

Florian Reinhart

Die Legalitätspflicht des Vorstands einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft



Nomos

Deutsches, Europäisches und
Vergleichendes Wirtschaftsrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Dr. iur. h.c. Werner F. Ebke,
LL.M. (UC Berkeley)

Band 117

Florian Reinhart

Die Legalitätspflicht des Vorstands einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft



Nomos

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

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-5882-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0015-3 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort des Verfassers

Diese Arbeit ist in den Jahren 2010 bis 2015 entstanden und wurde von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Wintersemester 2018/2019 als Dissertation angenommen. Vor der Drucklegung wurde das Manuskript im Frühjahr 2019 aktualisiert.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Dr. iur. h.c. Werner F. Ebke, LL.M. (UC Berkeley). Ohne seine umfassende Unterstützung schon bei der Auswahl der Thematik, aber auch durch die wertvollen Hinweise und Anregungen im Laufe der Bearbeitung und nicht zuletzt durch die freundliche Aufnahme in diese Schriftenreihe, wäre die Arbeit so nicht möglich gewesen. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Chris Thomale, LL.M. (Yale) für die Übernahme der Zweitbegutachtung. Schließlich möchte ich all jenen danken, die mich während der Erstellung der Arbeit unterstützt und begleitet haben, insbesondere meinem Vater, Herrn Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Veit Reinhart sowie Herrn Andreas Haarmann für ihre kritische und unermüdliche Durchsicht des Manuskripts.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern Ingrid und Veit Reinhart. Sie haben nicht nur meine universitäre Ausbildung in Deutschland, England und den Vereinigten Staaten ermöglicht, sondern standen mir rund um die Dissertation und auch in allen anderen Lebenslagen jederzeit zur Seite. Ebenso wie meiner Ehefrau, Frau Charuchat Reinhart, LL.M. (NYU), die mich gleichfalls bedingungslos gestützt und ertragen hat, schulde ich ihnen besonderen Dank.

Stuttgart, im Juni 2019

Florian Reinhart

Geleitwort des Herausgebers

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Legalitätsprinzip, einer zentralen Figur im Recht der aktienrechtlichen Leitungspflichten und Leitungshaftung. Grundlagen und Einzelheiten der aktienrechtlichen Legalitätspflicht sind nach wie vor im Fluss. Ziel der Arbeit ist es, das dogmatische Fundament der Legalitätspflicht und deren Ausprägungen zu untersuchen und einen Vorschlag zu erarbeiten, mit dem sich das Legalitätsprinzip als Konzept dogmatisch untermauert in das überkommene Gefüge der Pflichten eines Vorstands nach deutschem Aktienrecht einfügt. Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen die Legalitätspflichten des Vorstands. Die Folgen einer Verletzung dieser Pflichten (Stichwort: Haftung) sind nicht „vorrangiger Gegenstand“ der vorliegenden Arbeit.

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Im ersten Teil will der Verfasser „eine handhabbare Ein- und Abgrenzung“ des Begriffs der „Legalitätspflicht“ und „eine Möglichkeit der dogmatischen Verortung dieses Prinzips“ aufzeigen und dazu die Rechtsvergleichung mit dem US-amerikanischen Recht fruchtbar machen. Die im ersten Teil entwickelten Grundtypen der Legalitätspflicht werden im zweiten und dritten Teil der Arbeit betrachtet. Allgemeine, für den jeweiligen Typ aufzuwerfende Fragen wie etwa die der Pflichtendelegation werden vorab behandelt. Danach werden die gesellschafts-, handels- und kapitalmarktrechtlichen Pflichten aufgefächert. Die Einzelpflichten werden anschließend in das im ersten Teil der Arbeit entwickelte „abstrakte System“ der Leitungspflichten eingeordnet.

Der Verfasser hat eine Arbeit vorgelegt, die einem theoretisch spannenden und praktisch zunehmend wichtiger werdenden Thema gewidmet ist. In seiner groß angelegten, sauber recherchierten und um Systematisierung bemühten Untersuchung gelingt es dem Verfasser, „frischen wissenschaftlichen Wind“ in das komplexe Geflecht der unter dem Oberbegriff „Legalitätspflichten“ zusammengefassten Pflichtenkataloge zu bringen. Indem er die Legalitätspflichten von den Sorgfalts- und Treuepflichten des Vorstands abkoppelt und sie als facettenreiche eigenständige Pflicht im Gesamtgefüge des organschaftlichen Pflichtenkatalogs anerkennt, klärt der Verfasser nicht zuletzt das Verhältnis der Legalitätspflicht zu der in Deutschland kodifizierten *business judgment rule*. Das hat nicht nur Auswirkungen auf Einzelfragen (z.B. Beweislast, Verschulden), sondern auch auf zahlreiche Aspekte, über die im Zusammenhang mit den Legalitätspflich-

ten in der deutschen Literatur heftig gestritten wird. Ausgangspunkt für seine Überlegungen und seine Systematisierung der Legalitätspflichten ist die Unterscheidung zwischen Pflichten, die an den Vorstand originär gerichtet sind, und solchen, die zunächst die Gesellschaft in den Blick nehmen und den Vorstand damit erst in einem zweiten Schritt – derivativ – binden. Quelle derartiger Pflichten sind in erster Linie einschlägige gesetzliche Regelungen und Vorgaben, aber auch zahlreiche weitere Quellen wie beispielsweise die Rechtsprechung und sogar Verträge. Dem Verfasser gelingt es, die Auswirkungen seines Systematisierungsansatzes auf breiter Ebene herauszuarbeiten und tragfähige Strukturen zu entwickeln. Nach dem Ansatz des Verfassers klären sich auch die umstrittenen Fälle der „nützlichen“ Rechtsverletzungen („Ökonomie hat keinen Vorrang vor Recht“).

Die Lektüre der Arbeit bereitet Freude, weil der Verfasser strukturiert und systematisch vorgeht, klar und nachvollziehbar argumentiert, sauber und ohne Schnörkel formuliert und den Leser so durch das komplexe Geflecht der organschaftlichen Pflichten führt. Die Sicht der Dinge von den Adressaten der jeweiligen Pflichten schafft Klarheit bezüglich der originären Pflichten und eine gewisse Flexibilität bezüglich der derivativen Pflichten, bei denen die Zuordnung/Überleitung von der Gesellschaft auf den Vorstand im Einzelfall sorgfältig zu begründen ist.

Insgesamt hat der Verfasser ein System entwickelt, das geeignet ist, ein Mehr an Rechtssicherheit zu erzeugen – ein hohes Gut in einer Zeit, in der die Anforderungen an das Verhalten der Vorstände gerade von kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften steigen und die Konkretisierung der Legalitätspflichten immer wichtiger wird.

Heidelberg, im Februar 2019

Werner F. Ebke

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einführung	23
§ 1: Einleitung und Gegenstand der Arbeit	23
§ 2: Ziel der Arbeit	28
§ 3: Gang der Darstellung	29
Erster Teil: Allgemeine Fragen der Legalitätspflicht	31
§ 1: Der Begriff der Legalitätspflicht	31
A. Begriffsdefinition	32
B. Legalitätsprinzip und Compliance	35
§ 2: Das System der Vorstandspflichten	41
A. Systematisierung der Vorstandspflichten	42
I. Das Recht des US-Bundesstaates Delaware als Vorbild	42
II. Die deutsche Adaption	46
B. Einordnung der Legalitätspflicht in diese Struktur	50
I. Die Einordnung der Legalitätspflicht im Recht der US-Bundesstaaten	50
1. Duty of Care	54
2. Ultra Vires Doctrine	56
3. Duty of Good Faith	59
4. Duty of Loyalty	64
5. Duty of Obedience	67
6. Zwischenfazit	68
II. Einordnung der Legalitätspflicht im deutschen Recht	69
1. Vorherrschende Systematisierung	69
2. Würdigung und alternative Einteilung	70
3. Praktische Konsequenzen dieser Einordnung	79
a) Beweislastverteilung	79

b) Eigene Bedeutung der Verschuldensebene	82
III. Zwischenfazit	83
§ 3: Modelle zur Gliederung der Legalitätspflichten	83
A. Bestehende Einteilungsmodelle und Begrifflichkeiten in der Literatur	84
I. Externe und interne Legalitätspflichten	84
II. Pflichten im Innen- und Außenverhältnis	91
III. Differenzierung nach „organisationellem Legalitätsprinzip, speziellen Binnenpflichten und Legalitätspflicht in Hinblick auf Rechtsbindung der Gesellschaft“	92
B. Eigener Einteilungsansatz	94
I. Originäre Legalitätspflichten	96
II. Derivative Legalitätspflichten	97
III. Konsequenzen der Einteilung	99
§ 4: Dogmatische Grundlagen der Legalitätspflicht	101
A. Originäre Legalitätspflicht	101
B. Derivative Legalitätspflicht	102
I. Begründungsansätze der Literatur	103
II. Eigener Ansatz	109
§ 5: Mögliche Pflichtenquellen	111
A. Nationale Pflichtenquellen	112
I. Gesetzliche Regelungen	112
1. Kodifiziertes Recht	112
2. Richterrecht	113
II. Standards und Verwaltungsvorschriften	116
1. Der Deutsche Corporate Governance Kodex	118
2. Empfehlungen zur Konzernrechnungslegung	128
3. Emittentenleitfaden der BaFin	129
III. Korporationsrechtliche Pflichtenquellen	132
1. Satzung	133
a) Unternehmenszweck und -gegenstand	133
b) Modifikation des gesetzlichen Wettbewerbsverbots	135
2. Geschäftsordnung des Vorstands	137
3. Verbindliche Beschlüsse der Gesellschaftsorgane	143
a) Hauptversammlung	143

b) Aufsichtsrat	147
c) Mehrheitsentscheidung des Vorstands	149
IV. Vertragliche Pflichtenquellen	150
1. Anstellungsvertrag	150
2. Verträge der Gesellschaft	152
V. Grundsätze der Geschäftsmoral	152
B. Ausländisches Recht	153
§ 6: Kollision verschiedener Vorstandspflichten	158
A. Problemaufriss	158
B. Abgrenzung	159
C. Auflösung von Pflichtenkollisionen	162
§ 7: Gesetzlich eingeräumte Beurteilungs- und Ermessensspielräume	164
§ 8: Mögliche Konsequenzen der Legalitätsverletzung	166
A. Wirksamkeit eines Entlastungsbeschlusses bei rechtswidrigem Organhandeln	166
B. Widerruf der Bestellung und Aufhebung des Vorstandsdiensvertrages	172
C. Strafrechtsrelevanz von Legalitätsverletzungen	175
 Zweiter Teil: Die derivative Legalitätspflicht	 181
§ 1: Allgemeine Fragen	181
A. Beschränkung der Überlegungen auf die derivative Legalitätspflicht	182
B. Eigenes Handeln des Vorstands	184
I. Nützliche Rechtsverletzung	184
1. Problemaufriss	185
2. Begriffsbestimmung und -eingrenzung	188
3. Einfluss der Nützlichkeit einer Rechtsverletzung auf die Pflicht zur Legalität	190
a) Kein Eingreifen der Business Judgment Rule	191
b) Rein ökonomische Betrachtung der Legalitätspflicht	194

c) Relativierende Ansätze	208
(1) Reine Ordnungsvorschriften	209
(2) Öffentlich-rechtliche Zahlungsverbindlichkeiten	211
(3) Gemeinwohlgefährdende Rechtsverletzungen	212
d) Unbedingter „Vorrang der Legalitätspflicht“	214
4. Exkurs: Vertragliche Pflichten	218
a) Bestehen einer grundsätzlichen Pflicht zur Einhaltung von Vertragspflichten	219
b) Unternehmerischer Ermessensspielraum bei der Erfüllung dieser Pflichten	225
5. Exkurs: Vorteilsausgleichung und Rückgriffsbeschränkungen	230
a) Vorteilsausgleichung	230
(1) Grundlagen der Vorteilsausgleichung	231
(2) Anwendung der Vorteilsausgleichung auf Fälle nützlicher Rechtsverletzungen	233
(3) Zweck der Schadensersatzhaftung	234
(4) Unbilligkeit und Unzumutbarkeit der Vorteilsausgleichung	240
b) Rückgriffsbeschränkungen bei Straf- und Bußgeldern	243
(1) Regressverbot	244
(2) Regressbegrenzung	248
aa) „Absolute“ Regressbegrenzung	250
bb) „Angemessene“ Regressbegrenzung	253
II. Bagatellverstöße	260
III. Handeln unter subjektiver Rechtsunsicherheit – Vertrauen auf anwaltlichen Rechtsrat	266
1. Einordnung der Wirkung von Rechtsrat	267
2. Voraussetzungen wirksamen Rechtsrates	269
IV. Handeln unter objektiver Rechtsunsicherheit – ungeklärte Rechtslage	272
1. Auswirkungen der Rechtsunsicherheit auf die Gesellschaft als primären Pflichtenadressaten	273
2. Anwendbarkeit der Business Judgment Rule	275
3. Dogmatische Einordnung	276
4. Kriterien der Enthftung bei objektiver Rechtsunsicherheit	277

C. Handeln Dritter	280
I. Die horizontale Dimension – Das Handeln anderer Vorstandsmitglieder und Organe	281
1. Überwachung im Rahmen der Geschäftsverteilung	282
2. Verhaltenspflichten bei Kollegialentscheidungen	283
3. Exkurs: Pflicht zur Anfechtung rechtswidriger Hauptversammlungsbeschlüsse	285
II. Die vertikale Dimension – Das Handeln nachgeordneter Mitarbeiter	286
1. Im Einzelunternehmen	287
2. Im Konzern	295
a) Strikte konzernweite Legalitätskontrollpflicht	297
b) Legalitätskontrollpflicht bei konzernweiten Haftungstatbeständen	300
c) Legalitätskontrollpflicht im Eigeninteresse der Konzernobergesellschaft	301
§ 2: Einzelpflichten	302
A. Informationspflichten	303
I. Gesellschaftsrechtliche Informationspflichten	303
II. Kapitalmarktrechtliche Informationspflichten	304
III. Sonstige Informationspflichten	307
B. Kapitalerhaltung	307
I. Darlehensgewährung und Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs (MPS)	309
II. Auszahlungen bei rechtsmissbräuchlichen Anfechtungsklagen	310
C. Erwerb eigener Aktien	311
D. Organisationspflichten	313
E. Andere öffentlich-rechtliche Pflichten im Überblick	313
 Dritter Teil: Die originäre Legalitätspflicht	 315
§ 1: Allgemeine Überlegungen	315
A. Einteilung und Terminologie: Binnen- und Außenpflichten	316
B. Eigenes Handeln	319

C. Handeln Dritter	320
I. Grundsatz der Delegationsfeindlichkeit	321
II. Einschaltung von Hilfspersonen	323
§ 2: Einzelne Binnenpflichten	325
A. Regelmäßige Pflichten	327
I. Einhaltung der Kompetenzordnung und Informationspflichten	327
II. Zusammenarbeit der Gesellschaftsorgane	328
III. Informationspflichten	333
IV. Organisationspflichten	336
V. Pflicht zur Führung der Handelsbücher	337
VI. Gesetzlich fixierte Treuepflichten	338
B. Pflichten in Sonderkonstellationen	341
I. Bestandsgefährdende Situationen	341
II. Übernahmesituationen	342
III. Holzmüller/Gelatine-Situationen	344
Vierter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse	347
Fünfter Teil: Verzeichnis der verwendeten Literatur	351

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alter Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
allg.M.	allgemeine Meinung
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFH NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BilMoG	Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts
BörsG	Börsengesetz
BR	Bundesrat
BReg	Bundesregierung
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cir.	Circuit

Abkürzungsverzeichnis

Colum. Bus. L. Rev.	Columbia Business Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Denv. U. L. Rev.	Denver University Law Review
DePaul L. Rev.	DePaul Law Review
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
Ebd.	Ebenda
ECFR	European Company and Financial Law Review
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f (ff)	folgende (mehrere folgende) Seiten/Paragraphen
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FormB	Formularbuch
FS	Festschrift
gem.	gemäß
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GS	Gedächtnisschrift; <i>liber amicorum</i>
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.S.	in diesem Sinne
i.E.	im Ergebnis

insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne der, des
i.S.v.	im Sinne von
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KapGesR	Recht der Kapitalgesellschaften
KG	Kommanditgesellschaft, Kammergericht
KölnKommAktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KölnKommWpÜG	Kölner Kommentar zum Wertpapiererwerbs- und über- nahmegesetz
krit.	kritisch
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit.	littera
LS.	Leitsatz
m. Anm.	mit Anmerkung
MAR	Verordnung (EU) 596/2014 über Marktmissbrauch
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MünchHdbGesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum BGB
MünchKommAktG	Münchener Kommentar zum AktG
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e)
N.C.L. Rev.	North Carolina Law Review
n.F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.Y.L. Sch. L. Rev.	New York Law School Law Review
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.	oben
Ohio St.L.J.	Ohio State Law Journal
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Reg	Regierung
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft

Abkürzungsverzeichnis

Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
Slg.	Sammlung
SMU	Southern Methodist University
S.M.U. L. Rev.	SMU Law Review
sog.	sogenannt
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
u.	unten
u.a.	unter anderem; und andere
U.C. Davis	University of California, Davis
U.C. Davis L. Rev.	U.C. Davis Law Review
UCLA	University of California, Los Angeles
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
UMKC	University of Missouri - Kansas City
UMKC L. Rev.	UMKC Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstreitig
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VGR	Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VorstandsR	Vorstandsrecht
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
w.N.	weitere Nachweise
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und -übernahmegesetz
W. Va. L. Rev.	West Virginia Law Review

z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zust.	zustimmend
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einführung

„Eine anständige Art der Geschäftsführung ist auf die Dauer das Eintrittlichste, und die Geschäftswelt schätzt eine solche viel höher ein, als man glauben sollte.“

Robert Bosch, 1861–1942.

„Did you ever expect a corporation to have a conscience when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?“¹

Lord Chancellor Edward, First Baron Thurlow, 1731–1806.

§ 1: Einleitung und Gegenstand der Arbeit

War früher die Rede von der Rechtsbindung des Vorstands einer Aktiengesellschaft, so wurde diese meist in derart apodiktischer Weise bejaht, dass eine nähere Erörterung entbehrlich schien.² In den vergangenen anderthalb Jahrzehnten ist diese Selbstverständlichkeit aber schrittweise der Einsicht gewichen, dass sich auch hier – wie so oft – hinter Attributen wie „unstreitig“,³ „selbstverständlich“,⁴ „trivial“⁵ oder auch Begriffen wie dem der „Binsenweisheit“⁶ eine Reihe von Fragen verbirgt, die sehr wohl einer eingehenden theoretisch-dogmatischen Erörterung bedürfen und deren

1 Zitiert nach *Coffee*, 79 Mich. L. Rev. 386 (1980–1981).

2 So etwa bei *Goette* in FS 50 Jahre BGH (2000), S. 123, 125; *Goette*, DStR 1998, 1308, 1309; *Mertens* in KölnKommAktG, (1. Aufl. 1985), § 93 Rn. 29; *Schlechtriem* in Kreuzer (Hrsg.), Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, 20, 21; *U.H. Schneider*, AG 1983, 205, 212; zur GmbH auch *Lutter* in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion (1998), Bd. 1 S. 87, 90; *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 423.

3 So *Hauschka*, AG 2004, 461, 465; vgl. auch *Bayer* in FS K. Schmidt (2009), S. 85, 88, der allerdings einschränkend von „weitgehend unstreitig“ spricht sowie *Rehbinder*, ZHR 148 (1984), 555, 569 („kaum ernsthaft in Zweifel zu ziehen“).

4 So *Kort* in GroßKommAktG, § 76 Rn. 47; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen (2002), 17; *Lutter*, DZWIR 2011, 265, 266; *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 422; zur GmbH auch *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 17.

5 So *Kindler* in FS Roth (2011), S. 367, 370.

6 So bei *Bachmann/Prüfer*, ZRP 2005, 109; *Spindler* in FS Canaris Bd. II (2007), S. 403, 412; *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646; *U.H. Schneider/Schneider*, ZIP 2007, 2061; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 505.

einzelne Aspekte sich bei Lichte betrachtet in wenigen Bereichen als so unumstritten wie angenommen erweisen.

Denn obwohl die Legalitätspflicht in ihrer fundamentalen Aufforderung zu gesetzestreuem Verhalten tatsächlich beinahe banal anmuten mag und trotz der erheblichen Aufmerksamkeit, die sie sowohl im jüngeren deutschen⁷ als auch insbesondere im US-amerikanischen Schrifttum⁸ inzwischen erfahren hat, bleibt doch die von *Professor John C. Coffee* im Jahr 1977 zum amerikanischen Recht vorgenommene Charakterisierung als „surprisingly undeveloped state of the law“⁹ auch heute noch zutreffend. Damit fallen intuitive Wahrnehmung und tatsächlicher Entwicklungsstand des geltenden Rechts aber deutlich auseinander. Ein Grund hierfür könnte sein, dass eine Pflicht, deren Kern allein in rechtmäßigem Verhalten besteht, zunächst zu klar erscheinen mag, um den Gegenstand einer ernsthaften akademischen Debatte darzustellen. Gleichzeitig führt eine konsequente Umsetzung der Legalitätspflicht allerdings grundsätzlich dazu, dass alle gesetzlichen Pflichten der Gesellschaft jedenfalls mittelbar-faktisch auch zu eigenen Pflichten des Organs gemacht werden.¹⁰ Im Ergebnis wird hierdurch also eines der wesentlichen Prinzipien des Gesellschaftsrechts, die grundlegende Trennung zwischen den als Organwaltern tätigen natürlichen Personen und der juristischen Person, an der Grenze zur faktischen Durchbrechung berührt.¹¹ Den gerade auch auf diesem Konflikt beruhenden, zahlreichen Facetten der organschaftlichen Pflicht zu gesetzestreuem Verhalten wurde daher in jüngerer Zeit – oft zusammenfassend dargestellt als Legalitätsprinzip oder Legalitätspflicht¹² – zu-

7 Vgl. *Bayer* in FS K. Schmidt (2009), S. 85; *Dreher* in FS Konzen (2006), S. 85; *Fleischer*, ZIP 2005, 141; *Habersack* in FS U.H.Schneider (2011), S. 429; *Hellwig/Behme* in FS Hommelhoff (2012), S. 343; *Spindler* in FS Canaris Bd. II (2007), S. 403; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504.

8 Vgl. hierzu die Nachweise unten bei Erster Teil: § 2:B.I (S. 50f.).

9 *Coffee*, 63 Va. L. Rev. 1099, 1172 bei Fn. 271 (1977).

10 Vgl. hierzu ausführlich unten Erster Teil: § 3:B.II (S. 97 f.).

11 Ähnlich *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 508.

12 So bei *Abeltshauser*, Leitungshaftung (1998), 205 f.; *Bachmann* in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion (2007), Bd. 9 S. 65, 76; *Harnos/Rudzio*, JuS 2010, 104, 105; *Koch* in Hüffer AktG, § 93 Rn. 6; *Kort* in FS Hopt Bd. I (2010), S. 983; *Poelzig/Thole*, ZGR 2010, 836, 838; *Wilsing* in Krieger/Schneider (Hrsg.), Hdb Managerhaftung, § 31 Rn. 19.

nehmend breiter Raum in der Aufsatz¹³, Kommentar¹⁴- und Handbuch¹⁵- sowie jüngst auch in der Ausbildungsliteratur¹⁶ gewidmet. Auch das Etikett „Legalitätspflicht“ wurde in diesem Zusammenhang indes - soweit ersichtlich - erst nach der Jahrtausendwende fest etabliert.¹⁷

Die Verselbstständigung des Themenkomplexes der Legalitätspflicht wurde in erheblichem Umfang durch rechtsvergleichende Arbeiten befördert.¹⁸ Dabei harren auch in dem vornehmlich untersuchten US-amerikanischen Recht viele der im Folgenden zu diskutierenden Aspekte einschließlich des dogmatischen Fundaments der Legalitätspflicht endgültiger Klärung.¹⁹ Darüber hinaus gewann die Frage der gesetzlichen Bindung des Organs aber auch mit der an Konsequenz zunehmenden²⁰ haftungsrechtlichen Verfolgung pflichtvergessener Vorstände²¹ an Relevanz und damit an Aufmerksamkeit. Wenn nicht ausgelöst, dann doch jedenfalls forciert wurde diese Entwicklung durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Sachen *ARAG/Garmenbeck*²² zu der Frage der Pflicht des Aufsichtsrats, bestehende Schadenersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder auch tatsächlich geltend zu machen.²³

Die durch diese Entscheidung angestoßene Debatte um das Leitungsermessen des Vorstands dürfte die Auseinandersetzung mit der dann alsbald

13 Vgl. die Nachw. in Fn. 6 und 7.

14 Vgl. *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG, § 93 Rn. 14 ff.; *Grigoleit/Tomasic* in Grigoleit, AktG, § 93 Rn. 9 ff.; *Hopt/Roth* in GroßKommAktG, § 93 Rn. 74, 132 ff.; *Hölters* in Hölters AktG, § 93 Rn. 54; *Krieger/Sailer-Coceani* in K.Schmidt/Lutter AktG, § 93 Rn. 7; *Schmidt* in Heidel AktienR, § 93 Rn. 10; *Mertens/Cahn* in KölnKomm AktG, § 93 Rn. 67 ff.; *Spindler* in MünchKommAktG, § 93 Rn. 86 ff.; zur GmbH vgl. auch *Haas/Ziemons* in Michalski GmbHG, § 43 Rn. 44 f.; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn. 12; *Lücke/Simon* in Saenger/Inhester, GmbHG, § 43 Rn. 19 f; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 17.

15 *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg.), HdbVorstandsR, § 7 Rn. 13; *Wilsing* in *Krieger/Schneider* (Hrsg.), Hdb Managerhaftung, § 31 Rn. 23 ff.

16 *Langenbacher*, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 4 Rn. 106 ff.

17 Vorher jedoch schon bei *Abeltshauser*, Leitungshaftung (1998), 205.

18 Aus rechtsvergleichender Perspektive insb. *Fleischer*, ZIP 2005, 141; vgl. auch *Abeltshauser*, Leitungshaftung (1998), 205; zur Übernahme von Rechtsinstituten anderer Rechtsordnungen vgl. *Fleischer*, NZG 2004, 1129.

19 Vgl. neben *Coffee*, 63 Va. L. Rev. 1099, 1172 (bei Fn. 271) (1977) exemplarisch auch *Greenfield*, 87 Va. L. Rev. 1279, 1297 (2001).

20 *Spindler* in FS Canaris Bd. II (2007), S. 403; *Hauschka*, NJW 2004, 257.

21 Ausführlich hierzu etwa *Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 248.

22 BGHZ 135, 244 ff. = NJW 1997, 1926 ff. = WM 1997, 970 ff. = ZIP 1997, 883 ff.

23 Vgl. hierzu etwa *Götz*, NJW 1997, 3275 sowie jüngst *Kindler* in FS Roth (2011), S. 367, 368 sowie *Goette* in GS Winter (2011), S. 153, *passim*.

Legalitätsprinzip genannten Rechtsbindung des Vorstands ebenfalls befördert haben. Schließlich wurden für den zwar in der Praxis wohl seit jeher anerkannten²⁴, in den vergangenen fünfzehn Jahren aber dogmatisch aufgearbeiteten und schließlich kodifizierten Haftungsfreiraum der Unternehmensleiter auch ebenso dogmatisch greifbare Grenzen des „safe harbors“ benötigt.²⁵ Eine dieser Grenzen stellt die Einhaltung des Gesetzes dar.²⁶ Man wollte also, wie es in diesem Zusammenhang prägnant heißt, verhindern, dass sich auch „Piraten“ in dem so eingerichteten „sicheren Hafen“ des unternehmerischen Leitungsermessens, der so genannten *business judgment rule*, tummeln.²⁷ Genügte es damit bislang, sich mit den einzelnen Pflichten des Vorstands auseinanderzusetzen, war nun eine diese zahlreichen Einzelpflichten umfassende dogmatische Klammer als einer der Schlagbäume des unternehmerischen Handlungs- und Haftungsfreiraums gesucht.²⁸ Die Eingrenzung erfolgt nach ganz überwiegender Ansicht bei dem Tatbestandsmerkmal des Vorliegens einer „unternehmerischen Entscheidung“, die besonders von den maßgeblich durch das Legalitätsprinzip bestimmten „gebundenen Entscheidungen“ abzugrenzen sei.²⁹

Den nötigen Stoff, um die Diskussion der Managerhaftung für Legalitätspflichtverletzungen in Tagespresse und rechtswissenschaftlichem Schrifttum zu illustrieren, boten und bieten eine Reihe öffentlichkeitswirksamer Rechtsverstöße in deutschen und durch deutsche Unternehmen. Diese sind allein in jüngerer Zeit mit bekannten Namen wie beispielsweise dem der Deutschen Telekom und Lidl im Bereich des Datenschutzes,³⁰ Thyssen-Krupp und die Lufthansa im Bereich der Preisabspra-

24 Vgl. Goette, ZGR 2008, 436, 447f.

25 Vgl. Paefgen, AG 2004, 245, 251.

26 Begr. RegE UMAG BT-Drs. 15/5092 S. 11; Krieger in Krieger/Schneider (Hrsg.), Hdb Managerhaftung, § 3 Rn. 15; Langenbucher, DStR 2005, 2083, 2085; Spindler in MünchKommAktG, § 93 Rn. 52.

27 So Schäfer, ZIP 2005, 1253, 1255.

28 Ähnlich Thümmel, DB 2004, 471, 472; Ibrüg, WM 2004, 2098, 2103 f.; zu den Zusammenhängen zwischen Legalitätsprinzip und *business judgment rule* auch Paefgen, AG 2004, 245, 251 f.

29 Vgl. Koch in Hüffer AktG, § 93 Rn. 6 f.; Lutter, ZIP 2007, 841, 843; Raiser/Veil, KapGesR, § 14 Rn. 68; Schäfer, ZIP 2005, 1253, 1256; S.H. Schneider, DB 2005, 707, 709; U.H. Schneider in FS Hüffer (2010), S. 905, 908 f.; kritisch hingegen Hauschka, ZRP 2004, 65; Kocher, CCZ 2009, 215, 216 ff.; vgl. hierzu aber sogleich unten Erster Teil: § 2:B.II.2 (S. 70 f.).

30 Vgl. hierzu Kutscha, ZRP 2010, 112.

chen,³¹ Energie Baden-Württemberg (EnBW) im Bereich des Sponsorings,³² allen voran aber dem System der „schwarzen Kassen“ bei der Siemens AG³³ verbunden. Auch die Finanzmarktkrise und die Suche nach den für sie Verantwortlichen hat die Diskussion über die Managerhaftung weiter vorangetrieben.³⁴ Ein Zeugnis hiervon geben Entscheidungen im Zusammenhang mit der IKB-Bank,³⁵ bei der sich die Auswirkungen der „subprime“-Krise erstmals in Deutschland zeigten, sowie die zueinander gegenläufigen Einschätzungen der Gerichtsinstanzen zu Fragen der Übernahme der Dresdner Bank durch die Commerzbank.³⁶

Der Schwerpunkt von Erörterungen der aus den genannten Gründen in das Blickfeld gerückten organschaftlichen Rechtsbindung in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird bislang überwiegend darauf gelegt, die Legalitätspflicht auf ihre Ausnahmen und Durchbrechungen hin zu untersuchen.³⁷ Und auch die Rechtsprechung hat bislang nicht wesentlich zu einer grundlegenden Systematisierung beigetragen. In der Rechtsprechung des zuständigen II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ist der Begriff des Legalitätsprinzips bislang vielmehr überhaupt nicht in Erscheinung getreten,³⁸ während die Fragestellung an sich, jedenfalls für die AG³⁹, als nur

31 Vgl. Handelsblatt vom 22.10.2012, „Ein Fall für Cromme“, S. 1; zum sog. Luftfrachtkartell vgl. FAZ. vom 2.2.2015, S. 19; zu weiteren Kartellverstößen in jüngerer Zeit vgl. *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 115.

32 BGH NJW 2008, 3580 ff.; vgl. zur Strafbarkeit für sog. „Hospitality“-Einladungen *Hamacher/Robak*, DB 2008, 2747.

33 Vgl. BGH NJW 2009, 89 und LG München I, NZG 2014, 345; zu weiteren Beispielen vgl. auch *Bachmann*, BB 2015, 771.

34 Zu deren Auswirkungen auf die Organhaftung vgl. *Rieder/Holzmann*, AG 2011, 265.

35 OLG Düsseldorf, Beschl.v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, 6 W 45/09 = NJW 2010, 1537; vgl. hierzu die Anm. bei *Spindler*, NZG 2010, 281.

36 Vgl. einerseits OLG Frankfurt v. 7.12.2010 – 5 U 29/10 = ZIP 2011, 75 = NZG 2011, 62; hierzu *Nikoleyczik/Gubitz*, NZG 2011, 91; andererseits LG Frankfurt a.M. v. 15.12.2009 – 3–5 O 208/09 = AG 2010, 416 = ZIP 2010, 429.

37 So beispielsweise bei *Fleischer*, ZIP 2005, 141; *Dreher* in FS Konzen (2006), S. 85, 92 ff.

38 Vgl. allerdings die strafrechtlichen höchstrichterlichen Entscheidungen BGH 1 StR 220/09 = NStZ 2011, 37, 38 („Siemens/AUB“) sowie BGH 2 StR 111/09 = NStZ 2010, 700, 701 = AG 2010, 826 sowie die Entscheidung des VI. Zivilsenats vom 10.7.2012, VI ZR 341/10 = NJW 2012 3439, 3441 (Rn. 22).

39 Vgl. aber zur GmbH BGH NJW 1994, 1801, 1802; BGHZ 125, 366, 372; BGH NJW 1988, 1321, 1323; aus den Instanzgerichten außerdem OLG Zweibrücken, NZG 1999, 506, 507.

indirekt behandelt gilt.⁴⁰ Eine dogmatische Einordnung und Fundierung des Legalitätsprinzips oder auch eine systematische Begriffsbestimmung bleiben in Lehre und Rechtsprechung überwiegend an der Oberfläche, sofern sie denn überhaupt erfolgen.⁴¹ Die Notwendigkeit einer solchen ausführlicheren und grundlegend systematischen Auseinandersetzung zeigt sich aber bereits an der wenig einheitlich gehandhabten, noch eingehend zu beleuchtenden Terminologie und den wohl daraus erwachsenden Unsicherheiten.⁴² Das Legalitätsprinzip präsentiert sich damit als zentrale Figur im Recht der aktienrechtlichen Leitungspflichten und Leitungshaftung, einem der Kerngebiete des Kapitalgesellschaftsrechts, bei dem sich sowohl Grundlagen wie auch Details weiterhin im Fluss befinden.

§ 2: Ziel der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist es, das systematische Fundament der Legalitätspflicht und ihrer im Detail herauszuarbeitenden Ausprägungen näher zu untersuchen und Leitlinien zu erarbeiten, nach denen sich das Legalitätsprinzip als Konzept in das überkommene Pflichtengefüge eines Vorstands nach deutschem Aktienrecht einfügt. Diese Untersuchung wird sich dazu im Schwerpunkt auf das vorstandliche Pflichtenprogramm richten.

Die Konsequenzen einer Verletzung dieser dabei noch im Detail herauszuarbeitenden Pflichten sind hingegen nicht vorrangiger Gegenstand der folgenden Betrachtungen. Gerade die prominenteste Folge einer Pflichtverletzung, die Haftung für kausal auf ihr beruhende Schäden, ist folglich nicht erschöpfend zu behandeln. Gleichwohl werden besonders eng mit der Legalitätspflicht verbundene Aspekte zu beleuchten sein. Denn aufgrund der gesetzlichen Konzeption des Aktiengesetzes, in dem – jedenfalls nach überwiegender Ansicht⁴³ – Pflichtenstatuierung (§ 93 Abs. 1 AktG) und zentrale Haftungsnorm (§ 93 Abs. 2 AktG) nur durch einen Absatz getrennt sind, lassen sich Überschneidungen wegen der bestehenden Wechselwirkungen an dieser Stelle nicht gänzlich ausschließen. Neben den all-

40 So etwa *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 unter Verweis auf BGHZ 124, 111, 126f; vgl. hierzu auch *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 148.

41 Anders jedoch bei *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 505, der ausdrücklich auch eine Dogmatik der Legalitätspflicht „auszuloten“ sucht; vgl. daneben auch *Habersack* in FS U.H.Schneider (2011), S. 429, 432.

42 Hierzu auch *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 506.

43 Zur Frage, ob § 93 Abs. 1 eine „Doppelfunktion“ als Sorgfaltsmaßstab und Pflichtenquelle einnimmt sogleich unten Erster Teil: § 2:A.II (S. 46).

gemeinen Überlegungen zur Legalitätspflicht besteht ein weiteres Anliegen dieser Arbeit schließlich darin, einen systematisierenden Überblick über all diejenigen gesetzlichen Vorgaben zu geben, die nach dem hier zugrunde gelegten – alsbald zu entwickelnden – Verständnis der Legalitätspflicht von dieser umfasst werden. Leitbild ist dabei der gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Pflichten-Kanon des Vorstands einer „kapitalmarkt-orientierten Aktiengesellschaft“, der sich in Abgrenzung zu der im Jahr 1994 geschaffenen „kleinen AG“⁴⁴ herausgebildet hat⁴⁵ und inzwischen durch weitere gesetzliche Differenzierungen zwischen börsennotierten und nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften gefestigt wurde.⁴⁶

§ 3: Gang der Darstellung

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Im ersten Teil ist eine handhabbare Ein- und Abgrenzung des Begriffs der „Legalitätspflicht“ und eine Möglichkeit der Verortung dieses Prinzips im positiven Recht aufzuzeigen. Aufgrund der in den letzten beiden Jahrzehnten stark rechtsvergleichend geprägten Entwicklung der Legalitätspflicht ist auch ein detaillierter Blick auf die Grundlagen dieser Pflicht in den wesentlichen US-amerikanischen Gesellschaftsrechtsordnungen zu werfen, die der deutschen Diskussion Pate standen. Weiterhin sind die verschiedenen Unterfälle der gesetzlichen Pflichten eines Vorstandsmitglieds auch so weit zu systematisieren, dass sie in einem in sich schlüssigen System der gesetzlichen Pflichtenbindung verortet werden können. Dem so zu entwickelnden System soll allerdings nicht nur ein rein Ordnung stiftender Wert zukommen. Vielmehr wird zu zeigen sein, dass sich die verschiedenen Arten der Legalitätspflichten nicht mit einem einzigen Satz an Regeln und insbesondere Ausnahmen fassen lassen, sondern dass den unterschiedlichen – noch genauer herauszuarbeitenden – Grundtypen auch differenzierte Behandlung gebührt. Dabei werden insbesondere Überschneidungen mit anderen Elementen des aktien-

44 Vgl. das Gesetz zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2.8.1994, BGBl. I 1994, 1961.

45 Zur Differenzierung zwischen „kleiner AG“ und „kapitalmarktorientierter AG“ vgl. *Bayer* in FS Hopt Bd. I (2010), S. 372; vgl. zu weiteren Differenzierungsmöglichkeiten *Schäfer*, NJW 2008, 2536.

46 Vgl. beispielhaft §§ 87 Abs. 1 S. 2, 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 120 Abs. 4 S. 1 AktG; eine detaillierte Aufstellung der Abweichungen findet sich bei *Schäfer*, NJW 2008, 2536, 2537; vgl. auch *Bayer* in FS Hopt Bd. I (2010), S. 372.

rechtlichen Leitungsstatuts – namentlich der Pflichtendelegation⁴⁷ und dem damit eng verwobenen, „schillernden“⁴⁸ Begriff der Compliance – zu berücksichtigen sein. Die verschiedenen Quellen, aus denen sich vom Legalitätsprinzip erfasste Pflichten ergeben können, werden ebenfalls zu beleuchten sein. Schließlich sind auch einige, neben der Haftung stehende Konsequenzen von Verletzungen der aktienrechtlichen Legalitätspflicht überblicksartig zu untersuchen. Dies schließt auch die gerade in der jüngeren Vergangenheit als immer bedrohlicher, weil kaum vorhersehbar, empfundene Untreuestrafbarkeit gemäß § 266 StGB und deren Verbindung zu Legalitätsverletzungen ein.

Die im ersten Teil entwickelten Grundtypen der Legalitätspflicht werden dann in dem zweiten und dritten Teil der Arbeit näher zu betrachten sein, wobei allgemeine, für den jeweiligen Typ aufzuwerfende Fragen wie etwa die der Pflichtendelegation entsprechend vorab zu behandeln sein werden. In einem anschließenden Schritt werden dann diese abstrakten Überlegungen dadurch konkretisiert, dass die mannigfaltigen Pflichten, die das Gesellschafts-, Handels- und Kapitalmarktrecht dem Vorstand einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft auferlegen, in der gebotenen Kürze beleuchtet werden. Ein Schwerpunkt wird dabei auf der Einordnung der Einzelpflichten in das abstrakte System der Legalitätspflichten des ersten Teils der Arbeit und in die Ableitung von Konsequenzen aus dieser Systematisierung liegen. Aus Raumgründen beschränkt sich die Arbeit hier auf die aus den soeben genannten Rechtsgebieten stammenden Pflichten, während Bindungen des Organs und der Gesellschaft, die aus den zahlreichen anderen, für einen Vorstand mitunter äußerst relevanten Rechtsgebieten⁴⁹ erwachsen, größtenteils auszuklammern sind. Hierdurch ist einer Uferlosigkeit der Darstellung vorzubeugen.

Die gefundenen Ergebnisse sind sodann in einem vierten, abschließenden Teil zusammenzufassen.

47 Zur neueren Kontroverse um die Pflichtendelegation vgl. einerseits *Dreher* in FS Hopt Bd. I (2010), S. 517 und andererseits *Seibt* in FS K. Schmidt (2009), S. 1463.

48 So *Kort* in FS Hopt Bd. I (2010), S. 983.

49 Zu nennen sind hierbei insbesondere das Steuerrecht, Arbeits(schutz)recht, Umweltschutzrecht sowie das Kartell- und Wettbewerbsrecht.

Erster Teil: Allgemeine Fragen der Legalitätspflicht

§ 1: Der Begriff der Legalitätspflicht

Betrachtet man ältere Auflagen der gängigsten deutschen Aktienrechtskommentare zu der Frage der Rechtsbindung von Vorständen, stößt man zwar durchaus auf eingehende Erörterungen einzelner, heute unter dem Schlagwort der Legalitätsbindung diskutierter Aspekte;⁵⁰ der Begriff Legalitätspflicht findet aber keine Verwendung. Im Zusammenhang mit der organschaftlichen Rechtsbindung wird er, soweit ersichtlich, erst im vergangenen Jahrzehnt in breiterem Maße gebraucht.⁵¹ Inzwischen haben auch die neueren Auflagen einiger der einflussreichsten Kommentierungen sowohl des Aktien⁵²- als auch des GmbH⁵³-Gesetzes den Terminus „Legalitätspflicht“ aufgegriffen. Gleichwohl fällt bei der Auswertung der verschiedenen jüngeren Aufsätze und Kommentarbeiträge auf, dass allein in der grundlegenden Zielrichtung Einvernehmen über die Vorstellung von und die Verwendung des Begriffes der Legalitätspflicht besteht. In Bezug auf Umfang und Reichweite des so bezeichneten Prinzips hat sich indes – wenn auch meist unausgesprochen⁵⁴ – bislang keine einheitliche Diktion durchsetzen können. Ziel des nachfolgenden Abschnittes ist, eine Definition des Begriffes der Legalitätspflicht zu entwickeln. Dazu ist zunächst die Verwendung des Begriffes in der aktienrechtlichen Literatur nachzuzeichnen. Da sich die Unschärfe des Begriffes in der im deutschen Wirtschafts-

50 So etwa bei *Hopt* in GroßKommAktG, § 93 Rn. 98 ff. (4. Aufl. 1999); *Mertens* in KölnKomm AktG (2. Aufl. 1988), § 93 Rn. 27; *Hefermehl* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 93 Rn. 25.

51 *Habersack* in FS U.H.Schneider (2011), S. 429; *Dreher* in FS Konzen (2006), S. 85; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504; *Fleischer*, ZIP 2005, 141; *Bayer* in FS K. Schmidt (2009), S. 85; *Spindler* in FS Canaris Bd. II (2007), S. 403; *Hölters* in Hölters AktG, § 93 Rn. 54.

52 *Spindler* in MünchKommAktG, § 93 Rn. 86; *Koch* in Hüffer AktG, § 93 Rn. 6; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG, § 93 Rn. 14; keinen Gebrauch machen hingegen *Mertens/Cahn* in KölnKomm AktG, § 93 Rn. 67 ff.

53 *Haas/Ziemons* in Michalski GmbHG, § 43 Rn. 44 ff.; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn. 12; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 17.

54 Ausdrücklich aber *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 506.

recht ebenfalls noch vergleichsweise jungen Vokabel „*Compliance*“ fortsetzt, ist diese im Anschluss ebenfalls terminologisch zu beleuchten.

A. Begriffsdefinition

Der Begriff der Legalitätspflicht ist dem geschriebenen deutschen Gesellschaftsrecht fremd; eine gesetzliche Erwähnung oder gar eine Legaldefinition sucht man im Aktiengesetz und auch den anderen gesellschaftsrechtlichen Gesetzen vergeblich. Auch eine positive Anordnung der hiermit bezeichneten Gesetzesbindung des Vorstands findet sich nicht.⁵⁵ Damit ist die Definition des Begriffs Legalitätspflicht und seine Ausgestaltung – insbesondere in Ermangelung einschlägiger Entscheidungen des II. Zivilsenats des BGH⁵⁶ – zunächst allein der Literatur überlassen. Sie hat sich vor allem letzteren Aspekts inzwischen auch in erheblichem Maße angenommen.⁵⁷ Einigkeit herrscht dabei zwar über die Grundannahme, nach der die Legalitätspflicht dem Vorstand abverlangt: „Halte das Gesetz ein“. Es stehen sich aber mindestens zwei Lager gegenüber, wenn es darum geht abzustecken, welche, oder präziser, wessen gesetzliche Pflichten dem als Legalitätspflicht bezeichneten Konzept zuzuordnen sind. Im Kern unterscheiden sich die beiden Gruppen in der Antwort auf die – meist allerdings nicht ausdrücklich aufgeworfene – Frage, ob sich die Legalitätspflicht und damit die sich jeweils anschließende materiellrechtliche Diskussion allein auf solche Pflichten beschränkt, die an die Gesellschaft adressiert sind, oder ob auch all diejenigen gesetzlichen Pflichten einzubeziehen sind, die dem Vorstand unmittelbar durch das Gesetz auferlegt werden.

Insbesondere *Fleischer*, der die frühe rechtswissenschaftliche Diskussion durch zahlreiche Beiträge zum Thema Legalitätspflicht maßgeblich geprägt hat,⁵⁸ gebraucht diesen Begriff in einem sehr umfassenden Sinne,

55 Ein entsprechender Vorschlag des Bundesrats, die Gesetzesbindung im Rahmen des UMAG in den Gesetzestext des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aufzunehmen (vgl. BR-Drs. 3/05 S. 2; BT-Drs. 15/5092 S. 33), wurde abgelehnt, vgl. hierzu die Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 15/5092 S. 41.

56 Beachte hingegen das Urteil des 2. Strafsenats vom 27. 8. 2010–2 StR 111/09 = BGH NJW 2010, 3458, 3460.

57 Zuletzt *Habersack* in FS U.H.Schneider (2011), S. 429 m.w.N.

58 *Fleischer*, ZIP 2005, 141; *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG, § 93 Rn. 14; *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg.), HdbVorstandsR, § 7 Rn. 4; *Fleischer*, BB 2008, 1070; *Fleischer*, NJW 2009, 2337.

wenn er schreibt, dass die „[Legalitätspflicht] die Vorstandsmitglieder anhält, sich bei allen ihren Aktivitäten rechtmäßig zu verhalten“,⁵⁹ oder alternativ formuliert, dass „zu den Kardinalpflichten eines Vorstandsmitglieds [...] zuvörderst die Pflicht [gehört], sich bei seiner Amtsführung gesetzes-treu zu verhalten.“⁶⁰ Danach, ob die Rechtmäßigkeit des Verhaltens nach Normen beurteilt wird, die sich direkt an den Vorstand richten, oder ob die Pflichten zunächst der Gesellschaft auferlegt werden, wird zunächst nicht differenziert.⁶¹ Einen ähnlich weiten Begriff legen wohl auch *Abeltshauser*⁶² und *Paefgen* ihren Überlegungen zugrunde; Letzterer wenn er ausführt, dass die „Legalitätspflicht schlicht die Bindung der Gesellschaft und ihrer Organe an das Gesetz [enthält]“⁶³. Schließlich wird ein solch weites Verständnis der Legalitätspflicht auch von *Spindler* bemüht, nach dem „Selbstverständlich [...] jedes einzelne Vorstandsmitglied die gesetzlich im AktG festgelegten Pflichten für den Vorstand zu beachten und zu erfüllen [hat], [...]“,⁶⁴ was unmittelbar anschließend auch ausdrücklich auf die Gesellschaftspflichten ausgedehnt wird, wenn es dort heißt: „Zudem haben die AG und damit auch im Außenverhältnis ihre Organmitglieder die rechtlichen Pflichten und Vorgaben einer Rechtsordnung einzuhalten.“⁶⁵

Erheblich enger wird der Terminus Legalitätspflicht hingegen von *Bayer* verwendet, wenn er von der Pflicht des Vorstands spricht, „sämtliche Rechtsvorschriften einzuhalten, die das Unternehmen [!] als Rechtssubjekt treffen“.⁶⁶ Danach werden von der Legalitätspflicht also nur diejenigen Pflichten erfasst, deren Adressat die Gesellschaft ist. Der Legalitätspflicht kommt damit nach dieser Auffassung allein die Funktion eines Transmissionsriemens zu, durch den die Rechtspflichten der Gesellschaft in solche des Vorstands „übersetzt“ werden.⁶⁷ An das Organ selbst adressierte Pflichten erfasst die dort gegebene Begriffseingrenzung indes nicht, was jedoch

59 *Fleischer*, ZIP 2005, 141.

60 *Fleischer* in *Spindler/Stilz AktG*, § 93 Rn. 14; ähnlich auch *Fleischer*, NJW 2009, 2337.

61 Es wird jedoch bei der Untergliederung eine weitere Differenzierung in „interne“ und „externe“ Pflichten vorgenommen; vgl. dazu unten Erster Teil: § 3:A.I (S.84).

62 *Abeltshauser*, *Leitungshaftung* (1998), 205.

63 *Paefgen*, *Unternehmerische Entscheidungen* (2002), 17.

64 *Spindler* in *MünchKommAktG*, § 93 Rn. 86.

65 *Spindler* in *MünchKommAktG*, § 93 Rn. 74; anders jedoch wohl *Spindler* in *FS Canaris Bd. II* (2007), S. 403, 412.

66 *Bayer* in *FS K. Schmidt* (2009), S. 85, 88.

67 Vgl. hierzu noch ausführlich unten Erster Teil: § 3:B.II (S.97).

auch mit dem auf Verstöße gegen – an die Gesellschaft adressierte – kartellrechtliche Verbote fokussierten Betrachtungsgegenstand der Untersuchung *Bayers* zusammenhängen mag. In diesem Sinne, wenn auch weniger eindeutig, dürfte auch die Beschreibung *Dreher*s zu verstehen sein, nach dem „der Vorstand einer Aktiengesellschaft [...] grundsätzlich für gesetzmäßiges Handeln der Gesellschaft sorgen und sich selbst entsprechend verhalten [muss].“⁶⁸ Nach dem ersten Satzteil hat der Vorstand dafür Sorge zu tragen, dass die Gesellschaft ihre gesetzlichen Pflichten einhält. Allein hierauf kann sich dann jedoch der zweite Satzteil beziehen, der die Verhaltensvorgabe für das eigene Handeln des Vorstands enthält. Unmittelbar dem Vorstand auferlegte Pflichten werden nach dieser Deutung auch von *Dreher*s Begriffsverständnis der Legalitätspflicht nicht erfasst.

Ein ähnlich enges Begriffsverständnis des Legalitätsprinzips legt schließlich *Thole* seinen Ausführungen zugrunde. Er nimmt zunächst „eigene Außenpflichten“ des Vorstands, „spezielle Binnenpflichten“ und einem „organisationellem“ Legalitätsprinzip unterfallende Vorstandspflichten von den von ihm untersuchten Legalitätspflichten aus.⁶⁹ Dem so eingegrenzten Konzept des Legalitätsprinzips kommt auch bei *Thole* insbesondere die Funktion zu, die nach außen bestehenden Pflichten der Gesellschaft „[...] in die Innenbeziehung zwischen Vorstand und Gesellschaft [zu] transponier[en]“. ⁷⁰ Der Vorstand soll also über die Figur des Legalitätsprinzips allein für diejenigen Pflichten einzustehen haben, deren Adressat die Gesellschaft ist.⁷¹

Die jeweils auf diese Begriffsbestimmung folgenden Ausführungen legen im Ergebnis zwei differierende Definitionen ihres Untersuchungsgegenstandes zugrunde. Diese lassen sich zusammenfassend als ein weiteres und ein engeres Verständnis der Legalitätspflicht beschreiben. Während die Legalitätspflicht nach dem weiteren Verständnis alle relevanten gesetzlichen Pflichten unabhängig davon erfasst, ob sie an die Gesellschaft oder an den Vorstand adressiert sind, sieht die engere Auffassung in der Legalitätspflicht nur einen Teilausschnitt der gesetzlichen Vorstandspflichten, nämlich die Pflicht, auch für die Einhaltung der gesetzlichen Pflichten der Gesellschaft (und nicht nur der eigenen) Sorge zu tragen. Obwohl dem engeren Verständnis zugute zu halten ist, dass bestimmte, häufig im Zusam-

68 *Dreher* in FS Konzen (2006), S. 85, 92.

69 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 506 f.

70 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 509.

71 So auch *Poelzig/Thole*, ZGR 2010, 836, 838.

menhang mit dem Legalitätsprinzip diskutierte dogmatische Fragen⁷² nur bei denjenigen Pflichten Relevanz besitzen dürften,⁷³ auf die sich das enge Begriffsverständnis beschränkt, sprechen die besseren Gründe dafür, im Ausgangspunkt ein weiteres Begriffsverständnis zugrunde zu legen.

Dem Umstand, dass nicht alle rechtlichen Überlegungen *unisono* auf sämtliche Pflichten anzuwenden sind, kann schließlich auch im Rahmen einer noch zu erarbeitenden, weiteren Untergliederung der Legalitätspflicht Rechnung getragen werden. Für das weitere Begriffsverständnis spricht weiterhin vor allem der natürliche Wortsinn einer „Pflicht zur Legalität“ – also zur Einhaltung des Gesetzes im gesamten Umfang. Außerdem eignet sich zur Eingrenzung des zulässigen Vorstandshandelns im Rahmen der „unternehmerischen Entscheidungen“ des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Kategorie „Legalitätspflicht“ nur dann, wenn sie alle rechtlichen Bindungen des Vorstandes umfasst und keine Ergänzung durch weitere Teilstücke der Rechtsbindung erfordert. Um auch anderen, mit den gesetzlichen Pflichten eines Vorstandsmitglieds zusammenhängenden Fragen und insbesondere einer umfassenden Pflichtensystematisierung angemessenen Raum geben zu können, wird dieser Arbeit daher ein weites Begriffsverständnis zugrunde gelegt, das alle gesetzlich angeordneten Pflichten umfasst, denen ein Vorstand nachzugehen hat. Mit der Festlegung auf das weitere Verständnis soll jedoch an dieser Stelle noch keine Vorfestlegung bezüglich der weiteren Pflichtenuntergliederung einhergehen.

B. Legalitätsprinzip und Compliance

Anders als bezüglich der Frage, wessen Pflichten das Legalitätsprinzip erfasst, herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass die organschaftliche Legalitätspflicht sowohl durch eigenes Verhalten des Vorstands als auch durch das Verhalten Anderer, etwa durch Mitarbeiter, verletzt werden

72 Insbesondere sind dies die Fragen nach der Behandlung sog. „nützlicher Pflichtverletzungen“ und der Verhaltensstandard des Vorstands bei unsicherer Rechtslage, vgl. hierzu unten Zweiter Teil: § 1:B.I (S.184) sowie Zweiter Teil: § 1:B.IV (S. 272).

73 Jedenfalls in Teilen wohl anderer Ansicht wohl *Fleischer*, der seiner Gliederung entsprechend die Frage nach der nützlichen Pflichtverletzung als allgemeines Problem der – weit verstandenen – Legalitätspflicht behandelt; vgl. etwa *Fleischer* in Spindler/Stilz AktG, § 93 Rn. 14 ff.

kann.⁷⁴ Die Legalitätspflicht erlegt dem Vorstand also nicht nur auf, sich selbst rechtstreu zu verhalten, sondern sie verlangt auch, dass er für entsprechendes Verhalten der anderen Organe und Organmitglieder sowie der Mitarbeiter Sorge trägt.⁷⁵ Diese Sicht kommt dem gebräuchlichen Verständnis des Begriffs *Compliance* sehr nahe. Es ist daher im Folgenden zu klären, ob und inwieweit sich *Compliance* und das aktienrechtliche Legalitätsprinzip überschneiden. Der aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammende Begriff *Corporate Compliance* hat sich zunächst im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts⁷⁶ und später auch in der allgemeineren wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Diskussion etabliert. *Corporate Compliance* ist in engem Zusammenhang mit dem ebenfalls aus dem anglo-amerikanischen Recht stammenden Term „Corporate Governance“⁷⁷ als so genanntes *legal transplant*⁷⁸ seit Mitte der 1990er Jahre im deutschen Wirtschaftsrecht zu finden⁷⁹. Schlagwortartig wird *Compliance* dabei regelmäßig auch als Teilstück guter Corporate Governance bezeichnet.⁸⁰

Auch wenn die wissenschaftliche Durchdringung des Themas bald sehr breit und ernsthaft vorangetrieben wurde, schien dem Begriff *Compliance* doch insbesondere zu Anfang auch ein gewisser Spott anzuhaften, wenn beispielsweise Uwe H. Schneider der Ausspruch zugeschrieben wird, dass „[...] man den Umstand, dass die Unternehmen die Gesetze einhalten müssten, nunmehr *Compliance* nennen würde“.⁸¹ Hiervon ist in der heutigen Auseinandersetzung mit diesem Thema, dem sich inzwischen ganze Zeitschriften⁸² verschrieben haben, indes nichts mehr zu spüren. Trotz einer heute fast unüberschaubaren Menge an Veröffentlichungen zu dem

74 Vgl. nur Thole, ZHR 173 (2009), 504, 509 m.w.N. sowie unten Zweiter Teil: § 1:C (S. 280).

75 So etwa auch Bayer in FS K. Schmidt (2009), S. 85, 88.

76 Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173.

77 Zu dem Begriff „Corporate Governance“ vgl. unten die Darstellung zum Deutschen Corporate Governance Kodex unter Erster Teil: § 5:A.II.1 (S. 118 ff.); siehe auch Bergmoser/Theusinger/Gushurst, BB Special 5 2008, 1; zur Abgrenzung zwischen Corporate Governance und Corporate Compliance vgl. Hauschka/Moosmayer/Lösler in Hauschka/Moosmayer/Lösler (Hrsg.), Compliance HdB, § 1 Rn. 2.

78 Vgl. Fleischer, NZG 2004, 1129, 1131; siehe auch Kremer/Klabold, ZGR 2010, 113, 117.

79 Hauschka/Moosmayer/Lösler in Hauschka/Moosmayer/Lösler (Hrsg.), Compliance HdB, § 1 Rn. 2; Hauschka, NJW 2004, 257; Koch, WM 2009, 1013.

80 Heldmann, DB 2010, 1235; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2174.

81 So zitiert Hauschka in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion (2007), 51 einen Ausspruch Uwe H. Schneiders zum Begriff Compliance.

82 Wie die Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ), vgl. Fleischer, CCZ 2008, 1.

Thema *Compliance*⁸³ bereitet das Verhältnis, die Schnittmengen und die Abgrenzung zwischen dem hier untersuchten aktienrechtlichen Legalitätsprinzip und der *Corporate Compliance* erhebliche Schwierigkeiten.⁸⁴ Wie bei der soeben vorgenommenen Präzisierung des Begriffs der Legalitätspflicht⁸⁵ besteht auch bei der *Compliance* die Herausforderung, dass sich in den aktien- oder sonstigen allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Gesetzen kein ausdrücklicher Hinweis auf *Compliance* oder gar eine Legaldefinition findet.⁸⁶ Aber auch die spezialgesetzlichen Ansätze wie etwa § 130 OWiG, der „erforderliche Aufsichtsmaßnahmen“ verlangt, oder § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG a.F., der die Einrichtung einer „wirksamen *Compliance*-Funktion“ für Wertpapierdienstleistungsunternehmen vorschrieb, liefern keine hilfreichen Anhaltspunkte für eine weiterführende Begriffspräzisierung⁸⁷ und vor allem für eine Abgrenzung zur Legalitätspflicht.

Erkennbar wird die Begriffsüberschneidung gerade bei Betrachtung einiger einschlägiger Publikationen, die *Compliance* jedenfalls in einem ersten Schritt im wörtlichen Sinne des englischen „to comply“, also „einhalten“ oder „befolgen“, verstehen und damit schlicht die Pflicht zur Einhaltung der Gesetze bezeichnen.⁸⁸ Dies kommt aber auch der grundlegenden Definition des Begriffs der Legalitätspflicht bis zur Deckungsgleichheit nahe.⁸⁹ Noch deutlicher wird diese Überschneidung, wenn man den eingangs angesprochenen Umstand bedenkt, dass sich die Legalitätspflicht des Vorstands nach recht einhelliger Auffassung eben nicht darauf beschränkt, Vorgaben für das eigene Verhalten ihres Adressaten zu machen, sondern vielmehr auch dessen Sorge für rechtmäßiges Handeln der gesamten Gesellschaft und damit auch für ein ebensolches Verhalten ihrer Mitarbeiter

83 Vgl. exemplarisch die Nachweise bei *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 114 (dort Fn. 1); sowie zum älteren Schrifttum auch die Nachweise bei *S.H. Schneider*, Informationspflichten, S. 270 (dort Fn. 252).

84 So auch *Koch*, WM 2009, 1013.

85 Vgl. hierzu oben Erster Teil: § 1:A (S. 32).

86 *Hauschka* in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion (2007), 51.

87 *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 116.

88 *Hauschka*, ZIP 2004, 877; *Kort*, NZG 2008, 81; *Schmidt* in *Heidel AktienR*, § 93 Rn. 10; *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645; zu diesem Wortverständnis auch *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 116, die diesbezüglich auch von „materieller Compliance“ sprechen; ähnlich *Bachmann* in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion (2007), 65, 67 (dort Fn. 4), der die Pflicht zur Beachtung rechtlicher Gebote als „Compliance im engeren Sinne“ bezeichnet.

89 *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 116; *Kort* in FS Hopt Bd. I (2010), S. 983 ordnet dementsprechend die Legalitätspflicht als Teilaspekt von Compliance ein.

umfasst.⁹⁰ Der Begriff *Compliance* wird andererseits nicht einheitlich allein auf die Sicherstellung rechtskonformen Mitarbeiterverhaltens beschränkt, sondern durchaus auch in den Kernbereich der Legalitätspflicht, also der Rechtstreue des eigenen Handelns des Vorstands, ausgedehnt. Wiederum *Uwe H. Schneider* beispielsweise merkt dazu in einem Grundlagenaufsatz zum Thema *Compliance* an: „Es sollte eine Binsenweisheit sein, dass Unternehmen, ihre Organmitglieder und ihre Mitarbeiter im Einklang mit dem geltenden Recht handeln. Und es bleibt auch dann eine Binsenweisheit, wenn man dies neudeutsch als ‚Compliance‘ bezeichnet.“⁹¹

Einem derart weiten Begriffsverständnis von *Compliance* ist jedoch im Interesse einer klaren, überschneidungsfreien Diktion entgegenzutreten. Dabei führt die Begriffsdefinition von *Compliance* etwas weiter, die im Jahre 2007⁹² in Ziffer 4.1.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex mit dem folgenden Wortlaut Eingang gefunden hat: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“ Die Verwendung der Worte „hat [...] zu sorgen“ kann man dergestalt interpretieren, dass dem Vorstand nach dem Verständnis der Regierungskommission Corporate Governance die – als *Compliance* bezeichnete – Pflicht zukommt, durch organisatorische Maßnahmen die Einhaltung von Gesetz und Recht sicherzustellen.⁹³ Ob eine derartige Pflicht tatsächlich in jedem Fall besteht, mag an dieser Stelle noch dahinstehen;⁹⁴ es wird jedoch eine Abgrenzungslinie zwischen Legalitätspflicht und *Compliance*-Pflicht erkennbar. Bei ersterer handelt es sich danach um die verschiedenen Ausprägungen⁹⁵ der Pflicht zu gesetzestreuem Verhalten, während sich letztere mit der Notwendigkeit und dem

90 *Dreher* in FS Konzen (2006), S. 85, 97 f.; *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 2; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 509.

91 *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646.

92 Beschluss der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex vom 14.6.2007.

93 Für ein solches Verständnis von Compliance auch *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 117.

94 Eine solche Pflicht wird jedenfalls nicht durch den Deutschen Corporate Governance Kodex begründet, zur Rechtsnatur und Verbindlichkeit vergleiche ausführlich unten Erster Teil: § 5:A.II.1 (S. 118); zum Bestehen einer Pflicht vgl. auch unten Zweiter Teil: § 1:C.II.1 (S. 287 ff.).

95 Vgl. hierzu sogleich Erster Teil: § 3:B (S. 94 ff.).