

Kein ungeschriebenes Wettbewerbsverbot für herrschende Unternehmen gegenüber abhängigen Gesellschaften?

ZHR 175 (2011) 1–8

I. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur GmbH und GmbH & Co. KG

Vor geraumer Zeit hat der BGH entschieden, dass auch der Gesellschafter einem Wettbewerbsverbot unterliegen könne, der mit hoher Mehrheit sowohl am Kapital einer KG als auch an dem der Komplementär-GmbH beteiligt sei und aufgrund dieser Mehrheitsbeteiligung die Gesellschaft beherrsche.¹ Das Wettbewerbsverbot, das nach der gesetzlichen Regelung² in der KG nur für den persönlich haftenden Gesellschafter gelte, habe seine Grundlage in der Treupflicht des Gesellschafters, die das Gesellschaftsverhältnis einer Personhandelsgesellschaft, das von gegenseitigem Vertrauen getragen werde, in besonderem Maße beherrsche. Deshalb könne es z. B. auch auf den Kommanditisten oder den Gesellschafter einer GmbH zu beziehen sein, wenn er – insbesondere als Mehrheitsgesellschafter – die Geschicke der Gesellschaft im Innenverhältnis ausschlaggebend bestimme. Werde er außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch tätig, entstehe für die Gesellschaft eine besondere Gefährdungslage, weil die durch die Abhängigkeit begründete Herrschaftsmöglichkeit jederzeit zum Nachteil der Gesellschaft genutzt werden könne und – wofür eine tatsächliche Vermutung bestehe – genutzt werde. Vielfach fehle der objektive Maßstab für die sachgerechte Maßnahme, also für die Frage des Eintritts einer Benachteiligung und der Bemessung ihres Ausgleichs,³ wobei eine Verstärkung der Gefahr für die Gesellschaft von der Möglichkeit des herrschenden Gesellschafters ausgehe, gesellschaftsinterne Informationen zu erlangen und zu ihren Lasten zu verwerten. Dieser Gefahrenlage der abhängigen Gesellschaft könne nur durch das Verbot eines von dem herrschenden Unternehmen ausgehenden Wettbewerbs⁴ bzw., soweit ein solches zwischen abhängiger Gesellschaft und herrschendem Unternehmen bestehe, dadurch begeg-

1 BGH, Urt. v. 5. 12. 1983 – II ZR 242/82, BGHZ 89, 162.

2 §§ 161, 165, 112 HGB.

3 BGH, Urt. v. 16. 2. 1981 – II ZR 168/79, BGHZ 80, 69, 74; BGH, Urt. v. 5. 12. 1983 – II ZR 242/82, BGHZ 89, 162, 166.

4 BGH, Urt. v. 5. 12. 1983 – II ZR 242/82, BGHZ 89, 162, 166, 168.

net werden, dass seine Aufhebung allein durch sachliche, im Interesse der abhängigen Gesellschaft liegende Gründe gerechtfertigt werden könne.⁵

II. Kritische Stimmen zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Das Schrifttum ist dieser Rechtsprechung im Grundsatz weitgehend gefolgt. Ob ein – ungeschriebenes – Wettbewerbsverbot eingreift, wird allerdings von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig gemacht.⁶ Nur wenige Autoren setzen sich auch mit der Frage auseinander, welche Rechtsgrundlage für ein Wettbewerbsverbot des Mehrheitsgesellschafters gegenüber der abhängigen Gesellschaft in Betracht kommt.⁷ *Ulmer*⁸ hält eine Analogie zu §§ 112, 113 HGB für geboten, weil die aus der Treupflicht herleitbaren Folgen einen auf Unterlassung gerichteten Gefährdungstatbestand nicht umfassten. *Immenga*⁹ hält es für ausgeschlossen, die konzernrechtliche Bedeutung des Wettbewerbsverbotes ausschließlich mit der durch ein Abhängigkeitsverhältnis hervorgerufenen Gefährdungslage zu begründen. Die Reichweite des Verbots hänge davon ab, ob der Gesellschafter über Informationen aus dem Geschäftsbereich verfüge. Insoweit sei die Treupflicht konkretisiert, die für die Gesellschafter in der Personen- und Kapitalgesellschaft gleichermaßen bindend sei. *Hüffer*¹⁰ vertritt die Ansicht, aus der treupflichtgestützten Einwirkungskontrolle könne kein Anspruch auf Unterlassung von Wettbewerb hergeleitet werden. Der Gefährdungstatbestand des § 112 Abs. 1 HGB finde seinen Ursprung in dem besonderen gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter, wie es allein der personalistisch ausgestalteten Gesellschaftsform eigen sei. Das setze eine Mitunternehmereigenschaft der Gesellschafter voraus. Die Treupflicht in der Form der Einwirkungskontrolle umfasse der Tatbestand nicht. Diese unterbinde lediglich ein grundsätzlich als zulässig zu wertendes Verhalten, weil die mitgliedschaftlichen Befugnisse im Einzelfall zweckwidrig eingesetzt oder in anderer Weise überschritten würden.¹¹ Ein Analogieschluss zu § 112 Abs. 1 HGB scheide aus, weil keine Regelungslücke – schon gar keine planwidrige – zu erkennen sei. Von einer der OHG vergleichbaren Mitunternehmergemeinschaft könne nur bei einer Geschäftsführungstätigkeit des

5 BGH, Urt. v. 16. 2. 1981 – II ZR 168/79, BGHZ 80, 69, 74.

6 Vgl. dazu die Darstellungen bei *Hüffer*, FS Röhrich, 2005 S. 251, 254 f. mit Nachweisen in Fn. 10 ff. und *Henze*, FS Hüffer, 2009, S. 309, 310 f. mit Nachweisen in Fn. 10 ff.

7 *Hüffer*, FS Röhrich, 2005, S. 251, 266 ff.; *Ulmer* in: Staub, HGB, 4. Aufl., 1989, § 112 Rdn. 3 und 7; *Immenga*, JZ 1984, 578, 579 f.; *Tröger*, Treupflicht im Konzernrecht, 2000, S. 240 ff.

8 *Ulmer* in: Staub (Fn. 7), § 112 HGB Rdn. 3; für die AG auch *Tröger* (Fn. 7), S. 242 f.

9 *Immenga*, JZ 1984, 578, 579 f.

10 *Hüffer*, FS Röhrich, 2005, S. 251, 266 ff.

11 *Hüffer*, FS Röhrich, 2005, S. 251, 270 f.

Kommanditisten oder des Gesellschafters einer GmbH ausgegangen werden, die zumindest in der Form der faktischen Geschäftsführung gegeben sein müsse. Sie folge aber nicht aus einem bloßen Beherrschungsverhältnis, das lediglich ein Anknüpfungspunkt für die Einwirkungskontrolle sei, die keine Unterlassungspflicht trage. Die Planwidrigkeit einer – angenommenen – Gesetzeslücke liege schon deswegen nicht vor, weil der Präventionsschutz des § 112 Abs. 1 HGB an das Vorliegen einer Mitunternehmergemeinschaft geknüpft sei, unter den vielfachen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, die sich mit dem Wettbewerbsproblem befassten, aber keine an das aus der Herrschaftsmöglichkeit herrührende Konfliktpotential anknüpfen.¹²

III. Stellungnahme

1. Entscheidendes Kriterium: Die Kenntnis der Geschäftsverhältnisse als Ansatzpunkt für ein Wettbewerbsverbot

Die Ergänzung des Treupflichtgedankens, der auf dem einem Gesellschaftsmitglied entgegengebrachten Vertrauen basiert, dass es die Belange der Gesellschaft wie seine eigenen wahrnimmt, durch die Treupflicht als Instrument zur Kontrolle der Einwirkung auf die Interessen der Gesellschaft oder die Rechte ihrer Mitglieder in der Rechtsprechung des BGH ist jüngeren Datums.¹³ Das Vertrauen war, wie sich aus der von Hüffer zitierten Begründung zu § 112 des preußischen HGB-Entwurfes von 1857 ergibt,¹⁴ Ausgangspunkt für die Überlegungen, die zur Regelung des Wettbewerbsverbots in der Personenhandels-gesellschaft geführt haben.¹⁵ Maßgebend für die Schaffung dieses Gefährdungstatbestandes, der einer Behandlung der unternehmerischen Konkurrenz als treupflichtwidrige Nachteilszufügung¹⁶ gleichkommt, sind jedoch letztlich die erheblichen Gefahren, die für die Gesellschaft von der Wettbewerbstätigkeit eines Gesellschafters ausgehen, der ihre Geschäfte führt (§ 114 HGB) oder der, soweit er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, aufgrund seines umfassenden Unterrichts- und Einsichtsrechts die Einzelheiten genau kennt, die Gegenstand der Geschäftsführung sind, und um die Hintergründe weiß, von denen sie bestimmt wird (§ 118 Abs. 1 HGB). Der entscheidende Gesichtspunkt der Regelung ist es also, den Fortbestand des Gesellschaftsunternehmens im Interesse seiner Gesellschafter dadurch zu gewährleisten, dass eine Konkurrenztaetigkeit durch die Gesellschafter von vornherein ausgeschlossen wird, die mit Geschäftsführungsaufgaben betraut und aufgrund des-

12 Hüffer, FS Röhrich, 2005, S. 251, 272 f.

13 Zur Entwicklung in der Rechtsprechung des BGH vgl. BGH, Urt. v. 5. 6. 1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (ITT); BGH, Urt. v. 1. 2. 1988 – II ZR 75/87, BGHZ 103, 184 (Linotype); BGH, Urt. v. 20. 3. 1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136 (Girmes).

14 Hüffer, FS Röhrich, 2005, S. 251, 269 f. mit Fn. 79.

15 §§ 112, 113, 165 HGB.

16 Vgl. insoweit Immenga, JZ 1984, 578, 579.

sen die Geschäfte der Gesellschaft nachteilig zu beeinflussen in der Lage sind oder die sich – gleichgültig, ob über ihr persönliches Informationsrecht oder im Rahmen ihrer Geschäftsführungstätigkeit – uneingeschränkt Kenntnisse über die Angelegenheiten der Gesellschaft beschaffen können und unter deren Verwertung außerhalb der gesellschaftlichen Sphäre zum Nachteil der Gesellschaft zu handeln vermögen.

Im Gesetz kommen diese den einschlägigen Vorschriften zur OHG¹⁷ zugrundeliegenden Überlegungen bei der KG zum Ausdruck. Das umfassende persönliche Unterrichts- und Einsichtsrecht, das dem OHG-Gesellschafter zusteht, hat der Kommanditist nach dem Gesetz nicht. Ihm steht auch kein Geschäftsführungrecht zu. Konsequenterweise trifft ihn weder unter dem Aspekt, sich persönlich umfassend über die Gesellschaftsangelegenheiten unterrichten und die auf diese Weise erworbenen Kenntnisse zum Nachteil der Gesellschaft im eigenen Interesse nutzen zu können, noch unter dem Gesichtspunkt, dass er solche Kenntnisse im Rahmen der Geschäftsführung erwerben, diese nutzen und als Geschäftsführer die Geschäfte der Gesellschaft negativ beeinflussen könnte, ein Wettbewerbsverbot.¹⁸

Die historische Entwicklung der Treupflicht legt keine andere Auslegung nahe. Zu dem Zeitpunkt, in dem das Wettbewerbsverbot der Gesellschafter einer OHG geschaffen worden ist, war der Gedanke einer umfassenden gesellschaftlicher bzw. organschaftlichen Treupflicht noch nicht bekannt.¹⁹ Die Begründung zu dem HGB-Entwurf²⁰ umschreibt als Inhalt des Vertrauens die Wahrnehmung der Interessen der Gesellschaft wie eigene Belange und sieht eine Gefährdung dieser Interessenwahrnehmung in der Möglichkeit, die Kenntnis über Geschäftsangelegenheiten und ihre Entwicklung zum Nachteil der OHG zu verwerten. Erst später ist aus diesem Vertrauen die Treupflicht mit ihren Förder- und Unterlassungspflichten entwickelt worden, deren Grundlage in dem Arbeits- und Gesellschaftsvertrag und der mit ihm zusammenhängenden engen Verbundenheit der Beteiligten gesehen wurde.²¹ Diese Treupflicht umfasst die Wahrung der Gesellschaftsbelange, die dem HGB-Entwurf von 1857 zugrunde liegt und deren Ziel die Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens ist. Der Gefährdung der Gesellschaftsinteressen begegnet das Gesetz mit der Anordnung des Wettbewerbsverbotes. Da die Treupflicht auf dem Vertrauensgrundsatz aufbaut, wie er hier umschrieben worden

17 Vgl. §§ 112 Abs. 1, 118 Abs. 1 HGB.

18 §§ 164, 165, 166 Abs. 2 HGB.

19 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, 2004, § 8 II 5 a), S.706; auch *Hüffer*, FS Röhrich, 2005, S. 251, 270.

20 Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven, Zweiter Teil: Motive 1857, S. 55 f.

21 Vgl. *Kadaras*, Das Wettbewerbsverbot in den Personengesellschaften, 1967, S. 14 m. w. N. in Fn. 51; *Hüffer*, FS Röhrich, 2005, S. 251, 270 verwendet den Begriff der „Arbeits- und Haftungsgemeinschaft“.

ist, ist es konsequent, auch das Wettbewerbsverbot in der OHG letztlich aus ihr herzuleiten.²²

Die vorstehenden Überlegungen haben Auswirkungen darauf, ob und in welchem Umfang der Gesellschafter einer GmbH einem Wettbewerbsverbot unterliegt. Dem GmbH-Gesellschafter steht ein § 118 HGB nachgebildetes mitgliedschaftliches Auskunfts- und Einsichtsrecht zu.²³ Folgerichtig ist es daher, ihm mit Rücksicht auf dieses umfassende Informationsrecht ein Wettbewerbsverbot aufzuerlegen.²⁴ Würde man in diesem Zusammenhang die oben dargelegte Differenzierung zwischen dem auf Vertrauen gegründeten und dem als Instrument der Einwirkungskontrolle verstandenen Treupflichtgedanken zugrunde legen, wäre ein Wettbewerbsverbot für den Gesellschafter nur dann relevant, wenn ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt, das demjenigen einer Personenhandelsgesellschaft nahekommt, also einen Arbeits- und Gesellschaftsvertrag zur Grundlage hat, der zu einer engen Verbundenheit der beteiligten Gesellschafter führt.²⁵ Diese Voraussetzung wäre nur bei einer GmbH mit personalistischem Charakter erfüllt, nicht jedoch einer kapitalistisch strukturierten, bei der die Treupflicht nur in Form der Einwirkungskontrolle zum Tragen käme. Da aus dem Rechtsgedanken der Einwirkungskontrolle keine allgemeine Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb folgen soll²⁶, würde sich das Informationsrecht der Gesellschafter bei gleicher Gefährdungslage für Gesellschaft und Gesellschafter unterschiedlich auswirken. Dem kann man nicht folgen. Die obigen Ausführungen zeigen, dass unter dem Aspekt des Informationsrechtes der Gesellschafter nicht auf Vertrauen gegründete Mitunternehmenshaftung, sondern die Gefährdung ihres – gemeinsamen – Gesellschafts- und Unternehmenszwecks Gradmesser dafür ist, welche Intensität die Treupflicht zwischen Gesellschafter und Gesellschaft bzw. unter den Gesellschaftern aufweisen muss, um die für beide dadurch hervorgerufene Gefahr abwehren zu können. Es erscheint nicht gerechtfertigt, ein Wettbewerbsverbot der Gesellschafter, das die Gefahr ausschalten soll, die von einem ihnen gewährten weitreichenden Informationsrecht für die Gesellschaft ausgeht, von der Struktur der GmbH abhängig zu machen.²⁷ Wenn man eine Lösung dieser Frage von dem Ansatz abhängig macht, dass man generell von einem Wettbewerbsverbot in der GmbH absieht, weil die von dem Informationsrecht ausgehenden Gefahren für die Gesellschafter mit Rücksicht auf die Beschränkung der Haftung nicht als so gravierend angesehen werden können wie für die persönlich haftenden Gesellschafter der OHG, so ist dem das Be-

22 Vgl. Hüffer, FS Röhrich, 2005, S. 251, 256 m. w. N. in Fn. 22.

23 Zur historischen Entwicklung dieses in § 51 a GmbHG geregelten Rechts vgl. Hachenburg/Hüffer, GmbHG, 8. Aufl. 1991, § 51 a Rdn. 1 ff.

24 Vgl. dazu Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rdn. 126b; auch Henze, Hdb. zum GmbH-Recht, 2. Aufl., 1997, Rdn. 882 ff.

25 Vgl. die Nachweise in Fn. 21.

26 Hüffer, FS Röhrich, 2005, S. 251, 271.

27 Vgl. auch die Argumentation bei Immenga, JZ 1984, 578, 579.

denken entgegenzusetzen, dass entgegen der § 112 HGB zugrunde liegenden Wertung der Umfang der Gesellschafterhaftung entscheidend in den Vordergrund geschoben wird, ohne dass der Wahrung der Gesellschaftsinteressen und ihrer Gefährdung angemessen Rechnung getragen wird. Stellt man wie in der Personenhandelsgesellschaft auf die Gefährdung der Wahrnehmung der Gesellschaftsbelange mit dem Ziel der Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens ab, birgt die umfassende Informationsmöglichkeit der Gesellschafter die gleichen Gefahren in sich wie bei der Personenhandelsgesellschaft. Die Treupflicht ist also auch hier die geeignete rechtliche Grundlage, den Wettbewerb des Gesellschafters mit der GmbH zu unterbinden und damit der Gefahr, dass das Gesellschaftsunternehmen Nachteile erleidet und untergeht, zu begegnen.

2. Kenntnis der Geschäftsverhältnisse der abhängigen Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen

Ist das herrschende Unternehmen mehrheitlich sowohl an der KG als auch der Komplementär-GmbH beteiligt, steht ihm das uneingeschränkte Auskunftsrecht über die Angelegenheiten der GmbH zu.²⁸ Dazu sind die Geschäftsangelegenheiten der KG zu rechnen, mit deren Führung die Komplementärin beauftragt ist.²⁹ Da das herrschende Unternehmen somit in der Lage ist, davon uneingeschränkte Kenntnis zu erlangen, wären GmbH und KG mit ihren Minderheitsgesellschaftern in hohem Maße gefährdet, würde es ihnen Konkurrenz machen. Haben die Beteiligten keine abweichende Vereinbarung getroffen, sind dem herrschenden Unternehmen unter Treupflichtgesichtspunkten Wettbewerbsgeschäfte untersagt. Insoweit greifen die oben angestellten Überlegungen.³⁰

Hält ein Unternehmen einen Anteil lediglich an einer KG, kann es zwar eine Abschrift des Jahresabschlusses verlangen und dessen Richtigkeit an Hand der Bücher und Papiere prüfen. Die weitergehenden Unterrichts- und Kontrollrechte, die das Gesetz dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zugesteht, hat es jedoch nicht.³¹ Diese Regelung kann aber dann nicht gelten, wenn sich der mehrheitlich beteiligte Kommanditist die Kenntnisse über die Angelegenheiten der KG verschafft, die ihm von Rechts wegen nicht zustehen und die das Gesetz nur dem Komplementär zugesteht. Die Gesellschaft wäre im Falle des Wettbewerbs des Kommanditisten nicht weniger gefährdet als eine OHG, der von einem nicht geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter unter Verwendung der Kenntnisse über die Angelegenheiten der OHG Konkurrenz gemacht wird. Davon ist auch dann auszugehen, wenn der Kommanditist die Geschicke der Gesellschaft aus-

28 § 51 a Abs. 1 GmbHG.

29 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Henze, HGB, 2. Aufl. 2008, § 177 a Anh. A Rdn. 106 mit Nachweisen in Fn. 227.

30 Unter III. 1.

31 §§ 166 Abs. 1 und 2, 118 Abs. 1 HGB.

schlaggebend bestimmt oder aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung einen beherrschenden Einfluss auf die KG ausübt.³² Denn in diesen Fällen ist er in der Lage, sich die Kenntnisse über die Angelegenheiten der KG in gesetzwidriger Weise so zu verschaffen wie das auf gesetzmäßige Weise dem Gesellschafter der OHG möglich ist, und unter ihrer Verwendung die Interessen der KG zu gefährden oder zu beeinträchtigen. Das herrschende Unternehmen kann die Möglichkeit der Informationsbeschaffung dadurch ausräumen, dass es die dargelegte Einflussnahme widerlegt.

Für die GmbH sind mit Rücksicht auf das den Gesellschaftern zustehende Auskunfts- und Informationsrecht die obigen Ausführungen maßgebend.³³ Eines Rückgriffs auf die faktische Geschäftsführung³⁴ bedarf es nicht.

IV. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur AG und ihre kritische Würdigung

Der BGH hat kürzlich entschieden, dass der herrschende Aktionär gegenüber der abhängigen Gesellschaft jedenfalls dann keinem (ungeschriebenen) aktienrechtlichen Wettbewerbsverbot unterliege, wenn die Wettbewerbssituation bereits vor dem Erwerb der Mehrheitsbeteiligung bestanden habe.³⁵ Ein solches Verbot sei dem geltenden Aktiengesetz fremd, weil es Abhängigkeit und faktische Konzernierung als zulässige Formen der Unternehmensverbindung ansehe. Konzerngefahren wirke es nicht durch präventive Kontrolle, sondern durch die verhaltensorientierte Regelung der §§ 311 ff. AktG entgegen. Auch Treupflichtaspekte könnten nicht herangezogen werden, weil die bloße Aufrechterhaltung der Wettbewerbssituation bei Beginn der Konzernierung wertneutral sei. Unter Wertungsaspekten könne dem herrschenden Unternehmen nicht zugemutet werden, sich von Geschäftsfeldern zurückzuziehen, auf denen es vor dem Erwerb der Mehrheitsherrschaft in zulässiger Konkurrenz zu der von ihm nunmehr beherrschten Gesellschaft tätig gewesen sei.³⁶

Diese Entscheidung, die eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Problematik eines (ungeschriebenen) aktienrechtlichen Wettbewerbsverbotes des herrschenden Unternehmens vermeidet, begegnet Bedenken. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass die AG als abhängige Gesellschaft drei Besonderheiten aufweist: Das Auskunftsrecht des Aktionärs ist stark eingeschränkt.³⁷ Der

32 Vgl. BGH, Urt. v. 5. 12. 1983 – II ZR 242/82, BGHZ 89, 162, 166 f.

33 Vgl. unter III. 1.

34 So aber *Hüffner*, FS Röhrich, 2005, S. 251, 274; zur faktischen Geschäftsführung vgl. zuletzt BGH, Beschl. v. 11. 2. 2008 – II ZR 291/06, ZIP 2008, 1026 Rdn. 5 m. w. N. aus der Rspr. des BGH.

35 BGH, Beschl. v. 25. 6. 2008 – II ZR 133/07, ZIP 2008, 1872.

36 BGH, Beschl. v. 25. 6. 2008 – II ZR 133/07, ZIP 2008, 1872, 1874.

37 § 131 AktG.

Vorstand leitet die AG unter eigener Verantwortung, die Hauptversammlung kann auf die Geschäftsführung grundsätzlich keinen Einfluss nehmen.³⁸ Das Abhängigkeitsverhältnis³⁹ dieser Gesellschaftsform ist gesetzlich geregelt.⁴⁰ Dennoch ist auch hier das herrschende Unternehmen in der Lage, auf unterschiedliche Weise – u. a. Druck, Besetzung der Organpositionen – tatsächlich auf die Geschäftsführung Einfluss zu nehmen und sich die Möglichkeit einer umfassender Information über die Geschäftsangelegenheiten der Gesellschaft zu verschaffen. Unter dieser Voraussetzung ist ebenfalls die Frage nach der gesellschaftlicherlichen Treupflicht zu stellen, die eine Wahrnehmung der Interessen der AG mit dem Ziel des Fortbestandes des Gesellschaftsunternehmens gebietet, woraus das Verbot wettbewerblicher Tätigkeit herzuleiten ist. Dabei ist es unerheblich, ob die Wettbewerbstätigkeit erst nach Erwerb der Aktionärseigenschaft aufgenommen oder nur fortgesetzt wird. Denn auch die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs ist entgegen der Ansicht des BGH nicht „wertneutral“, weil das – im Gegensatz zu der Zeit vor dem Mehrheitserwerb – in detaillierter Kenntnis der Geschäftsangelegenheiten der AG und ihrer Nutzung geschieht und damit Benachteiligung oder gar Zerstörung der abhängigen Gesellschaft gezielt gesteuert werden kann. Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Aufnahme oder Aufrechterhaltung einer Wettbewerbstätigkeit durch das herrschende Unternehmen gegenüber der abhängigen AG ist daher letztlich an Hand der gesetzlichen Regelung des Abhängigkeitsverhältnisses der AG zu messen.⁴¹ Diese im Einzelnen sehr umstrittene Problematik kann hier jedoch nicht erörtert werden.⁴²

Hartwig Henze

38 § 76 Abs. 1, 119 Abs. 2 AktG.

39 § 17 AktG.

40 §§ 311 ff. AktG.

41 §§ 311 ff. AktG; zur Frage, ob anstelle von „Abhängigkeit“ eher von „faktischer Konzernierung“ gesprochen werden sollte, vgl. Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 311 Rdn. 10.

42 Vgl. dazu Burgard, FS Lutter, 2000, S. 1033 *passim*; Hüffer, FS Röhrich, 2005, S. 251, 257 ff.; Henze, FS Hüffer, 2009, S. 309, 313 ff.