

CHRISTOPH ANDREAS WEBER

Organpflicht und Rechtsdurchsetzung

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
122*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

122



Christoph Andreas Weber

Organpflicht und Rechtsdurchsetzung

Mohr Siebeck

Christoph Andreas Weber, geboren 1979; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg i. Br. und Heidelberg; Rechtsreferendariat in Mannheim; 2011 Promotion (Tübingen); Habilitand und akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht der Ludwig-Maximilians-Universität; 2019 Habilitation; Privatdozent und Akademischer Oberrat auf Zeit ebendort; Lehrstuhlvertretungen in Frankfurt am Main und Konstanz; Rechtsanwalt in Frankfurt am Main.

ISBN 978-3-16-162653-1 / eISBN 978-3-16-163390-4
DOI 10.1628/978-3-16-163390-4

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480
(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von SatzWeise in Bad Wünnenberg aus der Times gesetzt, von Stückle Druck und Verlag in Ettenheim auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Mit der vorliegenden Arbeit bin ich im Wintersemester 2018/2019 an der Ludwig-Maximilians-Universität München habilitiert worden. Die Veröffentlichung habe ich zunächst aufgrund des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft zurückgestellt, das wegen der damit geplanten Neuordnung des Rechts der Unternehmenssanktionen erheblichen Einfluss auf die Arbeit gehabt hätte. Nachdem dieses Gesetz schließlich doch nicht verabschiedet wurde, habe ich das Manuskript aktualisiert. Es befindet sich grundsätzlich auf dem Stand Juli 2023 mit einzelnen Aktualisierungen bis in den Oktober 2023.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. *Mathias Habersack* für die überaus schnelle Erstellung des Erstgutachtens, aber auch für die Betreuung meines Habilitationsprojekts und für die langjährige Förderung und Unterstützung durch ihn, die ich auch schon davor als Doktorand und in der Folge als Privatdozent erfahren habe. Mein herzlicher Dank gilt zudem Herrn Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit* für die ebenso schnelle Erstellung des Zweitgutachtens sowie den weiteren Mitgliedern der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität. Darüber hinaus danke ich herzlich den Herren Professoren Dr. Dr. h. c. *Jörn Axel Kämmerer*, Dr. Dr. h. c. mult. *Karsten Schmidt* und Dr. *Rüdiger Veil* für die Aufnahme der Arbeit in die Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht. Zum Ausdruck bringen möchte ich zudem meine Dankbarkeit für die großzügige Förderung meines Habilitationsprojekts durch den Nachwuchsförderungsfonds im Rahmen des Zukunftskonzepts LMUexcellent.

Auf meine Zeit an der Ludwig-Maximilians-Universität München blicke ich mit Freude und Dankbarkeit zurück. Ich bedanke mich bei meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen an der LMU sowie am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, mit denen ich (ohne dort tätig gewesen zu sein) ebenfalls im engen Austausch stand, für die schöne gemeinsame Zeit einschließlich vieler interessanter Gespräche zu den unterschiedlichsten Themen. Exemplarisch erwähnen möchte ich in alphabetischer Reihenfolge Prof. Dr. *Timo Fest*, *Eva Fischer*, PD Dr. *Max Foerster*, Prof. Dr. *Jens-Uwe Franck*, Prof. Dr. *Miguel Gimeno Ribes*, Prof. Dr. *Alexander Hellgardt*, *Victor Jouannaud*, Dr. *Benedict Kebekus*, *Diana Liebenau*, Prof. Dr. *Alessandro Luciano*, Dr. *Matthias Lüdeking*, *Ursula Mayr*, *Marieke Merkle*, Prof. Dr. *Christine Osterloh-Konrad*, Prof. Dr. *Christian Picker*, Prof. Dr. *Kai Purnhagen*, Prof. Dr. *Erik Röder*, Dr. *Lisa Schwarz*, *Samy*

Sharaf, Christoph Wenzel, Dr. Wilhelm Wucherer, Dr. Tuğçe Yaşar und Peter Zickgraf.

Mein Dank gebührt ferner dem Verlag und dem Lektorat sowie meiner Familie, insb. meiner Frau Dr. *Anne Meckbach* und meiner Mutter *Susanne Hasse-Petersen*, die in mühevoller Arbeit das Manuskript vor der Drucklegung Korrektur gelesen hat.

Inhaltsübersicht

| | |
|--|------------|
| Vorwort | V |
| Einleitung | 1 |
| | |
| Teil 1: Die Legalitätsbindung der Kapitalgesellschaft und ihrer Organe | 13 |
| <i>1. Kapitel: Ausgangsbefund in der Bundesrepublik und den USA</i> | <i>15</i> |
| § 1 Die Legalitätspflicht: Grundsätzliche Anerkennung; Begründungsansätze | 15 |
| § 2 Mit der Legalitätspflicht vergleichbare Rechtsinstitute in den USA | 35 |
| <i>2. Kapitel: Vertragstheoretische Ansätze zur Herleitung der Legalitätspflicht</i> | <i>61</i> |
| § 3 Die Interessenlage der Aktionäre in Bezug auf die Legalitätspflicht | 61 |
| § 4 Die Legalitätspflicht im Spiegel der Stakeholderbelange | 82 |
| <i>3. Kapitel: Rechtsdurchsetzung durch die Legalitätspflicht aus rechtsökonomischer Sicht</i> | <i>101</i> |
| § 5 Die Theorie optimaler Sanktionen | 101 |
| § 6 Die Legalitätspflicht als ergänzender Durchsetzungsmechanismus | 120 |
| § 7 Gefahren und Grenzen der Rechtsdurchsetzung durch die Legalitätspflicht | 178 |
| § 8 Abschließende Würdigung der Legalitätspflicht aus rechtsökonomischer Sicht | 212 |
| <i>4. Kapitel: Die Dogmatik der Legalitätspflicht</i> | <i>243</i> |
| § 9 Vorüberlegungen | 243 |
| § 10 Die Legalitätspflicht als Rechtsdurchsetzungsinstrument | 294 |
| § 11 Sachliche Reichweite der Legalitätspflicht | 488 |
| § 12 Die Legalitätspflicht bei anderen Rechtsformen und Realtypen von Gesellschaften | 628 |
| § 13 Legalitätspflicht, Rechtsirrtum und „Legal Judgment Rule“ | 650 |

| | |
|---|----------|
| Teil 2: Die Legalitätsthroughsetzungspflicht im Innenverhältnis . . . | 723 |
| <i>1. Kapitel: Grundlagen</i> | 725 |
| § 14 US-amerikanisches Recht, insb. Caremark und Stone v. Ritter | 725 |
| § 15 Unionsrechtliche Vorgaben zur Compliance-Organisation | 761 |
| § 16 Die Legalitätsthroughsetzungspflicht aus funktionaler Perspektive | 770 |
| <i>2. Kapitel: Die Dogmatik der Legalitätsthroughsetzungspflicht</i> | 845 |
| § 17 Die Diskussion zur Rechtsgrundlage der Legalitätsthroughsetzungspflicht | 845 |
| § 18 Der Prüfungsmaßstab im Rahmen der Legalitätsthroughsetzungspflicht | 882 |
| Teil 3: Anspruchsinhalt im Fall der Pflichtverletzung | 951 |
| § 19 Haftung und Erstattung im Zusammenhang mit staatlichen Bußgeldern | 951 |
| § 20 Vorteilsausgleich und Zurechnungsfragen | 1031 |
| Abschließende Würdigung | 1067 |
| Literaturverzeichnis | 1087 |
| Sachwortverzeichnis | 1143 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Vorwort | V |
| Einleitung | 1 |
| A. Gegenstand, Grundansatz und Methode der Untersuchung | 1 |
| I. Kern des Untersuchungsgegenstands | 1 |
| II. Einbeziehung weiterer Rechtsformen neben der Aktiengesellschaft | 2 |
| III. Grundansatz und Leitgedanken der Untersuchung | 2 |
| IV. Weitere Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes | 6 |
| V. Untersuchungsmethode | 8 |
| B. Gang der Untersuchung | 8 |
| C. Terminologische Vorüberlegung | 10 |
| I. Compliance | 10 |
| II. Compliance-System | 11 |
| | |
| Teil 1: Die Legalitätsbindung der Kapitalgesellschaft und ihrer Organe | 13 |
| <i>I. Kapitel: Ausgangsbefund in der Bundesrepublik und den USA</i> | <i>15</i> |
| § 1 Die Legalitätspflicht: Grundsätzliche Anerkennung; Begründungsansätze | 15 |
| A. Terminologische Klärung und Abgrenzung von anderen Pflichtenbindungen | 15 |
| B. Im Grundsatz allgemeine Anerkennung der Legalitätspflicht | 18 |
| C. Begründungsansätze in Rechtsprechung und Literatur | 21 |
| I. Selbstverständlichkeit der Legalitätspflicht? | 21 |
| II. Einzelne aktienrechtliche Vorschriften als Anhaltspunkte | 22 |
| III. Ableitung aus einem Anspruch auf gesetzmäßige Verwaltung der Gesellschaft? | 29 |
| IV. Herleitung aus der Organstellung der Vorstandsmitglieder | 31 |
| V. Verbands- und Unternehmensinteresse, Aktionärs- und Stakeholderbelange | 33 |

| | | |
|-----|---|----|
| § 2 | Mit der Legalitätspflicht vergleichbare Rechtsinstitute in den USA . . . | 35 |
| | A. Die Legalitätspflicht in der US-amerikanischen Rechtsprechung . . . | 35 |
| | I. Entscheidungen zum Recht des Staates New York | 35 |
| | II. Delaware | 39 |
| | III. Die <i>derivative suit</i> als maßgeblicher Durchsetzungs- mechanismus | 43 |
| | IV. Fallstudie: Off-label Nutzung eines Medikaments | 46 |
| | B. Die ALI Principles of Corporate Governance | 48 |
| | C. Erklärungsansätze der US-amerikanischen Literatur | 50 |
| | I. Grundsätzlicher Meinungsstand | 50 |
| | 1. Überwiegende Anerkennung der Legalitätspflicht | 50 |
| | 2. Gegenansichten, v. a. Differenzierung zwischen <i>malum in se</i> und <i>malum prohibitum</i> | 51 |
| | 3. „Law as a price“-Theorie | 52 |
| | II. Die Legalitätspflicht als Überbleibsel der <i>ultra vires</i> - Doktrin? | 53 |
| | D. Bewertung: Vergleichsweise geringe Bedeutung der Legalitätspflicht | 56 |
| 2. | <i>Kapitel: Vertragstheoretische Ansätze zur Herleitung der Legalitätspflicht</i> | 61 |
| § 3 | Die Interessenlage der Aktionäre in Bezug auf die Legalitätspflicht . . . | 61 |
| | A. Ausgangspunkt der vertragstheoretischen Herleitungsversuche . . . | 61 |
| | B. Interessenlage der Aktionäre | 63 |
| | I. Schadensabwendungsinteresse der Aktionäre | 63 |
| | II. Kollektivinteresse am Wettbewerb auf legaler Basis | 66 |
| | III. Kurs- und Risikoeffekte des Rechtsbruchs | 67 |
| | IV. Portfoliointeresse diversifiziert anlegender Investoren | 71 |
| | V. Erschwerung der Unternehmenskontrolle | 73 |
| | VI. Das nicht-finanzielle Interesse an legalem Verhalten | 74 |
| | C. Zusammenfassende Bewertung | 79 |
| § 4 | Die Legalitätspflicht im Spiegel der Stakeholderbelange | 82 |
| | A. Vorüberlegung | 82 |
| | B. Vertragstheoretischer Ansatz unter Rückgriff auf Stakeholderbelange | 83 |
| | I. Allgemeine Gesichtspunkte | 83 |
| | II. Legalitätspflicht und Gläubigerschutz | 88 |
| | 1. Der Gedanke einer gläubigerschützenden Legalitätspflicht . . . | 88 |
| | 2. Finanzierungstheoretischer Hintergrund | 89 |
| | 3. Anwendung auf die Situation bei der Legalitätspflicht | 91 |
| | C. Zusammenfassende Bewertung | 96 |

| | |
|--|-----|
| 3. Kapitel: Rechtsdurchsetzung durch die Legalitätspflicht aus rechtsökonomischer Sicht | 101 |
| § 5 Die Theorie optimaler Sanktionen | 101 |
| A. Rechtsmethodische Vorüberlegungen | 101 |
| I. Stellenwert und Berechtigung rechtsökonomischer Argumente | 101 |
| 1. Allgemeines | 101 |
| 2. Bedeutung für die vorliegende Arbeit | 104 |
| II. Grundansatz einer ökonomischen Analyse der Legalitätspflicht | 105 |
| B. Optimale Sanktionen im nicht unternehmensbezogenen Kontext | 107 |
| C. Optimale Unternehmenssanktionen, Neutralitätsprinzip | 110 |
| I. Grundansatz | 110 |
| II. Risikoteilung zwischen Unternehmensträger und natürlicher Person | 114 |
| D. Folgerungen für Legalitäts- und Compliancepflichten im Innenverhältnis | 117 |
| I. Allgemeines | 117 |
| II. Optimale Sanktion und effizienter Rechtsbruch | 118 |
| § 6 Die Legalitätspflicht als ergänzender Durchsetzungsmechanismus | 120 |
| A. Grenzen der Theorie optimaler Sanktionen und des Neutralitätsprinzips | 120 |
| I. Vorbemerkung | 120 |
| II. Die Vermögensrestriktion als Grenze der Durchsetzbarkeit von Sanktionen | 122 |
| 1. Sanktionen gegen verantwortliche natürliche Personen | 123 |
| 2. Unternehmenssanktionen | 125 |
| III. Sonst hinter dem theoretischen Optimum zurückbleibende Sanktionen | 129 |
| 1. Grundlegung | 129 |
| 2. Bedeutung gleichzeitig eintretender Reputationsschäden | 135 |
| 3. Faktische Möglichkeit nützlicher Rechtsverstöße | 138 |
| a) Allgemeine Überlegungen, Beispiele | 138 |
| b) Das soziologische Konzept der brauchbaren Illegalität | 142 |
| (1) Der Ansatz | 142 |
| (2) Anschauungsmaterial aus der soziologischen Literatur | 144 |
| (3) Bewertung | 145 |
| IV. Defizite der Corporate Governance der Gesellschaft | 146 |
| 1. Theoretischer Ausgangspunkt | 146 |
| 2. Konsequenzen | 148 |

| | |
|---|-----|
| 3. Sondersituationen, in denen Rechtsverstöße der Organwalter naheliegen | 151 |
| 4. Empirischer Befund | 154 |
| V. Rationalitätsdefizite des Normadressaten | 157 |
| 1. Typische Verhaltensanomalien | 157 |
| 2. Relevanz für die hier angestellten Überlegungen | 159 |
| VI. Bessere Greifbarkeit des Unternehmensträgers für Zwecke der Sanktionierung | 160 |
| VII. Verhältnismäßigkeit, Grundrechte, Strafzumessungsgrundsätze | 162 |
| VIII. Zusammenfassende Bewertung | 164 |
| 1. Nachteile reiner Individualsanktionen | 164 |
| 2. Defizite der Rechtsdurchsetzung durch Verbandssanktionen | 166 |
| 3. Folgerungen | 166 |
| B. Präventionseffekt der Legalitätspflicht | 167 |
| I. Die Legalitätspflicht als Grundlage interner Sanktionen | 167 |
| II. Verhinderung der privatautONOMEN Allokation von Sanktionsrisiken | 169 |
| 1. Vorüberlegung | 169 |
| 2. Vergleich mit einer „Sanktionsversicherung“ | 170 |
| a) Unzulässigkeit von „Sanktionsversicherungen“ | 170 |
| b) Situation bei der Legalitätspflicht | 173 |
| § 7 Gefahren und Grenzen der Rechtsdurchsetzung durch die Legalitätspflicht | 178 |
| A. Interdependenzen zwischen Tatbestand und Rechtsfolge | 178 |
| B. Überabschreckungsprobleme bei überzogener Vorstandshaftung | 180 |
| I. Ausgangspunkt | 180 |
| II. Kosten der Belastung des Vorstands mit Haftungsrisiken | 181 |
| 1. Risikotragungskosten | 181 |
| 2. Risikovermeidungskosten | 184 |
| a) Der Prinzipal-Agent-Konflikt als Ursache | 184 |
| b) Überzogene Beratungskosten; unwirtschaftliches Verhalten | 184 |
| c) Personelle Zusammensetzung des Vorstands: mehr „Hasardeure“? | 186 |
| 3. Bedeutung der Überabschreckungskosten | 187 |
| 4. Paradoxe Effekte der Haftung | 188 |
| III. Relevante Fallgestaltungen | 188 |
| 1. Augenblicksversagen | 189 |
| 2. Materiell unrichtige Gerichtsentscheidungen | 189 |
| a) Beweislastentscheidungen zu Lasten des Organwalters | 189 |
| b) Risiko von Fehlurteilen | 191 |

| | |
|---|-----|
| c) Spezifische Bedeutung dieser Risiken bei der Vorstandshaftung | 192 |
| 3. Rechtsirrtum und Rechtsunsicherheit | 193 |
| C. Steuerungsprobleme bei höheren Schadenssummen | 193 |
| D. Durchsetzungsdefizite, Rechtsformabhängigkeit des Ansatzes | 198 |
| I. Durchsetzung von Ersatzansprüchen wegen Verletzung der Legalitätspflicht | 198 |
| 1. Die allgemeine Diskussion zur Durchsetzung der Organhaftung | 198 |
| 2. Besonderheiten im Hinblick auf den Untersuchungsgegen- stand | 200 |
| 3. Zusammenfassende Bewertung | 202 |
| II. Rechtsformabhängigkeit der Wirksamkeit der Legalitätspflicht | 204 |
| E. Weitere Gesichtspunkte | 207 |
| I. Belastung der Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat | 207 |
| II. Kosten der Anspruchsdurchsetzung | 211 |
| III. Präventionsmindernder Effekt der Ersatzleistung an die Gesellschaft | 212 |
| IV. Verhinderung aus gesamtgesellschaftlicher Sicht nützlicher Rechtsverstöße | 212 |
| § 8 Abschließende Würdigung der Legalitätspflicht aus rechtsökonomischer Sicht | 212 |
| A. Zusammenfassung | 212 |
| B. Folgerungen aus der Diskussion zur privaten Rechtsdurchsetzung | 217 |
| I. Einordnung | 217 |
| II. Relative Vor- und Nachteile privater Rechtsdurchsetzung | 217 |
| 1. Vorüberlegung zur Präzisierung der Analyse, Problemaufriss | 217 |
| 2. Nutzbarmachung relevanter Informationen | 220 |
| 3. Durchsetzungsanreize und Vollzugspraxis | 226 |
| 4. Effektivität und Kosten der Normdurchsetzung | 229 |
| a) Abschichtung der Problemebenen | 230 |
| b) Relative Kosten der Normdurchsetzung | 231 |
| c) Wirksamkeitsdefizite des staatlichen Normvollzugs | 232 |
| d) Abschließende Würdigung | 234 |
| 5. Interne und externe Sanktions- und Präventions- möglichkeiten | 234 |
| 6. Konzentration der Durchsetzung bei kompetenten Fachbehörden | 238 |
| C. Abschließende Bewertung | 238 |

| | |
|--|-----|
| 4. Kapitel: Die Dogmatik der Legalitätspflicht | 243 |
| §9 Vorüberlegungen | 243 |
| A. Sanktionen und andere Rechtsnachteile als Preise? | 243 |
| B. Sanktionsverlagerungen außerhalb des Aktienrechts | 250 |
| I. Erstattungsansprüche im Hinblick auf staatliche Geldsanktionen | 251 |
| 1. Keine Erstattung von Geldstrafen aufgrund von § 716 BGB | 251 |
| 2. Handhabung des § 670 BGB im Arbeitsrecht | 252 |
| 3. Rechtslage im allgemeinen Zivilrecht, insbesondere bei der GoA | 253 |
| 4. Unwirksamkeit vorheriger Sanktionserstattungs-Zusagen | 255 |
| 5. Erstattung der bereits verwirkten Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage | 256 |
| 6. Verbot von „Sanktionsversicherungen“ | 257 |
| 7. Zusammenfassung | 261 |
| II. Schadensersatz wegen Belastung mit einer Geldsanktion | 262 |
| III. Parallelwertungen in anderen Rechtsgebieten | 266 |
| IV. Folgerung: Das Verbot präventionsschädlicher Sanktionsverlagerungen | 268 |
| 1. Ablehnung abweichender Extrempositionen | 268 |
| a) Kein ausnahmsloses Sanktionsverlagerungsverbot | 268 |
| b) Keine rein bürgerlich-rechtliche Betrachtung | 269 |
| 2. Beschränkung auf präventionsschädliche Sanktions- verlagerungen | 271 |
| a) Grundsatz | 271 |
| b) Konsistenz mit dem vorliegenden Norm- und Fallmaterial | 272 |
| c) Vereinbarkeit mit der Straflosigkeit der Sanktions- erstattung nach § 258 StGB | 274 |
| 3. Rechtsgrundlage des Sanktionsverlagerungsverbots; Weiteres | 276 |
| V. Exkurs: Legalitätspflicht in anderen privatrechtlichen Rechts- verhältnissen? | 280 |
| 1. Situation im Arbeitsrecht | 281 |
| 2. Parallelen im allgemeinen Zivilrecht? | 285 |
| § 10 Die Legalitätspflicht als Rechtsdurchsetzungsinstrument | 294 |
| A. Organpflichten und öffentliches Normvollzugsinteresse im Schrifttum | 294 |
| I. Seitenblick: Die Diskussion im US-amerikanischen Schrifttum | 294 |
| II. Die Diskussion im deutschen Schrifttum | 296 |
| 1. Präventionsfunktion der Haftung versus öffentliches Interesse | 296 |

| | |
|--|-----|
| 2. Gegner einer Berücksichtigung des öffentlichen Interesses | 297 |
| 3. Anhänger der Gegenposition | 299 |
| a) Ausgangspunkt: Berücksichtigung des öffentlichen Interesses | 299 |
| b) Stellenwert des Normvollzugsinteresses | 301 |
| B. Stellungnahme: Begrenzte Funktionalisierung der Organpflichten | 305 |
| I. Auslegung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG als Grundlage der Legalitätspflicht | 305 |
| 1. Ausgangspunkt | 305 |
| 2. Folgerungen aus dem Gesetzeswortlaut | 306 |
| 3. Ausrichtung der Interpretation am Rechtsdurchsetzungsinteresse | 307 |
| a) Methodischer Ausgangspunkt, Formulierungen im Schrifttum | 307 |
| b) Berechtigter Kern der Kritik | 309 |
| (1) Geringe Überzeugungskraft allgemeiner Gesichtspunkte | 309 |
| (2) Die Legalitätspflicht als subsidiärer Rechtsdurchsetzungsmechanismus | 314 |
| c) Zusammenfassende vorläufige Würdigung | 317 |
| 4. Wertungsgesichtspunkte für die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses | 318 |
| a) Überlagerung durch öffentliche Interessen im allgemeinen Zivilrecht | 318 |
| (1) Überlagerung des Pflichteninhalts durch öffentliche Interessen | 318 |
| (2) Überlagerungen auf der Rechtsfolgenebene | 320 |
| b) Verhältnis der Legalitätspflicht zum Sanktionsverlagerungsverbot | 322 |
| II. Wertungen des § 130 OWiG und der Geschäftsherrenhaftung | 326 |
| 1. Ausgangspunkt und Leitgedanke | 326 |
| 2. § 130 OWiG im Überblick | 328 |
| a) Geschütztes Rechtsgut; Deliktstyp | 329 |
| b) Grundsätzliche Konstruktion und Funktionsweise der Norm | 332 |
| c) Keine Einordnung des § 130 OWiG als bloße Zurechnungsnorm | 334 |
| (1) Zugrunde gelegter Ansatz | 334 |
| (2) Ablehnung einer Deutung des § 130 OWiG als Zurechnungstatbestand | 335 |

| | | |
|------|---|-----|
| 3. | Kurzskizze der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung . . . | 336 |
| a) | Definition und grundsätzliche Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung | 336 |
| b) | Dogmatische Grundlage der Garantenstellung | 338 |
| c) | Keine Gefahr unerwünschter deliktsrechtlicher Folgeimplikationen | 341 |
| d) | Sachliche Reichweite der Garantenpflicht | 343 |
| (1) | Zumutbarkeitsvorbehalt | 343 |
| (2) | Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitserfordernis | 344 |
| e) | Die Adressaten der Geschäftsherrenhaftung | 345 |
| (1) | Ausgangspunkt: Pflichtenstellung der Gesellschaft und des Vorstands | 345 |
| (2) | Garantenpflicht der Aufsichtsratsmitglieder | 348 |
| (3) | Garantenpflicht der jeweils anderen Vorstands- mitglieder | 354 |
| f) | Zusammenfassung; Gesamtschau mit § 130 OWiG | 356 |
| 4. | Folgerungen für die Legalitätspflicht | 357 |
| a) | Argumentation im Hinblick auf nachgeordnete Mitarbeiter | 357 |
| b) | Übertragung auf die Ebene der Organwalter | 363 |
| (1) | Grundsätzliche Argumentation | 363 |
| (2) | Auseinandersetzung mit Einwänden | 365 |
| (3) | Pflichtenlage des Aufsichtsrats | 372 |
| c) | Klarstellung | 373 |
| d) | Vorrang der strafrechtlichen Wertung | 374 |
| e) | Zwischenergebnis | 379 |
| 5. | Bedeutung des Gesetzgebungsverfahrens zum Verbandssanktionengesetz | 380 |
| a) | Überblick | 381 |
| b) | Verhältnis zur Geschäftsherrenhaftung und zu § 130 OWiG | 382 |
| c) | Auswirkungen auf den hier vertretenen Herleitungsansatz | 383 |
| III. | Dogmatische Implikationen der hier zugrunde gelegten Konstruktion | 385 |
| 1. | Sachliche Reichweite der Legalitätspflicht | 385 |
| 2. | Verhältnis zur allgemeinen Sorgfaltspflicht; Zweck der Legalitätspflicht | 386 |
| a) | Ausgangspunkt | 386 |
| b) | Das Nebeneinander von Legalitätspflicht und allgemeiner Sorgfaltspflicht | 386 |

| | |
|--|-----|
| 3. Verhältnis zu den Organpflichten im öffentlichen Interesse | 390 |
| 4. Ausschluss des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG jedenfalls für bewusste Verstöße | 392 |
| 5. Weitere Gesichtspunkte | 396 |
| IV. Das Verbot nützlichen Rechtsbruchs als Teilaspekt der Legalitätspflicht | 396 |
| 1. Meinungsstand | 396 |
| 2. Stellungnahme | 398 |
| a) Vorüberlegung: Stellenwert des Verbots nützlicher Verstöße | 398 |
| b) Würdigung des Verbots nützlicher Verstöße | 400 |
| C. Verhältnis zur Debatte um das Unternehmensinteresse | 401 |
| I. Meinungsstand | 401 |
| II. Stellungnahme: Irrelevanz der Diskussion zum Unternehmensinteresse | 403 |
| D. Einordnung in die Diskussion zur Funktionalisierung des Privatrechts | 410 |
| I. Rechtskulturelle Argumentationsansätze | 413 |
| II. Der Freiheitssicherungsaspekt der Funktionalisierungsdebatte | 417 |
| III. Die dogmatisch-systematische Perspektive | 421 |
| 1. Das Verhältnis zum öffentlichen Recht | 421 |
| 2. Verhältnis zum Strafrecht und zum Ordnungs- widrigkeitenrecht | 424 |
| IV. Kritik an der Steuerungswirkung funktionalisierten Privatrechts | 428 |
| V. Abschließende Würdigung | 430 |
| E. Verfassungsrechtliche Folgeimplikationen | 432 |
| I. Ausgangspunkt | 432 |
| II. Grundsätzliche Position: Erfordernis einer Verhältnis- mäßigkeitprüfung | 434 |
| III. Einzelfragen | 439 |
| 1. Besonderheiten der Verhältnismäßigkeitprüfung bei der Legalitätspflicht | 439 |
| 2. Grundsätzliche Verhältnismäßigkeit der Legalitätspflicht | 441 |
| 3. Anwendungsfall: Anerkennung der <i>de minimis</i> - Ausnahme | 445 |
| a) Stand der Diskussion | 445 |
| b) Stellungnahme | 448 |
| (1) Außenrechtliche Wertungen; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit | 448 |
| (2) Unmaßgeblichkeit des Kompensationsinteresses | 449 |

| | |
|---|-----|
| (3) Vereinbarkeit mit dem richtigen „tone at the top“ | 450 |
| (4) Materiellrechtliche Wirkung der de minimis-Ausnahme | 453 |
| 4. Existenzgefährdung und Wettbewerbsdruck als weitere Anwendungsfälle | 454 |
| a) Abgrenzung verschiedener Fallgestaltungen | 455 |
| (1) Sogwirkung einer rechtswidrigen Marktpraxis | 455 |
| (2) Sonderfall: Degenerierte Auslandsmärkte | 456 |
| (3) Normaufhebung durch abweichendes Gewohnheitsrecht (desuetudo) | 457 |
| b) Pflichtenlage bei völlig unzureichendem behördlichem Normvollzug | 459 |
| F. Legalitätspflicht und Gesellschafterdisposition | 460 |
| I. Gesellschafterbeschlüsse, Weisungen, Mitverschulden | 460 |
| 1. Allgemeine Grundsätze | 460 |
| 2. Anwendung auf den Fall der Legalitätspflichtverletzung | 462 |
| a) Nichtigkeit einer Weisung zum Legalitätspflichtverstoß | 462 |
| b) Ausschluss des Arglisteinwands im Fall der Legalitätspflichtverletzung | 465 |
| (1) Befürworter einer Zulassung des Arglisteinwands | 465 |
| (2) Ausschluss des Arglisteinwands bei Legalitätspflichtverstoßen | 467 |
| (3) Abschließende Überlegungen | 469 |
| c) Keine Anspruchskürzung bei Mitverschulden der Gesellschafter | 470 |
| II. Die Legalitätspflicht als indisponible Organpflicht | 471 |
| 1. Vorüberlegung: Auszuklammernde Fragestellungen | 471 |
| 2. Dispositionsfestigkeit des Pflichten- und des Verschuldensmaßstabs | 472 |
| a) Meinungsstand | 472 |
| b) Stellungnahme | 473 |
| G. Die Anspruchsverfolgung bei Verletzung der Legalitätspflicht | 476 |
| I. Problemstellung und Meinungsstand | 476 |
| II. Anspruchsverfolgung als interne Ahndung | 479 |
| 1. Grundsätzliches | 479 |
| 2. Reichweite der Anspruchsverfolgungspflicht | 481 |
| H. Zusammenfassung | 487 |

| | |
|--|-----|
| § 11 Sachliche Reichweite der Legalitätspflicht | 488 |
| A. Ausgangspunkt | 488 |
| B. Meinungsstand zu den verschiedenen Bereichen des deutschen Rechts | 489 |
| I. Vertragliche Leistungsansprüche Dritter gegenüber der Gesellschaft | 489 |
| 1. Rechtsprechung | 490 |
| 2. Das Meinungsspektrum in der Literatur | 492 |
| II. Sonstige privatrechtliche Pflichten, insb. aus dem Deliktsrecht | 496 |
| III. Öffentlich-rechtliche Bindungen der Gesellschaft | 498 |
| IV. Strafrecht, Ordnungswidrigkeitentatbestände | 501 |
| C. Rechtsökonomische Vorüberlegungen | 504 |
| I. Der Ansatz von Gelter/Grechenig | 504 |
| II. Das Gegenmodell von <i>Habetha</i> | 507 |
| III. Stellungnahme | 507 |
| 1. Auseinandersetzung mit <i>Habetha</i> | 507 |
| 2. Auseinandersetzung mit Gelter/Grechenig | 509 |
| 3. Zwischenergebnis | 510 |
| IV. Folgerungen aus der Interdependenz von Tatbestand und Rechtsfolge | 511 |
| 1. Ausgangspunkt | 511 |
| 2. Regeln und Standards als unterschiedliche Normierungsansätze | 512 |
| a) Überblick | 512 |
| b) Relevante Gesichtspunkte | 513 |
| c) Folgerung: Ausklammerung der deliktischen Verschuldenshaftung | 518 |
| (1) Grundsätzliche Überlegung | 518 |
| (2) Überdehnte Pflichten mit schwer vorhersehbarem Gehalt | 519 |
| (3) Funktionsfähigkeit der Verhaltenssteuerung durch das Deliktsrecht | 522 |
| (4) Kongruenz sozialer und privater Schäden bei § 823 Abs. 1 BGB | 523 |
| (5) Nicht überspannte Verkehrspflichten; unmittelbare Verletzungen | 524 |
| V. Abschließende Würdigung | 528 |

| | |
|--|-----|
| D. Stellungnahme zur Anwendung auf einzelne Rechtsmaterien . . . | 531 |
| I. Ausklammerung des Deliktsrechts | 531 |
| 1. Präzisierung der Fragestellung | 531 |
| 2. Bedenken gegen die Einbeziehung deliktsrechtlicher Verkehrspflichten | 534 |
| a) Folgerungen aus der Diskussion zur Organaußenhaftung | 534 |
| (1) Zugrunde gelegtes Verständnis der Deliktshaftung im Unternehmenskontext | 534 |
| (2) Relative Bedeutung der Innen- und Außenhaftung | 537 |
| (3) Für die Untersuchung relevante Argumente zur Außenhaftung | 540 |
| b) Bedenken gegen einen Transfer der Verkehrspflichten in das Strafrecht | 542 |
| c) Kein Erfüllungsanspruch im Hinblick auf Verkehrspflichten | 543 |
| d) Konsequenzen für die Binnenhaftung wegen Verkehrspflichtverletzungen | 544 |
| (1) Zusammenfassende Würdigung der beschriebenen Fallgestaltungen | 544 |
| (2) In Betracht kommende Lösungsansätze | 545 |
| 3. Dogmatische Detailbegründung nach dem hier verfolgten Ansatz | 548 |
| a) Ausgangspunkt | 548 |
| b) Rezeption eines ähnlich liegenden Meinungsstands | 549 |
| c) Umqualifikation der Pflichten aus gesellschafts- rechtlicher Sicht | 551 |
| (1) Grundsätzliche Konstruktion | 551 |
| (2) Abgrenzung zur Situation bei § 130 OWiG | 554 |
| 4. Weitere Gesichtspunkte | 557 |
| 5. Sonderkonstellationen | 558 |
| a) Verletzung von Immaterialgüterrechten | 558 |
| (1) Bedeutung der Legalitätspflicht in diesem Bereich | 558 |
| (2) Das Bedürfnis nach einer sachgerechten Eingrenzung | 559 |
| b) Persönlichkeitsrechtsverletzungen als weiterer Sonderfall | 560 |
| c) Der lauterkeitsrechtliche Rechtsbruchtatbestand | 561 |
| 6. Abschließende Würdigung | 563 |
| II. Ausklammerung vertraglicher Pflichten | 565 |
| 1. Dogmatische Grundposition | 565 |
| 2. Absicherung durch weitere Gesichtspunkte | 567 |

| | |
|---|-----|
| 3. Auseinandersetzung mit möglichen Gegenargumenten . . . | 568 |
| a) Bedeutung des Grundsatzes der Naturalkondemnation | 568 |
| b) Vertragspflichten und öffentliches Interesse | 570 |
| 4. Rechtsökonomische Absicherung | 571 |
| III. Verwaltungsrechtliche Vorgaben | 574 |
| 1. Rechtsökonomische Vorüberlegungen | 574 |
| a) Hintergrund verwaltungsrechtlicher Vorgaben | 574 |
| b) Gründe für die ergänzende Anwendung der Legalitätspflicht | 575 |
| (1) Vollzugsdefizite im Verwaltungsrecht | 575 |
| (2) Weitere Gesichtspunkte | 576 |
| c) Das Problem der Interdependenz von Tatbestand und Rechtsfolge | 577 |
| (1) Ausgangspunkt | 577 |
| (2) Relevanz bei der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Vorgaben | 578 |
| (3) Abstimmung von privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung | 581 |
| 2. Dogmatische Lösung mit dem hier zugrunde gelegten Kriterium | 581 |
| a) Grundsatz | 581 |
| b) Gegenbeispiele mit Legalitätsbindung im Innen- verhältnis | 582 |
| (1) Pflichten nach dem BImSchG | 582 |
| (2) Die §§ 25a ff. KWG als Anknüpfungspunkt für die Legalitätspflicht | 583 |
| c) Zusammenfassende Bewertung | 585 |
| 3. Abstimmung der Legalitätspflicht mit dem behördlichen Vollzug | 588 |
| a) Fallbeispiele | 588 |
| b) Dogmatische Vorüberlegung: Die Diskussion zu § 3a UWG | 590 |
| c) Einordnung: Verhältnis zum Handeln unter Rechtsunsicherheit | 594 |
| d) Dogmatischer Ansatzpunkt für eine Abstimmung mit dem Verwaltungsrecht | 595 |
| e) Unrichtige Normanwendung durch die Verwaltung als Sonderfall | 599 |

| | |
|---|-----|
| IV. Mit Strafe oder Bußgeld bewehrte Verbotstatbestände | 603 |
| 1. Ordnungswidrigkeitenrecht | 603 |
| a) Ergänzender Hinweis zur Anwendbarkeit der Legalitätspflicht | 603 |
| b) Ausnahmen in Anlehnung an die behördliche Vollzugspraxis | 604 |
| 2. Straftatbestände | 607 |
| V. Sonderkonstellationen: AGG, Hinweisgeberschutzgesetz, LKSG u. a. | 609 |
| 1. Ordnungswidrigkeitentatbestand des Art. 246e § 2 EGBGB | 609 |
| 2. Hinweisgeberschutzgesetz | 611 |
| a) Überblick | 611 |
| b) Pflicht zum Ergreifen von Folgemaßnahmen als Anknüpfungspunkt | 611 |
| c) Folgerungen für die Legalitätspflicht | 614 |
| 3. Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz | 616 |
| 4. Allgemeines Gleichstellungsgesetz | 618 |
| E. Ausländisches Recht | 618 |
| I. Meinungsstand | 619 |
| 1. Grundsätzliche Positionen zur Einbeziehung ausländischen Rechts | 619 |
| 2. Ansätze zu einer Relativierung der Legalitätsbindung an ausländisches Recht | 621 |
| II. Stellungnahme | 622 |
| 1. Vorüberlegung | 622 |
| 2. Dogmatische Perspektive | 624 |
| a) Kollisionsrecht und Rechtshilfeverkehr als Vorfilter | 624 |
| b) Wertungsmäßiger Anknüpfungspunkt der Legalitäts- pflicht | 626 |
| § 12 Die Legalitätspflicht bei anderen Rechtsformen und Realtypen von Gesellschaften | 628 |
| A. Beispielhafter Überblick: Verschiedene Rechtsformen und Realtypen | 628 |
| B. Die dogmatische Perspektive | 630 |
| I. Meinungsbild | 630 |
| II. Implikationen der verschiedenen Begründungsansätze | 632 |
| C. Rechtsökonomische Sinnhaftigkeit der Anwendung der Legalitätspflicht | 634 |
| I. Vorüberlegung: Begriff der geschlossenen Kapitalgesellschaft | 634 |
| II. Normverstöße bei verschiedenen Rechtsformen und Realtypen | 635 |
| 1. Versuch, den Anteilwert durch nützliche Verstöße zu steigern | 635 |

| | |
|--|-----|
| 2. Der Prinzipal-Agent-Konflikt im Verhältnis zu den Gläubigern | 638 |
| 3. Die Prinzipal-Agent-Beziehung zwischen verschiedenen Gesellschaftergruppen | 641 |
| 4. Kriminologische Erklärungsansätze | 644 |
| 5. Zwischenergebnis | 645 |
| III. Folgerungen für die Legalitätspflicht | 645 |
| 1. Der Präventionseffekt der Legalitätspflicht | 645 |
| 2. Das Kompensationsinteresse der Gesellschafter | 647 |
| 3. Relevanz der Nachteile der Legalitätspflicht | 648 |
| D. Zusammenfassung | 649 |
| § 13 Legalitätspflicht, Rechtsirrtum und „Legal Judgment Rule“ | 650 |
| A. Hintergrund: Rechtsirrtümer im Außenverhältnis, insb. im allgemeinen Zivilrecht | 651 |
| B. Das Petitem der Literatur: Großzügigere Handhabung bei der Organhaftung | 654 |
| I. Die Grundlinie im Schrifttum | 654 |
| II. Die noch nicht eindeutige Tendenz der Gerichte | 656 |
| C. Einzelfragen der Enthftung bei Rechtsirrtum und unklarer Rechtslage | 659 |
| I. Die Enthftungsvoraussetzungen im Detail | 659 |
| 1. Allgemeine Grundsätze | 659 |
| 2. Ermessens- und Beurteilungsspielräume bei der Prüfung der Rechtslage? | 662 |
| a) Beurteilungsspielräume – Anlehnung an die verwaltungsrechtliche Diskussion? | 662 |
| b) Direkte oder analoge Anwendung der Business Judgment Rule | 665 |
| c) Kontrollfreier Entscheidungsspielraum außerhalb des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG | 668 |
| d) Zwischenergebnis | 669 |
| 3. Herbeiführen einer (erneuten) höchstrichterlichen Entscheidung | 669 |
| II. Die Rechtsfolgenseite: Pflichtgemäßes oder nur schuldloses Handeln? | 670 |
| III. Rechtsirrtum und Rechtsrat als Sonderproblem | 673 |
| IV. Sachverhaltsunklarheit und Tatsachenirrtum | 676 |

| | |
|---|-----|
| D. Stellungnahme | 678 |
| I. Rechtsökonomische Vorüberlegungen | 678 |
| 1. Allgemeine Auswirkungen der Rechtsunsicherheit | 678 |
| a) Das Überabschreckungsszenario nach Calfée/Craswell | 678 |
| b) Das Verwässerungsszenario nach Kahan | 680 |
| c) Vorläufige Bewertung | 681 |
| 2. Besondere Bedeutung im Bereich der Legalitätspflicht | 685 |
| a) Interdependenz von Tatbestand und Rechtsfolge | 685 |
| b) Weitere Gesichtspunkte | 687 |
| c) Relativierung durch den Prinzipal-Agent- Konflikt u. a. | 688 |
| II. Dogmatische Würdigung | 689 |
| 1. Grundsätzliche Konstruktion; Pflicht- und Verschuldensebene | 689 |
| a) Allgemeine Gesichtspunkte | 689 |
| b) Konstruktive Besonderheiten der (externen) Legalitätspflicht | 691 |
| c) Die Rechtsvergewisserungspflicht des Vorstands und ihre Bedeutung | 697 |
| d) Zusammenfassung | 702 |
| 2. Konkretisierung der Verhaltensanforderungen | 703 |
| a) Unanwendbarkeit der Business Judgment Rule | 703 |
| (1) Zugrunde gelegtes Verständnis der Business Judgment Rule | 703 |
| (2) Unanwendbarkeit auf Entscheidungen unter Rechtsunsicherheit | 704 |
| b) Prozeduraler Maßstab außerhalb der Business Judgment Rule | 706 |
| (1) Dogmatische Grundlage | 706 |
| (2) Allgemeiner Maßstab | 707 |
| (3) Irrtum und Unsicherheit im tatsächlichen Bereich | 710 |
| (4) Rückfragen bei Behörden; gerichtliche Klärung der Rechtslage | 712 |
| (5) System der Legalausnahme; prinzipienbasierte Regulierung | 718 |

| | |
|--|-----|
| Teil 2: Die Legalitätsthroughsetzungspflicht im Innenverhältnis . . . | 723 |
| 1. Kapitel: Grundlagen | 725 |
| § 14 US-amerikanisches Recht, insb. Caremark und Stone v. Ritter | 725 |
| A. Pflichtenlage beim Vorliegen sog. red flags | 725 |
| B. Pflichten in Abwesenheit konkreter Hinweise auf Fehlverhalten . . | 727 |
| I. Caremark und Stone v. Ritter | 727 |
| II. Neuere haftungsfreundlichere Tendenz, insb. Marchand v. Barnhill | 732 |
| III. Rechtslage bzgl. der <i>officers</i> | 734 |
| C. Darlegungsanforderungen bei der Rechtsdurchsetzung | 735 |
| D. Bewertung | 740 |
| I. Zielrichtung der Caremark-Entscheidung | 740 |
| II. Bewertung der Caremark-Grundsätze im Schrifttum | 743 |
| III. Zusammenfassende Würdigung | 744 |
| E. Außenrechtliche Anreize zur Einrichtung eines Compliance- Systems | 747 |
| I. Die Accounting Provisions des Foreign Corrupt Practices Act | 747 |
| II. Sarbanes-Oxley Act | 748 |
| III. NYSE Listed Company Manual | 751 |
| IV. Die Whistleblower-Bestimmungen des Dodd-Frank Act . . . | 752 |
| V. U.S. Sentencing Guidelines Manual und Strafverfolgungs- praxis | 752 |
| 1. Die Organizational Sentencing Guidelines | 752 |
| 2. Die Praxis der US-amerikanischen Strafverfolgungs- behörden | 754 |
| a) Bedeutung des Compliance-Programms für die Verfolgungsentscheidung | 754 |
| b) Verfolgung verantwortlicher natürlicher Personen . . | 756 |
| c) Vergleichsweise Beilegung des Verfahrens durch DPA oder NPA | 756 |
| 3. Schlussfolgerungen | 757 |
| VI. Kapitalmarktinformativhaftung für Compliance- Defizite | 758 |
| VII. Rückbezug zur gesellschaftsrechtlichen Ebene | 759 |
| F. Zusammenfassung | 760 |
| § 15 Unionsrechtliche Vorgaben zur Compliance-Organisation | 761 |
| A. Ausdrückliche Vorgaben in aktuellen Rechtsakten | 761 |
| I. Das Unternehmen von öffentlichem Interesse als Anknüpfungspunkt | 762 |

| | |
|---|-----|
| II. Vorgaben bzgl. des internen Kontrollsystems derartiger Unternehmen | 762 |
| III. Vorläufige Bewertung: Zwei Fragestellungen | 764 |
| B. Compliance als Teil des internen Kontrollsystems i. S. d. Unionsrechtsakte? | 764 |
| I. Meinungsstand | 764 |
| II. Stellungnahme | 766 |
| C. Pflicht zur Einrichtung eines IKS? | 768 |
| § 16 Die Legalitätsthroughsetzungspflicht aus funktionaler Perspektive | 770 |
| A. Überblick: Aufbau und Inhalt von Compliance-Systemen | 770 |
| B. Notwendigkeit der Überwachung nachgeordneter Mitarbeiter | 775 |
| I. Die rechtsökonomische Perspektive | 776 |
| 1. Überflüssigkeit jeder Überwachung nach der Theorie optimaler Sanktionen | 776 |
| 2. Die Vermögensrestriktion des Mitarbeiters als Grund für Aufsichtsmaßnahmen | 776 |
| II. Die Perspektive der Kriminologie, Soziologie und Psychologie | 778 |
| III. Der empirische Befund | 786 |
| IV. Zusammenfassende Würdigung | 792 |
| 1. Ausgangspunkt | 792 |
| 2. Insbesondere: Die Rolle des Vorstands | 793 |
| a) Ausgangspunkt | 793 |
| b) Indirekte Veranlassung von Mitarbeiterverstößen durch Organwalter | 794 |
| C. Veranlassung von Compliance-Maßnahmen: Die Rolle des Gesellschaftsrechts | 798 |
| I. Unternehmenssanktionen | 799 |
| 1. Haftungsmodelle | 799 |
| a) Strikte Einstandspflicht | 799 |
| b) Verschuldensabhängige Einstandspflicht | 799 |
| c) Kombinations- und Mischsysteme | 800 |
| 2. Unternehmenssanktionen als Mittel der Compliance- Regulierung | 801 |
| a) Vorteile von Unternehmenssanktionen | 801 |
| b) Sog. <i>perverse incentives</i> als Nachteil von Unternehmenssanktionen | 804 |
| (1) Diskussion im US-amerikanischen Schrifttum | 804 |
| (2) Übertragbarkeit auf die Verhältnisse in der Bundesrepublik | 805 |
| (3) Folgerungen | 808 |

| | | |
|------|---|-----|
| c) | Sonderprobleme der verhaltensbasierten | |
| | Einstandspflicht | 809 |
| | (1) Window Dressing | 809 |
| | (2) Die Learned Hand-Regel als grundsätzlicher | |
| | Verhaltensmaßstab | 810 |
| | (3) Umsetzungsschwierigkeiten im Hinblick auf | |
| | Compliance-Vorkehrungen | 811 |
| | (4) Handreichungen und Standards in der Praxis | 816 |
| | d) Weitere Nachteile der Compliance-Regulierung durch | |
| | Unternehmenssanktionen | 818 |
| II. | Individualsanktionen gegen aufsichtspflichtige Personen | 818 |
| III. | Verwaltungsrechtliche Compliance-Vorgaben | 820 |
| IV. | Gesellschaftsrechtliche Organpflichten | 823 |
| | 1. Vorteile der Compliance-Anreizsetzung über die | |
| | Organpflichten | 823 |
| | a) Allgemeine Gesichtspunkte | 823 |
| | b) Beeinflussung der Unternehmenskultur durch | |
| | interne Sanktionen | 824 |
| | c) Nutzbarmachung von Informationen | 824 |
| | d) Klarstellungseffekt der Legalitätspflicht | 825 |
| | e) Verhinderung der Umgehung der Legalitätspflicht | 826 |
| | f) Sachnähe des Gesellschaftsrechts zum Abbau von | |
| | Governance-Defiziten | 826 |
| | 2. Organpflichten und „perverse incentives“ nach Arlen | 827 |
| | a) Interne Aufarbeitung und Sanktionierung | 827 |
| | b) Kooperation mit den staatlichen Verfolgungsorganen | 828 |
| | 3. Nachteile der Organpflichten als Ansatzpunkt | 830 |
| | a) Allgemeine Gesichtspunkte | 830 |
| | b) Allgemeine Nachteile inhaltlicher Compliance- | |
| | Vorgaben | 831 |
| | c) Fehlende Genauigkeit der Verhaltenssteuerung; | |
| | insbesondere: Überabschreckung | 831 |
| V. | Gesamtwürdigung: Compliance-Anreizsetzung über die | |
| | Organpflichten? | 833 |
| | 1. Der Zielkonflikt bei der Compliance-Anreizsetzung | 833 |
| | a) Ausgangspunkt | 833 |
| | b) Regulierungstheoretische Diskussion um Regeln und | |
| | Standards | 834 |
| | 2. Abschließende Bemerkung | 842 |

| | |
|--|-----|
| 2. Kapitel: Die Dogmatik der Legalitätsthroughsetzungspflicht | 845 |
| § 17 Die Diskussion zur Rechtsgrundlage der Legalitätsthroughsetzungspflicht | 845 |
| A. Überblick | 845 |
| B. Im Telegrammstil: Die sog. These von der Gesamtanalogie | 847 |
| C. Herleitung der Legalitätsthroughsetzungspflicht aus § 91 Abs. 2 oder 3 AktG? | 848 |
| I. Bedeutung des § 91 Abs. 2 AktG | 848 |
| II. § 91 Abs. 3 AktG als Rechtsgrundlage der Legalitäts- durchsetzungspflicht? | 852 |
| D. Die allgemeine Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG als Anknüpfungspunkt | 856 |
| I. Das Delegationsmodell | 857 |
| II. Das Transpositionsmodell | 859 |
| III. Anknüpfung an die allgemeine Pflichtenstellung des Organwalters | 862 |
| E. Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht als Anknüpfungspunkte | 863 |
| I. Untreue durch mangelhafte Compliance als Ausgangspunkt? | 864 |
| II. Grundsätzlicher Argumentationsansatz | 864 |
| 1. Folgerungen aus der Geschäftsherrenhaftung | 864 |
| 2. Folgerungen aus § 130 OWiG | 866 |
| 3. Folgerungen aus weiteren außenrechtlichen Wertungen | 867 |
| III. Einwände gegen eine Herleitung aus der Geschäftsherren- haftung | 867 |
| 1. Eingriffsschwelle des Strafrechts; Zurechnungsfragen | 868 |
| 2. Folgerungen aus dem Vorsatzerfordernis bei wichtigen Delikten | 869 |
| IV. Einwände gegen die Anknüpfung an § 130 OWiG | 871 |
| 1. Privatnützige Funktion der Gesellschaft und ihrer Organwalter | 871 |
| 2. Gefahr überzogener Anforderungen im Rahmen des § 130 OWiG | 872 |
| a) Rechtsunsicherheit, Schwierigkeit der Steuerung des Mitarbeiterverhaltens | 872 |
| b) Gefahrenpotenzial einer Orientierung an den Wertungen des § 130 OWiG | 874 |
| c) Weiteres | 879 |
| F. Zusammenfassende Bewertung; Folgerungen | 880 |
| I. Allgemeines | 880 |
| II. Implikationen für die sachliche Reichweite der Legalitäts- durchsetzungspflicht | 881 |

| | | |
|------|---|-----|
| § 18 | Der Prüfungsmaßstab im Rahmen der Legalitätsthroughsetzungspflicht | 882 |
| A. | Vorüberlegung: Situation im Rahmen des § 130 Abs. 1 OWiG . . . | 882 |
| I. | Konkrete Aufsichtsorderungen in Rechtsprechung und Literatur | 882 |
| II. | Ermessensspielräume im Rahmen des § 130 OWiG? | 885 |
| 1. | Ansätze in Rechtsprechung und Literatur | 885 |
| 2. | Exkurs: Zielorientierte Vorgaben im Rahmen des § 1004 BGB | 886 |
| 3. | Ziel und Umsetzungsspielraum bei § 130 OWiG | 888 |
| a) | Zu erreichendes Sicherheitsniveau | 888 |
| (1) | Abstrakte Formeln in Rechtsprechung und Literatur | 888 |
| (2) | Das Zumutbarkeitserfordernis als wichtiges Korrektiv | 889 |
| b) | Resultierende Umsetzungsspielräume des Aufsichts- pflichtigen | 891 |
| (1) | Grundsatz: in bestimmten Konstellationen Umsetzungsspielräume | 891 |
| (2) | Ausnahme: unverzichtbare Mindestorderungen | 892 |
| 4. | Gerichtliche Kontrolldichte | 894 |
| a) | Keine Vorgaben im Hinblick auf das Ausfüllen der Handlungsspielräume | 894 |
| b) | Volle gerichtliche Nachprüfung bzgl. des Sicherheits- niveaus | 895 |
| (1) | Ausgangspunkt | 895 |
| (2) | Mögliche Gegenargumente: Komplexität, begrenzte Antizipierbarkeit | 896 |
| (3) | Gefahr von Rückschaufehlern als weiteres Gegenargument | 898 |
| III. | Implikationen für die Einführung von Compliance- Systemen | 899 |
| 1. | Meinungsstand | 899 |
| 2. | Stellungnahme im Licht der herausgearbeiteten Grundsätze | 900 |
| a) | Allgemeines | 900 |
| b) | Organisatorische Verselbständigung der Compliance . . | 902 |
| c) | Aufklären von Verdachtsmomenten; Ahndung von Verstößen | 904 |
| IV. | Zusammenfassung | 908 |
| 1. | Entscheidungsspielräume im Rahmen des § 130 OWiG . . | 908 |
| 2. | Prüfungsmaßstab des Gerichts | 909 |
| 3. | Erforderlichkeit eines förmlichen Compliance-Systems . . | 909 |
| 4. | Abschließende Bemerkung | 911 |

| | |
|---|-----|
| B. Prüfungsmaßstab im Innenverhältnis | 911 |
| I. Unanwendbarkeit der Business Judgment Rule | 912 |
| 1. Folgen einer Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG | 912 |
| 2. Die ob/wie-Formel | 913 |
| 3. Weitere Ansicht: Anwendung im Bereich verbleibender Spielräume | 914 |
| 4. Gegenposition: Entscheidungsspielraum außerhalb des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG | 917 |
| 5. Anwendung der Grundsätze zum Handeln bei unklarer Rechtslage | 919 |
| 6. Stellungnahme | 920 |
| a) Ausgangspunkt | 920 |
| b) Auseinandersetzung mit Gegenargumenten | 921 |
| c) Begrenzung der Innenpflicht durch das Zumutbarkeitskriterium | 923 |
| (1) Allgemeines | 923 |
| (2) Die Interdependenz von Tatbestand und Rechtsfolge als Sonderaspekt | 924 |
| d) Verbleibender Raum für die Anwendung der Business Judgment Rule | 926 |
| II. Ansätze zur Konkretisierung des Maßstabs | 928 |
| 1. Pflicht zur Risikoanalyse und zur Überprüfung auf Änderungsbedarf | 928 |
| 2. Zurückhaltung bei der Ausformung der Pflichtenstellung im Innenverhältnis | 930 |
| a) Ausgangspunkt | 930 |
| b) Grundsätzliche Weichenstellung | 930 |
| c) Ergänzende Absicherung | 933 |
| III. Zusammenfassende Würdigung | 933 |
| 1. Allgemeines | 933 |
| a) Umsetzung der Anforderungen des § 130 OWiG | 933 |
| b) Risikozonen im Rahmen der Vorstandshaftung | 935 |
| 2. Folgerungen für die Einrichtung von Compliance- Systemen | 935 |
| 3. Bedeutung der Unterscheidung zwischen Legalitäts- durchsetzungspflicht und allgemeiner Sorgfaltspflicht | 943 |
| IV. Sonderrecht der börsennotierten AG aufgrund von § 91 Abs. 3 AktG? | 944 |

| | |
|--|------|
| Teil 3: Anspruchsinhalt im Fall der Pflichtverletzung | 951 |
| § 19 Haftung und Erstattung im Zusammenhang mit staatlichen Bußgeldern | 951 |
| A. Die Verbandsgeldbuße als ersatzfähiger Schaden | 951 |
| I. Meinungsstand | 951 |
| 1. Gegen die Ersatzfähigkeit vorgebrachte Bedenken | 951 |
| 2. Argumente für den Binnenregress | 956 |
| 3. Vermittelnde Lösung: Betragsmäßige Beschränkung der Binnenhaftung | 961 |
| II. Stellungnahme | 964 |
| 1. Rechtsvergleichende Argumente gegen die Ersatzfähigkeit | 964 |
| 2. Präventionswirkungen der Zulassung des Bußgeldregresses | 968 |
| a) Rechtsökonomischer Ausgangsbefund | 968 |
| (1) Ausgangspunkt | 968 |
| (2) Fehlanreize aufseiten der Gesellschafter ohne Regressausschluss? | 969 |
| (3) Wirksamkeitsdefizite nicht abwählbarer Verbandssanktionen | 976 |
| (4) Wirksamkeitsdefizite staatlicher Individual- sanktionen | 977 |
| b) Kriminologische Gesichtspunkte | 980 |
| c) Kooperation mit staatlichen Verfolgungsorganen | 982 |
| d) Weitere Gesichtspunkte: Nachtatverhalten, Differentialabschreckung | 988 |
| e) Zwischenergebnis | 988 |
| 3. Dogmatische Rechtfertigung des Binnenregresses für Bußgelder | 989 |
| 4. Notwendigkeit einer höhenmäßigen Begrenzung des Bußgeldregresses | 993 |
| a) Position zur allgemeinen Diskussion um die Begrenzung der Organhaftung | 993 |
| b) Begrenzung des Bußgeldregresses wegen eines Legalitätspflichtverstoßes | 995 |
| (1) Grundansatz | 995 |
| (2) Keine Begrenzung auf die hypothetische Individualgeldbuße | 1000 |
| (3) Anrechnung einer etwaigen Individualgeldbuße | 1002 |
| c) Zusammenfassende Bewertung | 1003 |

| | |
|--|------|
| B. Erstattung gegen den Vorstand persönlich verhängter Geldsanktionen | 1006 |
| I. Dogmatische Grundstrukturen | 1006 |
| II. Grenzen aufgrund des öffentlichen Interesses | 1007 |
| 1. Verbot präventionsschädlicher Sanktionsverlagerungen | 1007 |
| 2. Legalitätspflicht und Legalitätsetzsetzungspflicht | 1008 |
| a) Grundsätzliche Pflichtwidrigkeit der Sanktions- erstattung | 1008 |
| b) Auswirkung auf den Anspruch analog § 670 BGB | 1009 |
| 3. Einzelne Fallgestaltungen | 1011 |
| a) Schnelle und konsensuale Verfahrensbeilegung | 1011 |
| b) Abreden mit „Schweigegeldcharakter“ | 1013 |
| c) Erstattungsabreden zur Förderung der Kooperations- bereitschaft | 1014 |
| d) Abreden zur Abfederung von Härtefällen | 1015 |
| e) Erstattungsabreden bei Rechtsunsicherheit | 1016 |
| f) Keine Ausnahme für fahrlässige Rechtsverstöße | 1017 |
| III. Weitergehende aktienrechtliche Grenzen | 1019 |
| 1. Allgemeines | 1019 |
| 2. Berücksichtigungsfähigkeit etwaiger (Reputations-) Vorteile der Gesellschaft | 1023 |
| a) Vorüberlegung: Irrelevanz für die Schadenszurechnung | 1023 |
| b) Existenz des Reputationsinteresses der Gesellschaft | 1024 |
| c) Teleologische Reduktion des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG? | 1025 |
| d) Zwischenergebnis | 1027 |
| 3. Rückbezug zum Verbot präventionsschädlicher Sanktionsverlagerungen u. a. | 1028 |
| IV. Weitere Gesichtspunkte | 1029 |
| 1. Irrelevanz des § 266 StGB für den Untersuchungs- gegenstand | 1029 |
| 2. Die Sanktionserstattung durch Dritte als Sonderfall | 1030 |
| § 20 Vorteilsausgleich und Zurechnungsfragen | 1031 |
| A. Vorteilsausgleich beim Schadensersatz wegen Verletzung der Legalitätspflicht | 1031 |
| I. Problemaufriss und grundsätzlicher Meinungsstand | 1031 |
| II. Sonderproblem: Abschöpfungsteil der Verbandsgeldbuße | 1032 |
| III. Folgerungen aus der Diskussion zum allgemeinen Zivilrecht | 1034 |
| IV. Die Zulassung des Vorteilsausgleichs als gedanklicher Ausgangspunkt | 1035 |
| V. Versagung des Vorteilsausgleichs als Strafschadensersatz? | 1036 |
| VI. Wirkungsrichtung des öffentlichen Normvollzugsinteresses | 1038 |

| | |
|---|----------|
| VII. Die Rechtsdurchsetzung als maßgeblicher Wertungsgesichtspunkt | 1043 |
| 1. Grundansatz | 1043 |
| 2. Folgerungen aus dem hier eingenommenen Generalstandpunkt | 1045 |
| 3. Auseinandersetzung mit weiteren Bedenken und Gegenargumenten | 1047 |
| VIII. Zusammenfassung | 1049 |
| B. Anforderungen an die Schadenszurechnung | 1050 |
| I. Das Siemens/Neubürger-Urteil und die Diskussion im Schrifttum | 1050 |
| II. Vorüberlegung: nicht rechtmäßiges Alternativverhalten, sondern Kausalität | 1054 |
| III. Implikationen des zugrunde gelegten Ansatzes für die Schadenszurechnung | 1056 |
| 1. Folgewirkungen des § 130 Abs. 1 OWiG beim Bußgeldregress | 1057 |
| a) Situation bei ex ante klar erkennbaren Vorgaben | 1057 |
| b) Ex ante nicht klar absehbare Anforderungen | 1060 |
| (1) Grundfall | 1060 |
| (2) Abwandlung | 1061 |
| c) Zusammenfassende Würdigung | 1063 |
| 2. Andere Schadensposten | 1064 |
| Abschließende Würdigung | 1067 |
| A. Grundsätzliche Anerkennung der legalitätsbezogenen Organpflichten | 1067 |
| I. Einbindung des Unternehmensträgers in die Durchsetzung der Rechtsordnung | 1067 |
| II. Einbindung der Mitglieder des Leitungsorgans in die Rechtsdurchsetzung | 1070 |
| III. Einbindung der Organwalter auch durch Pflichten im Innenverhältnis | 1072 |
| B. Notwendige Restriktionen | 1075 |
| I. Die Interdependenz von Tatbestand und Rechtsfolge als ein Grundproblem | 1075 |
| II. Restriktionen beim sachlichen Anwendungsbereich | 1076 |
| III. Restriktionen beim Handeln unter Rechtsunsicherheit | 1078 |

| | |
|--|------|
| IV. Restriktionen bzgl. der Reichweite der Legalitäts- durchsetzungspflicht | 1079 |
| 1. Pflichtenlage im Außenverhältnis | 1079 |
| 2. Anforderungen im Rahmen der Legalitäts- durchsetzungspflicht | 1081 |
| 3. Anforderungen aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht | 1082 |
| C. Rechtsfolgen von Verstößen gegen legalitätsbezogene Organpflichten | 1083 |
| I. Binnenhaftung für Verbandssanktionen | 1083 |
| 1. Kein Regressausschluss für Verbandssanktionen | 1083 |
| 2. Betragsmäßige Begrenzung des Ersatzanspruchs | 1084 |
| II. Keine Erstattung von Individualsanktionen im Innenverhältnis | 1084 |
| III. Ausschluss der Vorteilsausgleichung | 1085 |
| IV. Schadenszurechnung | 1085 |
| Literaturverzeichnis | 1087 |
| Sachwortverzeichnis | 1143 |

Einleitung

A. Gegenstand, Grundansatz und Methode der Untersuchung

I. Kern des Untersuchungsgegenstands

Im Zentrum der Untersuchung stehen die Legalitätspflicht und die – hier so genannte, häufiger aber als Legalitätskontrollpflicht bezeichnete¹ – Legalitätspflicht² des Vorstands der Aktiengesellschaft.³ Gemeint ist, wie noch näher auszuführen und zu präzisieren sein wird, nur die Pflichtenstellung im Innenverhältnis, rechtliche Bindungen der Gesellschaft gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit (im Folgenden: „außenrechtliche“ Bindungen bzw. Normen des „Außenrechts“⁴) selbst zu beachten und der Verletzung derartiger Pflichten durch andere für das Unternehmen tätige Personen entgegenzuwirken.⁵ Es geht dem Verfasser insoweit nur um Rechtsverstöße, die „aus dem Unternehmen heraus“⁶ begangen werden, nicht unmittelbar gegen den Unternehmensträger gerichtet sind, sondern – zumindest vordergründig⁷ – zu seinem Vorteil begangen werden und Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit beeinträchtigen oder gefährden. Angesprochen ist damit (soweit strafbare Verstöße in Rede stehen) der Bereich der sog. Entlastungskriminalität.⁸ Im Folgenden wird aus Vereinfachungsgründen meist schlicht von Rechtsverstößen gesprochen.

¹ Der Begriff findet sich etwa bei *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 403 ff.

² Begriffsprägend *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 145.

³ Zu dieser Pflichtenstellung und den Begrifflichkeiten § 1 A., S. 15 ff; § 17 A., S. 845 ff.

⁴ Diese Begrifflichkeiten verwendet *Kutschelis*, 142.

⁵ § 1 A., S. 15 ff; § 17 A., S. 845 ff.

⁶ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 653. Gemeint sind hier Verstöße durch Organwalter oder sonst für das Unternehmen tätigen Personen.

⁷ Gleich, ob es sich dabei tatsächlich um „nützlichen Rechtsverstöße“ handelt oder nicht – dazu noch unten, § 6 A.III.3., S. 138 ff.; § 10 B.IV., S. 396 ff.

⁸ Eingehend *Bock*, *Criminal Compliance*, 23 ff., mit der Kritik, dass auch die Entlastungskriminalität i. d. R. dem wohlverstandenen Eigeninteresse der Wirtschaft zuwiderlaufe. Das ist sicher teilweise richtig (vgl. dazu noch § 3 B.II., S. 66 ff., § 6 A.IV., S. 146 ff.; eingehend *Bock*, *Criminal Compliance*, 24 ff. mit Blick auf das kollektive Interesse der Wirtschaft, welches sich indes nicht immer mit dem individuellen Interesse einzelner – insb.: im Wettbewerb sonst unter die Räder kommender – Unternehmen deckt, auch dazu *Bock*, *Criminal Compliance*, 25). Diese Erkenntnis ändert aber nichts daran, dass die Interessenlage bei der unmittelbar gegen das Unternehmen gerichteten sog. Belastungskriminalität, zu der etwa Unterschlagungen durch

II. Einbeziehung weiterer Rechtsformen neben der Aktiengesellschaft

Die Untersuchung beschränkt sich nicht strikt auf das Aktienrecht, sondern begreift die genannten Pflichten als rechtsformübergreifendes Phänomen. Zudem lassen sich bei anderen Rechtsformen (z. B. der GmbH) einige Eigenarten der legalitätsbezogenen Organpflichten⁹ besser herausarbeiten als bei der Aktiengesellschaft, weil sie dort infolge aktienrechtlicher Besonderheiten – Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG; eigenverantwortliche Leitung durch den Vorstand, § 76 Abs. 1 AktG – leicht unterhalb der Wahrnehmungsschwelle bleiben könnten.¹⁰ Soweit es mit Blick darauf erforderlich ist, werden auch andere Rechtsformen in die Betrachtung einbezogen, ohne dass damit der Anspruch verbunden wäre, die Bedeutung der Legalitätspflicht und der Legalitätsthroughsetzungspflicht bei derart verfassten Gesellschaften umfassend herauszuarbeiten. Angesichts dieser rechtsformübergreifenden Bezüge werden in der Folge anstelle AG-spezifischer Begriffe (insb.: Vorstand) z. T. rechtsformneutrale Termini wie „Organwalter“ oder „Geschäftsleiter“ verwendet.

III. Grundansatz und Leitgedanken der Untersuchung

Auch bei der Aktiengesellschaft erhebt die Untersuchung nicht den Anspruch, Reichweite und Kontext der genannten Pflichten umfassend auszuleuchten. Vielmehr bleiben viele Detailfragen, obgleich sie interessant und für die Praxis von großem Interesse sind, unbehandelt. Dies erklärt sich aus dem spezifischen Blickwinkel der Untersuchung, der es nahelegt, die Betrachtung auf ganz bestimmte Fragestellungen zu fokussieren: Spätestens¹¹ seit *Walther Rathenaus* Werk „Vom Aktienwesen“ im Jahr 1918 und der jenseits des atlantischen Ozeans entbrannten Kontroverse zwischen *Dodd* und *Berle*¹² wird unter unterschiedlichen Vorzeichen diskutiert, ob und ggf. inwieweit sich das Leitungsorgan der Aktiengesellschaft über die Interessen der Aktionäre hinaus auch an Belangen der Allgemeinheit

Mitarbeiter gehören, anders ist, weil insoweit auf das Eigeninteresse des Unternehmensträgers an der Bekämpfung der Verstöße vertraut werden kann (vgl. dazu auch *Bock*, Criminal Compliance, 24). Deshalb sind Taten der Belastungskriminalität grds. auch kein tauglicher Ansatzpunkt für eine Verbandsgeldbuße nach den §§ 130, 30, 9 OWiG, die ansonsten auf eine Sanktionierung des Tatopfers hinausliefen (KK-OWiG/Rogall, § 130 OWiG Rn. 98). Dieser Unterschied in der Interessenlage rechtfertigt es, den Bereich der Belastungskriminalität aus dem Untersuchungsgegenstand herauszunehmen.

⁹ Der Begriff wird (ebenso wie die Wendung „legalitätsbezogene Pflichtenstellung“) im Folgenden bisweilen verwendet, um die Legalitätspflicht und die Legalitätsthroughsetzungspflicht in knapper Form zusammenfassend zu bezeichnen.

¹⁰ Vgl. namentlich § 3 C., S. 79 ff., § 10 F., S. 460 ff., § 12 mit S. 628 ff.

¹¹ Die Aufarbeitung historischer Hintergründe gehört ebenfalls nicht zum Gegenstand der Untersuchung.

¹² *Dodd*, 45 Harv. L. Rev. 1145 (1932); *Berle*, 45 Harv. L. Rev. 1365 (1932).

und/oder konkreter weiterer sog. Stakeholder zu orientieren hat.¹³ Vor diesem Hintergrund richtet sich das Erkenntnisinteresse des Verfassers darauf, ob die legalitätsbezogenen Organpflichten aus verbandsendogenen Gesichtspunkten abzuleiten sind¹⁴ oder ob sie als Ausdruck des öffentlichen Interesses an der Durchsetzung der Rechtsordnung – ohne Unterschied in der Sache wird im Folgenden auch vom staatlichen „Normvollzugsinteresse“ zu sprechen sein – verstanden werden müssen.¹⁵ Das Ergebnis dieser Überlegungen ist sodann in übergeordnete Zusammenhänge einzuordnen, zu würdigen und auf seine dogmatischen Implikationen für verschiedene Einzelfragen hin zu untersuchen.

Eine Beeinflussung der Organpflichten durch verbandsexterne, aus außenrechtlichen Vorgaben herrührende Wertungen erscheint insofern vorstellbar, als das Wirtschaftsverwaltungsrecht und insbesondere das Banken- und Versicherungsaufsichtsrecht schon seit längerer Zeit dazu übergegangen sind, ihre jeweiligen Steuerungsziele nicht nur durch Verbote mit Erlaubnisvorbehalt und vergleichbare Instrumente der klassischen Eingriffsverwaltung zu verfolgen, sondern auch durch gezielte Eingriffe in die Corporate Governance unternehmenstragender, im jeweiligen Regelungsbereich tätiger Gesellschaften.¹⁶ Auch jenseits des beaufsichtigten Bereichs werden insb. staatliche Compliance-Vorgaben¹⁷ z. T. ebenfalls als Regulierungsstrategie zur Durchsetzung der Rechtsordnung¹⁸ begriffen und als „regulierte Selbstregulierung“¹⁹ oder „Privatisierung der Kriminalprävention“²⁰ charakterisiert.²¹ Betrachtet man zugleich die Diskussion zur Funktionalisierung des Privatrechts,²² so erscheint es möglich, dass das öffentliche Interesse an der

¹³ Überblick bei *Fleischer*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 185, 186; *Chr. A. Weber*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2015, 419, 420; exemplarisch für die Diskussion im deutschen Schrifttum *Rittner*, FS Geßler, 139; *T. Raiser*, FS R. Schmidt, 101.

¹⁴ Vgl. *Binder*, ZGR 2013, 760, 783, der dem öffentlichen Interesse die „verbandsendogenen Erwägungen“ und Ziele gegenüberstellt.

¹⁵ Vgl. die ausführliche Untersuchung in § 10 mit S. 294 ff.

¹⁶ *Binder*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 145, 146 ff.; *ders.*, ZGR 2013, 760, 761 ff.; vgl. auch *Ho*, 3 Eur. J. Risk Reg. 463 (2012).

¹⁷ Zum Begriff der Compliance s. unter Einleitung C.I., S. 10, vgl. auch § 16 A., S. 770 ff.

¹⁸ Exemplarisch: *Parker*, 32 Admin. & Soc’y 529 (2000); *Grabosky*, 8 Governance 527 (1995); *Stone*, 90 Yale L.J. 1 (1980) und aus dem deutschen Schrifttum etwa *Klösel*, 19 ff.; *Pape*, 35 ff.; *Sieber*, FS Tiedemann, 449 ff.; vgl. auch *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Beilage Nr. 5/2008, 1, 2 („Instrumentalisierung der Corporate Governance zur Behebung wirklicher oder vermeintlicher Missstände in Unternehmen“). Für weitere Nachw. vgl. den Verweis in Fn. 21 (hier auf S. 3).

¹⁹ S. etwa *Pape*, 140 ff.; *Sieber*, FS Tiedemann, 449, 476; allgemein *Teubner*, 17 L. & Soc’y Rev. 239 (1983); für weitere Nachw. vgl. Fn. 21 hier auf S. 3.

²⁰ *Sieber*, FS Tiedemann, 449; *Wessing*, FS Volk, 867; vgl. auch *Benz/Klindt*, BB 2010, 2977, 2979 sowie Fn. 21.

²¹ S.u., § 10 A., S. 294 ff., insb. Fn. 367 ff. in § 10 A.II.3.b), S. 301 ff.

²² S.u., § 10 D., S. 410 ff.

Durchsetzung der Rechtsordnung die Organpflichten im Binnenbereich von Gesellschaften beeinflusst und sie in bestimmten Teilbereichen von ihren verbands-endogenen Bezugspunkten ablöst.²³

Die Untersuchung kommt u. a. – soviel kann hier vorweggenommen werden – zu dem Ergebnis, dass sowohl die Legalitätspflicht als auch die Legalitätsthroughsetzungspflicht Ausdruck vorrangiger außenrechtlicher Wertungen sind, die sich insbesondere aus den strafrechtlichen und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Grundsätzen zur sog. Geschäftsherrenhaftung und aus § 130 OWiG ergeben, und aus denen sich wichtige Anhaltspunkte für Gehalt und Reichweite der betreffenden Organpflichten gewinnen lassen.²⁴ Der Verfasser musste sich erst dazu durchringen, diesem Ansatz zu folgen, weil eine derartige Öffnung des Gesellschaftsrechts für fachfremde Einflüsse naturgemäß mit Bauchschmerzen verbunden ist,²⁵ wenn man seine Überlegungen im Gesellschaftsrecht beginnt und zudem grds. Sympathie für marktoffene und liberale Denkansätze hegt.²⁶ Bewusst ist dem Verfasser, dass auch der Gedanke einer Funktionalisierung des Privatrechts polarisiert und z. T. deutliche Abwehrreaktionen hervorruft.²⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus nachvollziehbar, wenn im Schrifttum beklagt wird, dass sich „das Straf- und das Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 130 OWiG) [...] in jüngerer Zeit zunehmend zu einer unerwünschten Quelle des Gesellschaftsrechts entwickeln, die man mit großer Sorge betrachten muss“.²⁸ Der Grund, aus dem sich der Verfasser gleichwohl für diesen Denkansatz entschieden hat, liegt darin, dass sich die Legalitätspflicht und die Legalitätsthroughsetzungspflicht in ihrer derzeit anerkannten Form, wie noch näher darzulegen sein wird, ohnehin nicht ohne Rückgriff auf das staatliche Normvollzugsinteresse erklären lassen.²⁹ Kommt man zu der Einschätzung, dass es nicht überzeugen würde, jede über das Unternehmensinteresse³⁰ hinausgehende Rechtsbindung der Mitglieder des Leitungsorgans abzulehnen und die weithin konsentierten Konzepte der Legalitätspflicht und der Legalitätsthrough-

²³ Vgl. die ausführliche Untersuchung in § 10 auf S. 294 ff.

²⁴ S.u., § 10 B., S. 305 ff. (auch zu bereits vorhandenen Anknüpfungspunkten im Schrifttum) sowie etwa § 11 mit S. 488 ff. zu den Implikationen für die sachliche Reichweite der organ-schaftlichen Legalitätsbindung.

²⁵ S. Fn. 27 f. hier auf S. 4.

²⁶ Vgl. die Absage des Verfassers an verteilungspolitisch motivierte Eingriffe in Kredit-sicherheiten in *Chr. A. Weber*, Verbriefung, 299 f.

²⁷ S.u. im Abschnitt § 10 D., S. 410 ff.

²⁸ *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 398. Zum „Unbehagen“ des gesellschaftsrechtlichen Schrifttums bzgl. der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung etwa *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53, 56 f.; vgl. auch *Paefgen*, WM 2016, 433, 442 f.

²⁹ *Grigoleit*, German and Asian Perspectives, 105, 120 f.; *Habersack*, FS U. H. Schneider, 429, 434 f.; ferner unten § 1 C., S. 21 ff., § 3 auf S. 61 ff. und § 4 auf S. 82 ff.

³⁰ Gemeint ist hier das nicht schon seinerseits durch staatliche Normvollzugsinteressen geprägte Unternehmensinteresse. Ob es überzeugt, derartige Interessen in das Unternehmensinter-esse einzubeziehen, wird noch zu diskutieren sein in § 10 C., S. 401 ff.

setzungspflicht (in ihrer derzeit meist angenommenen Form) zu verwerfen, so erscheint es konsequent, sich offen zur Prägung durch das staatliche Normvollzugsinteresse zu bekennen und die Friktionen, die sich daraus im Verhältnis zur allgemeinen Privatrechtsdogmatik ergeben³¹ und die im Grunde auch die Faszination der Themenstellung ausmachen, herauszuarbeiten, um auf dieser Grundlage nach möglichst bruchlos umsetzbaren Lösungen mit sachgerechten Ergebnissen zu suchen.³² Insoweit kann auf Erkenntnisse aus der allgemeinen Diskussion zur Funktionalisierung des Privatrechts zurückgegriffen werden, die, wie bereits angedeutet, den theoretischen Hintergrund der hier angenommenen Überlagerung der Organpflichten durch das öffentliche Rechtsdurchsetzungsinteresse bildet. Dabei wird auch darzulegen sein, dass die vielfach geäußerten Einwände gegen den Gedanken der Funktionalisierung des Privatrechts im hier untersuchten Teilbereich von vergleichsweise geringem Gewicht sind.³³

Ringt man sich im Grundsatz dazu durch, eine derartige partielle Prägung der Organpflichten durch staatliche Steuerungsinteressen zu akzeptieren, so stellt sich die Frage nach Reichweite und Konturen der resultierenden Pflichtenbindung der Organwalter. Dafür kann entweder auf allgemeine Prinzipien zurückgegriffen oder der Anschluss an konkrete dogmatische Konzepte wie den hier gewählten § 130 OWiG und die Geschäftsherrenhaftung gesucht werden.³⁴ Einen Vorteil des zweiten Ansatzes sieht der Verfasser darin, dass er es eher ermöglicht, konkrete Konturen und vor allem Grenzen der legalitätsbezogenen Pflichtenstellung der Organwalter herauszuarbeiten, also – bildlich gesprochen –, den Geist des staatlichen Normvollzugsinteresses zwar nicht gänzlich aus dem Gesellschaftsrecht auszutreiben, ihn aber in eine Flasche von angemessener Größe zu bannen.³⁵ Dies erscheint

³¹ Vgl. etwa *Torggler*, in: Kalss/Torggler, Compliance, 97, 98 ff. sowie zur aufsichtsrechtlichen Einwirkung auf die Corporate Governance *Binder*, ZGR 2013, 760, 781 ff.

³² S. z. B. unten in § 11 C.IV., S. 511 ff.

³³ S.u. im Abschnitt § 10 D., S. 410 ff.

³⁴ Vgl. etwa *Holle*, 54 ff., 59 ff., der die Legalitätspflicht aus der Überlegung herleitet, dass die Rechtsordnung „oberste Determinante privatautonomer Handlungsmaßstäbe“ sei, und die Legalitätskontrollpflicht aus dem Gedanken der Delegation folgert (s. dazu insb. auch *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 404), dann aber durchaus zu konkreten Ergebnissen gelangt, indem er sich wertungsmäßig etwa an § 130 OWiG orientiert (S. 61). Für die Herleitung aus § 130 OWiG hingegen *Reichert*, FS Hoffmann-Becking, 943, 954 f.; s. dazu noch § 10 B.II., S. 326 ff.

³⁵ Mit Recht ist die vorherrschende Konzeption der Legalitätspflicht im Schrifttum z. T. als diffus bezeichnet und eine Tendenz zu ausufernden Anforderungen beklagt worden, s. etwa *Koch*, § 93 Rn. 12, der beklagt, dass „diffuses Institut der Legalitätspflicht als immer weiter greifende Pflichtenquelle, namentl. im Compliance-Bereich [...], aufgefasst wird“; vgl. z. B. auch *Seibt*, NZG 2015, 1097, 1100; *Torggler*, in: Kalss/Torggler, Compliance, 97, 100 ff., 127 f., ferner *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368, 381 f. sowie *Kort*, NZG 2012, 926, der von „diffusen Compliance-Vorstellungen“ spricht. S. aber auch vorige Fn. dazu, dass eine Anlehnung an konkrete Normen wie § 130 OWiG prinzipiell auch dann möglich ist, wenn zur Pflichtenbegründung nur auf allgemeine Prinzipien abgestellt wird.

dem Verfasser angesichts der z. T. beklagten Ausuferungstendenzen der Compliance- und Organhaftungsdiskussion³⁶ besonders wichtig, und in diesem Punkt ist die Untersuchung geeignet, über ihr theoretisches Anliegen hinaus praxisrelevante Ergebnisse hervorzubringen.

Weitere Ansätze zu einer sachgerechten Pflichtenbegrenzung ergeben sich daraus, dass es in der Denkrichtung der vorliegenden Arbeit liegt, die legalitätsbezogene Pflichtenstellung der Organwalter als (wenngleich atypisches) Instrument der privaten Rechtsdurchsetzung zu begreifen und es in die Diskussion zur privaten und staatlichen Rechtsdurchsetzung einzuordnen. Dadurch wird deutlich, dass die Legalitätspflicht und die Legalitätsdurchsetzungspflicht auch im Interesse einer sinnvollen Abstimmung mit weiteren Rechtsdurchsetzungsmechanismen der Begrenzung bedürfen, wenn der (atypische) private Normvollzug diesen Mechanismen (insb. der behördlichen Normdurchsetzung) nicht in sachwidriger Weise voraussetzen soll.³⁷

IV. Weitere Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Der gewählte Ansatz lässt es – jedenfalls mit Blick auf die Begrenzung des Umfangs der Arbeit – vertretbar erscheinen, zwei Bereiche trotz eminenter Praxisrelevanz aus dem Untersuchungsgegenstand auszugrenzen. Dies betrifft zum einen die Existenz und die Ausformung der legalitätsbezogenen Organpflichten im Konzern³⁸ und zum anderen den weiten Bereich aufsichtsrechtlicher Sonderpflichten, namentlich im Kredit- und Versicherungswesen.

Die Ausklammerung des Konzerns rechtfertigt sich dadurch, dass ansonsten weitreichende Untersuchungen zum Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht erforderlich wären, die zwar an Vorarbeiten im Schrifttum und einzelne behördliche und instanzgerichtliche Entscheidungen anknüpfen könnten,³⁹ aber noch keine tragfähige Grundlage in Gestalt höchstrichterlicher Entscheidungen hätten und deshalb umfangreich ausfallen müssten: Vom Unternehmensinteresse⁴⁰ abgekoppelte konzerndimensionale Legalitäts- und Legalitätsdurchsetzungspflichten sind nach dem hier gewählten Ansatz nur anzuerkennen, wenn und soweit sich außen-

³⁶ Vgl. vorige Fn.

³⁷ S. u.a. in § 11 D.III., S. 574 ff., namentlich in § 11 D.III.1.c), S. 577 ff. und § 11 D.III.3., S. 588 ff.

³⁸ Zur herausragenden praktischen Bedeutung der Compliance im Konzern z. B. *Habersack*, FS Möschel, 1175; *Koch*, WM 2009, 1013; *Lutter*, FS Goette, 289, 290 f.; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 402; vgl. auch *Schürmann*, 235.

³⁹ S. beispielhaft Fn. 42 f.

⁴⁰ Gemeint ist auch hier das nicht schon vom öffentlichen Normvollzugsinteresse geprägte Unternehmensinteresse.

rechtliche Wertungsgrundlagen wie⁴¹ § 130 OWiG⁴² und die Grundsätze der strafrechtlichen und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Geschäftsherrenhaftung⁴³ auch auf Vorgänge in Tochtergesellschaften unternehmenstragender Verbände beziehen.⁴⁴ Ansonsten bliebe es auch in Bezug auf Beteiligungen an Tochtergesellschaften bei der allgemeinen, auf das Unternehmensinteresse bezogenen Sorgfaltspflicht des Vorstands der Muttergesellschaft (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG), und eine weitergehende Überlagerung der Organpflichten mit Blick auf das hier im Mittelpunkt der Betrachtung stehende staatliche Normvollzugsinteresse wäre abzulehnen.⁴⁵

Im – ebenfalls auszuklammernden – Bereich des (insb. Banken- und Versicherungs-) Aufsichtsrechts besteht mit Blick auf Defizite der sog. *debt governance* eine besondere Interessenlage, die es jedenfalls nicht erlaubt, dort erarbeitete Erkenntnisse und Argumente *unreflektiert* auf das allgemeine Gesellschaftsrecht zu übertragen.⁴⁶ Es mag zwar sein, dass ein derartiger Wissenstransfer zwischen den Gebieten bei gebührender Berücksichtigung der Unterschiede in der Interessenlage möglich ist und mit Blick auf die z. T. genannte „Schrittmacherfunktion“ des Aufsichtsrechts ebenfalls Erkenntnisgewinn versprechen würde.⁴⁷ Dieser Ansatz unterscheidet sich jedoch in wesentlichen Punkten von der hier ansonsten verfolgten Denkrichtung, so dass seine Einbeziehung die monographietypische innere Verbindung der angestellten Überlegungen beeinträchtigen würde. Der Gedanke einer

⁴¹ Daneben gibt es prinzipiell noch andere taugliche Wertungsgrundlagen im Außenrecht, s. § 11 D.III.2.b), S. 582 ff.

⁴² Zur Problematik der Einbeziehung von Konzernsachverhalten bei § 130 OWiG etwa: OLG München CCZ 2016, 44 f. und bereits BGH GRUR 1982, 244, 247 (offen lassend unter Äußerung von Bedenken mit Blick auf die Rechtsfähigkeit der Tochtergesellschaft); BKartA Bescheid v. 9.2.2009 – B1–200/06, BeckRS 2014, 14659 – Etex; vgl. ferner den Bußgeldbescheid der Staatsanwaltschaft München I in der causa Siemens (abgedruckt bei *Geismar*, 168 ff.); aus dem Schrifttum etwa *Bosch*, ZHR 177 (2013), 454; *Caracas*, CCZ 2015, 167 ff.; *Grundmeier*, 37 ff.; *Holle*, 400 ff.; *Hüneröder*, 67 ff.; *Koch*, AG 2009, 564; KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 27; *Rönnau*, ZGR 2016, 277, 289 ff.

⁴³ Dazu etwa *Holle*, 384 ff.; *Petermann*, 194 ff.; *Ransiek*, 78 ff.; *ders.*, ZGR 1999, 613, 626 ff.; *Schürmann*, 235 f.; *Tiedemann*, NJW 1986, 1842, 1845 f. Hinzuweisen ist darauf, dass auch im Lederspray-Fall ein Konzernsachverhalt gegeben war, BGHSt 37, 106, 108; dazu *Schürmann*, 235 f.; vgl. auch *Ransiek*, ZGR 1999, 613, 633 f.

⁴⁴ *Grundmeier*, 117 ff. mit ähnlichem Ansatz (konzerndimensionale Aufsichtspflicht aus § 130 OWiG, die mittels der Legalitätspflicht in das Innenverhältnis verlängert wird); vgl. auch *Holle*, 384 ff., 400 ff. i. V. m. S. 223 f.; *Kutschelis*, 250 f., die aber die Konzerndimension des § 130 OWiG und der Geschäftsherrenhaftung i. E. (abgesehen von Sonderkonstellationen) ablehnen.

⁴⁵ Für eine solche Lösung namentlich *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 407 f., 411 ff.

⁴⁶ *Bürkle*, BB 2005, 565, 567; *Tröger*, ZHR 177 (2013), 475, 516 insb. Fn. 195 mit Begriff „debt governance“; *Binder*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 145, 162 ff.; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 142; s. auch noch unten in § 17 B., S. 847 ff.

⁴⁷ Zu den Möglichkeiten und Grenzen eines solchen Ansatzes mit jeweils unterschiedlicher Akzentuierung *Binder*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 145, 152, 162 ff.; *Bürkle*, BB 2005, 565, 567; *Dreher*, ZGR 2010, 496, 497 ff.; *S. H. Schneider*, 258.

Orientierung am Vorbild des Aufsichtsrechts wird deshalb im Folgenden nicht weiterverfolgt. Das schließt gelegentliche Hinweise auf die Diskussion zum Aufsichtsrecht indes nicht aus.

V. Untersuchungsmethode

Die zu tätigen Aussagen zur *lex lata* werden dogmatisch hergeleitet und begründet. Um ihren Hintergrund näher auszuleuchten, werden z. T. rechtsvergleichende, vor allem aber rechtsökonomische Überlegungen angestellt. Der Stellenwert, die Möglichkeiten und die Grenzen der rechtsökonomischen Betrachtung werden noch gesondert anzusprechen sein, weshalb es hier im Wesentlichen bei einem Verweis nach unten bewenden kann.⁴⁸ Schon jetzt sei aber darauf hingewiesen, dass die sich stellenden rechtsökonomischen Zusammenhänge komplex und vielfach auch durch gegenläufige Einflussfaktoren geprägt sind. Der Verfasser zielt nicht darauf, diese Einflussfaktoren (etwa im Rahmen eines formalen Modells) zu quantifizieren oder empirisch zu messen, um abschließende Aussagen der Art zu treffen, dass bspw. die Steuerung des Unternehmensverhaltens mittels der Legalitätspflicht per Saldo effizient oder ineffizient ist. Vielmehr bleibt es insoweit bei der bescheideneren Zielsetzung, die jeweiligen Einflussfaktoren einschließlich ihrer Wirkungsrichtung herauszuarbeiten und die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion (vielfach implizit) ohnehin vorhandenen rechtsökonomischen Prämissen schärfer herauszuarbeiten und in die Diskussion im rechtsökonomischen Schrifttum einzuordnen, um die dogmatische Analyse vor einem genauer ausgeleuchteten Hintergrund durchführen und ihre Ergebnisse zumindest plausibilisieren zu können.⁴⁹ Vereinzelt werden darüber hinaus rechtssoziologische Erkenntnisse in die Betrachtung einzubeziehen sein.

B. Gang der Untersuchung

Zunächst gilt es, die Legalitätspflicht und die gängigen Begründungsansätze im Schrifttum genauer herauszuarbeiten und zu entscheiden, welche Ansätze einer genaueren Analyse bedürfen. Nachdem damit der Ausgangsbefund im deutschen Recht dargestellt ist, wird als Hintergrund für die weiteren Erwägungen herausgearbeitet, inwieweit die Legalitätspflicht im US-amerikanischen Recht Parallelen findet und welche Bedeutung diesen zukommt. Das sich an diese Grundlegung anschließende zweite Kapitel ist der Frage gewidmet, ob die Legalitätspflicht vertragstheoretisch aus den Interessen der Aktionäre und weiterer sog. Stakeholder der Gesellschaft abgeleitet werden kann. Dies wird zu verneinen sein. Im dritten Kapitel geht der Verfasser der Frage nach, ob und ggf. inwieweit es aus rechtsöko-

⁴⁸ S.u., § 5 A., S. 101 ff.

⁴⁹ Zu alledem näher in § 5 A., S. 101 ff.

nomischer Sicht Sinn ergibt, die Legalitätspflicht funktional als Instrument zur Durchsetzung der Rechtsordnung einzusetzen. Dabei wird auch die Diskussion zur privaten und staatlichen Rechtsdurchsetzung aufzugreifen sein.

Das dogmatische Herzstück der Überlegungen zur Legalitätspflicht findet sich sodann im vierten Kapitel. Nach einigen dogmatischen Vorüberlegungen ist zu fragen, ob es aus rechtsdogmatischer Sicht überzeugend ist, in der Legalitätspflicht ein Instrument zur Durchsetzung der Rechtsordnung zu sehen. Dies wird in begrenztem Rahmen zu bejahen sein, was eine Einordnung in die Diskussion zur Funktionalisierung des Privatrechts und zum Konzept des Unternehmensinteresses erforderlich macht. Nachdem weitere Implikationen des gewählten dogmatischen Ansatzes herausgearbeitet sind, gilt es, die sachliche Reichweite der Legalitätspflicht zu vermessen, also herauszuarbeiten, bei Verletzung welcher Rechtsnormen des Außenrechts sich der Vorstand unter welchen grundsätzlichen Voraussetzungen einen Legalitätspflichtverstoß im Innenverhältnis vorhalten lassen muss. Anschließend ist zu fragen, ob nach dem gewählten Herleitungsansatz auch bei anderen Rechtsformen als der Aktiengesellschaft eine Legalitätspflicht anzuerkennen ist und ob eine Differenzierung nach dem Realtyp der jeweiligen Gesellschaft geboten erscheint. In einem weiteren Abschnitt wird der praxisrelevanten und als Grundlegung für die weiteren Überlegungen wichtigen Frage nachzugehen sein, ob und ggf. inwieweit die Legalitätsbindung des Vorstands im Innenverhältnis beim Handeln auf unklarer rechtlicher (oder tatsächlicher) Grundlage modifiziert werden muss.

Es schließt sich an diese Überlegungen ein zweiter Teil der Arbeit an, der ganz der – wie ausgeführt,⁵⁰ vielfach als Legalitätskontrollpflicht bezeichneten – Legalitätspflicht des Vorstands im Innenverhältnis gewidmet ist. Im ersten Kapitel dieses Teils sind rechtsvergleichende, unionsrechtliche und rechtsökonomische Überlegungen anzustellen. Insbesondere ist zu fragen, wie Compliance-Systeme typischerweise aufgebaut sind, aus welchen (auch: rechtsökonomischen, rechtssoziologischen und kriminologischen) Gründen das Verhalten der für die Gesellschaft handelnden Personen überhaupt der Überwachung bedarf und inwieweit es Sinn ergibt, diese Überwachung (auch) zum Gegenstand der gesellschaftsrechtlichen Organpflichten im Innenverhältnis zu machen. Vor diesem Hintergrund ist dogmatisch zu untersuchen, auf welche Rechtsgrundlage sich die Legalitätspflicht stützen kann. Im Anschluss gilt es, den Maßstab, nach dem geprüft wird, ob der Legalitätspflicht Genüge getan worden ist, nach Möglichkeit wenigstens etwas zu präzisieren.

Im dritten Teil der Arbeit ist den Rechtsfolgen bei Verletzung der Legalitätspflicht oder der Legalitätspflicht genauer nachzugehen. Dies gilt insbesondere für die prinzipielle Regresspflichtigkeit hoheitlicher Geldsanktionen, die Erstattung von Individualsanktionen durch die Gesellschaft, den Vorteilsaus-

⁵⁰ S. o. Fn. 1 im Abschnitt A.I. (S. 1).

gleich und die Kausalität der Pflichtverletzung für den entstandenen Schaden. Der sich anschließende vierte Teil ist abschließenden und zusammenfassenden Überlegungen gewidmet.

C. Terminologische Vorüberlegung

Nicht selten wird beklagt, dass in der Compliance-Diskussion unscharfe, nicht hinreichend konturierte Begrifflichkeiten verwendet würden.⁵¹ Deshalb erscheint es sinnvoll, zu Beginn einige terminologische Klärungen vorzunehmen. Zu den Begriffen der Legalitätspflicht und der Legalitätsthroughsetzungspflicht wird allerdings unten noch gesondert Stellung zu nehmen sein.⁵²

I. Compliance

Der Begriff der Compliance wird im Folgenden als zusammenfassende Bezeichnung verwendet für alle Maßnahmen des Unternehmensträgers und der für ihn handelnden Personen, die getroffen werden oder getroffen werden müssen, um auf die Einhaltung bestimmter, sogleich noch näher einzugrenzender⁵³ Regeln hinzuwirken.⁵⁴ Mit „Maßnahmen“ sind sowohl solche mit einer präventiven Zielsetzung gemeint als auch Schritte zur Aufklärung und Sanktionierung in der Vergangenheit liegenden Fehlverhaltens.⁵⁵ Weil die Bindung aller Rechtssubjekte an die Vorgaben der Rechtsordnung als solche eine Selbstverständlichkeit („Binsenweisheit“) darstellt,⁵⁶ sind es gezielte und systematisch angelegte Vorkehrungen, die in der Aufbau- und Ablauforganisation des Unternehmens verankert sind, welche die besondere, eigenständige Dimension des Phänomens der Compliance

⁵¹ Z.B. J. Hüffer/U. H. Schneider, ZIP 2010, 55; Hemeling, ZHR 175 (2011), 368, 381 f.; Kort, NZG 2012, 926.

⁵² § 1 A., S. 15 ff. (Legalitätspflicht); § 17 A., S. 845 ff. (Legalitätsthroughsetzungspflicht).

⁵³ S. Fn. 73 ff. auf S. 12 f.

⁵⁴ Ähnlich Reichert, FS Hoffmann-Becking, 943, 945 f. („Gesamtheit aller Maßnahmen, die erforderlich sind, um ein rechtmäßiges Verhalten des Unternehmens, seiner Organmitglieder und der Mitarbeiter mit Blick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote zu gewährleisten“); ähnlich wie Reichert formulieren etwa auch Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 138; S. H. Schneider, 273; U. H. Schneider, ZIP 2003, 645, 646; vgl. auch Hauschka, ZIP 2004, 877; Goette, ZHR 175 (2011), 388, 390 f.; Nietsch, ZGR 2015, 631, 633. Die von Reichert verwendete Wendung „zu gewährleisten“ vermeidet der Verfasser bewusst, weil darin schon eine Festlegung der verlangten Anstrengungen anklingt (auch Nietsch spricht an der zitierten Stelle davon, dass auf rechtskonformes Verhalten der Mitarbeiter hingewirkt werde).

⁵⁵ So z. B. Reichert, FS Hoffmann-Becking, 943, 945 f.; Seibt/Cziupka, AG 2015, 93 („Prävention, Detektion und Ahndung“). Zu den einzelnen Komponenten noch ausführlich in § 16 A., S. 770 ff. m. w. N.

⁵⁶ U. H. Schneider, ZIP 2003, 645, 646; U. H. Schneider/S. H. Schneider, ZIP 2007, 2061; Bürkle, BB 2005, 565, 569; zuletzt etwa Blassl, WM 2018, 603, 604.

Sachwortverzeichnis

- Abschreckung 107 ff., 120 ff., 167 ff., 193 ff., 968 ff.
– Differentialabschreckung 193 ff.
– optimale 105 ff.
– übermäßige 180 ff.
– unzureichende 129 ff.
Adverse Selektion 89 ff., 976 f.
Aktienkurs 64, 67 ff., 152
Aktionäre 63 ff.
– immaterielles Interesse 74 ff.
– Interessenlage 63 ff.
Aktivitätsniveau 110, 114, 526 ff., 801
Anspruchsverfolgungspflicht 195 ff., 228 f., 476 ff., 538 f.
Arbeitsrecht 162 f., 252 f., 281 ff., 357 ff.
Aufsichtsrat 24 f., 197, 201 ff., 207 ff., 228 f., 348 ff., 372
Aufwendungsersatz 251 ff., 270, 280, 289 ff., 324, 1006 ff.
Augenblicksversagen 172, 189
Außenhaftung 114, 341 ff., 379, 491, 501, 528, 534 ff.
Ausländisches Recht 618 ff.
- Baustoff-Entscheidung des BGH 528, 534, 537 ff.
Behördliche Rechtsdurchsetzung 229 ff., 442, 459 ff., 581 ff., 588 ff., 604
Beratungskosten 184 ff.
Brauchbare Illegalität i. S. d. Systemtheorie 142 ff.
Bußgeldregress 951 ff.
Business Judgment Rule 27 f., 44 f., 392 ff., 665 ff., 703 ff., 912 ff.
- Caremark 40, 725 ff., 740 ff.
Compliance-System 11 f., 84 ff., 450 ff., 482, 747 ff., 770 ff., 909 ff.
Corporate Governance 96 ff., 146 ff., 166, 173 f., 201, 288
– Defizite als Grund für Rechtsverstöße 146 ff.
- Delaware 39 ff., 725 ff.
Deliktsrecht 248 ff., 300 f., 378 f., 341 f., 496 ff., 518 ff., 531 ff.
Demand-Erfordernis 43 ff., 57, 735 ff.
De minimis-Ausnahme 445 ff.
Derivative Suit 43 ff., 57 ff., 205 f., 735 ff.
Diversifizierung 69 ff., 116, 182, 192, 205, 325, 634 ff., 647 f., 958 f.
D&O-Versicherung 45, 57, 138, 174, 182 ff., 239 ff., 260 ff., 953, 966, 980, 991
- Effizienter Rechtsbruch 118 ff., 523 f.
Effizienzkriterium 102 f., 105 f.
Ermessen 98, 183, 392 ff., 578 ff., 597 ff., 605 ff., 662 ff., 703 ff., 882 ff., 911 ff.
Erstattung von Sanktionen 250 ff., 268 ff., 1006 ff.
Externe Effekte 72, 91 f., 504, 509, 517, 540, 604, 639, 802 f.
- Freiheitssicherung 417
Funktionalisierung des Privatrechts 410 ff.
- Garantenpflicht 336 ff., 378, 784, 865, 870 f.
Geschäftsherrenhaftung 327 f., 336 ff., 361, 371 ff., 439, 473 ff., 864 ff.
Gesellschafterbeschluss 460 ff.
Gläubigerschutz 88 ff., 272, 279, 465 ff., 539 f., 638 ff.
GmbH 31, 56, 204 f., 461 ff., 538, 640 ff.
- Hindsight bias 191 f., 395, 680, 686, 730, 815, 821, 898
- Immaterialgüterrechte 558 ff.
Immaterielles Interesse der Aktionäre 74 ff.
Informationen 220 ff., 586 f., 824
Interdependenz von Tatbestand und Rechtsfolge 178 ff., 511 ff., 577 ff., 685 f., 924
Interne Ermittlungen 220 ff., 239, 481, 774, 806, 819, 937, 1053

- Judgment Proofness 120 ff., 126, 522 ff., 776
- Kapitalmarkteffizienz 68, 152
- Kausalität 839, 868, 1052 ff.
- Kompensationsinteresse 65, 69 f., 124, 177, 413 f., 427, 449, 647
- Kurseffekte des Rechtsbruchs 64, 67 ff., 152
- Last period-Problem 152 ff., 196, 783, 793, 1041
- Law as a price-theory 52
- Learned Hand-Rule 810, 889 ff.
- Legalitätspflicht
- Begriff 1 f.
 - dogmatische Begründung 326 ff.
 - Herleitungsansätze 21 ff.
 - Interessenlage der Aktionäre 61 ff.
 - Interessenlage externer Stakeholder 82 ff.
 - ökonomischer Hintergrund 101 ff.
 - Rechtsvergleichung 35 ff.
 - sachliche Reichweite 488 ff.
- Legalitätskontrollpflicht 1, 9, 16, 845 ff.
- Legalitätsdurchsetzungspflicht 845 ff.
- Begriff 1 f., 16 f.
 - Begründungsansätze 21 ff., 845 ff.
 - dogmatische Begründung 845 ff.
 - ökonomischer Hintergrund 770 ff.
 - Rechtsfolgen der Pflichtverletzung 951 ff.
 - Rechtsvergleichung 723 ff.
- Legal Judgment Rule 650 ff., 662 ff.
- Lieferkettensorfaltspflichtengesetz 88, 291, 616 ff.
- Malum in se 51 f.
- malum prohibitum 51 f.
- Marchand v. Barnhill 732 ff.
- Motion to dismiss 43 ff., 734 ff.
- Net loss rule 37 ff., 1032
- Neutralitätsprinzip 110 ff.
- Normvollzugsinteresse 3 ff., 284 ff., 294 ff., 301 ff., 307 ff.
- Nützliche Rechtsverstöße 118 ff., 138 ff.
- Öffentliches Interesse 3 ff., 284 ff., 294 ff., 301 ff., 307 ff.
- Öffentliches Recht 303, 361 ff., 422 f., 498 ff., 574 ff.
- Ökonomische Analyse des Rechts 8, 101 ff., 504 ff., 776 ff.
- Ordnungswidrigkeitenrecht 326 ff., 424 ff., 501 ff., 603 ff., 866 ff.
- Portfoliointeresse 71 ff.
- Prävention 167 ff., 212, 234 ff., 268 ff., 296 ff.
- unzureichende Sanktionen 129 ff.
- Prinzipal-Agent-Theorie 33 f., 73 f., 146 ff., 184 ff., 638 ff., 688 f.
- Privatautonomie 64, 81, 169 ff., 417 ff.
- Private Enforcement 217 ff., 227, 576 ff.
- Private Rechtsdurchsetzung 217 ff., 227, 576 ff.
- Prospect theory 152 ff., 157 ff., 196 f., 783, 793, 831
- Rationalität 109, 113, 120 ff., 152, 157 ff., 196 f., 515 ff.
- Rational choice-Ansatz 120 ff.
- Rechtmäßiges Alternativverhalten 515 f., 672, 680 f., 1051 f., 1054 ff.
- Rechtsirrtum 193, 594 ff., 650 ff., 701
- Rechtsökonomik 8, 101 ff., 504 ff., 776 ff.
- Rechtsunsicherheit 193, 594, 678 ff., 689 ff., 704 f., 872 f., 919, 1078
- Reputation, Reputationsschaden 84 ff., 135 ff., 151 ff., 642, 742 ff., 1023 ff.
- Risikoaversion 88, 114 ff., 124 f., 130 ff., 158, 170 ff., 180 ff.
- Risikoneutralität 109, 113 ff., 678 ff., 968 ff.
- Risikoteilung 114 ff., 325, 635 ff.
- Risikovermeidungsverhalten 184 ff., 214
- Rückschafehler 191 f., 395, 680, 686, 730, 815, 821, 898
- Sanktionen 101 ff., 120 ff.
- Theorie optimaler Sanktionen 101 ff., 110 ff., 120 ff., 129 ff., 212 ff., 400, 776
 - Neutralitätsprinzip 110 ff.
- Sanktionsverlagerungsverbot 268 ff., 322, 1007
- Sanktionsversicherung 170 ff., 257 ff.

- Schadensabwendungsinteresse 33, 63 ff.,
320 f., 388
- Schadensersatz 168 ff., 262 ff., 951 ff.,
1031 ff.
- Bemessung 951 ff.
 - Regress für Bußgelder 951 ff.
- Sorgfaltspflicht 7, 32 ff., 65, 79, 386 ff.,
856 ff., 943, 1082
- Stone v. Ritter 725 ff.
- Strafrecht 336 ff., 374 ff., 421, 501 ff., 542,
863 ff.
- Teamproduktionstheorie 97 f.
- Tone at the top 12, 235, 450 ff., 748, 771,
797, 815, 854
- Ultra vires-Lehre 26, 53 ff.
- Universal ownership 71 ff.
- Unternehmensinteresse 33 ff., 401 ff.
- Unternehmenssanktionen 110 ff., 125 ff.,
799 ff., 818 ff.
- Neutralitätsprinzip 110 ff.
- Unternehmerisches Ermessen 27 f., 44 f.,
392 ff., 665 ff., 703 ff., 912 ff.
- UWG 313, 561 ff., 589 ff.
- Verbandsinteresse 33, 63
- Verbandssanktionen 110 ff., 125 ff., 799 ff.,
818 ff.
- Neutralitätsprinzip 110 ff.
- Verfassungsrecht 162 ff., 319, 414, 432 ff.
- Verhaltenssteuerung 104, 109 f., 241 ff.,
522 ff., 831 f.
- Aktivitätsniveau 110, 114, 526 ff., 801
 - Sorgfaltsniveau 110, 525 f., 679
- Verhältnismäßigkeit 162 ff., 434 ff.
- Verkehrspflichten 518 ff., 534 ff., 543 ff.
- Vermögensrestriktion 122 ff., 776 ff.
- Vertragsrecht 489 ff., 565 ff.
- Verwaltungsrecht 574 ff., 662, 820
- Vollzugsdefizite 66, 129 ff., 162 f., 302,
575 ff.
- Vorteilsausgleichung 1031 ff.
- Weisung 460 ff.
- Wettbewerbsverzerrung 139, 455 ff., 624
- Zielvorgaben 231, 777, 783 f., 795, 818,
903
- Zivilrecht 253 ff., 285 ff., 489 ff., 651 ff.,
1034

