</sup> bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlaß eines Verwaltungsakts, § 160 Abs. 1 S. 1 a.E. HGB

<sup>649</sup> vgl. zu den verschiedenen denkbaren Beendigungsszenarien oben unter D.II.3.a)bb)

<sup>650</sup> vgl. Hüffer, AktG, § 303 Rn. 9

<sup>651</sup> §§ 161 Abs. 2, 128ff. HGB

<sup>652</sup> Dementsprechend kommt es auch nicht auf Einzelheiten wie die fristgerechte Meldung der Verbindlichkeiten nach § 303 Abs. 1 AktG an.

<sup>653</sup> vgl. zur Nachhaftung oben unter C.II.3.b)

<sup>654</sup> hierbei ist jedoch fraglich, ob diese Frist anwendbar ist, da eine Bekanntgabe der „Beendigung“ mangels eines Beherrschungsvertrags nicht erfolgt

<sup>655</sup> § 160 Abs. 1 HGB

<sup>656</sup> vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 300

<sup>657</sup> Dazu *Altmeyden*, in: MK AktG, § 303 Rn. 26ff. der keine entsprechende Anwendung des § 160 HGB annehmen möchte, aber zu einer Haftungsbegrenzung nach dem „schutzwürdigen

entsprechenden Anwendung des § 303 AktG auf die hier vorliegende Sachlage die bereits aufgrund der Nachhaftung der Komplementär-Gesellschaft begründeten Pflichten nicht erweitern. Auch in dieser Situation ist die entsprechende Anwendung des § 303 AktG somit in der Regel wenig sinnvoll.

#### **d) Zwischenergebnis**

Mit einer entsprechenden Anwendung des § 303 AktG auf die Situation einer Beherrschung der GmbH & Co. KGaA sind in der Regel keine zusätzlichen Pflichten der Komplementär-Gesellschaft verbunden. Daher besteht insoweit kein Bedürfnis für eine solche entsprechende Anwendung.

### **4. Haftung der Geschäftsführer gemäß § 309 AktG**

#### **a) Pflichten aus der Norm**

##### **aa) Gesetzliche Regelung des § 309 AktG**

Nach § 309 Abs. 1 AktG haben die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens gegenüber der Gesellschaft bei der Erteilung von Weisungen an diese die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Verletzen sie ihre Pflichten, so sind sie der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz des aus dieser Verletzung entstehenden Schadens verpflichtet, § 309 Abs. 2 S. 1 AktG.

Die Vorschrift des § 309 AktG ist im wesentlichen der Regelung des § 93 AktG bezüglich der Verantwortlichkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft nachgebildet<sup>658</sup>. Unterschiede bestehen darin, daß nach § 309 Abs. 4 S. 1 und 2 AktG jeder Aktionär das Recht hat, den Ersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft geltend zu machen, wobei nur Leistung an die Gesellschaft gefordert werden kann. Weiterhin bestehen Unterschiede insoweit, als daß nach § 309 Abs. 4 AktG die Gläubiger stets den Schadensersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft geltend machen können, falls sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können, und nicht darin zum Teil<sup>659</sup> auf die Fälle gröblicher Pflichtverletzung<sup>660</sup> beschränkt sind.

Ist das herrschende Unternehmen eine GmbH, so sind deren Geschäftsführer als gesetzliche Vertreter Adressaten des § 309 AktG<sup>661</sup>. Ist das herrschende Unternehmen eine GmbH & Co. KG, so sind die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH Adressaten der Norm. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob § 309 Abs. 1 AktG direkt<sup>662</sup> oder entsprechend<sup>663</sup> angewendet werden muß<sup>664</sup>.

---

Vertrauen“ des Gläubigers gelangt (Rn. 31), also nur eine Haftung bis zur nächstmöglichen ordentlichen Kündigungsmöglichkeit annimmt.

<sup>658</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 309 Rn. 1; Hüffer, AktG, § 309 Rn. 1

<sup>659</sup> Diese Beschränkung besteht bei § 93 Abs. 5 S. 2 AktG nur dann, wenn andere Pflichtverletzungen als die in § 93 Abs. 3 AktG aufgezählten vorliegen.

<sup>660</sup> § 93 Abs. 2 S. 2 AktG

<sup>661</sup> § 309 Abs. 1 AktG i.V.m. § 35 Abs. 1 GmbHG, vgl. Hüffer, AktG, § 309 Rn. 3

<sup>662</sup> *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl AktG, § 309 Rn. 11

Die Sorgfaltspflicht nach § 309 AktG besteht grundsätzlich nur bezüglich von erteilten Weisungen. Die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens sind nicht vollständig für die Geschäftsführung im abhängigem Unternehmen verantwortlich, sondern nur in dem Umfang, in dem sie durch Weisung Einfluß genommen haben<sup>665</sup>. Weisungen, die sich im Rahmen dessen halten, was durch den Beherrschungsvertrag an Leitungsmacht eingeräumt wurde, sind dabei generell nicht rechtswidrig und damit nicht sorgfaltspflichtwidrig<sup>666</sup>. Werden die Grenzen zulässiger Weisung überschritten, muß dabei zusätzlich ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vorliegen, um einen Sorgfaltsverstoß nach § 309 AktG zu begründen<sup>667</sup>.

#### **bb) Entsprechende Anwendung des § 309 AktG auf die herrschende Komplementär-Gesellschaft**

Die Vorschrift des § 309 AktG begründet eine Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens bei Weisungserteilung an die abhängige Gesellschaft. Somit wird vorausgesetzt, daß „Weisungen“ erteilt werden. Im Fall der Beherrschung einer GmbH & Co. KGaA durch deren Komplementär-Gesellschaft ist letztere gleichzeitig das Leitungsorgan der beherrschten GmbH & Co. KGaA. Die Geschäftsführer beider Gesellschaften sind identisch. Für die Ausübung der Leitungsmacht bedarf es keiner Weisungen<sup>668</sup>. Vielmehr ist jede Handlung der GmbH & Co. KGaA von der Komplementär-Gesellschaft als herrschendem Unternehmen veranlaßt.

Für die Anwendung des § 309 AktG kann es keine Rolle spielen, ob die Leitung der abhängigen Gesellschaft über eine Weisung an die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft mittelbar geschieht, oder aber die Leitung direkt ausgeübt wird. In diesem Fall ist erst recht § 309 AktG entsprechend anzuwenden, mit der Ausdehnung, daß die Sorgfaltspflicht nach § 309 Abs. 1 AktG bei allen Geschäftsführungsmaßnahmen der Komplementär-Gesellschaft für die GmbH & Co. KGaA besteht<sup>669</sup>.

Der für die Ausübung der „Weisungsrechte“ bestehende Pflichtenrahmen ergibt sich aus den organschaftlichen Pflichten der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA. Die Komplementär-Gesellschaft ist aufgrund ihrer organschaftlichen Stellung zur Geschäftsführung der GmbH & Co. KGaA in deren Interesse verpflichtet<sup>670</sup>. Die Komplementär-Gesellschaft darf die GmbH & Co.

---

<sup>663</sup> Hüffer, AktG, § 309 Rn. 3, der § 309 AktG bei einer GmbH & Co. KG direkt auf die Komplementär-Gesellschaft anwenden will, bei deren Geschäftsführern dagegen eine entsprechende Anwendung annimmt.

<sup>664</sup> *Altmeyen*, in: MK AktG, § 309 Rn. 15; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 309 Rn. 17

<sup>665</sup> *Altmeyen*, in: MK AktG, § 309 Rn. 46

<sup>666</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 308 Rn. 8

<sup>667</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 309 Rn. 9

<sup>668</sup> vgl. oben unter C.V.

<sup>669</sup> Vgl. *Altmeyen*, in: MK AktG, § 309 Rn. 59 und *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 309 Rn. 5 zu dem Sonderfall einer Bevollmächtigung des herrschenden Unternehmens zur Führung der Geschäfte des abhängigen Unternehmens. Dieser Sonderfall ist mit der hier vorliegenden Lage der Geschäftsführung durch die herrschende Komplementär-Gesellschaft vergleichbar.

<sup>670</sup> vgl. oben unter D.I.2.c)aa)

KGaA durch nachteilige „Weisungen“ im Interesse des Unternehmensverbunds oder einzelner anderer Konzernunternehmen nicht schädigen.

Damit ist der Umfang der „Weisungsrechte“, innerhalb dessen mangels Rechtswidrigkeit keine Sorgfaltspflichten verletzt werden, beschränkt. Generell sind Handlungen, die gegen die organschaftlichen Pflichten der Komplementär-Gesellschaft verstoßen, rechtswidrig<sup>671</sup>. Entsprechende Handlungen durch die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft würden dann gegen die Sorgfaltspflicht aus § 309 Abs. 1 AktG verstoßen.

**b) Pflichten ohne Anwendung der Norm**

**aa) Mittelbare Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA**

Nach §§ 283 Nr. 3, 93 AktG gelten für den persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA sinngemäß die für den Vorstand einer Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit. Davon ist direkt zunächst nur die Komplementär-Gesellschaft selbst, nicht aber deren Geschäftsführung<sup>672</sup> erfaßt. Denn im Gegensatz zu § 309 Abs. 1 AktG stellt § 283 Nr. 3 AktG nicht auf die geschäftsführenden Personen, sondern auf das Gesellschaftsorgan Komplementär ab.

Fraglich ist, ob auch die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft eine Sorgfaltspflicht gegenüber der GmbH & Co. KGaA trifft.

**aaa) Ausdehnung der Sorgfaltspflicht gem. §§ 283 Nr. 3, 93 AktG**

Eine direkte Verantwortlichkeit der Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA könnte sich durch eine entsprechende Anwendung der §§ 283 Nr. 3, 93 AktG auf die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft ergeben<sup>673</sup>.

Bei einer solchen Ausdehnung könnten jedoch die vertraglichen und gesetzlichen Pflichten des jeweiligen Geschäftsführers gegenüber „seiner“ GmbH, also entweder der Komplementär-GmbH oder aber einer Komplementär-GmbH innerhalb einer Komplementär-GmbH & Co. KG, nicht hinreichend berücksichtigt werden. Der Geschäftsführer ist organschaftlich zur Wahrung der Interessen „seiner“ GmbH verpflichtet, § 43 Abs. 1 GmbHG. Gerade im geprüften Fall sind die Interessen der Komplementär-Gesellschaft nicht mit den Interessen der GmbH & Co. KGaA identisch, da ein „Konzernkonflikt“ bei der Komplementär-Gesellschaft besteht. Auch hat der Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafter „seiner“ GmbH zu

---

<sup>671</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, daß sich der organschaftliche Pflichtenrahmen bei einer Abhängigkeit ändert. Insoweit werden die Sorgfaltspflichten aus §§ 283 Nr. 3, 93 AktG teilweise durch die Vorschriften des Aktienkonzernrechts überlagert. So sind nach § 311 AktG nachteilige Einflußnahmen durch das herrschende Unternehmen möglich, wenn gleichzeitig oder gestreckt ein Nachteilsausgleich erfolgt. Zu dieser Möglichkeit der nachteiligen Einflußnahme unter Wahrung der Vermögensinteressen der GmbH & Co. KGaA unten unter D.III.1.

<sup>672</sup> also die natürlichen Personen in der Geschäftsführung in der Komplementär-GmbH oder in der Komplementär-GmbH einer Komplementär-GmbH & Co. KG

<sup>673</sup> Graf, S. 243ff., insbesondere S. 246

folgen, § 37 Abs. 1 GmbHG, soweit nicht die erteilte Weisung unwirksam ist<sup>674</sup>. Folgt er einer wirksamen Weisung, so ist er gegenüber „seiner“ GmbH nicht haftbar<sup>675</sup>. Entsprechendes gilt bei Weisungen der Gesellschafter der Komplementär-GmbH innerhalb einer GmbH & Co. KG und bei entsprechendem Weisungsrecht von Kommanditisten innerhalb der GmbH & Co. KG<sup>676</sup>.

Daher sind die Sorgfaltspflichten der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA aus §§ 283 Nr. 3, 93 AktG nicht entsprechend auf die Geschäftsführer anzuwenden<sup>677</sup>.

### bbb) Ausdehnung des Schutzbereichs des § 43 Abs. 1 GmbHG

Kann die Sorgfaltspflicht der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA zwar nicht auf die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft ausgedehnt werden, so ist jedoch eine Ausdehnung der Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer gegenüber der jeweiligen Komplementär-Gesellschaft<sup>678</sup> auf die GmbH & Co. KGaA anzunehmen<sup>679</sup>. Vergleichbar ist dies mit der Situation bei der GmbH & Co. KG<sup>680</sup>.

Die Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH sind dieser gegenüber zur Sorgfalt eines ordentlichen „Geschäftsmannes“ verpflichtet<sup>681</sup>. Ist die Komplementär-Gesellschaft eine GmbH & Co. KG, so sind die Geschäftsführer ihrer Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co. KG zur entsprechenden Sorgfalt verpflichtet, solange die Führung der Geschäfte der GmbH & Co. KG wesentliche Aufgabe derer Komplementär-GmbH ist<sup>682</sup>.

Zu den Pflichten der Komplementär-Gesellschaft gehört die Führung der Geschäfte der GmbH & Co. KGaA. Daraus wird abgeleitet, daß die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft bei Ausübung dieser Pflichten zu der selben Sorgfalt wie gegenüber der Komplementär-Gesellschaft verpflichtet seien<sup>683</sup>. Denn die Interessen

---

<sup>674</sup> vgl. dazu *Arnold*, S. 93

<sup>675</sup> vgl. *Mertens*, in: Hachenburg GmbHG, § 43 Rn. 69; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 22f.; *Koppensteiner*, in: Rowedder, GmbHG, § 43 Rn. 26

<sup>676</sup> *Konzen*, in: NJW 1989, 2977, 2982f.

<sup>677</sup> im Ergebnis ebenso: *Arnold*, S. 93f.

<sup>678</sup> bei einer GmbH direkt gegenüber dieser, bei einer GmbH & Co. KG zunächst gegenüber derer Komplementär-GmbH und damit mittelbar gegenüber der GmbH & Co. KG

<sup>679</sup> vgl. *Arnold*, S. 94f.; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 330, 376; *Semler/Perlitt*, in: GK AktG, § 283 Rn. 19

<sup>680</sup> vgl. dazu *Schneider*, in: Scholz GmbHG, § 43 Rn. 284ff.; *Arnold*, S. 88ff.; *Sethe*, S. 166

<sup>681</sup> § 43 Abs. 1 GmbHG

<sup>682</sup> Die Literatur nimmt mit unterschiedlichen dogmatischen Ansätzen eine direkte Verantwortlichkeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co. KG an. Teilweise wird § 43 GmbHG analog angewendet (vgl. *Konzen*, in: NJW 1989, 2977, 2984), teilweise wird die KG in den Schutzbereich der organschaftlichen Haftung einbezogen (vgl. *Stimpel*, in: AG 1986, 117, 119; *Breitfeld*, in: Sudhoff GmbH & Co. KG, § 15 Rn. 112ff. (S. 258)). Die Rechtsprechung gelangt zu dem selben Ergebnis, wobei auch hier die dogmatische Begründung unterschiedlich ist: BGHZ 76, 326, 337f.; BGHZ 75, 321, 322ff.; BGHZ 100, 190, 193 stellen dabei auf die drittschützende Wirkung des Dienstvertrags des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH ab, die gegenüber der GmbH & Co. KG bestehe. Dagegen stellt BGH WM 1980, 593, 593 und BGH GmbHR 1981, 191, 192 ausdrücklich auf die drittschützende Wirkung des § 43 GmbHG ab.

<sup>683</sup> vgl. *Arnold*, S. 94

der Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KGaA sind dann hinsichtlich der Geschäftsführung identisch. Grundlage dieser Überlegung ist freilich, daß die Führung der Geschäfte der GmbH & Co. KGaA tatsächlich die wesentliche Aufgabe der Komplementär-Gesellschaft ist<sup>684</sup>.

Wenn die Komplementär-Gesellschaft auch andere wirtschaftliche Interessen hat, wie es bei der hier geprüften Komplementär-Gesellschaft als „Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinne der Fall ist, gelten diese Grundsätze nicht unmodifiziert. Denn dann sind die Interessen der Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KGaA eben nicht identisch. Eine Sorgfaltspflichtverletzung der Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA besteht hier nur dann, wenn zugleich Sorgfaltspflichten gegenüber der Komplementär-Gesellschaft verletzt worden sind<sup>685</sup>.

Festzuhalten ist, daß die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bzw. der Komplementär-GmbH innerhalb einer Komplementär-GmbH & Co. KG gegenüber der GmbH & Co. KGaA mittelbar zu derselben Sorgfalt wie gegenüber der Komplementär-Gesellschaft verpflichtet sind<sup>686</sup>.

### **ccc) Zwischenergebnis**

Ohne entsprechende Anwendung des § 309 AktG auf die Geschäftsführer der jeweiligen Komplementär-Gesellschaft besteht eine mittelbare Sorgfaltspflicht dieser Geschäftsführer gegenüber der GmbH & Co. KGaA. Diese Sorgfaltspflicht besteht aufgrund entsprechender Anwendung des § 43 Abs. 1 GmbHG.

### **bb) Inhalt der mittelbaren Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft**

Fügt die Komplementär-Gesellschaft der GmbH & Co. KGaA Nachteile zu, so ist fraglich, ob und unter welchen Voraussetzungen darin eine Sorgfaltspflichtverletzung der Geschäftsführer zu sehen ist. Problematisch daran ist, daß sich der Pflichtenrahmen nach den Pflichten des jeweiligen Geschäftsführers gegenüber „seiner“ Gesellschaft richtet. Diese Interessen sind nicht mit denen der GmbH & Co. KGaA deckungsgleich<sup>687</sup>.

Bei Handlungen der Geschäftsführer für die Komplementär-Gesellschaft, die gegen die organschaftlichen Pflichten der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA verstoßen, ist die Komplementär-Gesellschaft schadenersatzpflichtig<sup>688</sup>. Damit entsteht der Komplementär-Gesellschaft ein Schaden, wenn deren

---

<sup>684</sup> Vgl. dazu betreffend die GmbH & Co. KG: *Schneider*, in: Scholz GmbHG, § 43 Rn. 286f.; *Breitfeld*, in: Sudhoff GmbH & Co. KG, § 15 Rn. 112ff. (S. 258). Der BGH (GmbHR 1992, 691) hat ausdrücklich offengelassen, ob die Schutzwirkung auch dann bestehe, wenn die Komplementär-Gesellschaft auch andere Pflichten habe.

<sup>685</sup> dazu sogleich eingehender

<sup>686</sup> Dabei soll durch vertragliche Vereinbarung zwischen der Komplementär-Gesellschaft und den Geschäftsführern ein geringerer Sorgfaltsmaßstab nicht vereinbart werden können, vgl. dazu die eingehende Begründung bei *Arnold*, S. 94f.

<sup>687</sup> Dies ergibt sich schon aus der in der hier geprüften Konstellation vorliegenden Unternehmenseigenschaft der Komplementär-Gesellschaft, die einen Konzernkonflikt voraussetzt.

<sup>688</sup> vgl. oben unter D.I.2.c)aa)

Geschäftsführer zugunsten anderer Konzernunternehmungen nachteilig auf die GmbH & Co. KGaA einwirken.

Daraus könnte sich eine Sorgfaltspflichtverletzung der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 1 GmbHG gegenüber der Komplementär-GmbH bzw. der Komplementär-GmbH innerhalb einer Komplementär-GmbH & Co. KG ergeben. Jedoch ist hier zu berücksichtigen, ob und inwieweit dieser Schaden durch einen entsprechenden Vorteil der Komplementär-Gesellschaft bei deren anderen Unternehmungen kompensiert wird. Der Geschäftsführer muß also zwischen den Vorteilen und Nachteilen der Komplementär-Gesellschaft aus einer Einwirkung auf die GmbH & Co. KGaA abwägen.

Eine Sorgfaltspflichtverletzung gegenüber der Komplementär-Gesellschaft läge dann nicht vor, wenn der Vorteil für die anderen Konzernunternehmungen die Summe der Schadensersatzverpflichtung gegenüber der GmbH & Co. KGaA erreicht oder übersteigt. Mangels einer Sorgfaltspflichtverletzung gegenüber der Komplementär-Gesellschaft kommt auch eine mittelbare Sorgfaltspflichtverletzung gegenüber der GmbH & Co. KGaA nicht in Betracht, da diesbezüglich die Grenzen der Sorgfaltspflichten gegenüber der Komplementär-Gesellschaft gelten.

Ebenfalls nicht sorgfaltspflichtwidrig wären Handlungen der Geschäftsführer innerhalb der Komplementär-Gesellschaft, die auf einer rechtmäßigen Weisung<sup>689</sup> der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH bzw. der Komplementär-GmbH innerhalb einer Komplementär-GmbH & Co. KG beruhen<sup>690</sup>.

---

<sup>689</sup> Ob eine solche Weisung rechtmäßig wäre, ist problematisch:

Der entsprechende Gesellschafterbeschuß könnte einerseits nichtig sein. Durch seine Ausführung würde gegen die zwingende (vgl. *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 283 Rn. 4; Hüffer, AktG, § 283 Rn. 1; *Mertens*, in: KK AktG, § 93 Rn. 4) gesetzliche Pflicht der Komplementär-Gesellschaft aus § 283 Nr. 3 AktG zur ordentlichen Geschäftsführung verstoßen werden, die auch dem Gläubigerschutz dient (zum Gläubigerschutz: *Hopt*, in: GK AktG, § 93 Rn. 12). Ob die Pflicht zur ordentlichen Geschäftsführung bestimmt genug ist, um zu einer Nichtigkeit eines entgegenstehenden Gesellschafterbeschlusses zu führen, ist zweifelhaft.

Denkbar ist andererseits, daß ein solcher Gesellschafterbeschuß wegen Verletzung der den Gesellschaftern obliegenden Treuepflicht anfechtbar sein könnte. Im geprüften Fall käme dabei die Treuepflicht der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA und deren Kommanditaktionären in Betracht (vgl. zu dieser Treuepflicht: *Arnold*, S. 99; *Overlack*, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, S. 251ff.). Hierbei ist jedoch zu beachten, daß eine Weisung gegenüber den Geschäftsführern nur dann nicht zu beachten sein könnte, wenn dadurch eine Treuepflicht gegenüber der Komplementär-GmbH oder der Komplementär-GmbH innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG verletzt werden würde. Ob diese Treuepflichten durch die Gesellschafter verletzt werden, ist dabei eine Frage des Einzelfalls. Die Verletzung der Geschäftsführungspflichten der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA ist für die Frage einer Folgepflicht dagegen nicht entscheidend (vgl. für die parallele Situation einer Weisung an den Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH innerhalb einer GmbH & Co. KG: *Konzen*, in: NJW 1989, 2977, 2982).

Letztlich braucht diese Frage im Rahmen dieser Arbeit nicht entschieden zu werden, da die Geschäftsführer bereits wegen der ansonsten drohenden persönlichen Haftung nach § 309 AktG analog den Anweisungen der Gesellschafterversammlung der Komplementär-Gesellschaft nicht Folge leisten müssen.

<sup>690</sup> Zum Entfallen der Sorgfaltspflichtverletzung bei zu beachtender Weisung: *Schneider*, in: Scholz GmbHG, § 43 Rn. 95; *Konzen*, in: NJW 1989, 2977, 2982; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 28f.; *Mertens*, in: Hachenburg GmbHG, § 43 Rn. 69; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43 Rn. 22f.; *Koppensteiner*, in: Rowedder, GmbHG, § 43 Rn. 26.

**cc) Vorrang der mittelbaren Sorgfaltspflicht vor § 309 AktG?**

§ 309 AktG hat die Funktion, eine fehlende Organbeziehung zwischen dem beherrschten Unternehmen und der Geschäftsführung des herrschenden Unternehmens auszugleichen. Besteht eine solche Organbeziehung, könnte § 309 AktG unter Umständen nicht anwendbar sein. Diese Sachlage wird bezüglich von Vorstands-Doppelmandaten diskutiert, bei denen ein Vorstand einer abhängigen Aktiengesellschaft gleichzeitig Mandatsträger bei dem herrschendem Unternehmen ist. Handelt in diesem Fall das Vorstandsmitglied innerhalb der abhängigen Gesellschaft als deren Organwalter, so haftet er nach einer Ansicht nur nach § 93 AktG, nicht dagegen nach § 309 AktG<sup>691</sup>. Nach anderer Ansicht bestehen beide Haftungen nebeneinander<sup>692</sup>.

Zwar ist die Situation der Vorstands-Doppelmandate mit der hier geprüften Situation der Geschäftsführung der GmbH & Co. KGaA durch die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft generell vergleichbar, jedoch besteht gerade keine direkte Organbeziehung zwischen den Geschäftsführern und der GmbH & Co. KGaA. Die Geschäftsführer sind allein der Komplementär-GmbH bzw. der Komplementär-GmbH innerhalb einer Komplementär-GmbH & Co. KG organschaftlich verbunden. Nur dieser gegenüber besteht eine direkte Sorgfaltspflicht aus § 43 Abs. 1 GmbHG, deren Schutzbereich lediglich ausgedehnt wird.

Folglich kann die mittelbare Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG analog nicht die Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer aus § 309 AktG verdrängen.

**c) Erweiterung der Pflichten durch die entsprechende Anwendung des § 309 AktG**

Sowohl die Sorgfaltspflicht aus § 309 AktG analog als auch die mittelbare Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer<sup>693</sup> geben der GmbH & Co. KGaA einen direkten Anspruch gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft. Beide Ansprüche unterscheiden sich jedoch bezüglich des Umfangs der Pflichten.

Der nicht konzernrechtliche Anspruch aus entsprechender Anwendung des § 43 Abs. 1 GmbHG erweitert lediglich den Anwendungsbereich der Sorgfaltspflichten auf die GmbH & Co. KGaA. Der Inhalt der Sorgfaltspflichten ergibt sich jedoch weiterhin danach, welche Sorgfaltspflichten die Geschäftsführer gegenüber der Komplementär-GmbH beziehungsweise gegenüber der Komplementär-GmbH in einer Komplementär-GmbH & Co. KG haben<sup>694</sup>.

Der konzernrechtliche Anspruch ist direkt auf Sorgfaltspflichten gegenüber der abhängigen GmbH & Co. KGaA gerichtet. Für den Anspruch aus § 309 AktG analog ist im geprüften Fall unerheblich, ob der herrschenden Komplementär-Gesellschaft

---

<sup>691</sup> vgl. *Altmeyden*, in: MK AktG, § 309 Rn. 61; Hüffer, AktG, § 309 Rn. 28f.

<sup>692</sup> *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 309 Rn. 6

<sup>693</sup> Damit ist die Sorgfaltspflicht gegenüber der Komplementär-GmbH bzw. der Komplementär-GmbH innerhalb einer Komplementär-GmbH & Co. KG gemeint, die auf die GmbH & Co. KGaA erweitert wird.

<sup>694</sup> vgl. D.II.4.b)bb)

ein kompensierender Vorteil zufließt<sup>695</sup>. Denn die schädigende Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA ist als solche nicht gestattet, auch dann nicht, wenn ein Vorteil für die anderen Unternehmungen der Komplementär-Gesellschaft daraus erwachsen sollte<sup>696</sup>.

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Anspruch aus § 309 AktG analog und den nicht konzernrechtlichen Ansprüchen durch entsprechende Anwendung des § 43 GmbHG besteht in den in § 309 AktG enthaltenen Rechten der Aktionäre zur Klageerhebung und den nicht vorhandenen tatbestandlichen Haftungsausschlüssen<sup>697</sup>.

Durch die entsprechende Anwendung des § 309 AktG besteht eine direkte Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA. Er hat somit nicht mehr allein die Interessen „seiner“ Gesellschaft zu wahren, sondern auch die der GmbH & Co. KGaA.

#### **d) Zwischenergebnis**

§ 309 AktG ist entsprechend auf den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH oder der Komplementär-GmbH innerhalb einer Komplementär-GmbH & Co. KG anzuwenden.

Im Gegensatz zu den normalen organschaftlichen Pflichten ist damit eine Erweiterung des Pflichtenrahmens verbunden, weil der Geschäftsführer nicht nur die Interessen „seiner“ Gesellschaft, sondern auch die der GmbH & Co. KGaA zu wahren hat. Da im hier geprüften Fall der Geschäftsführer der herrschenden Komplementär-Gesellschaft alle Geschäfte der GmbH & Co. KGaA führt, ist er dieser gegenüber durch entsprechende Anwendung des § 309 AktG im Ergebnis den selben Sorgfaltspflichten unterworfen, wie sie § 93 AktG für den Vorstand einer Aktiengesellschaft aufstellt.

### **5. Sicherung der außenstehenden Aktionäre gemäß §§ 304ff. AktG?**

#### **a) Gesetzliche Regelungen**

Durch die Vorschriften der §§ 304 bis 307 AktG sollen die „außenstehenden Aktionäre“ bei Abschluß eines Gewinnabführungsvertrags oder eines Beherrschungsvertrags gesichert werden<sup>698</sup>.

Diese Sicherung geschieht im Rahmen des § 304 AktG dadurch, daß die Nachteile, die dem „außenstehenden Aktionär“ aufgrund des Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrags entstehen, kompensiert werden<sup>699</sup>. Im Fall des hier

---

<sup>695</sup> Dies steht im Widerspruch zur Lage beim Beherrschungsvertrag, bei dem in der Regel (Ausnahme ist die entsprechende Bestimmung gemäß § 308 Abs. 1 S. 2 AktG) nachteiliger Einfluß auf das abhängige Unternehmen genommen werden darf, wenn dadurch ein entsprechender Vorteil bei den anderen Konzernunternehmungen entsteht.

<sup>696</sup> vgl. oben unter D.I.2.c)aa)

<sup>697</sup> vgl. oben unter D.II.4.a)aa)

<sup>698</sup> Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 394

<sup>699</sup> vgl. Hüffer, AktG, § 304 Rn. 1; *Bilda*, in: MK AktG, § 304 Rn. 7, 58

untersuchten Beherrschungsvertrags ist diese Kompensation durch Gewährung einer Dividendengarantie an die „außenstehenden Aktionäre“ zu leisten, § 304 Abs. 1 S. 2 AktG. Dabei wird berücksichtigt, daß das abhängige Unternehmen im Gegensatz zur Lage beim Gewinnabführungsvertrag durchaus einen Gewinn ausweisen kann, dieser Gewinn aber aufgrund des Rechts zur Nachteilszufügung im Konzerninteresse nach § 308 Abs. 1 S. 2 AktG geringer sein kann, als der Gewinn ohne beherrschungsvertragliche Bindung<sup>700</sup>. Der Umfang der Dividendengarantie richtet sich danach, welche Dividende ohne Abschluß des Beherrschungsvertrags in der Zukunft verteilt werden könnte<sup>701</sup>. Letztendlich ist also die Differenz zwischen der ohne Beherrschungsvertrag zu erwartenden Dividende und der tatsächlich ausgeschütteten Dividende zu zahlen<sup>702</sup>. Die Dividendengarantie ist vom anderen Vertragsteil zu leisten<sup>703</sup>.

Durch die Ausgleichsregelungen des § 304 AktG ist es dem „außenstehenden Aktionär“ ermöglicht, in der abhängigen Gesellschaft zu verbleiben und gleichzeitig seine Vermögensinteressen zu wahren<sup>704</sup>. Er kann jedoch auch die abhängige Gesellschaft verlassen und eine angemessene Abfindung verlangen, § 305 AktG.

Bei Streitigkeiten über den Ausgleichsanspruch und die Abfindung wird durch § 306 AktG ein Spruchstellenverfahren zur Verfügung gestellt. § 307 AktG dient der Sicherung zukünftiger „außenstehender Aktionäre“.

## **b) Entsprechende Anwendbarkeit der Normen?**

Mangels eines Beherrschungsvertrags sind die Normen der §§ 304 bis 307 AktG nicht direkt auf die Beherrschung der GmbH & Co. KGaA durch deren Komplementär-Gesellschaft anwendbar. Eine entsprechende Anwendung der §§ 304 bis 307 AktG setzt voraus, daß eine vergleichbare Sachlage wie die durch die Normen geregelte vorliegt und auf diese Sachlage die Normen nach Sinn und Zweck anzuwenden sind.

### **aa) Vergleichbare Sachlage**

Eine der Situation des Beherrschungsvertrags generell vergleichbare Sachlage liegt in der hier geprüften Situation der Beherrschung der GmbH & Co. KGaA durch deren Komplementär-Gesellschaft vor. Aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Regelungen ist der Komplementär-Gesellschaft eine Herrschaftsmacht über die GmbH & Co. KGaA eingeräumt, die der Herrschaftsmacht des vertraglich herrschenden Unternehmens entspricht<sup>705</sup>.

Fraglich ist, ob die Kommanditaktionäre überhaupt „außenstehende Aktionäre“ im Sinne der Normen sein können.

---

<sup>700</sup> Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 394

<sup>701</sup> vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 304 Rn. 1; Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 395

<sup>702</sup> *Bilda*, in: MK AktG, § 304 Rn. 43

<sup>703</sup> *Haberkamp*, Die Entschädigung der außenstehenden Aktionäre bei der aktienrechtlichen Konzernierung, Dissertation, Frankfurt 1996, S. 102; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 70 Rn. 65; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 304 Rn. 15; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 310; Hüffer, AktG, § 304 Rn. 4; anderer Auffassung: *Würdinger*, in: Großkommentar AktG, 3. Auflage, § 304 Rn. 18

<sup>704</sup> Hüffer, AktG, § 304 Rn. 1

<sup>705</sup> vgl. oben unter C.V.1.

Der Begriff des „außenstehenden Aktionärs“ ist vom Gesetz bewußt<sup>706</sup> nicht näher definiert. Das Gesetz unterscheidet jedoch in § 305 Abs. 1 AktG zwischen „dem anderen Vertragsteil“ und den „außenstehenden Aktionären“, so daß zunächst davon auszugehen ist, daß mit dem außenstehendem Aktionär nicht das vertraglich herrschende Unternehmen gemeint ist<sup>707</sup>. Auch die Aktionäre, deren Vermögen wirtschaftlich gesehen mit dem Vermögen des anderen Vertragsteils eine Einheit bilden oder denen die Erträge des anderen Vertragsteils zufließen, sind ebenfalls nicht als „außenstehende Aktionäre“ anzusehen, da sie an den Vorteilen des Beherrschungsvertrags partizipieren<sup>708</sup>.

Entgegen der Situation beim Beherrschungsvertrag sind die Kommanditaktionäre jedoch selbst Vertragspartner des Gesellschaftsvertrags und damit der Beherrschung der GmbH & Co. KGaA ermöglichenden Vertrags. Betrachtet man allein den Wortlaut „außenstehender Aktionär“, so ist damit ein Vertragspartner gerade nicht gemeint. Auf den Wortlaut allein ist jedoch nicht abzustellen. Der gesetzlichen Regelung liegt zugrunde, daß die Vertragspartner eines Beherrschungsvertrags eine Aktiengesellschaft oder eine KGaA einerseits und ein herrschendes Unternehmen andererseits sind, § 291 Abs. 1 AktG. Von einem „Beherrschungsvertrag“ auf Satzungsebene ist die gesetzliche Regelung dagegen nicht ausgegangen<sup>709</sup>. Daher dient die Differenzierung durch den Wortlaut „außenstehender Aktionär“ hier allein zur Unterscheidung des durch den Beherrschungsvertrag berechtigten Aktionärs oder Dritten bzw. von Aktionären in dessen „Lager“ einerseits von den anderen Aktionären der Gesellschaft andererseits.

Denkbar wäre auch, die Kommanditaktionäre deshalb nicht als außenstehende Aktionäre anzusehen, weil sie sich selbst durch den Gesellschaftsvertrag vertraglich an die herrschende Komplementär-Gesellschaft gebunden haben, somit also ein Vertragskompromiß vorliegt. Dieses Argument kann jedoch zunächst nur insoweit Geltung haben, als daß tatsächlich ein eigener Bindungswille des betreffenden Kommanditaktionärs vorlag<sup>710</sup>. Für die Qualifikation der Kommanditaktionäre als

---

<sup>706</sup> Vgl. hierzu die Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 384 (zu § 295 AktG): „... Zur Vermeidung einer kasuistischen Regelung verzichtet der Entwurf darauf, im einzelnen festzulegen, wer außenstehender Aktionär ist. Der Kreis dieser Aktionäre ergibt sich aus dem Wesen der Sache.“

<sup>707</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 308; Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 385; Hüffer, AktG, § 304 Rn. 2

<sup>708</sup> vgl. dazu und zur genaueren Differenzierung: Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 385; *Haberkamp*, S. 38f.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 308; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 70 Rn. 64; *Bilda*, in: MK AktG, § 304 Rn. 17ff.

<sup>709</sup> In den Gesetzesmaterialien findet sich kein Anhaltspunkt hierfür.

<sup>710</sup> Von diesem ist auszugehen, wenn der betreffende Kommanditaktionär bereits bei der Feststellung der Satzung, die eine Beherrschung durch die Komplementär-Gesellschaft ermöglicht, nach § 280 AktG mitgewirkt hat, also Gründer der Gesellschaft ist. Ebenfalls könnte von einem solchen Bindungswillen dann auszugehen sein, wenn ein Kommanditaktionär Gesellschafter zu einem Zeitpunkt wird, zu dem die Satzung der GmbH & Co. KGaA bereits einen beherrschenden Einfluß der Komplementär-Gesellschaft vorsieht. Im Hinblick auf die vorformulierten Vertragsbedingungen und die mit allgemeinen Geschäftsbedingungen vergleichbare Sachlage wird diesbezüglich ein Vertragskompromiß bereits zweifelhaft sein (vgl. *Ihrig/Schlitt*, in: Beiheft ZHR Nummer 67, S. 57). Ein solcher Bindungswille läge jedenfalls dann nicht vor, wenn die Satzung der GmbH & Co. KGaA erst nachträglich und gegen die Stimmen des betroffenen Kommanditaktionärs derart geändert worden wäre, daß sie einen beherrschenden Einfluß der Komplementär-Gesellschaft begründet. Das Argument eines Vertragskompromisses kann somit nur einen beschränkten Anwendungsbereich finden.

„außenstehende Aktionäre“ spricht jedoch der Vergleich zur Rechtslage beim Beherrschungsvertrag. Ein Aktionär, der nach Abschluß des Beherrschungsvertrags in die Gesellschaft zum Beispiel durch eine Kapitalerhöhung eintritt, kann „außenstehender Aktionär“ sein<sup>711</sup>. Auch ein Aktionär, der dem Abschluß des Beherrschungsvertrags in der darüber nach § 293 Abs. 1 AktG beschließenden Hauptversammlung zustimmt, kann noch „außenstehender Aktionär“ sein<sup>712</sup>. Gerade die Dividendengarantie nach § 304 AktG kann ein Grund dafür sein, daß dem Beherrschungsvertrag zugestimmt worden ist. Ein „Bindungswille“ kann daher nicht dazu führen, daß ein Aktionär nicht mehr als „außenstehend“ zu betrachten ist.

Die Kommanditaktionäre können somit „außenstehende Aktionäre“ im Sinne der §§ 304 bis 307 AktG sein, soweit sie nicht im „Lager“ der Komplementär-Gesellschaft stehen.

Eine Sachlage, die mit der in den §§ 304ff. AktG geregelten Sachlage vergleichbar ist, liegt somit vor.

#### **bb) Anwendung nach Sinn und Zweck der Normen?**

Fraglich ist, ob auf den vorliegenden Sachverhalt die Normen der §§ 304 bis 307 AktG nach ihrem Sinn und Zweck anzuwenden sind.

#### **aaa) Entsprechende Anwendbarkeit der Dividendengarantie nach § 304 Abs. 1 S. 2 AktG?**

Besteht nur ein Beherrschungsvertrag, so ist den außenstehenden Aktionären ein bestimmter jährlicher Gewinnanteil zu garantieren, der der voraussichtlich ausgezahlten Dividende entspricht<sup>713</sup>. Sinn und Zweck dieser Dividendengarantie ist es, den „außenstehenden Aktionär“ dafür zu entschädigen, daß bei einem Beherrschungsvertrag die Gewinne der Gesellschaft und damit die auszuschüttende Dividende aufgrund des Weisungsrechts nach § 308 AktG von der Disposition des herrschenden Unternehmens abhängen<sup>714</sup>.

Wesentlicher Unterschied der hier geprüften Sachlage zur Situation beim Beherrschungsvertrag ist, daß der Komplementär-Gesellschaft kein Recht nach § 308 Abs. 1 S. 2 AktG zusteht, nachteiligen Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA auszuüben. Es ist der Komplementär-Gesellschaft aufgrund der organschaftlichen Pflichtenbindung verboten, die GmbH & Co. KGaA zu nachteiligen Geschäften zu veranlassen<sup>715</sup>. Vielmehr ist sie dazu verpflichtet, die Geschäfte der GmbH & Co. KGaA mit der Sorgfalt eines „ordentlichen Geschäftsmannes“ zu führen, §§ 283 Nr. 3, 93 AktG. Bei Verletzung dieser Pflicht wäre sie schadenersatzpflichtig<sup>716</sup>. Auch die

---

<sup>711</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 309; *Bilda*, in: MK AktG, § 304 Rn. 28; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 304 Rn. 12; Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 395; Hüffer, AktG § 304 Rn. 2

<sup>712</sup> vgl. *Haberkamp*, S. 40f.

<sup>713</sup> vgl. oben unter D.II.5.a)

<sup>714</sup> vgl. Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 394f.; *Haberkamp*, S. 99; Hüffer, AktG, § 304 Rn. 1; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 304 Rn. 2; *Bilda*, in: MK AktG, § 304 Rn. 7; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 305

<sup>715</sup> vgl. oben unter D.I.2.c)aa)

<sup>716</sup> vgl. oben unter D.I.2.c)aa)

Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft haften nach § 309 Abs. 2 AktG analog generell für jede nachteilige Einflußnahme auf die Geschäfte der GmbH & Co. KGaA<sup>717</sup>.

Verhält sich die Komplementär-Gesellschaft entsprechend ihrer organschaftlichen Pflichten, kann es folglich nicht zu einer Differenz zwischen der ohne den „Beherrschungsvertrag“ auszuschüttenden und der tatsächlich ausgeschütteten Dividende kommen. Unterstellt man ein pflichtgemäßes Verhalten der Komplementär-Gesellschaft, wäre somit bei der Berechnung der Dividendengarantie davon auszugehen, daß die zu garantierende Dividende identisch ist mit der später tatsächlich auszuzahlenden Dividende.

Ein Unterschied würde sich nur dann ergeben, wenn bereits bei der Berechnung der Dividendengarantie ein Fehlverhalten der Komplementär-Gesellschaft zu unterstellen wäre. Bereits sehr zweifelhaft ist, ob ein pflichtwidriges Verhalten der Komplementär-Gesellschaft im Voraus unterstellt werden darf. Jedoch wären auch bei einer solchen Unterstellung bestehende Schadensersatzansprüche der GmbH & Co. KGaA wegen Verletzung der Sorgfaltspflichten zu berücksichtigen. Diese richten sich sowohl gegen die Komplementär-Gesellschaft nach §§ 283 Nr. 3, 93 Abs. 2 AktG als auch gegen die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft persönlich nach § 309 Abs. 2 AktG analog. Diese Schadensersatzansprüche würden im Ergebnis die Dividende auf das gleiche Maß erhöhen, wie es bei pflichtgemäßem Handeln bestünde<sup>718</sup>. Demzufolge würde auch bei Unterstellung eines pflichtwidrigen Verhaltens in der Zukunft kein Unterschied zwischen zu berechnender Dividendengarantie und tatsächlich entstehender Dividende bestehen.

Die Ausschüttung einer Dividende liegt in der hier geprüften Situation nicht in der Disposition der Komplementär-Gesellschaft. Daher besteht nach dem Sinn und Zweck der Ausgleichspflicht des § 304 Abs. 1 S. 2 AktG kein Grund für eine entsprechende Anwendung der Norm.

#### **bbb) Entsprechende Anwendbarkeit der Abfindungsregelung nach § 305 AktG?**

Bei einer beherrschungsvertraglich gebundenen Aktiengesellschaft ist der Vorstand weisungsgebunden, § 308 AktG. Die Herrschaft über die Gesellschaft üben nicht mehr allein die Aktionäre über die Hauptversammlung aus, sondern die Gesellschaft kann durch Weisung außerhalb der Hauptversammlung beherrscht werden. Diese Situation ist damit durch eine Beeinträchtigung der Herrschaftsrechte gekennzeichnet, die den Aktionären nach der Satzung der Gesellschaft und den gesetzlichen Regelungen bezüglich einer nicht beherrschten Aktiengesellschaft zustehen.

Sinn und Zweck der Abfindungsregelung des § 305 AktG ist es, die „außenstehenden Aktionäre“ gegen Beeinträchtigung ihrer aus der Mitgliedschaft folgenden Herrschaftsrechte zu sichern<sup>719</sup>. Eine Kompensation dieser Beeinträchtigung wäre auf

---

<sup>717</sup> vgl. oben unter D.II.4.

<sup>718</sup> Diese Überlegung setzt freilich voraus, daß zumindest ein Schuldner in der Lage ist, den Schaden zu zahlen. Bei einer zahlungsunfähigen Komplementär-Gesellschaft würde aber auch eine Dividendengarantie nicht gezahlt werden, so daß das Insolvenzrisiko nicht gegen diese Überlegung spricht.

<sup>719</sup> BGHZ 135, 374, 379; BGHZ 138, 136, 139; *Bilda*, in: MK AktG, § 304 Rn. 9; § 305 Rn. 2; Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 397

finanziellem Wege nicht möglich, daher bietet § 305 AktG die Möglichkeit, unter Abfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden<sup>720</sup>.

Bei der hier geprüften Sachlage der von der Komplementär-Gesellschaft abhängigen GmbH & Co. KGaA ergibt sich der beherrschende Einfluß der Komplementär-Gesellschaft nicht aus einem gesonderten Vertrag, sondern aus der Satzung selbst. Die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Komplementären und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre ist satzungsd dispositiv. Diese Dispositionsfreiheit wurde in den hier geprüften Situationen derart ausgenutzt, daß der Komplementär-Gesellschaft ein beherrschender Einfluß zukommt. Bei dieser Situation wird also nicht die mitgliedschaftliche Herrschaftsmöglichkeit der Kommanditaktionäre beeinträchtigt, sondern diese besteht schon originär aufgrund der Satzung in einem nur eingeschränkten Umfang.

Solange die Satzungsgestaltung auf Konsens aller Gesellschafter beruht, besteht keine Veranlassung zu einer entsprechenden Anwendung der Abfindungs- und Austrittsregelung nach § 305 AktG. Denn dann haben die Kommanditaktionäre ihre mitgliedschaftlichen Rechte bereits originär in einem eingeschränkten Umfang vereinbart, ein Grund dafür, diesen Gesellschaftern dann ein Austrittsrecht zu geben, besteht nicht. Gleiches gilt für einen Kommanditaktionär, der erst später in die Gesellschaft eintritt. Dieser bedarf keines Austrittsrechts wegen einer bereits bei seinem Eintritt bestehenden Satzungsgestaltung.

Denkbar wäre jedoch, einem Minderheitsaktionär, der bei der Satzungsänderung, die den beherrschenden Einfluß der Komplementär-Gesellschaft begründet, überstimmt worden ist, ein Austrittsrecht analog § 305 AktG gegen Abfindung zuzusprechen. Diese Situation wird jedoch in der Regel deshalb nicht in der Praxis vorkommen, weil die Kompetenzverteilung zwischen der Komplementär-Gesellschaft und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre als wichtigstes Merkmal der entsprechenden Gesellschaftsstruktur bereits in der Gründungssatzung festgelegt sein wird<sup>721</sup>.

Folglich ist auch die Austritts- und Abfindungsregelung des § 305 AktG nach ihrem Sinn und Zweck nicht auf die geprüfte Situation anzuwenden.

### **ccc) Zwischenergebnis**

Weder die Ausgleichsregelung des § 304 Abs. 1 S. 2 AktG noch die Austritts- und Abfindungsregelung nach § 305 AktG können nach ihrem jeweiligen Sinn und Zweck entsprechend auf die durch die Komplementär-Gesellschaft beherrschte GmbH & Co. KGaA angewendet werden.

Die §§ 306 und 307 AktG dienen der Durchsetzung dieser beiden Normen und können daher ebenfalls nicht entsprechend angewendet werden.

---

<sup>720</sup> *Haberkamp*, S. 37; Hüffer, AktG, § 305 Rn. 1; *Bilda*, in: MK AktG, § 305 Rn. 2; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 305 Rn. 2; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 325f.

<sup>721</sup> daher soll auf diese Überlegung nicht weiter eingegangen werden

**c) Zwischenergebnis**

Somit sind die Regelungen zur Sicherung der außenstehenden Aktionäre gemäß den §§ 304 bis § 307 AktG nicht entsprechend auf die hier geprüfte Situation anzuwenden.

**6. Anwendungsbereich der § 311 AktG?**

Im Rahmen dieser Arbeit wurden bisher allein die Rechtsfolgennormen des Vertragskonzernrechts hinsichtlich ihrer entsprechenden Anwendbarkeit auf die hier geprüfte Situation der vertragsähnlichen Beherrschung der GmbH & Co. KGaA durch ihre Komplementär-Gesellschaft untersucht. Da kein Beherrschungsvertrag vorliegt, kommen aber auch die Rechtsfolgennormen der §§ 311ff. AktG für die Einflußnahme ohne Unternehmensvertrag in Betracht.

**a) Gesetzliche Regelung des § 311 AktG**

Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf das herrschenden Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, die abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu benachteiligen, es sei denn, die Nachteile werden ausgeglichen, § 311 Abs. 1 AktG. Die Benachteiligung kann sowohl in der Veranlassung zur Vornahme eines nachteiligen Rechtsgeschäfts bestehen als auch in der Veranlassung, Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen. Der veranlaßte Nachteil kann auch nachträglich bis zum Ende des Geschäftsjahrs ausgeglichen werden, § 311 Abs. 2 AktG.

**b) Beschränkung der Einflußnahme durch Anwendung des § 311 AktG?**

Durch die Anwendung des § 311 AktG wäre es der herrschenden Komplementär-Gesellschaft untersagt, der GmbH & Co. KGaA ohne Ausgleich einen Nachteil zuzufügen. Eine nachteilige Einflußnahme liegt dann vor, wenn die Geschäftsführung einer hypothetisch unabhängigen Gesellschaft unter Beachtung ihrer Sorgfaltspflichten die entsprechende Maßnahme oder das entsprechende Rechtsgeschäft nicht vorgenommen hätte<sup>722</sup>. Maßgeblich ist daher auf das pflichtgemäße Handeln der Komplementär-Gesellschaft und derer Geschäftsführer in einer hypothetisch unabhängigen GmbH & Co. KGaA abzustellen<sup>723</sup>.

Folglich kann eine Einflußnahme der Komplementär-Gesellschaft auf die GmbH & Co. KGaA nur dann „nachteilig“ im Sinne des § 311 AktG sein, wenn dadurch gleichzeitig deren Sorgfaltspflichten gegenüber der GmbH & Co. KGaA verletzt werden würden. Eine über den Rahmen der Sorgfaltspflichten aus §§ 283 Nr. 3, 93 AktG hinausgehende Verpflichtung wäre mit der Anwendung des § 311 AktG auf die

---

<sup>722</sup> *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 68; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 406. Dieser Vergleich gilt nicht nur im Rahmen der Schadensersatzpflicht aus § 317 AktG, wo er explizit in Abs. 2 geregelt ist, sondern bereits bei der Frage, ob überhaupt ein Nachteil vorliegt. Daher wurde die Position dieser Regelung innerhalb der Schadensersatznorm als verfehlt kritisiert, vgl. *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 140

<sup>723</sup> vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 22; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 405; *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 139

hier geprüfte Situation nicht verbunden. Daher besteht für eine solche Anwendung kein eigener Regelungsraum.

**c) Privilegierung durch § 311 AktG?**

**aa) Die privilegierende Wirkung des § 311 AktG**

Durch die Regelung des § 311 AktG wird das „herrschende Unternehmen“ dahingehend privilegiert, daß diesem nachteilige Einflußnahme bei Wahrung der Vermögensinteressen der abhängigen Gesellschaft durch Nachteilsausgleich gestattet wird<sup>724</sup>. Ist eine GmbH & Co. KGaA von einem „dritten“ Unternehmen abhängig, so gelten aufgrund dieser Privilegierung Modifikationen der organschaftlichen Pflichten der Komplementär-Gesellschaft<sup>725</sup>.

**bb) Anwendung auf herrschende Komplementär-GmbH?**

Fraglich ist, ob diese Privilegierung auch dann besteht, wenn nicht ein „Dritter“, sondern die Komplementär-Gesellschaft selbst herrschendes Unternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA ist.

Das Privileg, der abhängigen Gesellschaft unter Wahrung derer Vermögensinteressen, also unter Ausgleich des Nachteils, einen Nachteil zufügen zu dürfen, besteht nur dann, wenn ein solcher Ausgleich auch möglich ist<sup>726</sup>. Das Ausgleichssystem der §§ 311, 317 AktG versagt jedoch dann, wenn die nachteilige Einflußnahme einem Einzelausgleich nicht zugänglich ist. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn das herrschende Unternehmen derart intensiven Einfluß nimmt, daß sich schädigende Einflußnahmen nicht mehr isolieren lassen<sup>727</sup>. Zum anderen ist ein Nachteilsausgleich dann nicht möglich, wenn bei einzelnen nachteiligen Maßnahmen ihrer Art nach der entstandene Nachteil nicht qualifizierbar ist<sup>728</sup>. Ist der Ausgleich der zugefügten Nachteile wie in den oben genannten Fällen nicht möglich, so ist die Nachteilszufügung rechtswidrig<sup>729</sup>.

Überträgt man diese allgemeinen Grundsätze auf die hier vorliegende Situation der von ihrer Komplementär-Gesellschaft beherrschten GmbH & Co. KGaA, so besteht kein Recht zur Nachteilszufügung. Als einziges Geschäftsführungsorgan nimmt die Komplementär-Gesellschaft alle Geschäftsführungsmaßnahmen für diese vor. Aufgrund dieser Qualität und des Umfangs der „Einflußnahme“ sind einzelne Nachteilszufügungen nicht isolierbar, können also nicht einzeln auf eine Pflicht zum Nachteilsausgleich untersucht werden.

---

<sup>724</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 393; *Koppensteiner*, in: KK AktG, Vor § 311 Rn. 3; vgl. oben unter C.II.2.a)

<sup>725</sup> vgl. dazu oben unter C.III.1.b)

<sup>726</sup> *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 113

<sup>727</sup> *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 117; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 438; *Kropff*, in: MK AktG, Anh. § 317 Rn. 69

<sup>728</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 439;

<sup>729</sup> Hüffer, AktG, § 311 Rn. 11

**cc) Zwischenergebnis**

Der herrschenden Komplementär-Gesellschaft steht nicht das Recht zu, gegen Ausgleich nachteilig auf die GmbH & Co. KGaA einzuwirken. Dem § 311 AktG kommt insoweit keine privilegierende Wirkung zu.

**d) Zwischenergebnis**

Eine Anwendung des § 311 AktG auf die hier vorliegende Situation hat keine Auswirkungen. Eine beschränkende Wirkung besteht aufgrund der insoweit bestehenden organschaftlichen Pflichten der Komplementär-Gesellschaft nicht. Eine privilegierende Wirkung besteht aufgrund der intensiven Einflußnahme der Komplementär-Gesellschaft und der damit verbundenen Nichtisolierbarkeit zugefügter Nachteile nicht.

**7. Abhängigkeitsbericht gemäß § 312 AktG?**

**a) Gesetzliche Regelung des § 312 AktG**

Besteht kein Beherrschungsvertrag, so hat der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft nach § 312 AktG einen Bericht über die Beziehungen zu den verbundenen Unternehmen aufzustellen. In dem Bericht sind alle Rechtsgeschäfte, die mit dem herrschendem Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen abgeschlossen worden sind, aufzuführen. Ebenfalls aufzuführen sind alle Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die auf Veranlassung oder im Interesse des herrschenden Unternehmens oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens abgeschlossen bzw. getätigt worden sind. Auch über unterlassene Maßnahmen ist zu berichten.

Der Abhängigkeitsbericht dient zunächst präventiv dazu, daß nachteilige Einflußnahmen bei einer faktischen Beherrschung dokumentiert werden und nur gegen Nachteilsausgleich erfolgen<sup>730</sup>. Damit ist eine Mahnung an den Vorstand und Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft verbunden, die Interessen der abhängigen Gesellschaft zu wahren<sup>731</sup>. Gleichzeitig wird die Position des Vorstands der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem herrschendem Unternehmen gestärkt<sup>732</sup>.

Durch die Dokumentation aller nachteilsverdächtigen Maßnahmen und Rechtsgeschäfte wird dem Aufsichtsrat und dem Abschlußprüfer eine Basis für die Beurteilung der Angemessenheit geschaffen<sup>733</sup>. Gleichzeitig dient der Abhängigkeitsbericht der Verbesserung der Informationsbasis der Gläubiger und der außenstehenden Aktionäre<sup>734</sup>, um eventuelle Ersatzansprüche bei nicht ausgeglichener Nachteilszufügung durchsetzen zu können<sup>735</sup>.

---

<sup>730</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 420

<sup>731</sup> *Kropff*, in: MK AktG, § 312 Rn. 4

<sup>732</sup> *Hommelhoff*, ZHR 156 (1992), 295, 301; *Kropff*, in: MK AktG, § 312 Rn. 4; *Mertens*, in: Festschrift Claussen, 297, 300

<sup>733</sup> *Kropff*, in: MK AktG, § 312 Rn. 3

<sup>734</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, daß den Gläubigern und außenstehenden Aktionären der Abhängigkeitsbericht nicht direkt veröffentlicht wird, sondern die Berichtspflicht zunächst nur

§ 312 AktG ist generell auf die KGaA anzuwenden. Zwar ist die KGaA nicht ausdrücklich in der Norm genannt. Jedoch ist die Norm des § 311 AktG nach deren Wortlaut auf die faktisch abhängige KGaA anzuwenden, folglich muß auch der der Durchsetzung der Regelungen des § 311 AktG dienende § 312 AktG anwendbar sein<sup>736</sup>.

#### **b) Anwendung auf die herrschende Komplementär-Gesellschaft?**

Die herrschende Komplementär-Gesellschaft hat mit der GmbH & Co. KGaA keinen Beherrschungsvertrag abgeschlossen, so daß der Abhängigkeitsbericht nach § 312 Abs. 1 S. 1 AktG nicht bereits aufgrund des Wortlauts der Norm entfällt. Die hier geprüfte Situation ist jedoch mit der Situation eines Beherrschungsvertrags vergleichbar<sup>737</sup>. Fraglich ist, ob wegen dieser Vergleichbarkeit kein Abhängigkeitsbericht aufgestellt werden muß.

##### **aa) Tatsächliche Probleme bei der Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts**

Die Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts in dem Fall, daß die KGaA von einer Komplementär-Gesellschaft abhängig ist, wurde vereinzelt in der Literatur erörtert<sup>738</sup>. Probleme bei der Anwendung bestehen vornehmlich darin, daß die Komplementär-Gesellschaft sämtliche Geschäfte der GmbH & Co. KGaA führt. Der aufzustellende Abhängigkeitsbericht müßte also alle Geschäfte der GmbH & Co. KGaA enthalten, da diese von der herrschenden Komplementär-Gesellschaft veranlaßt worden sind<sup>739</sup>. Weiterhin problematisch ist hierbei, daß die Komplementär-Gesellschaft selbst<sup>740</sup> zur Aufstellung des Abhängigkeitsberichts verpflichtet wäre und damit über die Rechtsbeziehungen zu sich selbst berichten müßte.

##### **bb) Anwendbarkeit nach Sinn und Zweck der Norm?**

Stellt man auf die Mahnfunktion bzw. die präventive Wirkung des Abhängigkeitsberichts ab, so ergibt sich daraus kein Grund für dessen Erstellung. Denn die Komplementär-Gesellschaft kann durch diese Berichtspflicht nicht zu einer Interessenwahrung zugunsten der GmbH & Co. KGaA gegen sich selbst angehalten werden. Erst recht kann ihr nicht gegen sich selbst „der Rücken gestärkt“ werden<sup>741</sup>.

Stellt man auf die Kontrollfunktion und auf die Informationsfunktion für eventuelle Ersatzansprüche ab, so wäre durch den Abhängigkeitsbericht eine Möglichkeit eröffnet, die eventuell bestehenden Schadensersatzverpflichtungen der

---

gegenüber dem Aufsichtsrat besteht. Lediglich die Schlußerklärung des Vorstands nach § 312 Abs. 3 S. 3 AktG wird publiziert. Weitergehende Publizität kann nur durch eine Sonderprüfung nach § 315 AktG hergestellt werden.

<sup>735</sup> BGHZ 135, 107, 109f.; *Mertens*, in: Festschrift Claussen, 297, 299; Hüffer, AktG, § 312 Rn. 1; Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 411

<sup>736</sup> dies entspricht der ganz herrschenden Meinung: *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 312 Rn. 7; Hüffer, AktG, § 312 Rn. 5; *Mertens*, in: Festschrift Claussen, 297, 298

<sup>737</sup> vgl. oben unter C.V.1.

<sup>738</sup> *Mertens*, in: Festschrift Claussen, 297ff. zur „Handelsgesellschaft KGaA“

<sup>739</sup> vgl. *Mertens*, in: Festschrift Claussen, 297, 302

<sup>740</sup> Die Komplementär-Gesellschaft ist als einzige Komplementärin zur Aufstellung des Abhängigkeitsberichts verpflichtet, vgl. *Kropff*, in: MK AktG, § 312 Rn. 51; Hüffer, AktG, § 312 Rn. 5.

<sup>741</sup> vgl. *Mertens*, in: Festschrift Claussen, 297, 303

Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA zu konkretisieren. Diese Schadensersatzpflichten bestehen bereits dann, wenn die Komplementär-Gesellschaft dadurch gegen ihre Sorgfaltspflichten verstößt, daß sie andere Konzernunternehmungen gegenüber der GmbH & Co. KGaA besserstellt und dadurch letzterer einen Nachteil zufügt<sup>742</sup>. Zudem ist es der herrschenden Komplementär-Gesellschaft auch gegen Nachteilsausgleich nicht gestattet, der GmbH & Co. KGaA einen Nachteil zuzufügen. Eine privilegierende Wirkung des § 311 AktG besteht hier nicht<sup>743</sup>.

Hier besteht jedoch das praktische Problem, daß sich innerhalb des Abhängigkeitsberichts einzelne Nachteilszufügungen nicht isoliert darstellen lassen, da die Komplementär-Gesellschaft alle Geschäfte der GmbH & Co. KGaA führt und daher einzelne nachteilige Maßnahmen und ein eventueller diesbezüglicher Nachteilsausgleich durch Gewährung von Vorteilen nicht oder nur schwer herausgearbeitet werden können. Durch einen Bericht über alle Geschäftsführungsmaßnahmen wird dem Informationsbedürfnis der Kommanditaktionäre nicht Rechnung getragen.

Neben den erheblichen tatsächlichen Problemen einer Berichterstattung bestehen auch ernsthafte Zweifel an deren Aussagekraft. Die Tatsache, daß die potentiell schadenersatzpflichtige Komplementär-Gesellschaft<sup>744</sup> und in dieser die potentiell schadenersatzpflichtigen Geschäftsführer<sup>745</sup> den Abhängigkeitsbericht erstatten müssen, scheint dessen tatsächlicher Aussagekraft und der von § 312 Abs. 2 AktG vorgesehenen „gewissenhaften und getreuen Rechenschaft“ nicht zuträglich zu sein. Verstöße gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts führen nicht zu einer schärferen Haftung der Geschäftsführer als nach den allgemeinen Normen<sup>746</sup>. Daß mit einem solchen Abhängigkeitsbericht eine kritische Auseinandersetzung mit der Geschäftsführung durch die Komplementär-Gesellschaft beziehungsweise deren Einflußnahme erreicht werden kann, ist unwahrscheinlich.

Festzuhalten ist damit, daß es eines Abhängigkeitsberichts bei der hier geprüften Situation entweder nicht bedarf oder aber dieser nicht die bezweckten Erfolge bewirken kann. Daher ist nach dem Sinn und Zweck des § 312 AktG ein Abhängigkeitsbericht nicht aufzustellen.

---

<sup>742</sup> vgl. oben unter D.I.2.c)aa)

<sup>743</sup> vgl. oben unter D.II.6.c)

<sup>744</sup> vgl. oben unter D.I.2.c)aa) und D.II.6.c)

<sup>745</sup> vgl. oben unter D.II.4.

<sup>746</sup> § 318 AktG begründet ebenfalls nur eine Schadensersatzpflicht. Hier hätten die Geschäftsführer also die „Wahl“ zwischen einem Bericht über nachteilige Einflußnahmen, der deren Schadensersatzpflicht nach § 309 AktG analog manifestieren würde, und einem Absehen vom Bericht über diese nachteiligen Einflußnahmen, wodurch bei „Entdeckung“ eine Schadensersatzpflicht entstehen könnte.

*D.II. Rechtsfolgen der vertragsähnlichen Beherrschung  
durch die Komplementär-Gesellschaft*

**c) Zwischenergebnis**

Bei der Beherrschung der GmbH & Co. KGaA durch ihre Komplementär-Gesellschaft ist kein Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG aufzustellen.

### III. Rechtsfolgen der Beherrschung durch den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft<sup>747</sup> Unternehmen im schutzrechtlichen Sinne und kann er einen beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA nehmen, so sind auf diese Situation die Rechtsfolgeregeln des „faktischen Konzerns“ anzuwenden<sup>748</sup>. Im folgenden werden die rechtlichen Folgen dieser Situation geprüft.

#### 1. Schranken des Einflusses gemäß § 311 AktG

##### a) Tatbestandmäßige Einflußnahme

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft kann seinen Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA entweder allein über die Komplementär-Gesellschaft ausüben<sup>749</sup> oder aber diesen Einfluß mit einem zusätzlichen Einfluß über die Hauptversammlung kumulieren<sup>750</sup>.

Sowohl die Komplementär-Gesellschaft als auch deren Geschäftsführer sind taugliche Veranlassungsempfänger im Sinne des § 311 AktG<sup>751</sup>. Im Gegensatz zu § 117 Abs. 1 S. 1 AktG normiert § 311 AktG keinen Adressatenkreis der Einflußnahme sondern spricht von einem Einfluß auf die AG oder auf die KGaA. Es ist gleichgültig, auf welchem Wege der Einfluß ausgeübt wird<sup>752</sup>. Davon umfaßt sind neben der Einflußnahme auf Organe der Gesellschaft auch solche auf nachgeordnete Stellen und auf Angestellte der Gesellschaft<sup>753</sup>. Erst recht muß dann eine Einflußnahme auf die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft als Organe des Geschäftsführungsorgans<sup>754</sup> der GmbH & Co. KGaA vom Tatbestand des § 311 AktG umfaßt sein.

Auch eine Einflußnahme über die Hauptversammlung erfüllt den Tatbestand des § 311 AktG<sup>755</sup>. In der Norm besteht keine Ausnahmeregelung entsprechend § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG bei Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung<sup>756</sup>.

Somit sind die beiden Möglichkeiten der Einflußnahme des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft vom Tatbestand des § 311 AktG umfaßt.

---

<sup>747</sup> Hierbei ist unerheblich, ob dieser Gesellschafter eine natürliche Person oder aber selbst eine Personen- oder Kapitalgesellschaft ist. Soweit im folgenden vom Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die Rede ist, sind beide Alternativen gemeint.

<sup>748</sup> vgl. oben unter C.V.2.

<sup>749</sup> vgl. oben unter B.I.1.

<sup>750</sup> vgl. oben unter B.II.2.

<sup>751</sup> Zum Inhalt der gesetzlichen Regelung des § 311 AktG vgl. oben unter D.II.6.a).

<sup>752</sup> Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 408

<sup>753</sup> *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 77; Hüffer, AktG, § 311 Rn. 19; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 13

<sup>754</sup> d.h. der Komplementär-Gesellschaft

<sup>755</sup> vgl. die Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 408 mit eingehender Schilderung der Gründe; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 31 Rn. 16 (zu den eventuellen Ausnahmen: Rn. 17); *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 402

<sup>756</sup> vgl. *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 110

**b) Schranken des Einflusses und Privilegierungswirkung des § 311 AktG**

**aa) Nachteilige Einflußnahme gegen Nachteilsausgleich**

Bei Anwendung des § 311 AktG ist die Einflußnahme inhaltlichen Schranken unterworfen. Diese Schranken bestehen bei nachteiliger Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA. Nachteilig für die abhängige GmbH & Co. KGaA sind Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen dann, wenn sie deren Vermögenslage oder die Ertragsaussichten mindern<sup>757</sup>.

Diese Nachteile müssen auf der Einflußnahme des herrschenden Unternehmens<sup>758</sup> beruhen, also ihre Ursache in der Abhängigkeit haben<sup>759</sup>. Maßgeblich ist daher auf das pflichtgemäße Handeln der Komplementär-Gesellschaft und derer Geschäftsführer in einer hypothetisch unabhängigen GmbH & Co. KGaA abzustellen<sup>760</sup>. Nachteilige Rechtsgeschäfte und Maßnahmen sind dann nicht von § 311 AktG erfaßt, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme veranlaßt hätte<sup>761</sup>. Da auf den sorgfältig handelnden Geschäftsleiter abgestellt wird, muß die Frage, ob ein nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.d. § 311 AktG vorlag, nach den Umständen im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder der Maßnahme beantwortet werden<sup>762</sup>.

Wird auf die GmbH & Co. KGaA nachteiliger Einfluß genommen, so sind die daraus entstehenden Nachteile durch den herrschenden Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft entweder gleichzeitig, § 311 Abs. 1 AktG, oder aber im Laufe des Geschäftsjahrs gestreckt, § 311 Abs. 2 AktG, auszugleichen<sup>763</sup>. Mit § 311 AktG ist insoweit eine Privilegierung verbunden, als daß es der Komplementär-Gesellschaft gestattet ist, auf eine nachteilige Einflußnahme einzugehen, falls der Ausgleich des Nachteils gesichert ist<sup>764</sup>.

---

<sup>757</sup> vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 28; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 68, *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 405

<sup>758</sup> also hier des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft

<sup>759</sup> vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 405; *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 139

<sup>760</sup> vgl. *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 22; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 405; *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 139

<sup>761</sup> *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 68, *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 406. Dieser Vergleich gilt nicht nur im Rahmen der Schadensersatzpflicht aus § 317 AktG, wo er explizit in Abs. 2 geregelt ist, sondern bereits bei der Frage, ob überhaupt ein Nachteil vorliegt. Daher wurde die Position dieser Regelung innerhalb der Schadensersatznorm als verfehlt kritisiert, vgl. *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 140

<sup>762</sup> *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 141; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 69; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 406

<sup>763</sup> Zu den Einzelheiten des Nachteilsausgleichs soll hier wegen einer fehlenden Besonderheit bezüglich der GmbH & Co. KGaA nicht Stellung genommen werden.

<sup>764</sup> vgl. zur privilegierenden Wirkung oben unter C.II.2.a)

## bb) Verbot der Zufügung nicht quantifizierbarer Nachteile

Generell verboten ist eine Einflußnahme dann, wenn daraus der abhängigen Gesellschaft ein Nachteil<sup>765</sup> entsteht, der nicht quantifizierbar ist<sup>766</sup>. Denn dann versagt das Ausgleichssystem der §§ 311ff. AktG, auf dem die Erlaubnis zur nachteiligen Einflußnahme beruht<sup>767</sup>. Rechtsfolge einer solchen Einflußnahme ist stets eine Schadensersatzpflicht des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft, falls sich der Schaden später quantifizieren läßt<sup>768</sup>. Unter Umständen können die Voraussetzungen für die entsprechende Anwendung einer Verlustübernahmepflicht nach § 302 AktG vorliegen<sup>769</sup>.

Die Komplementär-Gesellschaft darf eine solche nicht quantifizierbare Nachteilszufügung nicht zulassen, da sie sonst gegen ihre Sorgfaltspflichten aus §§ 283 Nr. 3, 93 AktG verstoßen würde<sup>770</sup>.

Fraglich ist, ob neben der Komplementär-Gesellschaft auch deren Geschäftsführer wegen der Duldung einer qualifizierten Einflußnahme haften würden. Wie bereits ausgeführt<sup>771</sup> besteht nur gegenüber der Komplementär-GmbH oder der Komplementär-GmbH innerhalb einer Komplementär-GmbH & Co. KG eine organschaftliche Pflichtenbindung. Die daraus resultierenden Sorgfaltspflichten werden durch entsprechende Anwendung des § 43 Abs. 1 GmbHG auf die GmbH & Co. KGaA erstreckt, bleiben aber inhaltlich allein am Interesse der Komplementär-Gesellschaft ausgerichtet. Maßstab für das Handeln der Geschäftsführer sind die Interessen der Komplementär-Gesellschaft und die rechtmäßigen Weisungen der Gesellschafterversammlung<sup>772</sup>.

Zunächst wäre denkbar, daß der herrschende Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft deren Geschäftsführer über die Gesellschafterversammlung rechtmäßig anweist, die qualifizierte Beherrschung der GmbH & Co. KGaA zu dulden. Eine Folgepflicht eines GmbH-Geschäftsführers besteht dann nicht, wenn der Gesellschafterbeschuß nichtig ist<sup>773</sup>. Dies ist bei einem Verstoß gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen, die dem Gläubigerschutz dienen oder sonst im öffentlichem Interesse liegen, der Fall<sup>774</sup>. Da eine Weisung zur Duldung der qualifizierten Einflußnahme gegen die Beschränkungen des § 311 AktG verstoßen

<sup>765</sup> Eine nachteilige Einflußnahme kann auch dann vorliegen, wenn der Nachteil nicht quantifiziert werden kann BGHZ 141, 79, 84; *Kropff*, in: MK AktG, § 311 Rn. 138; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 31; Hüffer, AktG, § 311 Rn. 25

<sup>766</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 406; Hüffer, AktG, § 311 Rn. 42; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 31 IV 4.a); *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 70, 76

<sup>767</sup> Hüffer, AktG, § 311 Rn. 42; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 48

<sup>768</sup> *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 70

<sup>769</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 31 IV 4.a); *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 406; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 70

<sup>770</sup> Vgl. zur Schadensersatzpflicht eines Vorstands einer Aktiengesellschaft bei Zulassung „qualifiziert“ faktischer Einflußnahme: *Altmeyen*, in: MK AktG, § 311 Rn. 332ff.; *Koppensteiner*, in: KK AktG, § 311 Rn. 93.

<sup>771</sup> vgl. oben unter D.II.4.b)

<sup>772</sup> vgl. eingehend dazu oben unter D.II.4.b)

<sup>773</sup> *Koppensteiner*, in: Rowedder, GmbHG, § 43 Rn. 31; *Schneider*, in: Scholz GmbHG, § 43 Rn. 98; BGHZ 125, 366, 372

<sup>774</sup> *Konzen*, in: NJW 1989, 2977, 2982; *Schneider*, in: Scholz GmbHG, § 37 Rn. 51, 51 a; *Mertens*, in: Hachenburg GmbHG, § 43 Rn. 77;

würde, wäre dieser Gesellschafterbeschuß nichtig. Denn bei § 311 AktG handelt es sich um eine zwingende gesetzliche Norm, die teilweise dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dient<sup>775</sup>. Folglich hätte eine solche Weisung keine haftungsbefreiende Wirkung.

Auch ein Handeln im Interesse der Komplementär-Gesellschaft kann die Geschäftsführer nicht von der Haftung befreien. Läßt der Geschäftsführer einer unternehmerisch tätigen Komplementär-Gesellschaft eine qualifiziert faktische Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA zu, so wäre er persönlich bereits nach § 309 AktG analog haftbar. Denn in diesem Fall wäre die Komplementär-Gesellschaft selbst Unternehmen und auf das Verhältnis zwischen Komplementär-Gesellschaft und GmbH & Co. KGaA wären die Rechtsfolgennormen des Vertragskonzernrechts entsprechend anzuwenden<sup>776</sup>. Bei einer nicht außerhalb der GmbH & Co. KGaA tätigen Komplementär-Gesellschaft kann der Geschäftsführer bei Zulassung der qualifiziert faktischen Einflußnahme nicht im Interesse der Komplementär-Gesellschaft handeln, da diese keine anderen Interessen als die Geschäftsführung der GmbH & Co. KGaA hat.

Somit ist festzuhalten, daß die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft persönlich gegenüber der GmbH & Co. KGaA auf Schadensersatz haften, wenn sie eine qualifiziert faktische Einflußnahme durch den herrschenden Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft zulassen.

### c) **Zwischenergebnis**

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft darf auf die GmbH & Co. KGaA Einfluß nehmen.

Ist mit der Einflußnahme ein Nachteil für die GmbH & Co. KGaA verbunden, so muß dieser entweder sofort oder aber später ausgeglichen werden. Dazu ist erforderlich, daß der zugefügte Nachteil quantifizierbar ist.

## 2. **Abhängigkeitsbericht gemäß § 312 AktG**

Besteht kein Beherrschungsvertrag, so hat der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft nach § 312 AktG einen Bericht über die Beziehungen zu den verbundenen Unternehmen aufzustellen<sup>777</sup>.

Ein Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG ist auch bei einer abhängigen KGaA erforderlich<sup>778</sup>. Den Abhängigkeitsbericht hat die Komplementär-Gesellschaft als

---

<sup>775</sup> Die Norm dient zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger und der Minderheitsaktionäre, vgl. Hüffer, AktG, § 311 Rn. 1; Kropff, in: MK AktG, § 311 Rn. 3.

<sup>776</sup> vgl. oben unter D.II., insbesondere zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 309 AktG auf die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft unter D.II.4.

<sup>777</sup> Zum Umfang dieser Berichtspflicht bereits oben unter D.II.7.a). Zum Sinn und Zweck des Abhängigkeitsberichts vgl. oben unter D.II.7.a).

<sup>778</sup> vgl. dazu bereits oben unter D.II.7.a)

alleiniges Geschäftsführungsorgan der GmbH & Co. KGaA aufzustellen<sup>779</sup>. Im Gegensatz zur Lage bei der Komplementär-Gesellschaft als herrschendem Unternehmen stellt sich dabei nicht das Problem einer Personalunion zwischen herrschendem Unternehmen und Geschäftsführungsorgan, so daß eine Berichtspflicht über einzelne Einflußnahmen nicht mit den unter D.II.7. geschilderten praktischen Problemen verbunden ist. Es ist möglich, zwischen beeinflussungsfreier Geschäftsführung und beeinflusster Geschäftsführung der Komplementär-Gesellschaft zu differenzieren. Einzelne Einflußnahmen können isoliert betrachtet werden.

In dem Bericht sind alle Rechtsgeschäfte, die mit dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft oder mit einem mit ihm verbundenen Unternehmen abgeschlossen worden sind, aufzuführen. Ebenfalls aufzuführen sind alle im Interesse oder auf Veranlassung dieser Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und getätigten oder unterlassenen Maßnahmen<sup>780</sup>.

### 3. Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens gemäß § 317 AktG

Nimmt das herrschende Unternehmen nachteiligen Einfluß im Sinne des § 311 AktG auf die abhängige Gesellschaft, ohne daß es den Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahrs tatsächlich ausgleicht oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt, so ist es der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet<sup>781</sup>. Das herrschende Unternehmen ist auch den Aktionären der abhängigen Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet, soweit diese, abgesehen von dem Schaden durch Schädigung der Gesellschaft, geschädigt worden sind<sup>782</sup>. Nach § 317 Abs. 2 AktG ist eine Haftung dann ausgeschlossen, wenn die fragliche Maßnahme auch von einem Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft vorgenommen worden wäre. Zwar liegt dann bereits keine nachteilige Einflußnahme vor, so daß sich aus dieser Vorschrift keine sachliche Exculpation ergibt<sup>783</sup>. Jedoch ergibt sich daraus eine Beweislastregelung, da die Beweislast für dieses hypothetische Handeln eines unabhängigen Vorstands bei dem in Anspruch genommenen Unternehmen liegt<sup>784</sup>.

Da bei Vorliegen des Tatbestands des § 317 AktG die privilegierende Wirkung des § 311 AktG, der eine Nachteilszufügung gegen sofortigen oder gestreckten Ausgleich gestattet, wegfällt, sind neben § 317 AktG die allgemeinen Vorschriften anwendbar. Insbesondere sind also die Normen der Kapitalerhaltung nach §§ 57, 60, und 62 AktG, sowie die des § 117 AktG anwendbar<sup>785</sup>. Neben dem herrschenden

---

<sup>779</sup> vgl. *Kropff*, in: MK AktG, § 312 Rn. 51; Hüffer, AktG, § 312 Rn. 5; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 283 Rn. 37 und Vor. § 278 Rn. 106; *Mertens*, in: Festschrift Claussen, 297, 298; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 421

<sup>780</sup> Da im Bereich des Abhängigkeitsberichts und der Prüfung dieses Berichts durch Abschlußprüfer (§ 313 AktG), Aufsichtsrat (§ 314 AktG) und evtl. Sonderprüfer (§ 315 AktG) keine für die GmbH & Co. KGaA spezifischen Besonderheiten bestehen, sollen hier keine weiteren Ausführungen dazu erfolgen.

<sup>781</sup> § 317 Abs. 1 S. 1 AktG

<sup>782</sup> § 317 Abs. 1 S. 2 AktG

<sup>783</sup> *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 434; Hüffer, AktG, § 317 Rn. 11

<sup>784</sup> *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 105; Hüffer, AktG, § 317 Rn. 12

<sup>785</sup> vgl. Hüffer, AktG, § 317 Rn. 17; *Krieger*, in: Münch. Hdb. GesR IV, § 69 Rn. 110

Unternehmen haften auch deren gesetzliche Vertreter als Gesamtschuldner, wenn sie die abhängige Gesellschaft zu dem nachteiligem Rechtsgeschäft oder der nachteiligen Maßnahme veranlaßt haben<sup>786</sup>.

Bei der Anwendung der Norm ergeben sich keine spezifischen Besonderheiten bezüglich der Lage bei der GmbH & Co. KGaA. Der herrschende Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ist danach zum Schadensersatz verpflichtet, wenn und soweit eine nachteilige Einflußnahme weder zeitgleich nach § 311 Abs. 1 AktG noch gestreckt nach § 311 Abs. 2 AktG ausgeglichen worden ist. Die Haftung von gesetzlichen Vertretern des herrschenden Unternehmens, die die Benachteiligung veranlaßt haben, setzt voraus, daß der herrschende Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft selbst eine Gesellschaft ist.

#### **4. Verantwortlichkeit der Komplementär-Gesellschaft und derer Geschäftsführer gemäß § 318 AktG**

Haben die Mitglieder des Vorstands der abhängigen Gesellschaft ihre Pflichten zur Aufstellung des Abhängigkeitsberichts verletzt, so haften sie neben den nach § 317 AktG Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner, § 318 Abs. 1 S. 1 AktG. Die Mitglieder des Aufsichtsrats haften ebenso als Gesamtschuldner neben den nach § 317 AktG Ersatzpflichtigen, wenn sie ihre Pflicht, den Abhängigkeitsbericht zu prüfen und über diese Prüfung der Hauptversammlung zu berichten<sup>787</sup>, verletzt haben.

Soweit es um die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder nach § 318 Abs. 1 AktG geht, ist diese entsprechend auf die Komplementär-Gesellschaft anzuwenden. Die Pflicht zur Aufstellung des Abhängigkeitsberichts trifft die Komplementär-Gesellschaft als einzige persönlich haftenden Gesellschafterin der GmbH & Co. KGaA<sup>788</sup>. Demzufolge ist sie auch für die Verletzung dieser Pflicht schadenersatzpflichtig nach § 318 Abs. 1 AktG.

Fraglich ist, ob neben der Komplementär-Gesellschaft auch deren Geschäftsführer<sup>789</sup> als natürliche Personen haften. Da sie selbst nicht nach § 312 AktG zur Aufstellung des Abhängigkeitsberichts verpflichtet sind, sondern diesen nur in Ausführung ihrer organschaftlichen Stellung gegenüber der Komplementär-Gesellschaft anfertigen, kann für eine Schadensersatzpflicht nur der Pflichtenrahmen der Geschäftsführer gegenüber „ihrer“ Komplementär-Gesellschaft zum Tragen kommen.

Ihre Sorgfaltspflichten gegenüber der GmbH & Co. KGaA ergeben sich generell durch eine Ausweitung der Sorgfaltspflichten gegenüber der Komplementär-Gesellschaft durch entsprechende Anwendung des § 43 Abs. 1 GmbHG. Maßstab für ihr Handeln sind die Interessen der Komplementär-Gesellschaft und die rechtmäßigen

---

<sup>786</sup> § 317 Abs. 3 AktG

<sup>787</sup> § 314 AktG

<sup>788</sup> vgl. *Kropff*, in: MK AktG, § 312 Rn. 51; Hüffer, AktG, § 312 Rn. 5; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 283 Rn. 37 und Vor. § 278 Rn. 106; *Mertens*, in: Festschrift Claussen, 297, 298; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, S. 421

<sup>789</sup> also bei einer Komplementär-GmbH deren Geschäftsführer und bei einer Komplementär-GmbH & Co. KG die Geschäftsführer derer Komplementär-GmbH

Weisungen der Gesellschafterversammlung<sup>790</sup>. Dies hat zur Folge, daß ein Schadensersatzanspruch gegen die Geschäftsführer dann nicht besteht, wenn sie zum Vorteil der Komplementär-Gesellschaft oder aufgrund eines rechtmäßigen Gesellschafterbeschlusses gehandelt haben.

Dabei ist jedoch zu beachten, daß ein Vorteil der Komplementär-Gesellschaft aus einer fehlerhaften Berichterstattung über die Beziehungen der GmbH & Co. KGaA zum herrschenden Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nicht ersichtlich ist. Diese fehlerhafte Berichterstattung ist also nicht im Interesse der Komplementär-Gesellschaft. Eine Gesellschafterbeschlus der Komplementär-Gesellschaft, der die Geschäftsführer anweist, entgegen der Pflicht aus § 312 AktG zu handeln, kann auch nicht rechtmäßig sein. Denn § 312 AktG ist eine zwingende gesetzliche Norm, die teilweise im Interesse der Gläubiger besteht<sup>791</sup>. Verstößt das von einer Weisung der Gesellschafterversammlung einer GmbH geforderte Verhalten gegen eine zwingende gesetzliche Norm, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz der Gläubiger besteht, so ist die Weisung nichtig<sup>792</sup>.

Demzufolge haften in der Regel auch die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA aus § 43 Abs. 1 GmbHG analog bei Verletzung der Pflichten zur ordnungsgemäßen Berichterstattung.

Bei der Anwendung der Norm ergeben sich keine weiteren spezifischen Besonderheiten bezüglich der Lage bei der GmbH & Co. KGaA.

---

<sup>790</sup> vgl. eingehend dazu oben unter D.II.4.b)

<sup>791</sup> § 312 AktG dient der Verbesserung der Informationsbasis für Gesellschaftsgläubiger und außenstehende Aktionäre, vgl. Hüffer, AktG, § 312 Rn. 1.

<sup>792</sup> Mertens, in: Hachenburg GmbHG, § 43 Rn. 77; Schneider, in: Scholz GmbHG, § 37 Rn. 51, 51a; Konzen, in: NJW 1989, 2977, 2982

#### IV. Zwischenergebnis

Im Bereich des Aktienkonzernrechts ist der „Unternehmensbegriff“ nach dem Sinn und Zweck der Rechtsfolgennormen teleologisch zu reduzieren. Die Komplementär-Gesellschaft ist nicht bereits aufgrund ihrer Stellung als Komplementärin ein potentiell herrschendes „Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinn. Diese Eigenschaft kommt ihr erst dann zu, wenn sie einen Konzernkonflikt aufweist. Die Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft sind ebenfalls nur bei Vorliegen eines Konzernkonflikts „Unternehmen“ im Sinne des Aktienkonzernrechts.

Hat die Komplementär-Gesellschaft aufgrund der Satzungsgestaltung der GmbH & Co. KGaA beherrschenden Einfluß auf diese und ist sie „Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinne, so sind auf sie und auf ihre Geschäftsführer Rechtsfolgennormen des Vertragskonzernrechts entsprechend anzuwenden. Die Komplementär-Gesellschaft ist verpflichtet, die Verluste der GmbH & Co. KGaA nach § 302 AktG analog auszugleichen. Auch sind die gesetzlichen Rücklagen nach § 300 Nr. 3 AktG analog beschleunigt aufzufüllen. Die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft haften der GmbH & Co. KGaA gegenüber direkt für eine sorgfältige Geschäftsführung nach § 309 AktG analog. Die Haftung der Geschäftsführer erstreckt sich auch auf eine rechtswidrige Schädigung der GmbH & Co. KGaA durch deren Komplementär-Gesellschaft. Nicht entsprechend anzuwenden sind die Vorschriften über den Gläubigerschutz nach § 303 AktG und über den Schutz der außenstehenden Gesellschafter nach §§ 304ff. AktG. Keinen eigenen Anwendungsbereich hat § 311 AktG, der weder eine Beschränkung der Einflußnahmemöglichkeiten bewirkt noch mit einer privilegierenden Wirkung verbunden ist. Zudem braucht kein Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG aufgestellt zu werden.

Übt ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft auf die GmbH & Co. KGaA herrschenden Einfluß aus, so sind dabei die Schranken der Einflußnahme nach § 311 AktG zu beachten. Ein Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG ist durch die Komplementär-Gesellschaft zu erstellen, bei Verletzung dieser Pflicht haften die Komplementär-Gesellschaft und deren Geschäftsführer. Erfolgt ein Ausgleich nachteiliger Einflußnahme nicht rechtzeitig, besteht eine Schadensersatzpflicht des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft.

## E. Konzernmitbestimmung

Die GmbH & Co. KGaA unterliegt, wie jede andere KGaA auch, bei Erreichen der jeweiligen Arbeitnehmerzahlen<sup>793</sup> der Mitbestimmung. Diese Mitbestimmung im Aufsichtsrat der KGaA ist jedoch aufgrund der verringerten Möglichkeiten der Einflußnahme des Aufsichtsrats<sup>794</sup> innerhalb einer KGaA im Vergleich zur Mitbestimmung innerhalb einer Aktiengesellschaft eingeschränkt. Zusätzlich sind Normen des MitbestG auf die KGaA nicht anwendbar, so die Normen über die Bestellung des zur Vertretung befugten Organs durch den mitbestimmten Aufsichtsrat<sup>795</sup> und die Bestellung eines Arbeitsdirektors<sup>796</sup>. Dies wird von der Gestaltungspraxis als wichtiger Vorteil der KGaA angesehen<sup>797</sup>.

Im Rahmen dieser Arbeit soll auf die Mitbestimmung im Aufsichtsrat der KGaA nicht weiter eingegangen werden. Vielmehr soll geprüft werden, ob aufgrund der Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft auf die jeweilige GmbH & Co. KGaA die Komplementär-Gesellschaft der Mitbestimmung unterliegt. Möglich wäre dies durch eine Anwendung der Regeln der Konzernmitbestimmung in § 5 MitbestG und § 77a BetrVG 1952.

## I. Unternehmensbegriff des Konzernmitbestimmungsrechts

Eine rechtsgebietsübergreifende teleologische Bestimmung des Begriffs „herrschendes Unternehmen“ im Rahmen der Definitionsnormen der §§ 15 bis 18 AktG ist nicht möglich<sup>798</sup>. Deshalb wurden im Rahmen dieser Arbeit die Einflußnahmemöglichkeiten bezüglich der abhängigen GmbH & Co. KGaA rechtsgebietsübergreifend und ohne Rücksicht auf eventuell erforderliche teleologische Auslegungen des Begriffs „herrschendes Unternehmen“ eingeordnet<sup>799</sup>. Dabei wurde festgestellt, daß die Komplementär-Gesellschaft mit der GmbH & Co. KGaA bei entsprechender Satzungsausgestaltung einen Konzern bilden kann<sup>800</sup>. Ebenfalls möglich ist, daß der herrschende Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft mit der Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KGaA einen Konzern bildet<sup>801</sup>.

Das Mitbestimmungsrecht knüpft in den § 5 MitbestG und § 77a BetrVG 1952 an konzernrechtliche Tatbestände Rechtsfolgen. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen

---

<sup>793</sup> Diese Arbeitnehmerzahlen sind bei der Mitbestimmung nach dem MitbestG 2.000 Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG) und bei der Mitbestimmung nach dem BetrVG 1952 500 Arbeitnehmer (§ 76 Abs. 6 S. 3, 1 BetrVG 1952).

<sup>794</sup> vgl. oben unter B.I.2.c)

<sup>795</sup> § 31 Abs. 1 S. 2 MitbestG

<sup>796</sup> § 33 Abs. 1 S. 2 MitbestG

<sup>797</sup> Haase, in: GmbHR, 1997, 917, 921; Hennerkes/May, in: DB 1988, 537, 539f. und in: BB 1988, 2393, 2398; Hennerkes/Lorz, in: DB 1997, 1388, 1389; Mayer, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, 263, 266; Schaumburg/Schulte, S. 54

<sup>798</sup> vgl. oben unter C.II.1.d)

<sup>799</sup> vgl. oben unter C.III. bis V.

<sup>800</sup> vgl. oben unter C.IV.2.

<sup>801</sup> vgl. oben unter C.IV.3.

dieser Normen<sup>802</sup> erfüllt, so wird in dem „herrschenden Unternehmen“ eines Konzerns ein mitbestimmter Aufsichtsrat gebildet bzw. ein bereits bestehender Aufsichtsrat der Mitbestimmung unterworfen.

Fraglich ist, welche Eigenschaften ein „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des Mitbestimmungsrechts aufweisen muß.

## 1. Ziel der Konzernmitbestimmung

Mitbestimmungsrecht hat allgemein das Ziel, Arbeitnehmern ein Mitwirkungsrecht bei unternehmerischen Entscheidungen zu ermöglichen<sup>803</sup>. Dazu werden den Vertretern der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des jeweiligen Unternehmens ein Teil der Mandate eingeräumt<sup>804</sup>. Soweit in dem Unternehmen nicht bereits aufgrund anderer Rechtsnormen ein Aufsichtsrat gebildet wird, schreiben die mitbestimmungsrechtlichen Regeln vor, einen solchen Aufsichtsrat zu bilden<sup>805</sup>. Weiterhin wird im Bereich des MitbestG in dem zur gesetzlichen Vertretung befugtem Organ des Unternehmens ein Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied bestellt<sup>806</sup>.

Ist das Unternehmen, das der Mitbestimmung unterworfen ist, abhängiges Unternehmen innerhalb eines Konzerns, so werden die wesentlichen Entscheidungen nicht mehr bei dem mitbestimmten Unternehmen und damit innerhalb des Einflussesbereichs des mitbestimmten Aufsichtsrats<sup>807</sup> getroffen, sondern bei dem „herrschenden Unternehmen“. Dadurch wären die Mitspracherechte der Arbeitnehmer erheblich eingeschränkt<sup>808</sup>.

Das Konzernmitbestimmungsrecht knüpft an diese Verlagerung der Entscheidungsbefugnisse innerhalb des Konzerns Rechtsfolgen. Sinn und Zweck der Konzernmitbestimmung ist es, den Arbeitnehmern an der Stelle im Konzern ein Mitbestimmungsrecht zu gewährleisten, an der die maßgeblichen unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden<sup>809</sup>. Diese Stelle ist das „herrschende Unternehmen“ im Konzern, also die Konzernspitze<sup>810</sup>.

---

<sup>802</sup> dazu unten unter E.II.1 und E.III.1.

<sup>803</sup> vgl. dazu allgemein den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Mitbestimmungsgesetz in BT-Drucksache 7/2172, dort die Begründung ab S. 16

<sup>804</sup> Bei nach dem MitbestG mitbestimmten Unternehmen sind dies die Hälfte der Aufsichtsratsmandate, § 7 MitbestG, bei nach dem BetrVG 1952 mitbestimmten Unternehmen sind dies ein Drittel der Aufsichtsratsmandate, § 76 Abs. 1 BetrVG 1952. Die anderen Gesetze, die eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer statuieren, sind im Rahmen dieser Arbeit nicht relevant.

<sup>805</sup> § 6 Abs. 1 MitbestG, § 77 Abs. 1 BetrVG 1952

<sup>806</sup> § 33 MitbestG

<sup>807</sup> oder des Arbeitsdirektors bei einer Mitbestimmung nach dem MitbestG

<sup>808</sup> vgl. *Schneider*, in: Gemeinschaftskommentar MitbestG, § 5 Rn. 2f.; *Oetker*, in: GK AktG, MitbestG § 5 Rn. 1

<sup>809</sup> *Raiser*, in: Festschrift Kropff, S. 243, 247f.; *Lutter*, in: Mitbestimmung im Konzern, S. 6; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 5 Rn. 2; *Mertens*, in: KK AktG, Anh. § 117 B § 5 MitbestG, Rn. 14

<sup>810</sup> Zu der Ausnahme einer Mitbestimmung unterhalb dieser Konzernspitze nach § 5 Abs. 3 MitbestG sogleich unter E.II.4.

## 2. Teleologische Reduktion im Bereich des Mitbestimmungsrechts?

### a) Teleologische Einschränkung hinsichtlich des „Konzernkonflikts“?

Der teleologisch reduzierte, schutzrechtliche Unternehmensbegriff des Aktienkonzernrechts fragt danach, vor welchem Aktionär oder Dritten die Rechtsfolgenregelungen des Aktienkonzernrechts schützen sollen. Er ist gegeben, wenn das herrschende Unternehmen noch andere Interessen außerhalb der Gesellschaft hat, die stark genug sind um die ernste Besorgnis zu begründen, daß um ihretwillen der Einfluß zum Nachteil der beherrschten Gesellschaft ausgeübt wird. Dieser Unternehmensbegriff knüpft an eine Gefährdung von Gläubigern oder außenstehenden Aktionären durch die Beherrschung an<sup>811</sup>.

Das Konzernmitbestimmungsrecht soll dagegen bei Verlagerung der Entscheidungskompetenzen innerhalb eines Konzerns eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Entscheidungszentrum sicherstellen. Ob dabei ein potentieller Interessenkonflikt zwischen beherrschtem und herrschendem Unternehmen vorliegt, ist für die Ziele der Konzernmitbestimmung unerheblich<sup>812</sup>. Die Verlagerung der Entscheidungsbefugnisse findet auch dann statt, wenn mit ihr keine Gefahren aus Interessenkollisionen verbunden sind. Aus der Sicht der Arbeitnehmer kommt es allein auf die Gefahr der Aushöhlung der Mitspracherechte an. Ob eine Konstellation vorliegt, die einen besonderen Schutz der Gesellschaftsgläubiger und der außenstehenden Aktionäre erfordert, ist aus Sicht der Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens nicht maßgeblich.

Folglich ist nach Sinn und Zweck des Konzernmitbestimmungsrechts kein Konzernkonflikt notwendig, um als „herrschendes Unternehmen“ zu gelten<sup>813</sup>.

### b) Verweis auf den aktienkonzernrechtlichen Unternehmensbegriff?

In § 5 Abs. 1 MitbestG wird ausdrücklich auf den Konzern nach § 18 Abs. 1 AktG Bezug genommen. Teilweise wird angenommen, daß der Gesetzgeber dadurch auch den aktienrechtlichen Unternehmensbegriff zugrunde gelegt habe. Durch das Mitbestimmungsgesetz sei kein neuer Konzernbegriff geschaffen worden<sup>814</sup>. Ein Konzern im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG erfordere jedoch die schutzrechtliche Unternehmenseigenschaft<sup>815</sup> des herrschenden Unternehmens<sup>816</sup>.

---

<sup>811</sup> vgl. oben unter C.II.1.a)

<sup>812</sup> *Schneider*, in: Gemeinschaftskommentar MitbestG, § 5 Rn. 30; *Oetker*, in: GK AktG, MitbestG § 5 Rn. 6

<sup>813</sup> Dies entspricht der ganz herrschenden Meinung in der Literatur: *Fitting/Wlotzke/Wißmann* MitbestG, § 5 Rn. 9, 13; *Mertens*, in: KK AktG, Anh. § 117 B § 5 MitbestG Rn. 14; *Raiser*, in: Festschrift Kropff, S. 243, 248 sowie in: MitbestG, § 5 Rn. 5; *Schneider*, in: Gemeinschaftskommentar MitbestG, § 5 Rn. 30; *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer, MitbestG, § 5 Rn. 9. Ebenfalls entspricht dies der Rechtsprechung: OLG Stuttgart, BB 1989, 1005, 1006; BayObLG, DB 1998, 973, 975.

<sup>814</sup> *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 310, 316; *Joost*, in: ZGR 1998, 334, 346; *Arnold*, S. 121; *Graf*, S. 223

<sup>815</sup> also das Vorliegen eines Konzernkonflikts

<sup>816</sup> *Joost*, in: ZGR 1998, 334, 347f.; *Arnold*, S. 120

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. In § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG wird zwar direkt auf die Definitionsnorm des § 18 Abs. 1 AktG zum „Konzern“ Bezug genommen<sup>817</sup>. Daher kann davon ausgegangen werden, daß der Begriff der Definitionsnorm im Rahmen des Konzernmitbestimmungsrechts gilt. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß auch auf die teleologische Reduktion des Unternehmensbegriffs hinsichtlich des Aktienkonzernrechts verwiesen wird. Entsprechende Hinweise auf einen solchen Verweis finden sich nicht in der Regierungsbegründung des Mitbestimmungsgesetzes<sup>818</sup>.

Betrachtet man die reine Definition des § 18 Abs. 1 AktG, ohne diese einschränkend im Hinblick auf die Ziele des Aktienkonzernrechts auszulegen, so ist der „Konzernkonflikt“ nicht notwendiges Merkmal eines Konzerns. Ein Konzern im Sinne der Definitionsnorm erfordert nicht die schutzrechtliche Unternehmenseigenschaft des „herrschenden Unternehmens“<sup>819</sup>. Diese ist erst dann erforderlich, wenn an die Definitionsnormen des Aktiengesetzes Rechtsfolgen des Aktienkonzernrechts geknüpft werden, da das Aktienkonzernrecht nur vor bestimmten „Unternehmen“ schützen soll<sup>820</sup>.

Wendet man auf das Konzernmitbestimmungsrecht den Konzernbegriff der Definitionsnorm des § 18 Abs. 1 AktG ohne diese teleologische Reduktion an, so wird dadurch kein „neuer“ Konzernbegriff geschaffen. Vielmehr wird der gesetzlich definierte Begriff lediglich unmodifiziert angewendet. Daher ist die Argumentation hinsichtlich des nicht gewollten „neuen“ Konzernbegriffs verfehlt.

Durch § 5 Abs. 1 MitbestG wird folglich nicht auf den teleologisch reduzierten, schutzrechtlichen Unternehmensbegriff verwiesen<sup>821</sup>.

### c) Unternehmenseigenschaft als Differenzierungskriterium zu § 4 MitbestG?

§ 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG regelt die Mitbestimmung bei einer GmbH & Co. KG. Nach dieser Norm werden einer Komplementär-GmbH innerhalb einer GmbH & Co. KG die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KG zugerechnet. Voraussetzung dafür ist, daß die Mehrheit der Kommanditisten, berechnet nach der Mehrheit der Anteile oder der Stimmen, gleichzeitig die Mehrheit der Anteile oder der Stimmen innerhalb der Komplementär-GmbH innehat<sup>822</sup>. Weitere Voraussetzung ist, daß nicht die Komplementär-GmbH ihrerseits mehr als 500 Arbeitnehmer hat und damit mitbestimmungspflichtig nach § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 ist<sup>823</sup>.

Mit Blick auf die engen Voraussetzungen einer Zurechnung nach § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG, insbesondere auf die erforderliche Mehrheitsidentität bei Komplementär-GmbH und GmbH & Co. KG, wird teilweise angenommen, daß es einer besonderen Unternehmenseigenschaft des herrschenden Unternehmens bedürfe, um die

<sup>817</sup> In § 77a BetrVG 1952 wird der Begriff „Konzernunternehmen“ verwendet.

<sup>818</sup> vgl. Bundestagsdrucksache 7/2172, dort insbesondere bei S. 21 (Begründung zu § 5 MitbestG)

<sup>819</sup> vgl. oben unter C.II. und zur Qualifikation der hier geprüften Konstellationen als Konzernverbindung oben unter C.IV.

<sup>820</sup> vgl. dazu oben unter D.I.

<sup>821</sup> vgl. *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 5

<sup>822</sup> § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG. Im folgenden wird diese Konstellation als „Mehrheitsidentität“ bezeichnet.

<sup>823</sup> § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG

Zurechnung nach § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG vorzunehmen. Wolle man für die Begründung des Konzernatbestands gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG die „bloße“ Komplementäreigenschaft der Komplementär-GmbH genügen lassen, wäre die Regelung des § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG überflüssig<sup>824</sup>.

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Sie beruht wesentlich auf dem Gedanken, daß das Rechtsverhältnis zwischen Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KG bzw. der GmbH & Co. KGaA stets als Konzernverhältnis anzusehen wäre, wenn nicht besondere Merkmale hinsichtlich der „Unternehmenseigenschaft“ erforderlich wären. Nur dann wäre ein eigener Anwendungsbereich des § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG nicht mehr gegeben, da alle Fälle bereits von der Konzernregelung in § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG erfaßt wären. Eine Komplementär-Gesellschaft ist jedoch nur bei besonderer Satzungsgestaltung herrschendes Unternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA<sup>825</sup>. Gleiches gilt auch bei der GmbH & Co. KG<sup>826</sup>. Ein eigener Anwendungsbereich des § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG besteht somit. Demzufolge ist die „Unternehmenseigenschaft“ nicht notwendiges Kriterium zur Abgrenzung zwischen § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG und § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG.

Daher ist auch im Hinblick auf § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG der Begriff des „herrschenden Unternehmens“ nicht eingeschränkt<sup>827</sup>.

### 3. Zwischenergebnis

„Herrschendes Unternehmen“ im Sinne des Konzernmitbestimmungsrechts kann jede Komplementär-Gesellschaft oder jeder Gesellschafter einer Komplementär-

---

<sup>824</sup> *Jaques*, in: NZG 2000, 401, 404; *Arnold*, S. 121f. Im Sinne einer gesetzlichen Spezialität des § 4 MitbestG gegenüber dem § 5 MitbestG argumentieren: *Graf*, S. 225f.; *Zacharopoulou*, S. 339f.; *Joost*, in: ZGR 1998, 334, 347; wohl auch OLG Celle, BB 1979, 1577, 1579. Vgl. dazu unten unter E.II.1.a)bb).

<sup>825</sup> vgl. oben unter B.III.2.

<sup>826</sup> Vgl. u.a: *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 105 Anh. Rn. 11; *Zöllner*, in: ZGR 1977, 319, 334, *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 21. A.A. u.a.: *Mülbert*, in: MK HGB, Konzernrecht, Rn. 58; *Gekeler*, S. 139f.; OLG Celle, BB 1979, 1577, 1579. Hinsichtlich dieses Streitpunktes können die Ausführungen unter B.III.2.a) entsprechend herangezogen werden.

<sup>827</sup> im Ergebnis ebenso: *Raiser*, in: Festschrift Kropff, S. 243, 248; *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer, MitbestG, § 5 Rn. 9; *Schneider*, in: Gemeinschaftskommentar MitbestG, § 5 Rn. 62; *Mertens*, in: KK AktG, Anh. § 117 B § 5 MitbestG, Rn. 35f.

Gesellschaft sein. Auf einen Konzernkonflikt kommt es bei diesen möglichen „herrschenden Unternehmen“ nicht an.

## II. Konzernmitbestimmung nach dem MitbestG

### 1. Konzernmitbestimmung in der Komplementär-GmbH

#### a) Bildung eines Aufsichtsrats in der herrschenden Komplementär-GmbH nach § 5 Abs. 1 MitbestG

Ist ein in § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG bezeichnetes Unternehmen herrschendes Unternehmen eines Konzerns, so gelten für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf dieses herrschende Unternehmen die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens, § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG.

#### aa) Anwendung des § 5 Abs. 1 MitbestG auf die Komplementär-GmbH

Eine GmbH ist nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG taugliches „herrschendes Unternehmen“.

Bei entsprechender Satzungsgestaltung hat die Komplementär-GmbH einen herrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA<sup>828</sup>. In diesen Fällen ist die Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co. KGaA herrschendes Unternehmen und zwischen beiden Gesellschaften liegt ein Konzernverhältnis vor<sup>829</sup>. Dies ist bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** der Fall<sup>830</sup>.

In diesen Gesellschaften müßten bei Anwendung des § 5 Abs. 1 MitbestG die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA den Arbeitnehmern der Komplementär-GmbH bei Berechnung des Schwellenwerts von 2.000 Arbeitnehmern nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG hinzugerechnet werden. Wird dieser Schwellenwert überschritten, ist innerhalb der Komplementär-Gesellschaft ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten, § 6 Abs. 1 MitbestG.

#### bb) Verhältnis zu § 4 MitbestG bei herrschender Komplementär-Gesellschaft

§ 4 Abs. 1 MitbestG regelt die Mitbestimmung bei einer GmbH & Co. KG. Nach dieser Norm werden einer Komplementär-GmbH innerhalb einer GmbH & Co. KG die Arbeitnehmer der KG zugerechnet<sup>831</sup>. Denkbar ist eine analoge Anwendung des § 4 Abs. 1 MitbestG auf die GmbH & Co. KGaA<sup>832</sup>. Voraussetzung dafür wäre jedoch die Mehrheitsidentität bei den Kommanditaktionären und der GmbH<sup>833</sup>.

Teilweise<sup>834</sup> wird die Ansicht vertreten, daß § 4 Abs. 1 MitbestG eine Spezialregelung gegenüber § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG darstelle und daher letztere Norm keine

---

<sup>828</sup> vgl. oben unter B.III.2.

<sup>829</sup> vgl. oben unter B.IV.2.

<sup>830</sup> vgl. zur Typenbildung oben unter B.I.5.

<sup>831</sup> zu den Voraussetzungen dieser Zurechnung vgl. oben unter E.I.1.d)

<sup>832</sup> vgl. *Arnold*, S. 113ff. m.w.N.; *Joost*, in: ZGR 1998, 334, 345; kritisch dazu *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 11, 15; *Zacharopoulou*, S. 327ff.

<sup>833</sup> Auf diese analoge Anwendung soll im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden.

<sup>834</sup> *Graf*, S. 225f.; *Zacharopoulou*, S. 339f.; *Joost*, in: ZGR 1998, 334, 347; *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 11; zur GmbH & Co. KG: *Beinert/Hennerkes/Binz*, in: DB 1979, 68, 70; *Hennerkes/Binz*, Die GmbH & Co. KG, S. 262f.

Anwendung finden könne<sup>835</sup>. Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen, weil beide Normen unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen haben<sup>836</sup> und damit nicht in einem Spezialitätsverhältnis zueinander stehen<sup>837</sup>. Beide Normen sind nebeneinander anwendbar<sup>838</sup>.

**cc) Zwischenergebnis**

Ist bei Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** eine GmbH Komplementär-Gesellschaft der GmbH & Co. KGaA, so ist bei dieser Komplementär-GmbH gemäß §§ 5 Abs. 1 S. 1, 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 MitbestG ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden, falls die GmbH & Co. KGaA zusammen mit der Komplementär-GmbH mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt.

**b) Bestellung der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH durch mitbestimmten Aufsichtsrat gemäß § 31 MitbestG**

**aa) Anwendung des § 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG auf die Komplementär-GmbH**

Nach § 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG sind die Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs von dessen Aufsichtsrat<sup>839</sup> zu bestellen und abzurufen. Diese Bestellung richtet sich nach den §§ 84 und 85 AktG, soweit nichts anderes in den Absätzen 2 bis 5 des § 31 MitbestG geregelt ist<sup>840</sup>.

Wendet man diese Norm auf die mitbestimmte Komplementär-GmbH an, so sind deren Geschäftsführer durch den mitbestimmten Aufsichtsrat zu bestellen. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Komplementär-GmbH hätten also ein Mitspracherecht bei der Auswahl und der Abberufung der Geschäftsführer.

**bb) Anwendung der Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 1 S. 2 MitbestG?**

Fraglich ist, ob die Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 1 S. 2 MitbestG gilt. Danach sind bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs nicht durch den Aufsichtsrat zu bestellen.

Diese Ausnahmeregelung ist zunächst nicht direkt auf die hier gegebene Situation anwendbar. Sie bezieht sich auf den bei der KGaA gebildeten Aufsichtsrat, also auf den Fall, daß die KGaA das mitbestimmte Unternehmen ist. Dann soll es bei der

---

<sup>835</sup> Dabei erscheint bereits die Argumentation von einigen Vertretern (*Assmann/Sethe*, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 11, 15; *Zacharopoulou*, S. 327ff.) dieser Ansicht insoweit zweifelhaft, als daß nach deren Ansicht einerseits § 4 MitbestG weder direkt noch analog auf die KGaA angewendet werden darf, aber andererseits von einer Spezialität der nicht einmal entsprechend auf die KGaA anwendbaren Norm ausgegangen wird.

<sup>836</sup> vgl. dazu die Ausführungen oben unter E.I.1.d)

<sup>837</sup> *Oetker*, in: GK AktG, MitbestG, § 5 Rn. 9; *Kunze*, in: ZGR 1978, 321, 327ff.; ebenso *Arnold*, S. 122, der jedoch von einem anderen Unternehmensbegriff ausgeht.

<sup>838</sup> *Raiser*, in: Festschrift Kropff, S. 243, 248; *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer MitbestG, § 5 Rn. 9; *Schneider*, in: ZGR 1977, 335, 345 und in: Gemeinschaftskommentar MitbestG, § 5 Rn. 62

<sup>839</sup> gemäß § 84 AktG, unter Umständen ist auch eine Bestellung durch das Gericht möglich, § 85 AktG

<sup>840</sup> § 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG. Auf die Einzelheiten der Bestellung soll im Rahmen der Arbeit nicht eingegangen werden.

gesetzlichen Regelung bleiben, daß die Komplementäre nach §§ 280f. AktG in der Satzung bestellt werden<sup>841</sup>. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um die Mitspracherechte des Aufsichtsrats auf der Ebene der KGaA bei der Bestellung der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH, sondern um die Mitspracherechte des Aufsichtsrats auf der Ebene der Komplementär-GmbH selbst.

Die Ausnahmeregelung ist auch nicht entsprechend anzuwenden. Nach Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung soll eine Mitbestimmung bei dem persönlich haftendem Gesellschafter als natürlicher Person ausgeschlossen werden<sup>842</sup>. Persönliche Haftung des Unternehmers und Mitbestimmung sind nicht miteinander vereinbar<sup>843</sup>. Ist jedoch, wie im vorliegenden Fall, eine GmbH persönlich haftendes Unternehmen, bedarf es einer solchen Privilegierung nicht<sup>844</sup>. Daß die GmbH grundsätzlich der Mitbestimmung unterliegt, zeigt sich bereits daran, daß sie in § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG aufgezählt ist. Bedenken gegen eine Mitbestimmung auf der Ebene der Komplementär-GmbH bestehen daher nicht.

Die Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 1 S. 2 MitbestG ist somit weder direkt noch analog auf den mitbestimmten Aufsichtsrat auf der Ebene der Komplementär-GmbH anzuwenden.

### cc) Zwischenergebnis

Ist auf der Ebene der Komplementär-GmbH ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten<sup>845</sup>, so sind die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH von diesem mitbestimmten Aufsichtsrat zu bestellen.

Voraussetzung dafür ist, daß die GmbH & Co. KGaA eine Gesellschaft des **Typs C** oder des **Typs D** ist und insgesamt mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt.

### c) Bestellung eines Arbeitsdirektors gemäß § 33 MitbestG

Nach § 33 Abs. 1 S. 1 MitbestG ist als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs ein Arbeitsdirektor zu bestellen. Ein Arbeitsdirektor ist auch dann im herrschendem Unternehmen eines Konzerns zu bestellen, wenn dieses selbst keine Arbeitnehmer hat und nur aufgrund der Zurechnung nach § 5 MitbestG mitbestimmungspflichtig ist<sup>846</sup>. Das Bestellungsverfahren richtet sich dabei nach § 31 Abs. 1 MitbestG<sup>847</sup>.

---

<sup>841</sup> *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 31 Rn. 43; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 31 Rn. 50

<sup>842</sup> *Jaques*, in: NZG 2000, 401, 404; *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer MitbestG, § 31 Rn. 4; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 31 Rn. 43

<sup>843</sup> *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 31 Rn. 50

<sup>844</sup> *Jaques*, in: NZG 2000, 401, 404; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 31 Rn. 51; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 31 Rn. 44ff.

<sup>845</sup> gemäß §§ 5 Abs. 1 S. 1, 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 MitbestG

<sup>846</sup> *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 33 Rn. 18; *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer MitbestG, § 33 Rn. 56; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 33 Rn. 50; *Hoffmann-Becking*, in: Festschrift Werner, S. 301f.

<sup>847</sup> *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 33 Rn. 7

Die Ausnahmeregelung des § 33 Abs. 1 S. 2 MitbestG, wonach ein Arbeitsdirektor nicht bei einer KGaA zu bestellen ist, gilt auch hier aus den gleichen Gründen wie unter E.II.1.b)bb) geschildert nicht<sup>848</sup>.

Ist der Aufsichtsrat auf der Ebene der Komplementär-GmbH gemäß §§ 5 Abs. 1 S. 1, 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 MitbestG mitbestimmt, so ist in deren Geschäftsführung ein Arbeitsdirektor zu bestellen.

#### d) **Begrenzung der Mitbestimmung auf Niveau ohne Konzernverhältnis?**

Ziel der Konzernmitbestimmung ist es, bei einer Verlagerung der Leitungsmacht die Mitbestimmung dort anzusiedeln, wo die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden. Durch die Verlagerung der Leitungsmacht soll die Mitbestimmung nicht eingeschränkt werden<sup>849</sup>.

Bei der gesetzestypischen GmbH & Co. KGaA ist die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat aufgrund der schwachen Stellung des Aufsichtsrats eingeschränkt. Mangels Personalhoheit kann der mitbestimmte Aufsichtsrat nicht auf die Besetzung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH Einfluß nehmen. Mangels einer Befugnis, über Geschäftsführungsangelegenheiten zu entscheiden oder eine Entscheidungskompetenz an sich zu ziehen, ist auch eine diesbezügliche Einwirkung des mitbestimmten Aufsichtsrats nicht möglich. Schließlich ist auch wegen der Regelung des § 33 Abs. 1 S. 2 MitbestG kein Arbeitsdirektor zu bestellen.

Durch die Verlagerung der Kompetenzen auf die Komplementär-GmbH bei der Gesetzesatypischen GmbH & Co. KGaA des **Typs C** und des **Typs D** werden die Rechte des Aufsichtsrats nicht weiter verkürzt<sup>850</sup>, also auch der Umfang der Mitbestimmung nicht verringert. Vielmehr erhöht sich dieser Umfang der Mitbestimmung dadurch, daß bei Anwendung des § 5 Abs. 1 MitbestG die genannten „Mitbestimmungsprivilegien“ entfallen<sup>851</sup>. Durch die Anwendung des § 5 Abs. 1 MitbestG auf die vorliegende Situation wird somit nicht einer Aushöhlung der Mitbestimmungsregeln begegnet, sondern die Mitbestimmung der Arbeitnehmer wird deutlich erweitert. Die Verlagerung der Leitungsmacht bringt also eine Ausweitung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer mit sich.

Zweifel an dieser Folge könnten sich dann ergeben, wenn man unterstellt, daß die Konzernmitbestimmung nur einer Sicherung des ohne Konzernverhältnis bestehenden Mitbestimmungsniveaus dienen sollen.

Dagegen spricht jedoch, daß nach § 5 Abs. 1 MitbestG auch Arbeitnehmer von Konzernunternehmen zugerechnet werden, bei denen ein mitbestimmter Aufsichtsrat nicht eingerichtet werden müßte. So ist zum Beispiel möglich, daß in keinem der Konzernunternehmen ein mitbestimmter Aufsichtsrat besteht<sup>852</sup> und ein solcher bei der Konzernmutter erst aufgrund des § 5 MitbestG geschaffen werden muß. Es ist

---

<sup>848</sup> so auch *Jaques*, in: NZG 2000, 401, 404

<sup>849</sup> vgl. oben unter E.I.1.

<sup>850</sup> Es werden nur Kompetenzen der Hauptversammlung verlagert, nicht die des Aufsichtsrats auf der Ebene der KGaA.

<sup>851</sup> vgl. oben unter E.II.1.a), b) und c)

<sup>852</sup> Etwa weil die Arbeitnehmerzahl nicht erreicht wird oder weil das jeweilige Unternehmen nicht in einer nach dem MitbestG mitbestimmungspflichtigen Rechtsform betrieben wird.

daher nicht davon auszugehen, daß Konzernmitbestimmung nur bezüglich von ohne Konzernverhältnis bereits mitbestimmungspflichtigen Unternehmen eingerichtet werden müßte. Ist die Frage nach dem „ob“ einer Konzernmitbestimmung aber nicht von der Mitbestimmungslage ohne Konzernverhältnis abhängig, so kann erst recht nicht die Frage nach dem „wie“ der Konzernmitbestimmung, also nach deren Umfang, davon abhängig sein.

Auch ist hier zu bedenken, daß die Mitbestimmungsprivilegien der KGaA nicht gewollt sind, sondern nur mit Rücksicht auf die Besonderheiten der Rechtsform geduldet werden<sup>853</sup>. Die Gründe für diese Duldung bestehen jedoch dann nicht, wenn und soweit es um die Mitbestimmung bei der Komplementär-GmbH geht.

Einen Anspruch auf Begrenzung der Konzernmitbestimmung auf das Niveau ohne Konzernverhältnis besteht somit nicht.

#### e) **Zwischenergebnis**

Ist eine GmbH Komplementärin der GmbH & Co. KGaA bei Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D**, so ist sie herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA. Beschäftigen beide Gesellschaften zusammen mehr als 2.000 Arbeitnehmer, so ist bei der Komplementär-GmbH ein Aufsichtsrat zu bilden. Dieser mitbestimmte Aufsichtsrat entscheidet unter anderem über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer. Auch ist ein Arbeitsdirektor in der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH zu bestellen.

Die als wesentlicher Vorteil der GmbH & Co. KGaA hervorgehobene mitbestimmungsrechtliche Privilegierung<sup>854</sup> besteht insoweit nicht.

## 2. **Konzernmitbestimmung in der Komplementär-GmbH & Co. KG**

Eine GmbH & Co. KG unterliegt als Personengesellschaft nicht der Mitbestimmung nach dem MitbestG. Denkbar ist jedoch eine Mitbestimmung bei deren Komplementär-GmbH.

#### a) **Bildung eines Aufsichtsrats in der Komplementär-GmbH der Komplementär-GmbH & Co. KG nach § 5 Abs. 2 MitbestG**

Ist eine Kommanditgesellschaft herrschendes Unternehmen eines Konzerns, so können für die Anwendung des MitbestG die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer des persönlich haftenden Gesellschafters der Kommanditgesellschaft gelten. Voraussetzung dafür ist, daß die Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft nach § 4 Abs. 1 MitbestG als Arbeitnehmer des persönlich haftenden Gesellschafters gelten, § 5 Abs. 2 S. 1 MitbestG.

---

<sup>853</sup> Dem Gesetzgeber ging es nicht um eine Begünstigung der KGaA, sondern um die Beachtung ihrer Besonderheiten, insbesondere der persönlichen Haftung des Komplementärs, vgl. Regierungsbegründung in BT-Drucks. 7/2172, S. 28 (zu § 28 MitbestG) und *Sethe*, S. 103.

<sup>854</sup> vgl. oben unter E.

**aa) Vorliegen des Tatbestands des § 4 Abs. 1 MitbestG**

Die Komplementär-GmbH innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG müßte zunächst unter § 4 Abs. 1 MitbestG fallen.

Voraussetzung des § 4 Abs. 1 MitbestG ist zunächst, daß der persönlich haftende Gesellschafter ein Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG ist. Eine GmbH ist ausdrücklich in dieser Norm genannt und somit taugliches Unternehmen<sup>855</sup>.

Weitere Voraussetzung ist die Mehrheitsidentität, also daß die Mehrheit der Kommanditisten, berechnet nach der Mehrheit der Anteile oder der Stimmen, gleichzeitig die Mehrheit der Anteile oder der Stimmen innerhalb der Komplementär-GmbH innehat<sup>856</sup>. Diese Gestaltung wird in der Regel bei der Komplementär-GmbH & Co. KG bestehen. Die Komplementär-Gesellschaft dient zur Haftungsbegrenzung und Geschäftsführung. Eine Kapitalsammelfunktion kommt ihr innerhalb einer GmbH & Co. KGaA nicht zu, denn diese Funktion wird durch Ausgabe der Kommanditaktien wahrgenommen. Nur auf der Ebene der KGaA ist also eine Abweichung der Gesellschafterstruktur zwischen Kommanditaktionären und Gesellschaftern der Komplementär-Gesellschaft wahrscheinlich, nicht dagegen auf der Ebene der Komplementär-GmbH & Co. KG selbst.

Schließlich ist Voraussetzung, daß die Komplementär-GmbH innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG ihrerseits nicht einen eigenen Geschäftsbetrieb mit mehr als 500 Arbeitnehmer hat<sup>857</sup>. Dies wird in der Regel gegeben sein, da die Komplementär-GmbH als einzige Aufgabe die Geschäftsführung der Komplementär-GmbH & Co. KG<sup>858</sup> haben wird.

In der Regel werden die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 MitbestG hinsichtlich der Komplementär-GmbH einer Komplementär-GmbH & Co. KG innerhalb einer GmbH & Co. KGaA gegeben sein.

**bb) Eigenschaft als herrschendes Konzernunternehmen**

Die Komplementär-GmbH & Co. KG müßte auch herrschendes Unternehmen eines Konzerns gegenüber der GmbH & Co. KGaA sein.

Bei entsprechender Satzungsgestaltung hat die Komplementär-GmbH & Co. KG einen herrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA<sup>859</sup>. In diesen Fällen ist die Komplementär-GmbH & Co. KG gegenüber der GmbH & Co. KGaA herrschendes

---

<sup>855</sup> Für den Fall, daß es sich bei der persönlichen Gesellschafterin wiederum um eine GmbH & Co. KG handeln sollte, ist § 4 Abs. 1 S. 2 und 3 MitbestG einschlägig. Auf diese Gestaltung soll hier nicht näher eingegangen werden.

<sup>856</sup> § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG

<sup>857</sup> Vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG. Voraussetzung ist dabei, daß die Arbeitnehmer innerhalb dieses eigenen Geschäftsbetriebs und nicht im Rahmen der Komplementär-Funktion der Komplementär-GmbH tätig sind. Der Geschäftsbetrieb muß gegenüber der Kommanditgesellschaft eigenen unternehmerischen Zielen dienen, vgl. *Oetker*, in: GK AktG, MitbestG § 4, Rn. 7; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 4 Rn. 16.

<sup>858</sup> die eventuell unternehmerisch tätig sein kann

<sup>859</sup> vgl. oben unter C.III.2.

Unternehmen und zwischen beiden Gesellschaften liegt ein Konzernverhältnis vor<sup>860</sup>. Dies ist bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** der Fall<sup>861</sup>.

#### cc) **Zwischenergebnis**

In der Regel liegen die Voraussetzungen für die Zurechnung der Arbeitnehmer der Konzernunternehmen zur Komplementär-GmbH einer Komplementär-GmbH & Co. KG innerhalb einer GmbH & Co. KGaA somit vor<sup>862</sup>.

Haben alle Unternehmen innerhalb des Konzerns, der von der Komplementär-GmbH & Co. KG geleitet wird, zusammen mehr als 2.000 Arbeitnehmer, so ist bei der Komplementär-GmbH der Komplementär-GmbH & Co. KG gemäß §§ 5 Abs. 2, 4 Abs. 1, 1 Abs. 1 Nr. 1, 6 Abs. 1 MitbestG ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden.

#### b) **Bestellung der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH durch mitbestimmten Aufsichtsrat gemäß § 31 MitbestG**

Wird die Komplementär-GmbH der Komplementär-GmbH & Co. KG mitbestimmt, so sind deren Geschäftsführer gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG durch den mitbestimmten Aufsichtsrat zu bestellen. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Komplementär-GmbH haben also ein Mitspracherecht bei der Auswahl und der Abberufung der Geschäftsführer<sup>863</sup>.

Die Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 1 S. 2 MitbestG ist auf die hier vorliegende Situation nicht anzuwenden, vgl. oben unter E.II.1.b)bb).

#### c) **Bestellung eines Arbeitsdirektors gemäß § 33 MitbestG**

Bei einer mitbestimmten Komplementär-GmbH innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG ist nach § 33 Abs. 1 S. 1 MitbestG ein Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied der Geschäftsführung zu bestellen<sup>864</sup>.

Die Ausnahmeregelung des § 33 Abs. 1 S. 2 MitbestG gilt nicht für die hier vorliegende Situation, vgl. oben unter E.II.1.c).

#### d) **Zwischenergebnis**

Ist eine GmbH & Co. KG Komplementärin der GmbH & Co. KGaA bei Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D**, so ist sie herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA. Beschäftigen beide Gesellschaften zusammen mehr als 2.000 Arbeitnehmer, so ist bei ihrer Komplementär-GmbH ein Aufsichtsrat zu bilden. Dieser mitbestimmte Aufsichtsrat entscheidet unter anderem über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer.

---

<sup>860</sup> vgl. oben unter C.IV.2.

<sup>861</sup> vgl. zur Typenbildung oben unter B.I.5.

<sup>862</sup> Nach §§ 5 Abs. 2 S. 2, 4 Abs. 2 MitbestG kann diese Komplementär-GmbH nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden. Daraus folgt, daß innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG keine Gestaltung des Gesellschaftsvertrags gewählt werden darf, die deren Komplementär-GmbH komplett von der Geschäftsführung ausschließt. Im Rahmen dieser Arbeit sollen solche Gestaltungen jedoch nicht näher untersucht werden.

<sup>863</sup> vgl. oben unter E.II.1.b) zu der vergleichbaren Situation bei der Komplementär-GmbH

<sup>864</sup> vgl. oben unter E.II.1.c) zu der vergleichbaren Situation bei der Komplementär-GmbH

Auch ist ein Arbeitsdirektor in der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH zu bestellen.

### 3. Konzernmitbestimmung beim Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft<sup>865</sup> kann herrschendes Unternehmen eines Konzerns mit der GmbH & Co. KGaA als abhängigem Konzernunternehmen sein<sup>866</sup>. Dies kommt bei alleiniger Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA über die Komplementär-Gesellschaft nur bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** in Betracht<sup>867</sup>. Bei kumulierter Einflußnahme sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung ist dies auch bei Gesellschaften des **Typs A** denkbar<sup>868</sup>.

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ein solches herrschendes Unternehmen des Konzerns und hat er eine in § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG genannte Rechtsform, so könnten ihm die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen, also der KGaA und der Komplementär-Gesellschaft<sup>869</sup> sowie eventuell vorhandener weiterer Konzernunternehmen, für die Zwecke der Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes nach § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG zugerechnet werden. Hat der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die Rechtsform einer GmbH & Co. KG, so kommt eine Zurechnung nach § 5 Abs. 2 MitbestG in Betracht.

Sind mehr als 2.000 Arbeitnehmer innerhalb der Konzernunternehmen beschäftigt und dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft zuzurechnen, so unterliegt dieser der Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz. Dann ist bei ihm ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden<sup>870</sup>, der über die Besetzung der zur Vertretung befugten Organe entscheidet<sup>871</sup> und innerhalb dieses Vertretungsorgans ist ein Arbeitsdirektor zu bestellen<sup>872</sup>.

---

<sup>865</sup> Mit dieser Bezeichnung ist im Rahmen dieser Arbeit jeder herrschende Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft gemeint, die Rechtsform dieses Gesellschafters ist dabei egal.

<sup>866</sup> vgl. oben unter C.IV.3. und C.III.3.

<sup>867</sup> vgl. oben unter C.III.3.a)

<sup>868</sup> vgl. oben unter C.III.3.b)

<sup>869</sup> Bei einer Komplementär-Gesellschaft in der Rechtsform der GmbH & Co. KG wäre weiterhin eine Zurechnung der Arbeitnehmer derer Komplementär-GmbH über § 5 Abs. 1 S. 2 MitbestG denkbar.

<sup>870</sup> § 6 Abs. 1 MitbestG

<sup>871</sup> § 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG

<sup>872</sup> § 33 Abs. 1 S. 1 MitbestG

#### 4. Konzernmitbestimmung in der Komplementär-Gesellschaft als Teilkonzernspitze gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG

##### a) Regelung des § 5 Abs. 3 MitbestG

Unter Umständen ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft als herrschendes Unternehmen des Konzerns aufgrund seiner Rechtsform nicht mitbestimmungspflichtig<sup>873</sup>. In Betracht kommt jedoch eine Mitbestimmung in der Komplementär-Gesellschaft als Teilkonzernspitze gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG.

Stehen in einem Konzern die Konzernunternehmen unter der einheitlicher Leitung eines nicht von der Mitbestimmung erfaßten Unternehmens, werden aber die Konzernunternehmen über ein der Mitbestimmung unterworfenen Unternehmen<sup>874</sup> beherrscht, so gilt dieses für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes als herrschendes Unternehmen, § 5 Abs. 3 MitbestG<sup>875</sup>. In diesem Fall ist die Konzernmitbestimmung in der Zwischengesellschaft einzurichten, ihr sind die Arbeitnehmer der im Leitungsgefüge unter ihr stehenden Unternehmen zuzurechnen, nicht dagegen die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens<sup>876</sup>.

##### b) Anwendung auf die Komplementär-Gesellschaft als Teilkonzernspitze

Wendet man § 5 Abs. 3 MitbestG auf die hier vorliegende Situation an, so könnte eine Mitbestimmung bei der Komplementär-Gesellschaft als Teilkonzernspitze stattfinden.

Voraussetzung für die Anwendung des § 5 Abs. 3 MitbestG ist, daß das mitbestimmungsfreie herrschendes Unternehmen „über“ die Teilkonzernspitze Herrschaft ausübt.

Hierbei ist zwischen einer Beherrschung der GmbH & Co. KGaA allein über die Komplementär-Gesellschaft bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** und einer kumulativen Beherrschung sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung bei Gesellschaften des **Typs A** zu unterscheiden<sup>877</sup>.

##### aa) Leitung allein über die Komplementär-Gesellschaft

Welche Anforderungen an eine Leitung der Konzernunternehmen durch die Konzernspitze „über“ die Zwischengesellschaft bzw. Teilkonzernspitze zu stellen

---

<sup>873</sup> Vgl. *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 35. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn er ein Einzelkaufmann ist oder aber wenn er die Rechtsform einer Personengesellschaft hat.

<sup>874</sup> im folgenden soll dieses Unternehmen als „Zwischengesellschaft“ bezeichnet werden

<sup>875</sup> Wird der Konzern über mehrere Unternehmen beherrscht, so gilt diese Regelung für das der Konzernleitung am nächsten stehende Unternehmen. Im vorliegenden Fall soll jedoch nur die Beherrschung über die Komplementär-Gesellschaft, also ein dreistufiger Konzern, untersucht werden.

<sup>876</sup> § 5 Abs. 3 MitbestG garantiert folglich nicht die Mitbestimmung aller Arbeitnehmer des Konzerns, vgl. *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 44.

<sup>877</sup> Bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** besteht ebenfalls die Möglichkeit einer kumulierten Beherrschung, jedoch ist bei diesen Gestaltungen die Beherrschung bereits allein über die Komplementär-Gesellschaft möglich.

sind, ist umstritten<sup>878</sup>. Jedenfalls ist dieses Tatbestandsmerkmal dann gegeben, wenn die Zwischengesellschaft gegenüber den nachgeordneten Konzernunternehmen eigene Herrschaftsmöglichkeiten besitzt<sup>879</sup>. Kriterium ist diesbezüglich, daß die Zwischengesellschaft selbst herrschendes Konzernunternehmen sein würde, wenn die derzeitige Konzernspitze entfiel<sup>880</sup>.

Leitet der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die GmbH & Co. KGaA allein aufgrund seines Einflusses auf die Komplementär-Gesellschaft, so wäre die Komplementär-Gesellschaft selbst das herrschende Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA, wenn sie nicht selbst geleitet werden würde. Denn in dieser Gestaltung, also bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D**, übt die Komplementär-Gesellschaft aufgrund der Satzungsgestaltung selbst beherrschenden Einfluß gegenüber der GmbH & Co. KGaA aus. Nur weil sie selbst der Leitung ihres herrschenden Gesellschafters untersteht, ist sie nicht Konzernspitze<sup>881</sup>.

In diesen Fällen der ausschließlichen Leitung der GmbH & Co. KGaA über deren Komplementär-Gesellschaft liegt somit das Tatbestandsmerkmal der Leitung „über“ die Teilkonzernspitze vor.

#### **bb) Leitung sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung**

Problematisch ist die Situation bei einer kumulierten Leitung der GmbH & Co. KGaA sowohl über die Komplementär-Gesellschaft als auch über die Hauptversammlung bei Gesellschaften des **Typs A**. In diesen Fällen hat die Komplementär-Gesellschaft allein keinen herrschenden Einfluß im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG gegenüber der GmbH & Co. KGaA<sup>882</sup>. Der herrschende Einfluß des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft auf die GmbH & Co. KGaA und damit dessen Leitungsmacht entsteht erst durch seinen gleichzeitigen Einfluß auf die Hauptversammlung der GmbH & Co. KGaA<sup>883</sup>. Fraglich ist, ob in dieser Situation die Komplementär-Gesellschaft noch als Teilkonzernspitze anzusehen ist.

Nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 MitbestG ist es möglich, daß die Konzernleitung die Konzernunternehmen „über mehrere ... Unternehmen“ beherrscht. In diesem Fall werden die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen den der Konzernleitung am nächsten stehenden Unternehmen zugeordnet<sup>884</sup>. Übt eine Muttergesellschaft ihren Einfluß auf eine Enkelin über zwei Töchter aus, die beide jeweils allein keine eigene Herrschaftsmacht haben, so steht keine der Töchter der Mutter „näher“ als die jeweils

<sup>878</sup> Dabei ist vor allem fraglich, ob es für dieses Tatbestandsmerkmal einer Kapitalverflechtung bedarf oder eine Ausübung von Leitungsmacht ausreicht, vgl. dazu *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer MitbestG, § 5 Rn. 69f.; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 5 Rn. 63ff.; *Oetker*, in: GK AktG, MitbestG § 5 Rn. 46f.; *Raiser*, in: Festschrift Kropff, S. 243, 257 und in: MitbestG, § 5 Rn. 39ff. Diese Frage bedarf aber in der vorliegenden Situation keiner Entscheidung, da eine Kapitalverflechtung aufgrund der Stellung der Komplementär-Gesellschaft als Komplementärin der GmbH & Co. KGaA ohnehin vorläge.

<sup>879</sup> vgl. *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer MitbestG, § 5 Rn. 68; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 40

<sup>880</sup> *Schneider*, in: Gemeinschaftskommentar MitbestG, § 5 Rn. 108; *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer MitbestG, § 5 Rn. 68

<sup>881</sup> zur Problematik eines „Konzerns im Konzern“ vgl. unten unter E.II.5.

<sup>882</sup> vgl. oben unter C.III.2.a)

<sup>883</sup> vgl. oben unter C.III.3.b)

<sup>884</sup> § 5 Abs. 3 MitbestG

andere Tochter, es besteht ein „Mehrmütterteilkonzern“<sup>885</sup>. In diesem Fall sind beiden Töchtern die Arbeitnehmer der Enkelin zuzurechnen<sup>886</sup>. Bedient sich die mitbestimmungsfreie Muttergesellschaft für die Ausübung der Leitung nicht zweier Töchter, sondern teilt sie ihre Leitungsmacht mit einer Tochter und behält somit einen eigenen Teil der Leitungsmacht, so kann für die Zurechnung der Arbeitnehmer auf die eine (mitbestimmungsfähige) Tochtergesellschaft nichts anderes gelten. § 5 Abs. 3 MitbestG ist dann auf die Tochter anzuwenden<sup>887</sup>.

Diese Grundsätze können auf die hier geprüfte Situation übertragen werden. § 5 Abs. 3 MitbestG ist auch dann auf die Komplementär-Gesellschaft anwendbar, wenn diese nicht eigenständig einen herrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA hat. Es genügt, daß dieser herrschende Einfluß kumuliert beim Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft besteht und teilweise über die Komplementär-Gesellschaft ausgeübt wird. Auch in diesem Fall wird die GmbH & Co. KGaA „über“ die Komplementär-Gesellschaft geleitet.

### c) **Zwischenergebnis**

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA und gleichzeitig nicht mitbestimmungspflichtig, so werden der jeweiligen Komplementär-Gesellschaft die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA als Teilkonzernspitze zugerechnet. Dies gilt sowohl bei alleiniger Leitung über die Komplementär-Gesellschaft bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** als auch bei einer kumulierten Leitung auch über die Hauptversammlung bei den Gesellschaften des **Typs A**.

Eine Mitbestimmung bei der Komplementär-Gesellschaft ist dann einzurichten, wenn die Komplementär-Gesellschaft und die GmbH & Co. KGaA zusammen mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen.

Bezüglich der Ausgestaltung dieser Mitbestimmung, also der Bildung eines Aufsichtsrats bei der Komplementär-GmbH<sup>888</sup>, der Bestellung der Mitglieder des Vertretungsorgans durch den mitbestimmten Aufsichtsrat und der Bestellung eines Arbeitsdirektors gelten die gleichen Grundsätze wie oben unter E.II.1. und E.II.2. geschildert.

## **5. „Konzern im Konzern“ bei herrschendem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft**

Denkbar ist eine Anwendung der für den Bereich des Mitbestimmungsrechts entwickelten Regeln über den „Konzern im Konzern“. Voraussetzung eines solchen „Konzerns im Konzern“ ist, daß bei einem mehrstufigem Konzern von der Konzernspitze einheitliche Leitungsmacht auf eine Zwischenobergesellschaft

<sup>885</sup> vgl. dazu *Lutter*, Mitbestimmung im Konzern, S. 13

<sup>886</sup> *Mertens*, in: KK AktG, Anh. § 117 B § 5 MitbestG Rn. 48; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 43; *Schneider*, in: Gemeinschaftskommentar MitbestG, § 5 Rn. 111, jeweils mit Verweis auf die Regeln der Mitbestimmung im Mehrmütterkonzern

<sup>887</sup> vgl. *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 5 Rn. 43

<sup>888</sup> bei einer Komplementär-GmbH & Co. KG bei deren Komplementär-GmbH

verlagert wird<sup>889</sup>. Bei einem dreistufigem Konzern müssen also wesentliche Entscheidungsbefugnisse betreffend die Enkelunternehmen auf das Tochterunternehmen verlagert werden<sup>890</sup>.

Liegt ein solcher „Konzern im Konzern“ vor, so soll nach umstrittener Auffassung<sup>891</sup> auch in der Zwischenobergesellschaft eine Konzernmitbestimmung geschaffen werden, auch wenn die Konzernspitze dem MitbestG unterfällt, also die Situation des § 5 Abs. 3 MitbestG nicht gegeben ist.

Werden die Regeln des „Konzerns im Konzern“ auf die hier vorliegende Situation übertragen, wäre also denkbar, daß ein mitbestimmter Aufsichtsrat auf der Ebene der Komplementär-Gesellschaft geschaffen werden müßte, wenn deren Gesellschafter zwar Konzernleitung ausübt<sup>892</sup>, aber der Komplementär-Gesellschaft genügend Leitungsmacht überläßt, daß auch bei ihr eine einheitliche Leitungsmacht besteht. Dies wird nur in seltenen Ausnahmefällen vorliegen<sup>893</sup>.

Die Figur des „Konzerns im Konzern“ enthält keine spezifischen Besonderheiten hinsichtlich einer abhängigen GmbH & Co. KGaA. Im Rahmen dieser Arbeit soll daher darauf nicht weiter eingegangen werden.

## 6. Zwischenergebnis

Ist die Komplementär-GmbH herrschendes Unternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA und haben beide zusammen in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer, so ist bei der Komplementär-GmbH ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten. Dieser mitbestimmte Aufsichtsrat hat eine Personalkompetenz hinsichtlich der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Zudem ist in der Geschäftsführung ein Arbeitsdirektor zu bestellen. Entsprechendes gilt bei einer herrschenden Komplementär-GmbH & Co. KG, bei der diese Mitbestimmung auf der Ebene ihrer Komplementär-GmbH stattfindet. Diese Mitbestimmung bei der Komplementär-Gesellschaft ist allein bei Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** möglich.

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft Konzernspitze und unterliegt er aufgrund seiner Rechtsform der Mitbestimmung, so findet eine entsprechende Mitbestimmung bei ihm statt. Unterliegt der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft aufgrund seiner Rechtsform nicht der Mitbestimmung, so findet eine

---

<sup>889</sup> vgl. *Oetker*, in: GK AktG, MitbestG § 5 Rn. 27

<sup>890</sup> vgl. *Mertens*, in: KK AktG, Anh. § 117 B § 5 MitbestG, Rn. 32

<sup>891</sup> Hierbei besteht eine dauerhafte und lebhaftige Diskussion, die nicht im einzelnen nachgezeichnet werden soll. Für einen solchen Konzern im Konzern aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht: *Mertens*, in: KK AktG, Anh. § 117 B § 5 MitbestG, Rn. 32, *Oetker*, in: GK AktG, MitbestG § 5 Rn. 26 und *Raiser*, MitbestG, § 5 Rn. 23 (jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Gegen einen solchen Konzern im Konzern: *Lutter*, Mitbestimmung im Konzern, S. 11f. und in: ZGR 1977, 195, 212; *Schilling*, in: ZHR 140 (1976) 528, 534; *Schneider*, in: Gemeinschaftskommentar MitbestG, § 5 Rn. 75ff. (jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

<sup>892</sup> vgl. dazu oben unter C.IV.3.

<sup>893</sup> vgl. zu den engen Tatbestandsvoraussetzungen allgemein (also nicht auf die KGaA bezogenen): *Raiser*, MitbestG, § 5 Rn. 24; *Mertens*, in: KK AktG, Anh. § 117 B § 5 MitbestG, Rn. 33; *Oetker*, in: GK AktG, MitbestG § 5 Rn. 27

#### *E. Konzernmitbestimmung*

Mitbestimmung auf der Ebene der Komplementär-Gesellschaft als Teilkonzernspitze statt. Voraussetzung ist jeweils das Erreichen des Schwellenwerts von mehr als 2.000 Arbeitnehmern. Möglich ist diese Mitbestimmung bei Gesellschaften des **Typs A**, des **Typs C** und des **Typs D**.

### III. Konzernmitbestimmung nach dem BetrVG 1952

#### 1. Anwendungsbereich des § 77a BetrVG 1952

In einer GmbH ist nach § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 ein Aufsichtsrat zu bilden, wenn die GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Seine Zusammensetzung und seine Rechte und Pflichten bestimmen sich nach den aktienrechtlichen Regelungen<sup>894</sup> und nach § 76 BetrVG 1952<sup>895</sup>.

Soweit die Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat eines herrschenden Unternehmens vom Vorhandensein oder der Zahl von Arbeitnehmern abhängt, gelten die Arbeitnehmer der Betriebe eines Konzernunternehmens als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens, wenn zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht oder das abhängige Unternehmen in das herrschende Unternehmen eingegliedert<sup>896</sup> ist, § 77a BetrVG 1952. Die Zurechnung der Arbeitnehmer nach § 77a BetrVG 1952 erfolgt auch bezüglich der Frage, ob nach § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 überhaupt ein Aufsichtsrat zu bilden ist<sup>897</sup>.

#### 2. Konzernmitbestimmung in der Komplementär-GmbH

Bei der Komplementär-GmbH ist dann ein mitbestimmter Aufsichtsrat nach § 77 BetrVG 1952 zu bilden, wenn die Komplementär-GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Dies wird in der Regel nicht der Fall sein.

Eher denkbar ist dagegen, daß die GmbH & Co. KGaA mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Sie wäre dann nach § 76 Abs. 1 und 6 BetrVG 1952 mitbestimmt. Die daraus folgende Mitbestimmung im Aufsichtsrat einer KGaA ist jedoch eingeschränkt, da dem Aufsichtsrat wesentliche Kompetenzen des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft nicht zustehen<sup>898</sup>.

Fraglich ist, ob die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA ihrer Komplementär-GmbH zugerechnet werden können, so daß bei dieser ein nach dem BetrVG 1952 mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden wäre.

##### a) Direkte Anwendung des § 77a BetrVG 1952 auf die Komplementär-GmbH?

Zwischen der Komplementär-GmbH und der GmbH & Co. KGaA kann ein Konzernverhältnis vorliegen, wenn die Satzung der GmbH & Co. KGaA einen herrschenden Einfluß der Komplementär-GmbH ermöglicht. In diesem Fall ist die

<sup>894</sup> §§ 90 Abs. 3, 4, 5 S. 1 und 2, 95 bis 114, 116, 118 Abs. 2, 125 Abs. 3, 171, 268 Abs. 2 AktG

<sup>895</sup> § 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG 1952

<sup>896</sup> Da eine KGaA nicht eingegliedert werden kann (vgl. *Grunewald*, in: MK AktG, § 319 Rn. 1; Hüffer, AktG, § 319 Rn. 4; *Koppensteiner*, in: KK AktG, Vor § 319 Rn. 5; a.A. *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 319 Rn. 5f.), soll diese Alternative im folgenden unberücksichtigt bleiben.

<sup>897</sup> *Kraft*, in: Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, § 77 a BetrVG 1952, Rn. 3

<sup>898</sup> vgl. oben unter B.I.2.c)

Komplementär-GmbH herrschendes, die GmbH & Co. KGaA abhängiges Konzernunternehmen, vgl. oben unter C.IV.2.

Wesentliche Voraussetzung der Zurechnung nach § 77a BetrVG 1952 ist, daß ein „Beherrschungsvertrag“ zwischen dem herrschendem Unternehmen und dem abhängigen Unternehmen vorliegt. Fraglich ist, ob diese Voraussetzung in der geprüften Situation erfüllt ist.

**aa) Satzung nicht Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG**

Die Satzung der GmbH & Co. KGaA ist nicht als Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG zu qualifizieren, obwohl sie der Komplementär-GmbH eine entsprechende Leitungsmacht einräumt, vgl. oben unter C.V.1.c).

Es liegt lediglich ein faktisches Konzernverhältnis vor, auf welches aber wegen seiner Vergleichbarkeit zur Situation beim Beherrschungsvertrag teilweise Rechtsfolgeregeln des Vertragskonzerns entsprechend angewendet werden müssen<sup>899</sup>.

**bb) Relevantes Abweichen des Begriffs „Beherrschungsvertrag“?**

Fraglich ist jedoch, ob der Begriff des „Beherrschungsvertrags“ in § 77a BetrVG 1952 ein anderer als der des § 291 Abs. 1 AktG ist und daher die vorliegende Situation umfaßt.

Als abhängige Unternehmen eines Beherrschungsvertrags sieht § 291 Abs. 1 AktG nach seinem Wortlaut lediglich Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vor. In Bezug auf die Zurechnung der Arbeitnehmer von Konzernunternehmen nach § 77a BetrVG 1952 wird diese Beschränkung als zu eng angesehen. Dementsprechend werden auch Arbeitnehmer von Konzernunternehmen anderer Rechtsform zugerechnet<sup>900</sup>. Bezüglich dieser anderen abhängigen Unternehmen ist auf einen Vertrag abzustellen, der inhaltlich den Voraussetzungen des § 291 Abs. 1 AktG entspricht, das heißt, der die Leitung des beherrschten Unternehmens dem herrschenden Unternehmen überträgt<sup>901</sup>. Insoweit liegt also eine Abweichung des Begriffs „Beherrschungsvertrag“ hinsichtlich der beiden Normen vor.

Jedoch betrifft diese Abweichung nur andere abhängige Konzernunternehmen als die in § 291 Abs. 1 AktG genannten Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Bei beiden letzteren Gesellschaftsformen ist nach der Entstehung der gesetzlichen Regelung von einer Identität der Begriffe auszugehen. § 77a BetrVG 1952 wurde zeitgleich mit der Schaffung des Aktiengesetzes von 1965 durch § 40 Abs. 1 Nr. 6 EG AktG in das BetrVG 1952 eingefügt. Dabei wurde bewußt auf das Vorliegen eines Beherrschungsvertrags nach „§ 291 Abs. 1 des Entwurfes eines

---

<sup>899</sup> vgl. oben unter D.II.

<sup>900</sup> Dies entspricht der herrschenden Ansicht, vgl. *Oetker*, in: GK AktG, BetrVG 1952 § 77a Rn. 3; *Kraft*, in: Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, § 77a BetrVG 1952, Rn. 7; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, Betriebsverfassungsgesetz, § 77a BetrVG 1952, Rn. 8

<sup>901</sup> *Oetker*, in: GK AktG, BetrVG 1952, § 77a Rn. 3; *Kraft*, in: Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, § 77 a BetrVG 1952, Rn. 7; OLG Düsseldorf, ZIP 1997, 546, 548; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, Betriebsverfassungsgesetz, § 77 BetrVG 1952, Rn. 6

Aktiengesetzes“ abgestellt<sup>902</sup>. Dieser § 291 Abs. 1 des „Entwurfes eines Aktiengesetzes“ ist mit der nunmehr geltenden Fassung des Aktiengesetzes identisch.

Soweit wie hier eine Kommanditgesellschaft auf Aktien abhängiges Unternehmen ist, muß folglich davon ausgegangen werden, daß der Begriff des „Beherrschungsvertrags“ in § 291 Abs. 1 AktG und in § 77a BetrVG 1952 einheitlich ist.

#### cc) **Zwischenergebnis**

Mangels eines Beherrschungsvertrags im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG ist § 77a BetrVG 1952 nicht direkt auf die Beherrschung einer GmbH & Co. KGaA durch deren Komplementär-GmbH anzuwenden.

#### b) **Bildung eines Aufsichtsrats bei der Komplementär-GmbH nach §§ 77a, 77 BetrVG 1952 analog?**

Fraglich ist, ob durch eine entsprechende Anwendung des § 77a BetrVG 1952 die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA der Komplementär-GmbH zuzurechnen wären. Eine entsprechende Anwendbarkeit einer Rechtsnorm setzt die Vergleichbarkeit der Sachlage und eine Regelungslücke voraus<sup>903</sup>. Eine mit der Situation eines Beherrschungsvertrags vergleichbare Situation kann an dieser Stelle zunächst unterstellt werden.

Fraglich jedoch ist, ob eine Regelungslücke besteht. Eine Regelungslücke kann dann nicht bestehen, wenn eine gewollt abschließende gesetzliche Regelung vorliegt.

Bei der Schaffung des § 77a BetrVG 1952 wurde bewußt auf das Vorliegen eines Beherrschungsvertrags nach „§ 291 Abs. 1 des Entwurfes eines Aktiengesetzes“ abgestellt, um Rechtssicherheit in diesem Punkt zu erreichen<sup>904</sup>. Ausdrücklich im Gesetzgebungsverfahren abgelehnt worden sind Anträge, die Zurechnung auch auf die faktischen Konzernverhältnisse zu erstrecken. Dabei ist aufgrund der Begründung des Ausschlußberichts davon auszugehen, daß sich der Gesetzgeber bewußt war, daß bei einem faktischen Konzern eine vergleichbare Rechtslage besteht, die eventuell der Konzernmitbestimmung zuzuführen wäre<sup>905</sup>. Er hat aber bewußt eine klare Abgrenzbarkeit bevorzugt und als Differenzierungskriterium den Beherrschungsvertrag nach § 291 Abs. 1 AktG<sup>906</sup> gewählt.

In Bezug auf die abhängige KGaA ist somit von einer solchen gewollt abschließenden Regelung auszugehen. Bezüglich faktischer Beherrschungsverhältnisse gegenüber einer abhängigen KGaA, die einer vertraglichen Beherrschung vergleichbar sind, besteht somit keine Regelungslücke. Eine entsprechende Anwendung des § 77a BetrVG 1952 ist daher nicht möglich.

---

<sup>902</sup> Vgl. Regierungsbegründung bei *Kropff*, AktG, S. 573

<sup>903</sup> vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 191, 202

<sup>904</sup> Vgl. Regierungsbegründung bei *Kropff*, AktG, S. 573f. mit Hinweis auf die zuvor umstrittene Rechtslage.

<sup>905</sup> Vgl. Regierungsbegründung und Ausschlußbericht (Arbeitsausschuß) bei *Kropff*, AktG, S. 573f.

<sup>906</sup> bzw. des damaligen § 291 Abs. 1 des „Entwurfes eines Aktiengesetzes“

### c) Zwischenergebnis

In der Komplementär-GmbH ist nur dann ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten, wenn diese selbst mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. In der Regel wird dies nicht der Fall sein.

Mangels eines Beherrschungsvertrags zwischen der Komplementär-GmbH und der GmbH & Co. KGaA sind der Komplementär-GmbH weder durch direkte noch durch analoge Anwendung des § 77a BetrVG 1952 die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA zuzurechnen<sup>907</sup>. Dies gilt auch dann, wenn die Komplementär-GmbH herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA in den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** ist.

### 3. Keine Mitbestimmung in der Komplementär-GmbH & Co. KG

Ist eine GmbH & Co. KG Komplementärin der GmbH & Co. KGaA, so kann auch diese aufgrund der Satzung einen herrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA haben. In diesem Fall ist die Komplementär-GmbH & Co. KG herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA<sup>908</sup>.

Eine Mitbestimmung nach §§ 76, 77 BetrVG 1952 setzt voraus, daß das potentiell mitbestimmungspflichtige Unternehmen in einer dort genannten Rechtsform betrieben wird. Eine GmbH & Co. KG gehört nicht zu dem Kreis der danach potentiell mitbestimmungspflichtigen Unternehmen. Somit ist innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG auch dann kein mitbestimmter Aufsichtsrat nach dem BetrVG 1952 zu bilden, wenn diese mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen würde<sup>909</sup>.

Auch dann, wenn der Komplementär-GmbH & Co. KG die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA nach § 77a BetrVG 1952 zugerechnet werden könnten, was nach der hier vertretenen Ansicht nicht der Fall ist<sup>910</sup>, würde sich daraus keine Mitbestimmungspflicht nach dem BetrVG 1952 ergeben. Denn auch bei der Zurechnung von Arbeitnehmern zum herrschendem Unternehmen eines Vertragskonzerns ist für eine solche Mitbestimmung Voraussetzung, daß das herrschende Unternehmen in einer Rechtsform betrieben wird, die der Mitbestimmung nach dem BetrVG 1952 zugänglich ist<sup>911</sup>. Dies ist bei einer GmbH & Co. KG nicht der Fall.

---

<sup>907</sup> Dies entspricht für die GmbH & Co. KG der herrschenden Ansicht: *Kraft*, in: Gemeinschaftskommentar, § 77a BetrVG 1952 Rn. 5; *Fitting/Kaiser/Heiter/Engels/Schmidt*, Betriebsverfassungsgesetz, § 77 BetrVG 1952 Rn. 8; *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 52 Rn. 33; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 52 Rn. 84; *Raiser*, in: Hachenburg, GmbHG, § 52 Rn. 158

<sup>908</sup> vgl. oben unter B.IV.2.

<sup>909</sup> Soweit jedoch mehr als 2.000 Arbeitnehmer in der GmbH & Co. KG beschäftigt werden, kommt eine Mitbestimmung nach § 4 MitbestG in Betracht.

<sup>910</sup> Denn es liegt kein Beherrschungsvertrag zwischen der Komplementär-GmbH & Co. KG und der GmbH & Co. KGaA vor und § 77a BetrVG 1952 kann auch nicht entsprechend auf faktische Beherrschungsverhältnisse angewendet werden kann, vgl. oben unter E.III.2.

<sup>911</sup> *Oetker*, in: GK AktG, BetrVG 1952 § 77a, Rn. 2; *Kraft*, in: Gemeinschaftskommentar, § 77a BetrVG 1952 Rn. 6

In der Komplementär-GmbH der Komplementär-GmbH & Co. KG wäre dann ein mitbestimmter Aufsichtsrat nach § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 zu bilden, wenn diese mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen würde. Dieser Fall wird in der Praxis nicht vorliegen.

Eine Zurechnung der Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA zur Komplementär-GmbH innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KGaA kommt ebenfalls nicht in Betracht. Zunächst fehlt eine direkte vertragliche Bindung zwischen beiden Gesellschaften, ein Beherrschungsvertrag wird in der Praxis nicht vorliegen. Auch kann eine zweistufige Zurechnung zunächst von der GmbH & Co. KGaA auf die Komplementär-GmbH & Co. KG und dann von letzterer auf deren Komplementär-GmbH nicht erfolgen. Auf beiden Ebenen fehlt ein dafür notwendiger Beherrschungsvertrag<sup>912</sup>.

#### **4. Keine Konzernmitbestimmung beim Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft**

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft wird in der Praxis keinen Beherrschungsvertrag mit der GmbH & Co. KGaA abschließen. Daher kann § 77a BetrVG 1952 auf ihn keine Anwendung finden.

#### **5. Zwischenergebnis**

Die Konzernmitbestimmung nach dem BetrVG 1952 ist in den geprüften Situationen in der Regel nicht einschlägig.

Dies gilt zunächst dann, wenn die Komplementär-Gesellschaft herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA in den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** ist. Auch ist dies dann der Fall, wenn der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft Konzernspitze ist.

---

<sup>912</sup> Vgl. für die Ebene zwischen GmbH & Co. KGaA und deren Komplementär-Gesellschaft die Ausführungen unter E.III.2. Für das Verhältnis zwischen einer GmbH & Co. KG und deren Komplementär-Gesellschaft entspricht dies der allgemeinen Ansicht der Literatur, vgl.: *Kraft*, in: Gemeinschaftskommentar, § 77a BetrVG 1952 Rn. 5; *Fitting/Kaiser/Heiter/Engels/Schmidt*, Betriebsverfassungsgesetz, § 77 BetrVG 1952 Rn. 8; *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 52 Rn. 33; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 52 Rn. 84; *Raiser*, in: Hachenburg, GmbHG, § 52 Rn. 158

#### IV. Zwischenergebnis

Im Bereich der Konzernmitbestimmung ist nicht der eingeschränkte Unternehmensbegriff des Aktienkonzernrechts anzuwenden. „Herrschendes Unternehmen“ kann jede Komplementär-Gesellschaft und jeder Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft sein.

Ist eine Komplementär-GmbH in den Gesellschaften des **Typs C** oder des **Typs D** herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA, so werden ihr für die Schaffung eines mitbestimmten Aufsichtsrats die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA nach § 5 Abs. 1 MitbestG zugerechnet. Wird dabei der Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern überschritten, ist auf der Ebene der Komplementär-GmbH ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu errichten. Dieser beschließt auch über die Bestellung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, § 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG. Nach § 33 Abs. 1 S. 1 MitbestG ist ein Arbeitsdirektor in der Geschäftsführung zu bestellen.

Ist eine Komplementär-GmbH & Co. KG in den Gesellschaften des **Typs C** oder des **Typs D** herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA und wird der Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern überschritten, so ist in der Regel bei deren Komplementär-GmbH ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu errichten. Dieser Aufsichtsrat hat bezüglich der Komplementär-GmbH die Personalkompetenz und ein Arbeitsdirektor ist zu bestellen.

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft in den Gesellschaften des **Typs A**, des **Typs C** oder des **Typs D** herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA, so ist bei ihm ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten. Dies setzt voraus, daß er in einer der Mitbestimmung unterliegenden Rechtsform verfaßt ist und der Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern überschritten wird. Ist er aufgrund seiner Rechtsform nicht mitbestimmungspflichtig, so ist in der Komplementär-Gesellschaft als Teilkonzernspitze ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten, § 5 Abs. 3 MitbestG.

Ist die GmbH & Co. KGaA abhängiges Unternehmen eines Konzerns, so entfallen die als besonderer Vorteil der Rechtsform hervorgehobenen Mitbestimmungsprivilegien. Vielmehr besteht im Vergleich zur unabhängigen GmbH & Co. KGaA eine Ausweitung Mitbestimmung.

Eine Konzernmitbestimmung nach § 77a BetrVG 1952 findet mangels eines Beherrschungsvertrags zwischen dem herrschendem Konzernunternehmen und der abhängigen GmbH & Co. KGaA nicht statt.

## **F. Konzernrechnungslegung**

### **I. Unternehmensbegriff der Konzernrechnungslegung**

#### **1. Ziel der Konzernrechnungslegung**

Aus den einzelnen Jahresabschlüssen der Unternehmen eines Konzerns kann zwar ein Bild über die wirtschaftliche Lage des jeweiligen einzelnen Unternehmens gewonnen werden, jedoch ermöglichen die Einzelabschlüsse keinen aussagekräftigen Einblick in die Wirtschaftslage des gesamten Konzerns<sup>913</sup>. Die Summe der Einzelabschlüsse ergibt kein aussagekräftiges Bild, da innerhalb der Einzelabschlüsse die Rechtsbeziehungen zu den jeweils anderen Konzernunternehmen als Außenbeziehungen behandelt werden<sup>914</sup>. Bei einem Konzernabschluß sind diese innerkonzernlichen Beziehungen zu konsolidieren und es wirken sich nur die Beziehungen zu konzernfremden Dritten aus<sup>915</sup>. Die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der einbezogenen Unternehmen ist so darzustellen, als ob diese Unternehmen insgesamt ein einziges Unternehmen wären<sup>916</sup>. Darin, die innerkonzernlichen Beziehungen zu eliminieren, liegt die zentrale Funktion der Konzernrechnungslegung<sup>917</sup>.

Der Konzernabschluß dient der Information<sup>918</sup>. Gesellschafter und Geschäftspartner sollen über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns informiert werden<sup>919</sup>.

#### **2. Taugliche Mutterunternehmen nach § 290 Abs. 1 und 2 HGB**

Nach § 290 Abs. 1 und 2 HGB können die gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft (Mutterunternehmen) mit dem Sitz im Inland bei Vorliegen bestimmter Umstände<sup>920</sup> verpflichtet sein, für das vergangene Konzerngeschäftsjahr einen Konzernabschluß und einen Konzernlagebericht aufzustellen.

Als potentielle „Mutterunternehmen“ sind in § 290 Abs. 1 und 2 HGB nur Kapitalgesellschaften bezeichnet. Nach § 264a Abs. 1 HGB können solche „Mutterunternehmen“ aber auch Personengesellschaften sein, die keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter haben<sup>921</sup>. Die im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Komplementär-Gesellschaften in Rechtsform einer GmbH oder einer GmbH & Co. KG sind somit in Bezug auf die Rechtsform potentielle

---

<sup>913</sup> vgl. *Kindler*, in: Staub, HGB, Vor § 290 Rn. 1; *Henssler*, in: Heymann HGB, Vor § 290 Rn. 9f.

<sup>914</sup> vgl. Regierungsbegründung zum AktG 1965 (in dessen Rahmen die Konzernrechnungslegung in §§ 239ff. AktG eingeführt worden ist) bei *Kropff*, S. 434f.

<sup>915</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 31 V 1.

<sup>916</sup> § 297 Abs. 3 S. 1 HGB

<sup>917</sup> *Kindler*, in: Staub, HGB, Vor § 290 Rn. 1; vgl. Regierungsbegründung bei *Kropff*, S. 435

<sup>918</sup> *Henssler*, in: Heymann HGB, Vor § 290 Rn. 9; *Busse von Colbe*, in: MK HGB, Vor § 290 Rn. 23

<sup>919</sup> *Busse von Colbe*, in: MK HGB, Vor § 290 Rn. 23, 26; *Henssler*, in: Heymann HGB, Vor § 290 Rn. 1; *Kindler*, in: Staub, HGB, Vor § 290 Rn. 3

<sup>920</sup> dazu sogleich unter F.II.

<sup>921</sup> bzw. bei mehrstöckigen Personengesellschaften auf keiner Ebene eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter, § 246a Abs. 1 Nr. 2 HGB

Mutterunternehmen. Bei dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ist dies eine Frage des Einzelfalls.

Fraglich ist, ob auch eine Komplementär-Gesellschaft, die neben der ausgeübten Geschäftsleitung keinen eigenen Geschäftsbetrieb hat, „Mutterunternehmen“ im Sinne des § 290 HGB sein kann. Teilweise wird bei der vergleichbaren Situation der GmbH & Co. KG eine Pflicht zur Konzernrechnungslegung mit der Begründung abgelehnt, daß dann die Komplementär-Gesellschaft nicht „Unternehmen“ sei<sup>922</sup>. Diese Ansicht wurde teilweise auf die GmbH & Co. KGaA übertragen<sup>923</sup>.

In Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzung „Mutterunternehmen“ ist dieser Ansicht nicht zu folgen<sup>924</sup>. Die Pflicht zur Konzernrechnungslegung ist allein an die Rechtsform geknüpft<sup>925</sup>. Der Begriff des „herrschenden Unternehmens“ wird im Rahmen des § 290 HGB nicht verwendet. Auf eine Unternehmenseigenschaft des „Mutterunternehmens“ kommt es nach dem Wortlaut des § 290 HGB nicht an<sup>926</sup>. Deshalb kann auch eine eventuell fehlende Unternehmenseigenschaft des „Mutterunternehmens“ den Tatbestand des § 290 HGB nicht entfallen lassen.

Daher ist auch eine Komplementär-Gesellschaft ohne eigenen Geschäftsbetrieb taugliches „Mutterunternehmen“<sup>927</sup>.

### **3. Teleologische Reduktion des Begriffs „Mutterunternehmen“ im Bereich der Konzernrechnungslegung?**

#### **a) Teleologische Reduktion nach Sinn und Zweck der Konzernrechnungslegung?**

Denkbar wäre eine teleologische Reduktion des Begriffs „Mutterunternehmen“ bei einer Komplementär-Gesellschaft, die keine anderen unternehmerischen Interessen als die Geschäftsführung und Leitung der GmbH & Co. KGaA hat<sup>928</sup>.

---

<sup>922</sup> *Plagemann*, in: BB 1986, 1122, 1128; *Biener*, in: GmbHR 1976, 30, 33. Beide Autoren beziehen sich aber auf die Konzernrechnungslegung nach § 11 PublG, bei der nicht an die Rechtsform des Mutterunternehmens angeknüpft wird, sondern an dessen „Unternehmenseigenschaft“. Denn nach § 11 PublG ist von „Unternehmen unter der einheitlichen Leitung eines Unternehmens“ die Rede.

<sup>923</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 286 Rn. 54; *Claussen/Scherrer*, in: KK AktG, § 290 HGB Rn. 14 (Letztere schränken ihre Ansicht jedoch dahingehend ein, daß die Komplementär-Gesellschaft dann Mutterunternehmen sein kann, wenn sie die „KG“ leitet. Bei Vorliegen des hier geprüften Konzernverhältnisses zwischen Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KGaA leitet erstere stets letztere.)

<sup>924</sup> zur Frage einer eventuell zu erfolgenden teleologischen Reduktion zugleich unter F.I.3.a)

<sup>925</sup> vgl. *Wiedmann*, in: Ebenroth/Boujong/Joost HGB, § 290 Rn. 9; *Hoyos/Lechner*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 290 Rn. 15

<sup>926</sup> *Adler/Düring/Schmaltz*, § 290 Rn. 20; *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 8

<sup>927</sup> vgl. *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 323; *Ammenwerth*, S. 92; vgl. zur GmbH & Co. KG: *Adler/Düring/Schmaltz*, § 290 Rn. 117f.; *Hoyos/Lechner*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 290 Rn. 63

<sup>928</sup> Bei dieser Komplementär-Gesellschaft liegt nach dem schutzrechtlichen Unternehmensbegriff des Aktienkonzernrechts keine Unternehmenseigenschaft vor, vgl. oben unter D.I.2.b).

In diesem Fall kann es mangels eines eigenen Geschäftsbetriebs der Komplementär-Gesellschaft nicht zu „innerkonzernlichen“ Geschäftsbeziehungen kommen, die die Aussagekraft der einzelnen Jahresabschlüsse der Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KGaA verringern könnten. Konzernaußenbeziehungen hat nur die GmbH & Co. KGaA selbst, nicht dagegen die Komplementär-Gesellschaft. Im Rahmen der Konzernrechnungslegung wäre mithin nichts zu konsolidieren, der Informationsgehalt der Konzernrechnungslegung wäre gering<sup>929</sup>. Dies spricht für eine teleologische Reduktion des Begriffs „Mutterunternehmen“. Diese Reduktion wäre sowohl bei der Verpflichtung zur Konzernrechnungslegung nach dem „Leitungstatbestand“ des § 290 Abs. 1 HGB als auch bei der Verpflichtung nach dem Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 HGB vorzunehmen<sup>930</sup>. Denn der geringe Aussagegehalt besteht bei beiden Tatbestandsalternativen<sup>931</sup>.

Gegen eine solche teleologische Reduktion spricht jedoch zunächst, daß eine Konzernrechnungslegung im vorliegenden Fall nicht völlig ohne Informationsgehalt wäre. Dieser wäre zu entnehmen, daß es keine zu konsolidierenden Binnenbeziehungen im Konzern gibt. Diese Negativaussage würde dem Informationsinteresse der Kommanditaktionäre und Geschäftspartner der GmbH & Co. KGaA dienen.

Auch wäre mit einer solchen teleologischen Reduktion eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden. Die vom Gesetz bei Vorliegen der Tatbestände des § 290 HGB für jede Kapitalgesellschaft oder Kapitalgesellschaft & Co. KG vorgesehene Pflicht zur Konzernrechnungslegung würde dann davon abhängig sein, ob die Komplementär-Gesellschaft selbst unternehmerisch tätig ist. Diesen Umstand können außenstehende Geschäftspartner der GmbH & Co. KGaA, deren Information ein Konzernabschluß dienen soll, nur schwer überprüfen.

Schließlich besteht ein relativ geringer Aufwand für die Komplementär-Gesellschaft bei Durchführung einer Konzernrechnungslegung. Die Komplementär-Gesellschaft ist ohnehin zur Erstellung ihres eigenen Jahresabschlusses<sup>932</sup> und des Jahresabschlusses der GmbH & Co. KGaA verpflichtet<sup>933</sup>. Wenn im Rahmen der Konzernrechnungslegung tatsächlich bezüglich der jeweiligen Jahresabschlüsse nichts zu konsolidieren ist, ist damit kein übermäßiger Aufwand verbunden.

---

<sup>929</sup> Von einem in diesem Fall zwecklosem Konzernabschluß gehen *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 286 Rn. 54 aus. Von einer Entbehrlichkeit eines Konzernabschlusses einer Komplementär-GmbH innerhalb einer GmbH & Co. KG, wenn die Komplementär-GmbH nur der Haftungsbeschränkung dient, geht auch *Henssler*, in: Heymann HGB, § 290 Rn. 12 aus, wobei er aber bei tatsächlich ausgeübter Leitungsmacht eine Pflicht zur Konzernrechnungslegung annimmt.

<sup>930</sup> so wohl auch *Claussen/Scherrer*, in: KK AktG, § 290 HGB, Rn. 14

<sup>931</sup> Ob eine teleologische Reduktion sich mit dem Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 HGB und der damit bezweckten Rechtssicherheit vereinbaren läßt, erscheint jedoch zweifelhaft. Vgl. hierzu *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 286 Rn. 61, die trotz Ablehnung der Konzernrechnungslegung nach § 290 Abs. 1 HGB im Rahmen des § 290 Abs. 2 HGB davon ausgehen, daß eine Konzernrechnungslegung auch ohne andere unternehmerische Interessen des „Mutterunternehmens“ zu erfolgen habe.

<sup>932</sup> Bezüglich der GmbH aufgrund von § 264 Abs. 1 HGB, bezüglich der GmbH & Co. KG §§ 264, 264a HGB.

<sup>933</sup> Bezüglich der GmbH & Co. KGaA ergibt sich dies aus § 283 Nr. 9 AktG i.V.m. § 264 HGB, vgl. dazu *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 283 Rn. 33

Eine teleologische Reduktion des Begriffs „Mutterunternehmen“ ist daher diesbezüglich nicht vorzunehmen.

**b) Verweis auf den aktienkonzernrechtlichen Unternehmensbegriff?**

Innerhalb des § 290 HGB wird nicht der Begriff „herrschendes Unternehmen“ verwendet. Jedoch wird in § 290 Abs.1 HGB von einer „Kapitalgesellschaft“ gesprochen, die in einem „Konzern“ die „einheitliche Leitung“ ausübt.

Fraglich ist, ob durch die Begriffe des „Konzerns“ und der „einheitlichen Leitung“ ebenfalls auf den aktienkonzernrechtlichen Begriff des „herrschenden Unternehmens“ und dessen teleologische Reduktion verwiesen wird.

Die Gesetzesbegründung enthält keinen derartigen Hinweis. Durch § 290 Abs. 1 HGB wird lediglich auf die Ausübung „einheitlicher Leitung“ und damit auf den Konzernbegriff des § 18 AktG abgestellt<sup>934</sup>. Der Begriff des Konzerns enthält aber keine teleologische Einschränkung des Unternehmensbegriffs. Diese ist nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Rechtsfolgennormen durchzuführen, die auf die Definitionsnorm des § 18 Abs. 1 AktG Bezug nehmen<sup>935</sup>. Somit wird in § 290 Abs. 1 HGB nicht auf einen teleologisch reduzierten Unternehmensbegriff verwiesen<sup>936</sup>.

Auch würde eine solche einschränkende Verweisung nur im Rahmen des Tatbestands des § 290 Abs. 1 HGB gelten, nicht dagegen im Rahmen des Kontrolltatbestands des § 290 Abs. 2 HGB, da diese keine Konzernsituation voraussetzen<sup>937</sup>. In den hier geprüften Situationen liegen aber, wie im folgenden gezeigt werden wird, der Tatbestand der einheitlichen Leitung nach § 290 Abs.1 HGB und der Kontrolltatbestand nach § 290 Abs. 2 HGB unter den gleichen Voraussetzungen vor. Demzufolge hätte ein eventueller Verweis auf einen teleologisch reduzierten Unternehmensbegriff keine Auswirkungen auf die Frage, ob eine Konzernrechnungslegung durchzuführen ist.

---

<sup>934</sup> vgl. Regierungsbegründung zu § 329 AktG (als Vorgängernorm des § 290 HGB) bei *Kropff*, S. 436 und 438

<sup>935</sup> Vgl. oben unter C.II., D.I. und E.I. In dem hier geprüften Bereich der Konzernrechnungslegung ist keine teleologische Reduktion vorzunehmen, vgl. oben unter F.I.2.b).

<sup>936</sup> dies entspricht den unter E.I.2.c) gemachten Ausführungen bezüglich der Konzernmitbestimmung

<sup>937</sup> dazu sogleich unter F.II.2.

#### **4. Zwischenergebnis**

Mutterunternehmen im Sinne des § 290 HGB kann jede Kapitalgesellschaft sein. Dieser gleichgestellt sind im Rahmen der Konzernrechnungslegung die Kapitalgesellschaften & Co. KG<sup>938</sup>. Eine teleologische Reduktion des Unternehmensbegriffs ist bezüglich des Mutterunternehmens nicht durchzuführen.

---

<sup>938</sup> da bei diesen die Voraussetzungen des § 264a HGB erfüllt sind

## II. Konzernrechnungslegung durch herrschende Komplementär-GmbH

### 1. Konzernrechnungslegung wegen einheitlicher Leitung gemäß § 290 Abs. 1 HGB

Stehen in einem Konzern die Unternehmen unter der einheitlichen Leitung einer Kapitalgesellschaft (Mutterunternehmen) mit Sitz im Inland und gehört dem Mutterunternehmen eine Beteiligung nach § 271 Abs. 1 HGB an dem unter einheitlicher Leitung stehendem Unternehmen (Tochterunternehmen), so haben die gesetzlichen Vertreter des Mutterunternehmens in den ersten fünf Monaten des Konzerngeschäftsjahrs für das vergangene Konzerngeschäftsjahr einen Konzernabschluß und einen Konzernlagebericht aufzustellen, § 290 Abs. 1 HGB<sup>939</sup>.

Zu prüfen ist, unter welchen Umständen eine Komplementär-GmbH von diesem Tatbestand erfaßt ist.

#### a) Einheitliche Leitung durch eine Kapitalgesellschaft im Konzern

Der Begriff der „einheitlichen Leitung“ ist innerhalb des § 290 Abs. 1 HGB deckungsgleich mit dem Begriff innerhalb des § 18 Abs. 1 AktG<sup>940</sup>. Demzufolge kann auf die diesbezüglichen Ausführungen unter C.VI.2. verwiesen werden.

Eine „einheitliche Leitung“ über die GmbH & Co. KGaA kann nur dann durch deren nicht am Grundkapital beteiligte Komplementär-GmbH ausgeübt werden, wenn die Satzung der GmbH & Co. KGaA atypisch ausgestaltet ist. Bei den gesetzesatypisch gestalteten Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** übt die Komplementär-GmbH als Kapitalgesellschaft einheitliche Leitung gegenüber der GmbH & Co. KGaA aus<sup>941</sup>. Zwischen der herrschenden Komplementär-GmbH und der GmbH & Co. KGaA liegt ein Konzernverhältnis vor<sup>942</sup>.

Wird jedoch von einem herrschenden Gesellschafter der Komplementär-GmbH eine „einheitliche Leitung“ des Konzerns ausgeübt, ist also dieser Gesellschafter der Komplementär-GmbH die Konzernspitze, so liegt bei der Komplementär-GmbH nicht das Merkmal der „einheitlichen Leitung“ vor<sup>943</sup>.

<sup>939</sup> Nach dem Referentenentwurf vom 26.11.2001 für das „Transparenz- und Publizitätsgesetz“ sollte die Norm des § 290 Abs. 1 HGB abgeschafft werden und § 290 Abs. 2 HGB (dann § 290 Abs. 1 des Entwurfs) um eine Nr. 4 erweitert werden, wonach eine inländische Kapitalgesellschaft stets zur Konzernrechnungslegung verpflichtet sei, wenn sie tatsächlich einen beherrschenden Einfluß auf das Tochterunternehmen ausübt (vgl. Referentenentwurf und Besprechung bei *Pfitzer/Oser/Orth*, in: DB 2002, 157, 159). Diese Abänderung wurde kritisiert, vgl. ZIP-Dokumentation zum DAV-Handelsrechtsausschuß in: ZIP 2002, 186, 188). Daraufhin wurde im Gesetzentwurf der Bundesregierung die Regelung des § 290 HGB unverändert belassen, vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/9079, und das Transparenz- und Publizitätsgesetz ohne diese Änderungen beschlossen.

<sup>940</sup> vgl. *Marsch-Barner*, in: Ernstlicher Gemeinschaftskommentar HGB, § 290 Rn. 6; *Henssler*, in: Heymann HGB, § 290 Rn. 17; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 290 Rn. 13

<sup>941</sup> vgl. oben unter C.IV.2.

<sup>942</sup> vgl. oben unter C.IV.2.

<sup>943</sup> Nach herrschender Ansicht ist eine „einheitliche Leitung“ unteilbar und kann nur bei einem Mutterunternehmen liegen (vgl. *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 66; *Hoyos/Lechner*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 290 Rn. 25; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 290 Rn. 72ff.; *von Hoyningen/Huene*, in: ZGR 1978, 515, 525ff.) Dagegen wurde in der Literatur teilweise auch in

**b) Beteiligung der Komplementär-GmbH an der GmbH & Co. KGaA**

Die Komplementär-GmbH müßte auch im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB an der GmbH & Co. KGaA beteiligt sein. Beteiligungen in diesem Sinne sind „Anteile“ an anderen Unternehmen, die bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch Herstellung einer dauerhaften Verbindung zu dienen, § 271 Abs. 1 S. 1 HGB<sup>944</sup>.

**aa) Anteil an der GmbH & Co. KGaA**

Ein Anteil im Sinne der Norm ist ein Rechtsverhältnis, das Vermögensrechte und Verwaltungsrechte gewährt<sup>945</sup>. Verwaltungsrechte sind Rechte auf Mitsprache, Kontrolle und Information<sup>946</sup>. Eine herrschende Komplementär-GmbH besitzt zweifelsohne solche Verwaltungsrechte<sup>947</sup>.

Problematisch sind dagegen die Vermögensrechte der Komplementär-GmbH. Vermögensrechte sind Rechte auf Gewinnbeteiligung oder Liquidationserlös sowie Bezugsrechte<sup>948</sup>. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Vermögensrechte der Komplementär-GmbH besteht innerhalb der GmbH & Co. KGaA Satzungsfreiheit<sup>949</sup>. Hat die Komplementär-GmbH eine Vermögenseinlage in die GmbH & Co. KGaA geleistet<sup>950</sup>, so besitzt sie in der Regel Vermögensrechte an dieser. Denn ihr kommen dann in der Regel Gewinnbezugsrechte und Ansprüche auf einen eventuellen Liquidationserlös zu.

Hat die Komplementär-GmbH dagegen keine Vermögenseinlage geleistet<sup>951</sup>, so kommen ihr auch in der Regel keine Gewinnbezugsrechte zu und sie ist auch nicht am

---

diesem Fall ein Teilkonzernabschluß auf der Ebene des beherrschten Mutterunternehmens gefordert (vgl. *Busse von Colbe*, in: MK AktG, § 290 Rn. 20ff.). Dieser Streitstand ist im Rahmen dieser Arbeit nicht relevant, da in den hier relevanten Fällen des „Teilkonzerns“ ohnehin die Kontrolltatbestände des § 290 Abs. 2 HGB vorliegen und dann jedenfalls ein Teilkonzernabschluß aufzustellen wäre (vgl. sogleich unter F.II.2.). Der Teilkonzernabschluß entfällt dann wiederum, wenn ein befreiender Konzernabschluß vom Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft aufgestellt wird, § 291 Abs. 1 HGB.

<sup>944</sup> Die widerlegbare Vermutungsregel des § 271 Abs. 1 S. 3 HGB kann dabei nicht herangezogen werden. Nach dieser gelten im Zweifel Anteile an einer Kapitalgesellschaft dann als „Beteiligung“, wenn diese insgesamt den fünften Teil des Nennkapitals dieser Gesellschaft überschreiten. Im Rahmen dieser Arbeit wird jedoch unterstellt, daß sich die Komplementär-Gesellschaft nicht am Grundkapital beteiligt, sie beteiligt sich (wenn überhaupt) nur mit einer Vermögenseinlage.

<sup>945</sup> *Wiedmann*, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 290 Rn. 2; *Claussen/Scherrer*, in: KK AktG, § 290 HGB Rn. 39; *Beater*, in: MK HGB, § 271 Rn. 5; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 271 Rn. 6; *Morck*, in: Koller/Roth/Morck, § 271 Rn. 3; a.A. *Hoyos/Gutike*, Beck'scher Bilanzkommentar, § 290 Rn. 13, die allein die Vermögensrechte für ausschlaggebend halten. Da jedoch die Verwaltungsrechte bei der herrschenden Komplementär-GmbH ohnehin vorliegen, kommt es auf diesen Streitpunkt nicht an.

<sup>946</sup> *Beater*, in: MK HGB, § 271 Rn. 5; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 271 Rn. 6

<sup>947</sup> dies ergibt sich bereits aus der vorliegenden einheitlichen Leitung

<sup>948</sup> *Adler/Düring/Schmaltz*, § 271 Rn. 6; *Claussen/Scherrer*, in: KK AktG, § 290 HGB Rn. 39

<sup>949</sup> *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 288 Rn. 34ff.; *Hüffer*, AktG, § 288 Rn. 1; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 288 Rn. 20

<sup>950</sup> Bei den hier geprüften Gesellschaften 7, 8, 9, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 25, 27, 28 und 29 hat die jeweilige Komplementär-Gesellschaft eine Vermögenseinlage geleistet.

<sup>951</sup> Bei den hier geprüften Gesellschaften 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 26 und 30 hat die jeweilige Komplementär-Gesellschaft keine Vermögenseinlage geleistet.

Liquidationserlös beteiligt. Sie besitzt in diesem Fall also keine Vermögensrechte<sup>952</sup>. Fraglich ist somit, ob die Komplementär-GmbH auch ohne Leistung einer Vermögenseinlage und damit ohne Vermögensrechte einen „Anteil“ an der GmbH & Co. KGaA hätte.

Für die Frage, ob bei Fehlen einzelner Rechte dennoch ein „Anteil“ vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung danach erforderlich, ob die Beziehung als Mitgliedschaftsrecht oder als Forderungsrecht anzusehen ist<sup>953</sup>. Im Fall der nicht mit Vermögenseinlage beteiligten Komplementär-GmbH spricht diese Gesamtbetrachtung eher für ein Mitgliedschaftsrecht und damit für einen Anteil:

Die Komplementär-GmbH unterliegt zunächst haftungsrechtlich ebenso wie ein Anteilseigner dem Risiko einer Vermögenshaftung. Dabei ist bei der Komplementär-GmbH das Haftungsrisiko nicht auf die kapitalmäßige Beteiligung<sup>954</sup> beschränkt. Auch ohne eine Vermögenseinlage besteht aufgrund der persönlichen Haftung ein Haftungsrisiko mit dem gesamten Vermögen. Unter dem Gesichtspunkt der Haftung ist die Beziehung eines persönlich haftenden Gesellschafters zur Gesellschaft also auch dann als „Anteil“ zu werten, wenn keine Vermögenseinlage geleistet worden ist<sup>955</sup>.

Auch spricht für einen Anteil der Komplementär-GmbH trotz fehlender Vermögensrechte, daß auch ohne diese aufgrund der bestehenden Verwaltungsrechte zwischen der Komplementär-GmbH und der GmbH & Co. KGaA die Geschäfte abgeschlossen werden könnten, die durch die Konzernrechnungslegung offengelegt und konsolidiert werden sollen<sup>956</sup>.

Zudem ist die Komplementär-GmbH als einzige Komplementärin der GmbH & Co. KGaA unabdingbare Voraussetzung für deren Existenz, was ebenfalls für einen „Anteil“ der Komplementär-GmbH spricht<sup>957</sup>.

Ein „Anteil“ der Komplementär-GmbH ist somit auch ohne Vermögenseinlage anzunehmen<sup>958</sup>. Dies entspricht auch der herrschenden Auffassung zur Komplementär-GmbH innerhalb einer GmbH & Co. KG<sup>959</sup>.

---

<sup>952</sup> Auch Anteile am Liquidationserlös stehen ihr nicht zu. Die unter Umständen gezahlte Tätigkeitsvergütung ist kein Vermögensrecht aus der Stellung als Gesellschafter, sondern beruht auf der Tätigkeit für die Gesellschaft. Auch die eventuell gezahlte Haftungsentschädigung ist kein typisches Vermögensrecht eines Gesellschafters, sondern ist lediglich ein Ausgleich für die eingegangene persönliche Haftung der Komplementär-GmbH.

<sup>953</sup> vgl. *Claussen/Scherrer*, in: KK AktG, § 290 HGB Rn. 39

<sup>954</sup> so beim Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft, z.B. einem Kommanditaktionär

<sup>955</sup> vgl. *Hoyos/Gutike*, Beck'scher Bilanzkommentar, § 290 Rn. 14; *Ammenwerth*, S. 93; im Ergebnis ebenso: *Adler/Düring/Schmaltz*, § 290 Rn. 24; a.A. zur GmbH & Co. KG: *Tillmann*, in: DB 1986, 1319, 1319, 1321 (ohne nähere Begründung)

<sup>956</sup> vgl. *Beater*, in: MK HGB, § 271 Rn. 5

<sup>957</sup> *Ammenwerth*, S. 93

<sup>958</sup> Soweit dagegen (anders als hier vertreten) nicht davon ausgegangen wird, daß eine Beteiligung der Komplementär-Gesellschaft im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB auch ohne Kapitaleinlage vorliegt, ergeben sich daraus jedoch keine Folgen für die Frage nach dem „Ob“ der Konzernrechnungslegung. Denn bei den hier geprüften Gestaltungen ist jedenfalls § 290 Abs. 2 HGB gegeben, vgl. dazu gleich unter F.II.2.

<sup>959</sup> *Hoyos/Gutike*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 271 Rn. 14; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 290 Rn. 24; *Marsch-Barner*, in: Ernstlicher Gemeinschaftskommentar HGB, § 271 Rn. 5. Auch der

**bb) Dauerhafte Verbindung zur Förderung des eigenen Geschäftsbetriebes**

Das Merkmal einer dauerhaften Verbindung zur Förderung des eigenen Geschäftsbetriebs dient der Abgrenzung zur reinen Kapitalanlage<sup>960</sup>.

Für eine Anlage auf Dauer ist erforderlich, daß die Anteile überhaupt langfristig gehalten werden können und daß diese auch gehalten werden sollen<sup>961</sup>. Davon kann bei der Stellung als Komplementärin ausgegangen werden. Auch ist von einer Förderung des eigenen Geschäftsbetriebs auszugehen, da die Führung der Geschäfte der GmbH & Co. KGaA und die Übernahme der Stellung als Komplementärin zumindest zum Teil Gesellschaftszweck der Komplementär-GmbH ist.

Somit ist auch dieses Merkmal bei der Komplementär-GmbH gegeben.

**cc) Zwischenergebnis**

Ist eine Komplementär-GmbH gegenüber der GmbH & Co. KGaA herrschendes Unternehmen, so ist sie auch stets an dieser im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB beteiligt.

**c) Zwischenergebnis**

Ist die Komplementär-GmbH wegen atypischer Ausformung der Satzung der GmbH & Co. KGaA dieser gegenüber herrschendes Konzernunternehmen, so ist der Tatbestand des § 290 Abs. 1 HGB gegeben. Dies ist bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** der Fall.

**2. Konzernrechnungslegung wegen Vorliegens der Kontrolltatbestände des § 290 Abs. 2 HGB**

Im Unterschied zu § 290 Abs. 1 HGB, der an die tatsächliche Ausübung einheitlicher Leitung anknüpft, stellt § 290 Abs. 2 HGB auf die Möglichkeit der Einflußnahme des Mutterunternehmens auf das Tochterunternehmen ab. Dabei kommt es weder auf das Vorliegen einer einheitlichen Leitung innerhalb eines Konzerns<sup>962</sup> noch auf eine Beteiligung im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB<sup>963</sup> an. Dadurch entfallen hinsichtlich der Kontrolltatbestände Zweifelsfragen, die im Rahmen des Tatbestands des § 290 Abs. 1 HGB bestehen<sup>964</sup>.

---

Entstehung des Gesetzes liegt diese Auffassung zugrunde, vgl. BT-Drucks. 10/4268, S. 106, in Bezug auf die Personengesellschaften, bei denen stets eine „Beteiligung“ vorliegen soll und daher eine im Gesetzesentwurf der Bundesregierung (§ 245 S. 5 des Entwurfs, BT-Drucks. 10/317 S. 8, 81) vorgeschlagene gesetzliche Klarstellung für überflüssig gehalten worden ist.

<sup>960</sup> Wiedmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 290 Rn. 4; *Beater*, in: MK HGB, § 271 Rn. 7f.

<sup>961</sup> *Beater*, in: MK HGB, § 271 Rn. 7; Adler/Düring/Schmaltz, § 271 Rn. 15; *Marsch-Barner*, in: Ernstthaler Gemeinschaftskommentar HGB, § 271 Rn. 7

<sup>962</sup> *Busse von Colbe*, in: MK HGB, § 290 Rn. 27; *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 34; *Baumbach/Hopt* HGB, § 290 Rn. 7

<sup>963</sup> *Busse von Colbe*, in: MK HGB, § 290 Rn. 12

<sup>964</sup> vgl. *Busse von Colbe*, in: MK HGB, § 290 Rn. 27, zu den Zweifelsfragen vgl. oben unter F.I.3. und F.II.1.b)

Eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland ist dann zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts verpflichtet, wenn alternativ eine der in § 290 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 HGB aufgezählten Kontrollrechtsstellungen vorliegt. Ist dies der Fall, so wird das die Konzernrechnungslegung auslösende Verhältnis zwischen Mutter- und Tochterunternehmen unwiderlegbar vermutet<sup>965</sup>.

**a) Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB**

Nach § 290 Abs. 2 Nr. 1 müßte der Muttergesellschaft die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter bei dem Tochterunternehmen zustehen. Die Komplementär-GmbH müßte also die Mehrheit der Stimmrechte innerhalb der GmbH & Co. KGaA innehaben.

Fraglich ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen bei einer KGaA von einer solchen Stimmenmehrheit ausgegangen werden kann. Der Tatbestand der Stimmenmehrheit ist auf die Entscheidungsfindung in Kapitalgesellschaften ausgerichtet, bei denen Entscheidungen in der Gesellschafterversammlung grundsätzlich mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden. Dieses Mehrheitsprinzip gilt auch in der Hauptversammlung der Kommanditaktionäre einer KGaA. Jedoch bedürfen bei der KGaA Hauptversammlungsbeschlüsse der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Angelegenheiten betreffen, für die bei einer Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist, § 285 Abs. 2 S. 1 AktG. Insoweit bietet die Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung allein nicht die Einflußnahmemöglichkeit wie eine Stimmenmehrheit in einer Aktiengesellschaft oder GmbH<sup>966</sup>. Zur Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung muß noch ein Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft<sup>967</sup> hinzukommen, um das Kontrollkriterium des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB zu erfüllen.

Bei der hier geprüften Komplementär-GmbH als eventuellem Mutterunternehmen liegt das Kontrollkriterium des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB dann vor, wenn die Komplementär-GmbH gleichzeitig auch die Mehrheit der Stimmrechte in der Hauptversammlung besitzt<sup>968</sup>. Da aber im Rahmen dieser Arbeit davon ausgegangen wird, daß sich die Komplementär-Gesellschaft nicht am Grundkapital beteiligt, ist hier dieses Kontrollkriterium nicht einschlägig.

**b) Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB**

Nach § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB müßte dem Mutterunternehmen das Recht zustehen, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Tochterunternehmens zu bestellen oder abzuberufen<sup>969</sup>. Zugleich müßte das Mutterunternehmen Gesellschafter des Tochterunternehmens sein.

---

<sup>965</sup> Kindler, in: Staub HGB, § 290 Rn. 34

<sup>966</sup> vgl. dazu oben unter B.I.2. und B.III.

<sup>967</sup> in den hier geprüften Fällen ist die Komplementär-Gesellschaft stets alleinige Komplementärin

<sup>968</sup> vgl. Ammenwerth, S. 94; Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 286 Rn. 57

<sup>969</sup> Dabei betreffen die Bezeichnungen „Leitungs- und Aufsichtsorgan“ das dualistische deutsche System von Vorstand und Aufsichtsrat, die Bezeichnung „Verwaltungsorgan“ betrifft das monistische System bei eventuellen ausländischen Tochterunternehmen, vgl. Kindler, in: Staub HGB, § 290 Rn. 43; Busse von Colbe, in: MK HGB, § 290 Rn. 38.

Die Komplementär-GmbH ist Gesellschafterin der GmbH & Co. KGaA. Bei der Gesellschafterstellung kommt es im Gegensatz zu § 290 Abs. 1 HGB nicht auf eine „Beteiligung“ im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB an<sup>970</sup>. Bereits die Gesellschafterstellung als Komplementärin genügt<sup>971</sup>.

Ein Recht zur Bestellung des „Aufsichtsorgans“ der GmbH & Co. KGaA, also des Aufsichtsrats, kommt der Komplementär-GmbH nicht zu. Insoweit hätte sie auch bei einer Beteiligung am Grundkapital der GmbH & Co. KGaA kein Stimmrecht aus ihren Kommanditaktien, § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG.

Eher in Betracht kommt jedoch das Recht zur Bestellung des „Leitungsorgans“. Die Komplementär-GmbH ist selbst das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der GmbH & Co. KGaA<sup>972</sup>.

Teilweise wird bezüglich der GmbH & Co. KG vertreten, daß bei gesetzestypischer Kompetenzverteilung die Komplementär-GmbH vom Tatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB erfaßt sei<sup>973</sup>. Zwar habe sie kein Bestellungsrecht für das „Leitungsorgan“, ihr stehe aber durch die Stellung als Komplementär diesbezüglich ein viel stärkeres Recht als ein bloßes Bestellungsrecht zu, sie sei selbst das „Leitungsorgan“ der Gesellschaft<sup>974</sup>. Nach anderer Auffassung ist diese Auslegung nicht vom Wortlaut der Norm gedeckt und auch eine analoge Anwendung erscheine nicht angebracht zu sein, weil die Komplementär-Gesellschaft geborenes Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan sei<sup>975</sup>.

Das Kontrollkriterium des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB ist dann erfüllt, wenn das Mutterunternehmen selbst „Leitungsorgan“ des Tochterunternehmens ist. Bei den drei Kontrolltatbeständen des § 290 Abs. 2 HGB geht es um die Möglichkeiten der Einflußnahme auf das Tochterunternehmen durch das Mutterunternehmen<sup>976</sup>. Die Möglichkeit der Bestellung der „Leitungsorgane“ ermöglicht typischerweise eine Einflußnahme durch ein Mutterunternehmen auf die Leitung des Tochterunternehmens<sup>977</sup>. Diese Einflußnahmemöglichkeit liegt dem Kontrollkriterium des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB zugrunde. Ist das Mutterunternehmen selbst das Leitungsorgan des Tochterunternehmens, bedarf es dieser mittelbaren Einflußnahme durch Bestellung des „Leitungsorgans“ nicht, der Einfluß auf das Tochterunternehmen besteht vielmehr unmittelbar. In diesem Fall ist das Kontrollkriterium erst recht einschlägig.

---

<sup>970</sup> vgl. *Hoyos/Lechner*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 290 Rn. 56; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 290 Rn. 49

<sup>971</sup> vgl. zur Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG: *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 47; *Henssler*, in: Heymann HGB, § 290 Rn. 28

<sup>972</sup> vgl. oben unter B.I.2.a)aa)

<sup>973</sup> *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 47; *Henssler*, in: Heymann HGB, § 290 Rn. 28; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 290 Rn. 123; *Tillmann*, in: DB 1986, 1319, 1321

<sup>974</sup> *Hoyos/Lechner*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 290 Rn. 65; *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 47; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 290 Rn. 123

<sup>975</sup> *Marsch-Barner*, in: Ernsthaller Gemeinschaftskommentar HGB, § 290 Rn. 24; so im Ergebnis auch: *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 286 Rn. 58; *Ammenwerth*, S. 95

<sup>976</sup> *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 34; *Henssler*, in: Heymann HGB, § 290 Rn. 25

<sup>977</sup> Vgl. dazu die Ausführungen oben unter C.III.1.a) zur Einflußnahme auf eine Aktiengesellschaft durch Möglichkeit der Bestellung des Aufsichtsrats und damit mittelbar des Vorstands.

Dies bedeutet jedoch nicht, daß jede Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KGaA von § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB erfaßt ist. Denn die Komplementär-GmbH muß tatsächlich auch das „Leitungsorgan“ der GmbH & Co. KGaA sein. Voraussetzung dafür ist, daß sie Leitungsmacht besitzt.

Bei gesetzestypischer Ausgestaltung der Satzung der GmbH & Co. KGaA, also bei Gesellschaften des **Typs A**, ist dies nicht der Fall. Bei diesen Gesellschaften steht den Kommanditaktionären nach § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 S. 1 HGB ein Widerspruchsrecht bei den außerordentlichen Geschäften zu. In diesem Fall kann durch die Komplementär-GmbH allein keine Leitungsmacht ausgeübt werden, sie ist also nicht das „Leitungsorgan“ der GmbH & Co. KGaA<sup>978</sup>. Deshalb liegt in diesem Fall das Kontrollkriterium des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB nicht vor<sup>979</sup>. Gleiches gilt bei den gesetzesatypischen Satzungsgestaltungen bei den Gesellschaften des **Typs B**, da hier das Widerspruchsrecht bei außergewöhnlichen Geschäften auf den Aufsichtsrat oder einen Beirat übertragen worden ist<sup>980</sup>.

Dagegen besteht bei den gesetzesatypischen Ausgestaltungen der Satzung der GmbH & Co. KGaA bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** eine Leitungsmacht der Komplementär-GmbH<sup>981</sup>. In diesen Fällen ist die Komplementär-GmbH „Leitungsorgan“ der GmbH & Co. KGaA. Da die Komplementär-GmbH hier selbst „Leitungsorgan“ ist, ist das Kontrollkriterium des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB erfüllt.

### c) **Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB**

Nach § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB müßte dem Mutterunternehmen das Recht zustehen, auf das Tochterunternehmen einen beherrschenden Einfluß auf Grund eines Beherrschungsvertrags oder aufgrund einer Satzungsbestimmung des Tochterunternehmens auszuüben.

Ein Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG<sup>982</sup> zwischen der Komplementär-Gesellschaft und der GmbH & Co. KGaA wird in der Regel nicht vorliegen. Er kann auch nicht in einer gesetzesatypischen Satzungsgestaltung gesehen werden<sup>983</sup>.

Jedoch beruhen Beherrschungsmöglichkeiten der Komplementär-GmbH stets auf gesetzesatypischen Satzungsgestaltungen<sup>984</sup>. Nur dann, wenn die Rechte der

<sup>978</sup> Vgl. dazu oben die Ausführungen unter C.III.2.a). Leitungsmacht kann hier nur zusammen mit der Hauptversammlung ausgeübt werden.

<sup>979</sup> Wegen der Rechte der Kommanditaktionäre gehen auch *Semler/Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 324 nicht vom Kontrollkriterium des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB aus, wobei nicht klar ist, ob dies auch bei atypischen Satzungsgestaltungen gelten soll.

<sup>980</sup> Vgl. dazu oben die Ausführungen unter C.III.2.b). Leitungsmacht kann hier nur zusammen mit dem Aufsichtsrat oder Beirat ausgeübt werden.

<sup>981</sup> Vgl. dazu oben die Ausführungen unter C.III.2.c)

<sup>982</sup> nur ein solcher Beherrschungsvertrag ist im Rahmen des § 290 HGB gemeint, vgl. *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 51; *Busse von Colbe*, in: MK HGB, § 290 Rn. 43

<sup>983</sup> Vgl. oben unter C.V.1.c). Diesbezüglich anderer Auffassung (Beherrschungsvertrag auf Satzungsebene) sind *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 286 Rn. 60, wobei aber wegen der hier angenommenen Beherrschungsmöglichkeit durch Satzungsregelung im Ergebnis kein Unterschied besteht.

<sup>984</sup> Vgl. oben unter C.V.1.b). Im Rahmen dieser Arbeit wird davon ausgegangen, daß sich die Komplementär-Gesellschaft nicht am Grundkapital beteiligt.

Kommanditaktionäre auf Mitwirkung bei außergewöhnlichen Geschäften ersatzlos<sup>985</sup> zurückgedrängt werden, kann die Komplementär-GmbH einen herrschenden Einfluß gegenüber der GmbH & Co. KGaA haben<sup>986</sup>. Dies ist in den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** der Fall<sup>987</sup>.

Das Kontrollkriterium des § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB ist daher stets erfüllt, wenn die Komplementär-GmbH einen beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA hat.

#### d) Zwischenergebnis

Ist die Komplementär-GmbH wegen atypischer Ausformung der Satzung der GmbH & Co. KGaA dieser gegenüber herrschendes Konzernunternehmen, so ist sie auch zur Konzernrechnungslegung nach § 290 Abs. 2 Nr. 2 und 3 HGB verpflichtet. Dies ist bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** der Fall.

### 3. Befreiung von der Konzernrechnungslegung durch Ausnahmeregelungen

In den §§ 291-293 HGB sind Ausnahmetatbestände enthalten, die von der Verpflichtung des Mutterunternehmens zur Konzernrechnungslegung befreien. Hervorzuheben sind hier die Befreiung nach § 291 HGB, wenn das Mutterunternehmen in den Konzernabschluß ihres eigenen Mutterunternehmens einbezogen wird<sup>988</sup>, und die größenabhängigen Befreiungen des § 293 HGB<sup>989</sup>. Die Befreiungstatbestände und weitere Einzelheiten der Konzernrechnungslegung sollen im Rahmen dieser Arbeit mangels Besonderheiten hinsichtlich der GmbH & Co. KGaA nicht näher untersucht werden.

---

<sup>985</sup> also ohne Verlagerung auf einen Aufsichtsrat oder Beirat bei den Gesellschaften des **Typs B**

<sup>986</sup> vgl. oben unter C.III.2.

<sup>987</sup> vgl. oben unter C.III.2.c)

<sup>988</sup> Hier besteht eine Gegenausnahme nach § 290 Abs. 3 Nr. 2 S.1 HGB, wenn ein Minderheitsgesellschafter mit einem Kapitalanteil von mindestens 20% an der Komplementär-GmbH als zu befreiendem Mutterunternehmen die Aufstellung eines eigenen Konzernabschlusses beantragt. Gehören dem Mutterunternehmen (also hier dem Gesellschafter der Komplementär-GmbH) mindestens 90% der Anteile an der Komplementär-GmbH, so ist für die Befreiung von der Konzernrechnungslegung die Zustimmung der anderen Gesellschafter vonnöten, § 291 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 HGB.

<sup>989</sup> Die größenabhängigen Befreiungen stellen in Abs.1 und 2 des § 293 HGB auf die Bilanzsummen, die Umsatzerlöse und die Arbeitnehmerzahlen von Mutter- und Tochterunternehmen ab. Dabei wird in Abs.1 die Bruttomethode benutzt, also die Einzelabschlüsse werden summiert, bei Abs.2 wird die Nettomethode verwendet, also es wird ein (fiktiver) konsolidierter Konzernabschluß erstellt. Vorteil der Bruttomethode ist, daß kein fiktiver Konzernabschluß erstellt werden muß, um daraus dessen Notwendigkeit positiv oder negativ festzustellen. Jedoch sind die genannten Summen bei der Bruttomethode höher (120% der Summen der Nettomethode). Gemäß § 293 Abs.5 HGB sind die größenabhängigen Befreiungen dann nicht anzuwenden, wenn die GmbH & Co. KGaA börslich notiert ist oder die Börsenzulassung beantragt hat.

#### 4. Zwischenergebnis

Soweit kein Ausnahmetatbestand vorliegt, besteht bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** eine Verpflichtung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zur Konzernrechnungslegung. Diese Verpflichtung ergibt sich sowohl aus der einheitlichen Leitung nach § 290 Abs. 1 HGB als auch aus den Kontrolltatbeständen des § 290 Abs. 2 Nr. 2 und 3 HGB.

Bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** müssen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH somit innerhalb der ersten fünf Monate des Konzerngeschäftsjahrs für das vergangene Konzerngeschäftsjahr einen Konzernabschluß und einen Konzernlagebericht erstellen.

Soweit man im Rahmen des Tatbestands der einheitlichen Leitung bei den strittigen Punkten der „einheitlichen Leitung im Konzern“ und der „Beteiligung im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB“ eine der hier vertretenen Ansicht abweichende Auffassung vertritt und daher diesbezüglich eine Verpflichtung zur Konzernrechnungslegung verneint, liegen die Kontrolltatbestände des § 290 Abs. 2 Nr. 2 und 3 HGB dennoch vor<sup>990</sup>, so daß sich eine Verpflichtung zur Konzernrechnungslegung jedenfalls daraus ergibt<sup>991</sup>.

Bei den Gesellschaften des **Typs A** und des **Typs B** besteht weder nach dem Tatbestand der einheitlichen Leitung noch nach den Kontrolltatbeständen eine Verpflichtung der Komplementär-GmbH zur Konzernrechnungslegung.

---

<sup>990</sup> Im Rahmen des § 290 Abs. 2 HGB sind weder die „einheitliche Leitung im Konzern“ noch die „Beteiligung gemäß § 271 Abs. 1 HGB“ Voraussetzung.

<sup>991</sup> Insofern sind die diesbezüglichen Streitpunkte im Ergebnis nicht relevant.

### **III. Konzernrechnungslegung durch herrschende Komplementär-GmbH & Co. KG**

Auch eine GmbH & Co. KG kann herrschende Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA sein<sup>992</sup>.

Taugliches Mutterunternehmen nach § 290 Abs. 1 und 2 HGB sind nach dem Wortlaut der Norm Kapitalgesellschaften mit dem Sitz im Inland. Nach § 264a Abs. 1 HGB gelten die Vorschriften der Konzernrechnungslegung<sup>993</sup> auch für GmbH & Co. KG<sup>994</sup>. Als gesetzliche Vertreter der Komplementär-GmbH & Co. KG gelten in diesem Rahmen die Mitglieder der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG<sup>995</sup>.

Bezüglich der Verpflichtung zur Konzernrechnungslegung gelten die obigen Ausführungen entsprechend<sup>996</sup>. Bei den GmbH & Co. KGaA des **Typs C** und des **Typs D** sind also die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH innerhalb der Komplementär-GmbH & Co. KG zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts verpflichtet.

---

<sup>992</sup> Im Rahmen dieser Arbeit wird sich auf GmbH und GmbH & Co. KG als Komplementär-Gesellschaften beschränkt.

<sup>993</sup> Es gelten nach § 264a HGB die „Vorschriften des Ersten bis Fünften Unterabschnitts des Zweiten Abschnitts“, also die §§ 264-330 HGB.

<sup>994</sup> Da diese eine Kommanditgesellschaft ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter ist.

<sup>995</sup> vgl. § 264a Abs. 2 HGB

<sup>996</sup> vgl. oben unter F.II.

#### **IV. Konzernrechnungslegung durch den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft**

Auch der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft könnte als „Mutterunternehmen“ zur Konzernrechnungslegung verpflichtet sein. Als „Tochterunternehmen“ kommen dabei sowohl die Komplementär-Gesellschaft als auch die GmbH & Co. KGaA in Betracht.

In den Gesellschaften der **Typen A, C und D** kann ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft herrschendes Unternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA sein und ein Konzernverhältnis zwischen Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft, Komplementär-Gesellschaft und GmbH & Co. KGaA bestehen<sup>997</sup>. Im folgenden soll diese Situation geprüft werden.

##### **1. Konzernrechnungslegung wegen einheitlicher Leitung gemäß § 290 Abs. 1 HGB**

###### **a) Einheitliche Leitung durch Kapitalgesellschaft oder Kapitalgesellschaft & Co. im Konzern**

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft herrschendes Konzernunternehmen, stehen die GmbH & Co. KGaA und die Komplementär-Gesellschaft im Sinne des § 290 Abs. 1 HGB unter seiner einheitlichen Leitung, sie sind beide Tochterunternehmen.

Taugliches Mutterunternehmen nach § 290 Abs. 1 HGB ist dieser Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft dann, wenn er die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft<sup>998</sup> hat oder eine von § 264a Abs. 1 HGB erfaßte<sup>999</sup> OHG oder KG ist<sup>1000</sup>.

###### **b) Beteiligung im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB**

Weitere Voraussetzung im Rahmen des § 290 Abs. 1 HGB ist die Beteiligung des Mutterunternehmens an der jeweiligen Tochtergesellschaft im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB.

Der gegenüber der Komplementär-Gesellschaft herrschende Gesellschafter ist in den hier geprüften Fällen in der Regel an der Komplementär-Gesellschaft im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB beteiligt, da seine beherrschende Stellung in der Regel auf einer

---

<sup>997</sup> vgl. oben unter C.III.3. und C.IV.3.

<sup>998</sup> GmbH, Aktiengesellschaft oder KGaA

<sup>999</sup> also eine OHG oder KG mit keiner natürlichen Person als persönlich haftenden Gesellschafter, bei mehrstöckigen Konstruktionen auf keiner Ebene

<sup>1000</sup> Auf die eventuell vorliegende Pflicht zur Konzernrechnungslegung von Unternehmen anderer Rechtsform nach § 11 Publizitätsgesetz soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

Anteilmehrheit beruht. Eine Beteiligung wird dann nach der widerlegbaren Vermutungsregel des § 271 Abs. 1 S. 3 HGB<sup>1001</sup> in der Regel vorliegen.

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft am Grundkapital der GmbH & Co. KGaA beteiligt, also Kommanditaktionär, so hat er auch an der GmbH & Co. KGaA eine Beteiligung im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB inne<sup>1002</sup>.

Ist dagegen der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nicht Kommanditaktionär, so besteht keine direkte „Beteiligung“ zwischen ihm und der GmbH & Co. KGaA. Jedoch gelten nach § 271 Abs. 1 S. 4 HGB i.V.m. § 16 Abs. 2 AktG bei der Berechnung der Beteiligung auch die Anteile von abhängigen Unternehmen als Anteile des herrschenden Unternehmens. Dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft werden also die Anteile der von ihm abhängigen<sup>1003</sup> Komplementär-Gesellschaft zugerechnet. Die Komplementär-Gesellschaft selbst ist stets an der GmbH & Co. KGaA beteiligt, auch wenn sie keine Vermögenseinlage geleistet hat<sup>1004</sup>. Folglich ist der herrschende Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft stets als im Sinne des § 271 Abs. 1 HGB „beteiligt“ an der GmbH & Co. KGaA anzusehen.

### c) **Zwischenergebnis**

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft herrschendes Konzernunternehmen<sup>1005</sup> gegenüber der GmbH & Co. KGaA und hat er gleichzeitig die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder eine von § 246a Abs. 1 HGB erfaßte Rechtsform, so sind seine gesetzlichen Vertreter nach § 290 Abs. 1 HGB zur Konzernrechnungslegung verpflichtet.

Tochterunternehmen im Sinne des § 290 Abs. 1 HGB sind hier die Komplementär-Gesellschaft und die GmbH & Co. KGaA.

## 2. **Konzernrechnungslegung wegen Vorliegens der Kontrolltatbestände des § 290 Abs. 2 HGB**

### a) **Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB**

Nach § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB müßte dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter bei dem Tochterunternehmen zustehen.

---

<sup>1001</sup> Nach dieser gelten im Zweifel Anteile an einer Kapitalgesellschaft dann als „Beteiligung“, wenn diese insgesamt den fünften Teil des Nennkapitals dieser Gesellschaft überschreiten.

<sup>1002</sup> Auf die widerlegbare Vermutungsregel des § 271 Abs. 1 S. 3 HGB kommt es dabei nicht an. Denn im Rahmen des § 290 Abs. 1 HGB ist unabhängig von der Höhe des Anteils von einer „Beteiligung“ bereits deshalb auszugehen, weil eine „einheitliche Leitung“ vorliegen muß, vgl. *Henssler*, in: Heymann HGB, § 290 Rn. 22; *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 33; *Wiedmann*, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 290 Rn. 12.

<sup>1003</sup> Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ist nur dann herrschendes Unternehmen des Konzerns, wenn die Komplementär-Gesellschaft von ihm abhängig ist, vgl. oben unter C.II.3. und C.IV.3.

<sup>1004</sup> vgl. oben unter F.II.1.b)

<sup>1005</sup> Dies ist in den Gesellschaften des **Typs A, C** und **D** möglich.

Bezüglich der Komplementär-Gesellschaft ist im Rahmen dieser Arbeit davon auszugehen, daß deren herrschender Gesellschafter diese Stimmenmehrheit besitzt.

Bezüglich der GmbH & Co. KGaA müßten dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft neben dem beherrschendem Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft die Mehrheit der Stimmrechte innerhalb der Hauptversammlung der GmbH & Co. KGaA zustehen<sup>1006</sup>. Wenn dies der Fall ist, so kann der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die GmbH & Co. KGaA auch bei den Gesellschaften des **Typs A** unter einheitliche (Konzern-)Leitung stellen<sup>1007</sup>. In diesem Fall wäre der Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB gegeben.

#### **b) Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB**

Nach § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB müßte dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft das Recht zustehen, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Tochterunternehmens zu bestellen oder abzurufen. Zugleich müßte der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft Gesellschafter des Tochterunternehmens sein.

Bezüglich der Komplementär-Gesellschaft ist davon auszugehen, daß deren herrschender Gesellschafter in den hier geprüften Konstellationen die Geschäftsführer<sup>1008</sup> bestellen kann. Auch kann er die Mehrheit der eventuellen Aufsichtsratsmitglieder der Komplementär-Gesellschaft bestellen<sup>1009</sup>.

Problematisch ist dieses Kontrollkriterium dagegen bezüglich der GmbH & Co. KGaA. Auf die Besetzung deren Aufsichtsrats hat der herrschende Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft keinen Einfluß, ein Stimmrecht aus seinen Kommanditaktien darf er insoweit nicht ausüben<sup>1010</sup>.

Die Bestellung des „Leitungsorgans“ der GmbH & Co. KGaA, also des Komplementärs, soweit dessen Rechte gesetzesatypisch ausgestaltet sind<sup>1011</sup>, bedarf einer Satzungsänderung, soweit nicht die Satzung eine abweichende Regelung enthält<sup>1012</sup>. Demzufolge ist dieser Kontrolltatbestand nur dann gegeben, wenn der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft eine Stimmenmehrheit von 75% der

---

<sup>1006</sup> vgl. oben unter F.II.2.a)

<sup>1007</sup> vgl. oben unter C.III.3.b)aa) und C.IV.3.

<sup>1008</sup> bei einer Komplementär-GmbH bzw. die Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH innerhalb einer Komplementär-GmbH & Co. KG

<sup>1009</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Komplementär-Gesellschaft mitbestimmungspflichtig ist. Bei der Mitbestimmung nach dem BetrVG 1952 kann der Mehrheitsgesellschafter 2/3 der Aufsichtsratsmitglieder bestellen, so daß die Mehrheit der Mandate von ihm bestellt wird. Bei der paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG können die Anteilseigner und damit der Mehrheitsgesellschafter zwar nur die Hälfte der Mandate bestellen, jedoch entscheidet bei Stimmgleichheit stets die Stimme des von den Anteilseignern zu bestellenden Aufsichtsratsvorsitzenden. Da es bei dem Merkmal der „Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsorgans“ letztlich auf die Stimmenmehrheit ankommt, ist auch bei einem solchem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat das Merkmal gegeben, vgl. Adler/Düring/Schmaltz, § 290 Rn. 46

<sup>1010</sup> vgl. oben unter B.II.2.b)bb) und cc), es sei denn, er besitzt alle Aktien der GmbH & Co. KGaA

<sup>1011</sup> vgl. oben unter F.II.2.b), dies ist nur bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** der Fall

<sup>1012</sup> vgl. Assmann/Sethe, in: GK AktG, § 278 Rn. 46; Semler/Perlitt, in: MK AktG, § 278 Rn. 67

Stimmen auf der Hauptversammlung hat<sup>1013</sup> oder aufgrund der Satzung das Recht zur Bestellung der Komplementär-Gesellschaft innehat. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so wäre auch eine entsprechende Anwendung des Kontrolltatbestands denkbar, weil es dem herrschenden Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft möglich ist, deren Geschäftsführung und damit die Geschäftsführung des (eventuellen) „Leitungsorgans“ der GmbH & Co. KGaA zu bestellen<sup>1014</sup>.

Zu beachten ist jedoch, daß einem Mutterunternehmen nach § 290 Abs. 3 S. 1 HGB die Kontrollrechte ihrer Tochterunternehmen zugerechnet werden<sup>1015</sup>. Die Komplementär-Gesellschaft ist Tochterunternehmen ihres herrschenden Gesellschafters. Der Komplementär-Gesellschaft stehen die in § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB beschriebenen Kontrollrechte erst recht zu, da sie selbst bei entsprechender Satzungsgestaltung<sup>1016</sup> das „Leitungsorgan“ der GmbH & Co. KGaA ist<sup>1017</sup>.

Ist die GmbH & Co. KGaA nach **Typ C** oder **Typ D** verfaßt, liegt aufgrund der Zurechnung nach § 290 Abs. 3 S. 1 HGB somit der Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB stets vor.

#### c) **Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB**

Nach § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB müßte dem Mutterunternehmen das Recht zustehen, auf das Tochterunternehmen einen beherrschenden Einfluß auf Grund eines Beherrschungsvertrags oder aufgrund einer Satzungsbestimmung des Tochterunternehmens auszuüben.

Ein Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG liegt zwischen den beteiligten Unternehmen im Rahmen der geprüften Konstellationen nicht vor.

Ob dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft gegenüber dieser ein Beherrschungsrecht aus einer „Satzungsbestimmung“ zusteht, ist von der Ausgestaltung des jeweiligen Gesellschaftsvertrags der Komplementär-Gesellschaft abhängig. In der Regel wird jedoch der herrschende Einfluß des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft auf einer Mehrheitsbeteiligung beruhen, so daß dieses Kontrollkriterium nicht vorliegt.

Anderes gilt dagegen gegenüber der GmbH & Co. KGaA. Hier sind dem Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die satzungsmäßige Rechte der von ihr abhängigen Komplementär-Gesellschaft nach § 290 Abs. 3 S. 1 HGB zuzurechnen. Bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** liegt aufgrund der Zurechnung somit das Kontrollkriterium vor.

---

<sup>1013</sup> Als herrschender Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft kann er deren erforderliches Einverständnis für die Satzungsänderung herbeiführen.

<sup>1014</sup> vgl. zur GmbH & Co. KG: *Tillmann*, in: DB 1986, 1319, 1321

<sup>1015</sup> Ebenso zugerechnet wird die Stellung als Gesellschafter, vgl. *Kindler*, in: Staub HGB, § 290 Rn. 47. Deshalb muß in diesem Fall der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nicht am Grundkapital der GmbH & Co. KGaA beteiligt sein.

<sup>1016</sup> bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D**

<sup>1017</sup> vgl. oben unter F.II.b)

### 3. Zwischenergebnis

Soweit kein Ausnahmetatbestand<sup>1018</sup> vorliegt, besteht eine Verpflichtung des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft zur Konzernrechnungslegung stets dann, wenn dieser herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA und deren Komplementär-Gesellschaft ist und in einer von der Konzernrechnungslegung erfaßten Rechtsform betrieben wird. Die Pflicht zur Konzernrechnungslegung bezieht sich auf die Komplementär-Gesellschaft und die GmbH & Co. KGaA als Tochtergesellschaften.

Diese Verpflichtung ergibt sich bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** sowohl aus der einheitlichen Leitung nach § 290 Abs. 1 HGB als auch aus den Kontrolltatbeständen des § 290 Abs. 2 Nr. 2 und 3<sup>1019</sup> HGB. Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft mehrheitlich am Grundkapital der GmbH & Co. KGaA beteiligt, kommt auch der Kontrolltatbestand des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB in Betracht.

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft ist nur dann herrschendes Konzernunternehmen bei den Gesellschaften des **Typs A**, wenn er eine Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung hat<sup>1020</sup>. In diesen Fällen liegt neben dem Tatbestand der einheitlichen Leitung des § 290 Abs. 1 HGB auch das Kontrollkriterium des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB vor.

---

<sup>1018</sup> §§ 291 bis 293 HGB

<sup>1019</sup> bei § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB besteht eine Ausnahme bezüglich der Komplementär-Gesellschaft als Tochtergesellschaft

<sup>1020</sup> vgl. oben unter C.III.3. und C.IV.3.

## **V. Zwischenergebnis**

Im Rahmen der Konzernrechnungslegung kommt es auf die Frage, ob das potentiell zur Rechnungslegung verpflichtete „Mutterunternehmen“ ein „Unternehmen“ im Sinne des Aktienkonzernrechts ist, nicht an.

Ist die Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA herrschendes Konzernunternehmen, so sind ihre gesetzlichen Vertreter zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts verpflichtet, soweit keine Ausnahmeregelung greift.

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA und der Komplementär-Gesellschaft und hat er eine von den Vorschriften der Konzernrechnungslegung erfaßte Rechtsform, so sind seine gesetzlichen Vertreter verpflichtet, den Konzernabschluß und den Konzernlagebericht aufzustellen.

Wird durch den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die Konzernrechnungslegung durchgeführt, so entfällt eine entsprechende Pflicht der Komplementär-Gesellschaft, § 291 Abs. 1 HGB.

## **G. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse**

### **I. Möglichkeiten der Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA**

Im Rahmen dieser Arbeit sind die Möglichkeiten der Einflußnahme auf die GmbH & Co. KGaA durch Kommanditaktionäre, die Komplementär-Gesellschaft und deren Gesellschafter untersucht worden.

Auf die GmbH & Co. KGaA kann in der Regel nur von der oder über die Komplementär-Gesellschaft aktiver Einfluß<sup>1021</sup> genommen werden. Dieser aktive Einfluß besteht bei gesetzestypischer Satzungsgestaltung hinsichtlich der gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen. Er kann bei entsprechender Satzungsgestaltung auch auf außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen ausgedehnt werden. Wenn und soweit ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft noch zusätzlich Einfluß auf die Hauptversammlung nehmen kann, so kann der aktive Einfluß auch Grundlagengeschäfte und Satzungsänderungen umfassen. Einem Kommanditaktionär, der keinen Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft ausüben kann, ist eine aktive Einflußnahme in der Regel nicht möglich.

Passiver Einfluß<sup>1022</sup> kann sowohl von der oder über die Komplementär-Gesellschaft ausgeübt werden als auch über die Hauptversammlung, den Aufsichtsrat oder einen eventuell gebildeten Beirat. Dabei erstreckt sich der passive Einfluß der oder über die Komplementär-Gesellschaft auf den gesamten Bereich der Geschäftsführung, die Grundlagengeschäfte und die Satzungsänderungen. Der passive Einfluß über die Hauptversammlung besteht bezüglich der Grundlagengeschäfte und die Satzungsänderungen stets, bezüglich der Geschäftsführungsmaßnahmen hängt er von der Ausgestaltung der jeweiligen Satzung ab. Der passive Einfluß über den Aufsichtsrat beziehungsweise über einen eventuell gebildeten Beirat hängt von der Satzungsgestaltung ab.

### **II. Einordnung der Einflußnahmemöglichkeiten unter die Definitionsnormen**

Für eine rechtsgebietsübergreifende Einordnung der Einflußnahmemöglichkeiten unter die Definitionsnormen des Aktiengesetzes ist eine allein am Schutzzweck des Aktienkonzernrechts ausgerichtete teleologische Reduktion des „Unternehmensbegriffs“ nicht vorzunehmen. Der Begriff des „Unternehmens“ im Sinne der Definitionsnormen des Aktiengesetzes ist nur insoweit eingeschränkt, als daß der Zugang zu einzelnen Organisationsformen<sup>1023</sup> betroffen ist.

Für eine Einordnung der Einflußnahmemöglichkeiten unter die Definitionsnormen ist allein der aktive Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA entscheidend. Mangels eines

---

<sup>1021</sup> Mit „aktiven Einfluß“ ist ein solcher gemeint, der ohne Mitwirkungsbefugnisse oder Vetorechte Dritter besteht.

<sup>1022</sup> Unter „passiven Einfluß“ ist ein Mitwirkungsbefugnis bzw. Vetorecht bei Einflußnahme durch eine andere Person bzw. ein anderes Organ zu verstehen.

<sup>1023</sup> Diese „Organisationsformen“ sind hier der Beherrschungsvertrag nach § 291 Abs. 1 AktG und die Privilegierung der faktischen Konzernierung.

solchen Einflusses kommt der „bloße“<sup>1024</sup> Kommanditaktionär nicht als „herrschendes Unternehmen“ in Betracht. Da der Umfang der aktiven Einflußnahmemöglichkeiten der Komplementär-Gesellschaft und deren Gesellschafters von der jeweiligen Satzungsgestaltung abhängt, ist auch die Einordnung unter die Definitionsnormen davon abhängig.

Die aktiven Einflußnahmemöglichkeiten bei den Gesellschaften des **Typs A**<sup>1025</sup> und des **Typs B** vermitteln der Komplementär-Gesellschaft keinen „herrschenden Einfluß“ gegenüber der GmbH & Co. KGaA. Anderes gilt bei den Gesellschaften des **Typs C**<sup>1026</sup> und des **Typs D**. Dort ist die jeweilige Komplementär-Gesellschaft „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG gegenüber der GmbH & Co. KGaA. Zwischen der herrschenden Komplementär-Gesellschaft und der abhängigen GmbH & Co. KGaA liegt dann stets ein Konzernverhältnis im Sinne des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG vor, die Komplementär-Gesellschaft leitet diesen Konzern.

Der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft kann „herrschendes Unternehmen“ im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG gegenüber der GmbH & Co. KGaA sein. Voraussetzung ist zunächst, daß er die Komplementär-Gesellschaft beherrscht. Bei den Gesellschaften des **Typs C** und des **Typs D** genügt für die Beherrschung der GmbH & Co. KGaA bereits der beherrschende Einfluß auf die jeweilige Komplementär-Gesellschaft, da diese wiederum beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA ausüben kann. Bei den Gesellschaften des **Typs A** muß der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft einen kumulierten Einfluß auch über die Hauptversammlung ausüben können, um einen beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA zu haben. Bei den Gesellschaften des **Typs B** ist eine Beherrschung der GmbH & Co. KGaA durch den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft in der Regel mangels dessen Einfluß auf den Aufsichtsrat nicht möglich. Zwischen dem herrschenden Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft und der abhängigen GmbH & Co. KGaA wird dann gemäß § 18 Abs. 1 S. 3 AktG ein Konzernverhältnis vermutet, wenn das Fehlen „einheitlicher Leitung“ nicht nachgewiesen werden kann.

### III. Rechtsfolgen aus dem Aktienkonzernrecht

Für den Bereich des Aktienkonzernrechts muß eine teleologische Einschränkung des Begriffs des „herrschenden Unternehmens“ vorgenommen werden. Dabei ist die Komplementär-Gesellschaft nicht bereits aufgrund ihrer Stellung als Komplementärin ein solches potentiell herrschendes „Unternehmen“ im schutzrechtlichen Sinn. Diese Eigenschaft kommt ihr erst dann zu, wenn sie einen Konzernkonflikt aufweist. Die Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft sind ebenfalls nur bei Vorliegen eines Konzernkonflikts „Unternehmen“ im Sinne des Aktienkonzernrechts.

---

<sup>1024</sup> Damit ist ein Kommanditaktionär, der keinen Einfluß auf die Komplementär-Gesellschaft ausüben kann, gemeint.

<sup>1025</sup> vgl. zur Typenbildung oben unter B.I.5.

<sup>1026</sup> Bei den Gesellschaften des **Typs C** hängt dies von der Ausgestaltung des Zustimmungskatalogs zugunsten des Aufsichtsrats oder des Beirats ab. Im Rahmen der Arbeit wurde unterstellt, daß ein beherrschender Einfluß trotz Zustimmungskatalog vorliegt.

Hat die „unternehmerische“ Komplementär-Gesellschaft aufgrund der Satzungsgestaltung nach **Typ C** oder **Typ D** beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA, so sind Rechtsfolgenormen des Vertragskonzernrechts entsprechend anzuwenden. Die Komplementär-Gesellschaft ist verpflichtet, die Verluste der GmbH & Co. KGaA nach § 302 AktG analog auszugleichen. Auch sind die gesetzlichen Rücklagen nach § 300 Nr. 3 AktG analog beschleunigt aufzufüllen. Die Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaft haften der GmbH & Co. KGaA gegenüber direkt für eine sorgfältige Geschäftsführung nach § 309 AktG analog. Nicht entsprechend anzuwenden sind die Vorschriften über den Gläubigerschutz nach § 303 AktG und über den Schutz der außenstehenden Gesellschafter nach §§ 304ff. AktG. Keine weitergehenden Auswirkungen hat die Anwendung der Regeln über den faktischen Konzern nach §§ 311ff. AktG. Ein Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG braucht nicht aufgestellt zu werden.

Übt ein Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft bei Gesellschaften des **Typs A**, des **Typs C** oder des **Typs D** auf die GmbH & Co. KGaA herrschenden Einfluß aus, so sind dabei die Schranken der Einflußnahme nach § 311 AktG zu beachten. Ein Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG ist durch die Komplementär-Gesellschaft zu erstellen, bei Verletzung dieser Pflicht haften die Komplementär-Gesellschaft und deren Geschäftsführer. Erfolgt ein Ausgleich nachteiliger Einflußnahme nicht rechtzeitig, besteht eine Schadensersatzpflicht des Gesellschafters der Komplementär-Gesellschaft.

#### **IV. Konzernmitbestimmung**

Im Bereich der Konzernmitbestimmung ist nicht der eingeschränkte Unternehmensbegriff des Aktienkonzernrechts anzuwenden. „Herrschendes Unternehmen“ kann jede Komplementär-Gesellschaft und jeder Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft sein.

Ist eine Komplementär-GmbH in den Gesellschaften des **Typs C** oder des **Typs D** herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA, so werden ihr für die Schaffung eines mitbestimmten Aufsichtsrats die Arbeitnehmer der GmbH & Co. KGaA nach § 5 Abs. 1 MitbestG zugerechnet. Wird der Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern dabei überschritten, ist auf der Ebene der Komplementär-GmbH ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu errichten. Dieser beschließt auch über die Bestellung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, § 31 Abs. 1 S. 1 MitbestG. Nach § 33 Abs. 1 S. 1 MitbestG ist ein Arbeitsdirektor in der Geschäftsführung der Komplementär-Gesellschaft zu bestellen.

Ist eine Komplementär-GmbH & Co. KG in den Gesellschaften des **Typs C** oder des **Typs D** herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA, so ist in der Regel bei deren Komplementär-GmbH ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu errichten. Dieser Aufsichtsrat hat bezüglich der Komplementär-GmbH der Komplementär-GmbH & Co. KG die Personalkompetenz und ein Arbeitsdirektor ist zu bestellen.

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft in den Gesellschaften des **Typs A**, des **Typs C** und des **Typs D** herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der

GmbH & Co. KGaA und ist er in einer der Mitbestimmung unterliegenden Rechtsform verfaßt, so ist bei ihm ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten. Ist er aufgrund seiner Rechtsform nicht mitbestimmungspflichtig, so ist in der Komplementär-Gesellschaft als Teilkonzernspitze ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten, § 5 Abs. 3 MitbestG.

In der Regel wird kein Beherrschungsvertrag zwischen herrschendem Konzernunternehmen und abhängiger GmbH & Co. KGaA vorliegen, daher findet eine Konzernmitbestimmung nach § 77a BetrVG 1952 nicht statt.

## **V. Konzernrechnungslegung**

Mutterunternehmen im Sinne der Konzernrechnungslegung kann jede Kapitalgesellschaft oder kapitalistisch verfaßte GmbH & Co. KG sein. Eine teleologische Reduktion des Unternehmensbegriffs ist in diesem Bereich nicht vorzunehmen. Die im Rahmen dieser Arbeit geprüften Komplementär-Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH oder der GmbH & Co. KG sind damit taugliche Mutterunternehmen.

Ist die Komplementär-Gesellschaft gegenüber der GmbH & Co. KGaA bei den Gesellschaften des **Typs C** oder des **Typs D** herrschendes Konzernunternehmen, so sind ihre gesetzlichen Vertreter zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts verpflichtet, soweit keine Ausnahmeregelung greift.

Ist der Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft bei den Gesellschaften des **Typs A**, des **Typs C** oder des **Typs D** herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der GmbH & Co. KGaA und der Komplementär-Gesellschaft und hat er eine von den Vorschriften der Konzernrechnungslegung erfaßte Rechtsform, so haben seine gesetzlichen Vertreter einen Konzernabschluß und einen Konzernlagebericht aufzustellen. Wird durch den Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft die Konzernrechnungslegung durchgeführt, so entfällt eine entsprechende Pflicht der Komplementär-Gesellschaft, § 291 Abs. 1 HGB.

## **VI. Schlußbetrachtung**

Die Frage, ob in einer GmbH & Co. KGaA die Satzung so ausgestaltet werden kann, daß die Komplementär-Gesellschaft bei den außergewöhnlichen Geschäften keiner Zustimmung anderer Gesellschaftsorgane bedarf, ist zumindest bei einer Publikums-GmbH & Co. KGaA umstritten. Hauptargument dagegen ist der Minderheitenschutz, der bei einer solchen Gestaltung nicht gewährleistet sei. Falls bei einer solchen Gestaltung die Komplementär-Gesellschaft einem Konzernkonflikt unterliegt, sind die Rechtsfolgenormen des Vertragskonzernrechts anwendbar. Ein Schutz der Minderheitsgesellschafter greift also dann, wenn für diese das Defizit an Mitwirkungsrechten besonders gefährlich ist. Dies sollte bei den Überlegungen zur Zulässigkeit einer solchen Satzungsgestaltung bedacht werden.

Eine solche atypische Gestaltung eröffnet den Rechtsfolgennormen des Konzernrechts im weiteren Sinne einen Anwendungsbereich, da in diesem Fall die Komplementär-Gesellschaft einen beherrschenden Einfluß auf die GmbH & Co. KGaA hat. Ist die GmbH & Co. KGaA abhängiges Unternehmen eines Konzerns, so entfallen die als besonderer Vorteil der Rechtsform hervorgehobenen Mitbestimmungsprivilegien. Vielmehr besteht im Vergleich zur unabhängigen GmbH & Co. KGaA eine Ausweitung der Mitbestimmung, sobald der Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern überschritten wird. Ebenfalls unterliegt die GmbH & Co. KGaA bei einer solchen atypischen Gestaltung der Konzernrechnungslegung.

Ist eine Mitbestimmungsausweitung und eine Verpflichtung zur Konzernrechnungslegung von den Satzungsgestaltern nicht gewollt, so müssen diese bei der Ausgestaltung der Satzung darauf achten, daß eine Konzernsituation nicht entsteht. Unter diesem Gesichtspunkt werden bei nicht der Mitbestimmung unterliegenden Gesellschaften Stärkungen der Aufsichtsräte in der Zukunft relevanter werden, bei mitbestimmungspflichtigen Gesellschaften bieten sich Beiratsgestaltungen an.

Die als besonderer Vorteil der GmbH & Co. KGaA genannte Möglichkeit der Sicherung der Leitungsmacht der Gründer bei gleichzeitiger Abgabe der Mehrheit der Kommanditaktien an Dritte ist nur durch eine gesetzesatypische Satzungsgestaltung möglich. Bei dieser bestehen die als weiterer Vorteil genannten Mitbestimmungsprivilegien nicht. Bei der Gestaltung der Satzung sind daher die beiden genannten Hauptvorteile der GmbH & Co. KGaA nicht miteinander vereinbar.

- Ammenwerth, Michael* Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) – Eine Rechtsformalternative für personenbezogene Unternehmen? Dissertation, Frankfurt am Main 1997
- Armbrüster, Christian* Wettbewerbsverbote im Kapitalgesellschaftsrecht, in: ZIP 1997, 1269
- Arnold, Arndt* Die GmbH & Co. KGaA, Dissertation, Köln 2001
- Assmann, Heinz-Dieter Sethe, Rolf* Der Beirat der KGaA, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000
- Assmann, Heinz-Dieter Sethe, Rolf* in: Großkommentar AktG, 4. Auflage, 17. Lieferung §§ 278-290, Berlin 2001
- Axhausen, Michael* in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 2. Auflage, München 1999
- Bayer, Walter* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Band 1 §§ 1-53, München 2000
- Bayreuther, Frank* Die Kapitalgesellschaft & Co KGaA, in: JuS 1999, 651
- Beater, Axel* in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4, München 2001
- Beinert, Jörg Hennerkes, Brun-Hagen Binz, Karlheinz* Die GmbH & Co. – ein mitbestimmungspflichtiger In-sich-Konzern? in: DB 1979, 68
- Biener, Herbert* Einzelne Fragen zur Rechnungslegung der GmbH & Co. KG nach dem Publizitätsgesetz (II), in: GmbHR 1975, 30
- Binz, Mark K. Sorg, Martin H.* Die KGaA mit beschränkter Haftung – quo vadis? in: DB 1997, 313

- Bitter, Georg* Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei  
Personengesellschaften,  
Dissertation, Köln 2000
- Breitfeld, Anja* in: Sudhoff GmbH & Co. KG, 5. Auflage, München 2000
- Busse von Colbe,  
Walther* in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4,  
München 2001
- Claussen,  
Carsten Peter  
Scherrer, Gerhard* in: Kölner Kommentar zum AktG, Band 6, 2. Lieferung, 2.  
Auflage, Köln 2000
- Dirksen, Dirk  
Möhrle, Florian* Die kapitalistische Kommanditgesellschaft auf Aktien,  
in: ZIP 1998, 1377
- Ehrhardt, Andrea* Die GmbH & CoKG aus konzernrechtlicher Sicht,  
Dissertation, Frankfurt 1996
- Emmerich, Volker* in: Scholz, GmbHG, 9. Auflage,  
Band 1 §§ 1-44, Köln 2000
- Emmerich, Volker* in: Heymann, Handelsgesetzbuch, Band 2, Zweites Buch  
§§ 105-237, 2. Auflage, Berlin 1996
- Emmerich, Volker* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht,  
2. Auflage, München 2001
- Emmerich, Volker  
Sonnenschein,  
Jürgen  
Habersack,  
Mathias* Konzernrecht, 7. Auflage, München 2001
- Fitting, Karl  
Kaiser, Heinrich  
Heiter, Friedrich  
Engels, Gerd  
Schmidt, Ingrid* Betriebsverfassungsgesetz, 21. Auflage, München 2002
- Fitting, Karl  
Wlotzke, Otfried  
Wißmann, Hellmut* Mitbestimmungsgesetz mit Wahlordnungen, Kommentar, 2.  
Auflage,  
München 1978

- Forster, Karl-Heinz* in: Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Auflage, Stuttgart 1996  
*Goerdeler, Reinhard*  
*Lanfermann, Josef*  
*Müller, Hans-Peter*  
*Siepe, Günter*  
*Stolberg, Klaus*
- Gekeler, Klaus-Christian* Der personengesellschaftliche Konzern im Licht des aktienrechtlichen Konzernmodells, Dissertation, Tübingen 1993
- Geßler, Ernst* in: Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff Aktiengesetz, Band VI §§ 291-410, München 1976
- Gonella, Robert* Die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA als „Einheitsgesellschaft“, in: AG 1998, 508  
*Mikic, Sanja*
- Graf, Helmut Andreas* Die Kapitalgesellschaft & Co. KG auf Aktien, Dissertation, Heidelberg 1993
- Grafmüller, Frank* Die Kommanditgesellschaft auf Aktien als geeignete Rechtsform für börsenwillige Familienunternehmen, Dissertation, Frankfurt am Main 1993
- Grossmann, Adolf* Die GmbH & Co. KG im Spannungsfeld zwischen § 4 und § 5 Mitbestimmungsgesetz, in: BB 1976, 1391
- Grote, Friedrich* Anlegerschutz bei der Publikums-KG durch Errichtung eines Beirats, Dissertation 1994
- Grunewald, Barbara* in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, München 2002
- Gutike, Hans-Jochen* in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 4. Auflage, München 1999
- Haase, Karsten* Die Vorteile der GmbH oder der GmbH & Co. KGaA in gesellschaftsrechtlicher Sicht, in: GmbHR 1997, 917
- Habel, Michael* Ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien eine geeignete Rechtsform für den Börsengang von Vereinen der Fußball-Bundesliga?  
*Strieder, Thomas* in: NZG 1998, 929

- Haberkamp, Thomas* Die Entschädigung der außenstehenden Aktionäre bei der aktienrechtlichen Konzernierung, Dissertation, Frankfurt am Main, 1996
- Habersack, Mathias* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2. Auflage, München 2001
- Heermann, Peter* Unentziehbare Mitwirkungsrechte der Minderheitsaktionäre bei außergewöhnlichen Geschäften in der GmbH & Co KGaA, in: ZGR 2000, 61
- Hefermehl, Wolfgang* in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, Band II §§ 76-147, München 1974
- Heid, Peter* Inhaltskontrolle des Vertrages der Publikumspersonengesellschaft nach AGB-Grundsätzen, in: Beilage 4 zu DB 1985
- Heinrichs, Helmuth* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, München 2003
- Hennerkes, Brun-Hagen May, Peter* Überlegungen zur Rechtsformwahl in Familienunternehmen, in: DB 1988, 537
- Hennerkes, Brun-Hagen Binz, Karlheinz* Die GmbH & Co. KG, 7. Auflage, München 1989
- Hennerkes, Brun-Hagen Lorz, Rainer* Roma locuta causa finita: Die GmbH & Co. KGaA ist zulässig, in: DB 1997, 1388
- Hennerkes, Brun-Hagen May, Peter* Noch einmal: Die GmbH & Co. KG auf Aktien als Rechtsform für börsenwillige Familienunternehmen? in: BB 1988, 2393
- Henssler, Martin* in: Heymann Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Berlin 1999
- Henze, Hartwig* Konzernrecht – Höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung, Köln 2001
- Herfs, Achim* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 2. Auflage, München 1999

- Herfs, Achim* Die Satzung der börsennotierten GmbH & Co. KGaA – Gestaltungsfreiheit und Grenzen,  
in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Jahrestagung 1998 der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, S. 23
- Hoffmann-Becking, Michael*  
*Herfs, Achim* Struktur und Satzung der Familien-KGaA,  
in Festschrift für Walter Sigle zum 70. Geburtstag, 2000
- Hoffmann-Becking, Michael* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4  
Aktiengesellschaft, 2. Auflage, München 1999
- Hommelhoff, Peter* Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht,  
in: ZHR 156 (1992), 295
- Hommelhoff, Peter* Die qualifiziert faktische Unternehmensverbindung: ihre  
Tatbestandsmerkmale nach dem TBB-Urteil und deren  
rechtsdogmatisches Fundament,  
in: ZGR 1994, 395
- Hommelhoff, Peter* Anlegerschutz in der GmbH & Co. KGaA,  
in: Die GmbH & Co. KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134,  
392, Beiheft ZHR Nummer 67
- Hopt, Klaus* in: Großkommentar AktG, 4. Auflage,  
11. Lieferung §§ 92-94, Berlin 1999
- Hopt, Klaus* in: Baumbach/Hopt, HGB, 30. Auflage, München 2000
- Horn, Norbert* in: Heymann Handelsgesetzbuch,  
2. Auflage, 2. Buch §§ 105-237, Berlin 1996
- Hoyos, Martin* in: Beck'scher Bilanz-Kommentar,  
4. Auflage, München 1999
- Hüffer, Uwe* Aktiengesetz, 5. Auflage, München 2002
- Hüffer, Uwe* Der Aufsichtsrat in der Publikumsgesellschaft,  
in: ZGR 1980, 320
- Ihrig, Hans-Christoph*  
*Schlitt, Michael* Die KGaA nach dem Beschluß des BGH vom 24.2.1997 –  
organisationsrechtliche Folgen,  
in: Die GmbH & Co. KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134,  
392, Beiheft ZHR Nummer 67
- Jaques, Henning* Börsengang und Führungskontinuität durch die kapitalistische  
KGaA,  
in: NZG 2000, 401

- Joost, Detlev* Mitbestimmung in der kapitalistischen Komanditgesellschaft auf Aktien,  
in: ZGR 1998, 334
- Kindler, Peter* in: Staub Großkommentar HGB,  
Dritter Band, 2. Teilband, Berlin 2002
- Konzen, Horst* Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co. KG,  
in: NJW 1989, 2977
- Koppensteiner, Hans-Georg* in: Kölner Kommentar AktG, 2. Auflage,  
Band 1, §§ 1-75, Köln 1988 und  
Band 6, 1. Lieferung §§ 291-328, Köln 1987
- Koppensteiner, Hans-Georg* in: Rowedder, GmbHG, 3. Auflage,  
München 1997
- Koppensteiner, Hans-Georg* Unternehmenseigenschaft im Konzerngesellschaftsrecht,  
in: ZHR 131, 289
- Kraft, Alfons* in: Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz Band II, 6. Auflage,  
Neuwied 1998
- Krieger, Gerd* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band IV  
Aktiengesellschaft, 2. Auflage, München 1999
- Kropff, Bruno* Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, Verweisungen und Sachverzeichnis, Düsseldorf 1965
- Kropff, Bruno* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 8 §§ 278-328, 2. Auflage, München 2000
- Kuhlmann, Jens  
Ahnis, Erik* Konzernrecht, München 2001
- Kunze, Otto* Der Geltungsbereich des § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG,  
in: ZGR 1978, 321
- Lange,  
Knut Werner* in: Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342a, München 2001
- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft,  
3. Auflage, Berlin 1995

- Lechner, Harald* in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 4. Auflage, München 1999
- Lorz, Rainer* Die GmbH & Co. KGaA und ihr Weg an die Börse, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Jahrestagung 1998 der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, S. 57
- Lutter, Marcus  
Hommelhoff, Peter* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Auflage, Köln 2000
- Lutter, Marcus* Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft – Haftungsrisiken beim „asset-stripping“, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin 1990
- Lutter, Marcus* Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, Korreferat, in: ZGR 1977, 195
- Lutter, Marcus* Mitbestimmung im Konzern, Köln 1975
- Lutter, Marcus* 100 Bände BGHZ: Konzernrecht, in: ZHR 151 (1987), 444
- Lutter, Marcus* in: Holding Handbuch, 3. Auflage, Köln 1998
- Marsch-Barner, Reinhard* in: Ernstthaler, Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, Neuwied 1999
- Martens, Klaus-Peter* in: Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Kommentar von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, Martens und Schmidt, Band III, 2. Halbband, 5. Auflage, München 1992
- Mayer, Dieter* Der Komplementär in der GmbH & Co. KGaA, in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, 263 und in: MittBayNot 1997, 329
- Mertens, Hans-Joachim* in: Hachenburg, GmbHG, 8. Auflage, 2. Band, §§ 35-52, Berlin 1997
- Mertens, Hans-Joachim* Zur Existenzberechtigung der Kommanditgesellschaft auf Aktien, in: Festschrift für Carl Hans Barz zum 65. Geburtstag, 1974
- Mertens, Hans-Joachim* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Band 2 §§ 76-117 AktG und Mitbestimmung im Aufsichtsrat, Köln 1996 und 1. Auflage, Band 2 §§ 148-290 AktG, Köln 1985

- Mertens,  
Hans-Joachim* Verpflichtung der Volkswagen AG, einen Bericht gemäß § 312 AktG über ihre Beziehungen zum Land Niedersachsen zu erstatten?  
in: AG 1996, 241
- Mertens,  
Hans-Joachim* Abhängigkeitsbericht bei Unternehmenseinheit in der Handelsgesellschaft KGaA?,  
in: Festschrift für Carsten Peter Claussen zum 70. Geburtstag, 1997
- Morck, Winfried* in: Koller/Roth/Morck, Handelsgesetzbuch, München 1996
- Mülbert, Peter O.* in: Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, Band 3, §§ 161-237, München 2002
- Mülbert, Peter O.* Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht,  
in: ZHR 163 (1999), 1
- Niedner, Jochen  
Kusterer, Stefan* Die atypisch ausgestaltete Familien-KGaA aus der Sicht des Kommanditaktionärs,  
in: DB 1997, 1451
- Noack, Ulrich* Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften,  
Habilitationsschrift, Tübingen 1994
- Oetker, Hartmut* in: Großkommentar AktG, 4. Auflage,  
12. Lieferung Mitbestimmungsgesetz, Berlin 1999
- Overlack, Arndt* Der Komplementär in der GmbH & Co. KGaA,  
in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, S. 237
- Pfitzer, Norbert  
Oser, Peter  
Orth, Christian* Zur Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und –  
prüfung durch das  
TransPubG,  
in: DB 2002, 157
- Plagemann, Dirk* Unsicherheiten bei der Anwendung des Publizitätsgesetzes,  
in: BB 1986, 1122
- Priester,  
Hans-Joachim* Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürlichen  
Komplementär,  
in ZHR 160 (1996), 250
- Raiser, Thomas* in: Hachenburg, GmbHG, 8. Auflage,  
2. Band, §§ 35-52, Berlin 1997
- Raiser, Thomas* Konzernverflechtungen unter Einfluß öffentlicher  
Unternehmen,  
in: ZGR 1996, 458

- Raiser, Thomas*      Recht der Kapitalgesellschaften,  
3. Auflage, München 2001
- Raiser, Thomas*      Mitbestimmungsgesetz, Kommentar,  
4. Auflage, Berlin 2002
- Raiser, Thomas*      Geklärte und ungeklärte Fragen der Konzernmitbestimmung,  
in: Festschrift für Bruno Kropff, 1997
- Riegger, Bodo*        in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2,  
Kommanditgesellschaft, Stille Gesellschaft, München 1991
- Röhricht, Volker*    Das Gesellschaftsrecht in der jüngsten Rechtsprechung des  
Bundesgerichtshofs,  
in: RWS-Gesellschaftsrecht 1997, 191
- Säcker,  
Franz Jürgen*        in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
Band 1, §§ 1-240,  
4. Auflage, München 2001
- Schaumburg,  
Harald  
Schulte, Christoph*    Die KGaA, Recht und Steuern in der Praxis, Köln 2000
- Schaumburg,  
Harald*                Die KGaA als Rechtsform für den Mittelstand?  
in: DSStZ 1998, 525
- Schilling, Wolfgang*    Entwicklungstendenzen im Konzernrecht,  
in: ZHR 140 (1976), 528
- Schilling, Wolfgang*    in: Staub Großkommentar HGB,  
9. Lieferung §§ 161-177a, 4. Auflage, Berlin 1987
- Schmidt, Karsten*      Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002
- Schmidt, Karsten*      Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-  
Rechtsverhältnis,  
in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, 2000
- Schmidt, Karsten*      Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der  
KGaA,  
in: ZHR 160 (1996), 265
- Schmidt, Karsten*      Unternehmensbegriff und Vertragskonzern – zum  
Funktionswandel des § 291 AktG,  
in: Festschrift für Hans-Georg Koppenssteiner, 2001

- Schmidt, Karsten* „Unternehmen“ und „Abhängigkeit“: Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht,  
in: ZGR 1980, 277
- Schneider, Uwe* in: Scholz, GmbHG, 9. Auflage,  
Band 1. §§ 1-44, Köln 2000
- Schneider, Uwe* GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung,  
Korreferat,  
in: ZGR 1977, 335
- Schneider, Uwe* in: Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz,  
Neuwied 1978
- Schneider, Uwe* Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen,  
in: ZGR 1978, 1
- Schneider, Uwe* Die Personengesellschaft als verbundenes Unternehmen,  
in: ZGR 1975, 253
- Schrick, Alexandra* Die GmbH & Co. KGaA in der Form der Einheitsgesellschaft  
als börsenwilliges Unternehmen?  
in: NZG 2000, 675
- Schürmann, Walter*  
*Groh, Elmar* KGaA und GmbH & Co. KGaA,  
in: BB 1995, 684
- Semler, Johannes*  
*Perlitt, Johannes* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 8 §§ 278-  
328, 2. Auflage,  
München 2000
- Sethe, Rolf* Die Besonderheiten der Rechnungslegung bei der KGaA,  
in: DB 1998, 1044
- Sethe, Rolf* Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang –  
Die reformierte KGaA als Mittel zur Verbesserung der  
Eigenkapitalausstattung deutscher Unternehmen,  
Habilitationsschrift, Köln 1996
- Steindorff, Ernst* Kommanditgesellschaft auf Aktien in der Mitbestimmung, in:  
Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag, 1975
- Stimpel, Walter* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur  
Innenhaftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-  
Konzern,  
in: AG 1986, 117
- Stimpel, Walter* Anlegerschutz durch Gesellschaftsrecht in der Publikums-  
Kommanditgesellschaft,  
in: Festschrift für Robert Fischer, 1979

- Tillmann, Bert* Umwandlung auf doppelstöckige GmbH & Co. KG,  
in: DB 1986, 1319
- Ulmer, Peter* in: Staub Großkommentar HGB, 19. Lieferung, §§ 114-122,  
4. Auflage, Berlin 1999
- Ulmer, Peter* in: Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, Kommentar,  
München 1981
- von Hoyningen-  
Huene, Gerrick* Der Konzern im Konzern,  
in: ZGR 1978, 515
- Weipert, Lutz* in: Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-  
342a,  
München 2001
- Wichert, Joachim* Die Finanzen der Kommanditgesellschaft auf Aktien,  
Dissertation,  
Frankfurt am Main 1996
- Wichert, Joachim* Die GmbH & Co. KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134, 392,  
in: AG 2000, 268
- Wiedemann, Herbert  
Martens,  
Klaus-Peter* Die Unternehmensqualifikation von Gebietskörperschaften im  
Recht der Verbundenen Unternehmen Teil (I),  
in: AG 1976, 197
- Wiedmann, Harald* in: Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch, Band 1 §§ 1-  
342a, München 2001
- Wiesner, Georg* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4,  
Aktiengesellschaft, 2. Auflage, München 1999
- Windbichler,  
Christine* in: Großkommentar AktG, 4. Auflage,  
10. Lieferung §§ 15-22, Berlin 1999
- Wirth, Gerhard* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2  
Kommanditgesellschaft, Stille Gesellschaft, München 1991
- Würdinger, Hans* in: Großkommentar Aktiengesetz, 3. Auflage,  
4. Band §§ 291-410, Berlin 1975
- Zacharopoulou,  
Panagiota* Die Rechtsstellung der Arbeitnehmer in der  
Kommanditgesellschaft auf Aktien nach dem  
Mitbestimmungsgesetz,  
Dissertation, Münster 1997
- Zöllner, Wolfgang* in: Baumbach/Hueck, GmbHG,  
17. Auflage, München 2000

*Literaturverzeichnis*

- Zöllner, Wolfgang* GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, Referat,  
in: ZGR 1977, 319
- Zöllner, Wolfgang* Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 ff AktG,  
in: ZGR 1976, 1