

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 Enthftung 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 Mitgeschäfter 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 Mitgeschäfter 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 Denkkettel-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 Verrichtungsgehilfen, 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 Geschäftsführerpflichten.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 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, 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*, GmbHR 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. 74 f., 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, Ressortangelegenheiten 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. *Höhn*, 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); *Leuering/Dornhege*, 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.; Leuering/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 Voß, 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 loyalen 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; *Leuering/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 (196 f.).

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 (196 f.).

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 *Löbke/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; Leuering, FS Seibert, 543 (548); Segger, VersR 2018, 329 (330); Leuering/Dornhegge, 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 Küpperfahenberg, Haftungsbeschränkungen, S. 187.

975 Höhn, Geschäftsleitung, S. 148 f.

976 Westermann, KF 1993, 15 (22 f.); zur AG Rieger, FS Peltzer, 339 (347); Hölter, in: Hölter, 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 *Voß*, 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); *Heimbach/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/Mülbert/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. *Leuering/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. *Leuering/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (16); zur AG *Hopt/Roth*, in: *Hirte/Mülbert/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 strenger *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 unbekannten 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 – 1 K 20/15 (5), DStRE 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 Überwachungspflicht haben.

Zum einen werden Branche, Größe und Marktlage des Unternehmens¹⁰¹⁸ sowie die Konfiguration der Ressorts¹⁰¹⁹ als die Überwachungspflicht 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 *Löbbecke/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 *Voß*, 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 *Abelthausen*, 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 berechtige und verpflichte 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 Schieflage 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 Verkehrspflichtigen *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 *Löbbe/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 Schieflage, 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 Schief lagen 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 *Haselbach*, WuB IV A. § 823 BGB 1.97; vgl. auch *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 915.

1046 *Wolff*, 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.); *Wolff*, 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 Ge-samtgremium 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 anderer-seits, 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; *Leuering*, FS Seibert, 543 (550), m.w.N.

1063 Siehe S. 200 f.

1064 Siehe S. 201.

1065 *Leuering*, 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; *Leuering/Dornhege*, *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, dass 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 Resortmaßnahmen 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 Ausführungen zur Notwendigkeit einer Kollegialbefassung verwiesen werden.¹⁰⁷⁸

In der GmbH gilt allerdings kein strikter Gleichberechtigungsgrundsatz. Aus diesem Grund kann das Rückholrecht eines Geschäftsführers 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 offensteht. Der privilegierte Geschäftsführer 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 Leuering, 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 Leuering, FS Seibert, 543 (549); Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 37 Rn. 34.

1078 Siehe S. 224.

1079 Für einen gleichartigen Mechanismus auch Schiessl, ZGR 1992, 64 (72).

1080 Leuering, FS Seibert, 543 (556).

1081 A.A. Leuering, 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 vereinzelten 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; *Finckh*, 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 Sorgfaltsverstosses 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.

demnach für die Entziehung seines Ressorts die Gesellschafter¹¹⁰⁵ einschalten.¹¹⁰⁶

Für die Beschränkung der Interventionsbefugnis durch Missbrauchsgesichtspunkte gelten mutatis mutandis die Ausführungen zur Auskunft.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 *Leuering*, 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; *Leuering*, 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 erkennt 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; *Altmeyen*, 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, GmbHR, § 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 wahrht.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: *Ermann*, 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; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, 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: MHDG 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; *Liebscher*, 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: MHDG 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: MHDG 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 Aufsichtsstabes 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); *Harb-arth*, 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 Überwachungssorgfaltsanforderungen 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).