

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

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

§ 8 Zuständigkeit und zuständigkeitsabhängige Regulationsanforderungen

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

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

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

A. Verteilung durch die Gesellschafter

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

I. Verantwortungsmodifizierende Delegation

1. Regelungsort

a) Korporationsrechtliche Regelung

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

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

514 Vgl. BGH v. 6.3.2012 – II ZR 76/11, NJW 2012, 1656 (1657), Rn. 15; *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (642).

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

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

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

b) Zusicherung im Anstellungsvertrag

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Mehrheitserfordernisse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Verantwortungsausschließende Delegation

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

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

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

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

538 Siehe S. 82 ff.

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

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

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

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

539 Siehe S. 86.

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Verteilung durch die Geschäftsführer

I. Recht und Pflicht zur Verteilung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dem Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer⁵⁶⁰ und in den Entscheidungsgründen des KG wiederum von einer mit dem „Mitgeschäftsführer vereinbarte[n] interne[n] Geschäftsaufteilung“⁵⁶¹ die Rede. Nichtsdestotrotz legen die Formulierungen des Revisionsurteils den Schluss nahe, dass der zweite Zivilsenat von einer Ressortverteilung der Geschäftsführer als solche ausging und damit eine originäre Kompetenz anerkennt. Hierfür spricht die Feststellung, dass die „Organisation der Aufgaben auf Geschäftsführungsebene – gegebenenfalls im Rahmen der Vorgaben der Satzung oder von Beschlüssen der Gesellschafter [...], wie die Aufgabenwahrnehmung selbst, Teil der Unternehmensleitung [ist], die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu erfüllen ist“⁵⁶². Zwar ist der Begriff „Unternehmensleitung“ kein eindeutiger Hinweis für die Annahme einer Geschäftsführungskompetenz, weil auch die Gesellschafter unternehmensleitend tätig werden dürfen. Jedoch gilt das umso mehr für den Verweis auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG.⁵⁶³ Vor allem die Parenthese verdeutlicht aber, dass die Gesellschafter nach Ansicht des zweiten Zivilsenats bei der Einrichtung einer Ressortverteilung nicht zwingend mitwirken müssen. Wäre der BGH von dem Erfordernis einer konstitutiven Zustimmung der Gesellschafter ausgegangen, hätte es – gerade weil er die Gelegenheit offenbar nutzen wollte, um die Kernvoraussetzungen der Ressortverteilung klarzustellen – außerdem nahegelegen in den Entscheidungsgründen zu erwähnen, dass ein Einverständnis im konkreten Fall aufgrund der Personenidentität ausnahmsweise verzichtbar war. Auch das Postulat einer „von allen Mitgliedern des Organs mitgetragenen Aufgabenzuweisung“⁵⁶⁴ spricht angesichts seiner deutlichen Anlehnung an § 77 Abs. 2 S. 3 AktG, der wiederum im Zusammenhang mit § 77 Abs. 2 S. 1 AktG zu lesen ist, dafür, dass der BGH im entschiedenen Fall aus tatsächlicher Sicht von einer Vereinbarung unter Geschäftsführern und

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

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

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

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

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

damit rechtlich von deren originärer Kompetenz ausging. § 77 Abs. 2 S. 1 AktG sollte bereits nach dem Gesetzesentwurf lediglich den Grundsatz klarstellen,⁵⁶⁵ „daß jedes Gremium selbst über die eigene Geschäftsordnung entscheidet“⁵⁶⁶.

Letzteres streitet wiederum für die herrschende Meinung, die im Recht zur Selbstorganisation richtigerweise eine Befugnis des Kollegialorgans kraft Natur der Sache erblickt.⁵⁶⁷ Das Hauptargument der Gegenauffassung vermag dagegen nicht zu überzeugen, weil es auch gegen die Zuständigkeit des AG-Vorstands angeführt werden könnte, indes beim Gesetzgeber des AktG 1965 offensichtlich keine durchgreifenden Bedenken hervorrief. Außerdem dürfen die Geschäftsführer ihre Verantwortung von sich aus ohnehin nicht gänzlich ausschließen und die Gesellschafter sind jederzeit befugt, Geschäftsverteilungsfragen wieder an sich zu ziehen.⁵⁶⁸

Es ist im Gegenteil davon auszugehen, dass die Geschäftsführer aufgrund ihrer Unternehmerfunktion⁵⁶⁹ sogar gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG zur horizontalen Delegation verpflichtet sein können, soweit die Gesellschafter untätig bleiben und eine Arbeitsteilung zur zweckmäßigen Erledigung anfallender Geschäftsführungsaufgaben erforderlich⁵⁷⁰ ist.⁵⁷¹ Denn die Ressortverteilung ist ein Element der ungeschriebenen Organisationskompetenz. Versäumen es die Geschäftsführer, ihr nachzukommen, haften sie wegen Organisationsverschuldens nach § 43 Abs. 2 GmbHG.⁵⁷² Das

565 *Leuering/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14 Fn. 25).

566 Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 122.

567 Vgl. *Dagtolglou*, Kollegialorgane, S. 37 f.

568 *Fleischer*, DB 2019, 472 (474); *Leuering/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14); *Lenz*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 37 Rn. 34.

569 Siehe S. 66 sowie *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 281, und *Semler*, FS Döllerer, 571 (586 f.).

570 Vgl. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167), Rn. 15; BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19.

571 *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (438); *Peters*, DStR 2020, 125 (126); *Wentz*, WuB 2019, 186 (189); *Thölke/Friedrichsen*, WPg 2019, 799 (800); *Leuering/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 911; *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (304); *W. Goette*, DStR 1998, 1308 (1309); *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (71); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 133; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 164 f., 338; *Abeltshauser*, Leitungshaftung, S. 214 f.; aus Praxis *Kremer*, DJT 2014 – Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, S. N 33; vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 121.

572 Siehe S. 140-142.

muss erst recht im Falle eigennütziger Ausübung der Organisationsbefugnisse gelten, sodass auch keine falschen Handlungsanreize gesetzt werden.

II. Mehrheitserfordernisse

Nach allgemeiner Meinung bedarf der Beschluss der Geschäftsführer über die Ressortverteilung der Einstimmigkeit,⁵⁷³ auch wenn die Gesellschafter im Übrigen das Mehrheitsprinzip eingeführt haben.⁵⁷⁴ Teilweise wird § 77 Abs. 2 S. 3 AktG als normative Stütze herangezogen.⁵⁷⁵

Der BGH hat diese Ansicht in seinem Weltruf-Urteil bestätigt und hervorgehoben, dass eine "ordnungsgemäße Erledigung von Geschäftsführungsaufgaben durch einen Mitgeschäftsführer [...] nur dann gewährleistet [ist], wenn die Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung von allen Geschäftsführern einvernehmlich mitgetragen wird"⁵⁷⁶. Auf eine direkte oder entsprechende aktienrechtliche Anknüpfung hat der zweite Zivilsenat konsequenterweise zugunsten einer weiten Formulierung verzichtet, um gerade auch die von ihm für zulässig erklärte, faktische oder stillschweigende Aufgabenteilung, bei der es keinen ausdrücklichen Beschluss der Geschäftsführer, geschweige denn eine Geschäftsordnung geben kann, zu erfassen.

Dem Erfordernis des Einvernehmens ist im Grundsatz zuzustimmen. Ansonsten könnte die Geschäftsführermehrheit der Minderheit beispielsweise gegen ihren Willen Geschäftsbereiche zuweisen oder entziehen und

573 Buck-Heeb, BB 2019, 584 (586); Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13 (14); Kleindiek, FS Kayser, 435 (442); Baukelmann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 42; a.A. H.-J. Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 122; wohl auch van Venrooy, GmbHR 1999, 685 (686, 691), der die Verteilung als gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme ansieht und von einer analogen Anwendung der §§ 28, 32 Abs. 1 S. 3 BGB auf die GmbH ausgeht.

574 Peters, GmbHR 2008, 682 (683).

575 Ohne Unterscheidung Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 101; Ziemons, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 327, die sich jedoch – wohl versehentlich – auf § 77 Abs. 1 AktG beruft; ausdrücklich nur für die Regelung durch Geschäftsordnung Uwe. H. Schneider, FS Mühl, 633 (648); Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 280 f.; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 16; Paefgen, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 196; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 37 Rn. 35; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 116.

576 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169), Rn. 21.

dadurch faktisch Machtungleichgewichte schaffen.⁵⁷⁷ Es führte das Kollegialprinzip ad absurdum, wenn einzelne Organmitglieder von sich aus unmittelbar die Mitwirkungsrechte und -pflichten ihrer Kollegen und damit gleichzeitig deren Gleichheit beschneiden könnten. Selbst wenn das Mehrheitsprinzip der Kollegialität näherliegen sollte, muss eine Entscheidung dieser Gewichtigkeit und Tragweite⁵⁷⁸ daher im Ausgangspunkt von sämtlichen Geschäftsführern gemeinsam getroffen werden. Das gilt auch im Falle eines Besetzungswechsels – unabhängig von der Frage des Fortbestandes etwaiger abstrakt-genereller Geschäftsordnungsregeln – jedenfalls für die Zuweisung eines Ressorts an das neue Mitglied des Kollegiums und damit einhergehende Anpassungen,⁵⁷⁹ genauso wie für jede sonstige Abweichung,⁵⁸⁰ Änderung oder Aufhebung⁵⁸¹ der Ressortzuständigkeiten.

Ausgenommen vom Einstimmigkeitsgrundsatz wird allerdings zu Recht der Fall, dass die Gesellschafter explizit eine abweichende Mehrheit vorgeben.⁵⁸² Auch können die Gesellschafter aufgrund ihrer weitgehenden Organisationsautonomie einen Geschäftsführer mit der Ressortbildung betrauen, weil es sich dabei um eine ungeschriebene Leitungsaufgabe handelt,⁵⁸³ die in der GmbH nicht dem Bereich der zwingenden Gesamtverantwortung unterfällt. Dem wird aus praktischer Sicht entgegengehalten, dass eine Uneinigkeit in Fragen der Arbeitsteilung die uneingeschränkte Gesamtverantwortung aufleben lassen könne, wenn das überstimmte Organmitglied die ihm aufgetragene Zuständigkeit nicht respektiere.⁵⁸⁴ Auch wenn diese Bedenken nicht gänzlich von der Hand zu weisen sind, so ließen sie sich in gleicher Weise gegen eine von den Gesellschaftern beschlossene Geschäftsverteilung vorbringen. Allein aus diesem Grund kann deren Befugnis zur Organisation der Geschäftsführung jedoch nicht

577 *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 196; zur aktienrechtlichen Bestimmung siehe die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Aktiengesetz und ein Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, BT-Drs. 4/171, 122.

578 Zu diesen Ausnahmekriterien *M. Schneider*, Beschlussfähigkeit, S. 137.

579 *Peters*, DStR 2020, 125 (126 f.); *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (444); *Thölke/Friedrichsen*, WPG 2019, 799 (802); vgl. zur AG *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (500 f.).

580 *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (702).

581 Zur AG *Dose*, Rechtsstellung, S. 125; *Boesebeck*, JW 1938, 2525 (2527); a.A. *Höhn*, Geschäftsleitung, S. 21 f., der die Einschaltung der Gesellschafter verlangt.

582 *Leuring/Dornhege*, NZG 2010, 13 (14); *E. Vetter*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 22 Rn. 47; für den Fall satzungsmäßiger Öffnung *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 101.

583 Siehe S. 121.

584 *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (586).

infrage gestellt werden. Hält sich ein Geschäftsführer nicht an die von den Gesellschaftern vorgegebenen Ressortzuständigkeiten, so kann jedenfalls seine Bestellung widerrufen und gegebenenfalls auch sein Anstellungsvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden.⁵⁸⁵ Entsprechendes muss zumindest auch dann gelten, wenn der Geschäftsführer die ihm „aufgedrängte“ organinterne Aufgabenteilung weiter missachtet, obwohl die Gesellschafter sie zwischenzeitlich gebilligt haben.

III. Gestaltungsgrenzen

Nach einer Ansicht ist die Kompetenz der Geschäftsführer, sich selbst Ressorts zuzuweisen, dahingehend begrenzt, dass sie sich keine Einzelgeschäftsführungsbefugnisse einräumen dürfen, wenn die Gesellschafter untätig geblieben sind.⁵⁸⁶ Diese Einschränkung im Vergleich zu den für den AG-Vorstand geltenden Regelungen des § 77 Abs. 1 S. 2 Hs. 1, Abs. 2 S. 1 AktG sei durch dessen Pflichtrecht zur eigenverantwortlichen Leitung gemäß § 76 Abs. 1 AktG gerechtfertigt.⁵⁸⁷ Es gelte nichts anderes als für die gesetzliche Gesamtvertretungsbefugnis, die ebenfalls nicht durch die Erteilung von „Generalmächtigungen“ umgangen werden könne.⁵⁸⁸

Die Gegenauffassung überlässt den Geschäftsführern hingegen die Abänderung der Geschäftsführungsbefugnisse im Rahmen der Vorgaben der Gesellschafter.⁵⁸⁹ Autonome Regelungen seien demnach nur unwirksam, wenn die Gesellschafter etwa explizit Einzel-⁵⁹⁰ oder Gesamtgeschäftsfüh-

585 Vgl. LG Berlin v. 10.11.2003 – 95 O 139/02, GmbHR 2004, 741 (742 f.), Rn. 30 f., 39 f.

586 So Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (645 f.); Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 117; Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 100; H.-J. Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 35 Rn. 106 f., § 43 Rn. 33; unklar Paefgen, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 174, 178-180, 195; vgl. zur KG OLG Stuttgart v. 25.2.2009 – 14 U 24/08, OLGR Stuttgart 2009, 829 (829 f.), Rn. 141, 151.

587 Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (646).

588 Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (646); zur Ressortermächtigung siehe Fn. 594.

589 Kleindiek, FS Kayser, 435 (436, 442); Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 37 Rn. 34; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 16; Baukelmann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 42; Wisskirchen/Kuhn, in: BeckOK, GmbHG, § 37 Rn. 42; Lenz, in: M/H/L/S, GmbHG, § 37 Rn. 30; Diekmann, in: MHdB GesR III, § 44 Rn. 86.

590 Zum Verein BGH v. 12.10.1992 – II ZR 208/91, BGHZ 119, 379 (382, 384), Rn. 9 f.

nung anordnen und die Geschäftsführer beispielsweise das Gegenteil beschließen.

Der BGH hat die Frage noch nicht ausdrücklich⁵⁹¹ endgültig entschieden.⁵⁹² Die Gesetzgebungsmaterialien zum GmbHG und das GmbHG selbst schweigen, wie bereits erwähnt, zur Geschäftsführungsbefugnis.

Eine Beschränkung der organinternen Regelungsbefugnisse auf die Zuweisung bloßer Hilfstätigkeiten wäre der Leitungsfunktion der Geschäftsführung höchst abträglich und umständlich.⁵⁹³ Beispielsweise müsste zu jeder Ausübung des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts nach § 611a Abs. 1 S. 2 BGB, § 106 GewO im eigenen Ressort die Zustimmung der Mitgeschäftsführer eingeholt werden. Eine flexible, den jeweiligen Leitungsbedingungen angepasste Geschäftsführungsorganisation wäre kaum möglich. Das ginge zulasten einer effizienten Arbeitsteilung.⁵⁹⁴

Weil die Ressortleiter in ihrem Bereich nur Vorbereitungs- oder Ausführungshandlungen vornehmen dürften und keinerlei eigenen Entscheidungskompetenzen hätten, liefe die erstgenannte Auffassung auf eine

591 Im Weltruf-Urteil tendierte der BGH wohl zur Gegenauffassung, vgl. S. 119-121.

592 Zwar ist in BGH v. 16.11.1987 – II ZR 92/87, NJW 1988, 1199 (1200), Rn. 9, von der Umwandlung von Gesamt- in Einzelgeschäftsführungsbefugnis die Rede, gemeint ist jedoch die Vertretungsmacht, vgl. *Uwe H. Schneider*, WuB II C. § 35 GmbHG 2.88; dasselbe gilt für das Urteil v. 8.5.1978 – II ZR 209/76, GmbHR 1979, 271 (272), Rn. 7, in dem der zweite Zivilsenat ebenfalls den Terminus der Einzelgeschäftsführungsbefugnis verwendet und auf die Entscheidung v. 19.6.1975 – II ZR 170/73, WM 1975, 790 (791), Rn. 23, verweist, in der es explizit um die Einzelvertretungsbefugnis geht; *Uwe H. Schneider*, FS Mühl, 633 (646), möchte das Urteil v. 8.5.1978 konsequenterweise nur entsprechend heranziehen; zutreffend ist wiederum die Formulierung in der Entscheidung des OLG München v. 19.9.2013 – 23 U 1003/13, GmbHR 2013, 1208 (1209), Rn. 16.

593 *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 18.

594 Siehe hierzu bereits S. 24 f.; zur Möglichkeit der Ermächtigung zur Vertretung (funktionaler) Geschäftsbereiche analog § 78 Abs. 4 S. 1 AktG („Ressortermächtigung“) überzeugend *Schwarz*, ZGR 2001, 744 (761 ff.); *ders.*, NZG 2001, 529 (530); *Frels*, ZHR 122 (1959), 173 (174 ff.); a.A. *Habersack/Foerster*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 78 Rn. 75; für die Zulässigkeit in der GmbH *Oetker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 35 GmbHG Rn. 64; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 35 Rn. 64; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 95; a.A. *Schaller*, EWiR 2014, 111 (112); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rn. 33; *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 35 Rn. 157; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 121; für Gesellschafter-Geschäftsführer offen gelassen von OLG München v. 19.9.2013 – 23 U 1003/13, GmbHR 2013, 1208 (1209 f.), Rn. 15-17.

uneingeschränkte Gesamtverantwortung hinaus.⁵⁹⁵ Eine Ressortverteilung der Geschäftsführer wäre gerade auch als Instrument ihrer Enthftung nahezu wirkungslos.

Den Geschäftsführern der GmbH fehlt im Gegensatz zum Vorstand der AG die Leitungssouveränität. Das betrifft jedoch in erster Linie das Verhältnis zu den Gesellschaftern und äußert sich in deren Recht, weitgehend Einfluss auf die Unternehmensleitung zu nehmen, sowie den Vorlagepflichten der Geschäftsführung. Es existieren jedoch, was die Reichweite der Regelungskompetenzen im Hinblick auf organinterne Entscheidungsmechanismen angeht, keine Wesensunterschiede zum Vorstand. Gerade wenn sich die Gesellschafter der Ausübung ihrer Befugnisse weitgehend enthalten, nähert sich die Stellung der Geschäftsführung der des Vorstands an.

Auch der Vergleich mit der Gesamtvertretung, deren Änderung gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GmbHG zumindest einer Satzungsgrundlage bedarf, vermag aus systematischen und teleologischen Gründen nicht zu überzeugen. Die grundsätzliche Gesamtvertretungsbefugnis soll in erster Linie die Gesellschafter vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht durch einzelne Geschäftsführer schützen.⁵⁹⁶ Sie hat demnach Präventiv- und Kontrollfunktion, gerade mit Blick auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht im Außenverhältnis gemäß § 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Denn ein einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer kann im Grundsatz auch gegen den ausdrücklichen Widerspruch seiner Kollegen nachteilige Geschäfte im Namen der Gesellschaft abschließen. Die Einzelgeschäftsführungsbefugnis, gerade die auf einen bestimmten Geschäftsbereich beschränkte, unterscheidet sich hiervon qualitativ und birgt weit weniger Missbrauchspotenzial. Sie ändert zunächst nichts an der Vertretungsbefugnis. Im Außenverhältnis müssen nach wie vor sämtliche Geschäftsführer gemeinsam handeln, sodass insoweit spätestens im Zuge der Ausführung der Einzelentscheidung eine Kontrolle des Ressortleiters stattfindet. Im Innenverhältnis sorgen dagegen der Grundsatz der Gesamtverantwortung und das Rückholrecht⁵⁹⁷ eines jeden Mitgeschäftsführers für eine hinreichende gegenseitige Kontrolle. Der Unterschied zwischen Einzel- und Gesamtge-

595 *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13; *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1210); *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 37 Rn. 18.

596 BGH v. 25.11.1985 – II ZR 115/85, NJW-RR 1986, 778, Rn. 15; v. 19.6.1975 – II ZR 170/73, WM 1975, 790 (791), Rn. 23; v. 12.12.1960 – II ZR 255/59, BGHZ 34, 27 (30), Rn. 18; OLG München v. 19.9.2013 – 23 U 1003/13, GmbHR 2013, 1208 (1209), Rn. 16.

597 Siehe S. 222 ff.

schaftsführungsbefugnis ist daher bei Lichte betrachtet lediglich gradueller Natur.⁵⁹⁸ Schließlich schützt auch das Erfordernis des Einvernehmens der Geschäftsführer in Fragen der Geschäftsverteilung vor eine Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen an ungeeignete Organmitglieder. Jedenfalls die Verteilung ressortbezogener Einzelgeschäftsführungsbefugnisse durch die Geschäftsführer ist daher auch im GmbH-Recht zulässig. Damit sind sie selbst in die Lage versetzt, die Geschäftsverteilung zur wirksamen Begrenzung ihrer Haftung zu nutzen.

C. Ergebnis

Sowohl die Gesellschafter als auch die Geschäftsführer sehen sich bei der Implementierung einer Arbeitsteilung keinen unüberwindbaren Hindernissen gegenüber.

Kraft ihrer Personalkompetenz sind primär die Gesellschafter zur Organisation der Geschäftsführung befugt. Sie dürfen die Geschäftsverteilung durch Satzung oder flexibler und deutlich praxistauglicher durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit in Form einer Geschäftsordnung, eines einfachen Verteilungsplans oder einer Einzelweisung vornehmen. Die Zusicherung eines bestimmten Aufgabenbereichs im Anstellungsvertrag hat lediglich schuldrechtliche Wirkung. In der Regel wird jedoch der dem Vertragsschluss vorgelagerte Gesellschafterbeschluss über Inhalt und Umfang des Vertragswerks die korporationsrechtlich wirksame Verteilung beinhalten.

Eine verantwortungsausschließende Ressortverteilung muss aufgrund ihrer, einem antizipierten Haftungsausschluss gleichkommenden, Wirkung zwingend auf dem Willen der Gesellschafter beruhen. Darüber hinaus sind die Anforderungen jedoch die gleichen wie bei der verantwortungsmodifizierenden Delegation. Eine Satzungsgrundlage ist nicht erforderlich, weil die Geschäftsführer durch eine verantwortungsausschließende Ressortverteilung nicht von der Überwachung der Einhaltung (mittelbar) drittschützender Normen befreit werden können und Publizitätserwägungen damit keine Rolle spielen. Angesichts der Treuepflicht sowie des § 47 Abs. 4 GmbHG und der fortbestehenden Haftung des Ressortleiters ist der Minderheitenschutz durch einen mehrheitlich gefassten Gesellschafterbeschluss hinreichend gewahrt.

598 OLG Stuttgart v. 25.2.2009 – 14 U 24/08, OLGR Stuttgart 2009, 829 (832), Rn. 174; Schäfer, in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, § 115 Rn. 28, m.w.N.

Die mehrköpfige Geschäftsführung ist auch ohne Ermächtigung der Gesellschafter kraft ihres Selbstorganisationsrechts als Kollegialorgan nicht nur berechtigt, sondern unter Umständen in haftungsbewehrter Weise verpflichtet, sich eine Ressortverteilung zu geben. Eine solche Aufgabenteilung muss – wie jede organinterne Änderung oder Neuzuweisung der Ressorts – von sämtlichen Geschäftsführern einvernehmlich mitgetragen werden, sofern die Gesellschafter nichts Abweichendes regeln. Das kann die Durchsetzung einer Haftungsbegrenzung im Einzelfall erschweren. Eine Gestaltungsgrenze, wonach sich die Geschäftsführer keine Einzelgeschäftsführungsbefugnisse einräumen dürfen, besteht allerdings nicht, sodass eine organinterne Arbeitsteilung als Enthaltungsinstrument gleich wirkungsvoll ist wie eine verantwortungsmodifizierende Aufgabenzuweisung durch die Gesellschafter.

§ 9 Ungeschriebene inhaltliche Anforderungen

Entscheidend für die Praktikabilität einer Enthaltung durch Ressortverteilung ist, von welchen ungeschriebenen inhaltlichen Vorgaben ihre entlastende Wirkung abhängt. Je höher diese angesetzt werden und je komplizierter sie sind, desto potenziell unverhältnismäßiger ist der zur Einführung einer Arbeitsteilung aufzubringende Aufwand und desto unwahrscheinlicher deren wirksame Implementierung und Durchführbarkeit.

Da es nur wenige explizite Regelungen⁵⁹⁹ zur inhaltlichen Konzeption der Geschäftsverteilung gibt, wurden bereits mehrere ungeschriebene Tatbestandsmerkmale entwickelt,⁶⁰⁰ die der BGH in seiner Weltruf-Entscheidung teilweise bestätigt und im Übrigen ergänzt hat.⁶⁰¹ Es ist zu prüfen, ob und woraus sich diese Kriterien im Einzelnen herleiten lassen. Hierauf aufbauend kann dann gegebenenfalls ihr spezifischer Gehalt bestimmt werden, bevor auf die Folgen⁶⁰² ihrer Missachtung eingegangen wird.

599 Siehe S. 31, 38.

600 Grundlegend *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484 f.).

601 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167 f.), Rn. 17.

602 Siehe S. 175 ff.

A. Sachbezogene Voraussetzungen

I. Klarheit und Eindeutigkeit der Abgrenzung

1. Meinungsspektrum

In Übereinstimmung mit der Finanzgerichtsbarkeit⁶⁰³ und der überwiegenden Ansicht in der Literatur⁶⁰⁴ hat der BGH in seinem Weltruf-Urteil entschieden, dass grundlegende Voraussetzung einer wirksamen Ressortverteilung eine klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben sei, sodass „weder Zweifel über die Abgrenzung einzelner Aufgaben entstehen noch über die Person des für die Erledigung Verantwortlichen“⁶⁰⁵. Denn eine Pflichtenmodifikation sei nur anzuerkennen, wenn die „Ressortaufteilung das Vertrauen darauf rechtfertig[e], dass jede Geschäftsführungsaufgabe einem Geschäftsführer zugeordnet“⁶⁰⁶ sei. Im entschiedenen Fall war einem Geschäftsführer der kreative Bereich einer TV-Produktion zugeteilt, während sein Kollege sich um das Kaufmännische kümmern sollte.⁶⁰⁷ Dem BGH war das prinzipiell klar und eindeutig genug.⁶⁰⁸ Vereinzelt wird das Merkmal der Klarheit und Eindeutigkeit in Zweifel gezogen, weil der Inhalt der Geschäftsverteilung durch Auslegung zu ermitteln sei.⁶⁰⁹ In der Tat scheint die Forderung des zweiten Zivilsenats auf den ersten Blick unvereinbar mit seiner gleichzeitigen Anerkennung einer impliziten Aufgabenverteilung.

603 BFH v. 27.5.2009 – VII B 231/08, BeckRS 2009, 25015408, Rn. 7; v. 31.10.2005 – VII B 57/05, GmbHR 2006, 274, Rn. 12; v. 21.10.2003 – VII B 353/02, BFH/NV 2004, 157, Rn. 5; v. 13.3.2003 – VII R 46/02, BStBl. II 2003, 556 (559 f.), Rn. 31; v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NZG 1998, 861 (862), Rn. 20; v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 14, 16; v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 17 f.; v. 4.3.1986 – VII S 33/85, BStBl. II 1986, 384 (385), Rn. 11; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19.

604 Harbarth, ZGR 2017, 211 (215); Uwe H. Schneider, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484); Heisse, Geschäftsführerhaftung, S. 86; zur AG Rehm, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 209; Martens, FS Fleck, 191 (206); zum Verein Heermann, FS Röhrich, 1191 (1199).

605 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169), Rn. 20.

606 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169), Rn. 20.

607 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (164), Rn. 8.

608 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 28.

609 Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 104.

2. Herleitung

Dass der zweite Zivilsenat im Zusammenhang mit dem Eindeutigkeitsanfordernis der Ressortverteilung den Vertrauensbegriff fallen lässt, verwundert nicht. Soweit die Zuständigkeiten durch die Geschäftsverteilung missverständlich oder zweideutig geregelt sind, können die Geschäftsführer gar nicht erst davon ausgehen und deshalb auch nicht darauf vertrauen, dass ein Kollege ihren Beitrag zur Erfüllung der gemeinsamen Verantwortung leistet, dieser Anteil also nicht von ihnen persönlich erbracht zu werden braucht. Eine Modifikation des Pflichtengefüges findet in diesen Fällen nicht statt.⁶¹⁰ Richtigerweise kann die Berechtigung des Klarheits- und Eindeutigkeitsanfordernisses an sich daher nicht ernsthaft bezweifelt werden.

3. Reichweite

Fraglich kann allein sein, was das Kriterium inhaltlich bedeutet. Nach enger Lesart darf es, um Verantwortungslosigkeit, eine vage Pflichtenlage und gegenseitige Schuldzuweisungen zu vermeiden, keinerlei Überschneidungen zwischen den Ressorts oder Mehrfachzuweisungen geben.⁶¹¹ Dem stehen allerdings bereits praktische Bedenken entgegen, weil es Pflichten gibt, die sich kaum in Gänze auf einzelne Ressorts beschränken lassen.⁶¹² Auch sonst fällt es nicht schwer, einen mehr oder weniger konsistenten Zusammenhang zwischen mehreren Geschäftsbereichen zu konstruieren, etwa zwischen künstlerischen und kaufmännischen, wie sie der Weltruf-Entscheidung zugrunde lagen. Wäre in diesen Fällen ohne Weiteres ein „einheitlicher Arbeitsvorgang“ anzunehmen, hätte das eine pauschale Einstandshaftung zur Folge. Überdies können im Zeitpunkt der Geschäftsverteilungsvereinbarung nicht sämtliche potenziellen Überschneidungsfallgestaltungen vorausgesehen werden, auch weil das Pflichtengefüge der Geschäftsführer stetem Wandel unterzogen ist. Bisweilen sind Überschneidungen und Mehrfachzuweisungen, wie im Falle von Ausschüssen, die ihrerseits wiederum in Ressorts unterteilt werden können, sogar beabsich-

610 Siehe S. 102.

611 Zur Geschäftsordnung des Vorstands *Linnertz*, Delegation, S. 199 f.; wohl auch *Martens*, FS Fleck, 191 (206).

612 Zu umwelt- beziehungsweise immissionsschutzrechtlichen Pflichten *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 63.

tigt und dabei funktional.⁶¹³ Wenn Zuständigkeitsdopplungen aufgrund der oben beschriebenen Nachteile per se unzulässig wären, dann müsste es ebenso der Normalfall der Gesamtzuständigkeit sein. Auch Kollegialentscheidungen sind kein Garant für verantwortungsbewusstes Geschäftsführerverhalten.⁶¹⁴ Mit den eingangs genannten Bedenken sind damit zwar potenzielle Haftungsfälle aufgrund teilweise fortbestehender Gesamtzuständigkeit und -verantwortung angesprochen,⁶¹⁵ aber keine durchgreifenden Argumente für ein enges Verständnis des Eindeutigkeitskriteriums als Überschneidungsverbot.

Da Gesellschafter- und Geschäftsführerbeschlüsse (gegebenenfalls mehrseitige) Rechtsgeschäfte (eigener Art) sind und durch empfangsbedürftige Willenserklärungen der Beschließenden zustande kommen,⁶¹⁶ sind sie entsprechend den §§ 133, 157 BGB einer (objektiven) Auslegung zugänglich.⁶¹⁷ Demnach kann das Eindeutigkeitserfordernis nur bedeuten, dass

613 *Leuring*, FS Seibert, 543 (545); *Hoffmann-Becking*, NZG 2021, 93 (95); das „Ressort im Ressort“ funktioniert gleich und unterliegt denselben Organisationsgrenzen wie die erste Ressortebene, vgl. zur AG *ders.*, ZGR 1998, 497 (509 f.); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (78).

614 Siehe zur empirischen Haltbarkeit entsprechender Annahmen bereits Fn. 188 a.E.

615 So auch *Nietsch*, ZHR 184 (2020), 60 (91); *Fleischer*, DB 2019, 472 (476); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (485); *Martens*, FS Fleck, 191 (206 Fn. 37); *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 238 f.; *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (307 f.); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 183; zu Überschneidungen in Konzern- und Matrixstrukturen *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (519); vgl. auch *Krieger*, RWS-Forum 8, 149 (156); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (71).

616 Zum Beschluss der Gesellschafter BGH v. 24.7.2012 – II ZR 185/10, ZIP 2013, 366 (367), Rn. 3; v. 29.5.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163 (173), Rn. 34; OLG München v. 5.10.2010 – 31 Wx 140/10, GmbHR 2011, 91 (92), Rn. 7 f.; *Busche*, FS Sacker, 45 (47, 49 f., 52); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 47 Rn. 1 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rn. 4, 7 f.; *Drescher*, in: MüKo, GmbHG, § 47 Rn. 8, 35; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 179; *Zöllner*, FS Lutter, 821 (821 f.); a.A. hinsichtlich des Rechtsgeschäftscharakters *Altmeyen*, GmbHR 2018, 225 (228); *ders.*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 47 Rn. 3; a.A. hinsichtlich der Charakterisierung der Stimmabgabe als Willenserklärung *Bühler*, DNotZ 1983, 588 (591 f.); zum AG-Vorstand *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 77 Rn. 7; *Kort*, in: Hirte/Mülberr/Roth, AktG, § 77 Rn. 13; *Seibt*, in: Schmidt, K./Lutter, AktG, § 77 Rn. 9.

617 Ähnl. *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 104; v. *d. Linden*, NJW 2019, 1039 (1040); *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (16); vgl. auch *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (485); *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 86; allg. zur Auslegung von Gesellschafterbeschlüssen BGH v. 23.1.2018 – II ZR 73/16, BeckRS 2018, 9324, Rn. 20; *Busche*, FS Sacker, 45 (53 ff.); *Drescher*, in: MüKo, GmbHG, § 47 Rn. 10a.

die Ressortverteilung so beschaffen sein muss, dass sie im Einzelfall zu klaren Auslegungsergebnissen hinsichtlich der delegierten Pflichten und Zuständigkeiten führt. Die infrage stehende Aufgabe muss hiernach abgrenzbar sein und sich einem oder mehreren Geschäftsbereichen zuordnen lassen können. Das entspricht der oben wiedergegebenen Formulierung des zweiten Zivilsenats. Der scheinbare Widerspruch zwischen den eingangs angeführten Meinungen lässt sich auf diese Weise auflösen.⁶¹⁸ Für die Zuordnung einer Aufgabe zu einem bestimmten Geschäftsbereich ist demnach grundsätzlich zunächst der objektive Sinnbezug maßgeblich und wo dieser schwerpunktmäßig zu verorten ist. Beispielsweise ist die Sorge für die Einhaltung lebensmittelrechtlicher Vorschriften bei der Herstellung von Backwaren in erster Linie dem Produktionsleiter der Bäckerei und nicht dem Vertriebsleiter zuzuordnen.⁶¹⁹

Anders als es nach der Rechtsprechung der Finanzgerichte den Anschein macht, dürfte das Kriterium der Eindeutigkeit bei einer stillschweigenden Aufgabenteilung für gewöhnlich sogar leichter zu wahren sein, weil hier nur die Übertragung ganz konkreter (wiederholter) Tätigkeiten in Betracht kommt.⁶²⁰ Ansonsten kann die genaue Beschreibung der delegierten Aufgaben die Auslegung aber entscheidend erleichtern. Darüber, welche Aufgaben(-bestandteile) zum „Vertrieb“, zur „Produktion“ oder zum „kaufmännischen Bereich“ gehören, kann es nämlich je nach Unternehmen zu Meinungsverschiedenheiten und Ungewissheiten kommen.⁶²¹

II. Sachgerechtigkeit

1. Meinungsspektrum

Ein wenig abseits, in den Zurückweisungsgründen des Weltruf-Urteils, rügte der zweite Zivilsenat des BGH, die Vorinstanz habe nicht festgestellt, ob die Ressortverteilung unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse der Gesellschaft sachgerecht gewesen sei, so dass der Beklagte überhaupt auf eine ordnungsgemäße Erledigung praktisch aller wesentli-

618 Hoffmann-Becking, NZG 2021, 93 (94 f.); v. d. Linden, NJW 2019, 1039 (1040); Backhaus, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

619 AG Tübingen v. 29.1.2019 – 16 Owi 16 Js 20968/18, BeckRS 2019, 26979, Rn. 38-40.

620 Siehe S. 172 f.; das gilt erst recht für die konkludente Arbeitsteilung.

621 Vgl. Höhn, Geschäftsleitung, S. 33 ff.

chen Geschäftsführungsaufgaben durch seinen Kollegen habe vertrauen dürfen.⁶²² Er bezweifelte mithin, ob die objektive Ressortkonstitution, also der sachliche Aufgabenzuschnitt und nicht die personelle Komponente der Besetzung, angemessen war. Es verwundert auf den ersten Blick, dass der BGH das Merkmal der Sachgerechtigkeit, obwohl er es offensichtlich als Wirksamkeitserfordernis der Aufgabenzuweisung begreift, nicht in die Leitformel des Urteils mitaufgenommen hat. Am ehesten lässt es sich dort wohl aus den Begriffen „vollständige [...] und [...] sicherstellt“⁶²³ herauslesen.⁶²⁴ Vereinzelt war das Kriterium bereits zuvor mehr oder weniger deutlich auch in der Literatur angeklungen.⁶²⁵ Was der Beklagte im Weltruf-Fall diesbezüglich hätte weiter vortragen sollen, ließ der BGH offen.⁶²⁶

2. Herleitung

Auch das Merkmal der Sachgerechtigkeit hat der zweite Zivilsenat zu Recht auf Vertrauensschutzwägungen gestützt.⁶²⁷ Wie bereits beim Merkmal der eindeutigen Trennung der Verantwortungsbereiche ist das einleuchtend. Ob der sekundärpflichtige Geschäftsführer seinen Sorgfaltspflichten nachkommt, indem er sich auf die Aufgabenerledigung durch den primär verantwortlichen Kollegen verlässt, ist auch maßgeblich davon beeinflusst, wie dessen Ressort fachlich zugeschnitten ist.

3. Reichweite

Wie bereits angemerkt, geht es bei der Sachgerechtigkeit im Kern um die Frage des quantitativ und qualitativ sachgemäßen Ressortzuschnitts ohne Ansehen der Person des Ressortleiters. Dabei ist der Maßstab bereits deshalb objektiv zu wählen, weil Besetzungswechsel denkbar sind.

622 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 28.

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

624 Ähnl. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

625 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 21; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 379; zur AG *E. Vetter*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 22 Rn. 38; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, § 77 Rn. 41; *Turiaux/Knigge*, DB 2004, 2199 (2202); *Frels*, ZHR 122 (1959), 8 (31); *Boesebeck*, JW 1938, 2525 (2527).

626 Krit. *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (517).

627 Siehe S. 108.

Bedenklich sind zunächst Fälle, in denen auf ein Ressort zu viele Kompetenzen vereint werden. Paradebeispiel für einen Verstoß dürfte daher der Fall sein, dass ein Geschäftsbereich derart mit Zuständigkeiten überhäuft wird, dass die schiere Aufgabenlast nicht mehr durch einen Geschäftsführer zu bewältigen ist. Wird das Ressort in einer solchen Konstellation nicht mehrfach besetzt, kann nicht darauf vertraut werden, dass die dort kumulierten Geschäftsführungsaufgaben ordnungsgemäß erledigt werden. Entscheidend für die Frage der quantitativen Überlastung ist dabei, ob unter gewöhnlichen Umständen erwartet werden kann, dass die Ressortleitung aufgrund ihrer Einflussmöglichkeiten sowie zeitlichen, personellen, sachlichen und informationellen⁶²⁸ Ressourcen in der Lage ist, die Erledigung jeder übertragenen Aufgabe zumindest persönlich zu steuern und zu kontrollieren.

Die qualitative Sachgerechtigkeit verbietet dagegen etwa, dass eine Zuständigkeit in zeitlich inadäquaten Abständen wechselt.⁶²⁹ Weiter dürfen widerstreitende Interessen nicht in einem Ressort zusammengefasst werden. Auch hierdurch kann das Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Erledigung von Aufgaben im Geschäftsbereich erschüttert werden. Besonders augenfällig wird das dort, wo Kontrollfunktionen (zum Beispiel Interne Revision und Controlling) zusammengelegt oder mit der zu kontrollierenden operativen Tätigkeit verbunden werden.⁶³⁰ Dem Ressort für Qualitätskontrolle dürfen daher nicht gleichzeitig die entsprechenden Forschungs-, Entwicklungs- und Produktionsbereiche zugeordnet werden.

Dass sich bei der nachträglichen Bewertung der Erkennbarkeit der Sachwidrigkeit, insbesondere der quantitativen, sogenannte Rückschaufehler einschleichen können, ist nicht zu leugnen.⁶³¹ Das Risiko solcher kognitiven Verzerrungen wird jedoch dadurch gemindert, dass der Ressortzuschnitt im Wesentlichen eine Ermessensentscheidung ist und dieser Spielraum bei der Prüfung der Geschäftsführerhaftung zu berücksichtigen ist.⁶³² Der BGH bemängelte in der Weltruf-Entscheidung, wie eingangs erwähnt, dass die Berufungsinstanz keine Feststellungen zur Angemessenheit der Ressortverteilung getroffen hatte. Angesichts der auf den ersten Blick einseitigen Kumulation kaufmännischer Zuständigkeiten bei einem

628 Harbarth, ZGR 2017, 211 (229); Linnertz, Delegation, S. 242.

629 Ch. A. Weber, ZGR 2020, 688 (700 f.).

630 Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, S. 382, m.w.N.; Götz, AG 1995, 337 (338).

631 Backhaus, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

632 Siehe zur Business Judgment Rule statt aller Fleischer, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 67, m.w.N.

Geschäftsführer hatte er wohl Bedenken, ob die inhaltliche Gewichtung der Ressorts im konkreten Fall noch vertretbar war, womit die quantitative Sachgerechtigkeit des Ressortzuschnitts angesprochen ist. Hieraus lässt sich jedoch keine allgemeingültige Regel zur konkreten Behauptungs- beziehungsweise Substantiierungslast⁶³³ ableiten. Sofern sich keine Zweifel aufdrängen oder die Gegenseite sie nicht bestreitet, ist daher nicht zu verlangen, dass der Geschäftsführer von sich aus nähere Einzelheiten zur Sachgerechtigkeit vorträgt.

III. Teilbarkeit

In der Literatur findet sich bisweilen der Hinweis, der delegierte Geschäftsbereich müsse einer Aufgabenteilung zugänglich sein.⁶³⁴ Im Leitsatz der Weltruf-Entscheidung, der als Vademecum zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Ressortverteilung gelten kann, statuierte der BGH in ähnlicher Weise, dass die Aufgabenzuweisung „die Zuständigkeit des Gesamtorgans insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung wahr[en]“⁶³⁵ müsse. Die Formulierung ist nicht ganz glücklich, weil es zum einen kaum undelegierbare Aufgaben gibt und zum anderen keine Kompetenzen existieren, für die der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung darüber hinaus gewahrt werden muss (vgl. aber „insbesondere“).⁶³⁶ Was der BGH tatsächlich im Sinn hatte, wird an anderer Stelle deutlich. Denn der zweite Zivilsenat wiederholte die Aussage zwei Randnummern später, wobei er den Begriff der Zuständigkeit durch den der Gesamtverantwortung ersetzte.⁶³⁷ Gemeint ist also, die Verteilung der Aufgaben dürfe nicht den Anschein erwecken, die Geschäftsführer könnten von ihrer Gesamtverantwortung, gerade und insbesondere für die „nicht delegierbaren“ Aufgaben, befreit werden. Gleichwohl ist das nach den Ergebnissen des 2. Teils insofern unzutreffend, als dass die Gesellschafter richtigerweise dazu befugt sind, sie in begrenztem Maß von der Gesamtverantwortung zu befreien.⁶³⁸ Des Weiteren ist es selbstverständlich,

633 Zum Begriff *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 9 Rn. 60.

634 Verse, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 125; Uwe H. Schneider, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484); Sina, GmbHR 1990, 65 (66).

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

636 Siehe S. 70 ff.

637 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169), Rn. 19.

638 Siehe S. 82 ff.

dass nicht delegierbare Verantwortung nicht delegiert werden kann. Insofern ist die Feststellung des BGH richtigerweise weniger als Voraussetzung, denn als Schranke der Geschäftsverteilung zu begreifen.⁶³⁹

IV. Vollständigkeit

Im Weltruf-Urteil stellte der BGH fest, dass eine wirksame Ressortverteilung die vollständige Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben gewährleisten müsse.⁶⁴⁰ Der Sinngehalt dieser Aussage wurde in den Entscheidungsgründen nicht klar erläutert.⁶⁴¹ Im Anschluss ist die „Vollständigkeit“ vereinzelt als eigenständige Voraussetzung einer wirksamen Ressortverteilung gewertet worden.⁶⁴² Zwar führte der zweite Zivilsenat in den Zurückweisungsgründen weiter aus, den Feststellungen der Berufungsinstanz lasse sich nicht entnehmen, ob die Geschäftsverteilung sachgerecht gewesen sei, sodass der Beklagte auf die ordnungsgemäße Erfüllung praktisch aller wesentlichen Geschäftsführungsaufgaben durch seinen Kollegen habe vertrauen dürfen.⁶⁴³ Damit ist wie zuvor erläutert allerdings die quantitative Sachgerechtigkeit des Ressortzuschnitts gemeint. Ein eigenständiges Vollständigkeitskriterium gibt es dagegen nicht.⁶⁴⁴ Denn es ist keine sinnvolle selbstständige Bedeutung einer solchen Voraussetzung denkbar.

Der Zusammenhang von „vollständig“ und „Wahrnehmung“ im Leitsatz schließt die, bereits aus Praxisgründen fernliegende, Deutung⁶⁴⁵ aus, dass sämtliche erdenklichen Aufgaben übertragen werden müssen, damit die Ressortverteilung wirksam wird.⁶⁴⁶ Für die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes kann es nicht maßgeblich sein, ob die Aufgaben in toto delegiert werden. Die Gesamtzuständigkeit für bestimmte Kompetenzen

639 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 209; vgl. auch *Fleischer*, NZG 2003, 449 (453).

640 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167-169), Rn. 17, 20.

641 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

642 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

643 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 28.

644 A.A. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

645 I.E. aber ebenfalls abl. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

646 Unklar BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19; *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209 (211); *Peters*, DStR 2020, 125 (127).

kann gerade beabsichtigt sein.⁶⁴⁷ Auch sind Zuständigkeitslücken ausgeschlossen. Denn ergibt die Auslegung der Aufteilung, dass eine Aufgabe nicht zugewiesen wurde, ist sie gemeinschaftlich zu erledigen.⁶⁴⁸

Aus denselben Gründen kann das Kriterium auch nicht dahingehend verstanden werden, dass es unteilbare Aufgaben gibt, die in corpore übertragen werden müssen, zumal es kaum möglich wäre, diese abschließend zu definieren. Zwar liegt es nahe, dass derjenige, der dafür zuständig erklärt wird, die Lohnsteuer anzumelden, sie auch abführt. Zwingend ist diese Verbindung jedoch nicht.

Wenn die Vollständigkeit damit nicht die Gesamtheit der Geschäftsführungszuständigkeiten oder die Unteilbarkeit von Kompetenzen meint, bleibt als Bezugsobjekt damit letztlich nur die Wahrnehmung der einzelnen Aufgabe.⁶⁴⁹ Dabei liegt es auf der Hand, dass die Geschäftsführer sich nicht auf die Überwachung von Aufgaben beschränken dürfen, von deren erfolgreichen Übertragung sie überhaupt nicht ausgehen können. Deshalb muss bei der Verteilung darauf geachtet werden, dass sich Soll- und Istzustand der delegierten Zuständigkeiten quantitativ entsprechen. Das ist jedoch kein eigenständiges Wirksamkeitskriterium. Denn wenn die Urheber der Ressortverteilung die Übertragung einer Aufgabe vergessen, ist sie dennoch wirksam. Es greift dann insoweit der Grundsatz der Gesamtzuständigkeit und die uneingeschränkte Gesamtverantwortung. Gehen sie hingegen davon aus, die Aufgabe übertragen zu haben, ergibt sich das jedoch nicht rechtssicher aus der Vereinbarung, ist damit lediglich das Kriterium der Klarheit und Eindeutigkeit der Ressortverteilung angesprochen.⁶⁵⁰

B. Personenbezogene Voraussetzungen (Zuverlässigkeit)

I. Rechtsprechungs- und Literaturstand

Im Leitsatz der Weltruf-Entscheidung ist zu lesen, dass eine entlastende Ressortverteilung die Aufgabenwahrnehmung „durch hierfür fachlich und

647 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; *Thölke/Friedrichsen*, WPg 2019, 799 (800 f.).

648 AG Tübingen v. 29.1.2019 – 16 Owi 16 Js 20968/18, BeckRS 2019, 26979, Rn. 41.

649 *Hoffmann-Becking*, NZG 2021, 93 (95); *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; *Thölke/Friedrichsen*, WPg 2019, 799 (801).

650 Implizit *Nietsch*, ZHR 184 (2020), 60 (91).

persönlich geeignete Personen sicherstell[en]⁶⁵¹ müsse. Dieser personenbezogenen Eigenschaften habe sich jeder Geschäftsführer bei der Aufgabenverteilung (aktiv) zu vergewissern.⁶⁵² Auch weil das Berufungsurteil diesbezüglich lückenhaft war, verwies der BGH die Sache zurück.⁶⁵³ Die theoretischen Grundsteine der personalen Ressortleiterkriterien lassen sich in der Literatur⁶⁵⁴ und andeutungsweise auch in der Rechtsprechung⁶⁵⁵ finden. Im Übrigen sind die Zuverlässigkeitskriterien des zweiten Zivilsenats auf breite Zustimmung getroffen.⁶⁵⁶

II. Herleitung

Das Vertrauendürfen im Rahmen der Aufgabenzuweisung auf Geschäftsführungsebene wird zwangsläufig von personellen Faktoren beeinflusst und setzt die Verlässlichkeit des Übernehmenden voraus.⁶⁵⁷ Es wäre in sich widersprüchlich, wenn der Übertragende seine Residualverantwortung wahren könnte, indem er die Erfüllung der Primärpflicht einer ungeeigneten Person überlässt.⁶⁵⁸ Es nimmt daher nicht wunder, dass die personenbezogenen Anforderungen an die Aufgabenteilung auf Geschäftsführungsebene ebenfalls auf den Vertrauensgrundsatz zu stützen sind.⁶⁵⁹

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

652 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (169 f., 173), Rn. 21, 29.

653 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 29.

654 Uwe H. Schneider, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484); Voß, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 18; Sina, GmbHR 1990, 65 (66); zur AG auch Fleischer, NZG 2003, 449 (453).

655 RG v. 18.10.1917 – VI 143/17, RGZ 91, 72 (77); BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778 f.), Rn. 20, 24; BGH v. 26.6.1995 – II ZR 109/94, GmbHR 1995, 653 (654), Rn. 11.

656 Verse, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 124; Kleindiek, FS Kayser, 435 (444 f.); Buck-Heeb, BB 2019, 584 (586); Hülsmann, GmbHR 2019, 209 (210 f.); Peitsmeyer/Klesse, NZG 2019, 501; Ziemons/Pöschke, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 216; Backhaus, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

657 Siehe S. 103 f.

658 Buck-Heeb, BB 2019, 584 (586).

659 Buck-Heeb, BB 2019, 584 (586); Backhaus, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; Rehm, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 207 f.; Abeltshauser, Leitungshaftung, S. 135 f.; vgl. BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (173), Rn. 29; BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 20; RG v. 18.10.1917 – VI 143/17, RGZ 91, 72 (77); zur AG BGH v. 20.10.1954 – II ZR 280/53, BGHZ 15, 71 (78); zur entsprechenden Rechtslage bei der Enthaltung von Organmitgliedern durch Einholung professionellen (Rechts-)Rats siehe die

III. Reichweite

Die Zuverlässigkeitsanforderungen stehen sinnvollerweise in Wechselbeziehung mit den im Einzelnen übertragenen Kompetenzen. Sie müssen daher diejenigen Eigenschaften umfassen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung der jeweiligen Aufgaben (persönlich oder durch nachgeordnete Mitarbeiter)⁶⁶⁰ voraussetzen sind. Das können in unterschiedlicher Gewichtung fachliche Fähigkeiten und Leistungen sowie sonstige für die Besetzung relevanten Wesenszüge des Geschäftsführers sein.

Fachliche Attribute sind dabei solche Eigenschaften, die für die Erfüllung der konkreten Ressortaufgaben (oder für die Beurteilung, wann hierfür fremder Rat benötigt wird) als unerlässlich anzusehen sind, wie etwa eine bestimmte Vor- und Ausbildung, das (Allgemein-)Wissen, die Erfahrung und Begabung sowie das Fachwissen und -können des Ressortleiters und das Fehlen von persönlichen Interessenkonflikten, also seine Unabhängigkeit.⁶⁶¹ Persönliche Attribute sind alle übrigen für den konkret zu besetzenden Posten unverzichtbaren geistigen, körperlichen, psychischen oder charakterlichen Eigenschaften.

Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Ressortleiter den jeweiligen Mindestanforderungen gerecht wird. Diese sind zwangsläufig unter Beachtung der konkreten Gesellschaftsverhältnisse im Einzelfall zu bestimmen.⁶⁶² Aus diesem Grund und weil die Besetzung zwangsläufig Ergebnis einer prognostischen Beurteilung sein muss, ist diesbezüglich von einer Ermessensentscheidung auszugehen. Für die entlastende Wirkung der Ressortverteilung kann dabei nach dem Vertrauensgrundsatz lediglich entscheidend sein, ob der Ressortleiter bei objektiver Betrachtung (Zeugnisse, Lebenslauf, Empfehlungen etc.) die fachlichen und sonstigen persönlichen Anforderungen des konkreten Ressortzuschnitts erkennbar nicht erfüllt,

vergleichende Betrachtung bei *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (227 f.); *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1403); vgl. zuletzt BGH v. 24.9.2019 – II ZR 248/17, BeckRS 2019, 31312, Rn. 21, m.w.N.

660 *Hoffmann-Becking*, NZG 2021, 93 (95); *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

661 Zu Letzterem BGH v. 1.3.1993 – II ZR 81/94, GmbHR 1994, 460 (461 f.), Rn. 12; *Harbarth*, ZGR 2017, 211 (228); *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 23; *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 210; *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1403); im Zusammenhang mit dem Vertrauen auf Informationen Dritter auch BGH v. 24.9.2019 – II ZR 248/17, BeckRS 2019, 31312, Rn. 21; v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, NJW 2007, 2118 (2120), Rn. 14.

662 Ähnl. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

also ungeeignet ist.⁶⁶³ Dagegen kann es für die Wirksamkeit der Geschäftsverteilung entgegen der Ansicht des BGH nicht darauf ankommen, ob sich die Geschäftsführer der jeweiligen Eigenschaft im Zuge der Aufgabenübertragung vergewissert haben, auch wenn ihnen im eigenen Interesse hieran gelegen sein sollte.⁶⁶⁴ Die Grundlage einer solchen Pflicht ist nicht feststellbar. Sie müsste konsequenterweise aus dem Vertrauensgrundsatz hergeleitet werden und auch für die übrigen inhaltlichen Merkmale gelten. Deren Kontrolle verlangt der BGH jedoch soweit ersichtlich nicht. Das hat seinen guten Grund: Der Zweck einer solchen Maßnahme bliebe im Kontext der Wirksamkeitsvoraussetzungen anders als im Bereich der Haftung wegen Organisationsverschuldens offen. Denn ist die Eignung erkennbar nicht gegeben, so kann es unabhängig von einer Prüfung des Mitgeschäftsführers kein Vertrauendürfen geben. Die Erkennbarkeit ist demnach der „strengere“ (aber einzelfallgerechtere) Maßstab. Für die Fälle unerkennbarer Untauglichkeit kann aus der fehlenden Überprüfung des Kollegen dagegen ohnehin kein Vorwurf resultieren. Offen bliebe zulasten der Rechtsicherheit andernfalls auch, ob die Ressortverteilung im Verhältnis zu dem Geschäftsführer, der sich vergewissert, im Zeitpunkt des Abschlusses seiner Inaugenscheinnahme als wirksam zu betrachten ist oder eine entlastende Aufgabenzuweisung der Überprüfung der Ressortleiterperson durch sämtliche Kollegen bedarf. In gleicher Weise kann es für die Wirksamkeit gerade mit Blick auf das Außenverhältnis auch nicht darauf ankommen, ob die Geschäftsführer Maßnahmen ergreifen, um den Mangel zu beheben.⁶⁶⁵

C. Verhältnis zum Organisationsverschulden

Von der Frage der Wirksamkeit der Ressortverteilung ist die Frage der Haftung aufgrund der Verletzung organisatorischer Binnenpflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft zu unterscheiden. Die Frage, inwiefern die Aufgabenzuweisung wirksam ist und zu einer Enthaltung des überwachenden Geschäftsführers beiträgt, kann nicht allein aus Sicht des Gesellschaftswohls beantwortet werden. Sie betrifft eine andere Interessenkonstellation. Die Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers sind in diesem Zusammenhang, wie mehrfach veranschaulicht, mithilfe des

663 Siehe S. 101 f.; ähnl. *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

664 *Hoffmann-Becking*, NZG 2021, 93 (95); a.A. *Peters*, DStR 2020, 125 (127).

665 Siehe hierzu im Einzelnen S. 183 f.; a.A. *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (518).

Vertrauensgrundsatzes zu konkretisieren.⁶⁶⁶ Zwar überschneiden sich die Voraussetzungen vielfach. Die Prüfung des Vertrauensgrundsatzes bezieht sich aber immer speziell auf die infrage stehende delegierte Aufgabe.⁶⁶⁷ Bei der Haftung wegen Organisationsverschuldens⁶⁶⁸ kann dagegen gerade auch eine ganzheitliche Betrachtung der Organ- und Unternehmensstruktur anzustellen sein und es reicht aus, wenn die Wahl der Arbeitsteilung unzweckmäßig ist.

Wirken die Geschäftsführer etwa an der Übertragung einer Aufgabe auf einen zu ihrer Erledigung ungeeigneten Kollegen mit, kann das die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG auslösen („Auswahlsorgfalt“).⁶⁶⁹ Insofern müssen sie sich bei der Verteilung der Aufgaben tatsächlich seiner Qualifikation *vergewissern*, wobei ein Verschulden wiederum die Erkennbarkeit der Unzuverlässigkeit voraussetzt.⁶⁷⁰ Entsprechendes gilt, wenn die Ressortverteilung (gänzlich) organextern vorgenommen wurde und die Geschäftsführer sich im Zuge der darauffolgenden Überwachung nicht davon überzeugen, ob der Übernehmende die nötige Eignung aufweist oder entsprechenden Bedenken nicht Ausdruck verleihen („Redepflicht“).⁶⁷¹ Faktoren wie die Dauer der Betriebszugehörigkeit und der Grad persönlicher Bekanntheit können die Anforderungen dabei im Bereich der personenbezogenen Voraussetzungen richtigerweise modifizieren, sodass bei einer erstmaligen Zusammenarbeit wenigstens der Lebenslauf durchzusehen sein wird,⁶⁷² während ein bewährter Abteilungsleiter, der in die Geschäftsführung aufsteigt, nicht „auf Herz und Nieren“ geprüft werden muss.⁶⁷³ Diese Binnenhaftung spielt freilich keine gesonderte Rolle, wenn die Aufgabenzuweisung aufgrund der erkennbaren Unzuverlässigkeit des

666 Siehe S. 109.

667 Vgl. Ch. A. Weber, ZGR 2020, 688 (702).

668 Siehe hierzu bereits S. 121.

669 Zur AG Wettich, Vorstandsorganisation, S. 232, 246; Habersack, WM 2005, 2360 (2362); Fleischer, NZG 2003, 449 (453); Dose, Rechtsstellung, S. 125 f.; Frels, ZHR 122 (1959), 8 (31); Boesebeck, JW 1938, 2525 (2527).

670 Vgl. zur AG Wettich, Vorstandsorganisation, S. 232.

671 Schockenhoff, GmbHR 2019, 514 (518); Höhn, Geschäftsleitung, S. 107-109, mit weiteren Hinweisen zur Vorgehensweise; zur AG BGH v. 20.10.1954 – II ZR 280/53, BGHZ 15, 71 (78); Wettich, Vorstandsorganisation, S. 232 f., 246.

672 Die Anforderungen sind aber nicht zu überspannen: So darf etwa von einem diplomierten Finanzwirt erwartet werden, dass er sich mit der Besteuerung von Gesellschaften auskennt, vgl. Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 254; Timpe, StraFo 2016, 11 (17).

673 Schockenhoff, GmbHR 2019, 514 (517); ähnl. Backhaus, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3.

Ressortleiters ohnehin obsolet (das heißt nicht lediglich anfechtbar)⁶⁷⁴ und die Verantwortung der übrigen Geschäftsführer folglich bereits nicht modifiziert ist, sodass sie solidarisch haften. Für die Gesellschaft kann sie aber von Interesse sein, wenn etwa ein Geschäftsführer, der an der unzureichenden Besetzung schuldhaft mitgewirkt hat, zwischenzeitlich ausgeschieden ist oder, da eine ganzheitliche Betrachtung anzustellen ist, wenn die Besetzungen schlicht Effizienzverluste provozieren. Das ist bereits dann der Fall, wenn ein Ressortleiter zur Erledigung der seinem Kollegen zugewiesenen Aufgabe weitaus besser geeignet wäre.

Auswahl- und Redepflicht gelten entsprechend für jegliche inhaltliche Voraussetzung.⁶⁷⁵ Auch das Kriterium der Sachgerechtigkeit des einzelnen Ressortzuschnitts im Interesse des überwachenden Geschäftsführers ist beispielsweise von der Pflicht zur Implementierung beziehungsweise Förderung einer zweckmäßigen Ressortverteilung im Interesse der Gesellschaft zu trennen.⁶⁷⁶ Die Frage der Haftung der Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG⁶⁷⁷ für die (unzulässige) Übertragung ihrer vollständigen Verantwortung stellt sich hingegen in der Regel bereits nicht, weil ohnehin eine Verletzung der Überwachungspflicht gegeben sein wird, wenn die Organmitglieder zu Unrecht davon ausgehen, sich ihrer Pflichten gänzlich entledigt zu haben. Auch sie kann aber beispielsweise eine Rolle spielen, wenn Geschäftsführer, die an der unwirksamen Verteilung mitgewirkt haben, zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung des Ressortleiters bereits ausgeschieden sind.⁶⁷⁸

D. Ergebnis

Die inhaltlichen Sorgfaltsanforderungen an eine wirksame enthaftende Ressortverteilung bringen keine maßgeblichen Praktikabilitätshindernisse mit sich, weil es sich ausschließlich um Merkmale des Vertrauensgrundsatzes handelt, deren Berechtigung und Reichweite sich aus Laiensicht erschließen oder zumindest errahnen lässt. Die Aufgabenzuweisung muss klar beziehungsweise eindeutig sowie sachgerecht sein und sich an geeig-

674 Siehe S. 177 f.

675 Vgl. Höhn, Geschäftsleitung, S. 36 f.

676 Siehe S. 121.

677 Zur AG Wettich, Vorstandsorganisation, S. 232; Habersack, WM 2005, 2360 (2362).

678 Siehe zur Haftung des ausgeschiedenen Geschäftsführers auch Bayer/Ph. Scholz, GmbHR 2016, 841 (843).

nete Personen richten. Ein inhaltlicher Fehler ist gegeben, wenn die Voraussetzungen erkennbar nicht vorliegen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Geschäftsführer im Haftungsprozess von sich aus Einzelheiten zu den inhaltlichen Voraussetzungen vorträgt, wenn sich keine Zweifel aufdrängen oder die Gegenseite sie nicht bestreitet. Von der Enthftung durch Ressortverteilung ist stets die Haftung wegen Organisationsverschuldens zu unterscheiden. Letztere ist jedoch nur bedeutsam, sofern ihre Wirkungen ausnahmsweise über die Haftung aufgrund einer unwirksamen Geschäftsverteilung hinausgehen.

Gemäß dem Eindeutigkeitserfordernis muss die Ressortverteilung so beschaffen sein, dass sie im Einzelfall zu klaren Auslegungsergebnissen hinsichtlich der übertragenen Pflichten und Zuständigkeiten führt. Es kommt darauf an, dass die infrage stehende Aufgabe abgrenzbar ist und sich nach ihrem objektiven Sinnbezug schwerpunktmäßig einem (oder mehreren) Geschäftsbereich(-en) zuordnen lässt.

Das Kriterium der Sachgerechtigkeit enthält eine quantitative und eine qualitative Forderung. Nach der quantitativen Komponente ist das Ressort so zu gestalten, dass unter gewöhnlichen Umständen erwartet werden kann, dass die Ressortleitung aufgrund ihrer Einflussmöglichkeiten sowie zeitlichen, personellen und sachlichen Kapazitäten in der Lage ist, die Erledigung jeder übertragenen Aufgabe zumindest persönlich zu steuern und zu kontrollieren. Der qualitative Aspekt gebietet insbesondere konstante Zuständigkeiten und die Trennung von Kompetenzen, deren Verbindung geeignet ist, Interessenkonflikte zu erzeugen.

Das Zuverlässigkeitskriterium verlangt, dass die Ressortleiter diejenigen Eigenschaften besitzen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben vorauszusetzen sind. Das können in unterschiedlicher Gewichtung fachliche Fähigkeiten und Leistungen sowie sonstige für die Besetzung relevanten geistigen, körperlichen, psychischen oder charakterlichen Eigenschaften sein.

Das Teilbarkeitskriterium des BGH bringt richtigerweise die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass die Geschäftsführer von ihrer nicht delegierbaren Gesamtverantwortung nicht befreit werden können. Es handelt sich daher eher um eine Schranke als um eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Ressortverteilung.

Ein Vollständigkeitskriterium ist nicht anzuerkennen. Wird eine Aufgabe nicht übertragen, greift insoweit ohne Weiteres der Grundsatz der Gesamtzuständigkeit und die uneingeschränkte Gesamtverantwortung. Gehen die Urheber der Geschäftsverteilung hingegen von einer Übertragung

aus, ergibt die Auslegung jedoch nicht, was an wen delegiert wurde, ist die Aufgabenzuweisung unklar.

§ 10 Form der Vereinbarung

A. Schriftlichkeit

Nicht selten wird eine Aufgabenverteilung auf Geschäftsführungsebene lediglich mündlich beschlossen oder verabredet. Dabei ist seit langem höchst umstritten, ob die Ressortverteilung zu ihrer Wirksamkeit schriftlich abgefasst werden muss und sich die Geschäftsführer ansonsten auf bloße Überwachungspflichten zurückziehen dürfen. In Haftungsfällen kann die Form der Vereinbarung daher entscheidend sein.

I. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

Nach einem Teil des gesellschaftsrechtlichen Schrifttums hat die Ressortverteilung – gerade im Außenverhältnis – lediglich verantwortungs- und haftungsmodifizierende Wirkung, wenn sie vor dem Eintritt der Pflichtverletzung im Sinne des § 126b BGB⁶⁷⁹ dokumentiert wurde.⁶⁸⁰ Dieser Rechtsgedanke lasse sich auch dem Gesetzgeberwillen des AktG 1965 entnehmen.⁶⁸¹ Die Pflicht zur klaren und daher schriftlichen Klarstellung folge letztlich aus der gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG mit der Sorgfalt eines or-

679 Das heißt nicht i.S.d. § 126 BGB, siehe *Peitsmeyer/Klesse*, NZG 2019, 501 (502); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (15); *Medicus*, GmbHR 1998, 9 (16 Fn. 54); *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59 Fn. 168); *Stephan/Tieves*, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 104.

680 *Haas*, Geschäftsführerhaftung, S. 285; *Heise*, Geschäftsführerhaftung, S. 84 f.; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 18 f.; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 218; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (58-60); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (484 f.); *ders.*, FS Mühl, 633 (637); *Sina*, GmbHR 1990, 65 (66); jedenfalls für das Außenverhältnis zum Verein *Küpperfahnenberg*, Haftungsbeschränkungen, S. 184-186, 245 f.

681 *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59), mit Verweis auf den schriftlichen Bericht des Rechtausschusses über die von der Bundesregierung eingebrachten Entwürfe eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz (BT-Drs. IV/171) u.a., zu BT-Drs. IV/3296, 13; zur Schriftform der Geschäftsordnung im Aktienrecht auch *Fleischer*, NZG 2003, 449 (452 f.); *Wettich*, Vorstandsorganisati-

dentlichen Geschäftsmannes zu erledigenden Organisationaufgabe.⁶⁸² Sie diene auch dem Gläubigerschutz, weil andernfalls die Gefahr bestehe, dass sich die Geschäftsführer im Nachhinein auf einen finanzschwachen Ressortleiter „einigen“.⁶⁸³ Eine nicht schriftlich fixierte Aufgabenzuweisung erhöhe ferner das Haftungsrisiko der Geschäftsführer, aber auch der Gesellschaft.⁶⁸⁴ Die generell-abstrakt und dauerhaft wirkende Abweichung vom Gesamtgeschäftsführungsgrundsatz verlange, gerade im Falle personeller Veränderungen, eine förmliche Einigung.⁶⁸⁵ Ohne klare schriftliche Regelung könne schließlich keine ordnungsgemäße organinterne Überwachung gewährleistet werden, weil zwangsläufig Zweifel über den Umfang der gegenseitigen Kontrollpflichten bleiben müssen.⁶⁸⁶

Auch nach der ständigen Rechtsprechung des BFH bedarf die Ressortverteilung – das Tagesgeschäft ausgenommen – der Schriftlichkeit, weil die Aufgabenzuweisung ansonsten nicht klar und eindeutig sei.⁶⁸⁷ Das Erfordernis folge aus der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG.⁶⁸⁸ Es soll (aus Gründen des Gläubigerschutzes und der Rechtssicherheit)⁶⁸⁹ ein wechselseitiges Zuschieben von Verantwortung im Haftungsfall verhindern.⁶⁹⁰ Dabei sei es unerheblich, dass das GmbHG nur vereinzelt besondere Formvorschriften wie etwa § 35 Abs. 3 S. 2 GmbHG oder § 48 Abs. 2, Abs. 3 GmbHG und § 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 1

on, S. 233; Linnertz, Delegation, S. 198 f.; Gomer, Delegation von Compliance, S. 176 f.

682 Haas, Geschäftsführerhaftung, S. 285; Ziemons/Pöschke, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 218.

683 Zum Verein *Küpperfahrendberg*, Haftungsbeschränkungen, S. 184.

684 Dreher, ZGR 1992, 22 (59).

685 Dreher, ZGR 1992, 22 (59); ähnl. zur Regelung durch Geschäftsordnung Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633 (637).

686 Dreher, ZGR 1992, 22 (59 f.); Heisse, Geschäftsführerhaftung, S. 84; Fleischer, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 115; zum Verein *Küpperfahrendberg*, Haftungsbeschränkungen, S. 184.

687 Siehe die Nachweise bei Fn. 603.

688 BFH v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 14; v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 17; v. 4.3.1986 – VII S 33/85, BStBl. II 1986, 384 (385), Rn. 11; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19.

689 So zur Haftung für Gewerbesteuern Bayerischer VGH v. 3.8.2007 – 4 CS 07.1433, DB 2007, 2083, Rn. 16.

690 BFH v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NZG 1998, 861 (862), Rn. 20; v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 14; v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 17; v. 4.3.1986 – VII S 33/85, BStBl. II 1986, 384 (385), Rn. 11; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19.

GmbHG enthalte.⁶⁹¹ Denn gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 AO i.V.m. § 69 S. 1 AO treffen die steuerlichen Pflichten jeden Geschäftsführer, sodass „für die Finanzverwaltung aufgrund [...] leicht nachweisbarer Regelungen [...] Klarheit bestehen“⁶⁹² müsse, wenn – ausnahmsweise – auf die Inanspruchnahme des Überwachungspflichtigen verzichtet werden solle. Auch das FG brauche daher nicht nachzuprüfen, ob eine behauptete Ressortverteilung tatsächlich bestehe.⁶⁹³ Eine ohne Beachtung der Schriftform verabredete Aufgabenteilung könne höchstens auf Ebene des Verschuldens Berücksichtigung finden, begrenze jedoch nicht die steuerrechtliche Verantwortlichkeit.⁶⁹⁴

Die Gegenauffassung misst der Schriftform dagegen lediglich Bedeutung für die Frage der Beweisbarkeit der Ressortverteilung zu, weil ein non liquet diesbezüglich zulasten des in Anspruch genommenen Geschäftsführers gehe.⁶⁹⁵ Auf diese Weise sei für Einzelfallgerechtigkeit in unstreitigen Fällen oder bei klarer Beweislage gesorgt; außerdem werde eine Einstandshaftung durch die Hintertüre vermieden.⁶⁹⁶ Ob die Vereinbarung über eine Aufgabenteilung hinreichend eindeutig sei, sei eine Frage ihres Inhalts, nicht ihrer Form.⁶⁹⁷ Ferner entbehre die Rechtsprechung des BFH einer gesetzlichen Grundlage, weil die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG keine Geschäftsführungsorganisation verlange, die dem Finanzamt den Zugriff auf die Geschäftsführer möglichst leicht mache.⁶⁹⁸

691 BFH v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 16.

692 BFH v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 16.

693 BFH v. 17.5.1988 – VII R 89/85, BeckRS 1988, 06041, Rn. 16.

694 BFH v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NZG 1998, 861 (862), Rn. 21, mit Verweis auf BFH v. 11.5.1962 – VI 195/60 U, NJW 1962, 1640, Rn. 6; ähnl. Heisse, Geschäftsführerhaftung, S. 85 f.

695 Kleindiek, FS Kayser, 435 (443); ders., in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 29a, 37; Buck-Heeb, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 37 Rn. 28; Jacoby, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 37 Rn. 6; Diekmann, in: MHD B GesR III, § 44 Rn. 87; H.-J. Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 31; Leuering, FS Seibert, 543 (546); Leuering/Dornhegge, NZG 2010, 13 (15); Medicus, GmbHR 1998, 9 (16); Bayer/Illhardt, GmbHR 2011, 751 (754); zum Verein Heermann, FS Röhrich, 1191 (1198); zur AG Rehm, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 294-296.

696 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 37; Heermann, FS Röhrich, 1191 (1198).

697 Medicus, GmbHR 1998, 9 (16); Stephan/Tieves, in: MüKo, GmbHG, § 37 Rn. 104.

698 H.-J. Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 31 Fn. 88.

In seinem Weltruf-Urteil nahm der BGH erstmals⁶⁹⁹ Stellung zur Formfrage und folgte im Grundsatz der letztgenannten Auffassung, wonach die Ressortverteilung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nicht der Schriftform bedarf.⁷⁰⁰ Da das Gesetz keine konkreten Vorgaben zur Form mache, könne sich ein entsprechendes Erfordernis nur aus der Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung und für den Einzelfall ergeben, wenn anders eine klare und eindeutige Organisation angesichts der konkreten Gesellschaftsverhältnisse oder der Art und Weise der Aufteilung nicht möglich sei.⁷⁰¹ Das Problem gegenseitiger Schuldzuweisungen im Haftungsfall bestehe unabhängig von der Frage der Eindeutigkeit und lasse sich lösen, indem dem Geschäftsführer die Beweislast hinsichtlich seiner eingeschränkten Verantwortung aufgebürdet werde.⁷⁰² Zweck der Organisationspflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG seien weder der Gläubigerschutz noch die Beweisinteressen des Rechtsverkehrs.⁷⁰³ Eine Abweichung von der Rechtsprechungslinie des BFH sah der BGH in seiner Argumentation allerdings nicht, weil erstere sich explizit auf die steuerrechtliche Verpflichtung nach § 34 Abs. 1 S. 1 AO beziehe und damit einen speziellen, vom öffentlichen Recht geprägten Pflichtenkreis zum Gegenstand habe.⁷⁰⁴

II. Folgeprobleme der „Mosaiklösung“

Die gesplante Lösung des zweiten Zivilsenats des BGH bietet auf den ersten Blick die Möglichkeit, zwei sich widersprechende Rechtsauffassungen miteinander zu versöhnen. Auf den zweiten Blick stellen sich bei einer Beschränkung des Schriftformerfordernisses auf einzelne Rechtsprechungsweige jedoch problematische Folgefragen, gerade auch was das

699 Offen gelassen mangels entsprechender Feststellungen der Vorinstanz von BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (377), Rn. 21, und BGH v. 20.2.1995 – II ZR 9/94, GmbHR 1995, 299 (300), Rn. 7; für die Möglichkeit der mündlichen Aufgabenzuweisung im Gegensatz zur stillschweigenden im Strafrecht allerdings BGH v. 8.11.1989 – 3 StR 249/89, GmbHR 1990, 298 (299), Rn. 5.

700 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (168, 170-172), Rn. 17, 22 ff.

701 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (170 f.), Rn. 23.

702 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171), Rn. 24.

703 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171), Rn. 24.

704 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171 f.), Rn. 25; zustimmend Ch. A. Weber, ZGR 2020, 688 (697-699).

Verhältnis des Gesellschaftsrechts zu anderen Rechtsmaterien angeht. Das sei anhand eines fiktiven Fallbeispiels veranschaulicht:

Die Geschäftsführung der X-GmbH besteht aus dem Geschäftsführer Y, der für sämtliche steuerlichen Angelegenheiten zuständig ist und seinem Kollegen Z, dem das Ressort „Produktion und Technik“ zugewiesen wurde. Die Aufgabenteilung ist unstreitig, wird praktiziert und basiert auf einer mündlichen Abrede der Geschäftsführer. Y hat es entgegen § 34 Abs. 1 Satz 1 AO versäumt, rechtzeitig richtige Steuererklärungen abzugeben und die fälligen Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis zu erfüllen (beispielsweise Körperschafts-, Gewerbe-, Umsatz- oder Lohnsteuerschulden). Dem Z sind diese Unregelmäßigkeiten trotz ordnungsgemäßer Überwachung seines Kollegen verborgen geblieben. Das Finanzamt nimmt Z durch Haftungsbescheid nach § 191 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AO auf Zahlung der Steuerschuld in Anspruch und begründet das – in Einklang mit der Rechtsprechung der Finanzgerichte – damit, dass es Z mangels schriftlicher Aufgabenverteilung verwehrt sei, sich auf eine bloße Überwachungspflicht zu berufen.⁷⁰⁵ Z verlangt von der Gesellschaft Freistellung beziehungsweise Ersatz seiner Aufwendungen. Hat er hierauf einen Anspruch und eine entsprechende Leistungsklage vor den Zivilgerichten Aussicht auf Erfolg?⁷⁰⁶

Gemäß § 670 BGB analog beziehungsweise § 426 Abs. 1 S. 1 BGB⁷⁰⁷ (jeweils i.V.m. § 257 BGB) kann dem Geschäftsführer ein gesetzlicher Freistellungs- oder Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft zustehen, sofern er im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit einen Haftungstatbestand im Außenverhältnis verwirklicht, ohne gleichzeitig seine Pflichten aus dem Organverhältnis zu verletzen.⁷⁰⁸ Ein rechtswidriges Verhalten im Außenverhältnis, insbesondere der Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Gebote, geht nach ganz herrschender Meinung mit einer Verletzung der verbandsinternen Organpflichten einher.⁷⁰⁹ Da das Weltrup-Urteil des BGH

705 FG Münster v. 30.4.2019 – 12 K 620/15, BeckRS 2019, 12750, Rn. 49.

706 Die gleiche Problematik kann sich umgekehrt stellen, wenn die Gesellschaft von den Steuerbehörden in Anspruch genommen wird und im Anschluss beim Überwachungspflichtigen Regress nehmen möchte; vgl. allg. zum Rückgriff wegen eines Steuerschadens BGH v. 24.9.2001 – II ZR 90/00, DStR 2002, 227.

707 Im konkreten Fall wegen § 44 Abs. 1 S. 1 AO.

708 *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 386; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 168; *Altmeppen*, in: Krieger/Schneider, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 7 Rn. 28.

709 *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 73; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 107; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG,

so zu verstehen ist, dass der zweite Zivilsenat keine umfängliche Deutungshoheit über die Anforderungen an eine wirksame Ressortverteilung beansprucht, sondern im Hinblick auf spezielle Rechtsgebiete den Fachgerichten den Vortritt hinsichtlich ihrer Konkretisierung überlässt, wäre der beispielhaft gebildete Regressfall am Maßstab der Steuergerichtsbarkeit zu prüfen und ein Anspruch würde ausscheiden.⁷¹⁰ Denn mangels schriftlich fixierter Ressortverteilung hätte Z im Außenverhältnis gegen steuerrechtliche Handlungspflichten verstoßen und damit auch im Innenverhältnis eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft begangen.

Der eingangs geschilderte Fall lässt sich ohne Weiteres auf andere Rechtsmaterien übertragen, in denen die verantwortungsbegrenzende Wirkung der Ressortverteilung unter Geschäftsführern ebenfalls anerkannt ist, die aber in letzter Instanz nicht der Zuständigkeit des zweiten Zivilsenats des BGH unterliegen, wie etwa das Recht der (Kartell-)Ordnungswidrigkeiten oder das Strafrecht.⁷¹¹ In Bußgeldsachen entscheiden grundsätzlich der Strafrichter⁷¹² gemäß § 68 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 25 GVG und die Bußgeldsenate⁷¹³ am OLG nach § 79 Abs. 3 S. 1 OWiG i.V.m. § 121 Abs. 1 Nr. 1a GVG. Über die Ahndung von Kartellordnungswidrigkeiten befinden die Kartellsenate am OLG gemäß den §§ 83 Abs. 1 S. 1, 91 GWB sowie in letzter Instanz der Kartellsenat des BGH nach den §§ 84, 94 Abs. 1 Nr. 2 GWB. In Strafsachen urteilt wiederum die Strafgerichtsbarkeit.

Die für die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zuständigen Spruchkörper könnten beispielsweise zu der Auffassung gelangen, dass auch die Aufsichtspflicht gemäß den §§ 130, 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG nur durch schriftliche Ressortverteilung delegiert werden könne.⁷¹⁴ Denkbar ist auch, dass hinsichtlich ein und derselben Pflicht unterschiedliche Auffassungen vertreten werden. So könnten die Strafgerichte im Hinblick auf die Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen des Vorenthaltes von Sozialbeiträgen gemäß den §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB anders als der zweite Zivilsenat des BGH hinsichtlich seiner Außenhaftung gegenüber dem Sozialversicherungsträger gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 266a Abs. 1, 14

§ 43 Rn. 30 f.; zum Strafrecht BGH v. 27.8.2010 – 2 StR 111/09, BGHSt 55, 266 (275 f.), Rn. 29; v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288 (301 f.), Rn. 37.

710 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (520 f.).

711 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (516 f.).

712 *Ellbogen*, in: KK, OWiG, § 68 Rn. 20.

713 *Hadamitzky*, in: KK, OWiG, § 79 Rn. 149.

714 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (521); allg. zur Wirkung der Geschäftsverteilung auf die Aufsichtspflicht OLG Naumburg v. 13.3.1997 – 1 Ss (B) 415/96, NZV 1998, 41 (42), Rn. 7, 10.

Abs. 1 Nr. 1 StGB die Wirksamkeit einer entlastenden Geschäftsverteilung von der Einhaltung der Schriftform oder anderen formellen Anforderungen abhängig machen.

Nach einer Ansicht muss in den beiden zuletzt genannten Fällen die Auffassung des zweiten Zivilsenats maßgeblich sein, weil nicht von spezifisch öffentlichen-rechtlichen Pflichtenkreisen die Rede sein könne.⁷¹⁵ In diesen Konstellationen seien daher auch Freistellungs- und Aufwendungsersatzansprüche bezüglich zu leistender oder geleisteter Geldbußen oder -strafen denkbar.⁷¹⁶ Selbst wenn sich auf diese Weise die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Sinne des Art. 95 Abs. 3 GG und des § 2 Abs. 1 RsprEinhG wahren ließe, bliebe jedoch die Frage, welche (öffentlich-rechtliche) Besonderheit konkret eine Rechtsprechungsdivergenz hinsichtlich des Schriftformerfordernisses rechtfertigen und daher eventuell auch anderen Pflichtenkreisen ein „Eigenleben“ ermöglichen kann. Gegensätzliche Verdikte zu den Prüfungsmaßstäben der Geschäftsführerhaftung bergen das Risiko von Friktionen und Unsicherheiten in der Rechtsanwendung.⁷¹⁷ Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich andere Fachgerichte unter Berufung auf Eigenheiten ihres Rechtsgebiets hinsichtlich weiterer formaler Anforderungen an die Ressortorganisation und ihrer Rechtsfolgen in Widerspruch zur gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung setzen.⁷¹⁸ Die Geschäftsführerhaftung im ressortgeteilten Leitungsgremium könnte so zu einem Flickenteppich unterschiedlicher Zuweisungsanforderungen und Residualpflichten werden, was die Ressortverteilung als Enthaltungsinstrument für die Praxis höchst unattraktiv machen würde. Im Folgenden ist daher nicht nur zu untersuchen, welche Vorgaben das Gesellschaftsrecht zur Dokumentation der Geschäftsverteilung macht und ob und, wenn ja, wie Abweichungen anderer Rechtsgebiete diesbezüglich zu rechtfertigen sind, sondern auch, ob es in Bezug auf die Arbeitsteilung generell von anderen Rechtsmaterien überlagert wird.

715 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (521).

716 *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (521).

717 Hierzu bereits *Dreher*, ZGR 1992, 22 (58); *ders.*, AG 2006, 213 (213, 221); *Uwe H. Schneider*, EWiR 1994, 789 (790); *ders.*, DB 1993, 1909 (1910, 1913 f.); *ders.*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (479); vgl. auch *Nietsch/Habbe*, DB 2019, 409 (415).

718 Vgl. zum Beispiel *Hölzle*, ZIP 2018, 1169 (1672 f.), der – zu Unrecht, siehe S. 85 – von einem speziellen insolvenzrechtlichen Pflichtenkreis ausgeht und daher die Abdingbarkeit des Gesamtverantwortungsgrundsatzes i.R.d. Geschäftsführerhaftung nach den §§ 60 f. InsO analog befürwortet.

III. Eigener Ansatz

1. Schriftformerfordernis aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

a) Geltungsgrund und Zweck

Die Argumente für einen generellen gesellschaftsrechtlichen Formzwang überzeugen nicht. Deren Befürworter bleiben eine Erklärung schuldig, warum entgegen des Wortlauts des § 126b S. 1 BGB ohne Gesetzesvorgabe die „Schriftlichkeit“ der Ressortverteilung erforderlich sein sollte. Der Bericht des Rechtausschusses zum AktG 1965 ist jedenfalls für die GmbH bereits deshalb nicht maßgeblich, weil er sich explizit auf die Geschäftsordnung bezieht. Die Gesellschafter können die Ressorts jedoch sogar durch Weisung zuordnen. Das Missbrauchspotenzial wird durch einen Formzwang nicht beseitigt, im Gegenteil. Auf einen finanzschwachen Ressortleiter können sich die Geschäftsführer auch schriftlich einigen. Zumindest wird ein solches Vorgehen, gegebenenfalls gegen den Willen des Betroffenen, nicht wesentlich erschwert, wenn die Vereinbarung nicht eigenhändig unterzeichnet zu werden braucht.

Die Feststellung, dass die materiell-rechtliche Grundlage des Schriftformgebots der Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung aus § 43 Abs. 1 GmbHG entspringt, muss präzisiert werden. Richtig ist, dass sich aus der Unternehmerfunktion der Geschäftsführung insbesondere die Aufgabe ergibt, zum Wohl der Gesellschaft (nicht zum Schutz der Gläubiger oder der Beweisinteressen des Rechtsverkehrs)⁷¹⁹ für eine zweckmäßige interne Organisation des Geschäftsführungsorgans zu sorgen.⁷²⁰ Die Frage, ob eine Geschäftsverteilung zu verschriftlichen ist, betrifft gerade auch eine solche Organisationskomponente. Wenn es um ein Organisationsverschulden gegenüber der Gesellschaft geht, orientiert sich der Haftungsmaßstab daher am Unternehmenswohl. Das hat allerdings nichts mit der

719 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171), Rn. 24; v. 13.4.1994 – II ZR 16/93, BGHZ 125, 366 (375 f.), Rn. 23; vgl. im Ausgangspunkt auch BGH v. 5.12.1989 – VI ZR 335/88, BGHZ 109, 297 (303 f.), Rn. 16; entsprechend zur Compliance-Pflicht BGH v. 7.5.2019 – VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 (2165), Rn. 10; v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 (301 f.), Rn. 31; v. 18.6.2014 – I ZR 242/12, BGHZ 201, 344 (351), Rn. 23; v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 (33-35), Rn. 22 f.

720 Siehe S. 121.

Gültigkeit der Geschäftsverteilung zu tun. Denn diese ist am Vertrauensgrundsatz zu messen.⁷²¹

Entsprechend muss sich auch ein genereller Dokumentationszwang als Wirksamkeitsvoraussetzung der enthaftenden Ressortverteilung aus dem Vertrauensgrundsatz ergeben. Das wird bereits daran deutlich, dass Kern der Schriftlichkeitsforderung das Klarheits- und Eindeutigkeitskriterium ist, das in der Enthaltungskonstellation selbst dem Vertrauensgrundsatz entspringt.⁷²² Es geht hier nicht um die Frage, was im Sinne der Gesellschaft gewesen wäre. Vielmehr kommt es darauf an, ob sich der überwachende Geschäftsführer aus seiner Sicht trotz formloser Ressortverteilung auf die Aufgabenerfüllung durch den Ressortleiter verlassen darf und sich daher die Haftungsbeschränkung durch Aufgabenteilung zu eigen machen kann.⁷²³ Da die entscheidenden Kriterien beider Maßstäbe sich jedoch im Wesentlichen entsprechen, werden im Folgenden lediglich unterschiedliche Weichenstellungen kenntlich gemacht.

Die Anforderungen an die unternehmerische Sorgfaltspflicht sind nicht starr, sondern im Einzelfall insbesondere von Art, Größe, (wirtschaftlicher) Situation des Unternehmens, Tragweite der konkreten Geschäftsführungsmaßnahme und dem Tätigkeitsspektrum des einzelnen Geschäftsführers abhängig.⁷²⁴ Die GmbH kann sowohl die Rechtsform einer Bäckerei-Konditorei mit wenigen Filialen als auch einer international agierenden Bäckereikette mit Franchisesystem sein.⁷²⁵ Aus diesem Grund ist auch hinsichtlich des „Wie“ der Ressortverteilung grundsätzlich von einer Ermessensentscheidung auszugehen.⁷²⁶ Weil die Art und Weise der Aufgabenzuweisung auch die Form betrifft, unterliegt die Frage der Schriftlichkeit damit – außer im Falle des § 48 Abs. 3 GmbHG – im Ausgangspunkt der Ermessensausübung der Gesellschafter beziehungsweise der Geschäftsführer.⁷²⁷

721 Siehe S. 140 f.

722 Siehe S. 102, 130.

723 Vgl. zur Einschaltung Dritter bei der Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 218, 221 f.

724 BGH v. 20.2.1995 – II ZR 143/93, BGHZ 129, 30 (34), Rn. 10; v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (167), Rn. 15; OLG Zweibrücken v. 22.12.1998 – 8 U 98/98, NZG 1999, 506 (507), Rn. 61; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 48; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 39, 166; *H.-J. Mertens*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 16.

725 Siehe auch die Beispiele bei *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 39.

726 Vgl. *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (304); *Abeltshauser*, Leitungshaftung, S. 221 f.; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 83; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 138.

727 *Wentz*, WuB 2019, 186 (189).

Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass sich dieses Ermessen unter bestimmten Voraussetzungen auf Null reduziert.⁷²⁸ Ausgangspunkt einer solchen Reduktion kann jedoch nur der Sinn und Zweck⁷²⁹ der Form im Falle der Ressortverteilung sein.

Die Schriftlichkeit der Ressortverteilung dient in erster Linie Beweis-
zwecken,⁷³⁰ nicht etwa einer rechtlichen Sensibilisierung der Geschäfts-
führungsmitglieder. Ob die Aufgabenzuweisung klar und eindeutig ist,
hängt hingegen nicht primär von deren Form ab, genau so wenig wie
eine schriftliche Geschäftsverteilung zwingend klar und eindeutig ist.⁷³¹
Wenn ein Steuerberater und ein Gipser, die gemeinsam einen mittelständischen
Stuckateurbetrieb leiten, unter sich mündlich eine Aufteilung der
Geschäftsbereiche dergestalt vornehmen, dass ersterer sich um die kauf-
männischen Belange und letzterer sich ausschließlich um die einzelnen
Baustellen kümmert, wird im Haftungsfall kaum zweifelhaft sein, wer
für die Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer gemäß § 41a Abs. 1
S. 1 EStG und wer für die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften am Ar-
beitsplatz zuständig war. Ist ein Unternehmen andererseits beispielsweise
auf mehreren Geschäftsfeldern oder Märkten tätig, kann die Geschäftsver-
teilung aufgrund verschiedener (gegebenenfalls unvermeidbarer) Überlap-
pungen und Grauzonen zwischen den Ressorts eine so hohe Komplexität
erreichen, dass ihre textliche Fixierung unverzichtbar wird, um eine effzi-
ente, rechtmäßige und funktionierende Arbeitsteilung zu gewährleisten.⁷³²
Ein Verstoß hiergegen kann die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG auslö-
sen.⁷³³ Das Risiko, dass die Geschäftsführer Maßnahmen – etwa die Einhal-
tung von Verkehrspflichten – unterlassen und dadurch Dritte schädigen,
die wiederum sie selbst⁷³⁴ oder die Gesellschaft in Anspruch nehmen, ist

728 Wentz, WuB 2019, 186 (189).

729 Allg. in Bezug auf Dissonanzen zwischen Teilrechtsordnungen Löbbe, FS Sei-
bert, 561 (566 f.).

730 Peitsmeyer/Klesse, NZG 2019, 501 (502); nach Uwe H. Schneider, FS Mühl, 633
(637), hat die Dokumentation einer Geschäftsordnung sogar „nur Beweisfunktio-
n“.

731 Vgl. S. 131 f.

732 Ähnl. Wentz, WuB 2019, 186 (190); vgl. auch Heermann, FS Röhrich, 1191
(1199); abw. Rehm, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 295, der von einer
bloßen Gebotenheit ausgeht.

733 A.A. Rehm, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 295, weil die Verletzung der
Sorgfaltspflicht von „rechtlich anderer Qualität“ sei.

734 Siehe zum Streit über die Außenhaftung der Geschäftsführer für die Verletzung
deliktischer Verkehrspflichten S. 194 ff.

erhöht.⁷³⁵ Die Schriftform hat dann den Zweck, einerseits die zwischen den Geschäftsbereichen verlaufenden Trennlinien und Überschneidungen sichtbar zu machen, damit die Organmitglieder auch im Hinblick auf die Interaktion untereinander des Umfangs der gegenseitigen Befugnisse gewahr werden können, und andererseits die Einhaltung der Geschäftsverteilung durch die permanente informatorische Verfügbarkeit der Zuweisungsregeln sicherzustellen. Neben die Beweisfunktion tritt bei hoher Komplexität mithin eine Klarstellungs- und Dokumentationsfunktion.⁷³⁶

In der Regel kann der Geschäftsführer in Fällen hoher Komplexität aufgrund der unklaren Verhältnisse ohne Einhaltung der Schriftform auch nicht darauf vertrauen, dass fremde Ressortaufgaben ordnungsgemäß erledigt werden. Es ist ihm dann insofern verwehrt, sich auf eine wirksame Enthftung zu berufen.⁷³⁷ Der entscheidende Unterschied ist allerdings, dass es beim Vertrauensgrundsatz, der in der Enthftungssituation maßgeblich ist, immer nur auf die einzelne zu überwachende Aufgabe und nicht auf eine Gesamtbetrachtung ankommen kann.⁷³⁸ Geht es dagegen um ein Organisationsverschulden gegenüber der Gesellschaft, kann eine Pflichtverletzung insbesondere daraus resultieren, dass mangels Dokumentation der Arbeitsteilung ineffiziente Ressortstrukturen bestehen, die dem Unternehmen Verluste bescheren.⁷³⁹

Ist beispielsweise trotz hochkomplexer Leitungsverhältnisse zweifellos klar, welcher Geschäftsführer die Sozialbeiträge abführt, können sich seine Kollegen auf die Erledigung dieser Aufgabe auch ohne Einhaltung der Schriftform verlassen. Sofern die Ressortverteilung nicht ausnahmsweise als gesamtnechtig zu betrachten ist,⁷⁴⁰ bleibt ihre Enthftung durch Arbeitsteilung insoweit möglich. Haben sich aufgrund der fehlenden Dokumentation sämtlicher Zuständigkeiten allerdings unzumutbare Arbeitsabläufe eingeschliffen, die das Unternehmen schädigen, haftet die Geschäftsführung der Gesellschaft gegenüber unter Umständen trotzdem kollektiv wegen Organisationsverschuldens. Es wird deutlich: Die Haftung wegen fortbestehender Gesamtverantwortung und der Verletzung der Re-

735 Wohl von derartigen Konstellationen ausgehend *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59).

736 Zur diesen Formzwecken *Einsele*, in: MüKo, BGB, § 125 Rn. 9; *Wendtland*, in: BeckOK, BGB, § 125 Rn. 1, und § 126b Rn. 1; zu pauschal daher *Peitsmeyer/Klesse*, NZG 2019, 501 (502).

737 Ähnl. zur AG *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 209.

738 Siehe S. 141.

739 Siehe S. 140 f.

740 Siehe zur Teilnichtigkeit einer Geschäftsverteilung S. 178 f., 181.

sidualpflichten ist stets von der Haftung wegen Organisationsverschuldens zu trennen.

Da der Beweiszweck mithin das einzig stete Telos der Dokumentation ist, kann nur er einen generellen gesellschafts- und zivilrechtlichen Schriftformzwang begründen. Es kommt deshalb für die Herleitung eines Formerfordernisses maßgeblich darauf an, zu wessen Lasten die Unaufklärbarkeit der Geschäftsführerzuständigkeiten geht, in wessen Interesse ihre Dokumentation also ist. Über die Notwendigkeit eines ungeschriebenen Schriftformzwangs ließe sich nach allgemeinen Grundsätzen diskutieren, wenn das non liquet die Gläubiger der Geschäftsführer träfe und sie für die Durchsetzung ihrer Ansprüche unbedingt auf entsprechendes Beweismaterial angewiesen wären.⁷⁴¹

b) Risiko der Nichterweislichkeit der Ressortverteilung

aa) Feststellungslast im Privatrecht

Grundsätzlich hat die GmbH im Organhaftungsprozess nach nunmehr ganz herrschender Meinung die Möglichkeit einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers, also eines schädigenden Verhaltens aus dessen Pflichtenkreis, darzulegen und zu beweisen,⁷⁴² wohingegen letzteren analog § 93 Abs. 2 S. 2 AktG die Beweislast für die fehlende objektive und subjektive Pflichtwidrigkeit seines Handelns oder Unterlassens trifft.⁷⁴³ Die Behauptung, dass dem in Anspruch genommenen Geschäftsführer aufgrund einer (wirksamen) Aufgabenzuweisung „lediglich“ die – von ihm im Übrigen geleistete – ordnungsgemäße Überwachung seines Kollegen oblag, seine Verantwortung mithin im Gegensatz zum gesetzlichen Regelfall der Ge-

741 Vgl. etwa zu den – allerdings ausdrücklich geregelten – Dokumentationspflichten der §§ 61 f. VVG BGH v. 13.11.2014 – III ZR 544/13, BeckRS 2014, 22930, Rn. 18, und die Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, BT-Drs. 16/1935, 25 f.

742 *Fleck*, GmbHR 1997, 237 (239); *W. Goette*, ZGR 1995, 648 (670); vgl. auch *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 204 Fn. 36.

743 Ständige Rechtsprechung seit BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280 (283-285), Rn. 7 f.; *Reichert*, ZGR 2017, 671 (678); *W. Goette*, ZGR 1995, 648 (670, 673 f.); *v. Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39 (55); *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 76, m.w.N.; zur Beweislast beim Vorwurf unterlassener Überwachung des Mitgeschäftsführers *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 43; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 483; *Fleck*, GmbHR 1997, 237 (238).

samtgeschäftsführung modifiziert war, betrifft das Wesen der verletzten Pflicht.⁷⁴⁴ Denn es geht um die Frage, ob sie in einen Handlungs- und einen Überwachungsteil „aufgespalten“ gewesen ist und er nur für letzteren zuständig war. Dogmatisch setzt der Vortrag an den im konkreten Fall bestehenden Sorgfaltsanforderungen beziehungsweise dem Einwand fehlender (objektiver) Pflichtwidrigkeit an.⁷⁴⁵ Es wäre daher jedenfalls gerechtfertigt, dem Geschäftsführer für die Behauptung einer Ressortverteilung ebenfalls⁷⁴⁶ gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog die Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen. Hier wie dort⁷⁴⁷ spricht für die Analogie die Beweisnot der Gesellschaft auf der einen Seite und die Sachnähe des Geschäftsführers zu den maßgeblichen Aspekten seiner Amtstätigkeit zuzüglich seiner (dadurch bedingten) erhöhten Beweisnähe auf der anderen Seite für eine Abweichung von den regulären zivilprozessualen Grundsätzen der Beweislast. Die Unauflösbarkeit der Geschäftsbereichszuständigkeiten würde im Fall der Innenhaftung so gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog zu einem non liquet zu seinen Lasten führen. Bei genauerer Betrachtung der Wirkungsweise der Ressortverteilung im zivilrechtlichen Haftungsgefüge zeigt sich allerdings, dass es (auch hinsichtlich der Binnenhaftung) für die Allokation der Beweislast nicht auf eine Beweislastumkehr im eigentlichen Sinne ankommt. Besonders deutlich wird das an der Außenhaftung:

Die Beweislastverteilung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG wird nicht auf die Außenhaftung übertragen.⁷⁴⁸ So obliegt dem Sozialversicherungsträger der

744 Siehe S. 96 ff.

745 Ähnl. *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 295; dass die Ressortverteilung bei § 15b Abs. 1 S. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG a.F.) den Zurechnungszusammenhang beziehungsweise das Verschulden betrifft, ist, der Normstruktur geschuldet, siehe S. 72, 99.

746 Grundsätzlich zur – mittlerweile von der ganz h.M. bejahten – analogen Anwendung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG auf das GmbH-Recht auch hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280 (283), Rn. 6; *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 205; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 270; a.A. *Kindler*, FS W. Goette, 231 (234 f.).

747 BGH v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280 (283), Rn. 6; *Bayer/Illhardt*, GmbHR 2011, 751 (753); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 915 f.; W. Goette, ZGR 1995, 648 (672); v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39 (51 f.); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 205; *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 270; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 81, m.w.N.; vgl. auch BGH v. 13.3.2006 – II ZR 165/04, GmbHR 2006, 537 (538), Rn. 11.

748 BGH v. 16.9.2002 – II ZR 107/01, GmbHR 2002, 1197 (1199), Rn. 20; OLG Stuttgart v. 23.1.2006 – 14 U 64/05, GmbHR 2006, 759 (762), Rn. 9; *Bayer/Illhardt*, GmbHR 2011, 751 (755); *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 43 Rn. 212; *Ziemons*, in: M/H/L/S, GmbHG, § 43 Rn. 471.

Rechtsprechung des BGH zufolge nach allgemeinen Grundsätzen die volle Beweislast für die Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, während den in Anspruch genommenen Geschäftsführer lediglich eine sekundäre Darlegungslast trifft.⁷⁴⁹ Allerdings enthalten die vom Deliktsrecht in Bezug genommenen Tatbestände, die Pflichten zur Einhaltung öffentlich-rechtlicher Gebote normieren beziehungsweise deren Unterlassung sanktionieren, wie etwa die §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, kein negatives Tatbestandsmerkmal des „Nichtvorliegens einer entgegenstehenden Aufgabenzuweisung“ beziehungsweise eine Variante, wonach es im Falle einer Geschäftsverteilung auf die Verletzung der Überwachungspflicht ankommt.⁷⁵⁰ Die Sozialkasse muss nicht darlegen und beweisen, dass der in Anspruch genommene Geschäftsführer mangels (oder – beweisrechtlich gleichbedeutend – gegebenenfalls nach)⁷⁵¹ wirksamer interner Zuständigkeitsverteilung für die Erfüllung der Pflichten gemäß § 28e SGB IV zuständig war. Demnach kommt der Behauptung einer abweichenden Geschäftsführungsorganisation bei wertender Betrachtung „rechtshindernde“⁷⁵² Wirkung zu, wenn sich der Geschäftsführer angesichts des Vorwurfs unterlassener Pflichtenerfüllung auf seine mangelnde Zuständigkeit und damit das Entfallen seiner unmittelbaren Handlungspflicht beruft. Da die uneingeschränkte Zuständigkeit für die Einhaltung einer bestimmten Geschäftsführungspflicht keine Tatbestandsvoraussetzung der Außenhaftung ist und der Gesetzgeber damit eine generell-abstrakte Risikoallokation hinsichtlich der Beweisverteilung vorgenommen hat,⁷⁵³ kann von dem Anspruchsteller auch nicht

749 BGH v. 3.5.2016 – II ZR 311/14, GmbHR 2016, 806 (806 f.), Rn. 15; v. 18.12.2012 – II ZR 220/10, GmbHR 2013, 265, Rn. 14; v. 18.4.2005 – II ZR 61/03, GmbHR 2005, 874 (875), Rn. 10; v. 11.12.2001 – VI ZR 350/00, GmbHR 2002, 213 (215), Rn. 14.

750 Vgl. BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (378), Rn. 21; solche Negative versucht der Gesetzgeber möglichst zu vermeiden, siehe *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 20 Rn. 6, 20; BGH v. 13.5.1987 – VIII ZR 137/86, BGHZ 101, 49 (55), Rn. 17.

751 Vgl. die Entscheidung des BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (372, 376), Rn. 7, 18, in der es jedoch aufgrund der jedenfalls zu bejahenden Überwachungspflichtverletzung nicht auf die Ressortverteilung und die Frage der Beweislast ankam; zuvor noch OLG Frankfurt v. 9.12.1994 – 24 U 254/93, ZIP 1995, 213 (215 f.).

752 Siehe hierzu *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 27 Rn. 8, 23.

753 Zu dieser Funktion der Feststellungslast *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 9 Rn. 20; BGH v. 10.3.2010 – IV ZR 264/08, NJW-RR 2010, 1378 (1379), Rn. 12.

verlangt werden, ihr Nichtvorliegen darzulegen, geschweige denn es zu beweisen. Das entspricht auch dem Wertungskriterium des „Angreiferprinzips“, wonach für die Bestimmung der Beweislastverteilung maßgeblich ist, wer einen materiell-rechtlich feststehenden Tatbestand zu Fall bringen möchte.⁷⁵⁴ Andernfalls wäre die hinter vergleichbaren Haftungsnormen stehende gesetzliche Absicht, eine Gesamtverantwortung und damit eine individuelle Verantwortlichkeit jedes einzelnen Geschäftsführers zu bewirken,⁷⁵⁵ konterkariert. Denn im Haftungsprozess könnte, obwohl jedenfalls ein Geschäftsführer zuständig gewesen sein muss, die Klage gegen alle Organmitglieder aufgrund eines non liquet abgewiesen werden, wenn sich nicht feststellen ließe, wer der Ressortleiter war.⁷⁵⁶ Hinzu kommt, dass die Gründe, die im Rahmen der Binnenhaftung für eine Umkehr der Beweislast sprechen, auf dem Gebiet der Außenhaftung umso schwerer wiegen. Die organinterne Geschäftsführungsorganisation ist für Außenstehende nicht nachvollziehbar und erschließt sich insbesondere nicht unbedingt aus dem Handelsregister, weshalb die Beweisnot noch ausgeprägter ist. Die Feststellungslast hinsichtlich einer bestimmten Aufgabenzuweisung muss daher im Rahmen der Außenhaftung ebenfalls dem Geschäftsführer obliegen, soweit er meint, dass ihn die verletzte Pflicht (so) nicht traf.⁷⁵⁷ Wenn also der Sozialversicherungsträger die Vorenthaltung von Sozialbeiträgen und damit den Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB dargelegt und bewiesen hat, obliegt es dem Geschäftsführer darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass er sich in Abweichung von der gesetzlichen Konzeption darauf beschränken durfte, seinen Mitgeschäftsführer zu überwachen.⁷⁵⁸ Gelingt ihm dies, so trifft wiederum die Sozialkasse nach allgemeinen Grundsätzen die Feststellungslast hinsichtlich einer schuldhaften Verletzung der Überwachungspflicht und ihn diesbezüglich eine sekundäre Darlegungslast.⁷⁵⁹

754 *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 27 Rn. 12; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39 (51 f.).

755 Siehe hierzu S. 63-65.

756 § 830 Abs. 1 S. 2 BGB hilft an dieser Stelle nicht weiter, weil die Vorschrift nur Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität betrifft, siehe BGH v. 20.6.1989 – VI ZR 320/88, NJW 1989, 2943 (2944), Rn. 14, m.w.N.; *Wilhelmi*, in: Erman, BGB, § 830 Rn. 6.

757 Dagegen allein aufgrund der typischerweise bestehenden Beweisnot der Gläubiger ohne Not von einer Beweislastumkehr ausgehend *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 296.

758 Vgl. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 89.

759 Ohne Grund wohl weitergehend zur Insolvenzverschleppungshaftung *Klein-diek*, FS Kayser, 435 (454).

Letzteres ist dann auch der entscheidende Unterschied zur Innenhaftung, die gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog hinsichtlich der Verletzung der Überwachungspflicht und hinsichtlich des Verschuldens tatsächlich eine Beweislastumkehr kennt.⁷⁶⁰ Die Organbinnenhaftung geht ebenfalls vom gesetzlichen „Regelzustand“ der uneingeschränkten Gesamtverantwortung der Geschäftsführung aus, sodass ihren Mitgliedern auch gegenüber der Gesellschaft bereits nach der gesetzlichen Beweislastverteilung die Feststellungslast für die Ressortverteilung als Verteidigungsmittel obliegt.⁷⁶¹ Ob die Gesellschafter die Geschäftsverteilung vorgenommen haben, spielt dabei keine Rolle.⁷⁶²

bb) Verhältnis der privatrechtlichen Außenhaftung zum Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

In einer Entscheidung zur Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat der BGH argumentiert, dass eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens auch deshalb nicht hinnehmbar sei, weil sie eine Diskrepanz zu den strafprozessualen Beweisgrundsätzen bedeute und damit gegen die Einheit der Rechtsordnung verstoße.⁷⁶³

Die zuvor herausgearbeitete Beweislastverteilung weist eine ähnliche Divergenz auf. Denn im Straf- und Ordnungswidrigkeitenprozess muss aufgrund der umfassenden Wirkung der Entscheidungsregel „in dubio pro

760 Vgl. zu § 64 S. 1 GmbHG a.F. *Kleindiek*, FS Kayser, 435 (453 f.), wobei die Haftung wegen Verstoßes gegen die Massesicherungspflicht insofern einen Sonderfall darstellt, als dass sich die Entlastung auf das Verschulden konzentriert, siehe S. 72.

761 Das erkennend, aber sich mangels Trennung von Pflichtenmaßstab und Pflichtwidrigkeit trotzdem auf § 93 Abs. 2 S. 2 AktG berufend *Rehm*, Einzel- und Gesamtverantwortung, S. 295; vgl. auch *Emde*, FS Uwe H. Schneider, 295 (319); anders ist es aber, wenn ein Anspruch (oder eine Abberufung, Kündigung aus wichtigem Grund) beispielsweise auf den Eingriff in einen fremden Geschäftsbereich gestützt wird und die Ressortverteilung gerade nicht als Verteidigungsmittel wirken soll.

762 Zur vergleichbaren Situation der Behauptung einer Weisung BGH v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 (221), Rn. 39; *Bayer/Illhardt*, GmbHR 2011, 751 (754); v. *Gerkau*, ZHR 154 (1990), 39 (56 f.); *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 333; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 43 Rn. 113.

763 Zum Merkmal der Zahlungsfähigkeit BGH v. 11.12.2001 – VI ZR 350/00, GmbHR 2002, 213 (215), Rn. 14.

reo“⁷⁶⁴ im Zweifelsfall auf Ebene des objektiven Tatbestandes (oder spätestens des Vorsatzes, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB) zugunsten des Geschäftsführers von seiner Unzuständigkeit und damit von einer Überwachungspflicht⁷⁶⁵ ausgegangen werden (auch wenn es darauf freilich meist nicht ankommen wird, weil die Geschäftsführer regelmäßig zusätzlich ihre Aufsichtspflichten verletzen,⁷⁶⁶ sodass aufgrund der bloßen Sachverhaltsalternativität eine Verurteilung auf der Grundlage gleichartiger Wahlfeststellung⁷⁶⁷ in Betracht kommt).

Diese Abweichung läuft jedoch nicht der Einheit der Rechtsordnung zuwider. Dieser Topos, dessen Berechtigung, Einordnung und Umfang im Einzelnen kontrovers diskutiert werden,⁷⁶⁸ steht nach einem weiten Verständnis einerseits für die innere Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, verbietet also logisch oder teleologisch unvereinbare Verhaltensgebote,⁷⁶⁹ und andererseits für eine Art axiologische System- beziehungsweise Folgenkohärenz der Rechtsgebiete.⁷⁷⁰

Unterschiedliche Beweislasten im Straf- und Privatrecht sind systemimmanent. So kennt das Zivilrecht gemäß § 830 Abs. 1 S. 2 BGB etwa eine Haftung trotz Nichtaufklärbarkeit der Kausalität. Im Zivilrecht ist der „Täter“ für die Voraussetzungen der rechtshindernden Einwendung der

764 Statt aller BVerfG v. 5.7.2019 – 2 BvR 167/18, NJW 2019, 2837 (2839), Rn. 35.

765 Die Pflichtenmodifikation durch Ressortverteilung ist mittlerweile auch im Strafrecht anerkannt, siehe BGH v. 28.5.2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318 (325), Rn. 25; andeutungsweise auch BGH v. 8.11.1989 – 3 StR 249/89, GmbHR 1990, 298 (299), Rn. 5; LG Kiel v. 3.4.2019 – 3 KLS 3/18, BeckRS 2019, 10678, Rn. 122; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 217; *Böse*, wistra 2005, 41 (43 f.); offen gelassen von BGH v. 1.7.1997 – 1 StR 244/97, NStZ 1997, 545 (546), Rn. 5; v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (123), Rn. 48.

766 Siehe exemplarisch BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (379), Rn. 24.

767 Statt aller *Ott*, in: KK, StPO, § 261 Rn. 177 f., wobei beim Ausspruch über die Rechtsfolgen auf die günstigere Alternative der Überwachungspflichtverletzung abzustellen ist.

768 *Brüning*, NVwZ 2002, 33 (35-37); *Sendler*, NJW 1998, 2875 (2875 f.).

769 BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 (35), Rn. 81; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII. Rn. 56; *Brüning*, NVwZ 2002, 33 (36); *Sendler*, NJW 1998, 2875 (2876).

770 *Brüning*, NVwZ 2002, 33 (35 f.); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII. Rn. 56 f.; *P. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 412; *Sendler*, NJW 1998, 2875 (2875 f.); vgl. auch BVerfG v. 8.12.2005 – 2 BvR 1001/04, ZAR 2006, 28 (29), Rn. 23; BVerfG v. 19.10.2016 – 2 BvR 1943/16, NVwZ 2017, 229 (230), Rn. 22.

Notwehr nach § 227 BGB⁷⁷¹ oder eines unvermeidbaren Verbotsirrtums im Sinne des § 17 S. 1 StGB⁷⁷² beweispflichtig. Während der Geschäftsführer sich bei der Haftung wegen Verletzung seiner Buchführungspflichten gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 41 GmbHG nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG (analog) exkulpieren muss,⁷⁷³ ist er bei Zweifeln hinsichtlich der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals des § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB oder des § 283b Abs. 1 Nr. 1-3 StGB freizusprechen. Die Einheit der Rechtsordnung setzt keine absolute Harmonie um jeden Preis voraus, sondern kennt durchaus sachlich begründete Abweichungen zwischen verschiedenen Rechtsbereichen.⁷⁷⁴

Im Bereich der zivilrechtlichen Außenhaftung gibt es hinsichtlich der Feststellungslast des Geschäftsführers für seine ressortbedingte Unzuständigkeit solche sachlichen Gründe für eine Abweichung vom Strafrecht. Wie bereits dargestellt, könnte die zivilrechtliche (Außen-)Haftung der Geschäftsführer weitgehend leerlaufen, wenn sie für die rechtshindernde Wirkung des „Unzuständigkeitseinwands“ nicht beweispflichtig wären. Dieses Ergebnis widerspräche dem gesetzlich vorausgesetzten Grundsatz der individuellen Verantwortung der Geschäftsführer. Das Strafrecht kennt keine Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden Tatsachen einerseits und rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Tatsachen andererseits. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass der Zweifelsgrundsatz auf umfassende Wirkung angelegt ist, um den Angeklagten beziehungsweise Betroffenen vor der besonderen Belastung der straf- und ordnungs- widrigkeitenrechtlichen Sanktion und damit auch vor der Übermacht des Staates zu bewahren.⁷⁷⁵

c) Zwischenergebnis

Die grundlegende Funktion der Form der Aufgabenzuweisung als Verteidigungsmittel, der Beweiszweck, wahrt die Interessen der Geschäftsführer. Die Nichtbeachtung des Beweiszwecks wirkt sich in haftungsrelevanter Weise zu deren Lasten und nicht etwa zulasten der Gläubiger aus. Daher

771 OLG Koblenz v. 22.8.2018 – 5 U 205/18, NJW-RR 2019, 82 (82 f.), Rn. 27.

772 BGH v. 16.5.2017 – VI ZR 266/16, NJW 2017, 2463 (2464), Rn. 17 f.

773 Statt aller *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 41 Rn. 26, m.w.N.

774 *P. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 412; BVerfG v. 18.10.1989 – 1 BvR 1013/89, NStZ 1990, 178 (179); v. 26.3.1969 – 1 BvR 512/66, BVerfGE 25, 309 (313), Rn. 16.

775 Vgl. BGH v. 25.11.1987 – IVa ZR 160/86, BGHZ 102, 227 (231), Rn. 10.

ist ein genereller Schriftlichkeitszwang im Bereich des Privatrechts abzulehnen.

2. Rechtfertigung von Abweichungen

Die vom BGH hervorgehobene Abgrenzung zur Rechtsprechung des BFH wirkt bereits im Ansatz erzwungen und künstlich, weil die Finanzgerichte ihre Aussagen zur Wirksamkeit der Ressortverteilung in ständiger Rechtsprechung ebenfalls auf § 43 Abs. 1 GmbHG⁷⁷⁶ stützen und dabei nicht auf ihren Rechtsprechungszweig im Sinne des Art. 95 Abs. 1 GG und der §§ 1 f. FGO beschränken.⁷⁷⁷ Eigene (ausdrückliche) Formvorgaben zur Aufgabenteilung auf Geschäftsführungsebene enthalten die Steuergesetze nicht. Die Ressortverteilung ist in diesem Sinne „gesellschaftsrechtsakzessorisch“.⁷⁷⁸ Das bedeutet zwar nicht, dass das Steuerrecht gezwungen ist, die Auffassung der „Gesellschaftsrechtler“ zu übernehmen; eine Abweichung muss jedoch gerechtfertigt sein.⁷⁷⁹

Selbst wenn sich eine Benachteiligung privatrechtlicher Gläubiger gegenüber dem Fiskus möglicherweise noch aufgrund unterschiedlicher Normzwecke und flankierender Sanktionsunterschiede rechtfertigen ließe,⁷⁸⁰ Eine sachliche Differenzierung etwa zwischen der Haftung für die gleichermaßen öffentlich-rechtliche Pflicht⁷⁸¹ zur Abführung von Sozialbeiträgen einerseits und der Haftung für Steuerschulden andererseits ist jedenfalls nicht begründbar.

Als einzig mögliche Spezifika, jedenfalls im Gegensatz zum Zivilrecht, kommen generell der Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 88 Abs. 1 AO und § 76 Abs. 1 S. 1 FGO und speziell im Hinblick auf die gesellschaftsin-

776 Siehe S. 145 und Steeger, steuerliche Haftung, S. 77.

777 Treffend *Fleischer*, DB 2019, 472 (474), mit Verweis auf die Entscheidung des BFH v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 19; *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (587); *Peitsmeyer/Klesse*, NZG 2019, 501 (502).

778 Vgl. zur "Gesellschaftsrechtsakzessorietät" des Strafrechts *Löbbe*, FS Seibert, 561 (570 f.).

779 Vgl. *Löbbe*, FS Seibert, 561 (566, 570 f.); zu undifferenziert und nicht überzeugend daher *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (696 ff.), weil es nicht um die – bereits bejahte – Frage geht, ob die Delegierbarkeit (einheitlich) pflichtenspezifisch zu beurteilen ist.

780 In diese Richtung *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (698); zweifelnd *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (587); vgl. nunmehr auch § 15b Abs. 8 InsO.

781 BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 (375, 377), Rn. 15, 19.

terne Haftung die abweichende Beweislastverteilung in Betracht.⁷⁸² Im Steuerrecht trifft die Finanzverwaltung nach der – für das Zivilrecht entwickelten – sogenannten Normentheorie⁷⁸³ im Grundsatz die Feststellungslast für die steuerbegründenden und -erhöhenden Tatsachen, während der Steuer- beziehungsweise Haftungsschuldner sie für die steuerentlastenden oder -mindernden Tatsachen trägt.⁷⁸⁴ Für die Haftung nach § 69 AO bedeutet das konkret, dass Zweifel hinsichtlich der Pflichtverletzung, der Kausalität oder des Verschuldens zulasten der Finanzbehörde gehen.⁷⁸⁵

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Rechtsprechung der Finanzgerichte zum Schriftformzwang durch das – legitime – Interesse motiviert ist, die Steuertatbestände nicht dadurch leerlaufen zu lassen, dass den Fiskus das non liquet hinsichtlich der Zuständigkeit des Geschäftsführers für die Erfüllung steuerlicher Pflichten trifft. Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass diese Zuständigkeit ein steuerbegründendes Tatbestandsmerkmal ist, für das die Finanzverwaltung die Feststellungslast trägt. Die Pflicht zur Dokumentation der Ressortverteilung stellt im Ergebnis nichts anderes als eine faktische Umkehr dieser Feststellungslast dar.⁷⁸⁶ Das erscheint aber schon deshalb problematisch, weil das Steuerrecht ausdrücklich normierte Nachweispflichten für steuerentlastende Rechtsfolgen kennt, zum Beispiel in § 159 Abs. 1 S. 1 AO und § 4 Abs. 7 S. 2 EStG oder § 138 Abs. 4 BewG. Außerdem wird selbst bei ausdrücklich geregelten Dokumentationspflichten wie den §§ 61 f. VVG keine automatische Beweislastumkehr angenommen.⁷⁸⁷ Gerechtfertigt wäre deshalb höchstens

782 Ähnl. *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (587).

783 Statt aller *Prütting*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 11 Rn. 19 ff., 51.

784 Zur sogenannten Beweislastgrundregel statt aller BFH v. 25.7.2000 – IX R 93/97, BStBl. II 2001, 9 (10 f.), Rn. 13; *Seer*, in: Tipke/Kruse, FGO, § 96 Rn. 83; *Rätke*, in: Klein, AO, § 88 Rn. 61.

785 Statt aller *Rüsken*, in: Klein, AO, § 69 Rn. 159.

786 Aus diesem Grund gegen besondere Dokumentationspflichten im Zusammenhang mit der deliktischen Haftung des Geschäftsführers für die Abführung von Sozialbeiträgen BGH v. 18.4.2005 – II ZR 61/03, GmbHR 2005, 874 (876), Rn. 15; *Uwe H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 43 Rn. 409.

787 BGH v. 13.11.2014 – III ZR 544/13, BeckRS 2014, 22930, Rn. 18; Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, BT-Drs. 16/1935, 25 f.

eine tatsächliche Vermutung dahingehend, dass es keine Ressortverteilung gab.⁷⁸⁸

Der Amtsermittlungsgrundsatz und das grundsätzliche non liquet zulasten des Staates sind keine Besonderheiten des Steuerrechts. Wenn das Schriftformerfordernis von diesen Verfahrensprinzipien abhinge, müsste es erst recht im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht Geltung beanspruchen. Schließlich macht selbst die Finanzgerichtsbarkeit eine – nicht näher definierte – Ausnahme für nicht existenzielle Geschäfte des laufenden Verkehrs, wozu etwa die Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer gehören soll.⁷⁸⁹ Der Fiskus muss daher nach dem BFH in der Theorie⁷⁹⁰ letztendlich für einen erheblichen Teil der steuerlichen Verpflichtungen selbst die konkrete Geschäftsverteilung ermitteln. Diese Inkonsistenz spricht ebenfalls gegen einen Schriftformzwang aufgrund „spezieller“ Beweislastverhältnisse.

Ein sachlicher Grund für eine Abweichung der finanzgerichtlichen Rechtsprechung ist mithin nicht erkennbar.⁷⁹¹ Sie lässt sich nicht auf Besonderheiten eines öffentlichen-rechtlichen Pflichtenkreises stützen. Vielmehr ist die Dokumentation der Ressortverteilung als spezifisch gesellschaftsorganisationsrechtliche Materie zu verstehen.⁷⁹² Ein steuerrechtlicher Schriftformzwang ist daher abzulehnen. Dieses Ergebnis führt aber nicht zur Funktionslosigkeit der steuerrechtlichen Haftung der Geschäftsführer. Richtigerweise trifft sie nämlich auch im Steuerrecht die Feststellungslast hinsichtlich ihrer geschäftsverteilungsbedingten Unzuständigkeit für die Erfüllung der Steuerschulden.⁷⁹³

§ 34 Abs. 1 S. 1 AO normiert ausdrücklich eine individuelle Verantwortung jedes einzelnen Geschäftsführers und ist der gesetzliche Regelatbestand, auf den § 69 S. 1 AO Bezug nimmt. Eine besondere Zuständigkeit

788 Vgl. zur Beweislast bei der Verletzung sonstiger Dokumentations- und Befund sicherungspflichten *Prütting*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 25 Rn. 39.

789 Statt aller BFH v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 18.

790 In der Praxis kommt es hierauf freilich meist nicht an, weil die Haftung regelmäßig auf das „zweite Standbein“ der ohnehin verletzten Überwachungspflicht gestützt werden kann, siehe bereits S. 160; zur steuerlichen Haftung *Steegeer*, steuerliche Haftung, S. 85; BFH v. 13.1.1987 – VII R 86/85, BFH/NV 1987, 550 (552), Rn. 18; v. 4.3.1986 – VII S 33/85, BStBl. II 1986, 384 (385), Rn. 12 f.; v. 26.4.1984 – V R 128/79, BStBl. II 1984, 776 (778), Rn. 20.

791 Einen solchen bezeichnenderweise nicht benennend *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (697-699).

792 Vgl. *Dreher*, ZGR 1992, 22 (57).

793 Ohne Begründung *Loose*, in: Tipke/Kruse, AO, § 69 Rn. 33.

für die Erfüllung steuerlicher Pflichten hat die Finanzbehörde gerade nicht darzulegen und zu beweisen, weil es sich dabei nicht um eine steuerbe-gründende oder -erhöhende Tatsache handelt. Ansonsten wäre die von § 69 S. 1 AO bezweckte Sicherungsfunktion⁷⁹⁴ ad absurdum geführt. Die ressortbedingte Unzuständigkeit ist vielmehr eine steuerentlastende Tatsache, weil sie mit der ihr innewohnenden Verantwortungsmodifikation als Ausnahme von der gesetzlichen Regelung verhindern kann, dass der Steueranspruch wegen persönlicher Nichterfüllung steuerlicher Pflichten überhaupt erst zur Entstehung gelangt. Die Verteilung der Feststellungslast lässt sich demnach bereits in abstrakt-genereller Weise den normativ hinter § 34 Abs. 1 S. 1 AO stehenden Wertungen entnehmen.⁷⁹⁵ Dieselben sachlichen Legitimationsgründe, die dieses Ergebnis im Falle der zivilrechtlichen Außenhaftung tragen, lassen sich zudem in gleicher oder zumindest ähnlicher Weise für die steuerrechtliche Geschäftsführerhaftung anführen. So ist die Ursache für die Unaufklärbarkeit der ressortverteilungsbedingten Zuständigkeiten der Sphäre der Geschäftsführung zuzurechnen (sogenannter Sphärengedanke).⁷⁹⁶ Die notwendigen Informationen entspringen ihrem Verantwortungs-, Wissens- und Herrschaftsbereich (sogenannte Beweisnähe).⁷⁹⁷

Die dargestellte Beweislastverteilung fügt sich im Gegensatz zum Schriftformerfordernis nicht nur methodisch in das Steuerrecht ein, sondern bedeutet für den Geschäftsführer als Haftungsschuldner im Übrigen auch einen verhältnismäßig milderen Rechtseingriff. Denn mit der Möglichkeit, sich im Einzelfall auf eine mündliche Ressortverteilung und die ordnungsgemäße Überwachung seines Mitgeschäftsführers berufen zu können, geht eine erhöhte Einzelfallgerechtigkeit einher. Gleichzeitig wird das öffentliche Interesse an einer effizienten und effektiven Sicherung der steuerrechtlichen Haftungsansprüche gewahrt.⁷⁹⁸

794 Siehe hierzu *Steeger*, steuerliche Haftung, S. 22 ff., 41; *Rüsken*, in: Klein, AO, 14. Aufl. 2018, § 69 Rn. 4.

795 Allg. zur Auslegung von Gesetzen im Hinblick auf die Beweislastverteilung *Laumen*, in: Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 27 Rn. 1, 6 ff., 23; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39 (51 f.); speziell zum Steuerrecht *Seer*, in: Tipke/Kruse, FGO, § 96 Rn. 79, 89.

796 Zu diesem Sphärengedanken zuletzt BFH v. 19.1.2017 – III R 28/14, BStBl. II 2017, 743 (744 f.), Rn. 20; *Seer*, in: Tipke/Kruse, FGO, § 96 Rn. 88, 90 f., m.w.N.

797 BFH v. 28.2.2007 – II B 82/06, BFH/NV 2007, 919 (920), Rn. 9; v. 9.6.2005 – IX R 75/03, BFH/NV 2005, 1765 (1766 f.), Rn. 14; *Seer*, in: Tipke/Kruse, FGO, § 96 Rn. 88.

798 Zu diesem Haftungszweck *Steeger*, steuerliche Haftung, S. 22 ff., 41; *Rüsken*, in: Klein, AO, 14. Aufl. 2018, § 69 Rn. 4.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

Da eine abweichende Judikatur der Finanzgerichtsbarkeit nicht zu rechtfertigen ist, hätte der zweite Zivilsenat⁷⁹⁹, auch um eine weitere Zersplitterung der Rechtsprechung zur Ressortverteilung und damit verbundene (unnötige) Rechtsanwendungsunstimmigkeiten zu vermeiden, im Zuge des Weltruf-Verfahrens bezüglich der Frage des Schriftformzwangs gemäß § 2 Abs. 1 RsprEinhG den Gemeinsamen Senat anrufen müssen.

B. Faktische, stillschweigende und konkludente Ressortverteilung

Die Anerkennung impliziter Geschäftsverteilungen trüge zum praktischen Nutzen der Arbeitsteilung als Enthaltungsinstrument entscheidend bei. Denn nicht selten teilen die Geschäftsführer, für gewöhnlich die kleineren Gesellschaften, ihre Aufgaben ohne ausdrückliche Vereinbarung untereinander auf.

I. Meinungsspektrum

In seinem Weltruf-Urteil ging der zweite Zivilsenat des BGH im Hinblick auf die formellen Voraussetzungen der Ressortverteilung noch einen Schritt über die Frage des Schriftlichkeitszwangs hinaus. Er stellte in Form eines Obiter Dictum⁸⁰⁰ fest, es sei trotz der „Gefahr von Missverständnissen über die konkrete Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben [...] nicht ausgeschlossen, dass eine auf einer faktischen Arbeitsteilung oder einer stillschweigenden Übereinkunft beruhende Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung durch ihre tatsächliche Handhabung zu einer [...] Aufgabenzuweisung erstark[e]“⁸⁰¹, die jeglichen Wirksamkeitsanforderungen genüge.

Die Diskussion um die Wirksamkeit einer nicht ausdrücklich vereinbarten Geschäftsverteilung schwelt bereits lange, wobei bisher nicht genügend zwischen den Begriffen „faktisch“ und „stillschweigend“ differenziert

799 Oder nunmehr auch der BFH, sofern er seiner Rechtsprechungslinie treu bleibt.

800 Nach den erstinstanzlichen Feststellungen des LG Berlin v. 31.7.2015 – 15 O 65/14, BeckRS 2015, 126704, Rn. 27, 35, beruhte die Ressortverteilung auf einer ausdrücklichen Absprache, wobei das Gericht wohl „faktisch“ mit „nicht schriftlich“ gleichsetzte, siehe Rn. 30 f. (Rn. beziehen sich auf BeckRS-Fassung).

801 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (172), Rn. 26.

worden ist.⁸⁰² Hinzu kommt, dass die faktische teilweise zum Gegenpart der schriftlichen⁸⁰³ beziehungsweise der von den Gesellschaftern⁸⁰⁴ implementierten Aufgabenteilung erklärt worden ist.⁸⁰⁵ Insofern ist der Streit daher vielfach unter falschen Vorzeichen geführt worden. Überwiegend ist die rein faktische⁸⁰⁶ und die stillschweigende⁸⁰⁷ Geschäftsverteilung jedoch für unwirksam erachtet worden. Vereinzelt ist zumindest die Möglichkeit eines konkludenten Beschlusses bejaht worden.⁸⁰⁸

II. Stellungnahme

1. Begriffsklärung

Um rechtlich zwischen den verschiedenen Arten impliziter Geschäftsverteilung unterscheiden zu können, sind zunächst die Begriffe „faktisch“, „stillschweigend“ und „konkludent“ auseinanderzuhalten.

Als faktische Arbeitsteilung ist in Abgrenzung zur stillschweigenden oder konkludenten begrifflich eine rein auf tatsächlichen Vorgängen und Handlungen beruhende Aufgabenteilung der Geschäftsführung zu verstehen. Es fehlt die kollektive kognitive Wahrnehmung des Gremiums, dass ein Organmitglied eine bestimmte Geschäftsführungspflicht übernommen hat, also der geistige Kommunikationsakt zwischen den Geschäftsführern im Sinne einer Billigung oder Ablehnung der arbeitsteiligen Vorgehens-

802 Zwar unterscheiden *Leuring/Dornhege*, NZG 2010, 13 (14), etwa die konkludente von der faktischen Arbeitsteilung, gehen jedoch gleichzeitig aufgrund des Verweises auf die Entscheidung des BGH v. 8.11.1989 – 3 StR 249/89, GmbHR 1990, 298 (299), Rn. 5, offenbar davon aus, dass die Begriffe „stillschweigend“ und „faktisch“ gleichzusetzen sind; *Heermann*, FS Röhrich, 1191 (1201 f.), erkennt die faktische Teilung an, aber lässt die stillschweigende unerwähnt.

803 *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK, GmbHG, § 43 Rn. 217; *E. Vetter*, in: *Krieger/Schneider*, Uwe H., Handbuch Managerhaftung, § 22 Rn. 48; unklar *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 115; nunmehr *ders.*, DB 2019, 472 (475); Bayerischer VGH v. 3.8.2007 – 4 CS 07.1433, DB 2007, 2083, Rn. 16.

804 So offenbar OLG Koblenz v. 9.6.1998 – 3 U 1662/89, NZG 1998, 953 (954), Rn. 61; *Fleischer*, DB 2019, 472 (473 f.); *ders.*, in: MüKo, GmbHG, § 43 Rn. 114.

805 Siehe bereits S. 84 f.

806 *H.-J. Mertens*, in: *Hachenburg*, GmbHG, § 43 Rn. 33; *Voß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 18 f.; *Dreher*, ZGR 1992, 22 (51, 58); *Uwe H. Schneider*, FS 100 Jahre GmbHG, 473 (483 f.); wohl auch *van Venrooy*, GmbHR 1999, 685 (686).

807 BGH v. 8.11.1989 – 3 StR 249/89, GmbHR 1990, 298 (299), Rn. 5.

808 *Leuring/Dornhege*, NZG 2010, 13 (14).

weise. Im Innenverhältnis zur Gesellschaft sind solche „Alleingänge“ grundsätzlich⁸⁰⁹ pflichtwidrig, wenn der Gesamtgeschäftsführungsgrundsatz nicht abbedungen wurde.

Stillschweigende und konkludente Übereinkünfte sind dagegen nach ihrem allgemeinen Wortsinn dadurch gekennzeichnet, dass sie Wissens- und Willenselemente enthalten. Die konkludente und stillschweigende Zustimmung zu einer Geschäftsführungsmaßnahme, etwa zu einer bestimmten Arbeitsorganisation, ist auch im GmbH-Recht unproblematisch möglich.⁸¹⁰ Gesellschafter- und Geschäftsführerbeschlüsse sind Rechtsgeschäfte, die durch empfangsbedürftige Willenserklärungen der Beschließenden zustande kommen.⁸¹¹ Entsprechend können die zivilrechtlichen Grundsätze zur Anerkennung der rechtlichen Verbindlichkeit und zur Unterscheidung konkludenter oder stillschweigender Willenserklärungen auch für die Stimmabgabe der Gesellschafter und der Geschäftsführer herangezogen werden. Dabei ist die stillschweigende Willensbetätigung lediglich ein Unterfall der konkludenten, bei der nicht ein Schweigen unter besonderen Begleitumständen, sondern ein aktives Verhalten den Indizienschluss auf einen bestimmten Geschäftswillen zulässt.⁸¹²

2. Wirksamkeit stillschweigender Ressortverteilungen

a) Ausgangspunkt: Die faktische Arbeitsteilung

Im Stadium eines ersten faktischen „Alleingangs“ oder einer bloß wiederholten De-facto-Arbeitsteilung kann nicht von einer wirksam enthaftenden Ressortverteilung ausgegangen werden.⁸¹³ Der untätig bleibende Geschäftsführer kann sich also, wenn er erst im Zuge des Haftungsfalls erst-

809 Vgl. aber zum Beispiel § 15 Abs. 1 S. 1 InsO.

810 Zur konkludenten Stimmabgabe der Geschäftsführer *Paefgen*, in: U/H/L, GmbHG, § 35 Rn. 190; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn. 28; *Baukelmann*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 37 Rn. 17; *Busche*, FS Sacker, 45 (46); zum AG-Vorstand OLG Frankfurt v. 15.4.1986 – 5 U 191/84, NJW-RR 1987, 169; zur stillschweigenden Zustimmung im Personengesellschaftsrecht v. *Ditfurth*, in: MHDG GesR I, § 53 Rn. 57.

811 Siehe S. 131.

812 *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, Vor § 116 Rn. 6; BGH v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 (68, 70 f.), Rn. 11, 14.

813 Vgl. zur Einschaltung Dritter bei der Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 218, m.w.N.

mals von der bestehenden Pflicht oder auch nur von deren regelmäßigen Erfüllung durch seinen Kollegen erfährt, nicht darauf berufen, dass er die begangene Pflichtverletzung, selbst im Falle einer ausdrücklich vereinbarten Ressortverteilung und ordnungsgemäßen Überwachung, nicht hätte verhindern können. Denn die ressortbedingte Modifikation des Pflichtenmaßstabs kann nur einwenden, wer sich nach dem Vertrauensgrundsatz auf die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung durch seinen Kollegen verlassen darf.⁸¹⁴ Ein solches „Vertrauendürfen“ muss ausscheiden, wenn ein Geschäftsführer nichts von der Pflichtenerfüllung durch den Kollegen weiß. Denn dann kann er auch nicht annehmen, dass er nur zu Überwachung verpflichtet ist. Vielmehr muss er davon ausgehen, dass er sämtliche Pflichten persönlich zu erfüllen hat. Auf der anderen Seite ist bei einer rein tatsächlichen Arbeitsteilung das Risiko hoch, dass der handelnde Geschäftsführer sich nicht zur Erledigung der von ihm wahrgenommenen Aufgabe verpflichtet fühlt. Weder Überwachung noch fortdauernde Pflichtenerfüllung sind daher bei der faktischen Aufgabenteilung gewährleistet. Aus diesem Grund ist es auch ohne Bedeutung, wenn die Gesellschafter eine solche Routine erkennen und dulden. Ein Einvernehmen⁸¹⁵ der Geschäftsführer kann es bei einer faktischen Arbeitsteilung ebenfalls nicht geben.

b) Subjektive Komponente: Das Erkennen und Dulden der Arbeitsteilung

Das vom BGH postulierte Merkmal des „Erstarkens“ setzt daher in subjektiver Hinsicht mindestens ein stillschweigendes Einvernehmen über die Arbeitsteilung und nicht nur die objektive „tatsächliche Handhabung“⁸¹⁶ im Sinne wiederholter Aufgabenwahrnehmung durch dieselbe Person voraus.⁸¹⁷ Die faktische Arbeitsteilung ist insofern die Vorstufe zur stillschweigenden Übereinkunft. Gegen deren Wirksamkeit gibt es keine grundsätzlichen Bedenken. Ausdrückliche, konkludente und stillschweigende

814 Siehe S. 100 f.

815 Siehe S. 122 f.

816 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (172), Rn. 26.

817 Entsprechend verlangt der BGH bei der Einschaltung Dritter zur Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten eine (klare) Absprache beziehungsweise Vereinbarung, siehe BGH v. 22.1.2008 – VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440 (1441), Rn. 9; deutlich zur vertrauensbegründenden Wirkung der Absprache *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 217 f.

Erklärungen können dieselben Rechtswirkungen erzeugen.⁸¹⁸ Sie sind dem Gesellschaftsrecht keinesfalls unbekannt.⁸¹⁹ Erforderlich ist, dass dem Schweigen „unmissverständliche Konkludenz“ zukommt und „der Erklärungsempfänger angesichts der Gesamtumstände nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine gegenteilige Äußerung des Schweigenden erwarten durfte“.⁸²⁰ Fraglich ist jedoch, was das im Falle der Vereinbarung über die Geschäftsverteilung bedeutet. Wann können die Geschäftsführer von ihrem Schweigen auf eine stillschweigende Übereinkunft über die Ressortverteilung schließen? Problematisch hieran ist, dass die Ressortverteilung eine Regelung der zukünftigen Arbeitsbeziehungen voraussetzt. Dieser Geschäftswille muss den stillschweigenden Erklärungen entnommen werden können. Auch das folgt aus dem Vertrauensgrundsatz. Denn die Geschäftsführer müssen sich gerade auch mit Blick auf die bevorstehende Aufgabenerfüllung auf eine Arbeitsteilung verlassen können, damit sie sich auf eine Überwachung ihres Kollegen beschränken dürfen.⁸²¹ Der „klare“ Fall, dass die Geschäftsführer eine ausformulierte Beschlussvorlage mit einem Schweigen quittieren und anschließend in die Tat umsetzen, wird, wenn überhaupt, selten vorkommen. Typischerweise werden sich arbeitsteilige Abläufe dergestalt schleichend einschleifen, dass ein Geschäftsführer einen bestimmten Pflichterfüllungsakt oder gar eine Serie solcher Pflichterfüllungsmaßnahmen autonom vornimmt und die Kollegen sein Vorgehen zu einem gewissen Zeitpunkt – nach außen erkennbar – bemerken und dulden.

c) Objektive Komponente: Das „Erstarken“

Sobald das Gremium sich in seiner Gesamtheit erstmals der eigenmächtigen Aufgabenwahrnehmung durch einen Kollegen bewusst wird und sie duldet, stellt dieser Vorgang eine Momentaufnahme dar, die aus objektiver

818 BGH v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 (70 f.), Rn. 14; *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, Vor § 116 Rn. 7; *Hefermehl*, in: Soergel, BGB, Vor § 116 Rn. 31 f., 34.

819 Zur stillschweigenden Duldung unberechtigter Entnahmen BGH v. 9.12.2014 – II ZR 360/13, GmbHR 2015, 248 (250), Rn. 15; zur konkludenten Gesamtvertreterermächtigung OLG München v. 19.9.2013 – 23 U 1003/13, GmbHR 2013, 1208 (1209), Rn. 12, 14.

820 BGH v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 (68), Rn. 11.

821 Vgl. zur Einschaltung Dritter bei der Erfüllung deliktischer Verkehrspflichten *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 217, m.w.N.

Empfängerperspektive in der Regel noch keinen Schluss auf und damit keine Gewähr für die künftige Pflichtenerledigung bietet. Es wird meist lediglich ein erstes Indiz dafür sein, dass die Beteiligten beabsichtigen, die Arbeitsteilung zu wiederholen. Denn wenn die Geschäftsführer gegen den Alleingang nicht einschreiten, kann das – etwa im Falle der Geltung des Gesamtgeschäftsführungsgrundsatzes – genauso gut bedeuten, dass sie die ohne Absprache vorgenommene Geschäftsführungsmaßnahme bloß stillschweigend genehmigen. Regelmäßig werden die Geschäftsführer daher erst von einer zukunftsgerichteten Vereinbarung über die Übertragung der konkreten Geschäftsführungsfunktion an den Handelnden ausgehen können, wenn die arbeitsteiligen Prozesse in gewissem Umfang wiederholt wurden und das erkennbar allen Organwaltern (auch zeitversetzt) bewusst wird.⁸²² Die faktische Aufgabenteilung „erstarkt“ dann durch „tatsächliche Handhabung“ zur stillschweigenden Geschäftsverteilung.⁸²³ Aufgrund objektiver, von außen erkennbarer Umstände, nämlich der manifesten (wiederholten) stillschweigenden Hinnahme des eigenmächtigen Handelns, können die Geschäftsführer auf das entsprechende jeweilige innere Einverständnis mit der Arbeitsteilung schließen. Es ist dann eine wirksame stillschweigende Ressortverteilungsvereinbarung anzunehmen. Auf das Erklärungsbewusstsein der Beteiligten kommt es, wie sonst auch,⁸²⁴ nicht an. Für den unwahrscheinlichen Fall, dass der ressortunzuständige Geschäftsführer behauptet, es habe ihm gefehlt, kann die Geschäftsverteilung daher dennoch wirksam sein. Seine Pflichtverletzung ist dann jedoch darin zu erblicken, dass er sich nicht vergewissert hatte, welche Pflichten es gibt und wer die damit zusammenhängenden Aufgaben wahrnimmt. Für den Ressortleiter spielt ein fehlendes Erklärungsbewusstsein hingegen keine Rolle, weil er ohnehin von seiner Zuständigkeit ausgehen musste.

Zu pauschal wäre es, für das Erstarken stets eine bestimmte Anzahl an Wiederholungen zu fordern. Ob von einer entsprechenden Willenserklärung der Geschäftsführer auszugehen ist, ist vielmehr eine Frage des Einzelfalls und hängt insbesondere von Art, Bedeutung und Umfang der übernommenen Aufgabe, den konkreten Verhältnissen der Gesellschaft und den Eigenschaften der Geschäftsführer ab. Wenn in dem zuvor beispielhaft genannten Stuckateurbetrieb, dessen Leitung von einem Steuer-

822 Für einen „Übergangszeitraum“ auch *Fleischer*, DB 2019, 472 (475).

823 Insofern ungenau BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (172), Rn. 26.

824 Zur diesbezüglich h.M. siehe statt aller *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, § 119 Rn. 100, m.w.N.

berater und einem Gipser wahrgenommen wird, etwa letzterer bemerkt, dass ersterer ohne Absprache jeden Monat die Lohnsteuer anmeldet und abführt und er hiergegen – in Kenntnis seines Kollegen – keine Einwände erhebt, so wird bereits nach einer einmaligen Wiederholung dieses Vorgangs oder gegebenenfalls bereits beim erkennbar ersten wechselseitigen Bewusstwerden der Arbeitsteilung auf den Willen zur Implementierung einer korrespondierenden Geschäftsverteilung zu schließen sein. Denn die Pflicht zur Abführung der Lohnsteuer ist für gewöhnlich keine Aufgabe existenzieller Tragweite, sondern des laufenden Tagesgeschäfts. Sie aktualisiert sich jeden Monat, sodass ihre Zukunftsgerichtetheit offensichtlich ist. Auch legt die berufliche Qualifikation des Steuerberaters nahe, dass er sich primär um die Erfüllung der steuerlichen Verpflichtungen der Gesellschaft kümmern wird. Es kann daher nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte von dem Gipser ein aktives Vorgehen erwarten werden, um zum Ausdruck zu bringen, dass er das eigenmächtige Vorgehen seines Kollegen nicht länger billigt. Bleibt er hingegen untätig, ist sein Unterlassen nach den Gesamtumständen als Einverständnis zu deuten. Wird der Beispielsfall abgewandelt und der Steuerberater etwa durch einen gelernten Handwerker ersetzt, ist seine Lösung nicht mehr derart eindeutig. Es wird dann mangels anderweitiger Anhaltspunkte eine häufigere Wiederholung der Aufgabenerfüllung zu verlangen sein.

d) Zwischenergebnis

Eine stillschweigende Beschlussfassung über eine vorgefundene Arbeitsteilung kann darin zu sehen sein, dass ein Geschäftsführer die (gegebenenfalls wiederholte) Verrichtung einer konkreten Aufgabe durch den Mitgeschäftsführer bemerkt und duldet, was dieser wiederum wahrnimmt und diese inneren Vorgänge für den jeweils anderen zu erkennen sind.⁸²⁵ Da diese Erkennbarkeit meist nur nach einer gewissen Wiederholung ganz bestimmter Verhaltensweisen gegeben sein wird, ist eine solche Zuweisung in der Regel auch klar und eindeutig.⁸²⁶ Die stillschweigende Ressortver-

825 Vgl. zur stillschweigenden Billigung geschäftsführungsorganisatorischer Maßnahmen OLG Karlsruhe v. 4.5.1999 – 8 U 153/97, NZG 2000, 264 (266, 269, 271), Rn. 411, 512, 517-519, 589.

826 Diesbezüglich zweifelnd *Schädlich*, NZI 2019, 229 (230); zur „Heilung“ einer unklaren Geschäftsverteilung durch ihren Vollzug dagegen überzeugend *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (701 f.).

teilung lässt sich der Natur der Sache nach mit zunehmender Anzahl von Geschäftsführern immer schwieriger realisieren. Ganz davon zu schweigen, dass ab einer gewissen Komplexität der Geschäftsführungsverhältnisse eine explizite Absprache erforderlich werden kann. Nicht bestritten werden soll auch, dass eine stillschweigende Übereinkunft die Geschäftsführer in noch größere Beweisschwierigkeiten bringen kann als die mündlich vereinbarte Geschäftsverteilung. Ein Argument gegen ihre Wirksamkeit lässt sich daraus jedoch nicht gewinnen.

3. Wirksamkeit konkludenter Ressortverteilungen

Im Gegensatz zur stillschweigenden Übereinkunft ist das konkludente Einvernehmen über eine bestimmte Aufgabenzuweisung in der Regel unproblematischer, wenngleich ihr Nachweis die Geschäftsführer in ähnliche Bedrängnis bringen dürfte. Anders als bei der stillschweigenden Übereinkunft ist bei der konkludenten Zustimmung der Beschlussgegenstand jedoch bereits klarer konturiert. Die Frage, über die beschlossen werden soll, steht gleichsam „erkennbar im Raum“ und von den Beteiligten wird in der konkreten Situation nach den Gesamtumständen ein ablehnendes oder bejahendes Erklärungszeichen erwartet. So kann etwa dann von einer konkludenten (positiven) Stimmabgabe ausgegangen werden, wenn die Geschäftsführer ein von einem ihrer Kollegen ausgearbeitetes Geschäftsverteilungsorganigramm zur Kenntnis nehmen und zustimmend nicken oder wenn die Geschäftsführer allesamt⁸²⁷ beginnen, bestimmte Ressortbezeichnungen zu nutzen, etwa auf ihrem Briefkopf oder ihrer Visitenkarte, und das sämtlichen Beteiligten bewusst ist. Eine konkludente Aufgabenzuweisung können auch die Gesellschafter vornehmen, indem sie etwa erkennbar als Reaktion auf das Ausscheiden des Finanzressortleiters eine betriebswirtschaftlich und steuerrechtlich versierte Person zum Geschäftsführer bestellen.

827 In der eigenständigen Verwendung einer Bereichsbeschreibung liegt dann gerade auch durch die persönliche Abgrenzung gleichzeitig die konkludente Zustimmung im Sinne einer Anerkennung der fremden Aufgabenbezeichnung.

C. Ergebnis

Für eine wirksame enthaftende Arbeitsteilung ist deren Dokumentation zwar grundsätzlich empfehlenswert, aber nicht konstitutiv. Nur im Einzelfall ist sie auch aus Enthaftungssicht nach dem Eindeutigkeitserfordernis geboten, wenn das Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Pflichtenerfüllung durch die einzelnen Kollegen anders nicht gewährleistet und gerechtfertigt wäre. Weil bei der Prüfung dieser Voraussetzung auf die einzelne delegierte Aufgabe abzustellen ist, kann die Geschäftsverteilung im Übrigen wirksam bleiben, was ihrem praktischen Wert als Mittel der Haftungsbegrenzung zugutekommt.

Ansonsten hat die Dokumentation der Ressortverteilung lediglich Beweisfunktion zugunsten der Geschäftsführer und kann daher keinen Formzwang begründen. Der Einwand, für die Erfüllung einer bestimmten Pflicht nicht zuständig zu sein, ist sowohl im Falle der Innen- als auch im Falle der Außenhaftung als rechtshindernde Einwendung zu begreifen, sodass sie für einen entsprechenden Tatsachenvortrag die Feststellungslast tragen. Das Steuerrecht und auch andere Rechtsgebiete weisen diesbezüglich keine spezifischen Besonderheiten auf.

Eine rein faktische Aufgabenteilung zeitigt keine enthaftenden Rechtswirkungen. Erforderlich ist zumindest eine stillschweigende Einigung der Geschäftsführer dahingehend, dass die vorgefundene Arbeitsteilung auch in Zukunft weitergelten soll. Die stillschweigende Willenserklärung ist dem äußerlich erkennbaren Verhalten der Geschäftsführer aus Sicht des Empfängerhorizonts, das heißt aus ihrer eigenen Perspektive, zu entnehmen. Der Natur der Sache nach unproblematischer ist die konkludente Geschäftsverteilung, weil aktives Handeln in der Regel leichter zu deuten ist als ein Unterlassen. Die äußeren Gesamtumstände lassen daher eher den Schluss auf einen entsprechenden Geschäftswillen der Geschäftsführer zu. Eine konkludente Ressortverteilung kann auch von den Gesellschaftern ausgehen.

Die „schriftliche Dokumentation der Geschäftsverteilung [...] innerhalb der Geschäftsführung [ist] regelmäßig das naheliegende und geeignete Mittel für eine klare Aufgabenzuweisung und sorgfältige Unternehmensorganisation“⁸²⁸. Das gilt umso mehr für steuerliche Pflichten, da die finanzgerichtliche Rechtsprechung bisher eisern an ihrem generellen

828 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 (171), Rn. 23.

Schriftformzwang festhält.⁸²⁹ Die obigen Befunde zeigen jedoch, dass die formellen Hürden an die Implementierung einer Ressortverteilung im Ausgangspunkt denkbar gering sind. Das bedeutet insbesondere für eine Geschäftsführung mit überschaubarem Organisationsbedarf einen spürbar erleichterten Zugang zu enthaftenden Strukturen.

§ 11 Fehlerfolgen und Missachtung der Ressortverteilung

Nachdem die formellen und inhaltlichen Voraussetzungen einer wirksamen enthaftenden Ressortverteilung herausgearbeitet wurden, ist hierauf aufbauend zu untersuchen, welche Rechtsfolgen ihre Nichtbeachtung im Zuge des Delegationsvorgangs zeitigt. Nur auf diese Weise ist es möglich, abschließend zu bewerten, inwiefern sie die Praktikabilität der Geschäftsverteilung als Enthaftungsinstrument beeinflussen. In seiner Weltruf-Entscheidung musste der BGH zu den Rechtsfolgen einer Außerachtlassung inhaltlicher Vorgaben noch nicht Stellung beziehen.

Ebenfalls von Bedeutung für den praktischen Wert der horizontalen Delegation als Mittel zur Begrenzung der Geschäftsführerhaftung ist auf der anderen Seite die Frage, wie sich die nachträgliche Unwirksamkeit oder schlichte Missachtung der Ressortverteilung auswirkt. Haftungsbe gründende Pflichten in diesem Zusammenhang erlauben wiederum die Bewertung ihrer Effektivität als Enthaftungsinstrument.

A. Anfängliche Unwirksamkeit

Es wurde bereits aufgezeigt, dass jede horizontale Aufgabenzuweisung, auch die stillschweigende, eines Beschlusses bedarf. Da Gesellschafter- und Geschäftsführerbeschlüsse keinem einheitlichen Regelungsregime unterliegen, sind ihre ressortverteilungsspezifischen Fehlerfolgen getrennt zu untersuchen.

⁸²⁹ *Fleischer*, DB 2019, 472 (474, 477); *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (517, 521); *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (589); *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (701); zuletzt FG Münster v. 30.4.2019 – 12 K 620/15, BeckRS 2019, 12750, Rn. 49.

I. Gesellschafterbeschluss

1. Fehlerfolgen

Nach ganz herrschender Meinung finden die §§ 241 ff. AktG über die Nichtigkeit und Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen entsprechende Anwendung auf GmbH-Gesellschafterbeschlüsse; diese sind daher – anders als Beschlüsse eines GmbH-Aufsichtsrats oder -Beirats –⁸³⁰ in nichtige und anfechtbare, das heißt bis zur rechtskräftigen Feststellung ihrer Fehlerhaftigkeit als wirksam zu betrachtende, Beschlüsse zu unterteilen.⁸³¹ Für den Beschluss über eine Ressortverteilung kann nichts anderes gelten. Sämtliche zuvor herausgearbeiteten formellen und ungeschriebenen inhaltlichen Anforderungen sind daher im Grundsatz an den §§ 241 ff. AktG zu messen.

Einen Sonderfall stellt allerdings das Eindeutigkeitskriterium dar. Ist die Aufgabenzuweisung derart unbestimmt oder widersprüchlich, dass sich trotz ihrer Auslegung keine abgrenzbare Aufgabe oder deren Zuordnung zu einer oder mehreren Personen ermitteln lässt, verstößt sie gegen das Gebot der Klarheit und Eindeutigkeit der Ressortverteilung. Entsprechend ist der korrespondierende Beschlussinhalt unbestimmt und daher bereits nach allgemeinen Grundsätzen wegen Perplexität oder Unklarheit als nichtig anzusehen.⁸³² Es wäre keine sinnvolle Wirkung einer solchen Regelung auszumachen. Weil das Dokumentations- beziehungsweise Schriftlichkeitserfordernis letztendlich auf dem Gebot der Klarheit und Eindeutigkeit beruht, geht es konsequenterweise in der Kategorie der Unbestimmtheit auf.

Werden Aufgaben übertragen, die nicht übertragen werden können, wie die in § 78 Hs. 2 GmbHG genannten, oder – das wird die Regel sein – der Versuch unternommen, einzelne Geschäftsführer von ihrer nicht delegier-

830 Siehe hierzu Fn. 848, 847.

831 Zuletzt BGH v. 24.3.2016 – IX ZB 32/15, GmbHR 2016, 587 (588), Rn. 20, m.w.N.; *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 1 f., 385; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 182, m.w.N.

832 Zu diesem Nichtigkeitsgrund *Drescher*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 241 AktG Rn. 20; *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 98, m.w.N. auch zur Gegenansicht; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 54; *Leinekugel*, in: BeckOK, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 25; zum Beschluss nach § 46 Nr. 8 GmbHG OLG Köln v. 24.5.2018 – I-18 U 36/17, GmbHR 2018, 921 (922), Rn. 60; offen gelassen von BGH v. 13.10.2008 – II ZR 112/07, GmbHR 2009, 39 (40), Rn. 12.

baren Verantwortung für Leitungspflichten zu befreien, ist der Beschluss über eine entsprechende Aufgabenzuweisung ebenfalls nichtig.⁸³³ Dasselbe gilt, wenn die zur Erfüllung nicht delegierbarer Leitungsverantwortung zu erledigenden Aufgaben erkennbar nicht sachgerecht oder an untaugliche Geschäftsführer delegiert werden. Denn in diesen Fällen verstößt der Beschluss regelmäßig gegen ausschließlich oder überwiegend gläubigerschützende oder sonst im öffentlichen Interesse stehende Vorschriften nach § 241 Nr. 3 Var. 2 und 3 AktG analog, etwa § 34 Abs. 1 S. 1 AO.⁸³⁴ Im Übrigen ist das Kollegialprinzip ein grundlegendes Strukturmerkmal pluraler gesellschaftsrechtlicher Organe.⁸³⁵ Speziell für die GmbH-Geschäftsführung hat es zwingend die unteilbare Gesamtverantwortung für Leitungsaufgaben zur Folge, deren Erledigung zumindest mittelbar außerhalb der Unternehmenssphäre liegende Interessen schützt oder wesentlich beeinflusst.⁸³⁶ Ein Beschluss, der dieses tragende Strukturprinzip und somit die unabdingbare Organisationsverfassung beeinträchtigt oder außer Kraft setzt, ist damit unvereinbar mit dem Wesen der GmbH und daher nichtig gemäß § 241 Nr. 3 Var. 1 AktG analog.⁸³⁷ Die Nichtigkeit entfaltet hier in gewisser Weise Selbstschutz.⁸³⁸

Im Übrigen, das heißt soweit die Übertragung lediglich gesellschaftsinterne Interessen berührt, kann ein Verstoß gegen das Gebot der Sachgeichtigkeit beziehungsweise Zuverlässigkeit, da es sich um normativ geltende Rechtsgrundsätze handelt,⁸³⁹ lediglich die Anfechtbarkeit des dazugehörigen Ressortverteilungsbeschlusses entsprechend § 243 Abs. 1 AktG auslösen. Das ist auch gerechtfertigt, weil es in erster Linie Sache der Gesellschafter ist, wenn Unternehmensinteressen durch eine eigene fehlerhafte, aber wirksame Ressortverteilung geschädigt werden. In diesen Fällen ist und bleibt die Geschäftsverteilung mithin wirksam und die Geschäfts-

833 In diese Richtung *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; ähnl. *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514 (518); vgl. zur vertikalen Delegation in der AG *Spindler*, in: MüKo, AktG, § 76 Rn. 14, und andererseits *Kuntz*, AG 2020, 801 (802, 817 f.).

834 Vgl. *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 85, m.w.N.; *Römermann*, in: M/H/L/S, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 142.

835 Siehe zusammenfassend S. 61 f.

836 Siehe S. 78 f.

837 Zu diesem Nichtigkeitsgrund BGH v. 18.4.2005 – II ZR 151/03, GmbHR 2005, 925 (927), Rn. 10; *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 67 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 50.

838 Vgl. hierzu *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (394-396, 401 f.).

839 Siehe zum Begriff des Gesetzes statt aller *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 84.

führer dürfen sich auf sie berufen, bis ihre Anfechtbarkeit rechtskräftig festgestellt wurde.⁸⁴⁰

2. Gesamt- oder Teilnichtigkeit

Von Bedeutung für die Praktikabilität der Arbeitsteilung als Enthaftungsinstrument ist, ob ein Fehler stets die Unwirksamkeit der ganzen Ressortverteilung nach sich zieht oder sich die Geschäftsführer im Hinblick auf die weiteren (gleichzeitig beschlossenen)⁸⁴¹ Aufgabenzuweisungen auf die Beschränkung ihrer Pflichten berufen dürfen. Die Unterschiede sind erheblich. Wäre Ersteres der Fall, müssten die Geschäftsführer unabhängig von einem Überwachungsversagen für Pflichtverletzungen von Kollegen eintreten, deren Ressort isoliert betrachtet den Wirksamkeitsvoraussetzungen genügt.

Einer Ansicht nach führt lediglich ein Verstoß gegen das Teilbarkeitskriterium zur Unwirksamkeit der gesamten Geschäftsverteilung, während es überzogen sei, sonstigen Inhaltsmängeln dieselbe Wirkung beizumessen.⁸⁴² Das überzeugt nicht.

Erweist sich ein abgrenzbarer Teil eines Gesellschafterbeschlusses teilweise als mangelbehaftet, so ist die Gesamtnichtigkeit entsprechend § 139 BGB zu klären.⁸⁴³ Das bedeutet, dass im Zweifel der Beschluss im Ganzen nichtig ist, wenn sich kein anderweitiger tatsächlicher oder hypothetischer Parteiwille ausmachen lässt.⁸⁴⁴ Werden durch einen einheitlichen Geschäftsverteilungsbeschluss mehrere Aufgaben an verschiedene Ressortleiter delegiert, sind diese Aufgabenzuweisungen inhaltlich logisch teilbar, nämlich nach Geschäftsbereichen. Die Gesellschafter werden allerdings selten ausdrücklich erklärt haben, welche übrigen Aufgabenzuweisungen sie auch ohne die fehlerhafte beschlossen hätten. Meist wird es daher auf den hypothetischen Willen ankommen, also darauf, ob die restlichen Ge-

840 Siehe aber zur Redepflicht der Geschäftsführer S. 141.

841 Siehe zu Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts, insbesondere bei mehreren Beschlüssen *Grunewald*, NZG 2017, 1321 (1322 f.).

842 *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 4/2019 Anm. 3; vgl. auch *Ch. A. Weber*, ZGR 2020, 688 (702).

843 BGH v. 21.7.2008 – II ZR 39/07, GmbHR 2008, 1092 (1094), Rn. 24; *Grunewald*, NZG 2017, 1321; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 241 AktG Rn. 45; *Wertenbruch*, in: MüKo, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 147, 149 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 78-80.

844 Statt aller *Grunewald*, NZG 2017, 1321.

schäftsverteilungsregelungen objektiv betrachtet vernünftigerweise auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wären.⁸⁴⁵ Diese Frage wird im Falle des Ressortverteilungsbeschlusses in der Regel zu bejahen sein. Das Gesellschaftsrecht zeigt eine Tendenz zur Aufrechterhaltung von Beschlüssen, sodass die Anwendung des § 139 BGB zu Recht kritisch gesehen wird und von der Vorschrift jedenfalls maßvoll Gebrauch gemacht werden sollte.⁸⁴⁶ Eine effektive Arbeitsteilung ist für gewöhnlich im Unternehmensinteresse notwendig. Es liegt daher nahe, dass der statthafte Teil der Organisationsregeln auf jeden Fall beschlossen worden wäre. Oft werden die Geschäftsführer mit Blick auf die Besetzung eines bestimmten Postens bestellt. Der Wille zur unbedingten Aufrechterhaltung solcher Ressorts kann dann vermutet werden. Dagegen ist es in der Regel abwegig anzunehmen, die Gesellschafter hätten die übrigen Ressorts nicht geschaffen, wenn sie gewusst hätten, dass sie eine bestimmte Aufgabe beziehungsweise die Verantwortung für eine bestimmte Pflicht (so) nicht delegieren dürfen.

II. Geschäftsführerbeschluss

1. Fehlerfolgen

Nach welchem Regelungsregime die Beschlussmängel anderer GmbH-Gremien zu beurteilen sind, insbesondere ob sie sich der Kategorie der Anfechtbarkeit zuordnen lassen können, ist kaum geklärt. Für Beschlüsse der Geschäftsführung⁸⁴⁷ lassen sich zwei Ansichten unterscheiden: Die mittlerweile wohl herrschende Meinung lehnt es ab, Beschlüsse anderer Kollektivorgane und damit auch solche der GmbH-Geschäftsführung den §§ 241 ff. AktG zu unterwerfen, sodass deren materielle Rechtswidrigkeit oder (wesentliche kausale) Verfahrensfehler automatisch ihre Nichtigkeit

845 Vgl. statt aller *Grunewald*, NZG 2017, 1321 (1324).

846 *Grunewald*, NZG 2017, 1321 (1324f.).

847 Für – im Rahmen dieser Untersuchung nicht explizit zu untersuchende – Ressortverteilungsbeschlüsse eines Aufsichts- oder Beirats kreist der Streit über das richtige Regelungsregime schlicht um die Frage, ob die §§ 241 ff. AktG analog anwendbar sind oder nicht; die besseren Argumente, siehe zur AG ausführlich BGH v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 342 (347 ff.), Rn. 10 ff., sprechen für die zweitgenannte Ansicht, weil zwischen diesen Organen und der Geschäftsführung ohne Weiteres ein Gesamtschuldnerausgleich möglich ist (siehe hierzu S. 239), sodass der Schaden unter ihnen angemessen verteilt werden kann.

bedeuten.⁸⁴⁸ Eine abklingende Ansicht im GmbH-Recht möchte hingegen beim Geschäftsführerbeschluss dieselben Maßstäbe wie bei Beschlüssen der Gesellschafter anlegen, also insbesondere die speziell normierten Nichtigkeitsgründe anwenden, sofern er aus der Wahrnehmung derivativer, originär den Gesellschaftern zustehenden Kompetenzen resultiert.⁸⁴⁹

Für Mängel des Ressortverteilungsbeschlusses spielen die unterschiedlichen Meinungen im Ergebnis allerdings keine Rolle. Denn die Organisation der Arbeitsweise ist ureigene Kompetenz eines jeden Kollegialorgans und keine Befugnis, die von den Gesellschaftern herrührt.⁸⁵⁰ Selbst nach der zweitgenannten Auffassung ist daher stets von Nichtigkeit auszugehen, wenn der Geschäftsverteilungsbeschluss materiell rechtswidrig ist oder an wesentlichen Verfahrensfehlern leidet.

Beschließen die Geschäftsführer eine Arbeitsteilung, die an inhaltlichen Mängeln leidet, ist diese daher ohne Ansehen der verteilten Aufgabe nichtig. Stimmen die Gesellschafter einer solchen Geschäftsverteilung zu, gilt für dieses Einverständnis wiederum das zum Gesellschafterbeschluss Gesagte und die Wirksamkeit der Ressortverteilung ist hiernach zu beurteilen. Dieses Ergebnis ist sachgerecht, weil es auch im Hinblick auf die Wahrnehmung rein gesellschaftsinterner Interessen widersprüchlich wäre, wenn sich die Geschäftsführung (sofern keine Identität mit den Gesellschaftern besteht) auf eine sich selbst gegebene rechtswidrige Geschäftsverteilung berufen könnte.

Der Verstoß gegen das Einvernehmenserfordernis begründet als wesentlicher Verfahrensverstoß⁸⁵¹ ebenfalls die Nichtigkeit des Geschäftsführerbeschlusses. Die Gesellschafterversammlung kann den ohne die erforderliche Mehrheit gefassten Beschluss allerdings billigen und so die beabsichtigten Regelungen wirksam festschreiben.

848 *Drescher*, in: *Henssler/Strohn*, *GesR*, § 241 AktG Rn. 7; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*, Anh. § 47 Rn. 208; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, *GmbHG*, § 52 Rn. 47; zu Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüssen in der AG BGH v. 10.7.2018 – II ZR 120/16, BGHZ 219, 215 (220), Rn. 17, 19; v. 10.10.2005 – II ZR 90/03, BGHZ 164, 249 (252-254), Rn. 7, 15; v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 342 (346 ff.), Rn. 9 ff.

849 So *Wertenbruch*, in: *MüKo*, *GmbHG*, Anh. § 47 Rn. 387 f., unter Berufung auf BGH v. 25.2.1965 – II ZR 287/63, *GmbHR* 1965, 111 (112), Rn. 34.

850 Siehe S. 121.

851 *Spindler*, in: *MüKo*, *GmbHG*, § 52 Rn. 576, m.w.N.

2. Gesamt- oder Teilnichtigkeit

Hinsichtlich der Frage, ob ein Fehler des Geschäftsführerbeschlusses die Nichtigkeit der gesamten Ressortverteilung nach sich zieht, kann auf die Ausführungen zum Gesellschafterbeschluss verwiesen werden. Maßgeblich ist demnach § 139 BGB (analog). Auch bei den Geschäftsführern wird die Entscheidung über Gesamt- oder Teilnichtigkeit daher regelmäßig von der Feststellung ihres hypothetischen Willens abhängen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Geschäftsführer meist noch ein größeres Interesse am Erhalt der für sich betrachtet wirksam zustande gekommenen Ressorts haben dürften. Denn die Gesamtnichtigkeit würde bedeuten, dass die „intakten“ Geschäftsbereiche nie über eigene Kompetenzen beziehungsweise die nötigen Geschäftsführungsbefugnisse verfügt hätten und die ihnen übertragenen Aufgaben von den übrigen Geschäftsführern nicht nur bei ihrer Erledigung überwacht, sondern persönlich hätten ausgeführt werden müssen. Das würde sowohl die Haftungsrisiken von Leitern „intakter“ Ressorts als auch die der anderen Geschäftsführer erhöhen.

B. Nachträgliche Fehlerhaftigkeit und Missachtung

I. Wirkung der Ressortverteilung

Für das Vorliegen von Beschlussmängeln kommt es nach allgemeinen Grundsätzen auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung an, sodass die nachträgliche Änderung tatsächlicher und rechtlicher Verhältnisse an und für sich nicht zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines Beschlusses führt.⁸⁵² Dennoch dürfen sich die Geschäftsführer, soweit nachträglich erkennbar Mängel der Delegation auftreten, sie sich erst nach Beschlussfassung zeigen oder die Aufgabenteilung ersichtlich nicht (mehr) eingehalten wird, nicht auf eine bloße Überwachung beschränken, weil die Ressortverteilung zumindest hinsichtlich des betroffenen Teils ihre Wirkung verliert.⁸⁵³ Wächst etwa das Unternehmen oder erschließt es weitere Geschäftsfelder

852 Zur AG LG Frankfurt v. 15.11.2011 – 3-5 O 30/11, BeckRS 2011, 26747, Rn. 86; OLG Frankfurt v. 24.6.2009 – 23 U 90/07, AG 2009, 542 (544), Rn. 80.

853 Ohne Begründung bezüglich der faktischen Einhaltung *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 87; vgl. auch *Wettich*, Vorstandsorganisation, S. 246, der jedoch nur von einer Rückholpflicht ausgeht, sobald sich die Unzuverlässigkeit eines Organmitglieds herausstellt.

und nimmt die Aufgabenlast des Finanzressorts daraufhin derartig zu, dass es erkennbar nicht mehr quantitativ sachgerecht zugeschnitten ist, reicht seine bloße Überwachung nicht mehr zur Enthftung aus. Das folgt aus der konsequenten Anwendung des Vertrauensgrundsatzes als stillschweiger Bestandteil eines jeden Aufgabenzuweisungsbeschlusses und ständiger Gradmesser der Sorgfaltsanforderungen in der Enthftungssituation. Die Wirkung ist vergleichbar mit der automatischen Beendigung der Organstellung des Geschäftsführers nach dem Fortfall gesetzlicher Eignungsvoraussetzungen.⁸⁵⁴ Eine Ausnahme muss allerdings für Gesellschafterbeschlüsse gemacht werden. Treten bei diesen nach der Delegation in erkennbarer Weise Fehler auf, die lediglich ihre Anfechtbarkeit auslösen, oder werden solche Mängel erst im Nachhinein ersichtlich, ist es in Übereinstimmung mit der Situation bei Beschlussfassung Sache der Gesellschafter – gegebenenfalls nach einem pflichtgemäßen Hinweis der Geschäftsführung – zu reagieren und sie zu beseitigen.⁸⁵⁵

II. Anpassungspflicht

Die Geschäftsführer sind gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis verpflichtet, erkennbare nachträgliche oder erst im Nachhinein ersichtliche Fehler der Ressortverteilung – gegebenenfalls unter Einschaltung der Gesellschafter – auszubessern und in der Übergangszeit für eine ordnungsgemäße Aufgabenerledigung zu sorgen beziehungsweise im Falle der merklichen Nichteinhaltung der Geschäftsverteilungsregeln überhaupt erst deren Befolgung sicherzustellen („Anpassungspflicht“).⁸⁵⁶ Verstoßen die Geschäftsführer gegen diese Pflicht, haften sie der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG für die daraus entstehenden Schäden, beispielsweise Verluste durch Effizienzeinbußen. Auch die Anpassungspflicht ist eine Form des Organisationsverschuldens.

854 BGH v. 1.7.1991 – II ZR 292/90, BGHZ 115, 78 (80), Rn. 6; W. Goette, in: MüKo, GmbHG, § 6 Rn. 45, m.w.N.

855 Dieser Fall ist wiederum vergleichbar mit dem Entfallen bloßer statutarischer Eignungsvoraussetzungen, siehe hierzu W. Goette, in: MüKo, GmbHG, § 6 Rn. 47, m.w.N.; ders., DStR 1998, 938 (939).

856 Vgl. Buck-Heeb, BB 2019, 584 (586); Hülsmann, GmbHR 2019, 209 (211); Peters, GmbHR 2008, 682 (684).

C. Enthftung durch unwirksame Beschlüsse

Teilweise wird davon ausgegangen, dass auch die unwirksame Geschäftsverteilung zur Enthftung führen könne, indem sie das Verschulden ausschließe.⁸⁵⁷ Darüber hinaus sei sie beim Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB analog § 254 BGB zu berücksichtigen, sodass der für die fehlerhaft übertragene Aufgabe „zuständige“ Geschäftsführer die überwiegende Verantwortung trage.⁸⁵⁸ Diese Aussagen erweisen sich nach den bisherigen Erkenntnissen als zu pauschal.

Da sämtliche inhaltlichen Mängel erkennbar sein müssen, ist das Verschulden bereits in der Unwirksamkeit der Ressortverteilung angelegt. Das Einvernehmen bei einer Verteilung durch die Geschäftsführer muss bei jeder Änderung der Zuständigkeiten erneut vorliegen, sodass der Fall, dass einem Neueintretenden verborgen bleibt, ob die Ressortverteilung mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen ist, nicht denkbar ist. Da ein Verstoß der Gesellschafter gegen Stimmverbote oder die Treuepflicht nur die Anfechtbarkeit⁸⁵⁹ des festgestellten Ressortverteilungsbeschlusses auslöst, stellt sich das Problem hier schon nicht. Konstruieren ließe sich allerdings der Fall, dass der Gesellschafterbeschluss über die Ressortverteilung an einem, seine Nichtigkeit auslösenden, Einberufungsmangel analog § 241 Nr. 1 AktG leidet oder die Aufgabenzuweisung von den Eignern tatsächlich abgelehnt wurde und diese Fehler den Geschäftsführern unverschuldet verborgen geblieben sind. Hieran lässt sich jedoch erkennen, dass es sich bei den potenziell einschlägigen Konstellationen um Ausnahmephänomene handelt.

Allein die Erfüllung der Redepflicht, etwa wenn die Gesellschafter eine Geschäftsführungsaufgabe, die der zwingenden Gesamtverantwortung unterliegt, einer zur Erledigung ungeeigneten Person übertragen haben, kann für sich betrachtet nicht dazu führen, dass der unwirksame Ressortverteilungsbeschluss zugunsten der Geschäftsführer zu berücksichtigen ist und sie der Haftung für Pflichtverletzungen des betreffenden Kollegen entgehen.⁸⁶⁰ Rede- und Überwachungspflicht sind streng zu unterscheiden. Die Erfüllung der Redepflicht führt keine „Heilung“ des nichtigen Beschlusses herbei. Bis zur Behebung des gerügten Fehlers sind die Ge-

857 Siehe die Nachweise bei Fn. 694.

858 *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 86; zum Gesamtschuldnerausgleich bei einer wirksamen Geschäftsverteilung siehe ausführlich S. 234-236.

859 Statt aller *Drescher*, in: MüKo, GmbHG, § 47 Rn. 216, 262.

860 So aber *Heisse*, Geschäftsführerhaftung, S. 85 f.

schäftsführer aufgrund der fortdauernden Gesamtzuständigkeit gehalten, sich selbst um die betroffenen Pflichten zu kümmern und können sich nicht einfach weiter auf eine Überwachung beschränken.⁸⁶¹ Wird der Fehler auch auf Drängen der Geschäftsführer nicht behoben, müssen sie daher, um einer Haftung zu entgehen, entweder bei der Aufgabenerledigung durch den ungeeigneten Kollegen mitwirken, sie auf Schritt und Tritt überwachen oder ihr Amt niederlegen.⁸⁶²

Eine unwirksame Ressortverteilung hat auch nicht per se Auswirkungen auf den Gesamtschuldnerausgleich zwischen den haftenden Geschäftsführern, weil sie deren Primärpflichten unberührt lässt. Zwar liegt es nahe, bei einer unsachgerechten Delegation, der Übertragung unteilbarer Verantwortung sowie der Zuweisung von Aufgaben an untaugliche Ressortleiter in erster Linie denjenigen haften zu lassen, der nach dem Beschluss zuständig sein sollte, insbesondere wenn er von den Gesellschaftern eingesetzt wurde. Ist eine Aufgabe jedoch beispielsweise nicht zweifelsfrei einem Ressort zuzuordnen, liegt also ein Verstoß gegen das Gebot der Klarheit und Eindeutigkeit vor, kann im Grundsatz kein Geschäftsführer überwiegend verantwortlich sein, wenn sie nicht erledigt wird, es also keine Pflichtverletzung durch Handeln zu verzeichnen gibt.⁸⁶³ Entsprechendes gilt, wenn einem Geschäftsführer von seinen Kollegen unter Verstoß gegen das Einstimmigkeitserfordernis gegen seinen Willen Aufgaben übertragen werden und er sie nicht wahrnimmt.

D. Ergebnis

Beim Geschäftsverteilungsbeschluss der Gesellschafter sind sämtliche formellen und ungeschriebenen inhaltlichen Ressortverteilungsanforderungen im Grundsatz an den §§ 241 ff. AktG zu messen. Einen Sonderfall bildet das Eindeutigkeitserfordernis und das hierauf aufbauende Dokumentationsgebot. Ist die Aufgabenzuweisung bereits derart unbestimmt oder widersprüchlich, dass sich ihr kein sinnvoller Gehalt entnehmen lässt, ist der zugehörige Beschluss bereits nach allgemeinen Grundsätzen wegen Unbestimmtheit beziehungsweise Perplexität nichtig. Werden Aufgaben übertragen, die nicht übertragen werden können, wie die in § 78 Hs. 2

861 Vgl. Höhn, Geschäftsleitung, S. 37.

862 Vgl. Höhn, Geschäftsleitung, S. 108.

863 I.E. wie hier Voß, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 161; Freund, GmbHHR 2013, 785 (787 f.).

GmbHG genannten, oder wird der Versuch unternommen, einzelne Geschäftsführer von ihrer nicht delegierbaren Verantwortung für Leitungspflichten zu befreien, ist der Beschluss über eine entsprechende Aufgabenzuweisung in jedem Fall nichtig gemäß § 241 Nr. 3 AktG. Das gilt auch, wenn die zur Wahrnehmung nicht delegierbarer Leitungsverantwortung zu erledigenden Aufgaben erkennbar nicht sachgerecht oder erkennbar untauglichen Geschäftsführern zugewiesen werden. Im Übrigen, das heißt soweit die Übertragung lediglich gesellschaftsinterne Interessen berührt, begründet ein Verstoß gegen das Gebot der Sachgerechtigkeit und der Zuverlässigkeit lediglich die Anfechtbarkeit des Zuweisungsbeschlusses entsprechend § 243 Abs. 1 AktG, sodass sich die Geschäftsführer zu ihrer Enthaltung weiter auf ihn berufen können.

Die materielle Rechtswidrigkeit oder wesentliche kausale Verfahrensfehler des Geschäftsverteilungsbeschlusses der Geschäftsführer bedeuten automatisch seine Nichtigkeit. Stimmen die Gesellschafter einer nichtigen Geschäftsverteilung der Geschäftsführer zu, gilt für dieses Einverständnis wiederum das zum Gesellschafterbeschluss Gesagte und die Wirksamkeit der Ressortverteilung ist hiernach zu beurteilen.

Soweit nachträglich erkennbar Mängel der Delegation auftreten, sie sich erst nach Beschlussfassung zeigen oder die Aufgabenteilung ersichtlich nicht (mehr) eingehalten wird, dürfen sich die Geschäftsführer nicht auf eine bloße Überwachung beschränken, weil die Ressortverteilung zumindest für den betroffenen Teil ihre Wirkung verliert. Eine Ausnahme gilt für Gesellschafterbeschlüsse, die sich als anfechtbar herausstellen oder bei denen nachträglich Anfechtungsgründe auftreten. Zwar besteht gegenüber der Gesellschaft eine haftungsbewehrte Anpassungspflicht, die sich im weiteren Sinne zum Bereich des Organisationsverschuldens zählen lässt. Die damit einhergehenden Haftungsrisiken vermögen die Vorteile der Arbeitsteilung als Enthaltungsinstrument allerdings nicht infrage zu stellen. Sie sind lediglich die Kehrseite ihrer, unter Praktikabilitätsgesichtspunkten als angemessen zu bewertenden, anfänglichen Wirksamkeitsvoraussetzungen.

Erweist sich ein abgrenzbarer Teil eines Gesellschafter- oder Geschäftsführerbeschlusses teilweise als mangelbehaftet, so ist seine Gesamtnichtigkeit entsprechend § 139 BGB zu klären. Meist wird die entscheidende Frage, ob die restlichen Geschäftsverteilungsregelungen objektiv betrachtet vernünftigerweise auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wären, zu bejahen sein. Die „intakten“ Aufgabenzuweisungen sind dann zugunsten der Geschäftsführer als wirksam zu betrachten. Hierdurch bleibt das Haftungsrisiko im ressortgeteilten Gremium insgesamt spürbar gesenkt.

3. Teil: Formelle und inhaltliche Anforderungen an die Ressortverteilung

Sogar ein gänzlich unwirksamer Aufgabenzuweisungsbeschluss kann sich ausnahmsweise enthaftend auswirken, was wiederum zur Effektivität der Arbeitsteilung als Mittel der Haftungsbegrenzung beiträgt. In Ausnahmefällen schließt er das Verschulden der Geschäftsführer aus. Darüber hinaus kann er beim Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB analog § 254 BGB dazu führen, dass der „zuständige“ Geschäftsführer die überwiegende Verantwortung zu tragen hat.

§ 12 Ergebnisse des 3. Teils

Die herausgearbeiteten formellen und inhaltlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer enthaftenden Ressortverteilung sind praxisgerecht und stellen keine unüberwindbaren Hindernisse an ihre Implementierung.

Von der Haftung der Geschäftsführer aufgrund einer unwirksamen Ressortverteilung ist ihre Inanspruchnahme wegen Organisationspflichtverletzungen („Auswahlsorgfalt, Rede- und Anpassungspflicht“) streng zu unterscheiden. Die mit einem Organisationsverschulden einhergehenden Haftungsrisiken gehen jedoch kaum über die der Inanspruchnahme aufgrund unwirksamer Delegation hinaus und mindern die Effektivität der Ressortverteilung als Enthaftungsinstrument daher nicht spürbar.

Da soweit ersichtlich alle Voraussetzungen einer wirksamen Ressortverteilung und die Folgen ihrer Missachtung rechtsgebietsübergreifend übereinstimmen, ist – wenngleich bisher nur rechtlich – die nötige Handlungssicherheit für praktikable Ressortlösungen gegeben. Diese Einheit senkt den erforderlichen (Beratungs-)Aufwand und damit auch die Kosten für die Implementierung einer effektiv enthaftenden Arbeitsteilung.