



Wiebke ter Haseborg

Das Wettbewerbsverbot
der Vorstandsmitglieder
in der AG & Co. KG



§ 1 Einleitung

A. Einführung und Problemstellung

Die AG & Co. KG als Gesellschaftsform tritt im Vergleich zu ihrer weitaus populäreren Schwester, der GmbH & Co. KG, im Rechtsverkehr relativ selten auf.¹ Es wird in diesem Zusammenhang sogar von einem „Schattendasein“² der AG & Co. KG gesprochen. Deswegen ist sie in Rechtsprechung und Literatur kaum in Erscheinung getreten.³ Überwiegend wird auf die zahlreich vorhandenen Ausführungen zur GmbH & Co. KG verwiesen, die AG & Co. KG jedoch lediglich mit dem Hinweis abgehandelt, dass sie sich von der GmbH & Co. KG nur hinsichtlich des auf die Komplementär-Gesellschaft anwendbaren Rechts unterscheidet.⁴

Erst die Entscheidung des *OLG Hamburg* vom 29.06.2007⁵ hat die AG & Co. KG stärker zum Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion gemacht.⁶ Insbesondere die Eignung dieser Rechtsform für konzernrechtliche Strukturierungen wird hervorgehoben.⁷ Das Urteil des *OLG Hamburg* hat jedoch auch aufgezeigt, dass Unsicherheiten im Hinblick auf diese Gesellschaftsform bestehen.⁸ So wird z.B. die Frage aufgeworfen, ob der pauschale Verweis auf die GmbH & Co. KG in bestimmten Punkten nicht doch einer Differenzierung be-

1 Die Umsatzsteuerstatistik (VID/37331100) des statistischen Bundesamtes erfasste im Jahr 2006 eine Anzahl von 469 AG & Co. KG's im Vergleich zu 106 064 GmbH & Co. KG's.

2 Vgl. *Hellgardt*, ZIP 2007, 2248, 2248.

3 Ausnahmen stellen die beiden Monografien von *Beckmann*, Die AG & Co. KG, 1992, sowie von *Mühe*, Die AG & Co. KG, Eine Rechtsform für den Mittelstand?, 2002, dar.

4 So z.B. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb der Personengesellschaften, Rz. I Rn. 3290 (Stand: März 2006); *Beckmann*, DStR 1995, 296, 296; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1621 f.; *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 10. Aufl. 2005, § 25 Rn. 51.

5 OLG Hamburg vom 29.06.2007 – 11 U 141/06 = ZIP 2007, S. 1370 ff.

6 Dazu *Hellgardt*, ZIP 2007, S. 2248 ff.; *Cahn*, Der Konzern 2007, S. 716 ff.; *Altmeppen*, ZIP 2008, S. 437 ff.; *Schwetlik*, GmbHStB 2007, S. 274 f.; *Werner*, GmbHR 2007, S. 986 ff.; *Schäfer*, FD-HGR 2007, 246246.

7 Dies betonen z.B. *Hellgardt*, ZIP 2007, 2248, 2248 und *Altmeppen*, ZIP 2008, 437, 437.

8 Das Verfahren war zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Dissertation beim BGH als Verfahren anhängig. Nach der Zulassung dieser Arbeit zur Promotion hat der BGH in seinem Urteil vom 09.03.2009 – II ZR 170/07 = BB 2009, S. 1834 ff. zu dem hier behandelten Rechtsproblem Stellung bezogen. Im Folgenden wird nur auf grundlegende Unterschiede zur Position des BGH hingewiesen.

darf. Als Mischform aus Personen- und Kapitalgesellschaft treten bei der AG & Co. KG typischerweise Probleme in Bezug auf das anwendbare Recht auf. Konkret wurde in dem angesprochenen Urteil das Problem des Wettbewerbsverbots des Vorstands der AG & Co. KG behandelt.

In der AG & Co. KG werden die Geschäfte von der Komplementär-AG als persönlich haftender Gesellschafterin geführt (§ 161 Abs. 2 i.V.m. § 164 HGB). Da diese als juristische Person nicht selbst im Rechtsverkehr tätig werden kann, muss der Vorstand als ihr Organ für sie handeln. Tatsächlich werden dadurch auch die Geschäfte der KG vom Vorstand der Komplementär-AG geführt. Aufgrund seiner Position werden dem Vorstand der AG und seinen Mitgliedern Einflussmöglichkeiten auf die KG und Kenntnisse über Interna der KG eingeräumt. Dies beinhaltet die Gefahr von Interessenkonflikten sowie der missbräuchlichen Ausnutzung seiner Kenntnisse bzw. seines Einflusses zum Nachteil der KG.

Einen Schutz vor Missbrauchsrisiken wettbewerblicher Art bieten gesetzliche Wettbewerbsverbote. § 161 Abs. 2 i.V.m. 112 HGB statuiert insofern ein Wettbewerbsverbot für den persönlich haftenden Gesellschafter der KG. Danach ist es untersagt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter im Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte zu machen oder an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilzunehmen. Dieses Verbot trifft jedoch grundsätzlich nur die AG in ihrer Eigenschaft als Komplementärin der KG.

§ 88 AktG hingegen normiert ein Wettbewerbsverbot des Vorstandsmitglieds als Organmitglied der AG. Die Vorstandsmitglieder der AG dürfen demnach ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Darüber hinaus ist es ihnen ohne Einwilligung des Aufsichtsrats untersagt, Mitglied des Vorstands oder Geschäftsführer bzw. persönlich haftender Gesellschafter einer anderen Handelsgesellschaft zu sein. § 88 AktG umfasst somit nur ein Verbot zugunsten der AG.

Zum einen erreicht also die Wirkung des Wettbewerbsverbots nach § 161 Abs. 2 i.V.m. 112 HGB nur die AG in ihrer Eigenschaft als Komplementärin, jedoch nicht ihren Vorstand. Zum anderen erlegt § 88 AktG den Vorstandsmitgliedern ein Wettbewerbsverbot auf, das jedoch nur zugunsten der AG gilt. Beide gesetzlich normierten Wettbewerbsverbote laufen somit hinsichtlich des Vorstands der Komplementär-AG als geschäftsführendem Organ der AG & Co. KG ins Leere. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist daher die Frage, ob die Vorstandsmitglieder einem direkten Wettbewerbsverbot gegenüber der KG unterliegen, und wer im Falle eines Vorliegens eines Wettbewerbsverbots über die Aufhebung dieser Beschränkung entscheiden darf.

B. Gang der Untersuchung

Zunächst werden in § 2 die im Themenzusammenhang maßgebenden Grundlagen der AG & Co. KG als Rechtsform dargelegt, wobei insbesondere auf die rechtliche Stellung der Komplementär-AG und der Kommanditisten als Gesellschafter eingegangen wird.

Ein wesentlicher Unterschied zur GmbH & Co. KG liegt bei der AG & Co. KG in der Rechtsposition der Vorstandsmitglieder der Komplementär-AG. Gegenstand der Untersuchung von § 3 ist deshalb die Rechtsposition der Vorstandsmitglieder der Komplementär-AG. Im Mittelpunkt dieses Abschnitts steht dabei die Frage, welche Stellung die Vorstandsmitglieder in Bezug auf die KG einnehmen. Zur Beantwortung wird hierfür zunächst herausgearbeitet, welche Rechtsverhältnisse die Position des Vorstandsmitglieds definieren. Anschließend wird § 76 AktG als zentrale Kompetenznorm für die Aufgabenstellung und die Leitungsaufgabe des Vorstands beleuchtet. Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt geboten, dass die Eigenverantwortlichkeit der Leitung nach § 76 AktG einen wesentlichen Unterschied gegenüber der Rechtsstellung des Geschäftsführers der GmbH & Co. KG darstellt. Im Anschluss daran wird die organisatorische Stellung des Vorstands als Organ in die Betrachtung einbezogen. Dabei wird von der Überlegung ausgegangen, dass sich die Pflichtenstellung des Vorstandsmitglieds aus der Funktion der Komplementär-AG im Gesamtkonstrukt der AG & Co. KG ergibt.

In § 4 schließen sich Ausführungen zu Wettbewerbsverboten im Gesellschaftsrecht an. Diese fließen später als Grundlage in die Prüfung des Vorliegens eines Wettbewerbsverbots des Vorstandsmitglieds ein. Im Zuge dieser Darstellung wird insbesondere auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als dogmatischer Ausgangspunkt gesellschaftsrechtlicher Wettbewerbsverbote eingegangen.

Schließlich wird in § 5 geprüft, ob das Vorstandsmitglied der Komplementär-AG einem direkten Wettbewerbsverbot zugunsten der KG unterliegt. Zunächst werden dafür die Ansätze betrachtet, die in der GmbH & Co. KG zur Begründung des Wettbewerbsverbots des Geschäftsführers herangezogen werden. Darauf folgt eine Betrachtung der möglichen gesetzlichen Grundlagen für ein unmittelbares Wettbewerbsverbot, nämlich § 88 AktG bzw. § 112 HGB. Anhand der in § 3 und § 4 gewonnenen Erkenntnisse wird abschließend konkret geprüft, ob ein direktes Wettbewerbsverbot des Vorstandsmitglieds gegenüber der KG besteht und wer gegebenenfalls über die eventuelle Aufhebung des Wettbewerbsverbots entscheiden darf.

Eine Zusammenfassung der Ergebnisse erfolgt in § 6.