

Giancarlo Mascherini

Die Ressortverteilung als Instrument zur Enthftung der GmbH-Geschäftsführung



Nomos

Studien zum Gesellschaftsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Haas

Prof. Dr. Detlef Kleindiek

Prof. Dr. Christoph Teichmann

Band 19

Giancarlo Mascherini

Die Ressortverteilung als Instrument zur Enthftung der GmbH-Geschäftsführung



Nomos

The book processing charge was funded by the Baden-Württemberg Ministry of Science, Research and Arts in the funding programme Open Access Publishing and the University of Konstanz.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2021

1. Auflage 2021

© Giancarlo Mascherini

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-7899-7

ISBN (ePDF): 978-3-7489-2300-8

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748923008>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Konstanz hat die vorliegende Arbeit im Sommersemester 2021 als Dissertation angenommen. Das Manuskript habe ich im Oktober 2020 abgeschlossen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden im Wesentlichen bis Mitte April 2021 berücksichtigt.

Bei der Entstehung dieser Dissertation haben mich zahlreiche Menschen tatkräftig unterstützt. Ich möchte an dieser Stelle die Gelegenheit nutzen und zumindest einigen von ihnen meinen Dank aussprechen.

Herzlichen Dank schulde ich zunächst meinem geschätzten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Rüdiger Wilhelmi. Er hat die Entstehung meiner Arbeit wohlwollend betreut und kontinuierlich mit wertvollen Gedanken gefördert. Herrn Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher danke ich vielmals für die ausgesprochen zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Seinem Votum konnte ich wichtige Impulse für die Überarbeitung der Dissertation entnehmen. Herrn Prof. Dr. Hans Theile, LL.M. (Cape Town), bin ich für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes und die angenehme Leitung der Disputation sehr verbunden.

Herrn Prof. Dr. Ulrich Haas, Herrn Prof. Dr. Detlef Kleindiek und Herrn Prof. Dr. Christoph Teichmann danke ich für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe „Studien zum Gesellschaftsrecht“.

Den gedanklichen Anstoß zu dieser Untersuchung hat Herr Rechtsanwalt Dr. Martin Schockenhoff gegeben. Er hat mich weit über diese Arbeit hinaus gefördert und unterstützt und war stets mit offenem Ohr und scharfsinnigen Gedanken zur Diskussion bereit. Dafür gilt ihm mein besonderer Dank.

Dem Konsortium Baden-Württemberg danke ich für die großzügige Übernahme der Druckkosten und dem Nomos Verlag für die Unterstützung bei der Beantragung der Förderung sowie die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe.

Ganz besonderer Dank gebührt auch Herrn Julius Lustig und Herrn Christoph Blanc für ihren unermüdlichen Einsatz bei der sprachlichen Überarbeitung.

Vor allem aber möchte ich meinen Eltern und meinem Bruder danken. Sie standen und stehen immer hinter mir. Auch dieses Projekt wäre ohne ihre Unterstützung nicht möglich gewesen. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Vorwort

Ausschließlich zum Zweck der besseren Lesbarkeit habe ich auf die geschlechtsspezifische Schreibweise verzichtet. Alle personenbezogenen Bezeichnungen in dieser Arbeit sind somit geschlechtsneutral zu verstehen.

Ravensburg / Florenz, Juli 2021

Giancarlo Mascherini

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	15
	A. Problemstellung und Ziel der Untersuchung	15
	B. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes	18
	C. Gang der Untersuchung	20
1. Teil:	Das Ressort aus gesellschaftsrechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht	23
§ 2	Gesellschaftsrechtliches Verständnis	23
	A. Abweichung vom Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung	24
	B. Zuständigkeitsdelegation	26
	I. Interne und externe Delegation	26
	II. Horizontale und vertikale Delegation	26
§ 3	Geschäftsführungsorganisationsmodelle und ihr Enthaltungspotenzial	27
	A. Verrichtungsorientierte Konfiguration	28
	B. Objektorientierte Konfiguration	30
	C. Matrixkonfiguration	32
§ 4	Ergebnisse des 1. Teils	35
2. Teil:	Korporative Maßstäbe der Enthaltung durch Ressortverteilung	37
§ 5	Grundsatz der Gesamtverantwortung	37
	A. Herleitung	41
	I. Begründung des Reichsgerichts	42
	1. Die Allzuständigkeit als tragendes Prinzip der Gesamtverantwortung	43
	2. Herleitung aus dem Gesamtgeschäftsführungsgrundsatz	45

3. Zwischenergebnis	47
II. Alternative Ansätze	47
1. Herleitung aus der Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung	47
2. Herleitung aus dem Letztentscheidungsrecht der Mehrheit	49
3. Herleitung aus der Pflicht zur organinternen Selbstkontrolle	51
4. Das Kollegialprinzip als Ursprung der Gesamtverantwortung	52
a) Inhalt und Verbreitung des Kollegialprinzips	52
b) Geltung in der GmbH	55
aa) Meinungsbild	55
bb) Merkmale der Kollegialität im Einzelnen	55
cc) Übertragbarkeit auf die GmbH	57
c) Zwischenergebnis	61
B. Reichweite	62
I. Verbot der Delegation von Leitungspflichten	63
1. Gesetzliche Leitungspflichten	63
2. Ungeschriebene Leitungspflichten	66
a) Unternehmerfunktionen	66
b) Entscheidungen außergewöhnlicher Tragweite	68
3. Delegierbare Elemente	70
a) Gesetzliche Leitungspflichten	71
b) Ungeschriebene Leitungspflichten	77
4. Zwischenergebnis	81
II. Verantwortungsausschließende Delegation	82
C. Ergebnis	89
§ 6 Vertrauensgrundsatz	90
A. Begründung und Verortung im Haftungstatbestand	90
I. Geltung des Vertrauensgrundsatzes	90
II. Verortung auf Pflichten- oder Verschuldensebene	96
B. Funktion und Voraussetzungen schutzwürdigen Vertrauens	100
I. Funktionsweise bei der Ressortverteilung	100
II. Voraussetzungen	102
1. Abgrenzung von Verantwortungssphären	102

2. Vertrauensmerkmale	102
a) Personenbezogene Kriterien	103
b) Verhaltensbezogene Kriterien	104
aa) Fremdes Fehlverhalten	104
bb) Eigenes Betragen	105
c) Sachbezogene Kriterien	108
C. Ergebnis	108
§ 7 Ergebnisse des 2. Teils	110
3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung	111
§ 8 Zuständigkeit und zuständigkeitsabhängige Regelungsanforderungen	111
A. Verteilung durch die Gesellschafter	112
I. Verantwortungsmodifizierende Delegation	112
1. Regelungsort	112
a) Korporationsrechtliche Regelung	112
b) Zusicherung im Anstellungsvertrag	113
2. Mehrheitserfordernisse	114
II. Verantwortungsausschließende Delegation	116
B. Verteilung durch die Geschäftsführer	118
I. Recht und Pflicht zur Verteilung	118
II. Mehrheitserfordernisse	122
III. Gestaltungsgrenzen	124
C. Ergebnis	127
§ 9 Ungeschriebene inhaltliche Anforderungen	128
A. Sachbezogene Voraussetzungen	129
I. Klarheit und Eindeutigkeit der Abgrenzung	129
1. Meinungsspektrum	129
2. Herleitung	130
3. Reichweite	130
II. Sachgerechtigkeit	132
1. Meinungsspektrum	132
2. Herleitung	133
3. Reichweite	133

III. Teilbarkeit	135
IV. Vollständigkeit	136
B. Personenbezogene Voraussetzungen (Zuverlässigkeit)	137
I. Rechtsprechungs- und Literaturstand	137
II. Herleitung	138
III. Reichweite	139
C. Verhältnis zum Organisationsverschulden	140
D. Ergebnis	142
§ 10 Form der Vereinbarung	144
A. Schriftlichkeit	144
I. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	144
II. Folgeprobleme der „Mosaiklösung“	147
III. Eigener Ansatz	151
1. Schriftformerfordernis aus gesellschaftsrechtlicher Sicht	151
a) Geltungsgrund und Zweck	151
b) Risiko der Nichterweislichkeit der Ressortverteilung	155
aa) Feststellungslast im Privatrecht	155
bb) Verhältnis der privatrechtlichen Außenhaftung zum Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht	159
c) Zwischenergebnis	161
2. Rechtfertigung von Abweichungen	162
B. Faktische, stillschweigende und konkludente Ressortverteilung	166
I. Meinungsspektrum	166
II. Stellungnahme	167
1. Begriffsklärung	167
2. Wirksamkeit stillschweigender Ressortverteilungen	168
a) Ausgangspunkt: Die faktische Arbeitsteilung	168
b) Subjektive Komponente: Das Erkennen und Dulden der Arbeitsteilung	169
c) Objektive Komponente: Das „Erstarken“	170
d) Zwischenergebnis	172
3. Wirksamkeit konkludenter Ressortverteilungen	173
C. Ergebnis	174

§ 11 Fehlerfolgen und Missachtung der Ressortverteilung	175
A. Anfängliche Unwirksamkeit	175
I. Gesellschafterbeschluss	176
1. Fehlerfolgen	176
2. Gesamt- oder Teilnichtigkeit	178
II. Geschäftsführerbeschluss	179
1. Fehlerfolgen	179
2. Gesamt- oder Teilnichtigkeit	181
B. Nachträgliche Fehlerhaftigkeit und Missachtung	181
I. Wirkung der Ressortverteilung	181
II. Anpassungspflicht	182
C. Enthftung durch unwirksame Beschlüsse	183
D. Ergebnis	184
§ 12 Ergebnisse des 3. Teils	186
4. Teil: Materielle Auswirkungen der Ressortverteilung	187
§ 13 Initiales Pflichten- und Haftungsgefüge	187
A. Eigenes Ressort (Ressortverantwortung)	188
I. Interne Pflichten	189
II. Externe (zusätzliche) Pflichten	190
1. Begründung und Inhalt	190
2. Umfang und Intensität	191
B. Fremdes Ressort (Residualverantwortung)	193
I. Allgemeine Haftungsgrundsätze	193
1. Organinterne Zurechnung von Pflichtverletzungen nach dem BGB	193
2. Außenwirkung organinterner Überwachungspflichten	194
II. Pflichtrechte zur Überwachung	200
1. Grundlagen	200
2. Kontrollzweck	201
3. Arten, Umfang und Intensität	203
a) Information	203
aa) Grundsatz	203
(1) Informationsbeschaffung und -prüfung	203

(2) Systematisierte Informationsbeschaffung	204
bb) Schranken	204
(1) Gesetzliche Vorgaben	204
(2) Privatautonome Vorgaben	206
cc) Intensität	207
(1) Genereller Maßstab	208
(2) Pflichtensteigernde Kriterien	212
(a) Personenbezogene Kriterien	212
(b) Verhaltensbezogene Kriterien	215
(c) Sachbezogene Kriterien	216
b) Intervention	221
aa) Zulässige Maßnahmen	222
(1) Befassung des Kollegiums	222
(2) Widerspruch	226
(3) Notgeschäftsführung	228
bb) Pflichtenauslösender Anlass	230
cc) Schranken	231
(1) Gesetzliche Vorgaben	231
(2) Privatautonome Vorgaben	232
4. Pflichtenmodifikation durch horizontale Meta- Überwachung	232
III. Innenregress	234
C. Mitverschulden der Gesellschafter	237
I. Berücksichtigungsfähigkeit	237
II. Rechtsfolgen	240
D. Ergebnis	241
§ 14 Rückfall in die Gesamtverantwortung	244
A. Unterscheidung von der Pflichtensteigerung	246
B. Unterscheidung vom generellen Überwachungsmaßstab	247
C. Ergebnis	249
§ 15 Ergebnisse des 4. Teils	249

5. Teil: Schlussbetrachtung	250
§ 16 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	250
A. Das Ressort	250
B. Korporative Maßstäbe der Enthftung	250
C. Form und Inhalt der Ressortverteilung	252
D. Materielle Pflichten	254
§ 17 Gesamtergebnis – Empfehlungen de lege ferenda	258
Literaturverzeichnis	261

§ 1 Einleitung

A. Problemstellung und Ziel der Untersuchung

„Die Rückwirkungen der Arbeitsteiligkeit haben vielleicht die schwierigsten, aber auch aufschlußreichsten Probleme der modernen Privatrechtsdogmatik heraufbeschworen. Vom klassischen System aus [...] müssen sie als schwere, beunruhigende Anomalien erscheinen. Es würde die schönste Bewährung der modernen Zivilrechtstheorie sein, diese Erscheinungen widerspruchsfrei und harmonisch [...] in ein offeneres System einzubauen.“¹

Die rechtlichen Schwierigkeiten im Umgang mit der Arbeitsteilung konnten ihrem Durchbruch auch im Bereich der Managementorganisation aus naheliegenden Gründen nichts anhaben – im Gegenteil. Die Praxis zeigt, dass Leitungsgremien, namentlich die größerer Unternehmen, bereits der Effizienz wegen arbeitsteilig organisiert sein müssen.² Vor allem aber brächte eine totale Allzuständigkeit die Geschäftsführer angesichts zunehmender wirtschaftlicher Komplexität schnell an ihre fachlichen und vor allem zeitlichen Belastungsgrenzen, ganz zu schweigen von dem immer undurchsichtigeren Geflecht zivil-, straf-, ordnungswidrigkeiten- und öffentlich-rechtlicher Pflichten.³ Aus diesem Grund ist die Möglichkeit horizontaler Delegation von Geschäftsführungsbefugnissen nicht nur allgemein anerkannt; die Implementierung einer Ressortverteilung wird auch explizit als Organisationspflicht der Unternehmensleitung angesehen.⁴

1 *Wieacker*, 100 Jahre DJT, Band II, 1 (17); zum Strafrecht ähnl. *Renzikowski*, StV 2009, 443.

2 *v. Werder*, Führungsorganisation, S. 171 f.

3 So bereits *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (474-476, 481-483); *ders.*, EWiR 1997, 37 (37 f.); *ders.*, FS W. Werner, 795 (795 f.); *Dreher*, AG 2006, 213 (220 f.); *Leuring*, FS Seibert, 543 (545); *Kiethe*, GmbHR 2007, 393 (395 f.); zur Tendenz der Pflichtenkumulation auch *Löbbe*, FS Seibert, 561 (561 f.); aus Praxis-sicht *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 32 f.; vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 121.

4 Vgl. *Wilhelmi*, ZVglRWiss 117 (2018), 557 (564 f.); *Westermann*, KF 1993, 15 (20); *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 33.

Im Ressort treffen die Geschäftsführer wie im Plenum Entscheidungen, die existenzbedrohliche Haftungsrisiken bergen.⁵ Die verantwortungsbegrenzende Wirkung der Ressortverteilung ist daher nicht zuletzt seit der berühmten Lederspray-Entscheidung⁶ Gegenstand lebendiger, rechtsgebietsübergreifender Diskussionen in Literatur und Praxis. Jüngst hatte sich der BGH in seiner Weltruf-Entscheidung⁷ mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen der ressortunzuständige GmbH-Geschäftsführer für Masseschmälerungen haftet. Obwohl der zweite Zivilsenat die Gelegenheit nutzte, um die aus seiner Sicht wesentlichen Merkmale einer wirksamen Geschäftsverteilung und ihre Folgepflichten zu statuieren, wurde dem Urteil ein nennenswerter Beitrag zu mehr Rechtssicherheit⁸ abgesprochen. Ferner wurde dem BGH vorgeworfen, die Wirkungen einer Geschäftsverteilung durch die Aufstellung realitätsferner organinterner Überwachungsanforderungen auszuhöhlen.⁹ Vor allem seine grundsätzliche Ablehnung eines Zwangs zur Dokumentation der Aufgabenzuweisung verbunden mit der gleichzeitigen Anerkennung der entgegengesetzten BFH-Ansicht für den Bereich des Steuerrechts stieß auf Zweifel und ließ die Frage nach weiteren „speziellen Pflichtenkreisen“ aufkommen.¹⁰ Dass der BGH die Verhinderung von Masseschmälerungen als „nicht delegierbare“ Aufgabe bezeichnete, aber gleichzeitig prüfte, ob der Beklagte seine Überwachungspflicht verletzt hatte, sorgte ebenfalls für Irritationen.¹¹ Aufgrund der Rechtsunsicherheit¹², die im Umgang mit Ressortverteilungen herrscht, und vielfach beklagter „Auswüchse“¹³ durch die maßgeblich rechtsprechungsbedingte Überdehnung von Überwachungspflichten wur-

5 Aus Praxissicht *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 31 f., N 40.

6 BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106.

7 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166 ff.), Rn. 11 ff. (Rn. beziehen sich auf die juris-Fassung, sofern vorhanden).

8 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (514 f., 521); *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (589).

9 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (521); *Schädlich*, NZI 2019, 229 (230); zu dieser Tendenz bereits *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 915 f.

10 *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (587); *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (516 f.); *Fleischer*, DB 2019, 472 (474); *Peitsmeyer/Klesse*, NZG 2019, 501 (502); *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 217 f.

11 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (437, 449); *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (516).

12 *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 33, N 37; *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1450); *Fleischer*, NZG 2003, 449 (453).

13 *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (481 f.); *Habersack*, WM 2005, 2360 (2362 f.); *Wolf*, VersR 2005, 1042 (1044-1046); vgl. auch *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 915.

den bereits Rufe nach der Kodifizierung des Gesamtverantwortungsgrundsatzes¹⁴ und eines kapitalgesellschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes¹⁵ ähnlich der Business Judgment Rule laut. Möglichen Vorteilen einer Positivierung des Vertrauensgrundsatzes, wie einem Zuwachs an Handlungssicherheit, der Festigung des Rechtsbewusstseins und einem Dogmatisierungsschub, hielten manche allerdings die geringe wissenschaftliche Durchdringung der Materie und die unvorhersehbaren Folgen einer Kodifizierung entgegen.¹⁶

Letztlich befinden sich die Geschäftsführer bei der Abwägung des Für und Widereiner Ressortverteilung nach wie vor in einem Zwiespalt: Ihre Organisationspflichten gebieten unter Umständen eine spezialisierte Leitungsstruktur, aber sie können kaum abschätzen, unter welchen Voraussetzungen die Gerichte sie anerkennen und welche Residualpflichten aus ihr resultieren. Es lässt sich für sie kaum vorhersehen, ob eine Ressortverteilung mehr Haftungsrisiken bereithält, als sie zu vermeiden hilft. Insofern hinkt die rechtliche Aufarbeitung der Arbeitsteiligkeit im Leitungsgremium der tatsächlichen Entwicklung immer noch deutlich hinterher.

Die nachfolgende Arbeit möchte diese Lücke schließen. Anhand der bestehenden gesetzlichen Vorschriften und der ungeschriebenen Grundsätze der Arbeitsteilung in der Geschäftsführung wird untersucht, ob de lege lata handhabbare und praxisgerechte Kriterien zur Implementierung einer wirksamen Ressortverteilung und zur Bestimmung ihrer Wirkungen entwickelt werden können. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob die arbeitsteilige Geschäftsführungsorganisation ein praktikables und zugleich effektives Instrument zur Enthftung des Geschäftsführers in seiner Eigenschaft als Residualverantwortlicher darstellt.

14 *Fleischer*, DB 2014, 1971 (1972); *Linnertz*, Delegation, S. 301-303; differenzierter *Reichert*, ZGR 2017, 671 (700-702); siehe nunmehr auch A. I. Grds. 1 S. 2 DCGK; für eine gesetzliche Begrenzung auf den Vorstandsvorsitzenden dagegen *Döring*, BörsZ Nr. 157 v. 17.8.2013, 6.

15 Siehe speziell für Ressortsachverhalte den Beschluss der *Abteilung Wirtschaftsrecht*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, Ziff. I. 5., S. N 62; *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 37, N 42; *Bachmann*, DJT 2014 – Gutachten E, S. E 42 f.; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598 (1600); *Linnertz*, Delegation, S. 300 f., 303.

16 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (235 f.); krit. auch *Fleischer*, DB 2014, 1971 (1974).

B. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Bereits dem Titel der Arbeit lässt sich entnehmen, dass allein die Organisation der Geschäftsführung in den Blick genommen werden soll. Davon abzugrenzen ist insbesondere die Verlagerung von Kompetenzen auf nachgeordnete Unternehmensebenen.¹⁷ Diese vertikale Arbeitsteilung ist in der Praxis ebenfalls von großer Bedeutung. Für sie gelten jedoch rechtsformübergreifend dieselben anerkannten Grundsätze.¹⁸ Gerade hinsichtlich der Organisationsverfassung der Geschäftsführung weist die GmbH spezifische Besonderheiten auf, die sie etwa von der diesbezüglich „starr“ AG unterscheiden. Das GmbHG überlässt dem Rechtsanwender die Ausgestaltung der Leitungsbefugnisse weitestgehend autonom. Die einschlägigen Bestimmungen sind bewusst rudimentär gehalten und befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand der Fassung bei Inkrafttreten am 10. Mai 1892. Diese „Biegsamkeit“ erschwert die Findung greifbarer abstrakt-genereller „Ressortprinzipien“.

Den Rahmen der Untersuchung gibt die Grundform der mitbestimmungsfreien, unverbundenen GmbH samt pluraler Geschäftsführung und einem oder mehreren Gesellschaftern vor. Sie ist der systematische Ausgangspunkt für die Arbeitsteilungsgrundsätze der Geschäftsführungsorganisation. Einem Aufsichts- oder Beirat können in Angelegenheiten der Ressortorganisation dieselben Kompetenzen wie den Gesellschaftern zustehen.¹⁹ Die Ausführungen zu den Gesellschaftern im Zusammenhang mit der Implementierung einer Geschäftsverteilung und der Haftung der ressortgeteilten Geschäftsführung sind auf jene Organe aber, je nach Ausgestaltung ihrer Befugnisse, übertragbar. Insoweit werden mithin nur (mögliche) Abweichungen kenntlich gemacht. An geeigneter Stelle wird ferner ergänzend darauf hingewiesen, wie die Untersuchungsergebnisse im Falle der besonders praxisrelevanten „Verantwortlichkeitsüberschneidungen“, insbesondere im Konzern, fortzuschreiben sind.

Zum Teil macht bereits das Gesetz ausdrückliche (Mindest-)Vorgaben zum Inhalt der Ressortverteilung, beispielsweise zur Bestellung eines Arbeitsdirektors, zur Benennung bestimmter Unternehmensverantwortlicher

17 Siehe zur Abgrenzung S. 26 f.

18 Dreher, FS Hopt, 517 (536 f.); Uwe H. Schneider/Brouwer, FS Priester, 713 (720 f.); Uwe H. Schneider, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (485-487); zur AG Fleischer, AG 2003, 291 (292 f.).

19 Baukelmann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 42; Kleindiek, FS Kayser, 435 (441); Peters, DStR 2020, 125 (126); ders., GmbHR 2008, 682 (683); Ulmer, FS Schwark, 271 (273); Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (643 f.).

oder im Hinblick auf bestimmte branchenspezifische Besonderheiten. Derartige Vorschriften haben ohne Zweifel Einfluss auf die Geschäftsführungsorganisation. Es handelt sich aber um Spezialregelungen, die nicht sämtliche GmbHs gleichermaßen betreffen. Im Gegensatz zu den ungeschriebenen Inhaltsanforderungen ist ihre Existenz unbestreitbar und ihre Reichweite hinreichend umrissen, sodass ihnen im Rahmen dieser Arbeit nicht näher nachgegangen wird.

Ziel der Untersuchung ist die Bewertung der Ressortverteilung als Instrument der Enthftung. Deshalb muss in materieller Hinsicht die Haftung der Geschäftsführer für die Verletzung von Pflichten unberücksichtigt bleiben, die keine geschäftsbereichsspezifische Überwachung oder Intervention zum Gegenstand haben, sondern an die Gesamtgeschäftsführung anknüpfen. Das sind zunächst solche,²⁰ die die Durchsetzung einer ganz bestimmten Kollegialentscheidung zum Gegenstand haben. Außerdem sind das diejenigen Maßnahmen, die dem Organbeschluss nachgelagert sind. Hierzu gehört einerseits die Einschaltung der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats.²¹ Andererseits wird diskutiert, ob der Geschäftsführer unter gewissen Umständen sogar verpflichtet ist, sich zur Schadensverhütung an gesellschaftsexterne Personen und Institutionen zu wenden²² oder in letzter Konsequenz sein Amt niederlegen²³ muss.

-
- 20 Exemplarisch BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (131 f.), Rn. 67.
- 21 Siehe hierzu *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 912 f.; *Leuering*, FS Seibert, 543 (549, 552); *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 136; *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (483); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 30a; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 90; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 26 f.; *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 54; zur Einschaltung des Aufsichtsrats bei der AG vgl. *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 262, 278 f., m.w.N.; *Fleischer*, NZG 2003, 449 (457).
- 22 Siehe zu dieser Diskussion *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 912; *Abeltsbauser*, Leitungshaftung, S. 226; *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (483); zur AG vgl. *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 262 f., 280 ff.; *Fleischer*, BB 2004, 2645 (2649 f.); zum Strafrecht *Ransiek*, ZGR 1999, 613 (647 f.).
- 23 Siehe zur Berechtigung BGH v. 24.9.2019 – II ZR 248/17, BeckRS 2019, 31312, Rn. 17; v. 21.5.2019 – II ZR 337/17, GmbHR 2019, 1110 (1111), Rn. 19; *W. Goette*, DStR 1998, 1308 (1309); zum Streit über eine entsprechende Pflicht *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 252, m.w.N.

C. Gang der Untersuchung

In Teil 1 dieser Arbeit ist zunächst das gesellschaftsrechtliche Verständnis des Ressortbegriffs genauer zu konturieren, um zu klären, für welche Geschäftsführungsstrukturen die nachfolgende Untersuchung von Relevanz ist. Der Befund wird sukzessive durch eine Betrachtung der typischen Erscheinungsformen betriebswirtschaftlicher Geschäftsverteilungsmodelle weiter präzisiert und veranschaulicht. Dabei soll untersucht werden, ob und inwieweit bereits die Art der Ressortkonfiguration die Residualverantwortung mitbestimmen kann.

Die korporativen Grundlagen der Delegation als Instrument zur Enthaltung der Geschäftsführung werden in Teil 2 eingehend behandelt. In einem ersten Schritt sind die bisherigen Ansätze zur Herleitung des Gesamtverantwortungsgrundsatzes einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Darauf aufbauend ist seine genaue Reichweite im GmbH-Recht zu bestimmen, das heißt, ob er für jegliches Geschäftsführerhandeln Geltung beansprucht oder nicht doch gewissen Durchbrechungen unterliegt. Im Anschluss kann bewertet werden, ob die Ressortverteilung den Geschäftsführer im Hinblick auf die Dichte seiner Residualpflichten spürbar zu entlasten vermag. Danach bleibt in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen eine Geschäftsverteilung die Residualverantwortung inhaltlich modifiziert. Hierbei können die fortgeschrittenen strafrechtlichen Erkenntnisse zur Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auf Arbeitsteilungssachverhalte möglicherweise als Anknüpfungspunkt dienen.

In Teil 3 der Arbeit sind die formellen und inhaltlichen Anforderungen an eine entlastende Ressortverteilung und deren Fehlerfolgen genau herauszuarbeiten. So kann bewertet werden, ob die Arbeitsteilung als Mittel der Enthaltung praktikabel ist oder ihre Wirksamkeitshürden derart hoch sind, dass sie kaum oder – gerade für Geschäftsführer einer kleineren oder mittleren GmbH, die sich in Geschäftsführungsorganisationsfragen nicht anwaltlich beraten lassen (können) – nur mit unverhältnismäßigem Aufwand einzuhalten sind. Die Tendenz der Rechtsprechungszweige, gegensätzliche „Ressortstandards“ zu statuieren, ist dabei in Rechnung zu stellen. Einen Schwerpunkt bildet daher die Frage, ob sich derartige Inkonsistenzen rechtfertigen lassen. Wegen des engen sachlichen Zusammenhangs und zum besseren Verständnis werden zugleich die materiell-rechtlichen Aspekte der Implementierung und Kontrolle der Verteilungsregeln untersucht. Sie sind wiederum von Bedeutung für die Effektivität der Arbeitsteilung als Instrument der Enthaltung.

In Teil 4 der Arbeit sollen die Ressort- und insbesondere die einzelnen Residualpflichten erarbeitet und handhabbare Kriterien für die Skalierung des zugehörigen Sorgfaltsmaßstabs entwickelt werden. Außerdem wird der bisher wenig beachteten Frage nachgegangen, ob die organinternen Kontrollpflichten in Anlehnung an die „Baustoff-Doktrin“ vollumfänglich nach außen wirken. Wie sich die Arbeitsteilung auf den Mitverschuldenseinwand der Geschäftsführer und ihren Gesamtschuldnerausgleich auswirkt, wird ebenfalls geprüft. Schließlich ist ausgehend von der Leder-spray-Entscheidung zu untersuchen, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein „Rückfall in die Gesamtverantwortung“ möglich ist.

1. Teil: Das Ressort aus gesellschaftsrechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht

Das Wort „Ressort“ stammt aus dem Französischen und bedeutet Aufgaben- beziehungsweise Zuständigkeitsbereich.²⁴ Es steht im herkömmlichen Sinne für die Verteilung exklusiver Befugnisse unter mehreren individuell verantwortlichen Aufgabenträgern gleicher Ordnung, wie es Art. 65 S. 2 GG zum Ausdruck bringt. Im Gesellschaftsrecht ist es demgemäß die Bezeichnung für einen Geschäftsbereich auf Ebene der Unternehmensleitung.

§ 2 Gesellschaftsrechtliches Verständnis

Das GmbHG regelt die Prinzipien der Geschäftsführungsorganisation nicht ausdrücklich. Zur Arbeitsteilung in einem Leitungsorgan im Speziellen finden sich auch sonst keine grundsätzlichen Normen. Daher besteht seit jeher eine gewisse Schwierigkeit, den juristischen Wirkungsradius einer gesellschaftsrechtlichen Ressortverteilung in seiner gesamten Ausdehnung zu erfassen. Dieses Phänomen lässt sich wie folgt treffend auf den Punkt bringen:

„[E]ine Division beziehungsweise ein Geschäftsbereich [...] stehen [...] für den Juristen extra legem und stellen eine juristische Kuriosität, wenn nicht sogar etwas zu Negierendes, Unsicheres und Instabiles dar – „Quod non est in lege, non est in mundo.“²⁵

Die Aussage hat nichts an ihrer Aktualität eingebüßt. Das bereits angesprochene Weltruf-Urteil zeigt die fortbestehende Rechtsunsicherheit im Umgang mit der Geschäftsverteilung anschaulich. Selbst die obersten Gerichtshöfe der ordentlichen und der Finanzgerichtsbarkeit vertreten zu Einzelfragen der Arbeitsteilung im Leitungsgremium immer noch gegensätzliche Rechtsauffassungen. Bevor näher auf die Grundprinzipien der

²⁴ Duden, Universalwörterbuch, S. 1446 f.

²⁵ Gälweiler, ZfO 40 (1971), 55 (56).

Geschäftsführungsorganisation eingegangen wird, soll der Untersuchungsgegenstand an sich daher genau umrissen werden.

A. Abweichung vom Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung

Das GmbHG sieht Geschäftsführungsgremien grundsätzlich nicht als Nebeneinander autonomer Individuen, sondern als homogenes Kollektiv. So ist in § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG die Gesamtvertretung ausdrücklich als Regel vorgesehen. Entsprechend ist dieses Prinzip des vereinten und gleichgestellten Zusammenwirkens nach einhellig vertretener Auffassung spiegelbildlich auf die Geschäftsführungsbefugnis zu übertragen (sogenannter Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung).²⁶ Jede Maßnahme bedarf der Zustimmung sämtlicher Organmitglieder (sogenanntes Einstimmigkeitsprinzip).²⁷

Das rigide Erfordernis, jegliches Handeln abstimmen zu müssen, kann die Handlungsfähigkeit der mehrköpfigen Geschäftsführung lähmen und im schlimmsten Fall ganz zum Erliegen bringen.²⁸ Um auf wirtschaftliche Eventualitäten ad hoc reagieren zu können, werden in praxi daher überwiegend das Majoritätsprinzip und Einzelgeschäftsführungsbefugnisse, das heißt autonome Entscheidungskompetenzen der Geschäftsführer, eingeführt.²⁹ Sachlich unbeschränkte Einzelgeschäftsführungsbefugnisse sind jedoch effizienzhemmend, wenn alle Geschäftsführer sämtliche Angelegenheiten erledigen, statt sich auf ihre Spezialkenntnisse und -fähigkeiten zu konzentrieren. Werden die fachlichen Stärken in Tätigkeitsbereiche übersetzt und diese exklusiv mit den inhaltlich einschlägigen Geschäfts-

26 BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (125), Rn. 52; RG v. 3.2.1920 – II 272/19, RGZ 98, 98 (100); *Kleindiek*, FS Kayser, 435; *Leuring*, FS Seibert, 543 (544); *W. Goette/M. Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 55; *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13; *Roth*, ZGR 1985, 265 (267).

27 BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (125 f.), Rn. 52; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 46 f., m.w.N.; *W. Goette/M. Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 55; *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); *Leuring*, FS Seibert, 543 (545); *Kleindiek*, FS Kayser, 435; *abw. van Venrooy*, GmbHR 1999, 685 (691); *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 58.

28 *Kiethe*, GmbHR 2007, 393 (398); *van Venrooy*, GmbHR 1999, 685 (686); *v. Hein*, ZHR 166 (2002), 464 (484); *Semler*, FS Döllner, 571 (579); zur betriebswirtschaftlichen Perspektive *v. Werder*, Führungsorganisation, S. 171; aus Praxissicht *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 33.

29 *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2202); *Fleischer*, BB 2004, 2645; *v. Werder*, Führungsorganisation, S. 171 f.

führungskompetenzen versehen, lässt sich hingegen eine sinnvolle Arbeitsteilung realisieren.³⁰ Sind einzelnen Organmitgliedern bestimmte Aufgaben übertragen worden, ist daher im Zweifel davon auszugehen, dass ihnen hiermit auch die korrespondierenden ausschließlichen Geschäftsführungsbefugnisse eingeräumt wurden.³¹ Eine solche Aufspaltung führt zwar nach ganz überwiegender Meinung grundsätzlich dazu, dass die übrigen Geschäftsführer den Entscheidungen der Aufgabenträger gegebenenfalls analog § 115 Abs. 1 Hs. 2 HGB widersprechen dürfen, sodass über deren Zulässigkeit in einem weiteren Schritt das Gesamtgremium zu befinden hat.³² Andererseits verwaltet der zuständige Geschäftsführer sein Aufgabengebiet prinzipiell autonom, weshalb sich eine aktive Einmischung der Kollegen verbietet.³³ Insoweit besteht ein rechtlich geschützter Bereich unternehmerischer Eigenverantwortung, der im Grundsatz eine weitgehende Dezentralisation von Geschäftsführungsbefugnissen zulässt und auf diese Weise einen ökonomischen Einsatz der Leitungskapazitäten unter gleichzeitiger Entlastung der Unternehmensspitze ermöglicht.

-
- 30 *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (584 f.); *Leuring*, FS Seibert, 543 (545); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13; *Peters*, GmbHR 2008, 682; *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (16); *Westermann*, KF 1993, 15 (20); *Schmitt*, in: HK, GmbH-Recht, § 37 Rn. 27; zur AG *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203 (213); *Dose*, Rechtsstellung, S. 48, 56; so auch noch die ausdrückliche Empfehlung in Ziff. 4.2.1 S. 2 DCGK v. 7.2.2017; aus Praxissicht *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 33.
- 31 *Leuring*, FS Seibert, 543 (546); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 90; *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 38.
- 32 *Leuring*, FS Seibert, 543 (549), m.w.N.; ähnl. *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 45; *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 53; siehe ausführlich zu diesem „Rückholrecht“ S. 222 ff.
- 33 OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (399), Rn. 50; OLG Zweibrücken v. 22.12.1998 – 8 U 98/98, NZG 1999, 506 (508), Rn. 77; OLG Hamm v. 24.4.1991 – 8 U 188/90, GmbHR 1992, 375 (377); zur AG BGH v. 13.7.1998 – II ZR 131/97, NJW-RR 1998, 1409 (1409 f.), Rn. 5, 12 f.; *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (222); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 237; *Fleischer*, NZG 2003, 449 (452); *Heimbach/Boll*, VersR 2001, 801 (804); *Semler*, FS Döllerer, 571 (580); *Dose*, Rechtsstellung, S. 56.

B. Zuständigkeitsdelegation

Setzt das Ressort im Ausgangspunkt eine Übertragung von Aufgaben voraus (sogenannte Delegation)³⁴, sind davon andere von der Geschäftsführungsebene ausgehende Kompetenzverlagerungen zu unterscheiden. Die Differenzierung ist dabei nicht lediglich begrifflicher Natur, sondern manifestiert sich in besonderen rechtlichen Voraussetzungen und Folgen der jeweils einschlägigen Delegationsvariante.

I. Interne und externe Delegation

Als interne Delegation wird der Vorgang bezeichnet, durch den die Erledigung von Geschäftsführungsaufgaben einzelnen Personen innerhalb des Unternehmens, also Organwaltern und Angestellten, überlassen wird.³⁵ Ergänzend lässt sich der Organbinnentransfer als „intra-organschaftliche“ Delegation vom Transfer zwischen Unternehmensorganen als „inter-organschaftliche“ Delegation scheiden.³⁶ Das spiegelbildliche Gegenstück zur internen Delegation ist die externe Delegation (sogenanntes Outsourcing), also die Auslagerung von Kompetenzen auf vom Unternehmen rechtlich und wirtschaftlich unabhängige Dritte.³⁷

II. Horizontale und vertikale Delegation

Die hierarchische Komponente der Aufgabenzuweisung kommt passenderweise in geometrischen Lagebezeichnungen zum Ausdruck. Der interne Transfer auf einer Unternehmensebene, etwa innerhalb der Geschäftsführung, nennt sich horizontal.³⁸ Werden Angehörigen nachgeordneter

34 *Dreher*, FS Hopt, 517; *Hüffer*, FS Happ, 93 (104).

35 *Dreher*, FS Hopt, 517; *Froesch*, DB 2009, 722 (723); *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (7).

36 *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1472).

37 *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1472); zur Absicherung der Leitungsfunktion gegenüber Außenstehenden durch die Vereinbarung schuldrechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten siehe *Dreher*, FS Hopt, 517 (529-531); *Uwe H. Schneider/Brouwer*, FS Priester, 713 (721 f.); *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (10); *Hüffer*, FS Happ, 93 (105); *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 29.

38 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (214); *K. Müller*, NZA-Beilage 2014, 30 (34); *Fleischer*, NZG 2014, 321 (323).

Hierarchiestufen oder Außenstehenden Befugnisse anvertraut, handelt es sich um eine interne beziehungsweise externe vertikale Delegation.³⁹

Ein Machtgefälle zwischen Übertragendem und Übernehmendem bestimmt das Pflichtengefüge entscheidend. Auf der Vertikalebene hat der Übertragende kraft seiner in rechtlicher und für gewöhnlich auch in tatsächlicher Hinsicht überlegenen Stellung in der Regel die besseren Möglichkeiten zur Risikosteuerung inne.⁴⁰ Das Verhältnis ähnelt folglich demjenigen zwischen Übertragendem und Übernehmendem bei der Delegation deliktischer Verkehrspflichten beziehungsweise der sich aus ihnen ergebenden Aufgaben.⁴¹ Entsprechend werden die Folgepflichten bei der vertikalen Delegation von Geschäftsführungsbefugnissen in Anlehnung an den klassischen Dreiklang des Deliktsrechts⁴² in eine Auswahl- (*cura in eligendo*), Instruktions- (*cura in instruendo*) und Überwachungsorgfalt (*cura in custodiendo*) aufgefächert.⁴³

§ 3 Geschäftsführungsorganisationsmodelle und ihr Enthaltungspotenzial

Das GmbHG schweigt über die sachliche Ausrichtung und strukturelle Anordnung der Ressorts. Dieses Vakuum hat die betriebswirtschaftliche Organisationslehre durch die legitimierte⁴⁴ Nutzung gesetzlich gewährter

39 *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1472); *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (215); *Dreher*, FS Hopt, 517 (528-530).

40 Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ähnl. v. *Werder*, Führungsorganisation, S. 267; vgl. zum Strafrecht auch *Eidam*, JA 2011, 912 (915).

41 Zur deliktischen Konstellation *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 219.

42 Zur deliktischen „Pflichtentrias“ *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 215; OLG Schleswig v. 28.2.2012 – 11 U 137/11, NJW-RR 2012, 1049, Rn. 19; BGH v. 22.1.2008 – VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440 (1441), Rn. 9; v. 26.9.2006 – VI ZR 166/05, NJW 2006, 3628 (3629), Rn. 11.

43 *Bachmann*, DJT 2014 – Gutachten E, S. E 42; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 28; *Dreher*, FS Hopt, 517 (536 f.); *Uwe H. Schneider/Brouwer*, FS Priester, 713 (720 f.); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (485-487); *Fleischer*, AG 2003, 291 (292 ff.); v. *Werder*, Führungsorganisation, S. 274; zur AG OLG Köln v. 31.8.2000 – 18 U 42/00, AG 2001, 363 (364), Rn. 32; zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 35 f.; *Duttge*, ZIS 2011, 349 (352).

44 Es handelt sich hier nicht um eine unbeschene – methodisch problematische – Übersetzung betriebswirtschaftlicher „Sollensätze“ in verbindliche Rechtssätze, vgl. hierzu *Hommelhoff/Schwab*, ZfBf Sonderheft 36 (1996), 149 (152 ff.).

Spielräume ausgefüllt. Sie bezweckt durch ein austariertes System formaler genereller Regelungen über Zuständigkeiten, Befugnisse, Verfahrensbestimmungen und Informationsflüsse eine möglichst zielführende Bewältigung unternehmerischer Aufgabenstellungen.⁴⁵ Planungs-, Entscheidungs-, Ausführungs- und Kontrollprozesse sollen durch optimale zeitliche und fachliche Auslastung der Aufgabenträger rationalisiert werden. Mittels Segmentierung der zu erledigenden Gesamtaufgabe (sogenannte Aufgabenanalyse) und zweckmäßiger Neuordnung der dadurch ausgemachten Teilaufgaben (sogenannte Aufgabensynthese) entsteht im Idealfall das jeweils passende Strukturgefüge.⁴⁶

Nach diesem Schema entwickelte Ressortverteilungen können gemeinhin, in gegebenenfalls unterschiedlicher Ausprägung, drei betriebswirtschaftlichen Primärorganisationsmodellen zugeordnet werden. Sie werden im Folgenden samt ihren strukturbedingten Hauptvor- und Hauptnachteilen illustriert. Die Ausführungen konzentrieren sich dabei auf die organinterne Leitungsorganisation, verstanden als Regelung der Kooperation zwischen mehreren Geschäftsführern, die die Teilbereiche der Unternehmung selbst lenken.⁴⁷ Auch wenn das oberste Ordnungsprinzip nicht auf den nachgeordneten Stufen fortgesetzt werden muss, bestimmt es die „Grundausrichtung“ des Unternehmens.⁴⁸ Gleichzeitig legt die Konfiguration die Zusammensetzung der einzelnen Pflichtenbündel auf der Leitungsebene fest und hat somit Einfluss auf den Umfang der Geschäftsführerverantwortung.

A. Verrichtungsorientierte Konfiguration

Werden typische gleichartige Kernfunktionen einer Unternehmung zusammengefasst und spezialisierten Organisationseinheiten zur Erledigung

45 Vabs, Organisation, S. 10, 50; Schreyögg, Grundlagen der Organisation, S. 15; v. Werder, Führungsorganisation, S. 51, 190 ff.; Bea/Göbel, Organisation, S. 30; Grochla, DB 1973, 4; Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, S. 49 f.

46 Vabs, Organisation, S. 51 ff.; Schulte-Zurhausen, Organisation, S. 39 ff.; Bea/Göbel, Organisation, S. 40; Bleicher, Organisation, S. 42 ff.

47 v. Werder, Führungsorganisation, S. 53, 167, 176 f., 277.

48 v. Werder, Führungsorganisation, S. 293; Schulte-Zurhausen, Organisation, S. 263; Harrmann, DB 1971, 537 (538).

zugewiesen, entsteht eine funktionale Ressortverteilung.⁴⁹ Die Geschäftsbereiche spiegeln dann die verschiedenen Einrichtungen entlang der Wertschöpfungskette im Verwaltungs- (Finanzen, Personal, Recht und Beteiligungen usw.) und Fertigungs- und Leistungsbereich (zum Beispiel Forschung und Entwicklung, Einkauf, Produktion, Vertrieb) wieder (sogenanntes Verrichtungsprinzip).⁵⁰

Die Verrichtungsorganisation eignet sich in erster Linie für Klein- und Mittelbetriebe mit überschaubarer, homogener Produktpalette.⁵¹ Die fachliche Spezialisierung ermöglicht eine Leistungssteigerung durch Synergieeffekte und Größenvorteile.⁵² Sie bedingt gleichzeitig eine Konzentration der Ressortverantwortung auf wenige unmittelbar selbst wahrzunehmende Pflichten. Dementsprechend zahlreich sind die primären Geschäftsführerpflichten, die zu prinzipiell weniger haftungsträchtigen sekundären (Residual-)Pflichten werden. Aus diesem Grund bedeutet die verrichtungsorientierte Konfiguration für den Geschäftsführer grundsätzlich bereits der Natur der Sache nach eine starke Reduktion seiner Leitungsverantwortung.

Eine steigende Unternehmenskomplexität kann die Koordinierungs- und Informationsverarbeitungskapazitäten einer verrichtungsorientierten Unternehmensspitze jedoch überlasten und mit zunehmender gegenseitiger Abhängigkeit der Ressorts zu Abstimmungsineffizienzen führen.⁵³ Die Konzentration auf Verrichtungen lenkt zudem tendenziell den Blick von den Gesamtzielen der Unternehmung weg, verhindert also ganzheitliches Denken.⁵⁴ Lassen sich diese Nachteile nicht abfangen, beispielsweise durch

49 *Vabs*, Organisation, S. 145; *Schulte-Zurhausen*, Organisation, S. 211, 263 f., 266; *Leuring/Dornbege*, NZG 2010, 13; *Grochla*, DB 1973, 4 (4 f.); *Gälweiler*, ZfO 40 (1971), 55 (56); *Harrmann*, DB 1971, 537.

50 *Vabs*, Organisation, S. 146; *v. Werder*, Führungsorganisation, S. 294; *Bleicher*, Organisation, S. 159, 388 f.; *Leuring/Dornbege*, NZG 2010, 13; *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (7); *K. Schmidt*, ZGR 1981, 455 (480).

51 *v. Werder*, Führungsorganisation, S. 282 f., 294; *Vabs*, Organisation, S. 146 f.; *Schulte-Zurhausen*, Organisation, S. 266 f.; *Grochla*, DB 1973, 4 (6).

52 *Vabs*, Organisation, S. 146 f.; *Schulte-Zurhausen*, Organisation, S. 266 f.; *v. Werder*, Führungsorganisation, S. 294; *Grochla*, DB 1973, 4 (4 f.); *Harrmann*, DB 1971, 537 (539).

53 *Bleicher*, Organisation, S. 425 f.; *Gälweiler*, ZfO 40 (1971), 55 (57, 64, 66); *Harrmann*, DB 1971, 537 (538 f.); *Eisenführ*, ZfB 40 (1970), 725 (730, 735 f., 737-739).

54 *Gälweiler*, ZfO 40 (1971), 55 (63 f.); *Eisenführ*, ZfB 40 (1970), 725 (730 ff.); *P. Mertens*, NB 22 (1969), 1 (4); *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 46.

die Einführung beratender und entscheidungsvorbereitender Stäbe,⁵⁵ bietet sich eine objektorientierte Lösung an.⁵⁶

B. Objektorientierte Konfiguration

Eine divisionale Struktur entsteht, wenn ungleichartige Verrichtungen derart gebündelt werden, dass ein einzelner Geschäftsbereich (sogenannte Sparte oder Division) in die Lage versetzt wird, sämtliche im Zusammenhang mit einem bestimmten „Objekt“, beispielsweise der Entwicklung, Herstellung und dem Vertrieb eines Produkts oder der Belieferung bestimmter Kundengruppen beziehungsweise Märkte oder Absatzgebiete, anfallenden Aufgaben eigenständig zu erfüllen (sogenanntes Objektprinzip).⁵⁷ Meist werden zusätzlich zu den Sparten sogenannte Zentralbereiche gebildet, die aus Synergiegründen oder zur Wahrung einheitlicher Unternehmensstandards geschäftsbereichsübergreifend funktionale Aufgaben erledigen.⁵⁸ Zwischen den Ressortleitern und der Unternehmensspitze kann wie bei der verrichtungsorientierten Konfiguration Personalunion bestehen (sogenannte Ressortkollegialität).⁵⁹

Die Sparten sind regelmäßig ergebnisverantwortlich (sogenannte Profit-Center); sie können und sollen gleichsam einem „Unternehmen im Unternehmen“ weitgehend autonom agieren.⁶⁰ Diese Unabhängigkeit wurde vom aktienrechtlichen Schrifttum im Hinblick auf ihre Kompatibilität mit dem Prinzip der Gesamtleitung nach § 76 Abs. 1 AktG und dem aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot kritisch beleuchtet, aber im Er-

55 Zum Stabliniensystem siehe *Vabs*, Organisation, S. 109 f.; *Bea/Göbel*, Organisation, S. 288; zum Einsatz in der divisionalen Organisation siehe *Grochla*, DB 1973, 4 (6).

56 *Vabs*, Organisation, S. 149; *Schulte-Zurhausen*, Organisation, S. 267; *Bühner/Walter*, DB 1977, 1205 (1207).

57 *Vabs*, Organisation, S. 152; *Schulte-Zurhausen*, Organisation, S. 268 f.; *Semler*, FS Döllerer, 571 (574); *Klee*, DB 1974, 977 (979 f.); *Grochla*, DB 1973, 4 (6).

58 *Schönbrod*, Spartenorganisation, S. 32 ff.; *Bühner/Walter*, DB 1977, 1205 (1207); *Klee*, DB 1974, 977 (978 f.); *Grochla*, DB 1973, 4 (6); *Gälweiler*, ZfO 40 (1971), 55 (62); *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203 (206, 213); *Semler*, FS Döllerer, 571 (574).

59 *Vabs*, Organisation, S. 158; *Schulte-Zurhausen*, Organisation, S. 266, 274 f.; *Bea/Göbel*, Organisation, S. 347; v. *Hein*, ZHR 166 (2002), 464 (485); *Mielke*, Leitung, S. 18; *Bühner/Walter*, DB 1977, 1205 (1206).

60 *Schreyögg*, Grundlagen der Organisation, S. 31; *Klee*, DB 1974, 977; *Poensgen*, Geschäftsbereichsorganisation, S. 28; *Grochla*, DB 1973, 4 (6).

gebnis von sämtlichen Autoren⁶¹ und auch der Unternehmensrechtskommission⁶² einhellig für unbedenklich befunden. Dasselbe gilt für ihre Vereinbarkeit mit der Stellung des Arbeitsdirektors gemäß § 33 MitbestG.⁶³ Die Geschäftsführer der GmbH haben weder die „Leitungssouveränität“ innerhalb der Gesellschaft inne, noch sind Machtungleichgewichte unter ihnen unstatthaft.⁶⁴ Die Divisionalisierung ist daher erst recht mit dem in organisatorischen Fragen weitaus flexibleren GmbHG vereinbar.⁶⁵

Die Eigenständigkeit der Divisionen tritt besonders deutlich hervor, wenn sie in rechtlich selbstständige Tochtergesellschaften eingebettet sind, sodass ein Konzern, gegebenenfalls unter Leitung einer strategischen Management-Holding, entsteht.⁶⁶ Nehmen die Geschäftsführer der Muttergesellschaft in diesen Bereichsgesellschaften ebenfalls Führungspositionen wahr (sogenannte Doppelmandate), kann es allerdings zu einer „Durchlöcherung“ der Ressortverteilung kommen.⁶⁷

-
- 61 *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 305 ff.; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 89 ff.; *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (7 f.); *Semler*, Leitung, Rn. 28 ff.; *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (66 f.); *Mielke*, Leitung, S. 69 ff.; *Schönbrod*, Spartenorganisation, S. 167 ff.; *Wendeling-Schröder*, Divisionalisierung, S. 33 ff.; *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203 (208 f., 216 ff.); *K. Schmidt*, ZGR 1981, 455 (481 f.); *v. Werder*, Führungsorganisation, S. 290 f.
- 62 *Bundesministerium der Justiz*, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, Tz. 1736-1738, 1740-1742.
- 63 Mitbestimmungsrechtliche Fragen können im Rahmen dieser Untersuchung nur angedeutet werden; zur Stellung des Arbeitsdirektors in der Spartenorganisation siehe *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (72 ff.); *Semler*, FS Döllerer, 571 (582 f.); *Wendeling-Schröder*, Divisionalisierung, S. 46 ff.
- 64 Siehe hierzu S. 43 f., 50 f.
- 65 Vgl. BGH v. 14.11.1983 – II ZR 33/83, BGHZ 89, 48 (58 f.), Rn. 19 f.
- 66 *Schreyögg*, Grundlagen der Organisation, S. 33; *Bühner/Walter*, DB 1977, 1205 (1206); *Klee*, DB 1974, 977 (978); *Poensgen*, Geschäftsbereichsorganisation, S. 96 f.; *Wendeling-Schröder*, Divisionalisierung, S. 9, 13 f.; die rechtliche Unselbstständigkeit der Divisionen fordernd *Gälweiler*, ZfO 40 (1971), 55 (56); gegen Letzteres zu Recht *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 19-21; *Schönbrod*, Spartenorganisation, S. 49 f.; implizit *Bundesministerium der Justiz*, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, Tz. 1749 ff.
- 67 Aufgrund des konzernrechtlichen Trennungsprinzips setzt sich die Ressortverteilung auf Ebene der Konzernmutter „abwärts“ nicht automatisch fort, sodass die Doppelmandatsträger in den Bereichsgesellschaften grundsätzlich die volle Gesamtverantwortung innehaben, wenn keine abweichenden Vereinbarungen getroffen werden, siehe *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (519-521); vgl. auch *Vofß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 16, 29; die Absprachen sollten entsprechend klar sein, vgl. für ein Negativbeispiel BFH v. 24.8.1998 – VII B 136, 137/98, BeckRS 1998, 30022265, Rn. 4.

Im Idealfall ermöglicht die divisionale Arbeitsteilung selbst stark diversifizierten Großunternehmen, auf marktbezogene Eventualitäten mit der Flexibilität eines Kleinunternehmens reagieren zu können.⁶⁸ Die weitgehende Autarkie der Ressorts erlaubt zudem eine genauere Zurechnung der Ergebnisverantwortung.⁶⁹ Letzteres kann die Spartenführer jedoch dazu verleiten, kurzfristige Erfolge ihres Geschäftsbereiches einer nachhaltigen Entwicklung des Gesamtunternehmens vorzuziehen und die Interessen der übrigen Ressorts auszublenden (sogenannter Ressortegoismus).⁷⁰ Der üblicherweise erhöhte Bedarf an Führungskräften sowie die Tendenz zur Vervielfachung funktionaler Einheiten können zudem die Organisationskosten in die Höhe treiben.⁷¹

Aus Enthaltungssicht ist die Spartenorganisation für den Geschäftsführer potenziell nachteiliger als eine funktionale Leitungsstruktur. Die erhöhte Autonomie der Division spiegelt sich in einem größeren Strauß von Primärpflichten ihres Leiters wider. Je mehr die übernommene Sparte einem selbstständigen Unternehmen gleicht, desto undifferenzierter treffen den zuständigen Organwalter die Geschäftsführungspflichten. Zusätzlich muss er gegebenenfalls weitere „Unternehmen“ überwachen. Es wird deutlich, warum sich bei dieser Organisationsform der rege Gebrauch vertikaler (gegebenenfalls externer) Delegationsmöglichkeiten besonders empfiehlt.

C. Matrixkonfiguration

Die Aufgabenbündelung nach Verrichtungen oder Objekten führt vertikal in der Regel eine eindeutige Hierarchisierung herbei. Vom Ressortleiter abwärts hat jede Stelle im Geschäftsbereich genau eine übergeordnete wei-

68 Schulte-Zurhausen, Organisation, S. 270 f.; Bühner/Walter, DB 1977, 1205 (1207); Klee, DB 1974, 977; Grochla, DB 1973, 4 (6 f.); Harrmann, DB 1971, 537 (539); Eisenführ, ZfB 40 (1970), 725 (735 f.); Raupach, FS Döllerer, 495 (499); Schiessl, ZGR 1992, 64.

69 Klee, DB 1974, 977 (977 f.); Grochla, DB 1973, 4 (7); Gälweiler, ZfO 40 (1971), 55 (55, 63 f.); Harrmann, DB 1971, 537 (538 f.); Eisenführ, ZfB 40 (1970), 725; P. Mertens, NB 22 (1969), 1 (4).

70 Bleicher, Organisation, S. 536; Schönbrod, Spartenorganisation, S. 37; Harrmann, DB 1971, 537 (539); Eisenführ, ZfB 40 (1970), 725 (740); Poensgen, Geschäftsreichsorganisation, S. 90 f., 400 f.; P. Mertens, NB 22 (1969), 1 (4 f.).

71 Bühner/Walter, DB 1977, 1205 (1206); P. Schmidt, ZfO 41 (1972), 183 (184); Eisenführ, ZfB 40 (1970), 725 (727); Harrmann, DB 1971, 537 (539); Gälweiler, ZfO 40 (1971), 55 (64 f.); P. Mertens, NB 22 (1969), 1 (5).

sungsbefugte Instanz (sogenannter Grundsatz der einheitlichen Auftragserteilung), sodass sämtliche Anordnungen von der Unternehmensspitze abwärts in einer Linie erteilt werden (sogenanntes Einlinienprinzip).⁷² Ein solches Leitungssystem schafft straffe, klare Strukturen, die es erleichtern, die Ausführung von Weisungen nachzuverfolgen und ihren jeweils verantwortlichen Adressaten auszumachen.⁷³ Strukturell begünstigen Einliniensysteme andererseits lange Dienstwege sowie starre Abläufe und erschweren es, verrichtungs- und objektbezogene Interessen miteinander in Einklang zu bringen.⁷⁴

Der Gegenentwurf zum Einliniensystem ist die nach dem Mehrlinienprinzip (oder Prinzip des kürzesten Weges) konzipierte Leitungsstruktur, in der die Weisungsadressaten mehreren übergeordneten Instanzen unterstellt sind.⁷⁵ Wird eine vertikale Aufteilung nach Funktionen horizontal von mehreren gleichrangigen⁷⁶ Divisionen, typischerweise Produkt- oder Projektdimensionen, durchzogen, entsteht ein spezielles Mehrlinien-system, die sogenannte Matrixorganisation.⁷⁷ Eine solche zweidimensionale⁷⁸ Verflechtung institutionalisiert systemimmanente Interessenkonflikte durch duale Leitungsstrukturen, deren einzelne „Knotenpunkte“ im Grundsatz hierarchisch parallel einem verrichtungsbezogenen Ressort und einer objektbezogenen Sparte untergeordnet sind.⁷⁹ Die Leiter der vertikalen Ebene entscheiden über fachlich-methodische Fragen und die Versorgung der Schnittstellen mit den funktionseigenen Produktionsfaktoren

72 Vabs, Organisation, S. 107 f.; Schulte-Zurhausen, Organisation, S. 255; Mielke, Leitung, S. 13; P. Schmidt, ZfO 41 (1972), 183.

73 Bleicher, Organisation, S. 40; Grochla, DB 1973, 4 (5).

74 Bleicher, Organisation, S. 40; P. Schmidt, ZfO 41 (1972), 183; Grochla, DB 1973, 4 (5).

75 Vabs, Organisation, S. 108 f.; Schulte-Zurhausen, Organisation, S. 255 f.; Bleicher, Organisation, S. 40.

76 Bei der Kombination von Divisionen und Zentralbereichen haben letztere dagegen keine Weisungsbefugnisse hinsichtlich der operativen Tätigkeiten der Sparte, vgl. Wettich, Vorstandsorganisation, S. 26; Schönbrod, Spartenorganisation, S. 39; Poensgen, Geschäftsbereichsorganisation, S. 42.

77 Schulte-Zurhausen, Organisation, S. 257 ff.; Poensgen, Geschäftsbereichsorganisation, S. 42 f.; Grochla, DB 1973, 4 (7); Raupach, FS Döllerer, 495 (500); Schiessl, ZGR 1992, 64 (65).

78 Zur dreidimensionalen sogenannten Tensororganisation Vabs, Organisation, S. 164 f.; Bleicher, Organisation, S. 593; Raupach, FS Döllerer, 495 (500 f.); Bühner/Walter, DB 1977, 1205 (1206).

79 Raupach, FS Döllerer, 495 (500).

(„Wie, Wer und Womit“).⁸⁰ Die Spartenleiter sind in erster Linie dazu berufen, das Gesamtziel ihrer Division (beispielsweise die Entwicklung, Produktion und Vermarktung eines Produkts) über die Funktionen hinweg zu koordinieren („Ob, Was und Wann“).⁸¹ Sind die Schnittstellenbereiche ebenfalls zweidimensional organisiert, ist es möglich deren Mitarbeiter nicht nur dem Bereichsleiter, sondern zusätzlich auch direkt den Ressort- und Spartenleitern zu unterstellen.⁸²

Die Matrix soll durch kürzere Berichtswege und flachere Hierarchien die Anpassungsfähigkeit des Unternehmens erhöhen und innovative Lösungsansätze fördern.⁸³ Von dem institutionalisierten Kompetenzkonflikt versprechen sich ihre Befürworter den Triumph des Sachverstands über den Rang.⁸⁴ Nicht bestritten wird allerdings, dass unklare Zuständigkeiten und widersprüchliche Weisungen die Arbeit der Schnittstellenleiter erheblich beeinträchtigen können.⁸⁵ Für den Geschäftsführer einer abhängigen Matrix-GmbH stellt sich außerdem die haftungsträchtige Frage, inwieweit er als „Diener zweier Herren“ Verantwortung für die Belange der Gesellschaft trägt.⁸⁶

Für die Bewertung des Enthaltungspotenzials der Matrix kann an die Ausführungen zur Pflichtenverteilung bei der verrichtungs- und der objektorientierten Konfiguration angeknüpft werden. Konsequenterweise kommt es entscheidend auf die Art des Geschäftsbereichs an. Leitet der Geschäftsführer ein funktionales Ressort, verdichten sich seine Primärpflichten dementsprechend tendenziell und stehen einer höheren Anzahl an Residualpflichten gegenüber. Der Spartenleiter ist hingegen im Allgemeinen mit einer Vielzahl undifferenzierter, unmittelbar selbst zu erfüllender Pflichten konfrontiert, während seine Sekundärpflichten denen seines Kollegen im funktionalen Bereich gleichkommen.

80 Vabs, Organisation, S. 166; P. Schmidt, ZfO 41 (1972), 183 (185); Grochla, DB 1973, 4 (7).

81 Bleicher, Organisation, S. 614 f.; P. Schmidt, ZfO 41 (1972), 183 (186); Grochla, DB 1973, 4 (7).

82 P. Schmidt, ZfO 41 (1972), 183 (186 f.).

83 Bleicher, Organisation, S. 624; Wettich, Vorstandsorganisation, S. 26 f.; P. Schmidt, ZfO 41 (1972), 183 (188 f.).

84 Bleicher, Organisation, S. 621, 624; Schönbrod, Spartenorganisation, S. 40; P. Schmidt, ZfO 41 (1972), 183 (188 f.).

85 Bleicher, Organisation, S. 40, 613; P. Schmidt, ZfO 41 (1972), 183 (189 f.); Schiessl, ZGR 1992, 64 (65); Grochla, DB 1973, 4 (6 f.).

86 Siehe hierzu S. 59.

§ 4 Ergebnisse des 1. Teils

Ein Ressort im gesellschaftsrechtlichen Sinne entsteht durch die interne (intra-organschaftliche) horizontale Zuweisung inhaltlich exklusiver Einzelgeschäftsführungsbefugnisse⁸⁷ an einen oder mehrere Geschäftsführer.

Der 1. Teil der Untersuchung ließ bereits erahnen, dass das GmbHG hinsichtlich der Gestaltung solcher Ressorts weitgehend dispositiv ist. Es wurde erkennbar, dass das hieraus resultierende Vakuum stattdessen von der betriebswirtschaftlichen Führungsorganisationslehre ausgefüllt wurde. Deren gängige Modelle prägen die Struktur sämtlicher ressortgeteilter Leitungsgremien. Ab einem gewissen kritischen Volumen der Geschäftsaktivitäten wird eine Arbeitsteilung auf Leitungsebene unerlässlich. Im Ausgangspunkt beeinflussen demnach in erster Linie Effizienz- und strategische Gesichtspunkte die Wahl der passenden Geschäftsverteilung. Für die „klassische“ GmbH⁸⁸ als Rechtsträger kleinerer und mittlerer Unternehmen, die typischerweise einen geringen Diversifikationsgrad aufweisen, wird sich in der Regel eine verrichtungsorientierte Ressortorganisation anbieten. In der Tat zeigt ein Blick auf die Praxis, dass die Geschäftsführer großer GmbHs vielfach (zusätzlich) Divisionen leiten: So ist es beispielsweise bei der Robert Bosch GmbH⁸⁹ sowie der MAHLE GmbH⁹⁰ und der dm-drogerie markt Verwaltungs GmbH⁹¹. Es gibt jedoch auch Ausnahmen

87 Zur Übertragung bloßer Vorbereitungs- und Ausführungsbefugnisse (sogenanntes Sprecher- oder Portefeuillemodell) v. *Werder*, Führungsorganisation, S. 174-176; *Bernhardt/Witt*, ZfB 69 (1999), 825 (828); zur Bedeutung der Unterscheidung für die Frage der Reichweite einer organinternen Geschäftsverteilung siehe S. 125 f.

88 *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, Allg. Einl. Rn. 8.

89 Organigramm der Geschäftsführung der Robert Bosch GmbH, abrufbar unter: <https://www.bosch.com/de/unternehmen/wer-wir-sind/>, zuletzt abgerufen: 15.4.2021.

90 Organigramm der Geschäftsführung der MAHLE GmbH, abrufbar unter: https://www.mahle.com/de/about-mahle/management_board/, zuletzt abgerufen: 15.4.2021.

91 Organigramm der Geschäftsführung der dm-drogerie markt Verwaltungs GmbH, abrufbar unter: <https://www.dm.de/unternehmen/kurzportraet/geschaeftsfuehrung-163454>, zuletzt abgerufen: 15.4.2021.

wie die Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH⁹² und die ENERCON GmbH⁹³.

Sollen die betriebswirtschaftlichen Führungsorganisationsmodelle ihren Zweck erfüllen, ist ein rechtssicheres und interessengerechtes Regelwerk der Ressortverteilung unverzichtbar. Ein solches Regelungsregime hat zwangsläufig auch dem Bedürfnis der Geschäftsführer nach einer Begrenzung ihrer Verantwortung Rechnung zu tragen. Eine Arbeitsteilung wäre aus ihrer Sicht kaum erstrebenswert, wenn das mit ihr verbundene Haftungsrisiko dasjenige im ressortlosen Gremium überstiege. Diese Wertung ist bei der weiteren Untersuchung nicht zu vernachlässigen.

Bereits die Konfiguration kann dabei helfen, das Enthafungsmaß der Aufgabenteilung zu erhöhen, weil sie die Zusammensetzung der primären und sekundären Geschäftsführungspflichten bestimmt. Während bei funktionalen Ressorts eine Verdichtung aktiver Primärpflichten stattfindet, treffen den Leiter der herkömmlichen Sparte gleichsam die ungeschmälernten Pflichten eines gesamten Unternehmens. Von einer verantwortungsreduzierenden Wirkung der Sekundärpflichten ausgehend, ist die funktionale Verteilung mithin aus rechtlicher⁹⁴ Sicht das wirkungsvollere Instrument zur Beschränkung der Geschäftsführerhaftung. Ist die passende Aufgabenverteilung nicht zwingend durch andere Faktoren vorgegeben, kann das entscheidend für ihre Verwendung sprechen.

92 Organigramm der Geschäftsführung der Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH, abrufbar unter: <https://www.vivantes.de/unternehmen/geschaeftsfuehrung/>, zuletzt abgerufen: 15.4.2021.

93 Organigramm der Geschäftsführung der ENERCON GmbH, abrufbar unter: <https://www.enercon.de/unternehmen/enercon-unternehmensfuehrung/>, zuletzt abgerufen: 15.4.2021.

94 Vgl. dagegen zur methodisch problematischen Übertragung betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse auf die Rechtsanwendung *Hommelhoff/Schwab*, ZfbF Sonderheft 36 (1996), 149 (152 ff.).

2. Teil: Korporative Maßstäbe der Enthftung durch Ressortverteilung

§ 5 Grundsatz der Gesamtverantwortung

Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Ressortverteilung erschließen sich nicht aus der bloßen Lektüre des GmbHG. Auch in der Begründung des Regierungsentwurfs für das GmbHG ist im Hinblick auf Geschäftsführungsgremien lediglich der inhaltlich bis heute im Kern unveränderte Gesetzeswortlaut wiedergegeben, nämlich die aus § 6 Abs. 1 GmbHG folgende Möglichkeit, sie zu bilden, und die grundsätzlichen Vertretungsbefugnisse ihrer Organmitglieder gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG.⁹⁵ Ohne die genaue Kenntnis der Grundlage und Reichweite ihrer Regelungsschranken lassen sich jedoch keine präzisen Feststellungen zu den Voraussetzungen und Folgen der Ressortverteilung treffen. Es erstaunt daher, dass die Geschäftsverteilungsgrundsätze im GmbH-Recht noch keiner eingehenden Untersuchung unterzogen wurden.

Die Zuständigkeit für ein bestimmtes Ressort entbindet die Geschäftsleiter im Kapitalgesellschaftsrecht nach der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur im Grundsatz nicht von der Pflicht zur gemeinsamen Wahrnehmung zwingender Leitungskompetenzen und von der (Überwachungs-)Verantwortung für delegierte Aufgaben.⁹⁶ Zentral für diese Sichtweise ist der allgemein anerkannte Grundsatz der Gesamtverantwortung.⁹⁷ Mit ihm steht und fällt das gängige Verständnis der Ressortverteilung. In den originär gesellschaftsrechtlichen Normen ist diese Maxime kollektiver Leitungsausübung und Verantwortlichkeit allerdings nicht ausdrücklich erwähnt. Auch unter den etablierten satzungsfesten Prinzipien

95 Begründung des Regierungsentwurfs für das GmbHG, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92, Anlagenband 5, Aktenstück 660, 3735, 3747.

96 Siehe hierzu im Einzelnen S. 62 ff.

97 Uwe H. Schneider/Crezelius, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 35; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 30; Fleischer, DB 2019, 472; zur AG Kort, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 77 Rn. 35; siehe auch A. I. Grds. 1 S. 2 DCGK.

des Gesellschaftsrechts ist sie (noch) nicht zu finden.⁹⁸ Einzig in einigen jüngerer öffentlich-rechtlichen Normen hat der Begriff der Gesamtverantwortung in gesellschaftsrechtlich konnotierter Weise seinen Niederschlag gefunden. So bestimmen § 52b Abs. 1 S. 2 BImSchG, § 58 Abs. 1 S. 2 KrWG sowie die §§ 66 S. 2, 69 Abs. 2 S. 3 StrlSchG sinngemäß, dass die Zuweisung der jeweiligen speziell normierten öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, beispielsweise die Delegation der Aufgaben des Strahlenschutzverantwortlichen nach § 69 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 StrlSchG, an ein Organmitglied, die Gesamtverantwortung der übrigen Geschäftsführer unberührt lässt. Diese Zusätze haben allesamt deklaratorischen Charakter.⁹⁹ § 25a Abs. 1 S. 2 KWG und § 25c Abs. 3, Abs. 4a, Abs. 4b S. 2 KWG gehen noch einen Schritt weiter, indem sie die gesellschaftsrechtliche Gesamtverantwortung der Geschäftsleiter von Kredit- sowie Finanzdienstleistungsinstituten für allgemeine und spezielle Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation anordnen und konkretisieren.¹⁰⁰ In der Begründung des KonTraG-Entwurfs¹⁰¹ wird hervorgehoben, dass § 91 Abs. 2 AktG der Gesamtverantwortung der Geschäftsleitung unterfällt und § 135 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 AktG sie unberührt lässt. Die Normbeispiele und Gesetzesmaterialien zeigen, dass der Gesetzgeber gegenwärtig ebenfalls von der Geltung des Gesamtverantwortungsgrundsatzes ausgeht. Eine selbstständige Herleitung des Grundsatzes und seiner spezifisch gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen lässt sich mit ihrer Hilfe jedoch nicht leisten, weil sie ihn bereits als gegeben voraussetzen oder lediglich einzelfallbezogen ausformen.

Dass der Grundsatz der Gesamtverantwortung nicht unumstößlich ist, verrät ein Blick in das Personengesellschaftsrecht. Eine durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss vorgenommene Geschäftsver-

98 *Liebscher*, in: MüKo, GmbHG, § 45 Rn. 62 ff.; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 13; *Cziupka*, in: Scholz, GmbHG, § 3 Rn. 119; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 357 ff.

99 Siehe zur a.F. von 52b Abs. 1 S. 2 BImSchG stellvertretend für alle – nahezu gleichlautenden – Normen die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 11/4909) und zum Gesetzentwurf der Fraktion Die Grünen (BT-Drs. 11/5242), BT-Drs. 11/6633, 48; siehe ferner *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 93 f., 910 f.; *Uwe H. Schneider/Brouwer*, FS Priester, 713 (717 ff.); *Dreher*, FS Hopt, 517 (531 ff.); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (480 f.).

100 *Fischer/Ch. Müller*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 17, 27, § 25a Rn. 53 ff., § 25c Rn. 53; *Wilhelmi*, ZVglRWiss 117 (2018), 557 (564 f.).

101 Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), BT-Drs. 13/9712, 15, 18 f.

teilung schließt die Geschäftsführer einer GbR und einer Personenhandels-gesellschaft nach herrschender Auffassung – anders als die bloß organin-tern vereinbarte Arbeitsteilung – jedenfalls hinsichtlich des Tagesgeschäfts gänzlich vom Einfluss auf das fremde Ressort aus und befreit sie damit gleichzeitig im Ausgangspunkt auch von jeglicher Kontrollpflicht und haftungsrechtlichen Verantwortung für das Handeln ihrer Kollegen.¹⁰² Im Vereinsrecht besteht Einvernehmen darüber, dass die Vorstandsmitglieder durch Delegation ihrer gesetzlichen Mindestpflichten nicht von ihren ent-sprechenden Residualverpflichtungen dispensiert werden.¹⁰³ Ein Gesetz-entwurf des Bundesrats, der vorsah, die Verantwortung ressortfremder ehrenamtlich tätiger Vorstandsmitglieder für die Verletzung steuerlicher Pflichten und die Abführung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen ab-zuschaffen, scheiterte letztlich maßgeblich an der Kritik der Bundesregie-rung und des Rechtsausschusses.¹⁰⁴ Darüber hinaus ist die Wirkung einer Geschäftsverteilung im Vereinsrecht jedoch umstritten. Teilweise wird eine generelle Überwachungsverantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder befürwortet, wobei überwiegend nicht nach dem Urheber der Regelung differenziert wird.¹⁰⁵ Die Gegenansicht verneint hingegen eine Aufsichts-pflicht unterschiedslos¹⁰⁶ oder zumindest bei von der Mitgliederversamm-

102 *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 114 Rn. 43 f., 80; *ders.*, in: MüKo, BGB, § 709 Rn. 16 f.; mit Verweis auf § 710 S. 1 BGB und § 114 Abs. 2 HGB *Karrer*, in: Gummert, MAHdB PersGesR, § 14 Rn. 72 ff.; *Rawert*, in: MüKo, HGB, § 115 Rn. 12; *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 4; *Finckh*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 115 HGB Rn. 6; *Westermann*, in: Ertman, BGB, § 709 Rn. 8; vgl. auch OLG Stuttgart v. 25.2.2009 – 14 U 24/08, OLGR Stuttgart 2009, 829 (830 f.), Rn. 151, 163, 169.

103 Zur steuerlichen Haftung (bei nicht satzungsmäßiger Aufteilung) BFH v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NZG 1998, 861 (862), Rn. 19 f.; v. 13.3.2003 – VII R 46/02, BStBl. II 2003, 556 (559 f.), Rn. 31; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 277a.

104 Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates für ein Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen (VereinsVorHaftgsBegrG; BT-Drs. 16/10120), BT-Drs. 16/10120 Anl. 2, 10 f.; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetz-entwurf des Bundesrates (BT-Drs. 16/10120), BT-Drs. 16/13537, 4.

105 *Schockenhoff*, DB 2018, 1127 (1131); *Heermann*, NJW 2016, 1687 (1688), m.w.N. zum Streitstand; *ders.*, FS Röhrich, 1191 (1193 f., 1197, 1201 f.); *Küpperfabren-berg*, Haftungsbeschränkungen, S. 186 f., 243 f.; *Otto*, in: jurisPK, BGB, § 27 Rn. 59; *Burgard*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 6 Rn. 18.

106 *Hadding*, in: Soergel, BGB, § 27 Rn. 23.

lung durch Satzung¹⁰⁷ vorgegebenen Geschäftsverteilungen. Eine aufkommende Ansicht bejaht eine gänzlich verantwortungsbefreiende Delegation gesetzlich normierter Compliance-Pflichten, wenn diese von der Mitgliederversammlung ausschließlich einem besonderen Vertreter nach § 30 S. 1 BGB zugewiesen werden.¹⁰⁸ Worin sich diese Gestaltung von einer Ressortverteilung durch Satzung unterscheidet, wenn der besondere Vertreter gleichzeitig Vorstandsmitglied ist, wird freilich nicht ganz klar.¹⁰⁹

Die Vielfältigkeit des dargestellten Meinungsspektrums verdeutlicht, warum eine differenzierte Untersuchung des Gesamtverantwortungsgrundsatzes aus Perspektive des GmbH-Rechts geboten ist. Schließlich ist die GmbH eine Körperschaft und der Verein deren Urform.¹¹⁰ Außerdem steht die GmbH den Personengesellschaften äußerst nahe. Nach dem Gesetzesentwurf sollte sie eine „Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen und der Aktiengesellschaft“¹¹¹ einnehmen. Die Rechtsform der GmbH weist ihrer Natur nach eine ausgeprägte „Biegsamkeit“ auf, die den Gesellschaftern abseits zwingend zu beachtender öffentlicher Belange und Gläubigerinteressen eine weitgehende Organisati-

107 *Brouwer*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 59 Rn. 61; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 277a; *Leuschner*, in: MüKo, BGB, § 27 Rn. 75; *Westermann*, in: Erman, BGB, § 27 Rn. 8.

108 *Schockenhoff*, NZG 2019, 281 (285 ff.); *Brouwer*, NZG 2017, 481 (487 f.); *ders.*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 59 Rn. 56.

109 Die satzungsmäßige Zuweisung an besondere Vertreter von der „einfachen“ Delegation im Wege der Geschäftsverteilung ohne Satzungsgrundlage abgrenzend *Brouwer*, NZG 2017, 481 (483, 488); *ders.*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 59 Rn. 56, 61; aufgrund des auf die Geschäftsverteilung beschränkten Untersuchungsgegenstandes wird der – von der h.M. bejahten – analogen Anwendung des § 30 BGB auf die GmbH nicht nachgegangen, zumal es höchst fraglich erscheint, ob eine entsprechende Gestaltung im Hinblick auf § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG oder gar § 34 Abs. 1 S. 1 AO, die allein an die Vertretungsberechtigung anknüpfen, im Kapitalgesellschaftsrecht die erwünschte Wirkung hätte.

110 *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 1; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, Einl. Rn. 13, 152; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 483; hinsichtlich der Kompetenzordnung *Leuschner*, in: MüKo, BGB, § 32 Rn. 5.

111 Begründung des Regierungsentwurfs für das GmbHG, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92, Anlagenband 5, Aktenstück 660, 3728.

onsautonomie belässt.¹¹² Diese, in § 45 GmbHG zum Ausdruck kommende, Dispositivität, insbesondere hinsichtlich der Aufteilung der Organkompetenzen, lässt sich mit Blick auf die Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG als „verfassungsstrukturgebend“ bezeichnen.¹¹³ Es drängt sich daher die Frage auf, ob sich die Gesamtverantwortung in der GmbH modifizieren lässt.

A. Herleitung

In der Rechtsprechung und der Literatur zur Ressortverteilung in der GmbH liegt das Hauptaugenmerk nicht auf der dogmatischen Begründung des Gesamtverantwortungsgrundsatzes. Das mag daran liegen, dass die bisher von den Gerichten entschiedenen Außen- und Innenhaftungsfälle soweit ersichtlich ausschließlich die Verletzung von Vorschriften zum Gegenstand hatten, die, wie die Regelungen zur Abführung von Steuern oder Sozialbeiträgen sowie zur Verhinderung masseschmälernder Zahlungen, von Gesetzes wegen ohnehin an die gesamte Geschäftsführung adressiert sind.¹¹⁴ Derartige Haftungsnormen lassen regelmäßig von sich aus auf eine kollektive Verantwortung schließen.¹¹⁵ Die Betrachtung dieser Konstellationen darf jedoch nicht den Blick dafür verstellen, dass für das sonstige operative Geschäft, das das Gros der Geschäftsführertätigkeit ausmacht, keine derart ausdrückliche normative Anknüpfung zur Herleitung der Gesamtverantwortung existiert. Dabei ist die Haftung der Geschäftsführer für ressortfremde Pflichtverletzungen durchaus nicht selbst-

112 Begründung des Regierungsentwurfs für das GmbHG, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92, Anlagenband 5, Aktenstück 660, 3728, 3732.

113 *Uffmann*, ZGR 2013, 273 (305, 310); *Ulmer*, FS Schwark, 271 (272); *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119 (120); zur – wegen § 38 Abs. 1 GmbHG – sehr weitgehenden Organisationsfreiheit im Bereich der Geschäftsführung auch BGH v. 6. 3.2012 – II ZR 76/11, NJW 2012, 1656 (1657), Rn. 15.

114 Zur deliktischen Verantwortlichkeit für die Abführung von Sozialbeiträgen gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG siehe beispielsweise BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (374 ff.), Rn. 13 ff.; zur Haftung wegen Verstoßes gegen das Verbot masseschmälernder Zahlungen zuletzt BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166 ff.), Rn. 14 ff.

115 Zu § 34 Abs. 1 S. 1 AO i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG BFH v. 13.3.2003 – VII R 46/02, BStBl. II 2003, 556 (560), Rn. 31; v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NZG 1998, 861 (862), Rn. 19.

verständlich. Denn § 278 S. 1 BGB und § 831 Abs. 1 BGB sind im Verhältnis der Organwalter untereinander weder direkt noch analog anwendbar und ermöglichen daher keine wechselseitige „Zurechnung“ sorgfaltswidriger Geschäftsbereichsleitung.¹¹⁶

I. Begründung des Reichsgerichts

Als Grundstein der Gesamtverantwortung gilt folgende Passage aus einem Urteil des RG vom 3. Februar 1920:

„Die Pflicht jedes Geschäftsführers, nach besten Kräften für alle Zweige der Geschäftsführung zu sorgen, bleibt bei einer solchen Art der Teilung unberührt und gestaltet sich, soweit es sich um die ihm nicht besonders zugewiesenen Aufgaben handelt, zu einer Pflicht zur Überwachung des Mitgeschäftsführers.“¹¹⁷

Diese Ausführungen haben Rechtsprechung und Schrifttum einhellig übernommen und berufen sich auf eine „Allzuständigkeit“ der Geschäftsführer als spiegelbildliche Grundlage ihrer umfassenden Verantwortung für die Geschicke der GmbH.¹¹⁸

Der gesellschaftsrechtliche Terminus der Gesamtverantwortung bringt, wie bereits erwähnt, die Pflicht zur gemeinsamen Wahrnehmung organschaftlicher Mindestkompetenzen und zur Kontrolle der Kollegen im arbeitsteilig organisierten Gremium zum Ausdruck. Er dient somit dazu, allen Fällen der Delegation organschaftlicher Kompetenzen einheitliche Schranken zu setzen. Das entspricht methodisch am ehesten der Definition eines „funktionsbestimmten Rechtsbegriffs“¹¹⁹, der eine Brücke zwischen einem allgemeinen Rechtsprinzip und der Rechtsanwendung schlägt. Um die Wirkungsweise der Gesamtverantwortung zu verstehen, bedarf es daher einer genauen Betrachtung des hinter ihr stehenden „materialen Rechtsgedankens“¹²⁰.

116 Siehe hierzu S. 193 f.

117 RG v. 3.2.1920 – II 273/19, RGZ 98, 98 (100).

118 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (168), Rn. 18; v. 9.1.2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, 969 (970 f.), Rn. 17; v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (376), Rn. 19; BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (777), Rn. 16; Froesch, DB 2009, 722 (723 f.); Harbarth, ZGR 2017, 211 (214).

119 Siehe hierzu Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 310 f.

120 Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 302 f., 310 f.

Maßgebliches Prinzip und damit Leitfaden der Konkretisierung könnte zunächst die bereits erwähnte Allzuständigkeit der Geschäftsführung sein, als deren Ursprung die Amtsstellung des Geschäftsführers genannt wird.¹²¹

1. Die Allzuständigkeit als tragendes Prinzip der Gesamtverantwortung

Wird der Begriff der Allzuständigkeit unvoreingenommen im Sinne umfassender Kompetenzen der Geschäftsführer verstanden, wie es die Urteilsbegründung des RG nahelegt, stellt sich die Frage nach deren Verhältnis zu den Leitungsbefugnissen der Gesellschafter. Bezeichnenderweise wird der Begriff der Allzuständigkeit parallel dazu verwendet, die umfassenden Möglichkeiten der Gesellschafterversammlung zur Einflussnahme auf Geschäftsführungsangelegenheiten zu beschreiben.¹²² Dass zwei Organe derselben Gesellschaftsform allzuständig sein sollen, scheint widersprüchlich. Die begriffliche Rechtsunsicherheit resultiert daraus, dass es in der GmbH aufgrund der lediglich rudimentär geregelten internen Zuständigkeitsordnung schwierig ist, genaue Trennlinien zwischen den Kompetenzen der Organe zu ziehen.¹²³

Nach der gesetzlichen Grundkonzeption¹²⁴ der GmbH erledigen die Geschäftsführer nebst der unentziehbaren gesetzlichen Aufgaben¹²⁵ primär das laufende Tagesgeschäft.¹²⁶ Die Geschäftsführer leiten die Gesellschaft jedoch, anders als der Vorstand der AG, nicht autonom in eigener Verant-

121 BGH v. 9.1.2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, 969 (970 f.), Rn. 17; v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (376), Rn. 19; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 174.

122 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46 Rn. 89-91; *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (643); *Uffmann*, ZGR 2013, 273 (303).

123 *Geißler*, GmbHR 2009, 1071; *Leuring*, FS Seibert, 543 (544); *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119 (121 f.); *Zöllner*, ZGR 1977, 319 (319 f.); v. *Werder*, Führungsorganisation, S. 129.

124 Auf dieses „Normalstatut“ abstellend auch die Begründung des Regierungsentwurfs für das GmbHG, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92, Anlagenband 5, Aktenstück 660, 3728.

125 BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (375), Rn. 15; *Uwe H. Schneider/Brouwer*, FS Priester, 713 (716); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (477 f.); *Schauf*, BB 2017, 2883 (2884 f.).

126 OLG Zweibrücken v. 22.12.1998 – 8 U 98/98, NZG 1999, 506 (507), Rn. 64; *W. Goette/M. Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 61; *Geißler*, GmbHR 2009, 1071 (1072); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (478); *Leuring*, FS Seibert, 543; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 13; zur methodisch problemati-

wortung, wie es § 76 Abs. 1 AktG normiert, sondern beziehen ihre Befugnisse von der Gesellschafterversammlung.¹²⁷ Den Geschäftsführern fehlt somit die „Leitungssouveränität“.¹²⁸ Das folgt nicht nur aus der weitreichenden Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung, sondern insbesondere daraus, dass ihr nach § 46 GmbHG originär leitungsspezifische unternehmerische Aufgaben zugewiesen sind.¹²⁹ Aus der Finanz-, Personal- und Überwachungskompetenz nach § 46 GmbHG sowie den allgemeinen Schranken für die laufende Geschäftsführung wird gemeinhin das primäre Entscheidungsrecht der Gesellschafter in Fragen der Unternehmenspolitik gefolgert.¹³⁰ Weitere Grundlagenentscheidungen, zu denen ganz überwiegend auch die sogenannten außergewöhnlichen Geschäfte gezählt werden,¹³¹ stehen ebenfalls vorrangig den Gesellschaftern zu.¹³²

Es lässt sich festhalten, dass die Zuständigkeit für die Unternehmensleitung in der GmbH im Grundsatz zwischen den Gesellschaftern und den Geschäftsführern aufgeteilt ist.¹³³ Deshalb wird teilweise weder eine Allzu-

schen Herleitung zwingender Strukturprinzipien aus dem dispositiven Normalstatut der GmbH andererseits *Uffmann*, ZGR 2013, 273 (310).

- 127 *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 3, 34; *K. Müller*, NZA-Beilage 2014, 30 (36); *Geißler*, GmbHR 2009, 1071 (1071-1073); zur umgekehrten Lage bei der AG vgl. *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (1 f.).
- 128 *Dreher*, FS Hopt, 517 (522); *Hommelhoff*, FS Sandrock, 373 (377); *ders.*, ZGR 1978, 119 (120, 128); vgl. auch BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258 (278), Rn. 47.
- 129 *Geißler*, GmbHR 2009, 1071 (1072).
- 130 BGH v. 24.2.1992 – II ZR 79/91, GmbHR 1992, 299 (300), Rn. 10; v. 25.2.1991 – II ZR 76/90, GmbHR 1991, 197 (198), Rn. 13; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (57 Fn. 161); *Bork*, ZIP 2011, 101 (102); *Geißler*, GmbHR 2009, 1071 (1073); *W. Goette*, FS 50 Jahre BGH, 123 (126, 133); *ders.*, DStR 1998, 938 (942); *Eisenhardt*, FS Pfeiffer, 839 (839, 842); *Altmeyen*, ZGR 1999, 291 (305); *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119 (124-126); *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 14; a.A. *Kort*, ZIP 1991, 1274 (1276); *Ziemons*, Haftung, S. 18-20.
- 131 BGH v. 5.12.1983 – II ZR 56/82, NJW 1984, 1461 (1462), Rn. 12, 15; v. 29.3.1973 – II ZR 139/70, NJW 1973, 1039, Rn. 9; OLG Karlsruhe v. 4.5.1999 – 8 U 153/97, NZG 2000, 264 (267), Rn. 440; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 37 Rn. 22; *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119 (123); tendenziell auch *Eisenhardt*, FS Pfeiffer, 839 (842-844); abw. *Ziemons*, Haftung, S. 14 ff.
- 132 BGH v. 15.2.1991 – II ZR 76/90, GmbHR 1991, 197 (198), Rn. 13; *Geißler*, GmbHR 2009, 1071 (1072 f.); Begründung des Regierungsentwurfs für das GmbHG, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92, Anlagenband 5, Aktenstück 660, 3732.
- 133 OLG Zweibrücken v. 22.12.1998 – 8 U 98/98, NZG 1999, 506 (507), Rn. 64; *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (71); *Bork*, ZIP 2011, 101 (102); *Liebscher*,

ständigkeit der Gesellschafter noch der Geschäftsführer anerkannt.¹³⁴ Wird die Allzuständigkeit in einem weiten Sinne verstanden, lässt sich aus ihr daher im Ansatz keine Gesamtverantwortung herleiten.

Dem Begriff der Allzuständigkeit muss folglich im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Verantwortungsbereichen auf Leitungsebene eine engere Bedeutung zukommen. Nicht sämtliche Geschäftsführungsangelegenheiten, sondern nur die der Geschäftsführung nach dem gesetzlichen Leitbild originär zugewiesenen oder von den Gesellschaftern jeweils übertragenen Funktionen können gemeint sein.¹³⁵ Bei mehreren Geschäftsführern besteht „Gesamtzuständigkeit“.¹³⁶

Die so verstandene Allzuständigkeit geht jedoch im mehrköpfigen Gremium nicht über den Aussagewert des Gesamtgeschäftsführungsgrundsatzes hinaus, sondern bleibt hinsichtlich des Einstimmigkeitsprinzips sogar hinter ihm zurück. Auch nach dieser Lesart eignet sie sich daher für sich betrachtet nicht zur Begründung der Gesamtverantwortung.¹³⁷ Hieran ändert sich auch nichts, wird sie mit der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis gleichgesetzt.¹³⁸

2. Herleitung aus dem Gesamtgeschäftsführungsgrundsatz

Die Gesamtverantwortung reicht mit ihren haftungsrechtlichen Implikationen in ihrer Wirkung deutlich weiter als der Zwang zu einvernehmlichen Entscheidungen und die Gesamtzuständigkeit. Der Gesamtgeschäftsführungsgrundsatz sagt nichts darüber aus, welche Maßnahmen von der Geschäftsführung entschieden werden müssen.¹³⁹ Ferner ist die Gesamtverantwortung, anders als der Gesamtgeschäftsführungsgrundsatz, jeden-

in: MüKo, GmbHG, § 45 Rn. 81; eine abw. Schwerpunktsetzung vornehmend *Ziemons*, Haftung, S. 20 f.

134 *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 6 f.

135 Ähnl. *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 174 Fn. 480.

136 *Schmidt-Husson*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 6 Rn. 4.

137 Vgl. auch *Linnertz*, Delegation, S. 114 Fn. 238.

138 *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 174, und *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 325, sowie *Peters*, DStR 2020, 125 (128), setzen die Begriffe beispielsweise offensichtlich gleich.

139 *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (747); *ders.*, ZGR 1998, 497 (507 f.); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 31, 66.

falls im Grundsatz unabdingbar.¹⁴⁰ Entscheidend gegen einen deduktiven Schluss vom Gesamtgeschftsfhrungsgrundsatz auf die Gesamtverantwortung streitet aber, dass er seine zweite Komponente nicht zu erklren vermag. Er lsst ntmlich offen, warum mit der Aufteilung von Geschftsfhrungsbefugnissen keine Aufteilung der Verantwortung einhergeht. Dieses Ergebnis widerspricht dem Zurechnungsprinzip¹⁴¹, wonach eine Aufgabe, Kompetenz oder Pflicht den Haftungsrahmen ihres Adressaten absteckt – und zwar entsprechend der begrenzten Handlungsmacht innerhalb seiner Rechtssphre.¹⁴² Die Beibehaltung kollektiver Verantwortlichkeit ohne ausdrckliche gesetzliche Grundlage in Fllen, in denen individuelle Kompetenz und Verantwortlichkeit auseinanderfallen, unterliegt daher, soll der Vorwurf der Zufallshaftung ausgeräumt werden, einem besonderen Begründungszwang. Eine Übertragung der Grundsätze zur Einschaltung Dritter im Deliktsrecht fhrt an dieser Stelle nicht weiter. Dort beruht die fortwährende Verantwortlichkeit auf dem Fortbestand der Verkehrspflicht in der Person des Übertragenden.¹⁴³ Gesamtgeschftsfhrungsbefugnis und -zuständigkeit bestehen jedoch bei der Ressortverteilung gerade nicht fort.¹⁴⁴ Zumindest lsst sich eine irgendwie fortwährende Geschftsfhrungsbefugnis nicht mit Verweis auf eine fortwährende Geschftsfhrungsbefugnis begründen.¹⁴⁵ Abzulehnen ist aber auch die Ansicht, die die Gesamtverantwortung des einzelnen Organmitglieds dementsprechend auf eine nicht nher begründete „Urzuständigkeit und -verantwortung“ des Gesamtorgans zurückföhren möchte.¹⁴⁶ Sie erklrt die Gesamtverant-

140 *Hölzle*, ZIP 2018, 1669 (1672); *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (747); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 31.

141 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 910; ähnl. *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 228; *Dose*, Rechtsstellung, S. 109; *Rebm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 130; vgl. auch *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 88; zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 158 f., 221 ff., 233 f., 255; *Böse*, wistra 2005, 41 (43 f.); zum Erfordernis der Kompetenz als Grundlage der Verantwortung („Kongruenzprinzip“) aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Vahs*, Organisation, S. 64 f.; *Bea/Göbel*, Organisation, S. 282; *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 51.

142 Zum Strafrecht *Renzikowski*, StV 2009, 443 (443, 445); *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 151; *Böse*, wistra 2005, 41 (43 f.); *Ransiek*, ZGR 1999, 613 (613 f., 618 f., 633).

143 *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 214.

144 *Ulmer*, FS Schwark, 271 (272 f.).

145 Sämtliche vorstehenden Argumente sprechen mutatis mutandis auch gegen eine Herleitung aus der „echten“ Allzuständigkeit.

146 *Dose*, Rechtsstellung, S. 57; *Frels*, ZHR 122 (1959), 8 (28); v. *Godin*, HansRGZ 1938, 1 (13); *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 13.

wortung mit dem Verweis auf die Gesamtverantwortung und lässt offen, weshalb diese nicht abdingbar sein soll.

3. Zwischenergebnis

Der Begriff der Allzuständigkeit geht in seinem Bedeutungsgehalt nicht über den Begriff der Gesamtgeschäftsführung hinaus. Er umschreibt „nur“ die im Grundsatz vorgesehene Pflicht der Geschäftsführer zur gemeinsamen Erledigung aller Aufgaben des Gremiums. Diese Gesamt- oder Urzuständigkeit enthält in sich nicht die Erklärung für eine der Aufteilung der Aufgaben gegenläufige Konzentration der Verantwortung für sämtliche Belange der Geschäftsführung und einen Zwang zur gemeinsamen Wahrnehmung organschaftlicher Mindestbefugnisse. Damit ist nicht gesagt, dass die Allzuständigkeit nicht Teil der dogmatischen Herleitung ist. Als hinter der Gesamtverantwortung stehendes Prinzip scheidet sie jedoch aus.

II. Alternative Ansätze

Die Berechtigung des Gesamtverantwortungsgrundsatzes ist von der Literatur nicht grundlegend angezweifelt worden.¹⁴⁷ Gleichwohl wurde seine Begründung durch die Gerichte angesichts der Tragweite seiner Rechtsfolgen als unvollkommen empfunden, sodass sich vor allem das aktienrechtliche Schrifttum veranlasst sah, seine Ursprünge und Ausprägungen genauer zu betrachten. Die wesentlichen Argumentationslinien werden im Folgenden, insbesondere hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit auf die GmbH, überprüft.

1. Herleitung aus der Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung

Der überwiegende Teil des aktienrechtlichen Schrifttums leitet den Gesamtverantwortungsgrundsatz aus dem „Pflichtrecht“¹⁴⁸ zur eigenverant-

147 Das Bedürfnis organinterner Kontrolle im AG-Vorstand mit Verweis auf die Rolle des Aufsichtsrats verneinend etwa *Bernhardt/Witt*, ZfB 69 (1999), 825 (829 f.); hiergegen zu Recht *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 136 ff., m.w.N. zum Streitstand; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 268 f.

148 *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (2).

wortlichen Leitung gemäß § 76 Abs. 1 AktG ab.¹⁴⁹ Nach dieser Lesart nimmt die Vorschrift nicht nur eine Kompetenzabgrenzung gegenüber den anderen Organen der AG vor, sondern formt auch das Innenverhältnis des Vorstands aus: Da jedes Organmitglied zwingend eigenverantwortlich und damit gleichberechtigt an den Leitungsfunktionen teilzunehmen habe, komme ihm und seinen Kollegen spiegelbildlich auch eine gemeinsame Verantwortung zu.¹⁵⁰ Historisch betrachtet läutete die Vorgängervorschrift, § 70 Abs. 1 AktG 1937, eine Abkehr vom bestimmenden Einfluss der Hauptversammlung als dem obersten Gesellschaftsorgan¹⁵¹ ein und wies die Leitung der Gesellschaft ausschließlich und originär dem Vorstand zu.¹⁵² Zuvor war das organisationsverfassungsrechtliche Machtgefüge der AG durch die „Allzuständigkeit“¹⁵³ der Aktionärsversammlung geprägt, von der der Vorstand seine Befugnisse ableitete.¹⁵⁴ Dem Vorstand fehlte die Leitungssouveränität. Die ursprüngliche Organisationsverfassung der AG entsprach somit derjenigen der GmbH.¹⁵⁵

Das GmbHG enthält, wie bereits erwähnt, keine entsprechende Norm. Die Geschäftsführer leiten die Gesellschaft nicht autonom. Ihre Leitungsbefugnisse sind in hohem Maße derivativ. Es wäre daher schon im Ausgangspunkt wenig überzeugend, zur Begründung der Gesamtverantwortung in der GmbH eine Vorschrift heranzuziehen, die mit der Leitungssouveränität des Vorstands eine aktienrechtliche Eigenart zum Regelungsgegenstand hat.¹⁵⁶ Außerdem ist die Gesamtverantwortung kein aktienrechtliches Spezifikum, sondern ein allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Funktionsbegriff, weshalb eine rechtsformneutrale Herleitung nahe

149 *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (298); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (67); *Martens*, FS Fleck, 191 (194); *Schwarck*, ZHR 142 (1978), 203 (214 f.); a.A. *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (747); *ders.*, ZGR 1998, 497 (506 f.).

150 *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 32 ff.; *Fleischer*, NZG 2003, 449 (450); *Martens*, FS Fleck, 191 (194).

151 RG v. 16.9.1927 – II 21/27, RGZ 118, 67 (69); v. 19.3.1910 – I 149/09, RGZ 73, 234 (236).

152 *Schlegelberger/Quassowski*, AktG, § 70 Rn. 1; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, AktG, § 118 Rn. 5; *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1467 f.); *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (3); *Linnertz*, Delegation, S. 113.

153 *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1467).

154 *Schlegelberger/Quassowski*, AktG, § 70 Rn. 1.

155 *Ziemons*, Haftung, S. 14 Fn. 19.

156 Vgl. auch *Linnertz*, Delegation, S. 113.

liegt.¹⁵⁷ Hierfür spricht auch, dass der Gesamtverantwortungsgrundsatz bereits vor Geltung des § 70 Abs. 1 AktG 1937 anerkannt war.¹⁵⁸

2. Herleitung aus dem Letztentscheidungsrecht der Mehrheit

Eine Ansicht sieht den Überwachungsaspekt des Gesamtverantwortungsgrundsatzes in § 77 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 AktG verankert.¹⁵⁹ Das Letztentscheidungsrecht der Mehrheit als Verbot vertikaler Machtungleichgewichte im Vorstand und absolute Grenze der Delegation belege, dass die Vorstandsmitglieder nach dem AktG nicht von ihrer Gesamtzuständigkeit und daher auch nicht von ihrer Gesamtverantwortung befreit werden dürfen.¹⁶⁰ Das Letztentscheidungsrecht könne nur wahrgenommen werden, wenn eine gegenseitige Überwachung stattfinde.¹⁶¹ Die Vorschrift bringe damit ein, aus dem Deliktsrecht bekanntes, allgemeines Organisationsprinzip zum Ausdruck, nach dem die Erfüllung gesetzlicher Pflichten grundsätzlich nicht mit verantwortungsbefreiender Wirkung delegiert werden könne und sei daher auch auf andere Gesellschaftsformen anwendbar.¹⁶²

Gegen diese Argumentation spricht jedoch aus wertender Sicht, dass die deliktische Grundkonstellation mit ihrem, eine Auswahl-, Einweisungs- und Aufsichtssorgfalt umfassenden, Pflichtenmaßstab am ehesten der vertikalen Delegation entspricht.¹⁶³ Die einzelnen Organwalter dürfen auf die Geschäftsführung in den fremden Ressorts aber keinen aktiven Einfluss ausüben. Sie sind keine „Oberrevisoren“ mit personalaufsichtsähnlichen

157 BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (777), Rn. 16; *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (747); *ders.*, ZGR 1998, 497 (506 f.); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 35 f.

158 *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 36, m.w.N.; *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (747).

159 *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 143 ff.; in der Vorschrift hingegen die positivrechtliche Verankerung des Kollegialprinzips als Grundlage der Gesamtverantwortung erblickend *Rottmayer*, NZG 2000, 414 (416); VG Frankfurt v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), AG 2005, 264 (265), Rn. 19; krit. *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 96 f.; *Linnertz*, Delegation, S. 113.

160 *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 143.

161 *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 144-146.

162 *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 148 f.

163 Siehe hierzu bereits S. 27.

Kompetenzen.¹⁶⁴ Dagegen ließe sich zwar einwenden, es bestehe grundsätzlich eine Art vertikales Gefälle zwischen dem Gremium und dem einzelnen Geschäftsleiter.¹⁶⁵ Das ändert jedoch nichts daran, dass das infrage stehende Bündel von Kontrollpflichten im Ergebnis die einzelnen Organmitglieder trifft.

Eine Übertragung auf andere Gesellschaftsformen vermag zudem jedenfalls aus systematischer und historischer Sicht nicht zu überzeugen. § 77 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 AktG enthält ebenfalls eine spezifisch aktienrechtliche Vorgabe. Auch vor seinem Inkrafttreten war der Gesamtverantwortungsgrundsatz bereits anerkannt. § 70 Abs. 2 S. 2 AktG 1937, der zuvor ein Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzenden bei Meinungsverschiedenheiten im Gremium vorsah, wurde im Zuge der Reform des AktG 1965 aufgrund eines „Verstoßes“ gegen das Kollegialprinzip abgeschafft.¹⁶⁶ Das GmbH-Recht kennt (wie auch das Vereins- und Personengesellschaftsrecht)¹⁶⁷ keine entsprechende Regelung. Ein zwingender Grundsatz umfassender Gleichberechtigung aller Geschäftsführer existiert in der mitbestimmungsfreien GmbH nicht.¹⁶⁸ Es besteht lediglich eine Pflicht zur kollegialen und loyalen Zusammenarbeit.¹⁶⁹ Einzelnen Geschäftsführern kann nach ganz herrschender Meinung daher nicht nur ein Recht zum Stichentscheid, sondern sogar ein Vetorecht übertragen werden.¹⁷⁰ Außerdem

164 BGH v. 9.11.1992 – II ZR 234/91, NJW 1993, 463 (465), Rn. 22; OLG Hamm v. 1.3.2007 – 27 U 137/06, GmbHR 2007, 823, Rn. 21; v. 24.4.1991 – 8 U 188/90, GmbHR 1992, 375 (377).

165 *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 148 f.

166 Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 122; zur geschichtlichen Entwicklung der Binnenorganisation in der AG v. *Hein*, ZHR 166 (2002), 464 (472 ff.).

167 Zum Verein *Hadding*, in: Soergel, BGB, § 28 Rn. 5; *Schöpfli*, in: BeckOK, BGB, § 28 Rn. 4; *Leuschner*, in: MüKo, BGB, § 28 Rn. 6; *Waldner/Wörle-Himmel*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rn. 248; OLG Düsseldorf v. 19.1.1988 – 23 U 222/87, NJW-RR 1988, 1271 (1273), Rn. 54; im Personengesellschaftsrecht ergibt sich die weitgehende Gestaltungsfreiheit bezüglich der Geschäftsführungsorganisation bereits im Umkehrschluss aus § 710 S. 1 BGB und 114 Abs. 2 HGB.

168 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 19; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 37 Rn. 29; *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 63.

169 BGH v. 9.3.1992 – II ZR 102/91, GmbHR 1992, 301 (303), Rn. 10; *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (74); *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 30; *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 51.

170 BGH v. 14.11.1983 – II ZR 33/83, BGHZ 89, 48 (58), Rn. 19; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 87; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 19; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 55;

ist es nach zutreffender Auffassung sogar möglich, die Geschäftsführung abseits gesetzlicher Mindestzuständigkeiten hierarchisch zu organisieren und etwa einem oder mehreren Organwaltern das Recht einzuräumen, gegen den Willen der Mehrheit zu entscheiden.¹⁷¹ Die Zulässigkeit solcher vertikaler Machtungleichgewichte zwischen mehreren Geschäftsführern ist aufgrund der weitgehenden Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter in organisationsrechtlichen Fragen anzuerkennen. Hätte der Gesetzgeber ein anderes gewollt, hätte wie im Aktienrecht ein positivrechtliches Verbot nahegelegen. Im Übrigen sind die Gesellschafter grundsätzlich befugt, ihren Willen gegen die Geschäftsführer durchzusetzen. Der Gesamtgeschäftsführung kommt in der GmbH damit nicht zwingend eine umfassende, schützende Kontrollfunktion zu. Die Zuständigkeit und Entscheidungsmacht der Geschäftsführermehrheit bleibt demnach auch nicht unbedingt „hierarchisch über der Ressortgewalt“¹⁷². Aus diesem Grund ist der Schluss auf eine korrespondierende Überwachungsverantwortung der Organmitglieder nicht möglich. Konsequenterweise weitergedacht führte die Argumentation vielmehr dazu, dass in Gesellschaften mit ungleichen Stimmrechtsregelungen keinerlei Überwachung zu leisten wäre. Denn die Berufung auf die deliktsrechtliche Begründungslinie beruht auf der Prämisse, dass das Gremium wie der Übertragende immer letztentscheidungsbefugt und damit letztzuständig und -verantwortlich bleibt. Das blendet aber die Breite möglicher Führungsorganisationsmöglichkeiten abseits des starren Aktienrechts aus.

3. Herleitung aus der Pflicht zur organinternen Selbstkontrolle

Teilweise wird der Gesamtverantwortungsgrundsatz oder zumindest das Prinzip der gegenseitigen Überwachung¹⁷³ aus einer Pflicht der Geschäfts-

Leuring, FS Seibert, 543 (556); zur hochumstrittenen Zulässigkeit des Vetorechts im Aktienrecht *H.-J. Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, § 77 Rn. 13, m.w.N.

171 LG Koblenz v. 29.10.1971 – HT 14/71, BB 1972, 113; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 87; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 19; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 111, § 37 Rn. 16; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 37 Rn. 29; *Leuring*, FS Seibert, 543 (556); *Wicke*, NJW 2007, 3755 (3758); *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (749); *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 63; unklar *Lenz*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 37 Rn. 35, der wohl von einer Zuweisung durch die Geschäftsführer ausgeht.

172 So zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 143.

173 *Fleischer*, NZG 2003, 449 (450).

fhrer zur Selbstkontrolle kraft ihrer Organstellung hergeleitet.¹⁷⁴ Diese Argumentation ist jedoch zirkulr, weil sie das Ergebnis zur Begrndung macht.¹⁷⁵ Es bleibt dabei offen, was konkreter Geltungsgrund der Gesamtverantwortung sein soll. Auf einer solchen Grundlage lieen sich auch kaum Aussagen zur Reichweite der Folgepflichten treffen.

4. Das Kollegialprinzip als Ursprung der Gesamtverantwortung

Einen weiteren rechtsformneutralen Ansatz zur Begrndung der Gesamtverantwortung bietet die Organisationsidee des Kollegialprinzips.

a) Inhalt und Verbreitung des Kollegialprinzips

Kollegialorgane sind nach allgemeinem Verstandnis Gremien, deren Aufgaben im Grundsatz von untereinander zur Loyalitt verpflichteten,¹⁷⁶ gleichgestellten Kollegen durch gemeinsame Beratung und Beschlussfassung wahrgenommen werden.¹⁷⁷ Aus der prinzipiellen Gleichberechtigung der Organmitglieder im Hinblick auf ihre Teilhabe an den Funktionen des Organs folgt eine korrespondierende „Gleichverpflichtung“, das heit eine gleichmssig verteilte Verantwortung fr sämtliche Organanlegenheiten.¹⁷⁸ Loyale, kollegiale Zusammenarbeit, Gleichberechtigung

174 Kort, in: Hirte/Mlbert/Roth, AktG, § 77 Rn. 35; Turiaux/Knigge, DB 2004, 2199 (2203).

175 Hoffmann-Becking, NZG 2003, 745 (747); Wettich, Vorstandsorganisation, S. 31; Linnertz, Delegation, S. 113; Gomer, Delegation von Compliance, S. 97.

176 Zur AG BGH v. 13.7.1998 – II ZR 131/97, NJW-RR 1998, 1409 (1409 f.), Rn. 5, 12 f.; Paefgen, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 186; Fleischer, ZIP 2009, 1397 (1402); ders., BB 2004, 2645 (2648 f.).

177 Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 202 f.; GroB, Kollegialprinzip, S. 49 f., 204 f.; Thamm, Verfassung, S. 93 f.; Wettich, Vorstandsorganisation, S. 38; Ueberwasser, Kollegialprinzip, S. 16 ff., 29, 35; Dagtoglou, Kollegialorgane, S. 44; Krner, ZÖR 17 (1937), 55 (58); Bezzenberger, ZGR 1996, 661 (661 f.).

178 Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 203; Hoffmann-Becking, NZG 2003, 745 (746 f.); Wettich, Vorstandsorganisation, S. 39; Ueberwasser, Kollegialprinzip, S. 88; zum Aufsichtsrat BGH v. 25.2.1982 – II ZR 102/81, BGHZ 83, 144 (147), Rn. 10; zum Kollegialgericht deutlich die Begrndung des Bundesratsentwurfs fr ein Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz (Justizbeschleunigungsgesetz), BT-Drs. 15/1491, 17; zur EU-Kommission EuGH v. 29.9.1998 – C-191/95, NZG 1998, 902 (904), Rn. 39.

und Gleichverpflichtung sind die verfassungsgebenden Strukturmerkmale, die in der Organisationsidee des Kollegialprinzips aufgehen.¹⁷⁹

Die grundsätzlich gleichmäßige Verpflichtung aller Organwalter zum Handeln für das Organ und durch das Handeln des Organs entspricht genau der Definition des Gesamtverantwortungsgrundsatzes.¹⁸⁰ Einer zunehmend vertretenen Ansicht nach ist die Gesamtverantwortung für mehrköpfige Leitungsorgane sämtlicher Rechtsformen daraus abzuleiten, dass der Gesetzgeber bei ihrer Ermöglichung oder Festschreibung, etwa in § 76 Abs. 2 S. 2 AktG, unausgesprochen das Kollegialprinzip mit seiner Gleichverpflichtung zugrunde gelegt hat.¹⁸¹

Der Schluss von gleichen Rechten auf äquivalente Pflichten leuchtet bereits aufgrund seines „materialen Gerechtigkeitsgehalts“ ein.¹⁸² Wenn alle Organmitglieder im Ausgangspunkt dieselben Mitwirkungsmöglichkeiten haben, dann ist auch ihre gleichmäßige Inanspruchnahme im Hinblick auf organschaftliche Aufgaben gerechtfertigt. Deren Erfüllung haben sie in gleicher Weise zu fördern, gegebenenfalls durch Überwachung ihrer Kollegen. Ferner setzen Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung an der subjektiven Rechtsposition des einzelnen Organwalters an, die von einer Modifikation der Zuständigkeiten unabhängig ist. Letzteres würde auch erklären, warum eine Aufteilung der Zuständigkeiten im Kollegialorgan grundsätzlich keine Aufhebung der Verantwortung bedeutet.

Das Kollegialprinzip an sich ist nicht ausdrücklich positivrechtlich verankert. Aus der bereits erwähnten Gesetzesbegründung zur Abschaffung des Letztentscheidungsrechts des Vorstandsvorsitzenden der AG ergibt sich jedoch, dass der Gesetzgeber zumindest im Aktienrecht von seiner Geltung ausgeht.¹⁸³ Dass der mehrköpfige Vorstand der AG ein aus gleichgestellten Organwaltern zusammengesetztes Gremium ist, steht au-

179 *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 203 f.; *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (746).

180 *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 39; *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (746 f.).

181 *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (746 f.); *ders.*, ZGR 1998, 497 (506 f.); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 30 ff.; *Linnertz*, Delegation, S. 110 ff., 165; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 104 f.; *Thamm*, Verfassung, S. 92, 128; *Beckert*, Personalisierte Leitung, S. 28; ähnl. *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 203 f., der jedoch den verpflichtenden Charakter von Kollegialbeschlüssen in den Vordergrund stellt; i.E. auch *Rottbauer*, NZG 2000, 414 (416); VG Frankfurt v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), AG 2005, 264 (265), Rn. 19.

182 Siehe zum Wesen eines Rechtsprinzips *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 240.

183 Siehe S. 50; vgl. auch *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203 (205 f. Fn. 10, 218).

ßer Frage.¹⁸⁴ Ein Blick über den Tellerrand des Gesellschaftsrechts hinaus bestätigt ferner, dass das Kollegialprinzip einem deutschen „organisationsrechtlichen Vorverständnis“ entstammt.¹⁸⁵ So ist es insbesondere für verwaltungsrechtliche Gremien anerkannt.¹⁸⁶ Außerdem durchzieht es das Staats- und Justizorganisationsrecht.¹⁸⁷ Über seine maßgeblichen Vorzüge gegenüber monokratischen oder direktorialen Strukturen, namentlich die Verbesserung der Entscheidungsprozesse und -ergebnisse aufgrund breiterer Informationsgrundlagen und längerer Abwägungsprozesse sowie die Ausgewogenheit der Willensbildung und die Verhinderung kognitiver Verzerrungen durch gegenseitige Überwachung und Mäßigung, besteht rechtsbereichsübergreifend Einigkeit.¹⁸⁸

Das GmbH-Recht kennt allerdings keinen obligatorischen Grundsatz der Gleichberechtigung aller Geschäftsführer.¹⁸⁹ Daher stellt sich die Frage, ob das Kollegialprinzip in der GmbH gilt und, wenn ja, inwiefern und

184 *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 12, 36.

185 *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (746 f.); *Thiele*, Entscheidungsfindung, S. 135; *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 210 ff., 227 f., mit rechtsvergleichen den Ausführungen zu zwanzig weiteren Gesellschaftsrechten.

186 *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 205 f.; *Groß*, Kollegialprinzip, S. 63 ff.; *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 35; *Dagtoglou*, Kollegialorgane, S. 13, 28-30; auch § 88 VwVfG nennt explizit „kollegiale Einrichtungen“.

187 *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 205 f.; *Thiele*, Entscheidungsfindung, S. 135; *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (746); zum Justizorganisationsrecht siehe exemplarisch die Begründung des Bundesratsentwurfs für ein Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz (Justizbeschleunigungsgesetz), BT-Drs. 15/1491, 17, und die Begründung des Bundesratsentwurfs für ein Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege, BT-Drs. 12/1217, 46.

188 *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 37 f.; *Beckert*, Personalisierte Leitung, S. 80; *Bezzenberger*, ZGR 1996, 661 (666 f.); mit Verweis auf das Demokratieprinzip *Thiele*, Entscheidungsfindung, S. 136; *Thamm*, Verfassung, S. 89 f.; *Groß*, Kollegialprinzip, S. 204 ff., 300; *Dagtoglou*, Kollegialorgane, S. 22-24; *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 73; *Körner*, ZÖR 17 (1937), 55 (57 f.); BVerfG v. 11.10.1994 – 1 BvR 337/92, BVerfGE 91, 148 (166), Rn. 103; Begründung des Bundesratsentwurfs für ein Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz (Justizbeschleunigungsgesetz), BT-Drs. 15/1491, 17; Begründung des Bundesratsentwurfs für ein Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege, BT-Drs. 12/1217, 46; vgl. zum Aspekt der gegenseitigen Kontrolle die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 121; die empirische Haltbarkeit der Vorteile verneinend *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 292 f., 296 ff., 313 f.; krit. auch *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733 (767).

189 Siehe hierzu bereits S. 50.

welche Rückschlüsse sich daraus für die Herleitung und Reichweite der Gesamtverantwortung ziehen lassen.

b) Geltung in der GmbH

aa) Meinungsbild

Zum Kollegialprinzip im GmbH-Recht finden sich wenige, gegensätzliche Ausführungen in der Literatur. Teilweise wird die GmbH-Geschäftsführung schlicht als Kollegialorgan bezeichnet.¹⁹⁰ Zum Teil werden Kollegialität und Gleichberechtigung ganz selbstverständlich als Organisationsprinzipien des GmbH-Rechts vorausgesetzt und nicht einmal als Widerspruch zur Möglichkeit der Zuweisung von Alleinentscheidungsrechten an einzelne Organwaller angesehen.¹⁹¹ Differenzierende Stimmen verneinen dagegen die Geltung des Kollegialprinzips¹⁹² oder die Pflicht zur Bildung eines Kollegialorgans¹⁹³, jedenfalls abseits zwingender Organkompetenzen.

bb) Merkmale der Kollegialität im Einzelnen

Die volle Geltung des Kollegialprinzips bedingt Gesamtzuständigkeit,¹⁹⁴ wobei das Kollegium in der Regel durch Mehrheitsbeschluss und ausnahmsweise einstimmig entscheidet.¹⁹⁵ Mehrere Personen partizipieren gleichermaßen an der Bildung des Organwillens und tragen diesen geschlossen nach außen. Das Zuständigkeitskriterium ist jedoch insofern

190 So *Groß*, Kollegialprinzip, S. 107, 208 f.; vorsichtiger mit Blick auf die Weisungsrechte der Gesellschafter *Thamm*, Verfassung, S. 87 f.

191 So *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (746 f., 749); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 36.

192 So *v. Werder*, Führungsorganisation, S. 131, 187-189, 291; implizit *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 63.

193 So *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 186, 188, § 37 Rn. 31; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 110 f.

194 *Martens*, FS Fleck, 191 (195); *Thamm*, Verfassung, S. 92 f.; *Beckert*, Personalisierte Leitung, S. 28; vgl. auch EuGH v. 29.9.1998 – C-191/95, NZG 1998, 902 (904), Rn. 39.

195 *Thamm*, Verfassung, S. 107; *M. Schneider*, Beschlussfähigkeit, S. 137; *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 45 ff.; *Dagtolou*, Kollegialorgane, S. 123 Fn. 38; vgl. auch *Beckert*, Personalisierte Leitung, S. 29 f.

weich, als dass die Aufteilung von Kompetenzen auf einzelne Kollegen im Sinne einer Ressortverteilung mit der Kollegialität vereinbar ist, solange das Kollegium die Grundsatzentscheidungen trifft, also seine Kernaufgaben¹⁹⁶ gemeinsam wahrnimmt.¹⁹⁷ Das entspricht genau dem Recht und der Pflicht zur gemeinsamen Leitung als weitere Ausprägung der Gesamtverantwortung.

Die Gleichberechtigung hat ebenfalls nur „im Wesentlichen“ zu bestehen, weshalb Abstufungen zulässig sind.¹⁹⁸ Nach wohl überwiegender Auffassung ist der Übergang zur monokratischen oder direktorialen Führung dann vollzogen, wenn der Einzelne nicht mehr lediglich ein „primus inter pares“ ist, sondern die Befugnis hat, sich ohne Rückbindung an das Kollegium über die Mehrheit hinwegzusetzen.¹⁹⁹ Diese Grenze ist allerdings unscharf, weil Ausnahmen²⁰⁰ anerkannt sind und daher eine Überlagerung verschiedener Organisationsprinzipien denkbar ist. Richtigerweise ist die Gleichstellung seiner Mitglieder deshalb zwar wesentypisch für ein Kollegialorgan, aber nicht absolut einzuhalten.²⁰¹ Das Verhältnis verschiedener Strukturierungsmodelle und deren Wirkungen sind vielmehr im Einzelfall auszuloten.²⁰²

196 Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sind das die anhand betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse entwickelten „ungeschriebenen Leitungsaufgaben“, siehe ausführlich S. 66 ff.

197 *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 38; *Thamm*, Verfassung, S. 94 Fn. 249; ebenfalls auf eine betriebswirtschaftliche Charakterisierung abstellend *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 20 f. Fn. 83; zur Unterscheidung von Grundsatz- und Geschäftsführungsentscheidungen auch *Groß*, Kollegialprinzip, S. 106 f.; abw. *Linnertz*, Delegation, S. 82, 114 ff.

198 *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 38; *Beckert*, Personalisierte Leitung, S. 30 f.; *Thamm*, Verfassung, S. 94; *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 206; *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 11 ff.; *Dagtoglou*, Kollegialorgane, S. 33 f.

199 *Thiele*, Entscheidungsfindung, S. 132 f., 135; *Sodan*, Kollegiale Funktionsträger, S. 17; *Groß*, Kollegialprinzip, S. 49 f.; *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 12, 35 f.; *Beckert*, Personalisierte Leitung, S. 29 f.; *Dagtoglou*, Kollegialorgane, S. 33 f., 38 f.; *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 41.

200 *M. Schneider*, Beschlussfähigkeit, S. 22 f.; *Thiele*, Entscheidungsfindung, S. 139 f.; *Dagtoglou*, Kollegialorgane, S. 33, 52, 67, 110, 150 Fn. 48.

201 *Thiele*, Entscheidungsfindung, S. 139 f.; *M. Schneider*, Beschlussfähigkeit, S. 23.

202 Vgl. *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 41; *M. Schneider*, Beschlussfähigkeit, S. 23; *Körner*, ZÖR 17 (1937), 55 (59); implizit auch *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 14 Fn. 59.

cc) Übertragbarkeit auf die GmbH

Die gesetzliche Ausgangslage sieht mit der Gesamtvertretungs- und Gesamtgeschäftsführungsbefugnis²⁰³ gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG (analog) zweifelsohne eine kollegiale Struktur mehrköpfiger²⁰⁴ GmbH-Geschäftsführungsorgane vor. Sonderrechte einzelner Organwalter existieren nicht. Bei diesem Organisationsstand kann die Gesamtverantwortung nicht ernsthaft infrage gestellt werden, weil jedes Mitglied des Kollegiums in sämtliche Vorgänge gleichermaßen involviert ist.

Die Gesellschafter dürfen den Geschäftsführern gemäß § 37 Abs. 1 Var. 2 GmbHG grundsätzlich umfangreich Weisungen erteilen, also auch über Leitungsfragen entscheiden. Eine solche externe hierarchische Unterordnung des Kollegialorgans ist problematisch, weil sie das Kollegialverfahren zur Formalie abwerten kann, sofern das weisungsgebundene Gremium zum bloßen verlängerten Arm der übergeordneten Instanz wird.²⁰⁵ Weisungen bedeuten im GmbH-Recht jedoch zunächst einmal „nur“ eine proportionale Befreiung von Kompetenz und Verantwortung ad hoc im Einzelfall, wie sich § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG entnehmen lässt.²⁰⁶ Ferner ist zu bedenken, dass die gesetzlichen Aufgaben der Geschäftsführung, wie die bereits genannten steuerlichen Pflichten oder die Pflicht zur Abführung von Sozialbeiträgen, weisungsfest sind.²⁰⁷ Entgegenstehende Anordnungen sind damit nichtig und unbeachtlich.²⁰⁸ Im Hinblick auf ihre

203 Siehe S. 24.

204 Zu Recht gegen eine zahlenmäßige Besetzungsgrenze zumindest im Bereich des Gesellschaftsrechts *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 206 ff., m.w.N.; *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 121 f.

205 *Groß*, Kollegialprinzip, S. 50; *Dagtoglou*, Kollegialorgane, S. 48; die Fragestellung erinnert an den GmbH-rechtlichen Streit über die Existenz eines weisungsfreien unternehmerischen Kernbereichs der Geschäftsführung, der jedoch nicht auf Kollegialorgane beschränkt ist, siehe Fn. 214 a.E.

206 BGH v. 26.10.2009 – II ZR 222/08, NJW 2010, 64, Rn. 10; OLG Jena v. 1.9.1998 – 5 U 1816/97, NZG 1999, 121 (122), Rn. 32; *Ziemons*, Haftung, S. 32, 34 f., 40 f.; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 260; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 16.

207 BGH v. 6.3.2012 – II ZR 76/11, NJW 2012, 1656 (1658), Rn. 24; *Ulmer*, FS Schwark, 271 (273 f.); *Mennicke*, NZG 2000, 622 (623); *Schauf*, BB 2017, 2883 (2884 f.); *Ziemons*, Haftung, S. 21; *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); *Eisenhardt*, FS Pfeiffer, 839 (844); *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 37 Rn. 15 f.; *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119 (121); *Uffmann*, ZGR 2013, 273 (307 ff.), m.w.N. auch zur vereinzelt gebliebenen Gegenansicht.

208 BGH v. 26.10.2009 – II ZR 222/08, NJW 2010, 64, Rn. 10; v. 18.3.1974 – II ZR 2/72, GmbHR 1974, 131 (132), Rn. 10; OLG Jena v. 1.9.1998 – 5 U 1816/97,

Erfüllung stehen sich alle Geschäftsführer ebenbürtig gegenüber. Insofern hat das Kollegialprinzip auch im GmbH-Recht einen „festen Kern“.²⁰⁹ Das in der GmbH vorgesehene Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern ist daher nicht von vornherein mit dem Kollegialprinzip unvereinbar.²¹⁰ Nichts anderes kann gelten, wenn einer der Geschäftsführer gleichzeitig Minderheitsgesellschafter ohne Sonderrechte ist und die rechtliche Gleichstellung innerhalb des Organs daher, wenn überhaupt, faktisch gestört ist.²¹¹

Im Hinblick auf ihre Kompatibilität mit dem Kollegialprinzip deutlich heikler als externe Abhängigkeiten sind intra-organschaftliche vertikale Hierarchien, die sich in substanziellen Zuständigkeits- oder Befugnisunterschieden unter den Geschäftsführern manifestieren.²¹² Nach dem oben Gesagten können die Gesellschafter einen Organwalter mit Alleinentscheidungsrechten ausstatten. Nach zutreffender, ganz herrschender Auffassung erlaubt es die weitgehende Satzungsdispositivität des § 45 GmbHG sogar, einzelnen²¹³ Geschäftsführungsmitgliedern durch eine sogenannte Zölibats-Klausel sämtliche Befugnisse zu nehmen, die sie nicht zur Erledigung ihrer gesetzlichen Pflichtaufgaben benötigen.²¹⁴ Letzteres kann sich etwa

NZG 1999, 121 (122), Rn. 32; *Mennicke*, NZG 2000, 622 (624); *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 278; *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 85.

209 Bezogen auf den Grundsatz der Gesamtverantwortung ähnl. *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (747).

210 *Limmertz*, Delegation, S. 165; allg. zu externen Weisungsbindungen und ihrem Verhältnis zur Kollegialität *Groß*, Kollegialprinzip, S. 51; *Thiele*, Entscheidungsfindung, S. 148 ff.

211 Vgl. *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 15.

212 Die nachstehend behandelten Gestaltungen sind nicht abschließend, aber hinreichend, um die Wirkungsweise des Kollegialprinzips in der GmbH zu veranschaulichen.

213 Widersprüchlich allerdings *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 85 f., die die Zölibats-Klausel bei einer Einmanngeschäftsführung für unzulässig halten, deren wesensgleiche Entmachtung durch Weisungen aber billigen.

214 OLG Karlsruhe v. 4.5.1999 – 8 U 153/97, NZG 2000, 264 (269), Rn. 519; OLG Hamm v. 8.7.1985 – 8 U 295/83, ZIP 1986, 1188 (1193 f.); OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (398), Rn. 36; *Ulmer*, FS Schwark, 271; *Peters*, GmbHR 2008, 682 (685); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 37 Rn. 30; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 37 Rn. 16; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 32; weitergehend *Lenz*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 37 Rn. 11; zu unterscheiden ist die hochumstrittene Frage, inwieweit der Geschäftsführung insgesamt ein Kernbereich unternehmerischer Freiheiten verbleiben muss: dagegen OLG Nürnberg v. 9.6.1999 – 12 U 4408/98, NZG 2000,

anbieten, wenn eine Person lediglich aus repräsentativen Gründen oder als Vertreter der Gesellschafterminderheit Teil der Geschäftsführung ist oder sich zunächst bewähren oder eingelernt und an ihre Position herangeführt werden soll.²¹⁵ Auch der Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft innerhalb einer Matrix kann eine solche Position als bloßer „Gesetzeshüter“ einnehmen.²¹⁶

Selbst unter Geltung eines Alleinentscheidungsrechts muss jedoch eine gemeinsame Beratung und Beschlussfassung im Kollegium stattfinden.²¹⁷ „Die anderen sind keine untergeordneten, sondern überstimmte“²¹⁸ Geschäftsführer. Im Falle einer Geschäftsverteilung führen die Ressortleiter ihre Bereiche zudem eigenverantwortlich. Eine solche Organisationsverfassung ist von einer streng monokratischen oder monistischen Struktur zu unterscheiden. Diese sind, und hierin liegt der entscheidende Unterschied,²¹⁹ dadurch charakterisiert, dass es neben dem Entscheidungsträger auch Personen ohne jedwede Entscheidungsmacht gibt, die im Ergebnis lediglich unterstützend agieren. Wäre bereits die potenzielle Befugnis eines Organmitglieds, gegen den Willen der Mehrheit zu entscheiden, unvereinbar mit dem Kollegialprinzip, könnte die mit einem Allein- oder Mehrheitsgesellschafter besetzte Geschäftsführung nie ein Kollegialorgan sein. Das Alleinentscheidungsrecht muss nicht zwingend und in jedem Fall ausgeübt werden. Es ist zudem möglich, es nur für bestimmte Angelegenheiten einzuräumen. Ein Alleinentscheidungsrecht hinsichtlich der

154 (155), Rn. 48; OLG Düsseldorf v. 15.11.1984 – 8 U 22/84, ZIP 1984, 1476 (1478); Eisenhardt, FS Pfeiffer, 839 (844-846); Mennicke, NZG 2000, 622 (622 f.); Konzen, NJW 1989, 2977 (2979); Lutter, ZIP 1986, 1195 (1196); a.A. Geißler, GmbHR 2009, 1071 (1074); differenzierend Hommelhoff, ZGR 1978, 119 (129).

215 Ulmer, FS Schwark, 271; Geißler, GmbHR 2009, 1071 (1076); Paefgen, in: U/H/L, GmbHG, § 37 Rn. 30; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 39; Lutter, ZIP 1986, 1195 (1196).

216 Vgl. BFH v. 12.5.2009 – VII B 266/08, BFH/NV 2009, 1589 (1590 f.), Rn. 12 f.; v. 31.10.2005 – VII B 57/05, GmbHR 2006, 274 (275), Rn. 15-17; BGH v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, GmbHR 1995, 299 (300), Rn. 8; zum nicht unerheblichen Haftungsrisiko im Falle fehlender Kontrollrechte ausführlich Schauf, BB 2017, 2883 (2884 ff.); Schockenhoff, GmbHR 2019, 514 (520).

217 Zur entsprechenden ehemaligen Rechtslage in der AG *Fleischer*, NZG 2003, 449 (457); Erle, AG 1987, 7 (8); Schlegelberger/Quassowski, AktG, § 70 Rn. 14; Boesebeck, JW 1938, 2525 (2528).

218 Boesebeck, JW 1938, 2525 (2528).

219 Vgl. Thiele, Entscheidungsfindung, S. 132 f., 135; Sodan, Kollegiale Funktionsträger, S. 17; beide Extreme gegenüberstellend, aber die Bandbreite dazwischen außer Acht lassend Dagtoglou, Kollegialorgane, S. 38 f.; Ueberwasser, Kollegialprinzip, S. 35 f.

Erfüllung organschaftlicher Mindestkompetenzen kann es ohnehin nicht geben. Auch hier wird der abweichungsfeste Kern des Kollegialprinzips in der GmbH sichtbar. Im Übrigen kann die gleichberechtigte Befugnis zur Letztentscheidung sonstiger Leitungs- und Geschäftsführungsfragen zwar völlig abbedungen werden.²²⁰ Die Folgen eines solchen Machtungleichgewichts werden jedoch dadurch abgemildert, dass die übrigen Kollegen die Gesellschafter oder einen etwaigen Aufsichtsrat weiterhin stets anrufen können und müssen, wenn sie einen Alleinentscheid für gesetzwidrig oder schädlich halten.²²¹ Auch insofern ist also grundsätzlich²²² eine mittelbare Rückkoppelung an das Kollegium gegeben. Somit wird deutlich, dass ein Alleinentscheidungsrecht und ähnliche Gestaltungen²²³ das Kollegialprinzip, zumindest in der GmbH, nicht gänzlich beseitigen, sondern lediglich abschwächende, modifizierende Wirkung haben.²²⁴ Das veranschaulicht wiederum, dass die Grenze zwischen Kollegial- und Direktorialprinzip keine abrupte, sondern eine fließende ist.²²⁵ Die Geschäftsführung der GmbH wird im Falle eines Letztentscheidungsrechts ähnlich wie die Bundesregierung zum „geführten Kollegium“.²²⁶ Weil die Letztentscheidung durch

220 Zu der mit der Ausübung eines Alleinentscheidungsrechts korrespondierenden alleinigen Beschlussverantwortung vgl. *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 64; zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 298 f.

221 *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 64; vgl. auch *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 442, m.w.N.; zur entsprechenden ehemaligen Rechtslage in der AG *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (749); *Schlegelberger/Quassowski*, AktG, § 70 Rn. 18; *Boesebeck*, JW 1938, 2525 (2528).

222 Sofern der bevorrechtigte Geschäftsführer nicht gleichzeitig Allein- oder Mehrheitsgesellschafter ist und eine Abänderung der Entscheidung daher faktisch ausscheiden dürfte; dann kommt zumindest im Falle rechtswidriger Beschlüsse jedoch evtl. die Unterrichtung von Behörden in Betracht, siehe S. 19.

223 Die Ausführungen gelten entsprechend für die Ausstattung eines Geschäftsführers mit Weisungsrechten gegenüber seinen Kollegen, insbesondere wenn die Stimmkraft im Kollegium gleich verteilt bleibt und die Geschäftsführermehrheit die Weisung aufheben kann; zur Zulässigkeit intra-organschaftlicher Weisungsrechte *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 65; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 87; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 19; OLG Karlsruhe v. 23.3.2011 – 7 U 81/10, GmbHR 2011, 535 (538), Rn. 37; zweifelnd BGH v. 6.3.2012 – II ZR 76/11, NJW 2012, 1656 (1658), Rn. 24.

224 Vgl. *Ulmer*, FS Schwark, 271 (279); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 298; *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (749); *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 104 f.

225 Vgl. *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 41; *M. Schneider*, Beschlussfähigkeit, S. 23; zu undifferenziert daher v. *Werder*, Führungsorganisation, S. 172 ff.

226 Vgl. *Ueberwasser*, Kollegialprinzip, S. 14 Fn. 59; *Thiele*, Entscheidungsfindung, S. 133; *Thamm*, Verfassung, S. 28 ff.; *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (746).

den Einzelnen nie zwingend ist und bis zu ihrem Eintritt jedenfalls auch eine gleichberechtigte Teilhabe an sämtlichen Organfunktionen gewährt ist, bleibt konsequenterweise der zweite Aspekt der Gesamtverantwortung, die gegenseitige Pflicht zur Überwachung, auch im Falle eines Alleinentscheidungsrechts aufrecht erhalten.²²⁷

Wird ein Geschäftsführer hingegen durch die Zölibats-Klausel bis auf die zwingenden Kompetenzen gänzlich von der aktiven Mitwirkung an der Erfüllung der Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben ausgeschlossen, so kann er insoweit auch nicht als Teil des Kollegiums bezeichnet werden. Die Geschäftsführung der GmbH ist dann paradoxerweise nur teilweise ein Kollegialorgan. Das Kollegialprinzip erfährt auf diese Weise eine echte partielle Durchbrechung. Soweit die Organaufgaben dem Zölibats-Geschäftsführer entzogen sind, unterliegen sie von vornherein nicht seinem Einfluss. Aus diesem Grund kann von ihm insoweit auch keinerlei Überwachung der Kollegen verlangt werden.²²⁸ Seine Kontrollpflichten greifen dann lediglich hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Pflichten.²²⁹

c) Zwischenergebnis

Das Kollegialprinzip ist ein „richtunggebender Maßstab rechtlicher Normierung“,²³⁰ der in Deutschland rechtsgebietsübergreifend die Organisationsverfassung von Gremien prägt. Es durchzieht insbesondere das Verwaltungs-, Staats-, Justiz- und nicht zuletzt das Gesellschaftsorganisationsrecht. Dem Kollegialitätsgedanken liegt die Überzeugung zugrunde, dass kollekt-

227 Ohne Begründung *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 73; *Ulmer*, FS Schwark, 271 (279); *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745 (749); *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 64.

228 *Ulmer*, FS Schwark, 271 (279 f.).

229 *Ulmer*, FS Schwark, 271 (273 f., 280 f.); *Peters*, GmbHR 2008, 682 (684); *Schauf*, BB 2017, 2883 (2886-2888); *Mennicke*, NZG 2000, 622 (624 f.); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 37 Rn. 31; undeutlich OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (398), Rn. 36; vgl. auch BGH v. 13.10.2016 – 3 StR 352/16, NStZ 2017, 149; BFH v. 12.5.2009 – VII B 266/08, BFH/NV 2009, 1589 (1591), Rn. 13.

230 Wie die folgenden Ausführungen veranschaulichen, erfüllt es alle Merkmale eines Rechtsprinzips; vgl. zum Rechtsprinzip *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 240 f. 302 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 544; ohne Begründung dagegen von einem funktionsbestimmten Rechtsbegriff ausgehend *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 200.

tive Intelligenz dem Individuum überlegen ist. Der Streit über die richtige Lösung soll die besseren Entscheidungen hervorbringen. Kollegialität verlangt und wird dementsprechend konkretisiert durch die Loyalität sowie die grundsätzliche Gleichberechtigung und damit korrespondierende Gleichverpflichtung der Kollegen. Der Schluss von der gleichberechtigten Teilhabe auf die gleichmäßig auf mehrere Schultern verteilte Verantwortung bietet die kohärente Erklärung für den Grundsatz der Gesamtverantwortung.

Die mehrköpfige GmbH-Geschäftsführung ist grundsätzlich ein Kollegialorgan, dessen Mitglieder folglich eine Gesamtverantwortung trifft. Im Hinblick auf die gesetzlichen Mindestpflichten der Geschäftsführer ist das zwingend. Insofern hat das Kollegialprinzip im GmbH-Recht einen abweichungsfesten Kern. Allerdings unterliegt es in der GmbH in stärkerem Maße der Modifikation durch die Gesellschafter. Denn diesen ist es erlaubt, die Geschäftsführer nicht nur mit unterschiedlichen Zuständigkeiten, sondern auch mit unterschiedlichen Rechten auszustatten und dadurch Kollegialitäts- und Gesamtverantwortlichkeitsabstufungen zu schaffen. Sie können die Position einzelner Geschäftsführer etwa durch Alleinentscheidungsbefugnisse ausbauen oder bis auf die gesetzlichen Mindestkompetenzen zurückstutzen. In dem Maße, in dem die gleichberechtigte Teilhabe reduziert wird, wird auch das Kollegialprinzip und mit ihm die Gesamtverantwortung abgeschwächt und letztlich aufgehoben. Während ein Alleinentscheidungsrecht in erster Linie die erste Ausprägung der Gesamtverantwortung, also die anteilige Mitwirkung der Geschäftsführer an der Leitung der Gesellschaft, abbedingt und die Überwachungspflichten im Übrigen unberührt lässt, durchbricht eine Zölibats-Klausel das Kollegialprinzip und den Grundsatz der Gesamtverantwortung in maximal zulässiger Weise. Der Zölibats-Geschäftsführer hat lediglich Einfluss auf die Einhaltung von Gesetzen, weshalb er auch nur in diesem Umfang zur Überwachung seiner Kollegen verpflichtet ist.

B. Reichweite

Kollegialität verlangt nach kollektiver Verantwortung. Letztere bedingt die grundsätzliche Pflicht zur gemeinsamen Wahrnehmung grundlegender Organkompetenzen und zur gegenseitigen Überwachung der Organmitglieder.²³¹

231 Siehe S. 56.

I. Verbot der Delegation von Leitungspflichten

Ein Ausfluss des Gesamtverantwortungsgrundsatzes ist die Unveräußerbarkeit grundlegender Befugnisse des Kollegialorgans. Im Gesellschaftsrecht werden diese mit den Leitungsaufgaben (sogenannte organschaftliche Mindestzuständigkeiten)²³² gleichgesetzt. Leitungsaufgaben hat das Gremium im Grundsatz als Ganzes wahrzunehmen und darf sie weder horizontal noch vertikal delegieren.²³³ „Leitung“ ist dabei nach gängigem Verständnis ein hervorgehobener Teil der Geschäftsführung im Sinne genuiner unternehmerischer Funktionen, die von überragender Bedeutung für das Wohl des Unternehmens oder das öffentliche Interesse sind.²³⁴ Unterschieden werden herkömmlicherweise von Gesetzes wegen wahrzunehmende und ungeschriebene Leitungsaufgaben,²³⁵ wobei sich die Gesamtverantwortung für erstere genau genommen nicht aus dem Kollegialprinzip, sondern bereits aus ihrer normativen Grundlage ergibt.²³⁶

1. Gesetzliche Leitungspflichten

Welche Pflichten dem jeweiligen Kollegialorgan zwingend kollektiv obliegen, konkretisiert zum Teil bereits das Gesetz. Die Geschäftsführer einer GmbH haben sich rechtstreu zu verhalten und daher die ihnen intern und extern auferlegten normativen Pflichtenbindungen unbedingt einzuhalten (sogenannte Legalitätspflicht).²³⁷ Wenn bereits das Gesetz ohne

232 *Frels*, ZHR 122 (1959), 8 (27).

233 *Dreher*, FS Hopt, 517 (522 f., 529); *Hüffer*, FS Happ, 93 (99); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484); *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2200 f.); *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 483-485; *Semler*, FS Döllerer, 571 (577); *Martens*, FS Fleck, 191 (194); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (67); *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203 (215).

234 *Dreher*, FS Hopt, 517 (519, 524); *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1470); *Hüffer*, FS Happ, 93 (98); *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (3); *Henze*, BB 2000, 209 (209 f.); *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203 (215); krit. *Linnertz*, Delegation, S. 59 ff.

235 *Dreher*, FS Hopt, 517 (520 ff.); *Hüffer*, FS Happ, 93 (97 f.); dagegen für eine Abgrenzung anhand des Kriteriums der „Befugnisüberschreitung“ zur AG *Linnertz*, Delegation, S. 216 ff.

236 Dementsprechend ist im Hinblick auf ihre Delegierbarkeit auch auf den Sinn und Zweck der einzelnen Norm abzustellen und kann nicht pauschal auf den Grundsatz der Gesamtverantwortung verwiesen werden, siehe S. 72.

237 *Abeltshausen*, Leitungshaftung, S. 205 f.; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 21, 142; *Schockenhoff*, NZG 2019, 281 (282); *W. Goette*, ZHR 175 (2011),

Einschränkung in § 34 Abs. 1 S. 1 AO²³⁸ die „gesetzlichen Vertreter“ oder in § 41 GmbHG²³⁹ die „Geschäftsführer“ anspricht, bringt es hierdurch im Ansatz eine zwingende²⁴⁰ individuelle Verantwortlichkeit jedes einzelnen Organmitglieds zum Ausdruck. Das bestätigen die klarstellenden Hinweise auf den Gesamtverantwortungsgrundsatz in den Bestimmungen über Unternehmensverantwortliche²⁴¹ für einzelne öffentlich-rechtliche Pflichten in systematischer Hinsicht. Eine solche Regelungstechnik lässt den Schluss zu, dass ansonsten, das heißt wenn die Geschäftsleitung kein primär geschäftsführungsbefugtes Organmitglied zu bestimmen hat, ohne Weiteres sämtliche Geschäftsführer in die Pflicht genommen sind. Nichts anderes gilt bei Verboten, die unabhängig davon, wer gegen sie verstößt, Wirkung beanspruchen. Hierzu gehören insbesondere die §§ 30 Abs. 1 S. 1, 33 Abs. 1 GmbHG.²⁴² Weitere sämtliche GmbH-Geschäftsführer betreffenden „Kardinalpflichten“ ergeben sich beispielsweise aus den §§ 40 Abs. 1 S. 1,²⁴³ 49 Abs. 3²⁴⁴ und 78 Hs. 2²⁴⁵ GmbHG. Nicht rechtsformspezifische, also vor allem sanktionsbewehrte öffentlich-rechtliche und strafrechtliche

388 (390); *ders.*, FS 50 Jahre BGH, 123 (125, 131 f.); *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 106; zur AG LG München I v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, NZG 2014, 345 (346), Rn. 89.

238 BFH v. 13.3.2003 – VII R 46/02, BStBl. II 2003, 556 (560), Rn. 31; v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NZG 1998, 861 (862), Rn. 19; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (777), Rn. 14.

239 BGH v. 12.1.2009 – II ZR 27/08, NZG 2009, 386 (387), Rn. 8; v. 26.6.1995 – II ZR 109/94, GmbHR 1995, 653 (654), Rn. 11; v. 8.7.1985 – II ZR 198/84, NJW 1986, 54 (55), Rn. 9; RG v. 9.1.1886 – 1070/85, RGSt 13, 235 (239); *Meyer*, in: Scholz, GmbHG, § 41 Rn. 7; *Dreher*, FS Hopt, 517 (522); *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); zu § 91 Abs. 1 AktG und zur steuerrechtlichen Buchführungspflicht *Fleischer*, WM 2006, 2021 (2021-2023).

240 Zur hiervon zu unterscheidenden umstrittenen Modifikation der Binnenhaftung durch Absenkung des Verschuldensmaßstabs *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2438).

241 Siehe S. 38.

242 *W. Goette/M. Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 60; *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); *Mennicke*, NZG 2000, 622 (623); *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 282.

243 *Terlau*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 40 Rn. 19; *Dreher*, FS Hopt, 517 (522); *Geißler*, GmbHR 2009, 1071 (1074).

244 *Ulmer*, FS Schwark, 271 (273); *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 282; *Dreher*, FS Hopt, 517 (522); *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); vgl. auch BGH v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, GmbHR 1995, 299 (300), Rn. 6f.

245 *Ulmer*, FS Schwark, 271 (274); *Dreher*, FS Hopt, 517 (522); *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 282.

Pflichten,²⁴⁶ sind neben § 34 Abs. 1 S. 1 AO etwa § 25a Abs. 1 S. 2 KWG²⁴⁷, § 266a Abs. 1 StGB i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB²⁴⁸ sowie § 15a Abs. 1 S. 1 InsO²⁴⁹ und nunmehr auch § 15b Abs. 1 S. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG a.F.)²⁵⁰.

Von den aufgezählten Vorschriften, die allesamt öffentlichen Interessen dienen, insbesondere dem Gläubigerschutz, vgl. etwa § 43 Abs. 3 S. 2 und 3 GmbHG,²⁵¹ sind Verhaltensgebote wie die Vorlagepflicht nach § 42a Abs. 1 S. 1 GmbHG oder die Einberufungspflicht nach § 49 Abs. 2 GmbHG zu unterscheiden. Diese sind zwar auch an sämtliche Geschäftsführer gerichtet, betreffen jedoch das interne Verhältnis zu den Gesellschaftern und der Gesellschaft und schützen gesellschaftsexterne Interessen nicht einmal reflexartig.²⁵²

Des Weiteren können die Regelungen danach unterschieden werden, ob sie lediglich, wie § 49 Abs. 2 und 3 GmbHG i.V.m. § 43 Abs. 2 GmbHG²⁵³ sowie § 15b Abs. 4 S. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG a.F.)²⁵⁴, eine gesellschaftsin-

246 Dreher, FS Hopt, 517 (523), mit weiteren Beispielen.

247 Siehe S. 38.

248 BGH v. 25.1.2011 – II ZR 196/09, NZG 2011, 303 (304), Rn. 17; v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (378), Rn. 21.

249 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166 f.), Rn. 14 f.; v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461), Rn. 11.

250 BGH v. 24.9.2019 – II ZR 248/17, BeckRS 2019, 31312, Rn. 17; v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166 f.), Rn. 14 f.; v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461), Rn. 11.

251 Verse, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 9; Lindacher, JuS 1984, 672 (673); Begründung des Regierungsentwurfs für das GmbHG, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92, Anlagenband 5, Aktenstück 660, 3750; zu § 91 Abs. 1 AktG Fleischer, WM 2006, 2021 (2028).

252 Zu § 42a Abs. 1 S. 1 GmbHG Haas/Kersting, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 42a Rn. 4; Meyer, in: Scholz, GmbHG, § 42a Rn. 2; zu § 49 Abs. 2 GmbHG implizit Liebscher, in: MüKo, GmbHG, § 49 Rn. 71; Römermann, in: M/H/L/S, GmbHG, § 49 Rn. 143.

253 Liebscher, in: MüKo, GmbHG, § 49 Rn. 65; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 49 Rn. 23; zur entsprechenden aktienrechtlichen Vorschrift BGH v. 9.7.1979 – II ZR 211/76, NJW 1979, 1829 (1831), Rn. 27.

254 BGH v. 21.5.2019 – II ZR 337/17, GmbHR 2019, 1110 (1111), Rn. 16; v. 15.3.2011 – II ZR 204/09, GmbHR 2011, 642 (644), Rn. 20 f.; H.-F. Müller, in: MüKo, GmbHG, § 64 Rn. 137; vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs für das GmbHG, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92, Anlagenband 5, Aktenstück 660, 3756; a.A. Altmeyden, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, Vor § 64 Rn. 120 f.

terne Inanspruchnahme oder, wie die §§ 34 Abs. 1 S. 1, 69 AO und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, eine Außenhaftung ermöglichen.

2. Ungeschriebene Leitungspflichten

Weil die gesetzlich normierten Zuständigkeiten lediglich einen Ausschnitt der Führungspflichten wiedergeben, ist es anerkannt, dass es weitere ungeschriebene Kernkompetenzen geben muss.²⁵⁵ In der GmbH ist die Rechtslage angesichts der Dualität der Leitungsorganisation allerdings ungleich differenzierter als in der AG, was maßgeblichen Einfluss auf die Frage der Delegierbarkeit hat.

a) Unternehmerfunktionen

Nach ganz herrschender Auffassung gibt es einen Kanon von Aufgaben, die der Geschäftsführung zwar nicht ausdrücklich gesetzlich²⁵⁶ zugewiesen sind, aber dennoch anhand betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse²⁵⁷ typologisch zugeordnet werden können.²⁵⁸ Ausgehend von dem Bild des Unternehmensleiters als Initiativ-, Entscheidungs- und Handlungszentrum werden anerkanntermaßen²⁵⁹ die Aufgaben der Unternehmensplanung, -organisation und -kontrolle sowie die Besetzung nachgeordneter Führungspositionen als primäre Leitungsangelegenheiten betrachtet.²⁶⁰ Die Unternehmenskontrolle dient der Überwachung der Erreichung von Plan-

255 *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 51; *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (68); *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203 (215); *Martens*, FS Fleck, 191 (195); a.A. *Kuntz*, AG 2020, 801 (805 ff.).

256 Vgl. zur AG jedoch § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 4 AktG.

257 Grundlegend *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 45 ff.; aus heutiger Sicht v. *Werder*, Führungsorganisation, S. 34 ff.

258 *Dreher*, FS Hopt, 517 (521); *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (5 f.); *Henze*, BB 2000, 209 (210); *Martens*, FS Fleck, 191 (195).

259 Mit anderen Akzenten *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 57 ff.; krit. hierzu *Dreher*, FS Hopt, 517 (522); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 61 f.

260 Im Einzelnen *Semler*, Leitung, Rn. 11 ff.; *ders.*, FS Döllerer, 571 (577 f.); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 53 ff.; siehe auch *Löbbecke/Fischbach*, AG 2014, 717 (719); *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (5); *Dreher*, FS Hopt, 517 (521 f.); *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1467, 1471); *Hüffer*, FS Happ, 93 (100); *W. Goette*, FS 50 Jahre BGH, 123 (125 f.); *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2200 ff.); *Henze*, BB 2000, 209 (210);

zielen und der Korrektur entsprechender Abweichungen, also der Prüfung und Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit und Rentabilität der Unternehmung, und ist daher von der gesetzlichen Pflicht zur wirtschaftlichen Selbstkontrolle und der Compliance-Pflicht zu unterscheiden.²⁶¹ Gemein ist den aufgezählten Kompetenzen, dass sie von gewichtiger Bedeutung für die mittel- bis langfristige Entwicklung des gesamten Unternehmens und die Ertrags-, Finanz- und Beschäftigungslage sind.²⁶²

In der GmbH besteht die Besonderheit, dass ein wesentlicher Teil der Unternehmensplanung den Gesellschaftern obliegt.²⁶³ Sie haben primär über die Unternehmenspolitik zu bestimmen, also die übergeordneten und richtungweisenden Ziele und Leitlinien der Unternehmung abzustimmen.²⁶⁴ Die Geschäftsführer erarbeiten hierzu Beschlussvorschläge sowie die notwendigen strategischen Konzepte.²⁶⁵ Die Umsetzung der Unternehmenspläne durch eine abgestimmte betriebliche Organisation und die laufende und nachvollziehende Überwachung der wirtschaftlichen Entwicklung ist nach dem Normalstatut ebenfalls originär den Geschäftsführern anvertraut.²⁶⁶ Aus § 46 Nr. 7 GmbHG ergibt sich wiederum ein maßgeblicher Einfluss der Gesellschafter auf die Besetzung von Führungsposten nachgeordneter Unternehmensebenen. Damit ist die vierte Leitungsfunktion den Geschäftsführern im Ansatz teilweise entzogen.

Die eigene Rechtstreue wurde bereits als explizite Leitungsaufgabe qualifiziert. Zunehmend wird ergänzend die Compliance (auch Legalitätskontrollpflicht oder Legalitätsthroughsetzungspflicht) zu den „ungeschrie-

Schiessl, ZGR 1992, 64 (68); zu einer Organisationsfrage OLG Frankfurt v. 16.12.1993 – 6 U 190/93, AG 1994, 234 (235 f.), Rn. 30.

261 Vgl. *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 128 f., 139; *Semler*, Leitung, Rn. 18; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 57; *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 51.

262 *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (300); *Dreher*, FS Hopt, 517 (521); *Semler*, FS Döllner, 571 (578); *Henze*, BB 2000, 209 (210).

263 Siehe hierzu bereits S. 44.

264 *Semler*, Leitung, Rn. 11, 16; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 54; *Gutenberg*, Betriebswirtschaftslehre, S. 45.

265 *W. Goette/M. Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 61; *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (439); *Bork*, ZIP 2011, 101 (102 f.); *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 57; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 62; *Altmeyden*, ZGR 1999, 291 (305); *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119 (126).

266 OLG Zweibrücken v. 22.12.1998 – 8 U 98/98, NZG 1999, 506 (507), Rn. 64; *Bork*, ZIP 2011, 101 (102 f.).

benen²⁶⁷ Kernkompetenzen gezählt.²⁶⁸ Hiernach haben die Geschäftsführer in Abhängigkeit von den konkreten Verhältnissen, insbesondere der Art und Größe der Unternehmung, durch präventive organisatorische Vorkehrungen sowie entsprechende repressive Aufsichtsmaßnahmen die Einhaltung sämtlicher das Unternehmen betreffenden Rechtsvorschriften²⁶⁹ durch nachgeordnete Mitarbeiter sicherzustellen.²⁷⁰ Angesichts der existenzgefährdenden Konsequenzen rechtswidrigen Verhaltens Unternehmensangehöriger, etwa in Form von Geldbußen oder auch Schadensersatzbegehren,²⁷¹ steht die Compliance den etablierten Unternehmerfunktionen im Hinblick auf ihre Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung der Gesellschaft in nichts nach. Der Natur der Sache nach lässt sich eine einheitliche Rechtsdurchsetzung im Unternehmen nur von der Spitze aus organisieren. Zu Recht wird Compliance daher im Grundsatz ebenfalls als Unternehmerfunktion angesehen.

b) Entscheidungen außergewöhnlicher Tragweite

Der Leitungscharakter einer Entscheidung, die nicht originär unternehmerischen Kernfunktionen unterfällt, kann sich auch aus der „Natur der

267 Zur Organstellung sowie § 43 Abs. 1 GmbHG als eigentliche Geltungsgründe der internen Compliance-Verantwortung *Schockenhoff*, NZG 2019, 281 (282); *Löbke*, FS Seibert, 561 (563 f.); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 45; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136 (144 f.); *W. Goette*, ZHR 175 (2011), 388 (392); *Bürkle*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 36 Rn. 19; vgl. auch BGH v. 7.5.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 (2165), Rn. 10.

268 LG München I v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, NZG 2014, 345 (348), Rn. 103; *Kort*, GmbHR 2013, 566; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136 (162); *Arnold*, ZGR 2014, 76 (80); *Niensch*, ZIP 2013, 1449 (1454 f.); *W. Goette*, ZHR 175 (2011), 388 (394); *Kiethe*, GmbHR 2007, 393 (394, 397); *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 151 ff.; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 159 f.

269 Siehe hierzu die beispielhafte Auflistung bei *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 25.

270 *Uwe H. Schneider/Brouwer*, FS Priester, 713 (716); *Löbke*, FS Seibert, 561 (564 f.); *Arnold*, ZGR 2014, 76 (79); *W. Goette*, ZHR 175 (2011), 388 (391); *Kiethe*, GmbHR 2007, 393 (394); vgl. BGH v. 7.5.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 (2165), Rn. 10; v. 9.5.2017 – 1 StR 265/16, AG 2018, 39 (40), Rn. 118; v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 (33 f.), Rn. 22; v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 (220 f.), Rn. 38; v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (375), Rn. 15.

271 *W. Goette*, ZHR 175 (2011), 388 (398 f.).

Aufgabe“ im Einzelfall ergeben.²⁷² Überwiegend werden Angelegenheiten, die ein besonderes wirtschaftliches Risiko aufweisen oder sonst von grundlegender oder sogar existenzieller Bedeutung für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft sind und damit alle Ressorts betreffen, zu den Leitungsaufgaben gezählt.²⁷³ Ausschlaggebend für eine entsprechende Tragweite sind Art und Größe der Gesellschaft sowie deren wirtschaftliche Situation.²⁷⁴

Als Beispiele für einschlägige Kompetenzen werden teilweise die Ausgestaltung der Gesellschaftsbinnenorganisation, die Selektion und Aufsicht über leitende Angestellte sowie die Ausarbeitung von Beschlussvorlagen zur Geschäftspolitik oder die wirtschaftliche Kontrolle des Unternehmens aufgezählt.²⁷⁵ Diese Aufgaben lassen sich jedoch bereits allesamt den Unternehmerfunktionen zuordnen.

Zum Teil wird eine außerordentliche Leitungsaufgabe auch angenommen, sobald sich eine krisenhafte Entwicklung oder eine sonstige Ausnahmesituation abzeichnet, die eine ressortübergreifende Dimension erlangt.²⁷⁶ Dabei wird jedoch übersehen, dass die zum Beleg angeführten Gerichtsentscheidungen allesamt die Legalitätspflicht der Geschäftsführer betreffen, die nach gängigem Verständnis ohnehin eine Leitungsaufgabe ist. Im Lederspray-Fall²⁷⁷ ging es etwa um Körperverletzungsdelikte. Im Übrigen betreffen die zitierten „Krisenfälle“ bei genauerer Betrachtung die Abführung von Sozialbeiträgen²⁷⁸ oder das Verbot masseschmälernder Zahlungen und die Insolvenzantragspflicht²⁷⁹ sowie die Haftung für Steu-

272 Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 282; Seibt, FS K. Schmidt, 1463 (1471); Ziemons, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 331; Paefgen, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 183; H.-J. Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 109.

273 Semler, FS Döllerer, 571 (578 f.); Seibt, FS K. Schmidt, 1463 (1471); Martens, FS Fleck, 191 (197 f.); Emde, FS Uwe H. Schneider, 295 (300); Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 282; Heisse, Geschäftsführerhaftung, S. 82; OLG Karlsruhe v. 4.5.1999 – 8 U 153/97, NZG 2000, 264 (267), Rn. 448; vgl. auch BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (124), Rn. 48; BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (777), Rn. 16; zur AG BGH v. 28.10.1971 – II ZR 49/70, WM 1971, 1548 (1548 f.), Rn. 11.

274 Semler, FS Döllerer, 571 (579); Schiessl, ZGR 1992, 64 (68).

275 Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 283; Ziemons, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 332.

276 Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 283; Ziemons, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 334; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 31.

277 BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (113 ff.), Rn. 29 ff.

278 OLG Düsseldorf v. 27.10.1995 – 22 U 53/95, GmbHR 1996, 368 (368 f.), Rn. 2 ff.

279 BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461 ff.), Rn. 6 ff.

erschulden²⁸⁰. Die Frage, ob eine Ressortverteilung in Ausnahmesituationen obsolet werden kann,²⁸¹ hat nichts mit der Charakterisierung von Leitungsaufgaben zu tun, sondern betrifft eine ihr nachgelagerte Problematik.

Richtigerweise bleiben für die Auffangkategorie der Geschäfte außergewöhnlicher Bedeutung daher nur unternehmerische Maßnahmen, die den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb überschreiten,²⁸² wie eine Neuausrichtung des Produktsortiments und finanzielle Umbrüche sowie bedeutende Kreditvergaben²⁸³ oder Investitionen.²⁸⁴ Auch die Entscheidung über den Abschluss einer Kreditversicherung für ein großvolumiges Auslandsgeschäft fällt unter Umständen darunter.²⁸⁵ Diese Aufgaben können sich mit geschäftspolitischen Fragestellungen und sogenannten ungewöhnlichen Maßnahmen überschneiden.²⁸⁶ Über sie haben in der GmbH nach ganz herrschender Meinung primär die Gesellschafter zu befinden.²⁸⁷ Für die vorliegende Untersuchung ist indes allein maßgeblich, ob es sich um Leitungsbefugnisse handelt oder nicht und die Geschäftsführer sie daher – ob primär oder subsidiär – grundsätzlich gemeinsam wahrzunehmen haben und nicht delegieren dürfen.

3. Delegierbare Elemente

Trotz ihrer grundsätzlichen Delegationsfeindlichkeit ist es allgemein anerkannt, dass es delegierbare Elemente nicht delegierbarer Leitungsaufgaben geben muss.²⁸⁸ Denn eine Pflicht zur vollständigen Erledigung jeder einzelnen Leitungsfacette müsste den Geschäftsführer zwangsläufig überfordern und wäre mit einer auf effiziente Arbeitsteilung angelegten Gesell-

280 BFH v. 12.5.2009 – VII B 266/08, BFH/NV 2009, 1589 (1590), Rn. 10 f.

281 Siehe hierzu S. 244 ff.

282 Vgl. BGH v. 13.11.1979 – KZR 1/79, GRUR 1980, 242 (245), Rn. 51.

283 Sofern sie nicht ohnehin eine verdeckte Einlagenrückgewähr darstellen, vgl. OLG Hamm v. 10.5.1995 – 8 U 59/94, ZIP 1995, 1263 (1269 f.).

284 Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 283; Peters, GmbHR 2008, 682 (686); Ziemons, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 333 f.; ähnl. zur Vergabe von Fördermitteln LG Essen v. 9.9.2013 – 44 O 164/10, BeckRS 2014, 22313, Rn. 1032.

285 BGH v. 13.5.1968 – II ZR 43/66, WM 1968, 1329 (1329 f.).

286 Geißler, GmbHR 2009, 1071 (1072 f.); Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 31, 10 f.; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 34; Roth, ZGR 1985, 265 (267 f.).

287 Siehe S. 44.

288 Dreher, FS Hopt, 517 (527); BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377 f.), Rn. 21.

schafts- und Rechtsordnung nicht vereinbar.²⁸⁹ Teilweise wird aus diesem Grund sogar eine Pflicht zur Übertragung aller delegierbaren Aufgabenbestandteile angenommen.²⁹⁰

a) Gesetzliche Leitungspflichten

Daraus, dass § 41 GmbHG die Geschäftsführer lediglich verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Buchführung „zu sorgen“, wird ersichtlich, dass die Norm eine Delegation erlaubt.²⁹¹ Bei § 78 Hs. 2 GmbHG ist eine aktive Mitwirkung aller Geschäftsführer hingegen gesetzlich vorgeschrieben. Anerkannt ist die Delegierbarkeit wiederum für die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen.²⁹² In anderen Fällen wird, obwohl es an einer ausdrücklichen Regelung wie § 78 Hs. 2 GmbHG fehlt, ohne nähere Begründung von gänzlich undelegierbaren Pflichten gesprochen. Dabei bleiben der genaue Zweck²⁹³ der Regelung und die konkreten Anforderungen an die Pflichten- und Aufgabenerfüllung meist unberücksichtigt. Das sei am Beispiel des § 15b Abs. 1 S. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG a.F.) exemplarisch verdeutlicht:²⁹⁴

Das Verbot nach § 15b Abs. 1 S. 1 InsO setzt nach seinem Wortlaut als Pflichtverletzung lediglich eine selbst vorgenommene oder nicht verhinderte masseschmälernde Zahlung voraus. Um sich ihrer enthalten oder sie verhindern zu können, ist die Kenntnis der finanziellen Lage der Gesellschaft von essenzieller Bedeutung. Die Erkennbarkeit der Insolvenzreife ist

289 Dreher, FS Hopt, 517 (526, 528); zur AG *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1472); Kuntz, AG 2020, 801 (809).

290 Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 181; zur AG Kuntz, AG 2020, 801 (809 f.).

291 Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, S. 913; W. Goette, FS 50 Jahre BGH, 123 (131); Dose, Rechtsstellung, S. 65 f.; BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (176), Rn. 38; v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 (137), Rn. 25; zu § 91 Abs. 1 AktG *Fleischer*, WM 2006, 2021 (2023).

292 BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19; BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377 f.), Rn. 21.

293 Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 281 f.

294 Entsprechendes gilt für § 49 Abs. 3 GmbHG; zur Erforderlichkeit einer wirtschaftlichen Selbstkontrolle zur Erfüllung des § 49 Abs. 3 GmbHG BGH v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, GmbHR 1995, 299 (300), Rn. 6 f.; *Veil*, ZGR 2006, 374 (377); *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 27; *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (451 f.); *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 33 f.; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 60.

daher zentraler Zurechenbarkeitsmaßstab und Verschuldensvorwurf des § 15b Abs. 1 S. 1 InsO.²⁹⁵ Dementsprechend ist die Pflicht zur wirtschaftlichen Selbstkontrolle die hinter § 15b Abs. 1 S. 1 InsO stehende Leitungspflicht, die grundsätzlich jedem Geschäftsführer obliegt.²⁹⁶ Ihr muss er im Hinblick auf die unabdingbare Möglichkeit der Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, beispielsweise aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO,²⁹⁷ unbedingt nachkommen. Von der Erfüllung gesetzlicher Pflichten wie der zur wirtschaftlichen Selbstkontrolle kann er aber auch im Innenverhältnis zur Gesellschaft nicht entbunden werden.²⁹⁸ Deren Einhaltung gewährleistet das Gesetz nämlich insbesondere dadurch, dass ihnen sämtliche Organmitglieder nachkommen müssen. Außerdem käme die interne Freistellung von der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben einem antizipierten Haftungsausschluss auf dem Gebiet drittschützender Vorschriften gleich, der sich wegen des unterschiedlichen Stellenwerts der

-
- 295 Zu § 64 S. 1 GmbHG a.F. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166, 173 f.), Rn. 14, 30; v. 19.6.2012 – II ZR 243/11, NZG 2012, 940 (941 f.), Rn. 10, 13; *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (451 f.); *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 105; *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 246.
- 296 Zu § 64 S. 1 GmbHG a.F. vgl. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166 f.), Rn. 14; *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 29, 128 ff.; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 60, 134 ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 33; *Bork*, ZIP 2011, 101 (105); *Veil*, ZGR 2006, 374 (377); zu ihrer Übereinstimmung mit der Pflicht nach § 91 Abs. 2 AktG *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 60, 134 ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 31; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 29; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 61; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 170; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 41 Rn. 15; *ders.*, ZGR 1999, 291 (300, 302); *Bork*, ZIP 2011, 101 (102 f.); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (305); *Hommelhoff*, FS Sandrock, 373 (376-378); *Merkt*, ZIP 2014, 1705 (1713).
- 297 Zuletzt BGH v. 7.5.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 (2165), Rn. 5; *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (451 f.); *H.-F. Müller*, in: MüKo, GmbHG, § 64 Rn. 199, m.w.N.
- 298 Vgl. *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 915; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 64 f.; *Uwe H. Schneider*, FS W. Werner, 795 (809 ff.); *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); unklar BGH v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, GmbHR 1995, 299 (300), Rn. 8, dessen Entscheidung allerdings wohl so zu verstehen ist, dass der Einwand widersprüchlichen Verhaltens begründet ist, wenn eine Kündigung des Geschäftsführers im Nachhinein auf einen Verstoß gegen seine Überwachungspflicht gestützt wird, obwohl er gegenüber der Gesellschaft von ihr dispensiert wurde; *Hemeling*, WuB II C. § 43 GmbHG 1.95, und *Wittkowski*, EWiR 1995, 785 (786), gehen dagegen von der ersten Deutungsvariante aus und bejahen auch einen Haftungsausschluss für § 43 Abs. 2 GmbHG.

Pflichten, zumindest im GmbH-Recht, nur im rein gesellschaftsinternen Interessenbereich²⁹⁹ rechtfertigen lässt.

Am Beispiel des § 15b Abs. 1 S. 1 InsO wird das besonders deutlich. Ein Dispens von seiner Einhaltung käme einem Verzicht auf den Ausgleich von Masseschmälerungen zulasten der Gläubiger gleich und höbe den Druck zur Stellung des Insolvenzantrags auf. Das unterminierte ersichtlich die Zwecke³⁰⁰ der Haftungsnorm. Abgesehen davon dürfte eine „interne Indemnität“ gerade in Insolvenzfällen und im Bereich der Haftung für die Nichtabführung von Steuerschulden oder Sozialversicherungsbeiträgen aufgrund der üblicherweise prekären finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft ohnehin nur selten ergiebig sein.

Allerdings spricht nichts dagegen, die zur Erfüllung der Selbstüberwachungspflicht erforderlichen Aufgaben, insbesondere die Sammlung, Aufbereitung und betriebswirtschaftliche Auswertung der relevanten finanziellen Daten in Solvenzprognosen, einer Zwischenbilanz oder einem Vermögensstatus, einem Geschäftsführer, typischerweise ist das der buchführende Leiter des Finanzressorts,³⁰¹ zu übertragen.³⁰² Hiervon geht auch die Rechtsprechung aus. Denn ansonsten wären die Ausführungen der Gerichte zu entsprechenden Überwachungsanforderungen gegenüber dem Mitgeschäftsführer in diesem Zusammenhang nicht zu erklären.³⁰³ Von daher ist die teilweise vertretene Ansicht,³⁰⁴ es handle sich bei der Insolvenzantragspflicht oder dem Verbot masseschmälernder Zahlungen um absolut nicht delegierbare Pflichten, verfehlt oder zumindest missverständlich.³⁰⁵ Die Delegation modifiziert die Pflicht zur wirtschaftlichen Selbstkontrolle vielmehr dahingehend, dass der nunmehr zuständige Res-

299 Siehe S. 82 ff.

300 Zu § 64 GmbHG a.F. statt aller *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 3 f., m.w.N.

301 Zu § 91 Abs. 1 AktG *Fleischer*, WM 2006, 2021 (2023).

302 Ähnl. *Dieckmann*, LMK 2019, 415387; *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (695, 698); *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 105 f.; *ders.*, Geschäftsführerhaftung, S. 288; *Mätzig*, in: BeckOK, GmbHG, § 64 Rn. 62; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 913; ungenau *Schädlich*, NZI 2019, 229 (230).

303 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (516); *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (449 f.); exemplarisch BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461), Rn. 11; v. 26.6.1995 – II ZR 109/94, GmbHR 1995, 653 (654), Rn. 11.

304 *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 329, 335; *Rohde*, JuS 1995, 965 (965 f.); unklar *Fleischer*, DB 2019, 472 (473); a.A. implizit *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 110; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 182.

305 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (437, 449); *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 31.

sortleiter bei ihrer Ausübung fortan von den übrigen Geschäftsführern zu beaufsichtigen ist.³⁰⁶ Diese haben sich bei dem primär zuständigen Kollegen über den wirtschaftlichen Stand zu informieren und sich auf Basis seiner Angaben mithilfe konkreter Nachfragen und eines Abgleichs der wesentlichen betriebswirtschaftlichen Kennzahlen des Unternehmens regelmäßig ein eigenes Bild von der finanziellen Situation zu machen.³⁰⁷ Auf diese Weise ist dem gläubigerschützenden Zweck der Norm effizient gedient. Für eine Organisation, die die erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft jederzeit ermöglicht,³⁰⁸ ist gesorgt. Wenn der Gesetzgeber stets nur eine gemeinschaftliche wirtschaftliche Selbstkontrolle für geboten gehalten hätte, wäre die Positivierung der zwingenden Pluralität der Geschäftsführung naheliegend gewesen. Sind die Gesellschafter dieser Meinung, werden sie die Aufgaben nicht entsprechend verteilen.³⁰⁹ Außerdem wäre es auch widersprüchlich, wenn die Buchführungsaufgaben als Grundlage³¹⁰ der wirtschaftlichen Selbstkontrolle delegierbar wären, die (teilidentischen) Kompetenzen zur Erfüllung der wirtschaftlichen Selbstkontrolle jedoch nicht. Dass die organinterne Delegation möglich sein muss, bestärkt auch ein Vergleich mit der Rechtslage beim Vertrauen auf Informationen Dritter. Denn ein Geschäftsführer, der die zur Erfüllung der aus § 15b Abs. 1 S. 1 InsO folgenden Aufgaben notwendigen Fachkenntnisse und Fähigkeiten vermissen lässt, muss sich eines externen Beraters bedienen, um seiner Verantwortung für die wirtschaftliche Selbstkontrolle gerecht zu werden.³¹¹ Seine Pflichten beschränken sich darauf, den Berater zu kontrollieren und insbesondere seine Angaben auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen.³¹² Es ist kein Grund ersichtlich, an die Arbeitsteilung auf Leitungsebene wesentlich andere Maßstäbe anzulegen.

306 Dieckmann, LMK 2019, 415387; Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 106; Mätzig, in: BeckOK, GmbHG, § 64 Rn. 62.

307 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (175), Rn. 34.

308 BGH v. 21.5.2019 – II ZR 337/17, GmbHR 2019, 1110 (1111), Rn. 19; v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166 f., 174), Rn. 14, 32; v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 (392 f.), Rn. 47; Schmidt-Husson, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 6 Rn. 33.

309 Zirkulär in diesem Punkt die Argumentation zur Begründung der Gesamtverantwortung des AG-Vorstands von Dose, Rechtsstellung, S. 57.

310 Vgl. zu § 91 Abs. 1 AktG Fleischer, WM 2006, 2021 (2024).

311 BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 (392 f.), Rn. 47; v. 27.3.2012 – II ZR 171/10, NZG 2012, 672 (673), Rn. 15.

312 BGH v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, GmbHR 2016, 701 (703 f.), Rn. 34; v. 27.3.2012 – II ZR 171/10, NZG 2012, 672 (673), Rn. 16.

Die Ausführungen gelten entsprechend für weitere Vorschriften, die undelegierbare Pflichten enthalten sollen und die im Kern ebenfalls auf eine Prüfung der Finanzströme im Sinne einer wirtschaftlichen Selbstkontrolle gerichtet sind. Zu nennen sind etwa die §§ 30, 33 GmbHG.³¹³ Auch hier kommt es für den Verschuldensvorwurf nach § 43 Abs. 3 GmbHG maßgeblich auf die Erkennbarkeit der Verbotsvoraussetzungen, also einer vorliegenden oder möglichen Unterbilanz oder die Vollwertigkeit eines Gegenanspruchs, an.³¹⁴ Nicht sämtliche Geschäftsführer müssen jedoch mit der Prüfung jeder einzelnen Buchung oder Transaktion behelligt werden. Folglich ist es möglich, einen von ihnen als Hauptverantwortlichen mit der Kontrolle der Geschäftsvorgänge und der Zusammenstellung und Auswertung der relevanten finanziellen Daten zu betrauen. In der Regel wird das ebenfalls der Leiter des Finanzressorts sein.

Angesichts des unübertragbaren Kerns der meisten gesetzlichen Leitungsaufgaben kann festgehalten werden, dass die „Delegierbarkeit nicht delegierbarer gesetzlicher Pflichten“ vielfach nur dem Anschein nach widersprüchlich ist. Einer Zuweisung unzugänglich ist aus Gründen des öffentlichen Interesses sowie des Dritt- und Gläubigerschutzes in der Regel lediglich die normierte Pflicht oder besser die Letztverantwortlichkeit für deren Erfüllung.³¹⁵ Übertragen werden durch die Geschäftsverteilung jedoch nicht die gesetzlichen Leitungspflichten an sich, sondern „nur“ die sich hieraus ergebenden Aufgaben.³¹⁶ Das ist der grundlegende Unter-

313 *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 29, 128; vgl. BGH v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 (77 f.), Rn. 17; v. 20.3.1986 – II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293, Rn. 9; KG Berlin v. 3.4.2000 – 23 U 865/98, NZG 2000, 1224 (1226), Rn. 39; vgl. auch *Westermann*, KF 1993, 15 (20 f.); a.A. *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 329.

314 Vgl. BGH v. 24.11.2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 (77 f.), Rn. 17; v. 25.6.2001 – II ZR 38/99, BGHZ 148, 167 (170), Rn. 7; *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 29, 128 f.; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 60; vgl. zur Pflicht des Zölibats-Geschäftsführers zu erhöhter Wachsamkeit bei auffälligen Transaktionen auch *Ulmer*, FS Schwark, 271 (281).

315 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166 f.), Rn. 14 f.; v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377 f.), Rn. 21; v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461), Rn. 11; zu dieser, privater Autonomie entrückten, Verantwortung für die Buchführungs- und Bilanzierungspflichten bereits RG v. 9.1.1886 – 1070/85, RGSt 13, 235 (238 f.); siehe auch *Uwe H. Schneider/Brouwer*, FS Priester, 713 (719 f.); i.E. ähnl. *Linnertz*, Delegation, S. 120 ff., 170 ff.; vgl. zur vertikalen Delegation in der AG *Kuntz*, AG 2020, 801 (809 ff.); enger *Hüffer*, FS Happ, 93 (105 f.).

316 Vgl. zur Einschaltung Dritter bei der Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten *Wilbelmi*, Risikoschutz, S. 214; *ders.*, in: Erman, BGB, § 823 Rn. 85.

schied zu einer Vorschrift wie § 78 Hs. 2 GmbHG, die bereits die Aufgabe jedem einzelnen Geschäftsführer zuteilt. Den undelegierbaren Pflichten kann mithin grundsätzlich dadurch nachgekommen werden, dass die Erfüllung der aus ihnen folgenden Aufgaben übertragen und kontrolliert wird.³¹⁷ Hierdurch werden die ursprünglichen Pflichten und Verantwortlichkeiten zwar nicht aufgehoben, aber modifiziert. Da es sich um Fälle besonders normierter Verantwortung handelt, werden zu Recht strengere Anforderungen an die korrespondierenden Kontroll- und Überwachungspflichten gestellt.³¹⁸

Für gesetzliche Pflichten wie § 42a Abs. 1 S. 1 GmbHG³¹⁹ oder § 49 Abs. 2 GmbHG³²⁰, die nicht einmal reflexartig den Schutz öffentlicher, gesellschaftsexterner Interessen bezwecken, ist dagegen auch die Delegierbarkeit der Letztverantwortlichkeit zu bejahen. Die Gesellschafter sind insoweit befugt, ihre eigenen Rechte privatautonom zu beschneiden und müssen nicht vor sich selbst geschützt werden. Die „verbandsinterne Funktionsfähigkeit“³²¹ steht nicht auf dem Spiel. Da es nicht um eine völlige Beseitigung der Pflichten geht, kann im Hinblick auf § 49 Abs. 2 GmbHG auch nicht eingewendet werden, dass der Minderheitenschutz gefährdet, die Leitungsfunktion³²² verletzt oder den Geschäftsführern ein Recht zur Schädigung der Gesellschaft eingeräumt werde.³²³

317 Vgl. *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 214; *ders.*, in: Erman, BGB, § 823 Rn. 85; ähnl. BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377 f.), Rn. 21.

318 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167), Rn. 15; v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (379), Rn. 23; v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461), Rn. 11; *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (451-453); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 182; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 915; zur Konkretisierung dieses „strengeren Maßstabs“ siehe S. 217 f.

319 *Meyer*, in: Scholz, GmbHG, § 42a Rn. 5; a.A. ohne Begründung *Haas/Kersting*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 42a Rn. 4; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 335; abl. wohl nur für die Verteilung durch die Geschäftsführer *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 42a Rn. 10.

320 Zur Schutzrichtung der Vorschrift *Ulmer*, FS Schwark, 271 (278 f.).

321 Vgl. *Dreher*, FS Hopt, 517 (524); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 50 f.

322 Gemeint ist wohl die Kontrollfunktion.

323 Siehe zu diesen Argumenten gegen eine völlige Beseitigung *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 49 Rn. 25; *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, § 49 Rn. 32.

b) Ungeschriebene Leitungspflichten

Der BGH konnte bisher offen lassen, ob es ein „Geschäftsverteilungsverbot“ für die Entscheidung über Kernfragen der Geschäftsführung gibt.³²⁴ Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum besteht dahingehend Einigkeit, dass die Geschäftsführer prinzipiell das letzte Wort in Fragen der Unternehmensführung haben müssen (sogenannte Entscheidungsverantwortung).³²⁵ Begebe sich die Geschäftsführung dieser Kompetenz, hafte sie gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG.³²⁶ Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen dürfen allerdings einzelnen Kollegen zugewiesen werden.³²⁷ Eine Arbeitsteilung könne beispielsweise darin bestehen, dass ein Geschäftsführer Vorschläge zur Geschäftspolitik erstelle und die abschließende Abstimmung über deren Vorlage an die Gesellschafter im Gremium stattfinde.³²⁸

Richtigerweise ist zu differenzieren: Grundlage der Gesamtverantwortung und der damit einhergehenden Berechtigung und Verpflichtung, Grundsatzentscheidungen gemeinsam zu treffen, ist das Kollegialprinzip.³²⁹ Dieses unterliegt in der GmbH jedoch der weitgehenden Modifikation durch die Gesellschafter, soweit keine gesetzlichen Pflichten betroffen sind.³³⁰ Der Zölibats-Geschäftsführer etwa kann daher, wie bereits dargelegt, von der Erledigung sämtlicher nicht gesetzlich zugewiesener Aufgaben ausgeschlossen werden. Das wird auch nicht von denjenigen bestritten, die ein Geschäftsverteilungsverbot für grundlegende Geschäfts-

324 BGH v. 6. 3.2012 – II ZR 76/11, NJW 2012, 1656 (1658), Rn. 23; offen gelassen auch von *Ulmer*, FS Schwark, 271 (279).

325 *Dreher*, FS Hopt, 517 (527); *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (303); *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733 (736); *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (6).

326 *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 485; *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1450); *Fleischer*, AG 2003, 291 (292); *ders.*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 127, m.w.N.; für eine Anwendung des § 278 S. 1 BGB noch BGH v. 31.3.1954 – II ZR 57/53, BGHZ 13, 61 (65 f.); *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (225).

327 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (439); *Dreher*, FS Hopt, 517 (527 f.); *Leuring/Dornbege*, NZG 2010, 13 (15); *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (304); *Hüffer*, FS Happ, 93 (106 f.); *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733 (737); *ders.*, ZIP 2013, 1449 (1450 f.); *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2204); *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (6); abw. *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1464, 1471, 1474 ff.); hierzu krit. *Dreher*, FS Hopt, 517 (519 f.); abw. auch *Kuntz*, AG 2020, 801 (809 ff.); *Linnertz*, Delegation, S. 204 ff., 216 ff.; zu einer entsprechenden Aufteilung im Hinblick auf die (gesetzliche) Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses BGH v. 12.1.2009 – II ZR 27/08, NZG 2009, 386 (387), Rn. 8.

328 Ähnl. *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484).

329 Siehe S. 56.

330 Siehe zum Ganzen S. 57 ff.

fhrungsentscheidungen fordern.³³¹ Die allein im Gesellschaftsinteresse auszuübenden Führungsfunktionen müssen in der GmbH nicht von sämtlichen Geschäftsführern gemeinsam wahrgenommen werden.³³² Wenn allerdings die völlige Entmachtung im Hinblick auf „gesellschaftsinterne“ Führungsfunktionen mit dem GmbH-Recht vereinbar ist, so muss das erst recht für ihren teilweisen Entzug gelten. Nichts spricht gegen eine Regelung der Gesellschafter, die die Vorbereitung der Entscheidungsvorschläge zur Geschäftspolitik ausschließlich einem Mitglied des Kollegialorgans zuweist. Ein Geschäftsführer, der sich an eine solche Vorgabe hält, unterliegt folglich auch nicht der Haftung wegen unzulässiger Delegation. Die GmbH-rechtliche Organisationsautonomie stellt es den Gesellschaftern frei, zu entscheiden, welcher Geschäftsführer in welchem Ausmaß unternehmerisch tätig sein soll und inwieweit er folglich von seiner Funktion als treuhänderischer Hüter ihrer Vermögensinteressen befreit wird. Übergeordnete Interessen, die eine Einschränkung dieser Privatautonomie rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Hiervon zu unterscheiden ist die gewöhnliche Aufgabenverteilung der Gesellschafter: Weisen sie die Führungsfunktionen nicht explizit ausschließlich einzelnen Organwaltern zu, versteht es sich von selbst, dass sämtliche Geschäftsführer an den Grundsatzentscheidungen mitzuwirken haben und diese weder an ihre Kollegen noch an untergeordnete Stellen weitergeben dürfen. Das kollektive Handeln wird dann im Zweifel auch von den Gesellschaftern im Interesse und zum Wohl des Unternehmens erwartet.³³³

Die Compliance-Funktion kann dagegen nicht ausschließlich an einzelne Geschäftsführer oder gar nachgeordnete Unternehmensebenen delegiert werden, weil sie in der Regel in erheblicher Weise Allgemein- und Drittinteressen berührt.³³⁴ Sie hat im Gegensatz zu den übrigen ungeschriebenen Leitungskompetenzen zumindest eine gewisse Ausstrah-

331 Uwe H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 43 Rn. 42 f.; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 31, 35, 39, der die gesetzlichen und ungeschriebenen Leitungsaufgaben unterschiedslos behandelt; wohl auch Peters, GmbHR 2008, 682 (686).

332 H.-J. Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 110 f., § 37 Rn. 15 f.; ähnl. zumindest für die Figur des Zölibats-Geschäftsführers Ulmer, FS Schwark, 271 (278 f.).

333 Ulmer, FS Schwark, 271 (279); insoweit zutreffend auch Dose, Rechtsstellung, S. 57; vgl. auch Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 4.

334 Schockenhoff, NZG 2019, 281 (284-286); Schauf, BB 2017, 2883 (2886-2888); Fleischer, NZG 2014, 321 (323); ders., in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 151; Arnold, ZGR 2014, 76 (80); Uffmann, ZGR 2013, 273 (306 f.); W. Goette, ZHR 175 (2011), 388 (394 f.); Dreher, FS Hopt, 517 (524); Kieth, GmbHR 2007, 393 (397);

lungswirkung über die korporative Sphäre hinaus, auch wenn ihr keine gläubigerschützende Wirkung zukommt.³³⁵ Bereits an den die gesetzlichen Leitungsaufgaben betreffenden Delegationsgrenzen lässt sich der allgemeine Rechtsgedanke erkennen, dass die Geschäftsführer nicht von der kollektiven Verantwortung für die Einhaltung von Normen dispensiert werden können, deren Verletzung geeignet ist, fremde Schutzgüter zu beeinträchtigen.³³⁶ Wenn sie ihre Missachtung sehenden Auges hinnehmen, machen sie sich den fremden Rechtsbruch zu eigen und übernehmen damit eine Mitverantwortung gegenüber der Gesellschaft³³⁷.³³⁸ Außerdem haften die Geschäftsführer nach außen ohnehin gemäß den §§ 130 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 OWiG für jeden aus dem Unternehmen heraus begangenen Verstoß gegen straf- oder bußgeldbewehrte Vorschriften, falls sie nicht nachweisen können, dass sie ihrer Aufsichtspflicht nachgekommen sind. § 130 OWiG flankiert nach neuerer Lesart gleichsam als Compliance-Generalklausel³³⁹ die bereits im Innenverhältnis bestehenden Pflichten der Geschäftsleitung, hinreichende Vorkehrungen zur Verhinderung eines Verstoßes gegen straf- oder bußgeldbewehrte betriebsbezogene Normen zu treffen und sichert auf diese Weise ihre wirksame Durchsetzung.³⁴⁰ Wenn aber die Geschäftsführer im Außenverhältnis für unzureichende Compliance-Maßnahmen belangt werden können, müssen ihnen im Innenverhältnis diejenigen Kompetenzen zustehen, die sie benötigen, um ihrer Compliance-Verantwortung gerecht werden zu können. Die Verantwortung für Compliance liegt demnach wie bei den gesetzlichen Leitungsaufgaben obligatorisch bei sämtlichen Geschäftsführern.³⁴¹ Sie müssen die Grundsatzregelungen zur Compliance, etwa ihren strukturellen und

LG München I v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, NZG 2014, 345 (348), Rn. 103; vgl. auch *Uwe H. Schneider*, FS W. Werner, 795 (811 f.).

335 Ähnl. *Löbbe*, FS Seibert, 561 (568, 572, 574).

336 Vgl. *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); *Lutter*, ZIP 1986, 1195 (1196); *Seibt*, FS K. Schmidt, 1463 (1470 f.); *Uwe H. Schneider*, FS W. Werner, 795 (811 f.).

337 Zur Haftung nach außen siehe aber S. 194 ff.

338 *Dreher*, FS Hopt, 517 (536); *Uwe H. Schneider/Brouwer*, FS Priester, 713 (731 Fn. 73); *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 126a; zur AG BGH v. 28.4.2015 – II ZR 63/14, NZG 2015, 792 (794), Rn. 27; v. 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958 (1960), Rn. 22.

339 *Schockenhoff*, NZG 2019, 281 (286); *Löbbe*, FS Seibert, 561 (566-568, 572-574); vgl. auch *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136 (146).

340 *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 1; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 4f.

341 *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 55; zur AG *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 160.

organisatorischen Rahmen, gemeinsam beschließen.³⁴² Die Übertragung vorbereitender, ausführender oder konkretisierender Aufgaben an einzelne Personen ist möglich und löst wie im Falle der gesetzlichen Leitungsaufgaben Residualpflichten in Form einer mehrstufigen Aufsicht aus.³⁴³

Weil die ordnungsgemäße Ausgestaltung einer Compliance-Organisation stark einzelfallabhängig und damit eine Ermessensentscheidung ist,³⁴⁴ können die Gesellschafter allerdings Compliance-Aufgaben an sich ziehen oder auf deren Erfüllung durch Weisungen Einfluss nehmen.³⁴⁵ Doch auch der Entzug einzelner Compliance-Funktionen durch die Gesellschafter kann angesichts der Unabdingbarkeit der Legalitätspflichten in seinen verantwortungsbeschränkenden Auswirkungen nicht weitergehen als die Übertragung von Compliance-Aufgaben auf Mitgeschäftsführer oder nachgeordnete Unternehmensebenen. Die Geschäftsführer bleiben daher auch im Falle einer maßgeblich von den Gesellschaftern konzipierten und verwalteten Compliance-Struktur im Innenverhältnis zur Überprüfung der Compliance-Maßnahmen verpflichtet. Das bestätigt bereits die fortbestehende Haftung im Außenverhältnis gemäß den §§ 130 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 OWiG. Weisungen, die die extern auferlegte Aufsichtspflicht konterkarieren, etwa die Verhütung und Aufklärung von Gesetzesverstößen behindern, sind nichtig und daher von der Geschäftsführung zu ignorieren.³⁴⁶

342 LG München I v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, NZG 2014, 345 (348), Rn. 103; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 161 f.; *Nietsch*, ZHR 184 (2020), 60 (87-89); *ders.*, ZHR 180 (2016), 733 (767 ff.); *Merkt*, ZIP 2014, 1705 (1711).

343 *Schockenhoff*, NZG 2019, 281 (284 f.); *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136 (162 f.); *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733 (736 ff.); *ders.*, ZIP 2013, 1449 (1455); *Kort*, GmbHR 2013, 566 (567, 572); *W. Goette*, ZHR 175 (2011), 388 (395); *Merkt*, ZIP 2014, 1705 (1711 f.); *Bürkle*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 36 Rn. 14; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 162 f.; zu § 130 OWiG *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 72, m.w.N.

344 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1455); *W. Goette*, ZHR 175 (2011), 388 (392 f.); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 55.

345 Ähnl. *Kort*, GmbHR 2013, 566 (567), und *Merkt*, ZIP 2014, 1705 (1712), mit Verweis auf das Recht zur Bestimmung der Unternehmenspolitik; siehe auch *Schockenhoff*, NZG 2019, 281 (285).

346 Vgl. S. 57.

4. Zwischenergebnis

Ein Verbot der Delegation von Leitungsaufgaben im eigentlichen Sinne gibt es in der GmbH nicht. Die gesetzlichen Leitungspflichten obliegen der Geschäftsführung nur zur eigenverantwortlichen Erledigung, sofern sie – zumindest mittelbar – gesellschaftsexterne Interessen schützen. Selbst dann können jedoch die zu ihrer Erfüllung erforderlichen Aufgaben in der Regel einzelnen Organmitgliedern mit verantwortungsmodifizierender Wirkung übertragen werden, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich ein gemeinsames Handeln der Geschäftsführung vorschreibt. Beispielsweise ergibt sich aus den gesetzlichen Pflichten des Geschäftsführers zum Schutz des Gesellschaftsvermögens die Leitungspflicht zur wirtschaftlichen Selbstkontrolle.³⁴⁷ Während das Kollegium für sie stets verantwortlich bleibt, kann ihre aktive Erfüllung an eines seiner Mitglieder delegiert werden. Eine solche Übertragung löst aufgrund der besonders normierten Individualverantwortung allerdings erhöhte Residualpflichten aus, von denen der Geschäftsführer nicht – auch nicht im Verhältnis zur Gesellschaft – dispensiert werden kann. Im Übrigen, sofern die infrage stehende Vorschrift also ausschließlich gesellschaftsinterne Interessen berührt, sind die Gesellschafter befugt, deren Erledigung mit verantwortungsbefreiender Wirkung zu delegieren.

Die ungeschriebenen Leitungsaufgaben umfassen einerseits die sogenannten Unternehmerfunktionen (Unternehmensplanung, -koordination, -kontrolle und Besetzung nachgeordneter Führungspositionen) sowie die Compliance-Pflicht und andererseits solche Entscheidungen, die den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb überschreiten. Die ungeschriebenen Leitungsaufgaben können in der GmbH in weiten Teilen mit verantwortungsbefreiender Wirkung von den Gesellschaftern delegiert oder selbst wahrgenommen werden. Der Gesamtverantwortungsgrundsatz gilt folglich nicht, wenn die Gesellschafter ausdrücklich abweichende Regelungen treffen. Selbst durch eine gewöhnliche Arbeitsteilung können jedoch untergeordnete Teile der Leitungsaufgabe, allerdings „nur“ mit verantwortungsmodifizierender Wirkung, an einzelne Kollegen oder nachgeordnete Mitarbeiter übertragen werden. Die Grundsatzentscheidungen sind dann nach dem Kollegialprinzip dem Gremium vorbehalten.

Eine besondere Stellung im Gefüge der Leitungsaufgaben nimmt in der GmbH die Compliance-Pflicht ein. Ihr kommt eine Mittelstellung zwischen den gesetzlichen Leitungsaufgaben und den sonstigen unternehme-

347 Siehe S. 71 ff.

rischen Funktionen zu. Da ihr Endziel in der Verhütung und Verfolgung sämtlicher betriebsbezogener Rechtsverstöße besteht, betrifft sie vielfach gesellschaftsexterne Schutzgüter und Interessen und kann daher auch in der GmbH nicht mit verantwortungsbefreiender Wirkung vom Gesamtgremium auf einzelne Geschäftsführer oder nachgeordnete Mitarbeiter delegiert werden. Die §§ 130 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 OWiG flankieren die Pflichten der Geschäftsführer im Außenverhältnis weitgehend und bestätigen die Unentziehbarkeit. Andererseits belassen die Compliance-Pflichten gewisse Ermessensspielräume, die in der GmbH auch von den Gesellschaftern ausgefüllt werden können. Sofern die Gesellschafter hiervon Gebrauch machen, obliegen den Geschäftsführern aufgrund ihrer unabdingbaren Compliance-Verantwortung jedoch mindestens dieselben Residualpflichten, die sie auch bei einer organinternen oder vertikalen Delegation treffen.

II. Verantwortungsausschließende Delegation

Sofern in Übereinstimmung mit dem Gesetz und dem Kollegialprinzip in seiner Ausprägung der Gesamtverantwortung Aufgabenbestandteile an einzelne Organmitglieder übertragen werden, sind die Geschäftsführer hierdurch grundsätzlich nicht von den der Aufgabe zugrundeliegenden Pflichten befreit, sondern müssen sie weiterhin durch organinterne Überwachung erfüllen. Die Kollegen haben demnach die Entwicklungen in fremden Ressorts laufend zu beobachten und gegebenenfalls zu intervenieren.³⁴⁸ Diese Aufsichtspflicht ist gleichsam die Kehrseite der Delegierbarkeit als der Teilung eines gemeinsamen „Risikos“.³⁴⁹ Sie hält die Gesamtverantwortung für all jene Aufgabenbestandteile aufrecht, die zulässigerweise auf einzelne Geschäftsführer übertragen werden und ersetzt damit funktional gesehen deren persönliche gleichberechtigte Teilhabe an ihrer Erfüllung.³⁵⁰ Gerade auch solche Geschäftsführungsaufgaben, die, wie das

348 *Fleischer*, DB 2019, 472 (473); *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (214); *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2203); das erinnert an die strafrechtliche Verantwortungsdifferenzierung bei arbeitsteilig ausgeführten Bauprojekten, wo der BGH – anders als im Medizinstrafrecht – aufgrund der meist „verschränkten“ Aufgabenbereiche „sekundäre“ Verkehrspflichten annimmt, vgl. *Eidam*, JA 2011, 912 (915 f.); *Druey*, FS Koppstein, 3 (9); BGH v. 13.11.2008 – 4 StR 252/08, BGHSr 53, 38 (43 f.), Rn. 18.

349 Vgl. zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 160.

350 Siehe S. 200 f.

operative Tagesgeschäft, nicht zu den Leitungsfunktionen gehören, sind im Grundsatz mitumfasst.³⁵¹

Nach wohl herrschender Meinung können die Geschäftsführer durch Ressortverteilung von dieser Residualverpflichtung auch in der GmbH nicht befreit werden.³⁵² Sie haben daher nicht nur die Recht-, sondern auch die Zweckmäßigkeit sämtlichen Geschäftsführungshandelns insgesamt laufend im Blick zu behalten.³⁵³

Für die AG leuchten diese Grundsätze ohne Weiteres ein, weil den Vorstandsmitgliedern nach den §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 AktG weder ihre Gleichberechtigung noch ihre gemeinsame Verantwortung entzogen werden kann. Die Gewähr für unternehmerisch sachdienliches Vorgehen liegt damit umfassend und unentziehbar beim Gesamtvorstand. Jedes Organmitglied hat von vornherein potenziell für sämtliche wirtschaftlichen Fehldispositionen einzustehen und kann von seiner Verantwortung hierfür nicht vollständig entbunden werden.

Bei der GmbH kann das nicht uneingeschränkt gelten.³⁵⁴ Bereits im Zusammenhang mit den ungeschriebenen Leitungsaufgaben wurde herausgearbeitet, dass es den Gesellschaftern kraft ihrer Organisationsautonomie erlaubt ist, einzelne Geschäftsführer mit verantwortungsbefreiender Wirkung ganz oder teilweise von den rein unternehmerischen Pflichten

351 Zur AG Kort, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 77 Rn. 35; Löbbe/Fischbach, AG 2014, 717 (719).

352 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167), Rn. 15; Kleindiek, FS Kayser, 435 (441 f.); ders., in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 35; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 18; W. Goette, DStR 1998, 938 (942); abw. hinsichtlich laufender Geschäfte ohne existenzielle Bedeutung BFH v. 4.3.1986 – VII S 33/85, BStBl. II 1986, 384 (385), Rn. 12; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778 f.), Rn. 20, 24; vgl. auch H.-J. Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 31; zur AG H.-J. Mertens/Cahn, in: KK, AktG, § 77 Rn. 26; Wettich, Vorstandsorganisation, S. 234, 242 f., 260; Schiessl, ZGR 1992, 64 (69 f.); Schwark, ZHR 142 (1978), 203 (208).

353 Leuring, FS Seibert, 543 (546 f.); Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13 (15); Fleischer, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 119, 125; Lohr, NZG 2000, 1204 (1210); Hoffmann-Becking, ZGR 1998, 497 (512); Martens, FS Fleck, 191 (195); Ziemons, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 341, 345; H.-J. Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 110, § 43 Rn. 31; Paefgen, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 185; Baukelmann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 45; Heisse, Geschäftsführerhaftung, S. 82.

354 Wohl auch Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 93, die jedoch der Zuweisung ausschließlicher Zuständigkeiten attestieren "oft unpraktisch" zu sein; vgl. auch van Venrooy, GmbHR 2001, 7 (12); ansatzweise Voß, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 15 f.

zu befreien, also gerade auch von der Kontrolle der Rentabilität und Wirtschaftlichkeit der Unternehmung. Erst recht muss es daher möglich sein, sie im Hinblick auf das operative Tagesgeschäft mit ausschließlichen Befugnissen auszustatten. In diese Richtung geht auch ein Obiter Dictum des RG in seinem Grundlagenurteil zur Ressortverteilung:

*„Nach dem Gesetz [...] war jeder Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber für die ganze Geschäftsführung, also namentlich auch für Buch- und Kassenführung, verantwortlich. Dieser Zustand hätte zwar durch einen Gesellschafterbeschluss geändert werden können, durch eine bloße Abrede unter den Geschäftsführern aber [...] nicht.“*³⁵⁵

Im Anschluss führt das RG weiter aus, dass ein Gesellschafter allein aus einer tatsächlich praktizierten Aufteilung der Geschäfte dagegen nicht schließen müsse, die Geschäftsführer enthielten sich einer gegenseitigen Überwachung. Das RG ging hier wie auch bei einer späteren Entscheidung³⁵⁶ mithin selbst bei der gesetzlichen normierten Buchführungspflicht von der Möglichkeit einer verantwortungsbefreienden und die Kontrollpflichten aufhebenden Delegation durch die Gesellschafter aus.³⁵⁷ Der Aufteilung durch die Gesellschafter stellt es die auf einer Abrede der Geschäftsführer basierende Arbeitsteilung gegenüber:³⁵⁸ Bei „einer solchen Art der Teilung“ bleibe die Gesamtverantwortung des Geschäftsführers unberührt und gestalte sich, soweit nicht die ihm „besonders [von den Gesellschaftern]³⁵⁹ zugewiesenen Aufgaben“ infrage stehen, in eine Überwachungspflicht. Nach dem Dafürhalten des RG ging die Ressortverteilung des Beklagten und seines Kollegen im entschiedenen Fall „über diese Teilungsart nicht hinaus“. Dass das RG in den Entscheidungsgründen zwei verschiedene Arten der Teilung unterscheidet, ist vielfach übersehen oder ignoriert worden. Rechtsprechung und Literatur haben die im Rahmen

355 RG v. 3.2.1920 – II 273/19, RGZ 98, 98 (100).

356 Siehe RG v. 25.9.1928 – II 8/28, HRR 1929 Nr. 750, das bezüglich der Verteilung gesetzlicher Aufgaben das zuvor genannte Urteil von der Entscheidung v. 18.10.1917 – VI 143/17, RGZ 91, 72 (77), abgrenzt, in der das Gericht wohl noch von einer verantwortungsausschließenden Wirkung einer Abrede unter Geschäftsführern ausgegangen war.

357 *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14 Fn. 23).

358 Zum Ganzen RG v. 3.2.1920 – II 273/19, RGZ 98, 98 (100).

359 Mit „besonders“ meint das RG an dieser Stelle nicht die gesetzlichen Leitungsaufgaben, sondern vielmehr die erwähnte Möglichkeit der Aufgabenverteilung durch die Gesellschafter, denn ansonsten wären die Ausführungen in sich widersprüchlich; insoweit unklar ist die Rezeption in der Entscheidung des BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (168), Rn. 18.

des Obiter Dictum dargelegten Anforderungen an eine verantwortungsbefreiende Delegation meist mit den im konkreten Fall maßgeblichen Auswirkungen einer „einfachen“ Geschäftsverteilung vermengt. So haben sie aus dem Urteil gefolgert, dass eine Modifikation der Geschäftsführerpflichten zumindest der Zustimmung der Gesellschafter bedürfe und formlose oder gar faktische Ressortverteilungen unwirksam seien.³⁶⁰

Dem RG ist nicht zuzustimmen, sofern die zur Übertragung an einen Mitgeschäftsführer vorgesehene Pflicht Interessen der Allgemeinheit betrifft oder (mittelbar) drittschützenden Charakter hat.³⁶¹ Insoweit korrigierte das RG später auch seinen Kurs und verneinte die Möglichkeit einer gänzlichen Aufhebung der Überwachungspflichten, insbesondere für öffentlich-rechtliche, unabdingbare Verpflichtungen wie § 41 GmbHG.³⁶² Diese Wertung ist unabhängig vom Stadium der Gesellschaft auf alle derart drittschützenden Vorschriften und damit etwa auch auf die Haftung des Geschäftsführers im Rahmen der Eigenverwaltung gemäß den §§ 60 f. InsO analog zu übertragen.³⁶³ Sie kann jedoch nicht unbesehen auf das Innenverhältnis transponiert werden.³⁶⁴

Denn das GmbH-Recht lässt anders als das AktG partielle Durchbrechungen des Kollegialprinzips und des Gesamtverantwortungsgrundsatzes zu.³⁶⁵ Die Gesellschafter sind insofern nicht schutzwürdig, weil sie, anders als die Mitgliederversammlung in der AG, ihre Interessen mittels ihrer weitgehenden Kompetenzen unmittelbar selbst wahrnehmen können und nicht vor sich selbst geschützt werden müssen.³⁶⁶ Für sie sind die individuellen Verantwortungsanteile im Falle einer eigenständigen Zuweisung genau erkennbar.³⁶⁷ Ob die Kollegialität außerdem grundsätzlich bessere Entscheidungen garantiert und hilft, Fehlentwicklungen durch gegenseitige Kontrolle zu vermeiden, darf aus empirischer Sicht bezweifelt wer-

360 Exemplarisch OLG Koblenz v. 9.6.1998 – 3 U 1662/89, NZG 1998, 953 (954), Rn. 61 f.; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (51, 58); *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 33; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 114.

361 Siehe S. 79 f.

362 RG v. 23.10.1940 – IV 24/40, HRR 1941 Nr. 132.

363 Zutreffend *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (460 ff.); *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234 (2240 f.); vgl. auch BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 (301 f.), Rn. 31; a.A. *Hölzle*, ZIP 2018, 1169 (1672 f.).

364 Ähnl. die Unterscheidung bei *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 916.

365 Siehe S. 77 ff.

366 Vgl. *Hommelhoff*, FS Sandrock, 373 (377); *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 37 Rn. 5.

367 Zu diesem Schutzzweck der Gesamtverantwortung *Martens*, FS Fleck, 191 (195).

den.³⁶⁸ Im Gegenteil kann es im Sinne einer effizienten Arbeitsteilung sachgerecht sein, einzelne Geschäftsführer teilweise oder vollständig von den rein unternehmerischen Aspekten der Geschäftsführung freizustellen, ohne sie gleichzeitig durch die Hintertüre der Residualverantwortung mit Aufsichtspflichten zu behelligen. Andernfalls müsste auch eine Weisung, sich in entsprechendem Maße einer Überwachung zu enthalten, rechtswidrig sein. Die Gesellschafter können jedoch sogar bewusst zweckwidrige oder gar schädliche Weisungen mit haftungsbefreiender Wirkung erteilen.³⁶⁹ Wenn einem Geschäftsführer ein Bereich zur ausschließlichen Verantwortung übertragen ist, sind die übrigen Organmitglieder überhaupt nicht mehr zuständig und befugt, in sein Ressort einzugreifen. Er ist der Gesellschaft allein verantwortlich.

Mittlerweile wird jedenfalls für den rein gesellschaftsinternen Interessenbereich die Einschränkung des Sorgfalts- und Verschuldensmaßstabs zugunsten des Geschäftsführers zu Recht ganz überwiegend bejaht.³⁷⁰ Die Frage nach der Zulässigkeit der Freistellung von organinternen Überwachungspflichten ist zwar der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Haftungsbeschränkungen vorgelagert, hängt mit ihr jedoch untrennbar zusammen. Die verantwortungsausschließende Delegation hat nämlich, anders als die verantwortungsmodifizierende, nicht nur eine Transformation der Geschäftsführerplichten zur Folge, sondern kommt in ihrer Wirkung einem antizipierten Haftungsverzicht gleich. Zu ihrer rechtlichen Absicherung ist sie daher zumindest gedanklich an den Argumenten zu messen, die auch gegen anfängliche Haftungsbeschränkungen im Bereich des § 43 GmbHG vorgebracht werden. Gegen eine vertragliche Herabsetzung des Verschuldensmaßstabes bei § 43 Abs. 2 GmbHG wird im Wesentlichen angeführt, dass die Verantwortung und Haftung des Geschäftsführers mittelbar gläubigerschützende Funktion habe und der Gesetzeszweck konter-

368 *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, S. 292 f., 296 ff.

369 *Ziemons*, Haftung, S. 32, 35, 40 f., m.w.N.

370 BGH v. 16.9.2002 – II ZR 107/01, GmbHR 2002, 1197 (1198), Rn. 12; v. 7.4.2003 – II ZR 193/02, NZG 2003, 528, Rn. 8; OLG Brandenburg v. 6.10.1998 – 6 U 278/97, NZG 1999, 210 (211), Rn. 49; *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2435 ff.); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2984); *Uwe H. Schneider*, FS W. Werner, 795 (811 f.); *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (229); *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 39-41; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 62 ff., m.w.N.

kariert würde,³⁷¹ wenn die Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen durch falsche Verhaltensanreize, beispielsweise einen Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit, der willkürlichen Schädigung preisgeben dürften.³⁷² Ferner wird ein qualitativer Unterschied zur freistellenden Weisung und zum nachträglichen Anspruchsverzicht in der Möglichkeit einer „interessenausgleichenden“ Reaktion der Mehrheit durch Beschlussfassung, der Geltung der Treuepflicht und der Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG gesehen.³⁷³ Diese Begründungslinie kann aber jedenfalls nicht auf die Freistellung von der Überwachungspflicht für reine Managementfehler übertragen werden. Denn es verbleibt immer mindestens ein voll verantwortlicher Geschäftsführer, nämlich der ressortzuständige, der vollumfänglich haftet. Das ist im Falle einer generellen Herabsetzung des Verschuldensgrades anders. Eine derartige Modifikation bringt zudem ganz abstrakt sämtliche künftigen Pflichtverletzungen in Fortfall und nicht lediglich die Haftung für eine genau definierte Sachverhaltskonstellation.³⁷⁴ Aus diesem Grund sind die Mitwirkungsrechte der (Minderheits-)Gesellschafter bei einer verantwortungsausschließenden Delegation nicht in gleichem Umfang tangiert und es kann auch nicht von einer Beeinträchtigung der Verhaltenssteuerung der Geschäftsführerhaftung die Rede sein. Es ist außerdem nicht Sinn und Zweck der Geschäftsführerhaftung, den Zugriff auf möglichst viele Schuldner zu sichern und dadurch die Haftungsmasse zu erweitern. Gegen die Zulässigkeit könnte höchstens sprechen, dass die Gesamtverantwortung durch die kollektiven Einsatzpflichten der Geschäftsführer eine erhöhte Gewähr für die zweckmäßige Erledigung der Geschäftsführungsaufgaben bietet. Selbst wenn sich das empirisch belegen ließe, kann die Entscheidung über die Nutzung dieses Kontrollinstruments den Gesellschaftern zugestanden werden, soweit es allein Unternehmensinteressen berührt.

Das GmbH-Recht ermöglicht mithin eine flexible, angepasste Geschäftsführungsorganisation im Einzelfall. Beispielsweise kann ein Ingenieur,

371 Siehe hierzu die Begründung des Regierungsentwurfs für das GmbHG, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92, Anlagenband 5, Aktenstück 660, 3750.

372 Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 295 ff.; Lohr, NZG 2000, 1204 (1209); Heisse, Geschäftsführerhaftung, S. 110 ff.; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 41.

373 Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 297 f.; Ebenroth/Lange, GmbHR 1992, 69 (76); Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 41.

374 Zur Unterscheidung zwischen Weisung und Haftungserleichterung Ziemons, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 438.

der sich wie kein anderer im Unternehmen mit den technischen Einzelheiten eines bestimmten Produkts auskennt, jedoch kaum Verständnis für betriebswirtschaftliche Zusammenhänge aufbringt, zum Leiter der Forschungs- und Entwicklungsabteilung bestellt werden und dabei gleichzeitig von einer ständigen Nachverfolgung der Vertriebsthemen befreit werden. Er hat die vom Vertriebsleiter zu verantwortenden Vertriebsstrategien und -prozesse dann nicht daraufhin zu überprüfen, ob sie aus unternehmerischer Sicht vertretbar sind, und haftet der Gesellschaft gegenüber daher auch nicht, wenn der Vertriebsleiter etwa auf Kreditversicherungsschutz für großvolumige Auslandsgeschäfte verzichtet³⁷⁵ oder andere Fehlentscheidungen im Vertriebsressort³⁷⁶ unbemerkt an ihm vorbeigehen. Da ihm eine „Generalaufsicht“ fachlich ohnehin nicht möglich ist, wäre es wenig zweckmäßig, seine Kapazitäten diesbezüglich unnötig zu binden. Stattdessen könnte die Aufsicht über das Vertriebsressort auch einem sachnäheren Kollegen übertragen werden. Andernfalls müsste sich der Forschungsleiter gegebenenfalls sogar umfassend extern beraten lassen, um seine Kontrollpflicht ordnungsgemäß erfüllen zu können.

Eine Ausnahme von der haftungsbefreienden Wirkung der verantwortungsausschließenden Delegation ist allerdings, wie sonst auch, für den Fall anzuerkennen, dass der unzuständige Geschäftsführer von Fehlentwicklungen positive Kenntnis erlangt. Aufgrund seiner allgemeinen Schadensabwendungspflicht³⁷⁷ ist er dann gehalten, zu intervenieren und darf die Pflichtverletzung nicht sehenden Auges dulden.³⁷⁸ Für dieses Ergebnis spricht auch seine organschaftliche Treuepflicht. Nochmals hervorzuheben sind außerdem die gegebenenfalls parallel bestehenden unabdingbaren Leitungspflichten. Etwa im Hinblick auf die §§ 30, 33 GmbHG und die §§ 15a Abs. 1 S. 1, 15b Abs. 1 S. 1 InsO muss jeder Geschäftsführer im Wege der wirtschaftlichen Selbstkontrolle oder der Überwachung des

375 Zur umgekehrten Sachverhaltskonstellation BGH v. 13.5.1968 – II ZR 43/66, WM 1968, 1329 (1329 f.); vgl. auch LG Düsseldorf v. 15.9.1995 – 40 O 226/94, ZIP 1995, 1985 (1992 f.).

376 Denkbar wären auch verlustträchtige Spekulationen des Finanzgeschäftsführers, sofern diese nicht strafrechtlich relevant sind, vgl. *Westermann*, KF 1993, 15 (22), mit weiteren ähnl. gelagerten Beispielen.

377 BGH v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 (220 f.), Rn. 38; *W. Goette*, ZHR 175 (2011), 388 (389); *Uwe H. Schneider*, FS W. Werner, 795 (812).

378 Zum Verein *Hadding*, in: *Soergel*, BGB, § 27 Rn. 23; *Leuschner*, in: *MüKo*, BGB, § 27 Rn. 75; *Küpperfabrenberg*, Haftungsbeschränkungen, S. 244.

diesbezüglich zuständigen Kollegen stets die finanzielle Gesamtsituation im Blick behalten, um gänzlich einer Haftung entgehen zu können.³⁷⁹

C. Ergebnis

Die Grundlage des Gesamtverantwortungsgrundsatzes kann nicht in spezifischen, insbesondere aktienrechtlichen Normen gefunden werden, weil es sich nicht um eine Eigenheit bestimmter Rechtsformen handelt. Die grundsätzliche solidarische Verantwortung der mehrköpfigen GmbH-Geschäftsführung beruht darauf, dass sie – wie sämtliche pluralen gesellschaftsrechtlichen Organe – nach der rechtsgebietsübergreifenden Organisationsidee des Kollegialprinzips konzipiert ist, das gleicher Teilhabe gleiche Pflichten gegenüberstellt. Die von der Rechtsprechung als Begründung herangezogene All- oder Gesamtzuständigkeit ist ein (variables) Merkmal solcher Kollegialorgane.

Für das Kollegialprinzip ist die rechtliche Gleichstellung sämtlicher Organmitglieder wesentypisch. Zwischen absoluter Gleichstellung und völliger gegenseitiger Unterordnung sind in der GmbH jedoch zahlreiche Schattierungen denkbar. Insofern formt das geschriebene Recht die Kollegialität weiter aus und bestimmt, welche Pflichten zwingend dem Gesamtverantwortungsgrundsatz unterliegen.

Da die Herleitung des Gesamtverantwortungsgrundsatzes im GmbH-Recht bisher keine nennenswerte Beachtung gefunden hat, wurde auch seine pflichtenspezifische Reichweite für die GmbH-Geschäftsführung nicht differenziert genug betrachtet. Bei einer Geschäftsführungspflicht, deren Erledigung zumindest mittelbar außerhalb der Unternehmenssphäre liegende Interessen schützt oder wesentlich beeinflusst, können in der Regel die zu ihrer Erfüllung notwendigen Aufgaben übertragen werden. Den übrigen Geschäftsführern obliegen dann in jedem Falle nicht abdingbare Überwachungspflichten. Rein „unternehmerische“ (Leitungs-)Aufgaben können dagegen von den Gesellschaftern mit verantwortungsausschließender Wirkung einzelnen Geschäftsführern zugewiesen werden, sofern der Wille hierzu hinreichend deutlich³⁸⁰ wird. Eine derartige Ressortverteilung bewirkt für die unzuständigen Geschäftsführer eine (noch) spürbarere Reduktion ihrer Pflichten und damit ihres Haftungsrisikos.

379 Vgl. BGH v. 20.3.1986 – II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293 (1293 f.), Rn. 8-10.

380 Eine konkludente Beschlussfassung (siehe hierzu S. 173) wird hierfür dementsprechend in der Regel nicht ausreichen.

§ 6 Vertrauensgrundsatz

Im vorhergehenden Abschnitt wurde die Trennlinie zwischen Gesamt- und Residualverantwortung in der GmbH ausgelotet. Geklärt ist damit, inwieweit die Verantwortung der Geschäftsführer geteilt werden kann oder, um es mithilfe des strafrechtlichen Terminus plakativer auszudrücken: wie weit ihre „Garantenstellung“ für fremdes Fehlverhalten reicht.³⁸¹ Das allein beantwortet allerdings noch nicht die Frage, wie sich die eingeschränkte Residualverantwortung rechtfertigen lässt und ihr Maß zu bestimmen ist.

Eine Geschäftsverteilung wäre aus Enthftungsperspektive funktionslos, wenn die Sorgfaltsanforderungen hinsichtlich ihrer Implementierung und der aus ihr folgenden Überwachungspflichten derart hoch wären, dass das mit der Arbeitsteilung verbundene Haftungsrisiko dem im ressortlosen Gremium gleichkäme.³⁸² Eine effektive Haftungsbeschränkung durch Geschäftsverteilung setzt zwingend voraus, dass bis zu einem gewissen Grad auf die Aufgabenerledigung durch den Ressortleiter vertraut werden darf. Es ist daher zu untersuchen, ob sich ein solches „Vertrauendürfen“ begründen lässt und, wenn ja, wie es sich auf die Haftung auswirkt und welche Kernaussagen es enthält.

A. Begründung und Verortung im Haftungstatbestand

I. Geltung des Vertrauensgrundsatzes

Nach der bildhaften Paraphrase *Luhmanns* ist „Vertrauen ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität“.³⁸³ Soziale Beziehungen und damit auch sämtliche Rechtsverhältnisse gründen auf Vertrauen als Ausgleich für Unkenntnis, gerade auch der Zukunft.³⁸⁴ Insoweit beruht Vertrauen auf Selbsttäuschung.³⁸⁵ Wer die Vorfahrt genießt, soll nicht an

381 Allg. zum Zusammenspiel zwischen Verantwortung und Vertrauen im Strafrecht treffend *Bautista Pizarro*, *Vertrauen*, S. 20 f., 115 f., 118 ff., 158 ff.; *Timpe*, *StraFo* 2016, 11 (13).

382 Siehe hierzu bereits S. 36 und vgl. *Medicus*, *GmbHR* 1998, 9.

383 *Luhmann*, *Vertrauen*, S. 1, 8 f., 18 f., 125 f.

384 *Bautista Pizarro*, *Vertrauen*, S. 239 f.; *Duttge*, *ZIS* 2011, 349; *Puppe*, *Jura* 1998, 21 (22, 24); *Renzikowski*, *StV* 2009, 443 (443 f.); *Luhmann*, *Vertrauen*, S. 9, 14 f., 23 f.

385 *Luhmann*, *Vertrauen*, S. 38.

jeder Kreuzung oder Einmündung Schrittgeschwindigkeit fahren müssen, damit er bremsen und einen Unfall verhindern kann, falls ein anderer Verkehrsteilnehmer die Grundregel rechts vor links missachtet.³⁸⁶ Entsprechend muss eine freiheitliche Rechtsordnung um ihrer eigenen Verwirklichung willen die Enttäuschung sozialer und rechtlicher Erwartungen gezielt sanktionieren, beispielsweise durch eine Betrugsstrafbarkeit³⁸⁷ oder eine Vertrauenshaftung³⁸⁸, und so die motivationale Normverfolgungsbereitschaft als notwendige Basis für gegenseitiges Vertrauen der Menschen schaffen.³⁸⁹ Auch der Vertrauensschutz gegenüber der Staatsgewalt³⁹⁰ ist hierfür essenziell. Da das Recht kein vollständiges Misstrauenssystem vorhält, verlangt es vom Individuum nicht nur ein „Misstrauenmüssen“, sondern erlaubt auch ein „Vertrauendürfen“; die Janusköpfigkeit³⁹¹ von Vertrauen und Misstrauen ist in einer freiheitlichen Rechtsordnung selbst angelegt³⁹² und teilweise sogar deutlich normiert, etwa in § 1 Abs. 1 StVO und besonders in § 3 Abs. 2a StVO sowie § 17 Abs. 1 FKAustG oder § 3 Abs. 4 S. 4 BetrSichV. Aus der Systemimmanenz von Vertrauen und Misstrauen kann geschlussfolgert werden, dass eine Person, die auf rechtlich wirksame Weise mit einer Pflicht, einer Aufgabe oder einem Amt betraut wird, auf das ordnungsgemäße Verhalten Dritter grundsätzlich vertrauen darf, wenn sie ihr eigenes Handeln oder Unterlassen stets auf seine Gebotenheit prüft und hierbei die Möglichkeit eines Vertrauensbruchs berücksichtigt.³⁹³

Ohne Vertrauensschutz durch die Rechtsordnung wäre eine auf Arbeitsteilung basierende Marktwirtschaft nicht denkbar.³⁹⁴ Teilen mehrere Per-

386 Puppe, Jura 1998, 21 (22); Brinkmann, Vertrauen als Erfahrungsregel, S. 145.

387 Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 240 Fn. 912, S. 267 Fn. 1023.

388 Hannes, Vertrauensgrundsatz, S. 192.

389 Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 217, 242 ff., 266 f.; Duttge, ZIS 2011, 349 (349 f.); Renzikowski, StV 2009, 443 (444); Timpe, StraFo 2016, 11 (11-13); ähnl. Druey, FS Koppensteiner, 3 (4); Harbarth, ZGR 2017, 211 (225); Wilhelmi, Risikoschutz, S. 234, 268; aus soziologischer Sicht Luhmann, Vertrauen, S. 41 ff., 118.

390 Statt aller Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII. Rn. 95 ff.

391 Aus soziologischer Sicht Luhmann, Vertrauen, S. 92 ff., 112 f.

392 Druey, FS Koppensteiner, 3 (4); zum Strafrecht Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 258; Duttge, ZIS 2011, 349 (350, 353); Puppe, Jura 1998, 21 (22).

393 Druey, FS Koppensteiner, 3 (4); Harbarth, ZGR 2017, 211 (216); vgl. auch Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 232 f.; Puppe, Jura 1998, 21 (22); vgl. aus soziologischer Sicht Luhmann, Vertrauen, S. 117, 125 f.

394 Vgl. Harbarth, ZGR 2017, 211 (221 f.); Renzikowski, StV 2009, 443; Puppe, Jura 1998, 21 (22, 24); aus Praxissicht Kremer, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 36 f.

sonen die Erfüllung einer gemeinsamen Pflicht untereinander in abgrenzbare Aufgaben auf, stellt sich die Frage, inwiefern auf deren Erledigung in berechtigter Weise vertraut werden darf, nämlich in grundlegender Art und Weise.³⁹⁵ Zwar wird der Mensch „unter den Bedingungen des arbeitsteiligen Zusammenwirkens im Betrieb zu einem Risikofaktor“³⁹⁶, weil er fehlbar ist. Das ist jedoch die Kehrseite der Anerkennung des Individuums als freie Person beziehungsweise verantwortliches Wesen.³⁹⁷ Ein übermäßiges Misstrauen würde die rechtsökonomischen Vorteile einer, unter Umständen sogar notwendigen, Arbeitsteilung annullieren. Zur Haftungsvermeidung wären intensive, ihrem Aufwand nach der persönlichen Wahrnehmung der delegierten Aufgabe gleichstehende, Kontrollen nötig, was wiederum negative Folgen für die Motivation und Leistungsfähigkeit der Aufgabenträger hätte.³⁹⁸ Dementsprechend entschied bereits das RG, dass eine abgestufte Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für das Fehlverhalten eines Kollegen möglich sei, soweit er diesen „Mitgeschäftsführer für eine vertrauenswürdige Person hielt und halten durfte“³⁹⁹. Weitere Entscheidungen⁴⁰⁰ zur Haftung in der ressortgeteilten Geschäftsführung und nicht zuletzt das Weltruf-Urteil⁴⁰¹ sind in ihrer Begründung mehr oder weniger deutlich auf den Vertrauensgrundsatz gestützt worden. Die Enthftung von Organmitgliedern durch Einholung professionellen (Rechts-)Rats fußt konsequenterweise nach ganz herrschender Meinung

395 Harbarth, ZGR 2017, 211 (216, 222); Sander/S. Schneider, ZGR 2013, 725 (727); Abeltshauser, Leitungshaftung, S. 135, 225.

396 Zu § 130 OWiG BGH v. 13.4.1994 – II ZR 16/93, BGHZ 125, 366 (373), Rn. 20; Leuring, FS Seibert, 543 (544); Schmidt-Husson, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 6 Rn. 13.

397 Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 267; Renzikowski, StV 2009, 443 (444); Timpe, StraFo 2016, 11 (13); aus soziologischer Sicht Luhmann, Vertrauen, S. 38, 48.

398 Harbarth, ZGR 2017, 211 (221 f.); Bachmann, DJT 2014 – Gutachten E, S. E 42; Sander/S. Schneider, ZGR 2013, 725 (728); Eidam, JA 2011, 912 (913); Fleischer, ZIP 2009, 1397 (1403); Druey, FS Koppensteiner, 3 (9); Schmidt-Husson, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 6 Rn. 14.

399 RG v. 18.10.1917 – VI 143/17, RGZ 91, 72 (77).

400 BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461), Rn. 11; BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778 f.), Rn. 20, 24; zur AG BGH v. 20.10.1954 – II ZR 280/53, BGHZ 15, 71 (78); LG Düsseldorf v. 15.9.1995 – 40 O 226/94, ZIP 1995, 1985 (1992 f.); zum Strafrecht BGH v. 6.4.2000 – 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30 (35), Rn. 24.

401 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169, 173), Rn. 20, 28 f.

ebenfalls auf ihm.⁴⁰² Die Literatur bejaht die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auf die gesellschaftsrechtliche Delegation einhellig.⁴⁰³ Dementsprechend wurde seine deklaratorische Normierung im Bereich des Gesellschaftsrechts bereits mehrfach, unter anderem vom 70. DJT, gefordert.⁴⁰⁴

Der Vertrauensgrundsatz ist wenig überraschend ein rechtsgebietsübergreifend anerkannter,⁴⁰⁵ auch im europäischen Recht⁴⁰⁶ und in ausländischen Rechtsordnungen⁴⁰⁷ angewandeter, funktionsbestimmter Rechtsbegriff. Bekannt ist er vor allem aus dem Straßenverkehrsrecht, wo er die Sorgfaltspflichten der Verkehrsteilnehmer modifiziert, indem er ihnen grundsätzlich zugesteht, sich auf regelkonformes Verhalten anderer verlassen zu dürfen.⁴⁰⁸ Im Bereich des Arzthaftungsrechts⁴⁰⁹ und der Einschalt-

402 Harbarth, ZGR 2017, 211 (227 f.); Kindler, FS W. Goette, 231 (236); Fleischer, ZIP 2009, 1397 (1403); vgl. zuletzt BGH v. 24.9.2019 – II ZR 248/17, BeckRS 2019, 31312, Rn. 21, m.w.N.

403 Harbarth, ZGR 2017, 211 (223); Segger, VersR 2018, 329; Sander/S. Schneider, ZGR 2013, 725 (726); Uwe H. Schneider/Brouwer, FS Priester, 713 (718); Leuering/Dornhegge, NZG 2010, 13 (15); Lohr, NZG 2000, 1204 (1210); Abeltshausen, Leitungshaftung, S. 135 f., 225; Löbbe/Fischbach, AG 2014, 717 (719-721, 723-725); Bittmann, ZGR 2009, 931 (936); Habersack, WM 2005, 2360 (2363); Fleischer, ZIP 2009, 1397 (1402 f.); Wettich, Vorstandsorganisation, S. 243; Rehm, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 196 f.; Linnertz, Delegation, S. 278-280; begrenzt auf die horizontale Delegation Froesch, DB 2009, 722 (725); zur Rechtslage bei Verkehrspflichten Wilhelmi, Risikoschutz, S. 221 f., 225.

404 Siehe speziell für Ressortsachverhalte den Beschluss der Abteilung Wirtschaftsrecht, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, Ziff. I. 5., S. N 62; Kremer, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 37, N 42; Bachmann, DJT 2014 – Gutachten E, S. E 42 f.; Seibt/Cziupka, DB 2014, 1598 (1600); Linnertz, Delegation, S. 300 f., 303; krit. Harbarth, ZGR 2017, 211 (235 f.); Fleischer, DB 2014, 1971 (1974).

405 Harbarth, ZGR 2017, 211 (217 f.); Timpe, StraFo 2016, 11 Fn. 6; Duttge, ZIS 2011, 349 (350 f.); Krümpelmann, FS Lackner, 289 (289 f.).

406 Vgl. EuGH v. 21.2.2008 – C-271/06, EuZW 2008, 286 (287 f.), Rn. 18, 27, m.w.N.

407 Siehe etwa § 3 Abs. 1 Hs. 2 öStVO; zum Vertrauensgrundsatz im US-amerikanischen Unternehmensrecht Harbarth, ZGR 2017, 211 (219-221); Abeltshausen, Leitungshaftung, S. 135 f.; zusätzlich zum australischen und neuseeländischen Korporationsrecht Fleischer, ZIP 2009, 1397 (1397 ff.); zum englischen Recht ders., NZG 2003, 449 (455 f.).

408 Statt aller BGH v. 25.3.2003 – VI ZR 161/02, NJW 2003, 1929 (1930 f.), Rn. 15 ff., m.w.N.; v. 20.9.2011 – VI ZR 282/10, NJW-RR 2012, 157 (158), Rn. 10; vgl. auch Anl. 1 Abschn. 1.1.1.4 FahrlAusbVO.

409 BGH v. 7.11.2006 – VI ZR 206/05, BGHZ 169, 364 (368), Rn. 10; v. 26.1.1999 – VI ZR 376/97, BGHZ 140, 309 (313 f.), Rn. 14 f.; v. 26.2.1991 – VI ZR 344/89,

tung Dritter bei der Erfüllung von Verkehrspflichten⁴¹⁰ sowie auf dem Gebiet des Arzt-⁴¹¹ und Baustrafrechts⁴¹² findet er in entsprechender Weise auf die Bestimmung der Sorgfaltsanforderungen bei arbeitsteiligem Vorgehen Anwendung.

Die Herleitung des Vertrauensgrundsatzes ist umstritten. Geläufige universale, teilweise sich überschneidende, insbesondere im Strafrecht eingehend diskutierte, Erklärungsmodelle sind das Prinzip des erlaubten Risikos⁴¹³ sowie der Selbstverantwortung⁴¹⁴. Nach der pragmatischen Interessenabwägungstheorie ist das Vertrauensdürfen in regelkonformes Verhalten Dritter dagegen schlicht ein erlaubtes Risiko im Sinne einer *conditio sine qua non* freiheitlicher Rechtssysteme,⁴¹⁵ nach der Prämientheorie⁴¹⁶ die Belohnung für eigenes Wohlverhalten. Andere begreifen den Vertrauensschutz als tatsächliche Erfahrungsregel⁴¹⁷ oder als prägenden Bestandteil des Sorgfaltsmaßstabs⁴¹⁸. Schließlich sieht eine Ansicht in ihm die Symbiose primär durch das Recht kommunizierter normativer (kontrafaktischer) Mindestverhaltenserwartungen der Rechtssubjekte und deren Einschränkung durch kognitive (faktische) Verifikation.⁴¹⁹

Des Weiteren gibt es spezifisch gesellschaftsrechtliche Ansätze. So will eine Ansicht den Vertrauensgrundsatz auf die Akzeptanz mehrgliedriger Leitungsorgane durch den Gesetzgeber und auf die dem Kollegialprinzip innewohnende Pflicht zur loyalen und kollegialen Zusammenarbeit stüt-

NJW 1991, 1539, Rn. 13; v. 8.11.1988 – VI ZR 320/87, NJW 1989, 1536 (1538), Rn. 24.

410 BGH v. 26.9.2006 – VI ZR 166/05, NJW 2006, 3628 (3629), Rn. 11; *Wilbelmi*, Risikoschutz, S. 215, 219 f., m.w.N.; *ders.*, in: Erman, BGB, § 823 Rn. 85.

411 BGH v. 4.10.1999 – 5 StR 712/98, NJW 2000, 885 (887), Rn. 14; v. 2.10.1979 – 1 StR 440/79, NJW 1980, 649 (650), Rn. 12.

412 BGH v. 13.11.2008 – 4 StR 252/08, BGHSt 53, 38 (43-45), Rn. 18, 20; v. 31.1.2002 – 4 StR 289/01, BGHSt 47, 224 (228, 231 f.), Rn. 18, 25 f.

413 *Eidam*, JA 2011, 912 (916), m.w.N.

414 *Renzikowski*, StV 2009, 443 (444); *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (225); *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 204-206; siehe auch die Übersicht bei *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 197 ff., m.w.N.

415 *Krümpelmann*, FS Lackner, 289 (298 f.).

416 Siehe hierzu die Übersicht bei *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 122 ff., m.w.N.

417 *Brinkmann*, Vertrauen als Erfahrungsregel, S. 138 ff.

418 Speziell zum arbeitsteiligem Verhalten *Hannes*, Vertrauensgrundsatz, S. 192; ähnl. *Puppe*, Jura 1998, 21 (22, 24).

419 *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 245 ff., 250, 269 ff.; ähnl. *Timpe*, StraFo 2016, 11 Fn. 5.

zen.⁴²⁰ Zu Recht wird geltend gemacht, eine prinzipielle Pflicht zum Argwohn sei schwerlich mit der vorrangigen Ressortzuständigkeit der Kollegen in Einklang zu bringen und ein Minimum an Vertrauen für eine reibungslose Zusammenarbeit im Gremium unabdingbar.⁴²¹ Pflichtwidrig könne auch derjenige handeln, der grundlos misstrauet.⁴²² Dem lässt sich hinzufügen, dass sich eine Misstrauenspflicht genauso wenig mit der geschützten Handlungsfreiheit des Vertrauensempfängers und seiner primären Verantwortung verträglich.⁴²³ Eine andere Ansicht rückt das Unternehmensinteresse als dogmatischen Unterbau in den Vordergrund.⁴²⁴

Der Ansatz, der zur Begründung eines gesellschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes auf das Unternehmensinteresse verweist, vermag unabhängig von der Kritik dieses Begriffs⁴²⁵ deshalb nicht zu überzeugen, weil der Vertrauensgrundsatz in erster Linie die Frage der (Ent-)Haftung des Vertrauenden vor Augen hat und mithin vor allem seine Interessen.⁴²⁶ Die Prämientheorie weist ebenfalls grundsätzliche dogmatische Unstimmigkeiten auf.⁴²⁷ Im Übrigen kann das genaue Fundament des Vertrauensgrundsatzes für die vorliegende Untersuchung im Ergebnis dahinstehen. Grundlegend andere „Weichenstellungen“ des GmbHG im Vergleich zu den Kodifikationen anderer Rechtsformen sind diesbezüglich und damit auch hinsichtlich seiner Reichweite nicht ersichtlich. Selbst wer den Terminus des Vertrauensgrundsatzes trotz seiner offensichtlich alle Rechtsbereiche umspannenden Wirkung zu Unrecht für eine dogmatische Überhöhung hielte, wäre in der Sache dazu verdammt, dieselben Fragen unter anderer begrifflicher Flagge zu beantworten.⁴²⁸

420 *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1402 f.); ähnl. *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 243, 245, mit Verweis auf die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 122.

421 OLG Hamm v. 24.4.1991 – 8 U 188/90, GmbHR 1992, 375 (377); *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (222); *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717 (719); *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1400).

422 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (222 f.); zum Strafrecht *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 208, m.w.N.; *Timpe*, StraFo 2016, 11 Fn. 3.

423 Vgl. zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 234 f.

424 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (224-226); krit. zum Begriff des Unternehmensinteresses *Fleischer*, DB 2014, 1971 (1972).

425 Siehe hierzu *Fleischer*, DB 2014, 1971 (1972), m.w.N.

426 Vgl. zur Einschaltung Dritter bei der Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 218.

427 Siehe S. 105 f.

428 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (216).

II. Verortung auf Pflichten- oder Verschuldensebene

Ob der Vertrauensgrundsatz die Geschäftsführerhaftung bereits auf Pflichtenebene bestimmt oder lediglich das Verschulden entfallen lässt, ist in der Rechtsprechung nicht hinreichend geklärt.⁴²⁹ Faktisch ist die Entscheidung dieser Frage für die Selbst- und Fremdwahrnehmung des Geschäftsführers von Bedeutung, weil eine Pflichtverletzung einen „Makel“ seiner Amtsführung bedeutet. Ließe die Arbeitsteilung lediglich das Verschulden entfallen, wäre sie per se pflichtwidrig.⁴³⁰ Die Einordnung auf Pflichtenebene ermöglicht zudem den dogmatisch einheitlichen und rechtssicheren Umgang mit Normen, die, wie § 38 Abs. 2 S. 2 GmbHG und § 46 Nr. 5 Var. 3 GmbHG, Rechtsfolgen an die Verletzung von Geschäftsführungspflichten knüpfen.⁴³¹ Ferner wird vermieden, auf Verschuldensebene objektive Verhaltenspflichten formulieren und gleichzeitig prüfen zu müssen, ob sie schuldhaft verletzt wurden. Nicht zu überzeugen vermag allerdings das Argument, der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens könne auf Verschuldensebene keine Berücksichtigung finden.⁴³² Seine Wertungen wären dann vielmehr, wenngleich methodisch unsauberer, auf die Prüfung der Vermeidbarkeit des Schadens beziehungsweise des Irrtums zu übertragen.⁴³³

429 Harbarth, ZGR 2017, 211 (234); Schockenhoff, GmbHR 2019, 514 (516).

430 Hannes, Vertrauensgrundsatz, S. 182, 184, 196 f.

431 Zum Vertrauen auf Informationen Dritter Sander/S. Schneider, ZGR 2013, 725 (744-746); zustimmend Fleischer, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 42g; zurückhaltend hinsichtlich der praktischen Bedeutung der Frage Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 13.

432 Zum Vertrauen auf Informationen Dritter mit hinsichtlich der Übertragbarkeit ihrer Wertungen zweifelhaften Rechtsprechungsnachweisen Sander/S. Schneider, ZGR 2013, 725 (743); zustimmend Fleischer, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 42g; gegen eine Anwendbarkeit der Grundsätze bei der Arbeitsteilung im Strafrecht Renzikowski, StV 2009, 443 (446); zu Recht ohne Unterscheidung für eine Anwendbarkeit dagegen Bayer/Illhardt, GmbHR 2011, 751 (754); Segger, VersR 2018, 329 (331); Timpe, StraFo 2016, 11 (13 f.); BGH v. 8.7.1985 – II ZR 198/84, NJW 1986, 54 (55), Rn. 13; OLG Hamm v. 24.4.1991 – 8 U 188/90, GmbHR 1992, 375 (376 f.); zur AG Wettich, Vorstandsorganisation, S. 240.

433 Statt aller Lorenz, in: BeckOK, BGB, § 276 Rn. 31; zur Irrtumslösung beim Vertrauen auf Informationen Dritter BGH v. 7.4.2016 – 5 StR 332/15, NStZ 2016, 460 (462), Rn. 22, m.w.N.; Rengier, in: KK, OWiG, § 11 Rn. 97 ff.

Die vom RG⁴³⁴ geprägte, von der Literatur⁴³⁵ übernommene und auch vom BGH⁴³⁶ aufgegriffene Formulierung, dass sich die Pflicht zur Geschäftsführung durch eine Aufgabenteilung in eine Überwachungspflicht wandelt, lässt ein Verständnis nach der zuerst genannten Variante vermuten. In seiner Weltruf-Entscheidung verortete der zweite Zivilsenat die Wirkung der Ressortverteilung bei der Haftung für Masseschmälerungen jedoch ganz selbstverständlich auf der Verschuldensebene.⁴³⁷ Dass er im gleichen Zug detaillierte Ausführungen zur Ressortverteilung machte, widerspricht diesem Befund nicht,⁴³⁸ weil der Geschäftsführer die Insolvenzreife auch durch Überwachung seines zuständigen Kollegen erkennen kann.⁴³⁹ Andere höchstrichterliche und obergerichtliche Entscheidungen befürworten wiederum ausdrücklich eine Verortung auf Pflichtenebene oder lassen eine entsprechende Tendenz erkennen.⁴⁴⁰ Das Vertrauen der Geschäftsleiter auf fremden Rat hat nach Auffassung des BGH unabhängig vom konkreten Haftungstatbestand lediglich entschuldigende Wirkung.⁴⁴¹

Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum lässt im Falle ordnungsgemäßer Überwachung in seltener Einigkeit die Pflichtverletzung entfallen.⁴⁴² Es prüft den Vertrauensgrundsatz damit – wie die ganz herrschende Mei-

434 RG v. 3.2.1920 – II 273/19, RGZ 98, 98 (100).

435 Statt aller *Peitsmeyer/Klesse*, NZG 2019, 501; *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (214).

436 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (168), Rn. 18.

437 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166, 173 f.), Rn. 14, 30; so auch schon BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461), Rn. 11.

438 So *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (516).

439 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (174), Rn. 32; siehe ausführlich S. 72 ff.

440 Ausdrücklich zur Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG OLG Zweibrücken v. 22.12.1998 – 8 U 98/98, NZG 1999, 506 (508), Rn. 77; OLG Hamm v. 24.4.1991 – 8 U 188/90, GmbHR 1992, 375 (377); deutlich zur Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Verein BGH v. 12.6.2012 – II ZR 105/10, DStR 2012, 2451, Rn. 6; zur GmbH BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377 f.), Rn. 21; zur steuerlichen Haftung BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (777, 779), Rn. 16, 24.

441 BGH v. 24.9.2019 – II ZR 248/17, BeckRS 2019, 31312, Rn. 21, m.w.N.; zur Haftung nach § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, AG 2011, 876 (877), Rn. 16.

442 *Leuring*, FS Seibert, 543 (546); *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (234 f.); *Sander/S. Schneider*, ZGR 2013, 725 (738); *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1405); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (310 f.); *Abelshausen*, Leitungshaftung, S. 138, 225; *Verse*, in: *Scholz*, GmbHG, § 43 Rn. 130; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 18; *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 88; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 234, 240; *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 197; *Linnertz*, Delegation, S. 280 f.

nung⁴⁴³ zur Einschaltung Dritter bei der Erfllung von Verkehrspflichten – auf Pflichtenebene. Hinsichtlich des Vertrauens von Geschftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter sind die Meinungen geteilt. Eine Ansicht folgt der Rechtsprechung, weil der Verstoß gegen Legalittspflichten stets pflichtwidrig sei.⁴⁴⁴ Es mehren sich jedoch kritische Stimmen, die auch insoweit eine Pflichtenmodifikation annehmen wollen.⁴⁴⁵ Von den methodischen Disharmonien bei der Einordnung des rechtmäßigen Alternativverhaltens abgesehen, spricht gegen die Rechtsprechungslinie beim Vertrauen auf Informationen Dritter, zumindest im Bereich unternehmerischer Entscheidungen, bereits der Wortlaut der Business Judgment Rule gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, wonach die Angemessenheit der Informationsgrundlage pflichtenbestimmend ist.⁴⁴⁶ Eine Vorschrift, der zufolge berechtigtes Vertrauen auf Informationen Dritter beziehungsweise auf die ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung durch Organmitglieder die Pflichtverletzung entfallen lässt, fgte sich systematisch nahtlos in das bestehende Normgefge ein.⁴⁴⁷ Dieses Ergebnis harmonierte auch mit dem US-amerikanischen Recht, das ebenso Vorbildfunktion fr die deutsche Business Judgment Rule hatte.⁴⁴⁸

Entscheidend fr eine Verortung des Vertrauensgrundsatzes auf Ebene der Pflichtverletzung spricht auch, dass die dogmatischen Herleitungsansätze, insbesondere die mittlerweile besonders fundierten strafrechtlichen,⁴⁴⁹ allesamt auf Pflichten- oder zumindest objektiver Tatbestandsebene ansetzen.⁴⁵⁰ So ist nach einer Ansicht der Vertrauensgrundsatz sogar

443 Statt aller BGH v. 26.9.2006 – VI ZR 166/05, NJW 2006, 3628 (3629), Rn. 11; *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 214, 219, 267 f., m.w.N.

444 Mit Verweis auf die Legalittspflicht *Strohn*, CCZ 2013, 177 (179); *Kindler*, FS W. Goette, 231 (237); siehe auch die Nachweise bei *Sander/S. Schneider*, ZGR 2013, 725 (730).

445 *Sander/S. Schneider*, ZGR 2013, 725 (730 f., 738 ff.), m.w.N.; *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1405); vgl. auch *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 35 f.

446 *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1405); zustimmend *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (234); fr eine Integration des Vertrauensgrundsatzes in die Business Judgment Rule *Linnertz*, Delegation, S. 280 f.

447 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (234); *Bachmann*, DJT 2014 – Gutachten E, S. E 42 f.; ähnl. *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 36.

448 Rechtsvergleichend *Abelshausen*, Leitungshaftung, S. 135, 138, 225.

449 *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 151, m.w.N.; *Eidam*, JA 2011, 912; *Duttge*, ZIS 2011, 349 (353); *Renzikowski*, StV 2009, 443 (445); *Timpe*, StraFo 2016, 11 (13, 19 f.).

450 Siehe die rechtsgebiets- und lebensbereichsübergreifende Analyse bei *Hannes*, Vertrauensgrundsatz, S. 42 f., 91, 110, 119, 131; ähnl. *Harbarth*, ZGR 2017, 211

eine eigenständige Rechtsfigur zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten bei arbeitsteiligen Vorgängen; denn bei diesen lasse sich, anders als im Falle des Alleinhandelns oder zufälliger Zusammenstöße im Straßenverkehr, die Betrachtung von Verhalten und Vertrauen nicht trennen.⁴⁵¹ Auf Pflichtenebene ordnet ihn aber auch die Ansicht ein, die ihn als Erfahrungsregel zur Bestimmung der objektiven Vorhersehbarkeit⁴⁵² des Kausalverlaufs und Erfolgseintritts ansieht, genauso wie das normativ-kognitive Erklärungsmodell, das die Funktion des Vertrauensgrundsatzes als Unterfall der Sozialadäquanz darin erblickt,⁴⁵³ die aus einer Garantienstellung folgenden Pflichten zur Beseitigung fremden Fehlverhaltens zu konkretisieren.

Dass der BGH die enthaftenden Wirkungen einer horizontalen Aufgabendelegation in seiner Weltruf-Entscheidung auf Ebene der Zurechenbarkeit beziehungsweise des Verschuldens behandelt hat, spricht nicht gegen eine primäre Verortung des Vertrauensgrundsatzes auf Pflichtenebene in anderen Arbeitsteilungsfällen. Der zweite Zivilsenat war zu seiner Lösung gezwungen, weil § 64 S. 1 GmbHG a.F. – wie die Neuregelung des § 15b Abs. 1 S. 1 InsO – ein Ersatzanspruch eigener Art mit denkbar eng begrenztem objektiven Tatbestand ist.⁴⁵⁴ Die Norm zeichnet sich dadurch aus, dass sie primär ein Unterlassen gebietet und die Pflichtverletzung daher allein durch die Tatsache einer unzulässigen Zahlung ausgelöst wird. Allgemeine Grundsätze für die Wirkung des Vertrauensgrundsatzes im Zusammenspiel mit einer Ressortverteilung lassen sich aus ihr nicht gewinnen.

Das Argument, dass eine Verletzung der Legalitätspflicht durch ein Vertrauen auf Informationen Dritter nicht entfallen könne, ist jedenfalls auf die Aufgabendelegation nicht übertragbar. Denn beim Vertrauen auf Externe wird die infrage stehende Aufgabe letztlich persönlich vorgenommen; es handelt sich also um eine andere Ausgangslage als bei der „echten“ Zuständigkeitsverteilung. Wenn ein Vermieter die Streupflicht auf seinen Mieter abwälzt und dieser seiner Verpflichtung nicht nachkommt, handelt ersterer auch nicht zwangsläufig pflichtwidrig. Das Prinzip bei der gesell-

(235); OLG Stuttgart v. 21.11.1996 – 1 Ws 166/96, NStZ 1997, 190, Rn. 11; unklar BGH v. 19.9.1974 – III ZR 73/72, VersR 1975, 37 (38), Rn. 12.

451 Hannes, Vertrauensgrundsatz, S. 173, 179 f., 190 ff., m.w.N.

452 Brinkmann, Vertrauen als Erfahrungsregel, S. 139.

453 Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 21, 78, 80, 116, 158 f.

454 Vgl. Dieckmann, LMK 2019, 415387; Ch. A. Weber, ZGR 2020, 688 (695); ungenau daher Buck-Heeb, BB 2019, 584 (587); zum zweistufigen Entlastungsbeweis in diesem Zusammenhang Kleindiek, FS Kayser, 435 (453 f.).

schaftsrechtlichen Aufgabendelegation ist dasselbe.⁴⁵⁵ Natürlich verstößt der Ressortleiter, dessen Aufgabe die Erfüllung der Steuerschulden ist, gegen seine Legalitätspflicht, wenn er Steuern nicht richtig abführt. Die Legalitätspflicht des unzuständigen Organmitglieds ist aber umgewandelt in eine Überwachungspflicht, sodass er nicht pflichtwidrig handelt, wenn er die Aufgabenerfüllung seines zuständigen Kollegen ordnungsgemäß kontrolliert hat.⁴⁵⁶ Die primäre Verantwortung wird durch sekundäre, abgeleitete Sorgfaltspflichten ausgefüllt.⁴⁵⁷ Nur eine unwirksame Aufgabendelegation kann ganz ausnahmsweise Bedeutung auf der Verschuldensebene erlangen.⁴⁵⁸

B. Funktion und Voraussetzungen schutzwürdigen Vertrauens

I. Funktionsweise bei der Ressortverteilung

Der Vertrauensgrundsatz ist nach dem zuvor Gesagten zentral für die Bestimmung der Verhaltenspflichten des einzelnen Geschäftsführers im ressortgeteilten Gremium. Je nachdem, inwieweit die Geschäftsführer sich auf ihre Kollegen verlassen dürfen, werden bestimmte Kontrollpflichten ausgelöst und deren Intensität verändert sich.⁴⁵⁹ Sein Anwendungsbereich ist jedoch hierauf nicht beschränkt, sondern muss zwangsläufig bereits die Anforderungen an den vorgelagerten Akt der Delegation als Vertrauensbasis der Arbeitsteilung umfassen.⁴⁶⁰ Denn bereits die Residualverantwortung an sich kann nur unter vertrauenstiftenden Umständen zustande kommen und bestehen.

455 *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 222.

456 Das von *Strohn*, CCZ 2013, 177 (179), favorisierte Ergebnis ließe sich auf Pflichtenenebene dogmatisch dadurch realisieren, dass dem Vertrauensgrundsatz im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung keine pflichtenbestimmende, sondern eine pflichtenbeschränkende Wirkung zugeschrieben wird und die zunächst begründete Sorgfaltspflichtverletzung damit aufgrund berechtigten Vertrauens in einem zweiten Schritt entfällt, Handlung beziehungsweise Unterlassen und Vertrauen also getrennt betrachtet werden; vgl. zum Strafrecht, i.E. aber abl. *Hannes*, Vertrauensgrundsatz, S. 186; *Puppe*, Jura 1998, 21 (23 f.).

457 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 233 f.; *Renzikowski*, StV 2009, 443 (445); zum Deliktsrecht *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 219.

458 Siehe S. 183 f.

459 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (226); *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717 (720); *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1399 f.); *ders.*, NZG 2003, 449 (453).

460 Ähnl. *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (226).

Sind kognitiv keine Gründe fassbar, die das Misstrauen gegen eine bestimmte Arbeitsteilung erregen, können die infrage stehenden Aufgaben delegiert werden. Es entsteht so das Vertrauensfundament, auf dem sich die Residualverantwortung entfalten kann. Existiert dieses Vertrauensfundament, ist die primäre Geschäftsführungspflicht der unzuständigen Organmitglieder zunächst abbedungen und sie haben nach klassischem Verständnis der Arbeitsteilung eine latente sekundäre Pflicht zur Kompensation des Fehlverhaltens ihrer jeweils zuständigen Kollegen.⁴⁶¹ Wann diese sekundäre Pflicht aktiviert wird und wie sie ausgestaltet ist, hängt wiederum von dem kognitiven Prozess der Verifikation der Vertrauensgrundlage ab.⁴⁶² Solange das Vertrauen nicht erschüttert oder beseitigt ist, besteht die Grundlage unverändert weiter.⁴⁶³

Das kognitive Moment ist die objektive Erkennbarkeit und umfasst demnach auch die fahrlässige Unkenntnis.⁴⁶⁴ Angesichts des grundsätzlich objektiv zu bestimmenden Maßstabs des § 43 Abs. 1 GmbHG⁴⁶⁵ ist das systematisch folgerichtig. Liegen in einer bestimmten Situation die Anforderungen für die Anerkennung des Vertrauensgrundsatzes nicht vor, ist daher stets in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Vertrauende das erkannt hat oder bei gebotener Sorgfalt hätte erkennen müssen. Es besteht dann eine Pflicht zur kognitiven Anpassung des eigenen Vertrauens an die Wirklichkeit beziehungsweise eine Pflicht, zu misstrauen.⁴⁶⁶

461 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 20 f., 33 f.

462 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 115 f., 271 f.

463 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 115 f.

464 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (216, 229, 231); *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1399, 1403-1405); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (482 f.); *Druey*, FS Koppensteiner, 3 (12); *Segger*, VersR 2018, 329 (330); zum Deliktsrecht BGH v. 20.9.2011 – VI ZR 282/10, NJW-RR 2012, 157 (158), Rn. 10, 12 f.; v. 8.11.1988 – VI ZR 320/87, NJW 1989, 1536 (1538), Rn. 24; entsprechend zur Beschränkung von Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 183-185, 264 f.; zum Strafrecht *Puppe*, Jura 1998, 21 (22); *Hannes*, Vertrauensgrundsatz, S. 207-209; *Duttge*, ZIS 2011, 349 (353); *Eidam*, JA 2011, 912 (913 f.); *Renzikowski*, StV 2009, 443; *Krumpelmann*, FS Lackner, 289 (295-297, 303-305); *Timpe*, StraFo 2016, 11 (21); mit Verweis auf Ausnahmen *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 159 Fn. 611, 235, 259 ff.; vgl. aus soziologischer Sicht *Lubmann*, Vertrauen, S. 40, 96 f., 99, 113 f., 125.

465 Statt aller *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 9, m.w.N.

466 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 264 ff., 268.

II. Voraussetzungen

1. Abgrenzung von Verantwortungssphären

Grundlegende Voraussetzung gegenseitigen Vertrauens sind abgegrenzte primäre Verantwortungssphären. Unproblematisch anwendbar ist der Vertrauensgrundsatz daher in den Fällen, in denen Personen, die miteinander interagieren, zwar ein gemeinsames Risiko verwalten,⁴⁶⁷ aber der Natur der Sache nach von vornherein Adressaten individueller Pflichten sind. So ist es etwa im Straßenverkehr.

Komplexer wird es, wenn mehrere Personen solidarisch von einer gemeinsam zu erfüllenden Pflicht getroffen werden. Eine Verantwortungsmodifikation durch schutzwürdiges Vertrauen ist dann nur denkbar, wenn sich die infrage stehende gemeinsame Pflicht in zweifelsfrei abgrenzbare Aufgaben(-bestandteile) trennen lässt und auch tatsächlich aufgegliedert wurde.⁴⁶⁸ Andernfalls verschmelzen die jeweiligen Handlungen beziehungsweise Unterlassungen der Beteiligten untrennbar zu einem gewöhnlichen „einheitlichen Arbeitsvorgang“⁴⁶⁹, der keine differenzierte Betrachtung der Verantwortung zulässt. Das ist unmittelbar einleuchtend und demgemäß sowohl für die Bestimmung der strafrechtlichen⁴⁷⁰ als auch der zivilrechtlichen⁴⁷¹ Verantwortlichkeit anerkannt.

2. Vertrauensmerkmale

Um mit dem Vertrauensgrundsatz arbeiten und Skalierungen zwischen Vertrauendürfen und Misstrauenmüssen vornehmen zu können, sind not-

467 Vgl. *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 135, 152 ff., 160.

468 Vgl. zur Arbeitsteilung im Strafrecht *Eidam*, JA 2011, 912 (915 f.); *Renzikowski*, StV 2009, 443 (444 f.).

469 Zur strafrechtlichen Verantwortung bei Bauprojekten BGH v. 31.1.2002 – 4 StR 289/01, BGHSt 47, 224 (228), Rn. 18.

470 Zur strafrechtlichen Verantwortung bei Bauprojekten in Anlehnung an die zivilrechtliche Dogmatik BGH v. 13.11.2008 – 4 StR 252/08, BGHSt 53, 38 (41-43), Rn. 16 f.; v. 31.1.2002 – 4 StR 289/01, BGHSt 47, 224 (228, 230-232), Rn. 18, 21, 25; zur strafrechtlichen Verantwortung bei ärztlichen Heilbehandlungen BGH v. 16.10.1979 – 1 StR 360/79, NJW 1980, 650 (651), Rn. 10 f.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 152.

471 Zur Einschaltung Dritter bei der Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten BGH v. 22.1.2008 – VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440 (1441), Rn. 9, m.w.N.; zur Arzthaftung BGH v. 26.1.1999 – VI ZR 376/97, BGHZ 140, 309 (314 ff.), Rn. 15 ff.

wendigerweise seine Tatbestandsvoraussetzungen zu bestimmen, also die verschiedenen „Vertrauensstadien“⁴⁷² genauer zu konturieren.⁴⁷³ Als vertrauensstiftende und -zerstörende Umstände kommen personen- und sachbezogene Kriterien in Betracht. Darüber hinaus kann es situative Umstände geben, die dazu zwingen, Vertrauenserwartungen zu korrigieren.

a) Personenbezogene Kriterien

Konstitutiv für das Vertrauen in Mitmenschen ist deren „formelle“ Anerkennung als rechts- und verschuldensfähiges Individuum. Nur wenn diese Mindestvoraussetzung erfüllt ist, kann der Vertrauende sein Verhalten nach dem „Sollensschema“ ausrichten, wonach sein Gegenüber prinzipiell zur Normbefolgung in der Lage und kraft seiner Verpflichtung auch bereit ist.⁴⁷⁴ Wer die Fähigkeit, Verantwortung für das eigene Handeln und den eigenen Organisationskreis übernehmen zu können, merklich vermissen lässt, kann nicht tauglicher Vertrauensempfänger sein.⁴⁷⁵ Bei einer Delegation können weitere individuelle – intellektuelle oder physische – Eigenschaften⁴⁷⁶ oder Qualifikationen, beispielsweise in Form von Erfahrungen oder einer bestimmten Ausbildung, hinzukommen, die dem Vertrauensempfänger nicht erkennbar fehlen dürfen, damit der Vertrauende sich auf ihn verlassen kann.⁴⁷⁷ Auf der anderen Seite gebietet es der

472 Vgl. zu diesen „Schwellen“ aus soziologischer Sicht *Luhmann*, Vertrauen, S. 96, 123.

473 Vgl. *Duttge*, ZIS 2011, 349; *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 253; zur Bestimmung deliktischer Verkehrspflichten i.E. auch *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 269 f., dem zufolge der Vertrauensschutz „durch andere Gesichtspunkte relativiert werden“ kann.

474 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 224, 234 f.

475 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 221 ff.; *Timpe*, StraFo 2016, 11 (12); OLG Stuttgart v. 21.11.1996 – 1 Ws 166/96, NStZ 1997, 190, Rn. 11; vgl. auch § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

476 Wiederholtes einschlägiges Fehlverhalten kann auch hierunter fallen, soweit es Rückschlüsse auf die Grundhaltung des Vertrauensempfängers zulässt, vgl. *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (232).

477 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (227 f., 232); *Abeltshauer*, Leitungshaftung, S. 135 f.; *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1403); zu § 91 Abs. 1 AktG *ders.*, WM 2006, 2021 (2023); zur AG LG Düsseldorf v. 15.9.1995 – 40 O 226/94, ZIP 1995, 1985 (1993); vgl. *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 240 f.; zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 227-229; *Timpe*, StraFo 2016, 11 (12, 21 Fn. 92).

Vertrauensschutz aber auch, die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des Vertrauenden pflichtensteigernd zu berücksichtigen.⁴⁷⁸

b) Verhaltensbezogene Kriterien

aa) Fremdes Fehlverhalten

Das Fehlverhalten eines voll qualifizierten Individuums vermag die generelle Geltung des Vertrauensgrundsatzes sowie gesetzlicher Bestimmungen nicht infrage zu stellen und ist insoweit ein Nullum.⁴⁷⁹ Verstößt der Einzelne gegen ein Verhaltensgebot, trägt im Ausgangspunkt nur er allein die Konsequenzen seiner Verfehlung.⁴⁸⁰

Der erkennbare aktuelle⁴⁸¹ Vertrauensbruch des Vertrauensempfängers ist für den Vertrauenden andererseits der wohl schlagendste Grund, Argwohn zu hegen; er verlangt von ihm eine Wirklichkeitsanpassung des „Sollens“ an das „Sein“.⁴⁸² Die Vermutung beziehungsweise Erwartung, dass der Vertrauensempfänger sich ordnungsgemäß betragen wird, ist entkräftet, soweit dieser ein Verhaltensgebot ersichtlich nicht (länger) als Richtschnur seines Handelns akzeptiert.⁴⁸³ Bei einer Arbeitsteilung muss die Verfehlung grundsätzlich in zeitlichem und vor allem sachlichem Zusammenhang mit der von ihm zu erfüllenden Aufgabe stehen, wenn nicht etwa bereits aufgrund seines notorisch regelwidrigen Verhaltens im privaten Bereich auf sein fehlendes Pflicht- oder Normbewusstsein und daher auf seine Unzuverlässigkeit zu schließen ist.⁴⁸⁴

478 Allg. zur Bestimmung des zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstabs mit Verweis auf den Gedanken des Vertrauensschutzes statt aller *Lorenz*, in: BeckOK, BGB, § 276 Rn. 21, m.w.N.

479 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 255, 257 f.; *Timpe*, StraFo 2016, 11 Fn. 6.

480 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 231 f., 255.

481 Hiervon ist eine in der Vergangenheit liegende Verfehlung zu unterscheiden, die auf eine bestimmte Grundhaltung des Vertrauensempfängers schließen lässt und damit als personenbezogenes Kriterium zu werten ist.

482 Vgl. BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778 f.), Rn. 20, 24; zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 258.

483 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 232, 267; zur AG ähnl. *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 246.

484 Vgl. *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1454); *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (232).

bb) Eigenes Betragen

Angestoßen durch die strafrechtliche Kontroverse⁴⁸⁵ wird nun auch im Gesellschaftsrecht diskutiert, inwieweit ein Fehlverhalten des Vertrauenden – abseits der klaren Fälle kollusiven Verhaltens –⁴⁸⁶ seine grundsätzliche Berechtigung, sich auf Mitmenschen verlassen zu dürfen, infrage stellen kann.⁴⁸⁷

In zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen zum Vertrauensgrundsatz findet sich die Formulierung, dass nur derjenige, der sich selbst rechtskonform verhält, auf die Regeltreue anderer vertrauen darf.⁴⁸⁸ Dieser argumentative Schluss weist eine unverkennbare gedankliche Nähe zur Prämientheorie auf, die die eigene Rechtstreue mit dem Vertrauendürfen honoriert und daher im Umkehrschluss davon ausgeht, dass der Vertrauensschutz durch widersprüchliches Verhalten verwirkt werden kann.⁴⁸⁹ In dieser strengen Interpretation führt die Prämientheorie zu einer unzulässigen Erfolgs- und damit letztlich einer Zufallshaftung (*versari in re illicita*), die sowohl die individuelle Verantwortlichkeit des Vertrauenden als auch des Vertrauensempfängers außer Acht lässt.⁴⁹⁰ Ein pflichtwidrig Handelnder dürfte sich konsequenterweise auch nicht mehr auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten oder den Schutzzweck der Norm berufen.⁴⁹¹ Die Prämientheorie basiert auf einem Fehlschluss, weil die Ausnahme eines Grundsatzes nicht zwingend seine Begründung enthalten muss; ihre Umsetzung würde zudem in eine Abwärtsspirale gegenseitigen Misstrauens münden.⁴⁹² Selbst deren Vertreter⁴⁹³ schränken ihre Wirkungen daher

485 Zum Streitstand *Eidam*, JA 2011, 912 (916), m.w.N.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 210, m.w.N.

486 Hierzu bereits *Abelthausen*, Leitungshaftung, S. 225 f.

487 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (233).

488 Statt aller BGH v. 25.3.2003 – VI ZR 161/02, NJW 2003, 1929 (1930 f.), Rn. 16 f., m.w.N. zur straf- und deliktsrechtlichen Judikatur.

489 Vgl. *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 121 ff., 131 f.; *Duttge*, ZIS 2011, 349 (352); *Puppe*, Jura 1998, 21 (23); *Krümpelmann*, FS Lackner, 289 (292, 298).

490 *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 127 ff., 133 f.; *Duttge*, ZIS 2011, 349 (352 f.); *Renzikowski*, StV 2009, 443 (443 f.).

491 Zum Strafrecht *Krümpelmann*, FS Lackner, 289 (292 Fn. 18).

492 Ähnl. *Brinkmann*, Vertrauen als Erfahrungsregel, S. 119-121; *Hannes*, Vertrauensgrundsatz, S. 140 f.

493 *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 123 ff., m.w.N.; *Brinkmann*, Vertrauen als Erfahrungsregel, S. 119 f.

ein und auch die Rechtsprechung⁴⁹⁴ hat das pauschale *quid pro quo* im Bereich des Vertrauensgrundsatzes zugunsten einer Einzelfallprüfung auf Ebene der Vorhersehbarkeit des Erfolgs aufgegeben.

Problematisch sind nicht solche Fälle, in denen die eigene Pflichtverletzung bereits nach gängigen Maßstäben in keinem Kausal- oder Zurechnungszusammenhang mit der Verhaltenserwartung gegenüber dem Vertrauensempfänger steht.⁴⁹⁵ So darf ein Geschäftsführer auf die sachgerechte Entwicklung einer Unternehmensstrategie durch den zuständigen Ressortleiter vertrauen, auch wenn er beispielsweise im eigenen Ressort gegen Verschwiegenheitspflichten verstößt.⁴⁹⁶ Ferner darf er, selbst wenn er persönlich erkennbar keinen Wert auf die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht legt, darauf vertrauen, dass sein Kollege es tut, zumal es sich um ein Gebot handelt, das nicht vordergründig ihn schützt. Nur weil eine Person in der Vergangenheit pflichtwidrig gehandelt hat, bedeutet das nicht, dass die Rechtsordnung ihr automatisch den Schutz versagt.⁴⁹⁷ Das Recht funktioniert nicht nach dem Prinzip eines solchen „Ehrlichkeitsschutzes“.⁴⁹⁸ Wer etwa jemandes Vorfahrt missachtet, muss bei der nächsten Verkehrsbegegnung mit demselben Verkehrsteilnehmer nicht damit rechnen, dass dieser ihm in gleicher Weise sein Recht niegt.

Vermeintlich diffizil wird die Bewertung der Rechtslage erst, wenn der pflichtwidrige Verursachungsbeitrag des Vertrauenden geeignet ist, eine Fehlreaktion des Vertrauensempfängers heraufzubeschwören.⁴⁹⁹ Ein Beispiel wäre, dass der Geschäftsführer dem Strategieverantwortlichen bewusst oder in fahrlässiger Unkenntnis planungsrelevante Informationen vorenthalten oder unrichtig weitergeleitet hat. Richtigerweise darf aber auch bei einer derartigen Verquickung nicht vergessen werden, dass der Vertrauensempfänger Selbstverantwortung für seinen Organisationskreis

494 BGH v. 25.3.2003 – VI ZR 161/02, NJW 2003, 1929 (1931), Rn. 17; v. 20.9.2011 – VI ZR 282/10, NJW-RR 2012, 157 (158), Rn. 11.

495 *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 210, m.w.N.; *Timpe*, StraFo 2016, 11 (16); *Renzikowski*, StV 2009, 443 (443 f.); *Hannes*, Vertrauensgrundsatz, S. 141; *Puppe*, Jura 1998, 21 (23); siehe etwa zum Schutzzweck der Norm BGH v. 20.9.2011 – VI ZR 282/10, NJW-RR 2012, 157 (158), Rn. 11; v. 25.3.2003 – VI ZR 161/02, NJW 2003, 1929 (1931), Rn. 17.

496 So das Beispiel bei *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (233); ähnl. *Eidam*, JA 2011, 912 (916).

497 *Puppe*, Jura 1998, 21 (23).

498 Vgl. *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 131 f.; *Puppe*, Jura 1998, 21 (23); *Hannes*, Vertrauensgrundsatz, S. 141 f.

499 *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 210, m.w.N.; *Renzikowski*, StV 2009, 443; *Puppe*, Jura 1998, 21 (23).

trägt und eine sekundäre Pflicht zur Kompensation fremden Fehlverhaltens hat; er und der Vertrauende verwalten und verantworten ein gemeinsames Risiko im Sinne einer „mehrfachen Garantie“.⁵⁰⁰ Auch zunächst unbeteiligte Dritte verlassen sich hierauf. Um bei dem Beispiel zu bleiben: Der Strategieverantwortliche darf seinem Entwurf nicht „blind“ erkennbar lückenhafte oder falsche Informationen zugrunde legen. Er muss also, soweit möglich, das Fehlverhalten des Vertrauenden kompensieren und dessen Informationen zumindest auf ihre Plausibilität prüfen; auf dieses Minimum an Vorsicht kann sich der andere Geschäftsführer verlassen,⁵⁰¹ wie es auch die Wertung des § 254 Abs. 2 BGB zum Ausdruck bringt. Entsprechend muss der Wartepflichtige, der die Vorfahrt missachtet, nicht damit rechnen, dass der Vorfahrtsberechtigte mit unveränderter Geschwindigkeit weiterfährt oder gar beschleunigt, wenn ihm ein Abbremsen noch ohne Weiteres möglich ist.⁵⁰² Nur so wird eine Zufallshaftung für alles Erwartbare vermieden.⁵⁰³ In letzter Konsequenz geht es in den einschlägigen Konstellationen aber stets um die Frage, wie gewichtig der Verstoß gegen die sekundären Pflichten sein muss, damit er der ersten Pflichtverletzung des Vertrauensempfängers nicht mehr zugerechnet werden kann. Zur Debatte steht damit nicht die Bestimmung von Sorgfaltspflichten nach dem Vertrauensgrundsatz oder ein Vertrauendürfen in die Erfüllung sekundärer Pflichten,⁵⁰⁴ sondern die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen zwischen der ersten und der fremden Pflichtverletzung, also eine Frage der objektiven Zurechnung.⁵⁰⁵ Derartige Fälle sind folglich nach den Grundsätzen der „mittelbaren Kausalität“⁵⁰⁶ zu beurteilen.

500 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 136 f., 154-156, 166 f.

501 *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 169 f.

502 *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 136 f., 171 f.

503 *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 156, 171.

504 So erklärt sich auch die Formulierung, dass nicht im Vertrauen darauf, dass Dritte die eigenen Fehler ausgleichen werden, sorgfaltswidrig gehandelt werden dürfe, vgl. BGH v. 19.9.1974 – III ZR 73/72, VersR 1975, 37 (39), Rn. 13; *Hannes*, Vertrauensgrundsatz, S. 209; *Puppe*, Jura 1998, 21 (23); *Krümpelmann*, FS Lackner, 289 (293).

505 Zum Strafrecht *Puppe*, Jura 1998, 21 (23 f.); *Krümpelmann*, FS Lackner, 289 (292 f.); *Timpe*, StraFo 2016, 11 (15-17); i.E. ähnl. *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 165 ff.

506 Siehe hierzu statt aller *Johannes W. Flume*, in: BeckOK, BGB, § 249 Rn. 308, 310 ff.

c) Sachbezogene Kriterien

Vertrauen in menschliches Verhalten kann sich nie nur innerhalb abstrakter rechtlicher und sozialer Bahnen zwischen Individuen (und Normen), also losgelöst von einer Umwelt, entfalten. Umweltbedingungen sind stets eine zentrale Stellschraube des Vertrauensmaßes.⁵⁰⁷ Sie können derart beschaffen sein, dass auf den Vertrauensempfänger trotz seiner abstrakt betrachtet makellosen Zuverlässigkeit nicht gebaut werden darf. Ist diesem die Risikoverwaltung erkennbar nicht eigenständig möglich oder zumutbar, kann der Vertrauende somit verpflichtet sein, dies durch eigene Maßnahmen zur Schadloshaltung zu kompensieren.⁵⁰⁸

Solche Umweltbedingungen können zunächst äußere Umstände sein, die das Verhalten des Vertrauensempfängers laufend prägen, etwa die Art der Delegation. Auf der vertikalen Ebene sind andere Überwachungsmaßnahmen angebracht als auf der horizontalen.⁵⁰⁹ Von den „festen Größen“ sind außergewöhnliche Umstände zu unterscheiden.⁵¹⁰ Paradebeispiel sind Extremsituationen, außergewöhnliche Fehlentwicklungen und existenzbedrohende Krisen.⁵¹¹

C. Ergebnis

Um soziale Komplexität auf ein für das tägliche Leben erträgliches Maß zurückschneiden zu können, ist der Mensch grundlegend auf Vertrauen und dessen Schutz durch das Recht angewiesen. Keine menschliche Interaktion käme ohne aus. Das gilt ganz besonders für die Arbeitsteilung. Gleichzeitig steht Vertrauen stets in einem Komplementärverhältnis zum

507 Vgl. aus soziologischer Sicht *Lubmann*, Vertrauen, S. 95.

508 Vgl. *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 229-231, 262-264; ähnl. *Westermann*, KF 1993, 15 (23).

509 Siehe S. 27.

510 Vgl. *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 230, 263, 266, die als Beispiele einen entschuldigenden Notstand des Vertrauensempfängers und Extremsituationen im Straßenverkehr nennt.

511 *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (233 f.); *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1399 f.); *ders.*, NZG 2003, 449 (454); vgl. BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461 ff.), Rn. 6 ff.; OLG Düsseldorf v. 27.10.1995 – 22 U 53/95, GmbHR 1996, 368 (368 f.), Rn. 2 ff.; BFH v. 12.5.2009 – VII B 266/08, BFH/NV 2009, 1589 (1590), Rn. 10 f.; zum Strafrecht BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (113 ff.), Rn. 29 ff.

Misstrauen, sodass es nie ein blindes sein darf. Beides sind Konsequenzen der Eigenverantwortlichkeit und Fehlbarkeit des Individuums.

Der Vertrauensgrundsatz beantwortet die Frage nach der (Ent-)Haftung des Geschäftsführers aus dessen Perspektive. Er formuliert Anforderungen an den Akt der Delegation als Vertrauensbasis der Geschäftsverteilung und ist nach richtiger Lesart im Grundsatz eine Metaregel zur Bestimmung von Residualpflichten.

Existiert ein ressortbedingtes Vertrauensfundament, wandelt sich die primäre Geschäftsführungspflicht der Organmitglieder für Aufgaben, die nicht zu ihrem Zuständigkeitsbereich gehören, nach klassischem Verständnis der Arbeitsteilung in eine latente sekundäre Pflicht, das Fehlverhalten des jeweiligen Ressortleiters zu kompensieren. Sie wird aktiviert, wenn die Anforderungen für die Anerkennung schutzwürdigen Vertrauens nicht vorliegen und die residualverantwortlichen Geschäftsführer das erkannt haben oder bei gebotener Sorgfalt hätten erkennen und damit dem Ressortleiter hätten misstrauen müssen.

Die (objektive) Erkennbarkeit setzt voraus, dass Übereinstimmung bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen des Vertrauensgrundsatzes besteht, damit die Schwelle vom Vertrauen zum Misstrauen im Einzelfall bestimmt werden kann: Grundlegendes Tatbestandsmerkmal ist zunächst die eindeutige Unterscheidbarkeit primärer Verantwortungsbereiche. Um sich auf seine Mitmenschen verlassen zu können, dürfen diese zudem nicht merklich Eigenschaften oder Qualifikationen vermissen lassen, die sie zur Erfüllung ihrer Pflichten benötigen. Auf der anderen Seite wirken besondere Eigenschaften des Vertrauenden pflichtensteigernd. Ein erkennbarer Vertrauensbruch des Vertrauensempfängers kann ebenfalls zu Argwohn zwingen. Die Maxime, der zufolge eigenes Fehlverhalten die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz versperrt, ist dagegen überflüssig. Zu guter Letzt sind Umweltbedingungen eine zentrale Stellschraube des Vertrauensmaßes. Hierzu gehören zum einen äußere Umstände beziehungsweise „feste Größen“, die das Verhalten des Vertrauensempfängers laufend prägen. Zum anderen können Ausnahmesituationen zu einer Verschiebung auf der Vertrauens- und Misstrauensskala führen.

Der Vertrauensgrundsatz ist geeignet, die Residualverantwortung lebensnah auszugestalten. Er kann auf Leitungsebene eine Arbeitsteilung ermöglichen, die die Aufgabenlast des Geschäftsführers reduziert, ohne ihn im Gegenzug einer Misstrauenspflicht und damit zugleich dem Damoklesschwert der Haftung auszusetzen. Mit seiner Hilfe sind die formellen und inhaltlichen Voraussetzungen einer wirksamen Ressortverteilung und

die ihr entspringenden Pflichten im weiteren Verlauf der Untersuchung zu bestimmen und fortzuschreiben.

§ 7 Ergebnisse des 2. Teils

Die Untersuchung der korporativen Maßstäbe der Ressortverteilung hat gezeigt, dass der Verantwortungsbereich des GmbH-Geschäftsführers durch die Arbeitsteilung signifikant eingegrenzt werden kann, was aus Enthftungsperspektive äußerst günstig ist. Auf der anderen Seite gibt es mit dem Vertrauensgrundsatz ein geeignetes Regulativ, um die Anforderungen an die Wahrnehmung seiner Residualverantwortung rechtssicher und praxisgerecht zu bestimmen. Trotz fehlender positivrechtlicher Regelungen zur Geschäftsführungsorganisation existieren daher brauchbare Maßstäbe für den Umgang mit der horizontalen Delegation von Geschäftsführungsbefugnissen.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

Nicht selten scheidet die Verteidigung gegen die Geschäftsführerhaftung daran, dass das zur Entscheidung berufene Gericht einzelne Formalien der Geschäftsverteilung bemängelt und damit deren Wirksamkeit verneint.⁵¹² Die Praktikabilität der Ressortverteilung als Instrument zur Enthftung der Geschäftsführung hängt daher in fundamentaler Weise davon ab, unter welchen formellen Voraussetzungen die Gesamtverantwortung zur Einzelverantwortung wird. Es ist demnach zu prüfen, woraus diese resultieren und welche Folgen ihre Missachtung hat. Aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs und zum besseren Verständnis sollen im Zuge ihrer Untersuchung an geeigneter Stelle zugleich die materiell-rechtlichen Pflichten im Bereich der Implementierung und begleitenden Beobachtung der Verteilungsregeln erörtert werden. Sie betreffen die Effektivität der Ressortverteilung als Mittel der Haftungsbegrenzung.

§ 8 Zuständigkeit und zuständigkeitsabhängige Regelungsanforderungen

Ein elementarer formaler Aspekt der Ressortverteilung betrifft die Urheberschaft der Arbeitsteilung und die damit verbundenen Regelungsanforderungen. Auch angesichts der diesbezüglichen erheblichen Meinungsverschiedenheiten herrscht hinsichtlich der Wirksamkeitskriterien der Geschäftsverteilung Rechtsunsicherheit. Diese gilt es zu überwinden, soll sich die Geschäftsverteilung in der Praxis als Enthftungsinstrument bewähren.

⁵¹² Siehe zuletzt beispielsweise FG Münster v. 30.4.2019 – 12 K 620/15, BeckRS 2019, 12750, Rn. 49.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

A. Verteilung durch die Gesellschafter

Im 2. Teil der Arbeit wurden die möglichen Wirkungstiefen einer von den Gesellschaftern implementierten Ressortverteilung herausgearbeitet. Angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen der „einfachen“ verantwortungsmodifizierenden Arbeitsteilung einerseits und der verantwortungsausschließenden Delegation andererseits stellt sich die Frage, wo sie geregelt werden können und welche Beschlussquoten dabei zu verlangen sind, jeweils in unterschiedlicher Schärfe.

I. Verantwortungsmodifizierende Delegation

1. Regelungsort

a) Korporationsrechtliche Regelung

Für die Verteilung der Geschäftsbereiche im Sinne exklusiver Einzelgeschäftsführungsbefugnisse sind primär die Gesellschafter zuständig.⁵¹³ Wie bereits § 37 Abs. 1 GmbHG und das unbeschränkte Widerrufsrecht nach § 38 Abs. 1 GmbHG zeigen, sind sie als oberstes Gesellschaftsorgan in ihren Entscheidungen über Fragen der Geschäftsführungsorganisation weitgehend frei.⁵¹⁴ Sie können die Verteilung unter Inkaufnahme eingeschränkter Flexibilität bereits in der Satzung vornehmen.⁵¹⁵ Eine Restriktion dieser Möglichkeit gemäß § 77 Abs. 2 S. 2 AktG⁵¹⁶ (analog) wäre dem GmbH-Recht fremd und unnötig, weil die Gesellschafter unmittelbar selbst Einfluss auf die Leitung nehmen können und es daher wie der Aufsichtsrat einer AG in der Hand haben, notwendige Anpassungen der

513 OLG Stuttgart v. 24.7.1990 – 12 U 234/89, GmbHR 1992, 48; *Leuring*, FS Seibert, 543 (546); *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (642 f.); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14).

514 Vgl. BGH v. 6. 3. 2012 – II ZR 76/11, NJW 2012, 1656 (1657), Rn. 15; *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (642).

515 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (441); *Leuring*, FS Seibert, 543 (545 f.); *Peters*, DStR 2020, 125 (126); *ders.*, GmbHR 2008, 682 (683); *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (518); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14); *Ulmer*, FS Schwark, 271 (273); *Lobr*, NZG 2000, 1204 (1210); *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (642); *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (15).

516 *Kort*, in: *Hirte/Mülbert/Roth*, AktG, § 77 Rn. 72; *Wettich*, *Vorstandsorganisation*, S. 85; *Linnertz*, *Delegation*, S. 193 ff.

Geschäftsverteilung zeitnah vorzunehmen. Zulässig ist auch eine Regelung durch Gesellschafterbeschluss, beispielsweise in Form einer Geschäftsordnung⁵¹⁷, eines schlichten Organigramms⁵¹⁸ oder einer Einzelweisung⁵¹⁹ ad hoc.

b) Zusicherung im Anstellungsvertrag

Den Gesellschaftern steht es frei, die Satzung⁵²⁰ und gesetzliche Organisationsnormen durch Zuweisung eines bestimmten Geschäftsbereichs mit schuldrechtlicher Wirkung⁵²¹ im Anstellungsvertrag zu konkretisieren.⁵²² Soweit in diesem Zusammenhang davon ausgegangen wird, dass der Anstellungsvertrag dem Geschäftsführer lediglich ein zuvor geschaffenes oder ein noch zu schaffendes Ressort zusichern könne,⁵²³ ist diese Aussage zwar

517 Implizit BGH v. 6.3.2012 – II ZR 76/11, NJW 2012, 1656 (1658), Rn. 22; OLG Stuttgart v. 24.7.1990 – 12 U 234/89, GmbHR 1992, 48; *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (441); *Leuring*, FS Seibert, 543 (545 f.); *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (642); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14); *Ulmer*, FS Schwark, 271 (273).

518 OLG Stuttgart v. 24.7.1990 – 12 U 234/89, GmbHR 1992, 48; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14); *Miller*, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, §§ 35-38 Rn. 77.

519 *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (15); *Lobr*, NZG 2000, 1204 (1210); *Ulmer*, FS Schwark, 271 (273); *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 17.

520 Sie kann hierzu auch bereits eine Ermächtigung enthalten, vgl. *Tebben*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 6 Rn. 111.

521 Zu einem Schadensersatzanspruch des Geschäftsführers nach § 628 Abs. 2 BGB und seiner Berechtigung zur Amtsniederlegung und Kündigung im Falle der Verletzung solcher Regelungen *Hobenstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 317; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (16 f.); *Eisenhardt*, FS Pfeiffer, 839 (846); vgl. zu einer substantziellen „Entmachtung“ OLG Frankfurt v. 17.12.1992 – 26 U 54/92, GmbHR 1993, 288 (289 ff.), Rn. 8 ff.; zu Letzterem ohne Stellungnahme auch BGH v. 6.3.2012 – II ZR 76/11, NJW 2012, 1656 (1658), Rn. 16 f.; zum Kündigungsrecht im Falle von Weisungen entgegen eines vertraglich zugesicherten unternehmerischen Freiraums OLG Düsseldorf v. 15.11.1984 – 8 U 22/84, ZIP 1984, 1476 (1478 f.).

522 *Hobenstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 322; *Tebben*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 6 Rn. 110; *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 35 Rn. 82; *Miller*, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, §§ 35-38 Rn. 77; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (16); *Lobr*, NZG 2000, 1204 (1210); *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (15); *Dreher*, ZGR 1992, 22 (58 Fn. 163); *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 84.

523 So offenbar *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 35 Rn. 82; *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (640 f.).

im Kern zutreffend, aber nicht differenziert genug und damit zumindest irreführend. Im Aktienrecht wird aufgrund des § 77 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 AktG vertreten, die Zuteilung durch Anstellungsvertrag bedürfe im Grundsatz zumindest der vorherigen Einrichtung eines Ressorts auf korporationsrechtlicher Grundlage durch eine vom Aufsichtsrat erlassene Geschäftsordnung.⁵²⁴ Diese Ansicht kann jedoch nicht unbesehen auf das GmbH-Recht übertragen werden. Denn selbst das aktienrechtliche Schrifttum lässt hiervon eine Ausnahme zu, wenn der Vorstand die Zuweisung einstimmig mitträgt.⁵²⁵ In der GmbH ist die Festsetzung der Geschäftsführungsbefugnisse nicht zwingend in der Satzung oder einer Geschäftsordnung vorzunehmen. Die Gesellschafter beschließen, soweit diese Kompetenz nicht einem anderen Organ, etwa einem Beirat oder Aufsichtsrat, zusteht, über Abschluss und Inhalt des Anstellungsvertrages in Ausübung ihrer Annexkompetenz aus § 46 Nr. 5 GmbHG.⁵²⁶ Wenn dieser die Zuteilung eines konkreten Geschäftsbereichs enthält, liegt in der Beschlussfassung über das Vertragswerk bereits die eigentliche korporationsrechtliche Zuweisung. Es ist kein Grund ersichtlich, den Beschluss über die Aufgabenverteilung durch Anstellungsvertrag anders zu behandeln als etwa den Beschluss über eine Delegation durch Weisung.⁵²⁷ Eine Zustimmung der Geschäftsführer ist daher ebenfalls entbehrlich.

2. Mehrheitserfordernisse

Nach einer vereinzelt gebliebenen Ansicht erfordert der Beschluss über eine Geschäftsordnung, auch wenn sie nicht Bestandteil der Satzung werden soll, in entsprechender Anwendung des § 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GmbHG stets eine Dreiviertelmehrheit; ansonsten sei lediglich von einer Weisung auszugehen.⁵²⁸ Begründet wird das damit, dass die Geschäftsordnung

524 *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 84 Rn. 285; *E. Vetter*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 22 Rn. 44; undifferenziert *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 233.

525 *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 84 Rn. 285, und nunmehr auch *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 93 Rn. 380.

526 *Tebben*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 6 Rn. 141; *Hobentstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 328 f.; *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (15).

527 Vgl. *Tebben*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 6 Rn. 110; *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 35 Rn. 83.

528 *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 112; *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (647).

abdingbare Gesetzesbestimmungen modifiziere sowie Gesetz und Gesellschaftsvertrag ergänze, mithin innergesellschaftliches Recht statuiere, und daher in der Normenhierarchie der Satzung näher stehe.⁵²⁹ Sonstige Einzelfallbeschlüsse seien folglich an ihr zu messen.⁵³⁰ Die Konsequenz dieser Ansicht wäre, dass eine Ressortverteilung in Form einer Geschäftsordnung nicht mit einfacher Mehrheit beschlossen werden könnte.

Die ganz herrschende Meinung lässt hingegen auch für die Beschlussfassung über eine Geschäftsordnung die einfache Mehrheit nach § 47 Abs. 1 GmbHG genügen.⁵³¹ Dem ist beizupflichten.

Die Geschäftsordnung ist letztlich eine Weisung mit generell-abstraktem Regelungsgehalt.⁵³² Das bestreitet selbst die Gegenansicht nicht.⁵³³ Auch die „einfache“ Weisung modifiziert abdingbare Gesetzesbestimmungen, ergänzt Gesetz und Satzung und bindet die Geschäftsführer, stellt also innergesellschaftliches Recht dar. Eine Geschäftsordnung mag zwar im Einzelfall formalisierter sein und damit faktisch eine höhere Gewähr für die Einhaltung und Umsetzung der Ressortverteilung bieten. Das rechtfertigt indes keine abweichenden Beschlussanforderungen, zumal es in praxi schwerfallen kann, sie von einer Weisung abzugrenzen.

Das Erfordernis der Dreiviertelmehrheit behinderte die Implementierung einer Arbeitsteilung stark. Die Regelung der Ressortverteilung durch Geschäftsordnung ist verbreitet. Das legitime Interesse, sich ihre faktischen Vorteile zunutze zu machen, würde ohne ersichtlichen Grund beschränkt. Eine möglicherweise unbewusst mit der erforderlichen Stimmzahl beschlossene „Geschäftsordnung“ könnte nicht mit einfacher Mehrheit abgeändert werden. Selbst wenn die Gesellschafter jedoch ein Interesse an einer starren Regelung haben,⁵³⁴ bleibt es ihnen unbenommen, die Geschäftsordnungsregelungen in die Satzung aufzunehmen. Es besteht daher kein

529 Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (647).

530 Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (639).

531 Implizit OLG Stuttgart v. 24.7.1990 – 12 U 234/89, GmbHR 1992, 48, denn die Klägerin war mit 36 v.H. beteiligt; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 37 Rn. 33; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 98; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 36; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 16; *Peters*, DStR 2020, 125 (126); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14).

532 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 16; vgl. auch OLG Düsseldorf v. 15.11.1984 – 8 U 22/84, ZIP 1984, 1476 (1478).

533 Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (642 f.); Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 112.

534 Siehe hierzu das Beispiel bei Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (642).

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

Bedürfnis, die Geschäftsordnung zu einem „wesensgleichen Minus“ der Satzung zu erheben.

Im Aktienrecht beschließt der Aufsichtsrat über die Geschäftsordnung des Vorstands mit einfacher Mehrheit.⁵³⁵ Das lässt sich bereits daraus schließen, dass § 77 Abs. 2 S. 3 AktG nur eine Ausnahmeregelung für die organintern beschlossene Vorstandsgeschäftsordnung vorsieht. Für eine von den Gesellschaftern beschlossene Geschäftsordnung der Geschäftsführung kann mangels unterschiedlicher Rechtswirkungen nichts anderes gelten.

Schließlich spricht auch das in § 47 Abs. 1 GmbHG und den §§ 53 ff. GmbHG zum Ausdruck kommende Regel-Ausnahme-Verhältnis gegen das Erfordernis der Dreiviertelmehrheit. Die Geschäftsordnung ist keine wesentliche Grundentscheidung, die in ihren materiellen Konsequenzen einer Satzungsänderung gleichkommt und daher eine analoge Anwendung der §§ 53 f. GmbHG erfordert.⁵³⁶ Aus den §§ 35 Abs. 2 S. 1 Hs. 2, 37 Abs. 1 GmbHG lässt sich vielmehr e contrario schließen, dass Modifikationen der Geschäftsführungsbefugnis durch die Gesellschafter nicht erhöhten Mehrheitserfordernissen unterliegen.

II. Verantwortungsausschließende Delegation

Von lediglich verantwortungsmodifizierenden Geschäftsverteilungen sind, wie im 2. Teil herausgearbeitet, diejenigen zu unterscheiden, die den Gesamtverantwortungsgrundsatz im rein unternehmerischen Bereich durchbrechen und insoweit die Haftung ressortunzuständiger Geschäftsführer für Ansprüche nach § 43 Abs. 2 GmbHG⁵³⁷ ausschließen.⁵³⁸ Sie führen anders als die einfache Ressortverteilung nicht nur eine Transformation ihrer Pflichten herbei, sondern setzen sie für einen ex ante definierten Teilbereich gänzlich außer Kraft. Ihre Funktionsweise ist daher mit sonsti-

535 Allg. zum Mehrheitserfordernis statt aller *T. Drygala*, in: Schmidt, K./Lutter, AktG, § 108 AktG Rn. 31.

536 Siehe zum Beispiel zur Anwendung der § 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GmbHG und § 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG auf Unternehmensverträge i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG zuletzt BGH v. 16.7.2019 – II ZR 175/18, NZG 2019, 1149 (1150), Rn. 17, m.w.N.

537 Die Vorschrift nimmt Ansprüche aus dem Anstellungsverhältnis nach h.M. in sich auf, siehe BGH v. 9.12.1996 – II ZR 240/95, GmbHR 1997, 163 (164), Rn. 5; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 8, m.w.N.

538 Siehe S. 82 ff.

gen antizipierten Haftungsausschlüssen vergleichbar.⁵³⁹ Für diese werden besondere Regelungsanforderungen diskutiert.⁵⁴⁰ Es ist mithin zu erwägen, ob für die wirksame Implementierung verantwortungsausschließender Ressortverteilungen ebenso strengere Maßstäbe gelten sollten:

Richtigerweise muss eine verantwortungsausschließende Geschäftsverteilung entsprechend § 48 Nr. 6, 8 GmbHG auf dem Willen der Gesellschafter beruhen.⁵⁴¹ Die Übertragung der Entscheidung auf einen Aufsichtsrat oder Beirat erfordert daher deren explizite Ermächtigung oder Zustimmung.⁵⁴²

Eine satzungsmäßige Grundlage ist allerdings nicht erforderlich.⁵⁴³ Hierfür können keine Publizitätsgründe angeführt werden, weil der Geschäftsführer nicht von der Überwachung der Einhaltung (mittelbar) drittschützender Vorschriften befreit werden kann.⁵⁴⁴ Außerdem verzichten die Gesellschafter nicht auf sämtliche Ansprüche, weil zumindest die ressortzuständigen (und gegebenenfalls nicht von der Kontrolle befreiten) Geschäftsführer vollumfänglich für Schäden aus unsorgfältiger Geschäftsführung einzustehen haben, also stets letztverantwortlich bleiben.

In jedem Falle nötig, aber ausreichend, ist daher ein Gesellschafterbeschluss,⁵⁴⁵ der Eingang in eine Geschäftsordnung, einen Geschäftsverteilungsplan, eine Weisung oder den Anstellungsvertrag findet. Dieser muss nicht einstimmig⁵⁴⁶ oder mit Dreiviertelmehrheit gefasst werden.

539 Siehe S. 86.

540 Siehe etwa zu Beschränkungen des Sorgfalts- und Verschuldensmaßstabs *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 313 ff., m.w.N.

541 Vgl. zur Begrenzung der Organhaftung BGH v. 16.9.2002 – II ZR 107/01, GmbHR 2002, 1197 (1198), Rn. 12; v. 7.4.2003 – II ZR 193/02, NZG 2003, 528, Rn. 8.

542 Der Fall des vorherigen Verzichts unterscheidet sich insofern jedenfalls von einer Verkürzung der Verjährungsfrist wie im Fall des OLG Brandenburg v. 6.10.1998 – 6 U 278/97, NZG 1999, 210 (211), Rn. 44, m. krit. Anm. *Brandes*, NZG 1999, 212.

543 Zur Begrenzung der Organhaftung *Diekmann*, in: MHDb GesR III, § 46 Rn. 4; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674); abw. zum Verein *Heermann*, FS Röhricht, 1191 (1199).

544 Zur Begrenzung der Organhaftung *R. Werner*, GmbHR 2014, 792 (797); *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); *Uwe H. Schneider*, FS W. Werner, 795 (814); *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 315.

545 Zur Begrenzung der Organhaftung *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (904); *R. Werner*, GmbHR 2014, 792 (797); *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439); *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); *Lobr*, NZG 2000, 1204 (1209); *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 137.

546 Zur Begrenzung der Organhaftung *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674).

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

Vielmehr genügt eine mit einfacher Mehrheit⁵⁴⁷ beschlossene Geschäftsverteilung, weil die Treuepflicht⁵⁴⁸ und § 47 Abs. 4 GmbHG⁵⁴⁹ einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten ausreichende Schranken setzen. Außerdem ist der Minderheitenschutz weit weniger tangiert als bei einer vorweggenommenen Herabsetzung des Sorgfalts- oder Verschuldensmaßstab, da die verantwortungsausschließende Ressortverteilung nie einen gänzlichen Anspruchsverzicht für jegliche Sachverhaltskonstellation zur Folge hat.

B. Verteilung durch die Geschäftsführer

I. Recht und Pflicht zur Verteilung

Unproblematisch zu bejahen ist ein derivatives Recht der Geschäftsführer zur internen Organisation, wenn sie hierzu explizit von den Gesellschaftern ermächtigt oder angewiesen werden.⁵⁵⁰

Ob die Geschäftsführer autonom zur Aufteilung der Geschäftsbereiche befugt oder sogar verpflichtet sind, wenn die Gesellschafter untätig bleiben, ist umstritten.

Teilweise wird ein solches eigenständiges Recht zur Ressortverteilung gänzlich abgelehnt.⁵⁵¹ Das wird damit begründet, dass die Geschäftsführer sonst selbst über das Bestehen „bloßer“ Kontrollpflichten und damit über

547 Zur Begrenzung der Organhaftung *Reichert*, ZGR 2017, 671 (693); *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (904); *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 139.

548 Zur Begrenzung der Organhaftung *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (904); *R. Werner*, GmbHR 2014, 792 (797); *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2440); *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); vgl. zur Entlastung BGH v. 4.5.2009 – II ZR 169/07, GmbHR 2009, 1327 (1329), Rn. 20.

549 Zur Begrenzung der Organhaftung *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (904); *Uwe H. Schneider*, FS W. Werner, 795 (813); *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2440); differenzierend *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 138; vgl. zur Entlastung BGH v. 4.5.2009 – II ZR 169/07, GmbHR 2009, 1327 (1328), Rn. 11.

550 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (442); *Leuring/Dornbege*, NZG 2010, 13 (14); *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 116; *Schmitt*, in: HK, GmbH-Recht, § 37 Rn. 31.

551 OLG Koblenz v. 9.6.1998 – 3 U 1662/89, NZG 1998, 953 (954), Rn. 61; *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1210); *Schmitt*, in: HK, GmbH-Recht, § 37 Rn. 31; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 33; *Miller*, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, §§ 35-38 Rn. 80; unklar BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 18 f.

die eigenen Haftungsvoraussetzungen entscheiden könnten.⁵⁵² Es wird demnach mit dem Topos des „Richters in eigener Sache“ argumentiert, der auch in § 47 Abs. 4 GmbHG verankert ist. Etwas anderes dürfte dann höchstens im Falle eines tatsächlichen Einverständnisses der Gesellschafter gelten.⁵⁵³ Das hätte zur Folge, dass die Geschäftsführer für die Einführung einer Arbeitsteilung und die damit einhergehende Begrenzung ihrer Haftung auf das Wohlwollen der Gesellschafter angewiesen wären.

Die herrschende Meinung in der gesellschaftsrechtlichen Literatur teilt diese Auffassung (in Übereinstimmung mit dem RG)⁵⁵⁴ nicht und verweist auf das Recht des Kollegialorgans zur Selbstorganisation.⁵⁵⁵ Ausreichend sei ein (auch konkludenter) Beschluss und gegebenenfalls das Festhalten der Regeln in einer Geschäftsordnung oder einem Organigramm.⁵⁵⁶ Denn schließlich sei auch die Ressortverteilung eine Geschäftsführungsmaßnahme.⁵⁵⁷

Der BGH hat zu dieser Frage bisher nicht explizit Stellung genommen.⁵⁵⁸ Auch im Weltruf-Urteil erklärte er die Geschäftsführer nicht ausdrücklich für zuständig. Das musste er nicht, weil die beiden Geschäftsführer ohnehin gleichzeitig die einzigen Gesellschafter waren.⁵⁵⁹ Bezeichnenderweise ist in dem Urteil erster Instanz von einer „Absprache mit

552 *Schmitt*, in: HK, GmbH-Recht, § 37 Rn. 31; zu dieser Argumentation auch *Fleischer*, DB 2019, 472 (474).

553 Vgl. *Dreher*, ZGR 1992, 22 (51, 58), und *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 114, jeweils mit Verweis auf RG v. 25.9.1928 – II 8/28, HRR 1929 Nr. 750.

554 RG v. 18.10.1917 – VI 143/17, RGZ 91, 72 (77); anders wiederum, aber nur für die „echte“ Aufteilung von Verantwortung RG v. 3.2.1920 – II 272/19, RGZ 98, 98 (100); a.A. zur Genossenschaft noch RG v. 5.12.1884 – III 213/84, RGZ 12, 74 (76); letztere Entscheidung abl. *Boesebeck*, JW 1938, 2525 (2527).

555 *Leuring*, FS Seibert, 543 (546); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14); *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (518); *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (442); nunmehr auch *Fleischer*, DB 2019, 472 (474); *Peters*, DStR 2020, 125 (126); *ders.*, GmbHR 2008, 682 (683); *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (644); *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 116; *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (15); *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (225); *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 17; *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 84; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 37 Rn. 28; zum Verein *Heermann*, FS Röhrich, 1191 (1201 f.).

556 *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14).

557 Zur AG v. *Godin*, HansRGZ 1938, 1 (12).

558 Zutreffend *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 114; ungenau daher beispielsweise die Verweise von *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 42 Fn. 101, und *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 195 Fn. 521 f.

559 *Fleischer*, DB 2019, 472 (473 f.); *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (585); *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

dem Mitgesellschafter und Geschäftsführer⁵⁶⁰ und in den Entscheidungsgründen des KG wiederum von einer mit dem „Mitgeschäftsführer vereinbarte[n] interne[n] Geschäftsaufteilung“⁵⁶¹ die Rede. Nichtsdestotrotz legen die Formulierungen des Revisionsurteils den Schluss nahe, dass der zweite Zivilsenat von einer Ressortverteilung der Geschäftsführer als solche ausging und damit eine originäre Kompetenz anerkennt. Hierfür spricht die Feststellung, dass die „Organisation der Aufgaben auf Geschäftsführungsebene – gegebenenfalls im Rahmen der Vorgaben der Satzung oder von Beschlüssen der Gesellschafter [...], wie die Aufgabewahrnehmung selbst, Teil der Unternehmensleitung [ist], die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu erfüllen ist“⁵⁶². Zwar ist der Begriff „Unternehmensleitung“ kein eindeutiger Hinweis für die Annahme einer Geschäftsführungskompetenz, weil auch die Gesellschafter unternehmensleitend tätig werden dürfen. Jedoch gilt das umso mehr für den Verweis auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG.⁵⁶³ Vor allem die Parenthese verdeutlicht aber, dass die Gesellschafter nach Ansicht des zweiten Zivilsenats bei der Einrichtung einer Ressortverteilung nicht zwingend mitwirken müssen. Wäre der BGH von dem Erfordernis einer konstitutiven Zustimmung der Gesellschafter ausgegangen, hätte es – gerade weil er die Gelegenheit offenbar nutzen wollte, um die Kernvoraussetzungen der Ressortverteilung klarzustellen – außerdem nahegelegen in den Entscheidungsgründen zu erwähnen, dass ein Einverständnis im konkreten Fall aufgrund der Personenidentität ausnahmsweise verzichtbar war. Auch das Postulat einer „von allen Mitgliedern des Organs mitgetragenen Aufgabenzuweisung“⁵⁶⁴ spricht angesichts seiner deutlichen Anlehnung an § 77 Abs. 2 S. 3 AktG, der wiederum im Zusammenhang mit § 77 Abs. 2 S. 1 AktG zu lesen ist, dafür, dass der BGH im entschiedenen Fall aus tatsächlicher Sicht von einer Vereinbarung unter Geschäftsführern und

560 LG Berlin v. 31.7.2015 – 15 O 65/14, BeckRS 2015, 126704, Rn. 27 (Rn. bezieht sich auf BeckRS-Fassung).

561 KG Berlin v. 20.12.2016 – 14 U 86/15, BeckRS 2016, 134997, Rn. 18 (Rn. bezieht sich auf BeckRS-Fassung).

562 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (168), Rn. 19.

563 Vgl. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171), Rn. 24 a.E., mit Verweis auf BGH v. 13.4.1994 – II ZR 16/93, BGHZ 125, 366 (375), Rn. 23, und den ebenfalls prinzipiell der Geschäftsführung obliegenden Compliance-Pflichten; *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

564 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167f., 169), Rn. 17, 21, mit Verweis auf Kommentarstellen, die die autonome Regelung durch die Geschäftsführung zum Gegenstand haben.

damit rechtlich von deren originärer Kompetenz ausging. § 77 Abs. 2 S. 1 AktG sollte bereits nach dem Gesetzesentwurf lediglich den Grundsatz klarstellen,⁵⁶⁵ „daß jedes Gremium selbst über die eigene Geschäftsordnung entscheidet“⁵⁶⁶.

Letzteres streitet wiederum für die herrschende Meinung, die im Recht zur Selbstorganisation richtigerweise eine Befugnis des Kollegialorgans kraft Natur der Sache erblickt.⁵⁶⁷ Das Hauptargument der Gegenauffassung vermag dagegen nicht zu überzeugen, weil es auch gegen die Zuständigkeit des AG-Vorstands angeführt werden könnte, indes beim Gesetzgeber des AktG 1965 offensichtlich keine durchgreifenden Bedenken hervorrief. Außerdem dürfen die Geschäftsführer ihre Verantwortung von sich aus ohnehin nicht gänzlich ausschließen und die Gesellschafter sind jederzeit befugt, Geschäftsverteilungsfragen wieder an sich zu ziehen.⁵⁶⁸

Es ist im Gegenteil davon auszugehen, dass die Geschäftsführer aufgrund ihrer Unternehmerfunktion⁵⁶⁹ sogar gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG zur horizontalen Delegation verpflichtet sein können, soweit die Gesellschafter untätig bleiben und eine Arbeitsteilung zur zweckmäßigen Erledigung anfallender Geschäftsführungsaufgaben erforderlich⁵⁷⁰ ist.⁵⁷¹ Denn die Ressortverteilung ist ein Element der ungeschriebenen Organisationskompetenz. Versäumen es die Geschäftsführer, ihr nachzukommen, haften sie wegen Organisationsverschuldens nach § 43 Abs. 2 GmbHG.⁵⁷² Das

565 *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14 Fn. 25).

566 Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 122.

567 Vgl. *Dagtolou*, Kollegialorgane, S. 37 f.

568 *Fleischer*, DB 2019, 472 (474); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14); *Lenz*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 37 Rn. 34.

569 Siehe S. 66 sowie *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 281, und *Semler*, FS Döllerer, 571 (586 f.).

570 Vgl. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167), Rn. 15; BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19.

571 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (438); *Peters*, DStR 2020, 125 (126); *Wentz*, WuB 2019, 186 (189); *Thölke/Friedrichsen*, WPg 2019, 799 (800); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 911; *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (304); *W. Goette*, DStR 1998, 1308 (1309); *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (71); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 133; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 164 f., 338; *Abelthausner*, Leitungshaftung, S. 214 f.; aus Praxissicht *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 33; vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 121.

572 Siehe S. 140-142.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

muss erst recht im Falle eigennütziger Ausübung der Organisationsbefugnisse gelten, sodass auch keine falschen Handlungsanreize gesetzt werden.

II. Mehrheitserfordernisse

Nach allgemeiner Meinung bedarf der Beschluss der Geschäftsführer über die Ressortverteilung der Einstimmigkeit,⁵⁷³ auch wenn die Gesellschafter im Übrigen das Mehrheitsprinzip eingeführt haben.⁵⁷⁴ Teilweise wird § 77 Abs. 2 S. 3 AktG als normative Stütze herangezogen.⁵⁷⁵

Der BGH hat diese Ansicht in seinem Weltruf-Urteil bestätigt und hervorgehoben, dass eine "ordnungsgemäße Erledigung von Geschäftsführungsaufgaben durch einen Mitgeschäftsführer [...] nur dann gewährleistet [ist], wenn die Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung von allen Geschäftsführern einvernehmlich mitgetragen wird"⁵⁷⁶. Auf eine direkte oder entsprechende aktienrechtliche Anknüpfung hat der zweite Zivilsenat konsequenterweise zugunsten einer weiten Formulierung verzichtet, um gerade auch die von ihm für zulässig erklärte, faktische oder stillschweigende Aufgabenteilung, bei der es keinen ausdrücklichen Beschluss der Geschäftsführer, geschweige denn eine Geschäftsordnung geben kann, zu erfassen.

Dem Erfordernis des Einvernehmens ist im Grundsatz zuzustimmen. Ansonsten könnte die Geschäftsführermehrheit der Minderheit beispielsweise gegen ihren Willen Geschäftsbereiche zuweisen oder entziehen und

573 *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (586); *Leuring/Dornbegge*, NZG 2010, 13 (14); *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (442); *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 42; a.A. *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 122; wohl auch *van Venrooy*, GmbHR 1999, 685 (686, 691), der die Verteilung als gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme ansieht und von einer analogen Anwendung der §§ 28, 32 Abs. 1 S. 3 BGB auf die GmbH ausgeht.

574 *Peters*, GmbHR 2008, 682 (683).

575 Ohne Unterscheidung *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 101; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 327, die sich jedoch – wohl versehentlich – auf § 77 Abs. 1 AktG beruft; ausdrücklich nur für die Regelung durch Geschäftsordnung *Uwe. H. Schneider*, FS Mühl, 633 (648); *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 280 f.; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 16; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 196; *Altmeynen*, in: Roth/Altmeynen, GmbHG, § 37 Rn. 35; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 116.

576 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169), Rn. 21.

dadurch faktisch Machtungleichgewichte schaffen.⁵⁷⁷ Es führte das Kollegialprinzip ad absurdum, wenn einzelne Organmitglieder von sich aus unmittelbar die Mitwirkungsrechte und -pflichten ihrer Kollegen und damit gleichzeitig deren Gleichheit beschneiden könnten. Selbst wenn das Mehrheitsprinzip der Kollegialität näherliegen sollte, muss eine Entscheidung dieser Gewichtigkeit und Tragweite⁵⁷⁸ daher im Ausgangspunkt von sämtlichen Geschäftsführern gemeinsam getroffen werden. Das gilt auch im Falle eines Besetzungswechsels – unabhängig von der Frage des Fortbestandes etwaiger abstrakt-genereller Geschäftsordnungsregeln – jedenfalls für die Zuweisung eines Ressorts an das neue Mitglied des Kollegiums und damit einhergehende Anpassungen,⁵⁷⁹ genauso wie für jede sonstige Abweichung,⁵⁸⁰ Änderung oder Aufhebung⁵⁸¹ der Ressortzuständigkeiten.

Ausgenommen vom Einstimmigkeitsgrundsatz wird allerdings zu Recht der Fall, dass die Gesellschafter explizit eine abweichende Mehrheit vorgeben.⁵⁸² Auch können die Gesellschafter aufgrund ihrer weitgehenden Organisationsautonomie einen Geschäftsführer mit der Ressortbildung beauftragen, weil es sich dabei um eine ungeschriebene Leitungsaufgabe handelt,⁵⁸³ die in der GmbH nicht dem Bereich der zwingenden Gesamtverantwortung unterfällt. Dem wird aus praktischer Sicht entgegengehalten, dass eine Uneinigkeit in Fragen der Arbeitsteilung die uneingeschränkte Gesamtverantwortung aufleben lassen könne, wenn das überstimmte Organmitglied die ihm aufoktroierte Zuständigkeit nicht respektiere.⁵⁸⁴ Auch wenn diese Bedenken nicht gänzlich von der Hand zu weisen sind, so ließen sie sich in gleicher Weise gegen eine von den Gesellschaftern beschlossene Geschäftsverteilung vorbringen. Allein aus diesem Grund kann deren Befugnis zur Organisation der Geschäftsführung jedoch nicht

577 *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 196; zur aktienrechtlichen Bestimmung siehe die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 122.

578 Zu diesen Ausnahmekriterien *M. Schneider*, Beschlussfähigkeit, S. 137.

579 *Peters*, DStR 2020, 125 (126 f.); *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (444); *Thölke/Friedrichsen*, WPg 2019, 799 (802); vgl. zur AG *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (500 f.).

580 *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (702).

581 Zur AG *Dose*, Rechtsstellung, S. 125; *Boesebeck*, JW 1938, 2525 (2527); a.A. *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 21 f., der die Einschaltung der Gesellschafter verlangt.

582 *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14); *E. Vetter*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 22 Rn. 47; für den Fall satzungsmäßiger Öffnung *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 101.

583 Siehe S. 121.

584 *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (586).

infrage gestellt werden. Hält sich ein Geschäftsführer nicht an die von den Gesellschaftern vorgegebenen Ressortzuständigkeiten, so kann jedenfalls seine Bestellung widerrufen und gegebenenfalls auch sein Anstellungsvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden.⁵⁸⁵ Entsprechendes muss zumindest auch dann gelten, wenn der Geschäftsführer die ihm „aufgedrängte“ organinterne Aufgabenteilung weiter missachtet, obwohl die Gesellschafter sie zwischenzeitlich gebilligt haben.

III. Gestaltungsgrenzen

Nach einer Ansicht ist die Kompetenz der Geschäftsführer, sich selbst Ressorts zuzuweisen, dahingehend begrenzt, dass sie sich keine Einzelgeschäftsführungsbefugnisse einräumen dürfen, wenn die Gesellschafter untätig geblieben sind.⁵⁸⁶ Diese Einschränkung im Vergleich zu den für den AG-Vorstand geltenden Regelungen des § 77 Abs. 1 S. 2 Hs. 1, Abs. 2 S. 1 AktG sei durch dessen Pflichtrecht zur eigenverantwortlichen Leitung gemäß § 76 Abs. 1 AktG gerechtfertigt.⁵⁸⁷ Es gelte nichts anderes als für die gesetzliche Gesamtvertretungsbefugnis, die ebenfalls nicht durch die Erteilung von „Generalmächtigungen“ umgangen werden könne.⁵⁸⁸

Die Gegenauffassung überlässt den Geschäftsführern hingegen die Abänderung der Geschäftsführungsbefugnisse im Rahmen der Vorgaben der Gesellschafter.⁵⁸⁹ Autonome Regelungen seien demnach nur unwirksam, wenn die Gesellschafter etwa explizit Einzel-⁵⁹⁰ oder Gesamtgeschäftsfüh-

585 Vgl. LG Berlin v. 10.11.2003 – 95 O 139/02, GmbHR 2004, 741 (742 f.), Rn. 30 f., 39 f.

586 So Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (645 f.); Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 117; Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 100; H.-J. Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 106 f., § 43 Rn. 33; unklar Paefgen, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 174, 178-180, 195; vgl. zur KG OLG Stuttgart v. 25.2.2009 – 14 U 24/08, OLGR Stuttgart 2009, 829 (829 f.), Rn. 141, 151.

587 Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (646).

588 Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (646); zur Ressortermächtigung siehe Fn. 594.

589 Kleindiek, FS Kayser, 435 (436, 442); Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 37 Rn. 34; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 16; Baukelmann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 42; Wisskirchen/Kuhn, in: BeckOK, GmbHG, § 37 Rn. 42; Lenz, in: M/H/L/S, GmbHG, § 37 Rn. 30; Diekmann, in: MHdB GesR III, § 44 Rn. 86.

590 Zum Verein BGH v. 12.10.1992 – II ZR 208/91, BGHZ 119, 379 (382, 384), Rn. 9 f.

nung anordnen und die Geschäftsführer beispielsweise das Gegenteil beschließen.

Der BGH hat die Frage noch nicht ausdrücklich⁵⁹¹ endgültig entschieden.⁵⁹² Die Gesetzgebungsmaterialien zum GmbHG und das GmbHG selbst schweigen, wie bereits erwähnt, zur Geschäftsführungsbefugnis.

Eine Beschränkung der organinternen Regelungsbefugnisse auf die Zuweisung bloßer Hilfstätigkeiten wäre der Leitungsfunktion der Geschäftsführung höchst abträglich und umständlich.⁵⁹³ Beispielsweise müsste zu jeder Ausübung des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts nach § 611a Abs. 1 S. 2 BGB, § 106 GewO im eigenen Ressort die Zustimmung der Mitgeschäftsführer eingeholt werden. Eine flexible, den jeweiligen Leitungsbedingungen angepasste Geschäftsführungsorganisation wäre kaum möglich. Das ginge zulasten einer effizienten Arbeitsteilung.⁵⁹⁴

Weil die Ressortleiter in ihrem Bereich nur Vorbereitungs- oder Ausführungshandlungen vornehmen dürften und keinerlei eigenen Entscheidungskompetenzen hätten, liefe die erstgenannte Auffassung auf eine

591 Im Weltruf-Urteil tendierte der BGH wohl zur Gegenauffassung, vgl. S. 119-121.

592 Zwar ist in BGH v. 16.11.1987 – II ZR 92/87, NJW 1988, 1199 (1200), Rn. 9, von der Umwandlung von Gesamt- in Einzelgeschäftsführungsbefugnis die Rede, gemeint ist jedoch die Vertretungsmacht, vgl. *Uwe H. Schneider*, WuB II C. § 35 GmbHG 2.88; dasselbe gilt für das Urteil v. 8.5.1978 – II ZR 209/76, GmbHR 1979, 271 (272), Rn. 7, in dem der zweite Zivilsenat ebenfalls den Terminus der Einzelgeschäftsführungsbefugnis verwendet und auf die Entscheidung v. 19.6.1975 – II ZR 170/73, WM 1975, 790 (791), Rn. 23, verweist, in der es explizit um die Einzelvertretungsbefugnis geht; *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (646), möchte das Urteil v. 8.5.1978 konsequenterweise nur entsprechend heranziehen; zutreffend ist wiederum die Formulierung in der Entscheidung des OLG München v. 19.9.2013 – 23 U 1003/13, GmbHR 2013, 1208 (1209), Rn. 16.

593 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 18.

594 Siehe hierzu bereits S. 24 f.; zur Möglichkeit der Ermächtigung zur Vertretung (funktionaler) Geschäftsbereiche analog § 78 Abs. 4 S. 1 AktG („Ressortermächtigung“) überzeugend *Schwarz*, ZGR 2001, 744 (761 ff.); *ders.*, NZG 2001, 529 (530); *Frels*, ZHR 122 (1959), 173 (174 ff.); a.A. *Habersack/Foerster*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 78 Rn. 75; für die Zulässigkeit in der GmbH *Oetker*, in: Hensler/Strohn, GesR, § 35 GmbHG Rn. 64; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 35 Rn. 64; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 95; a.A. *Schaller*, EWiR 2014, 111 (112); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rn. 33; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 35 Rn. 157; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 121; für Gesellschafter-Geschäftsführer offen gelassen von OLG München v. 19.9.2013 – 23 U 1003/13, GmbHR 2013, 1208 (1209 f.), Rn. 15-17.

uneingeschränkte Gesamtverantwortung hinaus.⁵⁹⁵ Eine Ressortverteilung der Geschäftsführer wäre gerade auch als Instrument ihrer Enthftung nahezu wirkungslos.

Den Geschäftsführern der GmbH fehlt im Gegensatz zum Vorstand der AG die Leitungssouveränität. Das betrifft jedoch in erster Linie das Verhältnis zu den Gesellschaftern und äußert sich in deren Recht, weitgehend Einfluss auf die Unternehmensleitung zu nehmen, sowie den Vorlagepflichten der Geschäftsführung. Es existieren jedoch, was die Reichweite der Regelungskompetenzen im Hinblick auf organinterne Entscheidungsmechanismen angeht, keine Wesensunterschiede zum Vorstand. Gerade wenn sich die Gesellschafter der Ausübung ihrer Befugnisse weitgehend enthalten, nähert sich die Stellung der Geschäftsführung der des Vorstands an.

Auch der Vergleich mit der Gesamtvertretung, deren Änderung gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GmbHG zumindest einer Satzungsgrundlage bedarf, vermag aus systematischen und teleologischen Gründen nicht zu überzeugen. Die grundsätzliche Gesamtvertretungsbefugnis soll in erster Linie die Gesellschafter vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht durch einzelne Geschäftsführer schützen.⁵⁹⁶ Sie hat demnach Präventiv- und Kontrollfunktion, gerade mit Blick auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht im Außenverhältnis gemäß § 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Denn ein einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer kann im Grundsatz auch gegen den ausdrücklichen Widerspruch seiner Kollegen nachteilige Geschäfte im Namen der Gesellschaft abschließen. Die Einzelgeschäftsführungsbefugnis, gerade die auf einen bestimmten Geschäftsbereich beschränkte, unterscheidet sich hiervon qualitativ und birgt weit weniger Missbrauchspotenzial. Sie ändert zunächst nichts an der Vertretungsbefugnis. Im Außenverhältnis müssen nach wie vor sämtliche Geschäftsführer gemeinsam handeln, sodass insoweit spätestens im Zuge der Ausführung der Einzelentscheidung eine Kontrolle des Ressortleiters stattfindet. Im Innenverhältnis sorgen dagegen der Grundsatz der Gesamtverantwortung und das Rückholrecht⁵⁹⁷ eines jeden Mitgeschäftsführers für eine hinreichende gegenseitige Kontrolle. Der Unterschied zwischen Einzel- und Gesamtge-

595 *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13; *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1210); *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 37 Rn. 18.

596 BGH v. 25.11.1985 – II ZR 115/85, NJW-RR 1986, 778, Rn. 15; v. 19.6.1975 – II ZR 170/73, WM 1975, 790 (791), Rn. 23; v. 12.12.1960 – II ZR 255/59, BGHZ 34, 27 (30), Rn. 18; OLG München v. 19.9.2013 – 23 U 1003/13, GmbHR 2013, 1208 (1209), Rn. 16.

597 Siehe S. 222 ff.

schaftsführungsbefugnis ist daher bei Lichte betrachtet lediglich gradueller Natur.⁵⁹⁸ Schließlich schützt auch das Erfordernis des Einvernehmens der Geschäftsführer in Fragen der Geschäftsverteilung vor eine Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen an ungeeignete Organmitglieder. Jedenfalls die Verteilung ressortbezogener Einzelgeschäftsführungsbefugnisse durch die Geschäftsführer ist daher auch im GmbH-Recht zulässig. Damit sind sie selbst in die Lage versetzt, die Geschäftsverteilung zur wirksamen Begrenzung ihrer Haftung zu nutzen.

C. Ergebnis

Sowohl die Gesellschafter als auch die Geschäftsführer sehen sich bei der Implementierung einer Arbeitsteilung keinen unüberwindbaren Hindernissen gegenüber.

Kraft ihrer Personalkompetenz sind primär die Gesellschafter zur Organisation der Geschäftsführung befugt. Sie dürfen die Geschäftsverteilung durch Satzung oder flexibler und deutlich praxistauglicher durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit in Form einer Geschäftsordnung, eines einfachen Verteilungsplans oder einer Einzelweisung vornehmen. Die Zusicherung eines bestimmten Aufgabenbereichs im Anstellungsvertrag hat lediglich schuldrechtliche Wirkung. In der Regel wird jedoch der dem Vertragsschluss vorgelagerte Gesellschafterbeschluss über Inhalt und Umfang des Vertragswerks die korporationsrechtlich wirksame Verteilung beinhalten.

Eine verantwortungsausschließende Ressortverteilung muss aufgrund ihrer, einem antizipierten Haftungsausschluss gleichkommenden, Wirkung zwingend auf dem Willen der Gesellschafter beruhen. Darüber hinaus sind die Anforderungen jedoch die gleichen wie bei der verantwortungsmodifizierenden Delegation. Eine Satzungsgrundlage ist nicht erforderlich, weil die Geschäftsführer durch eine verantwortungsausschließende Ressortverteilung nicht von der Überwachung der Einhaltung (mittelbar) drittschützender Normen befreit werden können und Publizitätserwägungen damit keine Rolle spielen. Angesichts der Treuepflicht sowie des § 47 Abs. 4 GmbHG und der fortbestehenden Haftung des Ressortleiters ist der Minderheitenschutz durch einen mehrheitlich gefassten Gesellschafterbeschluss hinreichend gewahrt.

598 OLG Stuttgart v. 25.2.2009 – 14 U 24/08, OLGR Stuttgart 2009, 829 (832), Rn. 174; Schäfer, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 28, m.w.N.

Die mehrköpfige Geschäftsführung ist auch ohne Ermächtigung der Gesellschafter kraft ihres Selbstorganisationsrechts als Kollegialorgan nicht nur berechtigt, sondern unter Umständen in haftungsbewehrter Weise verpflichtet, sich eine Ressortverteilung zu geben. Eine solche Aufgabenteilung muss – wie jede organinterne Änderung oder Neuzuweisung der Ressorts – von sämtlichen Geschäftsführern einvernehmlich mitgetragen werden, sofern die Gesellschafter nichts Abweichendes regeln. Das kann die Durchsetzung einer Haftungsbegrenzung im Einzelfall erschweren. Eine Gestaltungsgrenze, wonach sich die Geschäftsführer keine Einzelgeschäftsführungsbefugnisse einräumen dürfen, besteht allerdings nicht, sodass eine organinterne Arbeitsteilung als Enthaltungsinstrument gleich wirkungsvoll ist wie eine verantwortungsmodifizierende Aufgabenzuweisung durch die Gesellschafter.

§ 9 Ungeschriebene inhaltliche Anforderungen

Entscheidend für die Praktikabilität einer Enthaltung durch Ressortverteilung ist, von welchen ungeschriebenen inhaltlichen Vorgaben ihre entlastende Wirkung abhängt. Je höher diese angesetzt werden und je komplizierter sie sind, desto potenziell unverhältnismäßiger ist der zur Einführung einer Arbeitsteilung aufzubringende Aufwand und desto unwahrscheinlicher deren wirksame Implementierung und Durchführbarkeit.

Da es nur wenige explizite Regelungen⁵⁹⁹ zur inhaltlichen Konzeption der Geschäftsverteilung gibt, wurden bereits mehrere ungeschriebene Tatbestandsmerkmale entwickelt,⁶⁰⁰ die der BGH in seiner Weltruf-Entscheidung teilweise bestätigt und im Übrigen ergänzt hat.⁶⁰¹ Es ist zu prüfen, ob und woraus sich diese Kriterien im Einzelnen herleiten lassen. Hierauf aufbauend kann dann gegebenenfalls ihr spezifischer Gehalt bestimmt werden, bevor auf die Folgen⁶⁰² ihrer Missachtung eingegangen wird.

599 Siehe S. 31, 38.

600 Grundlegend *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484 f.).

601 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167 f.), Rn. 17.

602 Siehe S. 175 ff.

A. Sachbezogene Voraussetzungen

I. Klarheit und Eindeutigkeit der Abgrenzung

1. Meinungsspektrum

In Übereinstimmung mit der Finanzgerichtsbarkeit⁶⁰³ und der überwiegenden Ansicht in der Literatur⁶⁰⁴ hat der BGH in seinem Weltruf-Urteil entschieden, dass grundlegende Voraussetzung einer wirksamen Ressortverteilung eine klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben sei, sodass „weder Zweifel über die Abgrenzung einzelner Aufgaben entstehen noch über die Person des für die Erledigung Verantwortlichen“⁶⁰⁵. Denn eine Pflichtenmodifikation sei nur anzuerkennen, wenn die „Ressortaufteilung das Vertrauen darauf rechtfertig[e], dass jede Geschäftsführungsaufgabe einem Geschäftsführer zugeordnet“⁶⁰⁶ sei. Im entschiedenen Fall war einem Geschäftsführer der kreative Bereich einer TV-Produktion zugeteilt, während sein Kollege sich um das Kaufmännische kümmern sollte.⁶⁰⁷ Dem BGH war das prinzipiell klar und eindeutig genug.⁶⁰⁸ Vereinzelt wird das Merkmal der Klarheit und Eindeutigkeit in Zweifel gezogen, weil der Inhalt der Geschäftsverteilung durch Auslegung zu ermitteln sei.⁶⁰⁹ In der Tat scheint die Forderung des zweiten Zivilsenats auf den ersten Blick unvereinbar mit seiner gleichzeitigen Anerkennung einer impliziten Aufgabenverteilung.

603 BFH v. 27.5.2009 – VII B 231/08, BeckRS 2009, 25015408, Rn. 7; v. 31.10.2005 – VII B 57/05, GmbHR 2006, 274, Rn. 12; v. 21.10.2003 – VII B 353/02, BFH/NV 2004, 157, Rn. 5; v. 13.3.2003 – VII R 46/02, BStBl. II 2003, 556 (559 f.), Rn. 31; v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NZG 1998, 861 (862), Rn. 20; v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 14, 16; v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 17 f.; v. 4.3.1986 – VII S 33/85, BStBl. II 1986, 384 (385), Rn. 11; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19.

604 Harbarth, ZGR 2017, 211 (215); Uwe H. Schneider, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484); Heisse, Geschäftsführerhaftung, S. 86; zur AG Rehm, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 209; Martens, FS Fleck, 191 (206); zum Verein Heermann, FS Röhrich, 1191 (1199).

605 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169), Rn. 20.

606 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169), Rn. 20.

607 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (164), Rn. 8.

608 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 28.

609 Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 104.

2. Herleitung

Dass der zweite Zivilsenat im Zusammenhang mit dem Eindeutigkeitsanforderung der Ressortverteilung den Vertrauensbegriff fallen lässt, verwundert nicht. Soweit die Zuständigkeiten durch die Geschäftsverteilung missverständlich oder zweideutig geregelt sind, können die Geschäftsführer gar nicht erst davon ausgehen und deshalb auch nicht darauf vertrauen, dass ein Kollege ihren Beitrag zur Erfüllung der gemeinsamen Verantwortung leistet, dieser Anteil also nicht von ihnen persönlich erbracht zu werden braucht. Eine Modifikation des Pflichtengefüges findet in diesen Fällen nicht statt.⁶¹⁰ Richtigerweise kann die Berechtigung des Klarheits- und Eindeutigkeitsanforderung an sich daher nicht ernsthaft bezweifelt werden.

3. Reichweite

Fraglich kann allein sein, was das Kriterium inhaltlich bedeutet. Nach enger Lesart darf es, um Verantwortungslosigkeit, eine vage Pflichtenlage und gegenseitige Schuldzuweisungen zu vermeiden, keinerlei Überschneidungen zwischen den Ressorts oder Mehrfachzuweisungen geben.⁶¹¹ Dem stehen allerdings bereits praktische Bedenken entgegen, weil es Pflichten gibt, die sich kaum in Gänze auf einzelne Ressorts beschränken lassen.⁶¹² Auch sonst fällt es nicht schwer, einen mehr oder weniger konsistenten Zusammenhang zwischen mehreren Geschäftsbereichen zu konstruieren, etwa zwischen künstlerischen und kaufmännischen, wie sie der Weltruf-Entscheidung zugrunde lagen. Wäre in diesen Fällen ohne Weiteres ein „einheitlicher Arbeitsvorgang“ anzunehmen, hätte das eine pauschale Einstandshaftung zur Folge. Überdies können im Zeitpunkt der Geschäftsverteilungsvereinbarung nicht sämtliche potenziellen Überschneidungsfälle vorausgesehen werden, auch weil das Pflichtengefüge der Geschäftsführer stetem Wandel unterzogen ist. Bisweilen sind Überschneidungen und Mehrfachzuweisungen, wie im Falle von Ausschüssen, die ihrerseits wiederum in Ressorts unterteilt werden können, sogar beabsich-

610 Siehe S. 102.

611 Zur Geschäftsordnung des Vorstands *Linnertz*, Delegation, S. 199 f.; wohl auch *Martens*, FS Fleck, 191 (206).

612 Zu umwelt- beziehungsweise immissionsschutzrechtlichen Pflichten *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 63.

tigt und dabei funktional.⁶¹³ Wenn Zuständigkeitsdopplungen aufgrund der oben beschriebenen Nachteile per se unzulässig wären, dann müsste es ebenso der Normalfall der Gesamtzuständigkeit sein. Auch Kollegialentscheidungen sind kein Garant für verantwortungsbewusstes Geschäftsführerverhalten.⁶¹⁴ Mit den eingangs genannten Bedenken sind damit zwar potenzielle Haftungsfälle aufgrund teilweise fortbestehender Gesamtzuständigkeit und -verantwortung angesprochen,⁶¹⁵ aber keine durchgreifenden Argumente für ein enges Verständnis des Eindeutigkeitskriteriums als Überschneidungsverbot.

Da Gesellschafter- und Geschäftsführerbeschlüsse (gegebenenfalls mehrseitige) Rechtsgeschäfte (eigener Art) sind und durch empfangsbedürftige Willenserklärungen der Beschließenden zustande kommen,⁶¹⁶ sind sie entsprechend den §§ 133, 157 BGB einer (objektiven) Auslegung zugänglich.⁶¹⁷ Demnach kann das Eindeutigkeitserfordernis nur bedeuten, dass

613 *Leuring*, FS Seibert, 543 (545); *Hoffmann-Becking*, NZG 2021, 93 (95); das „Ressort im Ressort“ funktioniert gleich und unterliegt denselben Organisationsgrenzen wie die erste Ressortebene, vgl. zur AG *ders.*, ZGR 1998, 497 (509 f.); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (78).

614 Siehe zur empirischen Haltbarkeit entsprechender Annahmen bereits Fn. 188 a.E.

615 So auch *Nietsch*, ZHR 184 (2020), 60 (91); *Fleischer*, DB 2019, 472 (476); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (485); *Martens*, FS Fleck, 191 (206 Fn. 37); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 238 f.; *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (307 f.); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 183; zu Überschneidungen in Konzern- und Matrixstrukturen *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (519); vgl. auch *Krieger*, RWS-Forum 8, 149 (156); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (71).

616 Zum Beschluss der Gesellschafter BGH v. 24.7.2012 – II ZR 185/10, ZIP 2013, 366 (367), Rn. 3; v. 29.5.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163 (173), Rn. 34; OLG München v. 5.10.2010 – 31 Wx 140/10, GmbHR 2011, 91 (92), Rn. 7 f.; *Busche*, FS Säcker, 45 (47, 49 f., 52); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 47 Rn. 1 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rn. 4, 7 f.; *Drescher*, in: MüKo, GmbHG, § 47 Rn. 8, 35; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 179; *Zöllner*, FS Lutter, 821 (821 f.); a.A. hinsichtlich des Rechtsgeschäftscharakters *Altmeynen*, GmbHR 2018, 225 (228); *ders.*, in: Roth/Altmeynen, GmbHG, § 47 Rn. 3; a.A. hinsichtlich der Charakterisierung der Stimmabgabe als Willenserklärung *Bühler*, DNotZ 1983, 588 (591 f.); zum AG-Vorstand *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 77 Rn. 7; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 77 Rn. 13; *Seibt*, in: Schmidt, K./Lutter, AktG, § 77 Rn. 9.

617 Ähnl. *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 104; *v. d. Linden*, NJW 2019, 1039 (1040); *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (16); vgl. auch *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (485); *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 86; allg. zur Auslegung von Gesellschafterbeschlüssen BGH v. 23.1.2018 – II ZR 73/16, BeckRS 2018, 9324, Rn. 20; *Busche*, FS Säcker, 45 (53 ff.); *Drescher*, in: MüKo, GmbHG, § 47 Rn. 10a.

die Ressortverteilung so beschaffen sein muss, dass sie im Einzelfall zu klaren Auslegungsergebnissen hinsichtlich der delegierten Pflichten und Zuständigkeiten führt. Die infrage stehende Aufgabe muss hiernach abgrenzbar sein und sich einem oder mehreren Geschäftsbereichen zuordnen lassen können. Das entspricht der oben wiedergegebenen Formulierung des zweiten Zivilsenats. Der scheinbare Widerspruch zwischen den eingangs angeführten Meinungen lässt sich auf diese Weise auflösen.⁶¹⁸ Für die Zuordnung einer Aufgabe zu einem bestimmten Geschäftsbereich ist demnach grundsätzlich zunächst der objektive Sinnbezug maßgeblich und wo dieser schwerpunktmäßig zu verorten ist. Beispielsweise ist die Sorge für die Einhaltung lebensmittelrechtlicher Vorschriften bei der Herstellung von Backwaren in erster Linie dem Produktionsleiter der Bäckerei und nicht dem Vertriebsleiter zuzuordnen.⁶¹⁹

Anders als es nach der Rechtsprechung der Finanzgerichte den Anschein macht, dürfte das Kriterium der Eindeutigkeit bei einer stillschweigenden Aufgabenteilung für gewöhnlich sogar leichter zu wahren sein, weil hier nur die Übertragung ganz konkreter (wiederholter) Tätigkeiten in Betracht kommt.⁶²⁰ Ansonsten kann die genaue Beschreibung der delegierten Aufgaben die Auslegung aber entscheidend erleichtern. Darüber, welche Aufgaben(-bestandteile) zum „Vertrieb“, zur „Produktion“ oder zum „kaufmännischen Bereich“ gehören, kann es nämlich je nach Unternehmen zu Meinungsverschiedenheiten und Ungewissheiten kommen.⁶²¹

II. Sachgerechtigkeit

1. Meinungsspektrum

Ein wenig abseits, in den Zurückweisungsgründen des Weltruf-Urteils, rügte der zweite Zivilsenat des BGH, die Vorinstanz habe nicht festgestellt, ob die Ressortverteilung unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse der Gesellschaft sachgerecht gewesen sei, so dass der Beklagte überhaupt auf eine ordnungsgemäße Erledigung praktisch aller wesentli-

618 *Hoffmann-Becking*, NZG 2021, 93 (94 f.); *v. d. Linden*, NJW 2019, 1039 (1040); *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

619 AG Tübingen v. 29.1.2019 – 16 Owi 16 Js 20968/18, BeckRS 2019, 26979, Rn. 38-40.

620 Siehe S. 172 f.; das gilt erst recht für die konkludente Arbeitsteilung.

621 Vgl. *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 33 ff.

chen Geschäftsführungsaufgaben durch seinen Kollegen habe vertrauen dürfen.⁶²² Er bezweifelte mithin, ob die objektive Ressortkonstitution, also der sachliche Aufgabenzuschnitt und nicht die personelle Komponente der Besetzung, angemessen war. Es verwundert auf den ersten Blick, dass der BGH das Merkmal der Sachgerechtigkeit, obwohl er es offensichtlich als Wirksamkeitserfordernis der Aufgabenzuweisung begreift, nicht in die Leitformel des Urteils mitaufgenommen hat. Am ehesten lässt es sich dort wohl aus den Begriffen „vollständige [...] und [...] sicherstellt“⁶²³ herauslesen.⁶²⁴ Vereinzelt war das Kriterium bereits zuvor mehr oder weniger deutlich auch in der Literatur angeklungen.⁶²⁵ Was der Beklagte im Weltruf-Fall diesbezüglich hätte weiter vortragen sollen, ließ der BGH offen.⁶²⁶

2. Herleitung

Auch das Merkmal der Sachgerechtigkeit hat der zweite Zivilsenat zu Recht auf Vertrauensschutzwägungen gestützt.⁶²⁷ Wie bereits beim Merkmal der eindeutigen Trennung der Verantwortungsbereiche ist das einleuchtend. Ob der sekundärpflichtige Geschäftsführer seinen Sorgfaltpflichten nachkommt, indem er sich auf die Aufgabenerledigung durch den primär verantwortlichen Kollegen verlässt, ist auch maßgeblich davon beeinflusst, wie dessen Ressort fachlich zugeschnitten ist.

3. Reichweite

Wie bereits angemerkt, geht es bei der Sachgerechtigkeit im Kern um die Frage des quantitativ und qualitativ sachgemäßen Ressortzuschnitts ohne Ansehen der Person des Ressortleiters. Dabei ist der Maßstab bereits deshalb objektiv zu wählen, weil Besetzungswechsel denkbar sind.

622 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 28.

623 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (168), Rn. 17.

624 Ähnl. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

625 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 21; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 379; zur AG *E. Vetter*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 22 Rn. 38; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 77 Rn. 41; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2202); *Frels*, ZHR 122 (1959), 8 (31); *Boesebeck*, JW 1938, 2525 (2527).

626 Krit. *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (517).

627 Siehe S. 108.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

Bedenklich sind zunächst Fälle, in denen auf ein Ressort zu viele Kompetenzen vereint werden. Paradebeispiel für einen Verstoß dürfte daher der Fall sein, dass ein Geschäftsbereich derart mit Zuständigkeiten überhäuft wird, dass die schiere Aufgabenlast nicht mehr durch einen Geschäftsführer zu bewältigen ist. Wird das Ressort in einer solchen Konstellation nicht mehrfach besetzt, kann nicht darauf vertraut werden, dass die dort kumulierten Geschäftsführungsaufgaben ordnungsgemäß erledigt werden. Entscheidend für die Frage der quantitativen Überlastung ist dabei, ob unter gewöhnlichen Umständen erwartet werden kann, dass die Ressortleitung aufgrund ihrer Einflussmöglichkeiten sowie zeitlichen, personellen, sachlichen und informationellen⁶²⁸ Ressourcen in der Lage ist, die Erledigung jeder übertragenen Aufgabe zumindest persönlich zu steuern und zu kontrollieren.

Die qualitative Sachgerechtigkeit verbietet dagegen etwa, dass eine Zuständigkeit in zeitlich inadäquaten Abständen wechselt.⁶²⁹ Weiter dürfen widerstreitende Interessen nicht in einem Ressort zusammengefasst werden. Auch hierdurch kann das Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Erledigung von Aufgaben im Geschäftsbereich erschüttert werden. Besonders augenfällig wird das dort, wo Kontrollfunktionen (zum Beispiel Interne Revision und Controlling) zusammengelegt oder mit der zu kontrollierenden operativen Tätigkeit verbunden werden.⁶³⁰ Dem Ressort für Qualitätskontrolle dürfen daher nicht gleichzeitig die entsprechenden Forschungs-, Entwicklungs- und Produktionsbereiche zugeordnet werden.

Dass sich bei der nachträglichen Bewertung der Erkennbarkeit der Sachwidrigkeit, insbesondere der quantitativen, sogenannte Rückschleifer einschleichen können, ist nicht zu leugnen.⁶³¹ Das Risiko solcher kognitiven Verzerrungen wird jedoch dadurch gemindert, dass der Ressortzuschnitt im Wesentlichen eine Ermessensentscheidung ist und dieser Spielraum bei der Prüfung der Geschäftsführerhaftung zu berücksichtigen ist.⁶³² Der BGH bemängelte in der Weltruf-Entscheidung, wie eingangs erwähnt, dass die Berufungsinstanz keine Feststellungen zur Angemessenheit der Ressortverteilung getroffen hatte. Angesichts der auf den ersten Blick einseitigen Kumulation kaufmännischer Zuständigkeiten bei einem

628 Harbarth, ZGR 2017, 211 (229); Linnertz, Delegation, S. 242.

629 Ch. A. Weber, ZGR 2020, 688 (700 f.).

630 Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, S. 382, m.w.N.; Götz, AG 1995, 337 (338).

631 Backhaus, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

632 Siehe zur Business Judgment Rule statt aller Fleischer, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 67, m.w.N.

Geschäftsführer hatte er wohl Bedenken, ob die inhaltliche Gewichtung der Ressorts im konkreten Fall noch vertretbar war, womit die quantitative Sachgerechtigkeit des Ressortzuschnitts angesprochen ist. Hieraus lässt sich jedoch keine allgemeingültige Regel zur konkreten Behauptungs- beziehungsweise Substantiierungslast⁶³³ ableiten. Sofern sich keine Zweifel aufdrängen oder die Gegenseite sie nicht bestreitet, ist daher nicht zu verlangen, dass der Geschäftsführer von sich aus nähere Einzelheiten zur Sachgerechtigkeit vorträgt.

III. Teilbarkeit

In der Literatur findet sich bisweilen der Hinweis, der delegierte Geschäftsbereich müsse einer Aufgabenteilung zugänglich sein.⁶³⁴ Im Leitsatz der Weltruf-Entscheidung, der als Vademecum zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Ressortverteilung gelten kann, statuierte der BGH in ähnlicher Weise, dass die Aufgabenzuweisung „die Zuständigkeit des Gesamtorgans insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung wahr[en]“⁶³⁵ müsse. Die Formulierung ist nicht ganz glücklich, weil es zum einen kaum undelegierbare Aufgaben gibt und zum anderen keine Kompetenzen existieren, für die der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung darüber hinaus gewahrt werden muss (vgl. aber „insbesondere“).⁶³⁶ Was der BGH tatsächlich im Sinn hatte, wird an anderer Stelle deutlich. Denn der zweite Zivilsenat wiederholte die Aussage zwei Randnummern später, wobei er den Begriff der Zuständigkeit durch den der Gesamtverantwortung ersetzte.⁶³⁷ Gemeint ist also, die Verteilung der Aufgaben dürfe nicht den Anschein erwecken, die Geschäftsführer könnten von ihrer Gesamtverantwortung, gerade und insbesondere für die „nicht delegierbaren“ Aufgaben, befreit werden. Gleichwohl ist das nach den Ergebnissen des 2. Teils insofern unzutreffend, als dass die Gesellschafter richtigerweise dazu befugt sind, sie in begrenztem Maß von der Gesamtverantwortung zu befreien.⁶³⁸ Des Weiteren ist es selbstverständlich,

633 Zum Begriff *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 9 Rn. 60.

634 *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 125; *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484); *Sina*, GmbHR 1990, 65 (66).

635 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (168), Rn. 17.

636 Siehe S. 70 ff.

637 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169), Rn. 19.

638 Siehe S. 82 ff.

dass nicht delegierbare Verantwortung nicht delegiert werden kann. Insofern ist die Feststellung des BGH richtigerweise weniger als Voraussetzung, denn als Schranke der Geschäftsverteilung zu begreifen.⁶³⁹

IV. Vollständigkeit

Im Weltruf-Urteil stellte der BGH fest, dass eine wirksame Ressortverteilung die vollständige Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben gewährleisten müsse.⁶⁴⁰ Der Sinngehalt dieser Aussage wurde in den Entscheidungsgründen nicht klar erläutert.⁶⁴¹ Im Anschluss ist die „Vollständigkeit“ vereinzelt als eigenständige Voraussetzung einer wirksamen Ressortverteilung gewertet worden.⁶⁴² Zwar führte der zweite Zivilsenat in den Zurückweisungsgründen weiter aus, den Feststellungen der Berufungsinstanz lasse sich nicht entnehmen, ob die Geschäftsverteilung sachgerecht gewesen sei, sodass der Beklagte auf die ordnungsgemäße Erfüllung praktisch aller wesentlichen Geschäftsführungsaufgaben durch seinen Kollegen habe vertrauen dürfen.⁶⁴³ Damit ist wie zuvor erläutert allerdings die quantitative Sachgerechtigkeit des Ressortzuschnitts gemeint. Ein eigenständiges Vollständigkeitskriterium gibt es dagegen nicht.⁶⁴⁴ Denn es ist keine sinnvolle selbstständige Bedeutung einer solchen Voraussetzung denkbar.

Der Zusammenhang von „vollständig“ und „Wahrnehmung“ im Leitsatz schließt die, bereits aus Praxisgründen fernliegende, Deutung⁶⁴⁵ aus, dass sämtliche erdenklichen Aufgaben übertragen werden müssen, damit die Ressortverteilung wirksam wird.⁶⁴⁶ Für die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes kann es nicht maßgeblich sein, ob die Aufgaben in toto delegiert werden. Die Gesamtzuständigkeit für bestimmte Kompetenzen

639 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 209; vgl. auch *Fleischer*, NZG 2003, 449 (453).

640 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167-169), Rn. 17, 20.

641 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

642 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

643 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 28.

644 A.A. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

645 I.E. aber ebenfalls abl. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

646 Unklar BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19; *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209 (211); *Peters*, DStR 2020, 125 (127).

kann gerade beabsichtigt sein.⁶⁴⁷ Auch sind Zuständigkeitslücken ausgeschlossen. Denn ergibt die Auslegung der Aufteilung, dass eine Aufgabe nicht zugewiesen wurde, ist sie gemeinschaftlich zu erledigen.⁶⁴⁸

Aus denselben Gründen kann das Kriterium auch nicht dahingehend verstanden werden, dass es unteilbare Aufgaben gibt, die in corpore übertragen werden müssen, zumal es kaum möglich wäre, diese abschließend zu definieren. Zwar liegt es nahe, dass derjenige, der dafür zuständig erklärt wird, die Lohnsteuer anzumelden, sie auch abführt. Zwingend ist diese Verbindung jedoch nicht.

Wenn die Vollständigkeit damit nicht die Gesamtheit der Geschäftsführungszuständigkeiten oder die Unteilbarkeit von Kompetenzen meint, bleibt als Bezugsobjekt damit letztlich nur die Wahrnehmung der einzelnen Aufgabe.⁶⁴⁹ Dabei liegt es auf der Hand, dass die Geschäftsführer sich nicht auf die Überwachung von Aufgaben beschränken dürfen, von deren erfolgreichen Übertragung sie überhaupt nicht ausgehen können. Deshalb muss bei der Verteilung darauf geachtet werden, dass sich Soll- und Istzustand der delegierten Zuständigkeiten quantitativ entsprechen. Das ist jedoch kein eigenständiges Wirksamkeitskriterium. Denn wenn die Urheber der Ressortverteilung die Übertragung einer Aufgabe vergessen, ist sie dennoch wirksam. Es greift dann insoweit der Grundsatz der Gesamtzuständigkeit und die uneingeschränkte Gesamtverantwortung. Gehen sie hingegen davon aus, die Aufgabe übertragen zu haben, ergibt sich das jedoch nicht rechtssicher aus der Vereinbarung, ist damit lediglich das Kriterium der Klarheit und Eindeutigkeit der Ressortverteilung angesprochen.⁶⁵⁰

B. Personenbezogene Voraussetzungen (Zuverlässigkeit)

I. Rechtsprechungs- und Literaturstand

Im Leitsatz der Weltruf-Entscheidung ist zu lesen, dass eine entlastende Ressortverteilung die Aufgabenwahrnehmung „durch hierfür fachlich und

647 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; *Thölke/Friedrichsen*, WPg 2019, 799 (800 f.).

648 AG Tübingen v. 29.1.2019 – 16 Owi 16 Js 20968/18, BeckRS 2019, 26979, Rn. 41.

649 *Hoffmann-Becking*, NZG 2021, 93 (95); *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; *Thölke/Friedrichsen*, WPg 2019, 799 (801).

650 Implizit *Nietsch*, ZHR 184 (2020), 60 (91).

persönlich geeignete Personen sicherstell[en]⁶⁵¹ müsse. Dieser personenbezogenen Eigenschaften habe sich jeder Geschäftsführer bei der Aufgabenverteilung (aktiv) zu vergewissern.⁶⁵² Auch weil das Berufungsurteil diesbezüglich lückenhaft war, verwies der BGH die Sache zurück.⁶⁵³ Die theoretischen Grundsteine der personalen Ressortleiterkriterien lassen sich in der Literatur⁶⁵⁴ und andeutungsweise auch in der Rechtsprechung⁶⁵⁵ finden. Im Übrigen sind die Zuverlässigkeitskriterien des zweiten Zivilsenats auf breite Zustimmung getroffen.⁶⁵⁶

II. Herleitung

Das Vertrauendürfen im Rahmen der Aufgabenzuweisung auf Geschäftsführungsebene wird zwangsläufig von personellen Faktoren beeinflusst und setzt die Verlässlichkeit des Übernehmenden voraus.⁶⁵⁷ Es wäre in sich widersprüchlich, wenn der Übertragende seine Residualverantwortung wahren könnte, indem er die Erfüllung der Primärpflicht einer ungeeigneten Person überlässt.⁶⁵⁸ Es nimmt daher nicht wunder, dass die personenbezogenen Anforderungen an die Aufgabenteilung auf Geschäftsführungsebene ebenfalls auf den Vertrauensgrundsatz zu stützen sind.⁶⁵⁹

651 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (168), Rn. 17.

652 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169 f., 173), Rn. 21, 29.

653 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 29.

654 Uwe H. Schneider, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484); Voß, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 18; Sina, GmbHR 1990, 65 (66); zur AG auch Fleischer, NZG 2003, 449 (453).

655 RG v. 18.10.1917 – VI 143/17, RGZ 91, 72 (77); BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778 f.), Rn. 20, 24; BGH v. 26.6.1995 – II ZR 109/94, GmbHR 1995, 653 (654), Rn. 11.

656 Verse, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 124; Kleindiek, FS Kayser, 435 (444 f.); Buck-Heeb, BB 2019, 584 (586); Hülsmann, GmbHR 2019, 209 (210 f.); Peitsmeyer/Klesse, NZG 2019, 501; Ziemons/Pöschke, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 216; Backhaus, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

657 Siehe S. 103 f.

658 Buck-Heeb, BB 2019, 584 (586).

659 Buck-Heeb, BB 2019, 584 (586); Backhaus, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; Rehm, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 207 f.; Abeltshauer, Leitungshaftung, S. 135 f.; vgl. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 29; BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 20; RG v. 18.10.1917 – VI 143/17, RGZ 91, 72 (77); zur AG BGH v. 20.10.1954 – II ZR 280/53, BGHZ 15, 71 (78); zur entsprechenden Rechtslage bei der Enthaltung von Organmitgliedern durch Einholung professionellen (Rechts-)Rats siehe die

III. Reichweite

Die Zuverlässigkeitsanforderungen stehen sinnvollerweise in Wechselbeziehung mit den im Einzelnen übertragenen Kompetenzen. Sie müssen daher diejenigen Eigenschaften umfassen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung der jeweiligen Aufgaben (persönlich oder durch nachgeordnete Mitarbeiter)⁶⁶⁰ voraussetzen sind. Das können in unterschiedlicher Gewichtung fachliche Fähigkeiten und Leistungen sowie sonstige für die Besetzung relevanten Wesenszüge des Geschäftsführers sein.

Fachliche Attribute sind dabei solche Eigenschaften, die für die Erfüllung der konkreten Ressortaufgaben (oder für die Beurteilung, wann hierfür fremder Rat benötigt wird) als unerlässlich anzusehen sind, wie etwa eine bestimmte Vor- und Ausbildung, das (Allgemein-)Wissen, die Erfahrung und Begabung sowie das Fachwissen und -können des Ressortleiters und das Fehlen von persönlichen Interessenkonflikten, also seine Unabhängigkeit.⁶⁶¹ Persönliche Attribute sind alle übrigen für den konkret zu besetzenden Posten unverzichtbaren geistigen, körperlichen, psychischen oder charakterlichen Eigenschaften.

Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Ressortleiter den jeweiligen Mindestanforderungen gerecht wird. Diese sind zwangsläufig unter Beachtung der konkreten Gesellschaftsverhältnisse im Einzelfall zu bestimmen.⁶⁶² Aus diesem Grund und weil die Besetzung zwangsläufig Ergebnis einer prognostischen Beurteilung sein muss, ist diesbezüglich von einer Ermessensentscheidung auszugehen. Für die entlastende Wirkung der Ressortverteilung kann dabei nach dem Vertrauensgrundsatz lediglich entscheidend sein, ob der Ressortleiter bei objektiver Betrachtung (Zeugnisse, Lebenslauf, Empfehlungen etc.) die fachlichen und sonstigen persönlichen Anforderungen des konkreten Ressortzuschnitts erkennbar nicht erfüllt,

vergleichende Betrachtung bei *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (227 f.); *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1403); vgl. zuletzt BGH v. 24.9.2019 – II ZR 248/17, BeckRS 2019, 31312, Rn. 21, m.w.N.

660 *Hoffmann-Becking*, NZG 2021, 93 (95); *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

661 Zu Letzterem BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461 f.), Rn. 12; *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (228); *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 23; *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 210; *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1403); im Zusammenhang mit dem Vertrauen auf Informationen Dritter auch BGH v. 24.9.2019 – II ZR 248/17, BeckRS 2019, 31312, Rn. 21; v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, NJW 2007, 2118 (2120), Rn. 14.

662 Ähnl. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

also ungeeignet ist.⁶⁶³ Dagegen kann es für die Wirksamkeit der Geschäftsverteilung entgegen der Ansicht des BGH nicht darauf ankommen, ob sich die Geschäftsführer der jeweiligen Eigenschaft im Zuge der Aufgabenübertragung vergewissert haben, auch wenn ihnen im eigenen Interesse hieran gelegen sein sollte.⁶⁶⁴ Die Grundlage einer solchen Pflicht ist nicht feststellbar. Sie müsste konsequenterweise aus dem Vertrauensgrundsatz hergeleitet werden und auch für die übrigen inhaltlichen Merkmale gelten. Deren Kontrolle verlangt der BGH jedoch soweit ersichtlich nicht. Das hat seinen guten Grund: Der Zweck einer solchen Maßnahme bliebe im Kontext der Wirksamkeitsvoraussetzungen anders als im Bereich der Haftung wegen Organisationsverschuldens offen. Denn ist die Eignung erkennbar nicht gegeben, so kann es unabhängig von einer Prüfung des Mitgeschäftsführers kein Vertrauendürfen geben. Die Erkennbarkeit ist demnach der „strengere“ (aber einzelfallgerechtere) Maßstab. Für die Fälle unerkennbarer Untauglichkeit kann aus der fehlenden Überprüfung des Kollegen dagegen ohnehin kein Vorwurf resultieren. Offen bliebe zulasten der Rechtsicherheit andernfalls auch, ob die Ressortverteilung im Verhältnis zu dem Geschäftsführer, der sich vergewissert, im Zeitpunkt des Abschlusses seiner Inaugenscheinnahme als wirksam zu betrachten ist oder eine entlastende Aufgabenzuweisung der Überprüfung der Ressortleiterperson durch sämtliche Kollegen bedarf. In gleicher Weise kann es für die Wirksamkeit gerade mit Blick auf das Außenverhältnis auch nicht darauf ankommen, ob die Geschäftsführer Maßnahmen ergreifen, um den Mangel zu beheben.⁶⁶⁵

C. Verhältnis zum Organisationsverschulden

Von der Frage der Wirksamkeit der Ressortverteilung ist die Frage der Haftung aufgrund der Verletzung organisatorischer Binnenpflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft zu unterscheiden. Die Frage, inwiefern die Aufgabenzuweisung wirksam ist und zu einer Enthaltung des überwachenden Geschäftsführers beiträgt, kann nicht allein aus Sicht des Gesellschaftswohls beantwortet werden. Sie betrifft eine andere Interessenkonstellation. Die Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers sind in diesem Zusammenhang, wie mehrfach veranschaulicht, mithilfe des

663 Siehe S. 101 f.; ähnl. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

664 *Hoffmann-Becking*, NZG 2021, 93 (95); a.A. *Peters*, DStR 2020, 125 (127).

665 Siehe hierzu im Einzelnen S. 183 f.; a.A. *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (518).

Vertrauensgrundsatzes zu konkretisieren.⁶⁶⁶ Zwar überschneiden sich die Voraussetzungen vielfach. Die Prüfung des Vertrauensgrundsatzes bezieht sich aber immer speziell auf die infrage stehende delegierte Aufgabe.⁶⁶⁷ Bei der Haftung wegen Organisationsverschuldens⁶⁶⁸ kann dagegen gerade auch eine ganzheitliche Betrachtung der Organ- und Unternehmensstruktur anzustellen sein und es reicht aus, wenn die Wahl der Arbeitsteilung unzweckmäßig ist.

Wirken die Geschäftsführer etwa an der Übertragung einer Aufgabe auf einen zu ihrer Erledigung ungeeigneten Kollegen mit, kann das die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG auslösen („Auswahlsorgfalt“).⁶⁶⁹ Insofern müssen sie sich bei der Verteilung der Aufgaben tatsächlich seiner Qualifikation *vergewissern*, wobei ein Verschulden wiederum die Erkennbarkeit der Unzuverlässigkeit voraussetzt.⁶⁷⁰ Entsprechendes gilt, wenn die Ressortverteilung (gänzlich) organextern vorgenommen wurde und die Geschäftsführer sich im Zuge der darauffolgenden Überwachung nicht davon überzeugen, ob der Übernehmende die nötige Eignung aufweist oder entsprechenden Bedenken nicht Ausdruck verleihen („Redepflicht“).⁶⁷¹ Faktoren wie die Dauer der Betriebszugehörigkeit und der Grad persönlicher Bekanntheit können die Anforderungen dabei im Bereich der personenbezogenen Voraussetzungen richtigerweise modifizieren, sodass bei einer erstmaligen Zusammenarbeit wenigstens der Lebenslauf durchzusehen sein wird,⁶⁷² während ein bewährter Abteilungsleiter, der in die Geschäftsführung aufsteigt, nicht „auf Herz und Nieren“ geprüft werden muss.⁶⁷³ Diese Binnenhaftung spielt freilich keine gesonderte Rolle, wenn die Aufgabenzuweisung aufgrund der erkennbaren Unzuverlässigkeit des

666 Siehe S. 109.

667 Vgl. *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (702).

668 Siehe hierzu bereits S. 121.

669 Zur AG *Wettich*, *Vorstandsorganisation*, S. 232, 246; *Habersack*, WM 2005, 2360 (2362); *Fleischer*, NZG 2003, 449 (453); *Dose*, *Rechtsstellung*, S. 125 f.; *Frels*, ZHR 122 (1959), 8 (31); *Boesebeck*, JW 1938, 2525 (2527).

670 Vgl. zur AG *Wettich*, *Vorstandsorganisation*, S. 232.

671 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (518); *Höhn*, *Geschäftsleitung*, S. 107-109, mit weiteren Hinweisen zur Vorgehensweise; zur AG BGH v. 20.10.1954 – II ZR 280/53, BGHZ 15, 71 (78); *Wettich*, *Vorstandsorganisation*, S. 232 f., 246.

672 Die Anforderungen sind aber nicht zu überspannen: So darf etwa von einem diplomierten Finanzwirt erwartet werden, dass er sich mit der Besteuerung von Gesellschaften auskennt, vgl. *Bautista Pizarro*, *Vertrauen*, S. 254; *Timpe*, *StraFo* 2016, 11 (17).

673 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (517); ähnl. *Backhaus*, *jurisPR-HaGesR* 4/2019 Anm. 3.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

Ressortleiters ohnehin obsolet (das heißt nicht lediglich anfechtbar)⁶⁷⁴ und die Verantwortung der übrigen Geschäftsführer folglich bereits nicht modifiziert ist, sodass sie solidarisch haften. Für die Gesellschaft kann sie aber von Interesse sein, wenn etwa ein Geschäftsführer, der an der unzureichenden Besetzung schuldhaft mitgewirkt hat, zwischenzeitlich ausgeschieden ist oder, da eine ganzheitliche Betrachtung anzustellen ist, wenn die Besetzungen schlicht Effizienzverluste provozieren. Das ist bereits dann der Fall, wenn ein Ressortleiter zur Erledigung der seinem Kollegen zugewiesenen Aufgabe weitaus besser geeignet wäre.

Auswahl- und Redepflicht gelten entsprechend für jegliche inhaltliche Voraussetzung.⁶⁷⁵ Auch das Kriterium der Sachgerechtigkeit des einzelnen Ressortzuschnitts im Interesse des überwachenden Geschäftsführers ist beispielsweise von der Pflicht zur Implementierung beziehungsweise Förderung einer zweckmäßigen Ressortverteilung im Interesse der Gesellschaft zu trennen.⁶⁷⁶ Die Frage der Haftung der Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG⁶⁷⁷ für die (unzulässige) Übertragung ihrer vollständigen Verantwortung stellt sich hingegen in der Regel bereits nicht, weil ohnehin eine Verletzung der Überwachungspflicht gegeben sein wird, wenn die Organmitglieder zu Unrecht davon ausgehen, sich ihrer Pflichten gänzlich entledigt zu haben. Auch sie kann aber beispielsweise eine Rolle spielen, wenn Geschäftsführer, die an der unwirksamen Verteilung mitgewirkt haben, zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung des Ressortleiters bereits ausgeschieden sind.⁶⁷⁸

D. Ergebnis

Die inhaltlichen Sorgfaltsanforderungen an eine wirksame enthaftende Ressortverteilung bringen keine maßgeblichen Praktikabilitätshindernisse mit sich, weil es sich ausschließlich um Merkmale des Vertrauensgrundsatzes handelt, deren Berechtigung und Reichweite sich aus Laiensicht erschließen oder zumindest errahnen lässt. Die Aufgabenzuweisung muss klar beziehungsweise eindeutig sowie sachgerecht sein und sich an geeig-

674 Siehe S. 177 f.

675 Vgl. Höbn, Geschäftsleitung, S. 36 f.

676 Siehe S. 121.

677 Zur AG Wettich, Vorstandsorganisation, S. 232; Habersack, WM 2005, 2360 (2362).

678 Siehe zur Haftung des ausgeschiedenen Geschäftsführers auch Bayer/Ph. Scholz, GmbHR 2016, 841 (843).

nete Personen richten. Ein inhaltlicher Fehler ist gegeben, wenn die Voraussetzungen erkennbar nicht vorliegen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Geschäftsführer im Haftungsprozess von sich aus Einzelheiten zu den inhaltlichen Voraussetzungen vorträgt, wenn sich keine Zweifel aufdrängen oder die Gegenseite sie nicht bestreitet. Von der Enthftung durch Ressortverteilung ist stets die Haftung wegen Organisationsverschuldens zu unterscheiden. Letztere ist jedoch nur bedeutsam, sofern ihre Wirkungen ausnahmsweise über die Haftung aufgrund einer unwirksamen Geschäftsverteilung hinausgehen.

Gemäß dem Eindeutigkeitserfordernis muss die Ressortverteilung so beschaffen sein, dass sie im Einzelfall zu klaren Auslegungsergebnissen hinsichtlich der übertragenen Pflichten und Zuständigkeiten führt. Es kommt darauf an, dass die infrage stehende Aufgabe abgrenzbar ist und sich nach ihrem objektiven Sinnbezug schwerpunktmäßig einem (oder mehreren) Geschäftsbereich(-en) zuordnen lässt.

Das Kriterium der Sachgerechtigkeit enthält eine quantitative und eine qualitative Forderung. Nach der quantitativen Komponente ist das Ressort so zu gestalten, dass unter gewöhnlichen Umständen erwartet werden kann, dass die Ressortleitung aufgrund ihrer Einflussmöglichkeiten sowie zeitlichen, personellen und sachlichen Kapazitäten in der Lage ist, die Erledigung jeder übertragenen Aufgabe zumindest persönlich zu steuern und zu kontrollieren. Der qualitative Aspekt gebietet insbesondere konstante Zuständigkeiten und die Trennung von Kompetenzen, deren Verbindung geeignet ist, Interessenkonflikte zu erzeugen.

Das Zuverlässigkeitskriterium verlangt, dass die Ressortleiter diejenigen Eigenschaften besitzen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben vorauszusetzen sind. Das können in unterschiedlicher Gewichtung fachliche Fähigkeiten und Leistungen sowie sonstige für die Besetzung relevanten geistigen, körperlichen, psychischen oder charakterlichen Eigenschaften sein.

Das Teilbarkeitskriterium des BGH bringt richtigerweise die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass die Geschäftsführer von ihrer nicht delegierbaren Gesamtverantwortung nicht befreit werden können. Es handelt sich daher eher um eine Schranke als um eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Ressortverteilung.

Ein Vollständigkeitskriterium ist nicht anzuerkennen. Wird eine Aufgabe nicht übertragen, greift insoweit ohne Weiteres der Grundsatz der Gesamtzuständigkeit und die uneingeschränkte Gesamtverantwortung. Gehen die Urheber der Geschäftsverteilung hingegen von einer Übertragung

aus, ergibt die Auslegung jedoch nicht, was an wen delegiert wurde, ist die Aufgabenzuweisung unklar.

§ 10 Form der Vereinbarung

A. Schriftlichkeit

Nicht selten wird eine Aufgabenverteilung auf Geschäftsführungsebene lediglich mündlich beschlossen oder verabredet. Dabei ist seit langem höchst umstritten, ob die Ressortverteilung zu ihrer Wirksamkeit schriftlich abgefasst werden muss und sich die Geschäftsführer ansonsten auf bloße Überwachungspflichten zurückziehen dürfen. In Haftungsfällen kann die Form der Vereinbarung daher entscheidend sein.

I. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

Nach einem Teil des gesellschaftsrechtlichen Schrifttums hat die Ressortverteilung – gerade im Außenverhältnis – lediglich verantwortungs- und haftungsmodifizierende Wirkung, wenn sie vor dem Eintritt der Pflichtverletzung im Sinne des § 126b BGB⁶⁷⁹ dokumentiert wurde.⁶⁸⁰ Dieser Rechtsgedanke lasse sich auch dem Gesetzgeberwillen des AktG 1965 entnehmen.⁶⁸¹ Die Pflicht zur klaren und daher schriftlichen Klarstellung folge letztlich aus der gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG mit der Sorgfalt eines or-

679 Das heißt nicht i.S.d. § 126 BGB, siehe *Peitsmeyer/Klesse*, NZG 2019, 501 (502); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (15); *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (16 Fn. 54); *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59 Fn. 168); *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 104.

680 *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 285; *Heise*, Geschäftsführerhaftung, S. 84 f.; *Vofß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 18 f.; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 218; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (58-60); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484 f.); *ders.*, FS Mühl, 633 (637); *Sina*, GmbHR 1990, 65 (66); jedenfalls für das Außenverhältnis zum Verein *Küpperfahnenberg*, Haftungsbeschränkungen, S. 184-186, 245 f.

681 *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59), mit Verweis auf den schriftlichen Bericht des Rechtausschusses über die von der Bundesregierung eingebrachten Entwürfe eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz (BT-Drs. IV/171) u.a., zu BT-Drs. IV/3296, 13; zur Schriftform der Geschäftsordnung im Aktienrecht auch *Fleischer*, NZG 2003, 449 (452 f.); *Wettich*, Vorstandsorganisati-

dentlichen Geschäftsmannes zu erledigenden Organisationsaufgabe.⁶⁸² Sie diene auch dem Gläubigerschutz, weil andernfalls die Gefahr bestehe, dass sich die Geschäftsführer im Nachhinein auf einen finanzschwachen Ressortleiter „einigen“. ⁶⁸³ Eine nicht schriftlich fixierte Aufgabenzuweisung erhöhe ferner das Haftungsrisiko der Geschäftsführer, aber auch der Gesellschaft.⁶⁸⁴ Die generell-abstrakt und dauerhaft wirkende Abweichung vom Gesamtgeschäftsführungsgrundsatz verlange, gerade im Falle personeller Veränderungen, eine förmliche Einigung.⁶⁸⁵ Ohne klare schriftliche Regelung könne schließlich keine ordnungsgemäße organinterne Überwachung gewährleistet werden, weil zwangsläufig Zweifel über den Umfang der gegenseitigen Kontrollpflichten bleiben müssen.⁶⁸⁶

Auch nach der ständigen Rechtsprechung des BFH bedarf die Ressortverteilung – das Tagesgeschäft ausgenommen – der Schriftlichkeit, weil die Aufgabenzuweisung ansonsten nicht klar und eindeutig sei.⁶⁸⁷ Das Erfordernis folge aus der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG.⁶⁸⁸ Es soll (aus Gründen des Gläubigerschutzes und der Rechtssicherheit)⁶⁸⁹ ein wechselseitiges Zuschieben von Verantwortung im Haftungsfall verhindern.⁶⁹⁰ Dabei sei es unerheblich, dass das GmbHG nur vereinzelt besondere Formvorschriften wie etwa § 35 Abs. 3 S. 2 GmbHG oder § 48 Abs. 2, Abs. 3 GmbHG und § 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 1

on, S. 233; *Linnertz*, Delegation, S. 198 f.; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 176 f.

682 *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 285; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 218.

683 *Zum Verein Küpperfabrenberg*, Haftungsbeschränkungen, S. 184.

684 *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59).

685 *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59); ähnl. zur Regelung durch Geschäftsordnung *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (637).

686 *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59 f.); *Heise*, Geschäftsführerhaftung, S. 84; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 115; *zum Verein Küpperfabrenberg*, Haftungsbeschränkungen, S. 184.

687 Siehe die Nachweise bei Fn. 603.

688 BFH v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 14; v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 17; v. 4.3.1986 – VII S 33/85, BStBl. II 1986, 384 (385), Rn. 11; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19.

689 So zur Haftung für Gewerbesteuern Bayerischer VGH v. 3.8.2007 – 4 CS 07.1433, DB 2007, 2083, Rn. 16.

690 BFH v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NZG 1998, 861 (862), Rn. 20; v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 14; v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 17; v. 4.3.1986 – VII S 33/85, BStBl. II 1986, 384 (385), Rn. 11; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19.

GmbHG enthalte.⁶⁹¹ Denn gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 AO i.V.m. § 69 S. 1 AO treffen die steuerlichen Pflichten jeden Geschäftsführer, sodass „für die Finanzverwaltung aufgrund [...] leicht nachweisbarer Regelungen [...] Klarheit bestehen“⁶⁹² müsse, wenn – ausnahmsweise – auf die Inanspruchnahme des Überwachungspflichtigen verzichtet werden solle. Auch das FG brauche daher nicht nachzuprüfen, ob eine behauptete Ressortverteilung tatsächlich bestehe.⁶⁹³ Eine ohne Beachtung der Schriftform verabredete Aufgabenteilung könne höchstens auf Ebene des Verschuldens Berücksichtigung finden, begrenze jedoch nicht die steuerrechtliche Verantwortlichkeit.⁶⁹⁴

Die Gegenauffassung misst der Schriftform dagegen lediglich Bedeutung für die Frage der Beweisbarkeit der Ressortverteilung zu, weil ein non liquet diesbezüglich zulasten des in Anspruch genommenen Geschäftsführers gehe.⁶⁹⁵ Auf diese Weise sei für Einzelfallgerechtigkeit in unstreitigen Fällen oder bei klarer Beweislage gesorgt; außerdem werde eine Einstandshaftung durch die Hintertüre vermieden.⁶⁹⁶ Ob die Vereinbarung über eine Aufgabenteilung hinreichend eindeutig sei, sei eine Frage ihres Inhalts, nicht ihrer Form.⁶⁹⁷ Ferner entbehre die Rechtsprechung des BFH einer gesetzlichen Grundlage, weil die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG keine Geschäftsführungsorganisation verlange, die dem Finanzamt den Zugriff auf die Geschäftsführer möglichst leicht mache.⁶⁹⁸

691 BFH v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 16.

692 BFH v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 16.

693 BFH v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 16.

694 BFH v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NZG 1998, 861 (862), Rn. 21, mit Verweis auf BFH v. 11.5.1962 – VI 195/60 U, NJW 1962, 1640, Rn. 6; ähnl. *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 85 f.

695 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (443); *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 29a, 37; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 37 Rn. 28; *Jacoby*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 37 Rn. 6; *Diekmann*, in: MHdB GesR III, § 44 Rn. 87; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 31; *Leuering*, FS Seibert, 543 (546); *Leuering/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (15); *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (16); *Bayer/Illhardt*, GmbHR 2011, 751 (754); zum Verein *Heermann*, FS Röhrich, 1191 (1198); zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 294-296.

696 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 37; *Heermann*, FS Röhrich, 1191 (1198).

697 *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (16); *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 104.

698 *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 31 Fn. 88.

In seinem Weltruf-Urteil nahm der BGH erstmals⁶⁹⁹ Stellung zur Formfrage und folgte im Grundsatz der letztgenannten Auffassung, wonach die Ressortverteilung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nicht der Schriftform bedarf.⁷⁰⁰ Da das Gesetz keine konkreten Vorgaben zur Form mache, könne sich ein entsprechendes Erfordernis nur aus der Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung und für den Einzelfall ergeben, wenn anders eine klare und eindeutige Organisation angesichts der konkreten Gesellschaftsverhältnisse oder der Art und Weise der Aufteilung nicht möglich sei.⁷⁰¹ Das Problem gegenseitiger Schuldzuweisungen im Haftungsfall bestehe unabhängig von der Frage der Eindeutigkeit und lasse sich lösen, indem dem Geschäftsführer die Beweislast hinsichtlich seiner eingeschränkten Verantwortung aufgebürdet werde.⁷⁰² Zweck der Organisationspflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG seien weder der Gläubigerschutz noch die Beweisinteressen des Rechtsverkehrs.⁷⁰³ Eine Abweichung von der Rechtsprechungslinie des BFH sah der BGH in seiner Argumentation allerdings nicht, weil erstere sich explizit auf die steuerrechtliche Verpflichtung nach § 34 Abs. 1 S. 1 AO beziehe und damit einen speziellen, vom öffentlichen Recht geprägten Pflichtenkreis zum Gegenstand habe.⁷⁰⁴

II. Folgeprobleme der „Mosaiklösung“

Die gesplante Lösung des zweiten Zivilsenats des BGH bietet auf den ersten Blick die Möglichkeit, zwei sich widersprechende Rechtsauffassungen miteinander zu versöhnen. Auf den zweiten Blick stellen sich bei einer Beschränkung des Schriftformerfordernisses auf einzelne Rechtsprechungsweige jedoch problematische Folgefragen, gerade auch was das

699 Offen gelassen mangels entsprechender Feststellungen der Vorinstanz von BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377), Rn. 21, und BGH v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, GmbHR 1995, 299 (300), Rn. 7; für die Möglichkeit der mündlichen Aufgabenzuweisung im Gegensatz zur stillschweigenden im Strafrecht allerdings BGH v. 8.11.1989 – 3 StR 249/89, GmbHR 1990, 298 (299), Rn. 5.

700 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (168, 170-172), Rn. 17, 22 ff.

701 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (170 f.), Rn. 23.

702 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171), Rn. 24.

703 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171), Rn. 24.

704 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171 f.), Rn. 25; zustimmend Ch. A. Weber, ZGR 2020, 688 (697-699).

Verhältnis des Gesellschaftsrechts zu anderen Rechtsmaterien angeht. Das sei anhand eines fiktiven Fallbeispiels veranschaulicht:

Die Geschäftsführung der X-GmbH besteht aus dem Geschäftsführer Y, der für sämtliche steuerlichen Angelegenheiten zuständig ist und seinem Kollegen Z, dem das Ressort „Produktion und Technik“ zugewiesen wurde. Die Aufgabenteilung ist unstreitig, wird praktiziert und basiert auf einer mündlichen Abrede der Geschäftsführer. Y hat es entgegen § 34 Abs. 1 Satz 1 AO versäumt, rechtzeitig richtige Steuererklärungen abzugeben und die fälligen Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis zu erfüllen (beispielsweise Körperschafts-, Gewerbe-, Umsatz- oder Lohnsteuerschulden). Dem Z sind diese Unregelmäßigkeiten trotz ordnungsgemäßer Überwachung seines Kollegen verborgen geblieben. Das Finanzamt nimmt Z durch Haftungsbescheid nach § 191 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AO auf Zahlung der Steuerschuld in Anspruch und begründet das – in Einklang mit der Rechtsprechung der Finanzgerichte – damit, dass es Z mangels schriftlicher Aufgabenverteilung verwehrt sei, sich auf eine bloße Überwachungspflicht zu berufen.⁷⁰⁵ Z verlangt von der Gesellschaft Freistellung beziehungsweise Ersatz seiner Aufwendungen. Hat er hierauf einen Anspruch und eine entsprechende Leistungsklage vor den Zivilgerichten Aussicht auf Erfolg?⁷⁰⁶

Gemäß § 670 BGB analog beziehungsweise § 426 Abs. 1 S. 1 BGB⁷⁰⁷ (jeweils i.V.m. § 257 BGB) kann dem Geschäftsführer ein gesetzlicher Freistellungs- oder Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft zustehen, sofern er im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit einen Haftungstatbestand im Außenverhältnis verwirklicht, ohne gleichzeitig seine Pflichten aus dem Organverhältnis zu verletzen.⁷⁰⁸ Ein rechtswidriges Verhalten im Außenverhältnis, insbesondere der Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Gebote, geht nach ganz herrschender Meinung mit einer Verletzung der verbandsinternen Organpflichten einher.⁷⁰⁹ Da das Weltruf-Urteil des BGH

705 FG Münster v. 30.4.2019 – 12 K 620/15, BeckRS 2019, 12750, Rn. 49.

706 Die gleiche Problematik kann sich umgekehrt stellen, wenn die Gesellschaft von den Steuerbehörden in Anspruch genommen wird und im Anschluss beim Überwachungspflichtigen Regress nehmen möchte; vgl. allg. zum Rückgriff wegen eines Steuerschadens BGH v. 24.9.2001 – II ZR 90/00, DStR 2002, 227.

707 Im konkreten Fall wegen § 44 Abs. 1 S. 1 AO.

708 *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 386; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 168; *Altmeyen*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 7 Rn. 28.

709 *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 73; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 107; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG,

so zu verstehen ist, dass der zweite Zivilsenat keine umfängliche Deutungshoheit über die Anforderungen an eine wirksame Ressortverteilung beansprucht, sondern im Hinblick auf spezielle Rechtsgebiete den Fachgerichten den Vortritt hinsichtlich ihrer Konkretisierung überlässt, wäre der beispielhaft gebildete Regressfall am Maßstab der Steuergerichtsbarkeit zu prüfen und ein Anspruch würde ausscheiden.⁷¹⁰ Denn mangels schriftlich fixierter Ressortverteilung hätte Z im Außenverhältnis gegen steuerrechtliche Handlungspflichten verstoßen und damit auch im Innenverhältnis eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft begangen.

Der eingangs geschilderte Fall lässt sich ohne Weiteres auf andere Rechtsmaterien übertragen, in denen die verantwortungsbegrenzende Wirkung der Ressortverteilung unter Geschäftsführern ebenfalls anerkannt ist, die aber in letzter Instanz nicht der Zuständigkeit des zweiten Zivilsenats des BGH unterliegen, wie etwa das Recht der (Kartell-)Ordnungswidrigkeiten oder das Strafrecht.⁷¹¹ In Bußgeldsachen entscheiden grundsätzlich der Strafrichter⁷¹² gemäß § 68 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 25 GVG und die Bußgeldsenate⁷¹³ am OLG nach § 79 Abs. 3 S. 1 OWiG i.V.m. § 121 Abs. 1 Nr. 1a GVG. Über die Ahndung von Kartellordnungswidrigkeiten befinden die Kartellsenate am OLG gemäß den §§ 83 Abs. 1 S. 1, 91 GWB sowie in letzter Instanz der Kartellsenat des BGH nach den §§ 84, 94 Abs. 1 Nr. 2 GWB. In Strafsachen urteilt wiederum die Strafgerichtsbarkeit.

Die für die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zuständigen Spruchkörper könnten beispielsweise zu der Auffassung gelangen, dass auch die Aufsichtspflicht gemäß den §§ 130, 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG nur durch schriftliche Ressortverteilung delegiert werden könne.⁷¹⁴ Denkbar ist auch, dass hinsichtlich ein und derselben Pflicht unterschiedliche Auffassungen vertreten werden. So könnten die Strafgerichte im Hinblick auf die Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen des Vorenthaltens von Sozialbeiträgen gemäß den §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB anders als der zweite Zivilsenat des BGH hinsichtlich seiner Außenhaftung gegenüber dem Sozialversicherungsträger gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 266a Abs. 1, 14

§ 43 Rn. 30 f.; zum Strafrecht BGH v. 27.8.2010 – 2 StR 111/09, BGHSt 55, 266 (275 f.), Rn. 29; v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288 (301 f.), Rn. 37.

710 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (520 f.).

711 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (516 f.).

712 *Ellbogen*, in: KK, OWiG, § 68 Rn. 20.

713 *Hadamitzky*, in: KK, OWiG, § 79 Rn. 149.

714 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (521); allg. zur Wirkung der Geschäftsverteilung auf die Aufsichtspflicht OLG Naumburg v. 13.3.1997 – 1 Ss (B) 415/96, NZV 1998, 41 (42), Rn. 7, 10.

Abs. 1 Nr. 1 StGB die Wirksamkeit einer entlastenden Geschäftsverteilung von der Einhaltung der Schriftform oder anderen formellen Anforderungen abhängig machen.

Nach einer Ansicht muss in den beiden zuletzt genannten Fällen die Auffassung des zweiten Zivilsenats maßgeblich sein, weil nicht von spezifisch öffentlichen-rechtlichen Pflichtenkreisen die Rede sein könne.⁷¹⁵ In diesen Konstellationen seien daher auch Freistellungs- und Aufwendungsersatzansprüche bezüglich zu leistender oder geleisteter Geldbußen oder -strafen denkbar.⁷¹⁶ Selbst wenn sich auf diese Weise die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Sinne des Art. 95 Abs. 3 GG und des § 2 Abs. 1 RsprEinhG wahren ließe, bliebe jedoch die Frage, welche (öffentlich-rechtliche) Besonderheit konkret eine Rechtsprechungsdivergenz hinsichtlich des Schriftformerfordernisses rechtfertigen und daher eventuell auch anderen Pflichtenkreisen ein „Eigenleben“ ermöglichen kann. Gegensätzliche Verdikte zu den Prüfungsmaßstäben der Geschäftsführerhaftung bergen das Risiko von Friktionen und Unsicherheiten in der Rechtsanwendung.⁷¹⁷ Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich andere Fachgerichte unter Berufung auf Eigenheiten ihres Rechtsgebiets hinsichtlich weiterer formaler Anforderungen an die Ressortorganisation und ihrer Rechtsfolgen in Widerspruch zur gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung setzen.⁷¹⁸ Die Geschäftsführerhaftung im ressortgeteilten Leitungsgremium könnte so zu einem Flickenteppich unterschiedlicher Zuweisungsanforderungen und Residualpflichten werden, was die Ressortverteilung als Enthftungsinstrument für die Praxis höchst unattraktiv machen würde. Im Folgenden ist daher nicht nur zu untersuchen, welche Vorgaben das Gesellschaftsrecht zur Dokumentation der Geschäftsverteilung macht und ob und, wenn ja, wie Abweichungen anderer Rechtsgebiete diesbezüglich zu rechtfertigen sind, sondern auch, ob es in Bezug auf die Arbeitsteilung generell von anderen Rechtsmaterien überlagert wird.

715 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (521).

716 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (521).

717 Hierzu bereits *Dreher*, ZGR 1992, 22 (58); *ders.*, AG 2006, 213 (213, 221); *Uwe H. Schneider*, EWiR 1994, 789 (790); *ders.*, DB 1993, 1909 (1910, 1913 f.); *ders.*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (479); vgl. auch *Nietsch/Habbe*, DB 2019, 409 (415).

718 Vgl. zum Beispiel *Hölzle*, ZIP 2018, 1169 (1672 f.), der – zu Unrecht, siehe S. 85 – von einem speziellen insolvenzrechtlichen Pflichtenkreis ausgeht und daher die Abdingbarkeit des Gesamtverantwortungsgrundsatzes i.R.d. Geschäftsführerhaftung nach den §§ 60 f. InsO analog befürwortet.

III. Eigener Ansatz

1. Schriftformerfordernis aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

a) Geltungsgrund und Zweck

Die Argumente für einen generellen gesellschaftsrechtlichen Formzwang überzeugen nicht. Deren Befürworter bleiben eine Erklärung schuldig, warum entgegen des Wortlauts des § 126b S. 1 BGB ohne Gesetzesvorgabe die „Schriftlichkeit“ der Ressortverteilung erforderlich sein sollte. Der Bericht des Rechtsausschusses zum AktG 1965 ist jedenfalls für die GmbH bereits deshalb nicht maßgeblich, weil er sich explizit auf die Geschäftsordnung bezieht. Die Gesellschafter können die Ressorts jedoch sogar durch Weisung zuordnen. Das Missbrauchspotenzial wird durch einen Formzwang nicht beseitigt, im Gegenteil. Auf einen finanzschwachen Ressortleiter können sich die Geschäftsführer auch schriftlich einigen. Zumindest wird ein solches Vorgehen, gegebenenfalls gegen den Willen des Betroffenen, nicht wesentlich erschwert, wenn die Vereinbarung nicht eigenhändig unterzeichnet zu werden braucht.

Die Feststellung, dass die materiell-rechtliche Grundlage des Schriftformgebots der Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung aus § 43 Abs. 1 GmbHG entspringt, muss präzisiert werden. Richtig ist, dass sich aus der Unternehmerfunktion der Geschäftsführung insbesondere die Aufgabe ergibt, zum Wohl der Gesellschaft (nicht zum Schutz der Gläubiger oder der Beweisinteressen des Rechtsverkehrs)⁷¹⁹ für eine zweckmäßige interne Organisation des Geschäftsführungsorgans zu sorgen.⁷²⁰ Die Frage, ob eine Geschäftsverteilung zu verschriftlichen ist, betrifft gerade auch eine solche Organisationskomponente. Wenn es um ein Organisationsverschulden gegenüber der Gesellschaft geht, orientiert sich der Haftungsmaßstab daher am Unternehmenswohl. Das hat allerdings nichts mit der

719 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171), Rn. 24; v. 13.4.1994 – II ZR 16/93, BGHZ 125, 366 (375 f.), Rn. 23; vgl. im Ausgangspunkt auch BGH v. 5.12.1989 – VI ZR 335/88, BGHZ 109, 297 (303 f.), Rn. 16; entsprechend zur Compliance-Pflicht BGH v. 7.5.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 (2165), Rn. 10; v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 (301 f.), Rn. 31; v. 18.6.2014 – I ZR 242/12, BGHZ 201, 344 (351), Rn. 23; v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 (33-35), Rn. 22 f.

720 Siehe S. 121.

Gültigkeit der Geschäftsverteilung zu tun. Denn diese ist am Vertrauensgrundsatz zu messen.⁷²¹

Entsprechend muss sich auch ein genereller Dokumentationszwang als Wirksamkeitsvoraussetzung der enthaftenden Ressortverteilung aus dem Vertrauensgrundsatz ergeben. Das wird bereits daran deutlich, dass Kern der Schriftlichkeitsforderung das Klarheits- und Eindeutigkeitskriterium ist, das in der Enthaltungskonstellation selbst dem Vertrauensgrundsatz entspringt.⁷²² Es geht hier nicht um die Frage, was im Sinne der Gesellschaft gewesen wäre. Vielmehr kommt es darauf an, ob sich der überwachende Geschäftsführer aus seiner Sicht trotz formloser Ressortverteilung auf die Aufgabenerfüllung durch den Ressortleiter verlassen darf und sich daher die Haftungsbeschränkung durch Aufgabenteilung zu eigen machen kann.⁷²³ Da die entscheidenden Kriterien beider Maßstäbe sich jedoch im Wesentlichen entsprechen, werden im Folgenden lediglich unterschiedliche Weichenstellungen kenntlich gemacht.

Die Anforderungen an die unternehmerische Sorgfaltspflicht sind nicht starr, sondern im Einzelfall insbesondere von Art, Größe, (wirtschaftlicher) Situation des Unternehmens, Tragweite der konkreten Geschäftsführungsmaßnahme und dem Tätigkeitsspektrum des einzelnen Geschäftsführers abhängig.⁷²⁴ Die GmbH kann sowohl die Rechtsform einer Bäckerei-Konditorei mit wenigen Filialen als auch einer international agierenden Bäckereikette mit Franchisesystem sein.⁷²⁵ Aus diesem Grund ist auch hinsichtlich des „Wie“ der Ressortverteilung grundsätzlich von einer Ermessensentscheidung auszugehen.⁷²⁶ Weil die Art und Weise der Aufgabenzuweisung auch die Form betrifft, unterliegt die Frage der Schriftlichkeit damit – außer im Falle des § 48 Abs. 3 GmbHG – im Ausgangspunkt der Ermessensausübung der Gesellschafter beziehungsweise der Geschäftsführer.⁷²⁷

721 Siehe S. 140 f.

722 Siehe S. 102, 130.

723 Vgl. zur Einschaltung Dritter bei der Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 218, 221 f.

724 BGH v. 20.2.1995 – II ZR 143/93, BGHZ 129, 30 (34), Rn. 10; v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167), Rn. 15; OLG Zweibrücken v. 22.12.1998 – 8 U 98/98, NZG 1999, 506 (507), Rn. 61; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 48; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 39, 166; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 16.

725 Siehe auch die Beispiele bei *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 39.

726 Vgl. *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (304); *Abeltshauser*, Leitungshaftung, S. 221 f.; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 83; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 138.

727 *Wentz*, WuB 2019, 186 (189).

Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass sich dieses Ermessen unter bestimmten Voraussetzungen auf Null reduziert.⁷²⁸ Ausgangspunkt einer solchen Reduktion kann jedoch nur der Sinn und Zweck⁷²⁹ der Form im Falle der Ressortverteilung sein.

Die Schriftlichkeit der Ressortverteilung dient in erster Linie Beweis-zwecken,⁷³⁰ nicht etwa einer rechtlichen Sensibilisierung der Geschäfts-führungsmitglieder. Ob die Aufgabenzuweisung klar und eindeutig ist, hängt hingegen nicht primär von deren Form ab, genau so wenig wie eine schriftliche Geschäftsverteilung zwingend klar und eindeutig ist.⁷³¹ Wenn ein Steuerberater und ein Gipser, die gemeinsam einen mittelständischen Stuckateurbetrieb leiten, unter sich mündlich eine Aufteilung der Geschäftsbereiche dergestalt vornehmen, dass ersterer sich um die kaufmännischen Belange und letzterer sich ausschließlich um die einzelnen Baustellen kümmert, wird im Haftungsfall kaum zweifelhaft sein, wer für die Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer gemäß § 41a Abs. 1 S. 1 EStG und wer für die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften am Arbeitsplatz zuständig war. Ist ein Unternehmen andererseits beispielsweise auf mehreren Geschäftsfeldern oder Märkten tätig, kann die Geschäftsverteilung aufgrund verschiedener (gegebenenfalls unvermeidbarer) Überlap-pungen und Grauzonen zwischen den Ressorts eine so hohe Komplexität erreichen, dass ihre textliche Fixierung unverzichtbar wird, um eine effiziente, rechtmäßige und funktionierende Arbeitsteilung zu gewährleisten.⁷³² Ein Verstoß hiergegen kann die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG auslö-sen.⁷³³ Das Risiko, dass die Geschäftsführer Maßnahmen – etwa die Einhal-tung von Verkehrspflichten – unterlassen und dadurch Dritte schädigen, die wiederum sie selbst⁷³⁴ oder die Gesellschaft in Anspruch nehmen, ist

728 *Wentz*, WuB 2019, 186 (189).

729 Allg. in Bezug auf Dissonanzen zwischen Teilrechtsordnungen *Löbbe*, FS Sei-
bert, 561 (566 f.).

730 *Peitsmeyer/Klesse*, NZG 2019, 501 (502); nach *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633
(637), hat die Dokumentation einer Geschäftsordnung sogar „nur Beweisfunktio-
n“.

731 Vgl. S. 131 f.

732 Ähnl. *Wentz*, WuB 2019, 186 (190); vgl. auch *Heermann*, FS Röhrich, 1191
(1199); abw. *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 295, der von einer
bloßen Gebotenheit ausgeht.

733 A.A. *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 295, weil die Verletzung der
Sorgfaltspflicht von „rechtlich anderer Qualität“ sei.

734 Siehe zum Streit über die Außenhaftung der Geschäftsführer für die Verletzung
deliktischer Verkehrspflichten S. 194 ff.

erhöht.⁷³⁵ Die Schriftform hat dann den Zweck, einerseits die zwischen den Geschäftsbereichen verlaufenden Trennlinien und Überschneidungen sichtbar zu machen, damit die Organmitglieder auch im Hinblick auf die Interaktion untereinander des Umfangs der gegenseitigen Befugnisse gewahr werden können, und andererseits die Einhaltung der Geschäftsverteilung durch die permanente informatorische Verfügbarkeit der Zuweisungsregeln sicherzustellen. Neben die Beweisfunktion tritt bei hoher Komplexität mithin eine Klarstellungs- und Dokumentationsfunktion.⁷³⁶

In der Regel kann der Geschäftsführer in Fällen hoher Komplexität aufgrund der unklaren Verhältnisse ohne Einhaltung der Schriftform auch nicht darauf vertrauen, dass fremde Ressortaufgaben ordnungsgemäß erledigt werden. Es ist ihm dann insofern verwehrt, sich auf eine wirksame Enthftung zu berufen.⁷³⁷ Der entscheidende Unterschied ist allerdings, dass es beim Vertrauensgrundsatz, der in der Enthftungssituation maßgeblich ist, immer nur auf die einzelne zu überwachende Aufgabe und nicht auf eine Gesamtbetrachtung ankommen kann.⁷³⁸ Geht es dagegen um ein Organisationsverschulden gegenüber der Gesellschaft, kann eine Pflichtverletzung insbesondere daraus resultieren, dass mangels Dokumentation der Arbeitsteilung ineffiziente Ressortstrukturen bestehen, die dem Unternehmen Verluste bescheren.⁷³⁹

Ist beispielsweise trotz hochkomplexer Leitungsverhältnisse zweifellos klar, welcher Geschäftsführer die Sozialbeiträge abführt, können sich seine Kollegen auf die Erledigung dieser Aufgabe auch ohne Einhaltung der Schriftform verlassen. Sofern die Ressortverteilung nicht ausnahmsweise als gesamtichtig zu betrachten ist,⁷⁴⁰ bleibt ihre Enthftung durch Arbeitsteilung insoweit möglich. Haben sich aufgrund der fehlenden Dokumentation sämtlicher Zuständigkeiten allerdings unzumutbare Arbeitsabläufe eingeschliffen, die das Unternehmen schädigen, haftet die Geschäftsführung der Gesellschaft gegenüber unter Umständen trotzdem kollektiv wegen Organisationsverschuldens. Es wird deutlich: Die Haftung wegen fortbestehender Gesamtverantwortung und der Verletzung der Re-

735 Wohl von derartigen Konstellationen ausgehend *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59).

736 Zur diesen Formzwecken *Einsele*, in: MüKo, BGB, § 125 Rn. 9; *Wendtland*, in: BeckOK, BGB, § 125 Rn. 1, und § 126b Rn. 1; zu pauschal daher *Peitsmeyer/Klesse*, NZG 2019, 501 (502).

737 Ähnl. zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 209.

738 Siehe S. 141.

739 Siehe S. 140 f.

740 Siehe zur Teilnichtigkeit einer Geschäftsverteilung S. 178 f., 181.

sidualpflichten ist stets von der Haftung wegen Organisationsverschuldens zu trennen.

Da der Beweiszweck mithin das einzig stete Telos der Dokumentation ist, kann nur er einen generellen gesellschafts- und zivilrechtlichen Schriftformzwang begründen. Es kommt deshalb für die Herleitung eines Formerfordernisses maßgeblich darauf an, zu wessen Lasten die Unaufklärbarkeit der Geschäftsführerzuständigkeiten geht, in wessen Interesse ihre Dokumentation also ist. Über die Notwendigkeit eines ungeschriebenen Schriftformzwangs ließe sich nach allgemeinen Grundsätzen diskutieren, wenn das non liquet die Gläubiger der Geschäftsführer träfe und sie für die Durchsetzung ihrer Ansprüche unbedingt auf entsprechendes Beweismaterial angewiesen wären.⁷⁴¹

b) Risiko der Nichterweislichkeit der Ressortverteilung

aa) Feststellungslast im Privatrecht

Grundsätzlich hat die GmbH im Organhaftungsprozess nach nunmehr ganz herrschender Meinung die Möglichkeit einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers, also eines schädigenden Verhaltens aus dessen Pflichtenkreis, darzulegen und zu beweisen,⁷⁴² wohingegen letzteren analog § 93 Abs. 2 S. 2 AktG die Beweislast für die fehlende objektive und subjektive Pflichtwidrigkeit seines Handelns oder Unterlassens trifft.⁷⁴³ Die Behauptung, dass dem in Anspruch genommenen Geschäftsführer aufgrund einer (wirksamen) Aufgabenzuweisung „lediglich“ die – von ihm im Übrigen geleistete – ordnungsgemäße Überwachung seines Kollegen oblag, seine Verantwortung mithin im Gegensatz zum gesetzlichen Regelfall der Ge-

741 Vgl. etwa zu den – allerdings ausdrücklich geregelten – Dokumentationspflichten der §§ 61 f. VVG BGH v. 13.11.2014 – III ZR 544/13, BeckRS 2014, 22930, Rn. 18, und die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, BT-Drs. 16/1935, 25 f.

742 *Fleck*, GmbHR 1997, 237 (239); *W. Goette*, ZGR 1995, 648 (670); vgl. auch *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 204 Fn. 36.

743 Ständige Rechtsprechung seit BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280 (283-285), Rn. 7 f.; *Reichert*, ZGR 2017, 671 (678); *W. Goette*, ZGR 1995, 648 (670, 673 f.); *v. Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39 (55); *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 43 Rn. 76, m.w.N.; zur Beweislast beim Vorwurf unterlassener Überwachung des Mitgeschäftsführers *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 43; *Ziemons*, in: *M/H/L/S, GmbHG*, § 43 Rn. 483; *Fleck*, GmbHR 1997, 237 (238).

samtgeschäftsführung modifiziert war, betrifft das Wesen der verletzten Pflicht.⁷⁴⁴ Denn es geht um die Frage, ob sie in einen Handlungs- und einen Überwachungsteil „aufgespalten“ gewesen ist und er nur für letzteren zuständig war. Dogmatisch setzt der Vortrag an den im konkreten Fall bestehenden Sorgfaltsanforderungen beziehungsweise dem Einwand fehlender (objektiver) Pflichtwidrigkeit an.⁷⁴⁵ Es wäre daher jedenfalls gerechtfertigt, dem Geschäftsführer für die Behauptung einer Ressortverteilung ebenfalls⁷⁴⁶ gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog die Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen. Hier wie dort⁷⁴⁷ spricht für die Analogie die Beweisnot der Gesellschaft auf der einen Seite und die Sachnähe des Geschäftsführers zu den maßgeblichen Aspekten seiner Amtstätigkeit zuzüglich seiner (dadurch bedingten) erhöhten Beweisnähe auf der anderen Seite für eine Abweichung von den regulären zivilprozessualen Grundsätzen der Beweislast. Die Unauflösbarkeit der Geschäftsbereichszuständigkeiten würde im Fall der Innenhaftung so gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog zu einem non liquet zu seinen Lasten führen. Bei genauerer Betrachtung der Wirkungsweise der Ressortverteilung im zivilrechtlichen Haftungsgefüge zeigt sich allerdings, dass es (auch hinsichtlich der Binnenhaftung) für die Allokation der Beweislast nicht auf eine Beweislastumkehr im eigentlichen Sinne ankommt. Besonders deutlich wird das an der Außenhaftung:

Die Beweislastverteilung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG wird nicht auf die Außenhaftung übertragen.⁷⁴⁸ So obliegt dem Sozialversicherungsträger der

744 Siehe S. 96 ff.

745 Ähnl. *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 295; dass die Ressortverteilung bei § 15b Abs. 1 S. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG a.F.) den Zurechnungszusammenhang beziehungsweise das Verschulden betrifft ist, der Normstruktur geschuldet, siehe S. 72, 99.

746 Grundsätzlich zur – mittlerweile von der ganz h.M. bejahten – analogen Anwendung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG auf das GmbH-Recht auch hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280 (283), Rn. 6; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 205; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 270; a.A. *Kindler*, FS W. Goette, 231 (234 f.).

747 BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280 (283), Rn. 6; *Bayer/Ilhardt*, GmbHR 2011, 751 (753); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 915 f.; *W. Goette*, ZGR 1995, 648 (672); *v. Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39 (51 f.); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 205; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 270; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 81, m.w.N.; vgl. auch BGH v. 13.3.2006 – II ZR 165/04, GmbHR 2006, 537 (538), Rn. 11.

748 BGH v. 16.9.2002 – II ZR 107/01, GmbHR 2002, 1197 (1199), Rn. 20; OLG Stuttgart v. 23.1.2006 – 14 U 64/05, GmbHR 2006, 759 (762), Rn. 9; *Bayer/Ilhardt*, GmbHR 2011, 751 (755); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 212; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 471.

Rechtsprechung des BGH zufolge nach allgemeinen Grundsätzen die volle Beweislast für die Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, während den in Anspruch genommenen Geschäftsführer lediglich eine sekundäre Darlegungslast trifft.⁷⁴⁹ Allerdings enthalten die vom Deliktsrecht in Bezug genommenen Tatbestände, die Pflichten zur Einhaltung öffentlich-rechtlicher Gebote normieren beziehungsweise deren Unterlassung sanktionieren, wie etwa die §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, kein negatives Tatbestandsmerkmal des „Nichtvorliegens einer entgegenstehenden Aufgabenzuweisung“ beziehungsweise eine Variante, wonach es im Falle einer Geschäftsverteilung auf die Verletzung der Überwachungspflicht ankommt.⁷⁵⁰ Die Sozialkasse muss nicht darlegen und beweisen, dass der in Anspruch genommene Geschäftsführer mangels (oder – beweisrechtlich gleichbedeutend – gegebenenfalls nach)⁷⁵¹ wirksamer interner Zuständigkeitsverteilung für die Erfüllung der Pflichten gemäß § 28e SGB IV zuständig war. Demnach kommt der Behauptung einer abweichenden Geschäftsführungsorganisation bei wertender Betrachtung „rechtshindernde“⁷⁵² Wirkung zu, wenn sich der Geschäftsführer angesichts des Vorwurfs unterlassener Pflichtenerfüllung auf seine mangelnde Zuständigkeit und damit das Entfallen seiner unmittelbaren Handlungspflicht beruft. Da die uneingeschränkte Zuständigkeit für die Einhaltung einer bestimmten Geschäftsführungspflicht keine Tatbestandsvoraussetzung der Außenhaftung ist und der Gesetzgeber damit eine generell-abstrakte Risikoallokation hinsichtlich der Beweisverteilung vorgenommen hat,⁷⁵³ kann von dem Anspruchsteller auch nicht

749 BGH v. 3.5.2016 – II ZR 311/14, GmbHR 2016, 806 (806 f.), Rn. 15; v. 18.12.2012 – II ZR 220/10, GmbHR 2013, 265, Rn. 14; v. 18.4.2005 – II ZR 61/03, GmbHR 2005, 874 (875), Rn. 10; v. 11.12.2001 – VI ZR 350/00, GmbHR 2002, 213 (215), Rn. 14.

750 Vgl. BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (378), Rn. 21; solche Negative versucht der Gesetzgeber möglichst zu vermeiden, siehe *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 20 Rn. 6, 20; BGH v. 13.5.1987 – VIII ZR 137/86, BGHZ 101, 49 (55), Rn. 17.

751 Vgl. die Entscheidung des BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (372, 376), Rn. 7, 18, in der es jedoch aufgrund der jedenfalls zu bejahenden Überwachungspflichtverletzung nicht auf die Ressortverteilung und die Frage der Beweislast ankam; zuvor noch OLG Frankfurt v. 9.12.1994 – 24 U 254/93, ZIP 1995, 213 (215 f.).

752 Siehe hierzu *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 27 Rn. 8, 23.

753 Zu dieser Funktion der Feststellungslast *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 9 Rn. 20; BGH v. 10.3.2010 – IV ZR 264/08, NJW-RR 2010, 1378 (1379), Rn. 12.

verlangt werden, ihr Nichtvorliegen darzulegen, geschweige denn es zu beweisen. Das entspricht auch dem Wertungskriterium des „Angreiferprinzips“, wonach für die Bestimmung der Beweislastverteilung maßgeblich ist, wer einen materiell-rechtlich feststehenden Tatbestand zu Fall bringen möchte.⁷⁵⁴ Andernfalls wäre die hinter vergleichbaren Haftungsnormen stehende gesetzliche Absicht, eine Gesamtverantwortung und damit eine individuelle Verantwortlichkeit jedes einzelnen Geschäftsführers zu bewirken,⁷⁵⁵ konterkariert. Denn im Haftungsprozess könnte, obwohl jedenfalls ein Geschäftsführer zuständig gewesen sein muss, die Klage gegen alle Organmitglieder aufgrund eines non liquet abgewiesen werden, wenn sich nicht feststellen ließe, wer der Ressortleiter war.⁷⁵⁶ Hinzu kommt, dass die Gründe, die im Rahmen der Binnenhaftung für eine Umkehr der Beweislast sprechen, auf dem Gebiet der Außenhaftung umso schwerer wiegen. Die organinterne Geschäftsführungsorganisation ist für Außenstehende nicht nachvollziehbar und erschließt sich insbesondere nicht unbedingt aus dem Handelsregister, weshalb die Beweisnot noch ausgeprägter ist. Die Feststellungslast hinsichtlich einer bestimmten Aufgabenzuweisung muss daher im Rahmen der Außenhaftung ebenfalls dem Geschäftsführer obliegen, soweit er meint, dass ihn die verletzte Pflicht (so) nicht traf.⁷⁵⁷ Wenn also der Sozialversicherungsträger die Vorenthaltung von Sozialbeiträgen und damit den Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB dargelegt und bewiesen hat, obliegt es dem Geschäftsführer darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass er sich in Abweichung von der gesetzlichen Konzeption darauf beschränken durfte, seinen Mitgeschäftsführer zu überwachen.⁷⁵⁸ Gelingt ihm dies, so trifft wiederum die Sozialkasse nach allgemeinen Grundsätzen die Feststellungslast hinsichtlich einer schuldhaften Verletzung der Überwachungspflicht und ihn diesbezüglich eine sekundäre Darlegungslast.⁷⁵⁹

754 *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 27 Rn. 12; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39 (51 f.).

755 Siehe hierzu S. 63-65.

756 § 830 Abs. 1 S. 2 BGB hilft an dieser Stelle nicht weiter, weil die Vorschrift nur Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität betrifft, siehe BGH v. 20.6.1989 – VI ZR 320/88, NJW 1989, 2943 (2944), Rn. 14, m.w.N.; *Wilhelmi*, in: Erman, BGB, § 830 Rn. 6.

757 Dagegen allein aufgrund der typischerweise bestehenden Beweisnot der Gläubiger ohne Not von einer Beweislastumkehr ausgehend *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 296.

758 Vgl. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 89.

759 Ohne Grund wohl weitergehend zur Insolvenzsverschleppungshaftung *Klein-diek*, FS Kayser, 435 (454).

Letzteres ist dann auch der entscheidende Unterschied zur Innenhaftung, die gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog hinsichtlich der Verletzung der Überwachungspflicht und hinsichtlich des Verschuldens tatsächlich eine Beweislastumkehr kennt.⁷⁶⁰ Die Organbinnenhaftung geht ebenfalls vom gesetzlichen „Regelzustand“ der uneingeschränkten Gesamtverantwortung der Geschäftsführung aus, sodass ihren Mitgliedern auch gegenüber der Gesellschaft bereits nach der gesetzlichen Beweislastverteilung die Feststellungslast für die Ressortverteilung als Verteidigungsmittel obliegt.⁷⁶¹ Ob die Gesellschafter die Geschäftsverteilung vorgenommen haben, spielt dabei keine Rolle.⁷⁶²

bb) Verhältnis der privatrechtlichen Außenhaftung zum Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

In einer Entscheidung zur Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat der BGH argumentiert, dass eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens auch deshalb nicht hinnehmbar sei, weil sie eine Diskrepanz zu den strafprozessualen Beweisgrundsätzen bedeute und damit gegen die Einheit der Rechtsordnung verstoße.⁷⁶³

Die zuvor herausgearbeitete Beweislastverteilung weist eine ähnliche Divergenz auf. Denn im Straf- und Ordnungswidrigkeitenprozess muss aufgrund der umfassenden Wirkung der Entscheidungsregel „in dubio pro

760 Vgl. zu § 64 S. 1 GmbHG a.F. *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (453 f.), wobei die Haftung wegen Verstoßes gegen die Massesicherungspflicht insofern einen Sonderfall darstellt, als dass sich die Entlastung auf das Verschulden konzentriert, siehe S. 72.

761 Das erkennend, aber sich mangels Trennung von Pflichtenmaßstab und Pflichtwidrigkeit trotzdem auf § 93 Abs. 2 S. 2 AktG berufend *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 295; vgl. auch *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (319); anders ist es aber, wenn ein Anspruch (oder eine Abberufung, Kündigung aus wichtigem Grund) beispielsweise auf den Eingriff in einen fremden Geschäftsbereich gestützt wird und die Ressortverteilung gerade nicht als Verteidigungsmittel wirken soll.

762 Zur vergleichbaren Situation der Behauptung einer Weisung BGH v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 (221), Rn. 39; *Bayer/Illhardt*, GmbHR 2011, 751 (754); v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39 (56 f.); *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 333; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 113.

763 Zum Merkmal der Zahlungsfähigkeit BGH v. 11.12.2001 – VI ZR 350/00, GmbHR 2002, 213 (215), Rn. 14.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

reo⁷⁶⁴ im Zweifelsfall auf Ebene des objektiven Tatbestandes (oder spätestens des Vorsatzes, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB) zugunsten des Geschäftsführers von seiner Unzuständigkeit und damit von einer Überwachungspflicht⁷⁶⁵ ausgegangen werden (auch wenn es darauf freilich meist nicht ankommen wird, weil die Geschäftsführer regelmäßig zusätzlich ihre Aufsichtspflichten verletzen,⁷⁶⁶ sodass aufgrund der bloßen Sachverhaltsalternativität eine Verurteilung auf der Grundlage gleichartiger Wahlfeststellung⁷⁶⁷ in Betracht kommt).

Diese Abweichung läuft jedoch nicht der Einheit der Rechtsordnung zuwider. Dieser Topos, dessen Berechtigung, Einordnung und Umfang im Einzelnen kontrovers diskutiert werden,⁷⁶⁸ steht nach einem weiten Verständnis einerseits für die innere Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, verbietet also logisch oder teleologisch unvereinbare Verhaltensgebote,⁷⁶⁹ und andererseits für eine Art axiologische System- beziehungsweise Folgenkohärenz der Rechtsgebiete.⁷⁷⁰

Unterschiedliche Beweislasten im Straf- und Privatrecht sind systemimmanent. So kennt das Zivilrecht gemäß § 830 Abs. 1 S. 2 BGB etwa eine Haftung trotz Nichtaufklärbarkeit der Kausalität. Im Zivilrecht ist der „Täter“ für die Voraussetzungen der rechtshindernden Einwendung der

764 Statt aller BVerfG v. 5.7.2019 – 2 BvR 167/18, NJW 2019, 2837 (2839), Rn. 35.

765 Die Pflichtenmodifikation durch Ressortverteilung ist mittlerweile auch im Strafrecht anerkannt, siehe BGH v. 28.5.2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318 (325), Rn. 25; andeutungsweise auch BGH v. 8.11.1989 – 3 StR 249/89, GmbHR 1990, 298 (299), Rn. 5; LG Kiel v. 3.4.2019 – 3 KLS 3/18, BeckRS 2019, 10678, Rn. 122; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 217; *Böse*, wistra 2005, 41 (43 f.); offen gelassen von BGH v. 1.7.1997 – 1 StR 244/97, NStZ 1997, 545 (546), Rn. 5; v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (123), Rn. 48.

766 Siehe exemplarisch BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (379), Rn. 24.

767 Statt aller *Ott*, in: KK, StPO, § 261 Rn. 177 f., wobei beim Ausspruch über die Rechtsfolgen auf die günstigere Alternative der Überwachungspflichtverletzung abzustellen ist.

768 *Brüning*, NVwZ 2002, 33 (35-37); *Sendler*, NJW 1998, 2875 (2875 f.).

769 BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 (35), Rn. 81; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII. Rn. 56; *Brüning*, NVwZ 2002, 33 (36); *Sendler*, NJW 1998, 2875 (2876).

770 *Brüning*, NVwZ 2002, 33 (35 f.); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII. Rn. 56 f.; *P. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 412; *Sendler*, NJW 1998, 2875 (2875 f.); vgl. auch BVerfG v. 8.12.2005 – 2 BvR 1001/04, ZAR 2006, 28 (29), Rn. 23; BVerfG v. 19.10.2016 – 2 BvR 1943/16, NVwZ 2017, 229 (230), Rn. 22.

Notwehr nach § 227 BGB⁷⁷¹ oder eines unvermeidbaren Verbotsirrtums im Sinne des § 17 S. 1 StGB⁷⁷² beweispflichtig. Während der Geschäftsführer sich bei der Haftung wegen Verletzung seiner Buchführungspflichten gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 41 GmbHG nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG (analog) exkulpieren muss,⁷⁷³ ist er bei Zweifeln hinsichtlich der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals des § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB oder des § 283b Abs. 1 Nr. 1-3 StGB freizusprechen. Die Einheit der Rechtsordnung setzt keine absolute Harmonie um jeden Preis voraus, sondern kennt durchaus sachlich begründete Abweichungen zwischen verschiedenen Rechtsbereichen.⁷⁷⁴

Im Bereich der zivilrechtlichen Außenhaftung gibt es hinsichtlich der Feststellungslast des Geschäftsführers für seine ressortbedingte Unzuständigkeit solche sachlichen Gründe für eine Abweichung vom Strafrecht. Wie bereits dargestellt, könnte die zivilrechtliche (Außen-)Haftung der Geschäftsführer weitgehend leerlaufen, wenn sie für die rechtshindernde Wirkung des „Unzuständigkeitseinwands“ nicht beweispflichtig wären. Dieses Ergebnis widerspräche dem gesetzlich vorausgesetzten Grundsatz der individuellen Verantwortung der Geschäftsführer. Das Strafrecht kennt keine Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden Tatsachen einerseits und rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Tatsachen andererseits. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass der Zweifelsgrundsatz auf umfassende Wirkung angelegt ist, um den Angeklagten beziehungsweise Betroffenen vor der besonderen Belastung der straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktion und damit auch vor der Übermacht des Staates zu bewahren.⁷⁷⁵

c) Zwischenergebnis

Die grundlegende Funktion der Form der Aufgabenzuweisung als Verteidigungsmittel, der Beweiszweck, wahrt die Interessen der Geschäftsführer. Die Nichtbeachtung des Beweiszwecks wirkt sich in haftungsrelevanter Weise zu deren Lasten und nicht etwa zulasten der Gläubiger aus. Daher

771 OLG Koblenz v. 22.8.2018 – 5 U 205/18, NJW-RR 2019, 82 (82 f.), Rn. 27.

772 BGH v. 16.5.2017 – VI ZR 266/16, NJW 2017, 2463 (2464), Rn. 17 f.

773 Statt aller *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 41 Rn. 26, m.w.N.

774 *P. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 412; BVerfG v. 18.10.1989 – 1 BvR 1013/89, NStZ 1990, 178 (179); v. 26.3.1969 – 1 BvR 512/66, BVerfGE 25, 309 (313), Rn. 16.

775 Vgl. BGH v. 25.11.1987 – IVa ZR 160/86, BGHZ 102, 227 (231), Rn. 10.

ist ein genereller Schriftlichkeitszwang im Bereich des Privatrechts abzulehnen.

2. Rechtfertigung von Abweichungen

Die vom BGH hervorgehobene Abgrenzung zur Rechtsprechung des BFH wirkt bereits im Ansatz erzwungen und künstlich, weil die Finanzgerichte ihre Aussagen zur Wirksamkeit der Ressortverteilung in ständiger Rechtsprechung ebenfalls auf § 43 Abs. 1 GmbHG⁷⁷⁶ stützen und dabei nicht auf ihren Rechtsprechungszeitpunkt im Sinne des Art. 95 Abs. 1 GG und der §§ 1 f. FGO beschränken.⁷⁷⁷ Eigene (ausdrückliche) Formvorgaben zur Aufgabenteilung auf Geschäftsführungsebene enthalten die Steuergesetze nicht. Die Ressortverteilung ist in diesem Sinne „gesellschaftsrechtsakzessorisch“.⁷⁷⁸ Das bedeutet zwar nicht, dass das Steuerrecht gezwungen ist, die Auffassung der „Gesellschaftsrechtler“ zu übernehmen; eine Abweichung muss jedoch gerechtfertigt sein.⁷⁷⁹

Selbst wenn sich eine Benachteiligung privatrechtlicher Gläubiger gegenüber dem Fiskus möglicherweise noch aufgrund unterschiedlicher Normzwecke und flankierender Sanktionsunterschiede rechtfertigen ließe.⁷⁸⁰ Eine sachliche Differenzierung etwa zwischen der Haftung für die gleichermaßen öffentlich-rechtliche Pflicht⁷⁸¹ zur Abführung von Sozialbeiträgen einerseits und der Haftung für Steuerschulden andererseits ist jedenfalls nicht begründbar.

Als einzig mögliche Spezifika, jedenfalls im Gegensatz zum Zivilrecht, kommen generell der Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 88 Abs. 1 AO und § 76 Abs. 1 S. 1 FGO und speziell im Hinblick auf die gesellschafts-

776 Siehe S. 145 und Steeger, steuerliche Haftung, S. 77.

777 Treffend Fleischer, DB 2019, 472 (474), mit Verweis auf die Entscheidung des BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19; Buck-Heeb, BB 2019, 584 (587); Peitsmeyer/Klesse, NZG 2019, 501 (502).

778 Vgl. zur "Gesellschaftsrechtsakzessorietät" des Strafrechts Löbbe, FS Seibert, 561 (570 f.).

779 Vgl. Löbbe, FS Seibert, 561 (566, 570 f.); zu undifferenziert und nicht überzeugend daher Ch. A. Weber, ZGR 2020, 688 (696 ff.), weil es nicht um die – bereits bejahte – Frage geht, ob die Delegierbarkeit (einheitlich) pflichtenspezifisch zu beurteilen ist.

780 In diese Richtung Ch. A. Weber, ZGR 2020, 688 (698); zweifelnd Buck-Heeb, BB 2019, 584 (587); vgl. nunmehr auch § 15b Abs. 8 InsO.

781 BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (375, 377), Rn. 15, 19.

terne Haftung die abweichende Beweislastverteilung in Betracht.⁷⁸² Im Steuerrecht trifft die Finanzverwaltung nach der – für das Zivilrecht entwickelten – sogenannten Normentheorie⁷⁸³ im Grundsatz die Feststellungslast für die steuerbegründenden und -erhöhenden Tatsachen, während der Steuer- beziehungsweise Haftungsschuldner sie für die steuerentlastenden oder -mindernden Tatsachen trägt.⁷⁸⁴ Für die Haftung nach § 69 AO bedeutet das konkret, dass Zweifel hinsichtlich der Pflichtverletzung, der Kausalität oder des Verschuldens zulasten der Finanzbehörde gehen.⁷⁸⁵

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Rechtsprechung der Finanzgerichte zum Schriftformzwang durch das – legitime – Interesse motiviert ist, die Steuertatbestände nicht dadurch leerlaufen zu lassen, dass den Fiskus das non liquet hinsichtlich der Zuständigkeit des Geschäftsführers für die Erfüllung steuerlicher Pflichten trifft. Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass diese Zuständigkeit ein steuerbegründendes Tatbestandsmerkmal ist, für das die Finanzverwaltung die Feststellungslast trägt. Die Pflicht zur Dokumentation der Ressortverteilung stellt im Ergebnis nichts anderes als eine faktische Umkehr dieser Feststellungslast dar.⁷⁸⁶ Das erscheint aber schon deshalb problematisch, weil das Steuerrecht ausdrücklich normierte Nachweispflichten für steuerentlastende Rechtsfolgen kennt, zum Beispiel in § 159 Abs. 1 S. 1 AO und § 4 Abs. 7 S. 2 EStG oder § 138 Abs. 4 BewG. Außerdem wird selbst bei ausdrücklich geregelten Dokumentationspflichten wie den §§ 61 f. VVG keine automatische Beweislastumkehr angenommen.⁷⁸⁷ Gerechtfertigt wäre deshalb höchstens

782 Ähnl. *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (587).

783 Statt aller *Prütting*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 11 Rn. 19 ff., 51.

784 Zur sogenannten Beweislastgrundregel statt aller BFH v. 25.7.2000 – IX R 93/97, BStBl. II 2001, 9 (10 f.), Rn. 13; *Seer*, in: Tipke/Kruse, FGO, § 96 Rn. 83; *Rätke*, in: Klein, AO, § 88 Rn. 61.

785 Statt aller *Rüsken*, in: Klein, AO, § 69 Rn. 159.

786 Aus diesem Grund gegen besondere Dokumentationspflichten im Zusammenhang mit der deliktischen Haftung des Geschäftsführers für die Abführung von Sozialbeiträgen BGH v. 18.4.2005 – II ZR 61/03, GmbHR 2005, 874 (876), Rn. 15; *Uwe H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 43 Rn. 409.

787 BGH v. 13.11.2014 – III ZR 544/13, BeckRS 2014, 22930, Rn. 18; Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, BT-Drs. 16/1935, 25 f.

eine tatsächliche Vermutung dahingehend, dass es keine Ressortverteilung gab.⁷⁸⁸

Der Amtsermittlungsgrundsatz und das grundsätzliche non liquet zulasten des Staates sind keine Besonderheiten des Steuerrechts. Wenn das Schriftformerfordernis von diesen Verfahrensprinzipien abhinge, müsste es erst recht im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht Geltung beanspruchen. Schließlich macht selbst die Finanzgerichtsbarkeit eine – nicht näher definierte – Ausnahme für nicht existenzielle Geschäfte des laufenden Verkehrs, wozu etwa die Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer gehören soll.⁷⁸⁹ Der Fiskus muss daher nach dem BFH in der Theorie⁷⁹⁰ letztendlich für einen erheblichen Teil der steuerlichen Verpflichtungen selbst die konkrete Geschäftsverteilung ermitteln. Diese Inkonsistenz spricht ebenfalls gegen einen Schriftformzwang aufgrund „spezieller“ Beweislastverhältnisse.

Ein sachlicher Grund für eine Abweichung der finanzgerichtlichen Rechtsprechung ist mithin nicht erkennbar.⁷⁹¹ Sie lässt sich nicht auf Besonderheiten eines öffentlichen-rechtlichen Pflichtenkreises stützen. Vielmehr ist die Dokumentation der Ressortverteilung als spezifisch gesellschaftsorganisationsrechtliche Materie zu verstehen.⁷⁹² Ein steuerrechtlicher Schriftformzwang ist daher abzulehnen. Dieses Ergebnis führt aber nicht zur Funktionslosigkeit der steuerrechtlichen Haftung der Geschäftsführer. Richtigerweise trifft sie nämlich auch im Steuerrecht die Feststellungslast hinsichtlich ihrer geschäftsverteilungsbedingten Unzuständigkeit für die Erfüllung der Steuerschulden.⁷⁹³

§ 34 Abs. 1 S. 1 AO normiert ausdrücklich eine individuelle Verantwortung jedes einzelnen Geschäftsführers und ist der gesetzliche Regelatbestand, auf den § 69 S. 1 AO Bezug nimmt. Eine besondere Zuständigkeit

788 Vgl. zur Beweislast bei der Verletzung sonstiger Dokumentations- und Befund sicherungspflichten *Prütting*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 25 Rn. 39.

789 Statt aller BFH v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 18.

790 In der Praxis kommt es hierauf freilich meist nicht an, weil die Haftung regelmäßig auf das „zweite Standbein“ der ohnehin verletzten Überwachungspflicht gestützt werden kann, siehe bereits S. 160; zur steuerlichen Haftung *Steeger*, steuerliche Haftung, S. 85; BFH v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 18; v. 4.3.1986 – VII S 33/85, BStBl. II 1986, 384 (385), Rn. 12 f.; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 20.

791 Einen solchen bezeichnenderweise nicht benennend *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (697-699).

792 Vgl. *Dreber*, ZGR 1992, 22 (57).

793 Ohne Begründung *Loose*, in: Tipke/Kruse, AO, § 69 Rn. 33.

für die Erfüllung steuerlicher Pflichten hat die Finanzbehörde gerade nicht darzulegen und zu beweisen, weil es sich dabei nicht um eine steuerbe gründende oder -erhöhende Tatsache handelt. Ansonsten wäre die von § 69 S. 1 AO bezweckte Sicherungsfunktion⁷⁹⁴ ad absurdum geführt. Die ressortbedingte Unzuständigkeit ist vielmehr eine steuerentlastende Tatsache, weil sie mit der ihr innewohnenden Verantwortungsmodifikation als Ausnahme von der gesetzlichen Regelung verhindern kann, dass der Steueranspruch wegen persönlicher Nichterfüllung steuerlicher Pflichten überhaupt erst zur Entstehung gelangt. Die Verteilung der Feststellungslast lässt sich demnach bereits in abstrakt-genereller Weise den normativ hinter § 34 Abs. 1 S. 1 AO stehenden Wertungen entnehmen.⁷⁹⁵ Dieselben sachlichen Legitimationsgründe, die dieses Ergebnis im Falle der zivilrechtlichen Außenhaftung tragen, lassen sich zudem in gleicher oder zumindest ähnlicher Weise für die steuerrechtliche Geschäftsführerhaftung anführen. So ist die Ursache für die Unaufklärbarkeit der ressortverteilungsbedingten Zuständigkeiten der Sphäre der Geschäftsführung zuzurechnen (sogenannter Sphärengedanke).⁷⁹⁶ Die notwendigen Informationen entspringen ihrem Verantwortungs-, Wissens- und Herrschaftsbereich (sogenannte Be weisnähe).⁷⁹⁷

Die dargestellte Beweislastverteilung fügt sich im Gegensatz zum Schriftformerfordernis nicht nur methodisch in das Steuerrecht ein, sondern bedeutet für den Geschäftsführer als Haftungsschuldner im Übrigen auch einen verhältnismäßig milderen Rechtseingriff. Denn mit der Möglichkeit, sich im Einzelfall auf eine mündliche Ressortverteilung und die ordnungsgemäße Überwachung seines Mitgeschäftsführers berufen zu können, geht eine erhöhte Einzelfallgerechtigkeit einher. Gleichzeitig wird das öffentliche Interesse an einer effizienten und effektiven Sicherung der steuerrechtlichen Haftungsansprüche gewahrt.⁷⁹⁸

794 Siehe hierzu *Steeger*, steuerliche Haftung, S. 22 ff., 41; *Rüsken*, in: Klein, AO, 14. Aufl. 2018, § 69 Rn. 4.

795 Allg. zur Auslegung von Gesetzen im Hinblick auf die Beweislastverteilung *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 27 Rn. 1, 6 ff., 23; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39 (51 f.); speziell zum Steuerrecht *Seer*, in: Tipke/Kruse, FGO, § 96 Rn. 79, 89.

796 Zu diesem Sphärengedanken zuletzt BFH v. 19.1.2017 – III R 28/14, BStBl. II 2017, 743 (744 f.), Rn. 20; *Seer*, in: Tipke/Kruse, FGO, § 96 Rn. 88, 90 f., m.w.N.

797 BFH v. 28.2.2007 – II B 82/06, BFH/NV 2007, 919 (920), Rn. 9; v. 9.6.2005 – IX R 75/03, BFH/NV 2005, 1765 (1766 f.), Rn. 14; *Seer*, in: Tipke/Kruse, FGO, § 96 Rn. 88.

798 Zu diesem Haftungszweck *Steeger*, steuerliche Haftung, S. 22 ff., 41; *Rüsken*, in: Klein, AO, 14. Aufl. 2018, § 69 Rn. 4.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

Da eine abweichende Judikatur der Finanzgerichtsbarkeit nicht zu rechtfertigen ist, hätte der zweite Zivilsenat⁷⁹⁹, auch um eine weitere Zersplitterung der Rechtsprechung zur Ressortverteilung und damit verbundene (unnötige) Rechtsanwendungsunstimmigkeiten zu vermeiden, im Zuge des Weltruf-Verfahrens bezüglich der Frage des Schriftformzwangs gemäß § 2 Abs. 1 RsprEinhG den Gemeinsamen Senat anrufen müssen.

B. Faktische, stillschweigende und konkludente Ressortverteilung

Die Anerkennung impliziter Geschäftsverteilungen trüge zum praktischen Nutzen der Arbeitsteilung als Enthaltungsinstrument entscheidend bei. Denn nicht selten teilen die Geschäftsführer, für gewöhnlich die kleineren Gesellschaften, ihre Aufgaben ohne ausdrückliche Vereinbarung untereinander auf.

I. Meinungsspektrum

In seinem Weltruf-Urteil ging der zweite Zivilsenat des BGH im Hinblick auf die formellen Voraussetzungen der Ressortverteilung noch einen Schritt über die Frage des Schriftlichkeitszwangs hinaus. Er stellte in Form eines Obiter Dictum⁸⁰⁰ fest, es sei trotz der „Gefahr von Missverständnissen über die konkrete Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben [...] nicht ausgeschlossen, dass eine auf einer faktischen Arbeitsteilung oder einer stillschweigenden Übereinkunft beruhende Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung durch ihre tatsächliche Handhabung zu einer [...] Aufgabenzuweisung erstark[e]“⁸⁰¹, die jeglichen Wirksamkeitsanforderungen genüge.

Die Diskussion um die Wirksamkeit einer nicht ausdrücklich vereinbarten Geschäftsverteilung schwelt bereits lange, wobei bisher nicht genügend zwischen den Begriffen „faktisch“ und „stillschweigend“ differenziert

799 Oder nunmehr auch der BFH, sofern er seiner Rechtsprechungslinie treu bleibt.

800 Nach den erstinstanzlichen Feststellungen des LG Berlin v. 31.7.2015 – 15 O 65/14, BeckRS 2015, 126704, Rn. 27, 35, beruhte die Ressortverteilung auf einer ausdrücklichen Absprache, wobei das Gericht wohl „faktisch“ mit „nicht schriftlich“ gleichsetzte, siehe Rn. 30 f. (Rn. beziehen sich auf BeckRS-Fassung).

801 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (172), Rn. 26.

worden ist.⁸⁰² Hinzu kommt, dass die faktische teilweise zum Gegenpart der schriftlichen⁸⁰³ beziehungsweise der von den Gesellschaftern⁸⁰⁴ implementierten Aufgabenteilung erklärt worden ist.⁸⁰⁵ Insofern ist der Streit daher vielfach unter falschen Vorzeichen geführt worden. Überwiegend ist die rein faktische⁸⁰⁶ und die stillschweigende⁸⁰⁷ Geschäftsverteilung jedoch für unwirksam erachtet worden. Vereinzelt ist zumindest die Möglichkeit eines konkludenten Beschlusses bejaht worden.⁸⁰⁸

II. Stellungnahme

1. Begriffsklärung

Um rechtlich zwischen den verschiedenen Arten impliziter Geschäftsverteilung unterscheiden zu können, sind zunächst die Begriffe „faktisch“, „stillschweigend“ und „konkludent“ auseinanderzuhalten.

Als faktische Arbeitsteilung ist in Abgrenzung zur stillschweigenden oder konkludenten begrifflich eine rein auf tatsächlichen Vorgängen und Handlungen beruhende Aufgabenteilung der Geschäftsführung zu verstehen. Es fehlt die kollektive kognitive Wahrnehmung des Gremiums, dass ein Organmitglied eine bestimmte Geschäftsführungspflicht übernommen hat, also der geistige Kommunikationsakt zwischen den Geschäftsführern im Sinne einer Billigung oder Ablehnung der arbeitsteiligen Vorgehens-

802 Zwar unterscheiden *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14), etwa die konkludente von der faktischen Arbeitsteilung, gehen jedoch gleichzeitig aufgrund des Verweises auf die Entscheidung des BGH v. 8.11.1989 – 3 StR 249/89, GmbHR 1990, 298 (299), Rn. 5, offenbar davon aus, dass die Begriffe „stillschweigend“ und „faktisch“ gleichzusetzen sind; *Heermann*, FS Röhricht, 1191 (1201 f.), erkennt die faktische Teilung an, aber lässt die stillschweigende unerwähnt.

803 *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 217; *E. Vetter*, in: *Krieger/Schneider*, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 22 Rn. 48; unklar *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 115; nunmehr *ders.*, DB 2019, 472 (475); Bayerischer VGH v. 3.8.2007 – 4 CS 07.1433, DB 2007, 2083, Rn. 16.

804 So offenbar OLG Koblenz v. 9.6.1998 – 3 U 1662/89, NZG 1998, 953 (954), Rn. 61; *Fleischer*, DB 2019, 472 (473 f.); *ders.*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 114.

805 Siehe bereits S. 84 f.

806 *H.-J. Mertens*, in: *Hachenburg*, GmbHG, § 43 Rn. 33; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 18 f.; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (51, 58); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (483 f.); wohl auch *van Venrooy*, GmbHR 1999, 685 (686).

807 BGH v. 8.11.1989 – 3 StR 249/89, GmbHR 1990, 298 (299), Rn. 5.

808 *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14).

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

weise. Im Innenverhältnis zur Gesellschaft sind solche „Alleingänge“ grundsätzlich⁸⁰⁹ pflichtwidrig, wenn der Gesamtgeschäftsführungsgrundsatz nicht abbedungen wurde.

Stillschweigende und konkludente Übereinkünfte sind dagegen nach ihrem allgemeinen Wortsinn dadurch gekennzeichnet, dass sie Wissens- und Willenselemente enthalten. Die konkludente und stillschweigende Zustimmung zu einer Geschäftsführungsmaßnahme, etwa zu einer bestimmten Arbeitsorganisation, ist auch im GmbH-Recht unproblematisch möglich.⁸¹⁰ Gesellschafter- und Geschäftsführerbeschlüsse sind Rechtsgeschäfte, die durch empfangsbedürftige Willenserklärungen der Beschließenden zustande kommen.⁸¹¹ Entsprechend können die zivilrechtlichen Grundsätze zur Anerkennung der rechtlichen Verbindlichkeit und zur Unterscheidung konkludenter oder stillschweigender Willenserklärungen auch für die Stimmabgabe der Gesellschafter und der Geschäftsführer herangezogen werden. Dabei ist die stillschweigende Willensbetätigung lediglich ein Unterfall der konkludenten, bei der nicht ein Schweigen unter besonderen Begleitumständen, sondern ein aktives Verhalten den Indizienschluss auf einen bestimmten Geschäftswillen zulässt.⁸¹²

2. Wirksamkeit stillschweigender Ressortverteilungen

a) Ausgangspunkt: Die faktische Arbeitsteilung

Im Stadium eines ersten faktischen „Alleingangs“ oder einer bloß wiederholten De-facto-Arbeitsteilung kann nicht von einer wirksam enthaftenden Ressortverteilung ausgegangen werden.⁸¹³ Der untätig bleibende Geschäftsführer kann sich also, wenn er erst im Zuge des Haftungsfalls erst-

809 Vgl. aber zum Beispiel § 15 Abs. 1 S. 1 InsO.

810 Zur konkludenten Stimmabgabe der Geschäftsführer *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 190; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 28; *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 17; *Busche*, FS Säcker, 45 (46); zum AG-Vorstand OLG Frankfurt v. 15.4.1986 – 5 U 191/84, NJW-RR 1987, 169; zur stillschweigenden Zustimmung im Personengesellschaftsrecht v. *Ditfurth*, in: MHDG GesR I, § 53 Rn. 57.

811 Siehe S. 131.

812 *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, Vor § 116 Rn. 6; BGH v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 (68, 70 f.), Rn. 11, 14.

813 Vgl. zur Einschaltung Dritter bei der Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 218, m.w.N.

mals von der bestehenden Pflicht oder auch nur von deren regelmäßigen Erfüllung durch seinen Kollegen erfährt, nicht darauf berufen, dass er die begangene Pflichtverletzung, selbst im Falle einer ausdrücklich vereinbarten Ressortverteilung und ordnungsgemäßen Überwachung, nicht hätte verhindern können. Denn die ressortbedingte Modifikation des Pflichtenmaßstabs kann nur einwenden, wer sich nach dem Vertrauensgrundsatz auf die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung durch seinen Kollegen verlassen darf.⁸¹⁴ Ein solches „Vertrauendürfen“ muss ausscheiden, wenn ein Geschäftsführer nichts von der Pflichtenerfüllung durch den Kollegen weiß. Denn dann kann er auch nicht annehmen, dass er nur zu Überwachung verpflichtet ist. Vielmehr muss er davon ausgehen, dass er sämtliche Pflichten persönlich zu erfüllen hat. Auf der anderen Seite ist bei einer rein tatsächlichen Arbeitsteilung das Risiko hoch, dass der handelnde Geschäftsführer sich nicht zur Erledigung der von ihm wahrgenommenen Aufgabe verpflichtet fühlt. Weder Überwachung noch fortdauernde Pflichtenerfüllung sind daher bei der faktischen Aufgabenteilung gewährleistet. Aus diesem Grund ist es auch ohne Bedeutung, wenn die Gesellschafter eine solche Routine erkennen und dulden. Ein Einvernehmen⁸¹⁵ der Geschäftsführer kann es bei einer faktischen Arbeitsteilung ebenfalls nicht geben.

b) Subjektive Komponente: Das Erkennen und Dulden der Arbeitsteilung

Das vom BGH postulierte Merkmal des „Erstarkens“ setzt daher in subjektiver Hinsicht mindestens ein stillschweigendes Einvernehmen über die Arbeitsteilung und nicht nur die objektive „tatsächliche Handhabung“⁸¹⁶ im Sinne wiederholter Aufgabenwahrnehmung durch dieselbe Person voraus.⁸¹⁷ Die faktische Arbeitsteilung ist insofern die Vorstufe zur stillschweigenden Übereinkunft. Gegen deren Wirksamkeit gibt es keine grundsätzlichen Bedenken. Ausdrückliche, konkludente und stillschweigende

814 Siehe S. 100 f.

815 Siehe S. 122 f.

816 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (172), Rn. 26.

817 Entsprechend verlangt der BGH bei der Einschaltung Dritter zur Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten eine (klare) Absprache beziehungsweise Vereinbarung, siehe BGH v. 22.1.2008 – VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440 (1441), Rn. 9; deutlich zur vertrauensbegründenden Wirkung der Absprache *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 217 f.

Erklärungen können dieselben Rechtswirkungen erzeugen.⁸¹⁸ Sie sind dem Gesellschaftsrecht keinesfalls unbekannt.⁸¹⁹ Erforderlich ist, dass dem Schweigen „unmissverständliche Konkludenz“ zukommt und „der Erklärungsempfänger angesichts der Gesamtumstände nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine gegenteilige Äußerung des Schweigenden erwarten durfte“.⁸²⁰ Fraglich ist jedoch, was das im Falle der Vereinbarung über die Geschäftsverteilung bedeutet. Wann können die Geschäftsführer von ihrem Schweigen auf eine stillschweigende Übereinkunft über die Ressortverteilung schließen? Problematisch hieran ist, dass die Ressortverteilung eine Regelung der zukünftigen Arbeitsbeziehungen voraussetzt. Dieser Geschäftswille muss den stillschweigenden Erklärungen entnommen werden können. Auch das folgt aus dem Vertrauensgrundsatz. Denn die Geschäftsführer müssen sich gerade auch mit Blick auf die bevorstehende Aufgabenerfüllung auf eine Arbeitsteilung verlassen können, damit sie sich auf eine Überwachung ihres Kollegen beschränken dürfen.⁸²¹ Der „klare“ Fall, dass die Geschäftsführer eine ausformulierte Beschlussvorlage mit einem Schweigen quittieren und anschließend in die Tat umsetzen, wird, wenn überhaupt, selten vorkommen. Typischerweise werden sich arbeitsteilige Abläufe dergestalt schleichend einschleifen, dass ein Geschäftsführer einen bestimmten Pflichterfüllungsakt oder gar eine Serie solcher Pflichterfüllungsmaßnahmen autonom vornimmt und die Kollegen sein Vorgehen zu einem gewissen Zeitpunkt – nach außen erkennbar – bemerken und dulden.

c) Objektive Komponente: Das „Erstarken“

Sobald das Gremium sich in seiner Gesamtheit erstmals der eigenmächtigen Aufgabenwahrnehmung durch einen Kollegen bewusst wird und sie duldet, stellt dieser Vorgang eine Momentaufnahme dar, die aus objektiver

818 BGH v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 (70 f.), Rn. 14; *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, Vor § 116 Rn. 7; *Hefermehl*, in: Soergel, BGB, Vor § 116 Rn. 31 f., 34.

819 Zur stillschweigenden Duldung unberechtigter Entnahmen BGH v. 9.12.2014 – II ZR 360/13, GmbHR 2015, 248 (250), Rn. 15; zur konkludenten Gesamtvertreterermächtigung OLG München v. 19.9.2013 – 23 U 1003/13, GmbHR 2013, 1208 (1209), Rn. 12, 14.

820 BGH v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 (68), Rn. 11.

821 Vgl. zur Einschaltung Dritter bei der Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 217, m.w.N.

Empfängerperspektive in der Regel noch keinen Schluss auf und damit keine Gewähr für die künftige Pflichtenerledigung bietet. Es wird meist lediglich ein erstes Indiz dafür sein, dass die Beteiligten beabsichtigen, die Arbeitsteilung zu wiederholen. Denn wenn die Geschäftsführer gegen den Alleingang nicht einschreiten, kann das – etwa im Falle der Geltung des Gesamtgeschäftsführungsgrundsatzes – genauso gut bedeuten, dass sie die ohne Absprache vorgenommene Geschäftsführungsmaßnahme bloß stillschweigend genehmigen. Regelmäßig werden die Geschäftsführer daher erst von einer zukunftsgerichteten Vereinbarung über die Übertragung der konkreten Geschäftsführungsfunktion an den Handelnden ausgehen können, wenn die arbeitsteiligen Prozesse in gewissem Umfang wiederholt wurden und das erkennbar allen Organwaltern (auch zeitversetzt) bewusst wird.⁸²² Die faktische Aufgabenteilung „erstarkt“ dann durch „tatsächliche Handhabung“ zur stillschweigenden Geschäftsverteilung.⁸²³ Aufgrund objektiver, von außen erkennbarer Umstände, nämlich der manifesten (wiederholten) stillschweigenden Hinnahme des eigenmächtigen Handelns, können die Geschäftsführer auf das entsprechende jeweilige innere Einverständnis mit der Arbeitsteilung schließen. Es ist dann eine wirksame stillschweigende Ressortverteilungsvereinbarung anzunehmen. Auf das Erklärungsbewusstsein der Beteiligten kommt es, wie sonst auch,⁸²⁴ nicht an. Für den unwahrscheinlichen Fall, dass der ressortunzuständige Geschäftsführer behauptet, es habe ihm gefehlt, kann die Geschäftsverteilung daher dennoch wirksam sein. Seine Pflichtverletzung ist dann jedoch darin zu erblicken, dass er sich nicht vergewissert hatte, welche Pflichten es gibt und wer die damit zusammenhängenden Aufgaben wahrnimmt. Für den Ressortleiter spielt ein fehlendes Erklärungsbewusstsein hingegen keine Rolle, weil er ohnehin von seiner Zuständigkeit ausgehen musste.

Zu pauschal wäre es, für das Erstarken stets eine bestimmte Anzahl an Wiederholungen zu fordern. Ob von einer entsprechenden Willenserklärung der Geschäftsführer auszugehen ist, ist vielmehr eine Frage des Einzelfalls und hängt insbesondere von Art, Bedeutung und Umfang der übernommenen Aufgabe, den konkreten Verhältnissen der Gesellschaft und den Eigenschaften der Geschäftsführer ab. Wenn in dem zuvor beispielhaft genannten Stuckateurbetrieb, dessen Leitung von einem Steuer-

822 Für einen „Übergangszeitraum“ auch *Fleischer*, DB 2019, 472 (475).

823 Insofern ungenau BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (172), Rn. 26.

824 Zur diesbezüglich h.M. siehe statt aller *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, § 119 Rn. 100, m.w.N.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

berater und einem Gipser wahrgenommen wird, etwa letzterer bemerkt, dass ersterer ohne Absprache jeden Monat die Lohnsteuer anmeldet und abführt und er hiergegen – in Kenntnis seines Kollegen – keine Einwände erhebt, so wird bereits nach einer einmaligen Wiederholung dieses Vorgangs oder gegebenenfalls bereits beim erkennbar ersten wechselseitigen Bewusstwerden der Arbeitsteilung auf den Willen zur Implementierung einer korrespondierenden Geschäftsverteilung zu schließen sein. Denn die Pflicht zur Abführung der Lohnsteuer ist für gewöhnlich keine Aufgabe existenzieller Tragweite, sondern des laufenden Tagesgeschäfts. Sie aktualisiert sich jeden Monat, sodass ihre Zukunftsgerichtetheit offensichtlich ist. Auch legt die berufliche Qualifikation des Steuerberaters nahe, dass er sich primär um die Erfüllung der steuerlichen Verpflichtungen der Gesellschaft kümmern wird. Es kann daher nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte von dem Gipser ein aktives Vorgehen erwarten werden, um zum Ausdruck zu bringen, dass er das eigenmächtige Vorgehen seines Kollegen nicht länger billigt. Bleibt er hingegen untätig, ist sein Unterlassen nach den Gesamtumständen als Einverständnis zu deuten. Wird der Beispielsfall abgewandelt und der Steuerberater etwa durch einen gelernten Handwerker ersetzt, ist seine Lösung nicht mehr derart eindeutig. Es wird dann mangels anderweitiger Anhaltspunkte eine häufigere Wiederholung der Aufgabenerfüllung zu verlangen sein.

d) Zwischenergebnis

Eine stillschweigende Beschlussfassung über eine vorgefundene Arbeitsteilung kann darin zu sehen sein, dass ein Geschäftsführer die (gegebenenfalls wiederholte) Verrichtung einer konkreten Aufgabe durch den Mitgeschäftsführer bemerkt und duldet, was dieser wiederum wahrnimmt und diese inneren Vorgänge für den jeweils anderen zu erkennen sind.⁸²⁵ Da diese Erkennbarkeit meist nur nach einer gewissen Wiederholung ganz bestimmter Verhaltensweisen gegeben sein wird, ist eine solche Zuweisung in der Regel auch klar und eindeutig.⁸²⁶ Die stillschweigende Ressortver-

825 Vgl. zur stillschweigenden Billigung geschäftsführungsorganisatorischer Maßnahmen OLG Karlsruhe v. 4.5.1999 – 8 U 153/97, NZG 2000, 264 (266, 269, 271), Rn. 411, 512, 517-519, 589.

826 Diesbezüglich zweifelnd *Schädlich*, NZI 2019, 229 (230); zur „Heilung“ einer unklaren Geschäftsverteilung durch ihren Vollzug dagegen überzeugend *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (701 f.).

teilung lässt sich der Natur der Sache nach mit zunehmender Anzahl von Geschäftsführern immer schwieriger realisieren. Ganz davon zu schweigen, dass ab einer gewissen Komplexität der Geschäftsführungsverhältnisse eine explizite Absprache erforderlich werden kann. Nicht bestritten werden soll auch, dass eine stillschweigende Übereinkunft die Geschäftsführer in noch größere Beweisschwierigkeiten bringen kann als die mündlich vereinbarte Geschäftsverteilung. Ein Argument gegen ihre Wirksamkeit lässt sich daraus jedoch nicht gewinnen.

3. Wirksamkeit konkludenter Ressortverteilungen

Im Gegensatz zur stillschweigenden Übereinkunft ist das konkludente Einvernehmen über eine bestimmte Aufgabenzuweisung in der Regel unproblematischer, wengleich ihr Nachweis die Geschäftsführer in ähnliche Bedrängnis bringen dürfte. Anders als bei der stillschweigenden Übereinkunft ist bei der konkludenten Zustimmung der Beschlussgegenstand jedoch bereits klarer konturiert. Die Frage, über die beschlossen werden soll, steht gleichsam „erkennbar im Raum“ und von den Beteiligten wird in der konkreten Situation nach den Gesamtumständen ein ablehnendes oder bejahendes Erklärungszeichen erwartet. So kann etwa dann von einer konkludenten (positiven) Stimmabgabe ausgegangen werden, wenn die Geschäftsführer ein von einem ihrer Kollegen ausgearbeitetes Geschäftsverteilungsorganigramm zur Kenntnis nehmen und zustimmend nicken oder wenn die Geschäftsführer allesamt⁸²⁷ beginnen, bestimmte Ressortbezeichnungen zu nutzen, etwa auf ihrem Briefkopf oder ihrer Visitenkarte, und das sämtlichen Beteiligten bewusst ist. Eine konkludente Aufgabenzuweisung können auch die Gesellschafter vornehmen, indem sie etwa erkennbar als Reaktion auf das Ausscheiden des Finanzressortleiters eine betriebswirtschaftlich und steuerrechtlich versierte Person zum Geschäftsführer bestellen.

827 In der eigenständigen Verwendung einer Bereichsbeschreibung liegt dann gerade auch durch die persönliche Abgrenzung gleichzeitig die konkludente Zustimmung im Sinne einer Anerkennung der fremden Aufgabenbezeichnung.

C. Ergebnis

Für eine wirksame enthaftende Arbeitsteilung ist deren Dokumentation zwar grundsätzlich empfehlenswert, aber nicht konstitutiv. Nur im Einzelfall ist sie auch aus Enthaftungssicht nach dem Eindeutigkeitsanfordernis geboten, wenn das Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Pflichtenerfüllung durch die einzelnen Kollegen anders nicht gewährleistet und gerechtfertigt wäre. Weil bei der Prüfung dieser Voraussetzung auf die einzelne delegierte Aufgabe abzustellen ist, kann die Geschäftsverteilung im Übrigen wirksam bleiben, was ihrem praktischen Wert als Mittel der Haftungsbegrenzung zugutekommt.

Ansonsten hat die Dokumentation der Ressortverteilung lediglich Beweisfunktion zugunsten der Geschäftsführer und kann daher keinen Formzwang begründen. Der Einwand, für die Erfüllung einer bestimmten Pflicht nicht zuständig zu sein, ist sowohl im Falle der Innen- als auch im Falle der Außenhaftung als rechtshindernde Einwendung zu begreifen, sodass sie für einen entsprechenden Tatsachenvortrag die Feststellungslast tragen. Das Steuerrecht und auch andere Rechtsgebiete weisen diesbezüglich keine spezifischen Besonderheiten auf.

Eine rein faktische Aufgabenteilung zeitigt keine enthaftenden Rechtswirkungen. Erforderlich ist zumindest eine stillschweigende Einigung der Geschäftsführer dahingehend, dass die vorgefundene Arbeitsteilung auch in Zukunft weitergelten soll. Die stillschweigende Willenserklärung ist dem äußerlich erkennbaren Verhalten der Geschäftsführer aus Sicht des Empfängerhorizonts, das heißt aus ihrer eigenen Perspektive, zu entnehmen. Der Natur der Sache nach unproblematischer ist die konkludente Geschäftsverteilung, weil aktives Handeln in der Regel leichter zu deuten ist als ein Unterlassen. Die äußeren Gesamtumstände lassen daher eher den Schluss auf einen entsprechenden Geschäftswillen der Geschäftsführer zu. Eine konkludente Ressortverteilung kann auch von den Gesellschaftern ausgehen.

Die „schriftliche Dokumentation der Geschäftsverteilung [...] innerhalb der Geschäftsführung [ist] regelmäßig das naheliegende und geeignete Mittel für eine klare Aufgabenzuweisung und sorgfältige Unternehmensorganisation“⁸²⁸. Das gilt umso mehr für steuerliche Pflichten, da die finanzgerichtliche Rechtsprechung bisher eisern an ihrem generellen

828 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171), Rn. 23.

Schriftformzwang festhält.⁸²⁹ Die obigen Befunde zeigen jedoch, dass die formellen Hürden an die Implementierung einer Ressortverteilung im Ausgangspunkt denkbar gering sind. Das bedeutet insbesondere für eine Geschäftsführung mit überschaubarem Organisationsbedarf einen spürbar erleichterten Zugang zu enthaftenden Strukturen.

§ 11 Fehlerfolgen und Missachtung der Ressortverteilung

Nachdem die formellen und inhaltlichen Voraussetzungen einer wirksamen enthaftenden Ressortverteilung herausgearbeitet wurden, ist hierauf aufbauend zu untersuchen, welche Rechtsfolgen ihre Nichtbeachtung im Zuge des Delegationsvorgangs zeitigt. Nur auf diese Weise ist es möglich, abschließend zu bewerten, inwiefern sie die Praktikabilität der Geschäftsverteilung als Enthaftungsinstrument beeinflussen. In seiner Weltruf-Entscheidung musste der BGH zu den Rechtsfolgen einer Außerachtlassung inhaltlicher Vorgaben noch nicht Stellung beziehen.

Ebenfalls von Bedeutung für den praktischen Wert der horizontalen Delegation als Mittel zur Begrenzung der Geschäftsführerhaftung ist auf der anderen Seite die Frage, wie sich die nachträgliche Unwirksamkeit oder schlichte Missachtung der Ressortverteilung auswirkt. Haftungsbe gründende Pflichten in diesem Zusammenhang erlauben wiederum die Bewertung ihrer Effektivität als Enthaftungsinstrument.

A. Anfängliche Unwirksamkeit

Es wurde bereits aufgezeigt, dass jede horizontale Aufgabenzuweisung, auch die stillschweigende, eines Beschlusses bedarf. Da Gesellschafter- und Geschäftsführerbeschlüsse keinem einheitlichen Regelungsregime unterliegen, sind ihre ressortverteilungsspezifischen Fehlerfolgen getrennt zu untersuchen.

829 *Fleischer*, DB 2019, 472 (474, 477); *Schockenboff*, GmbHR 2019, 514 (517, 521); *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (589); *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (701); zuletzt FG Münster v. 30.4.2019 – 12 K 620/15, BeckRS 2019, 12750, Rn. 49.

I. Gesellschafterbeschluss

1. Fehlerfolgen

Nach ganz herrschender Meinung finden die §§ 241 ff. AktG über die Nichtigkeit und Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen entsprechende Anwendung auf GmbH-Gesellschafterbeschlüsse; diese sind daher – anders als Beschlüsse eines GmbH-Aufsichtsrats oder -Beirats –⁸³⁰ in nichtige und anfechtbare, das heißt bis zur rechtskräftigen Feststellung ihrer Fehlerhaftigkeit als wirksam zu betrachtende, Beschlüsse zu unterteilen.⁸³¹ Für den Beschluss über eine Ressortverteilung kann nichts anderes gelten. Sämtliche zuvor herausgearbeiteten formellen und ungeschriebenen inhaltlichen Anforderungen sind daher im Grundsatz an den §§ 241 ff. AktG zu messen.

Einen Sonderfall stellt allerdings das Eindeutigkeitskriterium dar. Ist die Aufgabenzuweisung derart unbestimmt oder widersprüchlich, dass sich trotz ihrer Auslegung keine abgrenzbare Aufgabe oder deren Zuordnung zu einer oder mehreren Personen ermitteln lässt, verstößt sie gegen das Gebot der Klarheit und Eindeutigkeit der Ressortverteilung. Entsprechend ist der korrespondierende Beschlussinhalt unbestimmt und daher bereits nach allgemeinen Grundsätzen wegen Perplexität oder Unklarheit als nichtig anzusehen.⁸³² Es wäre keine sinnvolle Wirkung einer solchen Regelung auszumachen. Weil das Dokumentations- beziehungsweise Schriftlichkeitserfordernis letztendlich auf dem Gebot der Klarheit und Eindeutigkeit beruht, geht es konsequenterweise in der Kategorie der Unbestimmtheit auf.

Werden Aufgaben übertragen, die nicht übertragen werden können, wie die in § 78 Hs. 2 GmbHG genannten, oder – das wird die Regel sein – der Versuch unternommen, einzelne Geschäftsführer von ihrer nicht delegier-

830 Siehe hierzu Fn. 848, 847.

831 Zuletzt BGH v. 24.3.2016 – IX ZB 32/15, GmbHR 2016, 587 (588), Rn. 20, m.w.N.; *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 1 f., 385; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 182, m.w.N.

832 Zu diesem Nichtigkeitsgrund *Drescher*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 241 AktG Rn. 20; *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 98, m.w.N. auch zur Gegenansicht; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 54; *Leinekugel*, in: BeckOK, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 25; zum Beschluss nach § 46 Nr. 8 GmbHG OLG Köln v. 24.5.2018 – I-18 U 36/17, GmbHR 2018, 921 (922), Rn. 60; offen gelassen von BGH v. 13.10.2008 – II ZR 112/07, GmbHR 2009, 39 (40), Rn. 12.

baren Verantwortung für Leitungspflichten zu befreien, ist der Beschluss über eine entsprechende Aufgabenzuweisung ebenfalls nichtig.⁸³³ Dasselbe gilt, wenn die zur Erfüllung nicht delegierbarer Leitungsverantwortung zu erledigenden Aufgaben erkennbar nicht sachgerecht oder an untaugliche Geschäftsführer delegiert werden. Denn in diesen Fällen verstößt der Beschluss regelmäßig gegen ausschließlich oder überwiegend gläubigerschützende oder sonst im öffentlichen Interesse stehende Vorschriften nach § 241 Nr. 3 Var. 2 und 3 AktG analog, etwa § 34 Abs. 1 S. 1 AO.⁸³⁴ Im Übrigen ist das Kollegialprinzip ein grundlegendes Strukturmerkmal pluraler gesellschaftsrechtlicher Organe.⁸³⁵ Speziell für die GmbH-Geschäftsführung hat es zwingend die unteilbare Gesamtverantwortung für Leitungsaufgaben zur Folge, deren Erledigung zumindest mittelbar außerhalb der Unternehmenssphäre liegende Interessen schützt oder wesentlich beeinflusst.⁸³⁶ Ein Beschluss, der dieses tragende Strukturprinzip und somit die unabdingbare Organisationsverfassung beeinträchtigt oder außer Kraft setzt, ist damit unvereinbar mit dem Wesen der GmbH und daher nichtig gemäß § 241 Nr. 3 Var. 1 AktG analog.⁸³⁷ Die Nichtigkeit entfaltet hier in gewisser Weise Selbstschutz.⁸³⁸

Im Übrigen, das heißt soweit die Übertragung lediglich gesellschaftsinterne Interessen berührt, kann ein Verstoß gegen das Gebot der Sachgerechtigkeit beziehungsweise Zuverlässigkeit, da es sich um normativ geltende Rechtsgrundsätze handelt,⁸³⁹ lediglich die Anfechtbarkeit des dazugehörigen Ressortverteilungsbeschlusses entsprechend § 243 Abs. 1 AktG auslösen. Das ist auch gerechtfertigt, weil es in erster Linie Sache der Gesellschafter ist, wenn Unternehmensinteressen durch eine eigene fehlerhafte, aber wirksame Ressortverteilung geschädigt werden. In diesen Fällen ist und bleibt die Geschäftsverteilung mithin wirksam und die Geschäfts-

833 In diese Richtung *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; ähnl. *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (518); vgl. zur vertikalen Delegation in der AG *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 76 Rn. 14, und andererseits *Kuntz*, AG 2020, 801 (802, 817 f.).

834 Vgl. *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 85, m.w.N.; *Römermann*, in: M/H/L/S, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 142.

835 Siehe zusammenfassend S. 61 f.

836 Siehe S. 78 f.

837 Zu diesem Nichtigkeitsgrund BGH v. 18.4.2005 – II ZR 151/03, GmbHR 2005, 925 (927), Rn. 10; *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 67 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 50.

838 Vgl. hierzu *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (394-396, 401 f.).

839 Siehe zum Begriff des Gesetzes statt aller *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 84.

führer dürfen sich auf sie berufen, bis ihre Anfechtbarkeit rechtskräftig festgestellt wurde.⁸⁴⁰

2. Gesamt- oder Teilnichtigkeit

Von Bedeutung für die Praktikabilität der Arbeitsteilung als Enthaltungsinstrument ist, ob ein Fehler stets die Unwirksamkeit der ganzen Ressortverteilung nach sich zieht oder sich die Geschäftsführer im Hinblick auf die weiteren (gleichzeitig beschlossenen)⁸⁴¹ Aufgabenzuweisungen auf die Beschränkung ihrer Pflichten berufen dürfen. Die Unterschiede sind erheblich. Wäre Ersteres der Fall, müssten die Geschäftsführer unabhängig von einem Überwachungsversagen für Pflichtverletzungen von Kollegen eintreten, deren Ressort isoliert betrachtet den Wirksamkeitsvoraussetzungen genügt.

Einer Ansicht nach führt lediglich ein Verstoß gegen das Teilbarkeitskriterium zur Unwirksamkeit der gesamten Geschäftsverteilung, während es überzogen sei, sonstigen Inhaltsmängeln dieselbe Wirkung beizumessen.⁸⁴² Das überzeugt nicht.

Erweist sich ein abgrenzbarer Teil eines Gesellschafterbeschlusses teilweise als mangelbehaftet, so ist die Gesamtnichtigkeit entsprechend § 139 BGB zu klären.⁸⁴³ Das bedeutet, dass im Zweifel der Beschluss im Ganzen nichtig ist, wenn sich kein anderweitiger tatsächlicher oder hypothetischer Parteilwille ausmachen lässt.⁸⁴⁴ Werden durch einen einheitlichen Geschäftsverteilungsbeschluss mehrere Aufgaben an verschiedene Ressortleiter delegiert, sind diese Aufgabenzuweisungen inhaltlich logisch teilbar, nämlich nach Geschäftsbereichen. Die Gesellschafter werden allerdings selten ausdrücklich erklärt haben, welche übrigen Aufgabenzuweisungen sie auch ohne die fehlerhafte beschlossen hätten. Meist wird es daher auf den hypothetischen Willen ankommen, also darauf, ob die restlichen Ge-

840 Siehe aber zur Redepflicht der Geschäftsführer S. 141.

841 Siehe zu Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts, insbesondere bei mehreren Beschlüssen *Grunewald*, NZG 2017, 1321 (1322 f.).

842 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; vgl. auch *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (702).

843 BGH v. 21.7.2008 – II ZR 39/07, GmbHR 2008, 1092 (1094), Rn. 24; *Grunewald*, NZG 2017, 1321; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 241 AktG Rn. 45; *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 147, 149 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 78-80.

844 Statt aller *Grunewald*, NZG 2017, 1321.

schäftsverteilungsregelungen objektiv betrachtet vernünftigerweise auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wären.⁸⁴⁵ Diese Frage wird im Falle des Ressortverteilungsbeschlusses in der Regel zu bejahen sein. Das Gesellschaftsrecht zeigt eine Tendenz zur Aufrechterhaltung von Beschlüssen, sodass die Anwendung des § 139 BGB zu Recht kritisch gesehen wird und von der Vorschrift jedenfalls maßvoll Gebrauch gemacht werden sollte.⁸⁴⁶ Eine effektive Arbeitsteilung ist für gewöhnlich im Unternehmensinteresse notwendig. Es liegt daher nahe, dass der statthafte Teil der Organisationsregeln auf jeden Fall beschlossen worden wäre. Oft werden die Geschäftsführer mit Blick auf die Besetzung eines bestimmten Postens bestellt. Der Wille zur unbedingten Aufrechterhaltung solcher Ressorts kann dann vermutet werden. Dagegen ist es in der Regel abwegig anzunehmen, die Gesellschafter hätten die übrigen Ressorts nicht geschaffen, wenn sie gewusst hätten, dass sie eine bestimmte Aufgabe beziehungsweise die Verantwortung für eine bestimmte Pflicht (so) nicht delegieren dürfen.

II. Geschäftsführerbeschluss

1. Fehlerfolgen

Nach welchem Regelungsregime die Beschlussmängel anderer GmbH-Gremien zu beurteilen sind, insbesondere ob sie sich der Kategorie der Anfechtbarkeit zuordnen lassen können, ist kaum geklärt. Für Beschlüsse der Geschäftsführung⁸⁴⁷ lassen sich zwei Ansichten unterscheiden: Die mittlerweile wohl herrschende Meinung lehnt es ab, Beschlüsse anderer Kollektivorgane und damit auch solche der GmbH-Geschäftsführung den §§ 241 ff. AktG zu unterwerfen, sodass deren materielle Rechtswidrigkeit oder (wesentliche kausale) Verfahrensfehler automatisch ihre Nichtigkeit

845 Vgl. statt aller *Grunewald*, NZG 2017, 1321 (1324).

846 *Grunewald*, NZG 2017, 1321 (1324f.).

847 Für – im Rahmen dieser Untersuchung nicht explizit zu untersuchende – Ressortverteilungsbeschlüsse eines Aufsichts- oder Beirats kreist der Streit über das richtige Regelungsregime schlicht um die Frage, ob die §§ 241 ff. AktG analog anwendbar sind oder nicht; die besseren Argumente, siehe zur AG ausführlich BGH v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 342 (347 ff.), Rn. 10 ff., sprechen für die zweitgenannte Ansicht, weil zwischen diesen Organen und der Geschäftsführung ohne Weiteres ein Gesamtschuldnerausgleich möglich ist (siehe hierzu S. 239), sodass der Schaden unter ihnen angemessen verteilt werden kann.

bedeuten.⁸⁴⁸ Eine abklingende Ansicht im GmbH-Recht möchte hingegen beim Geschäftsführerbeschluss dieselben Maßstäbe wie bei Beschlüssen der Gesellschafter anlegen, also insbesondere die speziell normierten Nichtigkeitsgründe anwenden, sofern er aus der Wahrnehmung derivativer, originär den Gesellschaftern zustehenden Kompetenzen resultiert.⁸⁴⁹

Für Mängel des Ressortverteilungsbeschlusses spielen die unterschiedlichen Meinungen im Ergebnis allerdings keine Rolle. Denn die Organisation der Arbeitsweise ist ureigene Kompetenz eines jeden Kollegialorgans und keine Befugnis, die von den Gesellschaftern herrührt.⁸⁵⁰ Selbst nach der zweitgenannten Auffassung ist daher stets von Nichtigkeit auszugehen, wenn der Geschäftsverteilungsbeschluss materiell rechtswidrig ist oder an wesentlichen Verfahrensfehlern leidet.

Beschließen die Geschäftsführer eine Arbeitsteilung, die an inhaltlichen Mängeln leidet, ist diese daher ohne Ansehen der verteilten Aufgabe nichtig. Stimmen die Gesellschafter einer solchen Geschäftsverteilung zu, gilt für dieses Einverständnis wiederum das zum Gesellschafterbeschluss Gesagte und die Wirksamkeit der Ressortverteilung ist hiernach zu beurteilen. Dieses Ergebnis ist sachgerecht, weil es auch im Hinblick auf die Wahrnehmung rein gesellschaftsinterner Interessen widersprüchlich wäre, wenn sich die Geschäftsführung (sofern keine Identität mit den Gesellschaftern besteht) auf eine sich selbst gegebene rechtswidrige Geschäftsverteilung berufen könnte.

Der Verstoß gegen das Einvernehmensefordernis begründet als wesentlicher Verfahrensverstoß⁸⁵¹ ebenfalls die Nichtigkeit des Geschäftsführerbeschlusses. Die Gesellschafterversammlung kann den ohne die erforderliche Mehrheit gefassten Beschluss allerdings billigen und so die beabsichtigten Regelungen wirksam festschreiben.

848 *Drescher*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 241 AktG Rn. 7; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 208; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 52 Rn. 47; zu Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüssen in der AG BGH v. 10.7.2018 – II ZR 120/16, BGHZ 219, 215 (220), Rn. 17, 19; v. 10.10.2005 – II ZR 90/03, BGHZ 164, 249 (252-254), Rn. 7, 15; v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 342 (346 ff.), Rn. 9 ff.

849 So *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 387 f., unter Berufung auf BGH v. 25.2.1965 – II ZR 287/63, GmbHR 1965, 111 (112), Rn. 34.

850 Siehe S. 121.

851 *Spindler*, in: MüKo, GmbHG, § 52 Rn. 576, m.w.N.

2. Gesamt- oder Teilnichtigkeit

Hinsichtlich der Frage, ob ein Fehler des Geschäftsführerbeschlusses die Nichtigkeit der gesamten Ressortverteilung nach sich zieht, kann auf die Ausführungen zum Gesellschafterbeschluss verwiesen werden. Maßgeblich ist demnach § 139 BGB (analog). Auch bei den Geschäftsführern wird die Entscheidung über Gesamt- oder Teilnichtigkeit daher regelmäßig von der Feststellung ihres hypothetischen Willens abhängen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Geschäftsführer meist noch ein größeres Interesse am Erhalt der für sich betrachtet wirksam zustande gekommenen Ressorts haben dürften. Denn die Gesamtnichtigkeit würde bedeuten, dass die „intakten“ Geschäftsbereiche nie über eigene Kompetenzen beziehungsweise die nötigen Geschäftsführungsbefugnisse verfügt hätten und die ihnen übertragenen Aufgaben von den übrigen Geschäftsführern nicht nur bei ihrer Erledigung überwacht, sondern persönlich hätten ausgeführt werden müssen. Das würde sowohl die Haftungsrisiken von Leitern „intakter“ Ressorts als auch die der anderen Geschäftsführer erhöhen.

B. Nachträgliche Fehlerhaftigkeit und Missachtung

I. Wirkung der Ressortverteilung

Für das Vorliegen von Beschlussmängeln kommt es nach allgemeinen Grundsätzen auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung an, sodass die nachträgliche Änderung tatsächlicher und rechtlicher Verhältnisse an und für sich nicht zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines Beschlusses führt.⁸⁵² Dennoch dürfen sich die Geschäftsführer, soweit nachträglich erkennbar Mängel der Delegation auftreten, sie sich erst nach Beschlussfassung zeigen oder die Aufgabenteilung ersichtlich nicht (mehr) eingehalten wird, nicht auf eine bloße Überwachung beschränken, weil die Ressortverteilung zumindest hinsichtlich des betroffenen Teils ihre Wirkung verliert.⁸⁵³ Wächst etwa das Unternehmen oder erschließt es weitere Geschäftsfelder

852 Zur AG LG Frankfurt v. 15.11.2011 – 3-5 O 30/11, BeckRS 2011, 26747, Rn. 86; OLG Frankfurt v. 24.6.2009 – 23 U 90/07, AG 2009, 542 (544), Rn. 80.

853 Ohne Begründung bezüglich der faktischen Einhaltung *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 87; vgl. auch *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 246, der jedoch nur von einer Rückholpflicht ausgeht, sobald sich die Unzuverlässigkeit eines Organmitglieds herausstellt.

und nimmt die Aufgabenlast des Finanzressorts daraufhin derartig zu, dass es erkennbar nicht mehr quantitativ sachgerecht zugeschnitten ist, reicht seine bloße Überwachung nicht mehr zur Enthftung aus. Das folgt aus der konsequenten Anwendung des Vertrauensgrundsatzes als stillschweigender Bestandteil eines jeden Aufgabenzuweisungsbeschlusses und ständiger Gradmesser der Sorgfaltsanforderungen in der Enthftungssituation. Die Wirkung ist vergleichbar mit der automatischen Beendigung der Organstellung des Geschäftsführers nach dem Fortfall gesetzlicher Eignungsvoraussetzungen.⁸⁵⁴ Eine Ausnahme muss allerdings für Gesellschafterbeschlüsse gemacht werden. Treten bei diesen nach der Delegation in erkennbarer Weise Fehler auf, die lediglich ihre Anfechtbarkeit auslösen, oder werden solche Mängel erst im Nachhinein ersichtlich, ist es in Übereinstimmung mit der Situation bei Beschlussfassung Sache der Gesellschafter – gegebenenfalls nach einem pflichtgemäßen Hinweis der Geschäftsführung – zu reagieren und sie zu beseitigen.⁸⁵⁵

II. Anpassungspflicht

Die Geschäftsführer sind gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis verpflichtet, erkennbare nachträgliche oder erst im Nachhinein ersichtliche Fehler der Ressortverteilung – gegebenenfalls unter Einschaltung der Gesellschafter – auszubessern und in der Übergangszeit für eine ordnungsgemäße Aufgabenerledigung zu sorgen beziehungsweise im Falle der merklichen Nichteinhaltung der Geschäftsverteilungsregeln überhaupt erst deren Befolgung sicherzustellen („Anpassungspflicht“).⁸⁵⁶ Verstoßen die Geschäftsführer gegen diese Pflicht, haften sie der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG für die daraus entstehenden Schäden, beispielsweise Verluste durch Effizienzeinbußen. Auch die Anpassungspflicht ist eine Form des Organisationsverschuldens.

854 BGH v. 1.7.1991 – II ZR 292/90, BGHZ 115, 78 (80), Rn. 6; *W. Goette*, in: MüKo, GmbHG, § 6 Rn. 45, m.w.N.

855 Dieser Fall ist wiederum vergleichbar mit dem Entfallen bloßer statutarischer Eignungsvoraussetzungen, siehe hierzu *W. Goette*, in: MüKo, GmbHG, § 6 Rn. 47, m.w.N.; *ders.*, DStR 1998, 938 (939).

856 Vgl. *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (586); *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209 (211); *Peters*, GmbHR 2008, 682 (684).

C. Enthftung durch unwirksame Beschlüsse

Teilweise wird davon ausgegangen, dass auch die unwirksame Geschäftsverteilung zur Enthftung führen könne, indem sie das Verschulden ausschließe.⁸⁵⁷ Darüber hinaus sei sie beim Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB analog § 254 BGB zu berücksichtigen, sodass der für die fehlerhaft übertragene Aufgabe „zuständige“ Geschäftsführer die überwiegende Verantwortung trage.⁸⁵⁸ Diese Aussagen erweisen sich nach den bisherigen Erkenntnissen als zu pauschal.

Da sämtliche inhaltlichen Mängel erkennbar sein müssen, ist das Verschulden bereits in der Unwirksamkeit der Ressortverteilung angelegt. Das Einvernehmen bei einer Verteilung durch die Geschäftsführer muss bei jeder Änderung der Zuständigkeiten erneut vorliegen, sodass der Fall, dass einem Neueintretenden verborgen bleibt, ob die Ressortverteilung mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen ist, nicht denkbar ist. Da ein Verstoß der Gesellschafter gegen Stimmverbote oder die Treuepflicht nur die Anfechtbarkeit⁸⁵⁹ des festgestellten Ressortverteilungsbeschlusses auslöst, stellt sich das Problem hier schon nicht. Konstruieren ließe sich allerdings der Fall, dass der Gesellschafterbeschluss über die Ressortverteilung an einem, seine Nichtigkeit auslösenden, Einberufungsmangel analog § 241 Nr. 1 AktG leidet oder die Aufgabenzuweisung von den Eignern tatsächlich abgelehnt wurde und diese Fehler den Geschäftsführern unverschuldet verborgen geblieben sind. Hieran lässt sich jedoch erkennen, dass es sich bei den potenziell einschlägigen Konstellationen um Ausnahmephänomene handelt.

Allein die Erfüllung der Redepflicht, etwa wenn die Gesellschafter eine Geschäftsführungsaufgabe, die der zwingenden Gesamtverantwortung unterliegt, einer zur Erledigung ungeeigneten Person übertragen haben, kann für sich betrachtet nicht dazu führen, dass der unwirksame Ressortverteilungsbeschluss zugunsten der Geschäftsführer zu berücksichtigen ist und sie der Haftung für Pflichtverletzungen des betreffenden Kollegen entgehen.⁸⁶⁰ Rede- und Überwachungspflicht sind streng zu unterscheiden. Die Erfüllung der Redepflicht führt keine „Heilung“ des nichtigen Beschlusses herbei. Bis zur Behebung des gerügten Fehlers sind die Ge-

857 Siehe die Nachweise bei Fn. 694.

858 *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 86; zum Gesamtschuldnerausgleich bei einer wirksamen Geschäftsverteilung siehe ausführlich S. 234-236.

859 Statt aller *Drescher*, in: MüKo, GmbHG, § 47 Rn. 216, 262.

860 So aber *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 85 f.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

schäftsführer aufgrund der fortdauernden Gesamtzuständigkeit gehalten, sich selbst um die betroffenen Pflichten zu kümmern und können sich nicht einfach weiter auf eine Überwachung beschränken.⁸⁶¹ Wird der Fehler auch auf Drängen der Geschäftsführer nicht behoben, müssen sie daher, um einer Haftung zu entgehen, entweder bei der Aufgabenerledigung durch den ungeeigneten Kollegen mitwirken, sie auf Schritt und Tritt überwachen oder ihr Amt niederlegen.⁸⁶²

Eine unwirksame Ressortverteilung hat auch nicht per se Auswirkungen auf den Gesamtschuldnerausgleich zwischen den haftenden Geschäftsführern, weil sie deren Primärpflichten unberührt lässt. Zwar liegt es nahe, bei einer unsachgerechten Delegation, der Übertragung unteilbarer Verantwortung sowie der Zuweisung von Aufgaben an untaugliche Ressortleiter in erster Linie denjenigen haften zu lassen, der nach dem Beschluss zuständig sein sollte, insbesondere wenn er von den Gesellschaftern eingesetzt wurde. Ist eine Aufgabe jedoch beispielsweise nicht zweifelsfrei einem Ressort zuzuordnen, liegt also ein Verstoß gegen das Gebot der Klarheit und Eindeutigkeit vor, kann im Grundsatz kein Geschäftsführer überwiegend verantwortlich sein, wenn sie nicht erledigt wird, es also keine Pflichtverletzung durch Handeln zu verzeichnen gibt.⁸⁶³ Entsprechendes gilt, wenn einem Geschäftsführer von seinen Kollegen unter Verstoß gegen das Einstimmigkeitserfordernis gegen seinen Willen Aufgaben übertragen werden und er sie nicht wahrnimmt.

D. Ergebnis

Beim Geschäftsverteilungsbeschluss der Gesellschafter sind sämtliche formellen und ungeschriebenen inhaltlichen Ressortverteilungsanforderungen im Grundsatz an den §§ 241 ff. AktG zu messen. Einen Sonderfall bildet das Eindeutigkeitserfordernis und das hierauf aufbauende Dokumentationsgebot. Ist die Aufgabenzuweisung bereits derart unbestimmt oder widersprüchlich, dass sich ihr kein sinnvoller Gehalt entnehmen lässt, ist der zugehörige Beschluss bereits nach allgemeinen Grundsätzen wegen Unbestimmtheit beziehungsweise Perplexität nichtig. Werden Aufgaben übertragen, die nicht übertragen werden können, wie die in § 78 Hs. 2

861 Vgl. Höhn, Geschäftsleitung, S. 37.

862 Vgl. Höhn, Geschäftsleitung, S. 108.

863 I.E. wie hier Voß, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 161; Freund, GmbHR 2013, 785 (787 f.).

GmbHG genannten, oder wird der Versuch unternommen, einzelne Geschäftsführer von ihrer nicht delegierbaren Verantwortung für Leitungspflichten zu befreien, ist der Beschluss über eine entsprechende Aufgabenzuweisung in jedem Fall nichtig gemäß § 241 Nr. 3 AktG. Das gilt auch, wenn die zur Wahrnehmung nicht delegierbarer Leitungsverantwortung zu erledigenden Aufgaben erkennbar nicht sachgerecht oder erkennbar untauglichen Geschäftsführern zugewiesen werden. Im Übrigen, das heißt soweit die Übertragung lediglich gesellschaftsinterne Interessen berührt, begründet ein Verstoß gegen das Gebot der Sachgerechtigkeit und der Zuverlässigkeit lediglich die Anfechtbarkeit des Zuweisungsbeschlusses entsprechend § 243 Abs. 1 AktG, sodass sich die Geschäftsführer zu ihrer Enthftung weiter auf ihn berufen können.

Die materielle Rechtswidrigkeit oder wesentliche kausale Verfahrensfehler des Geschäftsverteilungsbeschlusses der Geschäftsführer bedeuten automatisch seine Nichtigkeit. Stimmen die Gesellschafter einer nichtigen Geschäftsverteilung der Geschäftsführer zu, gilt für dieses Einverständnis wiederum das zum Gesellschafterbeschluss Gesagte und die Wirksamkeit der Ressortverteilung ist hiernach zu beurteilen.

Soweit nachträglich erkennbar Mängel der Delegation auftreten, sie sich erst nach Beschlussfassung zeigen oder die Aufgabenteilung ersichtlich nicht (mehr) eingehalten wird, dürfen sich die Geschäftsführer nicht auf eine bloße Überwachung beschränken, weil die Ressortverteilung zumindest für den betroffenen Teil ihre Wirkung verliert. Eine Ausnahme gilt für Gesellschafterbeschlüsse, die sich als anfechtbar herausstellen oder bei denen nachträglich Anfechtungsgründe auftreten. Zwar besteht gegenüber der Gesellschaft eine haftungsbewehrte Anpassungspflicht, die sich im weiteren Sinne zum Bereich des Organisationsverschuldens zählen lässt. Die damit einhergehenden Haftungsrisiken vermögen die Vorteile der Arbeitsteilung als Enthftungsinstrument allerdings nicht infrage zu stellen. Sie sind lediglich die Kehrseite ihrer, unter Praktikabilitätsgesichtspunkten als angemessen zu bewertenden, anfänglichen Wirksamkeitsvoraussetzungen.

Erweist sich ein abgrenzbarer Teil eines Gesellschafter- oder Geschäftsführerbeschlusses teilweise als mangelbehaftet, so ist seine Gesamtnichtigkeit entsprechend § 139 BGB zu klären. Meist wird die entscheidende Frage, ob die restlichen Geschäftsverteilungsregelungen objektiv betrachtet vernünftigerweise auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wären, zu bejahen sein. Die „intakten“ Aufgabenzuweisungen sind dann zugunsten der Geschäftsführer als wirksam zu betrachten. Hierdurch bleibt das Haftungsrisiko im ressortgeteilten Gremium insgesamt spürbar gesenkt.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

Sogar ein gänzlich unwirksamer Aufgabenzuweisungsbeschluss kann sich ausnahmsweise enthaftend auswirken, was wiederum zur Effektivität der Arbeitsteilung als Mittel der Haftungsbegrenzung beiträgt. In Ausnahmefällen schließt er das Verschulden der Geschäftsführer aus. Darüber hinaus kann er beim Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB analog § 254 BGB dazu führen, dass der „zuständige“ Geschäftsführer die überwiegende Verantwortung zu tragen hat.

§ 12 Ergebnisse des 3. Teils

Die herausgearbeiteten formellen und inhaltlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer enthaftenden Ressortverteilung sind praxisgerecht und stellen keine unüberwindbaren Hindernisse an ihre Implementierung.

Von der Haftung der Geschäftsführer aufgrund einer unwirksamen Ressortverteilung ist ihre Inanspruchnahme wegen Organisationspflichtverletzungen („Auswahlsorgfalt, Rede- und Anpassungspflicht“) streng zu unterscheiden. Die mit einem Organisationsverschulden einhergehenden Haftungsrisiken gehen jedoch kaum über die der Inanspruchnahme aufgrund unwirksamer Delegation hinaus und mindern die Effektivität der Ressortverteilung als Enthaftungsinstrument daher nicht spürbar.

Da soweit ersichtlich alle Voraussetzungen einer wirksamen Ressortverteilung und die Folgen ihrer Missachtung rechtsgebietsübergreifend übereinstimmen, ist – wengleich bisher nur rechtlich – die nötige Handlungssicherheit für praktikable Ressortlösungen gegeben. Diese Einheit senkt den erforderlichen (Beratungs-)Aufwand und damit auch die Kosten für die Implementierung einer effektiv enthaftenden Arbeitsteilung.

4. Teil: Materielle Auswirkungen der Ressortverteilung

Nachdem im vorigen Teil geklärt wurde, unter welchen Voraussetzungen sich die Geschäftsführer auf eine Aufgabenzuweisung berufen können, bleibt zu klären, wie genau sie das Pflichten- und Haftungsgefüge der Geschäftsführer umformt. Erst dann kann abschließend beurteilt werden, ob die Ressortverteilung tatsächlich ein geeignetes Instrument zur Beschränkung der Geschäftsführerhaftung ist. Die Residualverantwortung soll, soweit es die nötige Abstraktion zulässt, möglichst präzise ausbuchstabiert werden, um so den Bedürfnissen der Praxis⁸⁶⁴ gerecht zu werden. Aufgrund der Ergebnisse des zweiten Teils ist im Folgenden zu berücksichtigen, dass sich die Ausführungen zum Wesen der externen und sekundären Pflichten nur auf die verantwortungsmodifizierende Delegation beziehen können.

§ 13 Initiales Pflichten- und Haftungsgefüge

Bereits die Arbeit im eigenen Ressort wird den Geschäftsführer meist mehr als auslasten. Auf der anderen Seite kann es gerade bei größeren Unternehmen tagtäglich auch „rechts und links“ von ihm zu unternehmensrelevanten Vorgängen und Ereignissen kommen. Das bedeutet für ihn eine nicht enden wollende Flut an zu verarbeitenden und zu teilenden Informationen in seiner Eigenschaft als Ressortleiter einerseits und als Mitglied des Gremiums⁸⁶⁵ andererseits. Soll er seinen Geschäftsbereich ordnungsgemäß leiten und nebenbei die Entwicklungen in anderen Bereichen nachvollziehen und notfalls korrigieren können, müssen daher nicht nur sein Ressort und die Gremiumsarbeit gut organisiert sein. Vor allem die rechtlichen Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit dürfen nicht so beschaffen sein,

864 Krit. hinsichtlich der bisherigen Maßstäbe *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 33, N 37.

865 Laut *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 30, hat sich der Gesamtvorstand der Telekom im 1. Halbjahr 2014 mit mehr als 300 Themen befasst.

dass die pflichtgemäße Ausübung der einen Funktion unweigerlich zur Vernachlässigung der anderen und damit zur Haftung führt.

Um zu eruieren, ob eine solche praxisgerechte Pflichten- und Haftungsausgangslage besteht, ist in einem ersten Schritt zunächst aus Perspektive des eigenen und dann des fremden Ressorts zu untersuchen, welche Arten von Ressortverteilungspflichten es geben kann. Hierauf aufbauend können Umfang und Intensität dieser Pflichten in der GmbH bestimmt werden. Dabei ist auch zu prüfen, ob sich das Haftungsrisiko durch eine Metaüberwachung und die Möglichkeit eines Innenregresses reduzieren lässt. Im Anschluss kann der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit die Geschäftsführer sich von ihrer Haftung wegen einer Überwachungspflichtverletzung befreien können, indem sie das Mitverschulden anderer Organe geltend machen.

A. Eigenes Ressort (Ressortverantwortung)

Wie bereits im 1. Teil herausgearbeitet, werden die primären Pflichten der Geschäftsführer durch die Ressortverteilung in jedem Falle ausgedünnt und konzentrieren sich fortan auf das eigene Ressort. Insoweit steht ihnen ein geschützter Bereich unternehmerischer Eigenverantwortung zu, der aufgrund der Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit im Grundsatz vor gegenseitiger Einmischung geschützt ist.⁸⁶⁶ Auf der anderen Seite bringt die Geschäftsverteilung im Verhältnis zu den Mitgeschäftsführern Pflichten mit sich, die der Regelfall der Gesamtgeschäftsführung nicht kennt. Dieses Zusammenspiel von Freiraum und Pflichtenkomplex ist im Folgenden aufzufächern, weil es zwangsläufig die Effektivität der Arbeitsteilung als Mittel der Enthftung beeinflusst. Nicht vorhandene oder schwache Sekundärpflichten würden dem Geschäftsführer wenig nützen, wenn die Vereinigung von Aufgaben im eigenen Geschäftsbereich mit einer exorbitanten Ressortverantwortung einherginge. Das Gleichgewicht zwischen Ressort- und Residualverantwortung muss stimmen.

866 OLG Hamm v. 24.4.1991 – 8 U 188/90, GmbHR 1992, 375 (377); OLG Zweibrücken v. 22.12.1998 – 8 U 98/98, NZG 1999, 506 (508), Rn. 77; OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (399), Rn. 50; Harbarth, ZGR 2017, 211 (222); Fleischer, ZIP 2009, 1397 (1400); zur AG BGH v. 13.7.1998 – II ZR 131/97, NJW-RR 1998, 1409 (1409 f.), Rn. 5, 12 f.; Kremer, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 37; Semler, FS Döllerer, 571 (580); Schwark, ZHR 142 (1978), 203 (208); Dose, Rechtsstellung, S. 56.

Dass die ausführlich behandelten persönlichen und fachlichen Eignungskriterien⁸⁶⁷ des Ressortleiters nicht nur für die Enthaltung seiner Kollegen relevant sind, sein individueller Haftungsmaßstab bei der Erfüllung der Ressortpflichten also diesbezüglich von denselben Prämissen ausgehend bestimmt werden muss,⁸⁶⁸ sei der Vollständigkeit halber vor die Klammer gezogen.

I. Interne Pflichten

Wird die im 1. Teil festgelegte Ressortdefinition zugrunde gelegt, so erledigt der Geschäftsführer die ihm übertragenen Aufgaben kraft Einzelgeschäftsführungsbefugnis, ohne dabei auf das Einvernehmen seiner Kollegen angewiesen zu sein. Er besitzt im Grundsatz die Kompetenz, sein Ressort wie eine „Gesellschaft in der Gesellschaft“ zu führen, ganz besonders im Falle der Spartenorganisation. Insoweit tut er genau das, was das Gesamtgremium an seiner Stelle tun müsste. Es ist daher konsequent, dass dem Ressortleiter in seinem Bereich, vorbehaltlich übergeordneter Richtlinien und normativer Bindungen, das laufende Geschäft samt der strategischen Entscheidungen und der Kontrolle der ihm unterstellten Mitarbeiter obliegt.⁸⁶⁹ Er trägt für seine Aufgaben die unternehmerische Verantwortung. In Anlehnung an die Unternehmerfunktionen⁸⁷⁰ lässt sich diese in den Vierklang der Ressortplanung, -organisation und -kontrolle sowie der Personalverantwortung⁸⁷¹ übersetzen und inhaltlich entsprechend ausbuchstabieren. Bei der Fortführung eines Ressorts hat er die bisherige Geschäftsbereichsleitung seines Vorgängers zu überprüfen.⁸⁷²

867 Siehe S. 137 ff.

868 BGH v. 16.2.1981 – II ZR 49/80, WM 1981, 440 (442), Rn. 13; v. 14.3.1983 – II ZR 103/82, NJW 1983, 1856 (1857), Rn. 8; zur AG *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (315); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 230, 236; *Semler*, FS Döllerer, 571 (583 f.).

869 OLG Hamm v. 24.4.1991 – 8 U 188/90, GmbHR 1992, 375 (376); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (481); *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2202); *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 20; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 20; vgl. zur AG OLG Köln v. 31.8.2000 – 18 U 42/00, AG 2001, 363 (364), Rn. 32; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 236-238; *Heimbach/Boll*, VersR 2001, 801 (803); *Götz*, AG 1995, 337 (338); *Semler*, FS Döllerer, 571 (580 f., 583).

870 Siehe S. 66 f.

871 Siehe zur Pflichtentrias im Falle vertikaler Delegation bereits S. 27.

872 Ausführlich *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (843); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (487); *Rüsken*, in: Klein, AO, § 69 Rn. 109, m.w.N.; *Schnor-*

Für Maßnahmen, die in die Gesamtzuständigkeit des Gremiums fallen, ist der Ressortleiter grundsätzlich nicht zuständig⁸⁷³ und muss sie daher seinen Kollegen vorlegen.⁸⁷⁴

II. Externe (zusätzliche) Pflichten

1. Begründung und Inhalt

Die Auslagerung einer Aufgabe im Wege verantwortungsmodifizierender horizontaler Delegation hat nicht nur den Effekt einer Skalierung „vom Großen ins Kleine“ zur Folge. Kraft des Gesamtverantwortungsgrundsatzes bleibt das Gesamtgremium mit ihr verbunden und subsidiär zuständig für ihre Erfüllung. Darf eine Aufgabe nicht mehr persönlich von sämtlichen Organwaltern wahrgenommen werden, soll deren Verantwortungsband aber gleichwohl nicht abreißen, müssen sie zwangsläufig auf irgendeine Weise in ihre Erledigung einbezogen werden. Es muss gleichsam ein informationeller Unterbau geschaffen werden, auf dem sich dann auch die Residualpflichten der Kollegen entfalten können, ohne die effizienzsteigernde Wirkung der Ressortverteilung in unternehmensschädigender Weise in ihr Gegenteil zu verkehren.⁸⁷⁵ Andernfalls ließe sich auch die Haftung der Geschäftsführer wegen unterlassener Abwendung einer Pflichtverletzung des Ressortleiters nicht systemkonform begründen.⁸⁷⁶ Diese mittelbare Teilhabe kann nur derjenige gewährleisten, der direkten Zugang zur Quelle der relevanten Informationen besitzt, also der zuständige Geschäftsbereichsleiter. Für ihn wandelt sich das Gebot zur kollegialen und loyalen Zusammenarbeit im Interesse der Gesellschaft insofern von einer Mitwirkungs- in eine Einbindungspflicht; er hat seinen Kollegen die Informationen weiterzuleiten, die diese zu seiner Überwachung benötigen.⁸⁷⁷

bus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 83; ungenau *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 176.

873 Siehe zu den Ausnahmen S. 77 ff.

874 Zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 238.

875 Ähnl. zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 240; *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 174; *Linnertz*, Delegation, S. 261 f.; *Semler*, FS Döllerer, 571 (580); *Martens*, FS Fleck, 191 (196 f.).

876 Siehe zum Auseinanderfallen von Verantwortung und Kompetenz bereits S. 46.

877 Vgl. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169 f.), Rn. 21; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 128; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (588); *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (74);

Umgekehrt muss er aber auch weiterhin solche Informationen teilen, die für das Handeln der Kollegen (haftungs-)relevant sein können.⁸⁷⁸ Da seine Enthaltung nicht infrage steht und es auch nicht um eine Haftung für fremdes Fehlverhalten geht, sind für ihn hingegen weder der Vertrauens- noch der Gesamtverantwortungsgrundsatz⁸⁷⁹ pflichtenbestimmend oder -begründend.

2. Umfang und Intensität

Mit dem Gebot, „wesentliche“, „wichtige“ oder „bedeutsame“ Informationen weiterleiten zu müssen,⁸⁸⁰ wird der Ressortleiter wenig anfangen können. Nach dem zuvor Gesagten müssen sich Umfang und Intensität seiner Informationspflicht am Gebot kollegialer und loyaler Einbindung seiner Mitgeschäftsführer orientieren. Das Interesse der Gesellschaft an der Ermöglichung seiner ordnungsgemäßen Überwachung durch die Kollegen ist daher der Maßstab, nach dem es die Ressortberichtsspflichten aufzufächern gilt. Das bedeutet umgekehrt, dass es im Bereich verantwortungsausschließender Delegation keine Informationspflicht geben kann.

Im Interesse der Gesellschaft ist das präventive⁸⁸¹ Aufspüren unzumutbarer und rechtswidriger Ressortmaßnahmen und -entwicklungen. Kontrolle ist insofern „Gefahrenabwehr“.⁸⁸² Die Möglichkeit ordnungsgemäßer Überwachung setzt voraus, künftige Fehlerquellen zu antizipieren, um hierauf beruhende Pflichtverletzungen des Ressortleiters oder zumin-

zur AG *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (512); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (69); *Mielke*, Leitung, S. 74; *Martens*, FS Fleck, 191 (196 f.).

878 *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 83, m.w.N.; *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 37 Rn. 50; zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 173; *Mielke*, Leitung, S. 74; speziell bezogen auf § 91 Abs. 1 AktG *Fleischer*, WM 2006, 2021 (2024).

879 So *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 240 f.

880 So der einhellige Tenor, siehe *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 175, m.w.N.; *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (512); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (69); *Martens*, FS Fleck, 191 (197).

881 Vgl. *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); zur AG ähnl. *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 176; *Linnertz*, Delegation, S. 262; in diese Richtung auch OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (400), Rn. 57.

882 Zu diesem Zweck der „Schadensvorbeugung“ *Martens*, FS Fleck, 191 (195); *Westermann*, KF 1993, 15 (20).

dest daraus resultierende Schäden verhindern zu können. Andernfalls wäre auch das Rückholrecht der Mitgeschäftsführer weitgehend funktionslos.⁸⁸³

Dementsprechend hat der Ressortleiter in Erfüllung seiner Ressortberichtsspflicht primär potenzielle Fehlerquellen beziehungsweise ihre ersten Anzeichen und die anschließende Entwicklung vollständig, zutreffend, verständlich, transparent und ohne schuldhaftes Zögern mitzuteilen,⁸⁸⁴ sofern sie objektiv erkennbar sind. Eine Ausnahme ist nur anzuerkennen, soweit Gefahr im Verzug ist.⁸⁸⁵ Zu berichten sind demnach keine Routineangelegenheiten, sondern zum einen besonders komplexe oder existenzbedrohliche Sachverhalte, in denen die Findung der pflichtgemäßen unternehmerischen Entscheidung besonders schwierig ist und daher einer außerordentlich bedachten Abwägung bedarf. Zu denken ist beispielsweise an die Reaktion auf eine signifikante Abweichung von eigenen Ressortplanzahlen, Zahlungsausfälle,⁸⁸⁶ die Markteinführung eines neuartigen Konkurrenzproduktes, erkennbare Risiken eines Projekts⁸⁸⁷ oder der Ausfall eines wichtigen Kunden, eines bedeutsamen Zulieferers oder einer Schlüsselfigur unter den nachgeordneten Mitarbeitern.⁸⁸⁸ Zum anderen gehören auch die Ressortgeschäftsführung betreffende schwierige beziehungsweise unsichere Rechtsfragen⁸⁸⁹ hierher, etwa ob ein zu veröffentlichender Prospekt wettbewerbswidrig⁸⁹⁰ ist.

Unabhängig von dieser primären Pflicht sind die Mitgeschäftsführer vom Ressortleiter zum Zwecke seiner Überwachung auch kursorisch über die generelle Planung und den Gang der Geschäfte im Bilde zu halten.⁸⁹¹ Denn um ihrer Überwachungspflicht nachkommen zu können, müssen

883 *Martens*, FS Fleck, 191 (197 Fn. 14); vgl. auch *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 10 f.; *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 15.

884 Eine Orientierung an § 90 Abs. 4 AktG befürwortend *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 176; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 250; siehe zur Auslegung der Vorschrift statt aller *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 90 Rn. 13 f.

885 Zur AG ähnl. *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 176 f.; vgl. auch *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 15.

886 *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (588).

887 Zum Beispiel eines geplanten Joint Ventures, vgl. OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (400), Rn. 59.

888 Vgl. *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 93, 128 Fn. 20, mit weiteren Beispielen.

889 Statt aller *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 36 ff., m.w.N.

890 Vgl. hierzu die Denkkittel-Entscheidung des BGH v. 13.11.1979 – KZR 1/79, GRUR 1980, 242 (244 f.), Rn. 46 ff.

891 Vgl. *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 91, 128 Fn. 20; eine Orientierung an § 90 Abs. 1 AktG befürwortend *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 174.

sie auch verstehen, wie im fremden Geschäftsbereich generell gearbeitet wird. Das ist essenziell, um jegliche Information unabhängig von ihrer Quelle thematisch überhaupt einem Ressort zuordnen und hinsichtlich ihrer Bedeutung für den Geschäftsbereich beurteilen zu können. Diese Pflicht zur Gewährung der „Hintergrundinformationen“ ist gewissermaßen die informationelle Basis der Kontrolle. Die Frequenz derartiger Berichte wird unter gewöhnlichen Umständen der Häufigkeit der Sitzungen entsprechen können.

Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Rolle des für die wirtschaftliche Selbstkontrolle primär zuständigen Geschäftsführers.⁸⁹² Seine singulären und turnusmäßigen Informationspflichten bilden für die übrigen Geschäftsführer die Grundlage zur Überprüfung sämtlicher der Gesamtverantwortung unterliegenden finanziellen Pflichten, weshalb ihre ordnungsgemäße Erfüllung für die Enthftung durch Arbeitsteilung elementar ist.

B. Fremdes Ressort (Residualverantwortung)

Aus Sicht der Geschäftsführer ist eine Arbeitsteilung besonders vorteilhaft, wenn sie dem fremden Ressort möglichst wenig Zeit und Aufmerksamkeit schenken müssen, ohne dabei eine Haftung befürchten zu müssen. Die verantwortungsausschließende Delegation ist diesbezüglich das Maß der Dinge. Ist die Verantwortung „nur“ modifiziert, hängt die alles entscheidende Frage davon ab, welchen Kontrollaufwand der Überwacher leisten muss, um einer Ersatzpflicht zu entgehen. Haftet er, so ist darüber hinaus von Bedeutung, ob er die Primärverantwortung des Ressortleiters wenigstens diesem gegenüber einwenden kann.

I. Allgemeine Haftungsgrundsätze

1. Organinterne Zurechnung von Pflichtverletzungen nach dem BGB

Eine Ressortverteilung wäre aus Enthftungsperspektive weitgehend zwecklos, wenn der Geschäftsführer für das Fehlverhalten der Kollegen gemäß § 278 S. 1 BGB unabhängig von einer eigenen Pflichtverletzung und einem eigenen Verschulden eintreten müsste oder im Ergebnis den

892 Siehe hierzu bereits ausführlich S. 73.

strengen Kontrollpflichten einer vertikalen Delegation im Sinne des § 831 Abs. 1 BGB unterläge. Die Geschäftsführer sind aber nach einhelliger Meinung richtigerweise keine gegenseitigen Erfüllungs- oder Verrichtungsgelhilfen, sondern nach § 31 BGB (analog) allein für die Gesellschaft tätig.⁸⁹³

2. Außenwirkung organinterner Überwachungspflichten

Darauf, dass den Geschäftsführer im ressortgeteilten Gremium eine deliktische Haftung wegen Überwachungsversagens nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. mit solchen Schutzgesetzen treffen kann, die an die Gesamtverantwortung der Leitungspersonen appellieren und mithin eine „Garantenstellung“ für fremdes Ressortversagen normieren, wurde bereits mehrfach hingewiesen.⁸⁹⁴ Ob die pflichtwidrige Kontrolle auch den „Grundtatbestand“ des § 823 Abs. 1 BGB erfüllen oder ganz allgemein deliktischen Drittschutz entfalten kann, etwa über § 823 Abs. 2 BGB, wurde in der gesellschaftsrechtlichen Literatur allerdings bisher kaum thematisiert. Das mag auch daran liegen, dass dem zuständigen sechsten Zivilsenat des BGH einschlägige Fälle bisher soweit ersichtlich noch nicht zur Entscheidung vorgelegen haben.

In seiner berühmten Baustoff-Entscheidung vertrat dieser noch die Ansicht, dass den GmbH-Geschäftsführer eine Außenhaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB durch Verletzung organschaftlicher, das heißt im Grundsatz lediglich nach innen gerichteter, Organisationspflichten treffen könne.⁸⁹⁵ Die Annahme einer Garantenstellung oder Verkehrspflicht aufgrund des durch die Arbeitsteilung begründeten organschaftlichen Überwachungsauftrags könnte in Fortschreibung der Baustoff-Maxime ebenfalls eine mittelbare Haftung des unzuständigen Geschäftsführers gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen fahrlässiger Unkenntnis und Nichtverhinderung von Pflicht-

893 RG v. 18.10.1917 – VI 143/17, RGZ 91, 72 (74 f.); *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (448); *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 29; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 27; *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 285 f.; *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1210); *Rohde*, JuS 1995, 965 (966); *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 257; zur AG *Löbbecke/Fischbach*, AG 2014, 717 (718); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 231; *Linnertz*, Delegation, S. 34-36.

894 Exemplarisch zu einer Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 32 Abs. 1 S. 1, 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch OLG Frankfurt v. 14.10.2016 – 10 U 64/16, NZG 2017, 376 (377), Rn. 40.

895 BGH v. 5.12.1989 – VI ZR 335/88, BGHZ 109, 297 (303 ff.), Rn. 16 ff.; siehe auch BGH v. 12.3.1996 – VI ZR 90/95, NJW 1996, 1535 (1537), Rn. 21.

verletzungen des Ressortleiters ermöglichen.⁸⁹⁶ Bestünde dessen Pflichtverletzung im konkreten Falle etwa in einer mittelbaren Schädigung aufgrund Organisationsversagens wie im Baustoff-Fall, wäre folglich sogar eine „doppelt mittelbare“ Haftung denkbar. Die reziproke organinterne Überwachungspflicht gegenüber der Gesellschaft würde so vollumfänglich in das Außenverhältnis transponiert und könnte auf diese Weise eine Haftungsgrundlage für jedwede Schädigung Dritter durch einen Kollegen begründen.⁸⁹⁷ Erfasst wäre die Verletzung sämtlicher Vorschriften, deren Einhaltung nur mittelbar über die Legalitätspflicht der Gesamtverantwortung der Geschäftsführung unterliegt. Der Enthaltungsumfang der Arbeitsteilung auf Geschäftsführungsebene wäre erheblich eingeschränkt. Das hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit Abschreckungswirkung, sodass mit Effizienzverlusten für Unternehmen und die gesamte Wirtschaft zu rechnen wäre.⁸⁹⁸

Allerdings betreffen nach dem vom zweiten Zivilsenat des BGH in ständiger Rechtsprechung gefestigten Grundsatz die Organpflichten des § 43 Abs. 1 GmbHG beziehungsweise des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG im Ausgangspunkt richtigerweise lediglich das Innenverhältnis zur Gesellschaft und sind daher für sich betrachtet keine Grundlage nach außen gekehrter Geschäftsführerplichten.⁸⁹⁹ Mittlerweile hat auch der sechste Zivilsenat seine Linie zumindest im Bereich reiner Vermögensschäden entsprechend korrigiert.⁹⁰⁰ Nichtsdestotrotz herrscht in Anbetracht der Rechtsprechung des ersten, zehnten und elften Zivilsenats bezüglich der (faktischen) Außen-

896 Vgl. *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 88; *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (14f.); zum „Normalfall“ der Inanspruchnahme des einzelnen Geschäftsführers wegen persönlicher Tatbestandserfüllung *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 452 ff.; *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 79, 87; *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 823 Rn. 375.

897 Ähnl. *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 845; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (34).

898 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 138; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 350.

899 Siehe S. 151; ausführlich mit Nachweisen zur Gegenansicht *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 239 ff.; *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 221; *ders.*, in: Erman, BGB, § 823 Rn. 86a; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 369; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (33); *Westermann*, DNotZ 1991, 813 (817 f.).

900 BGH v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 (33-35), Rn. 22 f.; v. 7.5.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 (2165), Rn. 10.

wirkung von Organpflichten kraft Garantenstellung oder Verkehrspflicht noch weitgehende Unsicherheit.⁹⁰¹

Die aus der horizontalen Delegation entspringende Überwachungspflicht hat im Grundsatz lediglich gesellschaftsinterne Wirkung.⁹⁰² Es handelt sich dabei nicht um eine „originäre“ Verkehrspflicht der Gesellschaft, deren Erfüllung das zuständige Organmitglied übernimmt.⁹⁰³ Sie wird nicht benötigt, um die Haftung der juristischen Person zu begründen,⁹⁰⁴ sondern besteht primär im Gesellschaftsinteresse als Gegengewicht zur Arbeitsteilung. Die Normierung besonderer Haftungstatbestände nebst Gesamtverantwortung im Verhältnis zu Dritten, etwa durch die §§ 69, 34 Abs. 1 S. 1 AO, hätte keinen erkennbaren Sinn, wenn die Außenpflichten der Ressortleiter ohnehin stets die aller Geschäftsführer wären und diese für deren Erfüllung auch immer die solidarische Verantwortung trügen.⁹⁰⁵ Ein solches Ergebnis widerspräche auch der Haftungskonzentration nach § 13 Abs. 2 GmbHG.⁹⁰⁶ Das Baustoff-Urteil und andere einschlägige höchstrichterliche Entscheidungen heben demgemäß hervor, dem Geschäftsführer müsse ein „Aufgabenbereich“ zugewiesen sein, der die Abwehr von Gefahren für das Integritätsinteresse Dritter zum Gegenstand habe, um seine Außenhaftung begründen zu können; er könne nicht für sämtliche aus dem Tätigkeitsfeld der Gesellschaft heraus begangenen Delikte zur Verantwortung gezogen werden.⁹⁰⁷ Insoweit ist die primäre

901 Zum Ganzen *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 82 ff., m.w.N.

902 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 88, 90.

903 Vgl. zum Gedanken der Übernahmehaftung *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 221 ff.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 76 III 5. d), S. 422; krit. *Medicus*, GmbHR 2002, 809 (814, 817); *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 437 f.

904 Zu diesem Argument der Fürsprecher der Baustoff-Entscheidung statt aller *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 61; *Brüggemeier*, AcP 191 (1991), 33 (64 f.); *v. Bar*, FS Kitagawa, 279 (282 ff.); dagegen zusammenfassend *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 478 ff.; *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 84 f.; krit. gegenüber der Idee der Bereichs- und Zustandshaftung auch *Medicus*, GmbHR 2002, 809 (816 f.); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 76 III 5. d), S. 421.

905 Vgl. *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 247 ff.; *Medicus*, GmbHR 2002, 809 (814, 816); *Lutter*, ZHR 157 (1993), 464 (472, 474, 477).

906 *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 223; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 339 f., 350; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 357; *Medicus*, GmbHR 2002, 809 (814); a.A. *Dieckmann*, ZGR 2020, 1039 (1061).

907 BGH v. 5.12.1989 – VI ZR 335/88, BGHZ 109, 297 (303 f.), Rn. 16; zum Patentrecht BGH v. 15.12.2015 – X ZR 30/14, BGHZ 208, 182 (207 f.), Rn. 113; zum Urheberrecht BGH v. 27.11.2014 – I ZR 124/11, GRUR 2015, 672 (679),

Zuständigkeit für einen bestimmten Geschäftsbereich daher im Grundsatz Voraussetzung der Außenhaftung.⁹⁰⁸ Hätte die Geschäftsführung im Baustoff-Fall aus mehreren Personen bestanden, hätte die zugewiesene Aufgabenstellung etwa „Akquisition von Aufträgen und Einkauf“ lauten können.⁹⁰⁹

Die unzuständigen Geschäftsführer haften mithin, abgesehen von den Fällen ausdrücklich normierter Gesamtverantwortung, im Außenverhältnis prinzipiell nicht, also auch nicht für fahrlässiges Überwachungsversagen.⁹¹⁰ Genauso wenig können sie aber von Dritten allein deshalb in Anspruch genommen werden, weil sie von einer bevorstehenden Pflichtverletzung im fremden Ressort gewusst und nichts unternommen haben, um sie zu verhindern.⁹¹¹ Begründungsversuche,⁹¹² die sich auf die Überwachung (ressortfremder) nachgeordneter Mitarbeiter beziehen, sind jedenfalls auf das Verhältnis zwischen Ressortleitern nicht übertragbar und müssen im Übrigen unvermeidlich auf das Organverhältnis rekurrieren, um eine Sonderpflicht zum Handeln zu konstruieren.⁹¹³ Es lässt sich

Rn. 81; zum Verein ausdrücklich OLG Celle v. 28.6.2000 – 9 U 182/99, BeckRS 2000, 30119800, Rn. 95, das in Rn. 97, jedoch wohl – insoweit verfehlt – davon ausgeht, dass eine nicht delegierte Aufgabe einen Organisationsmangel nur des 1. Vereinsvorsitzenden begründe, statt in die Gesamtverantwortung aller Geschäftsleiter zu fallen.

908 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 76 III 5. d), S. 422; *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 221 f.; *Brüggemeier*, AcP 191 (1991), 33 (64 f.); *Dieckmann*, ZGR 2020, 1039 (1068 f.).

909 *Westermann*, DNotZ 1991, 813 (816).

910 Vgl. OLG Rostock v. 16.2.2007 – 8 U 54/06, OLGR Rostock 2007, 486 (488), Rn. 33; *Grunewald*, ZHR 157 (1993), 451 (458); *Lutter*, ZHR 157 (1993), 464 (468 ff.); *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 419; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 353; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 142.

911 So zum Patentrecht OLG Düsseldorf v. 11.1.2018 – I-15 U 66/17, BeckRS 2018, 1291, Rn. 171-173; zum Wettbewerbsrecht OLG Köln v. 24.8.2007 – 6 U 92/07, BeckRS 2008, 4433, Rn. 15; im Ansatz auch OLG Celle v. 28.6.2000 – 9 U 182/99, BeckRS 2000, 30119800, Rn. 95; zweifelnd zur Störerhaftung im Markenrecht OLG Hamburg v. 28.2.2013 – 3 U 136/11, GmbHR 2013, 872 (874), Rn. 37 f.

912 *Nietsch*, CCZ 2013, 192 (197); bezogen auf die Überwachung von (ressortfremden) nachgeordneten Mitarbeitern *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 464 f.; *ders.*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43 Rn. 88; allg. zu den Organisationspflichten *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 8, 232 f.; *Lutter*, ZHR 157 (1993), 464 (468 f.); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 867-869.

913 Weitere ähnliche Ansätze, die allein auf die Bedeutung des gefährdeten Rechtsguts abstellen, vermögen aus demselben Grund nicht zu überzeugen, siehe

nicht plausibel rechtfertigen, warum bloßes Wissen um ein künftiges rechtswidriges Verhalten im fremden Ressort eine Garantenstellung beziehungsweise eine Verkehrspflicht begründen soll, ohne ein Einfallstor für eine reine Billigkeitsaußenhaftung zu schaffen.⁹¹⁴ Allein die Tatsache, dass jemand sich dagegen entscheidet, einen Schaden zu verhindern, obwohl er es könnte, begründet ohne Sonderpflicht trotz Erfolgskausalität keine Haftung wegen Unterlassens.⁹¹⁵ Soweit in Anlehnung an die, insbesondere im Strafrecht jüngst vermehrt in den Fokus geratene,⁹¹⁶ „Geschäftsherrenhaftung“ im Falle der Kenntnis eine Garantenstellung aufgrund der Steuerungs- und Beherrschungsmöglichkeiten des Geschäftsführers angenommen wird,⁹¹⁷ überzeugt das nicht, weil ihm diese genauso im Falle fahrlässiger Unkenntnis zustehen. Die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit zur Risikosteuerung ist essenziell für die Pflichtenbegründung und die Kausalität, aber längst kein hinreichender Zurechnungsgrund.⁹¹⁸ Ferner ist die Garantenstellung auch bei der Geschäftsherrenhaftung auf den konkret zugewiesenen Aufgabenbereich beschränkt, weil auch ihr zufolge die privatautonome innergesellschaftliche Zuständigkeitsordnung in das Außenverhältnis wirkt.⁹¹⁹ Die Sonderverantwortlichkeit der Geschäftsführer erstreckte sich demnach, die Richtigkeit dieses Ansatzes unterstellt, nicht auf fremde Ressorts. Das erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil die sekundär zuständigen Organwalter aufgrund fehlender primärer Ge-

Wilhelmi, Risikoschutz, S. 225; *Medicus*, GmbH 2002, 809 (818); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 848, 850; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (39 f.); *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 142.

914 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 142; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (37 f., 42 f.); krit. auch *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 225.

915 BGH v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 (33), Rn. 18; *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 148, 152 f., 173, 195 ff., 218; zum Strafrecht BVerfG v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01, NJW 2003, 1030, Rn. 7; vgl. auch *Dieckmann*, ZGR 2020, 1039 (1058, 1067).

916 Siehe hierzu allg. statt aller *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rn. 53 f., m.w.N.

917 Siehe etwa *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 465 Fn. 71.

918 Vgl. *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 183, 195 ff.; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 850.

919 Vgl. zum Strafrecht BGH v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (45), Rn. 11; speziell zum „Compliance Officer“ BGH v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 (48), Rn. 23; *Böse*, wistra 2005, 41 (43 f.); *Ransiek*, ZGR 1999, 613 (615 f., 618 f., 633); ausdrücklich *Schünemann*, FS 50 Jahre BGH, Band IV, 621 (637, 641), dem zufolge „sich die Garantiepflichten eines Vorstandsmitglieds in einer nach dem Ressortprinzip organisierten Unternehmensleitung auf den von dem betreffenden Mitglied geleiteten Bereich beschränken.“

schaftsführungsbefugnisse keine Möglichkeit haben, auf fremde Geschäftsbereiche so Einfluss zu nehmen wie die zugehörigen Ressortleiter.

Entsprechend hat nun auch der erste Zivilsenat entschieden, dass Kenntnis allein nicht zur Haftungs begründung genügt; vielmehr ist ein positives Tun oder eine nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts zu begründende Garantenstellung erforderlich.⁹²⁰ Das muss folgerichtig auch für das bewusste Verschließen vor der Erkenntnis gelten, sofern keine weiteren Umstände hinzutreten.⁹²¹ Der unzuständige Geschäftsführer kann daher im Außenverhältnis für deliktisches Verhalten seiner Kollegen und der ihnen unterstellten Mitarbeiter, abgesehen von den ausdrücklich normierten Fällen, nur ausnahmsweise in Anspruch genommen werden: Seine Haftung setzt voraus, dass er dem Dritten gegenüber für die Kontrolle des fremden Ressorts kraft Garantenstellung oder Verkehrspflicht persönlich einzustehen hat. Eine solche Sonderverantwortlichkeit kann sich etwa aus Ingerenz⁹²² oder einer dem Dritten gegenüber explizit erklärten Übernahme der Aufsicht ergeben.⁹²³ Ein anderes Ergebnis wäre mit den zuvor behandelten Haftungsgrundsätzen systematisch nicht vereinbar. Denn die generelle Projektion der wechselseitigen organinternen Kontrollpflichten

920 Zum Wettbewerbsrecht BGH v. 18.6.2014 – I ZR 242/12, BGHZ 201, 344 (349), Rn. 17, 19; zum Urheberrecht BGH v. 27.11.2014 – I ZR 124/11, GRUR 2015, 672 (679), Rn. 80, 83; (noch) offen gelassen für den Bereich des Patentrechts BGH v. 15.12.2015 – X ZR 30/14, BGHZ 208, 182 (207 f.), Rn. 108.

921 *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 134; widersprüchlich daher zum Wettbewerbsrecht BGH v. 18.6.2014 – I ZR 242/12, BGHZ 201, 344 (352), Rn. 26; entsprechend zur Störerhaftung im Markenrecht OLG Hamburg v. 28.2.2013 – 3 U 136/11, GmbHR 2013, 872 (874), Rn. 39.

922 Zu Recht krit. zur konkreten Begründung der Garantenstellung in der Leder-spray-Entscheidung aber *Schünemann*, FS 50 Jahre BGH, Band IV, 621 (638 f.); *Nietsch/Habbe*, DB 2019, 409 (415); vgl. auch *Gaede*, in: K/N/P, StGB, § 13 Rn. 43, m.w.N., dem zufolge der zweite Zivilsenat im Ergebnis eine Geschäftsherrenhaftung annahm.

923 Zu den Organisationspflichten *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 457 ff.; *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 87, m.w.N.; *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 222, 224 f.; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 866; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (38 f.); *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 131, m.w.N.; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 350 f.; *Medicus*, GmbHR 2002, 809 (813); im Ansatz auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 76 III 5. d), S. 421; noch enger *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 142-144; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 359; zur Ressortverteilung abw. – gestützt auf die bloße faktische Handlungsmöglichkeit – *Dieckmann*, ZGR 2020, 1039 (1073 ff.); ebenfalls nicht überzeugend *Nietsch*, CCZ 2013, 192 (196 f.), der eine Außenwirkung aus der besonders groben Verletzung ausschließlich intern wirkender organschaftlicher Pflichten ableiten möchte.

in das Außenverhältnis käme einer Anwendung des § 831 Abs. 1 BGB „durch die Hintertüre“ gleich. Die Geschäftsführer sind aber weder „Geschäftsherren“⁹²⁴ noch gegenseitige „Gehilfen“ beziehungsweise einander zurechenbare „Gefahrenquellen“⁹²⁵ im Sinne der Vorschrift, weshalb es nicht angemessen ist, ihnen eine solche generelle Verkehrspflicht zum Schutz Dritter aufzubürden.

II. Pflichtrechte zur Überwachung

Der sekundärpflichtige Geschäftsführer kann nur verpflichtet sein, seiner Residualverantwortung nachzukommen und, sofern er dabei versagt, überhaupt nur in die Haftung genommen werden, wenn ihm Mittel und Wege zustehen,⁹²⁶ auf den grundsätzlich geschützten Organisationskreis des fremden Ressortleiters in irgendeiner Weise Einfluss auszuüben,⁹²⁷ und die Bedingungen ihres Einsatzes bestimmbar sind.

1. Grundlagen

Das Kollegialprinzip und der ihm entspringende Gleichberechtigungsgrundsatz werden im Falle der verantwortungsmodifizierenden Delegation nicht durchbrochen, sondern lediglich abgeschwächt.⁹²⁸ Aus der geminderten, aber nichtsdestotrotz fortbestehenden Gleichberechtigung der Geschäftsführer folgt, dass ihr Recht als Organmitglied,⁹²⁹ an der Leitung der fremden Ressorts teilzuhaben, subsidiär aufrecht erhalten bleibt.⁹³⁰ Aus

924 Auch nicht der nachgeordneten Mitarbeiter, siehe statt aller *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 465; *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 30.

925 Zu dieser dogmatischen Erwägung des § 831 BGB siehe *Wilhelmi*, in: Erman, BGB, § 831 Rn. 2; *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 831 Rn. 1; *Medicus*, GmbHR 2002, 809 (813).

926 Pflichtrechte sind subjektive Rechte mit einer immanenten Pflichtenbindung im Fremdinteresse, siehe *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (2); auch die Kompetenzen im eigenen Ressort fallen darunter.

927 Siehe S. 46; vgl. auch *v. Hein*, ZHR 166 (2002), 464 (487); zum Deliktsrecht *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 182 f., 221; *ders.*, in: Erman, BGB, § 823 Rn. 74a, 78; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 452.

928 Siehe S. 57 ff.

929 *Ulmer*, FS Schwark, 271 (275).

930 Ähnl. *Roth*, ZGR 1985, 265 (267).

der Gesamtverantwortung⁹³¹ ergibt sich komplementär dazu die Pflicht, soweit zur Gewährleistung ordnungsgemäßer Ressortgeschäftsführung erforderlich, von dieser subsidiären Befugnis Gebrauch zu machen. Die Reichweite der sekundären Kompetenzen begrenzt das Gebot loyalen und kollegialen Umgangs,⁹³² während der Vertrauensgrundsatz ihr Pflichtenelement formt. Zwischen diesen vier Polen „bewegt“ sich demzufolge das Ermessen für die Ausübung der Pflichtrechte zur Überwachung. Da es sich bei ihnen nach wie vor um subjektive Rechte und Pflichten handelt oder zumindest kein Grund ersichtlich ist, warum das nicht länger der Fall sein sollte, ist die Geschäftsführung nicht nur als Kollektiv zur Kontrolle befugt.⁹³³

2. Kontrollzweck

Nach einer Ansicht rechtfertigt bereits die Unzweckmäßigkeit einer Geschäftsführungsmaßnahme eine Intervention; die Kontrollbefugnis unterliege nur einer Missbrauchsgrenze.⁹³⁴ Die Gegenauffassung lässt eine Pflichtverletzung aufgrund unwirtschaftlicher Aufgabenerfüllung aufgrund der geschützten Eigenverantwortung des Ressortleiters nur als hinreichenden Grund für einen Eingriff in den fremden Geschäftsbereich

931 Ungenau daher OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (398), Rn. 36; *Leuring*, FS Seibert, 543 (549); zur AG auch *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 241, 260, der das Informations-beziehungsweise Interventionsrecht im Wege eines Zirkelschlusses aus der Pflicht zur Überwachung beziehungsweise der Gesamtverantwortung herleitet.

932 Für die vorliegende Untersuchung braucht dabei nicht entschieden zu werden, ob die Ansprüche des kontrollierenden Geschäftsführers „nur“ gegenüber der Gesellschaft bestehen, so OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (397 f.), Rn. 33 f.; BGH v. 9.3.1992 – II ZR 102/91, GmbHR 1992, 301 (303), Rn. 10; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 30a; für eine Rechtsbeziehung zwischen den Geschäftsführern hingegen tendenziell *Ulmer*, FS Schwark, 271 (275 Fn. 31 a.E.); unklar *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 158.

933 A.A. *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 53, der entsprechend auch ein Widerspruchsrecht ablehnt.

934 *Leuring*, FS Seibert, 543 (553); *Peters*, GmbHR 2008, 682 (685 f.); *van Venrooy*, GmbHR 2001, 7 (12); zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 259-261; *Fleischer*, NZG 2003, 449 (453); *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (512); *Martens*, FS Fleck, 191 (196); *Wendeling-Schröder*, Divisionalisierung, S. 44.

gelten, sofern sie eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreitet.⁹³⁵ Der Streit kreist um die Interventionspflicht, betrifft aber konsequenterweise bereits das vorgelagerte Auskunftsverlangen. Richtig ist, dass die Gesamtverantwortung im Grundsatz auch in der GmbH die Leitung im Ganzen erfasst und damit nicht nur verlangt, dass von der Geschäftsführungsbefugnis im Einklang mit Recht und Gesetz, sondern gerade auch zum Vorteil der Gesellschaft Gebrauch gemacht wird.⁹³⁶ Allerdings besteht, was die Normbefolgung betrifft, anders als in Fragen der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit, kein Geschäftsführerermessen. Der drohende Normverstoß ist daher stets vom Kontrollzweck der Information und Intervention erfasst.⁹³⁷ Unternehmerische Entscheidungen sind dagegen regelmäßig das finale Ergebnis einer Wahl aus mehreren Möglichkeiten. Die dem Ressortleiter gewährte Eigenverantwortlichkeit zeichnet sich dadurch aus, dass diese Abwägung grundsätzlich nur ihm obliegt.⁹³⁸ Allein wenn dieses Ermessen offensichtlich auf Null reduziert ist und er eine von der einzig „richtigen“ Option abweichende Entscheidung treffen möchte, die Gesellschaftsinteressen voraussichtlich klar schaden wird, ist eine Kontrolle gerechtfertigt.⁹³⁹ Weil die Voraussetzungen der Widerspruchspflicht gegen eine Geschäftsführungsmaßnahme mutatis mutandis denjenigen der spiegelbildlichen Zustimmungspflicht entsprechen,⁹⁴⁰ erscheint es gerechtfertigt, mit ähnlichem Maß⁹⁴¹ zu messen. Insofern ist der zweitgenannten Ansicht beizupflichten. Auf keinen Fall kann der Ansicht gefolgt werden,

935 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1453); vgl. auch *Dreher*, FS Hopt, 517 (537); OLG Karlsruhe v. 4.5.1999 – 8 U 153/97, NZG 2000, 264 (266), Rn. 424.

936 Vgl. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167), Rn. 15; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 130; zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 260.

937 Vgl. zu § 115 Abs. 1 Hs. 2 HGB *Rawert*, in: MüKo, HGB, § 115 Rn. 40; *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 18; *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 7.

938 A.A. zur AG offenbar *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 260, mit Verweis auf die – zweifelhaften, siehe Fn. 188 a.E. – Vorteile der Kollegialentscheidung.

939 Vgl. zur AG *Mielke*, Leitung, S. 74f., dem zufolge überhaupt nur „eklatante Ermessensfehler“ erkennbar sein werden; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 265.

940 Vgl. zu § 115 Abs. 2 Hs. 1 HGB *Rawert*, in: MüKo, HGB, § 115 Rn. 45; *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 28; *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 7.

941 Vgl. zuletzt zur Zustimmungspflicht des GmbH-Gesellschafters BGH v. 12.4.2016 – II ZR 275/14, NZG 2016, 781 (782), Rn. 13, m.w.N.

nach der die Gesamtheit der Geschäftsführer stets berechtigt ist, Ressortan-
gelegenheiten an sich zu ziehen.⁹⁴²

3. Arten, Umfang und Intensität

a) Information

aa) Grundsatz

(1) Informationsbeschaffung und -prüfung

Es wäre misslich, wenn der Informationszugang der Geschäftsführer ausschließlich auf Berichte beschränkt wäre, die der zu überwachende Kollege aus eigenem Antrieb erstattet. Um in der Lage zu sein, eine Pflichtverletzung oder einen Schaden durch ein Verhalten des fremden Ressortleiters zu verhindern, muss der aufsichtspflichtige Geschäftsführer ein entsprechendes Risiko erkennen können; hierzu muss er sich seines fortbestehenden⁹⁴³ Informationsteilhaberechts in Angelegenheiten der Geschäftsführung bedienen,⁹⁴⁴ welches durch die verantwortungsmodifizierende Delegation lediglich abgeschwächt wird. Unwissenheit entschuldigt daher nicht per se.⁹⁴⁵ Er kann die Berichterstattung an das Gesamtgremium verlangen.⁹⁴⁶

942 Siehe beispielsweise *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 90; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 37 Rn. 34; zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 260; a.A. *Höhm*, Geschäftsleitung, S. 111 f.

943 Zur „gesetzlichen“ Ausgangslage *Ulmer*, FS Schwark, 271 (274).

944 OLG Brandenburg v. 5.1.2017 – 6 U 21/14, GmbHR 2017, 408 (415), Rn. 97 f.; OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (398), Rn. 35; OLG Karlsruhe v. 4.5.1999 – 8 U 153/97, NZG 2000, 264 (266), Rn. 412; OLG Koblenz v. 9.6.1998 – 3 U 1662/89, NZG 1998, 953 (954), Rn. 62; BGH v. 26.6.1995 – II ZR 109/94, GmbHR 1995, 653 (654), Rn. 11; v. 20.3.1986 – II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293 (1294), Rn. 10; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 48; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 51; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 83; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 186; *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08; *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (447); *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (588); *Ulmer*, FS Schwark, 271 (275); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (15); *Peters*, GmbHR 2008, 682 (685); zur AG v. *Hein*, ZHR 166 (2002), 464 (487); *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (512 f.); *Martens*, FS Fleck, 191 (196 f.); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 240.

945 Zuletzt BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (174), Rn. 31 f.

946 Zur AG *Martens*, FS Fleck, 191 (197).

(2) Systematisierte Informationsbeschaffung

Sind die delegierten Aufgaben zahlreich und die Geschäftsverteilung entsprechend komplex, können das Gebot der kollegialen Einbindung auf der einen Seite und die Gesamtverantwortung in Verbindung mit dem Vertrauensgrundsatz auf der anderen Seite nicht nur die Abhaltung regelmäßiger Sitzungen, sondern die Implementierung eines Berichtssystems⁹⁴⁷ erfordern, um die Informationsflut in Geschäftsführungsfragen in geordnete Bahnen zu leiten.⁹⁴⁸ Die gegenseitigen Informationspflichtrechte⁹⁴⁹ verweben sich dann gewissermaßen zu einem „institutionellen“ Austausch.⁹⁵⁰

bb) Schranken

(1) Gesetzliche Vorgaben

Ob das Informationsrecht gegenüber dem Ressortleiter und damit auch die Pflicht, davon Gebrauch zu machen, unabhängig vom Vertrauensgrundsatz allgemeinen gesetzlichen Schranken unterliegt und, wenn ja, welche das sind, ist nicht gänzlich geklärt. Von Bedeutung ist insofern, wer Schuldner des Informationsanspruchs sein kann, was dieser inhaltlich umfasst, wie er geltend zu machen ist und wann er entfällt.

Eine gängige Leitformel besagt, dass jeder Geschäftsführer alles wissen dürfe und hierauf auch einen Anspruch habe.⁹⁵¹ Sie impliziert, dass es

947 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (447 f.); *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1451); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 186; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 124 f.; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (15); *Druey*, FS Koppensteiner, 3 (9); zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 241 f.; *Linnertz*, Delegation, S. 264 f.; *Wicke*, NJW 2007, 3755 (3756); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (69); *Martens*, FS Fleck, 191 (196 f.); *Schwark*, ZHR 142 (1978), 203 (216 f.).

948 Hiervon sind wiederum Organisationspflichten zu unterscheiden, die, wie die zur Vermeidung von Abstimmungseffizienzen, allein die Gesellschaft vor Schäden bewahren sollen und nicht vordergründig der Enthaltung des Geschäftsführers durch Ressortverteilung dienen.

949 Auf Seiten der Aufsichtspflichtigen führt ein Verstoß zur Haftung wegen Verstoßes gegen ihre sekundären Informationspflichten, ungenau daher *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 242; unzutreffend *Vofß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 18, 163.

950 Ähnl. zur AG *Martens*, FS Fleck, 191 (196 f.).

951 OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (398), Rn. 35; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 51, m.w.N.;

keine Schranken des Informationsrechts gebe. Das kann jedoch bereits deshalb nicht richtig sein, weil der Ressortleiter grundsätzlich einzelgeschäftsführungsbefugt ist. Zur Leitung seines Geschäftsbereichs samt Ausübung des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts ist im Innenverhältnis zur Gesellschaft zunächst nur er allein und eben nicht das gesamte Gremium berechtigt.⁹⁵² Ein grenzenloser Zugriff auf fremde Ressortangelegenheiten wäre darüber hinaus auch mit der Pflicht zu loyalem und kollegialem Umgang unvereinbar.⁹⁵³ Insofern verfängt die Unterscheidung⁹⁵⁴ zwischen „aktiver“ und „kontrollierender“ Geschäftsführung unabhängig von der Frage der Grenzziehung nicht.⁹⁵⁵ Die Befragung von Mitarbeitern ist Ausübung des Direktionsrechts und damit aktive Geschäftsführung genauso wie der Informationsaustausch mit Dritten.

Die direkte Befragung von dem Ressortleiter unterstellten Beschäftigten oder Dritten zu Geschäftsbereichsthemen unter Umgehung seiner Person ist daher im Grundsatz unzulässig,⁹⁵⁶ gegebenenfalls sogar unternehmensschädigend und daher haftungsträchtig. Informationsschuldner ist vielmehr vor allen anderen der zuständige Kollege selbst.⁹⁵⁷ Unter welchen Umständen hiervon eine Ausnahme zu machen ist, ist eine Frage des Vertrauensgrundsatzes und daher der nachfolgend zu untersuchenden Pflichtenintensität. Hieran wird bereits deutlich, dass die Überwachung einem Stufenverhältnis unterliegt und das Ultima-ratio-Prinzip Geltung beansprucht.⁹⁵⁸

Aus der vorrangigen Geschäftsführungsbefugnis des Ressortleiters, der Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit und der Maßgabe, dass das Informationsrecht im Sinne der Gesellschaft auszuüben ist, also einem immanenten Kontrollzweck unterliegt, kann geschlossen werden, dass das Aus-

Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 48; *Peters*, GmbHR 2008, 682 (685).

952 *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 54; ähnl. *Ulmer*, FS Schwark, 271 (276); *Wolf*, VersR 2005, 1042 (1045); siehe auch die Nachweise bei Fn. 33.

953 *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08.

954 OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (399), Rn. 50; *Peters*, GmbHR 2008, 682 (685); *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 172.

955 Ähnl. *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08.

956 *Ulmer*, FS Schwark, 271 (275 f.); *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08; a.A. wohl *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 48; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (15).

957 So auch OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (399), Rn. 49; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 51; *Peters*, GmbHR 2008, 682 (685).

958 Vgl. auch BGH v. 20.3.1986 – II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293 (1294), Rn. 10.

kunftsersuchen sich auf ausgewählte Geschäftsführungsthemen beschränken muss und nicht etwa das gesamte tagespolitische Geschehen⁹⁵⁹ oder sachfremde Angelegenheiten zum Gegenstand haben darf. Aus denselben Gründen ist davon auch nur zur Überwachung und entsprechend den §§ 242, 226 BGB nicht aus treuwidrigen Motiven Gebrauch zu machen.⁹⁶⁰

Schließlich unterliegt das Auskunftsrecht als abgewandeltes Teilhaberecht dessen ursprünglichen Beschränkungen. Wie das Stimmrecht ist es demnach bei einer schwerwiegenden Interessenkollision des Auskunftsverlangenden, also wenn ausnahmsweise konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er es zum eigenen Vorteil und zum Schaden der Gesellschaft ausüben wird, ausgeschlossen.⁹⁶¹ Geheimhaltungsinteressen spielen daneben entgegen einer gewichtigen Auffassung⁹⁶² keine Rolle. Denn die Geschäftsführer sind selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet und der Kontrollzweck der Berichtspflicht verbietet bereits sachfremdes Informationsverlangen.⁹⁶³

(2) Privatautonome Vorgaben

Bereits in der Einleitung zum 4. Teil wurde darauf hingewiesen, dass die Ausführungen zu den sekundären Pflichten nicht für die verantwortungsausschließende Delegation gelten können. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass die ressortunzuständigen Organmitglieder gänzlich von der Geschäfts-

959 OLG Karlsruhe v. 4.5.1999 – 8 U 153/97, NZG 2000, 264 (266), Rn. 412; OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (399), Rn. 51; *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08; zur AG abw. für ein Verlangen des Gesamtvorstands *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (69); *Martens*, FS Fleck, 191 (196f.).

960 *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08; zum Widerspruchsrecht *Leuering*, FS Seibert, 543 (553); zur AG *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (512); *Martens*, FS Fleck, 191 (196f.).

961 OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (399), Rn. 52; *Ulmer*, FS Schwark, 271 (275); *Peters*, GmbHR 2008, 682 (685); *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 37 Rn. 48; *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08; vgl. zum Berichtsanspruch der Aufsichtsratsmitglieder *Uwe H. Schneider/Seyfarth*, in: *Scholz*, GmbHG, § 52 Rn. 515; *Spindler*, in: *MüKo*, GmbHG, § 52 Rn. 327; zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 177.

962 OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (399), Rn. 52; *Peters*, GmbHR 2008, 682 (685); *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 37 Rn. 48.

963 Vgl. zum Berichtsanspruch der Aufsichtsratsmitglieder *Spindler*, in: *MüKo*, GmbHG, § 52 Rn. 327.

führung im fremden Aufgabenbereich ausgeschlossen sind, also nicht länger subsidiär zuständig bleiben und insoweit kein Informationsrecht besitzen. Auch dem Zölibats-Geschäftsführer steht daher lediglich die Auskunft hinsichtlich solcher Aufgaben zu, die er erfüllen muss, um seine nicht delegierbare Verantwortung zu wahren.⁹⁶⁴ Anders ist es wiederum, wenn ein Geschäftsführer etwa über Alleinentscheidungsrechte verfügt oder gar Weisungsrechte gegenüber seinen Kollegen hat. Dann hat er kraft seiner elevierten Stellung eine verdrängende Geschäftsführungsbefugnis und trägt gegebenenfalls sogar die alleinige Verantwortung für die infrage stehende Entscheidung, sodass er auch Anspruch auf unbeschränkten Zugang zu allen relevanten Informationen hat.

cc) Intensität

Weil die Information Grundlage jeder Intervention ist, betrifft die Intensität der Überwachung gewissermaßen das Herzstück der organinternen Kontrolle. Wussten die unzuständigen Organwalter von der bevorstehenden Pflichtverletzung nichts und hätten sie hiervon insbesondere nicht durch die ordnungsgemäße Überwachung ihres ressortzuständigen Kollegen erfahren müssen, kann ihnen die unterlassene Schadensabwendung auch nicht zum Vorwurf gereichen. Insofern kreist die Prüfung der Haftung des unzuständigen Geschäftsführers im ressortgeteilten Gremium meist um die Kardinalfrage des „Kennenmüssens“.⁹⁶⁵ Trotz der außerordentlichen Haftungsrelevanz dieses subjektiven Elements, ist immer noch nicht hinreichend geklärt, unter welchen Voraussetzungen es bejaht werden muss. Das Weltruf-Urteil konnte diese Rechtsunsicherheit nicht beseitigen. Es ging dort um eine Haftung *sui generis* wegen undelegierbarer Geschäftsführerverantwortung⁹⁶⁶ und womöglich hatte es im konkreten Fall sogar erste Anzeichen⁹⁶⁷ einer Krise gegeben. Seine Feststellungen können daher nicht als allgemeine Richtschnur der organinternen Überwachungspflicht dienen.⁹⁶⁸

964 Siehe hierzu bereits S. 61.

965 *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (588); *Nietsch*, ZIP 2013, 1449.

966 Siehe S. 99.

967 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (175 f.), Rn. 36; krit. zum Gesichtspunkt der teilweisen Zahlung der Geschäftsführervergütung *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (703).

968 Ähnl. *Kleindiek*, EWIR 2019, 135 (136).

Nach verbreitetem Dafürhalten sind die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Überwachung so einzelfallabhängig, dass es kaum möglich ist, sie abstrakt zu umschreiben.⁹⁶⁹ Im 2. Teil der Arbeit konnte jedoch festgestellt werden, dass der Vertrauensgrundsatz durchaus handhabbare Kriterien zur Bestimmung der Pflichten im arbeitsteilig organisierten Geschäftsführungsgremium bereithält. Im Folgenden soll versucht werden, die aus seiner Untersuchung gezogenen Erkenntnisse für die Bestimmung konkreter Informationsgebote fruchtbar zu machen und dadurch mehr Rechtsklarheit zu gewinnen. Auf diese Weise ist die generelle Überwachungsintensität in der ressortgeteilten Geschäftsführung auszuloten, bevor auf spezifische pflichtensteigernde Gründe eingegangen wird.

(1) Genereller Maßstab

Um bestimmen zu können, wie sich einzelne pflichtensteigernde Kriterien auf das Maß der Überwachung auswirken, muss zunächst der Bezugspunkt der Informationsintensität ermittelt werden. Diesbezüglich offenbart sich in Rechtsprechung und Literatur ein gegensätzliches Verständnis von der richtigen Balance zwischen Vertrauen und Misstrauen.

Ganz überwiegend wird angenommen, der Geschäftsführer genüge seinen Überwachungspflichten durch die „beobachtende Begleitung“ seines Ressortkollegen.⁹⁷⁰ Das bedeutet, dass er sich grundsätzlich auf dessen (turnusmäßige) Berichte in den Sitzungen und dessen sonstige Auskünfte verlassen könne.⁹⁷¹ Die von Organmitgliedern entgegengenommenen Informationen sollen – anders als Informationen Dritter – lediglich einer

969 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (517); *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1452 f.); zur AG *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717 (720); *Habersack*, WM 2005, 2360 (2362); *Wolf*, VersR 2005, 1042 (1043).

970 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (446, 448); *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 287; *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (482); *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1452); *Druey*, FS Koppensteiner, 3 (9); *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 125; zur AG i.E. wie hier *H.-J. Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, § 77 Rn. 26, § 93 Rn. 92; *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 93 Rn. 175 f.; *Mielke*, Leitung, S. 75; *Linnertz*, Delegation, S. 282 ff.; vgl. auch LG Düsseldorf v. 15.9.1995 – 40 O 226/94, ZIP 1995, 1985 (1993); zum Verein *Heermann*, NJW 2016, 1687 (1688).

971 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (170), Rn. 21; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 912 f.; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 224; *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (482); zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 246 f.; *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 213; zum Verein *Heermann*, NJW 2016, 1687 (1688).

„oberflächlichen Plausibilitätsbetrachtung“ standhalten müssen, weil eine sinnvolle Arbeitsteilung andernfalls nicht möglich sei.⁹⁷² Ein Anlass für weitergehende Aufsichtsmaßnahmen bestehe erst bei „konkreten Anhaltspunkten“ für eine sorgfaltswidrige Geschäftsführung.⁹⁷³

Die Gegenmeinung spricht sich dagegen für eine konstante aktive Überprüfung der Ressorts, beispielsweise durch anlasslose stichprobenhafte Kontrollen, aus.⁹⁷⁴ Eine „Evidenzkontrolle“ setze zu spät an und könne die Existenz der Gesellschaft gefährden.⁹⁷⁵ Moderatere Stimmen weisen auf das Risiko subjektiv gefärbter Berichterstattung hin und sprechen sich zumindest gegen ein bloßes „Geschehenlassen“ aus; der Aufsichtspflichtige müsse sämtliche verfügbaren Informationsquellen aktiv nutzen, damit er Wissenslücken durch Nachfragen in der Gremiumssitzung schließen könne.⁹⁷⁶

Im Kern geht es bei dem dargestellten Meinungsstreit um die Frage, ob der unzuständige Geschäftsführer bereits im Grundsatz verpflichtet ist, Interventionsanlässe von sich aus zu ermitteln oder in der Regel erst tätig zu werden braucht, wenn er im Rahmen der „passiven“ Aufsicht konkrete Indizien für eine Fehlentwicklung erkennt oder erkennen müsste. Die Antwort hierauf gibt der Vertrauensgrundsatz. Im 2. Teil der Untersuchung wurde ausführlich dargelegt, dass er die Überwachungspflichten im Falle der Arbeitsteilung formt und seine Wirkung auf dem Element der objektiven Erkennbarkeit beruht.⁹⁷⁷ Das Gebot, zu misstrauen, gilt

972 Harbarth, ZGR 2017, 211 (231); zur AG *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717 (720); *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 229 f.; VG Frankfurt v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), AG 2005, 264 (265), Rn. 20.

973 Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 287; *Leuring*, FS Seibert, 543 (548); *Segger*, VersR 2018, 329 (330); *Leuring/Dornbege*, NZG 2010, 13 (15 f.); *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 88; zur Intervention BGH v. 9.1.2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, 969 (971), Rn. 17; v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377), Rn. 21, m.w.N.; zum Strafrecht BGH v. 28.5.2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318 (325 f.), Rn. 26; zur AG OLG Köln v. 31.8.2000 – 18 U 42/00, AG 2001, 363 (364), Rn. 32 ff.; *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 93 Rn. 175 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 42; *Götz*, AG 1995, 337 (339); *Mielke*, Leitung, S. 75; zum Verein *Heermann*, NJW 2016, 1687 (1688).

974 Höhn, Geschäftsleitung, S. 148 ff.; *Bittmann*, ZGR 2009, 931 (936 f.); i.E. auch OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, NZG 2008, 397 (399), Rn. 50; zur AG im Ausgangspunkt auch *Dose*, Rechtsstellung, S. 122; zum Verein *Küpperfabrenberg*, Haftungsbeschränkungen, S. 187.

975 Höhn, Geschäftsleitung, S. 148 f.

976 *Westermann*, KF 1993, 15 (22 f.); zur AG *Rieger*, FS Peltzer, 339 (347); *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 84.

977 Siehe S. 100 f.

demnach erst, wenn Merkmale schutzwürdigen Vertrauens nicht vorliegen und der Vertrauende das erkennt oder bei gebotener Sorgfalt erkennen muss. Werden die oben dargelegten Grundsätze zur Wahrung eines ressortübergreifenden wechselseitigen Informationsflusses, die ja selbst Voraussetzungen schutzwürdigen Vertrauens darstellen, gewahrt, sind eigenständige Nachforschungen daher prinzipiell nicht geboten.⁹⁷⁸ Es ist dann dafür gesorgt, dass „sekundäre Risiken“, also gewissermaßen die Vorzeichen der originären Fehlentwicklung, in für eine Arbeitsteilung auf Geschäftsführungsebene ausreichendem Maße erkennbar sind.⁹⁷⁹ Nur für den Fall, dass die Informationen nicht zirkulieren, weil der Ressortleiter seinen Berichtspflichten nicht nachkommt und die Erkennbarkeit damit verhindert, sind gegensteuernde Maßnahmen angebracht und von ihm auch zu tolerieren.⁹⁸⁰ Dieses Ergebnis stimmt mit der Wertung überein, dass sekundäre Kontrollpflichten angesichts der mit ihnen einhergehenden Einschränkung der Handlungsfreiheit nicht überdehnt werden dürfen.⁹⁸¹ Eine anlassunabhängige Kontrolle bei funktionierendem Informationsfluss käme einer unzulässigen Personalaufsicht⁹⁸² gleich, weil sie weder mit der Eigenverantwortung des Ressortleiters noch mit dem Gebot loyalen und kollegialen Umgangs vereinbar wäre.⁹⁸³ Vor diesem Hintergrund ist sie potenziell schädlicher als eine passive Aufsicht, die regelmäßig ausreichen wird, um den gegebenenfalls erforderlichen Interventionsprozess in Gang zu setzen.⁹⁸⁴ Der Tendenz, das eigene Ressort in einem günstigen Licht erscheinen zu lassen, kann durch kritische Nachfragen begegnet werden. Hierzu sind die übrigen Geschäftsführer verpflichtet, wenn sie von

978 zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 246; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 257 f.

979 Vgl. zur objektiven Erkennbarkeit als Voraussetzung der Verletzung deliktischer Verkehrspflichten *Wilbelmi*, Risikoschutz, S. 183-185, 264 f.

980 Vgl. zur Compliance *W. Goette*, ZHR 175 (2011), 388 (395), der die Stichproben als Alternative zum Berichtssystem versteht; zum Verein ähnl. *Heermann*, FS Röhricht, 1191 (1200).

981 Zum Strafrecht *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 272.

982 Siehe S. 49 f.

983 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (446-448); *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 30; *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 287; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 224; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 125; ähnl. zur Modifikation von Verkehrspflichten BGH v. 26.9.2006 – VI ZR 166/05, NJW 2006, 3628 (3629), Rn. 11.

984 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1452); zum Verein *Heermann*, NJW 2016, 1687 (1688).

Unregelmäßigkeiten erfahren⁹⁸⁵ oder die vom Ressortleiter bereitgestellten Informationen ihnen unplausibel,⁹⁸⁶ weil widersprüchlich, unzutreffend oder lückenhaft⁹⁸⁷ erscheinen müssen. Dabei ist, da das gerade dem Wesen der Arbeitsteilung entspricht, im Grundsatz nicht auf die Sicht eines in Ressortfragen spezialisierten Geschäftsführers, sondern einen Organwalter ohne diesbezüglich vertiefte Sach- und Rechtskunde abzustellen.⁹⁸⁸ Wenn tatsächliche Anhaltspunkte eine pflichtwidrige, das heißt vom Kontrollzweck gedeckte, Amtsführung des Kollegen oder dessen Unzuverlässigkeit möglich erscheinen lassen, sind weitergehende Informationsquellen auszuerschöpfen.⁹⁸⁹ Diese Entwicklungsstufe der Überwachung entspricht in der Terminologie des Strafprozessrechts dem Stadium der „Vorerhebungen“⁹⁹⁰ und demnach nicht dem des Anfangsverdachts⁹⁹¹ oder bloßer Vermutungen. Ihre Umschreibung mit dem gefahrenabwehrrechtlichen Begriff des „Gefahrenverdachts“⁹⁹² liegt aufgrund der präventiven Zielsetzung der organinternen Erforschungsmaßnahmen gedanklich noch näher, ohne dass das für das Ergebnis von Bedeutung wäre. Nur wenn der Ressortleiter nicht willens oder fähig ist, den Sachverhalt aufzuklären, sind dann in einem nächsten Schritt seine Mitarbeiter und darauffolgend ausnahmsweise Dritte zu befragen sowie einschlägige Dokumente zu sichten.⁹⁹³

985 Auch durch Dritte, siehe *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 225; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 122.

986 *Vofß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 23 f.; vgl. auch *Druey*, FS Koppensteiner, 3 (11, 14).

987 *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 125; zur AG *H.-J. Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, § 77 Rn. 26; *Rieger*, FS Peltzer, 339 (347).

988 *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (482 f.); *Medicus*, GmbHR 1998, 9; zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 230 f., 245 f.; *Fleischer*, WM 2006, 2021 (2023); *Heinbach/Boll*, VersR 2001, 801 (803); *Mielke*, Leitung, S. 74; *Semler*, FS Döllerer, 571 (579).

989 *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 287; *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (483); *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 225; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 122; zur AG *H.-J. Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, § 77 Rn. 26; zum Verein *Heermann*, NJW 2016, 1687 (1688).

990 Hierzu statt aller *Diemer*, in: KK, StPO, § 152 Rn. 9 f.

991 In diese Richtung allerdings begrenzt auf rechtswidriges Handeln *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1454); vgl. auch *H.-J. Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, § 77 Rn. 26; *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 93 Rn. 175; *Druey*, FS Koppensteiner, 3 (12); zur objektiven Erkennbarkeit als Voraussetzung der Verletzung deliktischer Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 264 f.; *ders.*, in: Erman, BGB, § 823 Rn. 85.

992 Statt aller BVerwG v. 3.7.2002 – 6 CN 8/01, BVerwGE 116, 347 (356), Rn. 41.

993 *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 287; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 225; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 122; zur Wahrung gesetzlicher Pflichten vgl. BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (462),

(2) Pflichtensteigernde Kriterien

Ausgehend vom zuvor entwickelten Bezugspunkt der Überwachungsintensität ist zu prüfen, ob und inwiefern sich bei Vorliegen der im 2. Teil herausgearbeiteten Tatbestandsmerkmale des Vertrauensgrundsatzes gesteigerte Überwachungsorgfaltspflichten ergeben können.

(a) Personenbezogene Kriterien

Als pflichtenbeeinflussende Momente kommen zunächst solche in der Person des ressortunzuständigen Vertrauenden in Betracht. Dabei können natürliche und privatautonome Einflussgrößen unterschieden werden.

Zunächst ist es denkbar, dass der Vertrauende über überobligatorische Eigenschaften verfügt. Seine speziellen Fähigkeiten und Kenntnisse muss der Geschäftsführer nach ganz herrschender Meinung in den Dienst der Gesellschaft stellen, zumal sie meist den Ausschlag für seine Bestellung gegeben haben werden.⁹⁹⁴ Das bedeutet, dass die Schwelle der objektiven Erkennbarkeit sorgfaltswidriger Amtsführung für einen Geschäftsführer hinsichtlich eines fremden Geschäftsbereichs, in dem er sich, etwa aufgrund einer einschlägigen Ausbildung, fachlich auskennt, niedriger sein kann.⁹⁹⁵ Besondere Attribute wie diese berechtigen andererseits nicht zu weitergehenden Eingriffen in die fremde Geschäftsführungsbefugnis des betreffenden Ressortleiters. Sie lassen nicht per se das Vertrauen in dessen pflichtgemäße Amtsführung entfallen, verpflichten also nicht zu Ermittlungsalleingängen in seinem Bereich, und erlauben daher auch ihm gegenüber die Beschränkung auf eine passive Aufsicht.⁹⁹⁶

Diskutiert wird ferner, ob mit einer privatautonom erhöhten Stellung des Überwachers weitergehende Kontrollpflichten einhergehen können. Teilweise wird das etwa im Falle einer übergeordneten Koordinationsfunk-

Rn. 12; v. 20.3.1986 – II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293 (1294), Rn. 10; zur AG *H.-J. Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, § 77 Rn. 26.

994 *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 255, m.w.N.; zum Aufsichtsratsmitglied in der AG BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, AG 2011, 876 (878), Rn. 28, m.w.N.

995 *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (14); *Nietsch*, ZHR 184 (2020), 60 (91); zur AG *ders.*, ZIP 2013, 1449 (1452); *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 191; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 256 f.; *Habersack*, WM 2005, 2360 (2364).

996 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1452); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 256 f.

tion,⁹⁹⁷ wie sie etwa dem Vorsitzenden der Geschäftsführung zukommt, bejaht.⁹⁹⁸ Richtig ist, dass solche weitergehenden Rechte in der Regel auch mit tiefgreifenderen Informationsbefugnissen einhergehen.⁹⁹⁹ Nur wenn ihre Ausübung allerdings verpflichtend ist, können diese auch als echte pflichtensteigernde Einflussgrößen betrachtet werden.¹⁰⁰⁰ Die Einräumung eines Alleinentscheidungsrechts geht per definitionem nicht mit dem gleichzeitigen Gebot einher, von ihm Gebrauch zu machen. Es lässt die Gesamtverantwortung und die organinterne Kontrolle daher im Grundsatz unberührt.¹⁰⁰¹ Soweit aber aufgrund der Ausübung entsprechender Befugnisse früher oder leichter die Möglichkeit der Erkennbarkeit entsteht, wird die Nachforschungspflicht auch entsprechend eher ausgelöst.¹⁰⁰² Entsprechendes muss a maiore ad minus auch für den Vorsitzenden der Geschäftsführung gelten, wobei der Unterschied darin besteht, dass dieser zur Ausübung seiner Koordinierungsbefugnisse verpflichtet ist, also je nach Ausgestaltung seiner Stellung nicht die Wahl hat, sich den bei ihm zusammenlaufenden Informationen zu entziehen. Sein Informationsvorsprung kann, gerade auch aufgrund seiner umfassenden Übersicht über die Geschäftsführungsvorgänge, dazu führen, dass (auch ressortübergreifende) Fehlentwicklungen für ihn eher erkennbar werden.¹⁰⁰³ Nur insofern sind seine Pflichten zur Nachforschung dann auch gesteigert.

997 Sie kommt gerade auch bei einer inhaltlichen Überschneidung von Geschäftsbereichen zum Tragen, siehe *Bezenberger*, ZGR 1996, 661 (664).

998 *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 25 f.; *Peters*, GmbHR 2008, 682 (686); *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 139; zur AG *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 93 Rn. 183; *H.-J. Mertens/Cahn*, in: KK, AktG, § 77 Rn. 26; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Müllbert/Roth, AktG, § 93 Rn. 377; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 264 f.; *Heimbach/Boll*, VersR 2001, 801 (804 f., 807); *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (516 f.); *Bezenberger*, ZGR 1996, 661 (670-672); *Krieger*, RWS-Forum 8, 149 (156); *Dose*, Rechtsstellung, S. 122; a.A. *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (16); zur AG *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 86, 236; *Habersack*, WM 2005, 2360 (2362); *Fleischer*, NZG 2003, 449 (455); *v. Hein*, ZHR 166 (2002), 464 (487 ff.).

999 Siehe S. 207.

1000 Vgl. *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (16); zur AG *Hopt/Roth*, in: Hirte/Müllbert/Roth, AktG, § 93 Rn. 377; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 236; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 264; *Fleischer*, NZG 2003, 449 (455); *Dose*, Rechtsstellung, S. 75 f.

1001 Siehe S. 61.

1002 Zur AG *Habersack*, WM 2005, 2360 (2362); *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 241; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 265; i.E. ähnl., aber streng *Bezenberger*, ZGR 1996, 661 (672).

1003 Vgl. zur AG *Heimbach/Boll*, VersR 2001, 801 (805).

Hiervon unabhängige Ermittlungspflichten bestehen nicht, weil auch dem „privilegierten“ Geschäftsführer der Vertrauensgrundsatz zugutekommt.

Schließlich kommen als weitere pflichtenverstärkende Momente solche in der Person des Ressortleiters in Betracht. Im 2. Teil der Arbeit wurde herausgearbeitet, dass die fachliche und persönliche Eignung des Vertrauensempfängers fundamental für die Vertrauensbildung ist. Darauf, dass konkrete Anhaltspunkte für die Unzuverlässigkeit des Ressortleiters die Pflicht zur Überwachung auslösen,¹⁰⁰⁴ wurde bereits hingewiesen.

Diskutiert werden beispielsweise strengere Kontrollen bei einem unbekanntem oder noch am Anfang seiner beruflichen Laufbahn stehenden Organmitglied.¹⁰⁰⁵ Auf der anderen Seite wird im Falle langjähriger Zusammenarbeit mit einem bewährten Kollegen eine Reduktion der Sorgfaltspflichten befürwortet.¹⁰⁰⁶ Eine derartige Verschiebung des Überwachungsmaßstabs ist aus Sicht des Vertrauensgrundsatzes jedoch weder geboten, noch eignen sich derartige Kriterien zur seiner Bestimmung. Da es Vertrauen in einen erkennbar ungeeigneten Vertrauensempfänger nicht geben kann, sind die genannten pflichtensteigernden Momente allesamt solche, die die Schwelle der Unzuverlässigkeit nicht erreichen und daher für die endgültige Verteilung der Geschäftsführungsbefugnisse keine Rolle spielen. Dann sind sie aber auch nicht geeignet, schützenswertes Vertrauen zu modifizieren. Davon abgesehen sind derartige Kriterien der Natur der Sache nach in höchstem Maße vage und deren Auswirkung auf die Intensität der Überwachung daher nicht zu ermitteln.¹⁰⁰⁷ Sie sind lediglich zur Bestimmung des Aufwands, der für die Prüfung der Eignung der Ressortleiter im Bereich der Organisationspflichten erbracht werden muss, heranzuziehen.¹⁰⁰⁸

1004 Vgl. zur Interessenkollision BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461 f.), Rn. 12.

1005 Zur AG *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717 (720); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 246; *Fleischer*, NZG 2003, 449 (454).

1006 Vgl. zur AG LG Düsseldorf v. 15.9.1995 – 40 O 226/94, ZIP 1995, 1985 (1993); *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 93 Rn. 173; *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717 (720); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 246 f.; *Fleischer*, NZG 2003, 449 (454); *Dose*, Rechtsstellung, S. 122.

1007 Zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 187.

1008 Denn die Organisationspflicht unterscheidet sich hinsichtlich Geltungsgrund und Zweck von dem Pflichtrecht zur Überwachung, siehe S. 140 f.

(b) Verhaltensbezogene Kriterien

Im 2. Teil der Untersuchung wurde herausgearbeitet, dass der aktuelle Vertrauensbruch durch erkennbares Fehlverhalten des Vertrauensempfängers eine unverzügliche Wirklichkeitsanpassung des „Sollens“ an das „Sein“, also Argwohn, verlangt. Die Vermutung oder Erwartung, dass der Ressortleiter sein Amt pflichtgemäß bekleidet, ist demgemäß entkräftet, soweit er ein Verhaltensgebot ersichtlich nicht als Richtschnur seines Handelns akzeptiert. Sein Verstoß gegen das Verhaltensgebot muss dabei im Ausgangspunkt in zeitlichem und vor allem sachlichem Zusammenhang mit der von ihm zu erfüllenden Aufgabe stehen.

An seinen Rechtsfolgen wird jedoch deutlich, dass es sich beim Vertrauensbruch durch erkennbares Fehlverhalten im Grundsatz nicht um ein pflichtensteigerndes Moment, sondern schlicht einen Anlass handelt, der die Aufsichtspflichtigen dazu zwingt, von ihren Informations- und Interventionsbefugnissen Gebrauch zu machen. Zu denken ist etwa an das erkennbare¹⁰⁰⁹ bewusste Vorenthalten überwachungsrelevanter Informationen, gewissermaßen als Steigerung des fahrlässigen Verstoßes gegen die Ressortberichtsspflichten.¹⁰¹⁰ Ein derartig schweres Fehlverhalten des Ressortleiters rechtfertigt sogleich die Befragung ihm unterstellter Mitarbeiter¹⁰¹¹ und gegebenenfalls Dritter¹⁰¹² beziehungsweise die sofortige Einschaltung¹⁰¹³ des Gremiums.

Eine Pflichtensteigerung ist nur ausnahmsweise für die Zeit nach der Korrektur des Fehlverhaltens zu bejahen. Die in einem einmaligen fahrlässigen Betragen liegende sorgfaltswidrige Amtsführung ist allerdings in

1009 Ist es nicht erkennbar, kann dagegen das Überwachungsversagen entfallen, siehe BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (174), Rn. 31 f.

1010 FG Bremen v. 26.11.2015 – I K 20/15 (5), DSStRE 2016, 1126 (1127 f.), Rn. 51 f.; *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (588); zum Kündigungsrecht des „abgeschnittenen“ Geschäftsführers BGH v. 26.6.1995 – II ZR 109/94, GmbHR 1995, 653 (653 f.), Rn. 10 f.; zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 242; *Fleischer*, WM 2006, 2021 (2023 f.).

1011 BGH v. 20.3.1986 – II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293 (1294), Rn. 10; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 51; *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08; offen gelassen von *Ulmer*, FS Schwark, 271 (276).

1012 BGH v. 20.3.1986 – II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293 (1294), Rn. 10; *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08.

1013 Zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 214 f.; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 242.

aller Regel noch keine Rechtfertigung für strengere Kontrollen.¹⁰¹⁴ Im Anschluss an einen vorsätzlichen Pflichtverstoß des Ressortleiters wird seine Normbefolgung dagegen, je nach Schwere seiner Verfehlung, durch erhöhte Wachsamkeit und regelmäßige Befragung von Mitarbeitern, Sichtung von Unterlagen oder Ähnliches sicherzustellen sein.¹⁰¹⁵ Das gilt allerdings nur, soweit die Pflichtverletzung, wie zum Beispiel ein systematisches Vorenthalten von Informationen, nicht bereits auf die persönliche Unzuverlässigkeit¹⁰¹⁶ schließen lässt und daher nahelegt, zumindest auf einen Entzug der Einzelgeschäftsführungsbefugnis hinzuwirken.¹⁰¹⁷

(c) Sachbezogene Kriterien

Im 2. Teil der Arbeit wurde darauf hingewiesen, dass Vertrauen in menschliches Verhalten nie nur innerhalb abstrakter rechtlicher und sozialer Bahnen zwischen Individuen (und Normen), also losgelöst von der Umwelt, verläuft. Ist auf den (zuverlässigen) Vertrauensempfänger kein Verlass, weil ihm die Risikoverwaltung und Schadloshaltung aufgrund besonderer Umstände erkennbar nicht eigenständig möglich oder zumutbar ist, muss der Vertrauende diese fehlende Leistungsfähigkeit eventuell kompensieren. Übertragen auf die Arbeitsteilung auf Geschäftsführungsebene ist daher zu untersuchen, ob und inwiefern Umweltbedingungen Einfluss auf die organinterne Überwachungsorgane haben.

Zum einen werden Branche, Größe und Marktlage des Unternehmens¹⁰¹⁸ sowie die Konfiguration der Ressorts¹⁰¹⁹ als die Überwachungsorgane beständig beeinflussende Faktoren genannt. Derartige Umstände stellen zwar Determinanten einer ordnungsgemäßen Organisation

1014 In diese Richtung *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (232); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484); *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1454).

1015 In diese Richtung auch *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717 (720); *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 213.

1016 Siehe hierzu S. 104.

1017 Ähnl. *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1454); *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 215.

1018 Zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 243; *Habersack*, WM 2005, 2360 (2362); *Fleischer*, NZG 2003, 449 (453); *Druey*, FS Koppensteiner, 3 (9); *Frels*, ZHR 122 (1959), 8 (31 f.); *Boesebeck*, JW 1938, 2525 (2527).

1019 *Vofß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 22; zur AG *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 77 Rn. 15a; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 243; *Habersack*, WM 2005, 2360 (2362); *Fleischer*, NZG 2003, 449 (453); aus pragmatischen Gründen krit. *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1452).

und einer ausreichenden Sicherstellung wechselseitiger Informationsversorgung als Grundlage der organinternen Überwachung dar. Damit sind sie der Bestimmung des generellen Überwachungsmaßstabs jedoch logisch vorgelagert. Unabhängig davon, dass eine Differenzierung nach solchen Kriterien kaum möglich wäre, leuchtet es auch nicht ein, warum etwa ab einer bestimmten Unternehmensgröße ein höherer Grad an Misstrauen und prinzipiell eine über den generellen Überwachungsmaßstab hinausgehende aktive Kontrolle angezeigt sein sollte. Wenn dem Vertrauensempfänger die Schadloshaltung derartigen Faktoren zufolge nicht zugemutet werden kann, ist die Organisation bereits mangelbehaftet oder er ist ungeeignet, sein Amt zu bekleiden.¹⁰²⁰

Dieselben Argumente sprechen gegen eine Steigerung der Kontrollintensität im Sinne einer Pflicht zu weitergehenden Eingriffen in die fremde Ressortführung aufgrund aufgabenbezogener Kriterien. Soweit etwa bei hoher Komplexität, Tragweite oder nicht delegierbarer Gesamtverantwortung in Anlehnung an die Rechtsprechung ein „strenger Maßstab“¹⁰²¹ gelten soll,¹⁰²² kann damit – pointiert formuliert – nicht die Pflicht zum Ausspähen des fremden Ressorts gemeint sein. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Pflicht zum Gebrauch der Informationsrechte den sogenannten Vorerhebungen entspricht oder besser, einen „Gefahrenverdacht“ voraussetzt. Im Straf- und Gefahrenabwehrrecht sinken die Anforderungen an die Bejahung eines Anfangsverdachts beziehungsweise einer Gefahr mit zunehmendem Rang des geschützten Rechtsguts beziehungsweise Gewicht und Ausmaß des drohenden Schadens dergestalt, dass die tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Normverfehlung weniger fundiert sein müssen und ein geringerer Wahrscheinlichkeitsgrad ausreicht.¹⁰²³ Diese Wertung kann auf die Intensität der Informationspflichten im Gre-

1020 I.E. daher abl. auch *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 188.

1021 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167), Rn. 15, m.w.N.

1022 Vgl. BGH v. 13.11.1979 – KZR 1/79, GRUR 1980, 242 (245), Rn. 51; *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (233); *Löbke/Fischbach*, AG 2014, 717 (720); *Druey*, FS Koppensteiner, 3 (9); *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 123; zur AG *ders.*, NZG 2003, 449 (454); *Dose*, Rechtsstellung, S. 122; vgl. auch *Abeltshausen*, Leitungshaftung, S. 136.

1023 BVerfG v. 11.3.2008 – 1 BvR 2074/05, BVerfGE 120, 378 (429), Rn. 169; *Diemer*, in: KK, StPO, § 152 Rn. 7; siehe auch BVerwG v. 3.7.2002 – 6 CN 8/01, BVerwGE 116, 347 (356 f.), Rn. 41, das es richtigerweise ablehnt, hieraus im Falle des bloßen Gefahrenverdachts über die Berechtigung der Aufklärung des Sachverhalts hinausgehende Befugnisse herzuleiten.

mium übertragen werden.¹⁰²⁴ Überdurchschnittlich fehleranfällige Aufgaben oder solche deren Nicht- beziehungsweise Schlechterfüllung außerordentlich folgenreich für die Gesellschaft oder Dritte sein kann, rechtfertigen insofern ein Zurücktreten des Vertrauensgrundsatzes gegenüber der Gesamtverantwortung. Das bedeutet in concreto, dass die Geschäftsführer diesbezüglich bereits auf die geringsten Warnsignale reagieren, also eine besondere „Sensibilität“ aufweisen müssen. Bereits eine einmalige unvollständige Zahlung des Geschäftsführergehalts kann insofern alarmierend sein und auf wirtschaftliche Schwierigkeiten schließen lassen.¹⁰²⁵

Schließlich wird als im weiteren Sinne aufgabenbezogenes pflichtensteigerndes Kriterium die „Sachnähe“ vorgeschlagen. Eine inhaltliche Verbundenheit der Ressorts berechtigte und verpflichtete deren Leiter jeweils zum „Nachfassen“.¹⁰²⁶ Dem kann nur insofern zugestimmt werden, als eine solche Überschneidung in der Regel ein Indiz für überobligatorische Eigenschaften der sachnahen Ressortleiter sein wird.¹⁰²⁷ Darüber hinaus entbehrt das Kriterium der „Sachnähe“ jeglicher Grundlage, ist zu unbestimmt und seine Geltung würde den Vertrauensgrundsatz und damit die Idee der Arbeitsteilung grundlegend infrage stellen.¹⁰²⁸

Von den beständigen „festen Größen“, sind – wie bereits zuvor bei der Behandlung des Vertrauensgrundsatzes – außergewöhnliche singuläre Umstände zu unterscheiden:

Klassisches Beispiel sind die finanzielle „Krise“ als existenzbedrohende wirtschaftliche Schiefelage der Gesellschaft¹⁰²⁹ oder finanziell „ungeordnete Verhältnisse im Geschäftsablauf“¹⁰³⁰. Derartige Ausnahmesituationen

1024 Vgl. zur AG VG Frankfurt v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), AG 2005, 264 (265), Rn. 20; ähnl. zum Strafrecht, aber zur Kollegialentscheidung BGH v. 6.4.2000 – 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30 (35), Rn. 24; vgl. zur Bestimmung von Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 247 f.

1025 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (176), Rn. 36; anders zuvor noch KG Berlin v. 20.12.2016 – 14 U 86/15, BeckRS 2016, 134997, Rn. 19 (Rn. bezieht sich auf BeckRS-Fassung).

1026 VG Frankfurt v. 8.7.2004 – 1 E 7363/03 (I), AG 2005, 264 (266), Rn. 20; ähnl. *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 24 f., der je nach Aufgabenzuweisung eine „Primärpflicht“ annimmt.

1027 Siehe S. 212.

1028 *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 140; zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 190 f.; *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 255 f.; *Linnertz*, Delegation, S. 288; *Dreher*, AG 2006, 213 (216); *Habersack*, WM 2005, 2360 (2363); *Wolf*, VersR 2005, 1042 (1044-1046); i.E. auch *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1452).

1029 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1453); *Bork*, ZIP 2011, 101.

1030 BGH v. 3.5.2016 – II ZR 311/14, GmbHR 2016, 806 (807 f.), Rn. 24, m.w.N.

sollen die Informationspflichten nicht nur auslösen, sondern „verschärfen“. ¹⁰³¹ So nahm etwa der sechste Zivilsenat des BGH in einer heftig kritisierten ¹⁰³² Entscheidung sinngemäß an, der Geschäftsführer dürfe dem Kollegen, dessen Aufgabe es ist, die Sozialversicherungsbeiträge fristgerecht abzuführen, in einer Krisensituation nicht glauben, wenn dieser ihm versichere, seinen Pflichten nachzukommen; vielmehr müsse er durch geeignete Maßnahmen, etwa telefonische Rückfragen bei Bankinstituten, sicherstellen, dass die Zahlungen an die Sozialkasse tatsächlich geleistet werden. ¹⁰³³

Dass Anzeichen einer Ausnahmesituation, etwa einer Krise, Anhaltspunkte für die Erkennbarkeit einer abzuwendenden Fehlentwicklung sind, kann nicht ernsthaft bestritten werden. Insofern verdienen die Aussage, derlei Umstände böten „Anlass für konkrete Überwachungsmaßnahmen“ ¹⁰³⁴, und ähnliche Feststellungen ¹⁰³⁵ uneingeschränkt Zustimmung und es gibt durchaus Fälle ¹⁰³⁶, in denen dem ressortfremden Geschäftsführer die Verteidigung mit Verweis auf die mangelnde Kenntnis entsprechender Indizien geglückt ist. Problematisch wäre allerdings ein schematischer Schluss von den außergewöhnlichen Verhältnissen im fremden Geschäftsbereich auf die Inkompetenz seines Leiters. Der überwachende

1031 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167, 175), Rn. 14, 36; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 133; zur AG *Löbbecke/Fischbach*, AG 2014, 717 (720); zur vertikalen Delegation BGH v. 21.1.1997 – VI ZR 338/95, BGHZ 134, 304 (314), Rn. 25; v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (379), Rn. 23 f.

1032 *Habersack*, KF 2009, 5 (27); *ders.*, WM 2005, 2360 (2362 f.); *Wolf*, VersR 2005, 1042 (1044).

1033 BGH v. 9.1.2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, 969 (971), Rn. 18; ihm folgend BGH v. 3.5.2016 – II ZR 311/14, GmbHR 2016, 806 (807 f.), Rn. 24; v. 18.12.2012 – II ZR 220/10, GmbHR 2013, 265, Rn. 17; v. 2.6.2008 – II ZR 27/07, ZIP 2008, 1275 (1276), Rn. 11; OLG Düsseldorf v. 16.9.2014 – I-21 U 38/14, GmbHR 2015, 708 (709 f.), Rn. 14 ff., wobei der unzuständige Geschäftsführer hier selbst unmittelbar in die Bewältigung der Krise involviert war; zum Strafrecht BGH v. 8.1.2020 – 5 StR 122/19, BeckRS 2020, 1453, Rn. 9; v. 28.5.2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318 (325), Rn. 25.

1034 BGH v. 2.6.2008 – II ZR 27/07, ZIP 2008, 1275 (1276), Rn. 11.

1035 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167, 175), Rn. 14, 36; v. 19.6.2012 – II ZR 243/11, NZG 2012, 940 (941), Rn. 13; i.E. auch BFH v. 12.5.2009 – VII B 266/08, BFH/NV 2009, 1589 (1590), Rn. 11; v. 6.7.2005 – VII B 296/04, GmbHR 2005, 1315 (1316), Rn. 9; v. 13.3.2003 – VII R 46/02, BStBl. II 2003, 556 (560), Rn. 32; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778 f.), Rn. 20, 24.

1036 LG Bonn v. 13.2.2013 – 2 O 159/12, NZS 2013, 704 (705 f.), Rn. 30-32; OLG Schleswig v. 7.12.2001 – 14 U 122/01, BeckRS 2001, 30225473, Rn. 8.

Kollege müsste dann stets an dessen persönlicher Eignung zur Problemlösung zweifeln, diesem konsequenterweise ohne Weiteres das Vertrauen entziehen und sogleich „an ihm vorbei handeln“. Zu beachten ist allerdings, dass der Ressortleiter die Ausnahmesituation nicht zwingend selbst verursacht haben muss.¹⁰³⁷ Im anderen Fall, wenn sie durch seine sorgfaltswidrige Amtsführung hervorgerufen wurde oder das zumindest nicht auszuschließen ist, müsste der überwachende Geschäftsführer, sofern er nicht sogar von der Unzuverlässigkeit seines Kollegen auszugehen hat, für eine einfaches „weiter so“ in der Tat valide Gründe vorweisen können.¹⁰³⁸ Die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen beispielsweise wird er dann zumindest anhand von Zahlungsbelegen überprüfen müssen.¹⁰³⁹ Im Ergebnis handelt es sich bei einem solchen Sachverhalt damit strenggenommen nur um einen weiteren Fall verhaltensbezogener Pflichtenverschärfung.¹⁰⁴⁰ Genauso kann die Gesellschaft aber in eine Schiefelage, etwa eine finanzielle, geraten, weil ein Schlüsselkunde überraschenderweise zahlungsunfähig wird. Warum ein Geschäftsführer allein in Kenntnis dieser Gegebenheit daran zweifeln muss, dass der bisher stets zuverlässige Kollege auf einmal nicht mehr willens oder fähig ist, den vorrangig zu erfüllenden gesetzlichen Pflichten nachzukommen, leuchtet nicht ein,¹⁰⁴¹ selbst wenn in der Krise für gewöhnlich Liquiditätsprobleme¹⁰⁴² auftreten. Dieses Ergebnis stimmt dann auch wieder mit der (richtigen) Formulierung überein, dass Anhaltspunkte dafür bestehen müssen, „daß die Erfüllung von der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch den (intern) zuständigen Geschäftsführer [...] nicht mehr gewährleistet ist“¹⁰⁴³. Nach der eigenen Leitformel der Rechtsprechung müssen also auch in Ausnahmesituationen Gründe in der Person des Ressortleiters vorliegen, die es nicht länger erlauben, ihm die pflichtgemäße Wahrnehmung seiner Kompetenzen zuzutrauen. Hierin kommt wiederum zum Ausdruck, dass

1037 *Nietsch/Habbe*, DB 2019, 409 (415).

1038 Vgl. OLG Düsseldorf v. 27.10.1995 – 22 U 53/95, GmbHR 1996, 368 (368 f.), Rn. 6-8; vgl. auch *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1453).

1039 OLG Düsseldorf v. 16.9.2014 – I-21 U 38/14, GmbHR 2015, 708 (710), Rn. 17.

1040 Siehe S. 215 f.

1041 Vgl. OLG Schleswig v. 7.12.2001 – 14 U 122/01, BeckRS 2001, 30225473, Rn. 14; OLG Düsseldorf v. 12.11.1993 – 22 U 90/93, GmbHR 1994, 403 (404), Rn. 19-21, das die Prüfung allerdings auf Ebene des Verschuldens vornimmt; OLG Frankfurt v. 23.1.2004 – 24 U 135/03, NZG 2004, 388 (388 f.), Rn. 28; vgl. auch *Paefgen/Dettke*, WuB II C. § 37 GmbHG 1.08.

1042 OLG Düsseldorf v. 27.10.1995 – 22 U 53/95, GmbHR 1996, 368 (368 f.), Rn. 6.

1043 Statt aller BGH v. 9.1.2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, 969 (971), Rn. 17.

die horizontale Überwachung keine Personalaufsicht ist, sodass auch die Leiter eines „angeschlagenen“ Ressorts in der Krise grundsätzlich nicht auf Schritt und Tritt zu kontrollieren sind.¹⁰⁴⁴ Andernfalls würde die Ressortverteilung ab erkennbarem Eintritt einer Krise generell obsolet. Das wäre für die Abwendung solcher Schieflagen nicht nur potenziell abträglich, sondern käme einer Gefährdungshaftung gleich.¹⁰⁴⁵ Daher muss es Mitgliedern von Kollegialorganen auch in Ausnahmesituationen grundsätzlich gestattet sein, sich aufeinander verlassen zu dürfen, um durch die Besinnung auf das eigene Ressort zur Krisenbewältigung beitragen zu können.¹⁰⁴⁶ Zu verlangen ist von ihnen aber ein intensiverer Austausch von Informationen und deren besonders gründliche und sorgfältige Prüfung.¹⁰⁴⁷ Da es meist um die Vermeidung hoher Schäden beziehungsweise den Erhalt hochrangiger Schutzgüter geht, ist die Schwelle der objektiven Erkennbarkeit im Anschluss an das zu den aufgabenbezogenen Kriterien Gesagte in Ausnahmesituationen regelmäßig niedriger anzusetzen.

b) Intervention

Aus dem zum Informationsaustausch Gesagten folgt, dass vor einer invasiven Korrektur fremder Ressortmaßnahmen im Grundsatz stets ein klärendes Gespräch zwischen den Geschäftsführerkollegen erforderlich ist.¹⁰⁴⁸

-
- 1044 OLG Düsseldorf v. 12.11.1993 – 22 U 90/93, GmbHR 1994, 403 (404), Rn. 21; vgl. *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 33, die vor einer „Gefährdungshaftung“ durch die Hintertür warnen; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 224, m.w.N.
- 1045 *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 33; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 133; *Uwe H. Schneider*, EWiR 1997, 37 (38); zurückhaltend auch *Hasselbach*, WuB IV A. § 823 BGB 1.97; vgl. auch *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 915.
- 1046 *Wolf*, VersR 2005, 1042 (1044 f.); vgl. zur vertikalen Delegation *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 178 ff.; krit. für den Fall der Existenzbedrohung *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1453).
- 1047 *Habersack*, KF 2009, 5 (27); zur AG *ders.*, WM 2005, 2360 (2362 f.); *Wolf*, VersR 2005, 1042 (1044); *Westermann*, KF 1993, 15 (23); *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 192-194; in diese Richtung, wenngleich wohl enger *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 250-252; vgl. auch BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (175), Rn. 34; hierzu krit. *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (518); zum Steuerrecht vgl. BFH v. 13.3.2003 – VII R 46/02, BStBl. II 2003, 556 (560), Rn. 32.
- 1048 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1453); vgl. auch OLG Hamm v. 1.3.2007 – 27 U 137/06, GmbHR 2007, 823, Rn. 21; zur AG *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497

Insoweit gilt wie für die Informationspflicht aufgrund des Gebots loyalen und kollegialen Umgangs das Ultima-ratio-Prinzip.¹⁰⁴⁹ Wenn der zuständige Ressortleiter sich daraufhin weigert, einzulenken, fragt sich, ob und wie der Aufsichtspflichtige berechtigt und verpflichtet ist, aktiv in das Geschehen einzugreifen.¹⁰⁵⁰ Im Grundsatz ergibt sich die fortbestehende Berechtigung zum Einschreiten aus der subsidiären Geschäftsführungsbefugnis.¹⁰⁵¹ Darüber hinaus sind jedoch viele Einzelheiten ungewiss und die Interventionspflichten bisher nur punktuell systematisiert worden.¹⁰⁵²

aa) Zulässige Maßnahmen

(1) Befassung des Kollegiums

Nach nahezu einhelliger Auffassung steht den Geschäftsführern gegen die mit Einzelgeschäftsführungsbefugnis ausgestatteten Kollegen ein Widerspruchsrecht analog § 115 Abs. 1 Hs. 2 HGB beziehungsweise § 711 BGB zu, das, sofern es berechtigterweise geltend gemacht wird, dazu führt, dass eine beanstandete bevorstehende¹⁰⁵³ Maßnahme, außer bei Gefahr im Verzug,¹⁰⁵⁴ im Sinne des § 115 Abs. 2 Hs. 2 HGB zu unterbleiben hat.¹⁰⁵⁵ Die Vorschriften sollen nach ihrem originären Anwendungszweck zum einen die Gleichberechtigung der geschäftsführenden Gesellschafter sicherstellen und zum anderen als Ausgleich für die persönliche Haftung nach § 128 HGB (analog) dienen.¹⁰⁵⁶ Diese Wertungen lassen sich auf die GmbH-Geschäftsführung übertragen, da diese als im Grundsatz gleichgestelltes und daher gesamtverantwortlich haftendes Kollegialorgan ausgestaltet ist. Die Organwalter sind gleichberechtigt, sodass keine Einzelmeinung den

(512); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 257; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 266 f.; zum Verein *Schockenhoff*, DB 2018, 1127 (1131).

1049 *Leuring*, FS Seibert, 543 (552); zur AG *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 93 Rn. 189.

1050 Vgl. BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377 f.), Rn. 21; v. 20.3.1986 – II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293, Rn. 9.

1051 Siehe S. 200.

1052 Vgl. auch *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1452).

1053 Statt aller *Leuring*, FS Seibert, 543 (553 f.), m.w.N.

1054 Zur AG *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 258.

1055 *W. Goette/M. Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 58; *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); *Roth*, ZGR 1985, 265 (267); zum Verein BGH v. 12.10.1992 – II ZR 208/91, BGHZ 119, 379 (383-385), Rn. 10; vgl. auch BGH v. 25.2.1965 – II ZR 287/63, GmbHR 1965, 111 (112), Rn. 60.

1056 Statt aller *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 1.

Vorzug gegenüber den anderen verdient.¹⁰⁵⁷ Da die Geschäftsführer für Fehler, die ihre Kollegen in Ausübung ihrer Einzelgeschäftsführungsbe-
fugnisse begehen, potenziell haften, sollen sie in der Lage sein, diese zu
verhindern.

Nach ganz herrschender Meinung hat der Widerspruch gegen Ressort-
maßnahmen im GmbH-Recht lediglich Suspensivwirkung, bis das Ges-
amtgremium über die Ausführung der beanstandeten Maßnahme ent-
scheidet.¹⁰⁵⁸ Einen solchen Mechanismus sehen § 115 Abs. 1 Hs. 2 HGB
und § 711 BGB nicht vor. Im ursprünglichen Anwendungsfall bedarf
eine entsprechende Rechtsfolge vielmehr einer abweichenden Vereinba-
rung.¹⁰⁵⁹ Allerdings bestehen insofern wesentliche Unterschiede zwischen
dem Personengesellschaftsrecht einerseits und dem GmbH-Recht ander-
erseits, die mit Rücksicht auf das Kollegialprinzip eine gesetzesübersteigende
Rechtsfortbildung¹⁰⁶⁰ erfordern. Eine Geschäftsverteilung soll im Perso-
nengesellschaftsrecht nämlich nur dergestalt denkbar sein, dass die Gesell-
schafter den Geschäftsbereichsleitern ausschließliche Geschäftsführungsbe-
fugnisse zuweisen, sodass deren Verantwortung für das fremde Ressort
vollständig entfällt; im Übrigen, bei einer lediglich internen Absprache
der Geschäftsführer, sollen die universalen Einzelgeschäftsführungsbe-
fugnisse nämlich unverändert weitergelten.¹⁰⁶¹ Im Falle der „echten“ Arbeits-
teilung im Personengesellschaftsrecht ist der Ressortleiter konsequenter-
weise nur widerspruchsbefugt, soweit die Maßnahme eines Kollegen in
seinen Geschäftsbereich „übergreift“ und dadurch eine geteilte Verantwor-
tung bewirkt.¹⁰⁶² Dagegen besteht bei der verantwortungsmodifizierenden

1057 Vgl. BGH v. 11.1.1988 – II ZR 192/87, NJW-RR 1988, 995, Rn. 11.

1058 *Leuring*, FS Seibert, 543 (549); *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz,
GmbHG, § 37 Rn. 64; *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (483);
Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 30; *Paefgen*, in: U/H/L,
GmbHG, § 35 Rn. 187; *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 286 f.; *Peters*, DStR
2020, 125 (129); *ders.*, GmbHR 2008, 682 (685); i.E. auch *Baukelmann*, in:
Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 45; zur AG *Wettich*, Vorstands-
organisation, S. 257-259; *Semler*, Leitung, Rn. 30; *Bezenberger*, ZGR 1996,
661 (668); *Martens*, FS Fleck, 191 (196); abw. *Segger*, VersR 2018, 329 (330 f.);
Dose, Rechtsstellung, S. 76 f., 125.

1059 BGH v. 11.1.1988 – II ZR 192/87, NJW-RR 1988, 995, Rn. 11; *Drescher*, in:
E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 36; *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG,
§ 115 Rn. 25; *ders.*, in: MüKo, BGB, § 711 Rn. 4.

1060 Siehe hierzu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 232 f., 240 ff., 245 ff.

1061 Statt aller *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 4.

1062 *Rawert*, in: MüKo, HGB, § 115 Rn. 12; *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115
Rn. 4; *Finckh*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 115 HGB Rn. 6 f.; *Schäfer*, in: Ha-

Ressortverteilung im GmbH-Recht die Geschäftsführungsbefugnis und Verantwortung aller ressortfremden Geschäftsführer aufgrund der grundsätzlich umfassenden Geltung des Kollegialprinzips stets, wenngleich beschränkt und subsidiär, gleichsam im „Hintergrund“ fort.¹⁰⁶³ Das bedeutet aber, dass ein Widerspruch im GmbH-Recht bei aus mehr als zwei Personen bestehenden Leitungsgremien im Normalfall der verantwortungsmodifizierenden Delegation auch stets die teilweise (vorübergehend) abgegebene Geschäftsführungsbefugnis und Verantwortung der an der Intervention unbeteiligten Organmitglieder tangiert. Das ist offensichtlich, wenn die Organwalter die Geschäftsführungsbefugnisse persönlich aufgeteilt haben und sich so ihrer primären Rechte selbst begeben haben. Dann stellt der Widerspruch des Einzelnen bereits diese Entscheidung in Frage. Doch selbst wenn die Gesellschafter die Teilung vorgenommen haben, negiert ein Geschäftsführer, der widersprechende, indem er von seinem subsidiären Recht Gebrauch macht, die unterlassene Intervention der aufsichtspflichtigen Kollegen. Sie können die infrage stehende Ressortmaßnahme nicht aus eigener Machtvollkommenheit vornehmen oder unterlassen, sondern sind hierfür auf den Ressortleiter angewiesen. Dieser hat außerdem einen geschützten Bereich unternehmerischer Eigenverantwortung, der es verbietet, dass ein Mitgeschäftsführer über seinen Kopf hinweg entscheiden kann, ohne zu einer gemeinsamen Beratung und Beschlussfassung gezwungen zu sein; das gilt angesichts der Gleichberechtigung im verantwortungsmodifizierten Organ auch für „übergreifende“ Maßnahmen. Die letzten zwei Argumente sind auch der Grund, warum der Widerspruch in der zweiköpfigen verantwortungsmodifizierten Geschäftsführung, werden die oben genannten gesetzlichen Zwecke des Widerspruchsrechts an das Kollegialprinzip angepasst, im Grundsatz ebenfalls zu einer Aussprache, gegebenenfalls durch Beratung und Beschlussfassung ad hoc, führen muss. Da es sich bei der Interventionsbefugnis um ein subjektives Pflichtrecht handelt,¹⁰⁶⁴ steht es auch dem lediglich gesamtgeschäftsführungsbefugten Organmitglied zu. Das lässt sich ergänzend a maiore ad minus auch aus dem Recht des Einzelnen zur Anrufung der Gesellschafterversammlung schließen.¹⁰⁶⁵

bersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 10; *ders.*, in: MüKo, BGB, § 709 Rn. 17; *Leuring*, FS Seibert, 543 (550), m.w.N.

1063 Siehe S. 200 f.

1064 Siehe S. 201.

1065 *Leuring*, FS Seibert, 543 (551 f.), dessen Verweis auf die Gesamtverantwortung indes nicht trägt, da dieses Argument genauso bei den Personengesellschaften ins Feld geführt werden könnte (genauso wie die Pflicht zur loyalen und

Die Rückholbefugnis als kombinierte „Rüge“ und Befassung des Kollegialorgans greift auch, wenn der Ressortleiter sich weigert, die in einem bestimmten Fall allein pflichtgemäße Maßnahme von sich aus vorzunehmen, wenn es also um die Intervention gegen ein Unterlassen geht.¹⁰⁶⁶ Zwar sind § 115 Abs. 1 Hs. 2 HGB und § 711 S. 2 BGB angesichts ihres Wortlauts und weil die Möglichkeit, einem Unterlassen zu widersprechen, einem Weisungsrecht gleichkäme, grundsätzlich nur auf die Abwendung beabsichtigter Handlungen anwendbar.¹⁰⁶⁷ Die Kollegialbefassung ist aber in der ursprünglichen Vorschrift nicht vorgesehen, sodass keine direkte oder analoge Anwendung geboten ist. Die Entscheidung des Gesamtgremiums ist wertungsmäßig nicht mit einer Weisung des Einzelnen vergleichbar. Außerdem müsste andernfalls sogleich die Gesellschafterversammlung zur Ausübung ihres Weisungsrechts angerufen werden. Ein solches Vorgehen widerspräche aber dem Grundsatz loyalen und kollegialen Umgangs. Im zweiköpfigen Gremium ist eine „Weisung“ im Zuge der Kollegialbefassung aufgrund der zwingenden Beschlussfassung nur denkbar, wenn der Widersprechende bevorrechtigt ist und es damit ohnehin in der Hand hat, seinen Willen gegen den Ressortleiter durchzusetzen.

Teilweise wird vertreten, dass die anschließende Abstimmung im Gesamtgremium nicht dem Einstimmigkeitserfordernis unterliegen dürfe, da der Ressortleiter der Mehrheit beziehungsweise dem widersprechenden Geschäftsführer sonst seinen (gegebenenfalls pflichtwidrigen) Willen aufdrängen könne.¹⁰⁶⁸ Das Problem besteht indes überhaupt nicht. Die Auffassung geht wohl davon aus, dass über die Berechtigung des Widerspruchs abgestimmt werde. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum das Gesamtgremium bei der Kollegialbefassung – anders als sonst – nicht über die Zulässigkeit einer bestimmten Maßnahme entscheiden sollte; ein Einstimmigkeitserfordernis wird daher in der Regel dazu führen, dass ein gerügtes Vorhaben zu unterbleiben hat, weil die Wahrscheinlichkeit, dass

kollegialen Zusammenarbeit); es spricht auch viel dafür, dass die Kollegialbefassung keine echte Geschäftsführungsmaßnahme ist, vgl. *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 49 Rn. 2 f.

1066 Ohne Begründung *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, § 37 Rn. 30; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (15); zur AG *Erle*, AG 1987, 7 (9).

1067 *Rawert*, in: *MüKo, HGB*, § 115 Rn. 15; v. *Ditfurth*, in: *MHdB GesR I*, § 53 Rn. 40; *Schäfer*, in: *Habersack/Schäfer, Recht der OHG*, § 115 Rn. 13.

1068 Zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 181 f.; *Thamm*, Verfassung, S. 197 f.; wohl auch *Erle*, AG 1987, 7 (9).

der Widersprechende seine Meinung beibehält, hoch ist.¹⁰⁶⁹ Anders ist es im Falle eines gerügten Unterlassens: Weil darüber abgestimmt wird, ob die korrespondierende Handlung vorgenommen werden soll, hat der Ressortleiter dann eine Vetostellung. Auch das steht indes mit der gesetzlichen Ausgangslage der Gesamtgeschäftsführung in Einklang und ist mithin nicht weiter verwunderlich. Das von der Gegenansicht befürwortete Mehrheitserfordernis kann zwar in manchen Fällen aus praktischer Sicht sinnvoll sein, ist aber nicht zwingend.¹⁰⁷⁰

(2) Widerspruch

Im Aktienrecht ist umstritten, ob es im ressortgeteilten Vorstand neben der „Rückholpflicht“ ein „echtes“ Widerspruchsrecht gibt, das den Organmitgliedern erlaubt, ein Handeln des Ressortleiters ohne automatische Aussprache und Beschlussfassung im Gremium zu unterbinden. Die Diskussion ist dadurch erschwert, dass die Begriffe Intervention und Widerspruch vielfach synonym verwendet werden.¹⁰⁷¹ Eine Ansicht spricht sich für ein Widerspruchsrecht aus, sofern es in der Satzung oder der Geschäftsordnung vorgesehen ist.¹⁰⁷² Die Gegenansicht lehnt es hingegen wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung ab, wenn es nicht sämtlichen Vorstandsmitgliedern zusteht.¹⁰⁷³ Die jeweiligen Positionen dürften weniger gegensätzlich sein, als es den Anschein macht. Denn auch die erstgenannte Auffassung möchte dem „gerügten“ Ressortleiter

1069 *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 77 Rn. 33, der aus diesem Grund im Zweifelsfall einen mit Stimmenmehrheit gefassten Beschluss ausreichen lassen möchte; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 90, und *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (72), gehen sogar davon aus, dass dem Ressortleiter gegen Mehrheitsentscheidungen ein Vetorecht zusteht oder es ihm zumindest eingeräumt werden kann.

1070 *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 88.

1071 *Martens*, FS Fleck, 191 (196 Fn. 12); siehe die weiteren Beispiele bei *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 261.

1072 *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 107 ff., 261 f.; *Gomer*, Delegation von Compliance, S. 275 f.; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 77 Rn. 24c, 39; *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 77 Rn. 33.

1073 *Thamm*, Verfassung, S. 199-201; *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 183 f., der jedoch ohne Begründung davon ausgeht, dass der betroffene Ressortleiter den Gesamtvorstand nicht anrufen könnte; abl. auch *Linnertz*, Delegation, S. 269-271.

und auch den übrigen Vorstandsmitgliedern die Befugnis zugestehen, die Aussprache im Gremium zu verlangen.¹⁰⁷⁴

Im GmbH-Recht ist es schwer, ein Meinungsbild zu zeichnen. Das mag daran liegen, dass es keinen absoluten Grundsatz der Gleichberechtigung von Geschäftsführern gibt und ein echtes Widerspruchsrecht gegen Ressortmaßnahmen daher weniger Bedenken weckt. Vor allem ist es aber dem Umstand geschuldet, dass auch hier größtenteils ein uneinheitliches Begriffsverständnis herrscht.¹⁰⁷⁵ Sofern unterschieden wird, wird auch ohne Ermächtigung der Gesellschafter die Möglichkeit des echten Widerspruchs bejaht,¹⁰⁷⁶ wobei teilweise als Korrektiv wie im Aktienrecht eine Befugnis der übrigen Kollegen zur Anrufung¹⁰⁷⁷ der Gesamtgeschäftsführung befürwortet wird.

Richtigerweise ist im GmbH-Recht zu differenzieren. Ein echtes Widerspruchsrecht von Gesetzes wegen ist nicht anzuerkennen. Insoweit kann auf die Ausföhrungen zur Notwendigkeit einer Kollegialbefassung verwiesen werden.¹⁰⁷⁸

In der GmbH gilt allerdings kein strikter Gleichberechtigungsgrundsatz. Aus diesem Grund kann das Rückholrecht eines Geschäftsföhrers durch die Gesellschafter hin zum echten Veto ohne zwingende Konsultation des Gremiums amplifiziert werden. Es handelt sich dann rechtstechnisch um ein, gegebenenfalls nur vorläufiges, negatives Alleinentscheidungsrecht.¹⁰⁷⁹ Als solches ist es durch den Gesamtverantwortungsgrundsatz begrenzt. Das bedeutet, dass es ausschließlich für den Bereich eingeräumt werden kann, der auch der verantwortungsausschließenden Delegation of fensteht. Der privilegierte Geschäftsföhrer hat außerdem wohlgemerkt nur die Wahl, ob er von dem kombinierten oder dem echten Widerspruchsrecht Gebrauch macht. Spiegelverkehrt ist es im gleichen Umfang möglich, den Suspensiveffekt¹⁰⁸⁰ oder das Interventionsrecht als solches¹⁰⁸¹ abzubedingen, was einem (vorübergehendem) positiven Alleinentschei-

1074 Wettich, *Vorstandsorganisation*, S. 110 f., 262.

1075 Siehe nur die Beispiele bei *Leuring*, FS Seibert, 543 (549 Fn. 35).

1076 Peters, DStR 2020, 125 (129); *ders.*, GmbHR 2008, 682 (685); wohl auch *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 17; a.A. *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 45.

1077 *Leuring*, FS Seibert, 543 (549); *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 37 Rn. 34.

1078 Siehe S. 224.

1079 Für einen gleichartigen Mechanismus auch *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (72).

1080 *Leuring*, FS Seibert, 543 (556).

1081 A.A. *Leuring*, FS Seibert, 543 (555).

dungsrecht des dadurch begünstigten Ressortleiters gleicht und einer verantwortungsausschließenden Delegation sehr nahekommt.

(3) Notgeschäftsführung

Das Körperschaftsrecht hält keine Regelungen zur Überschreitung der Geschäftsführungsgrenzen in Notfällen bereit. Von vereinzelt Literaturstimmen wird ein Recht zur Notgeschäftsführung im fremden Ressort im Kapitalgesellschaftsrecht bejaht, wenn eine Maßnahme besonders eilbedürftig¹⁰⁸² oder im Interesse der Gesellschaft unabweisbar¹⁰⁸³ erscheint. Im Übrigen wird für den Fall der Gesamtgeschäftsführung pauschal eine analoge Anwendung des § 744 Abs. 2 BGB und des § 115 Abs. 2 Hs. 2 HGB bei „Gefahr im Verzug“ befürwortet,¹⁰⁸⁴ wobei übergangene Kollegen zu benachrichtigen seien und ein Widerspruchsrecht¹⁰⁸⁵ haben.

Bevor zur Zulässigkeit der Notgeschäftsführung im fremden Ressort aus Sicht des GmbH-Rechts Stellung genommen werden kann, sind Anwendungsbereich und -voraussetzungen der Vorschriften im Personengesellschaftsrecht zu ermitteln. § 744 Abs. 2 BGB entstammt zwar dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft, doch können die Bedingungen einer analogen Geltung der Norm im Personengesellschaftsrecht als geklärt gelten.

Gefahr im Verzug im Sinne des § 115 Abs. 2 Hs. 2 HGB meint die Situation, dass der Gesellschaft wahrscheinlich ein nicht unerheblicher Schaden entsteht, wenn zur Durchführung der erforderlichen Verhütungsmaßnahme noch die Zustimmung der übrigen Geschäftsführer eingeholt wird.¹⁰⁸⁶

1082 Zur AG ohne normative Anknüpfung *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (309).

1083 Ohne normative Anknüpfung auch *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 67; zum Strafrecht *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 218, m.w.N.

1084 *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 175; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 106; zur AG *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 77 Rn. 11; *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 77 Rn. 28; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 77 Rn. 6; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2202); *Fleischer*, BB 2004, 2645 (2648).

1085 *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 175; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 106; zur AG *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 77 Rn. 11.

1086 BGH v. 4.5.1955 – IV ZR 185/54, NJW 1955, 1027 (1028), Rn. 19; *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 32; *Rawert*, in: MüKo, HGB, § 115 Rn. 58; *Finckh*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 115 HGB Rn. 39; *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 37; a.A. hinsichtlich eines bloßen entgangenen

Aus § 116 Abs. 2 HGB wird gefolgert, dass der ursprüngliche Anwendungsbereich des § 115 Abs. 2 Hs. 2 HGB auf „betriebsgewöhnliche“ Geschäfte begrenzt ist.¹⁰⁸⁷

Die analoge Anwendung des § 744 Abs. 2 BGB auf das Recht der Personengesellschaften ist einhellig anerkannt; wegen des grundsätzlichen Vorrangs der privatautonomen Organisation wird auf den Rechtsgedanken der Norm aber nur ausnahmsweise und unter erhöhten Voraussetzungen zurückgegriffen.¹⁰⁸⁸ Verlangt wird eine akute Gefahr für einen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens oder die Gesellschaft selbst sowie die Notwendigkeit raschen Handelns.¹⁰⁸⁹ Der Widerspruch gegen eine Maßnahme nach § 744 Abs. 2 BGB ist anders als bei § 115 Abs. 2 Hs. 2 HGB¹⁰⁹⁰ nach herrschender Meinung wirkungslos.¹⁰⁹¹

Der Rechtsgedanke, dass in bestimmten Notfällen, die vertragsmäßige Organisation der Geschäftsführung dem Bedürfnis sofortigen Handelns weichen muss, ist auf die GmbH, gerade auch für den Fall der Ressortverteilung,¹⁰⁹² übertragbar.¹⁰⁹³ Der unbedingte Vorrang der Erhaltung ist seit jeher Schranke beziehungsweise Ergänzung des sogenannten *ius prohibendi*.¹⁰⁹⁴ Jedenfalls eine aktive Notgeschäftsführung im fremden Ressort allein mit Verweis auf Vermögensinteressen muss jedoch ausscheiden. Die Geschäftsführer der GmbH sind nicht unbedingt Gesellschafter, also vermögensmäßig beteiligt. Im ressortgeteilten Gremium gilt der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung nicht. Die Geschäftsbereichsleiter haben insoweit eine geschützte Position. In deren Bereich sollen die anderen Geschäftsführer gerade nicht das „Ruder an sich reißen“, weil sie

Gewinns mit Verweis auf die ursprüngliche Vorschrift *Bergmann*, WM 2019, 189 (192).

1087 *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 33, § 116 Rn. 9; *Finckb*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 115 HGB Rn. 40.

1088 Aus methodischer Sicht mit ausführlicher Begründung *Bergmann*, WM 2019, 189 (192 ff.); *K. Schmidt*, in: MüKo, BGB, § 745 Rn. 50, m.w.N.; *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 38.

1089 BGH v. 26.6.2018 – II ZR 205/16, NJW 2018, 3014 (3015), Rn. 24; v. 4.5.1955 – IV ZR 185/54, NJW 1955, 1027 (1028), Rn. 20; *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 38, § 114 Rn. 34; *ders.*, in: MüKo, BGB, § 711 Rn. 8.

1090 *Bergmann*, WM 2019, 189 (192).

1091 BGH v. 4.5.1955 – IV ZR 185/54, NJW 1955, 1027 (1028), Rn. 20 f.; *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 19; *Rawert*, in: MüKo, HGB, § 115 Rn. 60; *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 14, 38.

1092 Im Falle universaler Einzelgeschäftsführungsbefugnisse ist das Problem weniger virulent, vgl. *Bergmann*, WM 2019, 189 (191).

1093 Zu den Personengesellschaften *Bergmann*, WM 2019, 189 (193 f.).

1094 *Bergmann*, WM 2019, 189 (189 f., 191).

der Meinung sind, dass eine für das Unternehmen möglicherweise deutlich günstigere Entscheidung getroffen werden könnte. Die Arbeitsteilung auf Geschäftsführungsebene wäre sonst ad absurdum geführt. Hieraus ergibt sich auch wie bei der Gesamtgeschäftsführung¹⁰⁹⁵ die Subsidiarität der Notgeschäftsführung durch das Zeitmoment der Eilbedürftigkeit, das § 744 Abs. 2 BGB in seiner direkten Anwendung nicht kennt. Übrig bleiben demnach nur solche Fälle, in den eine Schädigung der Gesellschaft durch eine Legalitätspflichtverletzung des Ressortleiters mit hoher Wahrscheinlichkeit so unmittelbar bevorsteht, dass dieser nicht mehr um seine Zustimmung zur erforderlichen Verhütungsmaßnahme gebeten werden kann.¹⁰⁹⁶ Ein Widerspruch gegen eine solche Notgeschäftsführung ist, auch da es um die Legalitätspflicht geht, unbeachtlich.

bb) Pflichtenauslösender Anlass

Der Anlass determiniert bei der Intervention, wann der Schutz der primären Geschäftsführungsbefugnis durchlässig wird und die sekundäre „Hintergrundbefugnis“ der übrigen Kollegen aktiviert wird, unter welchen Umständen sie also dazu berechtigt und verpflichtet sind, gegen den Ressortleiter einzuschreiten.¹⁰⁹⁷ Die Voraussetzungen für den Gebrauch des „echten“ Notgeschäftsführungsrechts wurden aufgrund des engen Sachzusammenhangs bereits bei seiner Herleitung im GmbH-Recht behandelt. Es bleibt noch zu klären, wodurch die übrigen Interventionspflichten ausgelöst werden.

Dass ein „Gefahrenverdacht“ die Pflicht zum Gebrauch der Informationsrechte auslöst, wurde bereits herausgearbeitet. Diese erlauben den Aufsichtspflichtigen, schädigende Ressortmaßnahmen zu ermitteln, um beurteilen zu können, ob die Berechtigung und Pflicht besteht, sie zu korrigieren. Das Gefahrenabwehrrecht¹⁰⁹⁸ konkretisiert die Stufe der Wahrscheinlichkeitsverdichtung, die über die Erforschung des Sachverhalts hinaus- und mit einschneidenderen Eingriffsbefugnissen einhergeht, mit

1095 Vgl. zur Gesamtgeschäftsführung *Bergmann*, WM 2019, 189 (190, 194 f.).

1096 Zum Strafrecht ähnl. zu den Pflichten des überstimmten Geschäftsführers *Ransiek*, ZGR 1999, 613 (648); noch zurückhaltender *Böse*, wistra 2005, 41 (43 Fn. 26, 46 Fn. 55).

1097 Vgl. BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377 f.), Rn. 21; v. 20.3.1986 – II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293, Rn. 9.

1098 Im Strafrecht entspricht das dem „Anfangsverdacht“, siehe statt aller *Diemer*, in: KK, StPO, § 152 Rn. 7; vgl. auch *Linnertz*, Delegation, S. 286 f.

dem Begriff der „Gefahr“¹⁰⁹⁹. Diese systematische Trennung kann angesichts des präventiven Zwecks der organinternen Überwachung wertungsmäßig auf das Verhältnis zwischen Information und Intervention übertragen werden.¹¹⁰⁰ Ein Interventionsanlass ist demnach bei „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ eines absehbaren Sorgfaltsverstößes gegeben. Das ist gewissermaßen der „Tatbestand“ der Interventionspflicht, an den sich die „Rechtsfolge“ mit der Voraussetzung des legitimen Zwecks¹¹⁰¹ und der Wahl des geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mittels anschließt.

cc) Schranken

(1) Gesetzliche Vorgaben

Teilweise wird die Rückholbefugnis der Geschäftsführer auf den gesamten delegierten Geschäftsbereich beziehungsweise die vollständige übertragene Aufgabe ausgedehnt.¹¹⁰² Die Widerspruchsrechte nach § 115 Abs. 1 Hs. 2 HGB und § 711 BGB sind ihrem Wortlaut entsprechend aber nur auf konkrete Einzelmaßnahmen oder ein sachlich zusammengehöriges Bündel einzelner Entscheidungen beschränkt, weil eine pauschale Anwendung der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis unter Umgehung des § 117 HGB und des § 712 Abs. 1 BGB gleichkäme.¹¹⁰³ Zwar verlangen § 115 Abs. 1 Hs. 2 HGB und § 711 BGB keine Kollegialbefassung. Das ändert jedoch nichts daran, dass der eigenmächtige Entzug des Ressorts im Wege der Rückholbefugnis bei einer organexternen Geschäftsverteilung eine unzulässige Kompetenzüberschreitung bedeutet und bei einer organinternen Ressortverteilung gegen das Erfordernis des Einvernehmens¹¹⁰⁴ verstößt. Halten die Organmitglieder einen Kollegen nicht mehr für zuverlässig und willigt dieser nicht in die Aufgabe seines Geschäftsbereichs ein beziehungsweise handelt es sich um eine externe Geschäftsverteilung, müssen sie

1099 Statt aller BVerwG v. 3.7.2002 – 6 CN 8/01, BVerwGE 116, 347 (350), Rn. 32.

1100 Für ein vergleichbares Stufenverhältnis *Heermann*, NJW 2016, 1687 (1688).

1101 Siehe S. 201 f.

1102 *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 64; *Peters*, GmbHR 2008, 682 (685).

1103 *Rawert*, in: MüKo, HGB, § 115 Rn. 17 f.; *Drescher*, in: E/B/J/S, HGB, § 115 Rn. 9; *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 13; zum Ver ein BGH v. 12.10.1992 – II ZR 208/91, BGHZ 119, 379 (384 f.), Rn. 10.

1104 Siehe hierzu S. 122 f.

4. Teil: Materielle Auswirkungen der Ressortverteilung

demnach für die Entziehung seines Ressorts die Gesellschafter¹¹⁰⁵ einschalten.¹¹⁰⁶

Für die Beschränkung der Interventionsbefugnis durch Missbrauchs Gesichtspunkte gelten mutatis mutandis die Ausführungen zur Auskunfts.¹¹⁰⁷ Hinsichtlich der Problematik des Interessenkonflikts ist eine Einschränkung zu machen: Auch wenn dieser den Aufsichtspflichtigen hindert, an dem Beschluss über die Zulässigkeit einer Ressortmaßnahme mitzuwirken, kann er dennoch seine Kollegen mit ihr befassen, wenn ein hinreichender Interventionsanlass besteht.¹¹⁰⁸

(2) Privatautonome Vorgaben

Bezüglich möglicher Modifikationen der Rückholpflicht kann auf die Ausführungen zum echten Widerspruchsrecht verwiesen werden. Die Einräumung von Alleinentscheidungs- und Weisungsrechten ändert wie bei den Informationsbefugnissen nichts am Pflichtenmaßstab der Intervention. Dem Geschäftsführer kann kein Vorwurf gemacht werden, wenn er etwa, statt von seiner Weisungsbefugnis Gebrauch zu machen, das Kollegialorgan einschaltet. Die Notgeschäftsführung im fremden Ressort kann nicht abbedungen werden, da sie der Erfüllung der Legalitätspflicht dient.

4. Pflichtenmodifikation durch horizontale Meta-Überwachung

Im Aktienrecht wird teilweise die Möglichkeit zur Bildung eines „Kontrollressorts“ befürwortet; dem zuständigen Ressortleiter könne hierdurch die Pflicht der übrigen Geschäftsleiter zur Überwachung ihrer Kollegen

1105 Beziehungsweise das Organ, das der Geschäftsführung die Geschäftsverteilung gegeben hat.

1106 In diese Richtung auch *Leuring*, FS Seibert, 543 (553).

1107 Siehe S. 206.

1108 Vgl. zur AG OLG Saarbrücken v. 22.1.2014 – 2 U 69/13, AG 2014, 584 (586 f.), Rn. 42; insoweit bestätigt von BGH v. 28.4.2015 – II ZR 63/14, NZG 2015, 792 (794), Rn. 27; *Leuring*, FS Seibert, 543 (552 f.), der im Falle eines zweiköpfigen Gremiums richtigerweise auf die jeweilige nächstmögliche Interventionsstufe verweist.

überantwortet werden.¹¹⁰⁹ Deren Aufsichtspflicht verdichte sich nach seiner Errichtung auf die Überwachung des Kontrollressortleiters,¹¹¹⁰ werde also gewissermaßen „mediatisiert“ (Meta-Überwachung)¹¹¹¹ und dadurch abgeschwächt. Die Gegenansicht hält dagegen, dass die (unmittelbare) organinterne Selbstkontrolle kraft Gesamtverantwortung Leitungsaufgabe sei, also der Gesamtzuständigkeit unterliege und die „Polizeifunktion“ eines Organmitglieds gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung verstoße.¹¹¹² Eine Meta-Aufsicht Sorge für Unsicherheit hinsichtlich der Überwachungskompetenzen; außerdem sei Kontrolle ohne unmittelbaren Eindruck vom Überwachungsgegenstand kaum möglich.¹¹¹³ Einem Kontrollressort könne lediglich unterstützende Funktion als zentralisierte Informationsbeschaffungsquelle zukommen.¹¹¹⁴ Im GmbH-Recht wird die Diskussion über die Zulässigkeit einer organinternen Meta-Überwachung bisher nicht vertieft geführt. Eine Literaturstimme hält es ohne nähere Begründung für unproblematisch, wenn die Gesellschafter dem Vorsitzenden der Geschäftsführung ein Kontrollressort zuweisen.¹¹¹⁵

Die organinterne Überwachung beruht auf Gegenseitigkeit. Das ist der entscheidende Unterschied zur vertikalen Delegation.¹¹¹⁶ Einem Geschäftsführer die Überwachungsverantwortung „ersten Grades“ aufzubürden, käme im Ergebnis einer vertikalen Delegation gleich, die in einem Gremium Gleichgestellter nicht möglich ist. Insofern ist den Stimmen, die dem Kontrollressort lediglich eine unterstützende Rolle zugestehen wollen, im Grundsatz auch für die GmbH zu folgen. Im 2. Teil der Arbeit wurde indes festgestellt, dass das GmbH-Recht keinen umfassenden Grundsatz

1109 *H.-J. Mertens/Cahn*, in: *KK, AktG*, § 77 Rn. 25; *Martens*, FS Fleck, 191 (200); *Linnertz*, Delegation, S. 293-295; ähnl. zur Rolle des Vorstandsvorsitzenden *Heimbach/Boll*, *VersR* 2001, 801 (805, 808).

1110 *Martens*, FS Fleck, 191 (200); *Heimbach/Boll*, *VersR* 2001, 801 (805, 808).

1111 Vgl. zur vertikalen Delegation *Dreher*, FS Hopt, 517 (539); *Froesch*, DB 2009, 722 (725); *Fleischer*, AG 2003, 291 (295); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (486).

1112 *Wettich*, *Vorstandsorganisation*, S. 266; krit. auch *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (69 f.).

1113 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1451 f.).

1114 *Kort*, in: *Hirte/Mülbert/Roth*, *AktG*, § 77 Rn. 35; *M. Weber*, in: *Hölters*, *AktG*, § 77 Rn. 34; *Rehm*, *Einzel- und Gesamtverantwortung*, S. 218 f.; *Wettich*, *Vorstandsorganisation*, S. 266 f.; wohl auch *Spindler*, in: *MüKo, AktG*, § 93 Rn. 180; *Fleischer*, NZG 2003, 449 (452).

1115 *Höhn*, *Geschäftsleitung*, S. 64 f.; a.A. *Schmidt-Husson*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, *Corporate Compliance*, § 6 Rn. 41; wohl auch *Fleischer*, in: *MüKo, GmbHG*, § 43 Rn. 119.

1116 *Schmidt-Husson*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, *Corporate Compliance*, § 6 Rn. 40.

der Gleichberechtigung der Geschäftsführer kennt. Dementsprechend ist auch der Bereich zwingender Gesamtverantwortung in der GmbH deutlich geringer als in der AG. Es spricht nichts dagegen für den Bereich, in dem das GmbHG sogar eine verantwortungsausschließende Delegation ermöglicht, gleichsam als Vorstufe zu dieser die Überwachung der Überwachung zuzulassen. Eine solche Meta-Aufsicht im gesellschaftsinternen Interessenbereich bedeutet für die übrigen Organmitglieder eine spürbare Reduktion ihrer Gesamtverantwortung. Allein die mit ihr einhergehende Konzentration der Kontrolle auf eine Person lässt den organinternen Überwachungsaufwand deutlich sinken. Durch die Informationsfilterfunktion des Kontrollressorts wird die Aufsicht ebenfalls wesentlich erleichtert.

III. Innenregress

Selbst wenn die Geschäftsführer sich eine Verletzung ihrer Kontrollpflicht¹¹¹⁷ zuschulden kommen lassen, verbleibt ihnen gegebenenfalls die Möglichkeit, sich im Wege des Innenregresses bei dem primär verantwortlichen Kollegen schadlos zu halten. Entsprechendes gilt unter Umständen auch im Falle einer unwirksamen Geschäftsverteilung.¹¹¹⁸ Je umfangreicher die Regressmöglichkeiten sind, desto effektiver kann die Ressortverteilung zur Enthftung der Überwachungspflichtigen beitragen.

Nach einer Ansicht soll der Rechtsgedanke des § 840 Abs. 2 BGB im Falle des Nebeneinanders von Primär- und Sekundärpflichtverletzung ganz im Sinne seiner Mitgeschäftsführer pauschal zur alleinigen Haftung des Ressortleiters führen.¹¹¹⁹ Die Gegenmeinung möchte nur grundsätzlich auf diese Weise verfahren und sich bei § 426 Abs. 1 S. 1 BGB im Einzelfall die Möglichkeit einer Abwägung analog § 254 BGB vorbehalten.¹¹²⁰

1117 Zur ausschließlichen Verletzung von Primär- beziehungsweise Sekundärpflichten siehe *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 163; zur ersten Fallgruppe gehört in der Regel auch das ausgeschiedene Organ, siehe *Freund*, GmbHR 2013, 785 (789), der jedoch die Grundsätze rechtmäßigen Alternativverhaltens verkennt.

1118 Siehe S. 183 f.

1119 *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 200; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 349.

1120 *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 164 ff.; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 62; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 319; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 259; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 38; *Altmeyden*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Manager-

Die Wertungen des § 840 Abs. 2 BGB werden einhellig auf die Ausgleichspflichten im Gesamtschuldverhältnis übertragen.¹¹²¹ Bereits in ihrer direkten Anwendung gelten die Vorschriften indes nicht lückenlos,¹¹²² was entschieden gegen eine eindimensionale Lösung spricht.

Im Grundsatz werden die Gesamtschuldanteile bei der Quotelung durch § 254 BGB (analog) zunächst nach dem Verursachungs- und nachgelagert gegebenenfalls nach dem Verschuldensgrad ermittelt.¹¹²³ Der Verursachungsgrad ist in der Innenansicht zwischen den Haftungsschuldern dabei nicht im Sinne naturwissenschaftlicher Kausalität zu verstehen, da diese nicht quantifizierbar ist, sondern danach abzustufen, wie wahrscheinlich die Schadensverursachung durch das Verhalten des jeweiligen Gesamtschuldners war.¹¹²⁴

Die unterlassene Abwendung einer Pflichtverletzung des Ressortleiters vermag dessen unmittelbare Schadensveranlassung regelmäßig nicht aufzuwiegen und ist daher im Rahmen der Verursachungsbemessung zu vernachlässigen.¹¹²⁵ Es ist grundsätzlich vielmehr als treuwidrig anzusehen, wenn der primäre voll verantwortliche Schadensverursacher dem Aufsichtspflichtigen vorwirft, der Schaden sei zustande gekommen, weil dieser ihn mangelhaft überwacht habe.¹¹²⁶ Etwas anderes kann ausnahmsweise gelten, wenn er einen (vertraglichen) Anspruch auf Überwachung gegenüber seinem „Aufpasser“ hatte.¹¹²⁷ Ein solcher wird zwischen Mit-

haftung, § 7 Rn. 79; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (16); *Bachmann*, DJT 2014 – Gutachten E, S. E 43; *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2986 f.); *Freund*, GmbHR 2013, 785 (787 f.), der jedoch die Grundsätze rechtmäßigen Alternativverhaltens verkennt sowie Primär- und Sekundärpflichten vermengt; zur AG *Guntermann*, AG 2017, 606 (607); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 231, 235.

- 1121 BGH v. 22.4.1980 – VI ZR 134/78, NJW 1980, 2348 (2349), Rn. 25; *Gehrlein*, in: BeckOK, BGB, § 426 Rn. 11.
- 1122 BGH v. 22.4.1980 – VI ZR 134/78, NJW 1980, 2348 (2349), Rn. 25; *Wilhelmi*, in: Erman, BGB, § 840 Rn. 12; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 840 Rn. 23.
- 1123 BGH v. 18.11.2014 – KZR 15/12, BGHZ 203, 193 (201), Rn. 41, m.w.N.; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 160; *Almeppen*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 7 Rn. 79.
- 1124 *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 160, 164; *Heinemeyer*, in: MüKo, BGB, § 426 Rn. 23.
- 1125 *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 164 f.; *Guntermann*, AG 2017, 606 (607); *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 319.
- 1126 BGH v. 18.11.2014 – KZR 15/12, BGHZ 203, 193 (205), Rn. 57, m.w.N.; v. 10.5.2005 – VI ZR 366/03, NJW 2005, 2309 (2310), Rn. 12; *Guntermann*, AG 2017, 606 (607).
- 1127 BGH v. 22.4.1980 – VI ZR 134/78, NJW 1980, 2348 (2349), Rn. 26.

geschäftsführern aber nicht von Gesetzes wegen begründet, zumal die Überwachungspflicht die Interessen Dritter und der Gesellschaft wahr.¹¹²⁸ Der Vertrauensgrundsatz wirkt nur in die entgegengesetzte Richtung.¹¹²⁹ Die Pflicht zur loyalen und kollegialen Zusammenarbeit gebietet ein solidarisches Miteinander, aber nicht mehr.¹¹³⁰ Bei einem Vorsitzenden der Geschäftsführung kommt es für die Frage der Verursachung auf seine konkreten Befugnisse und deren Ausübung an.¹¹³¹ Macht er etwa von einem Alleinentscheidungs- oder Weisungsrecht Gebrauch, verkehrt sich das Verhältnis und er ist Primärverantwortlicher.

Eine differenzierte Betrachtung der Gesamtschuldanteile bei der Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung seiner organinternen Überwachungspflicht kann allerdings der Vergleich seines Verschuldens mit dem des Ressortleiters erlauben.¹¹³² Das deckt sich auch mit dem Grundgedanken des § 840 Abs. 2, Abs. 3 BGB,¹¹³³ wonach die Haftung für vermutetes Verschulden und Gefährdung wertungsmäßig hinter einer voll verantwortlichen Schadensverursachung zurückbleibt, es für den Ausgleich im Innenverhältnis also entscheidend auf die subjektive Vorwerfbarkeit ankommt. Bei fahrlässiger Verursachung des Ressortleiters und grob fahrlässig unterlassener Abwendung des Aufsichtspflichtigen erscheint im Ausgangspunkt etwa eine hälftige Teilung angemessen.¹¹³⁴

1128 Ähnl. *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 165; *Guntermann*, AG 2017, 606 (607).

1129 Vgl. die Nachweise bei Fn. 504; umgekehrt *Guntermann*, AG 2017, 606 (607), die jedoch am Vertrauensgrundsatz festhalten möchte, obwohl seine Voraussetzungen nicht vorliegen.

1130 *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 165.

1131 In diese Richtung auch *Freund*, GmbHR 2013, 785 (788).

1132 Zu einem plausiblen, flexiblen Abwägungsmechanismus *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 166 ff.; in diese Richtung auch *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 43 Rn. 62; *Altmeppen*, in: *Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung*, § 7 Rn. 79; *Guntermann*, AG 2017, 606 (607 f.).

1133 BGH v. 10.5.2005 – VI ZR 366/03, NJW 2005, 2309 (2310), Rn. 12; *Wilhelmi*, in: *Erman, BGB*, § 840 Rn. 11; *Spindler*, in: *BeckOK, BGB*, § 840 Rn. 22; *Wagner*, in: *MüKo, BGB*, § 840 Rn. 18.

1134 Siehe auch die weiteren Quoten und deren Begründung bei *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 169-171: Fahrlässigkeit - Vorsatz: 1/3 - 2/3, Grobe Fahrlässigkeit - Vorsatz: 1/2 - 1/2, Vorsatz - Vorsatz: 2/3 - 1/3, ansonsten: 1 - 0; zur Behandlung von Haftungseinheiten und Konzernsachverhalten *ders.*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 162 f., 172 f.

C. Mitverschulden der Gesellschafter

Verstößt der Geschäftsführer gegen Residualpflichten, haftet er also dem Grunde nach, und war gleichzeitig ein Verhalten der Gesellschafter kausal für den Schaden, stellt sich die Frage, ob deren Mitverschulden der Gesellschaft analog § 31 BGB i.V.m. § 254 BGB¹¹³⁵ zuzurechnen ist. Exemplarisch dürfte der Fall sein, dass die Gesellschafterversammlung einer hierfür ungeeigneten Person ein Ressort zuweist und diese daraufhin eine Pflichtverletzung begeht, die durch das Überwachungsversagen der übrigen Geschäftsführer mitverursacht wurde.

I. Berücksichtigungsfähigkeit

Nach der Rechtsprechung¹¹³⁶ und einem Teil der Literatur¹¹³⁷ kann ein Gesellschaftsorgan der Gesellschaft gegenüber nicht anspruchsmindernd einwenden, dass ein anderes Organ¹¹³⁸ für den Schaden mitverantwortlich ist. Dass wird damit begründet, dass die Pflichten von Gesellschaftsorganen nicht kongruent, sondern parallel konzipiert seien, wie es in § 43 Abs. 2 GmbHG oder § 93 Abs. 4 S. 2 AktG zum Ausdruck kommt, und daher selbstständig nebeneinanderstünden, sodass jedes Organ auch

1135 BGH v. 14.3.1983 – II ZR 103/82, NJW 1983, 1856, Rn. 6; OLG Oldenburg v. 22.6.2006 – 1 U 34/03, GmbHR 2006, 1263 (1268), Rn. 81; *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (843); *Lorenz*, in: BeckOK, BGB, § 254 Rn. 41.

1136 BGH v. 14.3.1983 – II ZR 103/82, NJW 1983, 1856 (1856 f.), Rn. 6 f.; zur Stiftung BGH v. 20.11.2014 – III ZR 509/13, NZG 2015, 38 (39 f.), Rn. 22; im Verhältnis zu Mitgeschäftsführern BGH v. 26.11.2007 – II ZR 161/06, GmbHR 2008, 144 (145), Rn. 3; zur AG BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, AG 2011, 876 (877), Rn. 20; RG v. 13.4.1920 – II 473/19, JW 1920, 1032 (1033); offen gelassen von BGH v. 16.2.1981 – II ZR 49/80, WM 1981, 440 (442), Rn. 13; andererseits zur fehlenden Überwachung durch die Gesellschaft BGH v. 8.9.1997 – II ZR 262/96, DStR 1997, 1735 (1737), und zum ausgeschiedenen Organmitglied BGH v. 5.7.1993 – II ZR 174/92, DStR 1993, 1637 (1638), jeweils referiert von *W. Goette*; zu Letzterem auch OLG Oldenburg v. 22.6.2006 – 1 U 34/03, GmbHR 2006, 1263 (1267 f.), Rn. 80, 83-85.

1137 *W. Goette/M. Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 262; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 314.1; *E. Vetter*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 22 Rn. 90; *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (226); *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 171; zur AG *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 93 Rn. 163.

1138 Für das Verhältnis der Organmitglieder untereinander ist das zu Recht unstr., siehe *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (842), m.w.N.

„solidarisch“ auf den vollen Betrag hafte und eine Kompensation seiner Mitglieder erst im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs stattfindet.¹¹³⁹ Außerdem seien die Organe im Verhältnis zueinander keine Vertreter der Gesellschaft; § 31 BGB wirke nicht nach innen.¹¹⁴⁰ Ein beachtlicher Teil der Literatur lehnt die kategorische Ansicht des BGH grundsätzlich ab oder lässt zumindest Ausnahmen zu.¹¹⁴¹

§ 254 BGB beansprucht seinem Wortlaut¹¹⁴² und der der Vorschrift zugrundeliegenden¹¹⁴³ universellen Wertung des venire contra factum proprium zufolge grundsätzlich Geltung im gesamten Schadensersatzrecht. Demnach unterliegt die erstgenannte Ansicht einem Begründungszwang. Das auf § 31 BGB gestützte Argument vermag nicht zu überzeugen: Da die Gesellschafterversammlung vielfach, von der Anstellung über Verzichtserklärungen und Weisungen bis hin zur Zuweisung von Geschäftsbereichen, den Willen der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern abbildet,¹¹⁴⁴ ist sie ihnen gegenüber „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne der Vorschrift.¹¹⁴⁵ Auch die Organisationsverfassung der GmbH spricht nicht gegen, sondern für eine Berücksichtigung des Mitverschuldens der Gesellschafter. Denn es gibt kein echtes Nebeneinander von Gesellschafter- und Geschäftsführerpflichten, zumal die Gesellschafter, von einzelnen gesetzlichen Verboten und der Treupflicht einmal abgesehen, weitaus mehr

1139 BGH v. 14.3.1983 – II ZR 103/82, NJW 1983, 1856 (1856f.), Rn. 6f.; v. 20.11.2014 – III ZR 509/13, NZG 2015, 38 (39), Rn. 22; OLG Oldenburg v. 22.6.2006 – 1 U 34/03, GmbHR 2006, 1263 (1268), Rn. 81.

1140 BGH v. 20.11.2014 – III ZR 509/13, NZG 2015, 38 (39f.), Rn. 22, mit Verweis auf die Entscheidung des RG v. 13.4.1920 – II 473/19, JW 1920, 1032 (1032f.), die allerdings wie das Urteil des Bayerischen OLG v. 8.12.1961 – RReg. 1 Z 55/59, BayObLGZ 1961, 355 (372), nichts über das Verhältnis zu den Gesellschaftern sagt.

1141 *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (847ff.); *Oetker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 47-49; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 116; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 327; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 260; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 82f.; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 174-176; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 64; *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 71ff., 77f.; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674f.).

1142 *Wilbelmi*, NZG 2017, 681 (685), m.w.N.

1143 *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (844), m.w.N.; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674).

1144 Statt aller BGH v. 7.4.2003 – II ZR 193/02, NZG 2003, 528, Rn. 4.

1145 *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (843f.).

Rechte als Pflichten haben.¹¹⁴⁶ Sie dürfen die Leitung der Gesellschaft weitestgehend den Geschäftsführern überlassen.¹¹⁴⁷ Dementsprechend ist die gesamtschuldnerische Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern auch die Ausnahme.¹¹⁴⁸ Ein Regress wird daher in der Regel, anders als im Verhältnis zu Aufsichtsrats- oder Beiratsmitgliedern,¹¹⁴⁹ nicht in Betracht kommen; wenn die Haftung der Geschäftsführer bei einer Interaktion mit den Gesellschaftern, etwa im Falle unzweckmäßiger Weisungen, von feinsten graduellen Abweichungen abhängt, erscheint es aber nicht geboten, erstere den vollen Schaden tragen zu lassen.¹¹⁵⁰ Auf der anderen Seite passt der Telos des § 254 BGB auf die Anwendung im Verhältnis zu den Gesellschaftern besonders, soweit sie die wahren Geschädigten sind und sich willentlich unternehmerisch betätigen; die eigene Abgrenzung von der juristischen Person käme vor diesem Hintergrund einem Scheineinwand gleich,¹¹⁵¹ vgl. auch § 6 Abs. 5 GmbHG. Die Gesellschafter willigen wie im Falle einer Weisung gleichsam zurechenbar in die Schädigung der Gesellschaft ein. Insoweit fügt sich der Mitverschuldenseinwand wertungsmäßig nahtlos in das bestehende Arsenal zur Beschränkung der Geschäftsführerhaftung ein, sofern seine Anwendung auf den Interessenbereich beschränkt wird, über den die Gesellschafter disponieren dürfen.¹¹⁵² In diesem Maße ist er demnach dem Grunde nach anzuerkennen.

1146 *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (844).

1147 So auch OLG Oldenburg v. 22.6.2006 – 1 U 34/03, GmbHR 2006, 1263 (1268), Rn. 82.

1148 Siehe hierzu *Vofß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 112 ff.; unklar *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (845 f.).

1149 Nach *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (850 f.), ist auch ein Mitverschulden anderer Organe zu berücksichtigen, sofern diese weisungsberechtigt sind; so auch *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 64; *Diekmann*, in: MHdB GesR III, § 46 Rn. 24.

1150 *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (844 f.); zu den Nuancen zwischen Enthaltung und Existenzvernichtung ferner *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (906 f.); *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 71-73.

1151 *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (844 f.); vgl. auch *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 72; a.A. *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 69, deren Rechtsmissbrauchskonstruktion aber ebenso die juristische Person mit den Gesellschaftern gleichsetzte und darüber hinaus zu einer nicht interessengerechten Alles-oder-nichts-Lösung führte.

1152 *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (845 f.); vgl. auch *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 72 f.; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674).

II. Rechtsfolgen

Zu klären bleibt, in welchen ressortverteilungsspezifischen Fällen¹¹⁵³ ein Mitverschulden der Gesellschafter typischerweise eine Enthaltung der Geschäftsführer bewirken kann. Wie bereits zum Gesamtschuldnerausgleich dargelegt, kommt es für die stets vorzunehmende Einzelfallprüfung bei § 254 BGB prinzipiell zunächst auf den Verursachungs- und nachfolgend auf den Verschuldensgrad an.

Eine beachtliche Anzahl von Literaturstimmen erachtet die Berücksichtigung eines Mitverschuldens bei der Haftung wegen Überwachungsversagens für möglich, wenn die Gesellschafter einen ungeeigneten Geschäftsführer bestellt haben.¹¹⁵⁴ Dem ist jedenfalls für den Akt beziehungsweise Inhalt der Geschäftsverteilung als solches¹¹⁵⁵ beizupflichten. Der Vorwurf unterlassener Kontrolle der eigenen Person oder der Geschäftsführerkollegen, der mangels korrespondierender Pflicht aus § 46 Nr. 6 GmbHG¹¹⁵⁶ kein Mitverschulden begründen kann,¹¹⁵⁷ basiert, und das ist der entscheidende Unterschied, anders als die unzureichende Aufgabenteilung oder Berichtigung derselben, nicht auf einem aktiven Eingriff¹¹⁵⁸ in die Geschäftsführung. Dem überwachenden Geschäftsführer können die Gesell-

1153 Zu weiteren Sachverhaltskonstellationen *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (848-850).

1154 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 47; *Diekmann*, in: MHdB GesR III, § 46 Rn. 25; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 174; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 327; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 48; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 83; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 116; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 260; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 64; enger *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (850); a.A. *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 314 f.; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 68; wohl auch *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 70.

1155 Vgl. *E. Vetter*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 22 Rn. 90.

1156 BGH v. 14.3.1983 – II ZR 103/82, NJW 1983, 1856 (1857), Rn. 7; *Liescher*, in: MüKo, GmbHG, § 46 Rn. 193 f., m.w.N.

1157 BGH v. 14.3.1983 – II ZR 103/82, NJW 1983, 1856 (1856 f.), Rn. 7; *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (848, 850); *Diekmann*, in: MHdB GesR III, § 46 Rn. 26; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 68; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 70; abw. *Lindacher*, JuS 1984, 672 (675).

1158 Zur Relevanz des Beschlussquorums siehe *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (847).

schafter andererseits kein Übernahmeverschulden vorwerfen,¹¹⁵⁹ weil es nicht um seine Besetzung geht.¹¹⁶⁰ Gelten muss der Mitverschuldenseinwand wegen fehlerhafter Geschäftsverteilung konsequenterweise auch für ein Rede- und Anpassungsversagen der Geschäftsführer, was insbesondere bedeutsam wird, wenn der Ressortverteilungsbeschluss lediglich anfechtbar ist. Er setzt spiegelbildlich zur Haftung der Geschäftsführer stets voraus, dass der jeweilige Mangel für die Gesellschafter erkennbar war.¹¹⁶¹

Sowohl die Verursachungsbeiträge der Geschäftsführer als auch die der Gesellschafter sind in den genannten Konstellationen mittelbare. Dennoch wird der sorgfaltswidrigen Erfüllung der Überwachungs-, Rede- und Anpassungspflicht im Grundsatz ein höherer Verursachungsgrad beizumessen sein, weil die Gesellschafter, anders als die Geschäftsführer, nicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Geschäftsführung verpflichtet sind. Es bietet sich daher im Regelfall an, die Verschuldensanteile der Geschäftsführer und der Gesellschafter gem. § 254 BGB analog mithilfe derselben Quotelungsmethode zu bestimmen, die auch für den Ausgleich der Gesamtschuld im Verhältnis des Ressortleiters zum überwachenden Geschäftsführer vorgeschlagen wurde.¹¹⁶²

D. Ergebnis

Das Ressort hat der Geschäftsführer wie ein eigenes Unternehmen zu führen. In Anlehnung an die Unternehmerfunktionen lässt sich seine Ressortverantwortung in den Vierklang der Ressortplanung, -organisation und -kontrolle sowie der Personalverantwortung übersetzen. Das Gebot zur kollegialen und loyalen Zusammenarbeit wandelt sich durch die Arbeitsteilung in eine Mitwirkungs- und Einbindungspflicht. Weil Ressortüberwachung gewissermaßen „Gefahrenabwehr“ ist, muss der Geschäftsereichsleiter seinen Kollegen, außer bei Gefahr im Verzug, insbesondere die Informationen weiterleiten, die diese zu seiner Kontrolle benötigen. Sind die delegierten Aufgaben zahlreich und die Geschäftsverteilung ent-

1159 Siehe hierzu BGH v. 14.3.1983 – II ZR 103/82, NJW 1983, 1856 (1857), Rn. 8.

1160 Vgl. *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (848, 850); *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 70; für die Bejahung des Mitverschuldenseinwands auch bei eigener Unzuverlässigkeit *Diekmann*, in: MHdB GesR III, § 46 Rn. 25; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (675).

1161 *Bayer/Ph. Scholz*, GmbHR 2016, 841 (850); vgl. zur Erkennbarkeit auch *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 82.

1162 Siehe Fn. 1134.

sprechend komplex, kann ein organinternes Berichtssystem erforderlich werden.

Pflichtverletzungen des Ressortleiters können anderen Geschäftsführern weder gemäß § 278 S. 1 BGB noch gemäß § 831 Abs. 1 BGB „zugerechnet“ werden. Das Unterlassen pflichtgemäßer Kontrolle erfüllt außerdem nicht den „Grundtatbestand“ des § 823 Abs. 1 BGB beziehungsweise entfaltet keinen allgemeinen deliktischen Drittschutz, sodass die reziproken organinternen Überwachungspflichten im Grundsatz nur gegenüber der Gesellschaft bestehen und lediglich ausnahmsweise, in den ausdrücklich normierten Fällen oder kraft einer persönlichen Sonderverantwortlichkeit des Überwachers, nach außen wirken.

Aus der durch die Geschäftsverteilung abgeschwächten, aber nichtsdestotrotz fortbestehenden Gleichberechtigung der Organmitglieder folgen ihre sekundären Rechte zur Kontrolle des fremden Ressorts. Aus der Gesamtverantwortung ergibt sich komplementär dazu die Pflicht, soweit zur Gewährleistung ordnungsgemäßer Ressortgeschäftsführung erforderlich, von dieser subsidiären Befugnis Gebrauch zu machen. Die Reichweite der sekundären Kompetenzen begrenzt das Gebot loyalen und kollegialen Umgangs, während der Vertrauensgrundsatz ihr Pflichtenelement formt. Der drohende Normverstoß des Ressortleiters ist stets vom Kontrollzweck der Informations- und Interventionsrechte erfasst. Bei unternehmerischen Entscheidungen des Geschäftsbereichsleiters ist das nur der Fall, wenn das von ihm beabsichtigte Vorgehen Gesellschaftsinteressen voraussichtlich klar schadet.

Das Informationsrecht unterliegt unabhängig vom Vertrauensgrundsatz gewissen Schranken: Die direkte Befragung von dem Ressortleiter unterstellten Beschäftigten oder Dritten unter Umgehung seiner Person ist im Grundsatz unzulässig. Das Auskunftersuchen muss sich auf ausgewählte Geschäftsführungsthemen beschränken. Es darf nur zur Überwachung genutzt werden. Bei einer schwerwiegenden Interessenkollision des Auskunftsverlangenden ist es ausgeschlossen. Privatautonom kann es in den Schranken der Legalitätspflicht begrenzt oder erweitert werden.

Die Prüfung der Haftung des überwachungspflichtigen Geschäftsführers im ressortgeteilten Gremium kreist in der Regel um die Kardinalfrage des „Kennenmüssens“, das anders als bei der verantwortungsausschließenden Delegation gerade nicht ausgeschlossen ist. Solange der ressortübergreifende Informationsfluss nicht merklich stockt, ist der Überwachungspflichtige prinzipiell nicht verpflichtet, Interventionsanlässe von sich aus zu ermitteln. Zu kritischen Nachfragen sind die Überwacher allerdings stets verpflichtet, wenn ihnen die Berichte des Ressortleiters unplausibel er-

scheinen müssen. Maßstab hierbei ist im Grundsatz ein Organwalter ohne vertiefte Sach- und Rechtskunde. Ergeben sich tatsächliche Anhaltspunkte, die eine pflichtwidrige (vom Kontrollzweck gedeckte) Amtsführung des Geschäftsbereichsleiters oder dessen Unzuverlässigkeit möglich erscheinen lassen, sind weitergehende Informationsquellen auszuschöpfen und gegebenenfalls ihm unterstellte Mitarbeiter und darauffolgend ausnahmsweise Dritte zu befragen sowie einschlägige Dokumente zu sichten.

Darüber hinausgehende aktive Nachforschungspflichten bestehen nur ausnahmsweise nach der Korrektur einer (schweren) Pflichtverletzung. Bei außergewöhnlichen singulären Umständen, etwa einer finanziellen „Krise“, verschärfen sich die Informationspflichten dementsprechend, wenn die Ausnahmesituation durch die sorgfaltswidrige Amtsführung des Ressortleiters hervorgerufen wurde oder das zumindest nicht auszuschließen ist.

Ansonsten kann die Schwelle der objektiven Erkennbarkeit sorgfaltswidriger Amtsführung im Einzelfall niedriger sein. Möglich ist das etwa, wenn der Aufsichtspflichtige über überobligatorische Fähigkeiten verfügt oder besondere Befugnisse innehat, die ihn kontrollrelevante Anlässe eher erkennen lassen. Mit zunehmendem Rang des geschützten Rechtsguts und Gewicht des drohenden Nachteils müssen die tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Normverfehlung zudem weniger fundiert sein und es reicht eine geringere Schadenswahrscheinlichkeit aus.

Die Interventionspflicht wird vergleichbar zum Gefahrenabwehrrecht durch eine „Gefahr“ ausgelöst. Erforderlich ist demnach eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ des absehbaren, vom Kontrollzweck gedeckten Sorgfaltsverstoßes. Die Intervention unterliegt einer Missbrauchsgrenze, ist auf konkrete Einzelmaßnahmen beschränkt und hat – außer bei Gefahr im Verzug – lediglich Suspensivwirkung bis das Gremium über die Ausführung der beanstandeten Maßnahme entscheidet. Sie ist auch gegen ein Unterlassen statthaft. Ein „echtes“ Widerspruchsrecht, dass es den Geschäftsführern erlaubt, ein Handeln des Ressortleiters ohne Beratung und Beschlussfassung im Gremium automatisch zu unterbinden oder zu erzwingen, gibt es in der GmbH von Gesetzes wegen nicht. Privatautonome Abweichungen von diesem Grundsatz sind allerdings für den Bereich möglich, der auch der verantwortungsausschließenden Delegation offensteht.

Den Geschäftsführern steht im ressortgeteilten Gremium nach dem Rechtsgedanken des § 744 Abs. 2 BGB außerdem ein eng begrenztes, nicht abdingbares Notgeschäftsführungsrecht zu. Es muss ausgeübt werden, wenn die Schädigung der Gesellschaft durch eine Legalitätspflichtverlet-

zung des Ressortleiters mit hoher Wahrscheinlichkeit so unmittelbar bevorsteht, dass dieser nicht mehr um seine Zustimmung zur erforderlichen Verhütungsmaßnahme gebeten werden kann.

Eine Abschwächung der organinternen Überwachungspflichten durch horizontale Meta-Überwachung ist in der GmbH in begrenztem Maße möglich. Es spricht nichts dagegen für den Bereich, in dem das GmbHG sogar eine verantwortungsausschließende Delegation ermöglicht, gleichsam als Vorstufe zu dieser die Überwachung der Überwachung zuzulassen und hierdurch eine spürbare Reduktion der Gesamtverantwortung herbeizuführen.

Auch bei der Haftung im ressortgeteilten Gremium werden die Gesamtschuldanteile bei der Quotelung durch § 254 BGB (analog) im Grundsatz zunächst nach dem Verursachungs- und nachgelagert gegebenenfalls nach dem Verschuldensgrad des schadensstiftenden Verhaltens der Organwalter ermittelt. Die unterlassene Abwendung einer Pflichtverletzung vermag eine unmittelbare Schadensveranlassung regelmäßig nicht aufzuwiegen und ist daher im Rahmen der Verursachungsbemessung zu vernachlässigen. Nach dem Grundgedanken des § 840 Abs. 2, Abs. 3 BGB, wonach die Haftung für vermutetes Verschulden und Gefährdung wertungsmäßig hinter einer voll verantwortlichen Schadensverursachung zurückbleibt, wird es in der ressortgeteilten Geschäftsführung daher für den Ausgleich nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB in der Regel entscheidend auf die subjektive Vorwerfbarkeit ankommen.

Die Geschäftsführer können der Gesellschaft gegenüber ausnahmsweise ein Mitverschulden der Gesellschafter einwenden, sofern es auf den Interessenbereich beschränkt ist, über den diese disponieren dürfen. In Betracht kommt eine Berücksichtigung bei der Haftung wegen Überwachungs-, Rede- und Anpassungsversagens, wenn die Gesellschafter eine erkennbar mangelhafte Geschäftsverteilung vorgenommen haben oder sie im Nachhinein nicht korrigieren. Dem Überwachungs-, Rede- und Anpassungsversagen wird regelmäßig ein höherer Verursachungsgrad im Sinne des § 254 BGB (analog) zukommen.

§ 14 Rückfall in die Gesamtverantwortung

Spätestens seit der Lederspray-Entscheidung wird diskutiert, unter welchen Umständen die Arbeitsteilung auf Geschäftsführungsebene der gesetzlich vorgesehenen Gesamtzuständigkeit weichen muss und die Einzelgeschäfts-

führungsbefugnisse bildlich gesprochen in die Ausgangslage „zurückfallen“. Der zweite Strafsenat des BGH musste im konkreten Fall entscheiden, ob die Warnung vor einem gesundheitsgefährdenden Produkt oder dessen Rückruf trotz Ressortverteilung der gesamten Geschäftsführung¹¹⁶³ obliegt. Er bejahte die Frage, weil nach den Feststellungen der ersten Instanz eine „Krisen- und Ausnahmesituation[...]“ für „das Unternehmen als Ganzes“ bestanden habe, die aufgrund ihrer „ressortüberschreitenden“ Dimension und „Allgegenwart“ nur noch von allen Angeklagten gemeinsam hätte bewältigt werden können.¹¹⁶⁴

Da ein Rückfall in die Gesamtverantwortung die sekundären Überwachungspflichten zum Erlöschen brächte und dabei die primäre Handlungspflicht „reaktivierte“,¹¹⁶⁵ bedeutete er für die Geschäftsführer, insbesondere falls er keine Kenntnis der ihn begründenden Umstände voraussetzte und seine Voraussetzungen weit zu fassen wären, auch aus Enthaltungsperspektive einen deutlichen Rückschritt. Demnach ist zu untersuchen, ob es solche Rückfallszenarien geben kann.

Der Klarheit halber sei vorab erwähnt, dass der Rückfall rechtstechnisch von der Notgeschäftsführung¹¹⁶⁶ im fremden Ressort abzugrenzen ist. Während ersterer nämlich die Gesamtgeschäftsführung zur Folge hat, erlaubt letzteres ein „Durchdringen der fremden Ressorthülle“ und gewährt im Einzelfall eine parallele Einzelgeschäftsführungsbefugnis im fremden Zuständigkeitsbereich. Ob und unter welchen Voraussetzungen es im Falle der Gesamtzuständigkeit ein Notgeschäftsführungsrecht gibt, wie es beschaffen ist und ob es eine Außenhaftung begründen kann, ist, da diese Fragen nicht speziell die Arbeitsteilung betreffen, nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

1163 Es geht hier wohlgermerkt nicht um die Frage, ob der BGH die Garantenstellung im Falle der (erneuten) Gesamtgeschäftsführung zu Recht bejaht hat; krit. *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 359; *Schünemann*, FS 50 Jahre BGH, Band IV, 621 (635 ff.); *Medicus*, GmbHR 2002, 809 (820 f.); jedenfalls die wirksame Ressortverteilung führt im Grundsatz nur ausnahmsweise zur Außenhaftung des Überwachungspflichtigen, siehe S. 194 ff.

1164 BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (124, 126), Rn. 48, 52.

1165 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (519); *Nietsch/Habbe*, DB 2019, 409 (415); *Schmidt-Husson*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 6 Rn. 25.

1166 Siehe S. 228-230.

A. Unterscheidung von der Pflichtensteigerung

Im Nachgang an die Lederspray-Entscheidung wurden mehrere Versuche unternommen, die Voraussetzungen einer situationsabhängigen Aufhebung der Geschäftsverteilung abstrakt zu formulieren, um das Rechtsinstitut des Rückfalls handhabbarer zu machen.

So wird vertreten, die Überwindung einer wirtschaftlich existenzbedrohenden Krise sei angesichts dessen, dass das Überleben des Verbandes auf dem Spiel stehe, stets Aufgabe des Gesamtgremiums.¹¹⁶⁷ Nach einer engeren Ansicht muss die Aufgabenteilung in einem solchen Fall zumindest für die angeschlagenen Ressorts ihre Wirkung einbüßen.¹¹⁶⁸ Richtig hieran ist, dass eine ungeschriebene Leitungsmaßnahme, die der Bewältigung einer Krise dient, etwa die Entscheidung über grundlegende Sanierungsmaßnahmen, vom Gremium grundsätzlich gemeinsam zu entscheiden ist. Richtig ist auch, dass die gesetzlichen Krisenpflichten allesamt der zwingenden Gesamtverantwortung der Geschäftsführung unterliegen. Die Gesamtverantwortung steht jedoch, wie im 2. Teil der Untersuchung herausgearbeitet, der arbeitsteiligen Erfüllung von ungeschriebenen und gesetzlichen Leitungspflichten prinzipiell nicht entgegen. Die Krise ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung „nur“ Auslöser höherer Überwachungsorgfaltsanforderungen.¹¹⁶⁹ Der Rückfall soll aber über eine Steigerung der Überwachungsintensität hinausgehen.¹¹⁷⁰ Wenn die Geschäftsverteilung lediglich für angeschlagene Ressorts ihre Wirkung verlöre, handelte es sich bei diesem Vorgang nicht um einen Rückfall im eigentlichen Sinne. Dass eine inhaltliche Überschneidung von Aufgaben verschiedener Ressorts zu einer gemeinsamen Zuständigkeit ihrer Leiter führt, ist dem Umstand geschuldet, dass die Geltung einer organinternen Arbeitsteilung unter dem Vorbehalt klar getrennter Zuständigkeiten steht. Lässt sich eine Aufgabe mehreren Ressorts zuordnen, sind deren Leiter, was die Wahrnehmung dieser Kompetenzen angeht, nur gesamtgeschäftsführungsbefugt. Soweit sie gesamtzuständig sind, ist ihnen die Beschränkung auf eine gegenseitige Überwachung nach dem Vertrauensgrundsatz ohnehin nicht länger gestattet.

1167 *Fleischer*, DB 2019, 472 (477); *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (519); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484); zur AG *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (318 f.), mit Verweis auf den Vertrauensgrundsatz.

1168 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1453).

1169 Siehe S. 219-221.

1170 *Fleischer*, DB 2019, 472 (477).

B. Unterscheidung vom generellen Überwachungsmaßstab

Genauso wie der Vertrauensgrundsatz die Modifikation der Überwachungspflichten infolge einer Aufgabendelegation ermöglicht und formt, ist auch eine Umkehr ihrer Rechtsfolgen nach dem Gedanken des *actus contrarius* an ihm zu messen.¹¹⁷¹ Wie bei nachträglich eintretenden Mängeln der Ressortverteilung folgt das daraus, dass der Vertrauensgrundsatz stillschweigender Bestandteil eines jedes Aufgabenzuweisungsbeschlusses ist.¹¹⁷² Dessen Wirkung steht unter dem Vorbehalt seiner Weitergeltung.

Das Phänomen des Rückfalls in die Gesamtverantwortung lässt sich mit den Termini des Vertrauensgrundsatzes in die Frage übersetzen, unter welchen Voraussetzungen sich sämtliche Geschäftsführer nicht länger auf die Erledigung einer wirksam zugewiesenen Aufgabe verlassen dürfen. Diese wurde aber bereits im Rahmen der Ermittlung des generellen Aufsichtsmaßstabs beantwortet. Ein automatischer Rückfall findet bei der Überwachung einer ordnungsgemäß delegierten Zuständigkeit nicht statt. Nur wenn eine Entscheidung nicht zurück in das Gremium geholt wird, obwohl Anlass besteht, daran zu zweifeln, dass der zuständige Ressortleiter ihr gewachsen ist, können die Überwacher in Anspruch genommen werden.

Bei genauerer Betrachtung erweisen sich die diskutierten Rückfallkonstellationen denn auch als Fälle, in denen die infrage stehende Aufgabe nie (klar) delegiert wurde und das aus verständlichen Gründen erst erkennbar wird, sobald ihre Erfüllung in akuter Weise erforderlich wird. Im Lederspray-Fall etwa gab es kein Ressort, dem die Zuständigkeit für den Umgang mit Produktfehlern übertragen worden war oder sie ließ sich zumindest keinem Aufgabenbereich eindeutig zuordnen.¹¹⁷³ Das Lederspray-Urteil steht damit nicht exemplarisch für einen Rückfall in die Gesamtverantwortung, sondern für die Fallstricke fortgeltender Gesamtzuständigkeit im ressortgeteilten Gremium.

Andererseits ist es, wie bereits angedeutet, denkbar, dass sich ein „Gefahrenherd“ sogleich lokalisieren und einem oder mehreren¹¹⁷⁴ Zuständigkeitsbereichen zuordnen lässt, sodass lediglich deren Leiter eine Problemlösung erarbeiten müssen, von deren Gelingen sich die übrigen Kollegen

1171 *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (318 f.).

1172 Siehe S. 182.

1173 BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (124), Rn. 48 a.E.

1174 Aber nicht allen, siehe *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (519).

daraufhin durch Überwachung zu überzeugen haben.¹¹⁷⁵ Es muss dann nicht pauschal das Gesamtgremium handeln, obwohl eine Lösung durch einzelne seiner Mitglieder möglicherweise zielführender und damit interessengerechter wäre. Zu bedenken ist nämlich, dass die an sich unzuständigen Geschäftsführer die Erledigung ihrer eigenen Aufgaben in gewissem Maße vernachlässigen müssten, wenn sie zur aktiven Bewältigung des Problems verpflichtet wären. Die Reichweite einer „Ressortüberschreitung“ hat mithin nicht zwingend allumfassend zu sein. Beispielsweise muss ein Rückruf nicht stets von allen Geschäftsführern gemeinsam geplant, beschlossen und durchgeführt werden.¹¹⁷⁶

Außerdem können auch „Krisenaufgaben“ ausdrücklich zugeordnet sein (oder im Bedarfsfall zugeordnet werden). Das Lederspray-Urteil wäre möglicherweise anders ausgefallen, wenn sich neben der Geschäftsführung ein Ausschuss für Produktsicherheit oder -haftung¹¹⁷⁷ primär für unterlassene Warnungs- und Rückrufaktionen hätte verantworten müssen. Denn es spricht nichts dagegen, die Zuständigkeit für Produktsicherheit horizontal zu delegieren, wenngleich sie der Legalitäts- beziehungsweise Compliance-Pflicht unterfällt und damit der zwingenden Gesamtverantwortung unterliegt. Rückrufaktionen müssen nicht unbedingt in eine Katastrophe münden und werden am Markt durchaus als positives Zeichen aufgenommen.¹¹⁷⁸ Den Leitern von Divisionen mit weitestgehend verselbstständigter Produktpalette wird die Produktsicherheitszuständigkeit in der Regel zumindest stillschweigend übertragen sein. Denn es dürfte einleuchten, dass nicht jeder Produktfehler innerhalb einer Division das „Unternehmen“ als Ganzes betrifft und ein vereintes Vorgehen der Geschäftsbereichsleiter erfordert.¹¹⁷⁹ Im Übrigen erstreckt sich auch die Pflicht zur Abführung von Steuern oder Sozialbeiträgen auf das Unternehmen als Ganzes und ist „allgegenwärtig“. Sie muss jedoch gerade nicht gemeinschaftlich erfüllt werden.

1175 *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1454); für eine differenzierende Lösung auch *Westermann*, KF 1993, 15 (23).

1176 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (519).

1177 *Veltins*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 24 Rn. 34.

1178 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (519).

1179 Vgl. *Nietsch/Habbe*, DB 2019, 409 (415); *Nietsch*, ZIP 2013, 1449 (1454); *Harbath*, ZGR 2017, 211 (234); *Uwe H. Schneider*, EWiR 1997, 37 (38); zweifelnd auch *Hasselbach*, WuB IV A. § 823 BGB 1.97.

C. Ergebnis

Die Rechtsfigur des Rückfalls in die Gesamtverantwortung ist nicht anzuerkennen. Wirtschaftliche Ausnahmesituationen können „nur“ Auslöser höherer Überwachungsorgfaltsanforderungen sein. Bei den diskutierten Rückfallkonstellationen handelt es sich ferner teilweise um Fälle, in denen die „Krisenpflicht“ nie (klar) delegiert wurde. Dann besteht aber ohnehin Gesamtzuständigkeit. Soweit sich ein Gefahrenherd einem oder mehreren Ressorts zuordnen lässt, wie es auch bei einem Produktsicherheitsfall sein kann, ist die Aufgabenzuweisung hinreichend klar: Deren Leiter sind dann gemeinsam zu einer Lösung des Problems verpflichtet – die übrigen Geschäftsführer können sich auf eine Überwachung der Lösungsmaßnahmen beschränken. Das gilt erst recht, wenn die Krisenpflichten zulässigerweise einem Ressort oder Ausschuss zugeordnet sind (oder im Bedarfsfall zugeordnet werden).

§ 15 Ergebnisse des 4. Teils

Die Untersuchung des initialen Pflichten- und Haftungsgefüge hat gezeigt, dass das GmbH-Recht auch materiell-rechtlich einen praxistauglichen, präzisen Umgang mit der Arbeitsteilung auf Geschäftsführungsebene zulässt. Die ermittelten Pflichten, ihr Umfang und ihre Intensität ermöglichen neben einer effizienteren Zusammenarbeit in der Geschäftsführung auch eine effektive Abschwächung der Haftung ihrer Mitglieder. Aus praktischer Sicht ist den Geschäftsführern allerdings zu raten, ihre Überwachungsmaßnahmen zu Beweis Zwecken zu dokumentieren.¹¹⁸⁰

1180 Schockenhoff, GmbHR 2019, 514 (518); Buck-Heeb, BB 2019, 584 (589); Peters, DStR 2020, 125 (129).

5. Teil: Schlussbetrachtung

§ 16 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

A. *Das Ressort*

1. Ein „Ressort“ im gesellschaftsrechtlichen Sinne entsteht durch interne (intra-organschaftliche) horizontale Zuweisung inhaltlich exklusiver Einzelgeschäftsführungsbefugnisse an einen oder mehrere Geschäftsführer.¹¹⁸¹
2. Ab einem gewissen kritischen Volumen der Geschäftsaktivitäten sind Unternehmen allein aus Effizienzgründen auf die Verwendung betriebswirtschaftlich unterlegter Führungsorganisationsmodelle angewiesen. Damit diese ihren Zweck erfüllen können, ist ein rechtssicheres und interessengerechtes, also auch dem Haftungsrisiko der Geschäftsführer Rechnung tragendes, Regelwerk der Ressortverteilung unverzichtbar.¹¹⁸²
3. Die Führungsorganisationsmodelle divergieren im Hinblick auf ihr haftungsbegrenzendes Potenzial: Die funktionale Konfiguration geht typischerweise mit einer Reduktion primärer Geschäftsführerpflichten einher und begrenzt die Haftung des Ressortleiters dadurch tendenziell spürbarer als eine Division.¹¹⁸³

B. *Korporative Maßstäbe der Enthftung*

1. Die grundsätzliche Gesamtverantwortung der mehrköpfigen GmbH-Geschäftsführung beruht auf der Organisationsidee des Kollegialprinzips, der zufolge sich aus der Gleichberechtigung von Organwaltern ihre kongruente Gleichverpflichtung ableiten lässt.¹¹⁸⁴
2. Zwischen absoluter Gleichstellung und völliger gegenseitiger Unterordnung der Geschäftsführer sind in der GmbH zahlreiche Schattierungen

1181 Siehe S. 24.

1182 Siehe S. 27 ff.

1183 Siehe S. 29, 32, 34.

1184 Siehe S. 52 ff.

- gen denkbar. Insofern formt das geschriebene Recht die Kollegialität weiter aus und bestimmt, welche Pflichten zwingend der Gesamtverantwortung unterliegen.¹¹⁸⁵
3. Die Grenze zwischen delegierbarer und undelegierbarer Verantwortung verläuft in der GmbH zwischen der Organisationsautonomie der Gesellschafter und den Legalitätspflichten der Geschäftsführer:
 - a) Bei einer zumindest mittelbar drittschützenden Leitungspflicht können in der Regel die zu ihrer Erfüllung notwendigen Aufgaben delegiert werden. Die Verantwortung der ressortunzuständigen Geschäftsführer wird durch eine solche Delegation modifiziert: Ihnen obliegt nicht länger die persönliche Erfüllung der übertragenen Aufgaben, sondern die Überwachung ihrer Erledigung. Diese Aufsichtspflicht kann weder im Außen- noch im Innenverhältnis abbedungen werden.¹¹⁸⁶
 - b) (Leistungs-)Pflichten, deren Erfüllung allein im Interesse der Gesellschaft ist, können im Grundsatz ebenfalls nur mit verantwortungsmodifizierender Wirkung delegiert werden. Den Gesellschaftern einer GmbH steht es jedoch offen, sie einzelnen Geschäftsführern mit verantwortungsausschließender Wirkung zuzuweisen und die Haftungsrisiken ihrer Kollegen dadurch noch spürbarer zu reduzieren.¹¹⁸⁷
 4. Als Korrektiv der durch die Gesamtverantwortung vermittelten „Garantenstellung“ für das Fehlverhalten des Ressortleiters beziehungsweise als Metaregel zur Bestimmung der Residualverantwortung aus Enthaftungsperspektive dient der Vertrauensgrundsatz.¹¹⁸⁸
 5. Entscheidend für ein Vertrauendürfen ist die kognitive Verifikation der Vertrauensgrundlage: Liegen die Anforderungen für die Anerkennung schutzwürdigen Vertrauens nicht vor, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Vertrauende das erkannt hat oder bei gebotener Sorgfalt hätte erkennen und damit dem Vertrauensempfänger hätte misstrauen müssen. Diese (objektive) Erkennbarkeit setzt voraus, dass Übereinstimmung bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen des Vertrauensgrundsatzes besteht, damit die Schwelle vom Vertrauen zum Misstrauen im Einzelfall bestimmt werden kann: Grundlegendes Tatbestandsmerkmal ist zunächst die eindeutige Unterscheidbarkeit primä-

1185 Siehe S. 58 ff.

1186 Siehe S. 71 ff., 78-80.

1187 Siehe S. 77 ff., 82 ff.

1188 Siehe S. 100 f.

rer Verantwortungsbereiche. Ferner beeinflussen personen-, verhaltens- und sachbezogene Kriterien das Vertrauendürfen.¹¹⁸⁹

C. *Form und Inhalt der Ressortverteilung*

1. Die Gesellschafter können die Geschäftsverteilung bereits in der Satzung vornehmen. Flexibler und deutlich praxistauglicher ist aber – gerade im Hinblick auf das Mehrheitserfordernis – die Regelung durch einfachen Gesellschafterbeschluss in Form einer Geschäftsordnung, eines schlichten Verteilungsplans, einer Einzelweisung oder als Bestandteil des Anstellungsvertrages.¹¹⁹⁰
2. Die verantwortungsausschließende Ressortverteilung muss auf dem Willen der Gesellschafter beruhen. Ansonsten gelten für sie keine weitergehenden Regelungshürden: Es gibt keine Publizitätsgründe, die für eine Satzungsgrundlage sprechen und es bedarf auch keines besonderen Mehrheitserfordernisses zum Schutz der Minderheitsgesellschafter.¹¹⁹¹
3. Die mehrköpfige Geschäftsführung ist zur verantwortungsmodifizierenden horizontalen Delegation berechtigt und hat damit autonomen Zugang zu deren haftungsbegrenzenden Wirkungen. Die organinterne Ressortverteilung muss grundsätzlich von sämtlichen Geschäftsführern einvernehmlich mitgetragen werden.¹¹⁹²
4. Die inhaltlichen Anforderungen an eine wirksame Ressortverteilung bestehen darin, dass die Aufgaben klar und eindeutig sowie sachgerecht delegiert und nur zuverlässigen Personen übertragen werden. Ein inhaltlicher Fehler ist gegeben, wenn diese Voraussetzungen erkennbar nicht vorliegen.¹¹⁹³
5. Die Ressortverteilung ist nicht zwingend zu verschriftlichen. Das „Ob“ und „Wie“ der Dokumentation unterliegt dem Ermessen der Geschäftsführer. Dieses Ermessen kann sich aufgrund des Eindeutigkeits-erfordernisses der Geschäftsverteilung auf Null reduzieren, wenn nur eine Dokumentation der Aufgabenzuweisung das Vertrauen auf eine

1189 Siehe S. 100 ff.

1190 Siehe S. 112 ff.

1191 Siehe S. 116-118.

1192 Siehe S. 118 ff.

1193 Siehe S. 129 ff.

- ordnungsgemäße Pflichtenerfüllung durch den Ressortleiter rechtfertigt.¹¹⁹⁴
6. Im Übrigen hat die Dokumentation der Ressortverteilung lediglich Beweisfunktion zugunsten der Geschäftsführer und kann daher keinen Formzwang begründen. Der Einwand des Geschäftsführers, für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe nicht zuständig zu sein, ist sowohl im Falle der Innen- als auch im Falle der Außenhaftung als rechtshindernde Einwendung zu begreifen, sodass er für einen entsprechenden Tatsachenvortrag die Feststellungslast trägt.¹¹⁹⁵
 7. Eine faktische Ressortverteilung zeitigt keine enthaftenden Rechtswirkungen. Jedoch stehen den Geschäftsführern mit der Möglichkeit der konkludenten sowie der stillschweigenden Geschäftsverteilung weitere unkomplizierte Wege zur Haftungsbeschränkung durch Geschäftsverteilung offen.¹¹⁹⁶
 8. Bei einer Aufgabenzuweisung durch die Gesellschafter sind sämtliche formellen und ungeschriebenen inhaltlichen Ressortverteilungsanforderungen im Grundsatz an den §§ 241 ff. AktG zu messen. Das bedingt, dass der Aufgabenzuweisungsbeschluss der Gesellschafter, soweit er lediglich die Übertragung gesellschaftsinterner Interessen berührt, anfechtbar analog § 243 Abs. 1 AktG sein kann, sodass sich die Geschäftsführer auf ihn berufen können. Entsprechendes gilt auch für „nachträgliche“ Mängel.¹¹⁹⁷
 9. Die materielle Rechtswidrigkeit oder wesentliche kausale Verfahrensfehler des Aufgabenzuweisungsbeschlusses der Geschäftsführer bedeuten dagegen automatisch seine Nichtigkeit.¹¹⁹⁸
 10. Erweist sich ein abgrenzbarer Teil der Geschäftsverteilung als mangelbehaftet, so werden in analoger Anwendung des § 139 BGB in der Regel lediglich deren fehlerhafte Elemente nichtig sein und die „intakten“ Aufgabenzuweisungen daher wirksam bleiben.¹¹⁹⁹
 11. Gänzlich unwirksame Aufgabenzuweisungsbeschlüsse können sich ausnahmsweise enthaftend auswirken, indem sie das Verschulden der „überwachungspflichtigen“ Geschäftsführer ausschließen oder beim

1194 Siehe S. 151 ff.

1195 Siehe S. 155 ff.

1196 Siehe S. 167 ff.

1197 Siehe S. 176 ff., 181 f.

1198 Siehe S. 179 f.

1199 Siehe S. 178 f., 181.

Gesamtschuldnerausgleich zu einer ihnen günstigen Verschiebung der Verantwortungsanteile führen.¹²⁰⁰

12. Von der Haftung der Geschäftsführer aufgrund einer unwirksamen Ressortverteilung ist ihre Inanspruchnahme wegen Organisationspflichtverletzungen streng zu unterscheiden. Die mit einem Organisationsverschulden einhergehenden Haftungsrisiken gehen jedoch kaum über die der Inanspruchnahme aufgrund unwirksamer Delegation hinaus und mindern die Effektivität der Ressortverteilung als Enthaltungsinstrument daher nicht spürbar.¹²⁰¹

D. Materielle Pflichten

1. In Anlehnung an die Unternehmerfunktionen lässt sich die Ressortverantwortung des Geschäftsbereichsleiters in den Vierklang der Ressortplanung, -organisation und -kontrolle sowie der Personalverantwortung übersetzen.¹²⁰²
2. Aufgrund der präventiven Zielsetzung der Ressortüberwachung muss der Geschäftsbereichsleiter seinen Kollegen, außer bei Gefahr im Verzug, insbesondere die Informationen weiterleiten, die diese zu seiner Überwachung benötigen.¹²⁰³
3. Pflichtverletzungen im fremden Ressort können den Geschäftsführern weder gemäß § 278 S. 1 BGB noch gemäß § 831 Abs. 1 BGB „zugerechnet“ werden, weil die Organmitglieder keine gegenseitigen Erfüllungs- beziehungsweise Verrichtungsgehilfen sind, sondern (analog) § 31 BGB allein für die Gesellschaft tätig werden.¹²⁰⁴
4. Das Unterlassen pflichtgemäßer Kontrolle erfüllt nicht den „Grundtatbestand“ des § 823 Abs. 1 BGB beziehungsweise entfaltet keinen allgemeinen deliktischen Drittschutz, sodass die reziproken organinternen Überwachungspflichten im Grundsatz nur gegenüber der Gesellschaft bestehen und lediglich ausnahmsweise, in den ausdrücklich normierten Fällen oder kraft einer persönlichen Sonderverantwortlichkeit des Überwachers, nach außen wirken.¹²⁰⁵

1200 Siehe S. 183 f.

1201 Siehe S. 140-142, 182.

1202 Siehe S. 189 f.

1203 Siehe S. 190 ff.

1204 Siehe S. 193 f.

1205 Siehe S. 194 ff.

5. Während der drohende Normverstoß stets vom Kontrollzweck der Informations- und Interventionsrechte erfasst ist, gilt das für unternehmerische Entscheidungen des Geschäftsbereichsleiters nur, wenn das von ihm beabsichtigte Vorgehen Gesellschaftsinteressen voraussichtlich klar schadet.¹²⁰⁶
6. Das Informationsrecht unterliegt unabhängig vom Vertrauensgrundsatz gewissen Schranken: Die direkte Befragung von dem Ressortleiter unterstellten Beschäftigten oder Dritten unter Umgehung seiner Person ist im Grundsatz unzulässig. Das Auskunftersuchen muss sich auf ausgewählte Geschäftsführungsthemen beschränken. Es darf nur zur Überwachung genutzt werden. Bei einer schwerwiegenden Interessenkollision des Auskunftsverlangenden ist es ausgeschlossen. Privatautonom kann es in den Schranken der Legalitätspflicht begrenzt oder erweitert werden.¹²⁰⁷
7. Die Prüfung der Haftung des überwachungspflichtigen Geschäftsführers kreist in der Regel um die Kardinalfrage des „Kennenmüssens“, das anders als bei der verantwortungsausschließenden Delegation gerade nicht ausgeschlossen ist. Nach dem Vertrauensgrundsatz ist der Überwachungspflichtige prinzipiell nicht verpflichtet, Interventionsanlässe von sich aus zu ermitteln, solange der ressortübergreifende Informationsfluss nicht merklich stockt.¹²⁰⁸
8. Zu kritischen Nachfragen sind die aufsichtspflichtigen Geschäftsführer aber stets verpflichtet, wenn ihnen die Berichte des Ressortleiters unplausibel erscheinen müssen. Maßstab hierbei ist im Grundsatz ein Organwalter ohne vertiefte Sach- und Rechtskunde.¹²⁰⁹
9. Ergeben sich tatsächliche Anhaltspunkte, die eine pflichtwidrige (vom Kontrollzweck gedeckte) Amtsführung des Ressortleiters oder dessen Unzuverlässigkeit möglich erscheinen lassen, sind weitergehende Informationsquellen auszuschöpfen und gegebenenfalls ihm unterstellte Mitarbeiter und darauffolgend ausnahmsweise Dritte zu befragen sowie einschlägige Dokumente zu sichten.¹²¹⁰
10. Darüber hinausgehende aktive Nachforschungspflichten bestehen nur ausnahmsweise nach der Korrektur einer (schweren) Pflichtverletzung. Bei außergewöhnlichen singulären Umständen, etwa einer finanziel-

1206 Siehe S. 201 f.

1207 Siehe S. 203 ff.

1208 Siehe S. 207 ff.

1209 Siehe S. 210 f.

1210 Siehe S. 211.

- len „Krise“, verschärfen sich die Informationspflichten dementsprechend, wenn die Ausnahmesituation durch die sorgfaltswidrige Amtsführung des Ressortleiters hervorgerufen wurde oder das zumindest nicht auszuschließen ist. Unabhängig davon ist in solchen Extremsituationen aber stets ein intensiverer Austausch von Informationen und deren besonders gründliche und sorgfältige Prüfung durch die überwachungspflichtigen Organmitglieder zu verlangen.¹²¹¹
11. Ansonsten kann die Schwelle der objektiven Erkennbarkeit sorgfaltswidriger Amtsführung im Einzelfall niedriger sein. Möglich ist das etwa, wenn der Aufsichtspflichtige über überobligatorische Fähigkeiten verfügt oder besondere Befugnisse innehat, die ihn kontrollrelevante Anlässe eher erkennen lassen. Mit zunehmendem Rang des geschützten Rechtsguts und Gewicht des drohenden Nachteils müssen die tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Normverfehlung zudem weniger fundiert sein und es reicht eine geringere Schadenswahrscheinlichkeit aus.¹²¹²
 12. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines absehbaren, vom Kontrollzweck gedeckten Sorgfaltsverstoßes löst die Interventionspflicht aus. Die Intervention bewirkt, dass eine beanstandete Ressortmaßnahme, außer bei Gefahr im Verzug, zu unterbleiben hat, bis das Geschäftsführungsgremium über ihre Zulässigkeit entscheidet. Diese Rückholbefugnis greift entsprechend bei der Intervention gegen ein Unterlassen. Sie darf nicht missbräuchlich ausgeübt werden und ist auf konkrete Einzelmaßnahmen beschränkt.¹²¹³
 13. Ein „echtes“ Widerspruchsrecht, das den Geschäftsführern erlaubt, ein Handeln des Ressortleiters ohne Beratung und Beschlussfassung im Gremium zu unterbinden, gibt es in der GmbH von Gesetzes wegen nicht. Privatautonome Abweichungen von diesem Grundsatz sind allerdings für den Bereich möglich, der auch der verantwortungsausschließenden Delegation offensteht.¹²¹⁴
 14. Den Geschäftsführern steht im ressortgeteilten Gremium nach dem Rechtsgedanken des § 744 Abs. 2 BGB ein eng begrenztes, nicht abdingbares Notgeschäftsführungsrecht zu. Es muss ausgeübt werden, wenn die Schädigung der Gesellschaft durch eine Legalitätspflichtverletzung des Ressortleiters mit hoher Wahrscheinlichkeit so unmittelbar

1211 Siehe S. 215 f., 219-221.

1212 Siehe S. 212-214, 217 f.

1213 Siehe S. 222 ff., 230-232.

1214 Siehe S. 226-228.

- bar bevorsteht, dass dieser nicht mehr um seine Zustimmung zur erforderlichen Verhütungsmaßnahme gebeten werden kann.¹²¹⁵
15. Eine Abschwächung der organinternen Überwachungspflichten durch horizontale Meta-Überwachung ist in der GmbH in begrenztem Maße möglich. Es spricht nichts dagegen für den Bereich, in dem das GmbHG sogar eine verantwortungsausschließende Delegation ermöglicht, gleichsam als Vorstufe zu dieser die Überwachung der Überwachung zuzulassen und hierdurch eine spürbare Reduktion der Gesamtverantwortung herbeizuführen.¹²¹⁶
 16. Auch bei der Haftung im ressortgeteilten Gremium werden die Gesamtschuldanteile bei der Quotelung durch § 254 BGB (analog) im Grundsatz zunächst nach dem Verursachungs- und nachgelagert gegebenenfalls nach dem Verschuldensgrad des schadensstiftenden Verhaltens der Organwalter ermittelt. Nach dem Grundgedanken des § 840 Abs. 2, Abs. 3 BGB, wonach die Haftung für vermutetes Verschulden und Gefährdung wertungsmäßig hinter einer voll verantwortlichen Schadensverursachung zurückbleibt, wird es in der ressortgeteilten Geschäftsführung für den Ausgleich nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB in der Regel entscheidend auf die subjektive Vorwerfbarkeit ankommen. Bei beiderseitiger Fahrlässigkeit wird der Ressortleiter den Schaden daher grundsätzlich allein zu tragen haben.¹²¹⁷
 17. Die Geschäftsführer können der Gesellschaft gegenüber ausnahmsweise ein Mitverschulden der Gesellschafter einwenden, sofern es auf den Interessenbereich beschränkt ist, über den diese disponieren dürfen. In Betracht kommt eine Berücksichtigung bei der Haftung wegen Überwachungs-, Rede- und Anpassungsversagens, wenn die Gesellschafter eine erkennbar mangelhafte Geschäftsverteilung vorgenommen haben oder sie nicht korrigieren.¹²¹⁸
 18. Das Schreckensszenario des Rückfalls in die Gesamtverantwortung müssen die Geschäftsführer nicht fürchten, weil die Rechtsfigur keine Anerkennung verdient. Bei den diskutierten Rückfallkonstellationen handelt es sich um Fälle, in denen die „Krisenpflicht“ nie (klar) delegiert wurde. Dann besteht aber ohnehin Gesamtzuständigkeit.¹²¹⁹

1215 Siehe S. 228-230.

1216 Siehe S. 232-234.

1217 Siehe S. 234-236.

1218 Siehe S. 237 ff.

1219 Siehe S. 246-248.

§ 17 Gesamtergebnis – Empfehlungen de lege ferenda

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Ressortverteilung auf Geschäftsführungsebene in der Praxis zum Teil immer noch Züge einer beunruhigenden Anomalie aufweist, obwohl sie bereits vom RG als Rechtsfigur anerkannt und weiterentwickelt wurde. Da sie nicht gesetzlich geregelt ist, bleibt ihre Erscheinung schemenhaft und ist nach wie vor schwer zu greifen. Das vermittelt einen Eindruck von Konturlosigkeit, der die Rechtsfindung offensichtlich vor Schwierigkeiten stellt. Trotz ihrer Praxisrelevanz wurde ihr bisher dennoch erstaunlich wenig tiefergehende Aufmerksamkeit von der rechtswissenschaftlichen Forschung zuteil. Es nimmt daher nicht wunder, dass sich die Feststellung, abstrakte Regeln für den Umgang mit der Geschäftsverteilung ließen sich nicht formulieren, inflationären Gebrauchs in Rechtsprechung und Literatur erfreut. Es scheint, als ob es dem Phänomen der Ressortverteilung besonders häufig gelinge, den geregelten Bahnen der Privatrechtsdogmatik zu entschwenden und von dort aus in nicht weiter erschließbares, dunkles Terrain vorzustoßen, wo die Einzelfallentscheidung und der Zufall regieren.

Anders als die Rechtsfigur der Ressortverteilung lässt sich die durch sie hervorgerufene Verunsicherung folglich mit Händen greifen. Die allgemeine Tendenz geht dahin, dieser Rechtsunsicherheit mit besonders rigorosen Auflagen zulasten der Geschäftsführer beizukommen. Im Zweifelhafte alle gemeinsam. Ein Blick auf die Rechtsprechung der ordentlichen und vor allem der Finanzgerichtsbarkeit muss davor abschrecken, in einer ressortgeteilten Geschäftsführung zu arbeiten. Die meisten Entscheidungen erkennen die Geschäftsverteilung entweder bereits nicht als wirksam an oder formulieren derart strenge Überwachungspflichten, dass es den Geschäftsführern ratsam scheinen muss, ihren Kollegen eigene Entscheidungsspielräume zu verwehren, um keine existenzbedrohenden Haftungsrisiken einzugehen. Dass aus Enthaltungsperspektive allein die Gesamtgeschäftsführung sinnvoll anmutet, ist weder im Sinne des Gesetzes noch der meisten Gesellschaften, zumal der Schein trägt, weil das Kollegialorgan genauso haftet, wenn es sich nicht effizient organisiert. Wird das Amt des Geschäftsführers mit immer mehr (öffentlich-rechtlichen) Geboten belegt und soll er für die fehlerhafte Unternehmensorganisation sogar im Außenverhältnis einstehen, muss es ihm möglich sein, diese Flut von Pflichten auf praxisgerechte Weise mit etwaigen Kollegen zu teilen, um sich effektiv, insbesondere mit Blick auf potenzielle Haftungsrisiken, zu entlasten und auf diejenigen Aufgaben konzentrieren zu können, für deren Erfüllung er fachlich besonders geeignet ist.

Die vorliegende Arbeit hat bewiesen, dass diesem Bedürfnis auf Grundlage der bestehenden gesetzlichen Vorschriften und der ungeschriebenen Grundsätze der Rechtsfigur der Arbeitsteilung nachgekommen werden kann. Die vertiefte Auseinandersetzung mit dem Gesamtverantwortungs- und dem Vertrauensgrundsatz hat gezeigt, dass sich, wenn ihre Anwendungsfälle, Merkmale und Funktionsweisen einmal genau bestimmt sind, mit ihrer Hilfe abstrakte und dennoch präzise und somit handhabbare Regeln zur Lösung besonders schwieriger Haftungskonstellationen buchstabieren lassen. Die Notwendigkeit, mit besonders hohen Anforderungen an die Wirksamkeit der Geschäftsverteilung und realitätsfernen Überwachungspflichten aufzuwarten, um die „Haftungsschlupflöcher“ in der ressortgeteilten Geschäftsführung zu schließen, besteht nicht. Es ist weder geboten noch zulässig, die arbeitsteilig organisierte Geschäftsführung unter den Generalverdacht der Pflichtvergessenheit zu stellen. Wenn sich die Geschäftsführer aufeinander verlassen können, besteht kein Grund zur Haftung. Dementsprechend wirkungsvoll ist die Ressortverteilung als Enthaftungsinstrument. Das GmbHG erlaubt außerdem eine verantwortungsausschließende Delegation und dadurch in besonderem Maße flexible, spürbar enthaftende Geschäftsverteilungen.

Eine Kodifizierung der Ressortverteilung ist nach dem Vorhergesagten nicht unbedingt erforderlich, um die Arbeitsteilung in gesellschaftsrechtlichen Organen zu ermöglichen. Angesichts der unüberschaubaren Fülle divergierender Entscheidungen zur Reichweite der Pflichten im ressortgeteilten Gremium erscheint es jedoch sinnvoll, den generellen Maßstab organinterner Überwachung dem Vertrauensgrundsatz gemäß zu positivieren. Dabei sollte auch festgehalten werden, in welchen Fällen ausnahmsweise aktive Nachforschungspflichten bestehen. Bleibt der BFH seiner Linie zum Schriftformzwang treu und kommt es nicht zu einer Anrufung des Großen Senats, ist ferner zu erwägen, die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Geschäftsverteilung in Gesetzesform zu gießen. Erfährt der Gesamtverantwortungsgrundsatz eine deklaratorische Regelung, sollte, gegebenenfalls in der Gesetzesbegründung, klargestellt werden, dass er nicht für sämtliche Rechtsformen vollumfänglich Geltung beansprucht.

Zumindest die Erscheinung der Arbeitsteiligkeit auf Ebene der GmbH-Geschäftsführung lässt sich nach alledem widerspruchsfrei und harmonisch in das geltende Privatrechtssystem einfügen. Sie birgt schwierige, aber dafür sehr aufschlussreiche und keineswegs unlösbare Probleme.

Literaturverzeichnis

- Abeltshauser, Thomas E.*: Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht – Zu den Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und im US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht, Köln (u.a.) 1998 (zugl. Habil. Gießen 1994). [zitiert als: *Abeltshauser*, Leitungshaftung]
- Altmeppen, Holger*: Die Auswirkungen des KonTraG auf die GmbH, ZGR 1999, S. 291-313.
- Ders.*: Beschlussfeststellung, Stimmrecht und Klageobliegenheit in der GmbH, GmbHR 2018, S. 225-231.
- Arnold, Michael*: Verantwortung und Zusammenwirken des Vorstands und Aufsichtsrats bei Compliance-Untersuchungen, ZGR 2014, S. 76-106.
- Bachmann, Gregor*: Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen – Band I, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag in Hannover, München 2014. [zitiert als: *Bachmann*, DJT 2014 – Gutachten E]
- Backhaus, Richard*: Anforderungen an die Geschäftsverteilung zwischen Geschäftsführern einer GmbH („Weltruf“), jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.
- Bamberger, Heinz Georg u.a. (Hrsg.)*: BeckOK BGB, 57. Edition, München 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK, BGB]
- v. Bar, Christian*: Zur Struktur der Deliktshaftung von juristischen Personen, ihren Organen und ihren Verrichtungsgehilfen, in: Leser, Hans G. / Isomura, Tamotsu (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht – Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992, Berlin 1992, S. 279-295.
- Bartl, Harald u.a. (Hrsg.)*: Heidelberger Kommentar, GmbH-Recht, 8. Auflage, Heidelberg 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: HK, GmbH-Recht]
- Baumbach, Adolf (Begr.) / Hueck, Alfred (fortgef.)*: GmbH-Gesetz – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Auflage, München 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG]
- Baumgärtel, Gottfried (Begr.) / Laumen, Hans-Willi / Prütting, Hanns (Hrsg.)*: Handbuch der Beweislast – Band 1: Grundlagen, 4. Auflage, Köln 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast]
- Bautista Pizarro, Nathalia*: Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht – Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht, Baden-Baden / Zürich / St. Gallen 2017 (zugl. Diss. Bonn 2014). [zitiert als: *Bautista Pizarro*, Vertrauen]
- Bayer, Walter*: Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers de lege lata und de lege ferenda, GmbHR 2014, S. 897-907.

- Bayer, Walter / Illhardt, Daniel*: Darlegungs- und Beweislast im Recht der GmbH anhand praktischer Fallkonstellationen – Teil 3: Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung, GmbHR 2011, S. 751-761.
- Bayer, Walter / Scholz, Philipp*: Vom Dogma der Unzulässigkeit des Mitverschuldenseinwands bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GmbHR 2016, S. 841-852.
- Bea, Franz Xaver / Göbel, Elisabeth*: Organisation – Theorie und Gestaltung, 5. Auflage, München 2019. [zitiert als: *Bea/Göbel, Organisation*]
- Beckert, Ute*: Personalisierte Leitung von Aktiengesellschaften – unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), Baden-Baden 2009 (zugl. Diss. Heidelberg 2008). [zitiert als: *Beckert, Personalisierte Leitung*]
- Bergmann, Andreas*: Das Notgeschäftsführungsrecht analog § 744 Abs. 2 BGB, WM 2019, S. 189-196.
- Bernhardt, Wolfgang / Witt, Peter*: Unternehmensleitung im Spannungsfeld zwischen Ressortverteilung und Gesamtverantwortung, ZfB 69 (1999), S. 825-845.
- Bezenberger, Tilman*: Der Vorstandsvorsitzende der Aktiengesellschaft, ZGR 1996, S. 661-673.
- Bittmann, Volker*: Strafrecht und Gesellschaftsrecht, ZGR 2009, S. 931-980.
- Bleicher, Knut*: Organisation: Strategien – Strukturen – Kulturen, 2. Auflage, Wiesbaden 1991. [zitiert als: *Bleicher, Organisation*]
- Boesebeck, Ernst*: Unklarheiten in der Geschäftsführung und Verantwortung bei der Aktiengesellschaft, JW 1938, S. 2525-2529.
- Boos, Karl-Heinz / Fischer, Reinfrid / Schulte-Mattler, Hermann (Hrsg.)*: KWG, CRR-VO – Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften – Band 1, 5. Auflage, München 2016. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG]
- Bork, Reinhard*: Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, S. 101-109.
- Bork, Reinhard / Schäfer, Carsten (Hrsg.)*: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Auflage, Köln 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Bork/Schäfer, GmbHG]
- Böse, Martin*: Die gesellschaftsrechtlichen Regeln über die Geschäftsführung als Grenze von Garantienpflichten am Beispiel der strafrechtlichen Produktverantwortung, wistra 2005, S. 41-46.
- Brandes, Helmut*: Anmerkung zu OLG Brandenburg v. 6.10.1998 – 6 U 278/97, NZG 1999, S. 212.
- Brinkmann, Bernhard*: Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung – Eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts, Berlin 1996 (zugl. Diss. Münster 1995). [zitiert als: *Brinkmann, Vertrauen als Erfahrungsregel*]
- Brouwer, Tobias*: Organschaftliche Pflichtendelegation im Verein – Zum Pflichten- und Haftungsverhältnis zwischen gesetzlichem Vorstand und fakultativer Verbandsgeschäftsführung, NZG 2017, S. 481-489.
- Brüggemeier, Gert*: Organisationshaftung – Deliktsrechtliche Aspekte innerorganisatorischer Funktionsdifferenzierung, AcP 191 (1991), S. 33-68.

- Brüning, Christoph*: Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung – Ein Topos mit verfassungsrechtlichen Konsequenzen?, NVwZ 2002, S. 33-37.
- Buck-Heeb, Petra*: Ressortaufteilung und Haftung von Geschäftsführern, BB 2019, S. 584-589.
- Bühler, Jörg*: Die Befreiung des Geschäftsführers der GmbH von § 181 BGB, DNotZ 1983, S. 588-598.
- Bühner, Rolf / Walter, Hans*: Divisionalisierung in der Bundesrepublik Deutschland – Eine empirische Analyse der Geschäftsberichte von 1965 bis 1975 der 50 größten deutschen Industrie-Aktiengesellschaften, DB 1977, S. 1205-1207.
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*: Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, Köln 1980. [zitiert als: *Bundesministerium der Justiz*, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission]
- Busche, Jan*: Zur Rechtsnatur und Auslegung von Beschlüssen, in: Joost, Detlev / Oetker, Hartmut / Paschke, Marian (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 45-57.
- Dagtoglou, Prodromos*: Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung, Stuttgart 1960 (zugl. Diss. Heidelberg 1958). [zitiert als: *Dagtoglou*, Kollegialorgane]
- Dieckmann, Andreas*: Anmerkung zu BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, LMK 2019, 415387.
- Ders.*: 30 Jahre „Baustoff-Entscheidung“ und ihre Relevanz für die Organaußenhaftung von heute, ZGR 2020, S. 1039-1077.
- Döring, Claus*: Unterm Strich – Mehr Macht für den CEO!, Börsen-Zeitung Nr. 157 v. 17.08.2013, S. 6.
- Dose, Stefan*: Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 3. Auflage, Köln 1975 (zugl. Diss. Hamburg 1967). [zitiert als: *Dose*, Rechtsstellung]
- Dreher, Meinrad*: Die persönliche Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern nach außen und die innergesellschaftliche Aufgabenverteilung, ZGR 1992, S. 22-63.
- Ders.*: Überformung des Aktienrechts durch die Rechtsprechung von Straf- und Verwaltungsgerichten?, AG 2006, S. 213-223.
- Ders.*: Nicht delegierbare Geschäftsleiterpflichten, in: Grundmann Stefan u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 – Unternehmen, Markt und Verantwortung – Band 1, Berlin / New York 2010, S. 517-540.
- Druery, Jean Nicolas*: Wo hört das Prüfen auf? Das Misstrauensprinzip – insbesondere im Gesellschaftsrecht, in: Kramer, Ernst A. / Schuhmacher, Wolfgang (Hrsg.), Beiträge zum Unternehmensrecht – Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag, Wien 2001, S. 3-14.
- Dudenredaktion (Hrsg.)*: Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Auflage, Mannheim / Zürich 2011. [zitiert als: *Duden*, Universalwörterbuch]
- Duttge, Gunnar*: Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit, ZIS 2011, S. 349-353.

- Ebenroth, Carsten Thomas / Boujong, Karlheinz (Begr.) / Joost, Detlev / Strohn, Lutz* (Hrsg.): Handelsgesetzbuch Kommentar – Band 1: §§ 1-342e, 4. Auflage, München 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: E/B/J/S, HGB]
- Ebenroth, Carsten Thomas / Lange, Knut Werner*: Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, *GmbHR* 1992, S. 69-76.
- Eidam, Lutz*: Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-) Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatzes – ein Überblick, *JA* 2011, S. 912-917.
- Eisenführ, Franz*: Zur Entscheidung zwischen funktionaler und divisionaler Organisation, *ZfB* 40 (1970), S. 725-746.
- Eisenhardt, Ulrich*: Zum Weisungsrecht der Gesellschafter in der nicht mitbestimmten GmbH, in: Frhr. v. Gramm, Otto Friedrich / Raisch, Peter / Tiedemann, Klaus (Hrsg.), *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht – Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes*, Köln u.a. 1988, S. 839-852.
- Emde, Ernst Thomas*: Gesamtverantwortung und Ressortverantwortung im Vorstand der AG, in: Burgard, Ulrich u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag*, Köln 2011, S. 295-321.
- Erle, Bernd*: Das Vetorecht des Vorstandsvorsitzenden in der AG, *AG* 1987, S. 7-12.
- Erman, Walter (Begr.) / Westermann, Harm Peter u.a. (Hrsg.)*: Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG – Band I: §§ 1-778, 16. Auflage, Köln 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Erman, BGB]
- Dies.*: Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG – Band II: §§ 779-2385, 16. Auflage, Köln 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Erman, BGB]
- Fleck, Hans-Joachim*: Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, *GmbHR* 1974, S. 224-235.
- Ders.*: Zur Beweislast für pflichtwidriges Organhandeln, *GmbHR* 1997, S. 237-240.
- Fleischer, Holger*: Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, *ZIP* 2003, S. 1-11.
- Ders.*: Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, *AG* 2003, S. 291-300.
- Ders.*: Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, *NZG* 2003, S. 449-459.
- Ders.*: Zur Verantwortlichkeit einzelner Vorstandsmitglieder bei Kollegialentscheidungen im Aktienrecht, *BB* 2004, S. 2645-2652.
- Ders.*: Buchführungsverantwortung des Vorstands und Haftung der Vorstandsmitglieder für fehlerhafte Buchführung, *WM* 2006, S. 2021-2029.
- Ders.*: Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter – Konturen eines kapitalgesellschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes, *ZIP* 2009, S. 1397-1406.

- Ders.*: Zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung in der GmbH, BB 2011, S. 2435-2440.
- Ders.*: Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, S. 321-329.
- Ders.*: Reformperspektiven der Organhaftung: Empfiehlt sich eine stärkere Kodifizierung von Richterrecht?, DB 2014, S. 1971-1975.
- Ders.*: Ressortverteilung zwischen GmbH-Geschäftsführern: Das Weltruf-Urteil des BGH, DB 2019, S. 472-478.
- Fleischer, Holger / Goette Wulf (Hrsg.)*: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Band 1: §§ 1-34, 3. Auflage, München 2018. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo, GmbHG]
- Dies.*: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Band 2: §§ 35-52, 3. Auflage, München 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo, GmbHG]
- Dies.*: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Band 3: §§ 53-88, 3. Auflage, München 2018. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo, GmbHG]
- Frels, Harro*: Die Geschäftsverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, ZHR 122 (1959), S. 8-43.
- Ders.*: Überweisung von Vertretungsmacht an einzelne Mitglieder des Vorstands der Aktiengesellschaft, ZHR 122 (1959), S. 173-188.
- Freund, Stefan*: Gesamtschuldnerregress in der Organhaftung, GmbHR 2013, S. 785-791.
- Froesch, Daniel*: Managerhaftung – Risikominimierung durch Delegation?, DB 2009, S. 722-726.
- Gälweiler, Aloys*: Grundlagen der Divisionalisierung, ZfO 40 (1971), S. 55-66.
- Gehrlein, Markus*: Haftung des Insolvenzverwalters und eigenverwaltender Organe, ZInsO 2018, S. 2234-2241.
- Gehrlein, Markus / Born, Manfred / Simon, Stefan (Hrsg.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG]
- Geißler, Markus*: Begrenzungen bei der Weisungsbindung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2009, S. 1071-1076.
- v. Gerkan, Hartwin*: Die Beweislastverteilung beim Schadensersatzanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer, ZHR 154 (1990), S. 39-63.
- Frrbr. v. Godin, Reinhard*: Die Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft durch eine Mehrheit von Vorstandsmitgliedern, HansRGZ 1938, S. 1-16.
- Goette, Wulf*: Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, S. 648-674.
- Ders.*: Das Organverhältnis des GmbH-Geschäftsführers in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 1998, S. 938-943.
- Ders.*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Rechtsprechung des BGH, DStR 1998, S. 1308-1314.

- Ders.*: Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Geiß, Karlmann u.a. (Hrsg.), Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln u.a. 2000, S. 123-142.
- Ders.*: Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), S. 388-400.
- Goette, Wulf / Goette, Maximilian*: Die GmbH – Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH, 3. Auflage, München 2019. [zitiert als: *W. Goette/M. Goette, Die GmbH*]
- Goette Wulf / Habersack, Mathias (Hrsg.)*: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz – Band 2: §§ 76-117, MitbestG, DrittelbG, 5. Auflage, München 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo, AktG]
- Gomer, Maxim*: Die Delegation von Compliance-Zuständigkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft: Eine Untersuchung auf der Grundlage einer strikt dichotomen Sichtweise auf die organschaftliche Zuständigkeit und Verantwortung der Unternehmensleitung, Berlin 2020 (zugl. Diss. Hannover 2019). [zitiert als: *Gomer, Delegation von Compliance*]
- Götz, Heinrich*: Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, AG 1995, S. 337-353.
- Graf, Jürgen (Hrsg.)*: BeckOK OWiG, 29. Edition, München 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK, OWiG]
- Grochla, Erwin*: Die Hauptmerkmale der aktuellen Organisationsformen, DB 1973, S. 4-7.
- Groß, Thomas*: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999 (zugl. Habil. Heidelberg 1998). [zitiert als: *Groß, Kollegialprinzip*]
- Grunewald, Barbara*: Die Haftung von Organmitgliedern nach Deliktsrecht, ZHR 157 (1993), S. 451-463.
- Dies.*: Die Teilnichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, NZG 2017, S. 1321-1325.
- Gummert, Hans (Hrsg.)*: Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Auflage, München 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Gummert, MAHdB Pers-GesR]
- Gummert, Hans / Weipert, Lutz (Hrsg.)*: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. Auflage, München 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: MHdB GesR I]
- Guntermann, Lisa Marleen*: Der Gesamtschuldnerregress unter Vorstandsmitgliedern, AG 2017, S. 606-612.
- Gutenberg, Erich*: Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, Wiesbaden 1958. [zitiert als: *Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre*]
- Haas, Ulrich*: Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz – Unternehmerische Verhaltenspflichten des GmbH-Geschäftsführers zum Schutz Dritter, München 1997 (zugl. Habil. Regensburg 1996). [zitiert als: *Haas, Geschäftsführerhaftung*]

- Habersack, Mathias*: Gesteigerte Überwachungspflichten des Leiters eines „sachnahen“ Vorstandsressorts? – Kritische Bemerkungen zum Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 8.7.2004 = WM 2004, 2157, WM 2005, S. 2360-2364.
- Ders.*: Managerhaftung, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung – mit Vorträgen von Mathias Habersack und Ansgar Staudinger und Dokumentation der Diskussion*, Karlsruhe 2010, S. 5-40.
- Habersack, Mathias / Schäfer, Carsten (Hrsg.)*: *Das Recht der OHG: Kommentierung der §§ 105 bis 160 HGB, 2. Auflage*, Berlin / Boston 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Habersack/Schäfer, *Recht der OHG*]
- Hamann, Hanjo*: Evidenzbasierte Jurisprudenz – Methoden empirischer Forschung und ihr Erkenntniswert für das Recht am Beispiel des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2014 (zugl. Diss. Bonn 2013). [zitiert als: *Hamann*, *Evidenzbasierte Jurisprudenz*]
- Hannes, Miriam*: *Der Vertrauensgrundsatz bei arbeitsteiligem Verhalten*, Aachen 2002 (zugl. Diss. Heidelberg 2001). [zitiert als: *Hannes*, *Vertrauensgrundsatz*]
- Hannich, Rolf (Hrsg.)*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Auflage*, München 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: KK, *StPO*]
- Harbarth, Stephan*: Anforderungen an die Compliance-Organisation in börsennotierten Unternehmen, ZHR 179 (2015), S. 136-173.
- Ders.*: Unternehmensorganisation und Vertrauensgrundsatz im Aktienrecht, ZGR 2017, S. 211-238.
- Harrmann, Alfred*: Divisionale oder funktionale Aufbauorganisation?, DB 1971, S. 537-541.
- Hasselbach, Kai*: Anmerkung zu BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95 und BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 327/95, WuB IV A. § 823 BGB 1.97.
- Hauschka, Christoph E. / Moosmayer, Klaus / Lösler, Thomas (Hrsg.)*: *Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3. Auflage, München 2016. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance*]
- Heermann, Peter W.*: Beschränkung der persönlichen Haftung des Vereinsvorstands durch Ressortverteilung, in: Crezelius, Georg / Hirte, Heribert / Vieweg, Klaus (Hrsg.), *Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag – Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung, Sportrecht*, Köln 2005, S. 1191-1203.
- Ders.*: Haftung des Vereinsvorstands bei Ressortaufteilung sowie für unternehmerische Entscheidungen, NJW 2016, S. 1687-1692.
- Heimbach, Heinz-J. / Boll, Lothar*: Führungsaufgabe und persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder und des Vorstandsvorsitzenden im ressortaufgeteilten Vorstand einer AG, VersR 2001, S. 801-809.
- v. Hein, Jan*: Vom Vorstandsvorsitzenden zum CEO?, ZHR 166 (2002), S. 464-502.
- Heisse, Matthias*: *Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH*, Köln 1988 (zugl. Diss. München 1987). [zitiert als: *Heisse*, *Geschäftsführerhaftung*]

- Hemeling, Peter*: Anmerkung zu BGH v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, WuB II C. § 43 GmbHG 1.95.
- Henssler, Martin / Strohn, Lutz (Hrsg.)*: Gesellschaftsrecht – BGB, HGB, PartGG, GmbHG, AktG, GenG, UmwG, InsO, AnfG, IntGesR, 5. Auflage, München 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Henssler/Strohn, GesR]
- Henze, Hartwig*: Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, S. 209-216.
- Herberger, Maximilian u.a. (Hrsg.)*: juris Praxiskommentar BGB: Band 1 – Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Saarbrücken 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: jurisPK, BGB]
- Hirte, Heribert / Mühlbert, Peter O. / Roth, Markus (Hrsg.)*: Aktiengesetz Großkommentar – Vierter Band, Teilband 1: §§ 76-91, 5. Auflage, Berlin 2015. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hirte/Mühlbert/Roth, AktG]
- Dies.*: Aktiengesetz Großkommentar – Vierter Band, Teilband 2: §§ 92-94, 5. Auflage, Berlin 2015. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hirte/Mühlbert/Roth, AktG]
- Hoffmann-Becking, Michael*: Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, ZGR 1998, S. 497-519.
- Ders.*: Vorstandsvorsitzender oder CEO?, NZG 2003, S. 745-750.
- Ders.*: Haftungsbeschränkung durch Geschäftsverteilung in Geschäftsführung und Vorstand, NZG 2021, S. 93-95.
- Höhn, Reinhard*: Die Geschäftsleitung der GmbH – Organisation, Führung und Verantwortung – Kontrolle durch Aufsichtsrat und Beirat, 2. Auflage, Köln 1995. [zitiert als: *Höhn*, Geschäftsleitung]
- Hölters, Wolfgang (Hrsg.)*: Aktiengesetz Kommentar, 3. Auflage, München 2017. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hölters, AktG]
- Hölzle, Gerrit*: Folgen der "faktischen Verwalterhaftung" für die Grundsätze ordnungsmäßiger Eigenverwaltung und den Nachteilsbegriff i.S.d. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO, ZIP 2018, S. 1669-1675.
- Hommelhoff, Peter*: Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, S. 119-155.
- Ders.*: Die Konzernleitungspflicht – Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln u.a. 1988 (zugl. Habil. Bochum 1980/1981). [zitiert als: *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht]
- Ders.*: Risikomanagement im GmbH-Recht, in: Berger, Klaus Peter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 373-383.
- Hommelhoff, Peter / Schwab, Martin*: Zum Stellenwert betriebswirtschaftlicher Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensleitung und -überwachung im Vorgang der Rechtserkenntnis, ZfbF Sonderheft 36 (1996), S. 149-178.
- Hüffer, Uwe*: Die Leitungsverantwortung des Vorstands in der Managementholding, in: Hoffmann-Becking, Michael / Ludwig, Rüdiger (Hrsg.), Liber amicorum Wilhelm Happ zum 70. Geburtstag am 30. April 2006, Köln / Berlin / München 2006, S. 93-108.
- Hüffer, Uwe (Begr.) / Koch, Jens*: Aktiengesetz, 15. Auflage, München 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hüffer/Koch, AktG]

- Hülsmann, Christoph*: GmbH-Geschäftsführer: Anforderungen an die Geschäftsverteilung – Zugleich Anmerkung zum Urteil des II. Zivilsenats v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, *GmbHR* 2019, S. 209-214.
- Jula, Rocco*: Geschäftsführerhaftung gemäß § 43 GmbHG: Minimierung der Risiken durch Regelungen im Anstellungsvertrag?, *GmbHR* 2001, S. 806-811.
- Kiethe, Kurt*: Vermeidung der Haftung von geschäftsführenden Organen durch Corporate Compliance, *GmbHR* 2007, S. 393-400.
- Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.)*: *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 5. Auflage, Baden-Baden 2017. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: K/N/P, StGB]
- Kindler, Peter*: Vorstands- und Geschäftsführerhaftung mit Augenmaß – Über einige neuere Grundsatzentscheidungen des II. Zivilsenats des BGH zu §§ 93 AktG und 43 GmbHG, in: Habersack, Mathias / Hommelhoff, Peter (Hrsg.), *Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag*, München 2011, S. 231-238.
- Klee, Josef*: Die divisionale Organisation, *DB* 1974, S. 977-981.
- Klein, Franz / Orlopp, Gerd (Begr.)*: *Abgabenordnung einschließlich Steuerstrafrecht*, 15. Auflage, München 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Klein, AO]
- Kleindiek, Detlef*: Deliktshaftung und juristische Person – Zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern, Tübingen 1997 (zugl. Habil. Heidelberg 1996/1997). [zitiert als: *Kleindiek*, *Deliktshaftung und juristische Person*]
- Der.*: Geschäftsführung und Ressortaufteilung in der Unternehmenskrise, in: Bork, Reinhard / Grupp, Dietmar / Kübler, Bruno M. (Hrsg.), *Festschrift zu Ehren von Godehard Kayser*, Köln 2019, S. 435-463.
- Der.*: Zur Geschäftsverteilung auf Geschäftsführungsebene – kein Zwang zur schriftlichen Dokumentation, *EWiR* 2019, S. 135-136.
- Koch, Jens*: Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit? Auf der Suche nach einem rechtsformübergreifenden Sortiermechanismus, *ZHR* 182 (2018), S. 378-414.
- Konzen, Horst*: Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG, *NJW* 1989, S. 2977-2987.
- Körner, Alois*: Gedanken zum Kollegialprinzip, *ZÖR* 17 (1937), S. 55-63.
- Kort, Michael*: Die Änderung der Unternehmenspolitik durch den GmbH-Geschäftsführer – Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 25. Februar 1991 – II ZR 76/90, *ZIP* 1991, 509, *ZIP* 1991, S. 1274-1279.
- Der.*: Compliance-Pflichten und Haftung von GmbH-Geschäftsführern, *GmbHR* 2013, S. 566-574.
- Krieger, Gerd*: Zur (Innen-)Haftung von Vorstand und Geschäftsführung, in: Henze, Hartwig / Timm, Wolfram / Westermann, Harm Peter (Hrsg.), *RWS-Forum 8 – Gesellschaftsrecht* 1995, Köln 1996, S. 149-177.
- Krieger, Gerd / Schneider, Uwe H. (Hrsg.)*: *Handbuch Managerhaftung – Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Pflichten und Haftungsfolgen*, Typische Risikobereiche, 3. Auflage, Köln 2017. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., *Handbuch Managerhaftung*]

- Krümpelmann, Justus*: Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation, in: Küper, Wilfried / Puppe, Ingeborg / Tenckhoff, Jörg (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin / New York 1987, S. 289-306.
- Kuntz, Thilo*: Leitungsverantwortung des Vorstands und Delegation, AG 2020, S. 801-819.
- Küpperfabrenberg, Jan*: Haftungsbeschränkungen für Verein und Vorstand unter besonderer Berücksichtigung von Sportvereinen, Berlin 2005 (zugl. Diss. Bayreuth 2004). [zitiert als: *Küpperfabrenberg*, Haftungsbeschränkungen]
- Larenz, Karl (Begr.) / Canaris, Claus-Wilhelm (fortgef.)*: Lehrbuch des Schuldrechts – Band II/2, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1994. [zitiert als: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2]
- Dies.*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin u.a. 1995. [zitiert als: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre]
- Leuering, Dieter*: Das Widerspruchsrecht der GmbH-Geschäftsführer untereinander, in: Bergmann, Alfred / Hoffmann-Becking, Michael / Noack, Ulrich (Hrsg.), Recht und Gesetz – Festschrift für Ulrich Seibert zum 65. Geburtstag, Köln 2019, S. 543-556.
- Leuering, Dieter / Dornhegge, Stefanie*: Geschäftsverteilung zwischen GmbH-Geschäftsführern, NZG 2010, S. 13-17.
- Lindacher, Walter F.*: Haftung des GmbH-Geschäftsführers und Einwand des Auswahl- und Überwachungsmitverschuldens – BGH, NJW 1983, 1856, JuS 1984, S. 672-675.
- v. d. Linden, Klaus*: Teile und herrsche – auch als Geschäftsführer, NJW 2019, S. 1039-1041.
- Linnertz, Anja*: Die Delegation durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft, Berlin 2020 (zugl. Diss. Bonn 2019). [zitiert als: *Linnertz*, Delegation]
- Löbbe, Marc*: Verhältnis von § 130 OWiG und Organisationspflichten des Vorstands und der Geschäftsführung nach §§ 93 AktG, 43 GmbHG, in: Bergmann, Alfred / Hoffmann-Becking, Michael / Noack, Ulrich (Hrsg.), Recht und Gesetz – Festschrift für Ulrich Seibert zum 65. Geburtstag, Köln 2019, S. 561-578.
- Löbbe, Marc / Fischbach, Jonas*: Die Business Judgment Rule bei Kollegialentscheidungen des Vorstands, AG 2014, S. 717-729.
- Lobr, Martin*: Die Beschränkung der Innenhaftung des GmbH-GF, NZG 2000, S. 1204-1213.
- Luhmann, Niklas*: Vertrauen – ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 5. Auflage, Konstanz / München 2014. [zitiert als: *Luhmann*, Vertrauen]
- Lutter, Marcus*: Anmerkung zu OLG Hamm v. 08.07.1985 – 8 U 295/83, ZIP 1986, S. 1195-1196.
- Ders.*: Zur persönlichen Haftung des Geschäftsführers aus deliktischen Schäden im Unternehmen, ZHR 157 (1993), S. 464-482.
- Ders.*: Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers – 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, S. 301-312.

- Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter u.a. (Hrsg.):* GmbH-Gesetz, Kommentar, 20. Auflage, Köln 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG]
- Martens, Klaus-Peter:* Der Grundsatz gemeinsamer Vorstandsverantwortung, in: Goerdeler, Reinhard u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988, Berlin / New York 1988, S. 191-208.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Begr.):* Grundgesetz Kommentar – Band 1, Texte, Art. 1-5, 92. Lieferung, München 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG]
- Dies.:* Grundgesetz Kommentar – Band 3, Art. 17-28, 92. Lieferung, München 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG]
- Medicus, Dieter:* Die interne Geschäftsverteilung und die Außenhaftung von GmbH-Geschäftsführern, GmbHR 1998, S. 9-16.
- Ders.:* Die Außenhaftung des Führungspersonals juristischer Personen im Zusammenhang mit Produktmängeln, GmbHR 2002, S. 809-821.
- Mennicke, Petra:* Zum Weisungsrecht der Gesellschafter und der Folgepflicht des GF in der mitbestimmungsfreien GmbH, NZG 2000, S. 622-626.
- Merkt, Hanno:* Compliance und Risikofrüherkennung in kleinen und mittleren Unternehmen, ZIP 2014, S. 1705-1714.
- Mertens, Peter:* Divisionalisierung, NB 22 (1969), Heft 2, S. 1-10.
- Meyer-Landrut, Joachim / Miller, Georg / Niehus, Rudolf J. (Hrsg.):* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) einschließlich Rechnungslegung zum Einzel- sowie zum Konzernabschluss – Kommentar, Berlin / New York 1987. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG]
- Michalski, Lutz / Heidinger, Andreas / Leible, Stefan / Schmidt, Jessica (Hrsg.):* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) – Band 1: Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG, 3. Auflage, München 2017. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: M/H/L/S, GmbHG]
- Dies.:* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) – Band 2: §§ 35-88 GmbHG, EGGmbHG, 3. Auflage, München 2017. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: M/H/L/S, GmbHG]
- Mielke, Werner:* Die Leitung der unverbundenen Aktiengesellschaft – aktienrechtliche Probleme dezentraler Unternehmensorganisationen, Frankfurt 1990 (zugl. Diss. Freiburg 1989). [zitiert als: *Mielke, Leitung*]
- Mitsch, Wolfgang (Hrsg.):* Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Auflage, München 2018. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: KK, OWiG]
- Müller, Knut:* Führungskräfte: Haftung und Enthftung, NZA-Beilage 2014, S. 30-37.
- Nietsch, Michael:* Überwachungspflichten bei Kollegialorganen – Die Selbstorganisation des Vorstands im Schnittfeld zwischen Corporate Governance und Compliance, ZIP 2013, S. 1449-1456.
- Ders.:* Die Garantstellung von Geschäftsleitern im Außenverhältnis, CCZ 2013, S. 192-198.

- Ders.*: Compliance-Risikomanagement als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZHR 180 (2016), S. 733-776.
- Ders.*: Grundsatzfragen der Organhaftung bei Kartellverstößen, ZHR 184 (2020), S. 60-110.
- Nietsch, Michael / Habbe, Sophia*: Rechtsrahmen für das Krisenmanagement im Unternehmen, DB 2019, S. 409-418.
- Paefgen, Walter G. / Dettke, Melanie*: Zum Umfang des Informationsrechts des Geschäftsführers einer GmbH, WuB II C § 37 GmbHG 1.08.
- Peitsmeyer, Philip / Klesse, Julia*: Anforderung an die Aufgabenverteilung zwischen den Geschäftsführern einer GmbH, NZG 2019, S. 501-503.
- Peters, Oliver*: Ressortverteilung zwischen GmbH-Geschäftsführern und ihre Folgen, GmbHR 2008, S. 682-687.
- Ders.*: „Plötzlich Unternehmer“ – Der Geschäftsführer fällt weg: Neue Ressortverteilung und ihre Folgen, DStR 2020, S. 125-130.
- Poensgen, Otto H.*: Geschäftsbereichsorganisation, Opladen 1973. [zitiert als: *Poensgen, Geschäftsbereichsorganisation*]
- Priester, Hans-Joachim / Mayer, Dieter / Wicke, Hartmut (Hrsg.)*: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 5. Auflage, München 2018. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: MHdB GesR III]
- Puppe, Ingeborg*: Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung – IV. Zurechnung bei mehreren Beteiligten, Jura 1998, S. 21-31.
- Ransiek, Andreas*: Strafrecht im Unternehmen und Konzern, ZGR 1999, S. 613-658.
- Raupach, Arndt*: Einfluß der Unternehmensorganisation auf die Besteuerung, in: Knobbe-Keuk, Brigitte / Klein, Franz / Moxter, Adolf (Hrsg.), Handelsrecht und Steuerrecht – Festschrift für Dr. Dr. h. c. Georg Döllerer, Düsseldorf 1988, S. 495-513.
- Rehm, Christian*: Die Einzel- und Gesamtverantwortung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft – Die Verantwortung für die Leitung und Geschäftsführung im mehrköpfigen Vorstand in der unabhängigen und der herrschenden AG, Frankfurt 2013 (zugl. Diss. Berlin 2012). [zitiert als: *Rehm, Einzel- und Gesamtverantwortung*]
- Reichert, Jochem*: Reform des § 43 GmbHG durch Angleichung an § 93 AktG und Pflichtenspezifizierung?, ZGR 2017, S. 671-703.
- Renzikowski, Joachim*: Strafrechtliche Haftung bei Arbeitsteilung am Bau – zum Urteil des BGH vom 13.11.2008 – 4 StR 252/08, StV 2009, S. 443-446.
- Rieger, Harald*: Gesetzeswortlaut und Rechtswirklichkeit im Aktiengesetz, in: Lutter, Marcus / Scholz, Manfred / Sigle, Walter (Hrsg.), Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag, Köln 2001, S. 339-357.
- Robde, Andreas*: Haftung des Geschäftsführers einer GmbH trotz interner Geschäftsaufteilung – BGH, NJW 1994, 2149, JuS 1995, S. 965-967.

- Roth, Günter H.: Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den GmbH-Geschäftsführer – Besprechung der Entscheidung BGH WM 1984, 305 ff., ZGR 1985, S. 265-278.
- Roth, Günter H. (Begr.) / Altmeyen, Holger (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 10. Auflage, München 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG]
- Rottbauer, Achim E.: Konstituierung der HV durch einen „unterbesetzten Vorstand“ – Kommentar zu OLG Dresden, NZG 2000, 426 („Sachsenmilch“) NZG 2000, S. 414-418.
- Rowedder, Heinz (Begr.) / Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 6. Auflage, München 2017. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG]
- Säcker, Franz Jürgen u.a. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Auflage, München 2018. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo, BGB]
- Dies.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, §§ 311-432, 8. Auflage, München 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo, BGB]
- Dies.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8. Auflage, München 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo, BGB]
- Sander, Julian / Schneider, Stefan: Die Pflicht der Geschäftsleiter zur Einholung von Rat – Dogmatische Grundlagen und praktische Folgerungen, ZGR 2013, S. 725-759.
- Sauter, Eugen (Begr.) / Schweyer, Gerhard (fortgef.) / Waldner, Wolfram: Der eingetragene Verein – Gemeinverständliche Erläuterung des Vereinsrechts unter Berücksichtigung neuester Rechtsprechung mit Formulareteil, 21. Auflage, München 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein]
- Schädlich, Jörg: Anmerkung zu BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, NZI 2019, S. 229-230.
- Schaller, Christine: Ressortmäßige Aufteilung der Zuständigkeit zweier gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter-Geschäftsführer mit Einzelvertretungsbefugnis, EWIR 2014, S. 111-112.
- Schauf, Maximilian: Rolle und Kompetenzen des GmbH-Geschäftsführers in einer Matrixstruktur, BB 2017, S. 2883-2888.
- Schiessl, Maximilian: Gesellschafts- und mitbestimmungsrechtliche Probleme der Spartenorganisation (Divisionalisierung), ZGR 1992, S. 64-86.
- Schlegelberger, Franz / Quassowski, Leo u.a. (Hrsg.): Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, Berlin 1937. [zitiert als: *Schlegelberger/Quassowski*, AktG]
- Schmidt, Karsten: Abhängigkeit, faktischer Konzern, Nichtaktienkonzern und Divisionalisierung im Bericht der Unternehmensrechtskommission, ZGR 1981, S. 455-486.

- Ders. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch – Band 2: Zweites Buch: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft – Erster Abschnitt: Offene Handelsgesellschaft, §§ 105-160, 4. Auflage, München 2016. [zitiert als: Bearbeiter, in: MüKo, HGB]*
- Schmidt, Karsten / Lutter, Marcus (Hrsg.): Aktiengesetz Kommentar – Band 1: §§ 1-132, 4. Auflage, Köln 2020. [zitiert als: Bearbeiter, in: Schmidt, K./Lutter, AktG]*
- Schmidt, Peter: Matrixorganisation als geeignete Organisationsform für Mehrproduktunternehmen, ZfO 41 (1972), S. 183-190.*
- Schneider, Michael: Die Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung von Kollegialorganen (Diss. Bochum 2000). [zitiert als: M. Schneider, Beschlussfähigkeit]*
- Schneider, Uwe H.: Die Geschäftsordnung der GmbH-Geschäftsführer – Überlegungen zum GmbH-Innenrecht, in: Damrau, Jürgen / Kraft, Alfons / Fürst, Walther (Hrsg.), Festschrift für Otto Mühl zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 1981, Stuttgart u.a. 1981, S. 633-649.*
- Ders.: Haftungsmilderung für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer bei fehlerhafter Unternehmensleitung?, in: Hadding, Walther u.a. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984 – Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, Berlin / New York 1984, S. 795-815.*
- Ders.: Anmerkung zu BGH v. 16.11.1987 – II ZR 92/87, WuB II C. § 35 GmbHG 2.88.*
- Ders.: Die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Pflichten durch den Geschäftsführer – Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung bei mehrköpfiger Geschäftsführung in der konzernfreien GmbH und im Konzern, in: Lutter, Marcus / Ulmer, Peter / Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, S. 473-499.*
- Ders.: Anmerkung zu BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, EWiR 1994, S. 789-790.*
- Ders.: Gesellschaftsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation – Zur Überlagerung des Gesellschaftsrechts durch öffentlich-rechtliche Verhaltenspflichten und öffentlich-rechtliche Strukturnormen, DB 1993, S. 1909-1915.*
- Ders.: Anmerkung zu BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, EWiR 1997, S. 37-38.*
- Schneider, Uwe H. / Brouwer, Tobias: Die Verantwortlichkeit der Gesellschaft und ihrer Geschäftsleiter bei Delegation öffentlich-rechtlicher Pflichten, in: Hommelhoff, Peter / Rawert, Peter / Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S. 713-735.*
- Schockenhoff, Martin: Organhaftung im Idealverein mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb, DB 2018, S. 1127-1134.*
- Ders.: Compliance im Verein, NZG 2019, S. 281-291.*
- Ders.: Ressortaufteilung unter GmbH-Geschäftsführern: Ein Minenfeld, GmbHHR 2019, S. 514-522.*
- Scholz, Franz (Begr.): Kommentar zum GmbH-Gesetz – Band 1: §§ 1-34, Anh. § 13 Konzernrecht, Anh. § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters, 12. Auflage, Köln 2018. [zitiert als: Bearbeiter, in: Scholz, GmbHG]*

- Ders.*: Kommentar zum GmbH-Gesetz – Band 2: §§ 35-52, Anh. § 45 Gesellschafterversammlung und Gesellschafterkompetenzen in der GmbH & Co. KG, 12. Auflage, Köln 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Scholz, GmbHG]
- Ders.*: Kommentar zum GmbH-Gesetz – Band 3: §§ 53-85, 12. Auflage, Köln 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Scholz, GmbHG]
- Schönbrod, Wolfgang*: Die Organstellung von Vorstand und Aufsichtsrat in der Spartenorganisation – Eine aktien- und konzernrechtliche Untersuchung, Frankfurt u.a. 1987 (zugl. Diss. Heidelberg 1986). [zitiert als: *Schönbrod*, Spartenorganisation]
- Schönke, Adolf (Begr.) / Schröder, Horst (fortgef.)*: Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB]
- Schreyögg, Georg*: Grundlagen der Organisation – Basiswissen für Studium und Praxis, 2. Auflage, Wiesbaden 2016. [zitiert als: *Schreyögg*, Grundlagen der Organisation]
- Schulte-Zurhausen, Manfred*: Organisation, 6. Auflage, München 2013. [zitiert als: *Schulte-Zurhausen*, Organisation]
- Schünemann, Bernd*: Unternehmenskriminalität, in: Roxin, Claus / Widmaier, Gunter (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft – Band IV: Strafrecht, Strafprozeßrecht, München 2000, S. 621-646.
- Schwark, Eberhard*: Spartenorganisation in Großunternehmen und Unternehmensrecht, ZHR 142 (1978), S. 203-227.
- Schwarz, Günter Christian*: Die Gesamtvertreterermächtigung – Ein zivil- und gesellschaftsrechtliches Rechtsinstitut, NZG 2001, S. 529-539.
- Ders.*: Rechtsfragen der Vorstandsermächtigung nach § 78 Abs. 4 AktG, ZGR 2001, S. 744-781.
- Segger, Stefan*: Keine Haftung unbeteiligter Organmitglieder für wissentliche Pflichtverletzungen ihrer Kollegen, VersR 2018, S. 329-332.
- Seibt, Christoph H.*: Dekonstruktion des Delegationsverbots bei der Unternehmensleitung, in: Bitter, Georg u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 1463-1487.
- Seibt, Christoph H. / Cziupka, Johannes*: 20 Thesen zur Compliance-Verantwortung im System der Organhaftung aus Anlass des Siemens/Neubürger-Urteils, DB 2014, S. 1598-1602.
- Semler, Johannes*: Rechtsfragen der divisionalen Organisationsstruktur in der unabhängigen Aktiengesellschaft, in: Knobbe-Keuk, Brigitte / Klein, Franz / Moxter, Adolf (Hrsg.), Handelsrecht und Steuerrecht – Festschrift für Dr. Dr. h. c. Georg Döllerer, Düsseldorf 1988, S. 571-592.
- Ders.*: Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft – Die Leitungsaufgabe des Vorstands und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, 2. Auflage, Köln u.a. 1996 (zugl. Diss. Bochum 1980). [zitiert als: *Semler*, Leitung]
- Sendler, Horst*: Grundrecht auf Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung? – Eine Reise nach Absurdistan?, NJW 1998, S. 2875-2877.
- Sina, Peter*: Voraussetzungen und Wirkungen der Delegation von Geschäftsführerverantwortung in der GmbH, GmbHR 1990, S. 65-68.

- Sodan, Helge*: Kollegiale Funktionsträger als Verfassungsproblem – Dargestellt unter besonderer Berücksichtigung der Kunststoffkommission des Bundesgesundheitsamtes und der Transparenzkommission, Frankfurt 1987 (zugl. Diss. Berlin 1986). [zitiert als: *Sodan*, Kollegiale Funktionsträger]
- Soergel, Hans Theodor (Begr.) / Siebert, Wolfgang u.a. (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Band 1: Allgemeiner Teil 1, §§ 1-103, 13. Auflage, Stuttgart u.a. 2000. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Soergel, BGB]
- Spindler, Gerald*: Unternehmensorganisationspflichten – Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, 2. Auflage, Göttingen 2011 (zugl. Habil. Frankfurt 1996). [zitiert als: *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten]
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.)*: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages in Hannover – Band II/1: Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, München 2015. [zitiert als: DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse]
- Staub, Hermann (Begr.) / Hachenburg, Max (fortgef.) / Ulmer, Peter (Hrsg.)*: Hachenburg – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar – Band 2: §§ 35-52, 8. Auflage, Berlin / New York 1997. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hachenburg, GmbHG]
- Steeger, Thomas*: Die steuerliche Haftung des Geschäftsführers – Zur Haftung nach § 69 AO, Köln u.a. 1998 (zugl. Diss. Osnabrück 1997). [zitiert als: *Steeger*, steuerliche Haftung]
- Strohn, Lutz*: Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, S. 177-184.
- Thamm, Robert*: Die rechtliche Verfassung des Vorstands der AG, Berlin 2008 (zugl. Diss. Berlin 2007). [zitiert als: *Thamm*, Verfassung]
- Thiele, Carmen*: Regeln und Verfahren der Entscheidungsfindung innerhalb von Staaten und Staatenverbindungen – Staats- und kommunalrechtliche sowie europa- und völkerrechtliche Untersuchungen, Berlin / Heidelberg 2008 (zugl. Habil. Frankfurt [Oder] 2007). [zitiert als: *Thiele*, Entscheidungsfindung]
- Thölke, Ulrich / Friedrichsen, Johanna*: Voraussetzungen einer wirksamen Geschäftsverteilung in der GmbH-Geschäftsführung, WPg 2019, S. 799-804.
- Timpe, Gerhard*: Der Vertrauensgrundsatz, StraFo 2016, S. 11-22.
- Tipke, Klaus / Kruse, Wilhelm (Begr.)*: Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung – Kommentar zur AO und FGO inkl. Steuerstrafrecht – Band 1: Gesetzestexte, §§ 1-107 AO, 164. Lieferung, Köln 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Tipke/Kruse, AO]
- Dies.*: Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung – Kommentar zur AO und FGO inkl. Steuerstrafrecht – Band 4: §§ 63-184 FGO, FVG, VwZG, VerfRS, EuRS, Sachregister, 164. Lieferung, Köln 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Tipke/Kruse, FGO]
- Turiaux, André / Knigge, Dagmar*: Vorstandshaftung ohne Grenzen? – Rechtssichere Vorstands- und Unternehmensorganisation als Instrument der Risikominimierung, DB 2004, S. 2199-2207.

- Ueberwasser, Heinrich*: Das Kollegialprinzip – Seine Grundsätze und Konkretisierungen im Bereiche von Regierung und Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Bundesrates, Basel / Frankfurt 1989 (zugl. Diss. Basel 1987/1988). [zitiert als: *Ueberwasser, Kollegialprinzip*]
- Uffmann, Katharina*: Interim Management in Zeiten nachhaltiger Unternehmensführung? – Blick auf ein relativ unbekanntes Phänomen am Beispiel des Nachfolgeprozesses von Familienunternehmen, ZGR 2013, S. 273-315.
- Ulmer, Peter*: Der Zölibats-Geschäftsführer, in: Grundmann, Stefan u.a. (Hrsg.), Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 271-283.
- Ulmer, Peter / Habersack, Mathias / Löbbe, Marc (Hrsg.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar – Band 2: §§ 29-52, 3. Auflage, Tübingen 2020. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: U/H/L, GmbHG]
- Vabs, Dietmar*: Organisation – Ein Lehr- und Managementhandbuch, 10. Auflage, Stuttgart 2019. [zitiert als: *Vabs, Organisation*]
- van Venrooy, Gerd J.*: Einstimmigkeitsprinzip oder Mehrheitsprinzip in der Geschäftsführung?, GmbHR 1999, S. 685-691.
- Ders.*: Widersprüchliche Ausübung des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts durch mehrere GmbH-Geschäftsführer, GmbHR 2001, S. 7-18.
- Veil, Rüdiger*: Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht – Verlust des halben Kapitals, Pflicht zu ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, S. 374-397.
- Voß, Michael*: Gesamtschuldnerische Organhaftung – Die gesamtschuldnerische Haftung von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern für Pflichtverletzungen und deren interne Haftungsanteile, Köln / München 2008 (zugl. Diss. Bonn 2008). [zitiert als: *Voß, Gesamtschuldnerische Organhaftung*]
- Weber, Christoph Andreas*: Ressortverteilung unter GmbH-Geschäftsführern – das Weltruf-Urteil des BGH, ZGR 2020, S. 688-705.
- Wendeling-Schröder, Ulrike*: Divisionalisierung, Mitbestimmung und Tarifvertrag – Zur Möglichkeit der Mitbestimmungssicherung in divisionalisierten Unternehmen und Konzernen, Köln u.a. 1984 (zugl. Diss. Bremen 1984). [zitiert als: *Wendeling-Schröder, Divisionalisierung*]
- Wentz, Jasper*: Anforderungen an eine Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung auf Ebene der Geschäftsführung – § 64 GmbHG, WuB 2019, S. 186-190.
- v. Werder, Axel*: Führungsorganisation – Grundlagen der Corporate Governance, Spitzen- und Leitungsorganisation, 3. Auflage, Wiesbaden 2015. [zitiert als: *v. Werder, Führungsorganisation*]
- Werner, Rüdiger*: Möglichkeiten einer privatautonomen Beschränkung der Geschäftsführerhaftung, GmbHR 2014, S. 792-798.
- Westermann, Harm Peter*: Anmerkung zu BGH v. 5.12.1989 – VI ZR 335/88, DNotZ 1991, S. 813-819.
- Ders.*: Haftung und Zurechnung im Unternehmensbereich, in: Klingmüller, Ernst (Hrsg.), Karlsruher Forum 1993 – Haftung und Zurechnung im Unternehmensbereich, Karlsruhe 1993, S. 15-23.

- Wettich, Carsten*: Vorstandsorganisation in der Aktiengesellschaft – Zugleich ein Beitrag zum Kollegialprinzip und dem Grundsatz der Gesamtverantwortung, Köln 2008 (zugl. Diss. Bonn 2007). [zitiert als: *Wettich*, Vorstandsorganisation]
- Wicke, Hartmut*: Der CEO im Spannungsverhältnis zum Kollegialprinzip – Gestaltungsüberlegungen zur Leitungsstruktur der AG, NJW 2007, S. 3755-3758.
- Wieacker, Franz*: Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: v. Caemmerer, Ernst / Friesenhahn, Ernst / Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben – Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960 – Band II, Karlsruhe 1960, S. 1-18.
- Wiedemann, Herbert*: Gesellschaftsrecht – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts – Band I: Grundlagen, München 1980. [zitiert als: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I]
- Wilhelmi, Rüdiger*: Risikoschutz durch Privatrecht – Eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden, Tübingen 2009 (zugl. Habil. Tübingen 2007). [zitiert als: *Wilhelmi*, Risikoschutz]
- Ders.*: Beschränkung der Organhaftung und innerbetrieblicher Schadensausgleich, NZG 2017, S. 681-690.
- Ders.*: Komplexe Compliance bei Banken – Interne Organisation und Konzerngestaltung bei Geschäften im In- und Ausland, ZVglRWiss 117 (2018), S. 557-571.
- Wittkowski, Dirk*: Anmerkung zu BGH v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, EWiR 1995, S. 785-786.
- Wolf, Martin*: Wider eine Misstrauenspflicht im Kollegialorgan "Vorstand" – Durch das Urteil des VG Frankfurt/M. VersR 2005, 57 veranlasste Anmerkungen zur Grenzlinie zwischen Kollegial- und Ressortprinzip und zu deren Auswirkungen auf die fachliche Eignung eines Vorstands von Versicherungsunternehmen, VersR 2005, S. 1042-1047.
- Ziemons, Hildegard*: Die Haftung der Gesellschafter für Einflußnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH, Köln u.a. 1996 (zugl. Diss. Bonn 1996). [zitiert als: *Ziemons*, Haftung]
- Ziemons, Hildegard / Jaeger, Carsten / Pöschke, Moritz (Hrsg.)*: BeckOK GmbHG, 47. Edition, München 2021. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK, GmbHG]
- Zöllner, Wolfgang*: GmbH und GmbH & Co KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, S. 319-334.
- Ders.*: Beschluß, Beschlußergebnis und Beschlußergebnisfeststellung – Ein Beitrag zu Theorie und Dogmatik des Beschlußrechts, in: Schneider, Uwe H. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag – Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, Köln 2000, S. 821-831.
- Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich (Hrsg.)*: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Band 2/1: §§ 76-94 AktG, 3. Auflage, Köln 2010. [zitiert als: *Bearbeiter*, in: KK, AktG]