

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 273

**Die Besetzung des Aufsichtsrats  
der atypischen Kommanditgesellschaft  
auf Aktien**

Von

**Axel Neumann-Duesberg**



**Duncker & Humblot · Berlin**

AXEL NEUMANN-DUESBERG

Die Besetzung des Aufsichtsrats der atypischen  
Kommanditgesellschaft auf Aktien

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 273

# Die Besetzung des Aufsichtsrats der atypischen Kommanditgesellschaft auf Aktien

Von

Axel Neumann-Duesberg



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich  
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-14763-2 (Print)

ISBN 978-3-428-54763-0 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84763-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) erfreut sich seit einigen Jahren zunehmender Beliebtheit. Ausschlaggebend für diese Entwicklung war die Zulassung haftungsbeschränkter Komplementär-Gesellschaften durch den Bundesgerichtshof. Mit der vielfach als Damoklesschwert empfundenen, nicht abschirmbaren persönlichen Haftung ist ein entscheidender Nachteil gegenüber anderen börsenfähigen Rechtsformen entfallen; die Vorteile – genannt seien an dieser Stelle nur die vergleichsweise hohe Gestaltungsfreiheit und die „einmalige Möglichkeit, an das Geld anderer Leute heranzukommen, ohne diesen wesentliche Entscheidungsbefugnisse einräumen zu müssen“ (Herfs, VGR 98, 23, 25) – bestehen fort und gewinnen an Bedeutung.

Das gesetzliche Regelungsregime der KGaA ist aber nach wie vor auf ihre klassische Ausprägung mit natürlichen Personen als persönlich haftende Gesellschafter zugeschnitten. Daher ist oftmals fraglich, ob die gesetzlichen Vorgaben in der atypischen KGaA ebenfalls Anwendung finden. Von besonderer Bedeutung für die Rechtspraxis ist dabei die Frage, ob für Geschäftsleiter und Gesellschafter einer Komplementär-Gesellschaft dieselben Beschränkungen bei der Besetzung des Aufsichtsrats gelten, die das Gesetz in der klassischen KGaA für persönlich haftende Gesellschafter vorsieht. Diese können weder dem Aufsichtsrat angehören (§ 287 Abs. 3 AktG) noch über dessen Besetzung mitentscheiden (§ 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG). Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 5. 12. 2005 – II ZR 291/03, BGHZ 165, 192) und mit ihm die Mehrzahl der Stimmen in der Literatur halten eine analoge Anwendung einer bzw. beider Vorschriften auf Geschäftsleiter einer Komplementär-Gesellschaft für geboten, bejahen dies für deren Gesellschafter aber allenfalls dann, wenn diese bestimmte Beteiligungsquoten überschreiten und entsprechenden Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen können. Das kann weder im Ergebnis noch in der Begründung überzeugen und ist Anlass für die nachfolgende Untersuchung.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Rolf Sethe, der die Bearbeitung der Thematik angeregt und jederzeit wohlwollend begleitet hat – gerade auch in Phasen einer hohen beruflichen Belastung, in denen ein zügiges Vorankommen nicht immer möglich gewesen ist. Seine konstruktive Kritik und ständige Ansprechbarkeit waren mir eine große Hilfe. Danken möchte ich ebenfalls Herrn Prof. Dr. Ulrich Haas für die außerordentlich schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit wurde im Herbstsemester 2014 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich abgenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden vor Beginn der Drucklegung aktualisiert.

Hamburg, im Frühjahr 2015

*Axel Neumann-Duesberg*

# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Teil*

<b>Einführung</b>	15
§ 1 Ziel des Vorhabens und Gang der Untersuchung	15
§ 2 Entwicklung der Problemstellung	18
A. Kurzdarstellung der KGaA	18
I. Zusammenspiel der §§ 278 ff. AktG	19
1. § 278 Abs. 2 AktG	21
2. § 278 Abs. 3 AktG	23
3. §§ 279 ff. AktG	25
II. Zusammenfassung	25
III. Realtypen	26
IV. Attraktivität der KGaA	27
B. Struktur der „atypischen“ KGaA	31
C. Stellung und Aufgaben des Aufsichtsrats im Organisationsgefüge der KGaA	32
I. Überwachungskompetenz	35
1. Inhalt der Überwachungstätigkeit	36
2. Überwachung anderer Geschäftsführungsorgane?	37
a) Verlagerung der Geschäftsführungsbefugnis	38
b) Schaffung weiterer Geschäftsführungsorgane	43
c) Untersuchung	44
d) Ergebnis	46
II. Ausführungskompetenz	46
III. Vertretungskompetenz	47
1. § 287 Abs. 2 S. 1 AktG	47
2. §§ 278 Abs. 3, 112 AktG	50
3. Dispositivität?	53
4. Handlungsmaxime	54
IV. Annexkompetenzen	55
V. Ergebnis	56



*Zweiter Teil*

**Inhabilität von Geschäftsleitern bzw. Gesellschaftern einer Komplementär-Gesellschaft  
in analoger Anwendung von § 287 Abs. 3 AktG** 57

§ 3 Ratio § 287 Abs. 3 AktG .....	57
A. Normzweck .....	57
I. Darstellung der Literatur und Rechtsprechung .....	58
II. Untersuchung .....	58
1. Überwachung der Geschäftsführung .....	59
a) Erweiternde Auslegung von § 287 Abs. 3 AktG? .....	60
b) Einschränkende Auslegung von § 287 Abs. 3 AktG? .....	60
2. Vertretung der Kommanditaktionäre bzw. der Gesellschaft gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern .....	62
III. Ergebnis Normzweck .....	63
B. Systematische Auslegung .....	64
I. Unvereinbarkeit von Vorstands- und Aufsichtsmandat in der Aktiengesellschaft	65
II. Unvereinbarkeit von Vorstands- und Aufsichtsmandat in Genossenschaft, SE mit dualistischer Führungsstruktur und SCE mit dualistischer Führungsstruktur	66
III. Ergebnis systematische Auslegung .....	66
C. Gesetzgebungsgeschichte .....	67
D. Ergebnis § 287 Abs. 3 AktG .....	69
§ 4 Analoge Anwendung von § 287 Abs. 3 AktG auf Geschäftsleiter bzw. Gesellschafter einer Komplementär-Gesellschaft .....	69
A. Geschäftsleiter .....	70
I. Darstellung der Literatur und Rechtsprechung .....	70
II. Untersuchung .....	70
1. Ratio von § 287 Abs. 3 AktG übertragbar? .....	71
2. Systematische Auslegung .....	72
a) Vergleichbare Inkompatibilitätsregelungen in anderen Gesellschaften ...	73
b) Verbot der Überkreuzverflechtung (§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AktG) .....	73
c) Verbot der gleichzeitigen Mitgliedschaft im Überwachungsorgan der Mutter- und im Geschäftsleitungsorgan der abhängigen Tochtergesell- schaft (§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AktG) .....	74
d) Kein Verbot der gleichzeitigen Mitgliedschaft im Geschäftsführungsorgan der Mutter- und im Überwachungsorgan der Tochtergesellschaft .....	75
e) Unvereinbarkeit von Aufsichtsmandat und Prokura/Generalhandlungs- vollmacht (§§ 278 Abs. 3, 105 Abs. 1 AktG) .....	75
f) Zulässigkeit der vorübergehenden Übernahme eines Vorstandsmandats durch Mitglieder des Aufsichtsrats in Gesellschaften mit dualistischer Führungsstruktur .....	76
g) Verbot der Doppelvertretung (§ 181 2. Alt. BGB) .....	76

h) Kredite der KGaA an Geschäftsleiter einer Komplementär-Gesellschaft .	77
i) Sonstige Rechtsgeschäfte zwischen der KGaA und Geschäftsleitern einer Komplementär-Gesellschaft . . . . .	77
j) Anmeldungen zum Handelsregister . . . . .	77
k) Ergebnis systematische Auslegung . . . . .	78
3. Gesetzgebungsgeschichte . . . . .	78
III. Ergebnis § 287 Abs. 3 AktG analog (Geschäftsleiter) . . . . .	78
B. Gesellschafter . . . . .	79
I. Darstellung der Literatur und Rechtsprechung . . . . .	79
II. Untersuchung . . . . .	82
1. Ratio von § 287 Abs. 3 AktG übertragbar? . . . . .	83
a) Erster Normzweck . . . . .	83
aa) Einfluss auf Geschäftsführung . . . . .	83
(1) Relevanz des Kriteriums . . . . .	83
(2) Aktive Einflussnahmemöglichkeit („maßgeblich“) . . . . .	85
(a) Aktiengesellschaft . . . . .	85
(b) GmbH . . . . .	86
(c) Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft . . . . .	87
(d) Relevante weitere Komplementär-Gesellschaften . . . . .	88
(e) Zwischenergebnis . . . . .	91
(3) Passive Einflussnahmemöglichkeit („mehr als nur unmaßgeblich“) . . . . .	93
(4) Beteiligungsquote und -wert variabel . . . . .	93
(5) Zwischenergebnis . . . . .	94
bb) Vergleich typische/atypische KGaA . . . . .	96
cc) Sonderrecht? . . . . .	96
dd) Zwischenergebnis . . . . .	99
b) Zweiter Normzweck . . . . .	100
aa) Sphäre („Machtbalance“) . . . . .	100
bb) Arbeitnehmervertreter . . . . .	101
cc) Vertretungszuständigkeiten des Aufsichtsrats . . . . .	102
dd) Zwischenergebnis . . . . .	105
c) Ergebnis Übertragbarkeit Ratio § 287 Abs. 3 AktG (Gesellschafter) . . . . .	105
2. Systematische Auslegung . . . . .	106
a) Trennungsprinzip . . . . .	106
b) Wertung Konzernrecht . . . . .	108
c) Wertung § 112 AktG . . . . .	109
d) Wertung § 114 AktG . . . . .	110
e) Wertung § 284 AktG . . . . .	110

f) Wertungen gesetzlich normierter Grenzwerte .....	112
aa) §§ 285 Nr. 11, 289 Abs. 4 Nr. 3 HGB .....	112
bb) § 319 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1 HGB .....	113
cc) § 39 Abs. 5 InsO .....	115
dd) § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO .....	115
ee) Ziffer 5.4.1 DCGK .....	117
ff) § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 KWG .....	117
gg) § 21 Abs. 1 S. 1 WpHG .....	118
hh) Zwischenergebnis .....	118
g) Systeme Stellung von § 287 Abs. 3 AktG .....	119
h) Satzungsgestaltungen .....	119
i) Vergleich mit der Aufsichtsratsbesetzung in der Aktiengesellschaft ....	121
j) Vergleich mit der Aufsichtsratsbesetzung in der AG & Co. KG .....	123
k) Vergleich mit monistischem System .....	123
l) Offenlegung oder Stimmverbot als mildere Mittel? .....	123
m) Folgen eines fehlerhaft besetzen Aufsichtsrats .....	125
n) Ergebnis systematische Auslegung .....	126
3. Gesetzgebungsgeschichte .....	126
III. Ergebnis § 287 Abs. 3 analog (Gesellschafter) .....	128

### *Dritter Teil*

#### **Stimm ausübungsverbot von Geschäftsleitern bzw. Gesellschaftern einer Komplementär-Gesellschaft in analoger Anwendung von § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG**

<b>131</b>	
§ 5 Ratio § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG .....	132
A. Normzweck .....	132
I. Darstellung der Literatur und Rechtsprechung .....	132
II. Untersuchung .....	132
1. Funktion des Stimm ausübungsverbots des § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG ...	133
a) Sicherung der Kontrollfunktion .....	134
b) Sicherung der Vertretungsfunktion .....	134
c) Ergebnis .....	135
2. Suspendierung etwaiger Entsendungsrechte .....	135
3. Schutz vor Umgehungen .....	136
4. Ausnahme .....	136
5. Folgen eines Verstoßes .....	137
III. Ergebnis Ratio § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG .....	137

B. Systematische Auslegung	137
I. Aufsichtsratswahl in anderen Gesellschaftsrechtsformen	138
1. Aufsichtsratswahl in der Aktiengesellschaft/SE	138
2. Aufsichtsratswahl in der Genossenschaft/SCE	139
3. Ergebnis	139
II. Allgemeine Stimmausübungsverbote	139
1. Aktienrechtliche Stimmrechtsbeschränkungen	140
2. Personengesellschaftsrechtliche Stimmrechtsbeschränkungen	141
3. Ergebnis	142
III. Stimmausübungsverbot bei der Aufsichtsratswahl wechselseitig beteiligter Unternehmen	142
IV. Stimmausübungsverbot bei der Beschlussfassung über die Bestellung von Sonderprüfern	143
V. Ergebnis systematische Auslegung	143
C. Gesetzgebungsgeschichte	144
D. Ergebnis § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG	147
§ 6 Analoge Anwendung von § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG auf Geschäftsleiter bzw. Gesellschafter einer Komplementär-Gesellschaft	148
A. Geschäftsleiter	148
I. Darstellung der Literatur	148
II. Untersuchung	149
1. Ratio § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG übertragbar?	149
2. Systematische Auslegung	149
3. Gesetzgebungsgeschichte	150
III. Ergebnis § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG analog (Geschäftsleiter)	151
B. Gesellschafter	151
I. Darstellung von Literatur und Rechtsprechung	151
II. Untersuchung	153
1. Ratio von § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG übertragbar	153
2. Systematische Auslegung	154
3. Gesetzgebungsgeschichte	157
III. Ergebnis § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG analog (Gesellschafter)	159

*Vierter Teil*

<b>Gesamtergebnis und Thesen</b>	161
<b>Literaturverzeichnis</b>	165
<b>Sachwortregister</b>	178

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft ( <i>Zeitschrift</i> )
AktG	Aktiengesetz
AktR	Aktienrecht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ArbR	Arbeitsrecht
arg. ex	argumentum ex
Art.	Artikel
BB	Betriebsberater ( <i>Zeitschrift</i> )
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BilR	Bilanzrecht
BörsZulV	Börsenzulassungsverordnung
BR-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
bzgl.	bezüglich
Cie.	Compagnie
Co.	Compagnie
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb ( <i>Zeitschrift</i> )
DBW	Die Betriebswirtschaft ( <i>Zeitschrift</i> )
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DR	Deutsches Recht ( <i>Zeitschrift</i> )
DStR	Deutsches Steuerrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
DSZ	Deutsche Steuer-Zeitung ( <i>Zeitschrift</i> )
-E	Entwurf

eG	eingetragene Genossenschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende/folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz)
GesR	Gesellschaftsrecht
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau ( <i>Zeitschrift</i> )
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
HandelsR	Handelsrecht
Hb.	Halbband/Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Heidelberger Kommentar
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
INF	Die Information über Steuer und Wirtschaft ( <i>Zeitschrift</i> )
InsO	Insolvenzordnung
iur.	iuris
i. V.m.	in Verbindung mit
Jura	Juristische Ausbildung ( <i>Zeitschrift</i> )
JuS	Juristische Schulung ( <i>Zeitschrift</i> )
JZ	JuristenZeitung ( <i>Zeitschrift</i> )
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK	Kölner Kommentar
KMRK	Kapitalmarktrechts-Kommentar
KonzernR	Konzernrecht
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
Ls.	Leitsatz
MAH	Münchener Anwalts Handbuch
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern ( <i>Zeitschrift</i> )
MK	Münchener Kommentar

NJW	Neue Juristische Wochenschrift ( <i>Zeitschrift</i> )
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report ( <i>Zeitschrift</i> )
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung ( <i>Zeitschrift</i> )
o.g.	oben genannten
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Satz/Seite
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SCEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE) (SCE-Ausführungsgesetz)
SCE-VO	Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE)
SE	Societas Europaea
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz)
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
StB	Der Steuerberater ( <i>Zeitschrift</i> )
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	und andere/unter anderem
UG (haftungsbeschränkt)	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
Univ.	Universität
vgl.	vergleiche
VGR	Schriftenreihe der Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
WEG	Wohnungseigentumsgemeinschaft
WiB	Wirtschaftliche Beratung ( <i>Zeitschrift</i> )
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WuB	Kommentierte Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
z.B.	zum Beispiel
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis ( <i>Zeitschrift</i> )
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )

## Erster Teil

# Einführung

## § 1 Ziel des Vorhabens und Gang der Untersuchung

„Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.“ So lautet § 111 Abs. 1 AktG. Damit ist eine wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft auf den Punkt gebracht: die Kontrolle des Vorstands. Aus diesem Grund ist die Mitgliedschaft in beiden Organen auch inkompatibel (§ 105 Abs. 1 AktG).

Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien (im Folgenden: KGaA) stellt sich die Rechtslage auf den ersten Blick nicht anders dar. Auch hier kontrolliert der Aufsichtsrat die Geschäftsführung (§ 278 Abs. 3 AktG i.V.m. § 111 Abs. 1 AktG). Die Geschäftsführung liegt in der KGaA allerdings nicht beim Vorstand, sondern gemäß § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 114 Abs. 1, 164 S. 1 Hs. 1 HGB bei den persönlich haftenden Gesellschaftern. Daher erstaunt es nicht, dass es persönlich haftenden Gesellschaftern ebenso wie Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft untersagt ist, dem Aufsichtsrat anzugehören (§ 287 Abs. 3 AktG).<sup>1</sup>

Im Unterschied zur Aktiengesellschaft muss das Geschäftsleitungsorgan der KGaA aber nicht notwendigerweise mit natürlichen Personen besetzt sein.<sup>2</sup> Als

---

<sup>1</sup> *Sethe*, AG 1996, 289, 293, spricht mit Blick auf die Kontrollfunktion von einem „Gleichlauf des Schutzes“ von Aktionären und Kommanditaktionären.

<sup>2</sup> Dies ist seit BGH, Beschluss vom 24.2.1997 – II ZB 11/96, BGHZ 134, 392 = NJW 1997, 1923 = ZIP 1997, 1027, anerkannt und ergibt sich nunmehr auch aus § 279 Abs. 2 AktG: „Wenn in der Gesellschaft keine natürliche Person persönlich haftet, muss die Firma (...) eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet.“ § 279 Abs. 2 AktG wurde im Nachgang zur genannten BGH-Entscheidung durch Art. 8 des Handelsrechtsreformgesetzes vom 22.6.1998 (BGBl. I S. 1474, 1479) mit Wirkung zum 1.1.1999 entsprechend angepasst.

Bereits mit Wirkung zum 1.4.1998 wurde § 18 Nr. 3 BörsZulV durch Art. 25 des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes vom 24.3.1998 (BGBl. I S. 529, 575) dergestalt neu gefasst, dass Emittenten in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in Prospekten auch über die Struktur ihres persönlich haftenden Gesellschafters informieren mussten. Ausweislich der Regierungsbegründung (BR-Drs. 605/97, S. 154) handelte es sich zwar bei der Neuregelung um keine Entscheidung über die aktienrechtliche Zulässigkeit einer KGaA ohne natürlicher Person als persönlich haftender Gesellschafter. Dennoch wurde insoweit erstmals deutlich, dass der Gesetzgeber einer atypischen Struktur jedenfalls nicht ablehnend gegenübersteht, zumal er ausdrücklich auf die Vorteile einer atypischen Gestaltung – Sicherung der Herrschaft bei Vermeidung einer persönlichen Haftung und nicht gewünschter steuerlicher Folgen, vgl. dazu unten S. 27 – hinweist.



persönlich haftender Gesellschafter kommt vielmehr jede grundsätzlich beteiligungsfähige Rechtsform in Betracht.<sup>3</sup> Verbreitet ist insbesondere die GmbH & Co. KGaA.<sup>4</sup>

§ 18 Nr. 3 BörsZulV wurde mit Wirkung zum 1. 7. 2005 durch Art. 4 des Prospektrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 22. 6. 2005 (BGBl. I S. 1968, 1716) unter Hinweis auf einschlägige Regelungen des Wertpapierprospektgesetzes und der Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29. 4. 2004 zur Umsetzung der Prospektrichtlinie (Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Informationen sowie das Format, die Aufnahme von Informationen mittels Verweis und die Veröffentlichung solcher Prospekte und die Verbreitung von Werbung) aufgehoben. Art. 3 i.V.m. Anhang I der besagten Verordnung sieht vor, dass im Prospekt u. a. über Sitz und Rechtsform des Emittenten (Ziffer 5.1.4) bzw. über Name und Anschrift des persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (Ziffer 14.1 [b]) zu informieren ist. Für eine Distanzierung des Gesetzgebers von der atypischen KGaA bestehen trotz der inhaltlichen Änderung der Regelung keine Anhaltspunkte.

<sup>3</sup> Im Einzelnen können mit der Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters betraut werden:

– Personengesellschaften: GbR (a.A. noch *Assmann/Sethe*, in: GK AktG, § 278 Rn. 42; *Semler/Perlitt*, in: MK AktG 2. Aufl., § 278 Rn. 36; diese ablehnende Ansicht dürfte nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit (BGH, Urteil vom 29. 1. 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = ZIP 2001, 330), der gesetzlichen Verankerung der Kommanditistenfähigkeit (§ 162 Abs. 1 S. 2 HGB; grundlegend BGH, Urteil vom 16. 7. 2001 – II ZB 23/00, BGHZ 148, 291 = NJW 2001, 3121 = ZIP 2001, 1713) und der ebenfalls mit überzeugenden Argumenten bejahten Fähigkeit, Komplementärin einer KG zu sein (LG Berlin, Beschluss vom 8. 4. 2003 – 102 T 6/03, NZG 2003, 580, 581; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 161 Rn. 3 i.V.m. § 105 Rn. 28), überholt sein; so nunmehr auch *Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 37); *Förl/Fett*, in: HK AktG, § 278 Rn. 14, weisen darauf hin, dass die GbR angesichts der intransparenten Beteiligungs- und Vertretungsverhältnisse als vertretungsberechtigte Komplementärin praktisch ungeeignet sei; OHG; KG, auch in ihrer Spielart als Kapitalgesellschaft & Co. KG; PartG; Partenreederei;

– juristische Personen: GmbH, auch UG (haftungsbeschränkt); AG; SE; eG; SCE; KGaA; Verein, auch VVaG; Stiftung; juristische Personen des öffentlichen Rechts; juristische Personen alten hamburgischen Rechts (Art. 163 EGBGB);

– Gesellschaften aus einem Mitgliedsstaat der EG (kritisch, aber überholt *Bürgers/Schütz*, in: Schütz/Bürgers/Riotte, KGaA, § 4 Rn. 14 f.);

– sonstige rechtsfähige Auslandsgesellschaften (vgl. dazu *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 278 Rn. 21; *Wichert*, in: Heidel, AktR, § 278 Rn. 30 weist darauf hin, dass es inzwischen bereits entsprechende, im Handelsregister eingetragene Gesellschaften gebe).

*Habel/Strieder*, MittBayNot 1998, 65, 68, sehen einen Gleichlauf zur Fähigkeit, Komplementär einer KG sein zu können.

Mangels organschaftlicher Struktur können Erbengemeinschaft, eheliche Gütergemeinschaft und Bruchteilsgemeinschaft nicht Gesellschafter einer KGaA werden (*Bürgers/Schütz*, in: Schütz/Bürgers/Riotte, KGaA, § 4 Rn. 12). Eine stille Beteiligung am Handelsgewerbe der KGaA ist zwar möglich, macht den stillen Gesellschafter aber nicht zum Mitglied der KGaA (*Bachmann*, in: Spindler/Stilz, AktG § 278 Rn. 16). Ebenfalls ausscheiden die EWIV (Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung) und – trotz Rechtsfähigkeit – die WEG (*K. Schmidt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 278 Rn. 26; *Perlitt*, in: MK AktG, § 278 Rn. 38; *Wichert*, in: Heidel, AktR, § 278 AktG Rn. 30).

<sup>4</sup> Auch eine KGaA mit einer GmbH & Co. KG als persönlich haftender Gesellschafterin firmiert als GmbH & Co. KGaA (*Kölling*, Gestaltungsspielräume, S. 58).

Nach dem Gesagten fällt die GmbH wie auch jede andere Komplementär-Gesellschaft<sup>5</sup> als Aufsichtsratsmitglied der KGaA aus.<sup>6</sup> Gilt dies aber auch für die Mitglieder ihres Geschäftsführungsorgans (im Folgenden in Anlehnung an § 1 Abs. 2 KWG rechtsformübergreifend auch als Geschäftsleiter bezeichnet) bzw. für ihre Anteilseigner, findet also auf diesen Personenkreis die Inkompatibilitätsregelung des § 287 Abs. 3 AktG entsprechende Anwendung? Dem soll im Folgenden unter Berücksichtigung der weiteren Aufgaben des Aufsichtsrats einer KGaA<sup>7</sup> ebenso nachgegangen werden wie der Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen das vom Gesetzgeber für persönlich haftende Gesellschafter einer KGaA vorgesehene Verbot, bei der Wahl und Abberufung des Aufsichtsrats mitzustimmen (§ 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG), in einer atypischen KGaA<sup>8</sup> auf Geschäftsleiter bzw. Anteilseigner einer Komplementär-Gesellschaft durchgreift.

---

<sup>5</sup> In Anlehnung an die Terminologie in der Kommanditgesellschaft wird eine die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters inne habende Gesellschaft vielfach als Komplementär-Gesellschaft bezeichnet.

<sup>6</sup> Überdies können gem. § 278 Abs. 3 AktG i.V.m. § 100 Abs. 1 AktG nur natürliche Personen Mitglied des Aufsichtsrats werden.

<sup>7</sup> Der Aufsichtsrat ist insbesondere umfassend in die Wahrnehmung der Interessen der Kommanditaktionäre eingebunden: er führt die Beschlüsse der Kommanditaktionäre aus (§ 287 Abs. 1 AktG) und ist Vertretungsorgan der Gesamtheit der Kommanditaktionäre bzw. der KGaA gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern (§ 287 Abs. 2 AktG; § 278 Abs. 3 Akt i.V.m. § 112 AktG). Im Übrigen bleiben seine Aufgaben aber hinter den Aufgaben des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zurück.

<sup>8</sup> Gemeint ist eine KGaA, bei der nicht nur eine oder mehrere natürliche Personen persönlich haften. Für diese Konstellation werden die Bezeichnungen „kapitalistische“ (BGH, Beschluss vom 24. 2. 1997 – II ZB 11/96, BGHZ 134, 392, 399 = NJW 1997, 1923, 1925 = ZIP 1997, 1027, 1029) und „atypische“ KGaA (Regierungsentwurf des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes, BR-Drs. 605/97, S. 154) verwendet. Dabei macht allein die Bezeichnung „atypische“ KGaA den hier relevanten Unterschied zur hergebrachten Form der KGaA mit einer oder mehreren natürlichen Personen als persönlich haftenden Gesellschaftern deutlich und ist daher vorzugswürdig. Demgegenüber kann die Bezeichnung „kapitalistische“ KGaA zu Missverständnissen führen, denn unter „kapitalistischen“ Gesellschaften können auch solche verstanden werden, die – unabhängig von der Person des persönlich haftenden Gesellschafters – auf eine Vielzahl kapitalanlegender Gesellschafter ausgerichtet sind oder in der die Kommanditaktionäre die entscheidende Rolle spielen (so *Beyer*, in: *Die Private AG*, S. 431, 478). Entgegen anderslautender Stimmen in der Literatur (*Heineke*, *Anlegerschutz*, S. 12) ist der Bezeichnung „atypische“ KGaA auch nicht vorzuzulassen, dass der Gesetzgeber diese Form der KGaA inzwischen explizit anerkannt und sich auch die Gestaltungspraxis von der „klassischen“ Form der KGaA zunehmend entfernt hat (vgl. dazu die Statistik bei *Kölling*, *Gestaltungsspielräume*, S. 262 sowie die Einschätzung von *Förl/Fett*, in: *HK AktG*, § 276 Rn. 13), diese also gar nicht mehr atypisch sei. Insbesondere die vorliegend zu untersuchende Problemstellung zeigt, dass der gesetzliche Normalfall weiterhin die „klassische“ KGaA mit einer oder mehreren natürlichen Personen als Komplementär ist. Nicht zuletzt stößt diese Bezeichnung dazu an, sich mit der rechtshistorischen Entwicklung der KGaA näher auseinander zu setzen. Vgl. zur Begrifflichkeit nur *Assmann/Sethe*, *GK AktG*, v § 278 Rn. 119 ff.; *Perlit*, in: *MK AktG*, § 278 Rn. 275 ff. sowie zum ganzen *Heineke*, *Anlegerschutz*, S. 11 f.

Zur Firmierung siehe die Beiträge von *Kiefer*, *Anlegerschutz*, S. 13 und *Kölling*, *Gestaltungsspielräume*, S. 57 ff.