

## Der Abhängigkeitsbericht der KGaA: Wer ist eigentlich abhängig und wer berichtet?

Von WP/StB/CVA Klaus Bertram<sup>[1]</sup>

In den letzten Jahren hat die Rechtsform der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) zunehmend an Attraktivität gewonnen. Die KGaA unterliegt wie auch eine Aktiengesellschaft den Regelungen zur Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts. Soweit eine Abhängigkeit i.S. von § 17 AktG von dem Komplementär besteht, ergibt sich die Konstellation, dass der Abhängigkeitsbericht von dem herrschenden Unternehmen als Geschäftsführungsorgan des abhängigen Unternehmens aufzustellen ist. Der Beitrag analysiert die rechtlichen Grundlagen und problematisiert die Möglichkeiten, sich der Berichtspflicht durch Abschluss von Unternehmensverträgen zu entziehen.

---

[1] Der Autor vertritt ausschließlich seine persönliche Meinung.

### 1. Regelungsbereich des § 312 AktG

Die §§ 311 bis 318 AktG stellen Regelungen dar, die in Fällen von abhängigen Aktiengesellschaften zur Anwendung kommen, in denen kein Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) oder Eingliederungsvertrag (§§ 319ff. AktG) vorliegt<sup>[1]</sup>. Abhängigkeit von Aktiengesellschaften bestimmt sich nach § 17 AktG, d.h. sie liegt dann vor, wenn ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss auf das abhängige Unternehmen ausüben kann. § 17 Abs. 2 AktG stellt die (widerlegbare) Vermutung auf, dass in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen von dem Mehrheitsaktionär abhängig sind. Voraussetzung hierbei ist, dass es sich bei dem Mehrheitsaktionär um ein Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne handelt.

§ 312 AktG verpflichtet den Vorstand einer abhängigen Aktiengesellschaft, einen Bericht über die Beziehungen der Aktiengesellschaft zu verbundenen Unternehmen (sog. Abhängigkeitsbericht) aufzustellen. Hierdurch soll vor allem die Beweislage der Minderheitsaktionäre verbessert werden, um ihnen die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen das herrschende Unternehmen und dessen gesetzliche Vertreter sowie die Mitglieder der Verwaltungsorgane der abhängigen Aktiengesellschaft (Vorstand, Aufsichtsrat) zu erleichtern<sup>[2]</sup>. Die Vorschrift stellt eine zentrale Besonderheit im deutschen Konzernrecht des faktischen Konzerns dar<sup>[3]</sup>.

Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft wird durch dieses Berichtsinstrument verpflichtet, über Rechtsgeschäfte und Maßnahmen mit verbundenen Unternehmen für ein abgelaufenes Geschäftsjahr zu berichten und explizit etwaige Nachteile der Gesellschaft aus diesen Rechtsgeschäften und Maßnahmen anzugeben. Diese sog. Schlusserklärung zum Abhängigkeitsbericht ist gem. § 312 Abs. 3 Satz 3 AktG in den Lagebericht des betreffenden Geschäftsjahres aufzunehmen. Auch wenn keinerlei berichtspflichtige Rechtsgeschäfte und Maßnahmen vorliegen, hat der Vorstand gleichwohl einen Abhängigkeitsbericht aufzustellen (sog. Negativbericht)<sup>[4]</sup>. Der Abhängigkeitsbericht ist – bei Vorliegen einer Prüfungspflicht des Jahresabschlusses und Lageberichts gem. § 316 HGB<sup>[5]</sup> – vom Abschlussprüfer gem. § 313 AktG zu prüfen<sup>[6]</sup>.

---

[1] *IDW* (Hrsg.), *WP-Handbuch* 2006, 13. Aufl., Düsseldorf 2006, Bd. I, Rn. F 903.

[2] *Jäger*, *Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der KGaA*, München 2004, S. 1194.

[3] *Kropff*, in: *MünchKomm. AktG*, 2. Aufl., § 312, Rn. 1.

[4] Vgl. *Hüffer*, *AktG*, 8. Aufl., München 2008, § 312, Rn. 8.

- [5] Für nicht prüfungspflichtige AG/KGaA besteht auch keine Prüfungspflicht des Abhängigkeitsberichts. Da in derartigen Fällen zulässigerweise auch gem. § 264 Abs. 1 Satz 3 HGB kein Lagebericht aufgestellt werden muss, haben die Minderheitsaktionäre keinen Zugriff auf die Schlusserklärung des Abhängigkeitsberichts. Die Kommentierung spricht in derartigen Fällen den Minderheitsaktionären ein Auskunfts- und Einsichtsrecht analog § 51a GmbHG zu. Vgl. hierzu *Kropff*, a.a.O. (Fn. 3), § 312, Rn. 14.
- [6] Hierzu *Stellungnahme HFA 3/1991: Zur Aufstellung und Prüfung des Berichts über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen (Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG)*, WPg 1992, S. 91.

## 2. Abhängigkeitsbericht der KGaA

Die KGaA unterliegt den speziellen Regelungen des Zweiten Buches des AktG (§§ 278–290 AktG). Hierin hat der Gesetzgeber all diejenigen rechtsformspezifischen Regelungen für die KGaA aufgenommen, für die er spezielle Regelungserfordernisse gesehen hat. Im Übrigen stellt § 278 Abs. 3 AktG klar, dass die für Aktiengesellschaften geltenden Regelungen des Ersten Buches des AktG auf die KGaA ebenfalls anzuwenden sind.

Die Regelungen zum Abhängigkeitsbericht befinden sich im Dritten Buch des AktG. Die Frage, ob der Gesetzgeber bewusst die KGaA hiervon ausnehmen wollte, ist seit langem dahin gehend beantwortet worden, dass die Anwendung auf die KGaA bejaht wird<sup>[1]</sup>. Allerdings wird der Abhängigkeitsbericht nicht vom Vorstand aufgestellt, da die KGaA keinen Vorstand hat. Vielmehr erwächst die Berichtspflicht dem persönlich haftenden Gesellschafter, der zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist (§ 278 Abs. 2 AktG).

Eine Verpflichtung zur Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts besteht wie bei Aktiengesellschaften nur dann, wenn

- die KGaA als *abhängig* i.S. von § 17 AktG gilt und
- kein *Beherrschungsvertrag* gem. § 291 Abs. 1 AktG mit dem herrschenden Unternehmen geschlossen wurde,
- kein *Gewinnabführungsvertrag* gem. § 291 Abs. 1 AktG mit dem herrschenden Unternehmen geschlossen wurde<sup>[2]</sup>,
- keine *Eingliederung* gem. § 319 Abs. 1 AktG mit dem herrschenden Unternehmen beschlossen wurde<sup>[3]</sup>.

Der Gesetzgeber hat das Instrument des Abhängigkeitsberichts geschaffen, um in den Fällen des Bestehens einer Abhängigkeit den Minderheitsaktionären sowie Gesellschaftsgläubigern in Form der Schlusserklärung zum Abhängigkeitsbericht eine verbesserte Informationsbasis zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen (z.B. unzulässige Zahlungen i.S. von § 57 Abs. 1 AktG<sup>[4]</sup>) zu gewähren<sup>[5]</sup>. Als systemgerechte Nebenwirkung führt die Regelung darüber hinaus dazu, das herrschende Unternehmen in bestimmten Konstellationen zu veranlassen, einen Beherrschungsvertrag oder Gewinnabführungsvertrag mit der abhängigen Gesellschaft abzuschließen bzw. eine Eingliederung vorzunehmen<sup>[6]</sup>. Denn bei intensiven und vielfältigen Konzernbeziehungen kann die Aufstellung des Abhängigkeitsberichts sehr zeitaufwendig sein, so dass es mehrfach Fälle gegeben hat, in denen Konzernleitungen ihre Absicht, einen Beherrschungsvertrag abzuschließen, mit diesem Argument begründet haben<sup>12</sup>.

Grundvoraussetzung ist jedoch zunächst das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses. Hier ergeben sich im Vergleich von Aktiengesellschaft und KGaA beachtliche Unterschiede in der Beurteilung, wie im Folgenden gezeigt wird.

Wichtigster Anwendungsfall für das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses ist die in § 17 Abs. 2 AktG geregelte Abhängigkeitsvermutung, wonach bei Mehrheitsbesitz durch ein herrschendes Unternehmen ein Abhängigkeitsverhältnis unterstellt wird. Diese Vermutung kann widerlegt werden, z.B. durch einen *Entherrschungsvertrag* oder auch durch *Stimmrechtsbindungsverträge* <sup>[7]</sup>.

Auch bei Nichtvorliegen der Abhängigkeitsvermutung von § 17 Abs. 2 AktG kann ein Abhängigkeitsverhältnis bestehen. Hierzu ist in Rechtsprechung und Kommentierung eine Reihe von Fallkonstellationen genannt worden<sup>[8]</sup>. Insbesondere bei Vorliegen einer *Präsenzmehrheit* in der

Hauptversammlung, einer *personellen Verflechtung* (Entsenderechte in den Aufsichtsrat und daraus mittelbar abgeleitet das Recht, Einflussnahme bei der Besetzung des Vorstands geltend zu machen) sowie u.U. auch von *Stimmbindungsverträgen* kann ohne Mehrheitsbeteiligung ein Abhängigkeitsverhältnis begründet werden.

Diesen Fallkonstellationen ist gemein, dass es nicht auf die tatsächliche Ausübung von Einflussmöglichkeiten ankommt, sondern dass das Bestehen dieser Einflussmöglichkeiten ausreichen kann, um ein Abhängigkeitsverhältnis i.S. von § 17 AktG auszulösen<sup>[9]</sup>.

Bei einer KGaA handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, die aber eine gewisse Zwitterstellung insoweit hat, als auch Regelungen aus dem Personengesellschaftsrecht anzuwenden sind<sup>[10]</sup>. Bei einer KGaA liegt darüber hinaus eine andere Gewichtung der Befugnisse der Organe vor als bei der Aktiengesellschaft.

- Der *persönlich haftende Gesellschafter* ist kraft Rechtsform zur Geschäftsführung und Vertretung der KGaA berechtigt<sup>[11]</sup>. Soweit der persönlich haftende Gesellschafter wiederum ein Unternehmen ist (sog. kapitalistische KGaA), richtet sich die Geschäftsführung und Vertretung nach den für diese Unternehmensform geltenden Regelungen. Darüber hinaus unterliegen Beschlüsse der Hauptversammlung in der Regel der Zustimmung des Komplementärs (§ 285 Abs. 2 Satz 1 AktG), wodurch die starke Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters weiter betont wird.
- Der *Aufsichtsrat* einer KGaA hat eine schwächere Position als der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft. Er hat zwar Kontrollbefugnisse, kann aber insbesondere keinen Einfluss auf die personelle Besetzung der Geschäftsführung nehmen. Er führt die Beschlüsse der Kommanditaktionäre aus und vertritt diese in Rechtsstreitigkeiten gegen den persönlich haftenden Gesellschafter<sup>[12]</sup>.
- Aufgrund der hervorgehobenen Position des persönlich haftenden Gesellschafters sind der *Hauptversammlung* der KGaA weitergehende Rechte zugestanden als dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist. So bestimmt § 286 Abs. 1 AktG, dass die Hauptversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses entscheidet, während bei der Aktiengesellschaft dies regelmäßig durch die Verwaltung (Vorstand und Aufsichtsrat) erfolgt<sup>[13]</sup>. Die Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters ist ebenfalls erforderlich. Da dieser den Jahresabschluss aufgestellt hat, kann diese wohl regelmäßig unterstellt werden.

Aufgrund der gegenüber der Aktiengesellschaft abweichenden Kräfteverhältnisse der Organe bei der KGaA führt die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter grundsätzlich zum Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses, wenn es sich bei dem persönlich haftenden Gesellschafter um ein Unternehmen handelt<sup>[14]</sup>. Ausnahmen hiervon können nur dann auftreten, wenn die Satzung Weisungsrechte für den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung gegenüber dem persönlich haftenden Gesellschafter begründet, wobei dies in weiterem Umfang als bei der Aktiengesellschaft möglich ist<sup>[15]</sup>.

[1] Vgl. ADS, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., Stuttgart 1995ff., § 312 AktG, Rn. 15.

[2] § 316 AktG.

[3] § 323 Abs. 1 Satz 3 AktG.

[4] Bayer, in: MünchKomm. AktG, § 57, Rn. 25.

[5] Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 312, Rn. 1

[6] Vgl. Kropff, a.a.O. (Fn. 3), § 312, Rn. 6, m.w.N.

[7] Der im AktG nicht explizit geregelte Entherrschungsvertrag gilt als taugliches Mittel zur Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung von § 17 Abs. 2 AktG. Vgl. hierzu Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 17, Rn. 22.

[8] Vgl. hierzu bspw. Bayer, a.a.O. (Fn. 10), § 17, Rn. 11–83.

[9] Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 17, Rn. 4.

[10] § 278 Abs. 2 AktG verweist explizit auf die Vorschriften des HGB über die Kommanditgesellschaft (§§ 161–177a HGB).

[11] § 278 Abs. 1 AktG.

[12] § 287 Abs. 1 und 2 AktG lassen hier auch abweichende Satzungsbestimmungen bzw. Hauptversammlungsbeschlüsse zu.

[13] § 58 Abs. 1 AktG lässt auch eine Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung bei Vorliegen einer entsprechenden Satzungsregelung zu. Dies ist aber in der Praxis zumeist der Ausnahmefall.

[14] ADS, a.a.O. (Fn. 7), § 17 AktG, Rn. 84.

[15] Bayer, a.a.O. (Fn. 10), § 17, Rn. 126.

### 3. Würdigung

Der Gesetzgeber hat mit gutem Grund bei Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses Schutzvorschriften für die an dem abhängigen Unternehmen beteiligten (Minderheits-)Aktionäre erlassen. Diese umfassen zum einen die aktienrechtlichen Regelungen zum Vertragskonzern, zum anderen für den faktischen Konzern das Erfordernis der Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts, der durch den Abschlussprüfer und den Aufsichtsrat zu prüfen ist.

Der Begriff Abhängigkeitsbegriff stellt eine griffige Abkürzung der gesetzlichen Formulierung „Bericht des Vorstands über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen“ (§ 312 AktG) dar. Die Formulierung „des Vorstands“ und nicht „der Aktiengesellschaft“ zeigt, dass der Gesetzgeber bei der Abfassung des Gesetzestextes bewusst zwischen der abhängigen Gesellschaft (der Aktiengesellschaft) und dem geschäftsführenden Organ der Gesellschaft (dem Vorstand) unterschieden hat. Dies begründet sich in der Zielsetzung, von den verantwortlichen Vertretern der abhängigen Gesellschaft eine Aussage darüber zu erhalten, ob das herrschende Unternehmen nachteilsverdächtige Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen durchgeführt bzw. initiiert hat. Die Berichterstattungspflicht des Vorstands der abhängigen Gesellschaft wird auch als Argument dafür herangezogen, dass unter Hinweis auf diese Berichterstattungspflicht die Stellung gegenüber dem herrschenden Unternehmen gestärkt und somit dem Abhängigkeitsbericht eine Präventionswirkung zugesprochen wird<sup>[1]</sup>.

Dem Bestehen dieser Präventionsfunktion ist bezüglich des gesetzlichen Regelfalls, des Vorliegens einer Aktiengesellschaft als abhängige Gesellschaft, uneingeschränkt zuzustimmen. Übertragen auf die rechtsformbedingten Besonderheiten einer KGaA bleibt festzuhalten, dass der Abhängigkeitsbericht vom persönlich haftenden Gesellschafter aufzustellen ist. Bei einer kapitalistischen KGaA liegt somit die Berichterstattungspflicht bei dem vertretungsberechtigten Organ des Komplementärs<sup>[2]</sup>, also der Geschäftsführung des *herrschenden* Unternehmens. Inwieweit in dieser Konstellation die oben angesprochene Präventionsfunktion des Abhängigkeitsberichts beeinträchtigt sein kann, darf zumindest hinterfragt werden. Denn die vom Gesetzgeber intendierte „Drohgebärde“ des Vorstands der abhängigen Aktiengesellschaft, bei etwaig nachteiligen Rechtsgeschäften diese im Abhängigkeitsbericht zu würdigen, greift insoweit ins Leere, als es keinen Unterschied zwischen herrschendem und berichtendem Unternehmen gibt. Als einziges Korrektiv verbleibt die Prüfung des Abhängigkeitsberichts durch den Abschlussprüfer<sup>[3]</sup> und den Aufsichtsrat.

Der Gesetzgeber hatte ursprünglich das Bild einer oder mehrerer natürlicher Personen als Komplementäre vor Augen, während erst in jüngerer Zeit die kapitalistische KGaA von der Rechtsprechung als zulässig erachtet worden ist<sup>[4]</sup>. Bei einer natürlichen Person als Komplementär kommen die Regelungen des § 312 AktG nur dann zur Anwendung, wenn es sich bei dem Komplementär um ein herrschendes Unternehmen i.S. von § 17 AktG handelt.

Die Qualifikation als herrschendes Unternehmen i.S. von § 17 AktG ist an die aktienrechtliche Unternehmenseigenschaft von § 15 AktG geknüpft. Bei natürlichen Personen als Komplementäre einer KGaA kommt eine Qualifikation als Unternehmen dann in Betracht, wenn neben der Komplementärstellung in der KGaA noch eine eigenständige unternehmerische Tätigkeit betrieben wird.<sup>[5]</sup> In welcher Weise von natürlichen Personen gehaltene Beteiligungen an anderen Gesellschaften die Unternehmenseigenschaft ebenfalls begründen, hängt von den Möglichkeiten einer nachteiligen Einflussnahme über diese Beteiligungen auf die KGaA ab<sup>[6]</sup>. Soweit die Unternehmenseigenschaft zu bejahen ist, weil die natürliche Person noch anderweitige wirtschaftliche Interessen in anderen Unternehmen verfolgt, die in Geschäftsbeziehungen mit der KGaA stehen, kommt § 312 AktG zur Anwendung, d.h. es ist ein Abhängigkeitsbericht aufzustellen.

Auch bei einer kapitalistischen KGaA darf die Frage nach der Unternehmenseigenschaft i.S. von § 15 AktG gestellt werden. Im Zusammenhang mit der Konzernrechnungslegungspflicht der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG wurde diskutiert, ob diese einen eigenen Geschäftsbetrieb hat und die einheitliche Leitung i.S. von § 290 Abs. 1 HGB ausübt<sup>[7]</sup>, was für die

typische Komplementär-GmbH zum Teil verneint wird<sup>[1]</sup>. Überträgt man diese Überlegungen vor dem Hintergrund der Beurteilung der Unternehmenseigenschaft i.S. von § 15 AktG auf eine kapitalistische KGaA mit einer Komplementärgesellschaft (z.B. in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG), die am Kapital der KGaA nicht beteiligt ist, so ergibt sich Folgendes: Ein Unternehmen i.S. von § 15 AktG erfordert, dass die Komplementärgesellschaft neben der Beteiligung an der KGaA über anderweitige wirtschaftliche Interessen verfügt, die nach Art und Intensität ernsthafte Sorge begründen, dass die Komplementärin ihren Einfluss auf die KGaA nachteilig ausübt<sup>[2]</sup>. Gerade dies ist bei einer kapitalistischen KGaA in der geschilderten Konstellation nicht der Fall. Somit bleibt zu konstatieren, dass in diesen Fällen die aktienrechtliche Unternehmenseigenschaft nicht gegeben ist und der Komplementär damit nicht herrschendes Unternehmen i.S. von § 17 AktG ist. Eine Anwendung von § 312 AktG scheidet damit in diesen Fällen im Verhältnis von Komplementär zu KGaA aus. Diese Beurteilung ist m.E. auch sachgerecht, da in derartigen Fällen kein Rechtsschutzbedürfnis erkennbar ist. Sämtliche Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, die die Geschäftsführung des Komplementärs durchführt, initiiert oder unterlässt, erfolgen gleichzeitig mit Wirkung für das abhängige und das herrschende Unternehmen. In diesen Konstellationen ist das Bestehen einer Nachteilsvermutung nur schwer vermittelbar, zumal der Komplementär auch kein wirtschaftliches Interesse an einer Nachteilszufügung hat. Er partizipiert einzig über seine (oftmals erfolgsabhängige) Geschäftsführungsvergütung am Erfolg oder Misserfolg der KGaA, so dass hier gleichgerichtete Interessen vorliegen.

Eine Anwendung der Regelungen zum Abhängigkeitsbericht ist im Verhältnis zwischen Komplementär und KGaA allerdings dann geboten, wenn der Komplementär eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt, indem er z.B. weitere Beteiligungen an anderen Gesellschaften hält, die im Geschäftsverkehr mit der KGaA stehen, oder selbst operativ tätig ist. In diesen Fällen ist dann oftmals der Komplementär darüber hinaus am Kapital der KGaA beteiligt.

Hiervon zu unterscheiden ist die Ebene der Anteilseigner des Komplementärs. Soweit diese die Kriterien der §§ 15, 17 AktG erfüllen, kommt eine Anwendung des § 312 AktG in Betracht. Gleiches gilt im Übrigen auch, soweit auf Ebene der Kommanditaktionäre Beherrschungsmöglichkeiten gegeben sind, wie dies beispielsweise durch eine Mehrheitsbeteiligung (§ 17 Abs. 2 AktG) erfolgen kann.

---

[1] Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 312, Rn. 1, m.w.N.

[2] Vgl. Strieder, DB 2004, S. 800.

[3] Soweit der Jahresabschluss nicht prüfungspflichtig ist, entfällt auch die Prüfungspflicht für den Abhängigkeitsbericht (§ 313 Abs. 1 Satz 1 AktG).

[4] Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 278, Rn. 9.

[5] Bayer, a.a.O. (Fn. 110), § 15, Rn. 15.

[6] Zu Einzelheiten vgl. Koppensteiner, Kölner Komm., 3. Aufl., § 15 AktG, Rn. 35ff.

[7] Vgl. zum Meinungsstand Hoyos/Ritter-Thiele, in: Beck Bil-Komm., 6. Aufl., München 2006, § 290 HGB, Rn. 28ff.

[8] Herrmann, WPg 2001, S. 278.

[9] Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 15, Rn. 8.

#### 4. Möglichkeiten der Vermeidung der Berichtspflicht?

Wie zuvor gezeigt, führt bei einer KGaA die Anwendung der bestehenden Regelungen dazu, dass im Falle eigener wirtschaftlicher Interessen des Komplementärs oder dessen Gesellschafter ein Abhängigkeitsbericht zu erstellen ist. Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des Instruments Abhängigkeitsbericht gesehen, dass die gesetzlichen Bestimmungen und die mit den Beurteilungsschwierigkeiten verbundenen Risiken (wann ist eine Gegenleistung angemessen und wann nicht?) Rechtfertigungsdruck auf das herrschende Unternehmen ausüben, der durch Abschluss eines Unternehmensvertrages verhindert wird<sup>[1]</sup>. Daher wird in der Kommentierung davon ausgegangen, dass die Anzahl der Fälle, in denen ein Abhängigkeitsbericht tatsächlich zu erstatten ist, sich in relativ engen Grenzen halten wird<sup>[2]</sup>.

Die Möglichkeiten bei der KGaA, einen derartigen Unternehmensvertrag abzuschließen, bestehen aber nicht in dem Maße, wie dies bei der Aktiengesellschaft möglich ist. Grundsätzlich kann natürlich

zwischen Komplementär und abhängiger KGaA genauso einer der in Kap. 2 genannten Unternehmensverträge abgeschlossen werden. Faktisch besteht diese Möglichkeit aber wohl ausschließlich für den Beherrschungsvertrag gem. § 291 AktG, wie im Folgenden gezeigt wird.

Eine *Eingliederung* gem. § 319 Abs. 1 AktG ist bei einer KGaA schon deshalb nicht möglich, weil die Eingliederung nur bei einem zu 100% Beteiligten möglich ist. Bei der KGaA bestehen aber kraft Rechtsform zwei unterschiedliche Gesellschaftergruppen, nämlich der Komplementär einerseits und die Kommanditaktionäre andererseits. Der zumindest denkbare Fall, dass sämtliche Kommanditaktien im Besitz des Komplementärs stehen, ist wohl praktisch nur in extrem seltenen Ausnahmefällen anzutreffen, zumal er wirtschaftlichen (und ggf. steuerlichen) Überlegungen im Zusammenhang mit der Errichtung einer KGaA entgegensteht, da die Attraktivität dieser Rechtsform in der Kombination von zwei Gesellschaftergruppen mit unterschiedlichem Risiko- und Chancenprofil begründet liegt.

Mit derselben Argumentation ist auch der Abschluss eines *Gewinnabführungsvertrages* als wohl nur theoretische Alternative zur Vermeidung der Berichterstattungspflicht nach § 312 AktG für eine KGaA denkbar. Das in der Rechtsform KGaA angelegte Risiko-/Chancenprofil der beiden Gesellschaftergruppen würde bei Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages und Vereinbarung eines angemessenen Ausgleichs gem. § 304 Abs. 1 AktG fundamental gestört. In der Konstellation der kapitalistischen KGaA, bei der der Komplementär am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt ist – die im Übrigen bei börsennotierten KGaA sehr häufig anzutreffen ist<sup>[3]</sup> –, würde die Vereinbarung einer vollständigen Gewinnabführung an den Komplementär und die Bemessung eines angemessenen Ausgleichs dazu führen, dass letztlich der gesamte zukünftig erwartete Gewinn in Höhe von Garantiedividenden an die Kommanditaktionäre ausgekehrt wäre. Dies ergäbe eine wirtschaftlich absurde Situation, die in der Realität nicht denkbar erscheint. Der Komplementär hätte überhaupt nur dann eine Chance, einen Vorteil aus dem Gewinnabführungsvertrag zu erzielen, wenn der tatsächlich erzielte Periodenerfolg nachhaltig über dem bei der Bemessung des angemessenen Ausgleichs zugrunde gelegten Planergebnis liegt. Da es bei Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages und der Bemessung des angemessenen Ausgleichs nur einen, vom Komplementär als „richtig“ erwarteten Zukunftserfolg geben kann, wird er kein wirtschaftliches Interesse am Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages haben. Außerdem würde er bei Unterschreiten der erwarteten Gewinne an die Kommanditaktionäre Ausgleichszahlungen leisten, die den wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft übersteigen.

Als letzter der drei genannten Unternehmensverträge bliebe noch der Abschluss eines *Beherrschungsvertrages* nach § 291 Abs. 1 AktG. Ein Beherrschungsvertrag wird zwar in der Praxis zumeist mit einem Gewinnabführungsvertrag verbunden, um nicht nur die durch die Beherrschung resultierende Verpflichtung zur Verlustübernahme (§ 302 Abs. 1 AktG) zu erlangen, sondern auch die im Falle eines positiven Geschäftsverlaufs des beherrschten Unternehmens anfallenden Gewinne direkt vereinnahmen zu können. Ein reiner Beherrschungsvertrag ist daher m.E. für den Komplementär wirtschaftlich ebenso wenig sinnvoll wie die zuvor dargestellten Unternehmensverträge. Das eigentliche Ziel des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages, nämlich die Unterstellung der Leitung des abhängigen Unternehmens unter das herrschende Unternehmen, ist bei der KGaA schon in der Rechtsform angelegt. Die Geschäftsführung des herrschenden Unternehmens ist kraft Rechtsform das Leitungsgremium des abhängigen Unternehmens.

Die Attraktivität der KGaA liegt in der Möglichkeit begründet, dass die Kommanditaktionäre von dem unternehmerischen Geschick und Erfolg des Komplementärs profitieren können. Der Komplementär hat gegenüber einer Rechtsstellung als Vorstand einer AG den Vorteil, dass er eine deutliche stärkere Position innehat und so seine unternehmerischen Fähigkeiten und Ziele besser durchsetzen kann<sup>[4]</sup>. Dass diese starke Stellung des Komplementärs potentielle Risiken für die Kommanditaktionäre darstellen kann, sollte jedem bewusst sein, der in Aktien von KGaA investiert.

Die für Aktiengesellschaften bestehenden Möglichkeiten zur Vermeidung der Berichterstattungspflicht gem. § 312 AktG, nämlich der Abschluss von Unternehmensverträgen, ist für KGaA wirtschaftlich in der Regel unsinnig. Die kapitalistische KGaA, in der der Komplementär keine Kapitalbeteiligung innehat, eignet sich nicht für einen Vertragskonzern im aktienrechtlichen Sinne. Wenn diese somit dem Recht des faktischen Konzerns und damit der Pflicht zur Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts unterliegt, sei die Frage erlaubt, wie eine derartige KGaA bei intensiven Konzernbeziehungen noch

einen Abhängigkeitsbericht aufstellen soll. Die langjährige Praxis bei Aktiengesellschaften hat schließlich nachdrücklich gezeigt, dass in diesen Fällen die Schaffung eines Vertragskonzerns wohl unausweichlich ist. Dieses ist für die KGaA aus den gezeigten Überlegungen wirtschaftlich nicht sinnvoll. Die KGaA kann somit in diesen Fällen nur zwischen zwei Übeln wählen: Beibehaltung der Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts mit dem Wissen, dies ggf. nicht leisten zu können, oder Abschluss eines wirtschaftlich unsinnigen Unternehmensvertrages.

---

[1] Vgl. *Hommelhoff*, ZHR 1992, S. 313.

[2] *IDW* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), Rn. F 909.

[3] Vgl. bspw. den Jahresabschluss der Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA ([www.borussia-aktie.de/publikationen](http://www.borussia-aktie.de/publikationen)).

[4] Durch die Vereinbarung von zustimmungspflichtigen Rechtsgeschäften in der Satzung kann diese Flexibilität zwar begrenzt werden; sie wird im Regelfall aber immer noch deutlich größer als bei einem Vorstand einer Aktiengesellschaft sein.

## 5. Zusammenfassung

De lege lata besteht für Gesellschaften in der Rechtsform der KGaA das Erfordernis, einen Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG aufzustellen und durch den Abschlussprüfer prüfen zu lassen. Eine Abhängigkeit im aktienrechtlichen Sinne vom Komplementär (gleich welcher Rechtsform, d.h. auch eine natürliche Person) besteht nur dann, wenn dieser eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt oder die Abhängigkeitsvermutung von § 17 Abs. 2 AktG (Mehrheitsbeteiligung) greift. Ein Komplementär in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG, die nicht am Kapital der KGaA beteiligt ist und keine eigenen anderen wirtschaftlichen Interessen verfolgt, stellt kein herrschendes Unternehmen i.S. von § 17 AktG dar. Eine Abhängigkeit dieser kapitalistischen KGaA kann aber zu den Gesellschaftern des Komplementärs wie auch zu einem Kommanditaktionär bestehen.

Der vom Gesetzgeber für Aktiengesellschaften vorgesehene Weg, sich im Falle des Vorliegens eines Abhängigkeitsverhältnisses i.S. von § 17 AktG der Verpflichtung des § 312 AktG durch Abschluss eines Unternehmensvertrages zu entziehen, kommt für KGaA nicht in Betracht, da derartige Verträge nicht den Besonderheiten der KGaA Rechnung tragen und damit wirtschaftlich unsinnig sind.