



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 291/03

Verkündet am:
5. Dezember 2005
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG § 101 Abs. 1, 2, §§ 250, 278 Abs. 3, § 285 Abs. 1 Nr. 1, § 287 Abs. 3;
ZPO § 256

- a) Die Klage des Aktionärs einer KGaA auf Feststellung der Unwirksamkeit der Entsendung eines Aufsichtsratsmitglieds (§ 101 Abs. 2 AktG) ist nicht gemäß § 250 Abs. 3 AktG, sondern nur gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig.
- b) § 287 Abs. 3 AktG ist analog allenfalls auf Geschäftsführer sowie solche Gesellschafter der Komplementär-GmbH einer KGaA anwendbar, welche an der Komplementär-GmbH maßgeblich beteiligt sind.
- c) Überträgt die gemäß § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG von einem Stimmrecht bei der Wahl des Aufsichtsrats ausgeschlossene Komplementärgesellschaft einer KGaA eine von ihr gehaltene, ein Entsendungsrecht i.S. von § 101 Abs. 2 Satz 2 AktG verbriefende Aktie auf eine ihr nahestehende Person, welche nicht zu ihren Gesellschaftern gehört, so liegt darin nicht ohne weiteres ein unzulässiges Umgehungsgeschäft.

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2005 - II ZR 291/03 - OLG München
LG München I

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Prof. Dr. Gehrlein, Dr. Strohn und Caliebe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 13. August 2003 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Kommanditaktionär der Beklagten, einer ursprünglich als Familiengesellschaft gegründeten, inzwischen börsennotierten Kommanditgesellschaft auf Aktien. In der Revisionsinstanz geht es nur noch darum, ob Dr. W. S. wirksam in den Aufsichtsrat der Beklagten entsandt worden ist.
- 2 Nach § 13 der Satzung der Beklagten besteht ihr Aufsichtsrat aus neun Mitgliedern; vier davon werden von der Hauptversammlung gewählt, drei sind Arbeitnehmervertreter, zwei werden von den Inhabern der Namensaktien Nr. 2 und 24 in den Aufsichtsrat entsandt. Inhaberin der Namensaktien war ursprünglich die S. Treugeberversammlung GbR (nachfolgend: S-GbR), bestehend aus 11 Nachkommen des Gründers der Beklagten, darunter

Dr. W. S. mit einem Anteil von 14,4 %. Für Gesellschafterbeschlüsse galt das Mehrheitsprinzip. Die S-GbR hielt bis 31. Juli 2002 sämtliche Anteile an der S. Treuhand GmbH (nachfolgend: S-TG), welche persönlich haftende, aber nicht geschäftsführungsbefugte Gesellschafterin der beklagten KGaA mit einem Kapitalanteil von derzeit ca. 28 % (früher 38 %) ist. Persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten mit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, aber ohne Kapitalbeteiligung sind Dr. K. -E. und die S. Geschäftsführungs GmbH (im Folgenden: S-GG), eine 100 %ige Tochtergesellschaft der S-TG.

3 Im Mai 2001 veräußerte die S-GbR die beiden Namensaktien - mit Zustimmung u.a. des Dr. K. -E. namens der Beklagten - an H. M., der bis 1997 der S-GbR angehört hatte. Er erhielt die Aktien zu ihrem damaligen Kurswert unter Stundung des Kaufpreises mit der Verpflichtung, sie jederzeit zurückzuübertragen. Er entsandte im Juni 2001 - wie zuvor schon seitens der S-GbR geschehen - Dr. So. und Dr. W. S. in den Aufsichtsrat. Im April 2002 erneuerte er die Entsendung von Dr. W. S.. Dieser war bis Ende 2000 Geschäftsführer der S-TG.

4 Zum 1. August 2002 nahmen die Gesellschafter der S-GbR im Zuge einer vorweggenommenen Erbfolge eine Umstrukturierung der Beteiligungsverhältnisse an der S-TG vor, deren Anteile nunmehr von der S. Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (nachfolgend: S-Beteiligungs KG), einer Einheits-GmbH & Co. KG, gehalten werden. Ihr gehören 26 Nachkommen des Gründers der Beklagten als Kommanditisten an, darunter auch die beiden Kinder des Dr. W. S. mit Anteilen von je ca. 7,2 %, an denen er sich den Nießbrauch einschließlich der Stimm- und Verwaltungsrechte in der S-Beteiligungs KG vorbehalten hat. Ihre Kommanditisten entscheiden, wenn

50 % der Stimmen anwesend oder vertreten sind, regelmäßig mit einfacher, bei Personalentscheidungen mit $\frac{2}{3}$ -Mehrheit. Ihnen steht ein Weisungsrecht gegenüber der Komplementär-GmbH zu, deren Geschäftsführer entsprechend diesen Weisungen u.a. die Mitglieder eines Beirats der S-TG bestimmt. Diesem Beirat, der auch schon vor dem 1. August 2002 bestand, obliegt die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte der S-TG gegenüber deren Tochtergesellschaften sowie gegenüber der Beklagten.

5 Mit seiner im Februar 2001 erhobenen Klage hat der Kläger, der sich auf eine Reihe im Prozess vorgelegter Rechtsgutachten stützt, primär die Feststellung begehrt, dass Dr. So. und Dr. W. S. nicht Mitglieder des Aufsichtsrats der Beklagten seien. Beide seien als inhabil i.S. von § 287 Abs. 3 AktG anzusehen. Zudem habe die S-GbR gemäß § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG ein Entsendungsrecht aus den Namensaktien nicht selbst ausüben können. Die Übertragung der Namensaktien auf H. M. sei als Umgehungsgeschäft sowie wegen fehlender Zustimmung der Hauptversammlung unwirksam. Das Landgericht hat der Klage entsprochen, woraufhin Dr. So. sein Aufsichtsratsmandat niederlegte. Das Berufungsgericht (ZIP 2004, 214 = NZG 2004, 521) hat insoweit auf Antrag des Klägers die Erledigung der Hauptsache festgestellt; im Übrigen hat es - auf die Berufung der Beklagten - die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die - von dem Berufungsgericht zugelassene - Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision bleibt erfolglos.

7 I. Soweit der Kläger - trotz vorinstanzlichen Obsiegens mit seinem Feststellungsantrag auf Teilerledigung der Hauptsache (Dr. So.) - die Aufhe-

bung des angefochtenen Urteils insgesamt beantragt, ist dies ein offenkundiges Versehen und dahin zu korrigieren, dass nur der abgewiesene Teil der Klage (hinsichtlich des Dr. S.) mit der Revision weiterverfolgt werden soll.

8 II. Das Berufungsgericht hält Dr. S. nicht für inhabil i.S. von § 287 Abs. 3 AktG. Die nach ihrem Wortlaut nur persönlich haftende Gesellschafter einer KGaA erfassende Vorschrift sei analog allenfalls auf Geschäftsführer sowie auf solche Gesellschafter der Komplementärgesellschaft anwendbar, welche einen bestimmenden Einfluss auf die Willensbildung der Komplementärgesellschaft ausüben könnten. Dr. S. verfüge aber mit seiner Nießbrauchsberechtigung an 14,4 % der Geschäftsanteile der S-Beteiligungs KG über keinen maßgeblichen Einfluss auf die S-TG (als Komplementärin der Beklagten). Ein einheitliches, die S-TG steuerndes Gruppen- bzw. Familieninteresse innerhalb der S-Beteiligungs KG sei nicht dargetan. Zwar habe die S-GbR das in den Namensaktien verbriefte und von ihr seit 1972 regelmäßig ausgeübte Entsendungsrecht als Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH der Beklagten (S-TG) entsprechend § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG nicht selbst ausüben können, wie seitens der Kommanditaktionäre erst im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. Februar 1997 (BGHZ 134, 392 ff.) gerügt worden sei. Wirksam seien aber die Übertragung der Namensaktien auf H. M. und die Entsendung des Dr. S. durch ihn. H. M. sei drittgrößter Kommanditaktionär der Beklagten und den Interessen der Komplementärseite nicht verpflichtet, wie seine Vernehmung als Zeuge ergeben habe. Ein Umgehungsgeschäft liege nicht vor.

9 III. Das angefochtene Urteil hält revisionsrechtlicher Prüfung im Ergebnis stand.

10

1. Die von dem Berufungsgericht nicht erörterte, jedoch von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeit der Klage ist gegeben. Es handelt sich hier allerdings nicht um eine Nichtigkeitsklage i.S. von § 250 AktG, weil Dr. W. S. nicht gemäß § 101 Abs. 1 AktG in den Aufsichtsrat gewählt, sondern gemäß § 101 Abs. 2 AktG entsandt worden ist (vgl. Hüffer in MünchKommAktG 2. Aufl. § 250 Rdn. 3; K. Schmidt in GroßkommAktG 4. Aufl. § 250 Rdn. 7). Fehler einer Entsendung i.S. von § 101 Abs. 2 AktG (hier i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG) und deren gerichtliche Kontrolle sind im Aktiengesetz nicht geregelt (vgl. Semler in MünchKommAktG 2. Aufl. § 101 Rdn. 221; Zöllner in KölnerKomm.z.AktG § 250 Rdn. 5). Dies führt dazu, dass an Stelle der mangels einer Wahl (§§ 101 Abs. 1, 250 AktG) ausscheidenden Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage (§ 252 Abs. 1, 2 AktG) allgemeine prozessuale Grundsätze eingreifen, mithin auch die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO in Betracht kommt. Zwar ist hier nicht ein Rechtsverhältnis zwischen den Prozessparteien, sondern zwischen der Beklagten und dem in ihren Aufsichtsrat entsandten Dr. S. im Streit. Jedoch kann auch ein Drittrechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein, falls es zugleich für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung ist und der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung hat (vgl. Sen.Urt. v. 18. März 1996 - II ZR 10/95, WM 1996, 1004 m.w.Nachw.; Sen.Urt. v. 10. Oktober 2005 - II ZR 90/03, Mangusta/Commerzbank II z.V.b.in BGHZ). Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, ob der Aufsichtsrat der Gesellschaft, der er als Kommanditaktionär angehört, richtig besetzt ist. Auch in dem rechtsähnlichen Fall des § 98 AktG billigt das Gesetz einem Aktionär die Befugnis zu, eine gerichtliche Entscheidung über die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats herbeizuführen. Dass die Rechtskraft der begehrten Feststellung hier ggf. - anders als in den Fällen der §§ 250, 252 AktG - auf das Verhältnis zwischen den Prozessparteien beschränkt ist, steht einem Rechtsschutzinteresse des

Klägers nicht entgegen. Die Beklagte wäre ggf. berechtigt und verpflichtet, ein unwirksam bestelltes Aufsichtsratsmitglied von der Mitwirkung in diesem Organ auszuschließen (vgl. Mertens in KölnerKomm.z.AktG 2. Aufl. § 101 Rdn. 95; Semler in MünchKommAktG 2. Aufl. § 101 Rdn. 243).

11 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Klage, soweit sie nicht erledigt ist, für unbegründet erachtet.

12 a) Entgegen der Ansicht der Revision ist Dr. S. für das Amt eines Aufsichtsratsmitglieds der Beklagten nicht inhabil i.S. von § 287 Abs. 3 AktG.

13 aa) Nach seinem Wortlaut erfasst § 287 Abs. 3 AktG nur "persönlich haftende Gesellschafter" der KGaA. Allerdings ging der historische Gesetzgeber bei Schaffung der schon in § 328 Abs. 4 HGB 1897 enthaltenen Vorschrift davon aus, dass Komplementär einer KGaA nur eine natürliche Person sein (vgl. BGHZ 134, 392 f.) und diese nicht zur Überwachung ihrer selbst berufen werden kann (vgl. Düringer/Hachenburg, HGB § 328 Anm. 11; vgl. auch § 105 Abs. 2 Satz 3 AktG). Wie sich aus dem - durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 eingefügten - § 279 Abs. 2 AktG ergibt, hat der Gesetzgeber inzwischen die Entscheidung des Senats vom 24. Februar 1997 (BGHZ 134, 392 ff.), dass einzige Komplementärin einer KGaA eine Kapitalgesellschaft sein kann, ausdrücklich bestätigt. § 287 Abs. 3 AktG, der auf natürliche Personen als Komplementäre zugeschnitten ist, blieb indessen unverändert. Da eine juristische Person als Komplementärin gemäß § 100 Abs. 1 (i.V.m. § 278 Abs. 3) AktG ohnehin nicht Aufsichtsratsmitglied sein, sie jedoch die ihr in der KGaA zugewiesenen Kompetenzen letztlich nur durch natürliche Personen als gesetzliche Vertreter ausüben kann, mag es - mit der insoweit einhelligen Auffassung im Schrifttum - geboten sein, diese Funktionsträger in den Anwendungsbereich des § 287 Abs. 3 AktG einzubeziehen, um zu vermeiden, dass Geschäftsfüh-

rungs- und Überwachungsfunktion in einer Hand zusammenfallen (vgl. Mertens/Cahn in KölnerKomm.z.AktG 2. Aufl. § 287 Rdn. 8; Mertens in Festschrift Ulmer, S. 419 f.; Assmann/Sethe in Großkomm.z.AktG 4. Aufl. § 287 Rdn. 10; Semler/Perlitt in MünchKommAktG § 287 Rdn. 28).

- 14 Ob eine darüber hinausgehende "Ausdehnung" des § 287 Abs. 3 AktG auf Gesellschafter der Komplementär-GmbH einer KGaA ohne entsprechende gesetzliche Anordnung überhaupt in Betracht kommt, kann dahinstehen. Jedenfalls widerspräche die von der Revision verfochtene Ausdehnung des § 287 Abs. 3 AktG auf sämtliche unmittelbaren - und erst Recht auf die mittelbaren - Gesellschafter der Komplementärgesellschaft nicht nur dem grundsätzlich geltenden Prinzip der Trennung zwischen der Gesellschaft als selbständiger Rechtsträgerin und ihren Mitgliedern, sondern ginge auch über den Sinn und Zweck der Vorschrift hinaus. Selbst die Befürworter einer solchen Ausdehnung schränken sie auf solche Gesellschafter ein, welche "mehr als nur unmaßgeblich" an der Komplementärgesellschaft beteiligt sind (vgl. Assmann/Sethe aaO § 287 Rdn. 10; Ihrig/Schlitt, Beihefte der ZHR, Heft 67 [1998], S. 33, 43 f.; schon im Ansatz zurückhaltend und auf den Einzelfall abstellend Semler/Perlitt aaO § 278 Rdn. 332). Richtigerweise wären im Wege einer etwaigen analogen Anwendung der Vorschrift allenfalls diejenigen Gesellschafter der Komplementärgesellschaft einzubeziehen, welche in ihr eine organähnliche Leitungsfunktion tatsächlich ausüben (vgl. Mertens/Cahn aaO § 287 Rdn. 8) oder an der Komplementärgesellschaft maßgeblich beteiligt sind und deshalb bestimmten Einfluss auf deren Geschäftsleitung ausüben können (so Herfs in MünchHdbAG 2. Aufl. § 77 Rdn. 45; Arnold, Die GmbH & Co KGaA 2001, S. 107), wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt.

15 Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich aus den Besonderheiten einer KGaA nichts Gegenteiliges. Zwar hat der Aufsichtsrat einer KGaA gemäß § 287 Abs. 1, 2 AktG die Beschlüsse der Kommanditaktionäre auszuführen und die Gesamtheit der Aktionäre in einem Rechtsstreit mit den persönlich haftenden Gesellschaftern zu vertreten. Daraus lässt sich aber nicht folgern, dass der Aufsichtsrat nur mit Interessenvertretern der Kommanditaktionäre besetzt sein dürfe oder zumindest "gegnerfrei" besetzt sein müsse. Dagegen sprechen schon die zulässige Existenz von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat sowie die Zulässigkeit von Entsendungsrechten einzelner Aktionäre (§§ 278 Abs. 3, 101 Abs. 2 AktG), deren Interessen mit denen der übrigen Aktionäre nicht gleichgerichtet sein müssen. Die Aufgaben des Aufsichtsrats in der KGaA sind gegenüber denjenigen in der Aktiengesellschaft ohnehin eingeschränkt (vgl. dazu Semler/Perlitt aaO § 287 Rdn. 43 ff.), zumal er keine Personalkompetenz gemäß § 84 AktG hat. Er handelt bei der Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen nicht als Vertreter der Gesamtheit der Kommanditaktionäre (so aber Semler/Perlitt aaO § 287 Rdn. 60, 78), sondern als Organ der Gesellschaft, und hat deren Interessen u.a. auch im Fall eines Konflikts mit denjenigen der Kommanditaktionäre wahrzunehmen (vgl. Assmann/Sethe aaO § 287 Rdn. 50, 66; Mertens/Cahn aaO § 287 Rdn. 17). Das gleiche gilt bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts zwischen der Gesellschaft und einem Komplementär (§§ 278 Abs. 3, 112 AktG; Semler/Perlitt aaO § 278 Rdn. 260). Aus der Prozessvertretung der Gesamtheit der Kommanditaktionäre durch den Aufsichtsrat (§ 287 Abs. 2 AktG) lässt sich das von der Revision in Übereinstimmung mit den vom Kläger vorgelegten Rechtsgutachten gezeichnete Bild eines ständigen Interessengegensatzes zwischen Kommanditaktionären und Komplementären nicht ableiten.

- 16 Etwaige Partikularinteressen kann ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied gegen die Mehrheit der anderen nicht durchsetzen. Selbst unter Geltung des § 327 Abs. 1 HGB 1897, nach dem die persönlich haftenden Gesellschafter - anders als nach § 285 Abs. 1 AktG - keinerlei Stimmrecht aus von ihnen gehaltenen Aktien in der Hauptversammlung hatten, führte die persönliche oder wirtschaftliche Verbundenheit zwischen einem persönlich haftenden Gesellschafter und einem Aufsichtsratsmitglied nicht zu dessen Amtsunfähigkeit (vgl. Düringer/Hachenburg, HGB § 328 Anm. 13). Ebenso wie § 105 Abs. 1 AktG dient auch § 287 Abs. 3 AktG nicht der Abwendung wirtschaftlicher Interessenkonflikte, sondern der Wahrung eines "Organisationsgefälles" zwischen dem Aufsichtsrat und dem durch ihn überwachten Gesellschaftsorgan (vgl. Mertens in Festschrift Ulmer, S. 420, 424; Hüffer, AktG 6. Aufl. § 100 Rdn. 5 und § 105 Rdn. 2).
- 17 bb) Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, ist Dr. S. mit seiner Nießbrauchsberechtigung an insgesamt 14,4 % der Gesellschaftsanteile der S-Beteiligungs KG weder an dieser noch an deren Tochtergesellschaft, der S-TG als Komplementärin der Beklagten, maßgeblich beteiligt. Er kann mit dieser Beteiligung nicht einmal auf die Besetzung des Beirats der S-TG, geschweige denn auf deren Geschäftsführung Einfluss nehmen. Erst recht fehlt ihm ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung der S-GG, welche persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten mit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ist.
- 18 Ohne Erfolg rügt die Revision, dass das Berufungsgericht die Prüfung einer etwaigen Inhabilität des Dr. S. im Wesentlichen auf der Grundlage der Beteiligungsverhältnisse nach Gründung der S-Beteiligungs KG durchgeführt habe, obwohl er zur Zeit seiner hier streitigen Entsendung in den Auf-

sichtsrat der Beklagten noch Mitgesellschafter der S-GbR gewesen und diese erst später durch die S-Beteiligungs KG als Muttergesellschaft der S-TG ersetzt worden sei. Abgesehen davon, dass die Revision an anderer Stelle selbst ausführt, durch die zum 1. August 2002 erfolgten Umgestaltungen der Rechtsverhältnisse hätten sich keine entscheidungserheblichen Veränderungen ergeben, konnte Dr. S. mit seiner Beteiligung von 14,4 % an der S-GbR ebenso wenig einen bestimmenden Einfluss auf die S-TG und die S-GG ausüben wie mit seiner Nießbrauchseteiligung an der S-Beteiligungs KG.

19 Zu Unrecht meint die Revision ferner, es komme auf den Umfang des Einflusses, den Dr. S. für sich allein auf die Komplementärinnen der Beklagten ausüben könne, nicht an, weil die S-GbR und ebenso die S-Beteiligungs KG ausschließlich aus Familienangehörigen zusammengesetzt sei, welche bisher als geschlossene Einheit aufgetreten seien und mit einer Stimme gesprochen hätten. Die von der Revision angeführten Senatsentscheidungen (BGHZ 80, 69, 73; Urt. v. 16. Dezember 1991 - II ZR 294/90, ZIP 1992, 241, 244) betreffen eine Mehrpersonenherrschaft (§§ 17, 18 Abs. 1 Satz 3 AktG) von Gesellschaftern, welche stets gleichgerichtete Interessen verfolgt und eine gemeinsame Unternehmenspolitik betrieben haben. Dagegen beruht im vorliegenden Fall die Einheitlichkeit des nach außen in Erscheinung tretenden Willens der Gesellschafter der S-GbR bzw. der S-Beteiligungs KG darauf, dass innerhalb der Familiengesellschaften die Mehrheit darüber entscheidet, in welcher Weise die Gesellschafterrechte in den Beteiligungsgesellschaften ausgeübt werden. Dass sich diese Entscheidungen mit den Vorstellungen des Gesellschafters bzw. Nießbrauchers Dr. W. S. decken, ist damit nicht gesagt. Wie der Senat mehrfach ausgesprochen hat, gibt es keinen Erfahrungssatz, dass Familienangehörige stets gleichgerichtete Interessen verfolgen (vgl. Senat, BGHZ 77, 94, 106; Urt. v. 16. Dezember 1991 aaO).

20 b) Zutreffend hat das Berufungsgericht schließlich angenommen, dass die S-GbR die Namensaktien wirksam auf H. M. übertragen und er das darin verbrieftete Entsendungsrecht wirksam ausgeübt hat.

21 aa) Keiner Entscheidung bedarf hier, ob die S-GbR als Alleingesellschafterin der S-TG entsprechend § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG gehindert war, die Entsendungsrechte aufgrund der beiden Namensaktien selbst auszuüben, wie das Berufungsgericht annimmt, das sich dabei auf die herrschende Meinung im Schrifttum stützen kann (vgl. Arnold aaO S. 109; Assmann/Sethe aaO § 287 Rdn. 7; Herfs aaO § 77 Rdn. 44; Hoffmann-Becking/Herfs, Festschrift Sigle, S. 273, 289; Ihrig/Schlitt aaO S. 45; einschränkend Semler/Perlitt aaO § 278 Rdn. 335). Jedenfalls war die S-GbR nicht gehindert, die Aktien und das mit ihnen verbundene Entsendungsrecht auf eine ihr genehme Person zu übertragen (vgl. Hoffmann-Becking/Herfs aaO S. 289 f.). Der vormalige Aktienbesitz der S-GbR "infiziert" nicht das in der Satzung begründete Entsendungsrecht als solches. Dieses konnte vielmehr seine etwa vorher eingeschränkte Wirkungskraft nach Übertragung der Aktien auf den geraume Zeit vorher aus der S-GbR ausgeschiedenen H. M. wieder voll entfalten.

22 bb) Entgegen der Auffassung der Revision bedurfte die Übertragung der Namensaktien auf H. M. nicht der Zustimmung der Hauptversammlung. Nach § 6 Nr. 3 der Satzung der Beklagten ist für die Übertragung der - gemäß § 101 Abs. 2 Satz 2 AktG vinkulierten - Namensaktien die schriftliche Zustimmung der "Gesellschaft" vorgeschrieben. Die Zustimmung erteilt gemäß §§ 278 Abs. 3, 68 Abs. 2 Satz 2 AktG die Geschäftsleitung bzw. - im Fall einer KGaA - der geschäftsführungsbefugte Komplementär (Assmann/Sethe aaO § 285 Rdn. 38; Herfs aaO § 75 Rdn. 18), wenn nicht die Satzung bestimmt, dass der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung über die Erteilung der Zustimmung

beschließt (§§ 68 Abs. 2 Satz 3, 278 Abs. 3 AktG). Das ist hier nicht der Fall, wie das Berufungsgericht im Einzelnen zutreffend ausführt.

23 Dadurch wird - entgegen der Ansicht der Revision - nicht eine unzulässige Einflussnahme der Komplementäre auf die Besetzung des Aufsichtsrats eröffnet. Die Zustimmung zu der Aktienübertragung hat keinen Bezug zu der Entsendung einer bestimmten Person in den Aufsichtsrat. Darüber hat vielmehr der jeweilige Aktieninhaber zu entscheiden, während der Hauptversammlung insoweit die Entscheidungskompetenz gemäß § 101 Abs. 1 AktG fehlt. Dem widerspricht es erst recht, bereits die Auswahl des entsendungsberechtigten Aktienerwerbers an die - in der Satzung nicht vorgeschriebene - Zustimmung der Hauptversammlung zu binden.

24 cc) In der Übertragung der Namensaktien auf ein Familienmitglied, das zur Ausübung der Entsenderechte in der Lage ist, liegt auch kein unzulässiges Umgehungsgeschäft, sondern eine zulässige Gestaltungsform (vgl. Hoffmann-Becking/Herfs aaO S. 289 f.). Schon der Ausschluss eines Entsendungsrechts des Komplementärs lässt sich dem Gesetz nicht unmittelbar, sondern allenfalls auf dem Wege einer Analogie zu § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG entnehmen, die nicht zu völliger Aushöhlung des in der Satzung bestimmten Sonderrechts führen darf. Anders als im Fall des Senatsurteils vom 29. Januar 1976 - II ZR 19/75, WM 1976, 378) handelt es sich hier nicht um eine Umgehung des Verbots eines "Richtens in eigener Sache". Ein Umgehungsgeschäft liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Erwerber über die jeweiligen Entsendungen frei entscheiden kann und keinen Weisungen seitens der Komplementärin unterliegt. Entsprechendes war hier nach den bindenden tatrichterlichen Feststellungen auch unter Berücksichtigung der besonderen Konditionen des Übertragungsgeschäfts der Fall. Die etwaige Erwartung der S-GbR, H. M. werde

sich im Zweifel für Kandidaten aus der Familie entscheiden, genügt für die Annahme eines Umgehungsgeschäfts nicht. Die Sicherung eines gewissen Einflusses der Familiengesellschaft innerhalb der KGaA durch satzungsmäßige Sonderrechte im Rahmen des § 23 Abs. 5 AktG ist zulässig (vgl. Hoffmann-Becking/Herfs aaO S. 276). Darin liegt insbesondere keine unzulässige Minderheitenherrschaft.

Goette

Kraemer

Gehrlein

Strohn

Caliebe

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 05.04.2002 - 5 HKO 2178/01 -

OLG München, Entscheidung vom 13.08.2003 - 7 U 2927/02 -