

## § 4. Geschäftschancenlehre und Interessenkonflikt

### Schrifttum:

Armbrüster, Wettbewerbsverbot im Kapitalgesellschaftsrecht, ZIP 1997, 1269; Baumert, Haftung des Insolvenzverwalters wegen unternehmerischer Fehlentscheidungen, DB 2017, 1704; Becker, Annäherung der Insolvenzverwalterhaftung an die Organhaftung, NZI 2017, 435; Buyer, Die verdeckte Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots durch den Gesellschafter-Geschäftsführer oder den Nur-Gesellschafter einer GmbH, BB 1993, 2057; Fleischer, Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre, NZG 2003, 985; ders., Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, WM 2003, 1045; ders., Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004, 1129; ders., Verdeckte Gewinnausschüttung: Die Geschäftschancenlehre im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Steuerrecht, DStR 1999, 1249; ders., Die Geschäftschancenlehre im Recht der BGB-Gesellschaft, NZG 2013, 361; Goette, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 1998, 1137; Gosch, Wettbewerbsverbot, Geschäftschancenlehre und verdeckte Gewinnausschüttung: Checkliste und Prüfungsschema, DStR 1997, 442; Haas/Holler, Anmerkung zur Entscheidung des KG, Urt. v. 11.5.2000 – 2 U 4203/99: Gesellschaftsrecht: Geschäftschancenlehre in der GmbH, DStR 2001, 1042; Hülsmann, GmbH-Geschäftsführer im Spiegel aktueller BGH-Rechtsprechung, GmbHR 2018, 393; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970; Kübler, Erwerbschancen und Organpflichten, FS Winfried Werner, 1984, S. 437; Kübler/Waltermann, Geschäftschancen der Kommanditgesellschaft, ZGR 1991, 162; Lawall, Verdeckte Gewinnausschüttung und Geschäftschancenlehre im GmbH-Recht, NJW 1997, 1742; ders., Wettbewerbsverbot des Einmann-GmbH-Gesellschafters, DStR 1996, 605; Leichtle/Theusinger, Der Insolvenzverwalter als „Unternehmenslenker“ – Anforderungen und Enthaltungsmöglichkeiten, NZG 2018, 251; Leuering/Rubner, Das Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers, NJW-Spezial 2020, 719; Löffler, Zur Reichweite des gesetzlichen Wettbewerbsverbots in der Kommanditgesellschaft, NJW 1986, 223; Lutter, Die Treuepflicht des Aktionärs, ZHR 153 (1989), 446; ders., Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers – 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301; Merkt, Unternehmensleitung und Interessenkollision, ZHR 159 (1995), 423; Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, 1958; Müller, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot von GmbH-Geschäftsführern, GmbHR 2014, 964; Peetz, Ende des Wettbewerbsverbots eines GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2022, 130; Schießl, Die Wahrnehmung von Geschäftschancen der GmbH durch ihren Geschäftsführer, GmbHR 1988, 53; K. Schmidt, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht: Haftung des ein Gesellschaftsunternehmen fortführenden Insolvenzverwalters, JuS 2018, 176; Selzner/Daghles, Vorbefassung im Vorstand als Haftungsrisiko, AG 2022, 466; Servatius, Treupflichtbindung bei der Sanierung einer Publikums-GbR, NZG 2014, 537; Strothmann, Eigennutzung der Geschäftschance durch den GmbH-Geschäftsführer, GmbHR 2022, 1277; Theiselmann, Die Haftung des Geschäftsführers für die Vereitelung von Geschäftschancen, GmbH-StB 2010, 326; Timm, Wettbewerbsverbot und „Geschäftschancen“-Lehre im Recht der GmbH, GmbHR 1981, 177; Wallimann, Die Unwirksamkeit von gesellschaftsvertraglichen Wettbewerbsverboten bei der Kündigung von Gesellschaftsbeteiligungen und Arbeitsverhältnissen, ZAP 2021, 609; Weisser, Gesellschafterliche Treuepflicht bei Wahrnehmung von Geschäftschancen der Gesellschaft durch de facto geschäftsführende Gesellschafter, DB 1989, 2010; ders., Wahrnehmung von Geschäftschancen des Unternehmens durch Alleingesellschafter-Geschäftsführer als verdeckte Gewinnausschüttung, GmbHR 1997, 429; Weitnauer/Grob, Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote, GWR 2014, 185; Wichmann, Die Geschäftschance – grundsätzliche Betrachtung der zivil- und steuerrechtlichen Beachtlichkeit, DStZ 2016, 337; Wirbelauer, Die Gestaltung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots des GmbH-Geschäftsführers, MDR 2018, 61.

### Übersicht

	R.n.
A. Überblick und Entwicklung .....	1
B. Geschäftschancenlehre .....	6
I. Ursprung: Wettbewerbsverbote .....	7
II. Sonderfall: Geschäftschancen .....	9
III. Geschützte Geschäftschancen .....	11
IV. Einzelfälle .....	15
V. Befreiung vom Verbot der Wahrnehmung von Erwerbschancen .....	17
VI. Rechtsfolgen .....	22
VII. Adressaten .....	27

## A. Überblick und Entwicklung

- 1 Im engen Zusammenhang zu der in → § 3 Rn. 1 ff. dargestellten „Business Judgment Rule“ steht die sogenannte „**Geschäftschancenlehre**“.<sup>1</sup> Zusammengefasst besagt die Geschäftschancenlehre, dass ein Geschäftsleiter<sup>2</sup> sich nicht Erwerbchancen, die eigentlich der Gesellschaft gebühren, zu eigen machen darf, sondern diese zunächst der Gesellschaft anbieten muss.<sup>3</sup> So hat der Geschäftsleiter in Angelegenheiten, die das Interesse der Gesellschaft berühren, allein deren Wohl zu beachten und nicht seinen eigenen Nutzen oder Vorteil.<sup>4</sup> Nimmt die Gesellschaft diese Geschäftschancen jedoch nicht wahr, kann grundsätzlich der Geschäftsleiter selbst tätig werden.<sup>5</sup> Grundlage der Geschäftschancenlehre ist die Treuepflicht, der ein jeder Geschäftsleiter unterliegt, insbes. die in § 43 Abs. 1 GmbHG und § 93 Abs. 1 AktG zum Ausdruck kommende Pflicht, aktiv die Geschäfte der Gesellschaft zu fördern. Auch bei geschäftsführenden Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann die Geschäftschancenlehre angewandt werden, wenn es sich um sog. Erwerbsgesellschaften handelt.<sup>6</sup>
- 2 Der **Deutsche Corporate Governance Kodex** (Grundsatz 20 DCGK) äußert sich hierzu ebenfalls:<sup>7</sup>

*„Die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat sind dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Sie dürfen bei ihren Entscheidungen weder persönliche Interessen verfolgen noch Geschäftschancen für sich nutzen, die dem Unternehmen zustehen. Vorstandsmitglieder unterliegen während ihrer Tätigkeit einem umfassenden Wettbewerbsverbot.“*

- 3 Die Geschäftschancenlehre fand ihre wissenschaftliche Aufbereitung zunächst durch **rechtsvergleichende** Arbeiten.<sup>8</sup> Im Anschluss an *Timm*<sup>9</sup> wurde der Begriff „Geschäftschancenlehre“ geprägt.
- 4 Treuepflichten von Geschäftsleitern waren aber schon vorher Gegenstand der Rechtsprechung des BGH.<sup>10</sup> Eine besondere Ausprägung war stets das **Wettbewerbsverbot** für Geschäftsleiter und persönlich haftende Gesellschafter. Ursprünglich lehnte die Rechtspre-

<sup>1</sup> Dabei fällt die Abgrenzung zwischen einer Pflichtverletzung aufgrund einer fehlerhaften unternehmerischen Entscheidung und eines Verstoßes gegen die Geschäftschancenlehre nicht immer leicht. Die Unterscheidung ist aber wichtig, da bei letzterer kein unternehmerisches Ermessen zu berücksichtigen ist, vgl. auch Haas/Holler DStR 2001, 1042. In diesem Zusammenhang dürfte das von Kübler FS Werner, 1984, S. 437, 439, zitierte Beispiel eines Geschäftsführers, der Angestellte der Gesellschaft Handwerksarbeiten zu seinen Gunsten verrichten lässt, weder in die eine noch in die andere Kategorie fallen. Es handelt sich hier zwar auch um eine Treuepflichtverletzung (und eine möglicherweise strafrechtlich zu würdigende Untreue), aber der Geschäftsführer hat sich keine Geschäftschancen der Gesellschaft zu eigen gemacht. Ebenso Fleischer NZG 2003, 985 (987).

<sup>2</sup> Wird in dieser Ausarbeitung von Geschäftsleitern gesprochen, so sind Mitglieder des Vorstands und Geschäftsführer erfasst.

<sup>3</sup> Buyer BB 1993, 2057 (2058); Kübler FS Werner, 1984, S. 437, 438 f.; Fleischer NZG 2003, 985 (986) erkennt der Geschäftschancenlehre unter Berufung auf US-amerikanische Autoren eine Verteilungsfunktion von Eigentumsrechten an diesen Geschäftschancen zu.

<sup>4</sup> BGH NJW 1986, 585 (586); OLG Koblenz BeckRS 2012, 11480; allgemein dazu: Hülsmann GmbHR 2018, 393 (396); Selzner/Daghles AG 2022, 466 (470); Strothmann GmbHR 2022, 1277.

<sup>5</sup> BGH GmbHR 1977, 129 (130); NJW 1986, 584 (585).

<sup>6</sup> BGH NJW-RR 2013, 363 (365); vgl. dazu auch: OLG München NZG 2022, 553 (556); LG Kempten BeckRS 2021, 1643 Rn. 22 ff. im konkreten Fall aber verneinend, da die Gesellschaft nie nach außen auftrat; ausf. Fleischer NZG 2013, 361; Servatius NZG 2014, 537 (538), der die Geschäftschancenlehre bei der faktischen Geschäftsführung in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts anwenden will.

<sup>7</sup> Fassung April 2022, im Internet abrufbar unter <https://dcgk.de/de/kodex.html> (zuletzt abgerufen am 18.3.2024).

<sup>8</sup> So die Ausarbeitungen von Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, 1958, S. 166 ff.; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 155 ff.: Beide in Bezug auf die in den USA als „corporate opportunities doctrine“ bekannte Rechtsfigur; Fleischer NZG 2004, 1129 (1130), der in diesem Zusammenhang über „legal transplants“ spricht.

<sup>9</sup> Timm GmbHR 1981, 177.

<sup>10</sup> BGHZ 10, 187 (193); 49, 30 (31); zu Treuepflichten ausführlich Fleischer WM 2003, 1045.

chung das Verbot, eigennützig Erwerbchancen wahrzunehmen, die eigentlich der Gesellschaft gebühren, an dieses Wettbewerbsverbot an.<sup>11</sup> Mittlerweile wird jedoch unmittelbar auf die Treuepflichten des Geschäftsleiters abgestellt.<sup>12</sup>

Eine besondere Bedeutung nimmt die Geschäftschancenlehre in der Rechtsprechung des BFH im Zusammenhang mit § 8 Abs. 3 S. 2 KStG ein. Hintergrund ist die Besteuerung **verdeckter Gewinnausschüttungen**. Sofern einer Gesellschaft gegen einen Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund der unzulässigen Eigenwahrnehmung einer Geschäftschance ein Schadensersatzanspruch zusteht und die Gesellschaft diesen nicht geltend macht,<sup>13</sup> geht der BFH von einer steuerpflichtigen verdeckten Gewinnausschüttung aus. Ähnlich zur gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung bezog sich der BFH zunächst auf die Verletzung von Wettbewerbsverboten.<sup>14</sup> Erst mit seiner Entscheidung vom 30.8.1995 beruft sich der BFH unmittelbar auf die Geschäftschancenlehre.<sup>15</sup> Von besonderer Bedeutung ist, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung auch dann vorliegen kann, wenn zivilrechtlich kein Anspruch gegenüber dem Geschäftsleiter besteht.<sup>16</sup> Demnach bietet es sich an, mit *Fleischer*<sup>17</sup> von einer „steuerrechtlichen Geschäftschancenlehre“ zu sprechen und diese von der „gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre“ zu trennen. Unterbleibt eine entsprechende Versteuerung, kann dies außerdem zu einem steuerstrafrechtlichen Vorwurf führen.<sup>18</sup>

## B. Geschäftschancenlehre

Treuepflichten<sup>19</sup> lassen sich nur schwer standardisieren. Deshalb ist auch bei der Geschäftschancenlehre nur eine Konkretisierung anhand von **Einzelfällen** möglich. Dabei ist der enge Zusammenhang zwischen Wettbewerbsverboten und der Geschäftschancenlehre zu beachten.

### I. Ursprung: Wettbewerbsverbote

Allgemein dürfen Geschäftsleiter ihre Organstellung nicht zu ihren eigenen Gunsten und auf Kosten der Gesellschaft ausnutzen.<sup>20</sup> Sie dürfen insbes. nicht in Wettbewerb zu der Gesellschaft treten. Dadurch soll verhindert werden, dass ein Geschäftsleiter die aus seiner besonderen Stellung in der Gesellschaft erlangten Kenntnisse und Einflussmöglichkeiten nutzt, um die eigenen Geschäfte zum Nachteil der Gesellschaft zu fördern.<sup>21</sup>

<sup>11</sup> BGH WM 1957, 1128 (1129), für den Gesellschafter; WM 1964, 1320 (1321); BGHZ 49, 30 (31); GmbHR 1977, 43.

<sup>12</sup> BGH NJW-RR 2013, 363 (365) mwN; Fleischer NZG 2003, 985.

<sup>13</sup> ZB wegen Verzichts auf den Anspruch oder wegen nicht rechtzeitiger Sicherung des Anspruchs vor Uneinbringlichkeit, so Wichmann DStZ 2016, 337 (342); vgl. dazu BFH DStR 2022, 2197 (2200) mwN. BFHE 156, 484 (487); BFH BB 1989, 1604.

<sup>14</sup> BFH NJW 1996, 950 (951), allerdings noch mit starkem Bezug auf das Wettbewerbsverbot; ihm folgend BFH DB 1996, 2366; NJW 1997, 1806 (1807); BFHE 183, 459; BFH DStRE 2003, 104 (106); NJW-RR 2004, 188; DStZ 2022, 880 (881); zusammenfassend dazu Fleischer DStR 1999, 1249; Lawall DStR 1996, 605 (607 ff.); NJW 1997, 1742; Weisser GmbHR 1997, 429.

<sup>15</sup> Dazu BGH NZG 2012, 1231 (1235) mwN; Wichmann DStZ 2016, 337 (342 f.): Eine zivilrechtliche Befreiung vom Verbot der Wahrnehmung von Erwerbchancen wirkt nicht steuerrechtlich.

<sup>16</sup> Fleischer DStR 1999, 1249 (1250); zur steuerrechtlich eigenständigen Bewertung auch Gosch DStR 1997, 442 (443 f.).

<sup>17</sup> BGH NZG 2012, 1231 (1235).

<sup>18</sup> Zu einigen vereinzelt Treuepflichten vgl. Scholz/Verse GmbHG § 43 Rn. 177 ff.; MüKoGmbHG/Fleischer GmbHG § 43 Rn. 196 ff.; BeckOGK/Fleischer AktG § 93 Rn. 147 ff.

<sup>19</sup> Kübler FS Werner, 1984, S. 437, 438; Scholz/Verse GmbHG § 43 Rn. 186 ff.; ausführlich zum Wettbewerbsverbot für Gesellschafter-Geschäftsführer und Nur-Gesellschafter vgl. Buyer BB 1993, 2057; für Kommanditisten vgl. Löffler NJW 1986, 223; zu Wettbewerbsverboten allgemein Armbrüster ZIP 1997, 1269; Leuring/Rubner NJW-Spezial 2020, 719; Weitnauer/Grob GWR 2014, 185.

<sup>20</sup> Vgl. BGHZ 38, 306 (312 f.).

- 8 **Wettbewerbsverbote** finden sich im Gesetz in § 117 HGB<sup>22</sup> und § 88 Abs. 1 AktG. Zwar ist für Geschäftsführer einer GmbH ein derartiges Wettbewerbsverbot nicht geregelt, aber nach gefestigter Dogmatik besteht ein derartiges Wettbewerbsverbot bereits aufgrund der allgemeinen Treuepflichten eines Geschäftsführers.<sup>23</sup> Weiter ist das Wettbewerbsverbot nicht davon abhängig, ob die Gesellschaft die Geschäfte überhaupt selbst betreiben kann oder ob die Gesellschaft im Einzelfall geschädigt wird.<sup>24</sup> Schließlich ist es auch unerheblich, ob das Wettbewerbsverbot ausdrücklich in der Satzung oder dem Anstellungsvertrag geregelt ist.<sup>25</sup>

## II. Sonderfall: Geschäftschancen

- 9 Die Geschäftschancenlehre steht in einem engen Zusammenhang zu dem Wettbewerbsverbot. Das genaue Verhältnis von Geschäftschancenlehre und Wettbewerbsverbot wird jedoch unterschiedlich beurteilt:<sup>26</sup> Nach der Rechtsprechung steht die Geschäftschancenlehre als eigenständiges Rechtsinstitut neben dem Wettbewerbsverbot und hat sich aus der Treuepflicht entwickelt.<sup>27</sup> Im Ergebnis ist das Verhältnis aber nicht von zentraler Bedeutung. Bei zahlreichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Geschäftschancenlehre werden die bereits zum Wettbewerbsverbot formulierten Grundsätze herangezogen.
- 10 Neben den noch nicht umfassend geklärten Fragen, zB wer den Beschränkungen der Geschäftschancenlehre unterfällt, wie ein Dispens von diesen Beschränkungen erteilt werden kann und welche Rechtsfolgen sich aus einer Verletzung des Verbots der Wahrnehmung von Geschäftschancen ergeben, ist das eigentliche und zentrale Problem, die der Gesellschaft gesicherten Geschäftschancen klar einzugrenzen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein Geschäftsführer durch das Verbot, entsprechende Geschäftschancen wahrzunehmen, in seinem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 GG beeinträchtigt wird<sup>28</sup> und das Verbot darüber hinaus auch wettbewerbsrechtliche Implikationen hat.<sup>29</sup> Bei einer Interessensabwägung ist dann entscheidend, ob ein entsprechendes Verbot den Geschäftsführer unangemessen beeinträchtigt und ob dieses Verbot für die Gesellschaft **funktionsnotwendig** ist.

## III. Geschützte Geschäftschancen

- 11 Die Rechtsprechung hat in Bezug auf die Geschäftschancenlehre folgende Formel entwickelt: Ein Geschäftsführer darf keine Geschäfte an sich ziehen, die in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fallen und der Gesellschaft auf Grund bestimmter konkreter Umstände bereits zugeordnet sind.<sup>30</sup> Obwohl die Rechtsprechung beide Merkmale mit dem Wort „und“ verknüpft, handelt es sich hierbei nach überzeugender Ansicht nicht um eine

<sup>22</sup> HGB nF aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), in Kraft getreten am 1.1.2024, zuvor § 117 HGB aF.

<sup>23</sup> BGH WM 1964, 1320 (1321); GmbHR 1977, 43; BFHE 156, 484 (487); Leuring/Rubner NJW-Spezial 2020, 719; Wichmann DStZ 2016, 337 (338); aA Armbrüster ZIP 1997, 1269 (1276).

<sup>24</sup> Bestehende vertragliche Wettbewerbsverbote sind eher restriktiv auszulegen, BGH WM 1982, 234 (236).

<sup>25</sup> BGHZ 49, 30 (31); BGH WM 1964, 1320 (1321); Strothmann GmbHR 2022, 1277 (1278); aA Armbrüster ZIP 1997, 1269 (1276).

<sup>26</sup> Vgl. zu unterschiedlichen Meinungen in der Literatur: Fleischer NZG 2013, 361 (363) mwN; Beck-OGK/Fleischer AktG § 93 Rn. 176; Haas/Holler DStR 2001, 1042; Merkt ZHR 159 (1995), 423 (449); Timm GmbHR 1981, 177; Scholz/Verse GmbHG § 43 Rn. 208; Wichmann DStZ 2016, 337 (338) mwN.

<sup>27</sup> BGH NJW-RR 2013, 363 (365) mwN; OLG Naumburg NJ 2022, 452 (453); Wallimann ZAP 2021, 609 (610).

<sup>28</sup> Dazu BGH NJW 2005, 3061 (3062) mwN; NJW 2010, 1206 (1207); dazu auch OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 25329; 2013, 14594; Alle jeweils in Bezug auf Wettbewerbsverbote; Buyer BB 1993, 2057 (2058).

<sup>29</sup> Zur kartellrechtlichen Bewertung von Wettbewerbsverboten vgl. BGHZ 38, 306; BGHSt 30, 270; BGH NJW 1988, 2737. Diese Erwägungen lassen sich auch auf die Wahrnehmung von Geschäftschancen übertragen.

<sup>30</sup> BGH NJW-RR 2013, 363 (365); NJW 2017, 1749 (1751).

kumulative Verknüpfung: Es reicht aus, wenn nur ein Merkmal verwirklicht ist.<sup>31</sup> Wann eine geschützte Geschäftschance vorliegt, ist stets eine Frage des konkreten Einzelfalls:

Einfach zu entscheiden sind Fälle, in denen die Gesellschaft bereits Interesse für ein bestimmtes Geschäft gezeigt oder ein Angebot für einen Vertragsabschluss erhalten hat. In derartigen Fällen hat sich der **Wille** der Gesellschaft, ein bestimmtes Geschäft wahrzunehmen, **manifestiert**.<sup>32</sup> Dasselbe muss gelten, wenn der Geschäftsleiter für die Gesellschaft bestimmte Vertragsverhandlungen aufgenommen hat.<sup>33</sup> Auch hier ist hinreichend erkennbar, dass ein entsprechendes Geschäft in den Interessenkreis der Gesellschaft fällt. *Fleischer*<sup>34</sup> spricht deshalb in diesem Zusammenhang vom sog. „Publizitätsprinzip“. Schwierigkeiten entstehen jedoch in dem Bereich, in dem sich der Wille der Gesellschaft, ein bestimmtes Geschäft wahrzunehmen, noch nicht gezeigt hat. Hier werden **zahlreiche Abgrenzungskriterien** diskutiert, die im Einzelfall eine Entscheidungsfindung erleichtern sollen:

- Zunächst wird darauf abgestellt, ob die Geschäfte in einem **engen Zusammenhang mit den Geschäften der Gesellschaft** stehen.<sup>35</sup> Bereits die gesetzlich geregelten Wettbewerbsverbote geben eine entsprechende Richtung vor, indem diese eine Tätigkeit im Geschäfts-/Handelszweig der Gesellschaft untersagen. Insbes. wenn eine Erwerbchance noch nicht konkret einer Gesellschaft zugeordnet wird, findet die Geschäftschancenlehre bereits Anwendung, wenn es um den Erwerb von Gegenständen geht, die die Gesellschaft für ihre Geschäftstätigkeit benötigt und daher von besonderer Bedeutung sind.<sup>36</sup> Noch nicht abschließend geklärt ist allerdings, inwieweit hiervon der tatsächlich wahrgenommene oder lediglich der in der Satzung festgelegte Geschäftsbereich erfasst ist. Überzeugender ist es, davon auszugehen, dass beide Geschäftsbereiche, sofern sie sich nicht bereits decken, geschützt sind. Selbst wenn die Gesellschaft den satzungsmäßig abgesteckten Geschäftsbereich nicht oder noch nicht wahrnimmt, hat sie jedenfalls durch die Aufnahme dieses Zwecks in ihrer Satzung hinreichend dokumentiert, dass ein Interesse an entsprechenden Geschäften besteht.<sup>37</sup> Ein Geschäftsleiter ist deshalb gut beraten, in Zweifelsfällen entweder auf eine Ausnahme vom Verbot der Eigengeschäftswahrnehmung oder auf eine Satzungsänderung hinzuwirken.
- Zu weitgehend ist es jedoch, den Geschäftsleiter zu verpflichten, der Gesellschaft auch interessante Möglichkeiten zur **Diversifikation** anzubieten, die sich außerhalb des niedergelegten oder wahrgenommenen Gesellschaftszwecks bewegen.<sup>38</sup> Die Begründung hierfür, Effizienz- und Synergieeffekte<sup>39</sup> seien der Gesellschaft zu sichern, überzeugt nicht vollends. Durch die Tätigkeit für die Gesellschaft ist ein Geschäftsleiter nicht gänzlich seiner eigenständigen wirtschaftlichen Betätigung enthoben. Außerdem sollte den Geschäftsleitern ein Bereich für eigene Sachentscheidungen verbleiben.<sup>40</sup> IÜ erscheint es für die Gesellschaft nicht funktionsnotwendig, dass ein Geschäftsleiter sich

<sup>31</sup> Dazu *Fleischer NZG* 2013, 361 (364) mwN; *BeckOGK/Fleischer AktG* § 93 Rn. 182; *Strothmann GmbHR* 2022, 1277 (1279); *Scholz/Verse GmbHG* § 43 Rn. 214.

<sup>32</sup> *BGH GmbHR* 1977, 43; *NJW* 1989, 2687 (2688); *Timm GmbHR* 1981, 177 (180); *Kübler/Waltermann ZGR* 1991, 162 (168); *Lawall NJW* 1997, 1742 (1744); *Schießl GmbHR* 1988, 53 (54); *Kübler FS Werner*, 1984, S. 437, 439; dasselbe gilt, wenn ein Geschäft einem Geschäftsleiter in seiner Funktion als Geschäftsleiter der Gesellschaft angeboten wird, *BGH WM* 1967, 679; *Schießl GmbHR* 1988, 53 (54).

<sup>33</sup> *BGH NJW* 1989, 2687 (2688); *NJW-RR* 2013, 363 (365); *OLG München NZG* 2022, 553 (556); *Fleischer NZG* 2003, 985 (986).

<sup>34</sup> *Fleischer NZG* 2003, 985 (986).

<sup>35</sup> *BGH NJW* 1989, 2687 (2688); *Kübler FS Werner*, 1984, S. 437, 439.

<sup>36</sup> *BGH WM* 1957, 1128 (1129); *NJW-RR* 2013, 363 (365); *OLG Schleswig BeckRS* 2020, 49950 Rn 49 mwN.

<sup>37</sup> *BFH DStR* 1997, 323 (325); *Buyer BB* 1993, 2057 (2059); *Goette DStR* 1998, 1137 (1139); aA hierzu *BFH NJW* 1997, 1806 (1807); *Fleischer NZG* 2003, 985 (987); *Kübler/Waltermann ZGR* 1991, 162 (170); *Schießl GmbHR* 1988, 53 (54); *GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG* § 93 Rn. 255; aA, dass es nicht auf die Reichweite des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes, sondern auf den tatsächlichen Tätigkeitsbereich ankommt: *BeckOGK/Fleischer AktG* § 93 Rn. 181; *MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking* § 25 Rn. 44; *Strothmann GmbHR* 2022, 1277 (1279).

<sup>38</sup> So aber die wohl hL: *Schießl GmbHR* 1988, 53 (54); *Kübler/Waltermann ZGR* 1991, 162 (170); *Weisser GmbHR* 1997, 429 (431 f.); *Buyer BB* 1993, 2057 (2060); *Fleischer NZG* 2003, 985 (987); *Merkt ZHR* 159 (1995), 423 (441 f.); *GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG* § 93 Rn. 255; *Strothmann GmbHR* 2022, 1277 (1279); einschränkender: *Theiselmann GmbH-StB* 2010, 326 (329 f.); So sei eine Geschäftschance nur dann zu bejahen, wenn die Anfrage den Unternehmensgegenstand peripher tangiere, es eine aussichtsreiche Chance darstelle und weitere beispielhaft aufgeführte Voraussetzungen vorlägen.

<sup>39</sup> So *Fleischer NZG* 2003, 985 (987).

<sup>40</sup> So überzeugend *Theiselmann GmbH-StB* 2010, 326 (329 f.), der in diesem Zusammenhang damit argumentiert, dass der Geschäftsleiter nicht zu einer „reinen Marionette“ werden darf.

nicht in Bereichen betätigt, in denen die Gesellschaft selbst noch nicht tätig ist und ausweislich ihres Satzungszwecks auch nicht tätig werden will. Auch die Rechtsprechung ist zurückhaltend darin, der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft außerhalb ihres satzungsmäßigen Zwecks und der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit zuzusprechen.<sup>41</sup>

- Weiterhin wird es als Indiz angesehen, wenn der Geschäftsleiter **Wissen** und **Sachmittel** der Gesellschaft nutzt, um ein entsprechendes Geschäft für sich abzuschließen.<sup>42</sup>
- Dasselbe soll gelten, wenn die endgültige Erteilung eines Auftrags nur noch „**Formsache**“ ist.<sup>43</sup>

- 12 Da das Verbot, Erwerbchancen der Gesellschaft wahrzunehmen, auf den aus der Organstellung erwachsenden Treuepflichten beruht, ist es unerheblich, ob dem Geschäftsleiter die ihm vertraglich zustehende **Vergütung** bezahlt wurde und ob die Gesellschaft alsbald in Liquidation geht.<sup>44</sup> Im Gegensatz zu einem Wettbewerbsverbot unterliegt der Geschäftsleiter auch **nachvertraglich** in einem gewissen Umfang dem Verbot, entsprechende Erwerbchancen wahrzunehmen.<sup>45</sup> Dasselbe soll gelten, wenn der Geschäftsleiter unter Mitnahme einer auch nur privat an ihn herangetragenen Geschäftschance aus der Gesellschaft ausscheidet.<sup>46</sup> Dabei sind aber die durch das Gesetz (§ 1 GWB, § 138 BGB) gezogenen Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote zu beachten.<sup>47</sup> Ferner ist es unerheblich, wenn ein Geschäftsleiter zB mit einer eigenen Firma **Aufträge der Gesellschaft** annimmt: Zunächst hätte der Geschäftsleiter prüfen müssen, ob nicht die Gesellschaft selbst diese Aufträge hätte wahrnehmen können.<sup>48</sup> Weiter befreit es den Geschäftsführer nicht vom Verbot der Wahrnehmung von Geschäftschancen, wenn er diese in fremdem Namen und auf fremde Rechnung wahrnimmt.<sup>49</sup> Schließlich kann das Verbot der Wahrnehmung von Geschäftschancen nicht einfach dadurch umgangen werden, indem der Geschäftsleiter Strohmann einsetzt oder Chancen durch Ehegatten oder nahestehende Dritte wahrnehmen lässt.<sup>50</sup>
- 13 Nicht durchsetzen konnte sich der auf *Timm* zurückgehende Ansatz von *Kübler*, bei dem Verbot, Erwerbchancen wahrzunehmen, auch die **Größe und Struktur der Gesellschaft** zu berücksichtigen.<sup>51</sup>
- 14 Besondere Schwierigkeiten können schließlich in **Konzernen** auftreten. Sofern die Konzernmutter Angestellte in ein Tochterunternehmen als Geschäftsführer entsendet, konkurrieren die Treuepflichten aus dem Anstellungsverhältnis mit denen aus der Stellung als Geschäftsführer.<sup>52</sup>

<sup>41</sup> BFHE 183, 459 (462 f.); BGH NJW 1995, 1358 (1359).

<sup>42</sup> BFH NJW 1996, 950 (951); BB 1989, 1604 (1605); Lawall NJW 1997, 1742 (1744); Schießl GmbHR 1988, 53 (54). Der von Schießl (und ihm folgend Kübler/Waltermann ZGR 1991, 162 (170)) angeregte Grundsatz, im Zweifel gebühre die Geschäftschance der Gesellschaft, überzeugt nicht und führt im Ergebnis auch zu einer unangemessenen Umkehr der Beweislast.

<sup>43</sup> Fleischer NZG 2003, 985 (986, 992) mit Verweis auf BAG BB 1968, 504.

<sup>44</sup> KG NZG 2001, 129; vgl. in diesem Zusammenhang auch OLG Rostock NZG 2020, 1152 in Bezug auf Wettbewerbsverbote, wonach das Wettbewerbsverbot durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt bleibt.

<sup>45</sup> BGH GmbHR 1977, 43 (44); OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1998, 376 (378); Haas/Holler DStR 2001, 1042; Strothmann GmbHR 2022, 1277 (1278); Scholz/Verse GmbHG § 43 Rn. 196, 208; Wirbelauer MDR 2018, 61 (63); so auch Müller GmbHR 2014, 964.

<sup>46</sup> BGH GmbHR 1977, 43; NJW 1986, 585 (586); dazu Merkt ZHR 159 (1995), 423 (425 f.); kritisch in diesem Zusammenhang Fleischer NZG 2003, 985 (991 f.), unter Hinweis auf kartellrechtliche Bedenken.

<sup>47</sup> Dazu zB BGH NJW 2010, 1206 (1207); OLG Stuttgart BeckRS 2019, 8992 Rn. 31.

<sup>48</sup> BFH NJW 1997, 1806 (1807); Lawall NJW 1997, 1742.

<sup>49</sup> Buyer BB 1993, 2057 (2059).

<sup>50</sup> OLG Celle NZG 2002, 469 (470); dazu auch GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 93 Rn. 262.

<sup>51</sup> Timm GmbHR 1981, 177 (179); Kübler FS Werner, 1984, S. 437, 446 f., unter Rückgriff auf eine rechtsvergleichende Studie aus den USA. Kübler möchte hier Publikumsgesellschaften strenger behandeln als personalistische Gesellschaften. Ähnlich bereits BGHZ 38, 306 (314 f.).

<sup>52</sup> Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen Schießl GmbHR 1988, 53 (55).

#### IV. Einzelfälle

Bei folgenden Sachverhalten hat die Rechtsprechung **einen Verstoß** gegen die Verpflichtung, Erwerbchancen zunächst der Gesellschaft anzudienen, angenommen: 15

- Der Geschäftsleiter überträgt ohne Gegenleistung an die Gesellschaft Mietverträge über Räume, welche die Gesellschaft gewinnbringend untervermieten könnte, auf eine dritte Gesellschaft, deren Prokurist der Geschäftsführer ist.<sup>53</sup>
- **Erfindungen**, die im Unternehmen gemacht werden und von denen der Geschäftsführer kraft seiner Position erfährt, gebühren dem Unternehmen ebenso wie externe Erfindungen, die im Geschäftsbereich der Gesellschaft angewendet werden könnten.<sup>54</sup>
- Eine Gesellschaft überträgt entgeltfrei ein bereits **initiiertes Projekt** auf eine andere Konzerngesellschaft.<sup>55</sup>
- Ein Geschäftsleiter **erwirbt Forderungen** gegenüber der Gesellschaft mit einem erheblichen Abschlag, anstatt die Gesellschaft zu entschulden.<sup>56</sup>
- Ein Geschäftsleiter erwirbt ein bisher an die Gesellschaft vermietetes **Geschäftsgrundstück** für sich selbst<sup>57</sup> oder durch einen nahen Angehörigen.<sup>58</sup> Generell ist der zu eigenem Nutzen durchgeführte Erwerb von Gegenständen, welche die Gesellschaft für ihre Geschäftstätigkeit benötigt, unzulässig.<sup>59</sup> Fraglich ist, inwieweit dies auch für Grundstücke allein zum Zweck der Kapitalanlage gilt.<sup>60</sup>
- Ein Geschäftsleiter, der sowohl Geschäftsführer einer GmbH als auch Vorstand einer Aktiengesellschaft ist und damit grds. auf die Geschäftsaussichten beider Gesellschaften Rücksicht nehmen muss, verletzt seine Pflichten, wenn er zunächst entscheidet, dass die GmbH durch eine Veräußerung von Portfolios Entgelte verdienen soll, dann aber der Aktiengesellschaft diese Möglichkeit einräumt.<sup>61</sup>
- Ein Geschäftsleiter, der durch Beschluss der Gesellschaft – in Kenntnis der möglichen Kaufgelegenheit – zum Ankauf von Geschäftsanteilen **ermächtigt wird** und er daraufhin Vertragsverhandlungen mit den Verkäufern für sich selbst führt und die entsprechenden Geschäftsanteile selbst erwirbt: In diesem Fall kam die Gesellschaft durch die Ermächtigung als erste mit dem Geschäft in Berührung.<sup>62</sup>
- Wenn eine Gesellschaft ihre Produktionsstätte im Ausland auf dem bisherigen Gelände aufgeben muss und die **wirtschaftliche Existenz** der Gesellschaft notwendigerweise den Erwerb eines anderen Geländes voraussetzt, ein Gesellschafter an einem Ausschreibungsverfahren über den Erwerb eines Landnutzungsrechts zwecks Nutzung für eine andere Gesellschaft teilnimmt und den Zuschlag erhält, ohne die eigene Gesellschaft über das Verfahren zu informieren.<sup>63</sup>
- Ein aus einer **Zwei-Personen-GmbH** ausgeschiedener Mitgesellschafter verstößt gegen die Geschäftschancenlehre, wenn die Gesellschaft mit einer Kundin bereits einen Vertrag über die Durchführung einer Softwareentwicklung geschlossen hat und der ursprüngliche Mitgesellschafter die Entwicklung bei einem anderen Arbeitgeber fortführt.<sup>64</sup>

<sup>53</sup> KG NZG 2001, 129, nrkr.

<sup>54</sup> BGH NJW 1986, 585 (586).

<sup>55</sup> FG Saarland EFG 2001, 1165 (1166) mAnm Neu.

<sup>56</sup> FG München GmbHR 2001, 587 (588) m. krit. Anm. Hoffmann.

<sup>57</sup> BGH GmbHR 1977, 129 (130).

<sup>58</sup> BGH NJW 1986, 584 (585).

<sup>59</sup> BGH WM 1957, 1128 (1129); NJW-RR 2013, 363 (365); dazu auch OLG Schleswig BeckRS 2020, 49950 Rn. 49 mwN.

<sup>60</sup> BFHE 183, 459 (462 f.).

<sup>61</sup> KG GmbHR 2010, 869 (870); zu sog. Doppelmandaten einschließlich Handlungsempfehlungen: Theiselmann GmbH-StB 2010, 326 (331).

<sup>62</sup> OLG Rostock BeckRS 2021, 59595.

<sup>63</sup> OLG Schleswig BeckRS 2020, 49950.

<sup>64</sup> OLG Naumburg NJ 2022, 452 (453).

- Wenn eine Konkurrenzsituation über die Anmietung von Veranstaltungslokalen geschaffen wird und nach einer Buchungsanfrage bei der einen Gesellschaft dennoch der Konkurrent – der Gesellschafter – gewählt wird.<sup>65</sup>
- 16 In folgenden Sachverhalten haben die Gerichte demgegenüber **keinen Verstoß** gegen die Geschäftschancenlehre angenommen:
- Ein Geschäftsleiter darf grds. für die Vermittlung eines Geschäfts an die Gesellschaft eine **Provisionszahlung** beziehen.<sup>66</sup>
  - Auch ist es kein Verstoß, wenn ein Organ in dieselben **Vermögensanlagen** investiert wie die Gesellschaft.<sup>67</sup>
  - Hat der Geschäftsleiter die Grundlage für die entsprechende Geschäftschance bereits vor Gründung der Gesellschaft in seinem eigenen Namen gelegt, so wird kein Verstoß gegen die Geschäftschancenlehre angenommen. Insoweit setzt sich diese **Priorität** durch.<sup>68</sup> Ansonsten befreit eine private Kenntniserlangung – zB weil eine Geschäftschance durch einen Freund herangetragen wird – den Geschäftsleiter nach hA aber nicht von der Pflicht, die Geschäftschance zunächst für die Gesellschaft wahrzunehmen: IdS ist ein Geschäftsleiter immer im Dienst.<sup>69</sup>
  - Wenn die Gesellschaft unter **Erweiterung ihres Unternehmensgegenstands** beschlossen hat, ein bestimmtes Geschäft wahrzunehmen und falls dieser Beschluss nichtig ist, kann der Geschäftsleiter die Geschäftschance grds. wahrnehmen.<sup>70</sup>
  - Der Geschäftsleiter darf auch **private Geschäfte** vornehmen, ohne diese an die Gesellschaft weiterzuleiten (so zB Bau eines privaten Einfamilienhauses).<sup>71</sup>
  - Bei **Bauprojekten** kommt es genau darauf an, welche Aufträge zur Bearbeitung von künftigen Leistungsphasen eines Gesamtprojekts bereits einer Gesellschaft zugeordnet werden können, da eine Vermutung für einen Gesamtauftrag nicht existiert: Allein aus der Beauftragung der Gesellschaft kann nicht auf eine Folgebeauftragung geschlossen werden.<sup>72</sup>
  - Ist die Gesellschaft **nicht in der Lage**, ein Geschäft wahrzunehmen, dann darf der Geschäftsleiter grds. das Geschäft selbst wahrnehmen. Jedoch ist die Reichweite dieses Arguments noch nicht endgültig geklärt. Wendet zB der Geschäftsleiter ein, die Gesellschaft habe nicht die finanziellen Mittel gehabt, um die Geschäftschance wahrnehmen zu können, hat der BGH für diesen Fall entschieden, dass der Geschäftsleiter zunächst nach anderen Möglichkeiten suchen müsse, um das Geschäft für die Gesellschaft dennoch abzuschließen: Hierzu gehöre zB auch die Aufnahme eines Kredits.<sup>73</sup> In jedem Fall ist jedoch die Gesellschafterversammlung zu der Entscheidung zu befragen.<sup>74</sup> Aber selbst wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, ein Geschäft wahrzunehmen, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass nunmehr der Geschäftsleiter dieses Geschäft an sich ziehen darf. Die hinter der Geschäftschancenlehre stehende Treuepflicht soll die Gesellschaft nämlich

<sup>65</sup> OLG München NZG 2022, 553.

<sup>66</sup> BGH NJW 2001, 2476; kritisch allerdings, wenn die Provisionen von der Gesellschaft bezahlt werden, BFHE 156, 484 (487).

<sup>67</sup> BGH NJW 1997, 2055 (2056).

<sup>68</sup> BGH NJW 1998, 1225 (1226); vgl. auch den Fall bei BGH GmbHR 1987, 302 (303); BFH NJW 1996, 1559; Fleischer NZG 2003, 985 (986).

<sup>69</sup> BGH NJW 1986, 585 (586); NJW-RR 2013, 363 (365); OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1998, 376 (378); OLG Schleswig BeckRS 2020, 49950 Rn. 51; Peetz GmbHR 2022, 130 (131); Schießl GmbHR 1988, 53 (54); Scholz/Verse GmbHG § 43 Rn. 216; Weisser GmbHR 1997, 429 (431); zu Recht kritisch gegenüber einer unreflektierten Übernahme dieser Argumentation aber Fleischer NZG 2003, 985 (988); so auch BeckOGK/Fleischer AktG § 93 Rn. 187 f.; ebenfalls einschränkend GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 93 Rn. 258 f.; aA auch Timm GmbHR 1981, 177 (181).

<sup>70</sup> BGH NJW 1995, 1358 (1359); Fleischer WM 2003, 1045 (1055).

<sup>71</sup> Buyer BB 1993, 2057 (2058).

<sup>72</sup> OLG Stuttgart BeckRS 2019, 8992 Rn. 45.

<sup>73</sup> BGH NJW 1986, 584 (585); NJW-RR 2013, 363 (366).

<sup>74</sup> BGH GmbHR 1977, 129 (130); NJW 1986, 584 (585); Schießl GmbHR 1988, 53 (55); Timm GmbHR 1981, 177 (183); aA hierzu BFH DStR 1997, 323 (325); OLG Celle NZG 2002, 469 (470).