



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Die Legalitätspflicht des Vorstands einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft“**

Dissertation vorgelegt von Florian Reinhart

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Zweitgutachter: Privatdozent Dr. Chris Thomale

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Der sogenannten Legalitätspflicht des Vorstands wurde – trotz ihrer im Ausgangspunkt nahe-  
liegenden Anmutung – in den vergangenen Jahren zunehmende Aufmerksamkeit geschenkt.  
Verschiedene Fragen werden im Zusammenhang mit der Legalitätspflicht und dem Großthema  
Compliance bis heute kontrovers diskutiert, etwa das Verhältnis von Legalität und *Business  
Judgment Rule*, die Zulässigkeit nützlicher Rechts- und Vertragsverletzungen sowie Ansätze  
zur Haftungsbeschränkung des Vorstands. Die Arbeit setzt sich mit den Grundlagen der Lega-  
litätspflicht am Beispiel einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft auseinander und be-  
leuchtet die umstrittenen Fragestellungen ausgehend von der zu entwickelnden Systematik der  
Legalitätspflicht.

Die Arbeit wurde im Herbst 2015 abgeschlossen. Die Verteidigung der Doktorarbeit fand im  
Februar 2019 statt. Zur Drucklegung wurde die Arbeit aktualisiert. Die Arbeit erscheint voraus-  
sichtlich im zweiten Halbjahr 2019 im Nomos-Verlag in der Schriftenreihe von Herrn Prof.  
Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Dr. iur. h.c. Werner F. Ebke, LL.M. (UC Berkeley) „Deutsches, Euro-  
päisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht.“

## I.

Im ersten Teil der Arbeit werden zunächst die verschiedenen, im Schrifttum meist nur implizit  
zugrunde gelegten Bedeutungen des Begriffs der Legalitätspflicht untersucht und eingegrenzt.  
Im Interesse einer möglichst vollständigen Systematisierung wird in der Arbeit ein weiter Le-  
galitätsbegriff verwendet, der gesetzliche Pflichten unabhängig von Regelungsort und Adressat  
erfasst. Es folgt eine allgemeine Betrachtung der Vorstandspflichten im deutschen Recht und  
– aufgrund der stark rechtsvergleichenden und US-inspirierten Wurzeln der Legalitätsdiskus-  
sion – dem Recht des US-Bundesstaates Delaware.

Sodann werden verschiedene Vorschläge zur Einordnung der Legalitätspflicht oder *duty to act  
lawfully* in die heute wohl (wieder) herrschende Dichotomie aus Sorgfalts- und Treuepflichten  
nachgezeichnet. Im weitgehend über das einzelstaatlich-positive Recht hinausgehenden US-  
amerikanischen Schrifttum und den bis heute maßgebenden Gerichtsentscheidungen aus dem  
Bundesstaat New York wird die Legalität wohl überwiegend als Aspekt der Treuepflicht ver-  
standen. Auch die anderen dort diskutierten Ansätze, namentlich eine *duty of good faith* sowie  
die *ultra vires*-Doktrin werden beleuchtet. Im deutschen Schrifttum wird dagegen überraschend  
einhellig davon ausgegangen, dass die Legalitätspflicht eine Teilmenge der Sorgfaltspflicht dar-  
stellt. Abweichend hiervon wird in der Arbeit vorgeschlagen und begründet, die Legalitäts-  
pflicht als eigenständige, neben Sorgfalts- und Legalitätspflicht stehende Organpflicht zu be-  
greifen. Weder die im Grundsatz einen einzelfallabhängigen Sorgfaltsmaßstab zur Pflicht ver-  
dichtende Sorgfaltspflicht noch die stets relativ zu einem „Treueadressaten“ zu verstehende  
Treuepflicht sind widerspruchsfrei in Einklang mit dem absolut generellen Charakter gesetzli-  
cher Anordnungen zu bringen. Systematisch führt diese Überlegung dazu, dass der Anwen-  
dungsbereich der *Business Judgment Rule* – der schon gesetzssystematisch in § 93 Abs. 1  
Satz 2 AktG auf der aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG herausgelesenen Sorgfaltspflicht aufbaut –  
für die Legalitätspflicht nicht eröffnet sein kann; das Ausscheiden von gesetzwidrigem Verhal-  
ten bei dem Merkmal der „unternehmerischen Entscheidung“ erweist sich vor diesem Hinter-  
grund als entbehrlich.

Im Kernstück des ersten Teils der Arbeit werden sodann die verschiedenen Modelle zur Einteilung der Legalitätspflicht dargestellt und gewürdigt. Es wird gezeigt, dass die gängigen schlagwortartigen Einteilungsvorschläge in „interne und externe Pflichten“ oder „Innen- und Außenpflichten“ jeweils nur geringfügig divergierende Blickwinkel einnehmen, aber am zentralen Abgrenzungsmerkmal vorbeigehen. Die entscheidende Frage für die weitere Entfaltung der Legalitätspflicht ist nach der in der Arbeit vertretenen Ansicht nicht, ob eine gesetzliche Pflicht im Aktiengesetz oder in anderen Gesetzen geregelt ist, oder ob sie im Innen- oder Außenverhältnis besteht. Entscheidend ist die Sicht des Vorstands, um dessen Pflichten es schließlich geht. Zu fragen ist, ob es sich um eine ihm selbst (originär) auferlegte Pflicht handelt, oder ob primärer Pflichtenadressat die Gesellschaft ist, deren Pflichten den Vorstand dann erst in einem zweiten Schritt von der Gesellschaft abgeleitet (derivativ) treffen. Diese Einteilung in originäre und derivative Legalitätspflichten liegt dem weiteren Gang der Untersuchung zugrunde.

Eine nähere dogmatische Begründung der originär an den Vorstand bzw. das individuelle Vorstandsmitglied adressierten Pflichten scheint entbehrlich. Die inzwischen in erheblicher Zahl vorliegenden Begründungsansätze für die in der Arbeit als derivativ bezeichneten Legalitätspflichten werden hingegen im Detail nachgezeichnet und im Wesentlichen mangels Überzeugungskraft verworfen. Allerdings bietet das Gesetz innerhalb der Voraussetzungen des sog. Klagezulassungsverfahrens in § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG durchaus einen belastbaren Fingerzeig zur Begründung der derivativen Ausprägung der Legalitätspflicht. In der genannten Norm werden Ansprüche der Gesellschaft gegen den Vorstand vorausgesetzt, wenn ihr durch „grobe Verletzung des Gesetzes“ ein Schaden entstanden sein könnte. Da es sich im Rahmen des Klagezulassungsverfahrens nur um die Durchsetzung fremder Ansprüche im Wege der Prozessstandschaft handelt, muss der Gesetzgeber also voraussetzen, dass die Verletzung von Gesetzen zu einem – andernorts, nämlich durch die (derivative) Legalitätspflicht begründeten – Anspruch der Gesellschaft führt. Die Einschränkung auf „grobe“ Verletzungen des Gesetzes dürfte dabei überwiegend auf das Ziel der Missbrauchsvermeidung zurückzuführen sein, da das Klagezulassungsverfahren kein neues Einfallstor für opponierende Aktionäre werden sollte. Es steht der Ableitung der derivativen Legalitätspflicht auch für „einfache“ Gesetzesverletzungen also nicht entgegen.

Die Arbeit beleuchtet und sortiert sodann die potenziell von der Legalitätspflicht erfassten Pflichtenquellen. Neben dem kodifizierten Recht und der richterlichen Rechtsfortbildung wird insbesondere die Bedeutung von Standards und Verwaltungsvorschriften, des Deutschen Corporate Governance Kodex, korporationsrechtlicher Pflichtenquellen (Satzung, Geschäftsordnung, Beschlüsse anderer Organe) und vertraglicher Pflichtenquellen sowie abschließend auch des ausländischen Rechts untersucht.

Im Anschluss an die einzelnen Pflichtenquellen werden häufig unter dem Stichwort der Pflichtenkollision genannte Konstellationen dargestellt. Dabei sind jedoch im Ergebnis solche „Kollisionen“ auszuschließen, bei denen ein – ggf. auch existenzielles – ökonomisches Interesse einerseits zu einer gesetzlichen Pflicht andererseits im Widerspruch steht, wie dies etwa in den insbesondere früher kontrovers diskutierten Fällen des „Abkaufens“ von Anfechtungsklagen der Fall ist. Obwohl derartige Fälle ggf. durch teleologische Überlegungen auf einzelgesetzlicher Ebene zu lösen sein mögen, stehen sie doch systematisch der Gruppe der sogenannten „nützlichen Rechtsverletzungen“ (s. hierzu unter Ziff. II.) näher, als einem allgemeinen Prinzip der Kollision zweier gesetzlicher Pflichten. Die danach verbleibenden „eigentlichen“ Kollisionen zerfallen weiter in „echte“ und „unechte“ Pflichtenkollisionen. Bei „echten“ Kollisionen stehen sich zwei gleichrangige Pflichten gegenüber. Bei „unechten“ Pflichten kommt hingegen einer Pflicht ein gesetzlicher – ggf. durch die Rechtsprechung festgestellter – Vorrang zu, wie dies

etwa heute für die Kollision von Massesicherungspflicht und Pflicht zur Abführung von Sozialbeiträgen angenommen wird. Nur im Fall der „echten“ Kollision gleichrangiger Pflichten ist von einer Wahlfreiheit des Vorstands auszugehen, welche Pflicht erfüllt wird.

Der allgemeine erste Teil der Arbeit schließt mit einer Betrachtung möglicher Konsequenzen von Legalitätspflichtverletzungen ab, wobei neben der Wirksamkeit von Entlastungsbeschlüssen auch die (untreue-)strafrechtlichen Konsequenzen möglicher Legalitätspflichten dargestellt und bewertet werden.

## II.

Der zweite Teil der Arbeit befasst sich mit dem hier als derivativ bezeichneten Teilstück der Legalitätspflicht sowohl bei eigenem Handeln des Vorstands als auch bei Handeln Dritter. Das zentrale, eng mit dem Begriff der Legalitätspflicht verbundene Problem der „nützlichen Pflichtverletzungen“ (besser: nützlichen Rechtsverletzungen) und die dazu vertretenen Ansätze werden ausführlich dargestellt und untersucht. Im Kern dreht sich die Diskussion um die Frage, ob Kosten-Nutzen-Analysen, die für die Gesellschaft aus *ex ante*-Sicht wirtschaftlich positiv ausfallen, zu einem Entfall der Pflichtwidrigkeit einer Gesetzesverletzung führen können. Die *Business Judgment Rule* kann dabei allerdings – entgegen vereinzelter Stimmen – schon aus systematischen Gründen keine Anwendung finden.

Die insbesondere im älteren US-amerikanischen Schrifttum unter dem Schlagwort *law as price* vertretenen ökonomischen Überlegungen werden nachgezeichnet und kritisch gewürdigt. Unter anderem mit Blick darauf, dass dem Gesetzgeber verschiedene andere Instrumente offenstehen, wenn er ein Verhalten nicht verhindern, sondern nur „bepreisen“ will (so etwa Sonderabgaben oder der Handel mit Emissionszertifikaten und anderen „Verschmutzungsrechten“), können diese Ansätze jedenfalls für den deutschen Rechtskreis nicht überzeugen. Auch den vermittelnden Ansätzen, die etwa „reine Ordnungsvorschriften“ oder „öffentlich-rechtliche Zahlungsverpflichtungen“ von der Legalitätspflicht ausnehmen wollen, ist letztlich schon mangels geeigneter Abgrenzungskriterien, aber auch mangels Bedürfnisses und Rechtfertigung solcher Ausnahmen nicht zu folgen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem bereits herausgearbeiteten Charakter der Legalitätspflicht als absolut und gerade nicht relativ – etwa mit Blick auf das Unternehmensinteresse – zu bestimmender Pflicht. Mit Blick auf den „Vorrang“ der Legalitätspflicht wird schließlich gezeigt, dass darin auch keine unzulässige Ungleichbehandlung der juristischen Personen zu natürlichen Personen gesehen werden kann. Eine natürliche Person ist faktisch nicht daran gehindert, ihrem Handeln Kosten-Nutzen-Analysen zugrunde zu legen. Da solche Überlegungen für die Pflichterfüllung des Vorstands hingegen richtigerweise unbeachtlich sind und die Früchte des Rechtsverstoßes nicht (primär) ihm, sondern unmittelbar nur der Gesellschaft zugutekommen, macht die Legalitätspflicht solche Überlegungen aus persönlicher Perspektive der Handelnden prohibitiv riskant, regelmäßig jedenfalls zumindest unattraktiv. Soweit man hierin überhaupt eine Ungleichbehandlung zwischen natürlicher und juristischer Person sehen will, wäre sie jedoch gerechtfertigt. Legitimer Zweck ist die Verhinderung von Rechtsverletzungen, wozu die Legalitätspflicht durch die abschreckende Wirkung der persönlichen Haftung auch *per se* geeignet ist. Ein mildereres, gleich wirksames Mittel ist nicht erkennbar. Die Angemessenheit rechtfertigt sich einerseits als Kehrseite zu den Privilegien der Kapitalgesellschaft wie der Haftungsbeschränkung der juristischen Person. Andererseits beruht sie auf dem bei Haftungsbeschränkung, potenzieller Trennung von Eigentum und Unternehmensleitung sowie tendenziell größeren Organisationen mit ihrer wachsenden Anonymität verstärkten Verletzungs- und Schadenspotenzial.

Mit Blick auf Vertragspflichten kommt die Arbeit – anders als für gesetzliche Pflichten – allerdings zu dem Ergebnis, dass „nützliche Vertragsverletzungen“ durchaus zulässig und im Innenverhältnis pflichtgemäß sein können. Dies ergibt sich schon daraus, dass Vertragspflichten und deren Verletzung eben nicht von der Legalitätspflicht, sondern allein von der Sorgfaltspflicht reguliert werden, was im Übrigen auch – als *actus contrarius* zum Vertragsschluss – den Haftungsfreiraum der *Business Judgment Rule* systematisch eröffnet.

Die Arbeit zeigt sodann, dass auf Schadensebene im Fall von Legalitätspflichtverletzungen auch das Institut der Vorteilsausgleichung Anwendung finden kann. Entgegen einiger Stimmen in der Literatur lässt die Vorteilsausgleichung auch nicht „durch die Hintertür“ die eben abgelehnte nützliche Rechtsverletzung wieder faktisch zu. Entscheidend ist schon der abweichende Betrachtungszeitpunkt. Bei der Frage der Pflichtwidrigkeit einer (nützlichen) Rechtsverletzung kann allein der Zeitpunkt des pflichtwidrigen Handelns entscheidend sein, weshalb die „Nützlichkeit“ nur auf Prognosen unter Berücksichtigung der Entdeckungswahrscheinlichkeit bezogen sein kann. Bei der Schadensberechnung ist hingegen der tatsächlich entstandene Schaden *ex post* zu ermitteln. Der Vorstand profitiert damit zwar von kompensierenden Vorteilen des rechtswidrigen Handelns, die tatsächlich eingetreten sind; er trägt aber ebenso das persönliche Risiko, dass sich die von ihm erwarteten Vorteile nicht einstellen. In diesem Zusammenhang wird auch den Fragen des Regressverbots sowie der Zulässigkeit von Regressbegrenzungen nachgegangen. Insbesondere die in jüngerer Zeit etwa aus der Treuepflicht der Gesellschaft abgeleitete Regressbegrenzung bei hohen Schadenssummen wird *de lege lata* als letztlich systemwidrig abgelehnt.

In den folgenden Abschnitten wird das Handeln unter Rechtsunsicherheit untersucht, wobei zwischen „subjektiver Rechtsunsicherheit“, insbesondere dem Vertrauen auf Rechtsrat, und „objektiver Rechtsunsicherheit“ also der objektiv unsicheren Rechtslage unterschieden wird. Die Wirkung von – falschem – Rechtsrat auf Ebene des Verschuldens und nicht auf Pflichtenebene wird herausgearbeitet und die Kriterien der Enthftung werden nachgezeichnet und gewürdigt. Im Gegensatz dazu wird dargestellt, dass objektiver Rechtsunsicherheit im Bereich der derivativen Legalitätspflicht im Verhältnis zum Vorstand – anders als für die Gesellschaft als originärem Pflichtenadressat – bereits auf Pflichtenebene zu begegnen ist. Es werden außerdem die Folgen des Nebeneinanders von Legalitäts- und Sorgfaltspflicht bei objektiv unsicherer Rechtslage entwickelt. Soweit die – strengen – Kriterien der objektiven Rechtsunsicherheit erfüllt sind, steht es dem Vorstand aus Sicht der Legalitätspflicht frei, zwischen den zulässigen Rechtsstandpunkten zu wählen. Er ist bei dieser Wahl aber gleichzeitig der Sorgfaltspflicht unterworfen und hat damit auch die wirtschaftlichen Folgen der verschiedenen legal zulässigen Handlungsweisen zu berücksichtigen. Nur, aber immerhin insoweit steht ihm auch der Schutz der *Business Judgment Rule* zu; einer heute teils geforderten *Legal Judgment Rule* bedarf es hierzu nicht.

Zum Handeln Dritter wird die Differenzierung zwischen horizontaler Überwachung der Vorstandskollegen untereinander und vertikaler Überwachung im Verhältnis von Vorstand und Mitarbeitern zugrunde gelegt. Untersucht werden sodann die entsprechenden Pflichten bei Kollegialentscheidungen und der Überwachung in der „Einzel-AG“ sowie in Mutteraktiengesellschaften. Die Legalitätskontrollpflicht wird als Konsequenz der Zulässigkeit der Arbeitsteilung in modernen, vielgliedrigen Organisationen begriffen und bildet auch die Grundlage für die – organisatorisch verstandenen – Compliance-Pflichten des Vorstands. Mit Blick auf eine konzernweite Legalitätskontrollpflicht wird festgehalten, dass die Legalitätspflicht sowie die (einzel-)gesellschaftsbezogene Legalitätskontrollpflicht bei den Organmitgliedern der jeweiligen Konzerngesellschaft liegt. Eine konzernweite Compliance-Pflicht kann sich daher vor allem

aus der Sorgfaltspflicht des Vorstands der Muttergesellschaft ergeben, die dann wiederum insoweit in den Anwendungsbereich der *Business Judgment Rule* fällt.

In einem die Auseinandersetzung mit der derivativen Legalitätspflicht abschließenden Abschnitt werden sodann verschiedene derivative Einzelpflichten, insbesondere Informationspflichten auf gesellschaftsrechtlicher, kapitalmarktrechtlicher und sonstiger Basis, Kapitalerhaltungsregeln, der Erwerb eigener Aktien, Organisationspflichten sowie andere öffentlich-rechtliche Pflichten im Überblick behandelt.

### III.

Im dritten Teil der Arbeit findet eine Auseinandersetzung mit der originären Legalitätspflicht, also den direkt dem Vorstand auferlegten gesetzlichen Pflichten statt. Dabei wird zwischen Binnen- und Außenpflichten unterschieden und die Betrachtung vornehmlich auf Binnenpflichten gegenüber der Aktiengesellschaft begrenzt. Schwerpunkt der Betrachtung bildet sodann das Einstehen für Handeln Dritter im Bereich der originären Legalitätspflichten. Anders als im Bereich der derivativen Pflichten, wo den Vorstand in Bezug auf Dritte vor allem Organisationspflichten treffen, stellen sich bei eigenen Pflichten vor allem Fragen der Pflichtendelegation. Ausgehend vom Grundsatz der Delegationsfeindlichkeit originärer Pflichten wird sodann betrachtet, wann und unter welchen Rahmenbedingungen der Einsatz von Hilfspersonen zulässig ist.

An die allgemeinen Überlegungen schließt sich die Einzelbetrachtung originärer Legalitätspflichten an, in der – rein systematisierend – regelmäßige Pflichten (Einhaltung der Kompetenzordnung, Pflicht zur Zusammenarbeit der Gesellschaftsorgane, Informationspflichten, Organisationspflichten, Führung der Handelsbücher, gesetzlich fixierte Treuepflichten) und Pflichten in Sondersituationen (bestandsgefährdende Situationen, Übernahmesituationen, Holzmüller/Gelatine-Situationen) untersucht werden.

### IV.

Die Arbeit schließt mit einem vierten Teil, in dem die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst werden.