

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien

Handbuch mit Mustern

Bearbeitet von

Dr. Tobias Bürgers, Dr. Torsten Fett, Dr. Michaela Engel, Thomas Förl, Dr. Philipp Göz, Tillmann Hecht,
Dr. Anke Meier, Dr. Gerald Reger, Oliver Schließer, Dr. Thomas Schulz, Dr. Carsten Schütz, Silvia
Sparfeld, Dr. Laurenz Wieneke, Lutz Enno Werner

2., neu bearbeitete Auflage 2015. Buch. LIII, 817 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 67428 0

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 1192 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Aktiengesetz](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

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.³⁶⁶ Die Weite des Tatbestandes, die gerade jeden erfasst, der faktisch über Einfluss auf die Gesellschaft verfügt,³⁶⁷ ist vielmehr auch im Rahmen der KGaA zu übernehmen.³⁶⁸ Damit können auch nicht geschäftsführungsbefugte Komplementäre bei vorsätzlicher Einflussnahme einer Schadensersatzpflicht ausgesetzt sein.

gg) 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.³⁶⁹ Dieser ist schuldrechtliche Nebenabrede zum Gesellschaftsvertrag mit mehr oder weniger starken dienstvertraglichen Zügen.³⁷⁰ Stellt dieser Vertrag³⁷¹ für den persönlich haftenden Gesellschafter Sorgfaltspflichten auf, so hat der Komplementär im Falle einer Verletzung nach allgemeinen Regeln Schadensersatz zu leisten.³⁷² 128

hh) §§ 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.³⁷³ 129

ii) § 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.³⁷⁴ 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. 130

³⁶⁶ So aber *Perlitt* in Münch Komm AktG § 283 Rn. 19.

³⁶⁷ Vgl. *Wiesner* in Münch Hdb AG § 27 Rn. 1, 2.

³⁶⁸ Für die uneingeschränkte Geltung *Assmann/Sethe* in GroßKomm AktG § 283 Rn. 17; *K. Schmidt* in K. Schmidt/Lutter AktG § 283 Rn. 6; *Bachmann* in Spindler/Stilz AktG § 283 Rn. 9.

³⁶⁹ Hierzu ausführlich unter § 5 Rn. 259 ff.

³⁷⁰ *Assmann/Sethe* in GroßKomm AktG § 288 Rn. 75; *Bachmann* in Spindler/Stilz AktG § 288 Rn. 9; *Perlitt* in Münch Komm AktG § 288 Rn. 81.

³⁷¹ Hierzu näher § 5 Rn. 259 ff.

³⁷² Vgl. für den Vorstand einer AG *Hüffer/Koch* § 93 Rn. 11 ff.; für den Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter: BGH, NJW 1987, 2008.

³⁷³ Hierzu unter § 4 Rn. 60 ff.

³⁷⁴ *Perlitt* in Münch Komm AktG § 283 Rn. 43; *Hüffer/Koch* § 283 Rn. 2; *Mertens/Cahn* in Kölner Komm AktG § 283 Rn. 13.

- 131 **jj) §§ 283 Nr. 14, 92 Abs. 2 AktG (Insolvenzantragspflicht).** Gemäß §§ 283 Nr. 14, 15, 15a InsO sind die geschäftsführenden Komplementäre im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft verpflichtet, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen.³⁷⁵
- 132 **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.³⁷⁶ Sind mehrere persönlich haftende geschäftsführende Gesellschafter vorhanden, so haften diese aufgrund ihrer Gesamtverantwortung für die Geschäftsführung ebenso wie der handelnde Komplementär.³⁷⁷ Diese **Gesamtverantwortung** entspricht der Gesamtverantwortung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft³⁷⁸ und ist unabhängig von der Frage, ob Einzel- oder Gesamtgeschäftsführung für die persönlich haftenden Gesellschafter der KGaA gilt.³⁷⁹ Wenn mangels abweichender Regelung Einzelgeschäftsführung³⁸⁰ besteht, so kann zwar durch eine entsprechende Geschäftsverteilung unter den geschäftsführenden Komplementären eine individuelle Ressortverantwortung geschaffen werden;³⁸¹ diese entbindet die anderen geschäftsführenden Komplementäre aber nicht von ihrer Gesamtverantwortung.³⁸² Ihre Geschäftsführungspflicht wandelt sich in diesem Fall in eine Aufsichtspflicht,³⁸³ deren Verletzung ebenso haftungsbegründend wirkt.
- 133 Die Innenhaftung des geschäftsführenden Komplementärs beginnt mit dem 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. Anderenfalls beginnt die Haftung grundsätzlich mit

³⁷⁵ Förl/Fett in Bürgers/Körber AktG § 283 Rn. 20; Servatius in Grigoleit AktG § 283 Rn. 22; Müller-Michaels in Hölters AktG § 283 Rn. 13; Hüffer/Koch § 283 Rn. 3; Perlitt in Münch Komm AktG § 283 Rn. 42; Arnold in Henssler/Strohn GesellschRe § 283 AktG Rn. 3.

³⁷⁶ OLG München NZG 2000, 741, 742; vgl. Bachmann in Spindler/Stilz AktG § 283 Rn. 9; Servatius in Grigoleit AktG § 283 Rn. 10.

³⁷⁷ Herfs in Münch Hdb AG § 79 Rn. 6; vgl. auch Perlitt in Münch Komm AktG § 278 Rn. 34.

³⁷⁸ Hüffer/Koch § 77 Rn. 14, § 93 Rn. 13a; Spindler in Münch Komm AktG § 93 Rn. 149; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG § 93 Rn. 92; BGH, NJW 1986, 54; BGH, NJW 1995, 2850.

³⁷⁹ Herfs in Münch Hdb AG § 79 Rn. 6; vgl. auch Perlitt in Münch Komm AktG § 278 Rn. 34.

³⁸⁰ Perlitt in Münch Komm AktG § 278 Rn. 174; Bachmann in Spindler/Stilz AktG § 278 Rn. 54; Herfs in Münch Hdb AG § 78 Rn. 4.

³⁸¹ Assmann/Sethe in GroßKomm AktG § 278 Rn. 128, 133; Bachmann in Spindler/Stilz AktG § 278 Rn. 57; Spindler in Münch Komm AktG § 93 Rn. 148; Dauner/Lieb in Henssler/Strohn GesellschRe § 93 Rn. 30.

³⁸² Assmann/Sethe in GroßKomm AktG § 278 Rn. 143; Herfs in Münch Hdb AG § 79 Rn. 6; Spindler in Münch Komm AktG § 93 Rn. 149; Dauner/Lieb in Henssler/Strohn GesellschRe § 93 Rn. 30.

³⁸³ Assmann/Sethe in GroßKomm AktG § 278 Rn. 143; Herfs in Münch Hdb AG § 79 Rn. 6; Spindler in Münch Komm AktG § 93 Rn. 149; Dauner/Lieb in Henssler/Strohn GesellschRe § 93 Rn. 31; BGH NJW 1995, 2850; BGH NJW 1997, 130.

Erlangung der Stellung als geschäftsführender Komplementär.³⁸⁴ Geschäftsführen der 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.³⁸⁵ Dass es auf einen wirksamen Aufnahmeakt, wie überwiegend für die Haftung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft hinsichtlich des Bestellungsaktes vertreten wird³⁸⁶, nicht ankommt, kann hier allerdings nicht angenommen werden, da für die KGaA insofern das Prinzip der Selbstorganschaft gilt.³⁸⁷ Die Innenhaftung endet mit Erlöschen seiner Geschäftsführungsbefugnis, sei es durch Entzug, sei es durch Ausscheiden aus der KGaA. Im ersteren Fall ist der Zeitpunkt der Wirksamkeit des Entzugs entscheidend,³⁸⁸ im zweiten wiederum der Zeitpunkt seines Ausscheidens.

Die Haftung trifft alle geschäftsführenden Komplementäre; mithin grundsätzlich auch beschränkt geschäftsfähige oder geschäftsunfähige Komplementäre,³⁸⁹ soweit diese geschäftsführungsbefugt sind.³⁹⁰ Allerdings haften für Sorgfaltspflichtverletzungen beschränkt geschäftsfähiger oder geschäftsunfähiger Komplementäre deren gesetzliche Vertreter.³⁹¹ 134

Die geschäftsführenden Komplementäre haften nur bei **Verschulden**, da § 93 Abs. 2 AktG eine Verschuldenshaftung darstellt.³⁹² Haftungsbegründend ist daher eine sorgfaltswidrige Pflichtverletzung, wobei für die Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit ein typisierter Maßstab anzuwenden ist; individuelle Unfähigkeit exkulpiert nicht.³⁹³ Das Verschulden von Prokuristen und anderen Angestellten ist den Komplementären nicht zuzurechnen, da diese Personen für die KGaA handeln.³⁹⁴ 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 135

³⁸⁴ *Perlitt* in Münch Komm AktG § 278 Rn. 62; *Spindler* in Münch Komm AktG § 93 Rn. 12.

³⁸⁵ Vgl. *Perlitt* in Münch Komm AktG § 278 Rn. 66, 67 ff.

³⁸⁶ *Spindler* in Münch Komm AktG § 93 Rn. 13, 15.

³⁸⁷ *Förl/Fett* in Bürgers/Körber AktG § 278 Rn. 46; *Perlitt* in Münch Komm AktG § 278 Rn. 167 f., 31 f.

³⁸⁸ Hierzu ausführlich unter § 5 Rn. 182 ff.

³⁸⁹ Vgl. *Herfs* in Münch Hdb AG § 78 Rn. 15.

³⁹⁰ Ob beschränkt geschäftsfähige Personen geschäftsführungs- und vertretungsbefugt sein können, ist str. Ausführlich *Assmann/Sethe* in GroßKomm AktG § 278 Rn. 22–26; ablehnend *Perlitt* in Münch Komm AktG § 278 Rn. 24 f.; bejahend *Assmann/Sethe* in GroßKomm AktG § 278 Rn. 24 f.; *Herfs* in Münch Hdb AG § 78 Rn. 15; *Bachmann* in Spindler/Stilz § 278 Rn. 39.

³⁹¹ *Assmann/Sethe* in GroßKomm AktG § 278 Rn. 25; vgl. *Bachmann* in Spindler/Stilz § 278 Rn. 39.

³⁹² Vgl. zur Vorstandshaftung: *Bürgers/Israel* in Bürgers/Körber AktG § 93 Rn. 21b; *Krieger/Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter AktG § 93 Rn. 34 f.; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG § 93 Rn. 205.

³⁹³ Vgl. *Hopt* in GroßKomm AktG § 93 Rn. 255; *Bürgers/Israel* in Bürgers/Körber AktG § 93 Rn. 21b; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG § 93 Rn. 205; *Spindler* in Münch Komm AktG § 93 Rn. 177; RGZ 163, 200, 208.

³⁹⁴ *Hüffer/Koch* § 93 Rn. 41 f., 46; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG § 93 Rn. 98; *Spindler* in Münch Komm AktG § 93 Rn. 179; *Bürgers/Israel* in Bürgers/Körbers AktG § 93 Rn. 21c.

fehlerhafte Auswahl erst ermöglicht haben.³⁹⁵ 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.³⁹⁶

- 136** Die Sorgfaltspflichtverletzung muss adäquat kausal zu einem Schaden der KGaA geführt haben,³⁹⁷ ein mittelbarer Schaden der Kommanditaktionäre³⁹⁸ ist nur über Schadenersatzleistung in das Vermögen der KGaA auszugleichen.³⁹⁹ Nichtgesellschafter 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.
- 137** 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.⁴⁰⁰ 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.⁴⁰¹ 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.⁴⁰²
- 138 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.
- 139** 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

³⁹⁵ Spindler in Münch Komm AktG § 93 Rn. 179; Hüffer/Koch § 93 Rn. 41 f., 46; Bürgers/Israel in Bürgers/Körbers AktG § 93 Rn. 21c; detaillierte Darstellung durch Fleischer in Spindler/Stilz AktG § 93 Rn. 99–111.

³⁹⁶ Vgl. Hopt in GroßKomm AktG § 93 Rn. 59; Hüffer/Koch § 93 Rn. 14.

³⁹⁷ Vgl. Wiesner in Münch Hdb AG § 26 Rn. 22; Krieger/Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter AktG § 93 Rn. 40; Spindler in Münch Komm AktG § 93 Rn. 174; Fleischer in Spindler/Stilz AktG § 93 Rn. 215 f.; Bürgers/Israel in Bürgers/Körbers AktG § 93 Rn. 23.

³⁹⁸ Z.B. wegen Entwertung ihrer Aktienbeteiligung; vgl. Spindler in Münch Komm AktG § 93 Rn. 298; Fleischer in Spindler/Stilz AktG § 93 Rn. 213.

³⁹⁹ Vgl. Hüffer/Koch § 93 Rn. 18; Spindler in Münch Komm AktG § 93 Rn. 298; Fleischer in Spindler/Stilz AktG § 93 Rn. 214.

⁴⁰⁰ Zur Beweislast vgl. ausführlich Hopt in GroßKomm AktG § 93 Rn. 276 ff.

⁴⁰¹ Vgl. Hüffer/Koch § 93 Rn. 16; Bürgers/Israel in Bürgers/KörberAktG § 93 Rn. 26; Spindler in Münch Komm AktG § 93 Rn. 185; BGHZ 152, 280; BGH WM 2013, 456; OLG Stuttgart NZG 2010, 141.

⁴⁰² Vgl. Fleischer in Spindler/Stilz AktG § 93 Rn. 246; Bürgers/Israel in Bürgers/Körber AktG § 93 Rn. 26; BGHZ 152, 280; BGH WM 2013, 456; OLG Stuttgart NZG 2010, 141.

Regelfall. In diesen Fällen ist eine Haftung der geschäftsführenden Komplementäre regelmäßig ausgeschlossen, da in diesen Fällen automatisch ein Zustimmung der 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,⁴⁰³ 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. 140

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 i. V. m. § 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 i. V. m. § 93 Abs. 5 S. 3 AktG. 141

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)⁴⁰⁴ zunehmend an Bedeutung gewonnen und gehört inzwischen zum Standard.⁴⁰⁵ 1997 hat der Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e. V. Musterbedingungen veröffentlicht und erneuert diese immer wieder.⁴⁰⁶ In der Praxis weichen die Versicherungsangebote dennoch häufig voneinander ab, insbesondere werden individuelle Regelungen vereinbart.⁴⁰⁷ Typischerweise wird der Vertrag als Versicherungsvertrag für fremde Rechnung abgeschlossen, §§ 43 ff. VVG.⁴⁰⁸ Versicherungsnehmer und Prämienschuldner ist dann die KGaA, Versicherte sind die geschäftsführenden Komplementäre. Gemäß § 44 Abs. 1 VVG erwirbt der Versicherte eigene Rechte aus dem Versicherungsvertrag. 142

⁴⁰³ Vgl. *Perlitt* in Münch Komm AktG § 278 Rn. 75, 223.

⁴⁰⁴ Zur Thematik, dass die D&O-Versicherung für Aufsichtsräte eine Vergütung gem. § 113 AktG darstellt, die der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf, siehe § 5 Rn. 473 ff.

⁴⁰⁵ *Kästner* AG 2000, 113, 114; *Fleischer* in Spindler/Stilz § 93 Rn. 225; ausführlich zur D&O-Versicherung und aktuellen Problemfeldern: *Melot de Beauregard/Gleich* NJW 2013, 824 ff.; *Scholz/Bayer* NZG 2014, 926; speziell im Gesundheitswesen: *Knoch* RDG 2013, 42; zu insolvenzrechtlichen Problemen: *Lange* r+s 2014, 209 bzw. 261.

⁴⁰⁶ Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern, abgedruckt in: *Thümmel* Rn. 351; *Fleischer* in Spindler/Stilz § 93 Rn. 230.

⁴⁰⁷ *Kästner* AG 2000, 113, 114; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG § 93 Rn. 230.

⁴⁰⁸ *Mertens* AG 2000, 447, 448; vgl. auch *Hölters* in *Hölters* AktG § 93 Rn. 394; *Spindler* in Spindler/Stilz AktG § 112 Rn. 28.

- 143** Der Abschluss einer D&O-Versicherung durch die Gesellschaft auf ihre eigenen Kosten zugunsten der geschäftsführenden Komplementäre ist zulässig.⁴⁰⁹ 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.⁴¹⁰ Die Höhe des Pflichtselbstbehalts beträgt mindestens 10% und mindestens das Eineinhalbfache der festen jährlichen Vergütung, wobei mit jährlich das Kalenderjahr gemeint ist.⁴¹¹ Da es sich bei § 93 Abs. 2 S. 3 AktG nicht um ein Verbotsgesetz iSv § 134 BGB handelt, bleibt der Versicherungsvertrag auch bei Zuwiderhandeln wirksam.⁴¹² Vielmehr handelt es sich um eine innergesellschaftliche Pflicht, die zu einer Schadenersatzhaftung seitens der Komplementäre führen kann.⁴¹³ Möglich ist eine Zusatzversicherung des Komplementärs für diesen Selbstbehalt.⁴¹⁴ Ohne entsprechende Regelung in der Satzung besteht nach wohl h. M. keine Pflicht der Gesellschaft zum Abschluss einer solchen D&O-Versicherung.⁴¹⁵
- 144 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.⁴¹⁶ Komplementäre können Haftungsansprüche gegen andere Komplementäre unabhängig von einer Hauptversammlungsentscheidung der Kommanditaktionäre im Wege der *actio pro socio*⁴¹⁷ geltend machen.⁴¹⁸
- 145** 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.⁴¹⁹

⁴⁰⁹ Vgl. *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper* AktG § 93 Rn. 40a; *Hopt* in *GroßKomm AktG* § 93 Rn. 519 f.; *Krieger/Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter AktG* § 93 Rn. 50; *Fleischer* in *Spindler/Stilz* § 93 Rn. 225.

⁴¹⁰ *Hopt* in *GroßKomm AktG* § 93 Rn. 520; *Krieger/Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter AktG* § 93 Rn. 50; *Fleischer* in *Spindler/Stilz* § 93 Rn. 226; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper AktG* § 93 Rn. 40b.

⁴¹¹ *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper AktG* § 93 Rn. 40b; *Spindler* in *Münch Komm AktG* § 93 Rn. 204; *Mertens/Cahn* in *Kölner Komm AktG* § 93 Rn. 251; *Melot de Beauregard/Gleich* NJW 2013, 824 ff.

⁴¹² *Hüffer/Koch* § 93 Rn. 18b; *Fleischer* in *Spindler/Stilz* § 93 Rn. 252; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper* § 93 Rn. 40b; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit AktG* § 93 Rn. 97.

⁴¹³ *Fleischer* in *Spindler/Stilz AktG* § 93 Rn. 253; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper AktG* § 93 Rn. 40b; *Mertens/Cahn* in *Kölner Komm AktG* § 93 Rn. 249; *Thüsing* NZA 2010, 140.

⁴¹⁴ Vgl. *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper AktG* § 93 Rn. 40b.

⁴¹⁵ Vgl. BGH NJW 2009, 2454, 2456; ausführlich *Fleischer* in *Spindler/Stilz AktG* § 93 Rn. 227, 235 ff.; *Spindler* in *Münch Komm AktG* § 93 Rn. 177; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körper AktG* § 93 Rn. 40a.

⁴¹⁶ *Assmann/Sethe* in *GroßKomm AktG* § 283 Rn. 30; *Perlitt* in *Münch Komm AktG* § 283 Rn. 32; *Bachmann* in *Spindler/Stilz AktG* § 283 Rn. 18; *Müller-Michaels* in *Hölters AktG* § 283 Rn. 9; *Hüffer/Koch* § 283 Rn. 2.

⁴¹⁷ Hierzu ausführlich unten unter § 5 Rn. 671 ff.

⁴¹⁸ *Assmann/Sethe* in *GroßKomm AktG* § 283 Rn. 30; *Hüffer/Koch* § 283 Rn. 2; *Bachmann* in *Spindler/Stilz AktG* § 283 Rn. 18; *Förl/Fett* in *Bürgers/Körper AktG* § 283 Rn. 13.

⁴¹⁹ *Bachmann* in *Spindler/Stilz AktG* § 283 Rn. 18; *Tretter* in *Münch Anwalts Hdb AktR* § 41 Rn. 59 ff.; *Hüffer/Koch* § 283 Rn. 2; *Förl/Fett* in *Bürgers/Körper AktG* § 283 Rn. 13;

Nach § 147 AktG gilt für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen⁴²⁰ durch **146** die Kommanditaktionäre zunächst, dass der Aufsichtsrat gemäß § 287 Abs. 2 AktG als Vertreter der Gesamtheit der Kommanditaktionäre⁴²¹ die Ersatzansprüche geltend machen muss, wenn dies die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit beschließt, § 147 Abs. 1 S. 1 AktG.⁴²² 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.⁴²³

Unabhängig von der Regelung des § 147 Abs. 2 AktG gilt, dass die Kompe- **147** tenzuzuweisung des § 287 Abs. 2 AktG an den Aufsichtsrat dispositiv ist und in der Satzung auch einem anderen Organ, z. B. einem Beirat, übertragen werden kann.⁴²⁴ Auch die Übertragung der Vertretungskompetenz auf einen nicht-geschäftsführenden Komplementär wird für zulässig erachtet,⁴²⁵ 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.⁴²⁶ Die Kompetenzzuweisung des § 287 Abs. 2 AktG gilt für alle Ansprüche, welche seitens der Kommanditaktionäre gegen die persönlich haftenden Gesellschafter geltend gemacht werden.

Besteht ein wirksames Verlangen⁴²⁷ der Hauptversammlung zur Geltendma- **148** chung von Ersatzansprüchen, so hat der Aufsichtsrat bis zu sechs Monate ab dem Tage der Hauptversammlung Zeit, den Anspruch durch Klage oder Mahnbescheid⁴²⁸ geltend zu machen. Ein Fristversäumnis ist seinerseits haftungsbegründend für das verantwortliche Organmitglied.⁴²⁹

Perlitt in Münch Komm AktG § 278 Rn. 107, 125; ausführlich hierzu *Schmolke* ZGR 2011, 398.

⁴²⁰ § 147 AktG gilt ebenso für Ausgleichsansprüche (z. B. §§ 667, 681 S. 1, 687 Abs. 2, 812 Abs. 1 S. 1 2. Fall BGB, § 88 Abs. 2 AktG), Hilfsansprüche (z. B. auf Auskunft und Rechnungslegung) und Unterlassungsansprüche, vgl. *Hirschmann* in *Hölters* AktG § 147 Rn. 2; *Holzborn/Jänig* in *Bürgers/Körber* AktG § 147 Rn. 3; *Hüffer/Koch* § 147 Rn. 2 m. w. N.

⁴²¹ Vgl. *Perlitt* in Münch Komm AktG § 287 Rn. 74; str. ist dabei, ob die Kommanditaktionäre in diesem Verfahren aktiv und passiv parteifähig sind, ablehnend: *Sethe* AG 1996, 289, 299 ff. hierzu ausführlich § 5 Rn. 625 ff.

⁴²² Ausführlich hierzu *Hüffer/Koch* § 147 Rn. 3–5; *Schröer* in Münch Komm AktG § 147 Rn. 33 ff.; ebenfalls ausführlich hierzu *Nietsch* ZGR 2011, 589 ff.

⁴²³ *Assmann/Sethe* in *GroßKomm AktG*, § 287 Rn. 60; *Hüffer/Koch* § 147 Rn. 3; *Schröer* in Münch Komm AktG § 147 Rn. 34; vgl. auch OLG München NZG 2008, 230 ff.

⁴²⁴ *Hüffer/Koch* § 287 Rn. 1; *K. Schmidt* in *K. Schmidt/Lutter* AktG § 287 Rn. 1; *Herfs* in Münch Hdb AG § 79 Rn. 79; *Perlitt* in Münch Komm AktG § 287 Rn. 14.

⁴²⁵ Vgl. OLG München WM 1996, 782; *Herfs* in Münch Hdb AG § 79 Rn. 66.

⁴²⁶ OLG München WM 1996, 782; a. A. typisierende Betrachtung *Bachmann* in *Spindler/Stilz* AktG § 287 Rn. 26; *Mertens/Cahn* in *Kölner Komm AktG* § 287 Rn. 20; BGH NZG 2005, 276.

⁴²⁷ Hinsichtlich der formalen Anforderungen an den Hauptversammlungsbeschluss bzw. das Minderheitsverlangen, vgl. *Hüffer/Koch* § 147 Rn. 10 f.; *Schröer* in Münch Komm AktG § 147 Rn. 37 ff.

⁴²⁸ *Holzborn/Jänig* in *Bürgers/Körber* AktG § 147 Rn. 9; *Schröer* in Münch Komm AktG § 147 Rn. 40; *Mock* in *Spindler/Stilz* AktG § 147 Rn. 38; *Hirschmann* in *Hölters* AktG § 147 Rn. 7.

⁴²⁹ *Holzborn/Jänig* in *Bürgers/Körber* AktG § 147 Rn. 9; *Schröer* in Münch Komm AktG § 147 Rn. 40; *Mock* in *Spindler/Stilz* AktG § 147 Rn. 26; *Hirschmann* in *Hölters* AktG § 147 Rn. 8.

- 149** 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.⁴³⁰ Der besondere Vertreter ist als Prozessstandschafter anzusehen.⁴³¹
- 150** Im Zuge des UMAG 2005 entfallen ist das Minderheitenrecht des § 147 Abs. 3 AktG, welches unter bestimmten qualifizierten Voraussetzungen die Bestellung eines besonderen Vertreters auf Veranlassung eines Aktionärsquorums (5%) vorsah. An dessen Stelle getreten ist die Möglichkeit der Erhebung der Haftungsklage durch die Minderheitenaktionäre als Prozessstandschafter der KGaA (§ 148 AktG).⁴³² Das Verfahren ist zweistufig gestaltet. Der eigentlichen Aktionärsklage ist auf einer ersten Stufe zur Missbrauchsvermeidung ein gerichtliches Klagezulassungsverfahren vorgeschaltet.⁴³³ Erforderlich ist ein Antrag eines Quorums von 1 % der Kommanditaktionäre bzw. einer Mehrheit, die mindestens 100.000 EUR der gesamten Kommanditeinlage hält. Die Missbrauchsvermeidung wird durch zusätzliche Kautelen gewährleistet (§ 148 Abs. 1 S. 2 AktG).⁴³⁴ Berücksichtigt ist insbesondere auch der aus der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung⁴³⁵ bekannte Umstand, dass die Gesellschaft durchaus legitime Gründe für eine Nichtverfolgung von Ersatzansprüchen haben kann, so dass die Aktionärsklage erst bei gröblichen Verstößen der Organe sowie nur bei fehlendem entgegenstehendem Interesse der Gesellschaft zuzulassen ist (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 4 AktG). Sobald die Klage im Klagezulassungsverfahren rechtskräftig zugelassen ist, kann die eigentliche Haftungsklage als zweite Stufe innerhalb von drei Monaten erhoben werden, wenn die Antragsteller die Gesellschaft nochmals unter Setzung einer angemessenen Frist⁴³⁶ vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben, § 148 Abs. 4 AktG. Das Urteil im Haftungsprozess wirkt für und gegen die Gesellschaft sowie für und gegen alle Aktionäre (§ 148 Abs. 5 AktG), so dass die Erhebung einer weiteren Klage durch andere Aktionäre mit diesem Streitgegenstand nicht mehr möglich ist.⁴³⁷ § 149 AktG statuiert, dass nach rechtskräftiger Zulassung der Klage gemäß § 148 der Antrag

⁴³⁰ Ausführlich Hüffer/Koch § 147 Rn. 8 f.; Tretter in Münch Anwalts Hdb AktR § 41 Rn. 56 ff.

⁴³¹ Tretter in Münch Anwalts Hdb AktR § 41 Rn. 58 unter Hinweis auf OLG München ZIP 2008, 73, 77; Spindler NZG 2005, 865, 866.

⁴³² Vgl. RegE UMAG BT-Drucks 15/5092 S. 23; Holzborn/Jänig in Bürgers/Körber AktG § 148 Rn. 16; Mock in Spindler/Stilz AktG § 148 Rn. 2; zur praktischen Bedeutungslosigkeit der §§ 148 f. AktG vgl. ausführlich Schmolke ZGR 2011, 398 ff.

⁴³³ Vgl. RegE UMAG BT-Drucks 15/5092 S. 20; Hüffer/Koch § 148 Rn. 80; Tretter in Münch Anwalts Hdb AktR § 41 Rn. 59 f.

⁴³⁴ Vgl. ausführlich Spindler NZG 2005, 865, 866 ff.; Schmolke ZGR 2011, 398.

⁴³⁵ BGHZ 135, 244 = BGH NJW 1997, 1926 – ARAG/Garmenbeck; vgl. auch Mock in Spindler/Stilz AktG § 148 Rn. 83; Hüffer/Koch § 148 Rn. 9a; Fleischer NJW 2005, 3525, 3526; Schmidt NGZ 2005, 796, 800.

⁴³⁶ Zwei Monate gem. Spindler NZG 2005, 865, 868; Weiss/Buchner WM 2005, 162, 169; Duve/Basak BB 2006, 1345, 1348; Schütz NZG 2005, 5, 7; Zieglermeier ZGR 2007, 144, 151; nach Holzborn/Jänig in Bürgers/Körber AktG § 148 Rn. 16 weniger als zwei Monate; differenzierend: Hüffer/Koch § 148 Rn. 7; max. zwei Monate: Hirschmann in Hölters AktG § 148 Rn. 9.

⁴³⁷ Tretter in Münch Anwalts Hdb AktR § 41 n. 68; Schröer in Münch Komm AktG § 148 Rn. 78.