

Wettbewerbsverbot und Vorstandsdoublemandat in der AG & Co. KG

– Zugleich Besprechung der Entscheidung BGH ZIP 2009, 1162
(Vorstandsdoublemandat) –

Professor Dr. HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, München*

Inhaltsübersicht

ZGR 2010, 662–678

I. Einleitung	663
II. Das Wettbewerbsverbot in den Personenhandelsgesellschaften (§ 112 HGB) als zentrale normative Anknüpfung	664
III. Teleologische und systematische Rahmenbedingungen von Wettbewerbsverboten	665
1. Sinn und Zweck von Wettbewerbsverboten – Anwendungsfälle	665
2. Der präventive und überschießende Charakter von Wettbewerbsverboten	667
IV. Wettbewerbsverbot und Organbestellung bei der Komplementär-AG einer AG & Co. KG	668
1. Konkretisierung des Rechtsfortbildungsproblems – Relativierung von Formalargumenten	668
2. Schutzbedürfnis der KG bzw. der Minderheitskommanditistin	669
3. Normative und sachstrukturelle Rahmenbedingungen	672
4. Gesamtwürdigung und Ausblick	676

Vorstandsdoublemandate können insbesondere im Verhältnis zwischen Wettbewerbern Interessenkonflikte auslösen, da eine doppelseitige Leitungstätigkeit Gefahren einer externen Verwertung von Informationen und Geschäftschancen hervorruft. Die Zulässigkeit solcher Mandate hängt daher vor allem von der Reichweite der handelsrechtlichen Wettbewerbsverbote ab. In der „Vorstandsdoublemandat“-Entscheidung vom 9. März 2009 hatte der BGH über dieses Problemfeld im Hinblick auf eine AG & Co. KG zu befinden: Ein Vorstandsmitglied der konzerngebundenen Komplementär-AG war mit einem zusätzlichen Mandat bei der Konzernmutter betraut worden, die zugleich als herrschende Mehrheitskommanditistin der AG & Co. KG fungierte. Die konzernfremde Minderheitskommanditistin wandte sich gegen diese personelle Verflechtung. Die besondere Problematik des Falls liegt darin, dass zwar die Komplementär-AG nach den §§ 112, 161 II HGB einem weitreichenden Wettbewerbsverbot unterworfen ist, aber – jedenfalls nach dem Wortlaut des § 112 HGB – nicht auch deren Vorstandsmitglieder. Diese unterliegen gemäß § 88 AktG dem aktienrechtlichen Wettbewerbsverbot, das jedoch wiederum zur Disposition des Aufsichtsrats der Komplementär-AG steht. Damit ergibt sich ein Spannungsverhältnis zwischen dem Wettbewerbschutz im KG-Recht und der aktienrechtlichen Verfassung des Komplementärs. Der BGH hat es abgelehnt, aus dem in § 112 HGB verankerten Wettbewerbsverbot zu Gunsten des Min-

* Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie an der Universität München.

derheitskommanditisten Einschränkungen für die Vorstandsbestellung in der Komplementär-AG abzuleiten. Der folgende Beitrag analysiert den Wertungskonflikt und bestätigt das Urteil im Ergebnis als Konsequenz aus der Kombination der beiden Gesellschaftstypen.

Dual mandates on management boards can provoke conflicts of interest, especially between competitors, as dual management functions involve the risk of an external exploitation of information and business opportunities. The legitimacy of such mandates therefore depends, in the first instance, on non-competition regulation under commercial law. In a decision of March 9, 2009 concerning dual mandates on management boards, the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof, BGH) had to decide on this issue with regard to a limited partnership with a stock corporation as general partner (AG & Co. KG). The stock corporation belonged to a corporate group and the parent corporation of the group was, at the same time, the majority limited partner in the mentioned limited partnership. The dispute arose when a board member of the stock corporation (i.e. the general partner of the limited partnership) had been awarded an additional mandate by the group's parent corporation. The minority limited partner – an outsider of the corporate group – opposed the personal integration. The stock corporation as general partner is indeed subject to a far-reaching non-competition clause according to sec. 112, 161 para. 2 of the German Commercial Code (Handelsgesetzbuch, HGB). Yet, this regulation does – at least under the literal terms of sec. 112 HGB – only apply to the stock corporation itself as a legal entity but not to its board members. The board members are constrained by a non-competition clause pursuant to stock corporation law, sec. 88 of the German Stock Corporation Code (Aktiengesetz, AktG), which, however, can be repealed by the supervisory board of the stock corporation. In the case at hand, this committee is, again, dominated by the parent corporation of the corporate group. The result is a conflict between the protection against competition under the law applicable to limited partnerships and the legal status of the general partner under stock corporation law. The BGH refused to transfer the restraints applying under the law of limited partnerships to the management board of the stock corporation operating as a general partner. The following article will analyze the conflict of principles. In the conclusion, the decision of the BGH is endorsed as a necessary consequence of the general accord to recognize the combination of a limited partnership and a stock corporation.

I. Einleitung

In der „Vorstandsdoublemandat“-Entscheidung vom 9. März dieses Jahres¹ hatte der BGH über die Reichweite des Wettbewerbsverbots bei einer Personenhandelsgesellschaft (§ 112 HGB) zu befinden, die als AG & Co. KG strukturiert ist. Der Fall betrifft die Gruner + Jahr AG & Co. KG, der insgesamt drei Gesellschafter angehören: Die Bertelsmann AG hält als Mehrheitskommanditistin einen Anteil von 73,4% und die Constanze Verlag GmbH & Co. KG als Minderheitskommanditistin einen Anteil von 24,6%. Als Komplementärin mit einem Anteil von 2% fungiert die Gruner + Jahr AG, die wiederum im Mehrheitsbesitz der Bertelsmann AG steht (74,9%), während an ihr die Constanze Verlag GmbH & Co. KG einen Minderheitsanteil von 25,1% hält. Insgesamt kann also die Bertelsmann AG vermittels

1 Az. II ZR 170/07 = BGH ZIP 2009, 1162.

ihrer Mehrheitsbeteiligung und der Kontrolle der Komplementär-AG nach der Vermutung der §§ 16 I, 17 II AktG einen beherrschenden Einfluss auf die Gruner + Jahr AG & Co. KG ausüben.

Der Streit um das Wettbewerbsverbot entzündete sich an der Bestellung des Vorstandsvorsitzenden der Gruner + Jahr AG (Komplementär-AG), Dr. K, zum Mitglied des Vorstands (auch) bei der Bertelsmann AG (Mehrheitskommanditistin). Die Minderheitskommanditistin begehrt mit ihrer Klage gegen die Bertelsmann AG als Mehrheitskommanditistin und auch gegen die Komplementär-AG die Feststellung, dass die Tätigkeit der Vorstandsmitglieder der Komplementär-AG bei der Mehrheitskommanditistin – wegen des behaupteten Wettbewerbsverhältnisses zwischen dieser und der KG – einem Einwilligungsvorbehalt entsprechend § 112 HGB unterliegt. Der BGH hat gegen eine ausdehnende Deutung des Wettbewerbsverbots im Sinne eines solchen Einwilligungsvorbehalts entschieden. Ob bzw. inwieweit die Bertelsmann AG tatsächlich Wettbewerb i.S.d. § 112 HGB betreibt, ist in dem Verfahren daher offen geblieben.² Auch die Frage der Passivlegitimation wird durch die Ablehnung des Einwilligungsvorbehalts obsolet.³

Der Entscheidung des BGH ist im Ergebnis beizupflichten. Die komplexen Begründungszusammenhänge geben indes Anlass zu näherer Erläuterung.

II. Das Wettbewerbsverbot in den Personenhandelsgesellschaften (§ 112 HGB) als zentrale normative Anknüpfung

Als Grundlage des Einwilligungsvorbehalts kommt allein § 112 HGB in Betracht. Die Entscheidung betrifft mit dem Thema der Vorstandsdoppelmandate zwar auch die Personalhoheit des beherrschenden Gesellschafters über das Geschäftsleiteramt im faktischen AG-Konzern,⁴ sie kann aber nicht auf dieses Problem reduziert werden. Vielmehr ist zu klären, ob die Personalhoheit des Aufsichtsrats und damit diejenige des herrschenden Gesellschafters in der AG & Co. KG durch das Wettbewerbsverbot gemäß § 112 HGB überlagert ist.

2 Vgl. näher zu den Hintergründen des Wettbewerbsverhältnisses die Berufungsentscheidung OLG Hamburg vom 29. Juni 2007, Az. 11 U 141/06 Rdn. 5 ff (juris, insoweit in ZIP 2007, 1370 ff nicht abgedruckt).

3 Sofern man einen Einwilligungsvorbehalt annehmen würde, wären beide Beklagten schon aufgrund der Treupflicht, die ihrerseits die wertende Grundlage für das Wettbewerbsverbot bildet, gleichermaßen zur Beachtung verpflichtet. In der Konsequenz der Annahme eines Einwilligungsvorbehalts läge es auch, diesen auf die *Gestattung* des Vorstandsdoppelmandats durch den Aufsichtsrat der Komplementär-AG (§ 88 Abs. 1 Satz 2 AktG) zu erstrecken. Der auf letzteren Mitwirkungsakt bezogene Hilfsantrag wurde indes aus Verfahrensgründen abgelehnt.

4 Dieser Umstand wird von ALTMEPPEL, ZIP 2008, 437, 442 hervorgehoben.

Einem Wettbewerbsverbot nach § 112 HGB unterliegt zunächst die Gruner + Jahr AG als geschäftsführende Komplementär-AG (§ 161 Abs. 2 HGB). Gemäß dem Wortlaut des § 165 HGB gilt das Wettbewerbsverbot zwar nicht für Kommanditisten, doch ist weitgehend anerkannt und wurde vom BGH in vorliegender Entscheidung bestätigt, dass § 165 HGB im Hinblick auf beherrschende (vgl. §§ 17 Abs. 1, 18 AktG) Kommanditisten teleologisch zu reduzieren ist.⁵ Denn deren Stellung und Einfluss ist der Position des Komplementärs im Hinblick auf die Geschäftsführung angenähert, während die Haftungsverfassung – als zentraler verbleibender Unterschied – für die Frage des Wettbewerbsverbots nicht von entscheidender Bedeutung ist.

Die Minderheitskommanditistin stellte indessen im Streitfall nicht die konkurrierende Geschäftsentfaltung der Bertelsmann AG als beherrschender Mehrheitskommanditistin in Frage, sondern allein das Vorstandsdoublemandat des Dr. K. Die entscheidende Frage des Falles lautete daher, ob das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB nur die eigene Geschäftsentfaltung des herrschenden Gesellschafters (Mehrheitskommanditistin) beschränkt oder ob dann, wenn juristische Personen als Gesellschafter eingesetzt werden, auch die Geschäftsentfaltung der Organe vom Wettbewerbsverbot erfasst wird.

III. Teleologische und systematische Rahmenbedingungen von Wettbewerbsverboten

1. Sinn und Zweck von Wettbewerbsverboten – Anwendungsfälle

Das Wettbewerbsverbot ist eine besonders strenge Ausprägung der im Rahmen der Fremdgeschäftsführung ohnehin bestehenden Treupflicht, also der generalklauselartigen Bindung des Geschäftsführers an die Interessen des Geschäftsherrn bzw. bei Organen von Gesellschaften an den Gesellschaftszweck.⁶ Es soll sicherstellen, dass ein Fremdgeschäftsführer die Verwirklichung eigener Interessen denjenigen des Geschäftsherrn unterordnet.

Die Schutzrichtung von Wettbewerbsverboten kann in dreierlei Hinsicht konkretisiert werden: Erstens soll das Wettbewerbsverbot verhindern, dass der Geschäftsführer seinen Einfluss in der Geschäftssphäre des Geschäftsherrn zu dessen Nachteil und zum eigenen Vorteil einsetzt. Zweitens soll der Ge-

5 BGH ZIP 2009, 1162, 1163 Rdn. 9 unter Berufung auf BGHZ 89, 162, 165 f. Vgl. auch STAUB/ULMER, Komm. z. HGB, 4. Aufl., 1988, § 112 Rdn. 9. Für die AG & Co. KG a.A. ALTMIPPEN, ZIP 2008, 437, 443.

6 Vgl. bezogen auf die Personenhandelsgesellschaften ULMER, aaO (Fn. 5), § 112 HGB Rdn. 1. Näher zur dogmatischen Qualifizierung der Zweckförderungs- und Treupflicht GRIGOLEIT, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 289 ff.

schäftsführer davon abgehalten werden, Informationen, die er in der Sphäre des Geschäftsherrn gewonnen hat, zur Verwirklichung externer, d.h. seiner eigenen Vorteile zu verwerten.⁷ Drittens – wenngleich weniger bedeutsam und im vorliegenden Zusammenhang vernachlässigbar – kann ein Wettbewerbsverbot dazu beitragen, dass der Geschäftsführer seine Arbeitskraft auf den Geschäftsherrn konzentriert und nicht in anderweitiger Geschäftsentfaltung erschöpft.

Die positivrechtlichen Anordnungen von Wettbewerbsverboten betreffen besonders intensive Fremdgeschäftsführungsbeziehungen im Bereich des Handelsrechts. Neben der Regelung des § 112 HGB ist das – weitgehend inhaltsgleiche – Wettbewerbsverbot des § 284 AktG zu nennen, das die geschäftliche Entfaltung von persönlich haftenden Gesellschaftern der KGaA einschränkt. Weiter gefasst als die Anordnungen der §§ 112 HGB, 284 AktG sind die für den Handlungsgehilfen (§ 60 HGB) und für Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft (§ 88 AktG) geltenden Wettbewerbsverbote, da diese nicht nur eine Tätigkeit im selben Handelszweig, sondern auch andere Tätigkeiten des Geschäftsleiters unter einen Erlaubnisvorbehalt stellen; der erweiterte Umfang dieser Verbote erklärt sich daraus, dass diese Vorschriften – anders als § 112 HGB – auch den Einsatz der vollen Arbeitskraft des Geschäftsführers sicherstellen sollen.⁸

Neben den positivrechtlichen Wettbewerbsverboten sind – in Parallele zu den gesetzlichen Vorschriften – in bestimmten Konstellationen weitere Wettbewerbsverbote als Rechtsfortbildung anerkannt. Zu nennen ist hier zunächst die – bereits erwähnte – Erstreckung des § 112 HGB auf den herrschenden Kommanditisten einer GmbH & Co. KG.⁹ Des Weiteren ist nach h.M. im GmbH-Recht – ungeachtet des Fehlens einer den §§ 112 HGB, 88 AktG vergleichbaren Regelung – sowohl der Geschäftsführer als auch der beherrschende Gesellschafter der GmbH einem Wettbewerbsverbot unterworfen.¹⁰ Demgegenüber entspricht es der überwiegenden Auffassung, dass der herrschende Aktionär trotz seines mittelbaren Einflusses auf die Geschäftsleitung der AG keinem Wettbewerbsverbot hinsichtlich seiner externen Entfaltung unterliegt.¹¹

7 Vgl. BGHZ 89, 162, 166; ULMER, aaO (Fn. 5), § 112 HGB Rdn. 1.

8 Vgl. nur BGH NJW 2001, 2476 (Leitsatz); HÜFFER, Komm. z. AktG, 9. Aufl., 2010, § 88 Rdn. 1.

9 Vgl. die Nachweise in Fn. 4.

10 ZÖLLNER, in: Baumbach/Hueck, Komm. z. GmbHG, 19. Aufl., 2010, SchlAnhKonzernR Rdn. 95 m.w.N.

11 Vgl. KROPFF, Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl., 2000, Vor § 311 Rdn. 65; OLG Stuttgart ZIP 2007, 1210, 1217. A.A. für die personalistische, nicht börsennotierte AG HABERSACK, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl., 2008, Vor § 311 Rdn. 7 m.w.N.

2. Der präventive und überschießende Charakter von Wettbewerbsverboten

Bei der Bewertung von Wettbewerbsverboten ist stets deren Sanktionsumfeld zu berücksichtigen. Auch ohne die Anerkennung eines Wettbewerbsverbots haftet ein Fremdgeschäftsführer, wenn er im Rahmen seiner externen Geschäftsentfaltung den Interessen des Geschäftsherrn bzw. dem Gesellschaftszweck zuwider handelt und dem Geschäftsherrn dabei einen Schaden zufügt (z.B. §§ 280 Abs. 1 BGB, 43 GmbHG, 93 AktG). Insbesondere folgt aus der Bindung an die Interessen des Geschäftsherrn unabhängig vom Eingreifen eines Wettbewerbsverbots, dass der Geschäftsführer die Geschäftschancen, die sich im Rahmen der Geschäftssphäre des Geschäftsherrn ergeben, möglichst effektiv und ausschließlich für dessen Vermögen realisieren muss. Er darf solche Geschäftschancen der Gesellschaft grundsätzlich nicht auf seine private Vermögenssphäre oder in das Vermögen eines Dritten überleiten, also etwa auf eigene Rechnung oder auf Rechnung eines Dritten mit einem Kunden der Gesellschaft einen Vertrag schließen.¹²

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Bindung aufgrund der Interessenwahrungs- und Zweckförderungspflicht haben Wettbewerbsverbote einen präventiven und überschießenden Charakter: Sie besorgen einen Schutz des Geschäftsherrn unabhängig davon, ob dieser bereits einen konkreten Nachteil erlitten hat bzw. die Entstehung eines solchen Nachteils nachweisen kann. So erlaubt das Wettbewerbsverbot dem Geschäftsherrn, durch Geltendmachung seines Unterlassungsanspruchs präventiv gegen eine geschäftliche Entfaltung des Geschäftsführers auch dann vorzugehen, wenn die Wettbewerbshandlung (noch) nicht mit einer konkreten Erwerbssaussicht für den Geschäftsherrn kollidiert; die abstrakte Gefährdung der Geschäftsinteressen ist ausreichend.¹³ Durch das Eintrittsrecht (§ 113 Abs. 1 Hs. 2 HGB) erhält der Geschäftsherr zudem einen Anspruch, der unabhängig von der Entstehung eines Nachteils ist und etwa auch dann eingreift, wenn der Geschäftsherr den in Frage stehenden Vorteil selbst gar nicht hätte ziehen können.¹⁴

Die präventive und – wegen der Loslösung von einer konkreten Nachteilszufügung oder auch nur von einer konkreten Gefährdung – überschießende Schutzwirkung des Wettbewerbsverbots verleiht diesem ein im Privatrecht außergewöhnliches Gepräge. Die Anerkennung dieses scharfen Instruments beruht auf den Eigenheiten intensiver Geschäftsbesorgungsverhältnisse im unternehmerischen Bereich. Der präventive und überschießende Charakter des Wettbewerbsverbots soll insbesondere den Beweisproblemen Rechnung tragen, die sich für den Geschäftsherrn hinsichtlich der Geltendmachung einer

12 Zu den Kriterien vgl. etwa FLEISCHER, NZG 2003, 985, 986 ff m.w.N.

13 Zutr. und mit einem knappen Überblick über den Meinungsstand HAAS/HOLLER, DStR 2001, 1042, 1043.

14 ULMER, aaO (Fn. 5), § 113 HGB Rdn. 17.

Pflichtverletzung und eines Schadens bei externer Interessenverfolgung durch den Geschäftsführer ergeben.¹⁵ Die Nachweisprobleme beruhen ihrerseits auf der Kontrolle des Geschäftsführers über die unternehmerischen und informationellen Abläufe. So ist in einem Schadensersatzprozess kaum nachvollziehbar, wie der doppelsphärisch agierende Geschäftsführer Geschäftschancen zuweist (bzw. zuweisen sollte) oder wie er Informationen verwertet.

IV. Wettbewerbsverbot und Organbestellung bei der Komplementär-AG einer AG & Co. KG

Vor diesem teleologischen und systematischen Hintergrund seien nunmehr die Auswirkungen des Wettbewerbsverbots auf die Vorstandsbestellung in der hier in den Blick genommenen Konstellation der AG & Co. KG erörtert.

1. Konkretisierung des Rechtsfortbildungsproblems – Relativierung von Formalargumenten

Da § 112 HGB allein die Person des Gesellschafters anspricht, lässt sich das Verhältnis des Wettbewerbsverbots zur Vorstandsbestellung nicht im Wege einfacher Auslegung lösen. Dieses Problem ergibt sich vielmehr erst aus dem Auseinanderfallen von Gesellschafterstellung (juristische Person) und Geschäftsleitung (Vorstandsmitglieder). Die Aufspaltung war im Recht der Personenhandelsgesellschaften ursprünglich nicht vorgesehen und sie hat somit im Wortlaut des § 112 HGB auch keine Berücksichtigung gefunden. Daher kann ein Eingreifen des Wettbewerbsverbots nicht allein unter Hinweis auf den Wortlaut von § 112 HGB damit begründet werden, dass die Komplementär-AG (selbst) durch ein weiteres Mandat eines ihrer Vorstandsmitglieder in einem wettbewerbsrelevanten Unternehmen in demselben Handelszweig tätig werde bzw. an einer gleichartigen Handelsgesellschaft beteiligt sei.¹⁶

Gleichermaßen unergiebig ist der (auf das gegenteilige Ergebnis hinauslaufende) Hinweis auf das Prinzip der rechtlichen Trennung der in der KG zusammenstehenden Gesellschaften.¹⁷ Damit ist zwar der rechtsstrukturelle Ausgangsbefund zutreffend beschrieben, die wertungsmäßige Kollision mit dem Schutzzweck des Wettbewerbsverbots aber nicht gelöst. Ähnliches gilt für den Befund, dass das in § 112 HGB verankerte Wettbewerbsverbot das Organ oder den Vertreter selbst nicht bindet.¹⁸ Diese Feststellung ist nach dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse ohne weiteres zutreffend. Sie sagt jedoch

15 Vgl. etwa BGHZ 80, 69, 71 ff (insbes. S. 74); BGHZ 89, 162, 165 ff.

16 So wohl auch BGH ZIP 2009, 1162, 1164 Rdn. 12.

17 Zu diesem Argument vgl. BGH ZIP 2009, 1162, 1164 Rdn. 19 f.

18 Vgl. zu diesem Argument auch BGH ZIP 2009, 1162, 1163 Rdn. 10.

nichts darüber aus, welche Wirkungen das Wettbewerbsverbot *gegenüber der Komplementär-AG* im Hinblick auf die Tätigkeit ihrer Vertreter und Organe entfaltet.¹⁹

Die Problemlösung sollte vielmehr offen als Rechtsfortbildungsproblem identifiziert werden, das sich aus der Zulassung juristischer Personen als Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft ergibt. Dabei sind im Wesentlichen zwei Begründungselemente zu berücksichtigen: Zunächst ist festzustellen, inwieweit der Schutzzweck des Wettbewerbsverbots einen Einwilligungsvorbehalt der Kommanditisten hinsichtlich einer wettbewerbsrelevanten Vorstandsbestellung bei der Komplementär-AG nahe legt²⁰. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine solche Erstreckung des Wettbewerbsverbots auf die Vorstandsbestellung mit den besonderen normativen Rahmenbedingungen der Einsetzung einer AG als Komplementärin im Einklang steht²¹. Da zwischen diesen beiden Begründungselementen – wie sich zeigen wird – ein Spannungsverhältnis besteht, ist das Rechtsfortbildungsproblem im Rahmen einer abwägenden Gesamtwürdigung zu lösen²².

2. Schutzbedürfnis der KG bzw. der Minderheitskommanditistin

a) Die Ausrichtung der Zwecke des Wettbewerbsverbots auf das handelnde Individuum

Aus der – vom BGH nicht näher erörterten – Perspektive der Minderheitskommanditistin entspricht die mit der externen Geschäftsentfaltung eines Vorstandsmitglieds der Komplementär-AG verbundene Gefahr grundsätzlich derjenigen, die sich aus einem wettbewerbsrelevanten Verhalten einer als Geschäftsführer agierenden natürlichen Person ergibt. Die beim Wettbewerbsverbot angesprochenen Beweisprobleme²³ sind in spezifischer Weise mit dem Interessenkonflikt und der doppelseitigen Herrschaftsmacht des *handelnden Individuums* verknüpft, denn sie beziehen sich vor allem auf die subjektive Sphäre des Handelnden, namentlich auf die Ausrichtung der zu treffenden Entscheidung und die Behandlung unternehmensspezifischer Informationen. Aufgrund seiner Stellung in beiden Gesellschaften kann das Doppelorgan in kaum kontrollierbarer Weise die Entscheidungs- und Informationssphäre der KG für die Mehrheitskommanditistin öffnen und ausbeuten.

19 Für eine Bindung der Komplementärin insoweit HELLGARDT, ZIP 2007, 2248, 2251 ff; WERNER, GmbHR 2007, 988, 989.

20 Vgl. unter 2.

21 Vgl. unter 3.

22 Siehe unter 4.

23 Siehe III. 2.

Das Eingreifen des Wettbewerbsverbots ist auch nicht etwa teleologisch untrennbar mit der persönlichen Haftung des Komplementärs verbunden. Vielmehr steht die persönliche Einflussnahme auf die Geschäftsführung im Vordergrund. Dies wird von der h.M. zutreffend dadurch zum Ausdruck gebracht, dass das Wettbewerbsverbot im Wege einer teleologischen Restriktion nicht auf einen persönlich haftenden Gesellschafter angewendet wird, der von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist,²⁴ während der beherrschende Kommanditist – entgegen dem Wortlaut des § 165 HGB – dem Wettbewerbsverbot unterworfen ist.²⁵ Irrelevant für § 112 HGB ist nach h.M. im Übrigen, ob der geschäftsführende Gesellschafter als Wettbewerber für eigene oder – etwa als Vorstand einer konkurrierenden AG – für fremde Rechnung tätig wird,²⁶ da die aus dem Interessenkonflikt resultierende Gefahr bei einer Tätigkeit auf fremde Rechnung gleichermaßen begründet ist.

Der Umstand, dass die Komplementär-AG selbst unzweifelhaft dem Wettbewerbsverbot unterworfen bleibt, trägt dagegen der aus der Wettbewerbstätigkeit resultierenden Gefahrenlage nicht hinreichend Rechnung. Denn die gefährdende externe Geschäftsentfaltung fällt gerade nicht in die Unternehmenssphäre der Komplementär-AG, deren Funktion sich im Regelfall auf die Leitung der Geschäfte der KG beschränkt.

b) Funktionsstörung des durch das aktienrechtliche Wettbewerbsverbot vermittelten Schutzes

Einen gewissen Schutz können die Kommanditisten in der AG & Co. KG allerdings dadurch erhalten, dass der Vorstand seinerseits einem Wettbewerbsverbot gegenüber der Komplementär-AG aus § 88 AktG unterliegt. Die Sicherstellung dieses Schutzes ist freilich – anders als nach der Regelung des § 112 HGB – nicht den übrigen Gesellschaftern, sondern dem Aufsichtsrat überantwortet. Die Verlagerung der Kontrolle auf ein Organ der Komplementär-Gesellschaft und die damit einhergehende Mediatisierung des Wettbewerbschutzes in der KG sind grundsätzlich unbedenklich,²⁷ denn die KG ist hinreichend geschützt, wenn der Aufsichtsrat der Komplementär-Gesell-

24 Dies gilt freilich nur dann, wenn seine Stellung im Hinblick auf die Mitwirkungsrechte derjenigen eines Kommanditisten entspricht, vgl. ULMER, aaO (Fn. 5), § 112 HGB Rdn. 7.

25 Vgl. die Nachweise in Fn. 4.

26 Vgl. ULMER, aaO (Fn. 5), § 112 HGB Rdn. 22 f; GOETTE, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Stroh, Komm. z. HGB, 2. Aufl., 2008, § 112 Rdn. 13.

27 Anders im Sinne einer Zurechnung des Organhandelns zur AG HELLGARDT, ZIP 2007, 2248, 2252 ff. Für eine Entscheidungszuständigkeit der KG im Rahmen der Entscheidung nach § 88 AktG CAHN, Der Konzern 2007, 716, 724 f.

schaft die Interessen der KG verfolgt und insofern auch keiner Interessenkollision unterliegt.

Die Verlagerung der Dispensentscheidung auf den Aufsichtsrat der Komplementär-AG beeinträchtigt den Schutz der KG aber dann, wenn die AG – wie im vorliegenden Fall – selbst unter der Mehrheitsherrschaft eines Gesellschafters steht, der (potentieller) Wettbewerber der KG ist. In dieser Konstellation kann der (potentielle) Wettbewerber aufgrund seines Einflusses auf den Aufsichtsrat *de facto* auch zu Lasten der KG über den Wettbewerbsdispens der Geschäftsleitung bestimmen. Darin liegt auch ein entscheidender Unterschied zur GmbH & Co. KG, bei der die Dispenszuständigkeit unmittelbar in der Hand der Gesellschafter liegt und der betroffene (herrschende) Gesellschafter von der Ausübung seines Stimmrechts ausgeschlossen ist.²⁸ Im Verhältnis von KG und Komplementär-GmbH ist daher ein Interessengleichlauf im Hinblick auf die Dispenszuständigkeit grundsätzlich sichergestellt.²⁹

Der Interessenkonflikt in der AG und das daraus resultierende Schutzdefizit der KG werden auch nicht vollständig dadurch ausgeräumt, dass die herrschende Aktionärin aufgrund ihrer beherrschenden Stellung in der KG hinsichtlich ihrer externen Geschäftsentfaltung grundsätzlich ebenfalls einem Wettbewerbsverbot gegenüber der KG unterworfen ist³⁰. Denn eine Geltendmachung des Wettbewerbsverbots gegen die beherrschende Mehrheitskommanditistin ist in verschiedenen Konstellationen kein effektiver oder angemessener Schutz gegenüber der vom Doppelvorstandsmitglied ausgehenden Gefahr.³¹ So kann etwa die Mehrheitskommanditistin vom Wettbewerbsverbot befreit sein, ohne dass dadurch automatisch auch das Schutzbedürfnis im Hinblick auf die durch das Doppelvorstandsmitglied begründete Ausbeutungsgefahr entfällt. Auch kann die Durchsetzung des Wettbewerbsverbots gegen die Mehrheitskommanditistin wegen rechtlicher Unsicherheiten oder aus wirtschaftlichen Erwägungen unzweckmäßig sein, wiederum ohne dass dies für das Schutzbedürfnis hinsichtlich des Doppelvorstandsmitglieds von Belang ist. Der personellen Verflechtung wohnt daher ein besonderes Gefahrenpotential inne, das durch die grundsätzliche Bindung des herrschenden Gesellschafters nicht in ausreichendem Maße kompensiert wird.

28 Vgl. ZÖLLNER/NOACK, in: Baumbach/Hueck, Komm. z. GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 35 Rdn. 43.

29 Die herrschende Meinung zur GmbH & Co. KG geht zudem von einer Drittwirkung des Wettbewerbsverbots zu Gunsten der KG aus, vgl. ARMBRÜSTER, ZIP 1997, 261, 271 f; GRUNEWALD, Münchener Komm. z. HGB, 2. Aufl., 2007, § 165 Rdn. 14; KOLLER, in: Koller/Roth/Morck, Komm. z. HGB, 6. Aufl., 2007, § 165 Rdn. 2. Eine etwaige Drittwirkung steht allerdings ihrerseits – wie das Wettbewerbsverbot – grundsätzlich unter dem Vorbehalt eines wirksamen Dispenses (vgl. auch § 334 BGB), so dass dadurch das spezifische Problem der AG & Co. KG nicht gelöst wird.

30 Vgl. oben II.

31 Ausführlich hierzu CAHN, Der Konzern 2007, 716, 722 ff.

c) *Zwischenbefund: Schutzzweck des § 112 HGB bei
Vorstandsdoppelmandaten betroffen*

Damit entspricht die durch das Vorstandsdoppelmandat hervorgerufene Gefahrenlage für die KG im Wesentlichen derjenigen, die durch die wettbewerbsrelevante Geschäftsentfaltung einer als Komplementär agierenden natürlichen Person entsteht. Das innerhalb der Komplementär-AG geltende Wettbewerbsverbot (§ 88 AktG) vermag die Gefahrenlage nicht auszuräumen, wenn der über den Dispens vom Wettbewerbsverbot entscheidende Aufsichtsrat von der Mehrheitskommanditistin beherrscht wird. Auch der Umstand, dass die herrschende Kommanditistin ihrerseits an ein Wettbewerbsverbot gebunden ist, bedingt keine wesentliche Milderung der durch das Vorstandsmitglied mit doppelstärkiger Interessenbindung ausgelösten Gefahrenlage.

3. *Normative und sachstrukturelle Rahmenbedingungen*

Das Schutzbedürfnis der KG bzw. der Minderheitskommanditistin legitimiert allerdings noch nicht notwendig die Erstreckung des durch das Wettbewerbsverbot begründeten Einwilligungsvorbehalts auf die Vorstandsbestellung. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Einwilligungsvorbehalt auch mit den besonderen normativen Rahmenbedingungen in Einklang steht, die sich aus der Einsetzung einer AG als Komplementärin und der in dieser vorstatten gehenden Vorstandsbestellung ergeben.

a) *Die Problematik der Ausuferung des Wettbewerbsverbots und
die Parallele zum Stellvertreter*

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Erstreckung auf die Vorstandsbestellung zu einer personellen Vervielfältigung des Wettbewerbsverbots führen kann, wenn und weil in einem Vorstandsgremium eine Personenmehrzahl betroffen ist. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Einnahme der Gesellschafterstellung durch eine natürliche Person.

Das Vervielfältigungsproblem legt daher eine Parallele der Vorstandsbestellung zur Einsetzung von Stellvertretern nahe, die auch in der Entscheidung des BGH anklingt.³² Zutreffend geht das Gericht im Einklang mit der h.M. davon aus, dass das Wettbewerbsverbot die Einsetzung von Stellvertretern grundsätzlich nicht berührt.³³ Würde das Mitspracherecht der übrigen Gesellschaf-

32 BGH ZIP 2009, 1162, 1163 Rdn. 9 f; näher dazu auch OLG Hamburg, ZIP 2007, 1370, 1372.

33 BGH ZIP 2009, 1162, 1163 Rdn. 10. Freilich können die übrigen Gesellschafter im Einzelfall auf der Grundlage der Treupflicht Vertreter zurückweisen, bei denen die

ter unter Berufung auf den Schutzzweck des § 112 HGB auch auf die Einsetzung von Stellvertretern erstreckt, so wäre eine weitreichende präventive Kontrolle von Personalentscheidungen durch sämtliche (und nicht nur durch die geschäftsführenden) Gesellschafter die Folge. Eine solche Extension würde deutlich über den Zweckgehalt des § 112 HGB hinausgehen. Die Gesellschafter sind daher auf ihre allgemeinen Zuständigkeiten im Rahmen der Geschäftsführung verwiesen, wenn sie die Berufung von Stellvertretern wegen deren Interessenkonflikten verhindern wollen.

Das Vervielfältigungsproblem ist zudem im Lichte des besonderen Charakters von Wettbewerbsverboten zu würdigen. Die Implementierung von Wettbewerbsverboten ist mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden, die sich insbesondere aus dem Erfordernis eines Nachweises der Wettbewerbsrelevanz einer externen Geschäftsentfaltung (vgl. § 112 Abs. 1 HGB) ergibt. Diese Unsicherheit führt auf der Seite der Gesellschafter zu einem nicht unerheblichen Spielraum für opportunistische Rechtsverfolgung. Die personale Vervielfältigung des Wettbewerbsverbots vertieft diese Unsicherheiten, die mit der Geltendmachung von Wettbewerbsverboten verbunden sind.

Bei näherer Betrachtung kann das Vervielfältigungsproblem aber nicht den Ausschlag gegen die Erstreckung des Wettbewerbsverbots auf die Organbestellung geben, denn die Vorstandsmitglieder der Komplementär-AG können nicht ohne weiteres mit einfachen Stellvertretern gleichgesetzt werden. Zum einen begründet die Organstellung eine besonders hohe Einflussintensität im Rahmen der Fremdgegeschäftsführung und betrifft nur die höchste Geschäftsführungsebene. Damit ist auch die Zahl der Vorstandsmitglieder von vornherein begrenzt. Diese Unterschiede könnten es – wenn man allein das Vervielfältigungsproblem in den Blick nimmt – durchaus rechtfertigen, Vorstandsmitglieder und (sonstige) Stellvertreter hinsichtlich des wettbewerbsbezogenen Einwilligungsvorbehalts unterschiedlich zu behandeln.

b) Aktienrechtliches Wettbewerbsverbot und aktienrechtliche Wertungen

Dreh- und Angelpunkt in der Argumentation des BGH ist indessen die Respektierung der Wertungen des Aktienrechts und des Aktienkonzernrechts. Zutreffend ist der diesem Argument zugrunde liegende aktienrechtliche Befund: Innerhalb einer AG kann der beherrschende Aktionär über die Beset-

konkrete Gefahr einer Ausnutzung von Insiderinformationen oder einer – kompensationslosen – nachteiligen Beeinflussung im Raum steht, vgl. etwa ULMER, aaO (Fn. 5), § 112 HGB Rdn. 10; GOETTE, aaO (Fn. 26), § 112 HGB Rdn. 6. Die (auch mit einer mittelbaren Wirkung versehene) Übertragung des Erlaubnisvorbehalts des § 112 HGB auf die Tätigkeit von Vertretern (so aber HELLGARDT, ZIP 2007, 2248, 2251 ff) würde jedoch über den gebotenen Schutz hinausgehen.

zung des Aufsichtsrats ohne weiteres auch die Bestellung des Vorstands beeinflussen und gewährleisten, dass dessen Mitglieder vom Wettbewerbsverbot dispensiert werden (§ 88 Abs. 1 Satz 2 AktG). Es kommt hinzu, dass das Aktienkonzernrecht detailliert positivrechtlich ausgestaltet ist (§§ 16 ff, 292 ff AktG), ohne dass der Schutzmechanismus des Wettbewerbsverbots zu Gunsten der Minderheitsaktionäre gegen Einflussnahmen der beherrschenden Gesellschafter immunisiert worden ist. Dieser Verzicht kann als Element der „konzernierungsfreundlichen“ Tendenz des Aktienrechts bezogen auf die AG nicht im Wege der Rechtsfortbildung konterkariert werden. Der Minderheitsaktionär muss es somit hinnehmen, wenn ein Vorstandsmitglied ein wettbewerbsrelevantes Zweitmandat in einer zum Konzern des herrschenden Aktionärs gehörenden Gesellschaft übernimmt, sofern der Aufsichtsrat gemäß § 88 Abs. 1 Satz 2 AktG seine Einwilligung erteilt.³⁴ Ihm kommt nur – aber auch: immerhin – der Schädigungsschutz zu, der sich aus der eindimensionalen Bindung von Aufsichtsrat (auch bei der Entscheidung über die Einwilligung nach § 88 Abs. 1 Satz 2 AktG) und Vorstand an das Gesellschaftsinteresse ergibt und auf einen Ausgleich konkreter Schädigungen „seiner“ Gesellschaft hinausläuft (§§ 93, 116, 311 ff, 318 AktG³⁵).³⁶

Nicht überzeugend ist es freilich, wenn diese aktienrechtliche Wertung als ausschlaggebend für das vorliegende Rechtsfortbildungsproblem qualifiziert bzw. ohne Auseinandersetzung mit dem Schutzzweck des § 112 HGB auf die Rechtslage in der KG übertragen wird.³⁷ Denn im vorliegenden Fall steht primär das Rechtsverhältnis der Gesellschafter einer KG in Frage und die Reichweite des insoweit nach § 112 HGB geltenden Wettbewerbsverbots. Die Mitwirkungsbefugnisse innerhalb der AG und das zu ihrem Schutz geltende Wettbewerbsverbot (§ 88 AktG) betreffen demgegenüber lediglich rechtliche Rahmenbedingungen. Das Aktienrecht im Allgemeinen und das Aktienkonzernrecht im Besonderen (§§ 291 ff BGB) gelten für die Rechtsverhältnisse innerhalb einer AG und für die Beherrschung einer AG; für eine Übertragung der aktienrechtlichen Wertungen auf die Ebene der KG fehlt es jedoch an der gesellschaftsstrukturellen Ähnlichkeit. Dies zeigt u.a. auch der Umstand, dass die präventive Wirkung des Wettbewerbsverbots aus § 112 HGB – anders als im Aktienrecht – gerade nicht zur Disposition des Mehrheitsgesellschafters steht. Für die Behauptung eines generellen normativen Vorrangs der aktienrechtlichen Wertungen³⁸ gibt es keinerlei überzeugende Rechtfertigung. Sie wird vielmehr schon dadurch entkräftet, dass die Komplementär-AG in die KG eingebunden ist; es ist aktienrechtlich nicht von

34 Zutr. insoweit BGH ZIP 2009, 1162, 1163 f Rdn. 13–17.

35 Vgl. auch oben III. 2.

36 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch BGH ZIP 2009, 1162, 1163 Rdn. 16.

37 In diesem Sinne aber BGH ZIP 2009, 1162, 1163 f, Rdn. 13, 17 f.

38 So aber ALTMIPPEN, ZIP 2008, 437, 442.

vornherein auszuschließen, dass diese äußere Pflichtbindung die innerhalb der AG bestehenden Verhaltenspflichten überlagern kann.

c) *Die sachstrukturelle Entwertung des Wettbewerbsverbots durch Einsetzung der Komplementär-AG*

Wenn sich auch normative Ableitungen aus dem Aktienrecht verbieten, so kann für das von der Rechtsprechung befürwortete Ergebnis doch immerhin der Gesichtspunkt der sachstrukturellen Konsequenz *aus der Zulassung von Aktiengesellschaften als Komplementär einer KG* angeführt werden. Denn diese Weichenstellung – die ausschließlich das Problem der Legitimität gesellschaftsrechtlicher Typenkombinationen involviert, von Wertungen des Aktienrechts aber gänzlich unabhängig ist – gestattet es dem herrschenden Aktionär, über seinen Einfluss auf den Aufsichtsrat den Vorstand der Komplementär-AG „mit Personen seines Vertrauens“ zu besetzen.³⁹ Anders als bei einer von natürlichen Personen gebildeten KG sind die übrigen Gesellschafter bei der AG & Co. KG von der Auswahl der geschäftsleitenden Individuen damit ausgeschlossen.

Diese einseitige Vorstandskontrollmacht entwertet *de facto* von vornherein ein aus § 112 HGB abgeleitetes Mitspracherecht der Minderheitskommanditistin im Hinblick auf wettbewerbsrelevante Vorstandsdoublemandate. Denn durch die Kontrollmacht gegenüber dem Aufsichtsrat kann die Mehrheitskommanditistin auch bei Einsetzung von *Vorstandsmitgliedern ohne externe wettbewerbsrelevante Geschäftsentfaltung* die unternehmerischen und informationellen Abläufe in höchst intensiver Weise steuern. Bereits aus der Einsetzung einer AG als Komplementärin folgt somit, dass die Kommanditisten der spezifischen Gefahr, welcher der präventive Charakter des Wettbewerbsverbots Rechnung tragen soll, ausgesetzt sind. Gegen die Anerkennung eines wettbewerbspezifischen Mitspracherechts spricht damit, dass dieses in der vorliegenden gesellschaftsrechtlichen Verflechtung keine gewichtige Schutzfunktion entfalten kann.

d) *Der Gesichtspunkt der freiwilligen Inkaufnahme der Gesellschaftsstruktur*

Die de-facto-Entwertung des Wettbewerbsverbots findet eine gewisse Legitimierung darin, dass sich die Minderheitskommanditistin – wie dies im „Vorstandsdoublemandat“-Fall wohl anzunehmen ist – freiwillig auf eine Gesellschaftsstruktur eingelassen hat, im Rahmen derer die Mehrheitskommanditistin die Vorstandskontrollmacht über die Komplementär-AG ausübt. Über die genauen Kenntnisse und Erwartungen der Parteien zum Zeitpunkt

39 BGH ZIP 2009, 1162, 1163 Rdn. 15.

der Herstellung der Gesellschaftsstruktur trifft das Urteil zwar keine Feststellungen. Insbesondere bleibt das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen der KG und der Mehrheitskommanditistin offen. Unzweifelhaft ergibt sich aber nach dem soeben Dargelegten aus der Gesellschaftsstruktur der KG, dass die Mehrheitskommanditistin die Vorstandskontrollmacht über die Komplementär-AG und damit auch eine Kontrolle über die Geschäftsleitung der KG ausübt.

Zwar wäre es – jedenfalls auf der Basis der aus dem mitgeteilten Sachverhalt ersichtlichen Tatsachen – eine reine Fiktion, wollte man daraus bereits eine Einwilligung in eine wettbewerbsrelevante Geschäftsentfaltung der beherrschenden Kommanditistin (§ 112 Abs. 2 HGB analog) oder in die Einsetzung von Dr. K als Doppelvorstandsmitglied ableiten. Auch kann die Regelung des § 112 Abs. 2 HGB angesichts des restriktiven Wortlauts („an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter“) nicht im Sinne einer fingierten Einwilligung der Minderheitskommanditistin in jede wettbewerbsrelevante Entfaltung der Mehrheitskommanditistin oder in die Vorstandsverflechtung zwischen den Konzerngesellschaften gedeutet werden.⁴⁰ Für das hier zu behandelnde Rechtsfortbildungsproblem bildet aber gleichwohl die freiwillige und – trotz der Bindung der Mehrheitskommanditistin an das Wettbewerbsverbot – anhaltende Inkaufnahme der umfassenden Kontrollmacht der Mehrheitskommanditistin über die Geschäftsleitung der KG ein gewichtiges Begründungselement. Denn damit hat sich die Minderheitskommanditistin bewusst auf eine Gesellschaftsstruktur eingelassen, im Rahmen derer die Mehrheitskommanditistin allein aufgrund ihres Einflusses auf den Aufsichtsrat der Komplementär-AG auch ohne Vorstandsdoppelmandate eine doppelsphärische Interessenverfolgung zu Lasten der KG betreiben kann.⁴¹ Die Doppelmandatierung bildet demgegenüber kein Risiko mit erheblichem zusätzlichem Gewicht, so dass die Minderheitskommanditistin insoweit im Ergebnis nicht schutzwürdig ist.

4. Gesamtwürdigung und Ausblick

Im Ergebnis lehnt es der BGH zu Recht ab, der Minderheitskommanditistin im Wege der teleologischen Extension des § 112 HGB einen Einwilligungsvorbehalt einzuräumen, wenn ein Vorstandsmitglied der Komplementär-AG zusätzlich auch bei der – potentiell wettbewerbsrelevant geschäftstätigen – Mehrheitskommanditistin, die gleichzeitig auch Mehrheitsaktionärin der Komplementär-AG ist, zum Vorstandsmitglied bestellt wird. Dieses Ergebnis

40 Zu weitgehend ist allerdings die verbreitete Auffassung, dass § 112 Abs. 2 HGB generell „nicht analogiefähig“ sei, vgl. ULMER, aaO (Fn. 5), § 112 HGB Rdn. 30.

41 Vgl. soeben c).

lässt sich jedoch nicht schon mit dem rechtsförmlichen Trennungsprinzip⁴² und auch nicht mit schneidigen Ableitungen aus dem Aktien(konzern)recht begründen, dessen Wertungen keinen generellen Vorrang gegenüber dem KG-rechtlichen Wettbewerbsverbot beanspruchen können.⁴³ Vielmehr ist das Rechtsfortbildungsproblem im Wege einer vielschichtigen und differenzierenden Abwägungsentscheidung zu lösen.

Im Ansatz ist dabei durchaus anzuerkennen, dass die Übernahme eines zusätzlichen, wettbewerbsrelevanten Mandats durch ein Vorstandsmitglied der Komplementär-AG für die KG bzw. die Minderheitskommandistin mit einer Gefahrenlage verbunden ist, die der in § 112 HGB zugrunde gelegten im Wesentlichen entspricht.⁴⁴ Ein vergleichbares (einseitiges) Schutzbedürfnis kann aber für sich genommen noch nicht die Ableitung eines Einwilligungsvorbehalts aus § 112 HGB rechtfertigen. Gegen eine solche teleologische Extension von § 112 HGB spricht insbesondere, dass ein Einwilligungsvorbehalt der Minderheitskommandistin *de facto* dem Schutzbedürfnis nicht effektiv Rechnung trägt. Denn die Mehrheitskommandistin kann ihre Vorstandskontrollmacht auch ohne Vorstandsdoublemandat und außerhalb des möglichen Anwendungsbereichs einer Extension des § 112 HGB dazu ausnutzen, ihre wettbewerbsrelevanten Interessen doppelsphärisch zu verfolgen.⁴⁵ Es kommt hinzu, dass die Schutzwürdigkeit der Minderheitskommandistin jedenfalls dann entfällt, wenn sie die Vorstandskontrollmacht der Mehrheitskommandistin bei der Komplementär-AG bewusst in Kauf nimmt.⁴⁶ Die Versagung einer teleologischen Extension des § 112 HGB auf die Vorstandsbestellung trägt ferner der methodischen Erwägung Rechnung, dass im Hinblick auf Zuständigkeitsregelungen besondere Zurückhaltung bei richterrechtlichen Eingriffen geübt werden sollte, weil bei derart statischen Festlegungen ein besonderes Rechtssicherheitsbedürfnis besteht.⁴⁷ Eine Ablehnung der präventiven Wirkung des Wettbewerbsverbots ändert schließlich nichts daran, dass die Komplementär-AG und mittelbar auch deren Organe unbedingt zur Verwirklichung der Interessen der KG verpflichtet sind und bei pflichtwidriger Ausbeutung von Informationen oder nachteiligen Einflussnahmen auf Ersatz der dadurch hervorgerufenen Schäden haften. Ferner ist die Minderheitskommandistin auch ohne die Erstreckung des Einwilligungsvorbehalts des § 112 HGB *in präventiver Hinsicht* nicht völlig schutzlos; aufgrund der Treubin-

42 Vgl. IV. 1.

43 Vgl. IV. 3. b).

44 Vgl. IV. 2.

45 Vgl. 3. c).

46 Vgl. 3. d).

47 Vgl. näher GRIGOLEIT, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 71. Diese Erwägung kommt etwa auch in der restriktiven Formulierung der Inhabilitätsgründe durch § 76 Abs. 3 AktG zum Ausdruck, die keinen wesentlichen Spielraum für rechtsfortbildende Erweiterung lassen.

derung der Komplementär-AG und der Mehrheitskommanditistin kann sie u.U. *im Einzelfall* bei einem *konkreten Fehlverhalten* und wohl auch bei Vorliegen *konkreter Verdachtsmomente* gegen die Bestellung bzw. Tätigkeit eines bestimmten Vorstandsmitglieds vorgehen.⁴⁸

Die besondere Schwierigkeit des Verhältnisses zwischen Wettbewerbsverbot und Vorstandsbestellung bei der AG & Co. KG ergibt sich aus dem Konflikt zwischen den unterschiedlichen konzernrechtlichen Rahmenbedingungen der KG einerseits und der AG andererseits. Während im Aktienrecht kein Wettbewerbsverbot der Gesellschafter untereinander vorgesehen und daher eine faktische Konzernierung auch durch Wettbewerber grundsätzlich zulässig ist, steht im Recht der KG die Konkurrenzfähigkeit der Komplementärin und der herrschenden Kommanditistin unter dem Einwilligungsvorbehalt der übrigen Gesellschafter (§ 112 HGB). Die Wertungskollision bei der AG & Co. KG ist eine Folge der – wertungsmäßig durchaus zweifelhaften, aber heute allgemein anerkannten und positivrechtlich verankerten – Zulassung von Gesellschaftstypenkombinationen. Sie lässt sich – wie viele andere derartige Konflikte – nicht unter Wahrung vollständiger Wertungskonsequenz auflösen. Die vom BGH bevorzugte und auch durch die hier vorgetragenen Argumente gestützte Konfliktlösung lässt die grundsätzliche Bindung der Mehrheitskommanditistin an das Wettbewerbsverbot unberührt, tastet aber die Personalhoheit der Komplementär-AG nicht an. Für den Fall, dass der herrschende Gesellschafter vom Wettbewerbsverbot befreit wird – was im vorliegenden Fall nicht festgestellt worden ist –, kann eine dem Regime der §§ 311 ff AktG vergleichbare Gestaltung des Gesellschaftsvertrags der KG in Betracht gezogen werden.⁴⁹ Eine Gesetzesanalogie zu den §§ 311 ff AktG ist indessen aufgrund der gesellschaftsstrukturellen Unterschiede abzulehnen. Insbesondere sind keine normativen Anhaltspunkte für einen generellen Vorrang des Aktienkonzernrechts gegenüber dem in § 112 HGB verankerten Wettbewerbsverbot in der AG & Co. KG ersichtlich.⁵⁰

48 Vgl. im Hinblick auf Vertreter Fn. 33.

49 Vgl. zu vertraglichen Gestaltungen im Konzernrecht der KG etwa MÜLBERT, Münchener Komm. z. HGB, 2. Aufl., 2007, Konzernrecht der Personengesellschaften Rdn. 114 ff, 131 ff.

50 Anders ALTMIPPEN, ZIP 2008, 437, 443.