

Compliance bei der GmbH & Co. KG ?*

Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht
und Notar a.D.

Literaturhinweise

- Hadding* in: *Soergel*, 12. Aufl. 2007, § 705
- Hauschka /
Moosmayer/
Lösler* *Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016
- Mertens / Cahn* *Zöllner/Noack (Hrsg.), AktG-KK*, 3. Aufl. 2010, § 91 Rdn. 17
- Schäfer* in: *Münchener Kommentar*, Bd. III, 7. Aufl. 2017, § 705
- Schmidt, K.* *Münchener Kommentar, HGB*, 3. Aufl. 2013, § 347
- Ulmer* in: *Münchener Kommentar*, Bd. III, 5. Aufl. 2009, § 705
- Wachter* *Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts*, 3. Aufl. 2014
- Wagner* *Strafrechtliche und haftungsrechtliche Folgen für Organe der AG und GmbH bei Verstößen gegen § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG*, ZfBR 2017, 546
- Wagner* *Geschäftsführerhaftung bei Compliance-Verstößen der GmbH*, ZNotP 2016, 10
- Wagner* *Compliance – Haftungsfolgen auf Vorstandsebene einer AG*, in: *Schmider/Wagner/Loritz, HdB*, 08/2014, Fach 8313
- Westermann* in: *Erman, BGB*, 13. Aufl. 2011, § 705

* Veröffentlicht in *Wagner in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB)*, Fach 8314 (07/2018)

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: Europarecht; privates Baurecht;
Amtshaftungsrecht; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht; Kapitalanlagerecht;
Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Finanzgerichtsprozesse (incl. BFH); Verfassungsrecht

Sprechstunden nur nach Vereinbarung · Bürostunden Montag bis Freitag 9.00 bis 17.00 Uhr
Hinweis gemäß § 33 BDSG: personenbezogene Daten werden gespeichert / telefonische Auskünfte sind unverbindlich

Bankverbindung:

Inhaltsübersicht

I.	Vorbemerkung	2
II.	§ 91 Abs. 2 AktG analog auch bei der GmbH & Co. KG ?	3
III.	Einrichtung eines „Compliance-Management-System (CMS)“ bei der GmbH & Co. KG	3
IV.	Handhabung „Compliance-Management-System (CMS)“ bei der GmbH & Co. KG	4
V.	Überwachung des „Compliance-Management-System (CMS)“ bei der GmbH & Co. KG	4
VI.	Zwischenergebnis	5
VII.	Alternative: actio pro socio gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ?	5
VIII.	Fazit	13

I. Vorbemerkung

- 1 Das Thema Compliance und Compliance-Haftung als Innen- und Außenhaftung ist derzeit höchst aktuell, wenngleich vielen nicht sonderlich vertraut. An anderer Stelle ist dieses Thema betreffend die AG¹⁾ und die GmbH²⁾ bereits behandelt worden. Betreffend die GmbH & Co. KG sucht man jedoch vergebens. Dem soll hier bezüglich der Frage der Compliance Haftung von Geschäftsführern der Komplementär-GmbH nachgegangen werden und sind es mehrere, auch der Frage, wie es mit der Gesamtverantwortung und gesamtschuldnerischen Haftung von Geschäftsführern der Komplementär-GmbH bestellt ist.
- 2 Die GmbH & Co. KG haftet gemäß § 31 BGB (auch) für die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH in Fällen der Außenhaftung, nicht jedoch der Innenhaftung.³⁾ Möchte die GmbH & Co. KG sich vor Schäden und Ansehensverlust bewahren, dann kann dies dadurch geschehen, daß in dem Gesellschaftsvertrag der KG und dem der Komplementär-GmbH ein Sicherungs-System „installiert“ wird, worin zugleich die Maßstäbe für eine Innen- **und** Außenhaftung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bei Verstößen dagegen aufgeführt werden.
- 3 Kann solches auch im Rahmen einer actio pro socio von Minderheitsgesellschaftern gegen Geschäftsführer von Komplementär-GmbHs geltend gemacht werden und wie steht es mit der diesbezüglichen Innen- und Außenhaftung von Aufsichtsräten, wo denn solche in GmbH & Co. KGs vorhanden sind/waren ?
- 4 Solche Fragen können auch bei Bau- und Immobilienunternehmen und z.B. geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der GmbH & Co. KG bedeutsam werden, so daß bei Altfällen sich auch interessante Fragen zur Verjährung und zum Beginn des Laufs der Verjährungsfristen stellen.

1) *Wagner* in: Schmider/Wagner/Loritz, HdB, Fach 08/2014, Fach 8313; *Wagner ZfBR* 2017, 546

2) *Wagner ZNotP* 2016, 10; *Wagner ZfBR* 2017, 546

3) *K. Schmidt* in: Münchener Kommentar, HGB, 3. Aufl. 2013, § 347 Rdn. 19

II. § 91 Abs. 2 AktG analog auch bei der GmbH & Co. KG ?

- 5 § 91 Abs. 2 AktG auch auf andere Gesellschaftsformen als die der AG analog anzuwenden -
folglich auch auf die GmbH & Co. KG –, wird abgelehnt.⁴⁾ Schließlich besteht insoweit betr. die
GmbH & Co. KG gesetzlich keine planwidrige Regelungslücke. Eine Verweisung auf Rechts-
vorschriften bei der KG wird im § 161 Abs. 2 HGB nur im Hinblick auf die §§ 105 ff. HGB ge-
setzlich geregelt. Dies hat zweierlei zur Folge:
- 6 (1) Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG können nicht analog zu
aktienrechtlichen Vorgaben dem Pflichtenkatalog i.S. Compliance unterworfen werden.
- 7 (2) Möchte man Compliance auch für die GmbH & Co. KG zur Geltung bringen, dann sollte im
Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG i.V.m. dem der Komplementär-GmbH⁵⁾ das
Thema „Compliance-Management-System (CMS)“ behandelt werden, insbesondere auch,
wer ein solches System vorzugeben, wer dieses System zu handhaben und wer die Hand-
habung dieses Systems zu überwachen hat.

III. Einrichtung eines „Compliance-Management-System (CMS)“ bei der GmbH & Co. KG

- 8 Da die Satzung der Komplementär-GmbH der notariellen Form bedarf (§ 2 Abs. 1 Satz 1
GmbHG), sollte aufgrund des Einheitlichkeitsgrundsatzes des § 139 BGB auch der Gesell-
schaftsvertrag der KG notariell beurkundet werden. Und in diesem Zusammenhang sollte im
Gesellschaftsvertrag der KG das von den Gesellschaftern mit einzurichtende „Compliance-
Management-System (CMS)“ mit beurkundet werden, auf das bei der zu beurkundenden Satzung
der Komplementär-GmbH Bezug genommen wird.
- 9 In dem „Compliance-Management-System (CMS)“ der GmbH & Co. KG wäre z.B. zu regeln,
- das mit diesem Überwachungssystem verfolgte Ziel, daß es zu keinen Gesetzesverstößen
kommt,
 - 10 - daß Ziel dieses Überwachungs-Systems ist, durch die Geschäftsführung der Komplementär-
GmbH und dem Compliance-Beauftragten sicherzustellen, daß es zu keinen Bestandsgefähr-
dungen der GmbH & Co. KG kommt (Schadensprävention und Risikokontrolle),
 - 11 - daß die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ihren näher zu beschreibenden Pflichten
aufgrund des „Compliance-Management-System (CMS)“ nachkommen, wozu sie sich durch
einen Compliance-Officer unterstützen lassen können und
 - 12 - dieserhalb durch einen bei der KG einzurichtenden Aufsichtsrat überwacht werden;

4) *Mertens/Cahn* in: AktG-KK, 3. Aufl. 2010, § 91 Rdn. 17; *Wagner ZfBR* 2017, 546, 549

5) Zur Verzahnung der Gesellschaftsverträge der KG und der Komplementär-GmbH siehe *Wachter*, Praxis des
Handels- und Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 2014, Rdn. 919 ff.

- 13 - daß aus dem Unternehmen heraus keine Straftaten begangen werden, die Haftungsrisiken und Ansehensverluste nach sich ziehen können;
- 14 - die Erarbeitung eines Verhaltenskodex für die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

IV. Handhabung „Compliance-Management-System (CMS)“ bei der GmbH & Co. KG

- 15 Dazu gehört u.a., in dem „Compliance-Management-System (CMS)“ festzulegen, wie die Kommunikation zwischen wem wie zu verlaufen hat, um eine effiziente Handhabung dieses Systems zu gewährleisten.

V. Überwachung des „Compliance-Management-System (CMS)“ bei der GmbH & Co. KG

- 16 Die in einem „Compliance-Management-System (CMS)“ vorgegebenen Standards müssen von den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH bzw. dem von ihnen eingeschalteten Compliance-Officer überwacht werden. Dazu kann auch die Einrichtung einer Wistleblowing-Hotline gehören. Verfügt eine GmbH & Co. KG über einen Aufsichtsrat, dann gehört es zu dessen Aufgaben, auch zu überwachen, ob
 - das durch Gesellschaftsverträge vorgegebene „Compliance-Management-System (CMS)“ durch die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch eingerichtet wurde;
- 17 - das eingerichtete „Compliance-Management-System (CMS)“ effizient ist und effizient gehandhabt wird,
- 18 - es wegen Compliance-Verstößen der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH Außenhaftungsansprüche gegen diese Geschäftsführer geltend gemacht wurden bzw.
- 19 - es geboten ist, Innenhaftungsansprüche für die GmbH & Co. KG gegen diese Geschäftsführer der Komplementär-GmbH geltend zu machen.
- 20 Daneben können bei einer GmbH & Co. KG mit einem fakultativen Aufsichtsrat dessen Mitglieder selbst einer Innenhaftungs- bzw. Außenhaftungsanspruchnahme ausgesetzt sein, wenn sie ihren diesbezüglichen Überwachungspflichten nicht (effizient) nachkommen und deshalb der GmbH & Co. KG bzw. deren Gläubiger Schäden entstehen.

VI. Zwischenergebnis

- 21 Bei einer GmbH & Co. KG kann von Compliance nicht ausgegangen werden, da es im HGB an einer
- gesetzlichen Regelung für ein zu schaffendes Überwachungssystem und
 - an einer planwidrigen gesetzliche Regelungslücke für eine analoge Anwendung des § 91 Abs. 2 AktG
- fehlt .
- 22 Also setzt Compliance bei einer GmbH & Co. KG voraus, daß im Gesellschaftsvertrag der KG und dem der Komplementär-GmbH geregelt wird,
- daß und wer ein effizientes „Compliance-Management-System (CMS)“ einzurichten hat, um damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkennen zu können,
- 23 - daß die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sowie von ihnen dafür hinzugezogene Compliance Officers für die effiziente Handhabung entsprechend den Vorgaben zu sorgen haben und
- 24 - wer für die Überwachung der für Compliance verantwortlichen Personen zu sorgen hat.

VII. Alternative: actio pro socio gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ?

- 25 Fehlt es bei einer GmbH & Co. KG an einem zuvor angesprochenen „Compliance-Management-System (CMS)“ und findet sich keine entsprechende Mehrheit, um per Beschluss ein „Compliance-Management-System (CMS)“ zum Gegenstand der Gesellschaftsverträge der KG und der Komplementär-GmbH zu machen, stellt sich die Frage, ob dann, wenn sich die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH entgegenhalten lassen müssen, daß es durch ihr Verhalten zu den Fortbestand der GmbH & Co. KG gefährdenden Entwicklungen kommt, (Minderheits-) Gesellschafter der KG per actio pro socio dagegen vorgehen können. Können mithin Geschäftsführer der Komplementär-GmbH passiv Legitimierte einer solchen actio pro socio sein ?
- 26 Unter actio pro socio versteht man das Recht jedes Gesellschafters - hier - einer (GmbH & Co.) KG, gegen Mitgesellschafter auf Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu verlangen und im eigenen Namen Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben.⁶⁾ Nachdem es zu dieser Frage keine veröffentlichte Rechtsprechung gibt, soll nachfolgend aufgezeigt werden, welche Meinungen und Begründungen im *Fachschrifttum* zur Zulässigkeit der actio pro socio vertreten werden. Können also die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH in einer gegen sie gerichteten actio pro socio passivlegitimiert sein ?

6) Schäfer in: Münchener Kommentar, Bd. III, 7. Aufl. 2017, § 705 Rdn. 204 m.w.N.

- 27 Im Fachschrifttum⁷⁾ wird u.H.a. Rechtsprechung des BGH⁸⁾ der Eindruck erweckt, „neben“ der actio pro socio könne die GmbH & Co. KG selbst klagen, nachdem es bei einer Klage gegen Geschäftsführer darum gehe, die Vertretungsberechtigung der klagenden Personengesellschaft dadurch zu ermöglichen, daß die Gesellschafterversammlung der Personengesellschaft als ihren organschaftlichen Vertreter in entsprechender Anwendung von § 46 Nr. 8 Halbs. 2 GmbHG, § 147 Abs. 2 AktG per Beschluss einen besonderer Vertreter bestellt. Wann und ob der eine actio pro socio betreibende Gesellschafter selbst bestimmen kann, ob er diesen Weg einschlägt, da für eine actio pro socio kein Beschluss der Gesellschafterversammlung der GmbH & Co. KG notwendig ist, oder ob die Klage der GmbH & Co. KG mit besonderem Vertreter vorrangig ist und eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung der GmbH & Co. KG bedarf, ist im Fachschrifttum umstritten, wobei bei manchen Meinungen im Fachschrifttum die BGH-Entscheidung vom 07.06.2010⁹⁾ noch nicht vorhanden war. Es werden folgende Möglichkeiten alternativ diskutiert:
- 28 Nach *Ulmer*¹⁰⁾ muß der Kläger einer actio pro socio deren Zulässigkeitsvoraussetzungen darlegen und beweisen, aus denen sich die Erforderlichkeit der Klage gerade durch ihn ergibt. Der klagende Gesellschafter begründet gegenüber den beklagten Geschäftsführern der Komplementär-GmbH zwar ein Prozessrechtsverhältnis, er ist aber über den eingeklagten materiellrechtlichen Anspruch nicht verfügungsberechtigt, weshalb der Kläger auch keinen Vergleich abschließen kann. Der Kläger und nicht die GmbH & Co. KG ist Kostenschuldner, ohne daß der Kläger einer actio pro socio im Falle der Klageabweisung einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die GmbH & Co. KG hat.¹¹⁾
- 29 *Ulmer*¹²⁾ meint weiter, die GmbH & Co. KG könne ungeachtet einer actio pro socio den Anspruch selbst klageweise geltend machen. Dies habe dann aber zur Folge, daß in einem solchen Fall eine actio pro socio als unzulässig abzuweisen sei.
- 30 Dies bedeutet:
- Die Klagebefugnis der GmbH & Co. KG, gegen Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auf Schadensersatzklage vorzugehen, geht nicht dadurch verloren, daß vorher z.B. ein Minderheitsgesellschafter der GmbH & Co. KG klageweise per actio pro socio gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auf Schadensersatzklage vorgegangen sind. Nach dieser Meinung im Fachschrifttum kann die GmbH & Co. KG ihrerseits gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vorgehen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

7) *Schäfer* in: Münchner Kommentar, Bd. III, 7. Aufl. 2017, § 705 Rdn. 210a f.

8) BGH 07.06.2010 – II ZR 210/09, ZIP 2010, 2345

9) BGH 07.06.2010 – II ZR 210/09, ZIP 2010, 2345

10) *Ulmer* in: Münchner Kommentar, Bd. III, 5. Aufl. 2009, § 705 Rdn. 210

11) *Ulmer* in: Münchner Kommentar, Bd. III, 5. Aufl. 2009, § 705 Rdn. 213

12) *Ulmer* in: Münchner Kommentar, Bd. III, 5. Aufl. 2009, § 705 Rdn. 214

- 31 - Die Gesellschafterversammlung hat betreffend einer solchen eigenen Klage einen entsprechenden Beschluss gefaßt und
- 32 - die Gesellschafterversammlung der GmbH & Co. KG hat per Beschluss analog § 46 Nr. 8 HS 2 GmbHG, § 147 Abs. 2 AktG für die Geltendmachung der Ersatzansprüche der GmbH & Co. KG als organschaftlichen Vertreter einen besonderen Vertreter bestellt.
- 33 Eine zuvor schon erhobene Schadensersatzklage im Wege der actio pro socio wird dann unzulässig.
- 34 Ferner:
- Ist eine actio pro socio gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ggf. unzulässig, dann kann die GmbH & Co. KG Kläger einer Klage gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sein, nachdem zuvor die Gesellschafterversammlung der GmbH & Co. KG per Beschluss analog § 46 Nr. 8 HS 2 GmbHG, § 147 Abs. 2 AktG für die Geltendmachung der Ersatzansprüche der GmbH & Co. KG als organschaftlichen Vertreter einen besonderen Vertreter bestellt hat.
- 35 Ist dagegen eine actio pro socio gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zulässig und besteht die Möglichkeit der Ersatzvertreterstellung, sind dann beide Möglichkeiten wahlweise gegeben und wer entscheidet über diese Wahl ? Soll damit die Frage der Notwendigkeit der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung (bei actio pro socio kein Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich, dagegen bei Ersatzvertreterbestellung Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung erforderlich) disponibel sein ?
- 36 Der BGH¹³⁾ iudiziert, die Gesellschafterversammlung der GmbH & Co. KG „**könne**“ über eine Vertreterbestellung bei der Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen ihren organschaftlichen Vertreter über Bestellung eines besonderen Vertreters beschließen. Kann dann der Gesellschafterversammlung der GmbH & Co. KG dieses Recht dadurch genommen werden, daß ein Minderheitskommanditist zeitlich vorher eine actio pro socio gegen die Geschäftsführer der Komplementär GmbH einleitet ?
- 37 Wenn *K. Schmidt*¹⁴⁾ davon spricht, durch die BGH-Entscheidung zur Vertreterbestellung¹⁵⁾ werde die kostenträchtige und deshalb unattraktive actio pro socio „zurückgedrängt“, ist damit vorgenannte Frage noch nicht beantwortet.
- 38 *Hadding* hat in seiner Kommentierung, als es die BGH-Entscheidung vom 07.06.2010 noch nicht gab, folgendes ausgeführt, was die vorgenannte Frage beantworten hilft:¹⁶⁾

„Der **Anwendungsbereich** der actio pro socio, d.h. ob eine Einzelklagebefugnis grundsätzlich oder nur ausnahmsweise aus dem Gesellschaftsverhältnis hervorgeht, muss sich danach richten, dass die normale Zuständigkeitsregelung, nach der die Gesamtwillensbildung zu dieser Frage **grundsätzlich den Gesellschaftern obliegt**, nicht untergraben werden darf. Deshalb kann die ergänzende Vertragsauslegung allein

13) BGH 07.06.2010 – II ZR 210/09, ZIP 2010, 2345 Rdn. 8

14) *K. Schmidt* ZGR 2011, 108, 125

15) BGH 07.06.2010 – II ZR 210/09, ZIP 2010, 2345 Rdn. 8

16) *Hadding* in: Soergel, 12. Aufl.2007, § 705 Rdn. 50 (Seite 55 f.)

ergeben, dass die Einzelklagebefugnis als ein Mitverwaltungsrecht **nur unter bestimmten tatbestandlichen Voraussetzungen** aus dem Gesellschaftsverhältnis entsteht. besteht die Einzelklagebefugnis nur dann, wenn (1) die **Gesamtwillensbildung** in der Gesellschafterversammlung **keine Mehrheit** sondern ein non liquet ergibt oder (2) rechtswidrig ist, weil der Beschluss, den Anspruch nicht geltend zu machen gegen den Gesellschaftsvertrag (Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks) oder gegen gesetzliche Vorschriften verstößt

Unter diesen klaren tatbestandsmäßigen Voraussetzungen wird in die normale Zuständigkeitsordnung nicht eingegriffen; **die Einzelklagebefugnis besteht nur ergänzend und hilfsweise.**

- 39 Wenn eine im Wege der actio pro socio klagende Minderheitskommanditistin nicht dargelegt hat, daß sie deshalb per actio pro socio klagt, weil (1) die **Gesamtwillensbildung** in einer Gesellschafterversammlung **keine Mehrheit** gefunden habe sondern ein non liquet ergeben habe oder (2) rechtswidrig sei, weil ein gefaßter Beschluss, den Anspruch nicht geltend zu machen gegen den Gesellschaftsvertrag (Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks) oder gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen hat, würde die klagende Minderheitskommanditistin, folgt man dieser Meinung von *Hadding*, die Zulässigkeit der von ihr erhobenen actio pro socio gesondert begründen müssen.
- 40 Eine andere argumentative Meinung vertritt *Westermann*,¹⁷⁾ wenn er formuliert, daß die actio pro socio einer **Notkompetenz** für vorgenannte beiden Fälle - entspringt. Und er führt weiter aus, daß dann, wenn die Gesellschaft (hier GmbH & Co. KG) – nach entsprechender Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung über eine eigene Klageerhebung und die Vertreterbestellung - selbst klagen sollte, dann einer klagenden Gesellschaft nicht der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit wegen der actio pro socio entgegengehalten werden kann, sondern die als actio pro socio erhobene Klage unzulässig wird.
- 41 Damit sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Einzelklagebefugnis von einer klagenden Minderheitskommanditistin betr. eine Zulässigkeit der actio pro socio darzulegen. Und statt einer hilfsweisen Zulässigkeit der actio pro socio der Minderheitskommanditisten gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH müßte mit *Hadding* der Weg der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung der GmbH & Co. KG gewählt werden und bei entsprechendem Beschluss die Klage durch die GmbH & Co. KG gegen die Geschäftsführer gewählt werden, nachdem zuvor per Beschluss der Gesellschafterversammlung Beschluss analog § 46 Nr. 8 HS 2 GmbHG, § 147 Abs. 2 AktG ein besonderer Vertreter für die GmbH & Co. KG bestellt worden ist.
- 42 Dagegen wäre mit *Westermann* und im Hinblick auf andere Stimmen im Fachschrifttum eine als actio pro socio erhobene Klage zulässig, so lange nicht die GmbH & Co. KG, vertreten durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung bestellten besonderen Vertreter, nach entsprechendem Beschluss der Gesellschafterversammlung sich ihrerseits zur Klageerhebung gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH entschließt.
- 43 Der BGH hat mit seiner jüngsten Entscheidung vom 19.12.2017 – II ZR 255/16, ZIP 2018, 276 Rdn. 10 ff. folgende **allgemeine Aussagen** getroffen:

2. Die Kläger können im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts ihre Prozessführungsbefugnis nicht auf eine actio pro socio stützen.

17) *Westermann* in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 705 Rdn. 59

Randnummer II

„Als actio pro socio wird die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Gesellschaftsverhältnis durch einen Gesellschafter im eigenen Namen gegen einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft bezeichnet. Sie wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters (vgl. BGH, Beschluss vom 26. April 2010 - II ZR 69/09, ZIP 2010, 1232 Rn. 3; Urteil vom 13. Mai 1985 - II ZR 170/84, ZIP 1985, 1137, 1138).“

- 43.1 Klagt die Kommanditistin einer GmbH & Co. KG gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, die nicht zugleich unmittelbar beteiligte Gesellschafter der GmbH & Co. KG, sind, spricht dies zunächst dafür, daß der klagenden Kommanditistin die Prozessführungsbefugnis für eine actio pro socio fehlt. Und deshalb iudiziert der BGH in seiner zuvor genannten Entscheidung weiter:

Rdn. 12

„Mit dem Schadensersatzanspruch der Kommanditgesellschaft gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH wird kein Anspruch gegen einen Mitgesellschafter geltend gemacht, sondern gegen einen Nichtgesellschafter.“

- 43.2 Mithin macht der BGH im Hinblick auf diesen **Grundsatz** ersichtlich keine Ausnahme dahingehend, daß etwas anderes gelten solle, wenn besagte Geschäftsführer an der Komplementärin GmbH statt an der Hauptgesellschaft GmbH & Co. KG beteiligt seien.

Ferner:

*„Die Einziehung einer Gesellschaftsforderung ist bei einer Personenhandelsgesellschaft ein Akt der Geschäftsführung, die grundsätzlich Aufgabe der geschäftsführenden Gesellschafter ist. Demgemäß braucht auch kein Gesellschafter zu dulden, dass ein nichtberechtigter Gesellschafter die in der klageweisen Geltendmachung einer Forderung gegen Dritte liegende Geschäftsführungsmaßnahme allein trifft und damit die gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen über die Geschäftsführungsbefugnis durchbricht. Dies gilt auch für die GmbH & Co. KG. Die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen der Kommanditgesellschaft gemäß [§ 43 Abs. 2 GmbHG analog](#) gegen einen Fremdgeschäftsführer obliegt deren geschäftsführender Gesellschafterin, der **Komplementär-GmbH**.“*

- 43.3 Damit bringt der BGH deutlich zum Ausdruck, daß dann, wenn ein Gesellschafter Schadensersatz-Forderungen der GmbH & Co. KG gegen Geschäftsführer geltend machen möchte, die nicht zugleich unmittelbar als Gesellschafter an der GmbH & Co. KG beteiligt sind, durch die Komplementär-GmbH geltend machen lassen muß. Und der BGH spricht in diesem Zusammenhang deshalb von § 43 Abs. 2 GmbHG **analog**, weil die Komplementär-GmbH in diesem Fall ja Forderungen der GmbH & Co. **KG** gegen ihre Geschäftsführer geltend macht und nicht Forderungen der Komplementär-**GmbH**.

Rdn. 13

„Der Bundesgerichtshof hat zwar eine actio pro socio für Ansprüche der Kommanditgesellschaft gegen einen geschäftsführenden Gesellschafter für möglich angesehen (BGH, Urteil vom 2. Juli 1973 - II ZR 94/71, NJW 1973, 2198, 2199; Urteil vom 27. Juni 1957 - II ZR 15/56, BGHZ 25, 47, 49). Er hat jedoch in der Entscheidung vom 2. Juli 1973 eine actio pro socio gegenüber Dritten, also Nichtgesellschaftern, nicht in Erwägung gezogen.“

- 43.4 Und hieraus wird deutlich, daß der BGH unter „Dritten“ definitionsmäßig alle die versteht – mithin auch Geschäftsführer der Komplementär-GmbH –, die an der GmbH & Co. **KG** nicht unmittelbar als Gesellschafter beteiligt sind. Denn eine actio pro socio setzt eine Gesellschafterklage gegen Mitgesellschafter voraus.

Rdn. 14

„3. Eine Erweiterung dieser Grundsätze dahin, dass die Kommanditisten einer GmbH & Co. KG Ansprüche der Gesellschaft gegen Dritte (actio pro societate) und damit auch gegen den Fremdgeschäftsführer der Komplementär-GmbH geltend machen können, ist nicht angezeigt.“

- 43.4 Damit bezeichnet der BGH Geschäftsführer der Komplementär-GmbH als „Fremdgeschäftsführer“, wenn diese nicht zugleich an der GmbH & Co. KG als Gesellschafter unmittelbar beteiligt sind. Und gegenüber solchen „Fremdgeschäftsführern“ läßt der BGH keine actio pro socio zu:

Rdn. 15

„aa) Da nicht zu erwarten ist, dass ein Fremdgeschäftsführer einer Komplementär-GmbH Ansprüche der KG gegen sich selbst geltend macht, wird teilweise angenommen, dass den Kommanditisten einer GmbH & Co. KG der unmittelbare Durchgriff auf den Fremdgeschäftsführer wegen Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft in Folge der Verletzung von Geschäftsführerpflichten ermöglicht werden muss, wenn dafür ein besonderes persönliches Interesse besteht (Haas/Mock in Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl., § 161 Rn. 89; Grunewald in MünchKommHGB, 3. Aufl., § 161 Rn. 67 f.; Oetker in Oetker, HGB, 5. Aufl., § 161 Rn. 116; Cas-

per in GroßkommHGB, 5. Aufl., § 161 Rn. 114; a.A. Kindler in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Aufl., § 105 Rn. 43).

Rdn. 16

*bb) **Dem folgt der Senat nicht.** Für einen unmittelbaren Durchgriff besteht kein Bedürfnis. Die Verletzung der Pflichten des Geschäftsführers bei der Geschäftsführung für die GmbH als Komplementärin und zugleich für die Kommanditgesellschaft muss sich im Innenverhältnis zwischen Komplementär-GmbH und Kommanditgesellschaft erstere nach § 31 BGB zurechnen lassen (Haas/Mock in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. § 161 Rn. 79). Die Komplementär-GmbH ist damit gegenüber der Kommanditgesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet, hat aber selbst einen Ersatzanspruch gegen ihren Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Die Ansprüche der KG gegen die Komplementär-GmbH können die Kommanditisten im Wege der actio pro socio geltend machen (BGH, Urteil vom 2. Juli 1973 - II ZR 94/71, NJW 1973, 2198, 2199; Urteil vom 27. Juni 1957 - II ZR 15/56, BGHZ 25, 47, 49). Sie können daher auch einen Titel gegen die Komplementär-GmbH erstreiten und daraus in deren Anspruch gegen ihren Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG vollstrecken.“*

43.6 Und dieser actio pro socio hat der BGH mit oben Ausgeführtem die Prozessführungsbefugnis des Klägers abgesprochen.

43.7 Das zuvor Ausgeführte wird auch bestätigt durch den jüngst erschienenen Beitrag von *Bergmann* in WM 2018, Sonderbeilage 1, Seite 28 f..

Bergmann weist auf folgendes hin:

„Die organschaftliche Sonderrechtsbeziehung zwischen dem Geschäftsführer und der Komplementär-GmbH entfaltet ebenfalls drittschützende Wirkung zu Gunsten der Kommanditgesellschaft.“¹⁸⁾

Deshalb kann die Komplementär-GmbH einerseits bzw. die Kommanditgesellschaft andererseits gegen Geschäftsführer der Komplementär-GmbH klagen, wenn deren Pflichtverletzungen bei der Komplementär-GmbH bzw. der Kommanditgesellschaft einen Schaden verursacht und verschuldet haben.

18) *Bergmann*, WM 2018, Sonderbeilage 1, Seite 27 Abs. 1

- 43.8 ABER dies rechtfertigt noch keine actio pro socio eines Gesellschafters der GmbH & Co. KG gegen Geschäftsführer der Komplementär GmbH, die nicht zugleich unmittelbar Gesellschafter der GmbH & Co. KG sind. Zur Prozessführungsbefugnis eines Kommanditisten einer GmbH & Co. KG per actio pro socio führt *Bergmann*¹⁹⁾ folgendes aus:

„Ein Kommanditist einer GmbH & Co. KG kann nicht Ansprüche der Kommanditgesellschaft im Wege der actio pro socio gegen den Fremdgeschäftsführer der Komplementär-GmbH geltend machen. Als actio pro socio wird die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Gesellschaftsverhältnis durch einen Gesellschafter im eigenen Namen gegen einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft bezeichnet. Sie wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters.

Mit einem Schadensersatzanspruch der Kommanditgesellschaft gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH wird kein Anspruch gegen einen Mitgesellschafter geltend gemacht sondern gegen einen Nichtgesellschafter. Die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen der Kommanditgesellschaft gemäß § 43 Abs. 2 GmbHHG analog gegen einen Fremdgeschäftsführer obliegt deren geschäftsführenden Gesellschafterin, der Komplementär-GmbH.

Sind verklagte Personen neben ihrer Stellung als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nicht zugleich Gesellschafter, die unmittelbar an der GmbH & Co. KG beteiligt sind, handelt es sich bei einer Klage um eine solche gegen Fremdgeschäftsführer. „Fremd- ...“ deshalb, weil sie nicht wie die Klägerin unmittelbar an der K + B E-Tech GmbH & Co. KG beteiligte Mitgesellschafter sind.

Es ist mithin folgendes Zwischenergebnis von BGH und *Bergmann* festzuhalten: Fremdgeschäftsführer einer Komplementär-GmbH ist mithin jeder Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, der nicht zugleich unmittelbar als Gesellschafter auch an der GmbH & Co. KG beteiligt ist.

Deshalb:

„Die Verletzung der Pflichten des Geschäftsführers bei der Geschäftsführung für die GmbH als Komplementärin und zugleich für die Kommanditgesellschaft muß sich im Innenverhältnis zwischen Komplementär-GmbH und zugleich für die Kommanditgesellschaft erstere gemäß § 31 BGB zurechnen lassen. Die Komplementär-GmbH ist damit gegenüber der Kommanditgesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet, hat aber selbst einen Er-

19) *Bergmann*, WM 2018, Sonderbeilage 1, Seite 28

satzanspruch gegen ihren Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Die Ansprüche der Kommanditgesellschaft gegen die Komplementär-GmbH können die Kommanditisten im Wege der actio pro socio geltend machen.²⁰⁾

43.9 Fazit:

Wenn mithin eine z.B. eine Minderheitsgesellschaferin einer GmbH & Co. KG per actio pro socio vorgehen möchte, dann wäre dies nur gegen einen Mitgesellschafter zulässig. Dies wären Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nicht, wenn sie nicht zugleich unmittelbar als Gesellschafter an der GmbH & Co. KG beteiligt wären. Statt dessen wäre dann seitens der Minderheitsgesellschafterin per actio pro socio gegen die Komplementär-GmbH vorzugehen. Und der BGH²¹⁾ und *Bergmann*²²⁾ haben ausgeführt, daß die Klägerin aus einem gegen die Komplementär-GmbH erwirkten Titel ihren Anspruch gegen die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG vollstrecken kann.

VIII. Fazit

434 Auch in einer GmbH & Co. KG sollte per Gesellschaftsvertrag

- ein effizientes „Compliance-Management-System (CMS)“ eingerichtet werden, um damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkennen zu können
- um dafür zu sorgen, daß die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sowie von ihnen dafür hinzugezogene Compliance Officers für die effiziente Handhabung entsprechend den Vorgaben zu sorgen haben und
- zu regeln haben, wer für die Überwachung der für Compliance verantwortlichen Personen zu sorgen hat.

Dies dient zugleich der Streitvermeidung.

20) *Bergmann*, WM 2018, Sonderbeilage 1, Seite 29

21) BGH 19.12.2017 – II ZR 255/16, ZIP 2018, Rdn. 16

22) *Bergmann*, WM 2018, Sonderbeilage 1, Seite 29