# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

II ZR 170/07

Verkündet am:
9. März 2009
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

"Vorstandsdoppelmandat"

AktG 1965 §§ 84 Abs. 1, 88 Abs. 1; HGB §§ 112 Abs. 1, 165

a) Dem personengesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbot des § 112 Abs. 1 HGB unterliegen auch bei der gesellschaftsrechtlichen Sonderform der AG & Co. KG zwar die Komplementär-AG und eine diese beherrschende, als Aktiengesellschaft organisierte Mehrheitskommanditistin, nicht jedoch auch deren Vorstandsmitglieder als ihre gesetzlichen Vertreter.

b) So genannte Vorstandsdoppelmandate sind nach geltendem Aktienrecht nicht verboten; ihre Zulässigkeit hängt allein von der Zustimmung der Aufsichtsräte beider Gesellschaften zu der Doppeltätigkeit ab (§§ 84 Abs. 1, 88 Abs. 1 AktG).

c) Der Minderheitskommanditist einer AG & Co. KG hat kein aus dem Wettbewerbsverbot des § 112 Abs. 1 HGB ableitbares Mitwirkungsrecht in Form eines Zustimmungsvorbehalts ("Vetorecht") bei der Besetzung der Vorstände der Komplementär-AG und der Mehrheitskommanditistin (AG) mit Doppelmandatsträgern. Auch in dieser Konstellation fallen die Bestellung derartiger Vorstände und deren Befreiung von einem Wettbewerbsverbot in die alleinige Zuständigkeit der Aufsichtsräte der beteiligten Aktiengesellschaften.

BGH, Urteil vom 9. März 2009 - II ZR 170/07 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Dr. Reichart und Dr. Drescher

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 11. Zivilsenat, vom 29. Juni 2007 wird zurückgewiesen.

Der Klägerin werden die Kosten des Revisionsverfahrens und des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin und die Beklagte zu 1, eine AG, sind alleinige Kommanditistinnen der G. + J. AG & Co. KG (G+J KG); die Beklagte zu 2 - ebenfalls eine AG - ist deren Komplementärin. Die Klägerin ist mit einem Anteil von 24,6 %, die Beklagte zu 1 mit 73,4 % und die Beklagte zu 2 mit 2 % am Gesamtkapital der G+J KG beteiligt. An der Beklagten zu 2 sind wiederum die Klägerin mit 25,1 % und die Beklagte zu 1 mit 74,9 % als Aktionäre beteiligt.

2 Nach der Bestellung bzw. Wiederbestellung des Vorstandsvorsitzenden der Beklagten zu 2, Dr. K. , auch zum Mitglied des Vorstandes der Beklagten zu 1 im Jahr 2000 bzw. 2004 hat die Klägerin gegen beide Beklagten

Klage erhoben mit dem Antrag festzustellen, dass die Übernahme eines Vorstandsmandats bei der herrschenden - nach ihrer Behauptung zu der KG in Wettbewerb stehenden - Beklagten zu 1 durch ein Mitglied des Vorstands der Beklagten zu 2 ihrer vorherigen Zustimmung als Minderheitskommanditistin bedürfe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin hilfsweise auch die Feststellung begehrt, dass die Beklagte zu 2 ihren Vorstandsmitgliedern die Übernahme eines Vorstandsmandats bei der Beklagten zu 1 nur mit Zustimmung auch der Klägerin gestatten darf. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen und dabei den Hilfsantrag gemäß § 533 ZPO als unzulässig abgewiesen; außerdem hat es die Revision - beschränkt auf das Hauptbegehren - zugelassen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Hauptbegehren weiter. Ihre zugleich erhobene Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hinsichtlich ihres zweitinstanzlich gestellten Hilfsantrags hat der Senat durch Beschluss vom 24. November 2008 zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision der Klägerin ist unbegründet.

4 I. Das Berufungsgericht (ZIP 2007, 1370) hat zur Abweisung des Hauptantrags im Wesentlichen ausgeführt:

5 Die Beklagte zu 2 unterliege zwar als Komplementärin einem Wettbewerbsverbot aus § 112 Abs. 1 HGB, doch gelte dieses nicht für deren Vorstandsmitglieder, für die in dieser Funktion ausschließlich das Wettbewerbsverbot aus § 88 Abs. 1 AktG einschlägig sei. Anders als bei der GmbH & Co. KG komme eine drittschützende Wirkung des Anstellungsvertrags oder der Organ-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

pflichten des Vorstands der Komplementär-AG zugunsten der Gesellschafter der KG nicht in Betracht. Es sei anerkannt, dass das Wettbewerbsverbot des § 112 Abs. 1 HGB zwar auf den beherrschenden Gesellschafter einer GmbH & Co. KG selbst Anwendung finde, jedoch - soweit es um natürliche Personen als Gesellschafter gehe - nicht auf ihre Vertreter. Der Vorstand der Komplementär-AG sei eher diesem Personenkreis gleichzustellen als einem beherrschenden Gesellschafter, so dass eine Analogie zu § 112 Abs. 1 HGB ausscheide.

6 II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

7 Die Klägerin hat als Minderheitskommanditistin der G+J KG kein aus einem Wettbewerbsverbot gemäß § 112 Abs. 1 HGB ableitbares Mitwirkungsrecht an der Entscheidung der zuständigen Organe der beiden Beklagten über sog. Vorstandsdoppelmandate in der Weise, dass die Bestellung eines Vorstandsmitglieds der Beklagten zu 2 (Komplementärin) zum (gleichzeitigen) Mitglied des Vorstands der Beklagten zu 1 (Mehrheitskommanditistin) ihrer vorherigen Zustimmung bedürfte.

8 1. Ein solcher Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Klägerin als Minderheitskommanditistin hinsichtlich der Schaffung von Doppelmandaten in der Geschäftsleitung der beklagten Mitgesellschafter folgt nicht unmittelbar aus dem personengesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbot des § 112 Abs. 1 HGB.

9 a) Zwar richtet sich das in § 112 Abs. 1 HGB u. a. normierte - hier bei der revisionsrechtlichen Prüfung in Betracht zu ziehende - Verbot des Geschäftemachens im gleichen Handelszweig auch bei der vorliegenden gesellschaftsrechtlichen Sonderform der Aktiengesellschaft & Co. KG nicht nur an die Beklagte zu 2 als Komplementär-AG, sondern - entgegen dem zu engen Wortlaut

des § 165 HGB - gleichermaßen an die Beklagte zu 1 aufgrund ihrer beherrschenden Stellung (vgl. § 18 AktG) als Mehrheitskommanditistin und zugleich Mehrheitsaktionärin der Komplementärin (vgl. Senat, BGHZ 89, 162, 166 - Heumann/Ogilvy - zur GmbH & Co. KG; BGH, Urt. v. 4. Dezember 2001 - X ZR 167/99, DStR 2002, 1495, 1496; Weipert in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 2. Aufl. § 165 Rdn. 8; Baumbach/Hopt, HGB 33. Aufl. § 165 Rdn. 3; Staub/Ulmer, HGB 4. Aufl. § 112 Rdn. 9; MünchKommHGB/Grunewald, 2. Aufl. § 165 Rdn. 5 ff.). Nach Maßgabe dieses Wettbewerbsverbots dürfen die davon betroffenen Gesellschafter selbst - hier also die beklagten Aktiengesellschaften - nicht ohne Dispens der übrigen Gesellschafter als Leitungsorgan einer anderen gleichartigen Gesellschaft tätig werden (vgl. nur Goette in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn aaO § 112 Rdn. 13 m.w.Nachw.).

10 b) Jedoch unterliegen nach ganz herrschender Meinung die gesetzlichen Vertreter der Gesellschafter - hier also die Vorstandsmitglieder der beiden beklagten Aktiengesellschaften - nicht ihrerseits direkt dem Wettbewerbsverbot des § 112 Abs. 1 HGB (vgl. Goette in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn aaO § 112 Rdn. 6 m.w.Nachw., insofern missverständlich: ebenda Rdn. 4; Koller/Roth/Morck, HGB 6. Aufl. §§ 112, 113 Rdn. 2; MünchKommHGB/Langhein aaO § 112 Rdn. 9; von Gerkan/Haas in Röhricht/Graf von Westphalen, HGB 3. Aufl. § 112 Rdn. 3 sowie § 165 Rdn. 18 a - explizit für Vorstandsmitglieder der Komplementär-AG; ebenso Baumbach/Hopt aaO § 112 Rdn. 2; a.A. Cahn, Der Konzern 2007, 716, 718), so dass die Klägerin hieraus jedenfalls nicht unmittelbar ein - präventiv wirkendes - Zustimmungserfordernis zu ihren Gunsten mit der Wirkung eines "Vetorechts" bei der Besetzung des Vorstands der Beklagten zu 1 mit "Doppelmandatsträgern" aus der Geschäftsleitung der Beklagten zu 2 herleiten kann.

11 2. Die Klägerin kann ein derartiges Mitbestimmungsrecht auch nicht auf eine analoge Anwendung des für beide beklagten Aktiengesellschaften als Mitgesellschafterinnen der G+J KG geltenden Wettbewerbsverbots des § 112 Abs. 1 HGB stützen.

12 a) Dabei kommt es schon im Ansatz nicht einmal darauf an, ob die Beklagte zu 1 tatsächlich - wie die Klägerin behauptet und der Senat revisionsrechtlich zu ihren Gunsten unterstellt - in demselben Handelszweig Geschäfte macht wie die G+J KG. Denn allein darin, dass die Beklagte zu 1 durch die - in der alleinigen Bestellungskompetenz ihres Aufsichtsrats liegende - Besetzung ihres eigenen mehrköpfigen Vorstands mit einem Mandatsträger aus der Geschäftsleitung der von ihr abhängigen Komplementärin der G+J KG mit deren Zustimmung beherrschenden Einfluss ausübt, liegt noch keine wettbewerbsrelevante Handlung und damit kein einwilligungsbedürftiges Geschäftemachen oder Teilnehmen an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft i. S. des § 112 Abs. 1 HGB (vgl. Altmeppen, ZIP 2008, 437, 441 f.; a.A. Werner, GmbHR 2007, 988, 989).

13 b) Eine - die analoge Anwendung des § 112 HGB erfordernde - Gesetzeslücke vermag der Senat aber vor allem deshalb nicht zu erkennen, weil ein daraus abgeleiteter Einwilligungsvorbehalt zugunsten der Klägerin in dieser Konstellation mit den geltenden aktienrechtlichen Kompetenznormen (§§ 84, 88 AktG) sowie mit den damit im Zusammenhang stehenden einschlägigen Grundsätzen des (Aktien-)Konzernrechts (§§ 16 ff. AktG) nicht in Einklang steht.

14 aa) Die Bestellung des Vorstands einer AG (§ 84 AktG) fällt ebenso wie dessen Befreiung von einem Wettbewerbsverbot (§ 88 AktG) in die alleinige Zuständigkeit des Aufsichtsrats. Auch Vorstandsdoppelmandate - wie sie den

Kern des vorliegenden Rechtstreits darstellen - sind nach geltendem Aktienrecht nicht verboten (arg. e § 88 Abs. 1 Satz 2 AktG); ihre Zulässigkeit hängt allein von der - hier erteilten - Zustimmung der Aufsichtsräte beider Gesellschaften zu der Doppeltätigkeit ab (vgl. Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 574; Seibt in Schmidt/Lutter, AktG § 76 Rdn. 18; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG § 76 Rdn. 93; Hüffer, AktG 8. Aufl. § 311 Rdn. 22, § 88 Rdn. 4, § 76 Rdn. 21; MünchKommAktG/Kropff, 2. Aufl. § 311 Rdn. 93 ff.).

15 bb) Das gilt - trotz nahe liegender Interessenkonflikte - auch und gerade für personelle Verflechtungen im Aktienkonzern. Für ihn unterstellt das Gesetz in §§ 18 Abs. 1 S. 3, 17 Abs. 2, 16 AktG, dass beherrschtes und herrschendes Unternehmen in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, und vermutet, dass die faktisch abhängige AG einheitlich geleitet wird. Trotz der mit der Beherrschung verbundenen Gefahren für die rechtliche Eigenständigkeit der abhängigen Gesellschaft besteht kein - präventiv wirkendes - Verbot für das herrschende Unternehmen, sich - über den von ihm faktisch "kontrollierten" Aufsichtsrat (§ 84 AktG) - selbst zum Geschäftsleiter der abhängigen Gesellschaft einsetzen oder das Vorstandsamt mit Personen seines Vertrauens besetzen zu lassen (vgl. Altmeppen aaO 437, 442). Das gilt gleichermaßen für die Bestellung von Doppelmandaten in beiden Aktiengesellschaften und die dafür nötige Befreiung nach § 88 AktG, wobei es keine Rolle spielt, ob die (Doppel-)Besetzung "von oben nach unten" oder - wie hier - "von unten nach oben" erfolgt.

16 Allerdings ergibt sich aus dieser Konstellation trotz der mit Vorstandsdoppelmandaten verbundenen Einflussmöglichkeiten des herrschenden Unternehmens und des mit dem gleichzeitigen Einsatz bei zwei Gesellschaften verbundenen Loyalitätskonflikts, der im Konzernverbund eine besondere Zuspitzung erfährt, kein "Freibrief" zugunsten der Konzernspitze. Der Doppelmandatsträger hat vielmehr bei seinen Entscheidungen stets die Interessen des jeweili-

gen Pflichtenkreises wahrzunehmen (vgl. BGHZ 36, 296, 306 f.; Sen.Urt. v. 21. Dezember 1979 - II ZR 244/78, NJW 1980, 1629, 1630 - jew. zum Aufsichtsrat; Fleischer in Spindler/Stilz aaO § 76 Rdn. 94 m.w.Nachw.).

17 cc) Diese Grundsätze gelten auch in der - hier vorliegenden - besonderen konzernrechtlichen Situation einer faktischen Abhängigkeit der Komplementär-AG von ihrer Mehrheitsaktionärin. Kann die Konzernmutter wegen ihrer Mehrheitsbeteiligung die abhängige Gesellschaft legal beherrschen und einheitlich leiten, so sind dem Minderheitsaktionär der abhängigen Gesellschaft - wie hier der Klägerin in Bezug auf die Beklagte zu 2 - gegenüber der alleinigen Kompetenz des Aufsichtsrats dieser Gesellschaft nach § 88 AktG hinsichtlich der Befreiung von Vorstandsmitgliedern zur Wahrnehmung von Doppelmandaten keine eigenständigen Mitwirkungsrechte eingeräumt. Bezüglich der entsprechenden Vorstandsbestellungs- und Befreiungskompetenz (§§ 84, 88 AktG) des Aufsichtsrats der im faktischen Konzern herrschenden Aktiengesellschaft für die Tätigkeit von Doppelmandatsträgern bei dieser besteht ein besonderes Mitspracherecht des Minderheitsaktionärs - wie im vorliegenden Fall der Klägerin - der abhängigen Gesellschaft von vornherein nicht, wenn er - wie hier - noch nicht einmal an dem herrschenden Unternehmen als Aktionär beteiligt ist.

18 dd) Die - von der Beklagten zu 1 als "Mutter-AG" beherrschte - AG & Co. KG unterliegt hinsichtlich der alleinigen Bestellungs- und Befreiungskompetenz der Aufsichtsräte der beiden beklagten Aktiengesellschaften für Vorstandsdoppelmandate - um die es im vorliegenden Fall allein geht - keiner anderen Beurteilung. Hat die Klägerin insoweit als Minderheitsaktionärin der von der Beklagten zu 1 beherrschten Komplementär-AG - wie in der Grundkonstellation zwischen Mutter- und Tochter-AG - keinerlei eigenständige Mitentscheidungskompetenz, so erwächst ihr eine solche auch nicht wegen ihrer gleichzeitigen

Rechtsstellung als Minderheitskommanditistin der G+J KG. Vielmehr hat sie es auch in dieser Eigenschaft hinzunehmen, dass das herrschende Unternehmen die Besetzung des Geschäftsleiterpostens in der eigenen wie in der abhängigen Gesellschaft - über die von ihr kontrollierten Aufsichtsräte - bestimmt (vgl. Altmeppen aaO 437, 443; a.A. Cahn aaO 716, 724).

19 3. Die Alleinkompetenz der Aufsichtsräte der beiden beklagten Aktiengesellschaften zur Bestellung einzelner Vorstandsmitglieder zu Doppelmandatsträgern bei gleichzeitiger Befreiung vom Wettbewerbsverbot (§§ 84, 88 AktG) kann auch nicht durch ein Zustimmungsrecht der Klägerin aufgrund einer Analogie zu § 112 HGB deshalb durchbrochen werden, weil etwa ein derart bestellter Doppelmandatsträger in Ausübung seines Geschäftsleiteramtes bei der Beklagten zu 1 auf Basis seiner durch den Aufsichtsrat konkretisierten Pflichten eine Tätigkeit entfalten könnte, die einen Verstoß der Beklagten zu 1 gegen das für sie als Mehrheitskommanditistin der KG geltende Wettbewerbsverbot (Tätigwerden im gleichen Handelszweig) aus § 112 Abs. 1 HGB begründen würde. Dagegen kann sich die Klägerin nach Maßgabe der §§ 112, 113 HGB nur im Einzelfall durch die Geltendmachung von Ansprüchen auf Unterlassung, Eintritt und Schadensersatz gegen die Beklagte zu 1 wehren; ein darüber hinausgehendes - wie gezeigt: systemfremdes - präventiv wirkendes Mitspracherecht in Form eines faktischen "Vetorechts" bei der Bestellung von Vorstandsdoppelmandaten in den beteiligten Aktiengesellschaften ergibt sich daraus - schon wegen Fehlens einer Schutzlücke - nicht.

20 4. Das Postulat der Klägerin, die Zuständigkeit des Aufsichtsrates der Komplementär-AG für die Dispenserteilung gem. § 88 Abs. 1 Satz 2 AktG sei jedenfalls in der AG & Co. KG durch diejenige der Gesellschafter der KG zu ergänzen, weil hier eine Drittschutzwirkung bestehe und Schutzadressaten und Einwilligungsberechtigte nicht auseinander fallen dürften, ist weder mit der ein-

deutigen Kompetenzzuordnung des Gesetzes in §§ 84 Abs. 1 Satz 1, 88 Abs. 1 Satz 2 AktG vereinbar noch vermag die Revision aufzuzeigen, wieso die AG & Co. KG entgegen dem geltenden Trennungsprinzip als Einheitsgesellschaft behandelt werden müsste.

21 5. Es kann dabei dahinstehen, ob bei der AG & Co. KG die Norm des § 88 Abs. 1 Satz 2 AktG oder das Organ- und Anstellungsverhältnis des Vorstands zur Komplementär-AG tatsächlich drittschützende Wirkung zugunsten der KG entfalten (vgl. Hüffer aaO § 88 Rdn. 4; Kort in Großkomm.z.AktG 4. Aufl. § 88 Rdn. 47; a.A. Hellgardt, ZIP 2007, 2248, 2249), wie dies für den Geschäftsführer der GmbH & Co. KG angenommen wird (vgl. Senat, BGHZ 75, 321, 324; Senat, BGHZ 76, 326, 337 f.; BGHZ 100, 190, 193; Senat, Urt. v. 14. November 1994 - II ZR 160/93, DStR 1995, 1436, 1439; MünchKommHGB/Grunewald aaO § 165 Rdn. 14; Henze in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn aaO § 177 a Anh. A Rdn. 98; von Gerkan/Haas in Röhricht/Graf von Westphalen aaO § 165 Rdn. 18; Baumbach/Hopt aaO Anh. § 177 a Rdn. 28; Riegger, BB 1983, 90, 91; Armbrüster, ZIP 1997, 261, 272; Altmeppen aaO 437, 440). Denn Drittschutz bedeutet in diesem Zusammenhang nur, dass der KG eigene Ansprüche zustehen könnten, soweit der Geschäftsleiter (Treu-)Pflichten aus dem den Drittschutz begründenden, bereits bestehenden Anstellungs- und Organverhältnis zur Komplementärin verletzt (vgl. Altmeppen aaO 437, 441; MünchKommHGB/Grunewald aaO § 165 Rdn. 14).

22 Ein - die alleinige gesetzliche Kompetenz der Aufsichtsräte der betreffenden Aktiengesellschaften beschränkendes - Recht der übrigen Gesellschafter der KG auf maßgebliche Mitwirkung (faktisches "Vetorecht") bei dem - zeitlich vorgehenden - "primären" Akt der Bestellung von Vorstandsmitgliedern zu Doppelmandatsträgern wie auch bei dem Abschluss und der Ausgestaltung der Anstellungsverträge ist indessen keinesfalls damit verbunden.

23 3. Einen Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich der Schaffung von Doppelmandaten in der Geschäftsleitung der beiden beklagten Aktiengesellschaften kann die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Minderheitskommanditistin der G+J KG auch nicht - wie sie dies erstmals in der mündlichen Revisionsverhandlung vor dem Senat versucht hat - mit Erfolg aus dem Kommanditgesellschaftsvertrag herleiten. Dem steht bereits entgegen, dass es sich insoweit um die Einführung neuen - nicht einmal in der Revisionsbegründung enthaltenen - Tatsachenvortrags handelt, der - wie die Beklagten mit Recht gerügt haben - in der Revisionsinstanz prozessrechtlich unzulässig ist (vgl. § 559 ZPO). Überdies lässt sich aber auch aus den von dem drittinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin insbesondere herangezogenen Bestimmungen der Art. 6 Abs. 1, 2 f (Vertretung und Geschäftsführung) und Art. 9 Abs. 5 (Stimmrecht und Beschlussfassung) des - von der Klägerin in anderem Zusammenhang zu den Akten gereichten - Gesellschaftsvertrages (GV) nicht entnehmen, dass etwa die Bestellung eines Vorstandsmitglieds der Komplementär-AG zum gleichzeitigen Mitglied des Vorstands der sie und die KG beherrschenden Mehrheitskommanditistin ein Grundlagengeschäft wäre und - trotz des nach Art. 9 Abs. 5

GV für Beschlüsse nach Art. 6 Abs. 2 f geltenden Mehrheitsprinzips - unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Klägerin als Minderheitskommanditistin nach Art eines "Vetorechts" stünde.

Goette Kurzwelly Kraemer

Reichart Drescher

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 17.05.2006 - 412 O 91/05 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 29.06.2007 - 11 U 141/06 -