

2. Teil: Korporative Maßstäbe der Enthftung durch Ressortverteilung

§ 5 Grundsatz der Gesamtverantwortung

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

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

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

96 Siehe hierzu im Einzelnen S. 62 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Herleitung

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

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

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

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

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

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

I. Begründung des Reichsgerichts

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

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

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

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

116 Siehe hierzu S. 193 f.

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

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

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

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

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

1. Die Allzuständigkeit als tragendes Prinzip der Gesamtverantwortung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Herleitung aus dem Gesamtgeschäftsführungsgrundsatz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

143 Wilhelmi, Risikoschutz, S. 214.

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

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

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

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

3. Zwischenergebnis

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

II. Alternative Ansätze

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

1. Herleitung aus der Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Herleitung aus dem Letztentscheidungsrecht der Mehrheit

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

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

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

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

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

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

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

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

163 Siehe hierzu bereits S. 27.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Herleitung aus der Pflicht zur organinternen Selbstkontrolle

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

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

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

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

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

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

4. Das Kollegialprinzip als Ursprung der Gesamtverantwortung

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

a) Inhalt und Verbreitung des Kollegialprinzips

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

184 Wettich, Vorstandsorganisation, S. 12, 36.

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

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

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

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

189 Siehe hierzu bereits S. 50.

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

b) Geltung in der GmbH

aa) Meinungsbild

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

bb) Merkmale der Kollegialität im Einzelnen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cc) Übertragbarkeit auf die GmbH

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

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

203 Siehe S. 24.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

218 Boesebeck, JW 1938, 2525 (2528).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Zwischenergebnis

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

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

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

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

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

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

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

B. Reichweite

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

231 Siehe S. 56.

I. Verbot der Delegation von Leitungspflichten

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

1. Gesetzliche Leitungspflichten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

241 Siehe S. 38.

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

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

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

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

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

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

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

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

247 Siehe S. 38.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Ungeschriebene Leitungspflichten

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

a) Unternehmerfunktionen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

263 Siehe hierzu bereits S. 44.

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

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

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

benen“²⁶⁷ Kernkompetenzen gezählt.²⁶⁸ Hiernach haben die Geschäftsführer in Abhängigkeit von den konkreten Verhältnissen, insbesondere der Art und Größe der Unternehmung, durch präventive organisatorische Vorkehrungen sowie entsprechende repressive Aufsichtsmaßnahmen die Einhaltung sämtlicher das Unternehmen betreffenden Rechtsvorschriften²⁶⁹ durch nachgeordnete Mitarbeiter sicherzustellen.²⁷⁰ Angesichts der existenzgefährdenden Konsequenzen rechtswidrigen Verhaltens Unternehmensangehöriger, etwa in Form von Geldbußen oder auch Schadensersatzbegehren,²⁷¹ steht die Compliance den etablierten Unternehmerfunktionen im Hinblick auf ihre Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung der Gesellschaft in nichts nach. Der Natur der Sache nach lässt sich eine einheitliche Rechtsdurchsetzung im Unternehmen nur von der Spitze aus organisieren. Zu Recht wird Compliance daher im Grundsatz ebenfalls als Unternehmerfunktion angesehen.

b) Entscheidungen außergewöhnlicher Tragweite

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Delegierbare Elemente

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

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

281 Siehe hierzu S. 244 ff.

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

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

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

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

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

287 Siehe S. 44.

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

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

a) Gesetzliche Leitungspflichten

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

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

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

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

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

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

293 *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 281 f.

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

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

295 Zu § 64 S. 1 GmbHG a.F. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166, 173 f.), Rn. 14, 30; v. 19.6.2012 – II ZR 243/11, NZG 2012, 940 (941 f.), Rn. 10, 13; *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (451 f.); *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 105; *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 246.

296 Zu § 64 S. 1 GmbHG a.F. vgl. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (166 f.), Rn. 14; *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 29, 128 ff.; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 60, 134 ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 33; *Bork*, ZIP 2011, 101 (105); *Veil*, ZGR 2006, 374 (377); zu ihrer Übereinstimmung mit der Pflicht nach § 91 Abs. 2 AktG *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 60, 134 ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 31; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 29; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 61; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 170; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 41 Rn. 15; *ders.*, ZGR 1999, 291 (300, 302); *Bork*, ZIP 2011, 101 (102 f.); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (305); *Hommelhoff*, FS Sandrock, 373 (376-378); *Merk*, ZIP 2014, 1705 (1713).

297 Zuletzt BGH v. 7.5.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 (2165), Rn. 5; *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (451 f.); *H.-F. Müller*, in: MüKo, GmbHG, § 64 Rn. 199, m.w.N.

298 Vgl. *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 915; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 64 f.; *Uwe H. Schneider*, FS W. Werner, 795 (809 ff.); *W. Goette*, DStR 1998, 938 (942); unklar BGH v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, GmbHR 1995, 299 (300), Rn. 8, dessen Entscheidung allerdings wohl so zu verstehen ist, dass der Einwand widersprüchlichen Verhaltens begründet ist, wenn eine Kündigung des Geschäftsführers im Nachhinein auf einen Verstoß gegen seine Überwachungspflicht gestützt wird, obwohl er gegenüber der Gesellschaft von ihr dispensiert wurde; *Hemeling*, WuB II C. § 43 GmbHG 1.95, und *Wittkowski*, EWIR 1995, 785 (786), gehen dagegen von der ersten Deutungsvariante aus und bejahen auch einen Haftungsausschluss für § 43 Abs. 2 GmbHG.

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

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

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

299 Siehe S. 82 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

322 Gemeint ist wohl die Kontrollfunktion.

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

b) Ungeschriebene Leitungspflichten

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

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

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

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

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

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

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

329 Siehe S. 56.

330 Siehe zum Ganzen S. 57 ff.

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

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

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

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

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

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

lungswirkung über die korporative Sphäre hinaus, auch wenn ihr keine gläubigerschützende Wirkung zukommt.³³⁵ Bereits an den die gesetzlichen Leitungsaufgaben betreffenden Delegationsgrenzen lässt sich der allgemeine Rechtsgedanke erkennen, dass die Geschäftsführer nicht von der kollektiven Verantwortung für die Einhaltung von Normen dispensiert werden können, deren Verletzung geeignet ist, fremde Schutzgüter zu beeinträchtigen.³³⁶ Wenn sie ihre Missachtung sehenden Auges hinnehmen, machen sie sich den fremden Rechtsbruch zu eigen und übernehmen damit eine Mitverantwortung gegenüber der Gesellschaft.³³⁷³³⁸ Außerdem haften die Geschäftsführer nach außen ohnehin gemäß den §§ 130 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 OWiG für jeden aus dem Unternehmen heraus begangenen Verstoß gegen straf- oder bußgeldbewehrte Vorschriften, falls sie nicht nachweisen können, dass sie ihrer Aufsichtspflicht nachgekommen sind. § 130 OWiG flankiert nach neuerer Lesart gleichsam als Compliance-Generalklausel³³⁹ die bereits im Innenverhältnis bestehenden Pflichten der Geschäftsleitung, hinreichende Vorkehrungen zur Verhinderung eines Verstoßes gegen straf- oder bußgeldbewehrte betriebsbezogene Normen zu treffen und sichert auf diese Weise ihre wirksame Durchsetzung.³⁴⁰ Wenn aber die Geschäftsführer im Außenverhältnis für unzureichende Compliance-Maßnahmen belangt werden können, müssen ihnen im Innenverhältnis diejenigen Kompetenzen zustehen, die sie benötigen, um ihrer Compliance-Verantwortung gerecht werden zu können. Die Verantwortung für Compliance liegt demnach wie bei den gesetzlichen Leitungsaufgaben obligatorisch bei sämtlichen Geschäftsführern.³⁴¹ Sie müssen die Grundsatzregelungen zur Compliance, etwa ihren strukturellen und

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

346 Vgl. S. 57.

4. Zwischenergebnis

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

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

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

347 Siehe S. 71 ff.

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

II. Verantwortungsausschließende Delegation

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

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

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

350 Siehe S. 200 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

361 Siehe S. 79 f.

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

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

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

365 Siehe S. 77 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Ergebnis

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

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

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

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

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

§ 6 Vertrauensgrundsatz

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

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

A. Begründung und Verortung im Haftungstatbestand

I. Geltung des Vertrauensgrundsatzes

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

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

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

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

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

385 *Luhmann*, Vertrauen, S. 38.

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

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

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

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

388 *Hannes*, Vertrauensgrundsatz, S. 192.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tung Dritter bei der Erfüllung von Verkehrspflichten⁴¹⁰ sowie auf dem Gebiet des Arzt⁴¹¹ und Baustrafrechts⁴¹² findet er in entsprechender Weise auf die Bestimmung der Sorgfaltsanforderungen bei arbeitsteiligem Vorgehen Anwendung.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

427 Siehe S. 105 f.

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

II. Verortung auf Pflichten- oder Verschuldensebene

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

452 Brinkmann, Vertrauen als Erfahrungsregel, S. 139.

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

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

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

B. Funktion und Voraussetzungen schutzwürdigen Vertrauens

I. Funktionsweise bei der Ressortverteilung

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

455 *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 222.

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

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

458 Siehe S. 183 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Voraussetzungen

1. Abgrenzung von Verantwortungssphären

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

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

2. Vertrauensmerkmale

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

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

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

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

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

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

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

a) Personenbezogene Kriterien

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Verhaltensbezogene Kriterien

aa) Fremdes Fehlverhalten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Eigenes Betragen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Sachbezogene Kriterien

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

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

C. Ergebnis

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

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

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

509 Siehe S. 27.

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 7 Ergebnisse des 2. Teils

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