

Rechtsanwalt Dr. Mark K. Binz und Wirtschaftsprüfer Dr. Martin H. Sorg, Stuttgart

Die KGaA mit beschränkter Haftung – quo vadis?

– Eine Bestandsaufnahme am Vorabend der BGH-Entscheidung vom 24. 2. 1997 –

I. Einleitung

Seit Anfang der achtziger Jahre haben sich zahlreiche Familienunternehmen für den Weg an die Börse entschieden. Die einen, weil ihre Gesellschafter „Kasse machen“ wollten, die anderen, um sich via Kapitalerhöhung das für Expansions- oder Akquisitionszwecke erforderliche Eigenkapital zu beschaffen – oft beides miteinander kombiniert. Da trotz verschiedener Reformansätze nach wie vor nur Aktien an deutschen Börsen gehandelt werden können¹⁾, setzt ein Börsengang die Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) voraus. Während aber rund 99% aller Börsenwerte auf die AG entfallen, fristet die KGaA seit Jahrzehnten ein Schattendasein. Wie lange noch – und woran liegt das?

Die KGaA ist bekanntlich eine Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei der mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet (persönlich haftender Gesellschafter oder Komplementär), während die übrigen Gesellschafter (Kommanditaktionäre) an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten zu haften (§ 278 AktG). Die unbeschränkte Haftung des Komplementärs hat sich in der Vergangenheit als entscheidendes Handicap erwiesen. Wer will schon für die Verbindlichkeiten eines Unternehmens in börsenfähiger Größe mit seinem Privatvermögen persönlich haften, und das in einer Zeit, in der sich Insolvenzen häufen und die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und konjunkturellen Risiken für das einzelne Unternehmen kaum noch kalkulieren, geschweige denn von diesem beeinflussen lassen? Während wir heute rd. 400 000 GmbH's, 100 000 GmbH & Co.'s und 2500 Aktiengesellschaften zählen, gibt es aus diesem Grunde gerade einmal 50 KGaA's! Also eine quantité négligeable?

In den letzten Jahren wird von interessierten Kreisen allerdings für eine ganz spezielle Erscheinungsform der KGaA verstärkt die „Werbetrommel“ gerührt, bei der keine natürliche Person, sondern eine Gesellschaft die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters übernimmt. Mit einer GmbH oder GmbH & Co. KG als Komplementär – man spricht dann von einer GmbH & Co. KGaA oder einer KGaA mit beschränkter Haftung²⁾ – ist das Haftungs-Handicap beseitigt. Denn dann haftet zwar die betreffende Komplementär-Gesellschaft für die Verbindlichkeiten des Unternehmens unbeschränkt mit ihrem Vermögen, aber letztlich keine natürliche Person. Die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Gestaltung ist allerdings umstritten. Das OLG Hamburg hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1968³⁾ die Komplementär-Fähigkeit auch nicht-natürlicher Personen bejaht und damit der EUROKAI KGaA zur Entstehung verholfen, die seit 1986 mit stimmrechtslosen Vorzugsaktien an der Hamburger Börse notiert ist. Inzwischen sind die Lindner Holding KGaA (1991), die Merck KGaA und die eff-eff Fritz Fuss GmbH & Co. KGaA (beide 1995) – alle mit Stammaktien – diesem Beispiel gefolgt⁴⁾. Darüber hinaus stehen auf der „Warteliste“ u.a. die Börsenaspirenten Nolte, Claas und Willy Bogner, jeweils „reinnassige“ GmbH & Co. KGaA's.

Die Zulässigkeitsfrage soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Zum einen sind die Argumente vielfältig ausgetauscht worden, zuletzt in den kontroversen Beiträgen von Priester⁵⁾, der die Zulässigkeit bejaht, und Karsten Schmidt⁶⁾, der mit uns⁷⁾ und der wohl immer noch herrschenden Meinung⁸⁾ die gegenteilige Auffassung vertritt. Zum anderen wird am 24. Februar dieses Jahres ohnehin der BGH über den Vorlagebeschluss des OLG Karlsruhe vom 29. 7. 1996⁹⁾ entscheiden, mit dem dieses sich in Widerspruch zu der eingangs zitierten Entscheidung des Hanseati-

schen Oberlandesgerichts aus dem Jahre 1968 gesetzt hat. Dieser Beitrag möchte vielmehr die Gründe analysieren, die letztlich zur Entstehung der GmbH & Co. KGaA geführt haben. Ferner soll die Eignung dieses Kunstgebildes für einen Börsengang untersucht werden, und zwar nicht nur aus der Warte der Altgesellschafter, die regelmäßig auch nach der Börseneinführung das Sagen behalten wollen, sondern auch aus der Sicht der übrigen Betroffenen.

II. Vorbehalte gegenüber der Aktiengesellschaft

1. Zusammenhang zwischen Rechtsform und Börseneinführung

Nahezu alle „modernen“ Familienunternehmen, die nicht börsennotiert sind, werden heute als GmbH oder GmbH & Co. geführt. Beide Rechtsformen haben spezifische Vor- und Nachteile, wobei je nach Gesetzeslage und den Umständen des Einzelfalls eine Rechtsform die günstigere ist¹⁰⁾. Derzeit hat insbesondere wegen der Tarifbegrenzung für gewerbliche Einkünfte auf 47% (geplant ab 1999: 35%) und der günstigeren Bemessungsgrundlage bei der Erbschaftsteuer (Einheitswert statt gemeiner Wert) die GmbH & Co. die Nase vorn.

Die Aktiengesellschaft ist demgegenüber in erster Linie auf die Bedürfnisse einer Publikumsgesellschaft mit großem, meist anonymem Gesellschafterkreis zugeschnitten. Wenn die Mehrzahl an sich kapitalmarktreifer Familienunternehmen einer Börseneinführung immer noch mehr oder weniger ablehnend oder zumindest reserviert gegenübersteht, so liegt dies denn auch – dies zeigen empirische Untersuchungen ebenso wie unsere eigenen Erfahrungen – meist an tief wurzelnden Vorbehalten gegenüber der Rechtsform der AG, die von Vorurteilen überlagert werden. Die Kosten für die Umwandlung und Börseneinführung sowie der höhere laufende Verwaltungsaufwand (für Hauptversammlung, Notar, Pflichtveröffentlichungen etc.) schrecken ebenso wie die Sorge um eine mögliche Überfremdung und der damit einhergehende Verlust der unternehmerischen Führung.

Dagegen hat das Publizitäts-Argument spätestens seit der Gleichstellung der sog. großen GmbH mit der AG durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz (1985) entscheidend an Gewicht verloren. Publizitätsprivilegien genießt von den in Frage kommenden Rechtsformen zur Stunde nur noch die GmbH & Co., nachdem der deutsche Gesetzgeber mit der Umsetzung der von der EG nachträglich beschlossenen Einbeziehung der GmbH & Co. in die Bilanzrichtlinie¹¹⁾ seit Jahren in Verzug ist. Aber auch inso-

¹⁾ Das gilt auch für den „Neuen Markt“, der im 1. Quartal 1997 für international orientierte Wachstumsunternehmen eingeführt werden soll.

²⁾ Plakativ aber irreführend: „Unternehmer-AG“ (*Hartel*, Die Unternehmer-AG, 1996).

³⁾ NJW 1969 S. 1030.

⁴⁾ Bei Lindner und Merck sind allerdings neben der Komplementär-GmbH bzw. -OHG auch natürliche Personen als weitere Komplementäre beteiligt.

⁵⁾ ZHR 1996 S. 250 ff.

⁶⁾ ZHR 1996 S. 265 ff.

⁷⁾ BB 1988 S. 2041; zuletzt ZHR 1994 S. 412 ff. sowie EWIR 1997 S. 57 f.

⁸⁾ A. A. *Hartel* (Fn. 2). Seines Erachtens habe sich die ihm erkennbar ungeliebte Gegenansicht nur deshalb so lange behaupten können, weil „eine einmal aufgestellte Meinung von den anderen Kommentatoren abgeschrieben wurde“ (a.a.O., S. 76).

⁹⁾ DB 1996 S. 1767 = BB 1996 S. 1793. Hierzu *Setha*, ZIP 1996 S. 2053; *Binz*, EWIR 1997 S. 57 f.

¹⁰⁾ Hierzu im einzelnen *Binz*, Die GmbH & Co., 8. Aufl., § 24

¹¹⁾ EG-Richtlinien vom 8. 11. 1990 (IDW-FN 1990, S. 381); vgl. *Binz*, Die GmbH & Co., § 17 Rdn. 12.

weit sind die Tage gezählt, nachdem Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof wegen der unzureichenden Sanktion bei Verstößen gegen die Offenlegungspflichten verklagt worden ist¹²⁾ und die Bundesregierung wiederholt erklärt hat, den entsprechenden Gesetzesentwurf demnächst vorlegen zu wollen¹³⁾.

2. Nachteile der AG

Die entscheidenden Vorbehalte eines „typischen“ Inhaber-Unternehmers gegenüber der börsennotierten Aktiengesellschaft reduzieren sich letztlich auf drei Aspekte: auf den mit der Börseneinführung zwangsläufig verbundenen Einfluß der Fremdktionäre nebst Informationspflichten, auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und auf die höhere Substanzsteuerbelastung.

a) Einfluß der Fremdktionäre, Informationspflichten

Im Zuge einer Börseneinführung treten zwangsläufig familienfremde Personen in den Gesellschafterkreis ein. Hierdurch werden zunächst die Mehrheitsverhältnisse auf der Gesellschafterebene berührt, wobei zwei Schwellenwerte von Bedeutung sind, nämlich die einfache Mehrheit und die qualifizierte Mehrheit (75%).

Wegen der niedrigen Präsenz bei Hauptversammlungen – erfahrungsgemäß sind weniger als die Hälfte der Fremdktionäre anwesend oder vertreten – verfügen die Altaktionäre de facto auch dann noch über die qualifizierte Mehrheit, wenn die Hälfte des Grundkapitals über die Börse plaziert worden ist. Mit Hilfe stimmrechtsloser Vorzugsaktien können die Altaktionäre ihre Beteiligungsquote sogar auf 25% absenken, ohne die qualifizierte Mehrheit einbüßen zu müssen. Derartige Rechenbeispiele haben allerdings zwei Schönheitsfehler. Zum einen ist die zugrunde gelegte Präsenz von weniger als 50% ein Durchschnittswert, der je nach Zusammensetzung des Aktionärskreises und Bedeutung der Tagesordnung auch höher sein kann. Zum anderen sind auch Vorzugsaktien stimmberechtigt, wenn die Vorzugsdividende – wie z. B. bei Porsche – in zwei aufeinanderfolgenden Jahren nicht vollständig bezahlt worden ist (vgl. § 140 Abs. 2 AktG).

Viele Familienunternehmer fürchten zudem weniger die Veränderung der Mehrheitsverhältnisse als die mit einer börsennotierten Gesellschaft verbundenen Informationspflichten. Mit der bekannt laxen Handhabung der gesetzlichen Offenlegungspflichten bei den meisten Kapitalgesellschaften ist es vorbei, wenn die Börsenanalysten jährlich eine Bilanzpressekonferenz erwarten. Hinzu kommen die Pflichtveröffentlichungen nach dem Kapitalmarktrecht, insbesondere (beim amtlichen Handel) der Halbjahresbericht und die Ad-hoc-Publizität. Schließlich muß einmal im Jahr eine Hauptversammlung abgehalten werden, bei der den Aktionären ein weitreichendes, mindestens als lästig einzustufendes Fragerecht zusteht.

b) Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

Hinsichtlich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat werden alle Kapitalgesellschaften gleichbehandelt. Hiernach muß der Aufsichtsrat bei mindestens 500 Arbeitnehmern zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmern bestehen (drittelparitätische Mitbestimmung), bei mehr als 2000 Arbeitnehmern zur Hälfte (paritätische Mitbestimmung)¹⁴⁾. Bei einer GmbH & Co., die nicht mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt, gibt es demgegenüber keine Mitbestimmung. Werden mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt, unterliegt auch die GmbH & Co. der paritätischen Mitbestimmung, sofern „die Mehrheit der Kommanditisten dieser Kommanditgesellschaft, berechnet nach der Mehrheit der Anteile oder der Stimmen, die Mehrheit der Anteile oder der Stimmen in dem Unternehmen des persönlich haftenden Gesellschafters“ innehat (§ 4 MitbestG). Diese Beteiligungsidentität läßt sich in der Praxis aber leicht vermeiden

bzw. umgehen¹⁵⁾, weshalb es in Deutschland nach Mitteilung des Bundesarbeitsministeriums nur (noch) eine einzige mitbestimmte GmbH & Co. gibt, nämlich den Otto-Versand in Hamburg.

Die Vor- und Nachteile der Mitbestimmung durch Arbeitnehmer sind eine Glaubensfrage, die seit den Diskussionen anläßlich des im Jahre 1976 in Kraft getretenen Mitbestimmungsgesetzes die Unternehmer bewegt. In der Praxis hat sich jedenfalls die drittelparitätische Mitbestimmung als weniger problematisch erwiesen als die betriebliche Mitbestimmung durch Betriebsrat und Wirtschaftsausschuß nach dem Betriebsverfassungsgesetz. Anders verhält es sich mit der paritätischen Mitbestimmung¹⁶⁾. Die aufgrund des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden im zweiten Wahlgang auch hier garantierte Stimmenmehrheit der Anteilseignervertreter ist gerade bei Großunternehmen vielfach nur mühsam durchzusetzen und schon dann in Gefahr, wenn ein Anteilseignervertreter verhindert ist oder sich der Stimme enthält. Schwerer wiegt jedoch die Tatsache, daß die „Arbeitnehmerbank“ nicht nur aus Arbeitnehmern des Unternehmens besteht, sondern auch – je nach Größe des Aufsichtsrats – aus zwei bis drei Gewerkschaftsvertretern. Gerade in einer Zeit, in der sich die Gewerkschaften immer mehr von den wirklichen Arbeitnehmerinteressen entfernen, fürchten viele Unternehmer die Vorstellung, daß ihrem Aufsichtsrat eines Tages ideologisch geprägte und bestens geschulte Gewerkschaftsvertreter angehören, wie der Teufel das Weihwasser.

c) Höhere Substanzsteuerbelastung

Während Anteile an einer Personengesellschaft für steuerliche Zwecke mit dem anteiligen, regelmäßig niedrigen Einheitswert bewertet werden (§ 19 BewG) und für die Bewertung von Anteilen an nicht notierten Kapitalgesellschaften das Stuttgarter Verfahren gilt (§ 11 Abs. 2 BewG), das namentlich bei ertragsstarken Unternehmen zu erheblichen Steuervorteilen führt, bildet bei börsennotierten Anteilen der Börsenkurs die Bemessungsgrundlage für die Erbschaft- und Schenkungsteuer (§ 11 Abs. 1 BewG). Der Börsenkurs liegt aber gerade bei ertragsstarken Unternehmen oft um ein Vielfaches höher als der Einheitswert (Personengesellschaften) bzw. der Wert nach dem Stuttgarter Verfahren¹⁷⁾. Bei den von uns betreuten Neuemissionen sind wir bereits auf Relationen von 1 zu 10 und mehr gestoßen¹⁸⁾.

Daher gilt der altbewährte strenge Grundsatz: Erst schenken (im Wege der vorweggenommenen Erbfolge), dann umwandeln und erst dann an die Börse gehen. Bei dieser Vorgehensweise hat man im Regelfalle für mindestens zehn oder zwanzig Jahre aus erbschaftsteuerlicher Sicht „den Rücken“ frei. Anders verhielt es sich mit der Vermögensteuer, die aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. 6. 1995¹⁹⁾ seit dem 1. 1. 1997 nicht mehr erhoben werden darf. Der höheren Vermögensteuer konnte sich nämlich niemand entziehen. Das war

¹²⁾ Zum Standpunkt der Bundesregierung vgl. Schreiben des Bundesjustizministeriums vom 31. 7. 1995 (FN-IDW 1995 S. 370).

¹³⁾ Der Gesetzesentwurf sollte nach Aussage des Parlamentarischen Staatssekretärs beim Bundesjustizministerium *Rainer Funke* zunächst noch im Laufe des Jahres 1995 vorgelegt werden (vgl. DB 1995 S. 1878). Seither hüllt sich die Bundesregierung in Schweigen.

¹⁴⁾ Bei Kapitalgesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern besteht insoweit ein Unterschied, als eine vor dem 10. 8. 1994 ins Handelsregister eingetragene AG (oder KGaA) nur mitbestimmungsfrei ist, wenn es sich um eine sog. Familiengesellschaft handelt (vgl. § 76 Abs. 6 BetrVG).

¹⁵⁾ Vgl. *Binz*, Die GmbH & Co., § 16 Rdn. 18 ff.

¹⁶⁾ Vgl. hierzu die empirische Untersuchung in *Albach* u.a., *Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell*, 1988, S. 104.

¹⁷⁾ Zur unterschiedlichen Behandlung als Empfänger einer Schenkung vgl. *Hartmann*, DB 1996 S. 2250.

¹⁸⁾ Vgl. *Binz/Sorg*, BB 1987 S. 1996 ff.

¹⁹⁾ BStBl. II 1995 S. 655 = DB 1995 S. 1740.

umso ärgerlicher, als nicht nur die Aktionäre 0,5% Vermögensteuer auf den Börsenkurs der Aktie zahlten, sondern auch das Vermögen der Gesellschaft selbst, bewertet zum Einheitswert, mit einem Steuersatz von 0,6% der Vermögensteuer unterlag (Stichwort: vermögenssteuerliche Doppelbelastung). Sind – wie oft – nur Vorzugsaktien emittiert, hatte der Fiskus zur Ermittlung des Vermögensteuerwertes der von der Familie zurückbehaltenen Stammaktien sogar noch einen Zuschlag von rd. 20% gefordert²⁰⁾!

3. „Kleine AG“ als Alternative?

Seit den achtziger Jahren war in den politischen Gremien darüber nachgedacht worden, wie die als prohibitiv angesehenen gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Zutrittsschranken für mittelständische Unternehmen abgebaut werden könnten. So hat das im Dezember 1986 verabschiedete Börsenzulassungsgesetz²¹⁾ mit dem sog. geregelten Markt ein zusätzliches Börsensegment mit erleichterten Zulassungsvoraussetzungen für kleine und mittlere Unternehmen geschaffen. Unabhängig davon hatte der DIHT für die Einführung einer sog. kleinen AG mit vereinfachten Gründungsvorschriften, flexiblerer Ausgestaltung der Mitgliedschaftsrechte und ohne obligatorischen Aufsichtsrat plädiert²²⁾.

Allerdings hat hier nur der Berg gekreißt; geboren wurde ein bescheidenes Mäuslein. So brachte das am 10. 8. 1994 in Kraft getretene „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts“²³⁾ nur marginale Fortschritte. Von der wirtschaftlich bedeutendsten Änderung, der Einführung der „5 Mark-Aktie“, hatten wir erstmals im Zuge der (von uns betreuten) Börseneinführung FIELMANN Gebrauch gemacht. Die anderen Erleichterungen, wie fehlende Beurkundungspflicht für Hauptversammlungen ohne satzungändernde Beschlüsse, die Möglichkeit zur Einladung durch eingeschriebenen Brief (statt Veröffentlichung im Bundesanzeiger) oder der Wegfall der drittelparitätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat bei Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Beschäftigten, finden auf börsennotierte Gesellschaften entweder keine Anwendung oder sind zumindest ohne praktische Bedeutung.

Der Begriff „kleine AG“ taucht – als Relikt des ursprünglichen Reformansatzes – allein in der Gesetzesüberschrift auf, jedoch nicht (mehr) im Gesetzestext. Dieser differenziert vielmehr danach, ob es sich um eine börsennotierte oder nicht börsennotierte Gesellschaft handelt. Es gibt also überhaupt keine „kleine AG“²⁴⁾! Unerfindlich bleibt daher, wieso in Veröffentlichungen immer wieder die Hoffnung genährt wird, die „kleine AG“ – ein klassischer Etikettenschwindel – werde die Bereitschaft mittelständischer Unternehmen, an die Börse zu gehen, erhöhen²⁵⁾.

III. Die KGaA mit beschränkter Haftung: Ausweg oder Irrweg?

1. Ausgangslage

Das Kunstgebilde der „GmbH & Co. KGaA“ setzt genau bei den erwähnten, von vielen Familienunternehmern als besonders störend empfundenen Nachteilen der börsennotierten Aktiengesellschaft an, nämlich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, dem Einfluß der Fremdk Aktionäre und der erhöhten Substanzsteuerbelastung. Es fragt sich allerdings, wie die – vermeintlichen – Vorteile der GmbH & Co. KGaA in diesen Bereichen gegenüber der Aktiengesellschaft aus der Sicht der übrigen Betroffenen (Anleger, Arbeitnehmer, Gewerkschaften, Banken, Gesetzgeber) zu beurteilen sind.

2. Einfluß der Fremdkaktionäre

Das gesetzliche Leitbild der KGaA wird durch die starke Stellung des mit großem unternehmerischem Freiraum ausgestatteten persönlich haftenden Gesellschafters bestimmt, dem die, von

der laufenden Geschäftsführung ausgeschlossenen, auf wenige Mitwirkungs- und Überwachungsrechte beschränkten Kommanditaktionäre als Kapitalgeber gegenüberstehen. Da der Komplementär seine Stellung aus der Satzung herleitet, hat er ein grundsätzlich unentziehbares Recht auf Geschäftsführung. Das Widerspruchsrecht der Kommanditaktionäre (Hauptversammlung) bei Geschäften, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb des Unternehmens hinausgehen, kann in der Satzung ausgeschlossen werden, was regelmäßig auch geschieht²⁶⁾.

Gemäß § 285 Abs. 1 Satz 1 AktG hat der persönlich haftende Gesellschafter in der Hauptversammlung kein Stimmrecht. Die Beschlüsse der Hauptversammlung bedürfen allerdings seiner Zustimmung, soweit sie „Angelegenheiten betreffen, für die bei einer Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist“ (§ 285 Abs. 2 Satz 1 AktG). Dieses Vetorecht kann kraft Satzung auf alle Hauptversammlungsbeschlüsse erstreckt werden²⁷⁾.

Von diesem Grundsatz des Stimmrechtsausschlusses mit Vetorecht gibt es zwei Ausnahmen. Zum einen erstreckt sich der Stimmrechtsausschluß nicht auf etwaige Aktien des persönlich haftenden Gesellschafters, sofern nicht die in § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG enumerativ aufgeführten Beschlußgegenstände betroffen sind, nämlich die Wahl, Abberufung und Entlastung des Aufsichtsrats, die Bestellung von Sonderprüfern, die Wahl des Abschlußprüfers oder die Geltendmachung von Ersatzansprüchen. Zum zweiten gilt das – gesetzliche oder satzungsmäßige – Vetorecht nicht bei Entlastung des persönlich haftenden Gesellschafters, der Bestellung von Abschluß- oder Sonderprüfern oder der Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft aus der Gründung oder der Geschäftsführung (§§ 136 Abs. 1, 285 Abs. 2 Satz 2 AktG)²⁸⁾.

3. Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

Hinsichtlich der Verpflichtung zur Bildung eines paritätisch besetzten Aufsichtsrats und dessen Zusammensetzung weist die GmbH & Co. KGaA gegenüber der AG keine Besonderheiten auf. Der Machtzuwachs des persönlich haftenden Gesellschafters im Verhältnis zum Vorstand einer AG geht jedoch mit einem entsprechenden Kompetenzverlust des Aufsichtsrats einher. Diesem fehlen insbesondere

- die Personal-Kompetenz, also das Recht, die Geschäftsführung zu bestellen und abzu berufen;
- die Zustimmungs-Kompetenz des § 111 Abs. 4 AktG, d.h. das Recht, die Vornahme bestimmter Geschäftsführungsmaßnahmen von seiner Zustimmung abhängig zu machen;
- die Bilanzfeststellungs-Kompetenz (diese steht der Hauptversammlung zu);
- die Geschäftsordnungs-Kompetenz des § 77 Abs. 2 AktG, also das Recht, für die Geschäftsführung eine Geschäftsordnung zu erlassen;
- die Kompetenz zur Bestellung eines Arbeitsdirektors gemäß § 33 Abs. 1 MitBestG.

Damit ist der Aufsichtsrat der KGaA, sofern ihm die Satzung nicht freiwillig eine stärkere Stellung einräumt, „kastriert“ und auf

²⁰⁾ Koordinierter Ländererlaß, DSIR 1990 S. 531; vgl. hierzu *Binz/Sorg*, DSIR 1994 S. 993.

²¹⁾ BGBl I 1986 S. 2478.

²²⁾ Vgl. *Hahn*, DB 1994 S. 1659.

²³⁾ BGBl. I 1994 S. 1961.

²⁴⁾ So auch *Priester*, BB 1996 S. 333 ff.; *Hoffmann-Becking*, ZIP 1995 S. 1, 12; *Hartel*, a.a.O., S. 1; *Kallmeyer*, GmbHR 1995 S. 888

²⁵⁾ So aber – offenbar pro domo – *Hahn*, a.a.O., S. 1660; vgl. auch *Seibert*, ZIP 1994 S. 247.

²⁶⁾ § 11 Abs. 2 der eff-eff-Satzung, § 13 Abs. 4 der Merck-Satzung, § 12 Abs. 4 der Lindner-Satzung.

²⁷⁾ So z. B. § 25 Abs. 1 der Merck-Satzung.

²⁸⁾ Die Auffassung von *Semler*, in: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 285 Rdn. 33, daß das Vetorecht darüber hinaus bei Beschlußfassungen gem. § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG entfallen soll, ist angesichts der Aufzählung in § 285 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht überzeugend; wie hier *Mertens*, in: *KölnKomm. z. AktG*, § 285 Rdn. 17.

bloße Informationsrechte beschränkt. Auf die Geschäftspolitik des Unternehmens kann er weder direkt noch – mangels Personalkompetenz – indirekt Einfluß nehmen. Das bedeutet, daß die an sich auch für die KGaA geltende Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht nur nach dem BetrVG 1952 (Drittelparität), sondern auch nach dem MitbestG 1976 (paritätische Mitbestimmung ab 2000 Arbeitnehmern) weitgehend ins Leere geht und genau dort entschärft ist, wo sie von vielen Familienunternehmen traditionell als besonders störend empfunden wird.

Allerdings ist im Einzelfall zu prüfen, ob zwischen der Komplementärgesellschaft und der GmbH & Co. KGaA ein Konzernverhältnis vorliegt. Das kann bei einer Komplementär-Kapitalgesellschaft der Fall sein, wenn deren Anteile ganz oder überwiegend bei einer Minderheit der Kommanditaktionäre liegt. In diesem Falle müßte die Komplementärgesellschaft gemäß § 5 MitbestG einen eigenen mitbestimmenden Aufsichtsrat bilden, ginge also im Ergebnis der vorstehend beschriebenen Mitbestimmungsvorteile verlustig²⁹⁾. Außerhalb eines Konzerntatbestandes kommt bei einer Identität zwischen der Anteils- oder Stimmenmehrheit der Gesellschafter von Komplementärgesellschaft und KGaA die analoge Anwendung von § 4 Abs. 1 MitbestG in Betracht mit der Folge, daß abweichend von § 31 Abs. 1 Satz 2 MitbestG die Personalhoheit gegenüber dem (mittelbaren) Vertretungsorgan der KGaA bei deren mitbestimmten Aufsichtsrat läge³⁰⁾.

4. Steuerliche Behandlung

a) Substanzsteuern

Die Kommanditaktionäre werden hinsichtlich ihrer Aktien bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer nicht anders behandelt als die Aktionäre einer AG: Bemessungsgrundlage ist also der Börsenkurs. Gänzlich anders – und das ist der eigentliche „Pfiff“ dieser Gestaltung – stellt sich die Situation beim persönlich haftenden Gesellschafter dar. Ihm wird der auf die Vermögenseinlage bei der KGaA anteilig entfallende Einheitswert des Betriebsvermögens als Bemessungsgrundlage für die Erbschaft- und Schenkungsteuer zugerechnet. Handelt es sich beim Komplementär um eine GmbH & Co. KG, also um eine Personengesellschaft, schlägt dieser Wert unmittelbar auf deren Gesellschafter durch. Demgegenüber wird der Anteilswert einer Komplementär-Kapitalgesellschaft nach dem sog. Stuttgarter Verfahren berechnet, ist aber regelmäßig immer noch deutlich niedriger als der entsprechende Börsenkurs der Kommanditaktien³¹⁾.

In der Konsequenz bedeutet dies: In dem Maße, in dem das finanzielle Engagement der Altgesellschafter nicht in Form von Kommanditaktien, sondern als Komplementär-Kapital ausgestaltet ist, wird die Substanzbesteuerung der Altgesellschafter vom Börsenkurs der Aktien abgekoppelt. Diesen Vorteil hat erstmals die 1991 an die Börse gegangene Lindner Holding KGaA in Anspruch genommen, bei der allerdings neben einer GmbH & Co. KG noch eine weitere natürliche Person, nämlich Dr. Lindner als Komplementär beteiligt ist. Gleiches gilt für die im Herbst 1995 an die Börse gegangene Darmstädter Merck KGaA, deren Altgesellschafter ihr Vermögen ebenfalls nicht in Kommanditaktien, sondern in Anteilen an der Komplementär-OHG investiert haben. Auch deren Substanzbesteuerung richtet sich also nicht nach dem aktuellen Kurs der Merck-Aktien, sondern nach dem (niedrigen) anteiligen Einheitswert des Betriebsvermögens.

Die Gesellschafter einer Komplementär-Personengesellschaft werden bei der Erbschaftsteuer grundsätzlich niedriger besteuert als diejenigen einer Komplementär-Kapitalgesellschaft. Allerdings ergeben sich unübersehbare Haftungsrisiken, wenn sich eine Komplementär-GmbH & Co. auf ihre Stellung als persönlich haftender Gesellschafter der KGaA beschränkt, also nicht zusätzlich ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt. Da die Haftungsbeschränkung der Kommanditisten voraussetzt,

daß die GmbH & Co. eine Personenhandelsgesellschaft ist, die Komplementärstellung als solche aber keine Kaufmannseigenschaft vermittelt³²⁾, liegt in diesem Falle in Wirklichkeit eine BGB-Gesellschaft vor mit der Folge, daß die Gesellschafter der „Schein-GmbH & Co. KG“ als Quasi-Komplementäre u. U. persönlich haften³³⁾. Ob sich hieran durch die beabsichtigte HGB-Reform etwas ändern wird, bleibt abzuwarten.

Der substanzsteuerliche Vorteil der GmbH & Co. KGaA gegenüber der AG ist umso größer, je höher der Kapitalanteil der Komplementärgesellschaft – zu Lasten des Grundkapitals – gewählt wird. Er geht ins Leere, wenn der Kapitalanteil, wie dies bei der „klassischen“ GmbH & Co. üblich ist, Null beträgt. Bis zum 31. 12. 1996 galt der beschriebene Vorteil auch bei der Vermögensteuer.

b) Ertragsteuern

Die KGaA nimmt auch ertragsteuerlich eine Zwitterstellung ein. Zwar ist sie, wie die anderen Kapitalgesellschaften auch, Körperschaftsteuerpflichtig. Der auf den persönlich haftenden Gesellschafter entfallende Gewinnanteil wird gemäß § 9 Nr. 2 KStG im Ergebnis aber der Körperschaftsteuer entzogen und gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb der Einkommensteuer unterworfen. Dem persönlich haftenden Gesellschafter wird demnach sein durch Betriebsvermögensvergleich zu ermittelnder Anteil am Ergebnis der KGaA einkommensteuerrechtlich unmittelbar zugerechnet³⁴⁾.

Ist der Komplementär eine Kapitalgesellschaft, kommt diese Zwitterstellung nicht zum Tragen. Anders verhält es sich jedoch bei einer Komplementär-Personengesellschaft, soweit an dieser natürliche Personen beteiligt sind. Diese Gesellschafter kommen in den Genuß der Tarifbegrenzung bei gewerblichen Einkünften (§ 32c EStG) mit der Folge, daß die Einkünfte aus der KGaA derzeit nur mit maximal 47% (ab 1999 nach der geplanten Steuerreform: 35%) zu versteuern sind, während für Gewinnausschüttungen bei der AG wie auch solche an die Kommanditaktionäre einer KGaA der Spitzensteuersatz von 53% (ab 1999: 39%) gilt. Die entsprechende Vergünstigung bei der Tätigkeitsvergütung des Komplementärs im Verhältnis zu den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit des Vorstandsmitglieds einer AG muß allerdings damit erkauft werden, daß diese Tätigkeitsvergütung bei der Gewerbesteuer nicht abzugsfähig ist (§ 8 Nr. 4 GewStG) – ein Nachteil, den allerdings nicht der Komplementär zu tragen hat, sondern alle Gesellschafter.

Die um 6%-Punkte (ab 1999: 4%-Punkte) niedrigere Besteuerung des Gewinnanteils (einschl. Tätigkeitsvergütung) ist sicherlich ein beachtlicher Vorteil. Er wird jedoch zum einen dadurch relativiert, daß er auf die Tätigkeitsvergütung und die Gewinnanteile des persönlich haftenden Gesellschafters aus seinem Komplementäranteil beschränkt ist, die Dividendenzahlungen auf von der selben Person gehaltene Kommanditaktien also nicht begünstigt sind. Zum anderen werden thesaurierte Gewinne bei der KGaA nur mit 45% (ab 1999: 30%) besteuert, so daß sich bei einer hohen Thesaurierungsquote sogar eine höhere Steuerlast ergeben kann.

Während Veräußerungsgewinne bei Kommanditaktionären mit einer Beteiligungsquote bis zu 25% (ab 1999: 10%) steuerfrei sind (sofern keine sog. einbringungs- oder umwandlungsgeborenen Anteile vorliegen und die 25%-Quote in den vergangenen fünf Jahren nicht überschritten wurde), unterliegt ein bei der

²⁹⁾ Vgl. *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 1 Rdn. 40; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, 2. Aufl., § 31 Rdnr. 51.

³⁰⁾ Vgl. *Hanau/Ulmer*, a.a.O., m. w. N.

³¹⁾ Vgl. hierzu *Binz/Sorg*, BB 1987 S. 1996.

³²⁾ Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 29. Aufl., § 161 Anm. 5.

³³⁾ Dazu näher: *Binz*, Die GmbH & Co., § 13 Rdnr. 9 m. w. N.; *ders.*, in: *Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH & Co. KG*, 1977, S. 28 ff.

³⁴⁾ Vgl. *L. Schmidt*, EStG, 15. Aufl., § 15 Anm. 891.

Veräußerung von Kapitalanteilen an der KGaA entstehender Veräußerungsgewinn der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer. Bei einer Komplementär-Kapitalgesellschaft kann dieser Nachteil vermieden werden, wenn nicht deren Kapitalanteil an der KGaA, sondern die Anteile an der Komplementärgesellschaft selbst veräußert werden. Demgegenüber empfiehlt sich bei einer Komplementär-Personengesellschaft – trotz der erwähnten ertragsteuerlichen Nachteile in puncto Steuersatz – die Konzentration der kapitalmäßigen Beteiligung an der KGaA auf die Kommanditaktien, da diese nicht zum Sonderbetriebsvermögen der Gesellschafter der Komplementärgesellschaft gehören³⁵⁾ und deshalb (außerhalb des Anwendungsbereichs des § 17 EStG) steuerfrei veräußert werden können.

IV. Anlegerschutzaspekte

1. Problemstellung

Auch wenn man die rechtliche Zulässigkeit der GmbH & Co. KGaA als gegeben hinnehmen wollte, stellt sich für jeden objektiv denkenden und wirtschaftlich unabhängigen Berater ebenso wie für potentielle Emissionshäuser die Frage, ob eine Gestaltung kapitalmarktfähig oder gar rechtspolitisch erwünscht ist, die erklärtermaßen das Ziel verfolgt, die uneingeschränkte Herrschaftsmacht der Altgesellschafter zu perpetuieren und damit – spiegelbildlich – die Kontrollmechanismen des Aktienrechts zu unterlaufen. Denn zu diesen gehört nun einmal in erster Linie die Möglichkeit des Aufsichtsrats, sich von einem unfähigen oder erfolglosen Vorstand, der nicht (wie bei der „echten“ KGaA) für die Folgen seiner Geschäftsführung mit seinem Vermögen einzustehen hat, zu trennen³⁶⁾.

Die rechtsformbedingten Gefahren der GmbH & Co. KGaA wurden denn auch – vermutlich zur Vermeidung einer Prospekthafung – im Börsenprospekt der Merck KGaA in einer Art und Weise herausgestellt, wie dies sonst nur aus Verkaufsprospekten sog. Verlustzuweisungs-Gesellschaften bekannt ist – ohne daß dies allerdings den Erfolg der Börseneinführung beeinträchtigt hätte! So heißt es z. B. auf Seite 7 des Prospekts unter der Überschrift „Anlageerwägungen“ wie folgt:

„Die Aktionärsrechte bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, somit auch bei dieser Gesellschaft, unterscheiden sich insbesondere wegen der persönlichen Haftung der Komplementäre z. T. wesentlich von denen einer Aktiengesellschaft. Beispielsweise (a) wird bei der Gesellschaft die Geschäftsleitung ... ohne die Beteiligung oder Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung der Gesellschaft bestellt und abberufen; (b) bedarf die Geschäftsleitung für wichtige Geschäftsentscheidungen nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats, wie es bei einer Aktiengesellschaft die Geschäftsordnung üblicherweise vorschreibt ...“

Werden aber die Aktionäre nicht auch bei der Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsaktien ihrer legitimen Mitwirkungsrechte beraubt? Dieser Einwand übersieht, daß die Ausgabe von Vorzugsaktien den Aufsichtsrat einer AG nicht seines Rechts und seiner Verpflichtung enthebt, unfähige Vorstandsmitglieder zu entlassen, und daß das (ausgeschlossene) Stimmrecht der Vorzugsaktionäre wieder auflebt, wenn die Vorzugsdividende in zwei aufeinanderfolgenden Jahren nicht bezahlt werden kann. Ferner ist die Ausgabe von Vorzugsaktien auf die Hälfte des Grundkapitals beschränkt, während die Initiatoren einer (börsennotierten) GmbH & Co. KGaA im Extremfall ihre Beteiligungsquote auf Null reduzieren könnten, ohne ihres beherrschenden Einflusses – und z. B. eines erheblichen Gewinnvorabs – via Komplementär-GmbH (& Co.) verlustig zu gehen. Schließlich erhält der Vorzugsaktionär zwar nicht zwingend, aber regelmäßig eine gegenüber dem Stammaktionär erhöhte sog. Mehrdividende (die von der zwingend vorgeschriebenen sog. Mindestdividende streng zu unterscheiden ist).

In die öffentliche Kritik ist vor allem der bereits erwähnte Börsengang der Firma eff-eff geraten³⁷⁾. Auch dort stehen u. E.

dem Aufsichtsrat keine ausreichenden Mitwirkungsrechte zu. Insbesondere ist dem Aufsichtsrat gemäß § 11 Abs. 3 der Satzung bei anstehenden Personalmaßnahmen in der geschäftsführenden Komplementär-GmbH & Co. KG, deren werblich herausgestelltes Vermögen von 20 Mio. DM ausschließlich in dem Kapitalanteil an der KGaA besteht (so daß deren Gläubigern keine einzige Mark zusätzlich haftet!), lediglich ein „Anhörungsrecht“ zugestanden worden³⁸⁾. Eine solche Lösung trägt sich kaum mit dem vor kurzem vorgelegten Regierungsentwurf für eine Aktienrechtsnovelle, mit der die Rechtsstellung des Aufsichtsrats nach den Erfahrungen bei Harpener, Metallgesellschaft, Balsam etc. gestärkt werden soll, um eine wirksamere Kontrolle des Vorstands durch den Aufsichtsrat zu erreichen. Es läßt sich voraussehen, welche fatale Folgen der erste „crash“ einer GmbH & Co. KGaA, den der Aufsichtsrat selbst bei Kenntnis der zugrundeliegenden Managementfehler konstruktionsbedingt, ja sogar: bestimmungsgemäß (!) nicht durch Neubesetzung der Leitungsorgane verhindern kann, auf die Kursnotierung und Akzeptanz anderer GmbH & Co. KGaA's hätte. Die Frage der „Kapitalmarktfähigkeit“ wäre spätestens dann – negativ – beantwortet.

2. Meinungsstand in der Literatur

In der Literatur haben sich nach unseren Beobachtungen in den letzten Jahren im wesentlichen drei Gruppen herausgebildet. Die zahlenmäßig bedeutendste Gruppe bilden die Berater³⁹⁾, die die „maximale Gestaltungsfreiheit“⁴⁰⁾ der GmbH & Co. KGaA preisen, die Zweifel an ihrer rechtlichen Zulässigkeit herunterspielen⁴¹⁾ und in ihr die „ideale Unternehmensform“ erblicken, um ohne Machtverlust den Zugang zum Kapitalmarkt zu erlangen. Da hierbei verständlicherweise nur die Interessen der Altaktionäre als – vorhandene oder potentielle – Klientel berücksichtigt werden, befaßt sich diese Gruppe nicht oder allenfalls am Rande mit dem Anlegerschutz.

Zur zweiten Gruppe gehören die Jungwissenschaftler, die in der GmbH & Co. KGaA einen reizvollen Anlaß zu dogmatischer Grundlagenforschung erblicken. Ihnen ist naturgemäß nicht daran gelegen, ihren wissenschaftlichen Fundgegenstand durch allzu kritische Würdigung der Anlegerinteressen oder durch ordnungspolitische Bedenken in Mißkredit zu bringen⁴²⁾.

³⁵⁾ BFH BStBl. 1989 S. 881 = DB 1989 S. 2203.

³⁶⁾ Deshalb greift der Einwand von Graf (Die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA, 1993, S. 76) zu kurz, im Aktienrecht fehle „ein lediglich die Interessen der Publikumsaktionäre wahrendes Kontrollorgan“ (vgl. hierzu Binz/Sorg, ZHR 1994 S. 414). Wenn Hartel auch bei der GmbH & Co. KGaA das Kapitalrisiko der Komplementärgesellschaft als „beste Absicherung gegen unternehmensfremde Entscheidungen“ bezeichnet (a.a.O., S. 116), übersieht er geflissentlich, daß bei der GmbH ein Kapital von 50 000 DM genügt und die Kommanditaktionäre keinen Anspruch auf eine angemessene Kapitalausstattung der Komplementärgesellschaft haben.

³⁷⁾ Vgl. FAZ v. 6. 11. 1995 S. 24 („Der Börsengang von eff-eff stößt auf Widerspruch“).

³⁸⁾ Bei Eurokai, Lindner und Merck wurde auf ein derartiges Anhörungsrecht von vornherein verzichtet.

³⁹⁾ Z.B. Strieder/Habel, DB 1994 S. 1557; Schürmann/Groh, BB 1995 S. 684; Claussen, GmbHR 1996 S. 73, S. 76 ff.; Niedner, FAZ vom 27.3.1996; Hartel, DB 1992 S. 2329; Hennerkes/May, BB 1988 S. 2393; Hesselmann, BB 1989 S. 2344; Hahn, a.a.O., S. 1665 („vielleicht fehlt dem mittelständischen Benutzer einer KGaA nur eine Gebrauchsanweisung? Die vielfältigen Plädoyers und Aufsätze für die GmbH & Co. KGaA ... werden sicherlich zu einer Ermunterung der Praxis und ihrer Berater beitragen“).

⁴⁰⁾ So Hartel, Fn. 2, S. 78.

⁴¹⁾ Vgl. nur Hartel, a.a.O., S. 77: „Die Risiken liegen schlicht in der Neuheit. Gegenüber den Chancen kann man sie vernachlässigen.“, S. 79: „Für die ganz Vorsichtigen muß klar darauf hingewiesen werden, daß gerichtliche Eintragungen der GmbH & Co. KGaA erfolgen.“

⁴²⁾ Z.B. Graf, a.a.O. (im Beipackzettel des Verlags heißt es u.a. wie folgt: „Dem Verfasser geht es darum, Kapitalgesellschaften den Zugang zur Komplementärstellung in der KGaA zu öffnen und damit diese zu einem breiter einsetzbaren Instrument im Wirtschaftsleben zu machen“); ähnlich Sathe, der in AG 1996 S. 289 und ZIP 1996 S. 2053 seine Dissertation (Die kapitalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, 1996), verteidigt.

Die dritte Gruppe der arrivierten Gesellschaftsrechtler hat sich lange Zeit zurückgehalten, obwohl sie die Stützen der früher ganz herrschenden Meinung für die Unzulässigkeit der GmbH & Co. KGaA gebildet haben. Eindrucksvollstes Beispiel ist *Karsten Schmidt*, der sich in dieser Frage seit dem Erscheinen der zweiten Auflage seines Standardwerks „Gesellschaftsrecht“ erst jetzt unter Beibehaltung seiner ablehnenden Auffassung öffentlich zu Wort gemeldet hat⁴³⁾. Ein Meinungswechsel besonderer Art ist bei *Hans-Joachim Mertens* zu verzeichnen, der im Kölner Kommentar zum Aktiengesetz nicht-natürlichen Personen als Komplementär einer KGaA das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung abgesprochen hat⁴⁴⁾. In einem persönlichen Schreiben an das für die Eintragung der Firma Willy Bogner zuständige Registergericht in München vom 18. 8. 1993 hat er auf Veranlassung des Bogner-Anwalts wissen lassen,

„daß ich an dieser Auffassung nicht festhalten werde, sondern (in der 2. Auflage des Kölner Kommentars) in Übereinstimmung mit einer mittlerweile festen Praxis . . . die Ansicht vertreten werde, daß GmbH und GmbH & Co. vollwertige – und somit auch alleinige – Komplementäre von KGaA sein können“⁴⁵⁾.

3. Stellungnahme der Betroffenen

Angesichts der starken Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters einer börsennotierten KGaA gegenüber den Anlegern und Arbeitnehmervertretern in einem entmachteten Aufsichtsrat wäre eigentlich zu erwarten gewesen, daß sich deren Interessenvertretungen vehement gegen die Verbreitung der GmbH & Co. KGaA zur Wehr gesetzt hätten. Entsprechendes gilt für die Banken und den Gesetzgeber, die sich bei jeder Gelegenheit für die Stärkung des Anlegerschutzes aussprechen. Doch weit gefehlt!

a) Die Aktionärsvereinigungen haben sich mit der GmbH & Co. KGaA schnell abgefunden. So hält z. B. die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. (DSW) in einem, auf unsere Anregung hin erarbeiteten „Positionspapier“ vom März 1996 die GmbH & Co. KGaA für akzeptabel, wenn im Rahmen der Satzungsgestaltung durch eine „Annäherung an die Grundregeln der Aktiengesellschaft“ einem Mißbrauch der Rechtsform entgegengewirkt werde. An diese Anpassung stellt die DSW allerdings keine allzu strengen Anforderungen. So soll z.B. die Gesellschafterversammlung der Komplementär-Gesellschaft verpflichtet sein, auf Wunsch des Aufsichtsrats der KGaA einzelne Geschäftsführer abzuberufen, wenn die Gesellschafterversammlung diesem Wunsch nicht mit qualifizierter Mehrheit widerspricht. Diese Regelung geht jedoch ins Leere, wenn die Altaktionäre, was regelmäßig der Fall sein dürfte, alleinige Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft sind⁴⁶⁾.

b) Die Gewerkschaften zeigten bislang völliges Desinteresse. Dies ist umso verwunderlicher, als sie sich bei der Einführung der paritätischen Mitbestimmung durch das MitbestG 1976 ebenso vehement wie erfolgreich für die Einbeziehung der GmbH & Co. ausgesprochen hatten. Eine entsprechende Sonderregelung für die GmbH & Co. KGaA war seinerzeit nur deshalb nicht gefordert worden, weil die damals ganz herrschende Meinung diese Gestaltungsform für unzulässig erachtete. Die Gewerkschaften hätten es mit der Forderung nach einer mitbestimmungsrechtlichen Gleichstellung der GmbH & Co. KGaA mit der Aktiengesellschaft sogar recht einfach, da die Besserstellung der GmbH & Co. KGaA (als Kapitalgesellschaft) gegenüber der GmbH & Co. (als Personengesellschaft) sachlich durch nichts zu rechtfertigen ist.

Offensichtlich geht es den Gewerkschaften weniger um die Rechte der Arbeitnehmerseite im mitbestimmten Aufsichtsrat als darum, daß es überhaupt einen Aufsichtsrat gibt, in dem die Gewerkschaften mit Sitz und Stimme vertreten sind. Hinzu kommt, daß sich die paritätische Mitbestimmung in der Praxis nicht bewährt hat. Die Gewerkschaften, die deswegen das

20jährige Jubiläum des Mitbestimmungsgesetzes im vergangenen Jahr praktisch totgeschwiegen haben, befürchten offenbar, daß die Infragestellung der mitbestimmungsrechtlichen Privilegien bei der GmbH & Co. KGaA weniger zu deren Beseitigung als zum Wiederaufleben der Diskussion über Sinn und Zweck der paritätischen Mitbestimmung als solche führen könnte, zumal dieses Thema wegen der blockierten Europa-AG ohnehin in der Luft liegt.

c) Die Banken verweisen unisono auf den großen Gestaltungsspielraum bei der Satzungsgestaltung, der tatsächlich – wie unter Nr. 4 näher dargestellt – so groß nicht ist. Überdies wurde bei den zurückliegenden Börseneinführungen der eher geringe Gestaltungsspielraum nicht einmal zu Gunsten der Anleger ausgeschöpft, ohne daß die Emissions-Banken interveniert hätten.

Den Emissions-Banken ist allerdings zugute zu halten, daß sie in einem kaum lösbaren Interessenskonflikt stehen. Einerseits müssen sie, um den langfristigen Erfolg der Emission nicht zu gefährden, zumindest die schlimmsten Auswüchse verhindern. Andererseits sind sie schon aus Wettbewerbsgründen an einer Konsortialbeteiligung interessiert und wollen sich nicht durch übertriebenes Ordnungsdenken aus dem provisionsträchtigen Geschäft katapultieren. Wer wollte ihnen das verdenken?

d) Undurchsichtig ist die Haltung der Bundesregierung. So hat die frühere Bundesministerin der Justiz, Frau *Leutheusser-Schnarrenberger*, den Verfassern auf Anfrage am 3. 8. 1995 schriftlich mitgeteilt, daß die damalige Bundesregierung im Zuge der GmbH-Reform 1977 die Absicht gehabt habe,

„durch eine Ergänzung von § 278 Abs. 1 AktG ausdrücklich nur natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter zuzulassen. Diesen Vorschlag hat der Deutsche Bundestag jedoch abgelehnt. Da sich die Sachlage, die dieser Beurteilung zugrunde lag, bisher nicht verändert hat, halte ich eine erneute Initiative meines Hauses für nicht aussichtsreich.“

Wie mir aus den Beratungen des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestags im Zusammenhang mit dem Aufbau der Wirtschaft in den neuen Bundesländern bekannt ist, gab es sogar Überlegungen, die GmbH & Co. KGaA ausdrücklich zuzulassen, die dann aber nicht weiter verfolgt wurden.“

Die Behauptung, der Deutsche Bundestag habe seinerzeit ein Verbot der GmbH & Co. KGaA „abgelehnt“, ist allerdings unrichtig. Tatsächlich fiel die von der Bundesregierung ausdrücklich für erforderlich erachtete „Klarstellung“ dem „Streichkonzert“ des Rechtsausschusses zwecks Straffung der ausufernden GmbH-Reform zu einer bloßen GmbH-Novelle zum Opfer. Aus dem Gesetzeszusammenhang und der Begründung des Rechtsausschusses folgt eindeutig⁴⁷⁾, daß die Streichung nur erfolgt ist, weil der Rechtsausschuß wegen des Meinungsstands im Schrifttum, dem nur eine einzige OLG-Entscheidung (nämlich die des Hanseatischen OLG aus dem Jahre 1968) entgegenstand, „kein zwingendes gesetzliches Regelungsbedürfnis“ gesehen hat⁴⁸⁾ – leider eine gravierende Fehleinschätzung, wie die Entwicklung jetzt gezeigt hat. Auf diesen Irrtum aufmerksam gemacht, hat sich der amtierende Bundesjustizminister am 11. 4. 1996 wie folgt geäußert:

⁴³⁾ Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 814 f. und ZHR 1996 S. 265 ff.

⁴⁴⁾ KölnKomm z. AktG, 1. Aufl., § 278 Rdn. 11.

⁴⁵⁾ „Entscheidend“ soll dafür u.a. sein, „daß der Rechtsausschuß des Bundestags im Jahre 1980 einstimmig davon abgesehen hat, § 278 Abs. 1 AktG um einen Satz zu ergänzen, wonach nur natürliche Personen Komplementär sein dürfen“ – eine aus dem Zusammenhang gerissene und daher irreführende Darstellung der Entstehungsgeschichte, vgl. im Text unter Nr. 4 Litd d).

⁴⁶⁾ Vgl. *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KGaA – eine geeignete Rechtsform zum Going Public?, in: *Wieselhuber* (Hrsg.), Börseneinführung mit Erfolg, 1996, S. 20, 29 f.

⁴⁷⁾ Ebenso OLG Karlsruhe, DB 1996 S. 1767 f. = BB 1996 S. 1793 f.; so schon *Binz/Sorg*, BB 1988 S. 2041.

⁴⁸⁾ BT-Drucks. 8/3908 S. 79.

„Ich meine deshalb, daß nicht alles per Gesetz geregelt zu werden braucht. In der Frage der Akzeptanz von Emissionen von KGaA und GmbH & Co. KGaA können wir gegenwärtig die Antwort den Kapitalmärkten überlassen.“

Der Appell an die Zurückhaltung des Gesetzgebers dürfte allerdings nicht ganz aufrichtig sein, da sich das Bundesjustizministerium wohl längst auf die Seite der Befürworter der GmbH & Co. KGaA geschlagen und, wie die Verfasser aus gewöhnlich gut unterrichteten Kreisen wissen, einen Gesetzentwurf in der Schublade hat, sofern der BGH diese Rechtsform nach geltendem Recht für unzulässig erklären sollte. Das deckt sich mit dem von Frau *Leutheusser-Schnarrenberger* im Brief vom 3.8.1995 berichteten Überlegungen des Wirtschaftsausschusses, die GmbH & Co. KGaA per Gesetz ausdrücklich zuzulassen

4. Lösungsansätze via Satzungsgestaltung?

Um sich vom Makel des entmachteten Aufsichtsrats zu befreien und gleichwohl die skizzierten steuerlichen Vorteile der GmbH & Co. KGaA in Anspruch zu nehmen, könnte man auf den Gedanken kommen, den rechtlichen Gestaltungsrahmen nicht auszuschöpfen, dem Aufsichtsrat vielmehr – freiwillig – in der Satzung diejenigen Rechte zugestehen, die dem heutigen aktienrechtlichen Standard entsprechen, also insbesondere die Personalkompetenz und die Zustimmungskompetenz des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG⁴⁹. Dieser „Schuß“ ginge aber nach hinten los. Weil – wie erwähnt – der Komplementär bei der Wahl des Aufsichtsrats kein Stimmrecht hat, begäbe sich die Gründerfamilie in die Hände eines von ihr nicht gewählten und damit von ihr nicht beeinflussbaren Aufsichtsgremiums! Der Stimmrechtsausschluß des Komplementärs indiziert überdies ein Entsendungsverbot⁵⁰. Deshalb heißt es z.B. in § 6 Abs. 5 der Satzung der Merck KGaA klarstellend, daß das Entsendungsrecht nicht besteht, sofern der Berechtigte ein persönlich haftender Gesellschafter ist⁵¹. Auch ein Entsendungsrecht einzelner, an der Komplementär-Gesellschaft nicht (maßgeblich) beteiligter Mitglieder der Gründerfamilie hilft nicht weiter, ist dieses doch auf ein Drittel* (beim drittelparitätisch besetzten Aufsichtsrat) oder gar auf ein Viertel (bei paritätischer Besetzung nach dem Mitbestimmungsgesetz) aller Mitglieder des Aufsichtsrats beschränkt.

Nun könnte ein denkbarer Kompromiß zwischen den Interessen der Anleger und denen der Aktionäre darin zu sehen sein, dem Aufsichtsrat der KGaA kraft Satzung erst dann den aktienrechtlichen Status zuzubilligen, wenn die Altaktionäre über die Komplementär-Gesellschaft nicht mehr mehrheitlich an der KGaA beteiligt sind. Allerdings stellt sich dann immer noch die interessante Frage, wie der Aufsichtsrat eine ihm satzungsmäßig eingeräumte Personalkompetenz bei der Komplementär-gesellschaft rechtstechnisch eigentlich ausüben will. Für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer sind nämlich ausschließlich deren Gesellschafter zuständig, ohne daß die Satzung der KGaA hieran etwas ändern könnte. Es müßte also auf die rechtlich zweifelhafte Satzungsklausel ausgewichen werden, wonach die Komplementär-gesellschaft aus der KGaA (die damit in Liquidation träte) automatisch ausscheidet, wenn die Gesellschafter den Beschlüssen des Aufsichtsrats der KGaA nicht Folge leisten sollten⁵².

V. Ausblick

Es gibt gute Gründe für und gegen eine weitere Verbreitung der börsennotierten „KGaA mit beschränkter Haftung“. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, daß der Bundesgerichtshof die seit Jahren geführte Diskussion über die Zulässigkeit dieser Rechtsform durch die am 24. 2. 1997 erwartete Entscheidung über den Vorlagebeschluß des OLG Karlsruhe beenden wird. Damit wird zugleich die gegenwärtig bestehende „Wettbewerbs-

verzerrung“ zwischen den eher vorsichtigen und den „aggressiven“ Beratern und Emissionsbanken beseitigt.

Sollte der BGH die Zulässigkeit verneinen, dürfte die eingetretene Rechtsunsicherheit wegen der vom Bundesministerium der Justiz beabsichtigten Gesetzesänderung allerdings noch nicht beendet sein. Es spricht jedoch einiges dafür, daß diese Gesetzesänderung politisch keine Aussicht auf Erfolg hat und möglicherweise sogar nur ins Gespräch gebracht worden ist, um die Entscheidung des BGH in eine bestimmte Richtung zu beeinflussen. Überhaupt hat sich die Bundesregierung im Zusammenhang mit der GmbH & Co. KGaA keine Lorbeeren verdient, indem sie der seit fast dreißig Jahren andauernden Diskussion um die rechtliche Zulässigkeit erst tatenlos zugesehen hat, jetzt jedoch bereits in den Startlöchern steht, um eine ihr mißliebige Entscheidung des höchsten deutschen Zivilgerichts zu verhindern bzw. zu korrigieren. Wäre es da nicht besser gewesen, bereits früher mit einer Gesetzesänderung (oder Klarstellung) zu reagieren? Dieses halbherzige Vorgehen paßt jedoch zum kürzlich vorgelegten Referentenentwurf zur Reform des Aktienrechts, in dem sich das langjährige Plädoyer der Bundesregierung für eine Stärkung der Rechte von Aktionär und Aufsichtsrat allenfalls rudimentär wiederfindet.

Unabhängig von der in Kürze entschiedenen Zulässigkeit der GmbH & Co. KGaA bleibt die Frage, ob die Anerkennung und Weiterentwicklung dieser Gestaltungsform – durch den BGH oder den Gesetzgeber – mit allen, von der GmbH & Co. und deren „Geburtswehen“ her bestens bekannten Schwierigkeiten überhaupt empfehlenswert ist. Wenn aus wirtschaftlichen oder rechtspolitischen Gründen wirklich eine börsenfähige Rechtsform gewünscht ist, bei der zugunsten der Machtstellung der Gründerfamilie die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und die Rechte der Anleger schwächer ausgestaltet sein sollen als bei der tradierten AG, wäre es doch viel einfacher, für die Aktiengesellschaft entsprechende, mit den oben erwähnten Steuervorteilen kombinierte Wahlrechte vorzusehen⁵³. Hierfür müßte die Satzungsstrenge des Aktienrechts im wesentlichen in folgenden Punkten gelockert werden:

- Die Satzung kann den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG abweichend regeln oder ganz ausschließen.
- Die Satzung kann die Personalkompetenz für den Vorstand in entsprechender Anwendung von § 101 Abs. 2 Satz 1 bis 3 AktG auf bestimmte Aktionäre oder die Inhaber bestimmter Aktien übertragen. Der Stimmrechtsausschluß gemäß § 285 Abs. 1 AktG müßte dann sinngemäß Anwendung finden.
- Die Satzung kann bestimmten Aktionären oder den Inhabern bestimmter Aktien ein Vetorecht bei allen Hauptversammlungsbeschlüssen einräumen, ausgenommen in den in § 285 Abs. 2 Satz 2 AktG genannten Fällen.

Diese Lösung wäre nicht nur einfacher, sondern auch ehrlicher. Beim Festhalten an der GmbH & Co. KGaA bliebe demgegenüber der Verdacht bestehen, daß es den Befürwortern dieser Gestaltungsform ausschließlich um den mit ihr erzielbaren Steuervorteil und Machterhalt zu tun sei – zwei entscheidende Privilegien, deren politische Durchsetzbarkeit de lege ferenda ohne „Etiketten-Schwindel“, wie das Phantom der „kleinen AG“ zeigt, vermutlich gering wäre.

⁴⁹ In diese Richtung *Sethe*, AG 1996 S. 289 ff.; *Sundermann*, Das Wertpapier 22/1995 S. 20 f.

⁵⁰ Vgl. *Semler*, a.a.O., § 285 Rdnr. 16. Dies wird z. B. von *Hartel* (Fn. 2), S. 117 übersehen, der dem Unternehmer empfiehlt, qua satzungsmäßiges Entsendungsrecht mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats zu stellen, um „stets informiert“ zu sein.

⁵¹ Gleichlautende Regelungen finden sich auch bei *eff-eff* (§ 12 Abs. 1) und *Lindner* (§ 13 Abs. 1); bei *Eurokai* gibt es kein Entsendungsrecht.

⁵² Vgl. näher *Binz/Sorg* (Fn. 46), S. 29 f.

⁵³ In diese Richtung tatsächlich: *Sethe*, AG 1996 S. 289 ff. mit entsprechendem Reformvorschlag.