

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien

Bürgers / Fett

3., neu bearbeitete Auflage 2022

ISBN 978-3-406-76959-7

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

bb) § 93 Abs. 1 S. 3 AktG (Verschwiegenheitspflicht). Die geschäftsführungsbefugten Komplementäre einer KGaA unterliegen kraft § 283 Nr. 3 AktG ebenso wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft der Verschwiegenheitspflicht aus § 93 Abs. 1 S. 3 AktG.

Bei den nichtgeschäftsführungsbefugten Komplementären ist fraglich, ob diese ebenfalls gemäß §§ 283 Nr. 3, 93 Abs. 1 S. 3 AktG zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.³⁶⁷ Viel spricht hier angesichts der umfangreichen Einsichtsrechte aus § 118 HGB und mitgliedschaftlicher Treuepflichtbindungen für eine Pflicht zur Verschwiegenheit aus §§ 283 Nr. 3, 93 Abs. 1 S. 3 AktG. Die Verletzung dieser Pflicht ist gemäß § 404 AktG strafbewehrt.

cc) § 93 Abs. 3 Nr. 5 AktG (Unterlassung der Verteilung von Gesellschaftsvermögen). Entnahmen der Komplementäre sind gemäß § 278 Abs. 2 AktG iVm §§ 161 Abs. 2, 122 HGB zulässig; diese personengesellschaftsrechtliche Regelung findet ihre Schranken in der speziellen Regelung des § 288 AktG.³⁶⁸ Die Verteilung von Gesellschaftsvermögen an Komplementäre ist daher nicht sorgfaltswidrig, solange sie sich in dem Rahmen des nach diesen Regelungen Zulässigen bewegt. Entnahmen der Kommanditaktionäre sind demgegenüber grundsätzlich unzulässig,³⁶⁹ sodass im Falle von Auszahlungen an Kommanditaktionäre § 93 Abs. 3 Nr. 5 AktG greift.

(nicht belegt)

126

dd) § 93 Abs. 3 Nr. 8 AktG (Unterlassen der Kreditgewährung). § 93 Abs. 3 Nr. 8 AktG gilt im Hinblick auf § 288 Abs. 2 AktG, der die Kreditgewährung an persönlich haftende Gesellschafter oder deren Angehörige unter weitere Voraussetzungen stellt, ebenfalls für die Organe der KGaA.

ee) §§ 283 Nr. 3, 117 AktG (unzulässige Einflussnahme auf Leitungsgremien). Gilt unter den Komplementären im Innenverhältnis grundsätzlich Personengesellschaftsrecht, so ordnet § 283 Nr. 3 AktG für die vorsätzliche schädigende Einflussnahme seitens der persönlich haftenden Gesellschafter die Geltung des § 117 AktG an. Damit ist § 117 AktG – neben der Anwendbarkeit aufgrund des allgemeinen Verweises in § 278 Abs. 3 für außenstehende Dritte und einzelne Kommanditaktionäre – über § 283 Nr. 3 AktG als eine die Sorgfaltsanforderungen umschreibende Norm auch für die persönlich haftenden Gesellschafter anzuwenden. Entgegen einer Ansicht im Schrifttum beschränkt sich die Anwendbarkeit des § 117 AktG nicht auf die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter.³⁷⁰ Die Weite des Tatbestandes, die gerade jeden erfasst, der faktisch über Einfluss auf die Ge-

³⁶⁷ Ob eine Vorschrift auch für nichtgeschäftsführungsbefugte Komplementäre über § 283 AktG anzuwenden ist, ist mittels Auslegung zu ermitteln, vgl. Sethe in GroßkommAktG § 283 Rn. 6, 9; Perlitt in MüKoAktG § 283 Rn. 12; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 283 Rn. 5; Koch in Hüffer/Koch AktG § 283 Rn. 1.

³⁶⁸ Sethe in GroßkommAktG § 288 Rn. 48ff.; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 288 Rn. 1; Koch in Hüffer/Koch AktG § 288 Rn. 4; Müller-Michaels in Hölters AktG § 288 Rn. 1, 3.

³⁶⁹ Sethe in GroßkommAktG § 288 Rn. 43; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 288 Rn. 6; Müller-Michaels in Hölters AktG § 288 Rn. 3.

³⁷⁰ So aber Perlitt in MüKoAktG § 283 Rn. 19.

sellschaft verfügt,³⁷¹ ist vielmehr auch im Rahmen der KGaA zu übernehmen.³⁷² Damit können auch nicht geschäftsführungsbefugte Komplementäre bei vorsätzlicher Einflussnahme einer Schadensersatzpflicht ausgesetzt sein.

- 129 ff) Pflichten aus dem Anstellungsvertrag.** Obwohl Komplementäre einer KGaA geborene Geschäftsführer sind, ist es zulässig und in der Praxis insbesondere bei sog. Geschäftsführer-Komplementären üblich, einen Anstellungsvertrag zwischen Komplementär und Gesellschaft abzuschließen.³⁷³ Dieser ist schuldrechtliche Nebenabrede zum Gesellschaftsvertrag mit mehr oder weniger starken dienstvertraglichen Zügen.³⁷⁴ Stellt dieser Vertrag³⁷⁵ für den persönlich haftenden Gesellschafter Sorgfaltspflichten auf, so hat der Komplementär im Falle einer Verletzung nach allgemeinen Regeln Schadensersatz zu leisten.³⁷⁶
- 130 gg) §§ 48, 53 AktG (Pflichten im Rahmen der Gründung/Nachgründung), §§ 309, 310, 317, 318, 312, 399–408 AktG.** Hinsichtlich der Sorgfaltspflichten der Komplementäre im Rahmen der Gründung oder in Fällen der Nachgründung, gegenüber verbundenen Unternehmen sowie hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortung bestehen keine Unterschiede gegenüber den für den Vorstand einer Aktiengesellschaft geltenden Sorgfaltspflichten.³⁷⁷
- 131 hh) § 92 Abs. 1 AktG (Einberufungspflicht bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals).** Bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals sind die Komplementäre verpflichtet, gemäß § 92 Abs. 1 AktG die Hauptversammlung einzuberufen.³⁷⁸ Diese Pflicht lässt sich sowohl aus § 283 Nr. 6 AktG als auch aus § 283 Nr. 3 AktG herleiten. Die Verletzung dieser Pflicht ist gemäß §§ 408, 401 AktG strafbewehrt. Aus dem Umstand, dass die Verletzung dieser Pflicht auch für die persönlich haftenden Gesellschafter strafbewehrt ist, folgt zwingend, dass die Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung auch für die persönlich haftenden Gesellschafter gelten muss.
- 132 (nicht belegt)**
- 133 b) Haftung bei Sorgfaltspflichtverletzung.** Verletzt ein geschäftsführender Komplementär eine der vorstehend beschriebenen Sorgfaltspflichten, so haftet er der KGaA über §§ 283 Nr. 3, 93 Abs. 2 AktG auf Schadensersatz.³⁷⁹ Sind mehrere persönlich haftende geschäftsführende Gesellschafter vorhanden, so haften diese

³⁷¹ Vgl. Hoffmann-Becking in MHdB AG § 27 Rn. 1, 2.

³⁷² Für die uneingeschränkte Geltung Sethe in GroßkommAktG § 283 Rn. 17; K. Schmidt in K. Schmidt/Lutter AktG § 283 Rn. 6; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 283 Rn. 11.

³⁷³ Ausführlich → Rn. 259ff.

³⁷⁴ Sethe in GroßkommAktG § 288 Rn. 79; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 288 Rn. 10; Perlitt in MüKoAktG § 288 Rn. 81.

³⁷⁵ → Rn. 259ff.

³⁷⁶ Vgl. für den Vorstand einer AG Koch in Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 36 ff.; für den Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter: BGH, NJW 1987, 2008.

³⁷⁷ → § 4 Rn. 60ff.

³⁷⁸ Perlitt in MüKoAktG § 283 Rn. 43; Koch in Hüffer/Koch AktG § 283 Rn. 2; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG § 283 Rn. 13.

³⁷⁹ OLG München NZG 2000, 741, 742; vgl. Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 283 Rn. 11; Servatius in Grigoleit AktG § 283 Rn. 14.

aufgrund ihrer Gesamtverantwortung für die Geschäftsführung ebenso wie der handelnde Komplementär.³⁸⁰ Diese **Gesamtverantwortung** entspricht der Gesamtverantwortung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft³⁸¹ und ist unabhängig von der Frage, ob Einzel- oder Gesamtgeschäftsführung für die persönlich haftenden Gesellschafter der KGaA gilt.³⁸² Wenn mangels abweichender Regelung Einzelgeschäftsführung³⁸³ besteht, so kann zwar durch eine entsprechende Geschäftsverteilung unter den geschäftsführenden Komplementären eine individuelle Ressortverantwortung geschaffen werden;³⁸⁴ diese entbindet die anderen geschäftsführenden Komplementäre aber nicht von ihrer Gesamtverantwortung.³⁸⁵ Ihre Geschäftsführungspflicht wandelt sich in diesem Fall in eine Aufsichtspflicht,³⁸⁶ deren Verletzung ebenso haftungsgründend wirkt.

Die Innenhaftung des geschäftsführenden Komplementärs beginnt mit dem 134 Zeitpunkt seiner Geschäftsführungsbefugnis und endet mit dem Erlöschen derselben. Ist der geschäftsführende Komplementär Gründungsgesellschafter, beginnt die Haftung aus § 93 Abs. 1 AktG mit der Aufnahme seiner Geschäftsführungstätigkeit für die KGaA, dies dürfte in der Regel mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der KGaA zusammenfallen. Andernfalls beginnt die Haftung grundsätzlich mit Erlangung der Stellung als geschäftsführender Komplementär.³⁸⁷ Geschäftsführender Komplementär wird der Betroffene wiederum mit Wirksamkeit der Satzungsänderung seiner Aufnahme in die KGaA, wobei in der Satzung vom Gesetz abweichende Bestimmungen über die Aufnahme neuer Komplementäre enthalten sein können, die zu beachten wären.³⁸⁸ Dass es auf einen wirksamen Aufnahmekt, wie überwiegend für die Haftung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft hinsichtlich des Bestellungsaktes vertreten wird,³⁸⁹ nicht ankommt, kann hier allerdings nicht angenommen werden, da für die KGaA insofern das Prinzip der Selbstorganschaft gilt.³⁹⁰ Die Innenhaftung endet mit Erlöschen seiner Geschäftsführungsbefugnis, sei es durch Entzug, sei es durch Ausscheiden aus der KGaA. Im ersten Fall ist der Zeitpunkt der Wirksamkeit des Entzugs entscheidend,³⁹¹ im zweiten wiederum der Zeitpunkt seines Ausscheidens.

³⁸⁰ Herfs in MHdB AG § 79 Rn. 9; vgl. auch Perlitt in MüKoAktG § 278 Rn. 34.

³⁸¹ Koch in Hüffer/Koch AktG § 77 Rn. 14, § 93 Rn. 13a; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 149; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG § 93 Rn. 92; BGH, NJW 1986, 54; BGH, NJW 1995, 2850.

³⁸² Herfs in MHdB AG § 79 Rn. 6; vgl. auch Perlitt in MüKoAktG § 278 Rn. 34.

³⁸³ Perlitt in MüKoAktG § 278 Rn. 174; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 278 Rn. 59; Herfs in MHdB AG § 79 Rn. 7.

³⁸⁴ Sethe in GroßkommAktG § 278 Rn. 128, 133; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 278 Rn. 62; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 169ff.; Dauner/Lieb in Hessler/Strohn AktG § 93 Rn. 30.

³⁸⁵ Sethe in GroßkommAktG § 278 Rn. 143; Herfs in MHdB AG § 79 Rn. 9; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 170; Dauner/Lieb in Hessler/Strohn AktG § 93 Rn. 30.

³⁸⁶ Sethe in GroßkommAktG § 278 Rn. 143; Herfs in MHdB AG § 79 Rn. 9; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 170; Dauner/Lieb in Hessler/Strohn AktG § 93 Rn. 31; BGH NJW 1995, 2850; BGH NJW 1997, 130.

³⁸⁷ Perlitt in MüKoAktG § 278 Rn. 62; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 12.

³⁸⁸ Vgl. Perlitt in MüKoAktG § 278 Rn. 66, 67ff.

³⁸⁹ Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 13, 15.

³⁹⁰ Förster/Fett in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 278 Rn. 46; Perlitt in MüKoAktG § 278 Rn. 167f., 31f.

³⁹¹ Ausführlich → Rn. 182ff.

- 135** Die Haftung trifft alle geschäftsführenden Komplementäre; mithin grundsätzlich auch beschränkt geschäftsfähige oder geschäftsunfähige Komplementäre,³⁹² soweit diese geschäftsführungsbefugt sind.³⁹³ Allerdings haften für Sorgfaltspflichtverletzungen beschränkt geschäftsfähiger oder geschäftsunfähiger Komplementäre deren gesetzliche Vertreter.³⁹⁴
- 136** Die geschäftsführenden Komplementäre haften nur bei **Verschulden**, da § 93 Abs. 2 AktG eine Verschuldenshaftung darstellt.³⁹⁵ Haftungsbegründend ist daher eine sorgfaltswidrige Pflichtverletzung, wobei für die Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit ein typisierter Maßstab anzuwenden ist; individuelle Unfähigkeit exkulpiert nicht.³⁹⁶ Das Verschulden von Prokuristen und anderen Angestellten ist den Komplementären nicht zuzurechnen, da diese Personen für die KGaA handeln.³⁹⁷ Allerdings kann sich in diesen Fällen auch ein eigenes Verschulden der Komplementäre ergeben, wenn sie die Pflichtverletzung der Prokuristen oder Angestellten zum Beispiel durch unzulässige Übertragung der Angelegenheit, mangelnde Organisation, mangelnde Instruktion, mangelnde Beaufsichtigung oder fehlerhafte Auswahl erst ermöglicht haben.³⁹⁸ Die geschäftsführenden Komplementäre haften ferner für Sorgfaltspflichtverletzungen von Personen, welche die geschäftsführenden Komplementäre rechtsgeschäftlich bei der Wahrnehmung ihrer organschaftlichen Funktion vertreten, im Falle eines Auswahl- oder Überwachungsverschuldens.³⁹⁹

- 137** Die Sorgfaltspflichtverletzung muss adäquat kausal zu einem Schaden der KGaA geführt haben,⁴⁰⁰ ein mittelbarer Schaden der Kommanditaktionäre⁴⁰¹ ist nur über Schadensersatzleistung in das Vermögen der KGaA auszugleichen.⁴⁰² Nichtge-

³⁹² Vgl. Herfs in MHdB AG § 78 Rn. 15.

³⁹³ Ob beschränkt geschäftsfähige Personen geschäftsführungs- und vertretungsbefugt sein können, ist str. Ausführlich Sethe in GroßkommAktG § 278 Rn. 22–26; ablehnend Perllitt in MüKoAktG § 278 Rn. 24f.; bejahend Sethe in GroßkommAktG § 278 Rn. 24f.; Herfs in MHdB AG § 78 Rn. 15; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 278 Rn. 41.

³⁹⁴ Sethe in GroßkommAktG § 278 Rn. 25; vgl. Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 278 Rn. 41.

³⁹⁵ Vgl. zur Vorstandshaftung: Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 21b; Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter AktG § 93 Rn. 34f.; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 240.

³⁹⁶ Vgl. Hopt/Roth in GroßkommAktG § 93 Rn. 59; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 21b; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 240; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 198; RGZ 163, 200, 208.

³⁹⁷ Koch in Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 46; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 128; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 202; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 21c.

³⁹⁸ Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 202; Koch in Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 46; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 21c; detaillierte Darstellung durch Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 129–141.

³⁹⁹ Vgl. Hopt/Roth in GroßkommAktG § 93 Rn. 162; Koch in Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 46.

⁴⁰⁰ Vgl. Hoffmann-Becking in MHdB AG § 26 Rn. 20; Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter AktG § 93 Rn. 40; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 196; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 260; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 23.

⁴⁰¹ ZB wegen Entwertung ihrer Aktienbeteiligung; vgl. Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 298; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 249.

⁴⁰² Vgl. Koch in Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 18; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 298; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 258.

sellschafter können den Ersatzanspruch der Gesellschaft gemäß § 93 Abs. 5 AktG nur bei Verstößen gegen die in § 93 Abs. 3 AktG enthaltenen Pflichten geltend machen, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Einen eigenen Schaden können Dritte über die unmittelbare persönliche Außenhaftung geltend machen.

Mehrere geschäftsführende persönlich haftende Gesellschafter haften als Gesamtschuldner, §§ 283 Nr. 3, 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG trifft sie die Beweislast für die Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters.⁴⁰³ Dies bedeutet, dass die Gesamtheit der Kommanditaktionäre, vertreten durch den Aufsichtsrat, Eintritt und Höhe des Schadens sowie die adäquat kausale Schadensverursachung durch den geschäftsführenden Komplementär beweisen muss.⁴⁰⁴ Der persönlich haftende Gesellschafter muss darlegen und beweisen, dass seine Handlung nicht pflichtwidrig oder nicht schuldhaft gewesen ist, oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre.⁴⁰⁵

c) Ausschluss der Innenhaftung. Nicht pflichtwidrig ist eine adäquat kausale Schädigungshandlung eines geschäftsführenden Komplementärs einer KGaA, soweit seine Handlung gemäß § 93 Abs. 4 S. 1, 2 AktG auf einem rechtmäßigen Beschluss der Hauptversammlung und – soweit erforderlich – der anderen Komplementäre beruht.

In der KGaA ist die sinngemäße Anwendung von § 93 Abs. 4 S. 1 AktG über §§ 283 Nr. 3, 278 Abs. 3 AktG nicht unproblematisch. Anders als bei einer Aktiengesellschaft ist bei einer KGaA das Erfordernis einer Zustimmung der Hauptversammlung zu außergewöhnlichen Geschäften und zu Grundlagengeschäften der Regelfall. In diesen Fällen ist eine Haftung der geschäftsführenden Komplementäre regelmäßig ausgeschlossen, da in diesen Fällen automatisch ein zustimmender Beschluss der Hauptversammlung gemäß § 93 Abs. 4 S. 1 AktG vorliegt. Nur wenn die Zustimmung der Hauptversammlung oder der nicht geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschafter in der Satzung ausgeschlossen wurde,⁴⁰⁶ kann es zu einer Haftung der geschäftsführenden Komplementäre gemäß § 93 Abs. 1 AktG bei außergewöhnlichen Geschäften und bei Grundlagengeschäften kommen. In diesen Fällen bedarf es einer Zustimmung der Hauptversammlung zu einer Maßnahme, um eine Haftung der geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschafter auszuschließen. Gleiches gilt für den Haftungsausschluss bei gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen.

Ist auch die Zustimmung der nicht-geschäftsführenden Komplementäre in der Satzung ausgeschlossen, ist in diesen Fällen neben der Zustimmung der Hauptversammlung immer auch die Zustimmung der übrigen Komplementäre erforderlich.

⁴⁰³ Zur Beweislast vgl. ausführlich Hopt/Roth in GroßkommAktG § 93 Rn. 426 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. Koch in Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 53; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 26; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 203; BGHZ 152, 280; BGH WM 2013, 456; OLG Stuttgart NZG 2010, 141.

⁴⁰⁵ Vgl. Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 262, 269; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 26; BGHZ 152, 280; BGH WM 2013, 456; OLG Stuttgart NZG 2010, 141.

⁴⁰⁶ Vgl. Perlitt in MüKoAktG § 278 Rn. 75, 223.

- 142** Der Haftungsausschluss wirkt allerdings nur im Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem geschäftsführenden Komplementär. So können die Gläubiger der Gesellschaft den Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen den geschäftsführenden Komplementär geltend machen, wenn von der Gesellschaft keine Befriedigung zu erlangen ist, § 283 Nr. 3 iVm § 93 Abs. 5 S. 1 AktG. Dieser Anspruch des Gläubigers der Gesellschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Handlung des Komplementärs auf einem gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschluss beruhte, § 283 Nr. 3 iVm § 93 Abs. 5 S. 3 AktG.
- 143 d) D&O-Versicherungen.** Angesichts des umfangreichen Pflichtenkataloges und der entsprechenden Haftungsrisiken hat die Absicherung der geschäftsführenden Komplementäre durch eine Geschäftsführerhaftpflicht- oder D&O-Versicherung (Directors' & Officers' Insurance)⁴⁰⁷ zunehmend an Bedeutung gewonnen und gehört inzwischen zum Standard.⁴⁰⁸ 1997 hat der Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft eV Musterbedingungen veröffentlicht und erneuert diese immer wieder.⁴⁰⁹ In der Praxis weichen die Versicherungsangebote dennoch häufig voneinander ab, insbesondere werden individuelle Regelungen vereinbart.⁴¹⁰ Typischerweise wird der Vertrag als Versicherungsvertrag für fremde Rechnung abgeschlossen, §§ 43 ff. VVG.⁴¹¹ Versicherungsnehmer und Prämienzahler ist dann die KGaA, Versicherte sind die geschäftsführenden Komplementäre. Gemäß § 44 Abs. 1 VVG erwirbt der Versicherte eigene Rechte aus dem Versicherungsvertrag.
- 144** Der Abschluss einer D&O-Versicherung durch die Gesellschaft auf ihre eigenen Kosten zugunsten der geschäftsführenden Komplementäre ist zulässig.⁴¹² Insbesondere liegt im Abschluss einer D&O-Versicherung kein Verstoß gegen § 93 Abs. 4 S. 3 AktG, was seit der Schaffung des verpflichtenden Selbstbehalts in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG unstreitig ist.⁴¹³ Die Höhe des Pflichtselbstbehalts beträgt mindestens 10% und mindestens das Eineinhalbsechste der festen jährlichen Vergütung, wobei mit jährlich das Kalenderjahr gemeint ist.⁴¹⁴ Da es sich bei § 93

⁴⁰⁷ Zur Thematik, dass die D&O-Versicherung für Aufsichtsräte eine Vergütung gem. § 113 AktG darstellt, die der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf, → Rn. 473 ff.

⁴⁰⁸ Kästner AG 2000, 113, 114; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 274; ausführlich zur D&O-Versicherung und aktuellen Problemfeldern: Melot de Beauregard/Gleich NJW 2013, 824ff.; Scholz/Bayer NZG 2014, 926; speziell im Gesundheitswesen: Knoch RDG 2013, 42; zu insolvenzrechtlichen Problemen: Lange r+s 2014, 209 bzw. 261.

⁴⁰⁹ Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern, abgedruckt in Thümmel Rn. 351; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 279.

⁴¹⁰ Kästner AG 2000, 113, 114; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 279.

⁴¹¹ Mertens AG 2000, 447, 448; vgl. auch Hölters in Hölters AktG § 93 Rn. 395; Spindler in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 112 Rn. 30.

⁴¹² Vgl. Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 40b; Hopt/Roth in GroßkommAktG § 93 Rn. 450f.; Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter AktG § 93 Rn. 50; aA Fleischer in BeckOGK AkG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 275, der sich für eine Kongruenz von Vergütungsjahr und Zeitraum der Pflichtverletzung ausspricht.

⁴¹³ Hopt/Roth in GroßkommAktG § 93 Rn. 453; Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter AktG § 93 Rn. 50; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 275; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 40b.

⁴¹⁴ Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 40b; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 233; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG § 93 Rn. 251; Melot de Beauregard/Gleich NJW 2013, 824ff.

Abs. 2 S. 3 AktG nicht um ein Verbotsgebot iSv § 134 BGB handelt, bleibt der Versicherungsvertrag auch bei Zu widerhandeln wirksam.⁴¹⁵ Vielmehr handelt es sich um eine innergesellschaftliche Pflicht, die zu einer Schadenersatzhaftung seitens der Komplementäre führen kann.⁴¹⁶ Möglich ist eine Zusatzversicherung des Komplementärs für diesen Selbstbehalt.⁴¹⁷ Ohne entsprechende Regelung in der Satzung besteht nach wohl hM keine Pflicht der Gesellschaft zum Abschluss einer solchen D&O-Versicherung.⁴¹⁸

e) Geltendmachung der Haftung in der gesetzestypischen KGaA. Gemäß § 283 Nr. 8 AktG werden Haftungsansprüche gegen die Komplementäre durch die Kommanditaktionäre wie gegen den Vorstand einer Aktiengesellschaft gemäß §§ 147, 148 AktG geltend gemacht.⁴¹⁹ Komplementäre können Haftungsansprüche gegen andere Komplementäre unabhängig von einer Hauptversammlungsentscheidung der Kommanditaktionäre im Wege der *actio pro socio*⁴²⁰ geltend machen.⁴²¹

Kommanditaktionäre können Ansprüche wegen fehlerhafter Geschäftsführung nur in den durch §§ 147, 148 AktG gesetzten Grenzen verfolgen; eine Geltendmachung von Ansprüchen im Wege der *actio pro socio* durch die Kommanditaktionäre ist nunmehr durch das Instrument der Aktionärsklage gemäß § 148 AktG gegeben.⁴²²

Nach § 147 AktG gilt für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen⁴²³ durch die Kommanditaktionäre zunächst, dass der Aufsichtsrat gemäß § 287 Abs. 2 AktG als Vertreter der Gesamtheit der Kommanditaktionäre⁴²⁴ die Ersatzansprüche

⁴¹⁵ Koch in Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 59; Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 301; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder § 93 Rn. 40b; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit AktG § 93 Rn. 184.

⁴¹⁶ Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 302; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 40b; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG § 93 Rn. 249; Thüsing NZA 2010, 140.

⁴¹⁷ Vgl. Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 40b.

⁴¹⁸ Vgl. BGH NJW 2009, 2454, 2456; ausführlich Fleischer in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 93 Rn. 276, 284ff.; Spindler in MüKoAktG § 93 Rn. 225f.; Bürgers in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 93 Rn. 40a.

⁴¹⁹ Sethe in GroßkommAktG § 283 Rn. 30; Perlitt in MüKoAktG § 283 Rn. 32; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 283 Rn. 22; Müller-Michaels in Hölters AktG § 283 Rn. 9; Koch in Hüffer/Koch AktG § 283 Rn. 2.

⁴²⁰ Ausführlich → Rn. 671ff.

⁴²¹ Sethe in GroßkommAktG § 283 Rn. 30; Koch in Hüffer/Koch AktG § 283 Rn. 2; Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 283 Rn. 22; Först/Fett in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 283 Rn. 13; BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 255/156 = NZG 2018, 220.

⁴²² Bachmann in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 283 Rn. 22; Tretter in Münch Anwalts Hdb AktR § 41 Rn. 56ff.; Koch in Hüffer/Koch AktG § 283 Rn. 2; Först/Fett in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 283 Rn. 13; Perlitt in MüKoAktG § 278 Rn. 107, 125; ausführlich hierzu Schmolke ZGR 2011, 398.

⁴²³ § 147 AktG gilt ebenso für Ausgleichsansprüche (zB §§ 667, 681 S. 1, 687 Abs. 2, 812 Abs. 1 S. 1 2. Fall BGB, § 88 Abs. 2 AktG), Hilfsansprüche (zB auf Auskunft und Rechnungslegung) und Unterlassungsansprüche, vgl. Hirschmann in Hölters AktG § 147 Rn. 2; Holzborn/Jänig in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 147 Rn. 3; Koch in Hüffer/Koch AktG § 147 Rn. 2 mwN.

⁴²⁴ Vgl. Perlitt in MüKoAktG § 287 Rn. 74; str. ist dabei, ob die Kommanditaktionäre in diesem Verfahren aktiv und passiv parteifähig sind, ablehnend: Sethe AG 1996, 289, 299ff. ausführlich → Rn. 625ff.

geltend machen muss, wenn dies die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit beschließt, § 147 Abs. 1 S. 1 AktG.⁴²⁵ Es gelten die Stimmverbote des § 136 Abs. 1 S. 1 AktG. Komplementäre, die zugleich Kommanditaktionäre sind, sind von der Abstimmung in der Hauptversammlung ausgeschlossen, soweit über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ihnen gegenüber Beschluss zu fassen ist.⁴²⁶

148 Unabhängig von der Regelung des § 147 Abs. 2 AktG gilt, dass die Kompetenzzuweisung des § 287 Abs. 2 AktG an den Aufsichtsrat dispositiv ist und in der Satzung auch einem anderen Organ, zB einem Beirat, übertragen werden kann.⁴²⁷ Auch die Übertragung der Vertretungskompetenz auf einen nicht-geschäftsführenden Komplementär wird für zulässig erachtet,⁴²⁸ jedenfalls soweit die Vertretung der Kommanditaktionäre gegen die geschäftsführenden Komplementäre in Frage steht und sichergestellt ist, dass eine ordnungsgemäße Vertretung nicht durch Interessenkollision gefährdet wird.⁴²⁹ Die Kompetenzzuweisung des § 287 Abs. 2 AktG gilt für alle Ansprüche, welche seitens der Kommanditaktionäre gegen die persönlich haftenden Gesellschafter geltend gemacht werden.

149 Besteht ein wirksames Verlangen⁴³⁰ der Hauptversammlung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen, so hat der Aufsichtsrat bis zu sechs Monate ab dem Tage der Hauptversammlung Zeit, den Anspruch durch Klage oder Mahnbescheid⁴³¹ geltend zu machen. Ein Fristversäumnis ist seinerseits haftungsbegründend für das verantwortliche Organmitglied.⁴³²

150 Erhebt der Aufsichtsrat oder das anderweitig zur Vertretung bestimmte Organ der KGaA trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 147 Abs. 1 S. 1 AktG die Klage nicht fristgerecht, so kann die Hauptversammlung abweichend von § 287 Abs. 2 AktG besondere Vertreter zur Geltendmachung der Ersatzansprüche bestellen oder nach Maßgabe des § 147 Abs. 2 S. 2–8 AktG durch das Gericht bestellen lassen.⁴³³ Der besondere Vertreter ist als Prozessstandschafter anzusehen.⁴³⁴

⁴²⁵ Ausführlich hierzu Koch in Hüffer/Koch AktG § 147 Rn. 4–8; Arnold in MüKoAktG § 147 Rn. 32 ff.; ebenfalls ausführlich hierzu Nietsch ZGR 2011, 589 ff.

⁴²⁶ Sethe in GroßkommAktG, § 287 Rn. 60; Koch in Hüffer/Koch AktG § 147 Rn. 4; Schröer in MüKoAktG § 147 Rn. 45; vgl. auch OLG München NZG 2008, 230 ff.

⁴²⁷ Koch in Hüffer/Koch AktG § 287 Rn. 1; K. Schmidt in K. Schmidt/Lutter AktG § 287 Rn. 1; Herfs in MHdB AG § 79 Rn. 73, 83; Perlitt in MüKoAktG § 287 Rn. 14.

⁴²⁸ Vgl. OLG München WM 1996, 782; aA typisierende Betrachtung Bachmann in BeckOGK

AktG (Stand: 1.2.2021) § 287 Rn. 38; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG § 287 Rn. 20; BGH NZG 2005, 276.

⁴³⁰ Hinsichtlich der formalen Anforderungen an den Hauptversammlungsbeschluss bzw. das Minderheitsverlangen, vgl. Koch in Hüffer/Koch AktG § 147 Rn. 8 f.; Arnold in MüKoAktG § 147 Rn. 37 ff.

⁴³¹ Holzborn/Jänig in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 147 Rn. 9; Arnold in MüKoAktG § 147 Rn. 56; Mock in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 147 Rn. 63; Hirschmann in Hölters AktG § 147 Rn. 7.

⁴³² Holzborn/Jänig in Bürgers/Körber/Lieder AktG § 147 Rn. 9; Arnold in MüKoAktG § 147 Rn. 56; Mock in BeckOGK AktG (Stand: 1.2.2021) § 147 Rn. 63; Hirschmann in Hölters AktG § 147 Rn. 8.

⁴³³ Ausführlich Koch in Hüffer/Koch AktG § 147 Rn. 10 f.; Treter in Münch Anwalts Hdb AktR § 41 Rn. 56 ff.

⁴³⁴ Treter in Münch Anwalts Hdb AktR § 41 Rn. 58 unter Hinweis auf OLG München ZIP 2008, 73, 77; Spindler NZG 2005, 865, 866.