

Compliance und Privatrecht als rechtlicher Wandel

Eine kritische Betrachtung des Spannungsfeldes von Regulierung und Liberalismus im Privatrecht am Beispiel der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
am Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

Vorgelegt von Benedict Murke

Rechtsanwalt in Berlin

2021

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende Dissertation selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst habe. Alle Hilfsmittel, die verwendet wurden, habe ich angegeben. Die Dissertation ist in keinem früheren Promotionsverfahren angenommen oder abgelehnt worden

Erstgutachter: Prof. Dr. Bertram Lomfeld

Zweitgutachter: Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago)

Tag der mündlichen Prüfung: 29. November 2023

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht.....	3
Inhaltsverzeichnis.....	4
Abkürzungsverzeichnis.....	9
Einführung.....	12
1. Teil: Entwicklungsstufen der Legalitätskontrolle.....	22
§ 1 Compliance – Zwischen Zauberwort und Selbstverständlichkeit.....	22
§ 2 Entwicklungsstufen der Legalitätskontrolle in Unternehmen: Unterschiedliche Ursprünge im Überblick.....	26
§ 3 Die Entwicklung einer „allgemeinen“ Compliance-Pflicht in Deutschland.....	36
§ 4 Fazit – Compliance-Organisationen als Ausdruck des regulativen Kapitalismus.....	51
2. Teil: Die rechtliche Diskussion der Legalitätskontrollpflicht.....	61
§ 5 Überblick und Stand der rechtlichen Diskussion.....	61
§ 6 Das Problem der Rechtsgrundlage.....	80
§ 7 Fazit zur rechtlichen Diskussion.....	122
3. Teil: Kritik des Privatrechtsliberalismus.....	137
§ 8 Vorüberlegung und theoretische Verortung.....	137
§ 9 Historisch-kulturelle Entwicklung des politischen Liberalismus.....	156
§ 10 Privatrechtsliberalismus.....	177
§ 11 Privatrechtsliberalismus des AktG.....	202
§ 12 Fazit zum Privatrechtsliberalismus.....	227
Zusammenfassung in Thesen.....	241
Literaturverzeichnis.....	251

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	3
Inhaltsverzeichnis.....	4
Abkürzungsverzeichnis.....	9
Einführung.....	12
1. Teil: Entwicklungsstufen der Legalitätskontrolle.....	22
§ 1 Compliance – Zwischen Zauberwort und Selbstverständlichkeit.....	22
§ 2 Entwicklungsstufen der Legalitätskontrolle in Unternehmen: Unterschiedliche Ursprünge im Überblick.....	26
I. Widerstreit zwischen liberalem Haftungskonzept und dem Grundsatz strenger Unternehmenshaftung.....	26
II. USA als „Mutterland der Compliance“.....	28
III. Entwicklung von Compliance-Organisationen im deutschen Bankensektor.....	32
§ 3 Die Entwicklung einer „allgemeinen“ Compliance-Pflicht in Deutschland.....	36
I. Grundsteine in den 1990er Jahren.....	36
II. Praktische Entwicklung seit den 2000er Jahren: Unternehmen als Treiber.....	37
III. Die rechtliche Diskussion: Der Streit um das „Mehr“ an praktischen Maßnahmen.....	41
IV. Weitere Entwicklung: Flut an Veröffentlichungen, Organisations-Standards und das Neubürger-Urteil.....	43
V. Aktuelle Diskussionspunkte; insbesondere CSR und Verbandssanktionsgesetz.....	46
1. Corporate Social Responsibility (CSR).....	46
2. Verbandssanktionsgesetz.....	48
§ 4 Fazit – Compliance-Organisationen als Ausdruck des regulativen Kapitalismus.....	51
I. Verschiedene Entwicklungslinien.....	52
II. Der Begriff des regulativen Kapitalismus.....	53
III. Die Entwicklung von Compliance-Organisationen als Ausdruck des regulativen Kapitalismus.....	56
IV. Kritik.....	57
2. Teil: Die rechtliche Diskussion der Legalitätskontrollpflicht.....	61
§ 5 Überblick und Stand der rechtlichen Diskussion.....	61
I. Einführung.....	61
1. Problem des „Mehr“ an Legalitätskontrolle seit den 2000er Jahren.....	61
2. Problem der Begrifflichkeit.....	62
II. Die abstrakten Leitlinien der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht.....	63
1. Grundsätzliches Minimum und Compliance-Organisationen im Einzelfall.....	63
2. Nur anlassbezogene Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz.....	64
3. Das Problem der Zumutbarkeit.....	66
4. Ermessensgrenzen der Legalitätskontrolle nach dem Aktienrecht.....	67

5. Der Unterschied zwischen „Ob“ und „Wie“ von Compliance-Organisationen	70
III. Inhaltliche Ausgestaltung von Compliance-Organisationen	73
1. Das Problem einheitlicher Standards	73
2. Basiselemente einer Compliance-Organisation	75
3. Abgrenzung zum Risikomanagement	78
§ 6 Das Problem der Rechtsgrundlage	80
I. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation als rechtlicher Ausgangspunkt	80
1. Überblick.....	80
2. Die Bedeutung in der rechtlichen Diskussion.....	82
II. Analogie und Ausstrahlung des Aufsichtsrechts	84
1. Überblick zur aufsichtsrechtlichen Compliance	84
2. Gesamtanalogie.....	85
3. Ausstrahlungswirkung	86
a) Abgrenzung zur Legalitätspflicht	86
b) Branchenübergreifende Ausstrahlungswirkung als Methodenproblem	87
c) Ausstrahlungswirkung zwischen Rechtsfortbildung und <i>common sense</i>	88
d) Das Problem der Vergleichbarkeit der Regelungsentwürfe.....	91
III. Einfluss privat gesetzter Normen und betriebswirtschaftlicher Standards, insbesondere DCGK und IDW PS 980	93
1. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)	93
2. IDW PS 980	95
3. Rechtswirkungen des DCGK, des IDW PS 980 und sonstiger betriebswirtschaftlicher Standards.....	97
a) Gesetzesqualität des DCGK und des IDW PS 980	97
b) Gewohnheitsrecht.....	98
c) Verkehrssitte.....	99
d) Einfluss privat gesetzter Normen auf den Sorgfaltsmaßstab nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG100	
IV. § 91 Abs. 2 AktG als Grundlage einer Legalitätskontrollpflicht.....	102
1. Inhalt und Reichweite.....	102
2. Rechtsgrundlage für die branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht.....	106
V. Das Problem der Legalitätspflicht	107
1. Überblick.....	107
2. Begründung der Legalitätspflicht	108
a) Gesetzesverstöße im aktienrechtlichen Normgefüge	109
b) Öffentliche Interessen im Aktienrecht	111
3. Differenzierung einer unbedingten Pflichtenbindung in der Dogmatik.....	114
a) Vertragspflichten, sog. Ordnungsrecht und absolut geschützte Rechtsgüter	114

b) Handlungs- und Beurteilungsspielräume, unklare Rechtslage	116
c) Schadensrecht	119
§ 7 Fazit zur rechtlichen Diskussion.....	122
I. Keine wesentliche Änderung des Maßstabs trotz gestiegener Anforderungen an die Legalitätskontrolle.....	123
II. Unterschiedliche dogmatische Ansätze	125
III. Tendenzen regulativer Elemente	127
IV. Der Einfluss ungeschriebener Wertungen	129
V. Der hier so bezeichnete Privatrechtsliberalismus.....	131
VI. Das demokratisch-institutionelle Privatrechtsverständnis und seine Rolle für die rechtliche Diskussion der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht.....	132
3. Teil: Kritik des Privatrechtsliberalismus	137
§ 8 Vorüberlegung und theoretische Verortung.....	137
I. Vorüberlegung.....	138
1. Rechtshistorische Zweifel am Bild des liberalen Privatrechts.....	138
2. Diskussion um den Privatrechtsliberalismus als paradigmatischer Ausdruck gesellschaftlichen Wandels.....	140
3. Keine Widerlegung eines Privatrechtsliberalismus als ungeschriebene Wertung, als rechtliches Prinzip	142
II. Privatrechtsliberalismus als Prinzip – Zwischen Positivismus und Ideologiekritik.....	142
1. Der Streit um die Rechtsgeltung.....	143
2. Der Prinzipienbegriff als Problem der Bestimmtheit des Rechts	144
3. Vorverständnisse, Paradoxien und Ideologie im Recht sowie des Rechts	148
4. Übertragung auf das vorliegende Vorhaben	153
III. Kulturtheoretischer Ansatz.....	154
§ 9 Historisch-kulturelle Entwicklung des politischen Liberalismus.....	156
I. Mittelalter.....	156
II. Beginn der Neuzeit	158
III. Ende des Mittelalters	159
IV. Absolutismus	160
1. Die neue Ordnung	161
2. Das neue Denken.....	163
V. Liberalismus.....	168
1. England	169
2. Frankreich.....	170
3. Das Deutsche Reich	171
§ 10 Privatrechtsliberalismus	177

I. Skizze des Privatrechtsliberalismus	178
1. Radikalisierung des individualistischen Ansatzes	178
2. Recht als Rahmen	179
3. Wahrheitscharakter des (Privat-)Rechts	180
4. Absolutes, risikoloses Gleichgewicht.....	181
5. Rechtsmethodische Isolierung und Immunisierung des Privatrechts	182
II. Wandel des Privatrechtsliberalismus?	185
1. Wandel des gesellschaftlich-rechtlichen Modells	185
2. Regulierung, Konstitutionalisierung und Richterrecht	187
III. Privatrechtsliberalismus in der modernen Rechtsprechung und Dogmatik	189
1. Privatrechtsliberalismus als Begründungslast im Haftungsrecht	191
2. Wiederbelebung und Neuinterpretation des Privatrechtsliberalismus seit der Nachkriegszeit	192
a) Frühe Bundesrepublik und 68er-Bewegung.....	192
b) Ordoliberalismus	193
c) Natürlicher Rahmen.....	195
d) Privatrechtsliberalismus in der Grundrechtsinterpretation.....	197
e) Neoliberalismus.....	198
§ 11 Privatrechtsliberalismus des AktG.....	202
I. Überblick über wesentliche Richtungswechsel im Aktienrecht	202
1. Das Aktienrecht vor dem Aktienrecht	202
2. Die Geburt des modernen Aktienrechts.....	203
3. Interventionismus und Kriegswirtschaft	205
4. Deutschland-AG in der Nachkriegszeit	206
5. Ende der Deutschland-AG und kapitalmarktorientierte Steuerungsmechanismen seit den 1990er Jahren.....	209
II. Ökonomische Theorie der Corporate Governance	210
1. Der Prinzipal-Agenten-Konflikt.....	211
2. Lösungsmechanismen	212
3. Vergleich der Systeme	212
4. Shareholder Value	215
III. Kritikpunkte der ökonomischen Theorie der Corporate Governance.....	217
1. Stakeholder-Orientierung.....	217
2. Empirische Studien	219
3. Zweifel am Rationalitätsparadigma, Vertrauen und soziale Einbettung.....	221
IV. Rechtliche Diskussion zur Grundausrichtung der AG.....	221
1. Historische Perspektive	222

2. Eigenverantwortlichkeit und der Begriff des Unternehmensinteresses	224
3. Grundgesetz	225
4. Privatrechtlicher Charakter und Shareholder Value	226
§ 12 Fazit zum Privatrechtsliberalismus	227
I. Spuren des Privatrechtsliberalismus in der Auslegung der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht.....	228
II. Kritik des Privatrechtsliberalismus	229
1. Privatrechtsliberalismus als rechtliches Prinzip	230
2. Die Konstruktion der „natürlichen“ Freiheit und ihr Zweck.....	230
3. Frühneuzeitliche Vorstellung.....	231
4. Falsches Bild der Wirklichkeit.....	232
5. Privatrechtsliberalismus als Ideologie	233
6. Beschränkte Politisierung und Funktionalisierung.....	234
7. Privatrechtsliberalismus als Ideologie im Aktienrecht	236
III. Ein anderes Privatrechtsverständnis	238
Zusammenfassung in Thesen	241
Literaturverzeichnis	251

Abkürzungsverzeichnis

- a.A. *andere Ansicht*
 a.a.O. *am angegebenen Ort*
 a.F. *alte Fassung*
 ABl. *Amtsblatt der Europäischen Union*
 Abs. *Absatz*
 AcP *Archiv für civilistische Praxis*
 AG *Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)*
 AktG *Aktiengesetz*
 AO *Abgabenordnung*
 Art. *Artikel*
 Aufl. *Auflage*
- BaFin *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*
 BB *Betriebs Berater (Zeitschrift)*
 Bd. *Band*
 BeckRS *beck-online.Rechtsprechung*
 BGB *Bürgerliches Gesetzbuch*
 BGBl. *Bundesgesetzblatt*
 BGH *Bundesgerichtshof*
 BGHZ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*
 BilMoG *Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz*
 BJR *Business Judgement Rule*
 BKA *Bundeskriminalamt*
 BT-Drucks. *Bundestagsdrucksache*
 BVerfG *Bundesverfassungsgericht*
 BVerfGE *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*
- CAPM *Capital Asset Pricing Model*
 CB *Compliance Berater (Zeitschrift)*
 CCZ *Corporate Compliance Zeitschrift*
 CDU *Christlich Demokratische Union*
 CMS *Compliance-Management-System*
 CSR *Corporate Social Responsibility*
 CSU *Christlich-Soziale Union in Bayern*
- D&O *Directors & Officers (-Versicherung)*
 DB *Der Betrieb (Zeitschrift)*
 DCGK *Deutsche Corporate Governance Kodex*
 ders. *derselbe*
 dies. *dieselben, dieselbe*
 DIN *Deutsches Institut für Normung*
 DSGVO *Datenschutz-Grundverordnung*
 DSTR *Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)*
- ECFR *European Company and Financial Law Review*
 ECGI *European Corporate Governance Institute*
 Einl. *Einleitung*
 EstG *Einkommensteuergesetz*
 EU *Europäische Union*

EU-Kommission *Europäische Kommission*

FBI *Federal Bureau of Investigation*

FDP *Freie Demokratische Partei*

FN *Fußnote*

FRUG *Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz*

FS *Festschrift*

GewO *Gewerbeordnung*

GG *Grundgesetz*

GmbH *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*

GmbHG *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*

GmbHR *GmbHRundschau*

GWB *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

h.L. *herrschende Lehre*

h.M. *herrschende Meinung*

Hb. *handbook, Handbuch*

HGB *Handelsgesetzbuch*

Hrsg. *Herausgeber*

i.E. *im Ergebnis*

IDW *Institut der Wirtschaftsprüfer*

ILF *Institute for Law and Finance*

ISO *International Organization of Standardisation*

JZ *Juristenzeitung*

KG *Kammergericht*

KJ *Kritische Justiz*

KonTraG *Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich*

KWG *Kreditwesengesetz*

LAG *Landesarbeitsgericht*

LG *Landgericht*

m.M. *Mindermeinung*

m.w.N. *mit weiteren Nachweisen*

MaComp *Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten*

MaRisk *Mindestanforderungen an das Risikomanagement*

MiFID I *Markets in Financial Instruments Directive*

MPIfG *Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung*

NAP *Nationaler Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte*

NJW *Neue Juristische Wochenschrift*

No. *Number*

NVwZ *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*

NZG *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*

OECD *Organisation for Economic Co-operation and Development*

OLG *Oberlandesgericht*

ORDO *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*

OWiG *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*

PwC PricewaterhouseCoopers

RegBegr. Regierungsbegründung

RG Reichsgericht

RGZ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

RL Richtlinie

RN Randnummer

S. Seite

SEC U.S. Securities and Exchange Commission

SPD Sozialdemokratische Partei Deutschlands

StGB Strafgesetzbuch

StPO Strafprozessordnung

U.S.C. Code of Laws of the United States of America

UK United Kingdom

UMAG Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts

UN United Nations

USA United States of America

VAG Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen

VereinsG Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts

VerSanG Verbandssanktionsgesetz

VerSanG-E Regierungsentwurf Verbandssanktionsgesetz

VersR Versicherungsrecht (Zeitschrift)

VG Verwaltungsgericht

VGR Gesellschaftsrechtliche Vereinigung

VO Verordnung

Vol. Volume

wistra Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

WpDVerOV Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen

WPg Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)

WpHG Wertpapierhandelsgesetz

WuW Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)

WuW/E BGH Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift), Entscheidungssammlung (Bundesgerichtshof)

WuW/E DE-R Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift), Entscheidungssammlung (Deutsche Rechtsprechung)

WuW/E OLG Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift), Entscheidungssammlung (Oberlandesgerichte)

ZBB Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft

ZD Zeitschrift für Datenschutz

zfwu Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik

ZGR Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZHR Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

Ziff. Ziffer

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

ZRFC Zeitschrift für Risk, Fraud & Compliance

ZRP Zeitschrift für Rechtspolitik

ZStW Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einführung

I.

Im Zentrum dieser Arbeit steht die Untersuchung der branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht, allerdings ist diese zweifach eingerahmt. Auf der einen Seite durch einen Überblick unterschiedlicher Entwicklungsstränge der Legalitätskontrolle in Unternehmen und der These, dass sich seit einigen Jahrzehnten ein (innovativer) Wandel der staatlichen regulativen Struktur beobachten lässt, für den hier der Begriff des „regulativen Kapitalismus“ benutzt wird. Auf der anderen Seite steht die These, dass in der Auslegung des Rechts ungeschriebene Wertungen miteinfließen und für das Privatrecht insbesondere eine hier so bezeichnete „privatrechtsliberale“ Wertung ausgemacht werden kann, die hier kritisch („kulturtheoretisch“) rekonstruiert wird.

Konkret soll in dieser Arbeit eine Position zur branchenübergreifenden Legalitätskontrolle entwickelt werden, allerdings mit einem deutlichen theoretischen und auch politischen Bezug. In letzterem spiegelt sich der Zeitgeist wider, in dem immer lauter mehr Umweltschutz, Gleichberechtigung und globale Gerechtigkeit gefordert wird, ablesbar nicht nur als politische Stimmung, sondern ebenso anhand vieler ganz unterschiedlicher Gesetzesvorhaben der letzten Jahren und der jüngsten Vergangenheit (Bsp. Mindestlohn, CO₂-Steuer, Geschlechterquoten, Lieferkettengesetz oder jüngst das Vorhaben einer globalen Mindeststeuer für Unternehmen). Auch in der Diskussion um die Legalitätskontrolle hallen Themen eines generellen Wandels deutlich nach und insofern versteht sich diese Arbeit auch als (politisches) Plädoyer für einen Wandel der regulativen Struktur und für ein anderes Privatrechtsverständnis.

Das Thema des Wandels wird jedoch nicht rein als Kritik aufgenommen, vielmehr ist eine wesentliche Position die Betonung, dass ein Wandel längst begonnen hat und schon lange feststellbar ist. Die Entwicklung der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht von Unternehmen wird hier unter dem Begriff des regulativen Kapitalismus subsumiert und damit in Verbindung zu einem allgemeineren Wandel der staatlichen regulativen Struktur gestellt, der gekennzeichnet ist durch Prozesse der Privatisierungen und einem Wandel der Staatsaufgaben ebenso wie durch regulative Innovationen und der Multiplizierung der Akteure, die in den regulatorischen Prozess miteinbezogen sind. Nicht nur der Staat hat diesen Wandel angestoßen, wichtig waren ebenso die Zivilgesellschaft und die Unternehmen selbst.

Der entscheidende Ansatz dieser Arbeit ist es, Spuren dieses Wandels in der Dogmatik der branchenübergreifenden Legalitätskontrolle aufzuzeigen. Insbesondere, indem von diesem Wandel geprägte Regularien und auch „regulative“ Rechtsfortbildungen im privatrechtlichen System identifiziert werden. Im Rahmen dieser Untersuchung wird gleichfalls verdeutlicht, dass aus Sicht des Privatrechts nach wie vor Defizite in der demokratischen Legitimation dieses Wandels bestehen.

In einem zweiten Schritt wird die Rolle ungeschriebener Wertungen im Recht und vor allem in der Dogmatik als zusätzliches nach wie vor bestehendes Hindernis dieser Entwicklung identifiziert. In der Dogmatik lässt sich noch immer ein Verständnis von Privatrecht auffinden, wonach das Privatrecht sich wesensmäßig vom öffentlichen Recht unterscheidet. Das Privatrecht dürfe aus der Perspektive der Freiheitseinschränkung, die es darstelle, nicht in den privaten Verkehr eingreifen, sondern für diesen nur einen Rahmen darstellen. Insofern richte sich das Privatrecht nicht nach dem politischen, demokratischen Prozess, sondern nach den ewigen Prinzipien der Gerechtigkeit.

Der letzte Teil widmet sich einer Kritik dieser Wertung, wobei der Liberalismus nicht rein philosophisch erschlossen wird, wie es jüngst *Menke* oder *Loick* getan haben, sondern der hier so bezeichnete Privatrechtsliberalismus zunächst in Zusammenhang mit der allgemeineren gesellschaftlichen, also wirtschaftlichen, sozialen und politischen Entwicklung seit dem Mittelalter gestellt und anschließend

als verallgemeinerbare Geisteshaltung rekonstruiert wird. Der Ansatz ist zudem, den Privatrechtsliberalismus als immanent „politisch“ und als Ideologie zu begreifen. Hier wird die These vertreten, dass für den Privatrechtsliberalismus eine epistemologische Komponente wesentlich ist oder anders gesagt: Vorstellungen über grundsätzliche Mechanismen des menschlichen Zusammenlebens, die dann mit bestimmten Verantwortungszuschreibungen einher gehen. Damit ist die Vorstellung einer außerstaatlichen, prästabil gegebenen „natürlichen“ Ordnung gemeint, auf die die Menschen und die Gesellschaft prinzipiell keinen Einfluss hätten, die jedoch aus sich heraus „natürlich“ funktionieren würde. Dabei diene und dient diese Vorstellung noch immer als Argument dafür, bestimmte Interessengruppen faktisch zu bevorzugen und entsprechende Verteilungseffekte zu legitimieren. Diese Arbeit soll den Ursprung dieser Vorstellung vor Augen führen und zeigen, dass darin nicht die „Natur“ zum Ausdruck kommt, sondern eine quasi gesellschaftliche Erfindung, die zeitgleich zur gewachsenen gesellschaftlichen Komplexität in der frühen Neuzeit entstanden ist. Das Beharren auf den weiteren gesellschaftlichen Fortschritt, auf ein neues Wissen und die Entdeckung anderer Mechanismen des Zusammenlebens und das Aufzeigen von Marktversagen, steuerbarer Risiken und das Einfordern des Schutzes empfindlicher Rechtsgüter fungiert damit bis zum heutigen Tag als Form der (Ideologie-)Kritik und zugleich Motor des rechtlichen Wandels.

II.

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist die dogmatische Diskussion der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht. Bewusst wird der Begriff der „Compliance“-Pflicht vermieden, da mit Compliance Unterschiedliches gemeint sein kann. Nur hinsichtlich bestimmter organisatorischer Ausgestaltungen spricht diese Arbeit von Compliance-Organisationen, wobei noch zu zeigen sein wird, dass damit nach dem Verständnis der herrschenden Meinung keine so umfassenden Anforderungen gemeint sind, wie zum Teil angenommen.

Die dogmatische Diskussion um die branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht ist nicht ohne Weiteres verständlich, was überwiegend mit der rasanten Entwicklung dieser Pflicht seit den 2000er Jahren zusammenhängt und damit, dass sich unterschiedliche Rechtsbereiche sowie die regulative und unternehmerische Perspektive dabei überschneiden. Zudem wird ein einheitlicher Maßstab diskutiert für in der Sache sehr unterschiedliche Unternehmen.

Vom Ansatz her bestand eine Legalitätskontrollpflicht zwar schon vor den 2000er Jahren, allerdings waren die Anforderungen an Unternehmen und Unternehmensleiter praktisch sehr viel geringer, als es heute der Fall ist. Typischerweise ging es in den Fällen um einzelne, punktuelle Sanktionen von Mitarbeitern, wenn der Unternehmensleiter begangenen Verstößen gewahr wurde, oder um Aufklärung von möglichen Verstößen, wenn ein begründeter Verdacht hierfür bestand. Heutzutage geht es bei großen, internationalen Konzernen um in die unternehmerischen Prozesse integrierte präventive Strukturen und eigene Abteilungen, die zum Beispiel in Bankhäusern 1 % der gesamten Mitarbeiterzahl ausmachen können.

Diese Entwicklung erfolgte nicht gradlinig und lässt sich nicht auf einen einzigen Ursprung zurückbeziehen. Der Begriff Compliance kommt zwar aus den USA, verweist auch dort allerdings auf unterschiedliche Kontexte. Hervorheben lässt sich jedoch, dass in den USA ab den 1980er Jahren begonnen wurde, bei der Durchsetzung von Regularien und Strafgesetzen nicht mehr allein auf Abschreckung zu setzen, sondern die Unternehmen –auch kooperativ – in die Durchsetzung miteinzubeziehen. Auch in Deutschland setzte sich dieser Ansatz schließlich vor allem in der Bankenwelt durch und wurde durch europäische Gesetzesvorhaben bald verbindlich vorgeschrieben. Daneben stiegen (nicht nur) in Deutschland die Haftungsrisiken für Unternehmen, vor allem im Kartellrecht aber auch durch die weltweit angetriebene Korruptionsbekämpfung. Eine sensibilisierte

Öffentlichkeit ebenso wie weitere sensibilisierte Stakeholder ließen Gesetzesverstöße so schon zum rein unternehmerischen Risiko werden.

In dieser Gemengelage stellte sich die Frage, ob es auch in Deutschland, jenseits bereichsspezifischer Regularien oder aufgrund besonders zu schützender Rechtsgüter wie dem Kartellrecht, branchenübergreifend eine „Compliance-Pflicht“ für jedes Unternehmen gebe. Dabei bestand von Anfang an das Problem, dass eine „Compliance-Pflicht“ jenseits internationaler Bestimmungen und bereichsspezifischer Regularien von keinem Gesetz gefordert war. Wenn als wesentliches Element einer „Compliance-Pflicht“ organisatorische Maßnahmen zur Legalitätskontrolle gesehen wurden, musste man feststellen, dass organisatorische Standards überhaupt nur in bereichsspezifischen Regularien festgeschrieben waren.

Entsprechend begleiten die Diskussion seit Beginn Überlegungen, gesetzliche Anforderungen, die auf einen spezifischen Bereich zugeschnitten sind, zu verallgemeinern. Zum Teil auch getragen von dem Argument, dass aus der Summe der regulatorischen Organisationsanforderungen ein allgemeiner Gedanke herausgelesen werden könne oder jedenfalls ein gewisser *common sense* der Erforderlichkeit bestimmter Organisationsmaßnahmen. Auch private Standards, die von Wirtschaftsprüfern oder Expertenkommissionen erarbeitet wurden, werden zum Teil jedenfalls als zu berücksichtigender Faktor herangezogen.

Gleichzeitig hagelte es Kritik. Eine „Compliance-Pflicht“ unterschiedslos für alle Unternehmen ginge viel zu weit. Für die Verallgemeinerung spezifischer Gesetze fehle die Legitimation. Ansonsten bedürfe es immer eines konkreten Anlasses für Maßnahmen, also einer konkreten Gefahr von Gesetzesverletzungen. Eine „Compliance-Pflicht“ dürfe Unternehmen nicht stärker in die Pflicht nehmen als Individuen. Unternehmen seien keine Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft. Es gelte der allgemeine Grundsatz, dass man auf die Einhaltung der Gesetze vertrauen dürfe.

Zudem wurde angemerkt, dass es einer besonderen „Compliance-Pflicht“ überhaupt nicht bedürfe, beziehungsweise diese schon längst bestehe. Eine Legalitätskontrollpflicht sei vom Grundsatz her eine Selbstverständlichkeit und schon immer gefordert gewesen. Unternehmen würden Gesetzesverstöße schon rein aus Eigeninteresse vorbeugen. Insofern sei eine mögliche „Compliance-Pflicht“ gleichbedeutend mit der aktienrechtlichen Schadensabwendungspflicht nach §§ 76, 93 AktG.

Schnell einig schien man sich zu sein, dass einheitliche Standards für Unternehmen in keinem Fall verpflichtend sein könnten. Die Unternehmensleiter wüssten am besten, was für das Unternehmen am geeignetsten sei. Zudem Sorge schon der Markt für die Etablierung von *best practices*.

Festgestellt werden kann, dass die „klassische“ Legalitätskontrollpflicht vor den 2000er Jahren von der Rechtsprechung zu Aufsichtspflichtverletzungen nach § 130 OWiG entwickelt wurde, vor allem im Bereich des Kartellrechts. Die Diskussion um eine „Compliance-Pflicht“ nach den 2000er Jahren verlagerte sich jedoch schnell in das Aktienrecht. Diese Entwicklung gipfelte im jedenfalls für das Gesellschaftsrecht bedeutendsten Urteil zum Compliance-Thema, dem Neubürger-Urteil. In diesem wurde die Unternehmensleitung des Siemens-Konzerns wegen Korruptionszahlungen in Nigeria haftbar gemacht, was unter anderem mit unzureichenden organisatorischen Vorkehrungen zur Korruptionsvorbeugung begründet wurde.

Im Aktienrecht lassen sich unterschiedliche Ansatzpunkte für organisatorische Maßnahmen zur Legalitätskontrolle finden. Vor allem sind dies § 91 Absatz 2 AktG, wonach der Vorstand ein Überwachungssystem zur Erkennung bestandsgefährdender Risiken einführen müsse, zudem die schon angesprochene sogenannten Schadensabwendungspflicht und die sogenannte Legalitätspflicht, die inzwischen von der herrschenden Meinung als Rechtsgrundlage der Legalitätskontrollpflicht gesehen wird.

Die Legalitätspflicht im Aktienrecht ist jedoch hinsichtlich ihrer Reichweite und Herleitung umstritten. Zum Teil wird die Legalitätspflicht als jeglichen Gewinnerzielungsinteressen vorgeschaltete Pflicht des Vorstands zur Einhaltung der Gesetze bei eigenem Handeln verstanden. Bezüglich der Legalitätskontrolle bei Mitarbeiterverhalten nun könne die Legalitätspflicht sogar eine Verstärkerfunktion erfüllen, wonach auch die Legalitätskontrollpflicht nach öffentlichen, regulativen Interessen ausgestaltet werden müsse.

Andere Autoren ziehen jedoch schon den Vorrang der Gesetzeseinhaltung vor den unternehmerischen Interessen, jedenfalls aus aktienrechtlicher Perspektive, infrage. Abstufungen werden zumindest von einem großen Teil der Literatur bei Gesetzeslücken oder unklarer Rechtslage sowie bei nur geringfügig ins Gewicht fallenden Normen getroffen. Zudem ist umstritten, ob die Verletzung der Legalitätspflicht in jedem Fall zu einem vollen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Vorstand führt, oder nicht wegen nützlicher Pflichtverletzungen einerseits eine Anrechnung vorzunehmen ist oder umgekehrt, weil ein verhängtes Bußgeld als Schaden nach der bußgeldrechtlichen Wertung nur die Gesellschaft treffen soll und daher nicht regressierbar sein darf.

III.

Diese Arbeit nimmt die eben genannten Diskussionspunkte auf unter besonderer Berücksichtigung der ebenfalls genannten These, dass die Entwicklung der Legalitätskontrolle in Unternehmen in Zusammenhang mit einem allgemeineren Wandel der staatlich-regulatorischen Struktur gesehen werden kann und entsprechend auch die dogmatische Diskussion unter diesem Aspekt zu untersuchen ist. Neben der Feststellung regulativer „Eingriffe“ des Gesetzgebers in das privatrechtliche System und als „regulativ“ zu interpretierender Rechtsfortbildungen werden Faktoren identifiziert, die den rechtlichen Wandel behindern. Offensichtlich ist dabei das Fehlen klarer gesetzlicher Regelungen und damit ein Problem mangelhafter demokratischer Legitimation. Doch daneben wird hier auch der Einfluss ungeschriebener Wertungen als entscheidend gesehen. Es wird gezeigt, dass in vielen Argumenten der dogmatischen Diskussion und letztlich auch in der Interpretation von „Eingriffen“ des Gesetzgebers in das privatrechtliche System das schon angesprochene privatrechtsliberale Privatrechtsverständnis erkennbar wird. Im dritten Teil wird dieses Verständnis deutlicher ausgeführt und einer Kritik unterzogen. Der Schwerpunkt soll auf das historisch-kulturelle Vorstellungsbild und seine politischen Folgen gelegt werden. Schon im zweiten Teil wird jedoch die Idee eines anderen Privatrechtsverständnis verwiesen und eine darauf beruhende dogmatische Position formuliert. Keine Bewertung findet jedoch hinsichtlich einzelner Elemente einer Compliance-Organisation, beispielsweise hinsichtlich des Für und Wider von Hinweisgeber-Systemen statt. Dies hängt auch mit dem Fehlen klarer empirischer Befunde hinsichtlich bestimmter Maßnahmen zusammen und der Gefahr negativer Effekte, worauf am Ende des ersten Teils kurz hingewiesen wird.

Die Arbeit ist dadurch dreigeteilt, wobei vor allem der letzte, dritte, Teil nochmals eine deutlich andere Perspektive einnimmt, in gewisser Hinsicht auch losgelöst von den anderen Teilen gelesen werden kann. Der erste Teil führt in die Vielschichtigkeit des Begriffs „Compliance“ ein, wobei diese Definition erst durch die Begriffsverwendung in der Dogmatik im zweiten Teil abgeschlossen wird. Begriffe wie „Privatrechtsliberalismus“, „Neoliberalismus“, „Ideologie“, „kulturtheoretisch“ und „Kritik“ sowie das „demokratisch-institutionelle“ Privatrechtsverständnis, die hier in der Einleitung schon aufgeworfen und auch im ersten und zweiten Teil bereits zum Teil verwendet werden, werden im dritten Teil genauer ausgeführt, dort aber, soweit als Vorüberlegung möglich, in einem gesonderten einleitenden Abschnitt. Auch der Begriff der Regulierung wird erst vollständig im dritten Teil geklärt. Hier wird Regulierung weit verstanden als jede Form gesellschaftlicher, politischer Zwecksetzung im Recht. Der Begriff ist damit vor allem ein Gegenbegriff zur Vorstellung des angeblichen rein neutralen und unpolitischen privatrechtlichen Rahmens.

Der Aufbau und der Gang der Diskussion wird im Folgenden kurz vorgestellt:

1. Teil: Entwicklungsstufen der Legalitätskontrolle

Der erste Teil ist schon unmittelbar an die dogmatische Diskussion angeschlossen und fungiert quasi als deren Einleitung, indem der Begriff „Compliance“ in seinen unterschiedlichen Bedeutungen verständlich gemacht werden soll. Der Ansatz dieser Arbeit ist, im Gegensatz zu Aufsätzen und Einleitungskapitel, die den „wahren“ Ursprung versuchen nachzuweisen, die Parallelität unterschiedlicher Entwicklungen zu betonen und zugleich auf Aspekte hinzuweisen, die in der Diskussion bislang unterbelichtet sind. Am Ende wird eine klare Bewertung der unterschiedlichen Entwicklungslinien aus branchenübergreifender Sicht vorgenommen und der Begriff des sogenannten „regulativen Kapitalismus“ in die Diskussion eingebracht.

Zu Beginn steht der in der dogmatischen Diskussion immer noch nicht vollständig geklärte Streit, was sich hinter dem Begriff – vor allem aus der branchenübergreifenden Perspektive – verbirgt („Selbstverständlichkeit“, „nichts Neues“). Es werden in der Folge unterschiedliche Entwicklungslinien der Legalitätskontrolle erläutert. Zum einen ist dies die Entwicklung der „klassischen“ Legalitätskontrollpflicht, vor allem im Rahmen der Rechtsprechung zu § 130 OWiG, die schon lange vor den 2000er Jahren bestand. Im zweiten Schritt werden die USA als „Mutterland von Compliance“ untersucht und unterschiedliche von der Literatur vorgeschlagene „Ursprünge“ des Compliance-Gedankens vorgestellt. Wichtig ist neuer regulatorischen Ansatz in den 1980er Jahren (unter anderen die sogenannte *compliance school*). Im nächsten Schritt wird in die Entwicklung im deutschen Bankensektor kursorisch eingeführt. Hier wird wiederum der Fokus auf die Entwicklung eines neuen regulatorischen Ansatzes gelegt (sogenannte prinzipienbasierte Regulierung). Anschließend wird der Blick auf die branchenübergreifende Entwicklung seit den 2000er Jahren gerichtet. Es werden Entwicklungen in der Korruptionsbekämpfung, aber auch die Einführung von zwingenden Qualitätsmanagement-Systemen in Unternehmen als wichtiger Faktor benannt, gleichzeitig wird auf die Entwicklung von Compliance-Organisationen als Wettbewerbsfaktor und die Rolle von Unternehmensskandalen aufmerksam gemacht. Im nächsten Schritt wird die dogmatische Diskussion aus der historischen Perspektive eingeführt, als Streit um ein „Mehr“ an Legalitätskontrolle. Hierbei werden wichtige rechtliche Entwicklungen benannt und das Neubürger-Urteil vorgestellt. Der Überblick schließt mit aktuellen Themen und einem Blick auf den Entwurf eines Verbandssanktionsgesetzes. Am Ende des Fazit dieses ersten Teils wird zudem auf Kritikpunkte an der Entwicklung und der Ausgestaltung von Compliance-Organisationen hingewiesen.

Diese Arbeit vertritt die Ansicht, dass die Rede von der „Selbstverständlichkeit“ von Compliance unter mehreren Aspekten ergänzungsbedürftig ist. Schon praktisch lässt sich zeigen, dass sich die Legalitätskontrolle branchenübergreifend gewandelt hat von einer rückwärtsgewandten Einzelkontrolle, die vor allem auf Repression angelegt war, zu systematischen, präventiven Organisationsstrukturen, jedenfalls zum Teil. Unabhängig von der Frage, ob sich dabei der branchenübergreifende Maßstab der Legalitätskontrolle seit den 2000er Jahren vom Ansatz her wesentlich geändert hat, lässt sich in jedem Fall zeigen, dass in den unterschiedlichen Entwicklungslinien unter anderem auch ein innovatives regulatorisches Verständnis ausgemacht werden kann, das sich sichtbar im deutschen Aufsichtsrecht wiederfindet. Gleichzeitig lässt sich kein einheitlicher Ursprung für die Entwicklung der branchenübergreifenden Legalitätskontrolle seit den 2000er Jahren ausmachen. Der Streit, ob dieser nun im Kartellrecht oder in der Bankenwelt zu sehen ist, ist daher unergiebig. Richtig ist, dass die branchenübergreifende Entwicklung von parallelen Dynamiken geprägt war und weiterhin ist. Dazu gehören sowohl rein regulative Einflüsse, als auch – wie von vielen Autoren betont – der Gedanke vom Recht als operationellem Risiko und Compliance-Organisationen als Wettbewerbsfaktor. Unterbelichtet ist allerdings, dass schon die „klassische“ Legalitätskontrollpflicht keine Selbstverständlichkeit darstellte. In ihr drückt sich vielmehr ein Konflikt

aus, zwischen einem Verantwortungskonzept, in dem das Vertrauen-Dürfen den unternehmerischen Verantwortungsmaßstab prägt, und die Überlagerung dieser beschränkten Verantwortung durch das Entstehen als besonders schützenswert verstandener Interessen oder besonders zu regulierender Bereiche. Das ist nicht nur ein Thema vergangener Tage, sondern dieser Konflikt prägt die Diskussion (unbewusst) bis heute.

Entscheidend für diese Arbeit ist, die Diskussion um einen weiteren analytischen Parameter zu erweitern, dem Begriff des regulativen Kapitalismus. Grob gefasst beschreibt dies den Wandel der staatlich-regulatorischen Struktur seit den 1970er Jahren. In diesem Modell werden Regulierung und Markt nicht mehr als Gegensätze, sondern als institutionell und innovativ miteinander verwoben betrachtet und der Kreis der in den regulatorisch-marktwirtschaftlichen Prozess integrierten Akteure ist zum Teil bewusst, zum Teil aus sich heraus erweitert worden. Es ist eine andere Seite der Entwicklung, deren Zeitgeist sich unter anderen auch mit dem kritischen Begriff des Neoliberalismus beschreiben lässt (dazu im 3. Teil). Die Perspektive des regulativen Kapitalismus ermöglicht, in der Diskussion um die Legalitätskontrolle Entwicklungen außerhalb des Wirtschaftsrechts, wie vor allem auch des Sicherheitsrechts, miteinzubeziehen. Es lässt sich zeigen, dass die Regulierung der Organisation kein Sonderfall des Aufsichtsrechts ist – wie in der unternehmensrechtlichen Literatur oft zu lesen –, sondern ein allgemeineres Phänomen. Die Entwicklung der Legalitätskontrolle lässt sich als beispielhaft für diesen Wandel darstellen. Vor allem ermöglicht diese Perspektive, den Widerspruch zwischen einer rein unternehmerischen und einer regulativen Logik jedenfalls zum Teil aufzuheben.

2. Teil: Die rechtliche Diskussion der Legalitätskontrollpflicht

Der 2. Teil widmet sich nun detailliert der dogmatischen Diskussion über die branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht, die im 1. Teil mit einem Überblick über die Entwicklung der Diskussion angerissen wurde. Ausgehend von der hier eingenommenen Position, dass der Beginn der „Compliance“-Diskussion vor allem in der Kulmination verschiedener Entwicklungen seit den 2000er Jahren gesehen werden muss, wird hier der Ansatz gewählt, die Diskussion unter der Frage zu untersuchen, was in der Dogmatik unter Compliance(-Organisationen) verstanden wird und was sich seit den 2000er Jahren an der Pflichtenlage geändert hat. Der Ansatz dieser Arbeit ist, den Begriff des regulativen Kapitalismus auf die dogmatische Diskussion anzuwenden und zu untersuchen, inwiefern regulatorische Elemente den branchenübergreifenden Maßstab (mit-)prägen, beziehungsweise nach „regulativen“ gesetzlichen Regelungen und „regulativen“ Rechtfortbildungen in der rechtlichen Konstruktion der branchenübergreifenden Legalitätspflicht zu suchen. Durch Auffächern des gesamten Themenfeldes der dogmatischen Diskussion werden anhand mehrerer Punkte zwei miteinander in Konflikt stehende Privatrechtsverständnisse herausgearbeitet und dogmatische Streitpunkte anhand dessen bewertet. Am Ende steht die Formulierung einer dogmatischen Position aufgrund eines „institutionell-demokratischen“ Rechtsverständnisses.

Der 2. Teil beginnt mit der Klarstellung, dass die (scheinbaren) Konfliktlinien in der Diskussion oftmals auf Missverständnissen beruhen und vor allem mit der Entwicklung seit den 2000er Jahren (Gefahr der „Überformung“, „Verselbstständigung“) und nicht mit der Legalitätskontrollpflicht als solcher zusammenhängen. Insofern wird der Begriff der „Compliance-Pflicht“ dem Begriff der „Compliance-Organisation“ gegenübergestellt. Im nächsten Schritt werden die abstrakten Linien, also der grobe Maßstab der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht skizziert. Hierbei wird wiederum das Verhältnis zum sogenannten Vertrauensgrundsatz und der „klassischen“ Legalitätskontrollpflicht erläutert. Sodann werden unterschiedliche Maßstäbe der Zumutbarkeit, vor allem hinsichtlich der Kosten-Nutzen-Perspektive aufgezeigt. Daran angeschlossen wird die aktienrechtliche Perspektive mit unterschiedlichen Ansätzen vorgestellt und ein Überblick über bestehende und diskutierte Ermessensgrenzen („Ob“ und „Wie“ von Compliance-Organisationen) und die Rolle der sogenannten Business Judgment Rule nach § 93 Absatz 1 Satz 2 AktG gegeben. Darauf folgt ein Überblick über die

inhaltliche Ausgestaltung einer Compliance-Organisation beziehungsweise dessen Mindestanforderungen und deren Verhältnis zum Institut des Risikomanagements in Unternehmen.

Während der erste Abschnitt vom 2. Teil schwerpunktmäßig einen Überblick über den groben Inhalt der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht liefern soll und nur auf verschiedene Gewichtungen unternehmerischer Belange hauptsächlich im Rahmen der aktienrechtlichen Perspektive hinweist, werden im nächsten Abschnitt dogmatische Probleme vertiefter betrachtet hinsichtlich der Rechtsgrundlage und der aktienrechtlichen Legalitätspflicht. Zu Beginn wird die Rolle von § 130 OWiG, beziehungsweise dem zivilrechtlichen Organisationsverschulden für die branchenübergreifende Pflicht erläutert. § 130 OWiG bleibt nach wie vor die wesentliche Norm für die branchenübergreifende Pflicht, entgegen der überwiegenden Meinung der aktienrechtlichen Literatur. Im nächsten Schritt werden in der Literatur diskutierte Anwendungsmöglichkeiten aufsichtsrechtlicher Normen aus branchenübergreifender Perspektive vorgestellt. Insbesondere der Begriff der Ausstrahlungswirkung nimmt einen Schwerpunkt ein und die Spannung zwischen dem Willen des Gesetzgebers, einzelne Bereiche besonders zu regeln und der sachlich denkbaren Verallgemeinerbarkeit dieser Regelungen. Danach wird eine mögliche Heranziehung von *soft law*-Standards und privaten Normen hinsichtlich der Begründung oder Konkretisierung der Legalitätskontrollpflicht diskutiert. Dabei werden die Wirkungsweisen einzelner Standards (DCGK und IDW) und deren mögliche Rechtswirkungen kurz erläutert. Es folgt die Diskussion um § 91 Absatz 2 AktG als Rechtsgrundlage. Hier ist besonders die Verknüpfung mit dem Kontext der Wirtschaftsprüfung relevant und eine mögliche „mittelbare Regulierung“. Abschließend steht die Untersuchung der Legalitätspflicht, deren Begründung und Abstufungen im Rahmen von sogenannten Ordnungsvorschriften und bei unklarer Rechtslage. Auch die schadensrechtliche Verknüpfung mit bußgeldrechtlichen Wertungen wird diskutiert. Wesentlich geht es um die Spannungen zwischen einem rein unternehmerischen Maßstab oder der Beachtung gewisser regulativer Interessen.

Die These dieser Arbeit lautet, dass die Entwicklungen seit den 2000er Jahren den Maßstab der branchenübergreifenden Legalitätskontrolle vom Ansatz her nicht wesentlich verändert haben. Entscheidend bleibt das grundsätzliche Vertrauen-Dürfen auf die Gesetzes Einhaltung durch die Mitarbeiter, wobei konkrete Anlässe und insbesondere besonders zu schützende Bereiche zu erweiterten Handlungspflichten führen. Vor allem Faktoren aus dem rechtlichen Umfeld der Pflicht haben zu den insgesamt gestiegenen Anforderungen geführt. Gleichzeitig lässt sich feststellen, dass Tendenzen regulatorischer Elemente auch in der branchenübergreifenden Pflichtenlage sichtbar werden, deutlich in der Tendenz, einen Einfluss aufsichtsrechtlicher Regelungen zuzulassen, im Rahmen eines verpflichtenden Risikomanagements, entsprechender „mittelbarer Regulierung“ und *soft law* sowie vor allem in Form der Legalitätspflicht als eine Art regulativer Rechtsfortbildung. Die wesentliche These dieser Arbeit ist, dass sich in diesem Zustand der Auslegung des Aktienrechts – neben Bedenken hinsichtlich der demokratischen Legitimation des regulatorischen Wandels – eine Spannung ausgedrückt findet zwischen zwei gegensätzlichen Privatrechtsverständnissen, einem hier so bezeichneten privatrechtsliberalen oder zum Teil auch neoliberalen und einem hier so bezeichneten demokratisch-institutionellen Privatrechtsverständnis.

Die herrschende Meinung ist zum Teil zwischen diesen Polen anzusiedeln, zum Teil jedoch nach wie vor deutlich einem privatrechtsliberalen Verständnis verhaftet. Der zweite Teil schließt mit einer Gegenüberstellung dogmatischer Punkte, an denen sich dieser Gegensatz ausgedrückt findet und formuliert eine dogmatische Position, die wesentlich einem demokratisch-institutionellen Verständnis entspricht. Dabei sollen jedoch keine praktischen Handlungsanweisungen hinsichtlich der Ausgestaltung einer Compliance-Organisation oder eine Bewertung einzelner Maßnahmen wie eines Hinweisgebersystems gegeben werden. Vor allem geht es um die konsequente Anerkennung der regulativen Funktion sowohl der Legalitäts- als auch der Legalitätskontrollpflicht und eine stärkere

Berücksichtigung des durch unterschiedliche Gesetzesvorhaben deutlich werdenden regulationstheoretischen Hintergrunds.

Dabei geht es vor allem darum: 1. Den Vertrauensgrundsatz als Maßstab zu überwinden und die Legalitätskontrolle rein anhand empirischer und wissenschaftlicher Erkenntnisse über das Verhalten in Organisationen und der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit der konkreten Gesetzesübertretung im jeweiligen Unternehmen auszurichten. 2. Im Rahmen der Erforderlichkeit Compliance-Organisationen insgesamt stärker als öffentliche Institutionen anzuerkennen, die gleichzeitig den unternehmerischen Interessen nicht von vornherein entgegengestellt sind, sondern Organisationsabläufe zunächst nur dynamisieren sollen. 3. Auch gesetzliche oder privat gesetzte Standards als zum Teil zwingend oder jedenfalls normativ relevant zu begreifen, soweit diese durch eine breite aufsichtsrechtliche Normierung legitimiert sind oder durch eine institutionalisierte Praxis, die demokratischen Grundsätzen genügen kann.

3. Teil: Kritik des Privatrechtsliberalismus

Der dritte Teil wendet sich abschließend dem in der Dogmatik identifizierten Konflikt aus einer mehr theoretischen Perspektive zu, allerdings nach wie vor auf das Privatrecht und vor allem auch das Aktienrecht bezogen. Das Ziel ist, die These eines hier so bezeichneten „privatrechtsliberalen“ Privatrechtsverständnis zu untermauern, indem die damit zusammenhängenden Wertungen als Teil einer einheitlichen Vorstellung dargestellt werden und zugleich einer Kritik zu unterziehen und dem Privatrechtsliberalismus ein „demokratisch-institutionelles“ Privatrechtsverständnis gegenüberzustellen. Der Ansatz dieser Arbeit ist, den Privatrechtsliberalismus als immanent politisch, als Ideologie zu verstehen und als solche zu präsentieren. Dabei wird hier ein historisch-kultureller, ein „kulturtheoretischer“ Ansatz gewählt, der den Privatrechtsliberalismus im Kontext der gesellschaftlichen Entwicklung seit der Antike erschließt und dabei einerseits den Fokus auf das kulturell bedingte Weltbild legt, gleichzeitig auf dessen gesellschaftliche und politische Funktion hinweist. Dabei soll auch gezeigt werden, dass die Rechtswirklichkeit schon immer sehr viel komplexer gewesen ist, dass privatrechtsliberale Vorstellung nie in Reinform verwirklicht wurden und erst recht – im Sinne des Willens des historischen Gesetzgebers – keinen Selbstzweck darstellten, sondern immer unter einem politischen, staatlichen Interesse standen. Dass sich der Kern des Privatrechtsliberalismus bis in die heutige Zeit – praktisch unverändert – erhalten hat, lässt sich allerdings daran zeigen, dass das hier als wesentlich ausgemachte Element, die Vorstellung einer „natürlichen“ Ordnung trotz Weiterentwicklung der Privatrechtstheorie erhalten hat.

Der dritte Teil beginnt mit einer methodischen Einordnung. Die Begriffe des rechtlichen „Prinzips“, der ungeschriebenen Wertung im Recht, genauso wie der „Ideologie“, des „Politischen“ und der „Kritik“, der „Genealogie“ werden eingeführt und deren Bedeutung im hiesigen Vorhaben klargestellt. Diese Begriffe stehen oft im Zusammenhang mit unterschiedlichen Traditionen und weisen viele Überschneidungen auch mit anderen theoretischen Ansätzen auf, weswegen in dieser Arbeit ein sehr weiter „Ideologie“- oder auch „Prinzipien“-Begriff verwendet wird. Der im Folgenden gewählte Ansatz lässt sich zudem als „kulturtheoretisch“ beschreiben, indem der Begriff des Privatrechtsliberalismus nicht philosophisch oder rein geistesgeschichtlich erschlossen wird, sondern als Zusammenhang von Vorstellungsbildern mit einem historischen Kontext, die zugleich eine nachweisbar politische Funktion erfüllt haben und noch immer erfüllen. Dabei geht es insbesondere nicht darum, das 19. Jahrhundert und sein Recht als Liberalismus in Reinform darzustellen, vielmehr werden gerade die Widersprüche mit der Rechtswirklichkeit schon im 19. Jahrhundert herausgestellt. Insofern steht diese Arbeit nicht in Widerspruch zu rechtshistorischen Arbeiten, die den Begriff des liberalen Rechts vor allem aus der Perspektive des 19. Jahrhunderts kritisieren.

Im nächsten Schritt wird die historisch-kulturelle Entwicklung des Privatrechtsliberalismus dargestellt. Auch der Privatrechtsliberalismus muss als Vorstellungsbild im Zusammenhang mit dem Problem der nach dem Zusammenbruch der Antike wieder gewachsenen gesellschaftlichen Komplexität gesehen werden und ist nach wie vor frühneuzeitlichen Denkformen verhaftet. Entscheidend war die Vorstellung, in der Welt geometrische und mathematisch auflösbare Prinzipien am Werk zu sehen, die in allen Lebensbereichen vergleichbar wirken würden. Insbesondere das Individuum nahm dabei eine besondere Rolle ein, allerdings noch weniger als normativer Ausgangspunkt einer gerechten Welt sondern als analytische Einheit, quasi als das kleinste Rad im mechanischen Uhrwerk der Welt. Dieses Denken begleitete die weitere Entwicklung, die schließlich zu den Umstellungen des merkantilistischen Modells und die Einführung der unternehmerischen Freiheit in immer mehr Gebieten führte. In diesen Umwandlungen lässt sich von Anfang an eine politische Richtung erkennen, die sich nicht nur gegen die Macht des Monarchen stellte, sondern schon immer auch gegen soziale Regularien gerichtet war. Gleichzeitig lassen sich diese Umstellungen schon damals nicht als reine Liberalisierungen in Form eines Selbstzwecks auffassen, sondern waren oftmals funktionale Umstellungen des regulatorischen Modells, was insbesondere auch für das Aktienrecht gilt, wie wenig später gezeigt wird.

Der nächste Abschnitt wendet sich nun detailliert dem Privatrechtsliberalismus zu, den damit zusammenhängenden Vorstellungen und dessen Wandlung und Weiterentwicklung im 20. Jahrhundert. Zunächst werden wesentliche Grundstrukturen skizziert. Das ist zum einen die Radikalisierung des individualistischen Ansatzes, der schon das Naturrecht geprägt hat, allerdings noch nicht mit der gleichen politischen Konsequenz zutage trat. Nun tritt vielmehr die Abwesenheit jedes Zwecks außerhalb der Koordinierung der individuellen Interessen hervor. Recht habe danach lediglich die Funktion, einen „Rahmen“ darzustellen, und ist dadurch wesentlich ein Schädigungsverbot. Gerechtigkeit stelle sich von allein ein, vermittelt durch die „natürliche“ Ordnung, in der jeder bekomme, was er verdiene. Entscheidend war dabei jedoch, dass das Bild von Gesellschaft, von der Wirklichkeit, einem utopischen Raum absoluter Homogenität entsprach, in der Armut und Ausbeutung schlicht nicht vorgesehen und gesellschaftliche Risiken – jenseits schädigender Handlungen Einzelner – konzeptionell nicht denkbar waren. Vor allem für das Privatrecht war zudem wichtig, dass dieses methodisch vom öffentlichen Recht und damit von jeglichem Gemeinwohlgedanken getrennt wurde. Im Privatrecht habe sich vielmehr eine ewige Wahrheit und Gerechtigkeit gefunden, in die einzugreifen sich verboten hätte. Obwohl das Bild des rechtlichen Rahmens klar mit einem bestimmten Gesellschaftsmodell korrelierte, wurde das Privatrecht von einer ordnungspolitischen Komponente isoliert und damit gegen einen möglichen Wandel vom Grundsatz immunisiert.

Der Gedanke einer letztlich nicht zur Disposition stehenden „natürlichen“ Ordnung und der reinen „Rahmen“-Funktion des (Privat-)Rechts prägen auch die Weiterentwicklung des privatrechtsliberalen Denkens – trotz des Wandels entscheidender Vorstellungen über das menschliche Zusammenleben und empirischer Kausalitäten sowie des rechtlichen Modells. Dabei lässt sich auch zeigen, dass die privatrechtsliberalen Grundsätze nach wie vor Begründungslasten auferlegen, insbesondere im Haftungsrecht. Zudem wird das Privatrecht von Denkern des 20. Jahrhunderts zwar in gewisser Weise politisiert und die methodische Isolierung vom Gemeinwesen zum Teil aufgehoben, diese Funktionalisierung ist jedoch von vornherein beschränkt auf die Aufrechterhaltung der „natürlichen“ Ordnung und bleibt damit nach wie vor dem „klassischen“ Weltbild verhaftet. Das gilt in Abstrichen ebenfalls für den sogenannten „Neoliberalismus“, der jedoch als sehr ambivalentes Phänomen betrachtet werden muss und in vielen Bereichen klar progressive Elemente enthält.

Dies lässt sich auch im Rahmen der Entwicklung des Aktienrechts zeigen, die im nächsten Abschnitt kursorisch vorgestellt wird, inklusive eines Exkurses in die ökonomische Unternehmenstheorie. Hierbei bestätigt sich einerseits der Einfluss privatrechtsliberaler Vorstellungen auch über das 19. Jahrhundert hinaus, zugleich zeigt sich gerade das Aktienrecht als von Anfang an unmissverständlich an staatliche

und regulative Interessen gekoppelt. Insofern blieb das Aktienrecht auch in der Nachkriegszeit, versinnbildlicht durch den sogenannten Interessenpluralismus, von Interessen mitbestimmt, die die jeweiligen Gewinninteressen der Anteilsnehmer übersteigen, und war deutlich in die technokratische Maschinerie integriert. Die Herleitung dieser Funktion bereitet jedoch nach wie vor Schwierigkeiten und insbesondere durch die Umstellung auf ein kapitalmarktorientiertes Modell haben privatrechtsliberale Argumente wieder Zuwachs erhalten. Dabei lässt sich anhand der ökonomischen Unternehmenstheorie zum Teil erneut die Vorstellung einer quasi „natürlichen“ Ordnung wiederfinden, dieses Mal nur in Gestalt einer Leugnung jeglichen externen Effekts oder Externalitäten, beziehungsweise im Beharren auf der Perfektion des eigenen (mathematischen) Modells. Kritikpunkte an diesem Modell sind jedoch schon sehr weit wissenschaftlich aufbereitet und nicht nur die ökonomische Theorie, sondern auch die aktienrechtliche Dogmatik hat diese zum Teil schon längst angenommen.

Im abschließenden Fazit sollen die genannten Punkte zum Privatrechtsliberalismus nochmals zusammengefasst werden. Der Ansatz dieser Arbeit ist, den Privatrechtsliberalismus als rechtliches Prinzip, das die Auslegung mitbestimmt, aus einer kulturtheoretischen Perspektive heraus zu verstehen und zugleich als Ideologie zu kritisieren. Der Privatrechtsliberalismus soll als Wirklichkeitsvorstellung erschlossen werden, als ein Bild von der Welt, das mit bestimmten Verantwortungszuschreibungen einher geht. Der „Ursprung“ dieses Bildes ist hierbei schon im Bruch vom Mittelalter zur Neuzeit zu sehen, in der Lücke, die das Ende vom theologischen Kosmos gerissen hat, die trotzdem noch immer mit Vorstellungen eines weltganzen Sinnzusammenhangs geschlossen wurde. Der neue Blick auf die Welt hängt unmittelbar mit der neuen Komplexität des menschlichen Zusammenlebens zusammen und hat diesem zugleich eine ideelle Handhabe geboten. Der Privatrechtsliberalismus funktioniert als Ideologie, in mehrfacher Hinsicht. Obwohl er ein unpolitisches, formales Freiheitsverständnis propagiert, hängt er untrennbar mit dem Bild der „natürlichen“ Ordnung zusammen, das als Auffassung über die Wirklichkeit nicht nur gesellschaftlich, sondern auch durch die rechtliche Entwicklung längst überholt worden ist. In der Illusion einer formal gleichen Freiheit liegt ein politisches Instrument, das nicht nur bestimmte Interessengruppen benachteiligt oder bevorzugt – wie sich auch noch heute am neoliberalen Unternehmensmodell zeigen lässt –, sondern sich zugleich einem demokratischen Zugriff entzieht. Der kulturtheoretische Ansatz ermöglicht es, das Selbstverständnis dieser Ideologie zu entkräften und die scheinbar „natürliche“ Freiheit und „natürliche“ Ordnung als ein Produkt dieser Vorstellung, als eine gesellschaftliche Erfindung darzustellen und auch in den Weiterentwicklungen des Privatrechtsliberalismus den Kern dieser Vorstellungen weiterhin am Werk zu sehen. Die Politisierung und Funktionalisierung bleiben nur darauf beschränkt, die „natürliche“ Ordnung weiter zu produzieren. Hier wird ein anderes Privatrechtsverständnis propagiert, das in gewissen Maße schon seit dem 19. Jahrhundert artikuliert wird und sich schon immer der methodischen Isolierung und Immunisierung entgegengestellt hat. Es geht darum, Recht immanent regulativ, im Sinne einer politischen, gesellschaftlichen Zwecksetzung, zu verstehen. Als Gegenbegriff zum Rahmen wird mit dem Begriff der Institution auf die tatsächliche Verwobenheit von Recht und Gesellschaft, inklusive der gegenseitigen Rückkoppelungen, verwiesen. Dabei geht es jedoch nicht darum, die Freiheitsgarantien, für die der Liberalismus eingestanden ist, abzuschaffen, im Gegenteil. Das Privatrecht muss in der verfassungsrechtlichen Ordnung verankert und vom demokratischen Willen bestimmt sein. Der funktionale Zweck darf kein Zweck an sich sein, sondern muss immer an die verfassungsrechtlichen Werte und den demokratischen Willen rückgebunden sein. Entscheidend ist jedoch, dass regulierende Elemente keinen Eingriff in das privatrechtliche System darstellen, die sich besonders zu legitimieren haben, sondern als immanenter Teil dessen Architektur. Dieser Aspekt ist gerade kein neuer, sondern war schon immer vorhanden. Es ist die privatrechtsliberale Ideologie, die diesen Zusammenhang negiert und es ist Aufgabe dieser Kritik, auf diesen Zusammenhang hinzuweisen.

1. Teil: Entwicklungsstufen der Legalitätskontrolle

Der folgende Teil dient als Einführung. Er soll einen historischen Überblick über die verschiedenen Ursprünge und Entwicklungen der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht liefern und auf theoretische und regulatorische Hintergründe hinweisen; zugleich soll auch die Entwicklung von Compliance-Organisationen als Wettbewerbsfaktor und Recht als operationellem Risiko deutlich werden. Leitend ist die These, dass die Entwicklung der Legalitätskontrolle gerade nicht einheitlich erfolgt ist und in der Kumulation verschiedener Entwicklungen gesehen werden muss und sich darin trotzdem beispielhaft der (innovative) Wandel der regulatorisch-staatlichen Struktur verwirklicht, wofür hier der Begriff des regulativen Kapitalismus gewählt wurde.

§ 1 Compliance – Zwischen Zauberwort und Selbstverständlichkeit

Die Eingangs aufgeworfene These, Compliance-Organisationen in Zusammenhang mit dem regulativen Kapitalismus und als regulative Innovation darzustellen, widerspricht auf den ersten Blick einer in der Dogmatik – jedenfalls zunächst – sichtbaren Tendenz, Compliance als etwas Selbstverständliches anzusehen. Prominent ist der Ausspruch *Uwe H. Schneiders* aus dem Jahr 2003 geworden (der überhaupt erst die Compliance-Debatte mit angestoßen hatte¹), Compliance sei eine Binsenweisheit,² was in der Folge immer wieder auf ausdrückliche Zustimmung stieß.³ Noch im Neubürger-Urteil aus dem Jahr 2013 meinte das LG München: „Neu ist die Begrifflichkeit der ‚Compliance‘, nicht jedoch der dahinterstehende Grundgedanke, der Vorstand müsse dafür Sorge tragen, dass seitens der Gesellschaft und ihrer Mitarbeiter die zu beachtenden gesetzlichen Vorgaben auch tatsächlich eingehalten werden.“⁴

Zugestimmt werden muss, dass schon vor den 2000er Jahren anerkannt war, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht nur selbst an das Gesetz gebunden ist (sog. Legalitätspflicht), sondern darüber hinaus auch eine Verantwortung hat, dass sich die Mitarbeiter des Unternehmens an die Gesetze halten (wohl in Anschluss an *Verse*: sog. Legalitätskontrollpflicht).⁵ Trotzdem stieß die Passage des Neubürger-Urteils auf Kritik. So meinte *Bachmann*, der das Urteil als „Paukenschlag“ bezeichnete: „In der Tat war der ‚Grundgedanke‘, nämlich für eine rechtmäßige Unternehmensorganisation zu sorgen, schon früh vorhanden, doch war ein dicht gewebtes Compliance-System – und um ein solches geht es hier – nach der bis in die Mitte des vorigen Jahrzehnts reichenden Rechtsauffassung allenfalls im regulierten Sektor (...) vorgeschrieben und daher auch nur dort geschuldet.“⁶ Und *Bürkle* schrieb, das Urteil verkenne den „organisationsrechtlichen Ansatz“: „[Z]ahlreiche heute anerkannte ‚klassische‘ Compliance-Instrumente wie ‚tone at the top‘, Whistleblowing, interne Ermittlungen, systematische Risikoanalyse etc. waren zuvor gar nicht allgemein bekannt und auch in der Rechtsprechung nicht gefordert worden.“⁷ Zusätzlich wies *Paefgen* darauf hin: „Ebenso ist aber auch klar, dass die mit dem

¹ *Uwe H. Schneider*, ZGR 1996, 225; vgl. *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 244.

² *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646: „Es sollte eine Binsenweisheit sein, dass Unternehmen und ihre Mitarbeiter im Einklang mit den geltenden Recht handeln. Und es bleibt auch dann eine Binsenweisheit, wenn man dies neudeutsch als ‚Compliance‘ bezeichnet.“

³ Ausdrücklich: *Bachmann/Prüfer*, ZRP 2005, 109; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 391; vom Gedanken her: Hüffer-Koch § 76 RN 11; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 67; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 323; *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 878; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Corporate Compliance*, § 1 RN 2.

⁴ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 348 – Neubürger.

⁵ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 348 – Neubürger; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 323; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 391; *Paefgen*, WM 2016, 433, 434; *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 403 f.; *Paefgen* führt die Begriffsverwendung auf *Verses* Artikel zurück (WM 2016, 433, 436).

⁶ *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 581.

⁷ *Bürkle*, CCZ 2015, 52, 55.

Compliance-Topos angesprochene Grundfrage nach der Pflicht der Leitungsorgane zur Einrichtung, d.h. dem ‚Ob‘ eines Compliance-Systems, wie auch die Frage der konkreten Ausgestaltung eines solchen Systems von der hergebrachten gesellschaftsrechtlichen Dogmatik weder gestellt, noch gar beantwortet wurde.“⁸ Und *Harbarth/Brechtel* schrieben 2016, die Legalitätspflicht sei zwar grundsätzlich anerkannt, die Vorgaben, auf welche Weise diese Pflicht umzusetzen sei, hätten sich dagegen in den vergangenen Jahrzehnten erheblich verändert, konkretisiert und weiterentwickelt.⁹

Tatsächlich ist die Rede von der Selbstverständlichkeit der Legalitätskontrolle unter mehreren Gesichtspunkten ergänzungsbedürftig. Noch in der Nachkriegszeit war diese ein besonders zu rechtfertigender Ausnahmefall.¹⁰ Grundsätzlich galt, dass ein Unternehmen vom gegenseitigen Vertrauen lebte und eine Störung des Betriebsfriedens zu vermeiden war. Entsprechend bestand eine Kontrollpflicht nur bei einem konkreten Verdacht, also folglich nur anlassabhängig. Dabei stand Repression im Vordergrund. *Fleischer* schreibt von einer rückwärtsgewandten Einzelüberwachung für die „Vor-Compliance-Zeit“.¹¹ Insbesondere im Kartellrecht wurden jedoch ab den 1970er Jahren auch anlassunabhängige Überprüfungspflichten eingeführt.¹² Trotzdem genügte noch in den 1990er Jahren zur Prävention ein Merkblatt mit einigen Beispielsfällen für Kartellabsprachen.¹³ In der Praxis wurde es zum Teil dabei belassen, nur bei der Einstellung kurz auf die Pflicht zur Gesetzeseinhaltung hinzuweisen.¹⁴ Die Vermeidung von Gesetzesverstößen stand schließlich noch nicht im unternehmerischen Interesse. Auch das Thema der Managerhaftung spielte praktisch noch keine Rolle.¹⁵

Zu Beginn der Compliance-Diskussion Anfang der 2000er Jahre hatte sich sowohl an der rechtlichen Lage als auch an der praktischen Verbreitung von Compliance-Organisationen und -Maßnahmen in Unternehmen noch wenig geändert. Zwar lassen sich schon Ende der 1990er Jahre erste Compliance-Maßnahmen in deutschen Unternehmen feststellen, allerdings erreichten diese noch nicht das heutige Ausmaß und stellten vor allem noch nicht den unternehmerischen Standard dar. So kritisierte *Hauschka* in seinem 2004 erschienen Beitrag, die im Rahmen der Compliance-Diskussion aufgestellten Anforderungen dürften den Unternehmen fremd erscheinen, die Annahme hätte zur Folge, dass 99 % der Vorstände und Geschäftsführer sich pflichtwidrig verhalten würden.¹⁶ Praktisch war mit Compliance zu diesem Zeitpunkt von den meisten Autoren tatsächlich nur „(irgend)-ein“ System zur Gesetzesvorbeugung gemeint.¹⁷

Doch auch dieses Bild sollte sich bald ändern. Nicht nur lässt sich ein rasanter Anstieg in der Verbreitung von Compliance-Organisationen in den letzten 20 Jahren beobachten, spätestens mit der Neubürger-Entscheidung genügt es für Unternehmensleiter in vielen Fällen nicht, nur „irgendetwas“ zu tun, sondern es ist mehr gefordert. Dabei ist nicht so leicht auszumachen, was konkret das bedeutet und ob dadurch auch qualitativ etwas Neues entstanden ist.

⁸ *Paefgen*, WM 2016, 433, 434.

⁹ *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 244.

¹⁰ OLG Bremen, 28.2.1963 – 2 U 81/62, GmbHR 1964, 8 (GmbH); vgl. *Fleischer*, AG 2003, 291, 294.

¹¹ *Fleischer*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 8 RZ 40; *ders.*, AG 2003, 291, 298.

¹² KG, 13.4.1973 – Kart. 27/72, WuW/E OLG 1394, 1398 – japanischer Fotoimport; KG, 8.2.1974 – Kart. 15/73, WuW/E OLG 1449, 1457 – bitumenhaltige Bautenschutzmittel II; KG WuW/E OLG 2330, 2332 – Revisionsabteilung; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 242; vgl. allgemein *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 242.

¹³ KG Berlin, 25.7.1980 – Kart 26/79 = WuW/E OLG 2330 – Revisionsabteilung.

¹⁴ *Unmuth*, AG 2017, 249, 258.

¹⁵ *Brock*, Legalitätsprinzip, 23; *Lutter*, JZ 1998, 50, 52; *Paefgen*, AG 2014, 554; BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 7.

¹⁶ *Hauschka*, ZIP 2004, 877 f.

¹⁷ Vgl. nur *Bürkle*, BB 2005, 565, 569.

Der Begriff Compliance deutet eine gewisse Ambivalenz an. Ins Deutsche lässt sich Compliance grundsätzlich mit „Einhaltung“ oder „Befolgung“ oder Ähnlichem übersetzen.¹⁸ Insofern ginge es schlicht um Gesetzeseinhaltung. Genauso findet sich allerdings auch „Fügsamkeit“ im Wörterbuch.¹⁹ Hier deutet sich ein Unterschied an, wonach die Befolgung des Gebotenen freiwillig geschieht.²⁰

In der Medizin bspw. verwendet man Compliance als Begriff für die „Therapietreue“ des Patienten und drückt damit den Umstand aus, dass die Heilung vieler Krankheiten kooperatives Verhalten des Kranken voraussetzt.²¹

Im Regulierungsdiskurs der USA in den 1980er Jahren hat sich eine sog. *compliance school* in Abgrenzung vom klassischen *command and control approach* zur Durchsetzung von Regularien herausgebildet. Hintergrund dieses neuen Ansatzes war die Vorstellung, dass es letztlich effektiver sei, die ursächlichen organisatorischen Defizite kooperativ abzustellen.²² Man schlug vor, vornehmlich mit Überzeugen, Beratung und Anreizen, statt mit Sanktionen zu operieren.

In der deutschen unternehmensrechtlichen Literatur wird Compliance zum Teil ausschließlich verwendet, um eine besondere, vor allem betriebswirtschaftlich geprägte, Organisationsform zu bezeichnen.²³ Man spricht von einem (historisch gesehen erstmaligen) „systematischen und organisatorischen Ansatz, unternehmensinterne Prozesse und Vorgaben so aufzusetzen, dass die Einhaltung des gültigen Rechts nicht mehr dem Zufall, dem individuellen Engagement oder dem partiellen Abteilungsinteresse zu verdanken ist, sondern als Compliance-Architektur 24/7 mit dem gesamten, internen, wie externen Unternehmensauftritt verbunden ist.“²⁴ So meinte *Eisele* schon 2007: „Compliance ist als Philosophie und mit dem ethischen Gehalt (...) keinesfalls neu. Neu sind aber die systematische Ausbildung und Bewusstseinsbildung der Mitarbeiter, die geschäftsbegleitende Beratung sowie die organisatorischen Instrumente einer laufenden, zeitnahen, umfassenden und beweisfähigen Überwachung der Einhaltung der Regeln (...). Dies ist heute durch den technischen Fortschritt in effizienter Weise möglich, aber auch nötig (...).“²⁵ und *Spindler* merkte im Jahr 2008 an, zwar entsprächen etliche für Compliance entwickelte Vorstellungen sattsam bekannten Figuren, die schon das Reichsgericht in anderen Zusammenhängen entwickelt hätte, gleichzeitig sei allerdings eine sog. Verselbstständigung der Kontrollpflicht auszumachen.²⁶ Als bedeutsam wird insbesondere der präventive Aspekt gesehen.²⁷ *Fleischer* kommt zu dem Schluss, dass ein früher festzustellendes Prinzip der rückwärtsgewandten Einzelüberwachung einem Grundsatz der präventiven Organisation gewichen sei.²⁸

Insgesamt entsteht dadurch für den Begriff Compliance ein breites Bedeutungsspektrum. Damit können nur vereinzelte Aufklärungs- und Sanktionsmaßnahmen bei einem konkreten Verdacht gemeint sein und genauso standardisierte Organisationsanforderungen, die das gesamte

¹⁸ *Grundmeier*, Compliance, 3; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Corporate Compliance, § 1 RN 1.

¹⁹ *Grundmeier*, Compliance, 3; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Corporate Compliance, § 1 RN 1.

²⁰ *Grundmeier*, Compliance, 3.

²¹ *Rotsch*, ZIS 2010, 614; *Eufinger*, CCZ 2012, 21.

²² *Kölbl*, ZStW 2013, 499, 518.

²³ *Goette*, ZHR 175 (2011) 388, 390: „Es gibt natürlich sehr unterschiedliche Ansichten und Begriffsbildungen, bei denen mitunter sehr weit ausgreifend betriebswirtschaftliche Ansätze leitend sind (...).“

²⁴ *Klindt/Pelz/Theusinger*, NJW 2010, 2385; vgl. auch *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 116; *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 946; *Steuber*, FS Hommelhoff (2012), 1165, 1166; *Wundenberg*, Compliance, 6.

²⁵ *Eisele*, in: Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. (2007), § 109 RZ 6.

²⁶ *Spindler*, WM 2008, 905.

²⁷ *Hüffer*, FS G. H. Roth (2011), 299; *Eisele*, in: Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. (2007), § 109 RZ 1; vgl. auch *Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack* § 35 RN 66: Compliance bezeichne zum einen Maßnahmen zur Gewährleistung rechtmäßigen Verhaltens im Unternehmen, zum anderen solche zur Risikofrüherkennung und Risikominimierung.

²⁸ *Fleischer*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 8 RZ 40; diesem zustimmend *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 946.

Unternehmen in einen laufenden Kontroll-, Überwachungs- und Präventionsprozess einbinden. Doch sind dies nicht die einzigen Gegensätze. Es ist nicht ausgemacht, ob es bei Compliance allein um öffentliche, regulative Interessen geht oder ob auch eine unternehmerische Perspektive zulässig ist. Ebenso ist die Reichweite der einzubeziehenden Regeln fraglich, bzw. ob es nicht sogar allgemeiner um Legitimität und Wertemanagement gehen sollte. Es verwundert daher nicht wenn Compliance als „Zauberwort“, als „Wieselwort“ oder als „schillernd“, „schwammig“, „mehrdeutig“ und „modisch“ bezeichnet wird.²⁹

Um zu verstehen, woher diese unterschiedlichen Perspektiven kommen und inwiefern diese auch für eine branchenunabhängige Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen relevant sind, ist es wichtig, die Entwicklung des Compliance-Gedankens nachzuvollziehen.

In der Literatur werden unterschiedliche Ursprünge genannt: Vor allem die Welt der Banken³⁰ und das Kartellrecht.³¹ Einige Autoren sehen Ursprünge schon in der GewO im 19. Jahrhundert.³² Laut *Spindler* würden etliche für Compliance-Organisationen entwickelte Vorstellungen sattsam bekannten Figuren entsprechen, die schon das Reichsgericht in anderen Zusammenhängen entwickelt habe; diese hätten durch aufsichtsrechtliche Normierung und auch durch Ansätze im Gesellschaftsrecht allerdings einen anderen Stellenwert erhalten, als dies klassischerweise den Organisationspflichten zugekommen sei, weswegen der Verweis auf die klassische Organisationspflicht zu kurz gegriffen sei.³³

Tatsächlich ist der Versuch, den einen Ursprung des Compliance-Gedankens auszumachen, jedoch zum Scheitern verurteilt. Dieser hat sich nicht einheitlich entwickelt, worauf schon in der Einleitung hingewiesen wurde. Vor allem die branchenunabhängige Verbreitung ist von Parallelentwicklungen geprägt:³⁴ In einem Mix von Regulierung, Rechtsprechung, privaten Initiativen und unternehmerischen *best practices*. Obwohl es bei Compliance um die Pflicht geht, zu besorgen, dass sich das Unternehmen als Ganzes und die Mitarbeiter im Einzelnen an die Gesetze halten, ist diese Pflicht komplexer, als es scheint. Diese Pflicht hat sich in den USA zunächst anders entwickelt als in Deutschland, in bestimmten Rechtsbereichen anders als in anderen. Sie hängt zusammen mit den Herausforderungen der Globalisierung und neuen Schutzinteressen, mit immer komplexer werdenden unternehmerischen Realitäten und mit regulatorischen und organisatorischen Innovationen. Nicht nur der Staat ist ein Treiber, genauso prägen die Öffentlichkeit und die Unternehmen selbst die Entwicklung.

²⁹ *Casper*, in: Verbraucherschutz im Kreditgeschäft, 139, 140: „Zauberwort“; bezugnehmend darauf *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 29; *Fleischer*, AG 2017, 509: schwer fassbares „Wieselwort“; *Kort*, NZG 2012, 926: „schillernder“ Begriff, genauso *Paefgen*, WM 2016, 433; *Wundenberg*, Compliance, 6; *Goette*, ZHR 175 (2011) 388, 390: mangelnde „Begrenzungsfunktion“ und „schwammig“; *Hüffer*, FS G. H. Roth (2011), 299, 302: „mehrdeutig“; *Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack* § 35 RN 66: „modisch“.

³⁰ *BeckOGK-Fleischer* § 93 RN 51; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Corporate Compliance, § 1 RN 46; *Thaten*, Ausstrahlung, 192; *Bürkle*, in: Der Compliance Officer, § 1 RN 6; *Lösler*, NZG 2005, 104; *Hüffer*, FS G. H. Roth (2011), 299, 300.

³¹ *Eufinger*, CCZ 2012, 21, 22; *Kort*, NZG 2008, 81; *Fleischer*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 8 RZ 42; *ders.*, AG 2003, 291; jünger: *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 242; *Unmuth*, AG 2017, 249.

³² *KK-OWiG-Rogall* § 130 RN 7; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 140; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241.

³³ *Spindler*, WM 2008, 905.

³⁴ Vgl. *Uwe H. Schneider*, NZG 2010, 1201, 1202: „Entsprechend gibt es auch eine Parallelentwicklung für Compliance, nämlich Compliance als gesellschaftsrechtliche Organisationspflicht, Compliance als aufsichtsrechtliche Organisationspflicht für Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen, usw. und Compliance als wirtschaftsrechtliche Organisationspflicht, deren Verletzung nach § 130 OWiG eine Ordnungswidrigkeit darstellt.“

§ 2 Entwicklungsstufen der Legalitätskontrolle in Unternehmen: Unterschiedliche Ursprünge im Überblick

I. Widerstreit zwischen liberalem Haftungskonzept und dem Grundsatz strenger Unternehmenshaftung

Bei der Suche nach dem Ursprung des Compliance-Gedankens lässt sich sehr weit zurückblicken. Die grundsätzliche Anerkennung einer Legalitätskontrollpflicht schon vor Beginn der Compliance-Diskussion wurde bereits angesprochen. Einige Autoren verweisen darauf, dass schon § 188 der preußischen Gewerbeordnung von 1845 die Bestrafung des „wissenden“ Gewerbetreibenden für Handlungen seiner „Stellvertreter“ gekannt habe.³⁵ Dabei sind diese Rückschauen – wie ebenfalls schon aufgeworfen – irreführend.

Je weiter der Blick zurückgeht, desto eher lässt sich ein streng reglementiertes Wirtschaftsleben feststellen. Ein freies Unternehmertum begann sich in Deutschland erst schrittweise im 19. Jahrhundert durchzusetzen und blieb auch dann noch von feudal-patriarchalischer Tradition geprägt. Andererseits war die unternehmerische Verantwortung in dieser Liberalisierungsphase alles andere als umfassend und führte so zu Missständen in der Industrialisierung. *Grimm* weist darauf hin, dass die Gewerbeordnung von 1845 nur einen unspezifischen Auftrag zur Rücksicht auf die Gesundheit und Sittlichkeit enthalten habe.³⁶ Vor allem die privatrechtlichen Mechanismen führten nur zu einer sehr beschränkten generellen unternehmerischen Verantwortung. Dies hängt vor allem mit dem hier als „privatrechtsliberal“ bezeichneten Grundverständnis des Privatrechts zusammen (genauer zum Verantwortungskonzept und dem damit zusammenhängenden Vorstellungen vgl. 3. Teil). Danach sei das Privatrecht allein ein quasi überzeitlicher, rein nach den Prinzipien der Gerechtigkeit ausgerichteter Rahmen, der das Zusammenspiel der bürgerlichen Freiheiten lediglich ermöglichen, aber nicht lenken würde. Grundsätzlich seien nur unmittelbare Schädigungen anderer als notwendige Sicherheitsvoraussetzung durch das Recht auszugleichen. Allein über die natürlichen Kräfte des Marktes würde das System ansonsten reguliert. Dieses Denken zeigt sich beispielhaft in der sehr restriktiven Konzeption des am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen § 831 BGB. Auch als „Anti-Unternehmenshaftung“ bezeichnet,³⁷ wird ein Geschäftsleiter danach grundsätzlich von einer Zurechnung entlastet, er ist allein zur Auswahl und Einweisung seiner Gehilfen verpflichtet.

Aus historischer Perspektive ist die Rede von der Selbstverständlichkeit der Legalitätskontrolle daher umzudrehen. Vom Ausgangspunkt des hier so bezeichneten privatrechtsliberalen Grundsatzes her bestand keine besondere Verantwortlichkeit des Unternehmers für seine Mitarbeiter. Der Unternehmer wurde vielmehr von den übrigen Teilnehmern am Rechtsverkehr nicht prinzipiell unterschieden und die Verantwortlichkeit der Rechtsgenossen untereinander war nur gering. Prinzipiell sollte jeder für sich selbst verantwortlich sein, da über den Grundsatz der Eigensorge ein automatisches Gleichgewicht hergestellt sei.

Diese strukturellen Grundpfeiler sind zudem längst nicht so überholt, wie man annehmen könnte. Sichtbar wird dies darin – wie sogleich zu zeigen ist –, dass die Legalitätskontrolle immer noch vor allem anlassbezogen betrachtet wird, mit einem Schwerpunkt auf Repression und dass vor allem Prinzipien wie der Vertrauensgrundsatz und das Vermeiden einer Störung des Betriebsfriedens als gegenläufig gelten sollen.

Zwar dauerte es nicht lange und diese sehr restriktive Konzeption des BGB wurde durch die Rechtsprechung des RG erweitert: Schon in den Jahren 1902/1903 entwickelte das RG in seinen grundlegenden Entscheidungen zur Straßenverkehrssicherungspflicht den Topos der

³⁵ KK-OWiG-Rogall § 130 RN 7; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 140; Harbarth/Brechtel, ZIP 2016, 241.

³⁶ *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 138, 148.

³⁷ *Joerges*, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts (1994), 141 f.

Organisationspflichten, um die Defizite der Zurechnung zu überwinden.³⁸ Nicht nur sorgfältige Auswahl sei danach geschuldet, sondern auch Instruktion und Überwachung der Mitarbeiter. Die Folge war ein allgemeiner Grundsatz der sog. ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation.³⁹ *Jansen* macht darüber hinaus für das Deliktsrecht einen Grundsatz der strengen Unternehmenshaftung aus.⁴⁰ 2008 schrieb *Spindler*: „Schon in diesen Organisationspflichten finden sich zahlreiche Elemente, die sich bis heute in allen Diskussionen um die Ausgestaltung von Organisationen, auch der Compliance-Organisation, wiederfinden, sei es die Abstufung der Intensität der Kontrolle je nach Verdachtsmomenten, die anfänglich intensivere, bei aufgebauten Vertrauen und Verlässlichkeit aber abnehmende Überwachung, die Schulung und Aufklärung von Mitarbeitern, die immer erforderliche stichprobenartige Kontrolle, die Vermeidung von Kompetenzkonflikten und von Interessenkollisionen.“⁴¹

Trotzdem blieb und bleibt der privatrechtsliberale Vorbehalt gegenüber unternehmerischer Verantwortung erhalten. Zunächst galt, dass es keine allgemeine, also anlasslose Überwachungspflicht der Mitarbeiter gab, sondern nur bei einem konkreten Verdacht ein Handeln geboten war.⁴² Eine schöne Passage zu diesem Grundsatz findet sich in einem Urteil zum US-amerikanischen Recht, in dem dieser Grundsatz als *notice*-Konzept bekannt war;⁴³ noch 1963 schreibt der Supreme Court of Delaware: „*Absent cause for suspicion, there is not duty upon the directors to install and operate a corporate system of espionage to ferret out wrongdoing which they have no reason to suspect exist.*“⁴⁴ Hervorzuheben am *notice*-Konzept ist, dass es noch eher an einem sog. personalistischen Haftungsprinzip orientiert ist. Das Einschreiten bei Verdacht ist einer Jedermannspflicht näher, als dass ein besonderer unternehmerischer Maßstab aufgestellt wird. Die Anforderung an einen konkreten Verdacht adressiert nicht die besondere Gefahrenlage unternehmerischer Aktivitäten, sondern greift eine persönliche Vorwerfbarkeit heraus, die in einem persönlichen Wissen fußt, das auch auf Zufall beruhen kann. Im Vordergrund stand zudem Repression. Zu erinnern ist wieder an den Ausspruch *Fleischers* von der rückwärtsgewandten Einzelüberwachung.⁴⁵

Die Legalitätskontrollpflicht wurde jedoch mit der Zeit weiter ausgebaut. Im deutschen Recht war es vor allem die Rechtsprechung zu Ordnungswidrigkeiten im Kartellrecht, die insbesondere auch erste organisatorische Anforderungen entwickelte.⁴⁶ In den Jahren 1973 und 1974 hat das KG in zwei Entscheidungen bereits konkrete Anforderungen an die Organisationspflicht eines Unternehmensleiters gestellt, wobei vor allem die Pflicht zur Information der leitenden Angestellten über die kartellgesetzliche Lage im Vordergrund stand,⁴⁷ sowie die Notwendigkeit wenigstens stichprobenweiser Kontrollen der Betriebsvorgänge.⁴⁸ Zudem entschied das KG im Jahr 1980, es genüge nicht, wenn Mitarbeiter allgemein angehalten würden, gesetzliche Vorschriften zu beachten, erforderlich sei vielmehr in der Regel eine schriftliche Belehrung mit u.U. ausdrücklich genannten Beispielen unzulässiger Absprachen.⁴⁹ Zudem führte es aus, dass eine Revisionsabteilung zur Überwachung kartellrechtlichen Wohlverhaltens zwar grundsätzlich genüge, dafür jedoch auch von

³⁸ RGZ 53, 53; RGZ 53, 276; MüKo BGB-*Wagner* § 823 RN 108; *Spindler*, WM 2008, 905, 906.

³⁹ MüKo-BGB-*Wagner* § 823 RN 108.

⁴⁰ *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 626.

⁴¹ *Spindler*, WM 2008, 905, 906.

⁴² OLG Bremen, 28.2.1963 – 2 U 81/62, GmbHR 1964, 8 (GmbH); vgl. *Fleischer*, AG 2003, 291, 294.

⁴³ *Fleischer*, AG 2003, 291, 298.

⁴⁴ *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* 188 A. 2d 125, 130-131 (Delaware 1963), nach *Fleischer*, AG 2003, 291, 296; auch in England hätte bezüglich der Legalitätskontrolle lange Zeit eine außerordentliche Großzügigkeit bezüglich der Legalitätskontrolle geherrscht, vgl. *ders.*, a.a.O. 295.

⁴⁵ *Fleischer*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 8 RZ 40; *ders.*, AG 2003, 291, 298.

⁴⁶ *Fleischer*, AG 2003, 291, 299; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 242.

⁴⁷ KG, 13.4.1973 – Kart. 27/72, WuW/E OLG 1394, 1398 – japanischer Fotoimport.

⁴⁸ KG, 8.2.1974 – Kart. 15/73, WuW/E OLG 1449, 1457 – bitumenhaltige Bautenschutzmittel II.

⁴⁹ KG WuW/E OLG 2330, 2332 – Revisionsabteilung.

den Ressourcen her tatsächlich ausgestattet sein müsse. Andererseits stellte es die Schranke der Zumutbarkeit der Kontrollpflicht auf; der Betriebsfrieden dürfe nicht gestört werden. Der BGH bestätigte später ausdrücklich das Erfordernis stichprobenartiger Kontrollen und die Notwendigkeit einer ausreichend ausgestatteten Revisionsabteilung, das OLG Düsseldorf stellte 1991 ergänzend klar, dass der Umfang der Aufsichtsmaßnahmen von den Eigenarten des jeweiligen Unternehmens, insbesondere von Art, Größe und Organisation des Betriebs, der realen Durchführbarkeit der Überwachung, der Vielfalt und Bedeutung der zu beachtenden Vorschriften und der Gefahr ihrer Verletzung sowie der Art und Häufigkeit von Verletzungen in der Vergangenheit abhängen.⁵⁰ Insgesamt zeigt sich anhand dieser Urteile, dass bis zu den 1990er Jahren zwar eine grundsätzliche Legalitätskontrollpflicht entwickelt wurde, diese jedoch den prinzipiellen Konflikt mit dem privatrechtsliberalen Ansatz nach wie vor in sich trägt. Im Wesentlichen war und ist die „klassische“ Legalitätskontrolle anlassbezogen und repressiv. Systematische Organisationsanforderungen wurden nur im rudimentären Sinne gefordert und bezogen sich vor allem auf konkrete Schutzinteressen, wie das Kartellrecht oder das Abführen der Arbeitnehmerbeiträge für die Sozialversicherung.⁵¹ Vergleichbar dazu ist, dass im Arztrecht der Vertrauensgrundsatz aus Gründen des Gesundheitsschutzes eingeschränkt wird. So *M.J. Möllers*: „Statt zu betonen, daß Weisungsrecht und Überwachung bei einer horizontalen Arbeitsteilung ausscheiden und der überweisende Arzt sich auf die Ergebnisse des Kollegen verlassen dürfe, ist vielmehr umgekehrt zu formulieren, daß der Hausarzt bereits dann nicht von der Haftung freigestellt ist, wenn er ohne weiteres erkennen muß, daß gewichtige Bedenken gegen das diagnostische oder therapeutische Vorgehen desjenigen (Fach-)Arztes bestehen, an den der Hausarzt den Patienten überwiesen hatte.“⁵² Daran wird jedoch ebenfalls deutlich, dass die Rücksicht auf eine besondere Gefahrenlage und das Entstehen neuer Schutzbeinteressen dazu führen, dass der zurückhaltende privatrechtsliberale Ansatz mit der Zeit von in gewisser Hinsicht regulativen Erwägungen überlagert wird.

II. USA als „Mutterland der Compliance“

Obwohl US-amerikanische Gerichte noch in den 1960er Jahren deutliche Vorbehalte gegen das „Ausspionieren“ der eigenen Mitarbeiter formulierten, haben sich die USA trotzdem zum „Mutterland der Compliance“ entwickelt.⁵³ *Dittmers* verweist darauf, dass in den USA die ersten Compliance-Programme als Instanz der Selbstkontrolle bereits Anfang der 1930er-Jahre entstanden seien, diese jedoch eher als Mittel der Reputationssicherung bzw. -steigerung gedient hätten.⁵⁴ Als wesentlich für den modernen Compliance-Ansatz werden vor allem das Kartellrecht und der Bankensektor genannt.

Eufinger wie auch andere Autoren weisen auf die sog. Electrical Cases im Jahr 1960 hin, in deren Folge Kartellrechtsanwälte präventive Maßnahmen in Unternehmen entwickelt hätten:⁵⁵ Als sog. *hardcore*-Kartell teilten US-amerikanische Unternehmen der Elektroindustrie in den 1950er Jahren die Märkte untereinander auf und verabredeten gemeinsame Preise, um sich einem ruinösen Wettbewerb zu entziehen und ihre großen Überkapazitäten abzubauen. Nach der Selbstanzeige zweier Beteiligter bei den Kartellbehörden folgten breitangelegte und aufsehenerregende strafrechtliche Verfahren, die zu hohen Geld - und Freiheitsstrafen gegen Einzelpersonen und Geldstrafen gegen die beteiligten Unternehmen führten.

⁵⁰ BGH, 24.3.1981 – KRB 4/80, WuW/E BGH 1799 – Revisionsabteilung; OLG Düsseldorf wistra 1991, 38, 39.

⁵¹ BGH, 15.10.1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133,370, 379 = AG 1997, 37; BGH, 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = ZIP 2012, 1552 RN 22; *Fleischer*, AG 2003, 291, 295.

⁵² *Möllers*, Rechtsgüterschutz, 239.

⁵³ *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Corporate Compliance, § 1 RN 73; *Paefgen*, WM 2016, 433, 434.

⁵⁴ *Dittmers*, Compliance-Management, 54.

⁵⁵ *Eufinger*, CCZ 2012, 21, 22; *Dittmers*, Compliance-Management, 54; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 242; *Unmuth*, AG 2017, 249, 250.

Laut *Eufinger* begannen Unternehmen selbst als Reaktion darauf der Prävention von Kartellrechtsverstößen in Form organisatorischer Maßnahmen herausragende Bedeutung beizumessen.⁵⁶ *Eufinger* vermutet zudem, dass die *antitrust*-Compliance von den Anwälten auf andere Gebiete übertragen wurde, da die Übergänge unterschiedlicher Compliance-Formen fließend sei und die Anwälte die entsprechenden Organisationsstrukturen ohne Weiteres hätten modifizieren können, um sie für andere Gebiete fruchtbar zu machen.⁵⁷

Hauschka/Moosmayer/Lösler meinen, Compliance-Programme seien zu Zeiten des Kalten Krieges in den USA entstanden, um es der dortigen Industrie zu ermöglichen, mit der schnell wechselnden und scharf sanktionierten US-Exportkontrollgesetzgebung und deren Lieferbeschränkungen in die damaligen „Ostblockstaaten“ Schritt zu halten.⁵⁸ Eine weitere Rolle habe die Sanktionierung von Korruption seit den 1970 Jahren gespielt.

Eufinger bezweifelt dagegen, dass die Exportkontrolle die wesentliche Keimzelle des heutigen Compliance-Verständnisses gewesen sei: „Hierdurch sollten Lieferbeschränkungen in die ehemaligen Ostblockstaaten – und damit verbundene wirtschaftliche Nachteile – vermieden werden. Inwieweit diese Legalitätsbemühungen dem modernen Verständnis von Compliance-Organisationen entsprechen, ist jedoch fraglich, da es sich vorrangig um die Einhaltung von gesetzlichen Ausfuhrvorgaben – also die korrekte Bearbeitung von entsprechenden Formularen – als um die prophylaktische Beachtung von bußgeldbewährten Vorschriften handelte. Zudem gab es hierzu in der juristischen US-Literatur keine wissenschaftliche Diskussion. Es handelte sich bei den genannten Compliance-Bemühungen wohl überwiegend um rein interne Vorgänge, die noch nicht den Grad des heutigen Compliance-Verständnisses erreicht hatten. Die Geheimhaltungsbedürftigkeit der entsprechenden Vorgänge verhinderte, dass dies die Keimzelle des heutigen Compliance-Verständnisses werden konnte.“⁵⁹

In den 1970er Jahren wurden die USA vom sog. Watergate-Skandal erschüttert, der neben dem Rücktritt des damaligen US-Präsidenten Richard Nixon noch weitere Prozesse in Gang setzte.⁶⁰ Durch die Ermittlungen des FBI kamen mehrere Fälle rechtswidriger Wahlkampfspenden durch US-amerikanische Unternehmen ans Licht, die wiederum die amerikanische Börsenaufsicht, die Securities and Exchange Commission (SEC), auf den Plan rief, da die Zahlungen in den Bilanzen fehlten oder verschleiert aufgeführt waren.⁶¹ Durch weitere Untersuchungen der SEC wurde öffentlich, dass über 400 US-amerikanische Unternehmen Bestechungsgelder in Höhe von über 300 Mio. US-Dollar an ausländische Regierungsmitglieder gezahlt hatten.⁶² Die Antwort des Gesetzgebers war der Erlass des Foreign Corrupt Practices Act of 1977, der Korruptionszahlungen unter „drakonische“ Strafen stellte

⁵⁶ *Eufinger*, CCZ 2012, 21, 22.

⁵⁷ *Eufinger*, CCZ 2012, 21, 22.

⁵⁸ Export Administration Act of 1979, 50 U.S.C.; War and National Defense Export Regulations, 1972, vgl. *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Corporate Compliance*, § 1 RN 73.

⁵⁹ *Eufinger*, CCZ 2012, 21 f.

⁶⁰ Benannt ist die Affäre nach den Watergate-Gebäuden in Washington, in denen die Demokratische Partei ihren Hauptsitz hatte. In ihm verhaftete die Polizei in der Nacht zum 17. Juni 1972 fünf Einbrecher, die offenbar versucht hatten, Abhörwanzen zu installieren und Dokumente zu fotografieren. Umfangreiche Ermittlungen des FBI offenbarten alsbald, dass die Auftraggeber des Watergate-Einbruchs unter engen Mitarbeitern des US-Präsidenten beziehungsweise seines Wahlkomitees zu suchen waren. Diese Erkenntnis führte nach Nixons Wiederwahl im November 1972 zur Aufdeckung weiterer Vergehen, die in den Jahren zuvor teils auf direkte Anweisung des Weißen Hauses hin begangen worden waren. Nixons Weigerung die Vorfälle aufzuklären und seine teils massiven Versuche, die Ermittlungen zu behindern oder zu begrenzen, veranlassten das Repräsentantenhaus schließlich, ein Amtsenthebungsverfahren (Impeachment) gegen Nixon einzuleiten. Am 9. August 1974 trat Nixon als bisher einziger US-Präsident zurück.

⁶¹ *Behringer*, ZRFC 2018, 88, 89.

⁶² *Labinsky*, *Environmental Compliance*, 37; vgl. auch *Behringer*, ZRFC 2018, 88, 90.

und umfangreiche Ermittlungsverfahren des US-Justizministeriums und der SEC gegen zahlreiche Unternehmen in und außerhalb der USA zur Folge hatte.⁶³ Auch international zeigte dies Folgen, da die USA ihre Jurisdiktion in Strafsachen auch auf nicht in den USA niedergelassene oder börsennotierte Unternehmen anwenden, wenn eine Tathandlung auf dem Territorium der USA erfolgt.⁶⁴

Doch es blieb nicht nur dabei. Nach *Fleischer* setzte Ende der 1970er Jahre in den USA auf breiter Front eine Corporate Governance-Diskussion ein, die sich auch an den Ergebnissen des 1978 abgehaltenen *business roundtable* einer Gruppe von 180 Unternehmensleitern führender Unternehmen ablesen lässt, wonach übereinstimmend die Bedeutung eines *law compliance*-Systems betont worden sei.⁶⁵

Auch wenn *Eufinger* die These aufgestellt hat, dass die Compliance-Bemühungen im Kartellrecht letztlich auch der Ursprung von Compliance-Organisationen im Bankensektor gewesen sind, kann die Bedeutung des Bankensektors für die Entwicklung des modernen Compliance-Verständnisses nicht in Abrede gestellt werden. Nach *Thaten* seien in den USA sogar schon in den 1960ern im Rahmen von Selbstregulierungsbemühungen organisatorische Vorkehrungen zur Verhinderung des Insiderhandels getroffen worden.⁶⁶ Unabhängig von der zeitlichen Reihenfolge liegt die Bedeutung des Bankensektors für das moderne Compliance-Verständnis allerdings in dem systematischen, organisatorischen Ansatz.⁶⁷ Entscheidend waren hierfür die 1980er Jahre. Nachdem mehrere Insiderhandel-Verfahren öffentliches Interesse erregt hatten, wurde 1988 der Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act erlassen, der Banken in die Überwachung des Insiderhandels miteinbezog und die Anforderungen an die Beaufsichtigung von Mitarbeitern im Finanzdienstleistungssektor verschärfte.⁶⁸

Ein unbestrittener Meilenstein ist in jedem Fall die Reform des Strafzumessungsrechts in den 1980er Jahren mit Verabschiedung der Sentencing Guidelines, Strafzumessungsrichtlinien für die Richter der US-Bundesgerichte, im Jahr 1991 gewesen.⁶⁹ Die Sentencing Guidelines gaben den US-Gerichten die Möglichkeit, die Höhe einer Unternehmenssanktion je nach Vorhandensein eines effektiven Compliance-Systems zu verringern und stellten erstmal allgemeingültige und branchenunspezifische Kriterien für die Beurteilung eines solchen Programms auf. Bahnbrachend war in der Folge die Entscheidung zu *Caremark International* aus dem Jahr 1996, in der unter Verweis auf die Sentencing Guidelines eine allgemein geltende, gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation gefordert wurde.⁷⁰

Hintergrund dieser Entwicklung waren mehrere Erwägungen. Zunächst spielten hierbei Erkenntnisse der Kriminologie eine Rolle. Danach würden einzelnen Mitarbeiter Delikte in den wenigsten Fällen aus einem reinen Nutzenkalkül unterlassen.⁷¹ Entscheidend sei vielfach die Sozialisation im Unternehmen, da eine Fragmentierung der Normgeltung, je nach Kontext, zu beobachten sei.⁷² Compliance-Organisationen sollten so bewirken, dass in die unternehmerischen Entscheidungsprozesse rechtliche

⁶³ *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Corporate Compliance*, § 1 RN 73; *Labinsky*, *Environmental Compliance*, 37.

⁶⁴ *Dittmers*, *Compliance-Management*, 56.

⁶⁵ *Fleischer*, AG 2003, 291, 297.

⁶⁶ *Thaten*, *Ausstrahlung*, 192.

⁶⁷ *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 51; *Lösler*, NZG 2005, 104.

⁶⁸ *Dittmers*, *Compliance-Management*, 56; *Labinsky*, *Environmental Compliance*, 37.

⁶⁹ *Dittmers*, *Compliance-Management*, 57; *Eisele*, in: *Bankrechts-Handbuch*, 3. Aufl. (2007), § 109 RZ 5; *Fleischer*, AG 2003, 291, 297; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Corporate Compliance*, § 1 RN 74; *Labinsky*, *Environmental Compliance*, 37 f.; *Bottmann*, in: *Kapitalmarktstrafrecht*, Teil 2, Kapitel 2.1, RN 1; *Unmuth*, AG 2017, 249, 250.

⁷⁰ *Fleischer*, AG 2003, 291, 297; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 242; *Unmuth*, AG 2017, 249, 250 f.

⁷¹ *Bussmann*, CCZ 2016, 50, 52: „Außerdem wissen wir aus der kriminologischen Forschung, dass die abschreckende Wirkung gerade bei schweren Straftaten am geringsten ist, während bei Bagatelldelikten die Strafschwere einen geringen nachweisbaren Effekt haben kann“; speziell für Korruption *Bachmann/Prüfer*, ZRP 2005, 109, 110.

⁷² *Bussmann*, CCZ 2016, 50, 52.

Aspekte eingehen, Kontrollmechanismen etabliert und deliktsbegünstigende Gelegenheitsstrukturen reduziert würden.⁷³ Zudem würde über die Unternehmenskultur die Normorientierung der einzelnen Mitarbeiter gestärkt, als Orientierungshilfe in Entscheidungssituationen und zum Abbau von Neutralisierungsstrategien.⁷⁴

Des Weiteren ließ sich insbesondere in den 1980er Jahren in den USA ein sog. *enforcement*-Streit in Bezug auf unternehmerische Regularien beobachten.⁷⁵ Auf der einen Seite stand die Position, die auf Abschreckung setzte. Unternehmen würden nicht moralisch handeln, sondern Nutzen und Kosten ihres Handelns rational kalkulieren.⁷⁶ Entscheidend sei somit einerseits die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit für Übertretungen und die Höhe von Sanktionen. Auf der anderen Seite stand ein konzilianter Stil (sog. *compliance school*).⁷⁷ Hintergrund dieses neuen Ansatzes war die Vorstellung, dass es letztlich effektiver sei, die ursächlichen organisatorischen Defizite kooperativ abzustellen. Man schlug vor, vornehmlich mit Überzeugen, Beratung und Anreizen, statt Sanktionen zu operieren. Unternehmen würden nicht wegen ökonomischer Kalküle in Delikte verstrickt, sondern im Zuge komplexer Transaktionen gleichsam nebenbei und nicht-intentional.

Als Ergebnis dieser Diskussion wurde das Konzept der sog. responsiven Regulierung entwickelt, die beide Positionen letztlich nicht als Gegensatz ansah, sondern als Teil eines Kontinuums.⁷⁸ Entsprechend müsse Regulierung insgesamt stärker auf den Einzelfall und damit auf die jeweiligen Unternehmen individuell eingehen.⁷⁹

Zunächst leistet das Konzept einen Vertrauensvorschuss an die Unternehmen. Es wird davon ausgegangen, dass Unternehmen einsichtig seien und aus eigenem Antrieb für das Einhalten der jeweiligen Bestimmungen sorgen würden, sich mithin selbst kontrollieren. Dabei würden nicht allein kurzfristige ökonomische Anreize, also vor allem Entdeckungs- und Strafkosten eine Rolle spielen, sondern auch kulturelle und soziale Erwägungen, sowie Mediendiskurse, Reputationsfragen und Stakeholder-Erwartungen.⁸⁰ Für die Regulierer habe das Vertrauen auf diese Wirkungen nicht nur Kostenvorteile, sondern es sei auch effektiver, da die unternehmenseigenen Kontrolleinheiten über den besseren Einblick in die internen Vorgänge, die größere Expertise sowie mehr Möglichkeiten zur regelmäßigen Kontrolle als externe Institutionen verfügten.⁸¹ Gleichzeitig seien Regulierer auf die Kooperation von Unternehmen vielfach angewiesen, da insbesondere im Bereich der Unternehmenskriminalität die Entdeckungswahrscheinlichkeit geringer sei, wenn die Vorgänge komplex wären und das gesamte Unternehmen involviert sei.⁸² Auch insofern könnten rein hohe Straferwartungen kontraproduktiv sein, da es in diesen Fällen für die Unternehmen ökonomisch sinnvoll sein könnte, eine Aufdeckung zu vermeiden.⁸³

Andererseits bezog sich das Konzept der responsiven Regulierung auf spieltheoretische Überlegungen und Untersuchungen, die zeigen würden, dass die Selbstregulierung der Wirtschaft möglichst verbindliche Vorgaben verlangen würde und überwacht und sanktionsbewehrt sein müsste.⁸⁴ Denn Kooperationsgewinne für die Unternehmen würden sich nur einstellen, sofern konformitätsbereite

⁷³ Kölbl, ZStW 2013, 499, 512 f.

⁷⁴ Kölbl, ZStW 2013, 499, 513.

⁷⁵ Kölbl, ZStW 2013, 499, 518; Lodge, in: Oxford Hb. of Classics in Public Policy and Administration, 559, 561.

⁷⁶ Kölbl, ZStW 2013, 499, 518; Lodge, in: Oxford Hb. of Classics in Public Policy and Administration, 559, 561.

⁷⁷ Kölbl, ZStW 2013, 499, 518.

⁷⁸ Kölbl, ZStW 2013, 499, 519; Lodge, in: Oxford Hb. of Classics in Public Policy and Administration, 559, 561.

⁷⁹ Kölbl, ZStW 2013, 499, 519 f.; Maume, ZHR 180 (2016), 358, 375.

⁸⁰ Kölbl, ZStW 2013, 499, 520; Maume, ZHR 180 (2016), 358, 375.

⁸¹ Kölbl, ZStW 2013, 499, 519.

⁸² Bachmann/Prüfer, ZRP 2005, 109, 111.

⁸³ Bachmann/Prüfer, ZRP 2005, 109, 111; Kölbl, ZStW 2013, 499, 504.

⁸⁴ Kölbl, ZStW 2013, 499, 523; Lodge, in: Oxford Hb. of Classics in Public Policy and Administration, 559, 561, 562; Maume, ZHR 180 (2016), 358, 375.

Unternehmen nicht damit rechnen müssten, Wettbewerbsnachteile gegenüber ihren nicht-konformen Wettbewerbern zu erleiden.

Nachdem der Compliance-Gedanke Anfang der 1990er Jahre damit vorwiegend in der Bankenwelt Fuß gefasst hatte, führten mehrere Unternehmensskandale – vor allem bei international agierenden Großkonzernen – Ende der 1990er Jahre dazu, dass Unternehmen aller Branchen den Compliance-Ansatz entdeckt und vermehrt umgesetzt haben.⁸⁵ Besonders der Kollaps des Energieriesen ENRON im Jahr 2001, dem jahrelange Bilanzfälschungen vorangegangen waren, führte schließlich zur Verabschiedung des Sarbanes-Oxley-Act im Jahr 2002, der eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Compliance-Systems für US-börsennotierte Unternehmen vorsah.⁸⁶ Zusätzlich verschärfte der Act die Anforderungen: Das Vorhandensein und die Wirksamkeit interner Kontrollen sollten regelmäßig bestätigt werden; zudem wurde ausdrücklich die Position eines Compliance-Beauftragten, die Einführung eines *code of business conduct and ethics* sowie Regelungen zum Whistleblowing verlangt. Auch die Sentencing Guidelines wurden in der Folge im Jahr 2004 verschärft.⁸⁷

Auch wenn die USA damit unbestritten das „Mutterland“ von Compliance-Organisationen geworden sind, muss dennoch auch auf jüngere Entwicklungen hingewiesen werden. Wohl auch wegen der Sorge rein „kosmetischer“ Compliance-Bemühungen, hatte das US-Justizministerium in den letzten Jahren wieder verstärkt auf eine sog. *personal accountability policy* umgeschwenkt, also einer Politik der persönlichen Haftung von Unternehmensleitern.⁸⁸ Nach dem sog. Yates-Memorandum der namensgebenden stellvertretenden US-Justizministerin im September 2015 sollten bei Unternehmensstraftaten in erster Linie Wert auf Erkenntnisse zur persönlichen Haftung der verantwortlichen Manager gelegt werden. Jegliche Art der Kooperation von Unternehmen mit dem ermittelnden Justizministerium sollte nur dann zu einem Strafnachlass führen, wenn das Unternehmen im Rahmen der Kooperation auch die intern als verantwortlich identifizierten Manager gegenüber der Ermittlungsbehörde offenlegt.

III. Entwicklung von Compliance-Organisationen im deutschen Bankensektor

Jenseits der „klassischen“ Legalitätskontrolle – für deren Entwicklung das Kartellrecht eine besondere Rolle gespielt hat – wurde der Compliance-Gedanke im Sinne systematischer, organisatorischer Anforderungen in Deutschland als erstes im Banken-Sektor in den 1990er Jahren aufgenommen. Dort waren organisatorische Anforderungen zunächst wenig ausgeprägt, ab den 1990er Jahren wurden jedoch auch dort schrittweise organisatorische Maßnahmen zur Legalitätskontrolle verpflichtend. Erst ab den 2000er Jahren wurde jedoch ein sog. weites Compliance-Verständnis eingeführt, das Compliance als umfassende organisatorische Anforderung zur Beachtung grundsätzlich sämtlicher rechtlicher Regeln betrachtete. Seit der Finanzkrise 2007/2008 haben sich diese Anforderungen nochmals verschärft und die Bedeutung von Compliance-Organisationen ist im Bankenbereich nochmals gestiegen.

Nach *Thaten* griffen europäische Wertpapierbehörden die Selbstregulierungsbemühungen US-amerikanischer Banken im Bereich des Insiderhandels zwar rasch auf.⁸⁹ Für ein Problembewusstsein spricht auch eine erste Empfehlung zu Wohlverhaltensregeln für Wertpapierfirmen der europäischen

⁸⁵ Bürkle, in: Der Compliance Officer, § 1 RN 6.

⁸⁶ Dittmers, Compliance-Management, 58 f.; Harbarth/Brechtel, ZIP 2016, 241, 245; Poppe, in: Compliance, 1. II. RN 16; Unmuth, AG 2017, 249, 253.

⁸⁷ Hauschka/Moosmayer/Lösler, in: Corporate Compliance, § 1 RN 74.

⁸⁸ Pant, CCZ 2017, 49.

⁸⁹ Thaten, Ausstrahlung, 192.

Kommission im Jahr 1977.⁹⁰ *Kuthe/Szesny* verweisen für Deutschland auf die sog. freiwilligen Insiderhandlungsrichtlinien sowie Händler- und Beraterregeln, die am 13.11.1970 vorgestellt worden seien, deren tatsächlicher Nutzen aber gering gewesen sei.⁹¹

Laut *Binder* seien organisationsrechtliche Vorgaben zum Zweck der Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Schutzziele bis in die 1990er Jahre jedoch unentdeckt geblieben.⁹² Noch das 1961 neu erlassene KWG⁹³ habe keinerlei positive Organisationspflichten, nur mögliche Eingriffsbefugnisse (auch) bei organisatorischen Defiziten gekannt.⁹⁴ Erst mit der 2. KWG-Novelle von 1976⁹⁵, die auf den spektakulären Zusammenbruch des Kölner Bankhauses Herstatt im Jahr 1974 reagierte, habe die gesetzgeberische Zurückhaltung etwas nachgelassen, indem der Gesetzgeber mit dem „Vier-Augen-Prinzip“ erstmals Einfluss auf einen beschränkten, aber bedeutsamen Aspekt der Geschäftsorganisation genommen habe.⁹⁶ Danach (nach wie vor § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KWG) muss nun jedes zugelassene Kreditinstitut mindestens zwei aufsichtsrechtlich verantwortliche Geschäftsleiter aufweisen. Ein Erklärungsansatz für die Entwicklung in Deutschland könnte sein, dass die Banken in den USA schon sehr viel früher Geschäftstätigkeiten jenseits der klassischen Kreditvergabe aufgenommen haben, in Deutschland dagegen bis in die 1990er Jahre vorwiegend ein System von Universalbanken zu finden war.⁹⁷ In diesem Zusammenhang lässt sich möglicherweise auch die unterschiedliche Betrachtung von Korruption sehen, die in den USA zunächst als Problem der Rechnungslegung erkannt wurde und damit ebenso ihren Ursprung im Bereich der Finanzen fand.

In Anlehnung an angelsächsische Erfahrungen begann jedoch der deutsche Bankensektor unabhängig von einer expliziten gesetzlichen Regelung ab 1992 Compliance-Organisationen einzurichten.⁹⁸ Schwerpunkt dieser Compliance-Organisationen war die Vermeidung von Insiderhandel und Interessenkonflikten.⁹⁹ *Unmuth* weist auf Beiträge aus dem Schrifttum zum Thema Insiderrecht aus den Jahren 1991 und 1993 hin, die sich bereits mit Compliance-Maßnahmen auseinandersetzten.¹⁰⁰ Triebkraft der Entwicklung in den Banken war auch die sich abzeichnende und 1993 verabschiedete Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (Investment Services Directive oder auch ISD) der Europäischen Gemeinschaft.¹⁰¹ Diese wurde 1994 durch die Regelungen der §§ 31 ff. WpHG umgesetzt, die am 1.1.1995 in Kraft traten.¹⁰² Insbesondere § 33 Nr. 3 WpHG stellte das Erfordernis auf, interne Kontrollverfahren zur Verhinderung von Verstößen gegen das WpHG einzurichten. Beschleunigend für die Etablierung von Compliance-Abteilungen wirkten auch die Vorgaben des damaligen

⁹⁰ Empfehlung 77/534/EWG.

⁹¹ *Kuthe/Szesny* in: Kapitalmarkt Compliance, 1. Kap. RN 43.

⁹² *Binder*, ZGR 2015, 667, 679; dies jedenfalls, sofern die grundlegende Entscheidung bereits des Reichsgesetzgebers davon ausgenommen werde, zwar eine Universalbanksystem zu entwickeln, darin aber spezielle Sparten, das Hypothekenbankwesen sowie die Bausparkassen, mit Konsequenzen für die jeweils zulässigen Geschäftsaktivitäten zu isolieren.

⁹³ Gesetz über das Kreditwesen, BGBl. I 1961, 831.

⁹⁴ *Binder*, ZGR 2015, 667, 676; allerdings habe das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen als seinerzeit zuständige Aufsichtsbehörde bereits in den 1970er Jahren begonnen, mit Rundschreiben erstmals auf die Organisation als besonders risikobehaftet eingestufte Geschäftsbereiche einzuwirken.

⁹⁵ Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen, BGBl. I 1976, 725.

⁹⁶ *Binder*, ZGR 2015, 667, 676.

⁹⁷ *Beyer*, in: Alle Macht dem Markt?, 118, 123; Vgl. → § 11 I. 4.

⁹⁸ *Eisele*, in: Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. (2007), § 109 RZ 2; *Gebauer/Niermann*, in: Corporate Compliance, § 48 RN 10.

⁹⁹ *Lösler*, NZG 2005, 104; *Thaten*, Ausstrahlung, 192.

¹⁰⁰ *Unmuth*, AG 2017, 249, 251; *Hopt*, FS Heinsius (1991), 289, 318 ff.; *Eisele*, WM 1993, 1021, 1023 ff.

¹⁰¹ *Gebauer/Niermann*, in: Corporate Compliance, § 48 RN 10, *Röh/Oppenheim* in: Wertpapier-Compliance in der Praxis, III.1 Rn. 7; *Thaten*, Ausstrahlung, 192.

¹⁰² Umsetzung durch das zweite Finanzmarktfördergesetz (FFG), BGBl. I 1994, 1749.

Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen (mittlerweile in der BaFin aufgegangen) vom 30.12.1993 für private Wertpapiergeschäfte von Mitarbeitern in Kreditinstituten.¹⁰³

Weitgehend zeitgleich zur Wertpapier-Compliance entstanden auch Abteilungen, die sich mit den Kontrollen zur Verhinderung der Geldwäsche beschäftigen (sog. Anti-Geldwäsche-Compliance).¹⁰⁴ Mit Inkrafttreten des Geldwäschegesetzes im Oktober 1993 wurde insbesondere ein Geldwäschebeauftragter vorgeschrieben.¹⁰⁵ Obwohl der Begriff Compliance dort nicht explizit erwähnt ist, gilt diese Norm dennoch als erstmaliger Eingang des Compliance-Gedankens in das deutsche Recht.¹⁰⁶

Explizit taucht der Begriff Compliance erstmalig im Jahr 1999 auf, in der damals veröffentlichten erläuternden Richtlinie zu § 33 WpHG des damaligen Bundesamtes für den Wertpapierhandel (mittlerweile in der BaFin aufgegangen).¹⁰⁷ Die erste explizite Erwähnung in einem deutschen Gesetz erfolgte 2007 in § 33 WpHG nach einer umfassenden Umgestaltung im Rahmen der MiFID I -Richtlinie und dem Umsetzungsgesetz FRUG.¹⁰⁸

Ein wichtiger Schritt für die Entwicklung war die Erweiterung des Compliance-Verständnisses. Die ersten Compliance-Abteilungen waren zunächst nur auf ausgewählte Unternehmens- und Rechtsbereiche zugeschnitten. Im Vordergrund standen Anleger- und Marktschutz und damit nur eine sog. punktuelle Compliance.¹⁰⁹ Erst um die Jahrtausendwende begann sich dieses Verständnis zu erweitern.¹¹⁰ Zum einen wurden Compliance-Organisationen zunehmend auch als Bestandteil des Institutschutzes bzw. der Institutsaufsicht (BaFin/Bankaufsicht) wahrgenommen, zum anderen wurden Compliance-Organisationen nun als umfassende Unternehmensorganisationen begriffen, die die Einhaltung grundsätzlich aller gesetzlichen Bestimmungen besorgen sollten. Ausschlaggebend für letzteres war die Novelle des § 25a KWG im Jahr 2002, mit der die heutige Gesetzesformulierung dem Grunde nach angelegt wurde.¹¹¹

Entscheidend war dabei auch ein grundlegender Wandel des regulatorischen Konzeptes. Die traditionell die Bankenaufsicht beherrschende quantitative Aufsicht setzte an eindeutig bezifferbaren Kredit-, Marktpreis- und Liquiditätsrisiken an, insbesondere Kapitalrückstände waren von Bedeutung.¹¹² Die qualitative Aufsicht rückt dagegen den Fokus (auch) auf die Qualität der Verfahren und Abläufe im Unternehmen selbst.¹¹³ Insbesondere wurden dadurch bestimmte Organisationsformen verpflichtend. Gleichzeitig wurde der Aufsichtsbehörde ein Bewertungsspielraum hinsichtlich der Eigenarten des jeweiligen Unternehmens und seiner Organisationen eingeräumt.

¹⁰³ *Gebauer/Niermann*, in: *Corporate Compliance*, § 48 RN 10.

¹⁰⁴ *Gebauer/Niermann*, in: *Corporate Compliance*, § 48 RN 12.

¹⁰⁵ *Gebauer/Niermann*, in: *Corporate Compliance*, § 48 RN 12.

¹⁰⁶ *Faber*, *Anreizbasierte Regulierung*, 57; *Unmuth*, AG 2017, 249, 251; § 14 II Nr. 2 GWG 1993 sieht vor, dass interne Grundsätze, Kontrollen und Verfahren zur Verhinderung von Geldwäsche aufgestellt werden, nach Nr. 4 erfordert dies regelmäßige Unterrichtung der Beschäftigten über Methoden der Geldwäsche.

¹⁰⁷ *Gebauer/Niermann*, in: *Corporate Compliance*, § 48 RN 11.

¹⁰⁸ *Faber*, *Anreizbasierte Regulierung*, 46; *Thaten*, *Ausstrahlung*, 192; MiFID ist die Abkürzung für Markets in Financial Instruments Directive = Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente; FRUG= Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, BGBl. I 2007, 1330.

¹⁰⁹ *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 6; *Thaten*, *Ausstrahlung*, 193;

¹¹⁰ *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 6; *Gebauer/Niermann*, in: *Corporate Compliance*, § 48 RN 13.

¹¹¹ *Thaten*, *Ausstrahlung*, 191; *Gebauer/Niermann*, in: *Corporate Compliance*, § 48 RN 13: Das seinerzeit noch mit einigem Begründungsaufwand im Wege der systematischen und historischen Auslegung von § 25 a KWG gewonnene sog. weite Compliance könne nunmehr dem seit dem 1. 1. 2014 geltenden § 25 a Abs. 1 KWG weitgehend unmittelbar entnommen werden.

¹¹² *Fischer*, *Ausstrahlungswirkungen*, 61; *Mülbert/Wilhelm*, ZHR 178 (2014), 502, 542 f.

¹¹³ *Fischer*, *Ausstrahlungswirkungen*, 61.

Dieser Bewertungsspielraum wiederum ist Ausdruck der sog. prinzipienbasierten Regulierung.¹¹⁴ *Fischer* fasst das treffend zusammen: „Unter Prinzipien sind Zielnormen mit einem hohen Generalitätsgrad zu verstehen. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie eine Handlungspflicht der beaufsichtigten Unternehmen normieren, zugleich aber ausdrücklich auch das zu erfüllende regulatorische Ziel. An dieses sind die Normadressaten ohne Abweichungsmöglichkeiten oder Einschätzungsprärogativen gebunden. Dem regulatorischen Ziel kommt insofern also eine besondere Bedeutung bei der Auslegung und Anwendung prinzipienorientierter Regelungen zu. Die Wahl der zur Zielerreichung zu ergreifenden Mittel und Methoden ist hingegen innerhalb des gesetzlich gesteckten (prinzipienbasierten) Rahmens dem Normadressaten überantwortet. Für die Institute bzw. ihre Geschäftsleiter bedeutet dies weite Gestaltungsspielräume und ein hohes Maß an Eigenverantwortung.“¹¹⁵ Diese größere Gestaltungsfreiheit im Rahmen der prinzipienbasierten Regulierung geht jedoch Hand in Hand mit erhöhten Anforderungen an die Entscheidungsprozesse im Unternehmen selbst.¹¹⁶ Kontroll- und Leitungssysteme wie Compliance-Organisationen und das Risikomanagement nehmen daher eine besondere Rolle ein und werden von den Aufsichtsbehörden überwacht.¹¹⁷ Praktisch ist auch darauf hinzuweisen, dass der auf der gesetzlichen Ebene eingeräumte Handlungsspielraum häufig durch nachträglich erlassene Konkretisierungen von Seiten der Aufsichtsbehörde wieder beschnitten wird.¹¹⁸ *Thaten* meint daher, man könne im europäischen und deutschen Rechtsraum nur von einer „formellen Prinzipienorientierung“ sprechen.¹¹⁹

Als Folge der Finanzkrise wurden Regularien zur Unternehmensorganisation nochmals erheblich verstärkt. Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass die These aufgestellt wurde, Defizite in der Führung und Überwachung der Institute seien ein wesentlicher Faktor für den Ausbruch der Finanzkrise gewesen.¹²⁰ Hinzuweisen ist auf die Entwicklung der sog. Verselbstständigung von Compliance. Dies meint die Berechtigung der Compliance-Funktion, sich nicht mit einer Berichterstattung an den Vorstand zu begnügen, sondern im Bedarfsfall geeignete und erforderliche Maßnahmen zu treffen.¹²¹ Zudem fordert die BaFin in MaComp BT 1.3.1 die Unabhängigkeit von Compliance. Dabei ist fraglich, ob es allein um die Vermeidung von Interessenkonflikten, oder auch um eine organisatorische Verselbstständigung geht.¹²² Schließlich ist auf die Neufassung des § 29 Abs. 2 VAG hinzuweisen.¹²³ In der Literatur wird gefragt, ob die gesetzliche Aufgabenzuweisung nicht bewusst eine Rolle der

¹¹⁴ *Fischer*, Ausstrahlungswirkungen, 61.

¹¹⁵ *Fischer*, Ausstrahlungswirkungen, 61; vgl. auch *Armbrüster*, VersR 2009, 1293, 1297; *Wundenberg*, Compliance, 71 f.

¹¹⁶ *Armbrüster*, VersR 2009, 1293, 1297; *Wundenberg*, Compliance, 64 f.; vgl. zum VAG, RegBegr. BT-Drucks. 16/6518, 1.

¹¹⁷ *Thaten*, Ausstrahlung, 186; *Wundenberg*, Compliance, 71 f.

¹¹⁸ *Gebauer/Niermann*, in: Corporate Compliance, § 48 RN 15; *Röh/Oppenheim* in: Wertpapier-Compliance in der Praxis, III.1 Rn. 1; *Thaten*, Ausstrahlung, 83. Vgl. die MaRisk für das KWG, die MaComp für das WpHG und seit dem 1.1.2016 die „Auslegungsentscheidungen zu den allgemeinen Governance-Anforderungen an Versicherungsunternehmen“, wobei zuvor auch Anforderungen im MaRisk ausgeführt worden sind.

¹¹⁹ *Thaten*, Ausstrahlung, 83.

¹²⁰ *Binder*, ZGR 2018, 88, 90; *EU-Kommission*, Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, KOM/2010/324; *OECD*, Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages, 2009, www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/43056196.pdf zuletzt aufgerufen am 25.5.2021.

¹²¹ *Mülbelt/Wilhelm*, ZHR 178 (2014), 502, 529.

¹²² *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 751.

¹²³ „Zu den Aufgaben der Compliance-Funktion gehört die Beratung des Vorstands in Bezug auf die Einhaltung der Gesetze und Verwaltungsvorschriften, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten. Außerdem hat die Compliance-Funktion die möglichen Auswirkungen von Änderungen des Rechtsumfeldes für das Unternehmen zu beurteilen und das mit der Verletzung der rechtlichen Vorgaben verbundene Risiko (Compliance-Risiko) zu identifizieren und zu beurteilen.“

Compliance-Funktion als „verlängerter Arm der Versicherungsaufsicht“ symbolisiere und damit nicht letztlich ein Fall eines Unternehmensbeauftragten vorliege.¹²⁴

§ 3 Die Entwicklung einer „allgemeinen“ Compliance-Pflicht in Deutschland

I. Grundsteine in den 1990er Jahren

Der Einzug des Compliance-Gedankens im deutschen Bankensektor in den 1990er Jahren hatte auf die anderen Wirtschaftsbereiche zunächst keinen Einfluss. Praktisch waren Maßnahmen zur Legalitätskontrolle jenseits bereichsspezifischer Anforderungen kaum verbreitet. Für das Kartellrecht genügte ein Merkblatt mit einigen Beispielfällen für Kartellabsprachen.¹²⁵ In der Praxis wurde es zum Teil dabei belassen, nur bei der Einstellung kurz auf die Pflicht zur Gesetzeinhaltung hinzuweisen.¹²⁶ Erste Umsetzungen von Compliance-Maßnahmen begannen in deutschen Industrie-Unternehmen Ende der 1990er Jahre, die sich allerdings zumeist auf die durch Trainingsmaßnahmen gestützte Implementierung eines Ethikkodex beschränkte.¹²⁷ Auch wenn *Assmann* schon 1994 im Rahmen des insiderrechtlichen Kontextes anmerkte, die in diesem Rahmen diskutierten Compliance-Elemente seien „ungeachtet ihrer bankspezifischen Ausrichtung im Detail (...) auch auf andere Unternehmen und Branchen übertragbar“¹²⁸ und *Uwe H. Schneider* schon 1996 die Möglichkeit einer institutionalisierten Compliance, also die Verbindlichkeit ganz bestimmter organisatorischer Anforderung, auch branchenunabhängig in den Raum stellte,¹²⁹ blieben diese Überlegungen noch ohne Resonanz.¹³⁰ Wichtig für die Verbreitung des Compliance-Gedankens in den 1990er Jahren – außerhalb des Bankensektors – waren die Verschärfung der Korruptionsstrafbarkeit, die Pflicht zur Einführung eines Überwachungssystem zur Erkennung bestandsgefährdender Risiken im AktG und das Urteil im Fall ARAG/Garmenbeck. Diese Entwicklungen führten zwar weder für sich noch zusammengenommen unmittelbar zu Compliance-Organisationen in den Unternehmen; sie legten jedoch den Grundstein für die weitere Entwicklung, vor allem wegen des dadurch gestiegenen Haftungsrisikos der Unternehmensleiter.¹³¹

In Deutschland waren Bestechungszahlungen als sog. Zuwendungen im Geschäftsverkehr noch in den 1990er Jahren uneingeschränkt steuerlich absetzbar.¹³² Auch ein steuerliches Abzugsverbot, das 1995 in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EstG eingeführt wurde, zeigte in der Praxis kaum Wirkung, da insbesondere im Ausland gezahlte Bestechungen weiterhin bis 1999 absetzbar waren.¹³³ Bestechungen im privaten Sektor wurden erst 1997 in §§ 299 und 300 StGB in inländischen Geschäftsbeziehungen unter Strafe gestellt.¹³⁴ Die Bestechung ausländischer Amtsträger wurde ein Jahr später durch das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung verboten, eine Reaktion auf die OECD Konvention zur

¹²⁴ *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 754.

¹²⁵ KG Berlin, 25.7.1980 – Kart 26/79 = WuW/E OLG 2330 – Revisionsabteilung.

¹²⁶ *Unmuth*, AG 2017, 249, 258.

¹²⁷ *Dittmers*, Compliance-Management, 61.

¹²⁸ *Assmann*, AG 1994, 237, 256; *Unmuth*, AG 2017, 249, 250.

¹²⁹ *Uwe H. Schneider*, ZGR 1996, 225.

¹³⁰ *Unmuth*, AG 2017, 249, 251; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 244.

¹³¹ *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 243; *Labinsky*, Environmental Compliance, 40; *Poppe*, in: Compliance, 1. II. RN 16.

¹³² *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 243; *Unmuth*, AG 2017, 249, 251; deren Zulässigkeit aber unterschiedlich bewertend, laut *Unmuth* strafbar. Zivilrechtlich sticht das Urteil BGH, 6. 5. 1999 – VII ZR 132/97 = NJW 1999, 2266 hervor, wonach keine Unwirksamkeit eines Vertrages nach § 134 BGB wegen Schmiergeldzahlungen bestünde.

¹³³ *Behringer*, ZRFC 2018, 88, 91; *Unmuth*, AG 2017, 249, 252.

¹³⁴ *Behringer*, ZRFC 2018, 88, 90.

Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger, die 1997 in Paris unterzeichnet wurde und 1999 auch in Deutschland in Kraft trat.¹³⁵

Zahlreiche Unternehmenskrisen in den neunziger Jahren hatten Zweifel laut werden lassen, ob die Unternehmensleitungen den erforderlichen Überblick über die wirtschaftliche Lage ihres Unternehmens habe.¹³⁶ 1998 reagierte der Gesetzgeber mit einem neuen Absatz zwei in § 91 AktG und verpflichtete den Vorstand zur Einführung eines Überwachungssystems für die Erkennung bestandsgefährdender Risiken.¹³⁷ Diese Organisationsanforderung ist jedoch vor dem Hintergrund einer breiten Bewegung in den neunziger Jahren zu sehen, die versuchte, ausgehend von den Qualitätsmanagementsystemen und deren Normungen in der Industrie (DIN ISO 9000er – Normenreihe) organisatorische Mindestanforderungen für die gesamte Wirtschaft zu formulieren.¹³⁸ In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich auch auf Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften als Teil des Überwachungssystems verwiesen.¹³⁹ Unabhängig davon, ob in dieser Pflicht wegen der Beschränkung auf bestandsgefährdende Risiken tatsächliche die Rechtsgrundlage für die branchenunabhängige Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen gesehen werden kann, bildet diese Pflicht auch für Rechtsrisiken jedenfalls eine „partielle Verrechtlichung“¹⁴⁰, bzw. einen „Mindest-Pflichtenrahmen.“¹⁴¹

Obwohl wegen der Beweislastumkehr für die Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG auf dem Papier schon immer eine strenge Haftung von Vorstandsmitgliedern gegenüber der AG bestand, gab es in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts fast keine Schadensersatzklagen der AG gegen ihre Vorstandsmitglieder.¹⁴² Ein Grund hierfür waren die typische Nähe zwischen Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, sowie das Dilemma, dass eine Anspruchsverfolgung durch den Aufsichtsrat immer auch das Eingeständnis des eigenen Versagens hinsichtlich der Auswahl und Überwachung des Vorstands bedeutet hätte.¹⁴³ Die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung stellte nun den Grundsatz auf, dass der Aufsichtsrat einer AG grundsätzlich verpflichtet sei, durchsetzbare Schadensersatzansprüche der AG gegen den Vorstand zu verfolgen.¹⁴⁴ Die Rolle der Vorstandshaftung sollte sich folglich ab den 2000er Jahren erheblich ändern.¹⁴⁵

II. Praktische Entwicklung seit den 2000er Jahren: Unternehmen als Treiber

Für die Entwicklung von Compliance-Organisationen jenseits branchenspezifischer Regularien kann die Rolle von Unternehmensskandalen seit den späten 1990er Jahren nicht überbetont werden.¹⁴⁶ Recht wurde zum operationellen Risiko für Unternehmen.¹⁴⁷ Besonders die Bilanzbetrugsfälle US-amerikanischer Unternehmen sorgten international für Aufsehen und führten 2002 zur Einführung des Sarbanes-Oxley-Acts (s.o.).¹⁴⁸ Kurz nach der Jahrtausendwende verdeutlichten Bußgelder durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt – teilweise in dreistelliger Millionenhöhe –, dass

¹³⁵ *Behringer*, ZRFC 2018, 88, 90; *Unmuth*, AG 2017, 249, 252.

¹³⁶ *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 19 RN 1; *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 29.

¹³⁷ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), BGBl. I, 786 vom 27.4.1998.

¹³⁸ *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 19 RN 1.

¹³⁹ BT-Drucks. 13/9712, 15.

¹⁴⁰ *Kort*, NZG 2008, 81, 82.

¹⁴¹ *Fleischer*, AG 2003, 291, 299; dem folgend: *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 244; vgl. → § 6 IV.

¹⁴² *Brock*, Legalitätsprinzip, 23; nach *Lutter*, JZ 1998, 50, 52 nur einen Fall.

¹⁴³ *Brock*, Legalitätsprinzip, 23.

¹⁴⁴ BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 = AG 1997, 377 = NJW 1997, 1926 – ARAG/Garmenbeck.

¹⁴⁵ *BeckOGK-Fleischer* § 93 RN 5a; *Poppe*, in: *Compliance*, 1. II. RN 20.

¹⁴⁶ Vgl. *BeckOGK-Fleischer* § 93 RN 5a; *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 6; *Labinsky*, *Environmental Compliance*, 40; *Poppe*, in: *Compliance*, 1. II. RN 16.

¹⁴⁷ *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 879; *Hüffer*, FS G. H. Roth (2011), 299, 300; *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645.

¹⁴⁸ Vgl. → § 2 II.

auch Kartellverstöße ein existenzielles Risiko für Unternehmen darstellen können und führten zu ersten Beiträgen im deutschen Schrifttum bezogen auf eine Anti-Kartell-Compliance.¹⁴⁹ Insbesondere die Bestechungsvorwürfe bei Siemens sorgten in den Jahren 2006 und 2007 dafür, dass Compliance-Organisationen auch Thema in der deutschen Öffentlichkeit wurden und gelten als das bedeutendste Ereignis für die Entwicklung von Compliance-Organisationen in Deutschland mit einer „explodierende Zahl einschlägiger Aufsätze und Handreichungen“ als Reaktion.¹⁵⁰ 2013 wurde das Strafmaß des § 130 OWiG für Aufsichtspflichtverletzungen, die mit Strafe bedroht sind, verzehnfacht: von EUR 1 Mio. auf EUR 10 Mio.¹⁵¹

Eine andere Sensibilität und ein verändertes Bewusstsein stellten sich auch bei Gläubigern bzw. Geschädigten ein. So *Poppe*: „Bildeten früher große Haftungsprozesse eher die Ausnahme, so hat heute nicht nur die Bereitschaft, sondern auch die Möglichkeit der Anspruchsverfolgung gegenüber dem Management großer Unternehmen zugenommen.“¹⁵² Dies ließe sich bspw. auf eine verbesserte Informationsgewinnung vor allem durch das Internet, spezialisierte Anwaltskanzleien, anwaltliche Sammelklagevertreter, erfolgsbeteiligte Prozesskostenversicherer und zunehmendes Shareholder Value-Bewusstsein zurückführen.

Aus deutscher Perspektive lässt sich dadurch feststellen, dass maßgeblich die Unternehmen selbst als Treiber von branchenunabhängigen Compliance-Maßnahmen agierten, vor allem die Großunternehmen: Zum einen rezipierten diese die Entwicklung in den USA und mussten als erste auf den Anpassungsdruck internationaler Regelungen reagieren, zum anderen waren gerade sie (potentielle) Opfer von immer höheren Bußgeldern und Reputationsschäden.¹⁵³

Aus Sicht eines Unternehmens haben Compliance-Organisationen eine Schutz-, Informations- oder Beratungs-, Überwachungs- und Marketingfunktion.¹⁵⁴ Teilweise wird auch eine Qualitätssicherungs- und Innovationsfunktion genannt.¹⁵⁵ Die Schutzfunktion von Compliance-Organisationen hat zwei Richtungen: Einerseits wird das Unternehmen als Opfer von Straftaten geschützt, andererseits vor den nachteiligen Folgen bei Rechtsverletzungen. Die Informations- und Beratungsfunktion soll sicherstellen, dass Mitarbeiter die Rechtslage und Rechtsrisiken im Unternehmen einschätzen können und wissen, wie sie in schwierigen Fällen zu reagieren haben. Die Marketingfunktion wiederum hat zwei Seiten. Auf der einen Seite geht es darum, im Schadensfall lückenlos mit Medien und Stakeholdern kommunizieren zu können; andererseits sollen Compliance-Organisationen die Reputation des Unternehmens insgesamt erhöhen, sowohl für Stakeholder, als auch für die Öffentlichkeit.¹⁵⁶ Compliance-Organisationen werden somit zunehmend zum Wettbewerbsfaktor.¹⁵⁷ Schließlich kann eine für die Regelbefolgung als notwendig erachtete funktionierende Unternehmenskultur wichtiger Bestandteil für den operativen Bereich sein, um bspw. Mitarbeiter zu motivieren, Vertrauen zu schaffen und sogar Innovationen zu fördern.¹⁵⁸ *Eisele* stellt die Entwicklung von Compliance-Organisationen zudem in den Zusammenhang der Entwicklung zur divisionalen

¹⁴⁹ *Wirtz*, WuW 2001, 342; *Lampert*, BB 2002, 2237; vgl. *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 244 f.; *Unmuth*, AG 2017, 249, 253.

¹⁵⁰ *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 581; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 246; *Unmuth*, AG 2017, 249, 253.

¹⁵¹ KK-OWiG-Rogall § 130 RN 12.

¹⁵² *Poppe*, in: *Compliance*, 1. II. RN 20.

¹⁵³ *Labinsky*, *Environmental Compliance*, 39, 41 f.

¹⁵⁴ *Faber*, *Anreizbasierte Regulierung*, 34 ff.; *Kort*, NZG 2008, 81; *Kölbel*, ZStW 2013, 499 521; *Labinsky*, *Environmental Compliance*, 42.

¹⁵⁵ *Kort*, NZG 2008, 81; *Labinsky*, *Environmental Compliance*, 42.

¹⁵⁶ *Kölbel*, ZStW 2013, 499, 521.

¹⁵⁷ *Labinsky*, *Environmental Compliance*, 43.

¹⁵⁸ *Moosmayer*, *Compliance*, B. RN 69.

Organisation, die verstärkt laufende und präventive Koordinations- und Kontrollmaßnahmen erfordere, um die Zentrifugalkräfte der Spartenorganisation einzufangen.¹⁵⁹

Großunternehmen sorgten so einerseits dafür, dass sich Marktstandards etablierten, andererseits übten sie unmittelbar Druck auf Lieferanten und Dienstleister aus, ihrerseits Compliance-Programme einzuführen.¹⁶⁰ Bezüglich einzelner Maßnahmen wird zudem von einer „Schrittmacherrolle“ des Aufsichtsrechts gesprochen.¹⁶¹ Auch wenn die rechtliche Bedeutung der aufsichtsrechtlichen Regelungen für die branchenunabhängige Perspektive umstritten ist, werden die spezialgesetzlichen Vorgaben hinsichtlich konkreter Maßnahmen zum Teil als Anhaltspunkt für branchenunabhängige Organisationen zur Legalitätskontrolle herangezogen, soweit die Maßnahme im Aufsichtsrecht eine Lösung für ein verallgemeinerbares Problem darstellt.¹⁶²

In jedem Fall lässt sich feststellen, dass die rechtliche Diskussion hierbei von der Wirklichkeit überholt worden ist.¹⁶³ Während die Literatur schon früh, ab dem Jahr 2003, die Verbindlichkeit bestimmter Modelle und Maßnahmen diskutierte, so bspw. ein Whistleblowing-System, war dies zu diesem Zeitpunkt noch ohne Grundlage in der Praxis. So kritisierte *Hauschka* in seinem 2004 erschienen Beitrag, die im Rahmen der Compliance-Diskussion aufgestellten Anforderungen dürften den Unternehmen fremd erscheinen; die Annahme hätte zur Folge, dass 99 % der Vorstände und Geschäftsführer sich pflichtwidrig verhalten würden.¹⁶⁴ Zwar wurden schon Ende der 1990er Jahre erste Compliance-Maßnahmen festgestellt, diese sollen sich jedoch auf die durch Trainingsmaßnahmen gestützte Implementierung eines Ethikkodex beschränkt haben.¹⁶⁵ Für das Jahr 2000 soll der Verbreitungsgrad von Compliance Management Systemen laut *Labinsky* 37 % betragen haben und 2005 auf 54 % gestiegen sein.¹⁶⁶ *Harbarth/Brechtel* meinen, Vorschläge in der kartellrechtlichen Literatur zu einer Antikartell-Compliance aus dem Jahr 2002 ließen gleichzeitig erkennen, dass sich zu jener Zeit in Deutschland nur wenige Unternehmen mit Anti-Kartell-Compliance auseinandergesetzt hätten und von einer *best practice* nicht die Rede sein könne.¹⁶⁷ Laut der regelmäßigen PwC-Studie sollen erst im Jahr 2007 41 % der Großunternehmen in Deutschland über ein Compliance Management System verfügt haben.¹⁶⁸ Der Unterschied zur Zahl von 54 % insgesamt für das Jahr 2005 lässt sich möglicherweise mit einer unterschiedlichen Begrifflichkeit erklären. Jedenfalls bis 2005 ließ sich noch kein allgemein anerkannter Standard feststellen.¹⁶⁹ Nach der Studie von PwC sollen im Jahr 2005 bspw. nur 23 % der befragten Unternehmen über ein Hinweisgebersystem verfügt haben.¹⁷⁰ Dies bleibt insgesamt ein Problem bei der statistischen Feststellung zur Verbreitung von Compliance-Organisationen in Deutschland. Zwar lässt sich –untechnisch gesprochen – ein

¹⁵⁹ *Eisele*, in: Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. (2007), § 109 RZ 6.

¹⁶⁰ Nach der regelmäßig von PricewaterhouseCoopers (PwC) durchgeführten Studie im Jahr 2018 gab eine deutliche Mehrheit der befragten Unternehmen an (82 %), ihnen sei mittlerweile wichtig bzw. sehr wichtig, dass ihre Lieferanten und Dienstleister über ein CMS verfügen oder eines einführen. Viele Unternehmen berichteten, dass es inzwischen zur Routine gehöre, Compliance-Standards von ihren Lieferanten und Dienstleistern einzufordern. Dieser Erwartungsdruck in Richtung Geschäftspartner geht immer häufiger auch von mittelständischen Unternehmen aus, *Busmann/Nestler/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität 2018, 4.

¹⁶¹ *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 10; kritisch *Bachmann*, VGR 2007, 65, 76: Schrittmacherdiagnose werde zur „self-fulfilling-prophecy“.

¹⁶² MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 65; *Unmuth*, CB 2017, 177, 178 f; vgl. → § 6 II.

¹⁶³ *Moosmayer*, Compliance, B RN 10.

¹⁶⁴ *Hauschka*, ZIP 2004, 877 f.

¹⁶⁵ *Dittmers*, Compliance-Management, 61.

¹⁶⁶ *Labinsky*, Environmental Compliance, 41.

¹⁶⁷ *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 245.

¹⁶⁸ *Busmann/Nestler/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität 2010, 4.

¹⁶⁹ *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 246.

¹⁷⁰ *Busmann/Nestler/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität 2005, 5, 37.

konstanter Anstieg beobachten, auch in der Verbreitung einzelner Maßnahmen. Gleichzeitig blieb und bleibt die Ausgestaltung von Compliance-Organisationen nach wie vor nicht einheitlich.

Die Studie von PwC zeigt den Anstieg von Compliance in Großunternehmen wie folgt: 2007 mit 41 %, 2009 mit 44 %, 2011 mit 52 %, 2013 mit 74 %; 2016 gaben 76 % der Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern an, über ein Compliance Management System (CMS) zu verfügen, bei Großunternehmen mit mehr als 10.000 Mitarbeitern hatten 96 % ein CMS; im Jahr 2018 verfügten 75 % der größeren Unternehmen über ein CMS und bei den größten Unternehmen nahezu alle (97 %).¹⁷¹

KPMG kommt in ihrer Studie 2013 zu einer Verbreitung von 80 % bei börsennotierten Unternehmen und 2015 zu einer Verbreitung von 92 % aller befragten Unternehmen.¹⁷²

Das Bundeskriminalamt (BKA) kommt in einer Studie aus dem Jahr 2015 zu einer Verbreitung von 85,9 % bei allen Unternehmen mit mehr als 10.000 Mitarbeitern.¹⁷³

Im Mittelstand ist die Entwicklung nicht im gleichen Maße fortgeschritten: PwC kommt für das Jahr 2016 zu dem Ergebnis, Unternehmen zwischen 500 und 1000 Mitarbeiter hätten zu 64 % ein CMS, bei 13 % befinde sich eines in Planung, 2018 hätten 60 % dieser Unternehmen Compliance-Programme implementiert.¹⁷⁴

KPMG kommt 2013 zu einer Verbreitung von 60 % bei mittelständischen Unternehmen.¹⁷⁵

Die Studie des BKA kam zu einer Verbreitung von nur 39,3 % bei Unternehmen von 500 bis 1000 Mitarbeitern.¹⁷⁶

Harbarth/Brechtel kommen zu dem Schluss, dass man für kleinere und mittelständische Unternehmen eine eingehende praktische Befassung mit dem Thema rückblickend frühestens 2010 erwarten könne, bei entsprechender Risikoexposition und großen, börsennotierten Gesellschaften möge die Umsetzung einer institutionalisierten Compliance-Organisation unter Umständen aber schon früher zumutbar gewesen sein.¹⁷⁷

Bemerkenswert ist, dass immer mehr Ressourcen in Compliance gesteckt werden. Nach der Studie von PwC im Jahr 2018 habe mehr als jedes zweite Unternehmen sein Budget hierfür in den zwei Jahren davor aufgestockt. Konkret zeige sich dieser positive Trend bei der Personalausstattung der Compliance-Programme.¹⁷⁸ Im Durchschnitt kämen heute rund 1.500 Mitarbeiter auf eine volle bzw. zwei halbe Compliance Officer-Stellen, während es in Deutschland vier Jahre zuvor noch rund 2.400 Mitarbeiter gewesen wären. Für das Banken- und Wertpapierrecht stellen *Gebauer/Niermann* fest, dass Compliance-Abteilungen in den 1990er Jahren zunächst nur ein paar Mitarbeiter beschäftigt hätten, im Jahr 2016 jedoch in Banken, die die gesamte Breite der Dienstleistungen erbrachten, teilweise mehr als 1 % der Gesamtbeschäftigten in diesem Bereich angestellt seien.¹⁷⁹

Inhaltlich ist zu beobachten, dass Antikorruptions-Compliance immer mehr als wesentlich begriffen wird. Stellte PwC im Jahr 2013 nur bei 52 % der befragten Unternehmen eine Antikorruptions-Compliance fest, seien 2018 schon bei 70 % Antikorruptions-Schulungen ein wesentlicher Bestandteil

¹⁷¹ *Bussmann/Nestler/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität 2010, 4; *dies.*, Wirtschaftskriminalität 2013, 4; *dies.*, Wirtschaftskriminalität 2016, 54; *dies.*, Wirtschaftskriminalität 2018, 3.

¹⁷² *KPMG*, Analyse des aktuellen Stands der Ausgestaltung von Compliance Management Systemen in deutschen Unternehmen, 2013, 3; *ders.*, Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2016, 6.

¹⁷³ *BKA*, Compliance-Systeme und ihre Auswirkungen auf die Verfolgung und Verhütung von Straftaten der Wirtschaftskriminalität und Korruption, 2015.

¹⁷⁴ *Bussmann/Nestler/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität 2016, 54; *dies.*, Wirtschaftskriminalität 2018, 24.

¹⁷⁵ *KPMG*, Analyse des aktuellen Stands der Ausgestaltung von Compliance Management Systemen in deutschen Unternehmen, 2013, 3.

¹⁷⁶ *BKA*, Compliance-Systeme und ihre Auswirkungen auf die Verfolgung und Verhütung von Straftaten der Wirtschaftskriminalität und Korruption, 2015.

¹⁷⁷ *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 247, Verweis auf *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 581.

¹⁷⁸ *Bussmann/Nestler/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität 2018, 3.

¹⁷⁹ *Gebauer/Niermann*, in: Corporate Compliance, § 48 RN 15a.

gewesen.¹⁸⁰ Für das Jahr 2019 stellte Deloitte einen Anteil von 87 % der befragten Compliance-Beauftragten fest, die für das Risikofeld Korruption verantwortlich seien.¹⁸¹

Waren Hinweisgebersysteme lange Zeit umstritten – 2009 und 2010 stellte PwC eine Verbreitung von nur 34 % fest¹⁸² – würden sich diese laut PwC mittlerweile zum Standard entwickeln: „Die Mehrheit der Unternehmen bietet nicht nur einen internen Ansprechpartner an, sondern auch eine telefonische Hotline (57 %), ein webbasiertes System (35 %) oder eine Ombudsperson (29 %). 86 % der Unternehmen sehen mindestens einen dieser Kommunikationskanäle vor.“¹⁸³ Deloitte stellt 2019 fest, nur 13 % der befragten Unternehmen hätten kein Hinweisgebersystem.¹⁸⁴ Nur 6 % der Unternehmen würden keine Compliance-Schulungen anbieten.¹⁸⁵

III. Die rechtliche Diskussion: Der Streit um das „Mehr“ an praktischen Maßnahmen

Die rechtliche Diskussion verlief parallel zu dieser praktischen Verbreitung.¹⁸⁶ Jenseits der branchenspezifischen Regelungen insbesondere im Bankensektor hatte das Thema Compliance-Organisationen im deutschen Schrifttum Ende der 1990er Jahre und Anfang der 2000er Jahre noch keinen allzu hohen Stellenwert.¹⁸⁷ Die Ausführungen *Assmanns* und insbesondere *Uwe H. Schneiders* aus den 1990er Jahren,¹⁸⁸ die die Möglichkeit einer branchenunabhängigen Compliance-Organisation in den Raum gestellt hatten, blieben ohne Resonanz. Dies, obwohl erste Unternehmen bereits Compliance-Organisationen eingerichtet hatten; der DCGK in der Fassung vom 7.11.2002 in Ziff. 4.1.3 klarstellte (auch wenn der Begriff Compliance noch nicht ausdrücklich genannt wurde): Der Vorstand habe für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen und auf deren Beachtung durch Konzernunternehmen hinzuwirken;¹⁸⁹ und der Tatsache, dass der Sarbannes-Oxley-Act schon im Jahr 2002 auch ausländische Firmen zu Compliance-Maßnahmen verpflichtete, sofern diese an der US-amerikanischen Börsen notiert waren.¹⁹⁰ Selbst *Uwe H. Schneider* griff seine Überlegungen aus dem Jahr 1996 erst im Jahr 2003 wieder auf.¹⁹¹ Damit lieferte er jedoch den „Startschuss“ zusammen mit einem Beitrag *Fleischers*¹⁹² für die Diskussion einer allgemeinen Compliance-Pflicht.¹⁹³

Uwe H. Schneider nahm im Wege einer Rechtsanalogie zu diversen normierten Organisationspflichten eine allgemeine Verpflichtung aller Unternehmen zur Einrichtung einer umfassenden Compliance-Organisation an.¹⁹⁴ Zwar seien die möglichen Konfliktbereiche je nach Branche, Größe und Ausrichtung des Unternehmens unterschiedlich, sodass die Compliance-Maßnahmen sich unterscheiden würden.

¹⁸⁰ *Bussmann/Nestler/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität 2013, 4; *dies.*, Wirtschaftskriminalität 2018, 4.

¹⁸¹ *Deloitte*, The Future of Compliance 2019, 30.

¹⁸² *Bussmann/Nestler/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität 2009, 4; *dies.*, Wirtschaftskriminalität 2010, 4.

¹⁸³ *Bussmann/Nestler/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität 2018, 4.

¹⁸⁴ *Deloitte*, The Future of Compliance 2019, 35.

¹⁸⁵ *Deloitte*, The Future of Compliance 2019, 36.

¹⁸⁶ *Kremer/Klahold*, in: Hb. Managerhaftung, § 25 RN 2.

¹⁸⁷ *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 245.

¹⁸⁸ *Assmann*, AG 1994, 237, 256; *Uwe H. Schneider*, ZGR 1996, 225.

¹⁸⁹ Abrufbar unter: <https://www.dcgk.de/de/kodex/archiv.html> zuletzt aufgerufen am 25.5.2021.

¹⁹⁰ Vgl. *Unmuth*, AG 2017, 249, 253: „Ausländische Unternehmen werden zwar an einzelnen Stellen Erleichterungen zugesprochen, um ihre Abwendung vom US-Kapitalmarkt zu verhindern. Die verbleibenden Vorgaben decken sich aber nicht mit denen des deutschen Rechts so dass der SOA auch in deutschen Aktiengesellschaften Anpassungen erforderlich macht.“

¹⁹¹ *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645.

¹⁹² *Fleischer*, AG 2003, 291.

¹⁹³ *Bürkle*, in: Der Compliance Officer, § 1 RN 9; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 245; *Unmuth*, AG 2017, 249, 253; im kartellrechtliche Schrifttum wurde die Diskussion um Compliance-Organisation schon früher angestoßen; vgl. *Wirtz*, WuW 2001, 342; *Lampert*, BB 2002, 2237.

¹⁹⁴ *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 649.

Trotzdem bleibe das Grundproblem dasselbe. Des Weiteren formulierte *Uwe H. Schneider* Mindestanforderungen an eine Compliance-Organisation – unter dem Vorbehalt, dass diese von den Unternehmensumständen bestimmt seien: unternehmensbezogene Compliance-Standards („Pflichtenheft“), die dauerhafte Überwachung dieser Standards, Compliance-Trainingsprogramme für Mitarbeiter, die Bestellung eines Compliance-Beauftragten, die Einrichtung einer Hotline, die Ahndung von Verstößen und die Berichterstattung über die internen Kontrollen.¹⁹⁵

Diesen Ausführungen widersprach *Hauschka* wenig später: Eine Rechtspflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation könne er nicht erkennen.¹⁹⁶ Ein Mittelständler, der über alle Einzelheiten seines Unternehmens Bescheid wisse und für die Einhaltung der Gesetze Sorge, erfülle alle Anforderungen, die an ihn gestellt würden.¹⁹⁷ Eine Compliance-Pflicht, wie sie vorgeschlagen sei, bedeute für 99 % der Geschäftsleiter, dass diese sich pflichtwidrig verhielten. Bspw. könne kein vollumfängliches Pflichtenheft verlangt werden; in vielen Fällen reiche ein Rundschreiben und nur notfalls sei ein Verhaltenskodex notwendig.¹⁹⁸ Die Aufklärungspflicht der Unternehmen sei im Normalfall mit einer eindeutigen Grundeinstellung, mit Schulungen und mit der Bereitstellung von Informationen erfüllt. Auch die Bestellung eines Compliance-Beauftragten sei nur sinnvoll, falls die Leitungsebene nicht in der Lage sei, alle Compliance-Verstöße selbst zu überwachen.¹⁹⁹ In jedem Fall sei die Geschäftsleitung aber verpflichtet, nach Bekanntwerden von Gesetzesverstößen, Disziplinarmaßnahmen zu ergreifen.²⁰⁰

Die Diskussion war damit angestoßen.²⁰¹ Diskutiert wurden insbesondere die praktischen Anforderungen an eine umfassende Compliance-Organisation: Neben der Empfehlung, den Bereich Compliance dem Ressort eines bestimmten Vorstands- oder Geschäftsführungsmitglieds zuzuweisen, ging es um die Bestellung eines Compliance-Beauftragten, Schulungen und Handbücher für Mitarbeiter, Aufbau von Vertraulichkeitsbereichen, die Bereitstellung von Ombudspersonen oder einer Whistleblowing-Hotline.²⁰²

Streitig war dabei – trotz der missverständlichen Verwendung des Begriffs Compliance – nicht, ob es überhaupt eine Pflicht der Unternehmensleitung gibt, für die Gesetzeseinhaltung im Unternehmen zu sorgen, sondern ob dies ein umfassendes, institutionalisiertes System nach standardisiertem Muster erfordert.²⁰³ Dabei wurde schon früh festgestellt, dass die Legalitätskontrollpflicht und damit auch eine mögliche Pflicht zur Einrichtung einer institutionalisierten Compliance-Organisation abhängig von den Unternehmensumständen sei.²⁰⁴ Auch ein grundsätzliches Ermessen der Unternehmensleitung zur Ausgestaltung der Legalitätskontrolle wurde nicht infrage gestellt. Genauso wurden grobe Linien für die Legalitätskontrolle in jedem Unternehmen festgehalten: Information der Mitarbeiter, Kontrolle der Einhaltung (Stichproben) und Sanktionierung von Verstößen.

¹⁹⁵ *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 649.

¹⁹⁶ *Hauschka*, ZIP 2004, 877 f.

¹⁹⁷ *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 878.

¹⁹⁸ *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 880 f.

¹⁹⁹ *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 881.

²⁰⁰ *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 881.

²⁰¹ Vgl. nur *Bachmann/Prüfer*, ZRP 2005, 109; *Bürkle*, BB 2005, 565; im Übrigen *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 245; *Unmuth*, AG 2017, 249, 254 m.w.N.

²⁰² Vgl. schon *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 6450; *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 881 f.; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 245 m.w.N.

²⁰³ Vgl. *Bachmann*, VGR 2007, 65, 76; *Hüffer-Koch* § 76 RN 13; *Baur/Holle*, NZG 2018, 14, 18 f.; *Unmuth*, AG 2017, 249, 254.

²⁰⁴ Vgl. schon *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 649; *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 881; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 68; *Unmuth*, AG 2017, 249, 254 m.w.N.

Die Frage der Rechtsgrundlage wurde zwar ebenso diskutiert, mitunter unter größerem Begründungsaufwand, trotzdem spielte diese Diskussion für die praktische Ausgestaltung kaum eine Rolle.²⁰⁵

Unmuth schreibt, spätestens ab dem Jahr 2005 sei sich das Schrifttum einig gewesen, dass Geschäftsleiter „etwas tun müssen.“²⁰⁶ Dies ist jedoch missverständlich. Tatsächlich unterschieden sich die Grundprinzipien, auf die sich die h.M. einigen konnte, kaum von denen, die die Judikatur zur Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation schon in den 1980er Jahren entwickelt hatte. Die Frage, ab wann Unternehmensleiter sozusagen „mehr tun müssen“ und vor allem welche Maßnahmen dadurch konkret erforderlich werden, war zu diesem Zeitpunkt nicht geklärt und ist es bis heute nicht.²⁰⁷

IV. Weitere Entwicklung: Flut an Veröffentlichungen, Organisations-Standards und das Neubürger-Urteil

Praktisch ist die Diskussion mit Blick auf spektakuläre Verfahren und die tatsächliche Verbreitung von Compliance-Organisationen in deutschen Unternehmen von der Wirklichkeit überholt worden. Als eines der bedeutendsten Ereignisse gilt die Siemens-Korruptionsaffäre im Jahr 2006, mit einer „explodierende Zahl einschlägiger Aufsätze und Handreichungen“ als Reaktion.²⁰⁸ Im Jahr 2007 wurde der Begriff in der Neufassung des DCGK vom 14. Juli 2007 erstmals verwendet²⁰⁹ und *Hauschka*s Standardwerk „Corporate Compliance“ erschien im selben Jahr in Erstauflage.²¹⁰ Seit dem Folgejahr erscheint zudem mit der Corporate Compliance Zeitschrift eine spezielle Fachzeitschrift, die Compliance-Themen gerade auch aus Sicht der Compliance Officer aufgreift.²¹¹ Auch die Finanzkrise zeigte ihren Einfluss. Die These wurde aufgestellt, Defizite in der Führung und Überwachung der Institute seien ein wesentlicher Faktor für den Ausbruch der Finanzkrise gewesen.²¹² Insbesondere im Bereich der Reichweite des Ermessensspielraums des Vorstands setzte sich eine Auffassung durch, die diesen Spielraum wieder enger zog.²¹³ Schließlich blieb der Skandal um Siemens kein Einzelfall und das Thema Compliance fand 2009 sogar Eingang in den Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und FDP, die erklärten, sich für eine Verantwortungskultur in Unternehmen einsetzen zu wollen.²¹⁴ Spätestens seit 2010 erreichte die einschlägige Literatur zu Compliance in seiner Breite einen kaum noch zu überschauenden Umfang.²¹⁵

Gerichtsurteile zu Compliance-Problemen erfolgten zunächst nur im Strafrecht, sodass die Rechtsprechung der Strafrechtssenate des BGH zunehmend Einfluss auf die Compliance-Praxis in den

²⁰⁵ MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 52.

²⁰⁶ *Unmuth*, AG 2017, 249, 254.

²⁰⁷ So im Ergebnis aber auch *Unmuth*, AG 2017, 249, 254; vgl. → § 5.

²⁰⁸ *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 581; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 246; *Unmuth*, AG 2017, 249, 253.

²⁰⁹ *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 9 f.

²¹⁰ *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 9 f.

²¹¹ *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 9 f.

²¹² *Binder*, ZGR 2018, 88, 90; *EU-Kommission*, Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, KOM/2010/324; *OECD*, Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages, 2009, www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/43056196.pdf zuletzt aufgerufen am 25.5.2021.

²¹³ Vgl. *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 640 m.w.N.

²¹⁴ Vgl. *Unmuth*, AG 2017, 249, 255; Koalitionsvertrag, 23, abrufbar unter https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=83dbb842-b2f7-bf99-6180-e65b2de7b4d4&groupId=252038 zuletzt aufgerufen am 25.5.2021.

²¹⁵ *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 9; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 247.

Unternehmen ausübte.²¹⁶ Zu nennen sind die Siemens-Entscheidung aus dem Jahr 2008, in der der Verstoß eines leitenden Angestellten gegen unternehmensinterne Compliance-Vorgaben im Rahmen der Untreuestrafbarkeit berücksichtigt wurde,²¹⁷ sowie die BSR-Entscheidung aus dem Jahr 2009, in der das Gericht in einem *obiter dictum* den Compliance Officer für den Regelfall als Garanten i.S.v. § 13 Abs. 1 StGB eingestuft hat.²¹⁸ Doch auch außerhalb des Strafrechts tauchten Einzelaspekte zu Compliance-Problemen auf, die jedoch weniger Aufsehen erregten.²¹⁹ Das OLG Jena unterstrich die Konzerndimension der Überwachungspflicht der Geschäftsleiter,²²⁰ das OLG Brandenburg machte Aufsichtsräte haftbar,²²¹ das LAG Rheinland-Pfalz bestätigte die außerordentliche Kündigung eines Mitarbeiters wegen Korruption.²²²

Spätestens ab den 2010er Jahren begann sich eine eigene Industrie externer Rechtsberater und Wirtschaftsprüfer im Bereich Compliance zu etablieren.²²³ Standards, wie die im Jahr 2011 durch das Institut der Deutschen Wirtschaftsprüfer (IDW) erlassenen „Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen (CMS)“ (IDW PS 980), der Standard des TÜV Rheinland TR CMS 101:2011 aus dem Jahr 2011, der Standard der International Organization of Standardisation (ISO) 19600:2014 aus dem Jahr 2014 bieten darauf basierende Prüfungen und Zertifikate an, deren Rechtsfolgen jedoch Gegenstand lebhafter Debatten sind.²²⁴ Triebfeder dieser Entwicklung sind und waren sicherlich auch die bestehende Unsicherheit, die durch Urteile wie zur Garantenhaftung nur noch zugenommen hatte.²²⁵ *Moosmayer* meint, den Wirtschaftsprüfern sei der „Siegesszug“ auf dem Feld der Compliance auch deshalb nicht zu nehmen, da Unternehmen und ihre Leitungen durch die (gesetzliche) Systematik der Abschlussprüfung seit vielen Jahren auf die Erlangung von Testaten bzw. Zertifizierungen hin konditioniert seien.²²⁶ Obwohl die h.L. der Standardisierung von Organisationsanforderungen sehr skeptisch gegenübersteht, sind in größeren Unternehmen Compliance Management Systeme (CMS) etabliert.²²⁷ Global agierende Unternehmen stellen zudem ein weltweit einheitliches Compliance-Muster für alle Tochterunternehmen auf, das sich am strengsten Standard orientiert, was meist der US-amerikanische ist.²²⁸

Die bisher jedenfalls aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive wichtigste und soweit ersichtlich auch einzige Entscheidung zum Thema Compliance erging im Jahr 2013 durch das LG München I.²²⁹ Hintergrund waren das System sog. schwarzer Kassen (Bilanzverschleierungen, um Korruptionszahlungen zu finanzieren), was schon im Jahr 2006 aufgedeckt wurde und zur Siemens-Entscheidung im Jahr 2008 führte. Im Neubürger-Verfahren klagte die Siemens-AG gegen ihr früheres

²¹⁶ *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 10.

²¹⁷ BGH, 29.08.2008 – 2 StR 587/07 = NJW 2009, 89.

²¹⁸ BGH, 17.07.2009 – 5 StR 394/08 = NJW 2009, 3173, 3175.

²¹⁹ Überblick bei *Klindt/Pelz/Theusinger*, NJW 2010, 2385; darauf aufbauend *Unmuth*, AG 2017, 249, 256.

²²⁰ OLG Jena, 12.8.2009 – 7 U 244/07 = AG 2010, 376 = NZG 2010, 226: Geschäftsleiter hätten die Pflicht, in der Buchhaltung ihres Unternehmens ein Überwachungssystem einzurichten, das konzernweit dazu beiträgt, Scheinbuchungen zu verhindern.

²²¹ OLG Brandenburg, 17.2.2009 – 6 U 102/07 = AG 2009, 662 = ZIP 2009, 866: Mitglieder eines freiwilligen Aufsichtsrats einer GmbH hatten den Geschäftsführer nicht rechtzeitig auf seine Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags hingewiesen.

²²² LAG Rheinland-Pfalz, 16.1.2009 – 9 Sa 572/08 = BeckRS 2009, 56479.

²²³ *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 16; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 247.

²²⁴ Vgl. → § 6 III.

²²⁵ *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 247.

²²⁶ *Moosmayer*, NJW 2012, 3013, 3016.

²²⁷ *MüKo-AktG-Spindler* § 91 RN 67; *GK-Hopt* § 91 RN 141; *Hüffer-Koch* § 76 RN 15; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 403.

²²⁸ *KBLW-Bachmann/Kremer* G.5 RN 25.

²²⁹ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 348 – Neubürger.

Vorstandsmitglied *Heinz Joachim Neubürger*, der als einziger einen Vergleich mit dem Aufsichtsrat bezüglich eines Schadensersatzanspruches abgelehnt hatte. Das Gericht verurteilte daraufhin den Beklagten zur Zahlung in Höhe von EUR 15 Mio. an die Gesellschaft.

Seiner Organisationspflicht genüge „der Vorstand bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle ausgelegte Compliance-Organisation einrichtet.“²³⁰ Die Compliance-Organisation hätte nach Ansicht des Gerichts „strengen Sorgfaltsmaßstäben“ genügen müssen, weil das Unternehmen auch in korruptionsanfälligen Ländern wie Nigeria tätig gewesen sei.²³¹ Außerdem habe das Listing an der New York Stock Exchange ein „ausgefeiltes Compliance-System“ erforderlich gemacht, um den Buchführungsvorschriften des Foreign Corrupt Practices Act zu genügen.²³² Hauptvorwurf war zudem, dass dem Beklagten immer wieder verdächtige Fälle von Bestechungszahlungen geschildert worden seien, er eine Überprüfung der Effizienz des bestehenden Compliance-Systems jedoch unterlassen habe.²³³ Weiter stellte das Gericht fest, der Vorstand habe bekannte Rechtsverletzungen weder ausreichend untersucht, noch geahndet.²³⁴ Auch sei der Vorstand verpflichtet gewesen, die Hauptverantwortung für Compliance auf der Vorstandsebene klar zuzuordnen.²³⁵ Jedoch könnten einzelne Vorstandsmitglieder sich im Zweifel nicht damit entlasten, sie seien kraft Ressortverteilung nicht für Compliance zuständig.²³⁶ Personen, die mit der Überwachung der Compliance-Vorgaben beauftragt wären, hätten hinreichende Befugnisse haben müssen, Konsequenzen aus Verstößen zu ziehen.²³⁷

Ausdrücklich offen ließ das Gericht, ob die Rechtsgrundlage für eine solche Pflicht bereits unmittelbar aus § 91 Abs. 2 AktG oder aus der allgemeinen Leitungspflicht der §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG herzuleiten sei.²³⁸ Entscheidend für den Umfang des Compliance-Systems im Einzelfall seien „Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften, die geografische Präsenz wie auch die Verdachtsfälle aus der Vergangenheit.“²³⁹ *Bachmann* liest aus der entsprechenden Passage, dass sich das grundsätzlich angenommene Handlungsermessen des Vorstands für die Ausgestaltung des Compliance-Systems („Wie“) nach dem Gericht hier auf Null reduziert habe.²⁴⁰ Auch *Fleischer* interpretiert das Urteil in diese Richtung, da sich auch nach herrschender Lehre eine Einschränkung dieses Ermessens im Einzelfall ergeben könne, insbesondere durch Vorkommnisse im eigenen Unternehmen, und da die Siemens AG nach Auffassung des Gerichts „strengen Sorgfaltsmaßstäben“ hätte genügen müssen.²⁴¹ Andere Autoren verweisen demgegenüber darauf, dass die Kriterien, die das Gericht zur Ausgestaltung des Umfangs aufgestellt habe, für einen Handlungsspielraum sprechen würden.²⁴² *Nietsch* bezweifelt aber, dass das Gericht die Business Judgement Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG für anwendbar hielte, da weder der Paragraph, noch der Begriff verwendet würden und das Gericht die vom Vorstand getroffenen Organisationsmaßnahmen hinsichtlich ihrer Tauglichkeit zur Erfüllung der Compliance-Pflicht jedenfalls im Ergebnis unmissverständlich für vollumfänglich nachprüfbar hielte.²⁴³

²³⁰ A.a.O., RN 103.

²³¹ A.a.O., RN 108.

²³² A.a.O., RN 108.

²³³ A.a.O., RN 111.

²³⁴ A.a.O., RN 106.

²³⁵ A.a.O., RN 112.

²³⁶ A.a.O., RN 74.

²³⁷ A.a.O., RN 113.

²³⁸ A.a.O., RN 103.

²³⁹ A.a.O., RN 103.

²⁴⁰ *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 580.

²⁴¹ *Fleischer*, NZG 2014, 321, 324.

²⁴² GK-Kort § 91 RN 122, 139; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 639 f.; *Oppenheim*, DStR 2014, 1063, 1065.

²⁴³ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 639 f.

V. Aktuelle Diskussionspunkte; insbesondere CSR und Verbandssanktionsgesetz

Seit der Neubürger-Entscheidung ist es in gewisser Hinsicht „ruhiger“ um das Thema Compliance-Organisationen geworden. Zwar zeigt allein die praktische Verbreitung von Compliance Management Systemen in deutschen Unternehmen die ungebrochene und weiter steigende Relevanz von Compliance-Organisationen, doch der Diskussionsbedarf scheint, zumindest in der wissenschaftlichen Literatur, abgenommen zu haben. Nach wie vor bleibt das Neubürger-Urteil der einzige Bezugspunkt, soweit es um die konkrete Ausgestaltung nicht-bereichsspezifischer Compliance-Organisationen geht, jedenfalls, was die nach h.M. angesehene rechtliche Verbindlichkeit anbelangt. Jenseits davon bleibt die Literatur hinsichtlich weiterer inhaltlicher Vorgaben zum Großteil skeptisch.²⁴⁴

Das soll nicht heißen, dass die Entwicklung von Compliance abgeschlossen ist. Im Gegenteil werden im Rahmen bereichsspezifischer Regularien die Anforderungen in diesem Bereich nur weiter erhöht. Beispielhaft steht dafür jüngst auch die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), die von den Unternehmen die Einführung umfangreicher Prozesse fordert, was letztlich wohl nur durch ein komplexes Datenschutz-Management-System (DMS) erfüllt werden kann.²⁴⁵

Aktuell ist auch (wieder) das Thema Whistleblowing. Die h.M. hielt eine Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems bislang für nicht zwingend.²⁴⁶ Der DCGK dagegen regt dazu nach A.2 an: „Beschäftigten soll auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben; auch Dritten sollte diese Möglichkeit eingeräumt werden.“ Im Dezember 2019 trat jedoch die Whistleblowing-Richtlinie in Kraft.²⁴⁷ Diese verpflichtet nach Art. 8 die Mitgliedsstaaten, sicherzustellen, „dass juristische Personen des privaten und öffentlichen Sektors Kanäle und Verfahren für interne Meldungen und für Folgemaßnahmen einrichten.“ Nach Art. 8 Abs. 3 gilt dies nur „für juristische Personen des privaten Sektors mit 50 oder mehr Arbeitnehmern.“ Aufgrund der begrenzten Kompetenz der EU ist der Anwendungsbereich der Whistleblowing-RL auf Verstöße gegen EU-Recht beschränkt.²⁴⁸ Die Mitgliedstaaten haben bis zum 17.12.2021 Zeit, diese Vorgaben umzusetzen. Gewisse Entscheidungen über Reichweite und Umfang des Hinweisgeberschutzes hat die Richtlinie aber auch ausdrücklich in die Hände der Mitgliedstaaten gelegt.²⁴⁹

1. Corporate Social Responsibility (CSR)

Ein weiteres Thema ist CSR, dessen Verhältnis zu Compliance grundsätzlich schwer zu fassen ist, sich aber durch jüngere und mögliche zukünftige Entwicklungen nochmals verkompliziert hat.

CSR ist ein sehr schwammiger Begriff, mit unterschiedlicher Bedeutung.²⁵⁰ Als Label umschreibt es vor allem in den USA seit den 1960er Jahren den Versuch, Unternehmen stärker in die Verantwortung zu

²⁴⁴ Vgl. → § 5 III. 1.

²⁴⁵ *Makowicz*, BB 2018, 556, 557; Überblick bei *Jung*, ZD 2018, 208.

²⁴⁶ *KBLW-Bachmann* A.2 RN 10; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 63; *Hüffer-Koch* § 76 RN 18; *GK-Kort* § 91 RN 153; *KK-OWiG-Rogall* § 130 RN 51; *MüKo-GmbHG-Stephan/Tieves* § 37 RN 29; *Baur/Holle*, AG 2017, 379, 380 m.w.N.

²⁴⁷ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. L 305, 17.

²⁴⁸ *Altenbach/Dierkes*, CCZ 2020, 126.

²⁴⁹ *Schmolke*, NZG 2020, 5, 7.

²⁵⁰ *Hiß* kritisiert, dass die Übernahme dieses Konzeptes in Deutschland seit den 1990er Jahren im Zusammenhang mit der Auflösung institutionalisierter Strukturen sozialer Verantwortung von Unternehmen gesehen werden müsse: „Indem Unternehmen einerseits an ihrer eigenen Entbindung von verpflichtenden Regeln und Gesetzen mitwirken, gewinnen sie neuen Spielraum, auf freiwilliger Basis Verantwortungsübernahme zu demonstrieren und über diese Demonstration guten Willens gesellschaftliche Legitimation zu erzielen. Die gesamtgesellschaftliche Summe unternehmerischer Verantwortungsübernahme erhöht sich dadurch jedoch

nehmen als dies nach geltendem Recht der Fall gewesen ist und sog. *governing gaps* zu schließen; insbesondere, um zu verhindern, dass Unternehmen durch Produktionsverlagerungen geringe Sozial- und Umweltstandards in Drittländern ausnutzen.²⁵¹ Lange Zeit wurde dies als sog. *business case* behandelt und damit allein den Unternehmen in Selbstregulierung überlassen.²⁵² Diese sollten Geschäftsstrategien entwickeln, die Profitstreben mit Wohlverhalten verbinden und gleichzeitig einen Markt zur Etablierung von CSR-Standards entstehen lassen. Entscheidendes Merkmal war danach die Freiwilligkeit.²⁵³

Sofern CSR diese – vor allem angelsächsisch geprägte – Bedeutung der gesellschaftspolitischen Rolle von Unternehmen einnimmt, als rein freiwillige, soziale Verantwortung, besteht auf den ersten Blick ein bedeutender Unterschied zu Compliance-Maßnahmen, bei denen es um die Einhaltung der verpflichtenden Gesetze geht. Trotzdem lässt sich auch eine Konvergenz der Institute feststellen. *Fleischer* meint, da die Aufgabe der Beachtung des Allgemeinwohls inzwischen in Schutzvorschriften aufgegangen sei, sei CSR heute gleichbedeutend mit Compliance.²⁵⁴ Auch *Spießhofer* fragt, ob in hoch regulierten Staaten wie in Europa oder den USA mit detaillierten Arbeits- und Umweltschutzgesetzgebungen Compliance mit geltendem Recht als ausreichend erachtet werden könne.²⁵⁵ Darin klingt der letztlich nicht zweifelsfrei nachweisbare Ausspruch *Milton Friedmanns* an: „the business of business is business“.²⁵⁶ Für sich genommen lassen sich diese Aussagen als eher restriktiv in Bezug auf eine mögliche stärkere soziale Verantwortung von Unternehmen lesen, indem die Erwartung sozialer Verantwortung quasi auf das gesetzliche Maß heruntergeschraubt wird. Tatsächlich zeigt jedoch bspw. die Entwicklung der Korruptionsstrafbarkeit, dass *governing gaps* vor allem in ausländischen Rechtsordnungen in den letzten Jahrzehnten zum Teil durch inländische Regularien aufgefangen werden, indem eine strenge Haftung für Verstöße in Drittländern statuiert wurde. Eine ähnliche Entwicklung zeigt auch die Diskussion um die Haftung für Menschenrechtsverletzungen in Drittländern.²⁵⁷ Insofern werden Themen, die die Unternehmen zunächst auf mehr oder weniger freiwilliger Basis bearbeitet haben, durch inländische Regulierung ganz konkret zum Compliance-Risiko.

Insbesondere seit den letzten zehn Jahren ist das politische Klima ein anderes. Ausdruck findet dies bspw. in Absatz 2 der Präambel des DCGK, in dem die gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen nun ausdrücklich festgehalten ist.²⁵⁸ Allgemein lässt sich eine stärker regulatorische Akzentuierung des CSR-Themas in den letzten Jahren beobachten.²⁵⁹ Hintergrund dieser Entwicklung

keineswegs. Im besten Fall ist noch von einem ‚verantwortungstechnischen‘ Nullsummenspiel auszugehen, in schlechteren Szenarien von einem realen und effektiven Verantwortungsverlust.“ (zfwu 10/3 (2009), 287, 299); vgl. auch *dies.*, Berliner Debatte Initial 18 (2007), 6 f.

²⁵¹ *Micklitz*, in: *Privatrechtstheorie*, Bd. 1, 1654; *Spießhofer*, NZG 2018, 441, 443.

²⁵² *Micklitz*, in: *Privatrechtstheorie*, Bd. 1, 1654, 1657.

²⁵³ Vgl. *Europäischen Kommission*, Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“ KOM (2001) 366; *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 43.

²⁵⁴ *Fleischer*, AG 2017, 509, 512.

²⁵⁵ *Spießhofer*, NZG 2018, 441, 444.

²⁵⁶ *Fleischer*, AG 2017, 509, 517; *Micklitz*, in: *Privatrechtstheorie*, Bd. 1, 1654, 1657; *Friedmann*, *The New York Times Magazine*, 13.09.1970: „The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits“.

²⁵⁷ *Fleischer*, AG 2017, 509, 520 f.

²⁵⁸ „Die Gesellschaft und ihre Organe haben sich in ihrem Handeln der Rolle des Unternehmens in der Gesellschaft und ihrer gesellschaftlichen Verantwortung bewusst zu sein. Sozial- und Umweltfaktoren beeinflussen den Unternehmenserfolg. Im Interesse des Unternehmens stellen Vorstand und Aufsichtsrat sicher, dass die potenziellen Auswirkungen dieser Faktoren auf die Unternehmensstrategie und operative Entscheidungen erkannt und adressiert werden.“

²⁵⁹ *Ahern*, ECFR 2016, 599, 605; *Micklitz*, in: *Privatrechtstheorie*, Bd. 1, 1654, 1656, 1666; *Spießhofer*, NZG 2018, 441.

sind u.a. die UN Guiding Principles on Business and Human Rights, die OECD Guidelines for Multinational Enterprises und die neue EU Strategie für die soziale Verantwortung von Unternehmen, alle aus dem Jahr 2011. Insbesondere die EU vollzieht damit ausdrücklich einen Strategiewechsel.²⁶⁰

Eine Folge davon ist der sog. Nationale Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte (NAP), mit dem den wachsenden Problemen produktionsbezogener Menschenrechtsverletzungen begegnet werden soll.²⁶¹ Im Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode heißt es dazu: „Falls die wirksame und umfassende Überprüfung des NAP 2020 zu dem Ergebnis kommt, dass die freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen nicht ausreicht, werden wir national gesetzlich tätig und uns für eine EU-weite Regelung einsetzen.“²⁶² Aktueller Diskussionspunkt ist entsprechend ein sog. Lieferkettengesetz.

Eine weitere Folge ist die Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung nach § 286b f. HGB für bestimmte große Unternehmen. Zum Gegenstand solcher Erklärung gehören nach § 289c Abs. 1 und 2 HGB u. a. Angaben zu typischen Compliance-Risiken wie Korruptionsbekämpfung oder zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen. Ferner verlangt § 289c Abs. 3 HGB, dass Unternehmen zu den genannten Aspekten u. a. weiter erörtern, welche und wie erfolgreiche Konzepte dabei verfolgt werden sowie welche Risiken in Bezug auf diese Aspekte bestehen und wie diese gehandhabt werden.

Dabei sind auch die Bereiche der „klassischen“ CSR und Compliance weniger weit voneinander entfernt, als dies auf den ersten Blick den Anschein haben mag. Soweit insbesondere die Entwicklung branchenunabhängiger Compliance-Organisationen mit dem rein unternehmerischen Risiko von Gesetzesübertretungen begründet wird, indem auch Öffentlichkeitserwartungen und Stakeholder-Interessen miteinbezogen sind, drücken sich in CSR und Compliance letztlich vergleichbare Interessen aus. Nochmals weiter konvergieren diese Perspektiven dadurch, dass sich der Begriff des Compliance-Risikos in den letzten Jahren gewandelt hat. Denn auch dazu gibt es keine allgemeine Definition.²⁶³ Fielen zunächst nur Gesetze darunter, werden nach einem inzwischen verbreiteten Verständnis davon auch unternehmerische Richtlinien erfasst.²⁶⁴ In jüngster Zeit verbinden Unternehmen mit Compliance allerdings eine noch weitergehende Zielsetzung, indem nicht nur die Legalität, sondern auch die Legitimität unternehmerischen Handelns vorausgesetzt wird.²⁶⁵ Dahinter verbirgt sich die Annahme, dass nur eine besondere Integritätskultur nachhaltigen Erfolg sichere.

2. Verbandssanktionsgesetz

Abschließend ist noch auf das neue Verbandssanktionsgesetz hinzuweisen, das hier jedoch nur kurz vorgestellt werden soll. Das Verbandssanktionsgesetz stellt letztlich die Antwort auf die Diskussion zu einem Unternehmensstrafrecht dar, über das lange gestritten worden ist.²⁶⁶ Prinzipiell kennt das deutsche Recht keine Unternehmensschuld im strafrechtlichen Sinne, sondern „nur“ die Möglichkeit,

²⁶⁰ Vgl. *EU-Kommission*, Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“ KOM (2001) 366; in dem CSR den Unternehmen noch in Selbstregulierung überlassen wurde; im Gegensatz dazu steht die *renewed strategy for CSR* aus dem Jahr 2011, COM (2011) 681.

²⁶¹ *Monnheimer/Nedelcu*, ZRP 2020, 205.

²⁶² Koalitionsvertrag RZ 7382,

<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021.

²⁶³ *Mülbart/Wilhelm*, ZHR 178 (2014), 502, 521.

²⁶⁴ Vgl. *Arnold*, ZGR 2014, 76, 79; *KBLW-Bachmann A.2* RN 12.

²⁶⁵ *Bürkle*, in: *Der Compliance Officer*, § 1 RN 6; *Kremer/Klahold*, in: *Hb. Managerhaftung*, § 25 RN 1; *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 759.

²⁶⁶ Beispielhaft dafür steht der Entwurf der Landesregierung NRW schon im Jahr 2013, https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/TOP_II_5_Gesetzentwurf.pdf, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021; Vgl. *Baur/Holle*, ZRP, 2019, 186 f. m.w.N.

Unternehmen nach Ordnungswidrigkeitenrecht zu belangen. Insofern gab es schon immer Stimmen, die es für dogmatisch denkbar und rechtspolitisch wünschenswert gehalten haben, diese Lücke zu schließen und ein „echtes“ Unternehmensstrafrecht einzuführen.²⁶⁷ Doch auch darüber hinaus wurde das bestehende Modell als reformbedürftig erachtet:

Zum einen gewährleiste das geltende Recht keine gleichmäßige Sanktionierung.²⁶⁸ Im Gegensatz zum Strafrecht gilt für das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht das Legalitätsprinzip (vgl. § 170 Abs. 1 StPO), sondern die Verfolgung wird in das Ermessen der Verfolgungsbehörden gestellt (§ 47 OWiG). Es würden sich dadurch teilweise erhebliche sektorspezifische und regionale Unterschiede bei der Rechtsanwendung zeigen, die häufig vom Verfolgungs- und Sanktionierungsstil der jeweils zuständigen Behörden abhingen und nicht frei von politischen Grundentscheidungen seien.²⁶⁹

Auch die Regelobergrenze der Verbandsgeldbuße von EUR 5 Mio. bzw. EUR 10 Mio. stelle eine spürbare Sanktion nicht in jedem Fall sicher und privilegiere größere und finanzstarke Unternehmen.²⁷⁰ Spezialgesetzliche Regelungen sehen teilweise abweichende und häufig umsatzbezogene Obergrenzen vor (etwa § 81 Abs. 4 GWB a.F.; § 120 Abs. 17-23 WpHG), gelten jedoch nicht für unternehmensbezogene Straftaten aus dem Kernstrafrecht, bspw. Korruptionsdelikte. Höhere Verbandsgeldbußen können lediglich dadurch zustande kommen, dass mit der Verbandsgeldbuße rechtswidrig erlangte Gewinne *uno actu* abgeschöpft werden (§ 30 Abs. 3 iVm § 17 Abs. 4 OWiG).²⁷¹ Schließlich würden konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln für Verbandsgeldbußen fehlen ebenso wie rechtssichere Anreize für Investitionen in Compliance-Organisationen.²⁷² Insofern geht es vor allem um die schon länger diskutierte Möglichkeit der Bußgeldreduzierung bei Compliance-Maßnahmen.²⁷³ Insbesondere das Bundeskartellamt hat dies bislang abgelehnt und mit der Gefahr begründet, es könnten durch die Belohnung ineffektiver und materiell nicht wirksamer Compliance-Maßnahmen falsche Anreize gesetzt werden.²⁷⁴ Auch Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Maßnahmen wurden genannt. Demgegenüber ist der Großteil der Literatur der Ansicht, dass auch ein noch so ausgefeiltes und noch so umfangreiches Compliance-Management nicht mit absoluter Sicherheit gewährleisten könne, dass keine Rechtsverletzung durch das Unternehmen vorkomme, nur das Risiko der Non-Compliance würde reduziert.²⁷⁵ Trotzdem setze eine Berücksichtigung von Compliance-Bemühungen bei der Bußgeldbemessung zusätzliche Anreize für die Unternehmen, in Compliance-Maßnahmen zu investieren; über den Umweg der Bußgeldbemessung könne auf diese Weise ein wichtiger Beitrag zur Prävention von Unternehmensdelinquenz geleistet werden.²⁷⁶ Hinsichtlich der Bußgeldbemessung ist jedoch auf das Urteil des 1. Strafsenats des BGH vom 9.5.2017 hinzuweisen. Das Gericht entschied erstmalig, dass Compliance-Bemühungen bei der Bemessung des Bußgeldes zu berücksichtigen seien.²⁷⁷ Dies sogar, wenn solche Bemühungen erst im Anschluss an die

²⁶⁷ So der Entwurf der Landesregierung NRW, s.o.

²⁶⁸ Baur/Holle, ZRP 2019, 186; Referentenentwurf zum VerSanG, 1, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021.

²⁶⁹ Baur/Holle, ZRP 2019, 186

²⁷⁰ Referentenentwurf zum VerSanG, 1; Baur/Holle, ZRP 2019, 186.

²⁷¹ Baur/Holle, ZRP 2019, 186.

²⁷² Referentenentwurf zum VerSanG, 1; Baur/Holle, ZRP 2019, 186.

²⁷³ Vgl. Baur/Holle, NZG 2018, 14 und Bürkle, BB 2018, 525 m.w.N.

²⁷⁴ BKartA Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drucks. 17/13675, 32; vgl. Baur/Holle, NZG 2018, 14.

²⁷⁵ Baur/Holle, NZG 2018, 14, 17; Bürkle, BB 2018, 525, 526.

²⁷⁶ Baur/Holle, NZG 2018, 14, 15 f.

²⁷⁷ BGH, 09.05.2017 – 1 StR 265/16 = BeckRS 2017, 114578, RN 118: „Im Hinblick auf die Höhe der gemäß § 30 Abs. 1 OWiG neu zu bemessenden Geldbuße gegen die Nebenbeteiligte wird das neue Tatgericht Gelegenheit haben, die Vorschriften des § 30 Abs. 3, § 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG in den Blick zu nehmen, nach denen die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen worden ist, übersteigen soll. Für die Bemessung der Geldbuße ist zudem von Bedeutung, inwieweit die Nebenbeteiligte ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-

mit dem Bußgeld geahndete Gesetzesverletzung ergriffen werden (sog. reaktive Compliance im Gegensatz zu proaktiver Compliance).

Nachdem schon im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD gesetzgeberische Initiativen für den Bereich der Unternehmenssanktionen angekündigt worden waren, hat die Koalition nun einen Gesetzesentwurf veröffentlicht: „Der Entwurf verfolgt das Ziel, die Sanktionierung von Verbänden, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, auf eine eigenständige gesetzliche Grundlage zu stellen, sie dem Legalitätsprinzip zu unterwerfen und durch ein verbessertes Instrumentarium eine angemessene Ahndung von Verbandstaten zu ermöglichen. Zugleich soll er Compliance-Maßnahmen fördern und Anreize dafür bieten, dass Unternehmen mit internen Untersuchungen dazu beitragen, Straftaten aufzuklären.“²⁷⁸

Die Verfolgung steht nicht länger im Ermessen der Behörde (vgl. § 1 Abs. 1 VerSanG-E: Sanktion „wird verhängt“), vielmehr gilt eine Verfolgungspflicht unter Verweis auf die StPO (§ 25 VerSanG-E) und besondere Opportunitätsausnahmen (§§ 35 ff. VerSanG-E). Das Höchstmaß für ein Bußgeld wird bei Verbänden mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 100 Mio. Euro auf 10 % des weltweiten Jahresumsatzes des Konzerns festgelegt (§ 9 Abs. 2 VerSanG-E). In § 15 VerSanG-E finden sich Zumessungskriterien, Compliance-Maßnahmen kommen eine zentrale Rolle zu: Fehlende oder rein kosmetische Compliance-Maßnahmen, aber auch überzogenes Gewinnstreben um jeden Preis können sich für den Verband schon sanktionserhöhend auswirken (§ 15 Abs. 3 Nr. 6).²⁷⁹ Andererseits können zuvor bestehende Compliance-Bemühungen sanktionsmildernd berücksichtigt werden (§ 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E). Auch soll sanktionsmildernd wirken, wenn der Verband selbst einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung der Verbandstat geleistet hat, wenn das Unternehmen eine verbandsinterne Untersuchung durchgeführt hat bzw. durch Dritte hat durchführen lassen und mit den Verfolgungsbehörden umfassend kooperiert (§§ 16–18 VerSanG-E). Eine solche interne Untersuchung soll sogar die Möglichkeit zur gänzlichen Absehung der Verfolgung geben (§ 41 VerSanG-E). Neben der Verbandsgeldbuße sieht der Entwurf zudem die Möglichkeit einer Verwarnung mit Verbandsgeldvorbehalt vor (§§ 8 Nr. 2, 10 ff. VerSanG-E). Im Rahmen des Vorbehalts können Gerichte dem Verband auch Weisungen erteilen (§ 13 VerSanG-E). Dies ermöglicht u.a. den Verband anzuweisen, bestimmte Vorkehrungen zur Verbesserung der Compliance-Strukturen und, damit verbunden, zur Vermeidung von künftigen Verbandsstraftaten zu treffen. Damit zusammenhängend kann die Bestellung eines aus dem US-amerikanischen Recht bekannten Compliance Monitors möglich sein, also eines externen Gutachters (§ 13 Abs. 2 VerSanG-E).

Aus Compliance-Sicht bedeutend ist vor allem, dass das Gesetz zwar Compliance-Maßnahmen in den Fokus rückt, letztlich aber keinerlei Vorgaben bezüglich deren inhaltlicher Ausgestaltung macht.²⁸⁰ Die Verfolgungsbehörden und Gerichte werden daher die Maßnahmen zu beurteilen haben. Insbesondere Letztere werden die Effektivität von Compliance-Maßnahmen auch begründen müssen. Insofern darf man auf ein entstehendes *case law* gespannt sein, dessen Wirkung sicher nicht auf den Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts beschränkt sein wird. Auch dürfte die Wirkung des schon angesprochenen Urteils des 1. Strafsenats des BGH vom 9.5.2017 gewichtig bleiben, da das neue

Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss (...). Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die Nebenbeteiligte in der Folge dieses Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.“

²⁷⁸ Referentenentwurf zum VerSanG, 1.

²⁷⁹ Referentenentwurf zum VerSanG, 95.

²⁸⁰ Baur/Holle, ZRP 2019, 186, 188; Nolte/Michaelis, BB 2020, 1154, 1155.

Gesetz wohl erst im Jahr 2023 in Kraft treten wird, die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen bei der Bußgeldbemessung aber schon durch das Urteil angestoßen worden ist.²⁸¹

§ 4 Fazit – Compliance-Organisationen als Ausdruck des regulativen Kapitalismus

Die vorstehenden Ausführungen sollten vor allem eine Einleitung für die dogmatische Diskussion im zweiten Teil darstellen. Der Ansatz dieser Arbeit war dabei, die Vielschichtigkeit des Begriffs „Compliance“ in den Vordergrund zu stellen und auf unterschiedliche Entwicklungslinien aufmerksam zu machen. Wesentlich ist daraus folgend die These, dass die branchenübergreifende Pflichtenlage als Kumulation paralleler Dynamiken gesehen werden muss, wodurch bestimmte dogmatische Konflikte überhaupt erst verständlich werden. Die Frage, was „Compliance“ nun eigentlich ist, lässt sich abstrakt nicht beantworten, weil eben unterschiedliches damit gemeint sein kann. Aus der Perspektive der branchenübergreifenden Pflichtenlage hängt die Antwort damit von dieser Pflichtenlage ab und wird daher erst im zweiten Teil vollständig gegeben werden können.

Dieser erste Teil bezog jedoch Position zum Streit um die „Selbstverständlichkeit“ von „Compliance“, wonach dies aus mehreren Gründen unzutreffend ist. Tatsächlich ist die Entwicklung einer Pflicht zur Legalitätskontrolle in Unternehmen bzw. eine Verantwortung der Unternehmensleiter zur aktiven Kontrolle, dass die Angestellten die Gesetze beachten, schon vor den 1990er Jahren ein Widerspruch zum sog. Vertrauensgrundsatz. Danach darf im Privatverkehr grundsätzlich darauf vertraut werden, dass sich andere an die Gesetze halten. Dieser Widerspruch hat sich über die Jahre immer weiter verstärkt, indem die Legalitätskontrolle aus der rückwärtsgewandten Einzelüberwachung zu einem organisatorischen Teil der gesamten unternehmerischen Architektur mit einer präventiven Zielrichtung geworden ist. Selbstverständlich ist „Compliance“ im Weiteren auch deshalb nicht, weil sich Compliance-Organisationen aus branchenspezifischer Perspektive zum Teil durch ein innovatives Verständnis der organisatorischen Maßnahmen auszeichnen. Trotzdem lässt sich diesbezüglich nicht vom „wahren“ Ursprung sprechen, da gerade aus branchenübergreifender Perspektive auch die Entwicklungen vom Recht als operationellem Risiko und Compliance-Organisationen als Wettbewerbsfaktor (mit-)entscheidend gewesen sind.

Neben der Betonung unterschiedlicher, vom Ansatz her unabhängig voneinander verlaufender Entwicklungen der Legalitätskontrolle in Unternehmen soll im Folgenden jedoch noch eine Perspektive in die Diskussion miteingebracht werden, mit der sich einiges davon wieder in Beziehung zueinander setzen lässt. Diese Perspektive ist vor allem für die unternehmensrechtliche Diskussion eine bislang fehlende. Überschieden wird dies hier mit dem Begriff des sog. regulativen Kapitalismus, wobei damit in der Sache – grob umschrieben – ein Wandel der staatlich-regulatorischen Struktur seit den 1970er Jahren gemeint ist. Der Begriff drückt aus, dass sich ein gesellschaftliches Modell durchgesetzt hat, in dem Regulierung und Markt nicht mehr als Gegensätze, sondern als institutionell und innovativ miteinander verwoben betrachtet werden und der Kreis der in den regulatorisch-marktwirtschaftlichen Prozess integrierten Akteure zum Teil bewusst, zum Teil aus sich heraus erweitert worden ist. Die Entwicklung der Legalitätskontrolle lässt sich dadurch trotz der Vielschichtigkeit auch als verallgemeinerbares Phänomen deuten, in dem auch auf den ersten Blick widerstreitende Aspekte wie die rein regulatorische und die rein unternehmerische Perspektive zum Teil wieder miteinander in Beziehung stehend gesehen werden können.

Um den vorstehenden Überblick über die unterschiedlichen Entwicklungslinien und die These von Compliance-Organisationen als beispielhaft für die Entwicklung des sog. regulativen Kapitalismus abzurunden, wird dieser Überblick jedoch auch mit Kritikpunkten an der Entwicklung enden,

²⁸¹ BGH, 09.05.2017 – 1 StR 265/16 = BeckRS 2017, 114578.

insbesondere aus der branchenübergreifenden und privatrechtlichen Perspektive. Dies auch schon als unmittelbare Überleitung in die dogmatische Diskussion.

I. Verschiedene Entwicklungslinien

Dieser einleitende erste Teil sollte unterschiedliche Entwicklungslinien der Legalitätskontrolle in Unternehmen vorstellen, damit zugleich die Herkunft des Begriffs „Compliance“ erläutern und kritisch reflektieren, ob mit diesem Begriff auch inhaltlich etwas Neues entstanden ist.

Zunächst wurde hierbei die Entwicklung der „klassischen“ Legalitätskontrollpflicht vorgestellt. Auch wenn deren Anforderungen durch die Entwicklungen seit den 2000er Jahren praktisch zum Teil überlagert worden sind, bleibt diese Pflicht aus branchenübergreifender Perspektive nach wie vor der wesentliche Kern der Pflichtenlage. Nach wie vor sind es die Leitlinien, die die Rechtsprechung vom Ansatz her schon vor den 2000er, eigentlich schon vor den 1990er Jahren entwickelt hat, auf die sich auch die branchenübergreifende Pflichtenlage nach wie vor stützt (vgl. dazu auch § 5 III. 2. und § 7 I.). Trotzdem ist die Rede von der „Selbstverständlichkeit“ der Legalitätskontrolle zu ergänzen. Aus historischer Perspektive ist die Legalitätskontrollpflicht gerade nicht selbstverständlich, sondern zunächst ein Bruch mit dem privatrechtlichen Verantwortungskonzept des 19. Jahrhunderts. Eine unternehmerische Verantwortung zur Kontrolle der Mitarbeiter sollte danach auf Ausnahmefälle beschränkt sein und war begründungsbedürftig. Historisch war ein solcher Grund allein ein konkreter Verdacht für Gesetzesübertretungen, später wurde jedoch auch dieser Grundsatz überlagert, indem neue Schutzinteressen höhere Anforderungen gerechtfertigt erschienen ließen.

Diese Überlagerung des zurückhaltenden Konzepts privatrechtlicher Verantwortung des 19. Jahrhunderts durch die Entwicklung der sog. „Risikogesellschaft“, in Form eines Aufdeckens von Machtgefällen und der Entwicklung gesellschaftlicher Gefahrprävention ist keine Besonderheit der Legalitätskontrolle, sondern lässt sich allgemein beobachten, beispielhaft auch im Arztrecht (vgl. dazu auch § 10 II.). Für die Legalitätskontrolle zeigt sich dies vor allem anhand gestiegener Anforderungen hinsichtlich bestimmter Schutzinteressen im Rahmen besonderer Rechtsbereiche wie vor den 2000er Jahren dem Kartellrecht oder dem Schutz der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung. Ab den 2000er Jahren ist die Korruptionsprävention ein neues Feld, das erweiterte Anstrengungen rechtfertigt und schließlich zum Neubürger-Urteil führt (wobei sich darin auch die neue Komplexität unternehmerischen Handelns in multinationalen Großkonzernen zeigt und das Versagen zuvor gängiger Kontrollinstrumente).

Trotzdem ist die Wurzel des privatrechtlichen Verantwortungskonzeptes in der Legalitätskontrolle bis in die heutige Zeit erhalten geblieben in Form des sog. Vertrauensgrundsatzes. Und allgemein bleibt der Konflikt dieses Verantwortungskonzeptes mit den erweiterten Erfordernissen der modernen (Risiko-)Gesellschaft aktuell bis heute.

Der Begriff „Compliance“ stammt jedoch aus den USA, die grundsätzlich als das „Mutterland“ von Compliance-Organisationen verstanden werden müssen; auch das allerdings in mehrfacher Hinsicht. Zunächst lassen sich aus der historischen Perspektive mehrere Bereiche in den USA heranziehen, in denen Unternehmen entweder selbst organisatorische Vorkehrungen trafen, um die Einhaltung bestimmter Regeln sicher zu stellen oder explizit dazu verpflichtet wurden, solche organisatorischen Vorkehrungen zu treffen. Dabei muss jedoch unterschieden werden. Nicht jede organisatorische Vorkehrung zur Gesetzeseinhaltung im Unternehmen ist gleichbedeutend mit dem modernen Verständnis von Compliance-Organisationen. Zum Teil handelte es sich dabei um nur sehr rudimentäre Anforderungen, wie das Bereitstellen bestimmter Formulare, was sich dann nicht wesentlich von solchen Anforderungen unterscheidet, die auch in Deutschland schon vor den 1990er Jahren verbreitet waren, wie das Verteilen eines Merkblatts mit Beispielen von Kartellabsprachen. In der Summe verdeutlichen diese Bereiche jedoch, dass die USA in vielen Themen, die auch heute noch einen

Schwerpunkt vieler Compliance-Organisationen ausmachen, Vorreiter waren, wie die Korruptionsbekämpfung, die Exportkontrolle und die Verfolgung spezifischer Verstöße im Finanzsektor, wie beispielhaft die Verfolgung des Insider-Handels. Insofern werden die insgesamt gestiegenen Schutzinteressen deutlich, mit denen Unternehmen heutzutage umgehen müssen und die oftmals mit der Komplexität moderner unternehmerischer Aktivitäten in einem globalen Umfeld zu tun haben, wie sich beispielhaft am Thema Korruption ablesen lässt.

Zum anderen waren die USA in bestimmten Bereichen auch Vorreiter für das spezifisch moderne Verständnis von Compliance-Organisationen. Das ist zum einen das Thema vom Recht als operationellem Risiko für Unternehmen, das die Unternehmen schon von sich aus veranlasst, präventiv tätig zu werden. Hierfür scheint insbesondere das Vorgehen im Kartellrecht für das Entwickeln organisatorischer Systeme gesorgt zu haben. Wie weit diese ausgeprägt waren, lässt sich jedoch schwer feststellen. Für einen systematischen Ansatz scheinen vor allem Regelungen im Bereich des Insider-Trading gesorgt zu haben und die Reform der Strafzumessungsregeln in den 1990er Jahren. Dabei zeigt sich zwar zum einen ein spezifisch regulativer Hintergrund, doch auch ein verallgemeinerbarer innovativer Umgang mit diesen Regularien.

Aus branchenunabhängiger Perspektive ist das Verhältnis zu diesen bereichsspezifischen Regularien auf den ersten Blick schwer auszumachen. Einerseits lässt sich zeigen, dass sich konkrete organisatorische Anforderungen, die zuerst im Aufsichtsrecht gefordert wurden, später auch branchenübergreifend verbreitet haben. Andererseits scheinen für die Ausbildung branchenunabhängiger Compliance-Organisationen vor allem große Unternehmensskandale ein Treiber gewesen zu sein, in einer Mischung aus einem harten Durchgreifen der Verfolgungsbehörden und gestiegenen Haftungsrisiken für Unternehmensleiter sowie einer sensibilisierten Öffentlichkeit und dem unternehmerischen Bewusstsein von Compliance-Organisationen als Wettbewerbsfaktor. Doch selbst, wenn die branchenübergreifende Entwicklung nicht als unmittelbare Folge bereichsspezifischer Regularien gesehen wird, zeigt sich auch in der Entwicklung vom Recht als operationellem Risiko mittelbar ein verändertes regulatorisches Umfeld und eine veränderte Perspektive auf die branchenübergreifende unternehmerische Verantwortung. Unabhängig davon, ob die bereichsspezifischen Regularien als „Schrittmacher“ für die branchenunabhängige Entwicklung fungieren, ist auch die branchenübergreifende Entwicklung beispielhaft für den Zusammenhang von Compliance-Organisationen und dem hier so bezeichneten regulativen Kapitalismus.

II. Der Begriff des regulativen Kapitalismus

Dieser Begriff soll im Folgenden – nur grob – vorgestellt werden, wobei einige Aspekte besonders hervorgehoben werden, ohne dass damit allerdings ein Anspruch auf Vollständigkeit verbunden ist. Regulativer Kapitalismus ist eine Bezeichnung, die auf *Levi-Faur* zurückgeht und von *Braithwaite* übernommen worden ist.²⁸² Er dient zur Beschreibung des aktuellen, seit Ende der 1970er Jahre zu beobachtenden Regimes von Staatlichkeit. Er soll anzeigen, dass auf der einen Seite ein Zuwachs an marktlichen Mechanismen zu beobachten ist, gleichzeitig jedoch auch ein Zuwachs an Regulierung.²⁸³ Er beschreibt die zu beobachtenden Prozesse von Privatisierungen und den Wandel der Staatsaufgaben ebenso wie die Beobachtung von regulativen Innovationen und die Multiplizierung der Akteure, die in den regulatorischen Prozess miteinbezogen sind; wie Unternehmen, Zertifizierungsstellen, internationale Netzwerke und Experten, sowie die Zivilgesellschaft. Dabei geht es nicht allein um juristisch-formale Umwandlungen, sondern auch um die zu beobachtenden politischen und wirtschaftlichen Prozesse; den Einfluss der Zivilgesellschaft; die Bildung von Großunternehmen angesichts der regulatorischen und globalen Anforderungen; und die Rückwirkung

²⁸² *Levi-Faur*, *Governance*, Vol. 19, Issue 3 (2006), 497 f.; *Braithwaite*, *Regulatory Capitalism*, passim.

²⁸³ *Braithwaite*, *Regulatory Capitalism*, 11 f.

von regulatorischer Kontrolle der Unternehmen auf die Anforderung regulatorischer Kontrolle der staatlichen Organe selbst.²⁸⁴ Letztlich ist dieser Begriff sehr weit und austauschbar. Die gleichen Beobachtungen werden von anderer Stelle als sog. Renew Deal beschrieben.²⁸⁵ In der Rechtswissenschaft wird diese neue Form der Staatlichkeit zum Teil als sog. Gewährleistungsstaat bezeichnet, wobei darin der Fokus zwar anders gelegt wird, wesentlich jedoch vergleichbares enthalten ist.²⁸⁶

Ein wichtiger Aspekt des regulativen Kapitalismus ist eine Weiterentwicklung des „klassischen“ *command and control*-Mechanismus und der Daseinsvorsorge. Viele der staatlichen Aufgaben wurden auf Private übertragen, bzw. privaten Prozessen anvertraut. Dies lässt sich einerseits als Ausfluss eines Wiedererstarken marktlichen Denkens seit den 1970er Jahren lesen (sog. Neoliberalismus – dazu später).²⁸⁷ Andererseits ist dies die Konsequenz unterschiedlichster, vor allem auch sozial- und politikwissenschaftlicher Forschungen, die das Steuerungsparadigma infrage stellten, auf komplexere Wechselbeziehungen verwiesen und für ein neues Konzept von Staatlichkeit eintraten (sog. Governance-Ansatz).²⁸⁸ Tatsächlich ist zu beobachten, dass im Rahmen der Privatisierungs- und Deregulierungsprozesse – die tatsächlich besser als Re-Regulierungsprozesse beschrieben werden sollten – vormals rein hoheitliche Aufgaben zwar privaten Strukturen überantwortet wurden, dies jedoch vielfach mit Konzepten sog. regulierter Selbstregulierung und einer sog. Gewährleistungsverantwortung einherging.²⁸⁹

Insbesondere die Regulierung der Organisation rückte dadurch in den Vordergrund. Zu erinnern ist an den sog. *enforcement*-Streit und die Position, dass reine Abschreckung oftmals nicht zielführend sei, sondern vielmehr organisatorische Defizite ursächlich seien.²⁹⁰ Insofern rückten organisatorische Anforderungen stärker in den Fokus der Regulierer. Für diese habe das Vertrauen auf die selbstständige Einsetzung organisatorischer Anforderungen nicht nur Kostenvorteile, sondern es sei auch effektiver, da die unternehmenseigenen Kontrolleinheiten über den besseren Einblick in die internen Vorgänge, die größere Expertise sowie mehr Möglichkeiten zur regelmäßigen Kontrolle als externe Institutionen verfügten.²⁹¹ Insgesamt ist zu beobachten, dass so vermehrt Strukturen kontrolliert werden und weniger Inhalte.²⁹² Zu widersprechen ist der Einschätzung *Binders*, der eine Sonderrolle des Bankensektors bei den Organisationspflichten sowohl historisch als auch aktuell hinsichtlich der Intensität ausmacht.²⁹³ Auch bspw. die Einführung von Öko-Audits in den 1990er Jahren fußte auf der Erkenntnis, dass technische Anforderungen allein nicht die Gewähr für Sicherheit und Umweltschutz bieten könnten, sondern durch organisatorische Vorkehrungen in der Aufbau- und Ablauforganisation ergänzt werden müssten.²⁹⁴ Als Konsequenz wurden Betriebsbeauftragte eingeführt, die allerdings noch einen geringen Eingriff darstellen, da sie nur analysierend und beratend in Erscheinung traten.

²⁸⁴ Braithwaite, *Regulatory Capitalism*, 21.

²⁸⁵ Lobel, *Minnesota Law Review*, Vol. 89 (2004), 262 f.

²⁸⁶ Schoch, *NVwZ* 2008, 241 f.; Schuppert, *Die Verwaltung*, Beiheft 4 (2001), 201 f.

²⁸⁷ Vgl. → § 10 II. 4. e).

²⁸⁸ Bierbricher, *Neoliberalismus*, 159; Vgl. Mayntz, *MPIfG Working Paper No. 04/1* (2004), 3; Trute/Kühlers/Pilniok, in: *Governance in einer sich wandelnden Welt*, 240, 242.

²⁸⁹ Schoch, *NVwZ* 2008, 241, 242; Schuppert, *Die Verwaltung*, Beiheft 4 (2001), 201, 218; Trute/Kühlers/Pilniok, in: *Governance in einer sich wandelnden Welt*, 240, 243.

²⁹⁰ Kölbl, *ZStW* 2013, 499, 518.

²⁹¹ Kölbl, *ZStW* 2013, 499, 519.

²⁹² Kette, in: *Wissensregulierung und Regulierungswissen*, 219, 227.

²⁹³ Binder, *ZGR* 2015, 667, 692: das Organisationsrecht als Instrument zur Absicherung öffentlicher Schutzinteressen sei erstmals im Bankenaufsichtsrecht in den 1990er Jahren erschlossen worden; Binder, *ZGR* 2018, 88, 90 zur Sonderrolle des Bankensektors nach dem „Regulierungstsunami“.

²⁹⁴ Spindler, *Unternehmensorganisationspflichten*, 15.

Die Regulierung der Organisation basiert insbesondere auch auf einer neuen Form des Umgangs mit und der Erzeugung von Regulierungswissen.²⁹⁵ Das „klassische“ Modell von Regulierung setzte grundsätzlich eine homogene Wissensstruktur voraus. Das bedeutete, dass allgemeine Wissensbestände als selbstverständlich unterstellt wurden.²⁹⁶ Es wurden typisierte Geschehensabläufe angenommen, bezüglich denen ein letztlich gemeinsames Wissen vorgelegen habe.²⁹⁷ Nun lässt sich beobachten, dass auch private Akteure, gerade in risikoempfindlichen Bereichen in die Risikoermittlung miteingebunden werden und Risikobeurteilungsverfahren in den Unternehmen installiert werden.²⁹⁸ Bspw. kannte das Produktsicherheitsrecht schon früh Beobachtungspflichten des Unternehmens, bei denen das Risikowissen nicht bloß rezipiert, sondern gegebenenfalls selbst generiert werden musste.²⁹⁹

Generell verbindet sich mit dem Aufstellen von organisatorischen Anforderungen die Hoffnung einer Dynamisierung der unternehmensinternen Abläufe und damit einer stetigen Verbesserung ohne, dass eine Einzelfallprüfung notwendig wäre.³⁰⁰ Zu beobachten sei eine Semantik der lernenden Organisation.³⁰¹ So wurde ein sog. sanfter Zwang zu bestimmten Qualitätssicherungssystemen eingeführt, indem die Einhaltung von Sicherheitsstandards bei deren Einhaltung vermutet wurde.³⁰² Diese mussten jedoch zertifiziert werden und die Zusage beinhalten, das System ständig fortzuschreiben und extern der Überwachung zu unterwerfen.³⁰³

Im letzten Punkt deutet sich ein weiterer Aspekt des regulativen Kapitalismus an. Denn es wäre verkürzt, die Entwicklungen organisatorischer Anforderungen allein unter dem Gesichtspunkt der Effektivität aus der Perspektive der Regulierer zu betrachten. Kennzeichnend für das neue Regime ist vielmehr eine Pluralisierung der Akteure.³⁰⁴ Das bedeutet zum einen die Delegation inhaltlicher Autorität an private Initiativen, wie bspw. internationale Netzwerke von Experten,³⁰⁵ es bedeutet aber auch die Einbeziehung der Regulierten selbst in den regulatorischen Prozess, nicht nur mit deren Perspektiven sondern auch mit deren eigenen Interessen. Schon in den 1980er Jahren hat die EU im Bereich des Sicherheitsrechts eine „Neue Konzeption“ angestoßen, die industriepolitische, wettbewerbspolitische und umweltpolitische Initiativen verband.³⁰⁶ Nur grundlegende Sicherheitsanforderungen wurden festgelegt, Details wurden durch private Regelungsverbände spezifiziert. Auch gingen bspw. die Regelungen zu Basel II im Basler Ausschuss für Bankenaufsicht³⁰⁷ weniger auf die Asien- und Russlandkrise zurück, sondern waren vor allem eine Antwort auf die Kritik der Banken an der Bankenaufsicht. Diese forderten, die Bankenaufsicht zu diversifizieren, zu

²⁹⁵ *Kette*, in: Wissensregulierung und Regulierungswissen, 219, 220; *Reiling*, Der Hybrige, 147 f.

²⁹⁶ *Reiling*, Der Hybrige, 28.

²⁹⁷ *Reiling*, Der Hybrige, 30 f.

²⁹⁸ *Reiling*, Der Hybrige, 37; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 598.

²⁹⁹ *Joerges*, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts (1994), 141 f.

³⁰⁰ *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 3.

³⁰¹ *Kette*, in: Wissensregulierung und Regulierungswissen, 219, 239.

³⁰² *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 159.

³⁰³ *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 166.

³⁰⁴ *Lobel*, Minnesota Law Review, Vol. 89 (2004), 262, 294; *Kölbl*, ZStW 2013, 499, 507.

³⁰⁵ *Braithwaite*, Regulatory Capitalism, 11.

³⁰⁶ *Joerges*, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts (1994), 141 f.; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 160.

³⁰⁷ *Gebauer/Niermann*, in: Corporate Compliance, § 48 RN 14; *Thaten*, Ausstrahlung, 191; der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS) wurde 1974 von den Präsidenten der G10-Notenbanken gegründet und setzt sich inzwischen aus Vertretern der nationalen Zentralbanken und Aufsichtsbehörden aus 28 Jurisdiktionen zusammen, vgl. *Wundenberg*, Compliance, 16, <https://www.bundesbank.de/de/aufgaben/bankenaufsicht/bundesbank/basel/baseler-ausschuss-fuer-bankenaufsicht-597762> zuletzt aufgerufen am 25.5.2021.

flexibilisieren und mehr Innovationen zu ermöglichen.³⁰⁸ Das Ergebnis war laut *Wunderberg* eine Umstellung von *command and control* zugunsten eines Systems von Kooperation und Flexibilität.³⁰⁹

Generell verändert sich dadurch die Rolle des Staates, dieser würde nach *Lobel* vom Regulierer und Kontrolleur zum „Ermöglicher“ und das Recht würde von einem System der Verordnungen zu einem Prozess der Problemlösung.³¹⁰ So nennt er das Beispiel der Federal Drug Administration (FDA). Seit den 1990er Jahren hätten sich die einzelnen Normierungen halbiert, verglichen mit den 1970ern und 1980ern, aber gleichzeitig habe sich die Anzahl an *guidance documents* vervierfacht.³¹¹ Auch sei grundsätzlich zu beobachten, dass vermehrt Informations- und Veröffentlichungspflichten als Mittel der Regulierung eingesetzt würden.³¹²

Damit ist schließlich noch ein letzter Aspekt zu nennen. Denn während sich die Regulierer in gewisser Hinsicht zurückziehen und stärker auf Selbstregulierung vertrauen, private Initiativen und auch die Perspektive und Interessen der Regulierten miteinbezogen werden, geht es dennoch nicht um einen bloßen Abbau von Regulierung. Vielmehr wird Regulierung als Ko- und Meta-Regulierung komplexer und Regulierung insgesamt ein sog. Multi-Player-Game.³¹³ Das bedeutet bspw., dass Mediendiskurse, Reputationsfragen und Stakeholder-Erwartungen mit in die Erwägungen einbezogen werden.³¹⁴ Und auf der anderen Seite weisen bspw. spieltheoretische Untersuchungen darauf hin, dass die Selbstregulierung der Wirtschaft möglichst verbindliche Vorgaben erfordern würde, die überwacht und sanktionsbewehrt sein müssten.³¹⁵

III. Die Entwicklung von Compliance-Organisationen als Ausdruck des regulativen Kapitalismus

Die Entwicklung von Compliance-Organisationen zeigt sich gerade in der Vielschichtigkeit ihrer Elemente als typisch für den regulativen Kapitalismus. Auf der einen Seite sind es regulatorische Erwägungen und Innovationen, die vor allem die branchenspezifische Entwicklung geprägt haben; die Regulierung der Organisation nach der *compliance school*, die prinzipienbasierte Regulierung.³¹⁶ Auf der anderen Seite ist aber auch aus branchenübergreifender Perspektive die gestiegene Bedeutung von Recht als operationellem Risiko typisch für den regulativen Kapitalismus. Einerseits drücken sich darin die gestiegenen Schutzinteressen in einer durchregulierten, globalisierten Welt aus, andererseits ist das Zusammenspiel zwischen Öffentlichkeits- und weiteren Stakeholder-Erwartungen und die originär unternehmerische Reaktion darauf wiederum typisches Merkmal der komplexen Architektur,

³⁰⁸ *Kaufhold*, in: Extrajuridisches Wissen Im Verwaltungsrecht, 168, 171; *Kette*, in: Wissensregulierung und Regulierungswissen, 219, 226.

³⁰⁹ *Wunderberg*, Compliance, 71 f.

³¹⁰ *Lobel*, Minnesota Law Review, Vol. 89 (2004), 262, 297.

³¹¹ *Lobel*, Minnesota Law Review, Vol. 89 (2004), 262, 310 f.

³¹² *Lobel*, Minnesota Law Review, Vol. 89 (2004), 262, 319.

³¹³ *Kölbel*, ZStW 2013, 499, 507.

³¹⁴ *Kölbel*, ZStW 2013, 499, 520; *Maume*, ZHR 180 (2016), 358, 375.

³¹⁵ *Kölbel*, ZStW 2013, 499, 523; *Lodge*, in: Oxford Hb. of Classics in Public Policy and Administration, 559, 561, 562; *Maume*, ZHR 180 (2016), 358, 375.

³¹⁶ *Spindler* warnt zwar, aus den unterschiedlichen Regularien einen einheitlichen Grundgedanken ableiten zu wollen; dies wäre ein Missverständnis, da die jeweiligen Regulierungen ihren eigenen Gesetzmäßigkeiten folgen und spezifische Probleme aufwerfen würden (WM 2008, 906). Zuzustimmen ist, dass in den bereichsspezifischen Vorschriften zum Teil ausschließlich spezifische Probleme der jeweiligen Materie behandelt werden, die so in anderen Branchen nicht auftreten. Ein Beispiel sind sog. Chinese-Walls zur Vermeidung von Interessenkonflikten. Auch die zum Teil sehr weitreichenden Befugnisse der Compliance-Abteilung hängen mit der spezifischen Problemlage des Finanzsektors zusammen. Trotzdem entspringt das regulatorische Konzept, das sich hinter diesen Regularien verbirgt, sehr wohl einem einheitlichen Grundgedanken, bzw. deuten auf das verallgemeinerbare Phänomen des Aufbruchs des „klassischen“ *command and control*-Mechanismus zugunsten regulativer Innovationen.

in der dieses Zusammenspiel bewusst mit einbezogen ist und bspw. durch Veröffentlichungspflichten gezielt angestoßen wird. Man kann insofern von Parallelentwicklungen sprechen, die sich zum Teil gegenseitig beeinflusst haben.³¹⁷

Auch branchenunabhängige Compliance-Organisationen werden so als Fall regulierter Selbstregulierung aufgefasst, auch wenn es sich dabei um eine vergleichsweise beschränkte Innovationsvariante handelt.³¹⁸ Der „klassisch“-hierarchische Ansatz würde nur modernisiert, da sich die Einbeziehung von Dritten auf den Teilbereich der Vollzugsseite von Regulierung beschränke, ohne sich auf den Normsetzungsteil zu erstrecken. Auch wenn manche der im Rahmen von Compliance-Organisationen aufgestellten Codes of Conduct eine eigenständige Festsetzung von normativen Vorgaben aufweisen würden, stellten diese dennoch nur einen nachrangigen Nebenaspekt dar.³¹⁹ Dies könnte jedoch anders zu bewerten sein, wenn die neuere Ausrichtung von Compliance-Organisationen als Werte-Management miteinbezogen werden.

IV. Kritik

Obwohl Compliance-Organisationen damit insgesamt zu einem nicht mehr wegzudenkenden Teil des Wirtschaftslebens geworden sind, sollen – quasi als Überleitung zur dogmatischen Diskussion – einige gebündelte Kritikpunkte jenseits der spezifischen rechtlichen Problematik nicht unterschlagen werden. So kritisiert *Kölbel*, dass trotz des breiten kriminologischen und regulationstheoretischen Hintergrunds, der für die Entstehung von Compliance-Organisationen entscheidend gewesen ist, es letztlich eher unspezifische kriminologische Konzepte seien, auf deren Annahmen die Einrichtung von Compliance-Organisationen beruhen würden.³²⁰ Problematisch sei, dass die Leistungserwartungen von der Compliance-Bewegung bislang nur bedingt eingelöst würden.³²¹ Die heutige Situation erscheine so (noch) nicht als Gewinn.³²²

Die empirische Datenlage zur Wirksamkeit von Compliance-Organisationen ist dünn.³²³ *Harbarth* weist auf Studien hin, wonach die Rechtstreue maßgeblich von der Profitabilität des Unternehmens abhänge. Je niedriger diese ausfalle, desto höher sei die Bereitschaft, gegen das Gesetz zu verstoßen.³²⁴ *Reichert* kritisiert, die empirische Forschung zur Wirksamkeit der in Betracht kommenden Compliance-Maßnahmen sei unzureichend, kaum belastbar und in sich widersprüchlich.³²⁵ Über einen vernünftigen, realistischen Standard sei in der Fachwelt noch keine Einigkeit erzielt worden. *Harbarth* verweist jedoch darauf, dass bis jetzt vor allem Studien aus den 1980er und 1990er Jahren vorlägen und eine Berücksichtigung der qualitativen Verbesserung der Maßnahmen noch nicht stattgefunden habe.³²⁶ Trotz der auch negativen Befunde von Studien, sollten diese nicht überbewertet werden, die Notwendigkeit von Compliance-Organisationen solle nicht in Abrede gestellt werden.³²⁷ Letztlich würden die Studien insgesamt nicht nachweisen, dass es keinerlei positive Effekte von Compliance-Organisationen gebe und einige Indikatoren würden auf eine begrenzte Wirksamkeit hinweisen.

³¹⁷ Vgl. *Uwe H. Schneider*, NZG 2010, 1201, 1202: „Entsprechend gibt es auch eine Parallelentwicklung für Compliance, nämlich Compliance als gesellschaftsrechtliche Organisationspflicht, Compliance als aufsichtsrechtliche Organisationspflicht für Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen, usw. und Compliance als wirtschaftsrechtliche Organisationspflicht, deren Verletzung nach § 130 OWiG eine Ordnungswidrigkeit darstellt.“

³¹⁸ *Kölbel*, ZStW 2013, 499, 507.

³¹⁹ *Kölbel*, ZStW 2013, 499, 508.

³²⁰ *Kölbel*, ZStW 2013, 499, 512.

³²¹ *Kölbel*, ZStW 2013, 499, 513.

³²² *Kölbel*, ZStW 2013, 499, 534.

³²³ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 155; *Pape*, CCZ 2009, 233; *Reichert*, ZGR 2017, 671, 702.

³²⁴ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 156.

³²⁵ *Reichert*, ZGR 2017, 671, 702.

³²⁶ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 155.

³²⁷ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 157.

Gesichert scheint, dass die bloße Existenz eines Ethik-Codes und/oder eines formalen Compliance-Programms noch keine verhaltens- beeinflussende Wirkung entfaltet, solange nicht weitere Bedingungen vorliegen.³²⁸ Ansonsten wären die Programme nur symbolisch und überwiegend formalistisch ausgestaltet und hätten damit praktisch keinerlei Einfluss auf die Geschäftspraxis. *Harbarth* weist auf Untersuchungen hin, wonach gerade bei Unternehmen, die auf die Einrichtung formaler Compliance-Maßnahmen geachtet hätten, eine besonders hohe Zahl von bewussten (im Gegensatz zu fahrlässigen) Rechtsverstößen festgestellt worden seien, was dafür spreche, dass die Maßnahmen zur Täuschung missbraucht worden seien.³²⁹

Herauskristallisiert hat sich unter anderem die Notwendigkeit von einem unterstützenden Verhalten der Führungskräfte (*tone from the top*) ebenso wie eine stabilisierende Unternehmenskultur (d.h. einer Integrierung der Codes/Programme in die betriebliche Lebenswirklichkeit und einer Verbreitung Code-konformer Werte im Unternehmen).³³⁰ *Köbel* weist zudem auf eine Gruppe von Studien hin, nach denen Compliance vom *intelligent design and use* der Programme abhinge, also ob diese sich im inner-/betrieblichen Verhalten auswirkten (eindeutige Fassung der Richtlinien, Sanktionsdrohungen, Kontrollen usw.).³³¹

Es wird jedoch nicht nur die präventive Wirksamkeit von Compliance-Organisationen bezweifelt, auch negative Aspekte werden betont.

Zum einen könnten Compliance-Programme auch haftungsvermeidende Effekte zeigen, obwohl sie rein „kosmetisch“ ausgestaltet seien.³³² Regulierung würde so praktisch umgangen werden.

Andererseits entstehe eine „Verdoppelung“ des Strafrechts.³³³ *Köbel* kritisiert zudem, es würden rechtliche Grauzonen entstehen, die letztlich durch unternehmerische *best practices* ausgefüllt werden würden, die ihrerseits einen bestimmenden Einfluss auf die Gerichte ausübten. Daraus könne schließlich ein Zirkel entstehen, der zu immer strengeren Anforderungen führe, ohne, dass dies durch ein rechtsstaatliches Verfahren abgesichert sei.

Auch die Praxis zeigt, dass Unternehmen im Rahmen von internen Compliance-Maßnahmen selbst Recht verletzen können. Bspw. zeichneten von LIDL beauftragte Detektive in zahlreichen Filialen das Verhalten der Arbeitnehmer mit verdeckten Kameras und Mikrofonen auf.³³⁴ Auch Telefonverbindungen der TELEKOM, namentlich von Aufsichtsräten und Journalisten wurden systematisch aufgezeichnet und ausgewertet. TELEKOM-Chef *Renè Obermann* hat inzwischen eingeräumt, dass der Konzern 2005 und teilweise auch 2006 Telefonverbindungsdaten missbräuchlich benutzt habe.³³⁵ Bei der Deutschen Bahn wurden in einer Bespitzelungsaktion zum Zwecke der Korruptionsbekämpfung über Jahre hinweg heimlich die Personen- und Kontendaten von mehr als 170000 Mitarbeitern untersucht. Das berichteten die Sonderermittler *Gerhard Baum* und *Herta Däubler-Gmelin*, die vom Aufsichtsrat eingesetzt worden waren. Vier Vorstände mussten gehen, dazu der oberste Korruptionsbekämpfer *Wolfgang Schaupensteiner*.³³⁶

³²⁸ *Köbel*, ZStW 2013, 499, 533; *Lobel*, Minnesota Law Review, Vol. 89 (2004), 262, 342; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 156.

³²⁹ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 156.

³³⁰ *Köbel*, ZStW 2013, 499, 514; *Pape*, CCZ 2009, 233; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 156.

³³¹ *Köbel*, ZStW 2013, 499, 514 f.

³³² *Lobel*, Minnesota Law Review, Vol. 89 (2004), 262, 342.

³³³ *Köbel*, ZStW 2013, 499, 530.

³³⁴ *Neuhaus*, in: Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, 348, 350 FN 14.

³³⁵ *Neuhaus*, in: Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, 348, 350 FN 15.

³³⁶ *Neuhaus*, in: Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, 348, 350 FN 16.

Von anderer Seite wird kritisiert, Compliance-Organisationen könnten zu einer übermäßigen Bürokratie und einer Verkrustung der Organisation führen.³³⁷ Dies würde nicht nur hohe Kosten erzeugen, sondern könnte zudem den Betriebsfrieden und das Vertrauen durch anonyme Whistleblower-Systeme gefährden, die Abläufe erschweren und intrinsische Motivation abbauen (*crowding out*).³³⁸ Die Folge wäre auch ein Ersticken von Innovation.³³⁹

Dabei richten sich diese Kritikpunkte vor allem an die Etablierung meist betriebswirtschaftlicher Organisationsstandards. So hat *Bachmann* von der „Verbetriebswirtschaftlichung des Organisationsrechts“ gesprochen.³⁴⁰ Solche Standards würden die Eigengesetzlichkeiten der individuellen Organisation und die unterschiedlichen Realstrukturen ignorieren. Daher ließen sich schlicht keine allgemeinen Grundsätze aufstellen, sondern nur gewisse Orientierungsmarken, die *Cahn/Mertens* jedoch als Leerformeln kritisieren.³⁴¹

Das Problem von Organisationsstandards hat *Spindler* schon aus allgemeiner Perspektive in seiner Habilitationsschrift aufgegriffen und ist zu dem Schluss gekommen, dass schon aus organisationstheoretischer Perspektive Vorbehalte bestünden.³⁴² Organisatorische Standards seien nicht mit technischen Standards vergleichbar, da nur unter bestimmten Bedingungen Gesetzmäßigkeiten auftreten würden: „Keine der untersuchten Theorien kann für sich die Ableitung von normativen Organisationsstandards beanspruchen. Stattdessen legen alle Theorien mehr oder minder nahe, daß Organisationen durch verschiedene Zielkonflikte beherrscht werden, die in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis zueinander stehen und durch Wertungen gelöst werden müssen. So führen intensive bürokratische Kontrollmechanismen zu Motivationsverlusten und damit unter Umständen zu einem bürokratischen Teufelskreis. (...) Generell stoßen daher Versuche, organisatorische Mindestanforderungen abzuleiten, auf Probleme der Formulierung von Effizienz- oder Bewertungskriterien, da Organisationsstrukturen von den jeweiligen Aufgaben, Zielen und Rahmenbedingungen abhängen und selbst rudimentäre Gestaltungsprinzipien wie Koordination und Motivation im Spannungsverhältnis zueinander stehen.“³⁴³ Auch *Spindler* sieht, dass die theoretisch aufgestellten Leitsätze entweder an der Unternehmensrealität vorbeigingen oder so abstrakt ausgestaltet seien, dass wiederum keine Schlüsse aus ihnen für die Praxis gezogen werden könnten.³⁴⁴ Ausgehend von vergleichbaren Bedenken, hinsichtlich mancher gewichtiger Widersprüchlichkeiten und Gegentendenzen in der Funktionslogik, mahnt *Kette* an, die positiven und optimistischen Konnotationen der Semantiken des Lernens und Wissens kritisch zu hinterfragen und auf die Brüche und Grenzen einer strukturell auf Lernen angelegten Regulierungsform aufmerksam zu machen.³⁴⁵

Schließlich wird das Zustandekommen der Standards kritisiert. Kritisch wird insbesondere die gesetzliche Festlegung solcher Standards gesehen. Die Unternehmensleitung habe die organisatorischen Strukturen festzulegen, dies sei nicht die Aufgabe des Gesetzgebers.³⁴⁶ Auch sei es ein Irrtum, dass Richter besser als Unternehmer wüssten, wie man ein Unternehmen organisiere.³⁴⁷

³³⁷ *Sieg/Zeidler*, in: *Corporate Compliance*, § 3 RN 40

³³⁸ *KBLW-Bachmann A.2 RN 3*.

³³⁹ *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, 598; *Köbel*, *ZStW* 2013, 499, 522

³⁴⁰ *Bachmann*, *VGR* 2007, 65, 76.

³⁴¹ *KBLW-Bachmann A.2 RN 4*; *KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 26*; *BeckOGK-Fleischer § 91 RN 54*; *ders.*, *CCZ* 2008, 1, 2; *Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 53*; *Hüffer-Koch § 76 RN 14*; *GK-Kort § 91 RN 139*; *ders.*, *FS Hopt* (2010), Bd. 1, 983, 985; *KölnKomm-Mertens/Cahn § 91 RN 37*; *v. Schenk*, *NZG* 2002, 64, 66.

³⁴² *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, 548.

³⁴³ *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, 594.

³⁴⁴ *Spindler*, in: *Hb. Vorstandsrecht*, § 15 RN 120; *MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 71*, § 93 RN 38.

³⁴⁵ *Kette*, in: *Wissensregulierung und Regulierungswissen*, 219, 239.

³⁴⁶ *Moosmayer*, *Compliance*, B RN 10; *Nietsch*, *ZGR* 2015, 631, 647; *Reichert*, *ZGR* 2017, 671, 702.

³⁴⁷ *Hauschka*, *ZIP* 2004, 877, 878.

Vielmehr sei es umgekehrt so, dass die größtmögliche Organisationsfreiheit eine enge Anbindung an Marktprozesse ermögliche, was schließlich die Effektivität erst gewährleiste.³⁴⁸

Übergangen würde vor allem jedoch die Funktion des Zivilrechts als Mittel der Feinsteuerung. *Binder* meint: „Allgemein ist festzuhalten, dass Genese, Inhalt und Qualität der aufsichtsrechtlichen Organisationspflichten mit dem organischen Aufwuchs von Organisationsgrundsätzen nichts mehr gemein haben, der traditionell für das Kapitalgesellschaftsrecht charakteristisch ist: Hier sind derartige Grundsätze über die Zeit hinweg auf der Basis der allgemeinen Grundsätze zur Geschäftsleitung, d. h. insbesondere in Konkretisierung der Sorgfaltspflichten bei Ausübung der Leitungsaufgabe (für die AG: § 93 i. V. m. § 76 AktG) punktuell durch Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden und über die Zeit hinweg quasi sedimentiert. Dies führte dazu, dass der Bestand der anerkannten Organisationsgrundsätze letztlich immer die in der Rechtswirklichkeit schrittweise gewonnenen Erfahrungen mit konkreten Problemen reflektierte.“³⁴⁹

Dies wird allgemein als die Feinsteuerung des Zivilrechts bezeichnet.³⁵⁰ Der Staat als Normgeber müsse sich notwendigerweise eines relativ hohen Generalisierungsgrades bedienen, der erst durch die zivilrechtliche Rechtsprechung konkretisiert würde. Eine detailgenaue Reglementierung sei schließlich in der Breite der Fälle nicht sinnvoll. Entweder würde jede gesellschaftliche Aktivität erdrosselt werden oder man hinke der wirtschaftlich-technologischen Entwicklung ständig und unweigerlich hinterher. Nach *Köndgen* sei die Feinsteuerung des Zivilrechts eine unentbehrliche Vorbedingung von sozialer Lernfähigkeit. Das staatliche Recht stütze sich nicht nur auf das „technische“ Expertenrecht im engeren Sinne, sondern auch auf andere partikuläre, bereichsspezifische Rationalitäten und Diskurse.³⁵¹ Nach *Nietsch* solle sich der Staat folglich auf eine Evidenzkontrolle begnügen.³⁵² *Bachmann* meint, der gewachsene Brauch biete wegen seiner allgemeinen Durchsetzung über die Zeit eine gewisse Gewähr dafür, dass seine Regeln im Ergebnis dem Wohle aller dienen: „Während bei bewusst gesetzten Privatregeln, die mit dem Anspruch allgemeiner Beachtung auftreten, also auf künstliche Weise für ein gemeinwohlverträgliches Ergebnis gesorgt werden muss, ist dies bei der Sitte gleichsam auf natürliche Weise gewährleistet.“³⁵³

Umgekehrt wird auch die Kompetenz zur Sachlichkeit von gesetzlichen oder Experten-Regeln infrage gestellt. So *Köndgen*: „Freilich: Auch Expertenrecht ist selten so unpolitisch, wie es seine Herkunft und sein äußeres Erscheinungsbild suggerieren. Zahlreiche sog. technische Standards, insbesondere Sicherheits- und Qualitätsregeln, enthalten ebenso implizite Wertungen und politische Entscheidungen (...) wie auf wirtschaftsrechtlichem Gebiet etwa die Bilanzierungsregeln.“³⁵⁴ Speziell für betriebswirtschaftliche Erkenntnisse stimmen *Hopt/Roth* zu, dass diese nicht notwendigerweise weniger umstritten und interessenorientiert seien als rechtliche.³⁵⁵

³⁴⁸ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 648; vgl. → § 11 II.

³⁴⁹ *Binder*, ZGR 2015, 667, 701.

³⁵⁰ MÜKo-BGB-*Wagner* § 823 RN 445; *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 513.

³⁵¹ *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 513.

³⁵² *Nietsch*, ZGR 2015 631, 647.

³⁵³ *Bachmann*, Private Ordnung, 349.

³⁵⁴ *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 482.

³⁵⁵ GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 86.

2. Teil: Die rechtliche Diskussion der Legalitätskontrollpflicht

Nachdem die – nicht einheitlich verlaufende – Entwicklung des modernen Compliance-Verständnisses erläutert und im Zusammenhang mit einem generellen Wandel der staatlich-regulatorischen Struktur präsentiert wurde, setzt sich der folgende Teil detaillierter mit der rechtlichen Diskussion der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht auseinander, die bereits im 1. Teil mit einem Überblick über die Entwicklung der Diskussion angerissen wurde.

Ausgehend von der Feststellung der Vielschichtigkeit des Begriffs Compliance soll hier zunächst der Frage nachgegangen werden, was in der Dogmatik unter Compliance(-Organisationen) verstanden wird und was sich seit den 2000er Jahren an der Pflichtenlage geändert hat. Das übergreifende Ziel ist, zu untersuchen, inwiefern der Wandel von Staatlichkeit auch im Privatrecht Einzug gefunden hat und wie sich das Privatrecht innerhalb der (neuen) regulativen Struktur des Staates positioniert und insbesondere regulative Elemente – im Sinne einer politischen, gesellschaftlichen Zwecksetzung – im Privatrecht aufgespürt werden. Aus der Summe der einzelnen Diskussionspunkte soll so ein größeres Bild dieser abstrakteren Auseinandersetzung gezeichnet werden. Am Ende werden daraus zwei miteinander in Konflikt stehende Privatrechtsverständnisse herausgearbeitet und eine dogmatische Position aufgrund eines „institutionell-demokratischen“ Rechtsverständnisses formuliert.

§ 5 Überblick und Stand der rechtlichen Diskussion

I. Einführung

1. Problem des „Mehr“ an Legalitätskontrolle seit den 2000er Jahren

Auch wenn die rechtliche Diskussion über die branchenunabhängige Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen auf den ersten Blick „diffus“ und weit verästelt wirkt,³⁵⁶ liegen die Positionen tatsächlich weniger weit auseinander als es scheint und die Übergänge zwischen vermeintlichen Befürwortern und Gegnern von Compliance-Organisationen sind fließend.³⁵⁷ Grundsätzlich strittig ist, wie weit die Pflicht, für die Gesetzeseinhaltung im Unternehmen zu sorgen, im Einzelfall reicht und vor allem, ob dies – jedenfalls in gewissen Maßen – einheitliche organisatorische Standards nach zwingendem Muster erfordert.³⁵⁸ Im Wesentlichen geht es in der Diskussion um das „Mehr“ an Legalitätskontrolle im Vergleich zur „klassischen“ Legalitätskontrollpflicht im Sinne der Grundsätze zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation (also wesentlich nach § 130 OWiG), die schon vor den 2000er Jahren etabliert worden sind. Seit den 2000er Jahren sind die Anforderungen an diese Pflicht insgesamt gestiegen, wobei die praktische Entwicklung von Compliance-Organisationen die rechtliche Diskussion überholt hat. Bemerkenswert ist daran, dass diese Entwicklung ohne wesentliche Gesetzesänderung oder wesentliche Rechtsprechungsentscheidung vonstatten ging, die bestimmte Anforderungen jenseits von Einzelfällen explizit vorgeschrieben hätten – jedenfalls bis zum Neubürger-Urteil. Daher verwundert nicht, dass der Entwicklung nach wie vor zum Teil mit deutlicher Zurückhaltung begegnet wird. Insbesondere die Verpflichtung zu einheitlichen Organisationsstandards wird sehr kritisch gesehen. Gewarnt wird vor einer „Verselbstständigung“ bezüglich solcher Standards,³⁵⁹ der „Verbetriebswirtschaftlichung des

³⁵⁶ Hüffer, FS G. H. Roth (2011), 299, 303.

³⁵⁷ Hüffer-Koch § 76 RN 13; Baur/Holle, NZG 2018, 14, 18 f.; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 48; Bachmann, VGR 2007, 65, 76.

³⁵⁸ Bachmann, VGR 2007, 65, 76; vgl. Hüffer-Koch § 76 RN 13; Baur/Holle, NZG 2018, 14, 18 f.

³⁵⁹ Hüffer-Koch § 76 RN 15.

Organisationsrechts“³⁶⁰ oder der Überformung durch das Aufsichtsrecht.³⁶¹ Übergreifend lässt sich wohl die Befürchtung feststellen, dass unternehmerischer Freiraum geschlossen, die Organisation von Unternehmen bürokratisiert und verkrustet würde, was nicht nur hohe Kosten verursachen, sondern auch Kreativität und Innovationsfähigkeit ersticken könnte.³⁶² *Spindler* kritisiert zudem die von ihm ausgemachte Tendenz der europäischen Rechtsprechung zur Annahme einer schlichten verhaltensunabhängigen Strukturhaftung für Unternehmen, die fraglich erscheinen ließe, ob die Einrichtung eines Compliance-Systems überhaupt jemals als den Anforderungen an die Legalitätskontrollpflicht genügend gelten würde.³⁶³ Demgegenüber meinte *Bürkle* schon 2005 im Zusammenhang zur Diskussion um die „Selbstverständlichkeit“ der Legalitätskontrolle, die praktischen Erfahrungen zeigten, dass diese Erkenntnis nicht automatisch zur angemessenen Berücksichtigung rechtlicher Vorgaben im Unternehmen führe.³⁶⁴ Daher gäbe es ein zwingendes Erfordernis konkreter Maßnahmen. Und *Fleischer* schreibt, Compliance-kritische Stimmen müssten sich fragen lassen, ob ihre Zurückhaltung angesichts der spektakulären (Schmiergeld-)Verfahren gegen Unternehmen und ihre Organmitglieder nicht von der Realität überholt sei.³⁶⁵

2. Problem der Begrifflichkeit

Verwirrend kann die Begriffsverwendung in der rechtlichen Diskussion sein. Insbesondere im aktienrechtlichen Kontext hat sich eingebürgert, „Compliance-Pflicht“ gleichbedeutend mit der Legalitäts- und der Legalitätskontrollpflicht zu verwenden, ohne dass damit schon die Einrichtung von Compliance-Organisationen im modernen Sinne gemeint ist.³⁶⁶ Während andere in Compliance schon begrifflich mehr sehen, nämlich den schon angesprochenen organisatorisch-systematischen Charakter und insbesondere auf einen präventiven Aspekt verweisen,³⁶⁷ ist grundsätzlich anerkannt, dass Compliance-Organisationen, also systematische Strukturen, in keinem Fall für alle Unternehmen verpflichtend sind, sondern nur sofern eine bestimmte Risikoklasse erreicht ist (dazu sogleich). Nur vor diesem Hintergrund lässt sich der Ausspruch *Uwe H. Schneiders* von der „Binsenweisheit“ verstehen und die Position des LG Münchens, nur der Begriff Compliance sei neu, nicht jedoch der dahinterstehende Grundgedanke.³⁶⁸ Die „Compliance-Pflicht“ ist daher begrifflich von der „Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen“ oder „-Systemen“ zu trennen; Letzteres ist auch gemeint,

³⁶⁰ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 76.

³⁶¹ *Binder*, ZGR 2013, 760 f.; *ders.*, ZGR 2015, 667 f; *Dreher*, AG 2006, 213; mit anderer Konnotation als „Ausstrahlungswirkung“: *ders.*, ZGR 2010, 496 f.; vgl. *Merkt*, ZGR 2016, 201, 202; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 652.

³⁶² *KBLW-Bachmann/Kremer* G.5 RN 28; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 598; *Kölbl*, ZStW 2013, 499, 522.

³⁶³ MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 54.

³⁶⁴ *Bürkle*, BB 2005, 565, 569.

³⁶⁵ *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 48.

³⁶⁶ *KBLW-Bachmann/Kremer* G.5 RN 15; *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 47; *Hüffer-Koch* § 76 RN 13; *GK-Kort* § 91 RN 121; *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 186; vgl. G.5 DCGK: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der internen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung im Unternehmen hin (Compliance)“; und A.2 S.1 DCGK „Der Vorstand soll für ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System sorgen“.

³⁶⁷ *Goette*, ZHR 175 (2011) 388, 390: „Es gibt natürlich sehr unterschiedliche Ansichten und Begriffsbildungen, bei denen mitunter sehr weit ausgreifend betriebswirtschaftliche Ansätze leitend sind (...).“ Vgl. *Klindt/Pelz/Theusinger*, NJW 2010, 2385; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 116; *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 946; *Steuber*, FS Hommelhoff (2012), 1165, 1166; *Wundenberg*, Compliance, 6; insbesondere zum präventiven Aspekt: *Hüffer*, FS G. H. Roth (2011), 299; *Eisele*, in: *Bankrechts-Handbuch*, 3. Aufl. 2007, § 109 RZ 1; vgl. auch *Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack* § 35 RN 66: Compliance bezeichne zum einen Maßnahmen zur Gewährleistung rechtmäßigen Verhaltens im Unternehmen, zum anderen solche zur Risikofrüherkennung und Risikominimierung.

³⁶⁸ *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 = NZG 2014, 345, 348 – Neubürger.

wenn von „flächendeckender Compliance“ oder „institutionalisierter Compliance“ gesprochen wird. Inzwischen wird hinsichtlich institutionalisierter Strukturen vor allem von „Compliance Management Systemen (CMS)“ gesprochen.³⁶⁹ Hintergrund sind die Prüfstandards des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) PS 980 und der Internationalen Organisation für Normung (ISO) 19600.

II. Die abstrakten Leitlinien der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht

1. Grundsätzliches Minimum und Compliance-Organisationen im Einzelfall

Es ist unstrittig, dass die grundsätzliche Pflicht der Unternehmensleitung, die Gesetze selbst einzuhalten und die Einhaltung auf nachgeordneter Unternehmensebene zu besorgen, branchenunabhängig besteht.³⁷⁰ Schon früh wurde allerdings festgestellt, dass für kleinere, gut zu überschaubare Unternehmen keine institutionalisierten Compliance-Organisationen erforderlich seien; ein gelebtes *compliance commitment* des Vorstands, ggf. ergänzt durch einen Ethik-Kodex, könne schon ausreichen.³⁷¹ Diese Maßnahmen reichen aus für das Minimum an Prävention, das inzwischen für jedes Unternehmen erforderlich sein soll.³⁷² Dies räumen auch Stimmen ein, die eine generelle Rechtspflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen verneinen.³⁷³

Kritische Stimmen, wie bspw. *Hauschka* in seinem Aufsatz von 2004, meinen ebenfalls, dass eine Rechtspflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen im Einzelfall in Betracht kommen könne. Dies sei der Fall, wo Unternehmen aufgrund der besonderen Gefahrenlage oder schlechter Erfahrungen in der Vergangenheit ihre Pflicht zur Gesetzestreue nur durch eine Compliance-Organisation erfüllen könnten.³⁷⁴ Inzwischen wird eine solche besondere Gefahrenlage regelmäßig bei Großunternehmen bejaht,³⁷⁵ wobei zum Teil auch in diesen Fällen Zurückhaltung angemahnt wird.³⁷⁶ *Koch* weist jedoch auf das Risiko hin, dass gebotene Präventionsmaßnahmen im Fall eines Gesetzesverstoßes von den Gerichten unter Umständen an herkömmlichen Standards der Unternehmenspraxis gemessen werden würden. Mittlerweise seien hier standardisierte Compliance-Strukturen nach einheitlichem Schema derart etabliert, dass dem Vorstand einer AG aus Vorsichtsgründen nur geraten werden könne, zur Reduzierung seines Haftungsrisikos ähnliche Maßnahmen zu ergreifen.

Es lässt sich damit zusammenfassen, dass über die groben Prinzipien der Compliance-Pflicht, bzw. der Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen in der Literatur keine Meinungsverschiedenheiten bestehen: Es gilt keine Pflicht zur Einrichtung von Compliance-

³⁶⁹ Vgl. die Trennung nach A.1. Grundsatz 5 DCGK („Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der internen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung im Unternehmen hin (Compliance)“ und A.2 S.1 DCGK „Der Vorstand soll für ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System sorgen“.

³⁷⁰ KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 15; BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 47; Hüffer-*Koch* § 76 RN 13; GK-*Kort* § 91 RN 121; GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 186; vgl. G.5 DCGK: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der internen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung im Unternehmen hin (Compliance)“; und A.2 S.1 DCGK „Der Vorstand soll für ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System sorgen“.

³⁷¹ *Hauschka*, ZIP 2004, 877 f.; inzwischen allgemeine Meinung: vgl. nur KBLW-*Bachmann* A.2 RN 4; BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 48; *Baur/Holle*, NZG 2018, 14, 18 f.

³⁷² Hüffer-*Koch* § 76 RN 16; vgl. BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 48; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 76 m.w.N.

³⁷³ Vgl. *Bachmann*, VGR 2007, 65, 76 m.w.N.

³⁷⁴ *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 878.

³⁷⁵ MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 70; KölnKomm-*Cahn/Mertens* § 91 RN 36; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 121.

³⁷⁶ Hüffer-*Koch* § 76 RN 15a; *Baur/Holle*, NZG 2018, 14, 18 f.; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 663; *Sieg/Zeidler*, in: Corporate Compliance, § 3 RN 40.

Organisationen für alle Unternehmen, jedoch in jedem Fall ein Minimum an Prävention und eine sog. „relative“ Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen, abhängig von der Branche, der Größe, der Organisation des Unternehmens, der einzuhaltenden Rechtsvorschriften, dessen nationaler oder internationaler Ausrichtung und vor allem von möglichen Vorfällen in der Vergangenheit, also unter dem doppelten Vorbehalt der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit.³⁷⁷ Sobald die Unternehmensleitung aufgrund der in jedem Fall erforderlichen Risikoanalyse ein signifikantes Risiko für Gesetzesverletzungen im Unternehmen identifiziert hat, müssen daher Maßnahmen ergriffen werden, soweit diese zumutbar sind. Die Ausgestaltung steht hierbei allerdings im Ermessen der Leitung, wobei sich gewisse Basiselemente einer Compliance-Organisation über die Zeit herausgebildet haben (s.u.).³⁷⁸ Strittig sind die Grenzen, bzw. die Reichweite dieser Pflicht im Einzelfall, ob bspw. eine Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen generell für Großunternehmen erforderlich ist und welche Parameter den Entscheidungsspielraum der Unternehmensleitung jeweils einschränken.

2. Nur anlassbezogene Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz

Bei genauerem Hinsehen entsprechen diese Grundsätze nach wie vor den Maßstäben der „klassischen“ Legalitätskontrollpflicht. Im Kern ist auch die „moderne“ Pflicht, Compliance-Organisationen im Einzelfall einzurichten, eine Ausnahme, wobei es dem Vorstand überlassen ist, nach eigenem – unternehmerischen – Ermessen darüberhinausgehende Maßnahmen zur Schadensprävention oder Stakeholder-Motivation einzurichten. Der Vertrauensgrundsatz gilt nach wie vor als grundsätzlicher Standard³⁷⁹ – auch wenn nun ein Minimum an Prävention als allgemein verpflichtend gesehen wird und bei Erreichen einer bestimmten Risikoklasse die Einrichtung von Compliance-Organisationen notwendig werden.

Bspw. erklärt *Grigoleit* in der aktuellen Ausgabe (2020) seines Kommentars den Vertrauensgrundsatz zur maßgeblichen Richtschnur für Maßnahmen der Legalitätskontrolle: „Der Vorstand kann sich (...) grundsätzlich darauf verlassen, dass im Rahmen einer im Übrigen ordnungsgemäßen und arbeitsteiligen Organisation der Geschäftsabläufe das allgemeine Legalitätsrisiko gleichermaßen wie auch die wirtschaftlichen Risiken der Geschäftstätigkeit angemessen bewertet, kommuniziert und kontrolliert werden.“³⁸⁰ Erst das Zutage-Treten von Rechtsverstößen habe eine pflichtenkonkretisierende Wirkung, die das Vertrauensprinzip außer Kraft setze. *Harbarth* hat sich in einem Aufsatz intensiver mit dem Vertrauensgrundsatz im Rahmen der Unternehmensorganisation auseinandergesetzt. Er konstatiert zunächst, dass die dogmatische Herleitung nicht abschließend geklärt sei und nennt unterschiedliche Ansätze, die vor allem aus dem Strafrecht kämen.³⁸¹ So werde der Vertrauensgrundsatz zum Teil auf den Grundsatz des erlaubten Risikos und den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit gestützt. Zum Teil werde der Vertrauensgrundsatz schlicht als Erfahrungsgrundsatz genannt. Schließlich werde der Vertrauensgrundsatz im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung auf pragmatische Überlegungen gestützt, wonach ein arbeitsteiliges Zusammenwirken ausscheide, wenn jeder Beteiligte stets auch das Verhalten seiner Mitarbeiter

³⁷⁷ KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 26; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 48; ders., AG 2003, 291, 293; ders., CCZ 2008, 1, 2; GK-Hopt/Roth § 93 RN 186; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 70; Bachmann, VGR 2007, 65, 76; Dreher, FS Hüffer (2010), 161, 174; Faber, Anreizbasierte Regulierung, 80 f.; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 148; Holle, Legalitätskontrolle, 61; Hüffer, FS G. H. Roth (2011), 299, 303 f; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 407; Paefgen, WM 2016, 433, 436.

³⁷⁸ Vgl. → § 5 III. 2.

³⁷⁹ Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 53 f.; KK-OWiG-Rogall § 130 RN 51; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 149; ders., ZGR 2017, 211 f.; Reichert, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 952; Seibt/Cziupka, DB 2014, 1598, 1600; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 407.

³⁸⁰ Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 61.

³⁸¹ Harbarth ZGR 2017, 211, 217.

(intensiv) überwachen müsse. *Harbarth* spricht sich später für letztere Verwendung aus und meint, im Bereich der Unternehmensorganisationspflichten müsse die Interessenabwägung maßgeblich auf das Unternehmensinteresse gestützt werden.³⁸² Auch wenn die Gefahr drohender Gesetzesübertretungen intensive Kontrollen als erforderlich erscheinen ließe, müsse es einen geschützten Bereich des Vertrauens auf die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung Dritter geben, wolle man nicht durch gänzlich überzogene Anforderungen an die Unternehmensorganisation unternehmerisches Wirken im Keim ersticken. „Eine unter Umständen bestehende Notwendigkeit intensiver Kontrolle kann den Vertrauensgrundsatz als solchen nicht infrage stellen, sondern lediglich dazu führen, seine Grenzen tendenziell enger zu ziehen.“³⁸³

Tatsächlich lassen sich in den so entwickelten Grundsätzen zwei unterschiedliche Ebenen ausmachen. Zum einen geht es um das basale Haftungsprinzip. In dogmatischen Termini lässt sich von der Erforderlichkeit sprechen. Der Vertrauensgrundsatz wirkt vor allem auf dieser Ebene. Dabei ist der Grundsatz des erlaubten Risikos und der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit prinzipiell dasselbe. Es geht um das hier so bezeichnete privatrechtsliberale oder eigentlich noch naturrechtliche Haftungsprinzip, wonach grundsätzlich keine besondere Verantwortlichkeit für das Handeln anderer bestehe (zu diesen Überlegungen später mehr).³⁸⁴ Die Verantwortlichkeit für andere ist eine Durchbrechung dieses Grundsatzes, hat sich allerdings schon früh im 20. Jahrhundert entwickelt (vgl. oben).³⁸⁵ Trotzdem wurde dadurch das privatliberale Haftungsprinzip nicht überwunden, vielmehr besteht in den Worten *Brüggemeiers* eine „nicht bewältigte Konfliktlage.“³⁸⁶ Die Durchbrechung des privatrechtsliberalen Verantwortungsprinzips bleibt als Ausnahme begründungsbedürftig. Notwendig ist daher grundsätzlich ein besonderer Anlass für die Legalitätskontrolle. Dieser Anlass kann entweder ein besonderes Schutzinteresse sein, wie „klassischerweise“ das Kartellrecht, oder auch der Gesundheitsschutz im Arztrecht. Möglich sind jedoch andererseits ebenso Vorfälle in der Vergangenheit. Insbesondere Letzteres wird maßgeblich für die branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht erachtet. So formuliert *Verse*, „dass Kontrollmaßnahmen nur in den kritischen Bereichen besonders intensiv geführt werden müssen, also dort, wo nicht ohne Weiteres unter normalen Umständen mit rechtstreuem Verhalten der Mitarbeiter zu rechnen ist. Verlangt wird somit kein flächendeckend enges Kontrollnetz, sondern eine flexible, an die jeweilige Risikolage angepasste Compliance-Organisation.“³⁸⁷

Beispielhaft für den Grundsatz der nur anlassbezogenen Legalitätskontrollpflicht steht gerade das Neubürger-Urteil, das *Bachmann* wegen des Erfordernisses eines „dicht gewebten Compliance-Systems“ noch als „Paukenschlag“ bezeichnete.³⁸⁸ Doch die dort aufgestellten Anforderungen müssen vor dem Hintergrund der spezifischen Situation gesehen werden. Gegenstand des Verfahrens war kein mittelständisches Unternehmen sondern ein großer, multinationaler Konzern. Im Vordergrund stand zudem die Beachtung von Korruptionsvorschriften, also ein Bereich, der seit den 1990er Jahren als ein besonderes Schutzinteresse identifiziert und reguliert worden ist. Weiter spielte eine wichtige Rolle, dass Korruptionszahlungen in einem Land aufgefallen waren, das zu diesem Zeitpunkt als besonders korruptionsanfällig galt. Schließlich war der entscheidende Vorwurf an den Vorstand, dass dieser „trotz wiederholt zur Kenntnis gebrachter Gesetzesverletzungen“, trotz „immer wiederkehrender Hinweise auf die Existenz schwarzer Kassen“ und obwohl ihm „immer wieder verdächtige Fälle geschildert“ worden waren, untätig blieb.³⁸⁹ Infrage stand damit kein proaktives, sondern vor allem ein reaktives

³⁸² *Harbarth* ZGR 2017, 211, 224.

³⁸³ *Harbarth* ZGR 2017, 211, 225.

³⁸⁴ Vgl. → § 10 I. 2.

³⁸⁵ Vgl. → § 2 I.

³⁸⁶ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 2.

³⁸⁷ *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 407.

³⁸⁸ *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 581.

³⁸⁹ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 347 – Neubürger.

Tätigwerden.³⁹⁰ Zusammengenommen lassen sich auch am Neubürger-Urteil beispielhaft die Kriterien der anlassbezogenen Kontrollpflicht ablesen.

3. Das Problem der Zumutbarkeit

Die zweite Ebene, die mit dem Vertrauensgrundsatz angesprochen wird, betrifft nicht die grundsätzliche Erforderlichkeit von Maßnahmen, sondern deren Zumutbarkeit. Dabei hat die Rechtsprechung schon in den 1980er Jahren festgestellt, dass die Legalitätskontrolle den Betriebsfrieden nicht stören dürfe.³⁹¹ Auf diesen Aspekt wird im Rahmen der Zumutbarkeit nach wie vor verwiesen, zum Teil auch unter Verweis auf arbeitspsychologische Erkenntnisse; auch die Würde der Betriebsangehörigen müsse gewahrt und eine lähmende Bürokratisierung verhindert werden.³⁹² *Spindler* schreibt: „[U]nzumutbar wäre etwa eine Aufsicht, die selbst Exzesstaten verhindern würde, da dies nur mit einer völlig flächendeckenden, intensiven Aufsicht, die praktisch zu einer Lähmung des Betriebes führt, erreicht werden könnte.“³⁹³ *Rogall* meint: „Insoweit sind Art und Umfang der Aufsichtsmaßnahmen nicht allein an dem Ziel auszurichten, durch möglichst umfassende Beaufsichtigung jegliche Zuwiderhandlung gegen betriebliche Pflichten zu verhindern.“³⁹⁴

Ausdrücklich kritisiert *Nietsch* jedoch die nach seiner Beobachtung zunehmend verfestigte Grundhaltung, dass die Compliance-Struktur, der Produzentenhaftung ähnlich, darauf ausgerichtet sei, nur Ausreißer zuzulassen. „Der Vorstand kann sich angesichts einer solchen Erwartung schon im Eigeninteresse nur dazu veranlasst sehen, besser zu viel als zu wenig des Guten zu tun.“³⁹⁵ Demgegenüber müsse neben den schon angesprochenen Aspekten der Zumutbarkeit auch das Gebot des sparsamen Einsatzes von Finanzmitteln berücksichtigt werden.

Grundsätzlich findet der Aspekt der Kosten-Nutzen-Perspektive eine breite Zustimmung.³⁹⁶ Dabei lassen sich bezüglich der Berücksichtigung dieses Aspekts durchaus unterschiedliche Gewichtungen feststellen. So schreiben *Bachmann/Kremer*: „Weil Compliance nicht jeden Rechtsverstoß verhindern kann und auch nicht muss, ist es eben *auch* [Hervorhebung im Original, B.M.] eine unternehmerische Frage, wie viel Compliance sich ein Unternehmen leisten kann und will.“³⁹⁷ *Bachmann* spricht an anderer Stelle von dem „Saldo“ zwischen Kosten und Nutzen.³⁹⁸ Und *Harbarth* schreibt, mangels aussagekräftiger gesetzlicher Wertungsmaßstäbe hinsichtlich der Durchsetzung der Gesetze im Rahmen des Privatrechts, komme den Unternehmensleitern ein weiter Spielraum zu und es sei legitim, „wenn sich das Unternehmen in der Gewichtung von Risiken und Verteilung seiner Ressourcen auch und ganz maßgeblich von seinen Schadensabwendungsinteressen leiten lässt.“³⁹⁹

Andere Autoren drücken sich vorsichtiger aus. *Rogall* meint: „[N]icht verlangt werden können (...) Maßnahmen, die in ihrem Umfang und damit in kostenmäßiger Hinsicht wirklichkeitsfremd und

³⁹⁰ *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 57; daher gerade kein Widerspruch zu *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 663: „Entgegen dem vom LG München I in der Neubürger-Entscheidung sind flächendeckende Kontrollen jedes einzelnen Zahlungsvorgangs oder zentrale Erfassung aller Beraterverträge bei der Entwicklung der Compliance-Organisation daher nur bei besonderen Risikolagen angezeigt.“

³⁹¹ KG WuW/E OLG 2330, 2332 – Revisionsabteilung.

³⁹² KK-OWiG-*Rogall* § 130 RN 51; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 79; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 663; *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 15 RN 107.

³⁹³ *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 15 RN 107.

³⁹⁴ KK-OWiG-*Rogall* § 130 RN 51.

³⁹⁵ *Nietsch*, ZGR 2015, 631.

³⁹⁶ KölnKomm-*Mertens/Cahn* § 91 RN 37; KK-OWiG-*Rogall* § 130 RN 51; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 79; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 399 f.; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 150; *Kort*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 991; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 655 f.; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599; *Sieg/Zeidler*, in: Corporate Compliance, § 3 RN 40.

³⁹⁷ KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 28.

³⁹⁸ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 79.

³⁹⁹ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 150.

überspannt sind (...).⁴⁰⁰ *Goette* schreibt, es müsse die Balance gehalten werden, Compliance sei kein Selbstzweck⁴⁰¹ und *Grigoleit*, „um Anreize für überschießende, sozialschädliche Sicherungsmaßnahmen zu vermeiden, muss die Rechtsordnung eine Abwägung hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit des Organisationsaufwands gestatten.“⁴⁰² Ähnlich schreibt *Nietsch*: „Zudem besitzt die Compliance-Organisation auch eine kaufmännische Seite, die sich daran zeigt, dass über die dafür einzusetzenden finanziellen Ressourcen entschieden werden muss, wobei die Gefahr, ‚zu viel des Guten‘ zu tun besteht und bei einer Absicherung ‚um jeden Preis‘ Unternehmensmittel zu vergeuden.“⁴⁰³

Deutlich meint demgegenüber *Matusche-Beckmann*: „Kostenerwägungen dürfen nur dann eine Rolle spielen, wenn die finanziellen Aufwendungen ganz außer Verhältnis zu der Gefährlichkeit stehen, so daß sich der Verkehr faktisch hierauf einstellt.“⁴⁰⁴ *Bürkle* schreibt: „Die primäre Anforderung an eine Compliance-Organisation ist jedoch deren Effektivität im Hinblick auf die Verhinderung von Rechtsverstößen. Die Effizienz betrifft dagegen die nachgelagerte Frage des zweckmäßigen Ressourceneinsatzes; dieser primär betriebswirtschaftliche Aspekt überlagert aber das Wirksamkeitserfordernis nicht. Und *Altmeyen* meint: „[G]eht es jedoch um die Einhaltung allgemeiner Gesetze zum Schutz Dritter darf der Geschäftsleiter keine ‚Risiken‘ eingehen; er muss sie nach Möglichkeit ausschließen!“⁴⁰⁵ Auch *Paefgen* schreibt, Opportunitätserwägungen, „wie das Fehlen oder die Geringfügigkeit von Verfolgungs- und Sanktionsrisiken wie auch die Unverhältnismäßigkeit erforderlicher Compliance-Kosten im Vergleich mit den von Rechtsverstößen erwarteten wirtschaftlichen Vorteilen für die Gesellschaft“ dürften keine Rolle spielen.⁴⁰⁶

4. Ermessensgrenzen der Legalitätskontrolle nach dem Aktienrecht

Die unterschiedlichen Gewichtungen hinsichtlich der Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen bei der Legalitätskontrolle sind zum Teil durch die aktienrechtliche Perspektive begründet, die die Diskussion um die Zumutbarkeit entsprechend überlagert. Obwohl die Legalitätskontrollpflicht und eine mögliche Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen nach dem Aktiengesetz dem Grunde nach unstrittig bestehen, verweisen viele Autoren auf wirtschaftliche Erwägungen als wesentlichen Maßstab, an der die Legalitätskontrolle zu messen sei. Auch wenn die Grundsätze der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation, also wesentlich § 130 OWiG, auch im aktienrechtlichen Binnenverhältnis unmittelbar gelten sollen, zweifeln einige Autoren einen zwingenden Gleichlauf an. Zudem besteht ein Spielraum für die Einrichtung und Ausgestaltung von Compliance-Organisationen, soweit sich aus § 130 OWiG keine zwingenden Vorgaben ergeben. Die meisten Autoren erachten in diesen Fällen erst recht allein wirtschaftliche Erwägungen als maßgeblich. Andere Autoren sehen jedoch neben einem zwingenden Gleichlauf von Aktienrecht und § 130 OWiG sogar eine „Verstärkerfunktion“ des Aktienrechts, sobald über § 130 OWiG keine zwingenden Vorgaben folgen.

Nach wohl h.M. wird die Compliance- oder Legalitätskontrollpflicht im Aktienrecht aus der sog. aktienrechtlichen Legalitätspflicht abgeleitet, also der Pflicht des Vorstands, sich bei eigenen

⁴⁰⁰ KK-OWiG-Rogall § 130 RN 51.

⁴⁰¹ *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 399.

⁴⁰² *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 55.

⁴⁰³ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 655 f.

⁴⁰⁴ *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 127.

⁴⁰⁵ *Altmeyen*, ZIP 2016, 97, 98.

⁴⁰⁶ *Paefgen*, WM 2016, 433, 437.

Handlungen an die Gesetze zu halten (zur Legalitätspflicht im Einzelnen später).⁴⁰⁷ Zum Teil wird das mit einer sog. Residualverantwortung der Legalitätspflicht begründet. So meint *Verse*: „Wenn der Geschäftsleiter Aufgaben durch andere Unternehmensangehörige erledigen lässt, führt dies ebenso wenig wie in anderen Fällen der Delegation zu einer Befreiung der Pflichtenbindung des Delegierenden, sondern lediglich dazu, dass sich seine Pflicht in eine Pflicht zur sorgfältigen Auswahl, Einweisung und Überwachung des Delegatars verwandelt.“⁴⁰⁸ *Bunting* kritisiert, dies könne nur insoweit gelten, als es um tatsächlich dem Vorstand aufgegebenen Pflichten gehe, wie bspw. § 91 Abs. 2 AktG. Sonstige, gewöhnliche Tätigkeiten von Mitarbeitern würden dagegen auf einer Weisung der Gesellschaft fußen, da diese die Geschäftsherrin der Mitarbeiter sei, die durch den Vorstand nur repräsentiert würde.⁴⁰⁹ Dagegen wird eingewandt, dass grundsätzlich die Allzuständigkeit des Vorstands für alle Pflichten gelte, die die Gesellschaft treffen würden.⁴¹⁰ So meint *Holle*: „Immer schon dann, wenn der Vorstand untergeordnete Leitungsebenen in diese Zweckverfolgung einbindet, delegiert er einen Teil dieser originär ihm auferlegten Pflicht.“⁴¹¹

Öfter liest man dagegen die Begründung über einen allgemeinen, in der Legalitätspflicht zum Ausdruck kommenden Wertungsgrundsatz, der auch für die Legalitätskontrollpflicht gelte.⁴¹² Ebenso, wie im Verbot sog. „nützlicher Pflichtverletzungen“ ein Vorrang der Gesetzeseinhaltung vor möglichen Gewinn- oder reinen Schadensabwendungsinteressen zum Ausdruck komme, gelte dieser Grundsatz nicht nur bei eigenem Handeln der Vorstandsmitglieder sondern auch, soweit es um das Handeln der Mitarbeiter ginge. *Bachmann/Kremer* sprechen diesbezüglich von einer „Verstärkerfunktion“ der internen Compliance-Pflicht hinsichtlich der staatlichen Wert- und Wirtschaftsordnung. „Letztlich wird der Vorstand damit für öffentliche Interessen in Dienst genommen.“⁴¹³ Und *Holle* formuliert deutlich, die Folge sei, dass der Vorstand gegenüber der Gesellschaft auch dann zu einer umfassenden Legalitätskontrolle verpflichtet sei, wenn eine entsprechende Kontrollverpflichtung im Außenverhältnis fehle.⁴¹⁴

Es ist jedoch zweifelhaft, dass diese Position tatsächlich der h.M. entspricht. Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass einige Autoren schon im Rahmen der Legalitätspflicht einen allgemeinen

⁴⁰⁷ KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 21; GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 186; BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 50; Grigoleit-*Grigoleit* § 76 RN 47; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 79; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 176; *Bürkle*, BB 2005, 565, 568; *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 78; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 391; *Holle*, Legalitätskontrolle, 62; *Immenga*, FS Schwark (2009), 199, 202; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 69 f.; *Paefgen*, WM 2016, 433, 436; *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 945; *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 64; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 510; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 406; vgl. auch *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 566; dagegen nicht pauschal der Legalitätspflicht zuzurechnen: *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 146; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599; offen KölnKomm-*Cahn/Mertens* § 91 RN 35; *Schmidt/Lutter-Krieger/Sailer* § 93 RN 6; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 120; zur Legalitätspflicht vgl. → § 6 V.

⁴⁰⁸ *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 404; vgl. BGH, 7.11.1994 – II ZR 270/93 = NJW 1995, 326, 329; *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 78; *Fleischer*, CCZ 2008, 1; *Hegnon*, CCZ 2009, 57, 59; *Holle*, Legalitätskontrolle, 60.

⁴⁰⁹ *Bunting*, ILF Working Paper Series No. 132 (2012), 8.

⁴¹⁰ *Hegnon*, CCZ 2009, 57; *Holle*, Legalitätskontrolle, 60.

⁴¹¹ *Holle*, Legalitätskontrolle, 60.

⁴¹² KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 21; Grigoleit-*Grigoleit* § 76 RN 47; *Bürkle*, BB 2005, 565, 568; *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 78; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 391; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 146 f.; *Holle*, Legalitätskontrolle, 62; *Immenga*, FS Schwark (2009), 199, 202; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 69 f.; *Paefgen*, WM 2016, 433, 436; *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 954; *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 64; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 510; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 406; Vgl. *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 566.

⁴¹³ KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 21.

⁴¹⁴ *Holle*, Legalitätskontrolle, 62.

Gesetzesvollziehungsanspruch für systemwidrig halten (dazu später ausführlicher).⁴¹⁵ Zum anderen wird auf einen Unterschied zwischen der Legalitätspflicht und der Legalitätskontrollpflicht verwiesen, sodass in letzterem Fall nicht die gleiche Bindungswirkung bestehe.⁴¹⁶

Bachmann meint, es sei eins, den Verstoß gegen eine bekannte Norm zu unterlassen, und ein anderes, Vorkehrungen gegen jedwede Begehungsweise aller möglichen Rechtsverstöße zu treffen.⁴¹⁷ Eine kompromisslose Compliance-Pflicht würde den Vorstand unverhältnismäßig stärker in die Pflicht nehmen als ein Individuum; der Vorstand dürfe jedoch durch öffentliche Indienstnahme nicht zum Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft mutieren.⁴¹⁸ *Kort* unterscheidet die Pflicht, dem Gemeinwohl nicht zuwider zu laufen, von der Pflicht, das Gemeinwohl zu fördern. Nur zu Ersterem sei der Vorstand einer AG berufen, ansonsten seien die Vorstandsmitglieder keine „Repräsentanten“ des Allgemeinwohls. Die Pflicht, dem Gemeinwohl nicht zuwider zu laufen, entspreche der Legalitätspflicht, die Legalitätskontrollpflicht dagegen dürfe nicht zu einer Verpflichtung gesellschaftspolitisch Wünschbarem im Unternehmen führen, sondern habe sich allein am Unternehmensinteresse zu orientieren, soweit nicht die Legalitätspflicht und die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation organisatorische Vorgaben mache.⁴¹⁹ Sogar einen Schritt weiter geht *Koch*, der meint, die Unterscheidung zwischen eigenem Handeln und fremdem Handeln dürfe auch nicht über die Legalitätspflicht unterlaufen werden und verweist auf die „haftungsträchtige Grauzone der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation“, bei der die Anwendung der Business Judgment Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (BJR) „in bedenklicher Weise“ ausgeschlossen sei.⁴²⁰ Ähnlich zweifelt auch *Bachmann* einen zwingenden Gleichlauf zwischen § 130 OWiG und aktienrechtlichem Innenverhältnis an.⁴²¹ Trotzdem modifiziere die Legalitätspflicht das Gesellschaftsinteresse im Rahmen der Legalitätskontrolle, auch wenn sie das Gesellschaftsinteresse nicht verdränge.⁴²²

Auch *Paefgen* meint, für die Legalitätskontrolle sei zwar prinzipiell das Unternehmensinteresse maßgeblich, weil das Gesetzesbefolgungsinteresse dem Unternehmensinteresse jedoch vorgeordnet sei, folge daraus, dass „Opportunitätserwägungen wie das Fehlen oder die Geringfügigkeit von Verfolgungs- und Sanktionsrisiken wie auch die Unverhältnismäßigkeit erforderlicher Compliance-Kosten im Vergleich mit den von Rechtsverstößen erwarteten wirtschaftlichen Vorteilen für die Gesellschaft (...) bei unternehmerischen Entscheidungen im Rahmen der Wahrnehmung der Legalitätskontrollpflichten keine Rolle spielen dürfen.“⁴²³ Auch *Hopt/Roth* plädieren so für einen Fall des eingeschränkten unternehmerischen Ermessens.⁴²⁴

Reichert meint, „dass Gesetzesverstöße, die im Gesellschaftsinteresse liegen, in jedem Fall eine Pflichtverletzung begründen, heißt nicht notwendigerweise, dass der Vorstand (oder Aufsichtsrat) solche ‚nützlichen‘ Pflichtverletzungen stets auch sanktionieren muss. Denkbar wäre es, sich auf den

⁴¹⁵ *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 82; *Harzenetter*, Innenhaftung, 101 ff.; *Sieg/Zeidler*, in: Corporate Compliance, § 3 RN 36; vgl. → § 6 V. 2. b).

⁴¹⁶ KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 25; GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 77, 187; Hüffer-*Koch* § 76 RN 14; GK-*Kort* § 91 RN 141; *ders.*, FS *Hopt* (2010), Bd. 1, 983, 993; *ders.*, NZG 2012, 926; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 77; *ders.*, ZIP 2014, 579, 581; *ders.*, ZHR 180 (2016), 563, 565; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 150; *Paefgen*, WM 2016, 433, 436; *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943; 954; *Tröger*, ZHR 177 (2013), 475, 499; *Uwe H. Schneider*, FS Hüffer (2010), 905, 909.

⁴¹⁷ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 77 f.

⁴¹⁸ *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 567.

⁴¹⁹ GK-*Kort* § 91 RN 141, 181; *ders.*, FS *Hopt* (2010), Bd. 1, 983, 993; *ders.*, NZG 2012, 926.

⁴²⁰ Hüffer-*Koch* § 76 RN 14.

⁴²¹ *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 581.

⁴²² *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 567.

⁴²³ *Paefgen*, WM 2016, 433, 437.

⁴²⁴ GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 77: Fall des eingeschränkten unternehmerischen Ermessens, vgl. schon *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, 131: Einschränkung des Ermessens bei Strafbarkeitsnormen und für das Gemeinwesen bedeutsame Normen, Vorsatz, vgl. 132.

Standpunkt zu stellen, dass auf dieser Ebene allein das Interesse des Unternehmens maßgeblich ist. Freilich würde eine solche Differenzierung letztlich auf eine – für die h.M. inakzeptable – Anerkennung ‚nützlicher‘ Pflichtverletzungen hinauslaufen, weil nur eine effektive Sanktionierung es vermag, dem Grundsatz des absoluten Gesetzesvorrangs auch in der Praxis Geltung zu verschaffen. Dennoch bleibt eine gewisse Differenz zwischen dem Begehen und dem Nicht-Verfolgen eines Rechtsverstoßes.“⁴²⁵ *Bachmann* verweist darauf, dass sogar im Strafrecht das strenge Legalitätsprinzip zum Teil Opportunitätsausnahmen zulasse.⁴²⁶

Generell wird, wie schon im Rahmen der Legalitätspflicht, diskutiert, ob es einen Bagatellvorbehalt gibt, bzw. es wird darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber durchaus Normen unterschiedlicher Rangordnungen kenne, wie nur beispielhaft § 396 Abs. 1 AktG zeige, der einen gemeinwohlgefährdenden Gesetzesverstoß erfordere, oder § 130 OWiG, der den Verstoß gegen Pflichten voraussetze, die mit Strafe oder Geldbuße bedroht seien.⁴²⁷ So meint *Bachmann*, „die Weite oder Enge des Ermessenspielraums richtet sich zunächst nach Art und Bedeutung der einzuhaltenden Rechtsnorm.“⁴²⁸ *Harbarth* gibt zu bedenken, dass die Rechtsordnung im überwiegenden Anwendungsbereich der Legalitätskontrollpflicht keine aussagekräftigen Maßstäbe zur Wertigkeit der denkbaren Rechtsverstöße bereitstelle, weswegen im Rahmen der Zumutbarkeit stärker auf die Schonung der unternehmerischen Ressourcen Rücksicht genommen werden müsse.⁴²⁹ *Reichert* zieht eine Grenze allein bei straf- und bußgeldbewehrten Normen.⁴³⁰ *Tröger* meldet Zweifel an, dass außerhalb des Aufsichtsrechts ein solch verstärktes, die von relevanten Einbußen unabhängige Legalitätspflicht begründendes, öffentliches Interesse an der Normbefolgung angenommen werden könne. Insbesondere sei dies gerade im Hinblick auf die Spezialnormen des Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrechts fraglich.⁴³¹ Mehrere Autoren betonen entsprechend zwei zu unterscheidende Perspektiven auf Compliance, zum einen nach dem Aufsichtsrecht, zum anderen aus der branchenunabhängigen Perspektive.⁴³²

5. Der Unterschied zwischen „Ob“ und „Wie“ von Compliance-Organisationen

Jenseits der Frage, ob die Einrichtung einer Compliance-Organisation im Einzelfall erforderlich und zumutbar ist und ob sich insbesondere aus aktienrechtlicher Perspektive der Vorstand einer AG hierbei von unternehmerischen Erwägungen leiten lassen darf, unterscheidet die h.L. zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ von Compliance-Organisationen. „Ob“ der Vorstand einer AG im Einzelfall eine Compliance-Organisation einzurichten habe, sei diesem vorgeschrieben, nur „wie“ er diese konkret ausgestalte, liege in seinem Ermessen.⁴³³

⁴²⁵ *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 953; vgl. auch Hüffer-Koch § 76 RN 16; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 84: Die Pflicht des Vorstands, den Compliance-Verstößen zugrundeliegenden Sachverhalt zu ermitteln, ende, wo eine weitere Aufklärung nicht (mehr) im Unternehmensinteresse liege; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 145: keine unbedingte Ahndung.

⁴²⁶ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 78.

⁴²⁷ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 147; *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 954.

⁴²⁸ *Bachmann*, WM 2015, 105, 108.

⁴²⁹ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 150.

⁴³⁰ *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943; 954.

⁴³¹ *Tröger*, ZHR 177 (2013), 475, 499.

⁴³² *Bachmann*, VGR 2007, 65, 68 ff.; *Kort*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 985; *Sieg/Zeidler*, in: Corporate Compliance, § 3 RN 40; *Paefgen*, WM 2016, 433, 437.

⁴³³ BeckOGK-Fleischer § 91 RN 48; Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 55; GK-Hopt/Roth § 93 RN 186; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 67; KölnKomm-Cahn/Mertens § 91 RN 35; MüKo-GmbHG-Stephan/Tieves § 37 RN 25; *Bachmann*, WM 2015, 105, 107; *Bürkle*, BB 2005, 565, 569; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 394; *Immenga*, FS Schwark (2009), 199, 202; *Kort*, NZG 2008, 81, 84; *ders.*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 991; *Ott*, ZGR 2017, 149, 167; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599.

Einige Autoren qualifizieren die aktienrechtliche Entscheidung hinsichtlich des „Wie“ einer Compliance-Organisation zudem als unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business Judgment Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (BJR) und stellen diese Entscheidung somit unter ein haftungsrechtliches Privileg.⁴³⁴ Das ist unproblematisch, sofern die Legalitätskontrollpflicht unter die allgemeine Organisationsverantwortung des Vorstands fällt.⁴³⁵ Schwieriger wird es, sofern die Legalitätspflicht die dogmatische Ableitungsbasis darstellt. Denn der Anwendungsbereich der BJR setzt nach dem Gesetz eine „unternehmerische Entscheidung“ voraus. Daraus wird grundsätzlich geschlossen, dass rechtlich gebundene Entscheidungen den Tatbestand nicht erfüllen.⁴³⁶ So gibt es Autoren, die wegen der Ableitung aus der Legalitätspflicht die Anwendung der BJR grundsätzlich ausschließen oder zumindest beschränken wollen, insbesondere, weil sie ein Unterlaufen der Legalitätskontrollpflicht befürchten.⁴³⁷ Trotzdem wird dem Vorstand auch in diesen Fällen zum Teil ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Spielraum zugebilligt, wobei darauf verwiesen wird, dass die BJR „wichtige Erkenntnisse“ liefere.⁴³⁸ *Nietsch* meint: „Schon der Umstand, dass Gegner wie Befürworter eines solchen Unterfangens letztlich auf die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zurückgreifen, zeigt aber, dass die Vorschrift über marktbedingte Unsicherheiten hinaus eine gewisse Richtigkeit hat. Sie muss insbesondere in ihrer Dimension als Kompetenzschutznorm stärker wahrgenommen werden.“⁴³⁹

Konkret führt die Anwendung der BJR für die meisten Autoren zu einer reinen Vertretbarkeitsschwelle.⁴⁴⁰ Das bedeute, dass im Wesentlichen nur Untätigkeit und offenkundig unangemessene Maßnahmen eine Pflichtverletzung darstellen würden bzw. „wenn ein sich zwingend aufdrängendes Problem gänzlich ohne Berücksichtigung bleibt oder wenn die getroffenen Regelungen offensichtlich unzweckmäßig sind, also den Regelungsgegenstand nicht einmal berühren.“⁴⁴¹ Entscheidend sei, dass der Vorstand seine Organisationsentscheidung auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage treffe und hierbei die verschiedenen verfügbaren Compliance-Elemente mit der individuellen Lage und Struktur der Gesellschaft abstimme. Eine reine „Erfolgsverantwortung“ dahingehend, dass keinerlei Rechtsverstöße stattfinden dürften, treffe ihn nicht.⁴⁴²

Im Neubürger-Urteil findet sich weder der Paragraph noch der Begriff in der Urteilsbegründung wieder.⁴⁴³ Nach *Nietsch* sei folglich zweifelhaft, dass das Gericht die BJR für anwendbar gehalten habe, da das Gericht zudem die vom Vorstand getroffene Organisationsmaßnahmen hinsichtlich ihrer Tauglichkeit zur Erfüllung der Compliance-Pflicht für vollumfänglich nachprüfbar gehalten habe.⁴⁴⁴

⁴³⁴ KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 28; Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen § 2 RN 49; KölnKomm-Cahn/Mertens § 91 RN 37; GK-Hopt/Roth § 93 RN 77; Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 63; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 67; *ders.*, WM 2008, 905, 909; Bachmann, ZIP 2014, 579, 580; *ders.*, WM 2015, 105, 108; *ders.*, ZHR 180 (2016), 563, 569; Faber, Anreizbasierte Regulierung, 80 f.; Hüffner, FS G. H. Roth (2011), 299, 305; Kort, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 991; Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 121; Nietsch, ZGR 2015, 631, 641; Ott, ZGR 2017, 149, 167.

⁴³⁵ GK-Kort § 91 RN 121; Bachmann, ZIP 2014, 579, 581.

⁴³⁶ Vgl. BT-Drucks. 15/5092, 11; Habersack, Karlsruher Forum 2009, 5, 17; vgl. → § 6 V. 2.

⁴³⁷ Altmeyden, ZIP 2016, 97, 98; Arnold, ZGR 2014, 76, 79; Habersack, Karlsruher Forum 2009, 5, 17; Holle, AG 2011, 778, 785; Immenga, FS Schwark (2009), 199, 202; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 524; Verse, ZGR 2017, 174, 189; v. Busekist/Hein, CCZ 2012, 41, 44; speziell für das Aufsichtsrecht: Armbrüster, VersR 2009, 1293, 1298 f.; Tröger, ZHR 177 (2013), 475, 513 f.

⁴³⁸ Bicker, AG 2014, 8, 9 f.; Binder, ZGR 2013, 788, 796; vgl. Nietsch, ZGR 2015, 631, 641 f. m.w.N.

⁴³⁹ Nietsch, ZGR 2015, 631, 644.

⁴⁴⁰ Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 63; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 68; Nietsch, ZGR 2015, 631, 663 m.w.N.

⁴⁴¹ OLG Frankfurt, 12.12.2007 – 17 U 111/07 = AG 2008, 453.

⁴⁴² MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 68.

⁴⁴³ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 – Neubürger.

⁴⁴⁴ Nietsch, ZGR 2015, 631, 639 f.

Schließlich ziehen einige Autoren die Unterscheidung zwischen „Ob“ und „Wie“ bezüglich der Einrichtung von Compliance-Organisationen gänzlich in Zweifel.⁴⁴⁵ So meint *Harbarth*, auch hinsichtlich der Erforderlichkeit von Compliance-Organisationen bestehe ein unternehmerisches Ermessen – ein wichtiger Punkt, „weil es eine weit verbreitete Neigung gibt, den Unterschied zwischen dem ‚Ob‘ und dem ‚Wie‘ als grundlegende, kategoriale Differenz aufzufassen und zu überhöhen.“⁴⁴⁶ So wird ein Ermessen jedenfalls insoweit begründet, als dass eine Entscheidung unter Unsicherheit getroffen werden müsse, diese eine Prognose beinhalte und darin eine Artikulation des Gesellschaftsinteresses erfolge. Allerdings sei trotzdem eine Ermessensreduktion auf Null hinsichtlich des „Ob“ einer Compliance-Organisation möglich, sofern die Analyse ein entsprechendes Risikopotenzial ergebe.⁴⁴⁷ *Kremer/Klahold* fanden es schon 2010 kaum vorstellbar, dass dies bei größeren börsennotierten Unternehmen nicht der Fall sei, was auch *Harbarth* ähnlich sieht.⁴⁴⁸ Tatsächlich ist daher fraglich, ob im Ergebnis wirklich ein Unterschied zur h.M. besteht. *Altmeyen* sieht die Diskussion über das Ermessen entsprechend als redundant. Bei der Legalitätskontrollpflicht sei – wie bei jeder Garantienpflicht – nur das Unterschreiten des Pflichtenstandards haftungsbegründend.⁴⁴⁹ Das blendet zwar die Problematik der BJR aus, weist jedoch auf den wichtigen Umstand hin, die Ermessensgrenzen als solche in den Blick zu nehmen. Jenseits zwingender Vorgaben liegt ein – unternehmerisches – Ermessen der Unternehmensleitung auf der Hand.

Entscheidend sind daher die Grenzen, die den Entscheidungsspielraum der Unternehmensleitung bestimmen. Diese bestehen grundsätzlich in der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit, dem „Ob“ einer Compliance-Organisation. Im Einzelfall kann jedoch auch das „Wie“ beschränkt sein, sodass auch die Anwendung der BJR nur den verbliebenen Ermessensspielraum privilegiert. So werden Branchenstandards als ermessensreduzierende Faktoren genannt,⁴⁵⁰ zum Teil auch aufsichtsrechtlich vorgeschriebene Maßnahmen.⁴⁵¹ Auf die Problematik bezüglich beidem wird noch einzugehen sein.⁴⁵² Anerkannt ist die grundsätzlich zwingende Berücksichtigung der Judikatur zum Organisationsverschulden.⁴⁵³ In begrenzten Ausnahmefällen soll nach einigen Autoren sogar eine Ermessensreduzierung auf Null auch hinsichtlich der Ausgestaltung von Compliance-Organisationen (dem „Wie“) gegeben sein.⁴⁵⁴ Insbesondere sei eine solche Ermessensreduzierung möglich, soweit Vorfälle in der Vergangenheit vorlägen.

Im Neubürger-Urteil findet sich die Passage, entscheidend für den Umfang des Compliance-Systems im Einzelfall seien „Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften,

⁴⁴⁵ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 153; vgl. *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 176; *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 82; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 121; *Paefgen*, WM 2016, 433, 436; *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 68 f.; undeutlich *Spindler*, WM 2008, 905, 909: „Entscheidung über die Organisation und deren Zuschnitt“, später allerdings ausdrückliches Ermessen nur noch hinsichtlich des „Wie“, MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 67.

⁴⁴⁶ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 153.

⁴⁴⁷ *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 71 f.

⁴⁴⁸ *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 121; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 153.

⁴⁴⁹ *Altmeyen*, ZIP 2016, 97, 98.

⁴⁵⁰ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 56; *Bürkle*, BB 2005, 565, 569.

⁴⁵¹ Vorsichtig: *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1710; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 74; *Bürkle*, BB 2005, 565, 567; *Langenbucher*, ZHR 176 (2012), 652, 666; ausdrücklich in Bezug auf die Schrittmacherrolle: *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 19 RN 19; *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 10; *Kort*, NZG 2008, 81, 82 f.; *Dreher*, ZGR 2010, 496 f.

⁴⁵² Vgl. → § 6 II., III.

⁴⁵³ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 50; BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 126; *ders.*, CCZ 2008, 1, 2; GK-*Kort* § 91 RN 182; *Altmeyen*, ZIP 2016, 97, 98; v. *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41, 43; *Bürkle*, BB 2005, 565, 569; *Pelz*, in: Corporate Compliance, § 5 RN 37; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 403; kritisch: *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 581; *Hüffer-Koch* § 76 RN 14.

⁴⁵⁴ *Bürkle*, BB 2005, 565, 570; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 324; *Hüffer*, FS G. H. Roth (2011), 299, 304; *Ott*, ZGR 2017, 149, 167; *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 73; a.A. *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 580.

die geografische Präsenz wie auch die Verdachtsfälle aus der Vergangenheit.“⁴⁵⁵ *Bachmann* liest daraus, dass sich das grundsätzlich angenommene Handlungsermessen des Vorstands für die Ausgestaltung des Compliance-Systems („Wie“) nach dem Gericht hier auf Null reduziert habe.⁴⁵⁶ Auch *Fleischer* scheint dies im Ergebnis zu verstehen, da sich auch nach herrschender Lehre eine Einschränkung dieses Ermessens im Einzelfall ergeben könne, insbesondere durch Vorkommnisse im eigenen Unternehmen, und die Siemens AG nach Auffassung des Gerichts „strengen Sorgfaltsmaßstäben“ hätte genügen müssen.⁴⁵⁷ Andere Autoren verweisen demgegenüber darauf, dass die Kriterien, die das Gericht zur Ausgestaltung des Umfangs aufgestellt habe, für einen Handlungsspielraum sprechen würde.⁴⁵⁸

III. Inhaltliche Ausgestaltung von Compliance-Organisationen

1. Das Problem einheitlicher Standards

In gewisser Hinsicht lassen sich in der Compliance-Diskussion seit den 2000er Jahren zwei Problemkreise unterteilen.

Abstrakt gesprochen, kollidieren zunächst unternehmerische Belange mit einem öffentlichen Schutzinteresse nach Kontrollmechanismen in Unternehmen, um die Einhaltung der Gesetze sicherstellen. Denn jenseits der Frage, ob es eine generelle Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen gibt, war die Diskussion wesentlich ein Streit um die Reichweite der Legalitätskontrolle im Einzelfall, dabei begleitet von der sich durchsetzenden Erkenntnis, dass das Bedürfnis an Kontrollmechanismen aus unterschiedlichen Gründen insgesamt gestiegen ist. Dies hat zur Anerkennung eines Minimums an Prävention in jedem Unternehmen geführt und zu einer anlassbezogenen Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen. Dabei zeigt sich immer deutlicher, dass das öffentliche Schutzinteresse jedoch nicht ohne Weiteres als legitim betrachtet wird, sondern nur in bestimmten Situationen und vor allem nur hinsichtlich bestimmter Gesetze, in denen sich ein besonderes gesetzgeberisches Interesse erkennen lässt. Umgekehrt wird die Beachtung unternehmerischer Belange ihrerseits als insbesondere aktienrechtlich legitimiert betrachtet, was auch einem bestimmten regulatorischen Konzept entspräche, das eine enge Anbindung an Marktprozesse ermögliche.⁴⁵⁹

Neben dieser abstrakt betrachteten Prinzipienkollision ging es in der Compliance-Diskussion jedoch auch darum, welche konkreten Maßnahmen für eine Compliance-Organisation verpflichtend wären, also ob es ein einheitliches Muster geben müsse. Zum Teil wird diese Frage von der angesprochenen Prinzipienkollision überlagert – denn ein wichtiger Aspekt ist der besondere Eingriff in die unternehmerische Organisationsfreiheit und insofern drückt sich in der Ablehnung einheitlicher Organisationsstandards vor allem der Schutz unternehmerischer Belange aus. Und doch wäre es verkürzt, das Problem lediglich auf diesen Aspekt zu reduzieren. Das Aufkommen dieser Frage lässt sich nur mit dem regulativen, aber auch betriebswirtschaftlichen Hintergrund von Compliance-Organisationen erklären. Und das führt wieder zurück zur Diskussion, was den Kern von Compliance, bzw. Compliance-Organisationen ausmacht. Hier wurde bereits darauf verwiesen, dass die Besonderheit von Compliance-Organisationen deren organisatorisch-systematische Charakter ist, im Gegensatz zur „klassischen“ Legalitätskontrolle. Dahinter verbinden sich Überlegungen aus ganz unterschiedlichen Disziplinen, die letztlich zur Regulierung der Organisation geführt haben.

⁴⁵⁵ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 348 – Neubürger, RN 103.

⁴⁵⁶ *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 580.

⁴⁵⁷ *Fleischer*, NZG 2014, 321, 324.

⁴⁵⁸ GK-Kort § 91 RN 122, 139; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 639 f.; *Oppenheim*, DStR 2014, 1063, 1065.

⁴⁵⁹ Vgl. → § 11.

Doch dieser Aspekt wurde jenseits vom Eingriff in die unternehmerische Freiheit schon immer sehr kritisch gesehen, auch aus theoretischen Überlegungen, vor allem aus der privatrechtlichen Perspektive.⁴⁶⁰ *Bachmann* hat von der „Verbetriebswirtschaftlichung des Organisationsrechts“ gesprochen.⁴⁶¹ Kritisiert wurde zum einen, dass solche Standards die Eigengesetzlichkeiten der individuellen Organisation, die unterschiedliche Realstrukturen, ignorieren würden.⁴⁶² Schon aus organisationstheoretischer Perspektive heraus bestünden Vorbehalte an der Formulierung solcher Standards.⁴⁶³ Nur über eine große Organisationsfreiheit würde eine enge Anbindung an Marktprozesse ermöglicht werden, was schließlich die Effektivität erst gewährleisten würde.⁴⁶⁴ Zudem würde die Funktion der Feinsteuerung des Zivilrechts ignoriert.⁴⁶⁵

Zusammengenommen gilt, dass entsprechend des Grundsatzes von „Ob“ und „Wie“ einer Compliance-Organisation der Vorstand einer AG grundsätzlich ein weites Organisationsermessen hinsichtlich der Ausgestaltung einer Compliance-Organisation hat. Eine allgemeingültige und präzise Formulierung konkreter Mindestanforderungen, bzw. ein uniformes, für alle Unternehmen passendes und verbindliches Compliance-Muster sei schlicht nicht möglich oder angezeigt.⁴⁶⁶ Insbesondere das Aktienrecht weise kaum konkrete Organisationspflichten auf, erst § 91 Abs. 2 AktG habe im gewissen Maß eine besondere Organisationsform normiert, im Übrigen gäbe es jedoch keine nähere gesetzliche Konkretisierung.⁴⁶⁷ Auch die Vorgaben nach § 130 OWiG seien nur einzelfallbezogen.⁴⁶⁸ Es wird moniert, dass sich daraus nur punktuelle, fragmentarische Vorgaben ermitteln ließen, die kein übergreifendes Organisationssystem ergeben würden, bzw. keine Vorgaben zur Einrichtung bestimmter Organisationsmaßnahmen.⁴⁶⁹ In eine ähnliche Richtung geht die Kritik, aus den Vorschriften würden sich zwar Pflichten ergeben, aber keine standardisierten Vorgaben, wie sie auszufüllen seien.⁴⁷⁰ Zum Teil wird auch der Rechtsprechung vorgeworfen – insbesondere zum Organisationsverschulden –, sie leiste bislang „wenig Erhellendes.“⁴⁷¹

Trotzdem sind sowohl auf nationaler Ebene als auch international Standards entwickelt worden, die sich mit der Wirksamkeit von Compliance Management Systemen befassen: bspw. der Standard des Instituts der Wirtschaftsprüfer IDW PS 980 oder der Standard der internationalen Normierungsinstitution ISO 19 600, der US Resource Guide to the FCPA, die Organizational Sentencing Guidelines, die Anlage zum UK Bribery Act sowie die OECD-Richtlinien. Schließlich sind auch spezialgesetzliche Vorgaben z.B. in §§ 33 WpHG, 12 WpDVerOV und die entsprechenden

⁴⁶⁰ Vgl. → § 4 IV.

⁴⁶¹ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 76.

⁴⁶² BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 54; *ders.*, CCZ 2008, 1, 2; Hüffer-*Koch* § 76 RN 14; GK-*Kort* § 91 RN 139; *ders.*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 985; KölnKomm-*Mertens/Cahn* § 91 RN 37; v. *Schenk*, NZG 2002, 64, 66.

⁴⁶³ *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 548.

⁴⁶⁴ *Nietsch*, ZGR 2015 631, 648.

⁴⁶⁵ MüKo-BGB-*Wagner* § 823 RN 445; *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 513.

⁴⁶⁶ KBLW-*Bachmann* A.2 RN 4; KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 26; BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 54; *ders.*, CCZ 2008, 1, 2; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 53; Hüffer-*Koch* § 76 RN 14; GK-*Kort* § 91 RN 139; *ders.*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 985; KölnKomm-*Mertens/Cahn* § 91 RN 37; *Immenga*, FS Schwark (2009), 199, 202; v. *Schenk*, NZG 2002, 64, 66.

⁴⁶⁷ Vgl. *Bürkle*, BB 2005, 565, 567; *Uwe H. Schneider*, NZG 2010, 1201, 1202.

⁴⁶⁸ *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 81; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 74 f.

⁴⁶⁹ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 72; *Bürkle*, BB 2005, 565, 567; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 140 f.; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 74 f.; *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 60 f.

⁴⁷⁰ *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 48; Hüffer-*Koch* § 76 RN 14; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 74 f.

⁴⁷¹ *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Corporate Compliance § 1 RN 28; vgl. auch *Sieg/Zeidler*, in: Corporate Compliance, § 3 RN 40.

Verwaltungsanweisungen zu nennen.⁴⁷² Auch die Compliance-Beratung liefert zum Teil *best practice*-Leitlinien.⁴⁷³ Insbesondere in Großunternehmen sind zudem standardisierte Compliance-Systeme etabliert.⁴⁷⁴

Trotzdem habe sich noch keine *best practice* im Sinne einer verallgemeinerbaren Organisationsform entwickelt.⁴⁷⁵ Sowohl der Einfluss privatrechtlicher Standards, als auch aufsichtsrechtlicher Normierungen auf die branchenunabhängige Pflichtenlage wird allgemein sehr kritisch gesehen,⁴⁷⁶ sie würden auch keine Gewähr leisten, dass der Vorstand damit in jedem Fall das getan hat, was aktienrechtlich geboten wäre.⁴⁷⁷ Nicht zu verkennen sei allerdings, dass diese Standards, insbesondere über die Möglichkeit der Zertifizierung, eine faktische Etablierung erreichen würden.⁴⁷⁸

2. Basiselemente einer Compliance-Organisation

Obwohl damit grundsätzlich kein verbindliches Muster für eine Compliance-Organisation existiert, hat sich über die Jahre dennoch ein gewisser Grundkonsens über die Basiselemente, bzw. ein Mindeststandard gebildet.⁴⁷⁹ Nach *Bachmann* spiegele sich dieser nicht nur in den einschlägigen Prüfungs- und Zertifizierungsstandards wider, sondern auch in Bußgeldbescheiden oder Urteilen, die gegen einzelne Unternehmen wie z.B. Siemens und MAN ergangen seien.⁴⁸⁰ *Cahn/Mertens* kritisieren diese jedoch als Leerformeln.⁴⁸¹ Anerkannt ist zunächst, dass der Ermessensspielraum bei rein systembezogenen, präventiven Maßnahmen weiter ist, als bei reaktiven, vor allem repressiven Maßnahmen.⁴⁸² Im Einzelfall können sich auch gesteigerte Überwachungspflichten ergeben, bspw. soweit die Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung betroffen ist oder bereits Vorfälle in der Vergangenheit eingetreten sind.⁴⁸³

Dabei ist der erste Schritt in jedem Fall eine angemessene Risikoanalyse, unabhängig von einem konkreten Schadens- oder Verdachtsfall.⁴⁸⁴ Der Vorstand muss überhaupt in der Lage sein, beurteilen zu können, ob die Risikoexposition des Unternehmens die Einrichtung einer Compliance-Organisation verlangt und welche systematischen Risiken ggf. besonderer Aufmerksamkeit bedürfen. Diese Analyse ist grundsätzlich regelmäßig zu wiederholen, gegebenenfalls bei besonderen Anlässen.

⁴⁷² *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Corporate Compliance*, § 1 RN 42-43; vgl. auch *KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 23*; *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 10; *Unmuth*, CB 2017, 177, 178.

⁴⁷³ *MüKo-AktG-Spindler* § 91 RN 67.

⁴⁷⁴ *Hüffer-Koch* § 76 RN 15a; *GK-Kort* § 91 RN 122, 141; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 403.

⁴⁷⁵ *MüKo-AktG-Spindler* § 91 RN 70; auch *GK-Kort* § 91 RN 122, 141.

⁴⁷⁶ Vgl. → § 6 II., III.

⁴⁷⁷ Vgl. nur *Hüffer-Koch* § 76 RN 15: „ungesunde Tendenz der Verselbstständigung“; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 76: Warnung vor einer „Verbetriebswirtschaftlichung des Organisationsrechts“, Schrittmacherdiagnose des Aufsichtsrechts gerate zur „self-fulfilling-prophecy“. Keine Vermutungs- oder Indizwirkung, keine Entlastung: *KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 23*; *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 38; *MüKo-AktG-Spindler* § 91 RN 67.

⁴⁷⁸ *KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 24*; *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 38; *Hüffer-Koch* § 76 RN 15a.

⁴⁷⁹ *KBLW-Bachmann A.2 RN 4*; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 62; *MüKo-AktG-Spindler* § 91 RN 68; *Moosmayer*, *Compliance*, B RN 10; v. *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41.

⁴⁸⁰ *KBLW-Bachmann A.2 RN 4*; vgl. auch v. *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41, 43; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 403; *Pelz*, in: *Corporate Compliance*, § 5 RN 37; *Unmuth*, CB 2017, 177, 178.

⁴⁸¹ *KölnKomm-Mertens/Cahn* § 91 RN 37.

⁴⁸² *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 57; *Bachmann*, WM 2015, 105, 108; *Bürkle*, BB 2018, 525, 526; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598.

⁴⁸³ BGH, 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370, 379 = AG 1997, 37; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 = NZG 2014, 345 – Neubürger; *Fleischer*, AG 2003, 291, 295; *ders.*, CCZ 2008, 1.

⁴⁸⁴ *KBLW-Bachmann A.2 RN 5*; *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 55; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 62; *MüKo-AktG-Spindler* § 91 RN 68; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 177 f.; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 658.

Als nächstes ist ein klares Bekenntnis des Vorstands zur Rechtstreue erforderlich.⁴⁸⁵ Diese darf nicht nur formal bestehen, sondern muss effektiv vorgelebt werden (*tone at the top*). Eine allgemeine Belehrung dahingehend, dass Gesetzesverletzungen untersagt sind, wird regelmäßig nicht genügen.⁴⁸⁶ Ein eigener „Ethik-Kodex“ muss dafür nicht aufgestellt werden, ist allerdings gebräuchlich, vgl. G.5 DCGK.⁴⁸⁷

Die Mitarbeiter müssen allerdings über die besonders wichtigen und für sie einschlägigen Normen in verständlicher Form unterrichtet, auf Gefahren und die Versuchung von Rechtsverstößen (insbesondere Korruption) hingewiesen und in der Vermeidung von Rechtsverstößen geschult werden.⁴⁸⁸ Dabei besteht allerdings nach wie vor ein breiter Ermessensspielraum – trotz anderslautender Empfehlungen – wie dies genau zu geschehen hat. Weder sind Compliance-Handbücher (Manual), die Durchführung eines unternehmensbezogenen (online) Compliance-Standard-Trainingsprogrammes noch unternehmensinterne Richtlinien verpflichtend („Ethik-Kodex“), auch wenn letzteres die bei Großunternehmen am weitesten verbreitete Compliance-Maßnahme darstellt.⁴⁸⁹

Entscheidend ist zudem eine funktionsfähige Organisationsstruktur. Zuständigkeiten müssen klar und sachgerecht verteilt und die entsprechenden Stellen mit erforderlichen Befugnissen und Ressourcen angemessen ausgestattet sein.⁴⁹⁰ Die Verantwortung für die Legalitätskontrolle liegt zwingend beim Gesamtvorstand.⁴⁹¹ Dieser muss diese Aufgabe jedoch nicht unmittelbar selbst erfüllen, möglich ist, diese Aufgabe zu delegieren:⁴⁹² zum einen auf horizontaler Ebene durch Schaffung eines entsprechenden Ressorts auf Vorstandsebene, zum anderen vertikal durch Delegation auf interne oder externe Personen. In jedem Fall müssen die Zuständigkeiten jedoch klar verteilt sein und eine Restverantwortung bleibt bestehen. Ein einzelnes Vorstandsmitglied kann sich im Zweifel nicht damit entlasten, für den Bereich Compliance nicht zuständig gewesen zu sein; jedenfalls wenn es Anzeichen für die mangelnde Wirksamkeit der Compliance-Strukturen gibt.⁴⁹³ Auch bei vertikaler Delegation verbleibt zudem eine „Oberaufsicht“, die durch Weisungsbefugnisse sichergestellt sein muss.⁴⁹⁴ Die Grenze der vertikalen Delegation ist erreicht, wenn der Kernbereich der Aufgabe betroffen ist.⁴⁹⁵ Im Ermessen wiederum liegt, wie der Vorstand die Aufgabe zu delegieren gedenkt. Diese kann organisatorisch der Rechtsabteilung, einem aus verschiedenen Stabsstellen zusammengesetzten Lenkungskreis oder einer eigenständigen Compliance-Abteilung zugeschlagen werden. Ebenso denkbar ist die Etablierung eines Chief Compliance Officer (CCO) oder eines Compliance-Beauftragten.⁴⁹⁶ Insbesondere die Anstellung mindestens eines Compliance-Beauftragten hat sich

⁴⁸⁵ KBLW-Bachmann A.2 RN 6; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 55; MüKo-GmbHG-Stephan/Tieves § 37 RN 29; Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 177 f.; Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, 401, 406; vgl. auch Referentenentwurf zum VerSanG, 95: *tone from the top* als wesentliche Grundlage.

⁴⁸⁶ KK-OWiG-Rogall § 130 RN 53 f; vgl. auch OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1733, 1745: Keine genügende Aufsicht durch bloße Verteilung eines Merkblatts über kartellrechtlich korrektes Verhalten.

⁴⁸⁷ KBLW-Bachmann A.2 RN 6.

⁴⁸⁸ KBLW-Bachmann A.2 RN 8; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 55; Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 63; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 73; MüKo-GmbHG-Stephan/Tieves § 37 RN 29; Unmuth, CB 2017, 177, 178 f.

⁴⁸⁹ Unmuth, CB 2017, 177, 178 f.

⁴⁹⁰ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 348 – Neubürger RN 112; KBLW-Bachmann A.2 RN 7; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 55; Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 63; MüKo-GmbHG-Stephan/Tieves § 37 RN 29; Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 177 f.; Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, 401, 403.

⁴⁹¹ KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 24; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 67.

⁴⁹² KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 30; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 68; Kort, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 988; Seibt/Cziupka, DB 2014, 1598, 1600.

⁴⁹³ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 – Neubürger RN 74.

⁴⁹⁴ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 – Neubürger RN 113; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 68; Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 62; Hoffmann/Schieffer, NZG 2017, 401, 403.

⁴⁹⁵ Kort, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 988.

⁴⁹⁶ BeckOGK-Fleischer § 91 RN 70; KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 31.

dabei in vielen deutschen Großunternehmen etabliert, sie ist generell jedoch nicht zwingend.⁴⁹⁷ Sichergestellt sein muss, dass die entsprechende Stelle mit den erforderlichen Befugnissen und Ressourcen angemessen ausgestattet ist (s.o.).

Darüber hinaus gehört zu einer sachgerechten Organisation auch ein Informationsmanagementsystem.⁴⁹⁸ Es müssen klare Berichtslinien und ein (*bottom up*) Informationsfluss über Vorkommnisse mit Compliance-Relevanz im Unternehmen geregelt sein. Insbesondere der Vorstand kann sich nicht auf fehlende Einsichts- und Einwirkungsrechte berufen, da gerade ihre Einrichtung zu seinen Aufgaben zählt.⁴⁹⁹ Insbesondere spezialgesetzlich sind zum Teil besondere formale Anforderungen an die Berichtskette geregelt, zum Teil auch die Bildung besonderer Ausschüsse. Dies mag auch in Großunternehmen typisch sein, ist aber wiederum nicht zwingend.⁵⁰⁰ Zwingend ist eine fortlaufende Systemprüfungs- Nachjustierungs- und Kontrollpflicht, was wenigstens das noch aus der „Vor-Compliance-Zeit“ erhaltende Erfordernis unangekündigter Stichproben bedeutet.⁵⁰¹

Zum Teil existieren spezialgesetzliche Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten (§ 83 WpHG, §§ 140 ff. AO, doch auch darüber hinaus wird dem Vorstand eine Dokumentation der maßgeblichen Entscheidungen und Gründe schon aus Eigeninteresse empfohlen.⁵⁰² Das Vernichten von Unterlagen kann im Einzelfall zudem gegen Strafvorschriften verstoßen (§§ 258, 274 StGB).

Die h.M. hielt eine Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems bislang für nicht zwingend.⁵⁰³

Bei Verdacht auf mögliche vergangene oder zukünftige Verstöße ist der Dreiklang von „Aufklären, Abstellen, Ahnden“ allgemein anerkannt.⁵⁰⁴ Der Ermessensspielraum ist hierbei grundsätzlich beschränkt.

Überwiegend wird angenommen, dass die Aufklärung des Sachverhalts nicht disponibel sei.⁵⁰⁵ Im Einzelfall sei dies jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen, sofern gerade eine Aufklärung Schäden auszulösen drohe, reine Bagatellfälle oder schwache Verdachtsmomente vorlägen; der Maßstab sei allein das Unternehmensinteresse.⁵⁰⁶ *Fleischer* spricht davon, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip jedenfalls in Ausnahmefällen eine Grenze ziehe.⁵⁰⁷ *Bürkle* gibt jedoch zu bedenken, dass die Sachverhaltsaufklärung den ersten und grundlegenden Schritt des reaktiven Compliance-Managements darstelle.⁵⁰⁸ Die Sachverhaltsaufklärung sei zudem ein wesentlicher Pfeiler der Compliance-Kultur. Sie zeige und mache transparent, dass bereits eine nur mögliche Non-Compliance ernst genommen würde. Selbst wenn die internen Ermittlungen zu dem Ergebnis führen würden, dass nur ein Bagatellverstoß vorläge, dienten die daraus gewonnenen Erkenntnisse gleichwohl der Verbesserung der Compliance-Organisation.

⁴⁹⁷ *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 63; *MüKo-AktG-Spindler* § 91 RN 73; *Unmuth*, CB 2017, 177, 178 f.

⁴⁹⁸ *KBLW-Bachmann* A.2 RN 7; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 62; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 403; *Thaten*, *Ausstrahlung*, 207.

⁴⁹⁹ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 347 f. – Neubürger.

⁵⁰⁰ *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 63.

⁵⁰¹ BGH, 24.3.1981 – KRB 4/80, WuW/E BGH 1799 – Revisionsabteilung; *KBLW-Bachmann* A.2 RN 10; *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 60; *MüKo-GmbHG-Stephan/Tieves* § 37 RN 29.

⁵⁰² *KBLW-Bachmann* A.2 RN 9; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 121.

⁵⁰³ *KBLW-Bachmann* A.2 RN 10; *Hüffer-Koch* § 76 RN 18; *GK-Kort* § 91 RN 153; *Baur/Holle* AG 2017, 379, 380 m.w.N.; vgl. → § 3 V.

⁵⁰⁴ *KBLW-Bachmann* A.2 RN 11; *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 57; *MüKo-AktG-Spindler* § 91 RN 68; *MüKo-GmbHG-Stephan/Tieves* § 37 RN 29; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 178.

⁵⁰⁵ *GK-Kort* § 91 RN 187; *Bürkle*, BB 2018, 525, 526; *Hüffer*, FS G. H. Roth (2011), 299, 305; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 644.

⁵⁰⁶ *Hüffer-Koch* § 76 RN 16; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 84.

⁵⁰⁷ *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 57.

⁵⁰⁸ *Bürkle*, BB 2018, 525, 527.

Eine Pflicht, wie die Untersuchung im Einzelnen besorgt wird, besteht jedoch wiederum nicht.⁵⁰⁹ Dies kann intern mit Hilfe der internen Revision, der Rechts- oder der Compliance-Abteilung geschehen. Eine Einschaltung externer (Rechts-)Berater oder der Staatsanwaltschaft ist nicht erforderlich, jedenfalls soweit andere Formen der Sachverhaltsaufklärung ebenso erfolgsversprechend sind. Dieses prinzipielle Ermessen kann sich jedoch zu einer Auswahlpflicht verdichten, wenn andere Formen der Sachverhaltsaufklärung keinen vergleichbaren Aufklärungserfolg versprechen. Im Einzelfall kann daher auch die Einschaltung der staatlichen Ermittlungsbehörden und das Stellen einer Strafanzeige bzw. eines Strafantrags geboten sein.

Bei der Frage der Sanktion ist der Ermessensspielraum des Vorstands grundsätzlich sehr weit und reicht von der Aufklärung und Ermahnung bis hin zu Kündigung, Schadensersatzverlangen oder Strafanzeige.⁵¹⁰ Ein weitgehend einheitlicher Untersuchungsstandard im Unternehmen selbst befindet sich wohl grundsätzlich im Bereich des Vertretbaren.⁵¹¹ Kontroverser ist die Frage, ob im Einzelfall auch ein Absehen von der Sanktion möglich ist. Hier spielt zum Teil wieder eine Rolle, ob man eine aus der Legalitätspflicht kommende Handlungspflicht des Vorstands sieht oder eine in gewissem Sinn unternehmerische Entscheidung.⁵¹² Wiederum wird problematisch gesehen, dass ein Verzicht auf jegliche Sanktion Zweifel am *commitment* aufkommen ließe, bzw. dass auch „weiche Sanktionen“ eine unternehmensinterne, präventive Signalwirkung zeigen würden, die nicht zu unterschätzen sei.⁵¹³ Kontrolldefizite, die durch die Aufklärung von Verstößen auftreten, sind – wie bereits erwähnt – nachzubessern.⁵¹⁴

3. Abgrenzung zum Risikomanagement

Compliance-Organisationen und Risikomanagement weisen eine große Überschneidung auf, schon begrifflich. Nach dem Prüfungsstandard PS 340 des Institutes der Wirtschaftsprüfer (IDW)⁵¹⁵ beschreibt der Begriff Risikomanagement „die Gesamtheit aller organisatorischen Regelungen und Maßnahmen zur Risikoerkennung und zum Umgang mit den Risiken unternehmerischer Betätigung.“ Bei einem Risikomanagement geht es mithin darum, mittels eines koordinierten Ansatzes Risiken zu erkennen, auszuwerten und Strategien zur Risikovermeidung zu entwickeln.⁵¹⁶ Insbesondere soweit unter Compliance-Organisationen auch ein präventiver Aspekt verstanden wird, liegt die Überschneidung damit auf der Hand.

Auch praktisch bestehen viele Überschneidungen: Zur allgemeinen Pflicht der Legalitätskontrolle gehört in jedem Fall auch eine Risikoanalyse. Umgekehrt werden vom Risikomanagement grundsätzlich auch Rechtsrisiken erfasst, da diese in der BWL wohl noch keine eigenständige Kategorie darstellen.⁵¹⁷

Nach *Mülbert/Wilhelm* folgten Compliance-Organisationen als „rechtliches Risikomanagement“ im Prinzip der gleichen Funktionslogik wie das Management sonstiger Risiken.⁵¹⁸ Auch *Bachmann* sieht

⁵⁰⁹ KBLW-Bachmann A.2 RN 11; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 57; Bürkle, BB 2018, 525, 527.

⁵¹⁰ KBLW-Bachmann A.2 RN 11; dagegen GK-Kort § 91 RN 187: nur begrenzter Spielraum zum „Wie“.

⁵¹¹ Nietsch, ZGR 2015, 631.

⁵¹² Hüffer, FS G. H. Roth (2011), 299, 305: Kein Ermessen, weil keine unternehmerische Entscheidung; dagegen Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 145; Reichert, FS Hoffmann-Becking (2013), 2013, 943, 953.

⁵¹³ Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 178; Bürkle, BB 2018, 525, 527.

⁵¹⁴ KBLW-Bachmann A.2 RN 10; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 60; MüKo-GmbHG-Stephan/Tieves § 37 RN 29; Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 178.

⁵¹⁵ Die Prüfung des Risikofrüherkennungssystems nach § 317 Abs. 4 HGB, WPg 16/1999, 658 ff.

⁵¹⁶ Kordt, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 23.

⁵¹⁷ Vgl. zum Recht als Risiko in der BWL MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 68; Nietsch, ZHR 180 (2016), 733, 758.

⁵¹⁸ Mülbert/Wilhelm, ZHR 178 (2014), 502, 521.

beide Funktionen „Hand in Hand gehen“.⁵¹⁹ Nach *Wundenberg* liegt eine symbiotische Beziehung zwischen beiden vor, letztlich sei es eine einheitliche Organisationsaufgabe.⁵²⁰

Zu beachten ist jedoch, dass auch das Risikomanagement kein einheitlicher Begriff ist und unterschiedliche Modelle beinhaltet. In der Betriebswirtschaftslehre bedeutet das *risk management* ein umfassendes System, das eine umfassende Risikoinventur und Risikokontrolle auf allen Feldern der geschäftlichen Tätigkeit und deren externem Umfeld erfordert und für das in der Betriebswirtschaft entsprechende Modelle entwickelt wurden.⁵²¹ Aus aktienrechtlicher Perspektive ist nach § 91 Abs. 2 AktG ein Überwachungssystem zur Erkennung bestandsgefährdender Risiken erforderlich. Dies beinhaltet jedoch keine Verpflichtung auf ein bestimmtes Modell.⁵²² Trotzdem werden nach *Spindler* beide Funktionen im Unternehmen grundsätzlich getrennt, da die Compliance-Funktion auch das Risikomanagement zu überwachen habe.⁵²³ Zudem werden Compliance-Organisationen teilweise als *aliud* bezeichnet, da es nicht nur um Risikoerkennung ginge, sondern auch Instruktion und Repression als Aufgaben hinzukämen.⁵²⁴ Schließlich gilt zu bedenken, ob Rechtsverstößen aufgrund der Vorbehaltslosigkeit der Legalitätspflicht jedenfalls im Ausgangspunkt unabhängig von finanziellen Auswirkungen begegnet werden müsste und damit kein notwendiger Gleichlauf der Funktionen vorläge.⁵²⁵

Im Aufsichtsrecht wird der Begriff des Risikomanagements anders benutzt. Dort gilt grundsätzlich das Modell der sog. drei Verteidigungslinien: „Die erste Verteidigungslinie besteht aus der Selbstkontrolle der Geschäftsbereiche. Demnach haben sich die einzelnen Geschäftsbereiche selbst fortlaufend auf ein gesetzeskonformes Verhalten hin zu kontrollieren. Als zweite Verteidigungslinie wird die prozessbegleitende Überwachung durch nicht-operative Unternehmenseinheiten (Risikocontrolling, Compliance, Recht, Personal, Finanzen etc.) bezeichnet. Diese sollen Risiken in den Geschäftsbereichen der ersten Verteidigungslinie erkennen und durch geeignete Verfahren und Prozesse bestmöglich vermeiden. Die Interne Revision bildet die dritte Verteidigungslinie. Sie hat die eingeführten Verfahren unabhängig auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen.“⁵²⁶ Diese drei Verteidigungslinien zusammen bilden dann das Risikomanagement des Unternehmens.⁵²⁷ Insofern ist das Risikomanagement der Oberbegriff, was sich auch in § 25a Abs. 1 KWG ablesen lässt.⁵²⁸ Hinzuweisen ist jedoch auch auf die Entwicklung der sog. Verselbstständigung von Compliance.⁵²⁹ *Nietsch* kritisiert, die Zuständigkeitsverlagerung im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Compliance passe nicht zur Letztverantwortung des Vorstands nach dem aktienrechtlichen Grundgefüge.⁵³⁰

⁵¹⁹ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 75.

⁵²⁰ *Wundenberg*, Compliance, 8 f.

⁵²¹ GK-Kort § 91 RN 55.

⁵²² *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 23; vgl. → § 6 IV. 1.

⁵²³ MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 68.

⁵²⁴ *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 171; *Steuber*, FS Hommelhoff (2012), 1165, 1176.

⁵²⁵ *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 740.

⁵²⁶ *Röh/Oppenheim* in: Wertpapier-Compliance in der Praxis, III.1 Rn. 7.

⁵²⁷ *Röh/Oppenheim* in: Wertpapier-Compliance in der Praxis, III.1 Rn. 8.

⁵²⁸ „Ein Institut muss über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen (...). Eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation muss insbesondere ein angemessenes und wirksames Risikomanagement umfassen (...); das Risikomanagement umfasst insbesondere (...) 3. die Einrichtung interner Kontrollverfahren mit einem internen Kontrollsystem und einer Internen Revision, wobei das interne Kontrollsystem insbesondere (...) c) eine Risikocontrolling-Funktion und eine Compliance-Funktion umfasst.“

⁵²⁹ Vgl → § 2 III. e.E.

⁵³⁰ *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 756; vgl. → § 6 II. 3. a).

§ 6 Das Problem der Rechtsgrundlage

Nachdem ein grober Überblick über die wesentlichen Grundsätze und Strukturen der branchenunabhängigen Legalitätskontrollpflicht und der Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen gegeben worden ist, soll im Folgenden die Frage der Rechtsgrundlage detaillierter betrachtet werden.

Dieser Punkt spielte zu Beginn der Diskussion über branchenunabhängige Compliance-Organisationen eine größere Rolle – inzwischen wird dieser Frage jedoch die praktische Relevanz abgesprochen.⁵³¹ Unterstrichen wird dies durch die Tatsache, dass die Legalitätskontrollpflicht zum Teil unter § 91 AktG kommentiert ist, obwohl dort auf die allgemeine Leitungsverantwortung als Rechtsgrundlage verwiesen wird.⁵³² Im Neubürger-Urteil wurde die Frage explizit offengelassen.⁵³³ Von anderer Seite wird angemerkt, für die Frage der Pflichtendelegation, der Reichweite der Prüfungspflichten des Abschlussprüfers nach § 317 Abs. 4 HGB und der Übertragbarkeit auf das GmbH-Recht sei dies sehr wohl relevant.⁵³⁴ Diese Punkte sind für die hiesige Fragestellung jedoch unerheblich. Trotzdem sollte deutlich geworden sei, dass hinsichtlich der Ermessensgrenzen der Legalitätskontrollpflicht die Herleitung durchaus eine Rolle spielen kann – nicht nur bezüglich der (Nicht-)Anwendbarkeit der BJR, sondern auch hinsichtlich der Möglichkeit, unternehmerische Belange berücksichtigen zu dürfen.⁵³⁵ Auch bezogen auf die inhaltliche Ausgestaltung von Compliance-Organisationen ist fraglich, ob sich diese an bereichsspezifischen Regularien, privaten Prüfungsstandards oder sogar an einzelnen Passagen eines Bußgeldbescheides gegen ein anderes Unternehmen zu orientieren hat. Ausgehend von der hier eingenommenen These eines generell zu beobachtbaren Wandels des staatlich-gesellschaftlichen Modells im Sinne eine sog. regulativen Kapitalismus, lässt sich vor allem anhand der Diskussion im Ganzen ablesen, wie den Herausforderungen, die die Erscheinungsformen des regulativen Kapitalismus an das bestehende privatrechtliche Schema darstellen, konzeptuell begegnet wird und wo nach wie vor Unklarheiten oder Lücken in der Diskussion ausgemacht werden können.

I. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation als rechtlicher Ausgangspunkt

1. Überblick

Bis vor kurzem war § 130 OWiG die wesentliche Norm. Diese verpflichtet den Unternehmensinhaber zur einer „gehörigen Aufsicht“ der Mitarbeiter, um Normübertretungen zu verhindern.⁵³⁶ Funktion, Struktur und Auslegung der Norm entsprechen jedoch den deliktrechtlichen Maßstäben zum Organisationsverschulden nach §§ 831, 823 Abs. 1 BGB.⁵³⁷ Die unterschiedlichen Formulierungen beruhen auf den Eigenheiten der beiden Rechtsgebiete wie der Beweislastverteilung.⁵³⁸ Bedeutung hat das Ordnungswidrigkeitenrecht vor allem durch prozessuale Aspekte, da dem Ordnungswidrigkeitenrecht mit der effektiveren Sachverhaltsaufklärung im strafrechtlichen

⁵³¹ MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 52.

⁵³² BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 47 f.; GK-*Kort* § 91 RN 121 f.

⁵³³ LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 – Neubürger RN 103.

⁵³⁴ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 49; so auch GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 186; *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 171; *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1706.

⁵³⁵ Vgl. → § 5 II. 4.

⁵³⁶ § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG: „Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.“

⁵³⁷ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 71; *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 15 RN 105.

⁵³⁸ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 71.

Ermittlungsverfahren ein schneidiges Instrument zur Seite steht, das deren Durchsetzung fördert und daher de facto gegenüber zivilrechtlichen Maßnahmen „haftungsverstärkend“ wirkt.⁵³⁹ § 130 OWiG ist vom Prinzip enger. Normadressat ist nur der Unternehmensinhaber und nach § 9 Abs. 1 OWiG die vertretungsberechtigten Organe einer juristischen Person, also in der AG auch der Vorstand nach § 78 AktG. Zudem fallen nur mit Straf- und Bußgeld belegte Normen unter den Tatbestand. Im Gegensatz zum Deliktsrecht ist jedoch kein Schaden notwendig.⁵⁴⁰ Zudem ist fraglich, ob die zivilrechtlichen Pflichten nur sachlich-räumlich Gefahren erfassen und nur eine akzessorische Organisationshaftung besteht oder ob auch die Arbeitsteilung allein Gefahren begründet und eine originäre Organisationsgefahr bestehen kann.⁵⁴¹ Auch die unmittelbare Außenhaftung der Organwalter über dieses Institut ist wegen der Umgehung des § 31 BGB und der damit einhergehenden Gläubigerbevorzugung umstritten.⁵⁴²

In beiden Rechtsgebieten hat die Rechtsprechung schon vor den 2000er Jahren Anforderungen an die ordnungsgemäße Instruktion von Mitarbeitern sowie an die Überwachung und Sanktionierung entwickelt (vgl. oben).⁵⁴³ Hinzuweisen ist zudem auf das Urteil des 1. Strafsenats des BGH vom 9.5.2017. Das Gericht entschied erstmalig, dass Compliance-Bemühungen bei der Bemessung des Bußgeldes zu berücksichtigen seien.⁵⁴⁴ Insofern die Verfolgungsbehörden und Gerichte somit zur Bewertung von Compliance-Maßnahmen aufgefordert sind, ist zu erwarten, dass bald ein entsprechendes *case law* weitergeführt wird. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu erwarten, dass das Verbandssanktionsgesetz keine Vorgaben an die inhaltliche Ausgestaltung von Compliance-Maßnahmen macht.⁵⁴⁵

Es gilt abzuwarten, inwiefern das Verbandssanktionsgesetz § 130 OWiG als wesentlichen Bezugspunkt ersetzt. Inhaltlich wird es die Bedeutung der staatlich überwachten, branchenunabhängigen Aufsichtspflichtenorgane nur weiter stärken. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E wird gegen einen Verband eine Verbandssanktion verhängt, „wenn jemand (...) in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes eine Verbandstat begangen hat, wenn Leitungspersonen des Verbandes die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können.“ Das Verbandssanktionsgesetz erfasst grundsätzlich nur Straftaten, vgl. § 2 Abs. 2 VerSanG-E, und Verbände, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, vgl. § 1 2 VerSanG-E. Die Regelungen des Ordnungswidrigkeitenrechts finden somit weiterhin Anwendung, vor allem, soweit spezialgesetzlich auf das Ordnungswidrigkeitenrecht verwiesen wird, wie bspw. im Kartellrecht und Wertpapierrecht, wo durch spezialgesetzliche Änderungen jedoch eine ähnliche Sanktionierung wie im Verbandssanktionsgesetz vorgesehen ist.⁵⁴⁶

⁵³⁹ *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 15 RN 1.

⁵⁴⁰ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 71.

⁵⁴¹ Ablehnend: *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 760, 1026; Bedenken äußernd *Bunting*, ILF Working Paper Series No. 132 (2012), 19; befürwortend: *Koch*, WM 2009, 1013, 1017, wegen Ausstrahlung der Wertung des § 130 OWiG.

⁵⁴² BGH, 12.3.1996 – VI ZR 90/95; *Altmeppen*, ZIP 2016, 97, 99 f. m.w.N.; ablehnend MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 357.

⁵⁴³ Vgl. → § 2 I.

⁵⁴⁴ BGH, 09.5.2017 – 1 StR 265/16 = BeckRS 2017, 114578, RN 118.

⁵⁴⁵ *Baur/Holle*, ZRP 2019, 186, 188; *Nolte/Michaelis*, BB 2020, 1154, 1155.

⁵⁴⁶ *Baur/Holle*, ZRP 2019, 186, 189.

2. Die Bedeutung in der rechtlichen Diskussion

Für die branchenunabhängige Perspektive auf Compliance-Organisationen kann die Bedeutung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation nicht überbetont werden.⁵⁴⁷ Die Rede von der Selbstverständlichkeit von Compliance im Sinne einer grundsätzlichen Pflicht zur Legalitätskontrolle lässt sich nur vor dem Hintergrund der schon vor den 2000er Jahren von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen verstehen, auf die im ersten Teil bereits eingegangen worden ist.⁵⁴⁸ Explizit verwies *Fleischer* zu Beginn der Diskussion auf diese Grundsätze zur Konkretisierung einer möglichen Compliance-Pflicht.⁵⁴⁹ Noch immer sind es diese Grundsätze, aus denen sich wesentlich der rechtliche Mindeststandard einer Compliance-Organisation herleitet⁵⁵⁰ und die das aktienrechtliche Ermessen des Vorstands nach h.M. entsprechend einschränken, vermittelt über die grundsätzlich unbedingte Geltung der Legalitätspflicht.⁵⁵¹

Insbesondere vor dem Hintergrund der praktischen Relevanz, verwundert es auf den ersten Blick, dass die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation nur von wenigen Autoren als die eigentliche Rechtsgrundlage für branchenübergreifende Compliance-Organisationen gesehen wird⁵⁵² und jüngere monographische Arbeiten die Bedeutung herunterspielen.⁵⁵³

Erklären lässt es sich jedoch damit, dass die „klassische“ Legalitätskontrolle im Kern eine „rückwärtsgewandte Einzelüberwachung“⁵⁵⁴ war, Compliance-Organisationen jedoch mehr meinten, nämlich systematische Organisationsstrukturen mit einem Schwerpunkt auf Prävention.⁵⁵⁵ Entsprechend sieht die h.M. die Anforderungen aus der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation nicht als genügend, um eine branchenübergreifende Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen zu begründen. Teilweise wird kritisiert, die Vorgaben seien nur einzelfallbezogen.⁵⁵⁶ Auch wird moniert, es würden sich nur punktuelle, fragmentarische Vorgaben ermitteln lassen, die kein übergreifendes Organisationssystem ergeben würden, bzw. keine

⁵⁴⁷ Die Kommentar-Literatur stellt die Bedeutung dieser Pflicht deutlich hervor: BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 50: Die Orientierungsmarken der Legalitätskontrollpflicht würden sich mit der deliktischen Überwachungssorgfalt decken; BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 126: Für die Ausformung dieser Überwachungspflichten liefere vor allem § 130 OWiG wertvolle Erkenntnisse; vgl. auch schon *Fleischer*, AG 2003, 291, 292 f.; *ders.*, CCZ 2008, 1, 2; MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 52 FN 341 hebt die langjährigen Querverbindungen hervor und sieht, ebenso wie GK-*Kort* § 91 RN 123, die Legalitätskontrollpflicht als Teil der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation.

⁵⁴⁸ Vgl. → § 2 I.

⁵⁴⁹ *Fleischer*, AG 2003, 291, 292 f.

⁵⁵⁰ V. *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41, 43; *Moosmayer*, Compliance, B RN 10; *Pelz*, in: Corporate Compliance, § 5 RN 37; vgl. KBLW-*Bachmann* A.2 RN 4; *Unmuth*, CB 2017, 177, 178; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 403.

⁵⁵¹ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 50; BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 126; *ders.*, CCZ 2008, 1, 2; GK-*Kort* § 91 RN 182; *Altmeyen*, ZIP 2016, 97, 98; v. *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41, 43; *Bürkle*, BB 2005, 565, 569; *Pelz*, in: Corporate Compliance, § 5 RN 37; *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, 403; kritisch: *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 581; Hüffer-*Koch* § 76 RN 14.

⁵⁵² *Altmeyen*, ZIP 2016, 97, 98; *Moosmayer*, Compliance, B RN 10; mittelbar: v. *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41, 43; Tendenz bei BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 50; BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 126; *ders.*, AG 2003, 291, 292 f.; *ders.*, CCZ 2008, 1, 2; GK-*Kort* § 91 RN 123; MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 52 FN 341.

⁵⁵³ *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 75 sieht lediglich eine „inhaltliche Nähe“ und *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 60 widmet dieser Pflicht einen Satz.

⁵⁵⁴ *Fleischer*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 8 RN 40.

⁵⁵⁵ *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 140 f.; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 74 f.; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 119: Die Verpflichtung zur gehörigen Aufsicht und die aktive Gestaltung eines Compliance-Programms im Sinne einer Organisationspflicht seien sehr unterschiedliche rechtliche Pflichten, so dass sich aus der Aufsichtspflicht die Pflicht zur Gestaltung eines Compliance-Programms nicht erschließe.

⁵⁵⁶ *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 81; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 74 f.

Vorgaben zur Einrichtung bestimmter Kontrollvorgaben.⁵⁵⁷ In eine ähnliche Richtung geht die Kritik, aus den Vorschriften würden sich zwar Pflichten ergeben, aber keine standardisierten Vorgaben, wie sie auszufüllen seien.⁵⁵⁸

Bezogen auf die heute h.M. wirken diese Kritikpunkte jedoch überholt. Denn es soll gerade keine einheitliche Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Organisationen gelten, sondern nur eine im Einzelfall, sofern die Unternehmensumstände es gebieten und auch dann nicht unbedingt flächendeckend, sondern flexibel an die jeweilige Risikolage angepasst (sog. relative Compliance-Pflicht). Überhaupt zeigen viele Autoren die Tendenz, die Anforderungen an die Legalitätskontrolle von der einzuhaltenden Rechtsnorm abhängig zu machen. Die Trennung zwischen „Ob“ und „Wie“ ist ein weiterer wichtiger Punkt; einheitlichen Standards wird so grundsätzlich eine Absage erteilt. Nach wie vor bilden zudem die Anforderungen, die Gerichte im Rahmen von § 130 OWiG an die Legalitätskontrolle in Unternehmen aufgestellt haben, den rechtlichen Mindeststandard im Sinne der Basiselemente für eine Compliance-Organisation, sobald diese für ein Unternehmen erforderlich ist. Einzelne Urteile im Kartellrecht oder zu Korruptionsfällen seit den 2000er Jahren zeigen, dass die Anforderungen an die Legalitätskontrolle auch im Rahmen von § 130 OWiG insgesamt gestiegen sind. Insbesondere die Relevanz von Compliance-Bemühungen bei der Bußgeldbemessung und die Richtung des Verbandssanktionsgesetz, das gezielt versucht, Compliance-Organisationen in Unternehmen zu stärken, zeigen, dass auch über die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation institutionalisierte Compliance-Organisationen gefordert werden können. Es ist zu erwarten, dass der Schwerpunkt auf der aktienrechtlichen Perspektive durch das *case law* insgesamt verschoben wird. Auch jenseits praktischer Maßnahmen bleibt die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation für die herrschende Dogmatik der Legalitätskontrollpflicht bedeutend; obwohl die h.M. deren Rechtsgrundlage in der allgemeinen Leitungssorgfalt nach §§ 76, 93 AktG sieht. Für die meisten Autoren bildet § 130 OWiG vermittelt über die Legalitätspflicht auch im aktienrechtlichen Innenverhältnis die Grenze für ein (unternehmerisches) Ermessen des Vorstands. Ein absolutes (unternehmerisches) Ermessen in Bezug auf die Legalitätskontrolle, das auch die Legalitätspflicht unterlaufen würde, wird nur von wenigen Autoren vertreten. Nur sofern aus § 130 OWiG keine zwingenden Vorgaben folgen, besteht für die meisten Autoren ein (unternehmerisches) Ermessen.

Letztlich drückt sich in der Verortung der Rechtsgrundlage der Legalitätskontrollpflicht nach der h.M. lediglich aus, dass die Legalitätskontrolle eine genuin unternehmerische Perspektive aufweist. Compliance-Organisationen werden zunehmend zum Wettbewerbsfaktor.⁵⁵⁹ Insofern ist die Legalitätskontrollpflicht nicht nur „mehr“ als die „klassische“ Legalitätskontrollpflicht und damit mehr als die Anforderungen der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation (bzw. nach § 130 OWiG) vor den 2000er Jahren sondern auch „mehr“ als die gestiegenen Anforderungen dieser Pflicht (bzw. nach § 130 OWiG) seit den 2000er Jahren. Und es erscheint verständlich, warum dieses „Mehr“ seinen Platz in den unternehmensrechtlichen Regularien findet.

Gleichzeitig zeigt sich an dieser Grenze wiederum der Unterschied zu solchen Positionen, die für die Legalitätskontrollpflicht eine Art aktienrechtliche „Verstärkerfunktion“ fordern. Denn dabei kann es konsequent nur darum zu gehen, die Ermessensgrenzen bezüglich der Entscheidung über und der Ausgestaltung von Compliance-Organisationen noch enger zu ziehen, als diese durch die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation für die wohl h.M. schon jetzt gezogen werden.

⁵⁵⁷ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 72; *Bürkle*, BB 2005, 565, 567; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 140 f.; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 74 f.; *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 60 f.

⁵⁵⁸ *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 48; *Hüffer-Koch* § 76 RN 14; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 74 f.

⁵⁵⁹ *Labinsky*, Environmental Compliance, 43; vgl. → § 3 II.

II. Analogie und Ausstrahlung des Aufsichtsrechts

1. Überblick zur aufsichtsrechtlichen Compliance

Die aufsichtsrechtliche Compliance hat ihre Grundlage in den Vorschriften für die Tätigkeit von Banken (KWG), bzw. des Wertpapierhandels (WpHG) und Versicherungen (VAG). Damit werden besondere Risikofelder, die diese Tätigkeiten im Gegensatz zu sonstigen wirtschaftlichen Betätigungen mit sich bringen, spezifisch adressiert. Empirische Befunde belegen, dass die Corporate Governance von Finanzinstituten gegenüber der allgemeinen Corporate Governance erhebliche Besonderheiten aufweist.⁵⁶⁰ Dies hat umfassenden Niederschlag in der nationalen und internationalen Finanzmarktgesetzgebung, in der Aufsichtspraxis und in vielen Prinzipien und Empfehlungen gefunden.⁵⁶¹

Während in der unregulierten Aktiengesellschaft auch heute noch in erster Linie das Verhältnis der Aktionäre zum Vorstand als Leiter der Gesellschaft im Vordergrund steht (sog. *equity*-Governance), rücken im Aufsichtsrecht die Institutskunden in den Fokus (Einleger, Anleger oder Versicherungsnehmer), auf deren Versorgung mit Kapital die Finanzinstitute angewiesen sind, um ihrer Funktion als Finanzintermediäre gerecht werden zu können (sog. *debt*- oder *creditor*-Governance).⁵⁶² Wegen der besonderen, gesamtwirtschaftlichen Relevanz des Finanzsektors besteht der Schutzzweck des Aufsichtsrecht über den Kundenschutz hinaus zudem im Funktionsschutz.⁵⁶³

Der besondere Schutzauftrag wird dabei im Gegensatz zum allgemeinen Aktienrecht, wo die Sanktionierung von Governance-Verstößen den Gesellschaftsorganen überantwortet wird, durch die BaFin als Aufsichtsbehörde wahrgenommen, die einerseits überwachend tätig wird und andererseits im erforderlichen Fall Anordnungen und Sanktionen verhängen kann.⁵⁶⁴

Grundlage der aufsichtsrechtlichen Compliance sind §§ 25a ff. KWG (für Kreditinstitute), § 80 WpHG (Vorgängervorschrift: § 33 WpHG) iVm WpDVerOV⁵⁶⁵, Art. 22 und Art. 26 Abs. 7 DelegiertenVO⁵⁶⁶ (für den Wertpapierhandel) und § 23 ff. VAG, insbesondere § 29 VAG (für Versicherungen). Diese Anforderungen werden durch Verwaltungsanweisungen der BaFin, auch Rundschreiben genannt, ergänzt, ohne jedoch einen Anspruch auf Vollständigkeit aufzuweisen.⁵⁶⁷ Ihre Befolgung soll allerdings grundsätzlich eine ermessensfehlerfreie Ausübung der Organisationsspielräume darstellen.⁵⁶⁸ Ursprünglich waren das die sog. MaRisk (Mindestanforderungen an das Risikomanagement) für Kreditinstitute und Versicherungen und die sog. MaComp (Mindestanforderungen an die Compliance-

⁵⁶⁰ Hopt, ZGR 2017, 438, 446 f., 458 f.; Thaten, Ausstrahlung, 81.

⁵⁶¹ Hopt, ZGR 2017, 438, 446 f., 458 f.

⁵⁶² Thaten, Ausstrahlung, 81; vgl. Hopt, ZGR 2017, 438, 446 f., 458 f.

⁵⁶³ Armbrüster, VersR 2009, 1293, 1295; Kordt, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 37 f.; Thaten, Ausstrahlung, 75, 81.

⁵⁶⁴ Kordt, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 37 f.; Thaten, Ausstrahlung, 81.

⁵⁶⁵ Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung).

⁵⁶⁶ Dies geht zurück auf die neueste Rechtsänderung durch die Verabschiedung der MiFID II-RL und deren Umsetzung in nationales Recht durch das Zweite Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund europäischer Rechtsakte (2. FiMaNoG), welches zum 3.1.2018 in Kraft trat. § 33 WpHG wurde in § 80 WpHG verschoben. Dadurch, dass die DelegiertenVO in Art. 22 umfassend Compliance-Pflichten statuiert, kann die geänderte WpDVerOV ihren Regelungsgehalt auf ausgewählte Bereiche der Unternehmensorganisation beschränken. Auch § 80 WpHG selbst verzichtet daher nun auf eigenständige Compliance-Anordnungen. Vgl. Boehm, in: Kapitalmarktstrafrecht, Teil 2, Kap. 2.2., RN 5; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 55.

⁵⁶⁷ Hüffer-Koch § 76 RN 75 ff.; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 56, 59, 60.

⁵⁶⁸ Abgewichen werden solle nur bei Hinweisen auf ein fehlerhaftes Verständnis durch die BaFin, MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 56.

Funktion) für den Wertpapierhandel, inzwischen gilt für Versicherungen die sog. MaGo (Mindestanforderungen an die Geschäftsorganisation von Versicherungsunternehmen).⁵⁶⁹

Die jeweiligen Anforderungen sind im Einzelnen nicht deckungsgleich, wobei es nur wenig signifikante Unterschiede gibt.⁵⁷⁰ Besonderheiten gehen auf die teilweise divergierenden Schutzzwecke zurück. Die KWG-Compliance bezweckt vor allem den Schutz vor Vermögensschäden, die auf Rechtsbrüchen beruhen können (sog. Solvenz-Aufsicht).⁵⁷¹ Die Wertpapier-Compliance ist als Instrument der Marktaufsicht dagegen (auch) dem Kunden- und Anlegerschutz verpflichtet, insbesondere der Kundenberatung.⁵⁷² Im Vordergrund stehen damit Interessenkonflikte.⁵⁷³ Das erfordert bspw. die Einrichtung von Vertraulichkeitsbereichen, sog. Chinese Walls, aber auch die Beteiligung der Compliance beim Neuproduktprozess.⁵⁷⁴ Entsprechende Regeln fehlen im Banken- oder Versicherungsaufsichtsrecht, würden dort auch nur geringen Sinn ergeben.⁵⁷⁵ Ähnlich verhält es sich mit der Sonderregelung zur Geldwäsche-Compliance im KWG und der Pflicht zur Einrichtung einer versicherungsmathematischen Funktion in § 31 VAG.⁵⁷⁶

Insgesamt weisen die Anforderungen eine hohe Regelungstiefe und einen hohen Detailgrad auf.⁵⁷⁷ Aber es lassen sich auch sektorübergreifende Anforderungen allgemeineren Zuschnitts finden, die für eine mögliche Ausstrahlung in Betracht kommen: so etwa die Gesamtverantwortung der Geschäftsleiter für eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation (§ 25a Abs. 1 S. 2 KWG), die klare Zuordnung und Abgrenzung der Verantwortungsbereiche (§ 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 3a KWG), die Pflicht zur angemessenen Ressourcenausstattung der Compliance-Funktion (§ 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 4 KWG, Art. 22 Abs. 3 lit. a DelVO 2017/565 = § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG a.F.) und die regelmäßige Compliance-Berichterstattung (Art. 22 Abs. 2 lit. c DelVO 2017/565 = § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 WpHG a.F.). Interessant sind solche Anforderungen, die aus sektorübergreifender Perspektive umstritten sind. Dies gilt bspw. für die Pflicht zur Einrichtung eines Whistleblowing-Systems, vgl. § 23 a Abs. 1 S. 6 Nr. 3 KWG, Verweis über § 80 Abs. 1 S. 1 WpHG und § 23 Abs. 6 VAG. Hervorzuheben ist außerdem, dass nach MaComp BT 1.2.3. Schulungen der Mitarbeiter verlangt werden.

2. Gesamtanalogie

Das Fehlen einer ausdrücklichen rechtlichen Grundlage für eine sektorübergreifende Pflicht für Unternehmen zur Einrichtung einer Compliance-Organisation hat *Uwe H. Schneider* in seinem Beitrag aus dem Jahr 2003 dazu bewogen, eine analoge Anwendung mehrerer Einzelschriften anzunehmen, die entweder selbst eine Compliance-Organisation begründeten oder zumindest organisatorische Vorgaben aufstellten.⁵⁷⁸ In der Zusammenfassung desselben Beitrags schrieb er

⁵⁶⁹ Hüffer-Koch § 76 RN 75 ff.; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 56, 59, 60.

⁵⁷⁰ Mülbert/Wilhelm, ZHR 178 (2014), 502, 528; zwar nach *Thaten* „maßgebliche Unterschiede“, konkret werden jedoch nur Einzelbeispiele genannt (Ausstrahlung, 210).

⁵⁷¹ Mülbert/Wilhelm, ZHR 178 (2014), 502, 528.

⁵⁷² Mülbert/Wilhelm, ZHR 178 (2014), 502, 528.

⁵⁷³ *Thaten*, Ausstrahlung, 210.

⁵⁷⁴ *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 751; *Thaten*, Ausstrahlung, 210.

⁵⁷⁵ Vgl. MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 57; *Thaten*, Ausstrahlung, 210.

⁵⁷⁶ *Thaten*, Ausstrahlung, 210.

⁵⁷⁷ BeckOGK-Fleischer § 91 RN 65; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 40.

⁵⁷⁸ *Uwe H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 649: unter Verweis auf § 25a KWG, § 33 Abs. 1 WpHG a.F., § 130 OWiG, § 91 Abs. 2 AktG, § 52a Abs. 2 BImSchG, § 53 KrW-AbfG a.F., § 14 Abs. 2 GwG a.F. und Art. 11 der EG-Richtlinie zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche. „Der hinter diesen Einzelschriften stehende Rechtsgedanke lässt sich verallgemeinern. Zwar fehlt eine allgemeine gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation. Sie lässt sich aber im Wege der Rechtsanalogie aus den genannten Einzelschriften herleiten.“

jedoch, diese Verpflichtung folge aus den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, mittelbar aus den genannten Vorschriften.⁵⁷⁹

Die Überlegung einer Gesamtanalogie aus einer Art „Normpool“ (Hüffer) wurde als Vorschlag breit diskutiert und ist in der wissenschaftlichen Literatur als Mindermeinung etabliert, stößt aber gänzlich auf Ablehnung und wurde in dieser Form seitdem nicht mehr vertreten.⁵⁸⁰ Schon die Regeln selbst seien zu heterogen, um eine solche Analogie zu begründen.⁵⁸¹ Es fehle an einem einheitlichen Regelungswillen seitens des Gesetzgebers.⁵⁸² Auch seien sie zu detailliert, um eine für alle Unternehmen gleiche Pflicht zu rechtfertigen.⁵⁸³ Gegen eine Analogie spreche zudem die besondere Gefahrenlage, auf die die Normen zugeschnitten seien, bzw. deren branchenspezifische Charakter.⁵⁸⁴

3. Ausstrahlungswirkung

a) Abgrenzung zur Legalitätspflicht

Trotz dieser eindeutigen Positionierung ist einer Übernahme aufsichtsrechtlicher Wertungen für die branchenunabhängige Pflichtenlage nicht von vornherein der Boden entzogen worden. Unter dem Stichwort der „Ausstrahlungswirkung“ werden Möglichkeiten eines Einflusses des Aufsichtsrecht weiterhin diskutiert. Dieser Begriff ist jedoch methodisch umstritten und wird in der Debatte unterschiedlich verwendet. Dabei müssen zwei Themenkomplexe unterschieden werden:

Zunächst geht es darum, ob der Vorstand einer Aktiengesellschaft, wenn dessen Geschäft das einer Bank, Wertpapierfirma oder Versicherung ist, die aufsichtsrechtlichen Vorschriften unmittelbar beachten muss, bzw. ob er bei Nichtbeachtung dieser Normen aus dem Außenverhältnis der AG auch haftbar nach § 93 Abs. 2 AktG im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft sein kann. Auch wenn die Existenz dieser sog. Legalitätspflicht auf der Hand liegen sollte, ist dies bei genauer Betrachtung nicht selbstverständlich und die Begründung alles andere als trivial.⁵⁸⁵ Man kann insofern von einer branchenspezifischen Ausstrahlungswirkung sprechen.⁵⁸⁶

Dies ist kein rein aktienrechtliches Problem, vielmehr geht es generell um die Frage, wie „Spannungsfelder“ (Binder)⁵⁸⁷ zwischen einzelnen Rechtsordnungen aufzulösen sind, bspw. wenn Strafgerichte über den Untreuetatbestand nach § 266 StGB Sorgfaltsanforderungen des Aufsichtsrechts, aber auch des Gesellschaftsrechts auslegen,⁵⁸⁸ genauso wie zu bekannten Problemen nach § 823 Abs. 2 BGB oder § 134 BGB. Im Vordergrund steht dann die Vereinbarkeit der (möglicherweise) unterschiedlichen Zielrichtungen der jeweiligen Gebiete, bzw. die Voraussetzungen (möglicher) Rezeptions- oder Transmissions-Normen.

Diese Problemlage verschärft sich, wenn man die Fragestellung auf eine andere Branche erweitert (sog. branchenübergreifende Ausstrahlungswirkung).⁵⁸⁹ Aus aktienrechtlicher Perspektive lässt sich

⁵⁷⁹ Uwe H. Schneider, ZIP 2003, 645, 650.

⁵⁸⁰ BeckOGK-Fleischer § 91 RN 50; Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 50; Hüffer-Koch § 76 RN 14; GK-Kort § 91 RN 137; MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 65; Bachmann, VGR 2007, 65, 69; Bürkle, BB 2005, 565, 567; Faber, Anreizbasierte Regulierung, 100 ff.; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 139; Hüffer, FS G. H. Roth (2011), 299, 304; Kort, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 995; Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 119.

⁵⁸¹ Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 119; Thaten, Ausstrahlung, 210.

⁵⁸² Hüffer-Koch § 76 RN 14; Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 119; Bachmann, VGR 2007, 65, 74; Merkt, ZIP 2014, 1705, 1707; Holle, Legalitätskontrolle, 23: Könnte der Gesetzgeber sonst allgemein im AktG regeln.

⁵⁸³ MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 65; Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 119.

⁵⁸⁴ BeckOGK-Fleischer § 91 RN 50; Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 50; Bachmann, VGR 2007, 65, 74; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 139; Hüffer, FS G. H. Roth (2011), 299, 304; Kort, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 995.

⁵⁸⁵ Vgl. → § 6 V.

⁵⁸⁶ Kordt, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 33.

⁵⁸⁷ Binder, ZGR 2013, 760 f.

⁵⁸⁸ Böttcher, NZG 2009, 1047 f.; Merkt, ZGR 2016, 201 f.

⁵⁸⁹ Kordt, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 35.

nun nicht mehr die sog. Legalitätspflicht des Vorstands anführen, denn jenseits der aufsichtsrechtlichen Branche ist eine AG nicht Adressat der Normen und das Legalitätsprinzip grundsätzlich nicht einschlägig. Zum einen ist fraglich, ob sich Normen des Aufsichtsrecht in sachlicher Hinsicht übertragen lassen und zum anderen, ob dies nach rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen überhaupt zulässig ist. Der Gesetzgeber hat schließlich nur bestimmte Branchen reguliert und andere damit ausgenommen.

Nur letzteres wird unmittelbar hier aufgegriffen, die Diskussion um eine branchenspezifische Ausstrahlungswirkung soll im Rahmen der Legalitätspflicht diskutiert werden.

b) Branchenübergreifende Ausstrahlungswirkung als Methodenproblem

Eine branchenübergreifende Ausstrahlungswirkung ist aus vielen Gründen problematisch, schon begrifflich. *Fleischer* bezeichnet den Begriff der Ausstrahlung als „methodisch-schillernd“⁵⁹⁰ und von anderen Autoren wird angemerkt, der Begriff sei methodisch unklar, nicht zweifelsfrei herleitbar oder schlicht unbesetzt.⁵⁹¹ Am prominentesten hat *Dreher* versucht, sich dem Begriff methodisch anzunähern,⁵⁹² doch auch davor wurde von „Ausstrahlung“ des Aufsichtsrechts gesprochen, ohne dies jedoch näher methodisch zu konkretisieren.⁵⁹³ Letztlich scheint das gleiche gemeint zu sein, wenn an anderer Stelle von der „Schrittmacherrolle“ des Aufsichtsrechts (*Spindler*),⁵⁹⁴ von einem „punktuellen Rückgriff“ (*Fleischer*)⁵⁹⁵ oder einer „vorsichtigen Einzelanalogie“ (*Bachmann*)⁵⁹⁶ gesprochen wird. Trotzdem hat sich der Begriff der Ausstrahlung durchgesetzt und wird entsprechend – wenn auch kritisch – in der Kommentierung aufgeführt,⁵⁹⁷ sowie unter dieser Bezeichnung monographisch diskutiert.⁵⁹⁸

Als Argument für eine Ausstrahlungswirkung hat *Langenbucher* die Figur der sog. Einheit der Rechtsordnung ins Feld geführt, die sie, im Anschluss an *Canaris*, als Ausprägung des Gleichheitssatzes versteht, der die Widerspruchslosigkeit und Folgerichtigkeit der Rechtsordnung gewährleiste.⁵⁹⁹ Nach diesem Grundsatz seien laut *Langenbucher* Rechtsnormen nicht nur mit Blick auf ihr unmittelbares Regelungsumfeld – in diesem Fall das Privatrecht – sondern auch mit Blick auf die gesamte Rechtsordnung auszulegen.⁶⁰⁰ Einwirkungen fremder Regelungsfelder würden vor allem in Situationen geringer Determinationsdichte des unmittelbaren Regelungsumfelds relevant werden. Ließe dieses ein ganzes Spektrum gleichermaßen vertretbarer Auslegungsergebnisse zu, könne dem Argument, ein bestimmtes Ergebnis trage zur Auflösung einer Systemspannung bei, entscheidendes Gewicht zukommen.

Auch *Thaten* hat das Argument der Einheit der Rechtsordnung aufgegriffen, verstanden als Gebot der Widerspruchsfreiheit.⁶⁰¹ Zunächst versucht *Thaten*, anhand der allgemeinen Kollisionsregeln von Rang

⁵⁹⁰ *Fleischer*, NZG 2014, 321, 325.

⁵⁹¹ *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 101; *Langenbucher*, ZHR 176 (2012), 652, 666; *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543, 565.

⁵⁹² *Dreher*, ZGR 2010, 496 f.; zuvor noch kritisch zu einer „Überformung“ und „Publizierung des Rechts“, vgl. *ders.*, AG 2006, 213 f.

⁵⁹³ *Bürkle*, BB 2005, 565, 567, dort gleichbedeutend mit Schrittmacherfunktion; *Kort*, NZG 2008, 81, 82 f.

⁵⁹⁴ *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 19 RN 19.

⁵⁹⁵ *Fleischer*, NZG 2014, 321, 325.

⁵⁹⁶ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 75 f.

⁵⁹⁷ Vgl. BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 80; Grigoleit-*Grigoleit* § 76 RN 50; Hüffer-*Koch* § 76 RN 80.

⁵⁹⁸ *Fischer*, Ausstrahlungswirkungen, *Thaten*, Ausstrahlung.

⁵⁹⁹ *Canaris*, Systemdenken, 16, 45; vgl. auch *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 16 f.

⁶⁰⁰ *Langenbucher*, FS Hopt (2010), Bd. 2, 2175, 2187.

⁶⁰¹ *Thaten*, Ausstrahlung, 105: „Eine Norm steht nie nur für sich allein, sondern sie ist eingebettet in ein Gesamtsystem. Dieses System endet nicht an den Grenzen des jeweiligen Gesetzbuches, sondern umspannt alle

(*lex superior*), Sachnähe (*lex specialis*) und der Aktualität von Normen (*lex posterior*) das Verhältnis von Aufsichtsrecht und Gesellschaftsrecht auszuloten, muss jedoch konstatieren, dass diese Regeln unzureichend seien, um dem vielschichtigen Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht auf die Spur zu kommen.⁶⁰² Denn die Fixierung auf den Normwiderspruch führe nicht weiter. In der Folge entwickelt sie einen „neuen Ansatz“: die Unterscheidung formeller und materieller Normrelationen.⁶⁰³ Insbesondere einheitliche Begrifflichkeiten könnten eine solche materielle Normrelation herstellen.⁶⁰⁴ Bezogen auf eine branchenübergreifende Ausstrahlung des Aufsichtsrechts könne jedoch im Regelfall keine Normrelation wegen des Spezialitätsverhältnisses festgestellt werden, nur im Ausnahmefall sei dies möglich, sofern sich im Aufsichtsrecht auch verallgemeinerbare Gedanken guter Corporate Governance finden ließen.⁶⁰⁵ In diesem Fall könnten die Normen des Aufsichtsrechts als Rechtserkenntnisquelle herangezogen werden.⁶⁰⁶ Diesem Ansatz folgt auch *Fischer*.⁶⁰⁷ Am prominentesten ist ein Aufsatz *Dreher*s geblieben, der jedoch kein eigentliches methodisches Konzept vorschlägt, vielmehr wegen der Spezialität des Aufsichtsrechts einer schematischen Übernahme von Wertungen eine Absage erteilt.⁶⁰⁸ Ebenso wenig könne deswegen das Aufsichtsrecht als solches im Bereich des allgemeinen Aktienrechts de lege lata einen Leitbildcharakter, eine Indizwirkung oder ähnliche schematische Funktionen beanspruchen. „Für Ausstrahlungen des Aufsichtsrechts auf das allgemeine Aktienrecht de lege lata bleibt daher jenseits der zahlreichen *lex specialis*-Sachverhalte nur Raum im Rahmen der klassischen Methodenlehre. Ihre Anwendung kann in geeigneten Fällen durchaus zu einer dann mittelbaren Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts führen (...) Methodischer Ansatzpunkt ist dabei die Auslegung der jeweils in Frage stehenden Norm. (...) Fälle der positiven Ausstrahlungswirkung setzen voraus, dass der Gesetzgeber im speziellen Aufsichtsrecht Regelungen normiert, die lediglich sachgerechte, allgemein gültige Konkretisierungen von Prinzipien sind, die ohnehin im Aktienrecht gelten.“⁶⁰⁹ Dabei könne es jedoch nicht um eine „schematisch-leitbildhafte Rechtsübertragung“ gehen: „Die Ausstrahlungswirkung aufsichtsrechtlicher Normen muss sich daher grundsätzlich darin erschöpfen, Wertungsmodelle abzubilden. Sie lassen sich dann auf im Ansatz vergleichbare Fragestellungen in der Normal-AG zwar in der Regel nicht in ihrer konkreten Ausgestaltung, aber jedenfalls in ihrer Prinzipienbasierung wertend übertragen. In dieser Form bedeutet die Ausstrahlung des Aufsichtsrechts auf das Aktienrecht die systembildende, wertende Geltung oder zumindest Berücksichtigung des Rechtsgedankens, der hinter jenem steht, auch in diesem.“⁶¹⁰

c) Ausstrahlungswirkung zwischen Rechtsfortbildung und *common sense*

Insgesamt zeichnen die genannten Ansätze damit ein ambivalentes Bild, das gerade keine einheitliche methodische Linie aufzeigt, sondern viel Spielraum zur Interpretation liefert. Zunächst scheint die Problematik der Spezialität grundsätzlich unüberwindbar. So schreibt *Dreher*: „Mit der Beschränkung auf spezielle Regelungen bringt der Gesetzgeber gerade zum Ausdruck, dass

geschriebenen und ungeschriebenen Rechtssätze. Innerhalb dieses Systems gilt das Gebot der Widerspruchsfreiheit. Es fordert eine kohärente Abstimmung aller Normen innerhalb der gesamten Rechtsordnung.“

⁶⁰² *Thaten*, Ausstrahlung, 106 f., 108.

⁶⁰³ *Thaten*, Ausstrahlung, 109.

⁶⁰⁴ *Thaten*, Ausstrahlung, 114.

⁶⁰⁵ *Thaten*, Ausstrahlung, 123, 163.

⁶⁰⁶ *Thaten*, Ausstrahlung, 209.

⁶⁰⁷ *Fischer*, Ausstrahlungswirkungen, 120

⁶⁰⁸ *Dreher*, ZGR 2010, 496, 502.

⁶⁰⁹ *Dreher*, ZGR 2010, 496, 503.

⁶¹⁰ *Dreher*, ZGR 2010, 496, 505.

nur die jeweiligen Normadressaten den zusätzlichen Rechtsbindungen unterliegen sollen.“⁶¹¹ Dieser Punkt, der in der Literatur schon gegen eine mögliche sog. Gesamtanalogie aufgeworfen wurde, wird ebenso gegen eine mögliche Ausstrahlungswirkung allgemein ins Feld geführt.⁶¹² *Kordt* weist zudem darauf hin, dass es sich bei diesen Vorschriften jeweils um die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben handele.⁶¹³ Dem Gesetzgeber könne bei der Umsetzung branchenspezifischer Vorgaben innerhalb branchenspezifischer Spezialnormen jedoch kaum eine Intention zur überschießenden Umsetzung unterstellt werden. Zudem wird nicht nur von *Kordt* darauf hingewiesen, dass es sich bei den aufsichtsrechtlichen Normen um öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen handele, die den Normen wegen der Durchsetzung durch die Aufsichtsbehörde eine andere Rechtsqualität gebe, die sich vom Aktiengesetz unterscheide und für die zwar nicht das strikte Analogieverbot des Strafrechts gelte, die aber ähnlich zurückhaltend zu handhaben seien.⁶¹⁴

Dreher selbst geht folglich davon aus, dass keine unmittelbare Ausstrahlungswirkung oder „schematische Übernahme“ von aufsichtsrechtlichen Wertungen stattfinden dürfe. Auch *Thaten* konstatiert, eine materielle oder formelle Normrelation bestehe nicht. Damit würden auch nach *Dreher* nur die allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelten, um in der Auslegung einer bestimmten aktienrechtlichen Norm eine aufsichtsrechtliche Vorgabe mit einfließen zu lassen, bzw. mittelbar ausstrahlen zu lassen. Nach *Koch* solle dies im Rahmen eines „klaren teleologischen Befunds“ möglich sein, dass der zugrunde liegende Rechtsgedanke auch über die regulierte Branche hinausgehend Gültigkeit beanspruche oder, nach *Bachmann*, sofern die Vorgabe dem „common sense“ entspreche.⁶¹⁵

Damit scheint der Begriff der Ausstrahlungswirkung auf den ersten Blick methodisch überflüssig zu sein. Trotzdem können in den genannten Überlegungen Ansätze aufgezeigt werden, die zumindest verdeutlichen, warum der Begriff – trotz aller Kritik – weiterhin Verwendung findet.

Das beginnt damit, dass der Begriff des Spezialitätsverhältnisses hier missverständlich sein kann. *Thaten* hat darauf hingewiesen, dass der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* auf diesen Fall keine Anwendung finde, da damit eine Konstellation gemeint sei, in der die speziellere Norm stets alle Tatbestandsmerkmale der allgemeineren in sich aufnehme und diese mit zusätzlichen Voraussetzungen anreichere.⁶¹⁶ Schulbeispiele dafür seien die einfache und die qualifizierte Körperverletzung nach §§ 223, 224 StGB. Das Verhältnis Aufsichtsrecht und Aktienrecht würde dadurch jedoch nicht beschrieben. Deshalb müssten die Normen unter teleologischen Gesichtspunkten analysiert werden.

Rein unter teleologischen Gesichtspunkten gestaltet sich das Verhältnis zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht zwar nicht eindeutiger, jedoch sehr viel offener, als der Begriff eines Spezialitätsverhältnis nahelegt. Zwar lässt sich daraus keine schematische Übernahme von Wertungen ableiten, wie eben *Dreher* anmerkt, es besteht allerdings auch kein schematisches Verbot.

Nicht ausgeräumt sind jedoch Widersprüche gegen das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 2 GG. Denn ein Regelungswille des Gesetzgebers jenseits der gesetzlichen Sachverhalte bleibt fraglich. Eben

⁶¹¹ *Dreher*, ZGR 2010, 496, 502.

⁶¹² BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 65; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 50; *Hüffer-Koch* § 76 RN 80; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 74; *Binder*, ZGR 2013, 760, 783; *Bürkle*, WM 2005, 1496, 1498; *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 102; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 139; *Holle*, Legalitätskontrolle, 23; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 40; *Kort*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 995; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 119; *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1707; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, NZG 2016, 41, 42; *Thaten*, Ausstrahlung, 81; *Wundenberg*, Compliance, 131.

⁶¹³ *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 41

⁶¹⁴ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 70; *Dreher*, ZGR 2010, 496, 506; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 38.

⁶¹⁵ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 80 f.; *Hüffer-Koch* § 76 RN 80; vgl. auch *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 39 f.

⁶¹⁶ *Thaten*, Ausstrahlung, 107.

vor diesem Hintergrund muss der Verweis auf den „klaren teleologischen Befund“ und dem *common sense* gesehen werden. Auch ist der Aspekt der Rechtssicherheit zu nennen. *Langenbucher* hat dies anhand der Frage greifbar gemacht, ob auch der Geschäftsleiter eines Stahlkonzerns einen Blick ins KWG schulde, wenn er sich mit seinen gesellschaftsrechtlichen Compliance-Pflichten befasse.⁶¹⁷ Gleichzeitig hat *Langenbucher* schon ein Argument geliefert, das das demokratische Legitimationsdefizit abschwächt. Jedenfalls sofern Widersprüche zwischen den Regelungskonzepten auftreten, besteht ein Argument für den Angleich der Konzepte im Sinne eines wohlverstandenen Willens des Gesetzgebers. Inwiefern dafür der Begriff der Einheit der Rechtsordnung notwendig ist, bleibt zweifelhaft. Zudem weist *Langenbucher* auf Fälle sog. geringer Determinationsdichte des unmittelbaren Regelumfelds als Argument für eine Übernahme anderer Wertungen hin. Gerade in diesen Fällen ist auch der Aspekt des Vertrauensschutzes geringer.

Damit besteht auch die Überleitung zu einem weiteren Aspekt. Schon im Jahr 2003 hat *Fleischer* eine „Schrittmacherrolle“ des Aufsichtsrechts ausgemacht und dies damit begründet, dass die aufsichtsrechtlichen Regelungen in einigen Bereichen das Gesellschaftsrecht überholt hätten.⁶¹⁸ Der Begriff der Schrittmacherrolle wurde damit teilweise in Richtung einer „normativen“ Ausstrahlung im oben genannten Sinne verstanden, teilweise allerdings nur als rechtstatsächlicher⁶¹⁹ oder rechtspolitischer⁶²⁰ Befund gedeutet. Einzig *Weber-Rey* hat, allerdings ohne expliziten Bezug zu *Fleischer*, eine „Infiltration“ als mögliche Kategorie in Spiel gebracht, um den Einfluss aufsichtsrechtlicher Normen zu beschreiben.⁶²¹ „Infiltration“ trete vor allem dann auf, wenn sich kurzfristig eine Regelungsbedürftigkeit ergebe, die Schnelllebigkeit des Wirtschaftslebens allerdings keine systematisch schlüssige Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber zuließe. In diesen Situationen komme es häufig vor, dass sich der Gesetzgeber systemfremder Regelungen anderer Rechtsordnungen bediene oder das beispielsweise die Aufsichtsbehörden Reformideen in vorausseilendem Gehorsam in ihre Verlautbarungen übernehmen würden.

Obwohl *Weber-Rey* die Rechts- bzw. die Regelsetzung im Blick hat, benennt der Begriff der „Infiltration“, ebenso wie die „Schrittmacherrolle“ einen dynamischen Aspekt, der auch bei anderen Autoren mitanklingt. So schreibt *Bürkle* zur Kritik der Selbstverständlichkeit von Compliance: „Zumindest dürfte unstrittig sein, dass der prägnante Begriff der Compliance zu einer signifikant steigenden Sensibilisierung der AG-Vorstände bezüglich der vielen Möglichkeiten interner Umsetzung der Legalitätspflicht geführt hat. Zahlreiche heute anerkannte ‚klassische‘ Compliance-Instrumente wie ‚tone at the top‘, Whistleblowing, interne Ermittlungen, systematische Risikoanalyse etc. waren zuvor gar nicht allgemein bekannt und auch in der Rechtsprechung nicht gefordert worden.“⁶²² *Thaten* verweist auf die Möglichkeit, nachdem eine teleologische Analyse eine vergleichbare Zielrichtung offenbart habe, aufsichtsrechtliche Normen als „Rechtserkenntnisquelle“ für das Aktienrecht zu nutzen.⁶²³

Grundsätzlich lassen sich diese Überlegungen dahingehend verstehen, dass ein allgemeiner (selbstverständlicher) Grundgedanke, der sowohl im Aktien- wie auch im Aufsichtsrecht vorhanden ist, durch eine aufsichtsrechtliche Regelung lediglich konkretisiert wird; das Aufsichtsrecht somit nicht eigentlich normativ, sondern rein epistemisch wirkt. Für viele Autoren ist dies grundsätzlich zulässig.⁶²⁴

⁶¹⁷ *Langenbucher*, ZHR 176 (2012), 652, 666 f.

⁶¹⁸ *Fleischer*, ZIP 2003, 1, 10.

⁶¹⁹ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 70.

⁶²⁰ Hüffer-Koch § 76 RN 14.

⁶²¹ *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543 f.

⁶²² *Bürkle*, CCZ 2015, 52, 55.

⁶²³ *Thaten*, Ausstrahlung, 163, 209.

⁶²⁴ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 61; *ders.*, NZG 2014, 321, 325; Grigoleit-*Grigoleit* § 76 RN 50; Hüffer-Koch § 76 RN 80; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 75 f.; *Binder*, ZGR 2013, 760, 767; *Bürkle*, BB 2005, 565, 567; *Dreher*, ZGR 2010, 496, 505; *Kort*, NZG 2008, 81, 82 f.; *Langenbucher*, ZHR 176 (2012), 652, 666; *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 19 RN 19.

Doch es ist fraglich, ob das Phänomen der „Ausstrahlung“ tatsächlich korrekt beschrieben wird und nicht möglicherweise doch eine auch normative Fortentwicklung gemeint ist. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Begriffsverwendung in der Regierungsbegründung zum KonTraG. Bezüglich der Einführung des § 91 Abs. 2 im AktG führte die Regierung aus: „In das GmbHG soll keine entsprechende Regelung aufgenommen werden. Es ist davon auszugehen, dass für Gesellschaften mit beschränkter Haftung je nach Größe, Komplexität ihrer Struktur usw. nichts anderes gilt und die Neuregelung Ausstrahlungswirkung auf den Pflichtenrahmen der Geschäftsführer auch anderer Gesellschaftsformen hat.“⁶²⁵ Dabei ging die Begründung davon aus, dass die Verpflichtung des Vorstands, für ein angemessenes Risikomanagement und für eine angemessene Interne Revision zu sorgen, tatsächlich schon zu diesem Zeitpunkt Teil der allgemeinen Leitungsaufgabe des Vorstands gemäß § 76 AktG gewesen und gesetzlich lediglich hervorgehoben worden sei.

Zum Vergleich soll die Diskussion um die „Selbstverständlichkeit“ von Compliance-Organisationen in Erinnerung gerufen werden.⁶²⁶ Auch diesbezüglich gibt es die Position, die Entwicklung als nichts wesentlich Neues anzusehen. Dabei wurde zum einen gezeigt, dass Compliance-Organisationen schon bezüglich des systematisch-organisatorischen Charakters etwas Neues sind und vor allem das privatrechtsliberale Haftungsprinzip im Sinne des Vertrauensgrundsatzes mit der Zeit von regulativen Erwägungen und neuen Schutzinteressen überlagert worden ist. In diesem Sinne wird aus einer scheinbaren Selbstverständlichkeit tatsächlich ein Paradigmenwechsel. Parallel dazu lässt sich die Frage stellen, ob mit „Ausstrahlung“ nur eine Verdeutlichung von Selbstverständlichkeiten, der *common sense* im Sinne *Bachmanns* gemeint ist, oder ob tatsächlich neue Prinzipien in das aktienrechtliche Gefüge drängen, weil dieses Gefüge nicht mehr aktuell und „überholt“ ist. Das VG Frankfurt a.M. hat im Jahr 2004 – vier Jahre vor Einführung des § 64a VAG a.F. – für ein Versicherungsunternehmen angenommen, dass die in § 25a Abs. 1 KWG detailliert geregelten Anforderungen an ein Risikomanagementsystem im Rahmen der Auslegung des § 91 Abs. 2 AktG heranzuziehen seien.⁶²⁷ *Dreher* hat dieses Urteil 2006 noch als „Überformung“ des Privatrechts durch das öffentlichen Rechts kritisiert.⁶²⁸

d) Das Problem der Vergleichbarkeit der Regelungsentwürfe

Jenseits der Frage, wie genau eine Ausstrahlung methodisch funktioniert, bleibt jedoch das Problem, eine teleologische Vergleichbarkeit nachzuweisen. Für die meisten Autoren besteht diese Vergleichbarkeit grundsätzlich nicht, nur in Ausnahmefällen sei eine Vergleichbarkeit, bzw. eine Verallgemeinerbarkeit von aufsichtsrechtlichen Vorgaben gegeben.⁶²⁹ Dazu wird wieder die Heterogenität der Regeln selbst ins Feld geführt und das Fehlen eines einheitlichen Regelungswillens des Gesetzgebers.⁶³⁰ Die Autoren stören sich am Detailreichtum der aufsichtsrechtlichen Regeln⁶³¹ und der besonderen Gefahrenlage, auf die die Normen zugeschnitten seien, bzw. deren branchenspezifischer Charakter.⁶³² Insbesondere seien die Schutzrichtungen des Aufsichtsrechts und

⁶²⁵ RegBegr. KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, 15.

⁶²⁶ Vgl. → § 1.

⁶²⁷ VG Frankfurt/Main, 08.07.2004 - 1 E 7363/03 (I) = WM 2004, 2157, 2160 = AG 2005, 264, 265.

⁶²⁸ *Dreher*, AG 2006, 213 f.

⁶²⁹ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 61; *ders.*, NZG 2014, 321, 325; Grigoleit-*Grigoleit* § 76 RN 50; Hüffer-*Koch* § 76 RN 80; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 75 f.; *Binder*, ZGR 2013, 760, 767; *Bürkle*, BB 2005, 565, 567; *Dreher*, ZGR 2010, 496, 505; *Kort*, NZG 2008, 81, 82 f.; *Langenbucher*, ZHR 176 (2012), 652, 666; *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 19 RN 19.

⁶³⁰ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 74; *Holle*, Legalitätskontrolle, 23; Hüffer-*Koch* § 76 RN 14; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 119; *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1707; *Thaten*, Ausstrahlung, 210.

⁶³¹ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 65; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 40.

⁶³² *Bachmann*, VGR 2007, 65, 74; *Faber*, Anreizbasiert Regulierung, 102; BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 50; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 139; *Hüffer*, FS G. H. Roth (2011), 299, 304; *Kort*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 983, 995.

des Aktienrechts nicht vergleichbar.⁶³³ *Binder* meint, verbandsendogenen Zielen sei im Aktienrecht ein zwingender Vorrang vor jedem öffentlichen Interesse einzuräumen, jedes weiter gefasste Verständnis sei mit dem Kern der Leitungsaufgabe, der treuhänderischen, fremdnützigen Vermögensverwaltung für die Gesellschaft, konzeptionell unvereinbar.⁶³⁴ Eben dieses sei nach dem Aufsichtsrecht nicht möglich.

Merkt jedoch überlegt, ob nicht die Heterogenität der aufsichtsrechtlichen Regelungen ihrerseits dafürsprechen könnte, dass es sich um eine sehr grundsätzliche und weitreichende Pflicht handele.⁶³⁵ Mehrere Autoren merken zudem an, dass trotz unterschiedlicher Schutzrichtung von Aufsichts- und Aktienrecht Überschneidungen sichtbar seien, soweit es darum gehe, dass Unternehmen mithilfe von Organisationspflichten vor Nachteilen und Schäden bewahrt werden würden.⁶³⁶ Soweit dabei *equity-* und *debt-governance* dieselben Ziele verfolgen würden, sei das Aufsichtsrecht nicht mehr in der Sache, sondern nur noch mit Blick auf seine Durchsetzungsmechanismen spezieller.⁶³⁷ Dies setze jedoch voraus, dass die entsprechenden Vorgaben des Aufsichtsrecht nicht durch spezifische aufsichtsrechtliche Schutzzwecke überwölbt seien, d.h. insbesondere die Interessen anderer Stakeholder zu Gunsten der Einleger oder der Finanzstabilität zurücktreten ließen.⁶³⁸ So seien Organisationspflichten allgemeineren Zuschnitts zu nennen, wie die Pflicht, klare Strukturen und Verantwortungsbereiche innerhalb eines Unternehmens zu schaffen (§ 25a Abs. 1 S. 2 KWG), die klare Zuordnung und Abgrenzung der Verantwortungsbereiche (§ 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 3a KWG), die Pflicht zur angemessenen Ressourcenausstattung der Compliance-Funktion (§ 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 4 KWG, Art. 22 Abs. 3 lit. a DelegiertenVO 2017/565 = § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG a.F.) und die regelmäßige Compliance-Berichterstattung (Art. 22 Abs. 2 lit. c DelegiertenVO 2017/565 = § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 WpHG a.F.).⁶³⁹

Grigoleit kritisiert jedoch, hierbei handele es sich lediglich um selbstverständliche Elemente und zum Teil würden die Pflichten eine eigenständige Compliance-Funktion voraussetzen, wie die Pflicht zur angemessenen Ressourcenausstattung und die regelmäßige Compliance-Berichterstattung.⁶⁴⁰ Auch *Thaten* meint, die Pflicht zur Schaffung einer verselbstständigten Compliance-Funktion – also die Berechtigung der Compliance-Funktion, sich nicht mit einer Berichterstattung an den Vorstand begnügen zu können, sondern im Bedarfsfall geeignete und erforderliche Maßnahmen zu treffen⁶⁴¹ – sei letztlich nicht übertragbar, denn hierbei handele es sich um eine unternehmensinterne Kontrollstelle, die – zusätzlich zur BaFin – die Durchsetzung der Compliance in Finanzinstituten sichern solle. Die besonders effektive Durchsetzung von Rechtsregeln sei jedoch ein Merkmal allein des öffentlichen Rechts und diene dort dem öffentlichen Interesse. Im Privatrecht sei es hingegen den einzelnen Unternehmensbeteiligten überlassen, für die Durchsetzung der Compliance-Pflicht zu sorgen.⁶⁴² „Es bleibt zu bedenken, dass der Gesetzgeber hiermit dasselbe Ziel, mit demselben Mittel, aber doch mit unterschiedlicher Intensität betreibt. Die Erreichung des Ziels ‚Verminderung von

⁶³³ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 75 f.; *Binder*, ZGR 2013, 760, 783; *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 102; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 37 f.; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, NZG 2016, 41, 42; *Thaten*, Ausstrahlung, 81; *Wundenberg*, Compliance, 131.

⁶³⁴ *Binder*, ZGR 2013, 760, 793.

⁶³⁵ *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1707.

⁶³⁶ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 61; *ders.*, NZG 2014, 321, 325; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 74; *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 19 RN 19; *Thaten*, Ausstrahlung, 147.

⁶³⁷ *Thaten*, Ausstrahlung, 315, 146.

⁶³⁸ *Thaten*, Ausstrahlung, 155.

⁶³⁹ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 61; *Thaten*, Ausstrahlung, 151.

⁶⁴⁰ *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 50.

⁶⁴¹ *Mülbert/Wilhelm*, ZHR 178 (2014), 502, 529; *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 756.

⁶⁴² *Thaten*, Ausstrahlung, 317.

Rechtsrisiken' wird im Aufsichtsrecht durch stärkere Kontrollmechanismen wie die interne Compliance-Funktion und die zusätzliche Überwachung durch die Aufsichtsbehörde abgesichert. Grund hierfür ist die volkswirtschaftliche Bedeutung des Finanzsektors. Ein vergleichbar strenger Zugriff findet sich im Aktienrecht nicht und kann daher auch nicht im Wege der Ausstrahlungswirkung in das AktG hinein interpretiert werden."⁶⁴³

Nietsch macht generell ein Prinzip abgestufter Unternehmensorganisationspflichten aus: „Schon aufgrund der Subsidiarität des Staates muss in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung die Eigenverantwortlichkeit der Unternehmensorganisation als Leitprinzip angesehen werden. Sie führt nicht nur zur Zurückhaltung beim Erlass von normativen Organisationsvorgaben, sondern auch bei deren Überwachung, was u.a. bedingt, dass aus Sicht der Verwaltung selbst in der die Verrechtlichung der Organisation am weitesten vorantreibenden (zweiten) Kategorie vielfach zunächst nur eine Evidenz-, aber keine Detailkontrolle für statthaft erachtet wird und Mängel zu beanstanden sind, bevor sie als Pflichtverletzung geahndet werden. (...) Das Prinzip der eigenverantwortlichen Organisationshoheit ist zunächst dem Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber vielfach weder für sich selbst noch die Verwaltung überlegenes oder auch nur besseres Wissen hinsichtlich geeigneter Organisationsstrukturen beanspruchen kann. Zugleich ist es auch verfassungsrechtlich, nämlich als Teil der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, jedenfalls aber als Teil der unternehmerischen Dispositionsfreiheit und der Eigentumsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG geschützt"⁶⁴⁴ „Die als Korrelat zum verbandsrechtlichen Leitungsermessen des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) gewährte Organisationsfreiheit sollte abgesehen davon auch deshalb nicht leichtfertig verdrängt werden, weil es sich um eine zusätzliche, privatrechtliche Implementierungsebene wirtschaftsrechtlicher Regulierung handelt, die eine enge Anbindung an Marktprozesse gewährleistet und damit auch zu deren Effektivität beiträgt."⁶⁴⁵

III. Einfluss privat gesetzter Normen und betriebswirtschaftlicher Standards, insbesondere DCGK und IDW PS 980

1. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)

Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) entstand als Reaktion auf die in den 1990er Jahren einsetzende, internationale Corporate-Governance-Bewegung, die zu einem sprunghaften Aufkommen vielfältiger Codes, Guidelines, Reports und Statements zur Corporate Governance führte, in denen – nicht immer einheitliche – Standards guter Unternehmensführung beschrieben wurden.⁶⁴⁶ Deutschland schloss sich dieser Bewegung mit etwas Verspätung an. Nachdem mehrere private Initiativen gescheitert waren, setzte das Bundesministerium der Justiz im Jahr 2001 eine gesondert einberufene sog. Kodexkommission als *standing commission* ein, um den DCGK zu erarbeiten und ständig weiterzuentwickeln. Die erste Fassung erschien im Januar 2002.

Die Kommission soll der Wirtschaft die Möglichkeit der Selbstorganisation bieten.⁶⁴⁷ Vertreter der Bundesregierung oder des Bundestages waren und sind nicht eingebunden, allerdings werden die Mitglieder in Abstimmung mit dem Vorsitzenden der Regierungskommission und im Einvernehmen mit dem Bundeskanzleramt vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz berufen und abberufen, vgl. 1.2 GO DCGK. Nach 1.2 GO DCGK setzt sich die Regierungskommission „aus Vertretern von Vorständen und Aufsichtsräten kapitalmarktorientierter Unternehmen und deren Stakeholdern zusammen. Daher sollen in der Kommission auch Vertreter der Anleger (institutionelle Investoren und

⁶⁴³ *Thaten*, Ausstrahlung, 214.

⁶⁴⁴ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 647.

⁶⁴⁵ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 648.

⁶⁴⁶ BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 11; MüKo-AktG-Goette § 161 RN 5; KBLW-v. Werder Einl. RN 3.

⁶⁴⁷ BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 12; vgl. auch KBLW-v. Werder Einl. RN 7.

Privatanleger), Vertreter der Wissenschaft (Wirtschaftswissenschaften, Rechtswissenschaften), Vertreter eines Gewerkschaftsbundes und der Wirtschaftsprüfer repräsentiert sein.“

Das oberste Ziel des DCGK war und ist es, den Finanzstandort Deutschland zu stärken, indem die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen verbessert und Grundlagen für eine Internationalisierung des Marktes geschaffen werden.⁶⁴⁸ Wesentliche Aufgabe ist damit, das Vertrauen von Anlegern, aber auch von Kunden, Mitarbeitern und der Öffentlichkeit in die deutsche Unternehmensführung zu fördern und zu festigen. Missverständnisse über die deutsche Unternehmensverfassung sollen beseitigt und Kritikpunkt aufgegriffen und einer Lösung zugeführt werden, vgl. Präambel Abs. 1-3.⁶⁴⁹ Das bedeutet zunächst vor allem die Information des Kapitalmarkts über die zwingenden gesetzlichen Rahmenbedingungen, um das deutsche System „transparent und nachvollziehbar zu machen“, vgl. Abs. 3 Präambel. Darüber hinaus soll der DCGK „international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“ auflisten, vgl. Präambel Abs. 3. Deren Beachtung soll die Qualität der Corporate Governance deutscher Unternehmen (weiter) verbessern.⁶⁵⁰ Letzteres funktioniert über Empfehlungen und Anregungen, die für die Unternehmen nicht verbindlich sind und damit Optionen für Deregulierung und Flexibilisierung schaffen und es dem Markt überlassen sollen, ob die Vorgaben als Ausweis einer guten Unternehmensführung akzeptiert werden.⁶⁵¹

Nach § 161 AktG müssen Vorstand und Aufsichtsrat am Jahresende einen Bericht über die Einhaltung der Kodex-Vorgaben auf der Internetseite des Unternehmens veröffentlichen und dauerhaft zugänglich machen. Die Fälle, in denen von den Kodex-Vorgaben abgewichen wurde, sind zudem zu begründen. Dies zwingt einerseits zur unternehmensinternen Reflexion und damit zur kritischen Selbstprüfung der aktuellen Unternehmensführung und -verfassung.⁶⁵² Tendenziell sollen die Gesellschaften andererseits zur Befolgung der Regelungen des Kodex veranlasst werden.⁶⁵³ Dem Kodex kommt damit auch die Aufgabe zu, die in den Unternehmen vorgefundene *best practice* an veränderte Umstände anzupassen und somit behutsam fortzuentwickeln.⁶⁵⁴ Nach *Bayer/Scholz* fungiere die Kodexkommission daher zwar vorrangig als Standard-Ermittler, zugleich aber auch als Standard-Setzer.⁶⁵⁵ Nach *Bayer/Scholz* sei der grundsätzlich intendierte „Befolgungsdruck“ durch die Prangerwirkung der Nichtbeachtung durch Umstellung des ursprünglichen *comply-and-disclose*-Grundsatzes jedoch einem „Rechtfertigungsdruck“ gewichen.⁶⁵⁶ Allenfalls sei als Resultat von Marktmechanismen somit eine faktische Befolgung zu beobachten, die jedoch allein auf die Akzeptanz des Kodex als tatsächlicher *best practice* gründe. Durch die Möglichkeit der individuellen Begründung ist in jedem Fall ein größeres Maß an Flexibilität und Transparenz entstanden.⁶⁵⁷

Der Kodex wurde von Anfang an von Kritik begleitet, insbesondere die fehlende parlamentarische Mitwirkung wird zum Teil als Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt nach Art. 20 Abs. 3 GG und das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gesehen, da der Kodex Verhaltensregeln mit gesetzesähnlicher Wirkungen aufstelle, ohne dass diese durch ein gesetzgeberisches Verfahren legitimiert seien.⁶⁵⁸ Nicht nur die EU Strategie für die soziale Verantwortung von Unternehmen,

⁶⁴⁸ KBLW-Bachmann Einl. RN 46; vgl. MüKo-AktG-Goette § 161 RN 6; BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 5.

⁶⁴⁹ KBLW-Bachmann Einl. RN 46; MüKo-AktG-Goette § 161 RN 8; BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 5.

⁶⁵⁰ BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 5; vgl. KBLW-Bachmann Einl. RN 50.

⁶⁵¹ MüKo-AktG-Goette § 161 RN 8.

⁶⁵² BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 4.

⁶⁵³ BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 5; MüKo-AktG-Goette § 161 RN 19.

⁶⁵⁴ BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 5.

⁶⁵⁵ BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 5.

⁶⁵⁶ BeckOGK-Bayer/Scholz § 161 RN 8.

⁶⁵⁷ MüKo-AktG-Goette § 161 RN 1.

⁶⁵⁸ Vgl. nur KBLW-Bachmann Einl. RN 103; MüKo-AktG-Goette § 161 RN 26 f.; Hüffer-Koch § 161 RN 4 m.w.N.

sondern auch die Empfehlungen zur Erhöhung des Frauenanteils in Vorstand und Aufsichtsrat im DCGK 2010/2011 sorgten zudem in jüngerer Zeit für weiteren Sprengstoff, der bis zu Forderungen zur Abschaffung des DCGK führte.⁶⁵⁹ Der Kodex 2020 ist das Ergebnis einer grundlegenden Überarbeitung.⁶⁶⁰ Im Zentrum stand die Überlegung, den Kodex stärker in Einklang mit international anerkannten *best practices* zu bringen, ihn zu verschlanken und im Aufbau stärker an ausländischen Mustern zu orientieren.⁶⁶¹ Die vormalige Dreiteilung der Kodex-Aussagen in Gesetzeswiedergabe (Ist- oder Muss-Vorschriften), Empfehlung (Soll-Vorschriften) und Anregung (Sollte-Vorschriften) wurde zwar beibehalten, wurde jedoch besser sichtbar gemacht. Die Wiedergabe geltenden Rechts ist nun optisch in „Grundsätzen“ hervorgehoben, denen die sachlich zugehörigen Empfehlungen und Anregungen zugeordnet sind.⁶⁶²

Im Jahr 2007 wurde der Compliance-Gedanke erstmals im DCGK aufgegriffen.⁶⁶³ Danach hieß es in Ziff. 4.1.3 S. 1: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“ Heute ist dies in Grundsatz 5 festgehalten. Nach der Terminologie des Kodex wird dadurch nur geltendes Recht wiedergegeben.

Zum 7.2.2017 wurde dieser Satz 1 mit zwei weiteren Sätzen ergänzt: „Er [der Vorstand, B.M.] soll für angemessene, an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtete Maßnahmen (Compliance Management System) sorgen und deren Grundzüge offenlegen. Beschäftigten soll auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben; auch Dritten sollte diese Möglichkeit eingeräumt werden.“ Heute ist dies unter „Anregungen und Empfehlungen“ unter A.2 festgehalten, das Wort „angemessen“ wurde gestrichen. Die Begriffsverwendung „Compliance Management System“ deutet auf eine Compliance-Organisation nach standardisiertem Muster hin, da diese Begriffsverwendung durch den Prüfungsstandard des IDW PS 980 geprägt ist.⁶⁶⁴ *Bachmann* verweist darauf, dass die Ausgestaltung als Empfehlung und der Hinweis auf die Risikolage der gesetzlichen Lage entspräche, wonach institutionalisierte Compliance-Organisationen nicht für alle Unternehmen verpflichtend seien und die Ausgestaltung grundsätzlich im Ermessen des Vorstands liege.⁶⁶⁵

2. IDW PS 980

Seit September 2011 findet der vom Institut der Deutschen Wirtschaftsprüfer e.V. (IDW) – einem privaten Verein – erlassene Standard IDW PS 980 über die „Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen (CMS)“ Anwendung.⁶⁶⁶ Das IDW hat sich selbst zur Aufgabe gemacht, „für einheitliche Grundsätze der unabhängigen, eigenverantwortlichen und gewissenhaften Berufsausübung einzutreten und deren Einhaltung durch die Mitglieder sicherzustellen.“⁶⁶⁷ Die Mitglieder des IDW sind durch die Satzung zur Beachtung der IDW-Standards verpflichtet.⁶⁶⁸ Eine Pflichtenverkettung liegt über die Prüfpflichten der Unternehmen vor.⁶⁶⁹

⁶⁵⁹ KBLW-*Bachmann* Einl. RN 100; MüKo-AktG-*Goette* § 161 RN 20.

⁶⁶⁰ KBLW-*Bachmann* Einl. RN 107.

⁶⁶¹ KBLW-*Bachmann* Einl. RN 107.

⁶⁶² KBLW-*Bachmann* Einl. RN 108; KBLW-v. *Werder* Einl. RN 34.

⁶⁶³ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 52.

⁶⁶⁴ *Baur/Holle*, NZG 2017, 170, 171; *Bings*, CCZ 2017, 118; wohl auch i.E. KBLW-*Bachmann* A.2 RN 2, 3.

⁶⁶⁵ KBLW-*Bachmann* A.2 RN 2, 3.

⁶⁶⁶ *Hülsberg/Laue* in: *Compliance*, Einl. RN 105.

⁶⁶⁷ § 2 Abs. 2 lit b) Satzung IDW.

⁶⁶⁸ § 4 Abs. 9 Satzung IDW; vgl. *Hülsberg/Laue* in: *Compliance*, Einl. RN 105; *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 36 f., 42.

⁶⁶⁹ *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 36 f., 42.

Mit dem IDW PS 980 wird die Möglichkeit geboten, ein Zertifikat nach einer freiwilligen Überprüfung zu erlangen, wobei den Auftraggebern die Möglichkeit gegeben wird, entweder eine umfassende Prüfung des CMS zu beauftragen (Wirksamkeitsprüfung) oder zunächst nur eine unabhängige Beurteilung des Entwicklungsstands des CMS (Konzeptions- oder Angemessenheitsprüfung) zu erhalten.⁶⁷⁰ Geprüft wird allerdings nicht perspektivisch, sondern nur für die Vergangenheit.⁶⁷¹ Der Prüfungsstandard gibt sieben Elemente als Anknüpfungspunkte vor, an denen sich die Ausgestaltung des CMS ausrichten kann, die *Spindler* wie folgt beschreibt: „Das System sollte die Vorbildfunktion in den Hierarchie-Ebenen deutlich machen (Compliance-Kultur). Damit Risiken erfasst werden können, müssen zunächst die mit dem System verfolgten Absichten geklärt sein (Compliance-Ziele). Nach Festlegung der Compliance-Ziele (policy) können darauf aufbauend die Risiken identifiziert und bewertet werden (Compliance-Risiken). Sodann können aufgrund dieser Ergebnisse Prozesse zur Prävention der festgestellten Risiken implementiert werden (Compliance-Programm). Daneben muss ein ordnungsgemäßer Rahmen mit festen Zuständigkeiten und genügender Mittelausstattung geschaffen werden (Compliance-Organisation). Es muss sichergestellt werden, dass die Informationen über die getroffenen Maßnahmen zu allen Hierarchieebenen durchdringen (Compliance-Kommunikation). Eine einmalige Befassung mit der Ausgestaltung des Systems reicht nicht aus, sodass eine stetige Überprüfung der implementierten Maßnahmen zu erfolgen hat (Compliance-Überwachung und Verbesserung).“⁶⁷²

Strenggenommen richtet sich der Prüfungsstandard – wie alle IDW-Prüfungsstandards – nur an die Mitglieder des IDW.⁶⁷³ Trotzdem hat der Standard enorme Bedeutung. Neben der dem Institut zugesprochenen Sachkunde hat dies auch strukturelle Gründe.⁶⁷⁴ Jedenfalls zum Zeitpunkt des Erscheinens bestand große Unsicherheit bezüglich der konkreten Anforderungen an die branchenunabhängige Legalitätskontrollpflicht, die durch Urteile wie zur Garantenhaftung nur noch zugenommen hatte.⁶⁷⁵ Der PS 980 füllte diesbezüglich ein Vakuum, da es in Deutschland keinen Standard und keine komprimierten und veröffentlichten *best practices* für Compliance Management Systeme gab und gesetzliche Vorgaben wie in den USA oder Großbritannien fehlten, was beides noch immer der Fall ist.⁶⁷⁶ Während des rund zweijährigen Entstehungsprozesses des Standards wurden zudem zahlreiche Unternehmensvertreter einbezogen und so der Entwicklungsstand der Compliance Management Systeme und die Anforderungen und Erwartungen der Unternehmen an eine Prüfung in den Standard eingearbeitet.⁶⁷⁷ Auch nach Veröffentlichung hat das IDW erste Erfahrungen mit dem Standard sowie mögliche Weiterentwicklungen in weiteren Arbeitskreisen und Workshops diskutieren lassen. *Moosmayer* meint, den Wirtschaftsprüfern sei der „Siegesszug“ auf dem Feld der Compliance auch deshalb nicht zu nehmen, da Unternehmen und ihre Leitungen durch die (gesetzliche) Systematik der Abschlussprüfung seit vielen Jahren auf die Erlangung von Testaten bzw. Zertifizierungen hin konditioniert seien.⁶⁷⁸ Wie weit der Prüfungsumfang der Abschlussprüfung hinsichtlich der Maßnahmen der Legalitätskontrolle jedoch tatsächlich reicht, ist umstritten.⁶⁷⁹

⁶⁷⁰ MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 61; *Moosmayer*, NJW 2012, 3013, 3016.

⁶⁷¹ *Moosmayer*, NJW 2012, 3013, 3016.

⁶⁷² MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 61.

⁶⁷³ § 4 Abs. 9 Satzung IDW; vgl. *Hülsberg/Laue* in: *Compliance*, Einl. RN 105; *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 36 f., 42.

⁶⁷⁴ *Hülsberg/Laue* in: *Compliance*, Einl. RN 105.

⁶⁷⁵ *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 247.

⁶⁷⁶ *Hülsberg/Laue* in: *Compliance*, Einl. RN 105.

⁶⁷⁷ *Hülsberg/Laue* in: *Compliance*, Einl. RN 105.

⁶⁷⁸ *Moosmayer*, NJW 2012, 3013, 3016.

⁶⁷⁹ Vgl. → § 6 IV.

3. Rechtswirkungen des DCGK, des IDW PS 980 und sonstiger betriebswirtschaftlicher Standards

Die Frage nach dem Einfluss betriebswirtschaftlicher, privat gesetzter oder praktisch verbreiteter Standards nimmt Teil an der generellen Debatte um die Möglichkeiten und (verfassungsrechtlichen) Grenzen (regulierter) Selbstregulierung und der Erweiterung des klassischen Rechtsquellenkanons, die nicht nur im Privatrecht, sondern ebenso im öffentlichen Recht geführt wird.⁶⁸⁰

Grundsätzlich wird (in jeweils unterschiedlichem Maße) die Möglichkeit gesehen, Sachverstand, Flexibilität und Innovationsfähigkeit durch eine Pluralisierung der Rechtssetzungsakteure zu erreichen, was gleichzeitig die Selbstbestimmung und den Interessenausgleich zwischen den Akteuren und damit auch die Akzeptanz und Effizienz der Regeln fördern und letztlich den Staat entlasten könnte.⁶⁸¹ Demgegenüber steht die Gefahr, dass das Zustandekommen intransparent wird, dass die Normen nicht zu Ergebnissen führen, die im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegen und dass Partikularinteressen sich durchsetzen. Letztlich ist die wesentliche Schranke jeder Überlegung das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG und der Gesetzesvorbehalt nach Art. 20 Abs. 3 GG – gegenläufige Prinzipien sind die Trennung von Recht und Gesetz in Art. 20 Abs. 3 GG und die Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 GG, der auch den Gedanken der Funktionsadäquanz enthält und damit einen teleologischen Wandel von der Mäßigung der staatlichen Gewalt hin zu deren Effektivierung.⁶⁸² Die Debatte berührt zudem Fragen nach einem Recht ohne Staat, nach einem „transnationalen“ Recht und führt damit in eine eigene Disziplin der Rechtswissenschaft. Für die folgenden Überlegungen kommt es darauf jedoch nicht an. Auch die Auflistung der praktischen Formen der Kooperation, die im Verwaltungsrecht schon längst etabliert sind, geht über die hiesige Fragestellung hinaus. DCGK und der IDW-Standards sind unstrittig keine Gesetze und auch eine Form der gesetzlichen Verweisung liegt nicht vor.⁶⁸³ Trotzdem ist damit eine rechtliche Wirkung nicht von vornherein ausgeschlossen. Denn jenseits delegierter Rechtssetzung und gesetzlicher Verweisung sind im Zivilrecht schon lange Mechanismen etabliert, die eine Öffnung gegenüber im weitesten Sinne sozialen Normen erlauben.

a) Gesetzesqualität des DCGK und des IDW PS 980

Außer Frage steht, dass der IDW-Standard als private Norm keine Gesetzeskraft hat, auch keine derivative, weil keine Form der gesetzlichen Verweisung vorliegt.⁶⁸⁴ Ebenso ist unstrittig, dass dem DCGK keine Gesetzesqualität zukommt:⁶⁸⁵ Es läge kein Akt staatlicher Rechtsetzung vor, da der Gesetzgeber gänzlich ausgeschaltet sei. Das Expertengremium sei nicht durch das Parlament legitimiert, daran ändere auch die Einsetzung durch das Justizministerium und die Veröffentlichung des DCGK im elektronischen Bundesanzeiger nichts. Auch die Verzahnung über § 161 AktG führe zu

⁶⁸⁰ Für das Privatrecht: *Bachmann*, Private Ordnung: *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 f.; *Möllers*, FS Buchner (2009), 649 f.; für das Verwaltungsrecht vgl. *Höfling*, in: *AllgVerwR*, 45 f.; *Ruffert*, *GVwR*, Bd. 1, § 17; *Trute*, *GVwR*, Bd. 1, § 6.

⁶⁸¹ *Bachmann*, Private Ordnung, 54; *Höfling*, in: *AllgVerwR*, 45, 51 f.; *Ruffert*, *GVwR*, Bd. 1, § 17 RN 19; *Trute*, *GVwR*, Bd. 1, § 6 RN 228 f.

⁶⁸² *Trute*, *GVwR*, Bd. 1, § 6 RN 8 f.; *Maunz/Dürig-Grzeszick* Art 20 RN 51 f., 63 f.

⁶⁸³ Vgl. *Bachmann*, Private Ordnung, 66 f.; *Ruffert*, *GVwR*, Bd. 1, § 17 Rn 85 f.; *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 74.

⁶⁸⁴ *KBLW-Bachmann/Kremer* G.5 RN 24, 35; *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 66; *ders.*, NZG 2014, 321, 325; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 51; *Böttcher*, NZG 2011, 1054, 1055; *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 57 f.

⁶⁸⁵ BGH, 16.2.2009 – II ZR 185/07 = NZG 2009, 342, RN 25 f.; OLG Zweibrücken, 3.2.2011 – 4 U 76/10 = NZG 2011, 433, 435; *KBLW-Bachmann* Einl. RN 94; *BeckOGK-Bayer/Scholz* § 161 RN 18; *BeckOGK-Fleischer* § 93 RN 60; *MüKo-AktG-Goette* § 161 RN 22; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 51; *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 33; *Hüffer-Koch* § 161 RN 3; *MüKo-AktG-Spindler* § 93 RN 39; *Baur/Holle*, NZG 2017, 170; *Holle*, Legalitätskontrolle, 11; *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 71.

keinem anderen Ergebnis, da die Regelungen des Kodex nicht in den parlamentarisch legitimierten Willen zur Abfassung des § 161 AktG aufgenommen worden seien. Schon die Regierungsbegründung selbst ging von einer „unverbindliche Verhaltensempfehlung“ aus.⁶⁸⁶ Insbesondere die Befugnis, von dem Kodex abzuweichen, spreche letztlich gegen eine Bindungswirkung.

Möglich soll es jedoch sein, die Kodex-Empfehlungen in die Satzung, die Geschäftsordnungen von Vorstand und Aufsichtsrat oder in die Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder aufzunehmen.⁶⁸⁷ In diesem Fall werden die Empfehlungen zum Bestandteil der Organpflichten. In den übrigen Fällen wird eine satzungsgleiche Wirkung des DCGK jedoch abgelehnt, da insbesondere die Hauptversammlung nicht mitwirke.⁶⁸⁸

Auch die Entsprechungserklärung selbst entfalte keine Bindungswirkung.⁶⁸⁹ Denn die Erklärung werde von den Verwaltungsorganen abgegeben, um der Öffentlichkeit Einblick in die von der Gesellschaft geübte Corporate Governance zu geben, aber nicht, um zusätzliche rechtlich bindende Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft einzugehen. Das vertrage sich auch nicht mit dem Regelungsprinzip des *comply or explain*. Die Erklärung enthalte jedoch keine völlig unverbindliche Absichtserklärung, vielmehr hätten die Organe vor einer Abweichung die Erklärung zu aktualisieren.

b) Gewohnheitsrecht

Eine grundsätzlich anerkannte Ausnahme vom staatlichen Gesetzgebungsmonopol stellt das Gewohnheitsrecht dar. Gewohnheitsrecht gilt kraft faktischer Anerkennung.⁶⁹⁰ Indem die Angehörigen der Rechtsgemeinschaft diesen Regeln freiwillig folgen und dadurch eine längere tatsächliche, „eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine“ Übung entsteht, bringen die Angehörigen der Rechtsgemeinschaft zum Ausdruck, dass sie diese Regeln als Recht anerkennen.⁶⁹¹ Laut *Bachmann* biete der gewachsene Brauch wegen seiner allgemeinen Durchsetzung über die Zeit eine gewisse Gewähr dafür, dass seine Regeln im Ergebnis dem Wohle aller diene.⁶⁹² Dabei ist fraglich, ob diese Konzeption angesichts der Pluralität der Wertvorstellungen noch angemessen ist.⁶⁹³ Jenseits der faktischen Anerkennung werden schließlich keine weiteren Anforderungen an die Legitimität gestellt.⁶⁹⁴

Trotzdem lassen sich insbesondere die Standards des IDW, wie auch die Empfehlungen und Anregungen des DCGK nach h.M. nicht als Gewohnheitsrecht qualifizieren.⁶⁹⁵

Für den DCGK folge das schon daraus, dass die Beteiligten selbst keinen Rechtsgeltungswillen hätten, was sich auch daran ablesen ließe, dass nach § 161 AktG von den Bestimmungen abgewichen werden könne.⁶⁹⁶ Darüber hinaus würden die Organisationsstandards nicht durch tatsächliche Übung

⁶⁸⁶ RegBegr. Transparenz- und Publizitätsgesetz, BT-Drucks. 14/8769, 21.

⁶⁸⁷ BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 61; MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 39

⁶⁸⁸ BeckOGK-*Bayer/Scholz* § 161 RN 18; *Holle*, Legalitätskontrolle, 13.

⁶⁸⁹ BeckOGK-*Bayer/Scholz* § 161 RN 113; MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 39.

⁶⁹⁰ *Bachmann*, Private Ordnung, 349 f.; *Glinski*, Private Regulierung, 72 f.; *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 53.

⁶⁹¹ BVerfG, 28. 6. 1967 – 2 BvR 143/61 = NJW 1967, 2051, 2052.

⁶⁹² *Bachmann*, Private Ordnung, 349.

⁶⁹³ Vgl. *Glinski*, Private Regulierung, 73, auch *Ott*, FS Raiser (1974), 403, 417: „Verlust der Rezeptionsfunktion“.

⁶⁹⁴ *Glinski*, Private Regulierung, 73.

⁶⁹⁵ *Glinski*, Private Regulierung, 72 f.; *Kort*, NZG 2008, 81, 82; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 506; speziell DCGK: MüKo-AktG-*Goette* § 161 RN 24; *Hölter-Hölter* § 161 RN 4; BeckOGK-*Bayer/Scholz* § 161 RN 18; *Holle*, Legalitätskontrolle, 12; speziell IDW: *Böttcher*, NZG 2011, 1054, 1056; *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 55.

⁶⁹⁶ MüKo-AktG-*Goette* § 161 RN 24; BeckOGK-*Bayer/Scholz* § 161 RN 18; *Holle*, Legalitätskontrolle, 12; in der Präambel Abs. 4 S. 4 DCGK heißt es sogar: „Eine gut begründete Abweichung von einer Kodexempfehlung kann im Interesse einer guten Unternehmensführung liegen.“

entstehen, sondern gesetzt werden. Dadurch entstehe von vornherein die Gefahr, dass sich Partikularinteressen durchsetzen würden und keine freiwillige Übung vorliege.⁶⁹⁷ Auch könnten die Standards nicht aus der Überzeugung ihrer Richtigkeit wegen befolgt werden, sondern aus der akzeptierten Komplexitätsreduktion oder die Standards würden schlicht befolgt, weil irrig von ihrer Geltung ausgegangen werde, aber nicht, weil dahingehend eine Überzeugung vorliege. Auch eine lang anhaltende Übung liege nicht vor.⁶⁹⁸ Daran fehle es schon aufgrund des technischen Fortschritts. Ständiger Wandel in den Auffassungen zur sachgerechten Organisation und die mangelnde Vergleichbarkeit von Organisationen verhindere zudem schon von vornherein die Entstehung andauernder Übung. Auch eine Überzeugung der gesamten Rechtsgemeinschaft fehle, wenn lediglich bestimmte Verkehrskreise die Organisationsstandards verwendeten oder nur ein kleiner Teil der Wirtschaft und die Organisationsmodelle nur aus dem Interesse der Sicherheit heraus standardisiert würden.⁶⁹⁹ Es könne nicht einmal von einer Verbreitung innerhalb des Verkehrskreises ausgegangen werden, wenn Unternehmen sich Organisationssysteme zertifizieren ließen, die als Beispiel besonders fortschrittlicher Verfahren eingestuft würden.⁷⁰⁰

c) Verkehrssitte

Aus den gleichen Überlegungen scheidet auch grundsätzlich eine Einordnung der Standards als Verkehrssitte oder Handelsbrauch.⁷⁰¹ Denn auch diese setzen einen gewissen Geltungszeitraum und die einverständliche Übung des Verkehrskreises voraus.⁷⁰² Dabei ist die Verkehrssitte, ebenso wie der Handelsbrauch keine Rechtsnorm und entsprechend fehlt im Vergleich zum Gewohnheitsrecht der Rechtsgeltungswille der Angehörigen der Rechtsgemeinschaft.⁷⁰³ Es bedarf daher zunächst eine, in den Worten *Köndgen*, „Inklusionsnorm“, wie bspw. § 346 HGB, die bspw. auf den Handelsbrauch explizit verweist.⁷⁰⁴ *Schubert* spricht entsprechend vom mittelbaren Gesetzesinhalt der Verkehrssitte als ein die Auslegung bestimmendes tatsächliches Moment mit Regelcharakter.⁷⁰⁵ Auch „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ist grundsätzlich eine solche Inklusionsnorm. Und auch jenseits einer gewohnheitsrechtlichen Verbindlichkeit besteht so grundsätzlich die Möglichkeit, dass Organisationsstandards eine mittelbare Verbindlichkeit erlangen. Die Literatur ist diesbezüglich jedoch sehr zurückhaltend. Nur nach sorgfältiger Prüfung könnten betriebswirtschaftliche Verhaltensregeln in den normativen Sorgfaltsmaßstab nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG einfließen. Und von vornherein kämen nur solche Regeln in Betracht, die in der Betriebswirtschaftslehre als gesichert gelten würden und sich zudem in der Praxis bewährt hätten.⁷⁰⁶ *Hopt/Roth* verweisen ausdrücklich darauf, dass sich darin die allgemeinen Anforderungen zivil- und handelsrechtlicher Sorgfaltsanforderungen nach § 276 BGB und § 347 HGB und des Einflusses von Gebräuchen, Sitten und von Handelsbräuchen nach § 346 HGB wiederfinden.⁷⁰⁷ Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass Organisationsstandards – jenseits der Einordnung als

⁶⁹⁷ *Glinski*, Private Regulierung, 74; *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 54 f.

⁶⁹⁸ *Böttcher*, NZG 2011, 1054, 1056; *Glinski*, Private Regulierung, 74; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 506.

⁶⁹⁹ *Glinski*, Private Regulierung, 74; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 506.

⁷⁰⁰ *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 509.

⁷⁰¹ Vgl. nur OLG Zweibrücken, 3.2.2011 – 4 U 76/10 = NZG 2011, 433, 435.

⁷⁰² *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 59.

⁷⁰³ *MüKo-BGB-Busch* § 157 RN 16; *MüKo-BGB-Schubert* § 242 RN 11; *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 59 f.

⁷⁰⁴ *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 519; *MüKo-BGB-Busch* § 157 RN 16; *MüKo-BGB-Schubert* § 242 RN 11; *Schülke*, IDW-Standards und Unternehmensrecht, 59 f.

⁷⁰⁵ *MüKo-BGB-Schubert* § 242 RN 11.

⁷⁰⁶ *BeckOGK-Fleischer* § 93 RN 64; *GK-Kort* § 76 RN 38; *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 86.

⁷⁰⁷ *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 38.

Verkehrssitte, bzw. als anerkannter und praktisch bewährter betriebswirtschaftlicher Grundsatz – nicht dennoch eine gewisse rechtliche Relevanz zukommen können.

d) Einfluss privat gesetzter Normen auf den Sorgfaltsmaßstab
nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG

Auch jenseits der Konzepte von Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte zeigt sich in der Rechtsprechung – trotz aller Vorbehalte – insgesamt eine grundsätzliche Bereitschaft, privat gesetzte Regelwerke zu berücksichtigen. Zunächst wird einem reinen Automatismus zwar eine Absage erteilt, trotzdem werden bspw. die DIN-Normen grundsätzlich zur Konkretisierung von Sorgfaltspflichten im Zivilrecht herangezogen; die Rechtsprechung behält sich jedoch vor, die jeweiligen Normen oder Standards hinsichtlich ihrer Angemessenheit bezüglich des infrage stehenden Schutzziels oder ihrer Zumutbarkeit für den betroffenen Pflichtigen im Einzelfall zu prüfen.⁷⁰⁸ *Wagner* begründet dies u.a. damit, dass die privaten Normungsorganisationen keineswegs allein auf die Ziele Rechtsgüterschutz und Sicherheit verpflichtet seien, sondern ihr primäres Anliegen zunächst in der Standardisierung selbst liege, zum anderen sei der Prozess der Normsetzung kein reiner Erkenntnisakt, sondern auch wertender Natur und eine Kompetenz zur autoritativen Setzung von Verhaltensstandards im Zivilrecht komme privaten Normungsorganisationen nicht zu.⁷⁰⁹ *Köndgen* kritisiert: „Auch Expertenrecht ist selten so unpolitisch, wie es seine Herkunft und sein äußeres Erscheinungsbild suggerieren. Zahlreiche sog. technische Standards, insbesondere Sicherheits- und Qualitätsregeln, enthalten ebenso implizite Wertungen und politische Entscheidungen (...) wie auf wirtschaftsrechtlichem Gebiet etwa die Bilanzierungsregeln.“⁷¹⁰ Speziell für betriebswirtschaftliche Erkenntnisse stimmen *Hopt/Roth* zu, dass diese nicht notwendigerweise weniger umstritten und interessenorientiert seien als rechtliche.⁷¹¹

Trotzdem werden betriebswirtschaftlichen Standards zu Compliance-Organisationen und insbesondere der DCGK und der IDW PS 980 nicht die gleiche Wirkung zugesprochen.

So seien Organisationsstandards nicht mit technischen Standards vergleichbar.⁷¹² Es fehle eine Einbettung in naturgesetzliche Kausalbeziehungen. Insbesondere im Vergleich zum DCGK bestehe bspw. im Vergleich zu den DIN-Normen zudem eine größere staatliche Legitimation.⁷¹³ Der Staat behalte sich bei den DIN-Normen durch einen Vertrag mit dem Normungsgeber und durch ausdrückliche Regelung des Normierungsverfahrens eine gewisse Kontrolle vor.

Das bedeutet wiederum nicht, dass ein rechtlicher Einfluss von vornherein ausgeschlossen ist. Teilweise ist sehr pauschal zu lesen, dass der DCGK aufgrund § 161 AktG normativ wirke.⁷¹⁴ *Kort* meint, durch das Zusammenspiel mit § 161 AktG ginge eine gewisse Beschränkung des Handlungsermessens des Vorstands einher.⁷¹⁵ *M.J. Möllers* spricht von einer sog. „sekundären Rechtsquelle“, die zumindest eine Indizwirkung hervorrufe oder einen Vertrauenstatbestand.⁷¹⁶ Denn der DCGK werde von keinem

⁷⁰⁸ Bezüglich DIN-Normen: BGH, 2.7.2019 – VI ZR 184/18 = VersR 2019, 1381; BGH, 3.6.2008 – VI ZR 223/07 = NJW 2008, 3775; vgl. BeckOGK-BGB-*Schaub* § 276 RN 82; BeckOGK-BGB-*Spindler* § 823 RN 425; *ders.*, Unternehmensorganisationspflichten, 508; MüKo-BGB-*Wagner* § 823 RN 502; *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 483 f.

⁷⁰⁹ MüKo-BGB-*Wagner* § 823 RN 502; vgl. zu diesen Kritikpunkten auch BeckOGK-BGB-*Spindler* § 823 RN 425; *ders.*, Unternehmensorganisationspflichten, 508.

⁷¹⁰ *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 482.

⁷¹¹ GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 86.

⁷¹² *Glinksi*, Private Regulierung, 78; *Holle*, Legalitätskontrolle, 12 f.; MüKo-AktG-*Spindler* §93 RN 39; *ders.*, Unternehmensorganisationspflichten, 511.

⁷¹³ BeckOGK-*Fleischer* § 83 RN 60.

⁷¹⁴ *Steuber*, FS Hommelhoff (2012), 1165.

⁷¹⁵ GK-*Kort* § 76 RN 38.

⁷¹⁶ *Möllers*, FS Buchner (2009), 649, 664.

rein privaten Gremium erlassen. Zum einen fänden sich darin Experten wieder, vergleichbar den DIN-Normen, und zudem werde die Kommission durch den Gesetzgeber eingesetzt.

Das OLG Schleswig zog den DCGK zur Auslegung aktienrechtlicher Bestimmungen heran und begründete dies damit, dass die gesetzliche Anerkennung des DCGK durch § 161 AktG auf die Interpretation anderer Vorschriften des Aktienrechts zurückwirken müsse.⁷¹⁷ Nach *Hölters* begegne dies insofern keinen Bedenken, als der Kodex im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung als eines von mehreren Indizien herangezogen worden sei und damit keine pauschale Vermutung pflichtwidrigen Verhaltens begründet habe.⁷¹⁸ *Hopt/Roth* meinen, eine Beweislastverteilung oder Vermutungswirkung dürfe von dem DCGK mangels Gesetzesqualität nicht ausgehen, allerdings könnten die Vorgaben unter bestimmten, einschränkenden Voraussetzungen eine Interpretationshilfe für Organpflichten abgeben.⁷¹⁹

Für die Beachtung der IDW-Standards ist die Situation eine andere. Als Auslegungshilfe bezüglich des gesetzlichen Pflichtenmaßstabs kommen sie nicht in Betracht. Etwas anderes ist wiederum die Frage, ob ein erfolgreiches Testat eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ausschließen kann. Das IDW geht davon aus, dass eine Wirksamkeitsprüfung des CMS durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer nach IDW PS 980 „dem objektivierten Nachweis der ermessensfehlerfreien Ausübung der Leitungspflicht“ der Geschäftsleitung dienen könne.⁷²⁰ In der Literatur wird dies jedoch nur zum Teil bestätigt.

Kritisch wird vor allem gesehen, dass die Prüfung keine juristische sei, sondern lediglich eine betriebswirtschaftliche.⁷²¹ Schon aus diesem Grund könne ein Zertifikat eine Pflichtverletzung nicht automatisch ausschließen. Zudem würde es sich bei der Prüfung lediglich um eine Systemprüfung handeln. Es würden lediglich Mängel im System geprüft, statt die veranlassten Entscheidungen miteinzubeziehen, somit handele es sich im Wesentlichen um eine innere Konsistenzprüfung.⁷²² *Moosmayer* kritisiert, dass sich die Prüfung zudem in der formalen Betrachtung erlassener Rundschreiben und Regeln erschöpfen könnte.⁷²³ Dabei kritisieren auch andere Autoren, dass das System des Prüfungsstandards sehr unspezifisch sei und die Unternehmen weitestgehend selbst bestimmen würden, was Ziele des CMS seien.⁷²⁴ Viele der genannten Aspekte seien unscharf, redundant oder überschießend.⁷²⁵ Auch bestünden größen- oder branchenspezifische Möglichkeiten zur Anpassung des CMS, alle Elemente müssten somit vorhanden sein.⁷²⁶

Einzelne Autoren schließen somit jegliche Berücksichtigung aus.⁷²⁷

Andere Autoren verweisen darauf, dass der Standard in jedem Fall die Praxis beeinflussen und dadurch praktisch Organisationsstandards setzen werde, die, sofern diese konkret seien, berücksichtigt werden dürften.⁷²⁸ *Spindler* hat demgegenüber 2014 erwogen, zumindest im Rahmen der Organhaftung den

⁷¹⁷ OLG Schleswig, 19.9.2002 – 5 U 164/01 = NZG 2003, 176, 179: „so muss doch die gesetzliche Anerkennung des Corporate Governance Kodex durch nunmehr § 161 AktG auf die Interpretation anderer Vorschriften des Aktienrechts zurückwirken.“ Kritisch GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 34 FN 65: zu undifferenziert.

⁷¹⁸ *Hölters-Hölters* § 161 RN 44.

⁷¹⁹ GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 34.

⁷²⁰ *Breimann/Schwetzel*, DStR, 2017, 2626, 2628 f.

⁷²¹ KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 24; BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 66; Hüffer-*Koch* § 76 RN 17a; *Moosmayer*, Compliance, § 3 RN 46; *ders.*, NJW 2012, 3013, 3016; MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 77; *Böttcher*, NZG 2011, 1054, 1055 ff.; *Breimann/Schwetzel*, DStR, 2017, 2626, 2628 f.; *Wiedmann/Greubel*, CCZ 2019, 88 f.

⁷²² MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 77.

⁷²³ *Moosmayer*, NJW 2012, 3013, 3016.

⁷²⁴ *Wiedmann/Greubel*, CCZ 2019, 88 f.

⁷²⁵ *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 62.

⁷²⁶ *Wiedmann/Greubel*, CCZ 2019, 88 f.

⁷²⁷ *Moosmayer*, Compliance, § 3 Rn. 46; *ders.*, NJW 2012, 3013, 3016; *Breimann/Schwetzel*, DStR 17, 2626, 2628 f.; kritisch auch *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401.

⁷²⁸ *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 62; Hüffer-*Koch* § 76 RN 17a.

Standard zu berücksichtigen, unter Umständen auch im Wege einer Veränderung der Darlegungs- und Beweislasten hinsichtlich des Organisationsverschuldens.⁷²⁹ Grundsätzlich wird von den meisten Autoren erwogen, dass zumindest auf der Ebene des Verschuldens eine Berücksichtigung möglich sein könne.⁷³⁰ Nach *Böttcher* gelte dies umso mehr, als die gesetzlichen Bestimmungen lediglich rudimentäre Rahmenvorgaben für Compliance-Organisationen enthielten. Bei der Beurteilung von Haftungsfragen seien die Gerichte folglich gezwungen, eigene Wertungen mit Blick auf die gesetzlichen Vorgaben vorzunehmen. Die Empfehlungen des Hauptausschusses des IDW dürften dabei voraussichtlich eine nicht unbedeutende Rolle spielen.⁷³¹ Der Prüfungsstandard stelle insoweit Meinungsäußerungen eines fachlich kompetenten Gremiums dar, die in ihrer Bedeutung einer in der Literatur geäußerten Ansicht gleichkommen. *Koch* verweist bezüglich einer Entlastung auf die allgemeinen Grundsätze zum Ausschluss der Haftung bei Vertrauen auf fremden Rechtsrat bzw. Sachverstand.⁷³² *Breikmann/Schwetzel* kritisieren jedoch, dies setze voraus, dass der Berater fachlich qualifiziert und unabhängig sei, sowie auf vollständiger Informationsbasis arbeite. Zudem müsse der Auftraggeber das Ergebnis der Beratung einer sorgfältigen und kritischen Plausibilitätskontrolle unterziehen. Insbesondere im Hinblick auf die fachliche Qualifikation des Wirtschaftsprüfers und der Prüfung bestünden allerdings Zweifel.⁷³³

Geteilt wird die generelle Befürchtung einer Verselbstständigung des Standards und die Gefahr, immer höhere Standards für die Unternehmen zu setzen, was den Umfang der Haftung der Unternehmen erweitere.⁷³⁴

IV. § 91 Abs. 2 AktG als Grundlage einer Legalitätskontrollpflicht

1. Inhalt und Reichweite

Nach zahlreichen Unternehmenskrisen in den 1990er Jahren führte der Gesetzgeber 1998 mit dem KonTraG § 91 Abs. 2 AktG ein,⁷³⁵ der vorsieht: „Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“

Diese Norm stand jedoch schon vor Veröffentlichung in der Kritik und bleibt das bis heute.⁷³⁶ Es bleibe unklar, welche Maßnahmen zu treffen seien, um bestandsgefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen. Für die Beantwortung dieser Frage helfe nicht weiter, dass das Gesetz „insbesondere“ die Einrichtung eines Überwachungssystems anspreche, denn gerade der vage Terminus des „Überwachungssystems“ gebe Anlass zu verschiedenen Interpretationen. Auch bestünden Friktionen zwischen § 91 Abs. 2 und § 317 Abs. 4 HGB. Dieser sieht vor: „Bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft ist außerdem im Rahmen der Prüfung zu beurteilen, ob der Vorstand die ihm nach § 91 Abs. 2 des Aktiengesetzes obliegenden Maßnahmen in einer geeigneten Form getroffen hat und ob das danach einzurichtende Überwachungssystem seine Aufgaben erfüllen kann.“ Die Verpflichtung beziehe sich jedoch allein auf börsennotierte Aktiengesellschaft, während § 91 Abs. 2 AktG diese Einschränkung nicht vorsehe. Nach *Koch* sei § 91 Abs. 2 folglich „unschlüssig.“⁷³⁷

⁷²⁹ *Spindler*, CCZ 2014, 193.

⁷³⁰ *KBLW-Bachmann/Kremer* G.5 RN 24; *BeckOGK-Fleischer* § 91 RN 66; *ders.*, NZG 2014, 321, 325; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 51,62; *Hüffer-Koch* § 76 RN 17a; *MüKo-AktG-Spindler* § 76 RN 77; *Böttcher*, NZG 2011, 1054, 1056 f.; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 143 f.

⁷³¹ *Böttcher*, NZG 2011, 1054, 1056 f.

⁷³² *Hüffer-Koch* § 76 RN 17a; vgl. → § 6 V. 3. h).

⁷³³ *Breikmann/Schwetzel*, DSTR, 2017, 2626, 2628 f.

⁷³⁴ *Wiedmann/Greubel*, CCZ 2019, 88 f.; *Hüffer-Koch* § 76 RN 15: „ungesunde Tendenz der Verselbstständigung“; auch *Bachmann*, VGR 2007, 65, 76: Warnung vor einer „Verbetriebswirtschaftlichung des Organisationsrechts“.

⁷³⁵ Vgl. → § 3 I.

⁷³⁶ *GK-Kort* § 91 RN 26; *Hüffer-Koch* § 91 RN 5 m.w.N.

⁷³⁷ *Hüffer-Koch* § 91 RN 5.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass der Begriff des Risikomanagements in der Betriebswirtschaftslehre eine sehr umfassende Bedeutung hat und auch im aufsichtsrechtlichen Kontext eine bestimmte organisatorische Ausgestaltung gefordert wird.⁷³⁸ Entsprechend verwundert nicht, dass Teile der Betriebswirtschaftslehre und der Prüfungspraxis in § 91 Abs. 2 AktG die Verpflichtung zu einem mehr oder minder allgemeinen *risk management* sehen.⁷³⁹ Unterstützung findet dieser Gedanke durch eine Heranziehung des aufsichtsrechtlichen Pflichtenrahmens,⁷⁴⁰ wobei auf das Problem solcher „Ausstrahlungswirkungen“ bereits eingegangen wurde.⁷⁴¹

Weitere Fürsprache hat diese Auslegung durch das BilMoG gewonnen, das europarechtliche Vorgaben in deutsches Recht umsetzte.⁷⁴² Dadurch wurden zwar keine unmittelbaren Einrichtungspflichten des Vorstands geregelt, im Kontext von Publizitäts- sowie Kontroll- und Berichtspflichten von Aufsichtsrat und Abschlussprüfer haben die Begriffe des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems jedoch Eingang in das Aktienrecht gefunden.⁷⁴³ Anders als § 91 Abs. 2 AktG enthielten die neu eingefügten Normen keine Beschränkungen für das Risikomanagement.⁷⁴⁴ Zum Teil wird darin eine implizite korrespondierende Verpflichtung für den Vorstand herausgelesen, andernfalls müssten die Pflichten als sinnlos aufgefasst werden.⁷⁴⁵ Jedenfalls seien die europarechtlichen Vorgaben in diese Richtung zu verstehen.⁷⁴⁶

⁷³⁸ Vgl. → § 5 III. 3.

⁷³⁹ Vgl. nur Hüffer-Koch § 91 RN 8 und Holle, Legalitätskontrolle, 20 m.w.N.

⁷⁴⁰ VG Frankfurt/Main, 08.07.2004 – 1 E 7363/03 = WM 2004, 2157, 2160 = AG 2005, 264, 265; vorsichtig auch Spindler, in: Hb. Vorstandsrecht, § 19 RN 19; Bachmann, VGR 2007, 65, 74 f.

⁷⁴¹ Vgl. → § 6 II.

⁷⁴² Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts, BGBl. I 2009, 1102.

⁷⁴³ Vgl. Holle, Legalitätskontrolle, 20. In § 289 HGB Abs. 4 heißt es nun: „Kapitalgesellschaften im Sinn des § 264d haben im Lagebericht die wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu beschreiben.“ § 107 Abs. 3 S. 2 AktG bestimmt: Der Aufsichtsrat „kann insbesondere einen Prüfungsausschuss bestellen, der sich mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems (...) befasst.“ Und gemäß § 171 Abs. 1 S. 2 AktG hat der Abschlussprüfer dem Aufsichtsrat oder einem eingerichteten Prüfungsausschuss „über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung, insbesondere wesentliche Schwächen des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems bezogen auf den Rechnungslegungsprozess zu berichten“.

⁷⁴⁴ MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 22.

⁷⁴⁵ MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 24; Spindler, WM 2008, 905, 907; Spindler, FS Hüffer (2010), 985, 991; vgl. auch Holle, Legalitätskontrolle, 20 f. m.w.N.

⁷⁴⁶ MüKo-AktG-Spindler § 91 RN 22: „Art. 41 Abs. 2 lit. b Prüfer-RL sieht explizit vor, dass Aufgabe des Prüfungsausschusses des Aufsichtsrats zwingend die Überwachung der ‚Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, gegebenenfalls des internen Revisionssystems, und des Risikomanagementsystems des Unternehmens‘ ist. Ergänzend führt Erwägungsgrund 24 hierzu aus: ‚Prüfungsausschüsse und ein wirksames internes Kontrollsystem tragen dazu bei, finanzielle und betriebliche Risiken sowie das Risiko von Vorschriftenverstößen auf ein Mindestmaß zu begrenzen und die Qualität der Rechnungslegung zu verbessern.‘ Diese Formulierungen weichen von § 91 Abs. 2 AktG ab, der das Risikomanagementsystem auf bestandsgefährdende Risiken beschränkt. In vergleichbarer Weise fügte die Änderungs-RL in die Jahresabschluss-RL 78/660/EWG einen neuen Art. 46a ein, der in Abs. 1c) von der Gesellschaft verlangt, dass im Lagebericht ‚eine Beschreibung der wichtigsten Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems der Gesellschaft im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess‘ gegeben wird. Erwägungsgrund 10 verdeutlicht die Funktion nochmals: ‚In dieser Erklärung sollten den Aktionären zumindest leicht zugängliche Schlüsselinformationen über die tatsächlich angewandten Unternehmensführungspraktiken, einschließlich einer Beschreibung der wichtigsten Merkmale der vorhandenen Risikomanagementsysteme und internen Kontrollverfahren in Bezug auf den Rechnungslegungsprozess gegeben werden.‘“ Vgl. RL 2006/43/EG 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der RL 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der RL 84/253/EWG des Rates, ABl. L 157, 87 ff. vom 9.6.2006; RL 2006/46/EG vom 14. Juni 2006 zur Änderung der Richtlinien des Rates 78/660/EWG über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss,

Argumentiert wird zudem mit einem möglichen Irreführungspotential.⁷⁴⁷ Danach wird befürchtet, dass sich eine publizitätspflichtige Gesellschaft im Lagebericht, der durch § 289 Abs. 5 HGB erweitert worden sei, zu einem umfassenden Risikomanagementsystem äußern müsse, wenngleich sie tatsächlich nur über ein Risikofrüherkennungssystem verfüge. Die Divergenz müsse die publizitätspflichtige Gesellschaft im Lagebericht eingehend erläutern, was in hohem Maße unpraktikabel sei. Demgegenüber verlange der Erwägungsgrund Nr. 10 der durch § 289 Abs. 5 HGB umgesetzten Bilanzrichtlinie, dass den Aktionären „zumindest leicht zugängliche Schlüsselinformationen“ zur Verfügung gestellt werden sollen.

Nach ganz herrschender Auffassung in der rechtswissenschaftlichen Literatur enthalte § 91 Abs. 2 AktG jedoch nicht die Pflicht zur Einrichtung eines umfassenden Risikomanagementsystems, wie es von der Betriebswirtschaftslehre entwickelt worden sei.⁷⁴⁸

Schon vom Ansatz her müsse die Norm restriktiv ausgelegt werden, da nur dies dem Grundsatz der Organisations- und Leitungsfreiheit gerecht werde.⁷⁴⁹ Auch nach der Regierungsbegründung des KonTraG sollte durch § 91 Abs. 2 keine neue Pflicht geschaffen, vielmehr die schon zu diesem Zeitpunkt als Teil der allgemeinen Leitungsaufgabe des Vorstands bestehende Pflicht, für ein angemessenes Risikomanagement und für eine angemessene Interne Revision zu sorgen, lediglich hervorgehoben werden.⁷⁵⁰ Der Wortlaut nenne zudem nur bestandsgefährdende Risiken, zum anderen gehe es nur um die Erkennung der Risiken, eine Reaktion oder Vorbeugung sei nicht vorgeschrieben.⁷⁵¹

Auch die Neuerungen durch das BilMoG hätten daran nichts geändert. Durch eine Prüfpflicht könne die Pflicht zur Einrichtung nicht begründet werden.⁷⁵² § 289 Abs. 5 HGB verpflichte nur dazu, die „wesentlichen Merkmale des vorhandenen internen Kontroll- und Risikomanagementsystems“ zu beschreiben. Damit gehe es nur um das tatsächlich bestehende System. *Dreher*: „Dadurch stellt der Gesetzgeber für den Fall, dass eine Gesellschaft überobligatorisch über ein umfassendes Risikomanagementsystem verfügt, klar, dass sich die Pflicht des § 289 V HGB vollumfänglich auf das tatsächlich vorhandene Risikomanagementsystem bezieht und nicht nur auf den nach § 91 II AktG vorgeschriebenen Teil desselben, d.h. auf das Risikofrüherkennungssystem“⁷⁵³ Auch aus den europarechtlichen Grundlagen könne nichts anderes abgeleitet werden.⁷⁵⁴ In Art. 39 Abs. 6 lit. c der konsolidierten Abschlussprüferrichtlinie sei der Prüfauftrag nur „gegebenenfalls“ auf ein Risikomanagementsystem erstreckt.⁷⁵⁵ Nähere Ausführungen, insbesondere zur Struktur und zum Umfang des Risikomanagementsystems würden sich in den Richtlinien insgesamt nicht finden, nur eine Beschreibung von Risikomanagementsystemen bzw. von Risikomanagementzielen und -methoden bei der Lageberichterstattung bzw. bei der Erklärung zur Unternehmensführung werde dort verlangt. Das gleiche gelte für die europarechtlichen Vorgaben zu den Aufgaben des Aufsichtsrats in § 107 Abs. 3 S. 2 AktG.

86/635/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Versicherungsunternehmen, ABl. L 224, 1 ff. vom 16.8.2006.

⁷⁴⁷ *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 164.

⁷⁴⁸ OLG Celle, 28.5.2008 – 9 U 184/07 = CCZ 2009, 159; Hüffer-Koch § 91 RN 8; GK-Kort § 91 RN 55; *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 162 f.; *Holle*, Legalitätskontrolle, 21 f.; *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1707; BeckOGK-Fleischer § 91 RN 34 m.w.N.

⁷⁴⁹ *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 162.

⁷⁵⁰ RegBegr. KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, 15.

⁷⁵¹ GK-Kort § 91 RN 22.

⁷⁵² *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1707.

⁷⁵³ *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 165; genauso *Holle*, Legalitätskontrolle, 26.

⁷⁵⁴ BeckOGK-Fleischer § 91 RN 35; GK-Kort § 91 RN 77, 78.

⁷⁵⁵ BeckOGK-Fleischer § 91 RN 35 in Bezug auf RL 2006/43/EG v. 17.5.2006; zuletzt geändert durch RL 2014/56/EU v. 27.5.2014.

Auch der prüfungsrechtliche Kontext selbst spreche gegen eine weite Auslegung. Der Abschlussprüfer habe allein eine Eignungs- und Funktionsprüfung, bzw. Systemprüfung durchzuführen; eine Zweckmäßigkeitprüfung oder eine Prüfung der gesamten Geschäftsführung finde jedoch nicht statt.⁷⁵⁶ Die Untersuchung der unternehmerischen Zweckmäßigkeit sei allein Sache des Aufsichtsrates, wie sich an § 111 AktG ablesen ließe.⁷⁵⁷ Man unterscheide ein sog. *business accounting* von einem *financial accounting*.⁷⁵⁸ Im ersteren Fall sei fraglich, ob dies überhaupt vom Abschlussprüfer geleistet werden könne.⁷⁵⁹ Auch *Spindler*, der sich für eine Erweiterung der Pflicht ausspricht, warnt: „Diese Grundsätze, dass dem Vorstand ein Beurteilungsspielraum bei der Einrichtung des Risikomanagementsystems zu gewähren ist und der Wirtschaftsprüfer nur eine Systemprüfung vornehmen kann, müssen im Rahmen von § 317 Abs. 4 HGB berücksichtigt werden. (...) Angesichts des weiten Begriffs des ‚Überwachungssystems‘ würde sonst der Wirtschaftsprüfer zu einer Art ‚Super-Aufsichtsinstanz‘, die die gesamte Geschäftsführung des Unternehmens zu prüfen hat.“⁷⁶⁰ Eben diese Gefahr sieht jedoch *Holle*, soweit § 91 Abs. 2 AktG auch Maßnahmen der Risikobewältigung beinhaltet, deren Tauglichkeit dann attestiert werden müssten.

Schließlich wird auf den Willen des Gesetzgebers verwiesen. Im BilMoG habe dieser unmissverständlich Stellung bezogen.⁷⁶¹ Die Entscheidung über die Einrichtung solle allein dem Vorstand überlassen bleiben, § 289 Abs. 5 HGB verpflichte nur dazu, die wesentlichen Merkmale des Kontroll- und Risikomanagementsystems zu beschreiben, das tatsächlich vorhanden sei.⁷⁶² Auch § 107 Abs. 3 S. 2 AktG enthalte „[e]ine derartige Verpflichtung zur Einrichtung eines umfassenden internen Risikomanagementsystems [...] nicht. Es ist dem Vorstand vorbehalten, über das ‚Ob‘ und ‚Wie‘ eines umfassenden internen Risikomanagementsystems zu entscheiden.“⁷⁶³

Doch jenseits der Frage der rechtlichen Verpflichtung durch § 91 Abs. 2 AktG zeigt die Gesetzesbegründung auch, dass bereits die Beschreibung des internen Kontrollsystems und des internen Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess die Organe der Geschäftsführung zu einer Auseinandersetzung mit dem internen Kontrollsystem und dem internen Risikomanagementsystem und damit auch mit der Frage nach deren Effektivität zwingen solle.⁷⁶⁴ Insofern lässt sich fragen, ob nicht – mit den Worten *Schöns* – eine „mittelbare Regulierung“ auch vom Gesetzgeber beabsichtigt worden ist.⁷⁶⁵

⁷⁵⁶ GK-Kort § 91 RN 23 f.; Baumbach/Hopt-Merkt § 317 RN 14; *Holle*, Legalitätskontrolle, 22.

⁷⁵⁷ Baumbach/Hopt-Merkt § 317 RN 14; *Holle*, Legalitätskontrolle, 22.

⁷⁵⁸ *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 31 RN 20.

⁷⁵⁹ *Holle*, Legalitätskontrolle, 22.

⁷⁶⁰ *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 19 RN 59.

⁷⁶¹ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 35; *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 165; *Holle*, Legalitätskontrolle, 29.

⁷⁶² RegBegr. BilMoG BT-Drucks. 16/10067, 76: „Mit der Vorschrift wird weder die Einrichtung noch die inhaltliche Ausgestaltung eines internen Kontrollsystems oder eines internen Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess verpflichtend vorgeschrieben. Es bleibt den geschäftsführenden Organen überlassen, ein internes Kontrollsystem oder ein internes Risikomanagementsystem nach den vorhandenen Bedürfnissen unter Berücksichtigung der Unternehmensstrategie, des Geschäftsumfangs und anderer wichtiger Wirtschaftlichkeits- und Effizienzgesichtspunkte einzurichten. Die Vorschrift verpflichtet nur dazu, die wesentlichen Merkmale des vorhandenen internen Kontroll- und Risikomanagementsystems – mithin die Strukturen und Prozesse – im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu beschreiben. (...) Besteht kein internes Kontrollsystem (...) ist dies anzugeben.“

⁷⁶³ RegBegr. BilMoG BT-Drucks. 16/10067, 102.

⁷⁶⁴ RegBegr. BilMoG BT-Drucks. 16/10067, 76.

⁷⁶⁵ Vgl. (allerdings zur CSR-Berichterstattung) *Schön*, ZHR 180 (2016), 279 f.

2. Rechtsgrundlage für die branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht

Die Auslegung des § 91 Abs. 2 AktG hat Auswirkung für die Suche nach einem aktienrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Legalitätskontrollpflicht. Mit einem weiten Verständnis im Sinne eines umfassenden Risikomanagementsystems sind darin grundsätzlich Gesetzesverletzungen miteingeschlossen.⁷⁶⁶ Dies lässt sich auch mit einer Ausstrahlung aufsichtsrechtlicher Vorgaben begründen, da im Aufsichtsrecht Compliance Teil des Risikomanagements ist, bzw. ursprünglich vom Gesetzgeber so konzipiert worden war.⁷⁶⁷ In der Gesetzesbegründung zum KontraG wurde sogar ausdrücklich auf Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften als Teil der vorzubeugenden Risiken verwiesen.⁷⁶⁸ *Bürkle* hat zudem überlegt, durch Kumulrisiken könnten – isoliert betrachtet – unbedeutende Rechtsverstöße aufgrund ihrer Ausstrahlungswirkung durchaus bestandsgefährdende Tendenzen herbeiführen.⁷⁶⁹ Er selbst sieht aber die Rechtsgrundlage ebenfalls nicht in § 91 Abs. 2 AktG und der „Domino- oder Schneeballtheorie“ (*Bachmann*) ist nicht gefolgt worden.⁷⁷⁰

Ein sehr spezifischer Grund wird von *Dreher* genannt, § 91 Abs. 2 AktG als Rechtsgrundlage für eine Compliance-Pflicht heranzuziehen: Nur so würde der Prüfungsgegenstand der Abschlussprüfung nach § 317 Abs. 4 HGB auch auf die Compliance im Unternehmen erstreckt.⁷⁷¹

Im Neubürger-Urteil wurde die Frage explizit offen gelassen, ob die Compliance-Pflicht aus § 91 Abs. 2 AktG oder der allgemeinen Leitungspflicht nach §§ 76, 93 AktG herzuleiten sei.⁷⁷²

Der Großteil der Literatur sieht in § 91 Abs. 2 AktG nicht die Grundlage für eine Compliance-Pflicht.⁷⁷³ Gesetzes-Verstöße würden nur selten das Tatbestandsmerkmal einer bestandsgefährdenden Entwicklung erfüllen. *Nietsch* meint zudem, Rechtsverstößen müsse aufgrund der Vorbehaltslosigkeit der Legalitätspflicht jedenfalls im Ausgangspunkt unabhängig von finanziellen Auswirkungen begegnet werden.⁷⁷⁴ Auch sei die organisatorische Aufgabe der Legalitätskontrolle und des Risikomanagements nach einigen Autoren zu trennen. So wird von *Dreher* gerade Instruktion und Repression als wesentlich für Compliance angesehen, was über risikobezogene Elemente hinausgehe; nach *Steuber* sei Compliance sogar ein *aliud* gegenüber dem Risikomanagement.⁷⁷⁵ *Spindler* meint, da die Compliance-Funktion das Risikomanagement zu überwachen habe, müssten beide Bereiche voneinander getrennt sein, erkennt andererseits aber an, dass beide Bereiche nicht völlig überschneidungsfrei seien.⁷⁷⁶

Trotzdem wird grundsätzlich anerkannt, dass unabhängig von der Frage, ob § 91 Abs. 2 AktG lediglich auf das Erkennen bestandsgefährdender Risiken zugeschnitten ist, diese Pflicht auch für Rechtsrisiken

⁷⁶⁶ Vgl. *Holle*, Legalitätskontrolle, 20.

⁷⁶⁷ *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 169, 171; vgl. → § 5 III. 3.

⁷⁶⁸ RegBegr. KonTraG BT-Drucks. 13/9712, 15.

⁷⁶⁹ *Bürkle*, BB 2005, 565, 569.

⁷⁷⁰ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 73: „Eine solche Theorie schwebte dem Gesetzgeber (...) aber ersichtlich nicht vor“; ablehnend auch *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 510.

⁷⁷¹ *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 171.

⁷⁷² LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 346 – Neubürger.

⁷⁷³ BeckOGK-*Fleischer* § 91 RN 50; GK-*Kort* § 91 RN 22; *Hüffer-Koch* § 76 RN 14; *Bachmann*, VGR 2007, 65, 73; *Bicker*, AG 2012, 542, 544; *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 162; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 392; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 144; *Holle*, Legalitätskontrolle, 19 f.; *Hüffer*, FS G. H. Roth (2011), 299, 304; *Immenga*, FS Schwark (2009), 199, 201; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 120; *Merkt*, ZIP 2014, 1705, 1707; *Steuber*, FS Hommelhoff (2012), 1165, 1176; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 403 f.

⁷⁷⁴ *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733, 740.

⁷⁷⁵ *Dreher*, FS Hüffer (2010), 161, 171; *Steuber*, FS Hommelhoff (2012), 1165, 1176.

⁷⁷⁶ MüKo-AktG-*Spindler* § 91 RN 67.

jedenfalls eine „partielle Verrechtlichung“⁷⁷⁷ oder Konkretisierung, bzw. einen „Mindest-Pflichtenrahmen“ bilde.⁷⁷⁸

V. Das Problem der Legalitätspflicht

Die h.M. leitet die Legalitätskontrollpflicht aus der aktienrechtlichen Legalitätspflicht ab (vgl. oben).⁷⁷⁹ Während nicht nur die genaue Herleitung umstritten ist, sondern auch, ob der Wertungsgrundsatz der Legalitätspflicht – wonach ein Vorrang der Gesetzeseinhaltung vor möglichen Gewinn- oder reinen Schadensabwendungsinteressen besteht – auch auf die Ebene der Legalitätskontrollpflicht durchschlägt, zeigt ein Blick auf die Diskussion zur Legalitätspflicht, dass deren Herleitung selbst durchaus umstritten ist und der unbedingte Vorrang der Gesetzeseinhaltung differenzierter betrachtet werden muss.

1. Überblick

Die Legalitätspflicht des Vorstands einer Aktiengesellschaft folgt aus §§ 76, 93 AktG und wird grundsätzlich in zwei bzw. drei Komponenten unterteilt. Zum einen geht es um die Einhaltung aktienrechtlicher Verhaltensgebote, insbesondere oder auch gesondert um die Einhaltung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung nach § 82 Abs. 2 AktG; man spricht insoweit von der internen, inneren oder Legalitätspflicht im engeren Sinne.⁷⁸⁰ Die andere Komponente meint die Transformation der äußeren Pflichtenbindung der Gesellschaft als juristische Person in eine Binnenverpflichtung des Vorstands; die externe, äußere oder Legalitätspflicht im weiteren Sinne. Für die Frage der Rechtsgrundlage der Legalitätskontrollpflicht ist letztere entscheidend.

In der Rechtsprechung ist die externe Legalitätspflicht bisher ohne Abstriche anerkannt.⁷⁸¹ Insbesondere sog. „nützliche Pflichtverletzungen“ – also Handlungen des Vorstands, die zwar einen Gesetzesverstoß darstellen, letztlich aber zu keinem finanziellen Schaden für die Gesellschaft führen – werden davon miterfasst, stellen also eine Verletzung der Legalitätspflicht dar, wobei hierzu nur im Strafrecht eine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt.⁷⁸² Auch die ISON-Entscheidung ließ eine strenge Haftung für Gesetzesverletzungen erkennen und ließ allenfalls das Vertretenmüssen entfallen.⁷⁸³

Ob die Legalitätspflicht auch für privatvertragliche Verpflichtungen gelten soll, hatte der BGH jüngst angesprochen, allerdings offen gelassen.⁷⁸⁴ Eine Passage aus dem Urteil Plambeck Neue Energien wird von mehreren Autoren jedoch dahingehend gedeutet, dass sich ein Vorbehalt gegen einen strikten Gleichlauf ausdrücke.⁷⁸⁵ Dort heißt es, es müssten Feststellungen getroffen werden, ob dem Vorstandsmitglied vorgeworfene Straftaten „gleichzeitig ein pflichtwidriges Verhalten gegenüber der Gesellschaft dargestellt haben“.⁷⁸⁶ Die Notwendigkeit dieser Feststellung deute darauf hin, dass eine

⁷⁷⁷ Kort, NZG 2008, 81, 82.

⁷⁷⁸ Bayer, FS Schmidt (2009), 85, 88; Fleischer, AG 2003, 291, 299; Harbarth/Brechtel, ZIP 2016, 241, 244; Holle, Legalitätskontrolle, 34 f.; Kort, NZG 2008, 81, 82.

⁷⁷⁹ Vgl. → § 5 II. 4.

⁷⁸⁰ MüKo-AktG-Spindler § 93 RN 29; Brock, Legalitätsprinzip, 49; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, 18.

⁷⁸¹ BGH, 7.5.2019 – VI ZR 512/17 = NZG 2019, 939 RN 10; BGH, 26.4.2018 – IX ZR 238/17 = NJW 2018, 2125 RN 31; BGH, 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = NJW 2012, 3438 RN 22;

⁷⁸² BGH, 27.8.2010 – 2 StR 111/09 = NJW 2010, 3458 RN 29 – Kriegskasse im Ausland; BGH, 13. 9. 2010 - 1 StR 220/09 = NJW 2011, 88 RN 37 – Beeinflussung von Betriebsratswahlen und Grenzen der Untreue, Siemens/AUB; OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 7 U 184/12 = NZG 2013, 1177 RN 23; LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14 = NZKart 2015, 277.

⁷⁸³ BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 = NZG 2011, 1271 – ISON.

⁷⁸⁴ BGH, 7.5.2019 – VI ZR 512/17 = NZG 2019, 939 RN 10.

⁷⁸⁵ Grigoleit-Grigoleit/Tomasic § 93 RN 23; Nietsch, ZGR 2015, 631, 651 f.; Seibt, NZG 2015, 1097, 1101.

⁷⁸⁶ BGH, 8.7.2014 – II ZR 174/13 = NZG 2014, 1058 RN 23.

Parallelität nicht zwingend sei. Klargestellt hat der BGH, dass die Legalitätspflicht nur im Binnenverhältnis greift und keine Verpflichtung des Vorstands gegenüber außenstehenden Dritten begründet.⁷⁸⁷

Offen ist in der Rechtsprechung jedoch seit jeher die Begründung dieser Pflicht geblieben. Auch in der Literatur ist eine nähere Begründung lange ausgeblieben, noch 2009 meinte daher *Thole*: „Eine eigene Dogmatik der Legalitätspflicht ist nicht entwickelt, und ihre Konturen und Grenzen sind nur ansatzweise ausgelotet.“⁷⁸⁸ *Nietsch* sieht die Diskussion um die Anwendung der BJR bezüglich der Legalitätspflichten ebenso als Beleg eines nicht abgeschlossenen Dogmatisierungsprozesses.⁷⁸⁹ *Koch* spricht bezüglich der Legalitätspflicht sogar von einem „diffuse[n] Institut“.⁷⁹⁰

Inzwischen ist die Diskussion jedoch weiter fortgeschritten, zumeist wird auf einen im letztlich öffentlichen Interesse liegenden Vorrang der Gesetzeseinhaltung vor möglichen Gewinn- oder reinen Schadensabwendungsinteressen abgestellt.⁷⁹¹ Darin drückt sich auch ein verändertes – rechtspolitisches – Klima aus, spätestens seit – aber nicht nur wegen – der Finanzkrise, in der auch die Managerhaftung wegen möglicher Fehlanreize explizit in Kritik geraten ist.⁷⁹²

Neben dieser Tendenz ist in den letzten Jahren jedoch auch deutliche Kritik hörbar geworden, nicht nur an der Begründung der Legalitätspflicht, sondern auch an deren Reichweite im Einzelfall. Schon länger wird eine Art Bagatellvorbehalt diskutiert, darüber hinaus verlangen viele Autoren eine Form der gesetzgeberischen Wertentscheidung, aus der ein besonderes öffentliches Interesse an der Normbefolgung deutlich wird, um überhaupt zu rechtfertigen, das verbandliche Interesse an Gewinnerzielung hinter das Normbefolgungsinteresse zurückstehen zu lassen. Sehr breit diskutiert sind zudem die Fälle unklarer Rechtslage oder möglicher gesetzlicher Ermessensspielräume. Jenseits davon ist zudem eine größer werdende Anzahl an Autoren zu nennen, die den strikten Vorrang des Normbefolgungsinteresses von vornherein als nicht gerechtfertigt betrachten.⁷⁹³ Maßgeblich sei allein das Unternehmensinteresse, um eine Legalitätspflicht zu begründen.

2. Begründung der Legalitätspflicht

Zur Begründung einer sog. externen Legalitätspflicht muss wieder die Problemlage vor Augen geführt werden. Fraglich ist, ob der Vorstand gegenüber der Gesellschaft zum Schadensersatz nach § 93 Abs. 2 AktG verpflichtet ist, wenn er im Rahmen seiner Geschäftsführung gegen ein Gesetz außerhalb des AktG verstoßen hat. Dies setzt eine Sorgfaltspflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG voraus, also die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Eine

⁷⁸⁷ BGH, 18.6.2014 – I ZR 242/12 = NZG 2014, 991 RN 23; BGH, 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26 RN 25 = NJW 2012, 3439 RN 23; vgl. Hüffer-Koch § 93 RN 6.

⁷⁸⁸ *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 505.

⁷⁸⁹ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 643.

⁷⁹⁰ Hüffer-Koch § 93 RN 6.

⁷⁹¹ KBLW-Bachmann/Kremer G.5 RN 21; BeckOGK-Fleischer § 93 RN 50; Grigoleit-Grigoleit § 76 RN 47; Grigoleit-Grigoleit/Tomasic § 93 RN 14; Hüffer-Koch § 93 RN 6; Bürkle, BB 2005, 565, 568; Faber, Anreizbasierte Regulierung, 78; Goette, ZHR 175 (2011), 388, 391; Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 146 f.; Holle, Legalitätskontrolle, 62; ders., AG 2011, 778, 782; Immenga, FS Schwark (2009), 199, 202; Kordt, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 69 f.; Lohse, FS Hüffer (2010), 581, 597; Paefgen, WM 2016, 433, 436; Reichert, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 954; Roth, Unternehmerisches Ermessen, 132; Schraud, Compliance in der Aktiengesellschaft, 64; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 510; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 406; Vgl. Bachmann, ZHR 180 (2016), 563, 566.

⁷⁹² Vgl. BeckOGK-Fleischer § 93 RN 7; Merkt, FS Hommelhoff (2012), 711, 721; Wagner, in: Rechtswege, 80; auch Altmeppen, GmbHG § 43 RN 7: zunehmend anerkannten Sozialbindung von Wirtschaftsunternehmen.

⁷⁹³ Harnos, Geschäftsleiterhaftung, 91; Harzenetter, Innenhaftung, 101 ff.; Sieg/Zeidler, in: Corporate Compliance, § 3 RN 37; jüngst Brock, Legalitätsprinzip, 173 f.; weniger deutlich, jedoch in der Sache wohl ähnlich Bachmann, VGR 2007, 65, 77; 565; ders., ZIP 2014, 579, 581; ders., ZHR 180 (2016), 563; Uwe H. Schneider, FS Hüffer (2010), 905, 909.

Legalitätspflicht ist danach nicht explizit vorgesehen. Grundsätzlich beinhaltet die Sorgfaltspflicht jedoch, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden, sog. Schadensabwendungspflicht. Soweit bei einem Gesetzesverstoß Sanktionen für die Gesellschaft zu erwarten sind, folgt grundsätzlich schon aus dieser Schadensabwendungspflicht eine Pflichtverletzung des Vorstands.⁷⁹⁴

Denkbar sind jedoch Fälle, in denen aus der Gesetzesübertretung von vornherein keine Sanktionen zu erwarten sind oder mögliche Nutzen aus der Gesetzesübertretung die Sanktionen überwiegen. Möglicherweise könnte der Vorstand dann sogar angehalten sein, Gesetzesübertretungen vorzunehmen, soweit dies für die Gesellschaft insgesamt wirtschaftlich sinnvoll ist. Noch weiter ließe sich überlegen, die bewusste Kalkulation mit diesen Sanktionsrisiken sogar als unternehmerische Entscheidung im Sinne der BJR nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu privilegieren. Dies jedenfalls, wenn die gesetzliche Lage unklar ist oder der Tatbestand Ermessensspielräume eröffnet.

Insgesamt zeigt sich, dass rein aus der Schadensabwendungsperspektive theoretisch kein zwingender Gleichlauf zwischen Außenpflichten der Gesellschaft und Binnenverpflichtung des Vorstands besteht, soweit jedenfalls keine rechnerischen Vermögensnachteile drohen. Einige Autoren meinen jedoch, schon aus dieser Perspektive sei ein zwingender Gleichlauf der Pflichten gegeben.⁷⁹⁵ Denn selbst wenn keine Sanktionen zu erwarten wären oder diese den möglichen Nutzen nicht überwiegen würden, drohten noch immer Reputationsschäden, weswegen sich Gesetzesübertretungen in keinem Fall lohnen würden. Schon wegen der Schadensabwendungspflicht seien sog. „nützliche Pflichtverletzungen“ daher grundsätzlich untersagt. Dies eröffnet zudem die Möglichkeit, auch im Rahmen der Legalitätspflicht die Anwendung der BJR nicht von vornherein auszuschließen, so bspw. im Rahmen von Compliance-Maßnahmen.⁷⁹⁶

Für die h.M. reicht das jedoch nicht aus. Zum Teil werden einzelne aktienrechtliche Normen als Beleg herangezogen, um einen generellen Gesetzesvollziehungsanspruch aus dem Aktienrecht zu lesen, insbesondere in jüngerer Zeit wird zudem auf einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch abgestellt, der dem Vermögensinteresse der Gesellschaft letztlich vorgeschaltet sei.

a) Gesetzesverstöße im aktienrechtlichen Normgefüge

Explizit werden Gesetzesverstöße im Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG nicht aufgeführt. Daher werden zum Teil andere Vorschriften des AktG zur Herleitung der Legalitätspflicht herangezogen, die Gesetzesverstöße explizit zum Gegenstand haben, wobei die meisten dieser Normen von vornherein für eine Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs ausscheiden und die übrigen Herleitungen wenig Gefolgschaft in der Literatur finden.

Von vornherein scheidet eine Herleitung über §§ 142 Abs. 2, 148 Abs. 1 S.2; § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AktG und §§ 17, 3 VereinsG aus.

Nach §§ 142 Abs. 2, 148 Abs. 1 S. 2 AktG kann eine Aktionärsminorität einen Sonderprüfer bestellen, bzw. ein Klagezulassungsverfahren einleiten, sofern es bei der Geschäftsführung zu groben Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung gekommen ist. Es wird jedoch angenommen, dass „grobe Verletzungen des Gesetzes“ keine Gesetzesverletzungen außerhalb des Aktiengesetzes meine, sondern auf den Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG selbst Bezug nehmen.⁷⁹⁷ Bestätigung findet

⁷⁹⁴ Kritisch BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 29: „Ganz zu befriedigen vermag dieses Argument nicht, weil es vom Vorliegen eines Schadens auf den Pflichtverstoß zurückschließt.“ Dagegen *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 91: die Gesetzesverletzung stelle vielmehr eine typische Gefährdungssituation dar.

⁷⁹⁵ *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 566; *Habersack*, AG 2014, 1, 2; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 654; *Wundenberg*, Compliance, 125, 134 f.

⁷⁹⁶ *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 569.

⁷⁹⁷ *Brock*, Legalitätsprinzip, 72 f.; *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 86; *Holle*, Legalitätskontrolle, 49.

dieses Verständnis in der Gesetzesbegründung.⁷⁹⁸ Damit hingen die Normen vom Verständnis des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ab und könnten diesen gerade nicht konkretisieren. Zudem wird auf die Verengung des Gesetzesbegriffs verwiesen. Eine umfassende Legalitätspflicht ließe sich darauf nicht stützen. Schließlich zielen die Normen allein auf die Interessen der Aktionäre ab, die vor besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen zu schützen seien. Einen Vorrang der Gesetzesbindung vor den Verbandsinteressen sei mit diesem Zweck ebenfalls unvereinbar.

Nach § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AktG ist die Eignung zur Bestellung als Vorstand bei Verurteilung zu bestimmten Straftaten für fünf Jahre ausgeschlossen. Auch diese Norm bezieht sich nur auf bestimmte Straftaten und trifft selbst keine direkte Aussage über die Verhaltenspflichten des Vorstands.⁷⁹⁹

Auch §§ 17, 3 VereinsG lassen sich nicht für eine umfassende Legalitätspflicht heranziehen, denn das VereinsG ist öffentlich-rechtliches Gefahrenabwehrrecht und regelt somit allein das Verhältnis des Staates zum Verein und damit nicht die Binnenpflicht im aktienrechtlichen Gefüge.⁸⁰⁰

Zum Teil wird eine Stütze für die Legalitätspflicht in § 93 Abs. 4 S. 1 AktG gesehen, wonach der Schadensersatzanspruch nach § 93 Abs. 2 AktG ausgeschlossen ist, wenn die haftungsbegründende Handlung des Vorstands auf einem gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschluss beruht.⁸⁰¹ *Paefgen* ergänzt dies damit, dass auch für die Hauptversammlung eine Legalitätspflicht bestehe, wie § 243 Abs. 1 AktG zeige, wonach ein Hauptversammlungsbeschluss anfechtbar sei, der gegen das Gesetz oder die Satzung verstoße. Die Rechtsbindung der Versammlung schlage somit auf das Vorstandsmitglied durch.⁸⁰²

Demgegenüber wird jedoch eingewandt, dass § 93 Abs. 4 S. 1 AktG der Haftungsfreistellung diene und somit keine besondere Pflicht begründen könne.⁸⁰³ Zudem könne eine Haftungsfreistellung im Interesse der Rechtssicherheit sogar möglich sein, wenn ein Hauptversammlungsbeschluss zwar gegen das Gesetz verstoße, durch Fristablauf nach § 246 Abs. 1 AktG jedoch unanfechtbar oder dessen Nichtigkeit nach § 242 AktG geheilt worden sei.⁸⁰⁴ Die Freistellung nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG solle zwar ausgeschlossen sein, sofern das Vorstandsmitglied es pflichtwidrig versäumt habe, der Unanfechtbarkeit oder Heilung des Beschlusses entgegenzuwirken, da dem Vorstandsmitglied nach § 245 Nr. 5 AktG ein eigenes Anfechtungsrecht zustände. Nach *Habersack* sei ein mögliches pflichtwidriges Unterlassen der Anfechtung allerdings nicht schon dann anzunehmen, wenn sich im Nachhinein die Rechtswidrigkeit des Beschlusses zeige.⁸⁰⁵ Nach *Holle* solle das Anfechtungsrecht den Vorstand wiederum nur schützen und nicht seinen Pflichtenrahmen bestimmen.⁸⁰⁶ Nach *Brock* bestehe

⁷⁹⁸ RegBegr. UMAG, BT-Drucks. 15/5092, 22.

⁷⁹⁹ *Holle*, Legalitätskontrolle, 49.

⁸⁰⁰ *Brock*, Legalitätsprinzip, 76.

⁸⁰¹ MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 87; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen, 17.

⁸⁰² *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen, 17.

⁸⁰³ *Brock*, Legalitätsprinzip, 66; *Habersack*, FS Uwe H. Schneider (2011), 429, 434; *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 85; *Holle*, Legalitätskontrolle, 51.

⁸⁰⁴ *Holle*, Legalitätskontrolle, 57 f. hat überlegt, ob das Beschlussmängelrecht einer Legalitätspflicht nicht vielmehr entgegenstehe, da von der Theorie her ein Verband die Missachtung gesetzlicher Vorgaben trotz allem zur Handlungsmaxime erheben könnte. Dem Geltungsanspruch der Rechtsordnung werde jedoch dadurch Rechnung getragen, dass der Eintragung des Beschlusses und damit einer Heilung zwingend die Überprüfung durch das Registergericht vorausginge. Schließlich sei unverkennbar, dass der Aspekt der Rechtssicherheit dem Gesetzgeber die Feder geführt habe. Es spreche viel dafür, dass ein bestandskräftiger Hauptversammlungsbeschluss zu keiner Haftungsfreistellung nach § 93 Abs. 4 S.1 AktG führe, sofern der Hauptversammlungsbeschluss rechtswidrig sei, da die Heilung nach § 242 AktG nicht die materielle Rechtslage verändere, sondern lediglich die Geltendmachung der Nichtigkeit einschränke. Nur so ließe sich § 242 Abs. 2 S. 3 AktG erklären, der anordne, dass trotz Heilung eine Amtslöschung gemäß § 241 Abs. 6 AktG i.V.m. § 398 FGG möglich bliebe.

⁸⁰⁵ *Habersack*, FS Uwe H. Schneider (2011), 429, 434.

⁸⁰⁶ *Holle*, Legalitätskontrolle, 50.

nach richtiger Lesart zudem keine Pflicht des Vorstands, Hauptversammlungsbeschlüsse anzufechten.⁸⁰⁷

Einige Autoren leiten die Legalitätspflicht über § 396 Abs. 1 AktG her. Danach kann eine AG auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde des Landes, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, durch Urteil aufgelöst werden, sofern die Gesellschaft durch gesetzwidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das Gemeinwohl gefährdet und der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung nicht für eine Abberufung der Verwaltungsträger sorgen. Mehrere Autoren sehen dies als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, wonach das öffentliche Interesse der Normbefolgung dem Gesellschaftsinteresse vorgeschaltet sei.⁸⁰⁸

Andere Autoren verweisen jedoch darauf, dass der gesetzeswidrige Bereich wieder nur sehr eng sei, da es auf eine Gemeinwohlgefährdung ankomme.⁸⁰⁹ Nach *Harnos* sei die Vorschrift zudem verfassungskonform restriktiv auszulegen.⁸¹⁰ Wieder andere meinen, aus der Vorschrift ließe sich nur herleiten, dass es der Vorstand nicht zur Gefahr der Auflösung der Gesellschaft kommen lassen dürfe, eine umfassende Legalitätspflicht hingegen finde sich auch in § 396 Abs. 1 AktG nicht zum Ausdruck gebracht.⁸¹¹

Zum Teil wird in der Einfügung der BJR eine ansatzweise Bestätigung der Legalitätspflicht gesehen.⁸¹² Denn § 93 Abs. 2 S. 2 AktG führe einen Unterschied zwischen unternehmerischen und rechtlich gebundenen Entscheidungen in das AktG ein. Bestätigt wird dies durch die Gesetzesbegründung zum UMAG. Diese unterscheidet zunächst streng zwischen rechtlich gebundenen und unternehmerischen Entscheidungen. Weiter heißt es: „Für illegales Verhalten gibt es keinen sicheren Hafen.“⁸¹³ Relativiert wird diese Aussage jedoch dadurch, dass es im Einzelfall am Verschulden fehlen könnte. Zudem scheint sich die Begründung allein auf gesetzliche Pflichten ohne tatbestandlichen Beurteilungsspielraum zu beziehen.⁸¹⁴ Schließlich bedeutet die Versagung des Haftungsprivilegs der BJR nicht automatisch, dass die Organperson pflichtvergessen gehandelt hat.⁸¹⁵

b) Öffentliche Interessen im Aktienrecht

Vergleichbar der Herleitung über § 396 Abs. 1 AktG wird die Legalitätspflicht inzwischen von den meisten Autoren auf ungeschriebene Grundsätze des Aktienrechts gestützt. Die Diskussion um die aktienrechtliche Grundausrichtung wird hierbei jedoch als unergiebig gesehen. Zwar ist noch immer kontrovers, ob die AG allein als der privatautonome Zusammenschluss von Kapitalgebern zu verstehen ist, der volkswirtschaftlich nur eine Finanzierungsfunktion erfüllt oder die AG als allgemeinere Institution aufgefasst werden muss, als eine Veranstaltung unterschiedlicher Interessen, bei der die Finanzierungsfunktion nicht auf Kosten auch anderer sozialer, wirtschaftlicher und politischer Belange

⁸⁰⁷ *Brock*, Legalitätsprinzip, 66.

⁸⁰⁸ *BeckOGK-Fleischer* § 93, RN 60; *ders.*, ZIP 2005, 141, 148; *Bayer*, FS Schmidt (2009), 85, 90; *Bicker*, AG 2014, 8, 9; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 515.

⁸⁰⁹ *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 83; *Holle*, Legalitätskontrolle, 49.

⁸¹⁰ *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 84.

⁸¹¹ Auch *Brock*, Legalitätsprinzip, 74 f.; *Habersack*, FS Uwe H. Schneider (2011), 429, 434.

⁸¹² *Hüffer-Koch* § 93 RN 6; dem Gedanken zustimmend *Brock*, Legalitätsprinzip, 67.

⁸¹³ RegBegr. UMAG BT-Drucks. 15/5092, 11.

⁸¹⁴ „Unternehmerische Entscheidungen sind infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt. Dies unterscheidet sie von der Beachtung gesetzlicher, satzungsmäßiger oder anstellungsvertraglicher Pflichten ohne tatbestandlichen Beurteilungsspielraum.“, RegBegr. UMAG BT-Drucks. 15/5092, 11; vgl. *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 140; *Holle*, AG 2011, 778, 780.

⁸¹⁵ *Brock*, Legalitätsprinzip, 71.

gehen darf (im Einzelnen dazu später).⁸¹⁶ Doch auch nach einem interessenpluralistischen Verständnis soll kein Vorrang bestimmter Interessen gegeben sein; der Vorstand bleibe prinzipiell weisungsfrei.⁸¹⁷ *Thole* weist zudem auf den sog. Enlighted Shareholder Value hin, wonach trotz prinzipieller Ausrichtung auf das Aktionärsinteresse eine Gesetzesbindung gegeben sei.⁸¹⁸

Einige Autoren leiten die Legalitätspflicht jedoch aus der Präventionsfunktion der Organhaftung her.⁸¹⁹ Diese ist allerdings schon an sich umstritten. Dabei geht es auch um die allgemeine Frage der Legitimität der Verhaltenssteuerung als Haftungsziel im Privatrecht.⁸²⁰ So wird argumentiert, allein der Ausgleichsgedanke sei wesentlich für das Haftungsrecht.⁸²¹ Die Verhaltenssteuerung sei nur ein erwünschter Nebeneffekt.⁸²² Für die Organhaftung ist die Verhaltenssteuerung als Ziel jedoch grundsätzlich anerkannt.⁸²³ Dies belegt der obligatorische Selbstbehalt bei Bestehen einer D&O-Versicherung nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG, der nach der Gesetzesbegründung „verhaltenssteuernde Wirkung“ entfalten soll.⁸²⁴ Zum Teil wird die Kompensationsfunktion der Binnenhaftung sogar als nachrangig gesehen.⁸²⁵ Andere Autoren sehen das genau umgekehrt: Im Vordergrund stehe die Kompensation, dies zeigten gerade die Versicherungsverträge, dies auch im Interesse des Gläubigerschutzes, der durch das Klagerecht der Gläubiger nach § 93 Abs. 5 AktG verdeutlicht werde.⁸²⁶

Doch auch unabhängig davon ist die grundsätzliche Anerkennung der Präventionsfunktion der Organhaftung nicht gleichbedeutend mit einer generalpräventiven Wirkung im Allgemeininteresse. Für die meisten Autoren stehen bei der verhaltenssteuernden Wirkung die Aktionärsinteressen im Vordergrund.⁸²⁷ Nach *Hopt/Roth* fördere die verhaltenssteuernde Wirkung zwar mittelbar auch den

⁸¹⁶ Vgl. → § 11 IV.

⁸¹⁷ *Brock*, Legalitätsprinzip, 92; *Holle*, Legalitätskontrolle, 53.

⁸¹⁸ *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 514.

⁸¹⁹ *MüKo-AktG-Spindler* § 93 RN 107; *Habersack*, FS Uwe H. Schneider (2011), 429; *Holle*, Legalitätskontrolle, 51; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 505; *C. Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1257.

⁸²⁰ Vgl. *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 f.; *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 71 f.

⁸²¹ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 9; *MüKo-BGB-Wagner* Vor § 823 RN 43; *ders.*, in: *Rechtswege*, 80, 106; vgl. *Larenz*, SchuldR AT § 27 I, 423 f.: Verhaltenssteuerung nur erwünschtes Nebenprodukt.

⁸²² vgl. *Larenz*, SchuldR AT, § 27 I, 423 f.

⁸²³ *BeckOGK-Fleischer* § 93 RN 2; *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 28; *MüKo-AktG-Spindler* § 93 RN 107; *Brock*, Legalitätsprinzip, 61; *Hüffer*, in: *Aktienrecht im Wandel*, Bd. 2, RN 82; *Wagner*, in: *Rechtswege*, 80.

⁸²⁴ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung BT-Drucks. 16/13433, 11: „Die Haftung mit dem Privatvermögen wirkt Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegen.“; *BeckOGK-Fleischer* § 93 RN 2; *Brock*, Legalitätsprinzip, 62 f.; *Wagner*, in: *Rechtswege*, 80, 82.

⁸²⁵ Bei Publikumsgesellschaften seien wegen der Möglichkeit der Diversifikation die Eigentümer von vornherein die besseren Verlustträger, die Binnenhaftung werde demgegenüber mit Risikoaufschlägen der Vorstände bezahlt und im Haftungsfall sei die Kompensationsrendite wegen administrativen Kosten letztlich gering. Auch würden durch die Praxis der D&O-Versicherungen die Opfer jetzt schon die Prämie zahlen, *Wagner*, in: *Rechtswege*, 80, 108 f.; zum Teil zustimmend *BeckOGK-Fleischer* § 93 RN 3 für Publikumsgesellschaften, aber: „So geht es vor allem um Schadensausgleich, wenn sich ein Vorstandsmitglied treuwidrig Geschäftschancen der Gesellschaft aneignet oder von unausgewogenen Eigengeschäften mit der Gesellschaft profitiert. Außerdem passt das von den Gegenstimmen vorgebrachte Argument, Aktionäre seien durchweg die besseren Risikoträger, nur begrenzt auf die weit überwiegende Zahl kapitalmarktferner Gesellschaften, deren Anteilseigner keine Diversifikationsmöglichkeiten besitzen. Dort gibt es nicht selten auch vermögende Großaktionäre, die in Personalunion zugleich Vorstandsmitglieder sind.“

⁸²⁶ *BeckOGK-Fleischer* § 93 RN 2; *MüKo-AktG-Spindler* § 93 RN 107; *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 928; *Brock*, Legalitätsprinzip, 62.

⁸²⁷ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 77; *ders.*, ZIP 2014, 579, 581; *ders.*, ZHR 180 (2016), 563, 565; *Brock*, Legalitätsprinzip, 65; *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 82; *Harzenetter*, Innenhaftung, 101 ff.; *Hüffer*, in: *Aktienrecht im Wandel*, Bd. 2, RN 82; *Uwe H. Schneider*, FS Hüffer (2010), 905, 909; *Sieg/Zeidler*, in: *Corporate Compliance*, § 3 RN 36; *Wagner*, in: *Rechtswege*, 80.

Schutz des Rechtsverkehrs, dies sei allerdings kein direkter Normzweck.⁸²⁸ Nach mehreren Autoren wäre ein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch systemwidrig.⁸²⁹ Die Organhaftung gelte allein für die Beziehung zwischen Vorstand und Gesellschaft und diene nicht der Generalprävention. Eine Kontrollfunktion sei nur auf das Verhältnis von Vorstand und Eigentümern bezogen, eine Bestrafung obliege der AG nicht.⁸³⁰ Eine Ausnahme gelte nur zugunsten von Normen, die dem Schutz des Gesellschaftsvermögens dienen würden.⁸³¹

Andere Autoren sehen durchaus eine generalpräventive Funktion in der Organhaftung und begründen dies zum Teil mit der Besonderheit der AG als juristischer Person.⁸³² Grundsätzlich hafte der Vorstand nach außen hin nicht. Insofern bestehe die Notwendigkeit einer Legalitätspflicht, damit der Vorstand vom Normbefehl erreicht werde. Die Organhaftung habe dementsprechend eine Zwitterfunktion. *Brock* sieht in diesem Argument eine „methodische Vergewaltigung des Verbandsrechts“.⁸³³ „Stützt man eine solche Binnenpflicht nämlich ausschließlich auf die Organposition, stuft man das Vorstandsmitglied de facto zum Adressaten von Rechtsvorschriften herauf, die der Gesetzgeber ursprünglich nicht an die Organperson, sondern nur an die Gesellschaft gerichtet hat.“⁸³⁴ Dies zeige sich auch an der Zurückhaltung, mit der eine Handelndenhaftung nach § 41 Abs. 1 S. 2 AktG Anwendung finde.⁸³⁵ Diese würde uneingeschränkt erlöschen, sobald die Gesellschaft als juristische Person existiere. Das zeige anschaulich, dass die Aktiengesellschaft die Konsequenzen tragen solle, die aus einem ihr zurechenbaren Handeln herrührten.

Insbesondere in jüngerer Zeit wird von den meisten Autoren jedoch auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz verwiesen, wonach die im öffentlichen Interesse liegende Gesetzes Einhaltung einen Vorrang vor möglichen Gewinn- oder reinen Schadensabwendungsinteressen der Aktiengesellschaft zukomme.⁸³⁶ Wurde hier zunächst noch auf die problematische Figur der sog. Einheit der Rechtsordnung verwiesen, wird inzwischen von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz gesprochen, der Ausdruck in Normen wie § 396 Abs. 1 AktG, aber auch § 134 BGB finde.⁸³⁷

Insbesondere die Arbeit *Brock* hat dieses Argument einer umfassenden Kritik unterzogen. Zunächst kritisiert *Brock* die Figur der Einheit der Rechtsordnung.⁸³⁸ Diese verlange nur, dass das Normengerüst einer Rechtsordnung sich nicht widersprechen dürfe. Dafür genüge es allerdings, dass ein stimmiges Rechtsgebilde für den unmittelbaren Normadressaten vorliege. „Gemünzt auf die Aktiengesellschaft

⁸²⁸ GK-Hopt/Roth § 93 RN 32.

⁸²⁹ *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 82; *Harzenetter*, Innenhaftung, 101 ff.; *Sieg/Zeidler*, in: Corporate Compliance, § 3 RN 36; auch *Hölter-Hölter* § 93 RN 258: Strafschaden sei dem deutschen Recht fremd.

⁸³⁰ *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 91; *Harzenetter*, Innenhaftung, 101 ff.

⁸³¹ *Harzenetter*, Innenhaftung, 101 ff.; *Sieg/Zeidler*, in: Corporate Compliance, § 3 RN 37.

⁸³² MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 107; *Habersack*, FS Uwe H. Schneider (2011), 429, 435; *Holle*, Legalitätskontrolle, 51; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 505; *C. Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1257.

⁸³³ *Brock*, Legalitätsprinzip, 81.

⁸³⁴ *Brock*, Legalitätsprinzip, 81.

⁸³⁵ *Brock*, Legalitätsprinzip, 82.

⁸³⁶ KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 21; BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 50; *Grigoleit-Grigoleit* § 76 RN 47; *Grigoleit-Grigoleit/Tomasic* § 93 RN 14; *Hüffer-Koch* § 93 RN 6; *Bürkle*, BB 2005, 565, 568; *Faber*, Anreizbasierte Regulierung, 78; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 391; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 146 f.; *Holle*, Legalitätskontrolle, 62; *ders.*, AG 2011, 778, 782; *Immenga*, FS Schwark (2009), 199, 202; *Kordt*, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen, 69 f.; *Lohse*, FS Hüffer (2010), 581, 597; *Paefgen*, WM 2016, 433, 436; *Reichert*, FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 954; *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, 132; *Schraud*, Compliance in der Aktiengesellschaft, 64; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 510; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 406; vgl. *Bachmann*, ZHR 180 (2016), 563, 566.

⁸³⁷ Zur Einheit der Rechtsordnung noch ausdrücklich: *Lohse*, FS Hüffer (2010), 581, 597; zu § 396 Abs. 1 AktG: BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 50; zu § 134 BGB: KBLW-*Bachmann/Kremer* G.5 RN 21; *Grigoleit-Grigoleit/Tomasic* § 93 RN 14; für diesen Begriff im Schadensrecht: *Leclerc*, NZKart 2021, 220, 222.

⁸³⁸ *Brock*, Legalitätsprinzip, 113.

bedeutet dies letztlich, dass man die Korporationspflichten nicht auf das Innenverhältnis erstrecken muss, weil bereits die Gesellschaft nach außen für jeden eigenen Rechtsverstoß einsteht; sie unterliegt schließlich als juristische Person in ihren öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Außenbeziehungen grundsätzlich der gleichen Bindung an Gesetz und Recht wie jeder andere Teilnehmer des Rechtsverkehrs.“ Auch sei allgemein anerkannt, dass der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung schon wegen der Eigenarten der verschiedenen Rechtsgebiete nicht uneingeschränkt gelte.⁸³⁹ Das Aktienrecht als Organisationsrecht verfolge indes eigene Zielrichtungen. Auch über die sog. juristische Geltung von Rechtsnormen könne keine Legalitätspflicht gefolgert werden, die dem Verbandsinteresse vorgeschaltet sei.⁸⁴⁰ Denn daraus folge nicht, dass alle Rechtsunterworfenen sich in gleicher Weise an die Gesetzesvorschriften halten müssten. Der Gesetzgeber habe die Vorschriften immerhin so ausgestaltet, dass sie einen Adressatenkreis aufwiesen, dessen Reichweite je nach Norm unterschiedlich sei. Auch aus einem rechtsstaatlichen Normvollzugsanspruch folge keine umfassende Legalitätspflicht.⁸⁴¹ Dieser könne greifen, sofern die effektive Geltung von Rechtsvorschriften gefährdet sei. Diese setze allerdings den Nachweis voraus, dass die faktische Wirksamkeit der gesellschaftsadressierten Rechtsvorschriften in nicht hinnehmbarer Weise gefährdet sei, also ein strukturelles Defizit bei der tatsächlichen Normgeltung bestehe. Es gebe allerdings eine Fülle von rechtlichen und ökonomischen Steuerungsmechanismen, die das Vorstandsmitglied veranlassen würden, rechtstreu zu handeln. „Neben der vielseitigen Außenhaftung ist es vor allem die straf- und bußgeldrechtliche Sanktionierung, die Verhaltensanreize setzt. Auch schwebt über den Köpfen der Vorstandsmitglieder die Gewerbeuntersagung aus § 35 GewO wie ein Damoklesschwert, das erhebliche berufliche Einschnitte zeitigt, sobald es fällt. Blickt man zudem durch die wirtschaftswissenschaftliche Brille, steuert gerade der Arbeitsmarkt für Spitzenmanager zur effektiven Rechtsverwirklichung bei. Auch wenn all die genannten Werkzeuge für sich allein nur eingeschränkt den gesellschaftsadressierten Vorschriften zur faktischen Wirksamkeit verhelfen, entfalten sie aber im Verein sehr starke Verhaltensanreize.“⁸⁴²

3. Differenzierung einer unbedingten Pflichtenbindung in der Dogmatik

a) Vertragspflichten, sog. Ordnungsrecht und absolut geschützte Rechtsgüter

Nach h.M. ist eine Durchbrechung der Legalitätspflicht hinsichtlich bloßen „Ordnungsrechts“ oder „Verwaltungsunrechts“, wie bspw. Parkverbote, nicht zulässig.⁸⁴³ Es gebe keine sog. Rechtsnormen zweiter Klasse. Im Einzelfall soll jedoch dennoch ein Entfallen der Pflichtverletzung möglich sein.⁸⁴⁴ Vermittelnd verweist *Paefgen* auf die Möglichkeit zur Modifikation der Pflichten durch bspw. einen Vergleich oder Auflagen.⁸⁴⁵

Dabei mehren sich in jüngerer Zeit Stimmen, die größere oder kleinere Abstufungen vornehmen wollen. *Uwe H. Schneider* meint, das Beharren auf die ausnahmslose Anwendung der Legalitätspflicht verkenne, dass die Bestimmung der Organpflicht sich am Unternehmensinteresse zu orientieren

⁸³⁹ *Brock*, Legalitätsprinzip, 114.

⁸⁴⁰ *Brock*, Legalitätsprinzip, 114 f.

⁸⁴¹ *Brock*, Legalitätsprinzip, 116 f.

⁸⁴² *Brock*, Legalitätsprinzip, 162.

⁸⁴³ BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 28; GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 133, 164; Hüffer-*Koch* § 93 RN 6; MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 87; Hölters-*Weber* § 76 RN 26; *Armbrüster*, VersR 2009, 1293, 1294; *Bayer*, FS Schmidt (2009), 85, 91; *Bicker*, AG 2014, 8, 12; *Holle*, Legalitätskontrolle, 55; *Kort*, NZG 2012, 926; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 520.

⁸⁴⁴ *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2105; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 521, vgl. auch RegBegr. UMAG, BT-Drucks. 15/5092, 11.

⁸⁴⁵ *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen, 25.

habe.⁸⁴⁶ Doch auch Autoren, die vom Grundsatz her ein öffentliches Interesse als Ursprung der Legalitätspflicht anerkennen, verweisen auf Brüche in der h.M. oder auf die Notwendigkeit besonderer gesetzgeberischer Wertentscheidungen, die den Vorrang der Gesetzeseinhaltung vor der Legalitätspflicht erst rechtfertigen könnten.

Auch nach h.M. sollen Vertragspflichten nicht unter die Legalitätspflicht fallen.⁸⁴⁷ Als Hauptargument wird dabei auf die fehlende Gesetzesqualität vertraglicher Pflichten abgestellt,⁸⁴⁸ wobei fließende Übergänge über § 826 BGB und § 263 StGB anerkannt sind.⁸⁴⁹ Genauso fehle es in Bezug auf Vertragspflichten an einem öffentlichen Interesse.⁸⁵⁰ Vermittelnd erkennt *Paefgen* dem Vorstand bezüglich Vertragspflichten zumindest einen Handlungsspielraum zu, im Einzelfall die Vertragspflichten zu modifizieren durch Verhandlungen, Auflagen, Aufrechnungen, Verzicht oder vor allem durch einen gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleich.⁸⁵¹

Mehrere Autoren zweifeln diese Argumentation jedoch an. Hinsichtlich der fehlenden Gesetzesqualität sei auf die zumindest mittelbare Autorität des Gesetzes hinzuweisen.⁸⁵² *Koch* hält die Lösung dennoch für sachgerecht, weil sonst eine Vertragstreue erzwungen würde, die andere Verkehrsteilnehmer nicht treffe.⁸⁵³ *Habersack* verweist eher umgekehrt auf die Unstimmigkeit der Wertung hinsichtlich sog. Ordnungsvorschriften.⁸⁵⁴ *Nietsch* meint, dass sich das Vertragsrecht selbst zusehends zwingender Bestimmungen bediene und es in Teilbereichen auch vielfach in den Dienst des öffentlichen Interesses gestellt werde.⁸⁵⁵ Für die AG seien zudem arbeitsrechtliche Verträge bedeutsam, deren Bindung mit dem Ausklammern von Vertragspflichten aus dem Legalitätsprinzip infrage gestellt würde.

Auch jenseits bloßer Vertragspflichten wird eine Abstufung zunehmend befürwortet. *Grigoleit/Tomasic* verweisen darauf, dass der in Frage stehenden Verbotsnorm offenkundig ein hohes rechtsethisches Gewicht zugemessen werden und die Notwendigkeit ihrer generalpräventiven Sanktionierung unzweideutig im positiven Recht angelegt sein müsse.⁸⁵⁶ Vor allem *Habersack* plädiert für eine sog. *de-minimis*-Regel“, frei nach dem Motto *de minimis non curat libertas*⁸⁵⁷: Zwar möchte er kein Plädoyer für eine Ökonomisierung halten, aber immer dann, wenn die moralische Last des Gesetzesverstoßes oder eines diffusen Schutzzwecks der Norm nicht schwer wiege und darüber hinaus auch die wirtschaftlichen Folgen einer Gesetzesverletzung – gemessen an dem verfolgten unternehmerischen Interesse – ganz deutlich zurücktrete, könne der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens entfallen.⁸⁵⁸ Andere Autoren ziehen eine Grenze erst bei straf- und bußgeldbewehrten

⁸⁴⁶ *Uwe H. Schneider*, FS Hüffer (2010), 905, 910.

⁸⁴⁷ BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 40; GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 148; MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 102; *Hölters-Weber* § 76 RN 26; *Uwe H. Schneider*, FS Hüffer (2010), 905, 911; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 519.

⁸⁴⁸ *Uwe H. Schneider*, FS Hüffer (2010), 905, 911.

⁸⁴⁹ *Bicker*, AG 2014, 8, 9; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 650; *Uwe H. Schneider*, FS Hüffer (2010), 905, 912; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 518.

⁸⁵⁰ *Uwe H. Schneider*, FS Hüffer (2010), 905, 911; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 519.

⁸⁵¹ *Paefgen*, AG 2004, 246, 252; *ders.*, AG 2014, 554, 559.

⁸⁵² *Habersack*, Karlsruher Forum 2009, 5, 30; *Koch*, ZGR 2006, 769, 785 f.; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 654.

⁸⁵³ *Koch*, ZGR 2006, 769, 785 f.

⁸⁵⁴ *Habersack*, Karlsruher Forum 2009, 5, 30.

⁸⁵⁵ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 654.

⁸⁵⁶ *Grigoleit-Grigoleit/Tomasic* § 93 RN 16.

⁸⁵⁷ Grundsatz schon des römischen Rechts, vgl. *Taylor*, Negative Freiheit?, 129.

⁸⁵⁸ *Habersack*, FS Uwe H. Schneider (2011), 429, 434; *ders.*, Karlsruher Forum 2009, 5, 30; schon früher: *Bachmann*, VGR 2007, 65; 77.

Normen oder zum Schutz absoluter Rechtsgüter.⁸⁵⁹ Insbesondere im Rahmen der Legalitätskontrolle plädieren, wie bereits ausgeführt, mehrere Autoren für eine Abstufung.⁸⁶⁰

b) Handlungs- und Beurteilungsspielräume, unklare Rechtslage

Noch umstrittener ist die Handhabung der Legalitätspflicht in Fällen gesetzlicher Handlungs- und Beurteilungsspielräume, bzw. unklarer Rechtslagen. Dabei lassen sich deutliche Parallelen zum eben Genannten aufzeigen.⁸⁶¹ Wieder geht es um eine Abwägung der verbandlichen Vermögensinteressen mit den staatlichen Normbefolgungsinteressen. Parallel zum Gewicht und der Deutlichkeit der gesetzgeberischen Wertentscheidung steht nun (zusätzlich) das Maß an gesetzlicher Unsicherheit. Ein Unterschied ist jedoch, dass die dogmatische Einordnung der Thematik umstrittener ist. Zum Teil wird die Problematik in den Bereich der BJR nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG gelegt,⁸⁶² zum Teil als Fall eines unternehmerischen Ermessens außerhalb der BJR gesehen. Das Einräumen eines Handlungsermessens könne dann zum Entfallen der Pflichtwidrigkeit führen,⁸⁶³ ebenso wie zum Entfallen des Verschuldens.⁸⁶⁴

Unstrittig ist zunächst, dass dem Vorstand im Fall einer unklaren Rechtslage grundsätzlich eine Rechtsermittlungspflicht zukommt.⁸⁶⁵ Der Vorstand handelt unter einem entschuldbaren Rechtsirrtum, sofern er auf einen fachkundigen Rechtsrat vertraut hat und das Handeln sich im Nachhinein als rechtswidrig herausstellt.⁸⁶⁶ Hierzu hat vor allem die ISON-Rechtsprechung Kriterien ermittelt: „Ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft kann sich nur ausnahmsweise wegen eines Rechtsirrtums entlasten, wenn es sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und den erteilten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.“⁸⁶⁷

Die Kriterien der Rechtsprechung lassen sich in vier Punkte unterteilen: (a) Fachkompetenz des Beraters, (b) Unabhängigkeit des Beraters, (c) umfassende Information des Beraters durch das Organmitglied und (d) eigene Plausibilitätskontrolle des Rechtsrats durch das Organmitglied. Diese Kriterien sind jedoch keine starren Vorgaben, vielmehr hat der BGH nur „Leitplanken“ vorgegeben.⁸⁶⁸ So hat der BGH selbst in einem *obiter dictum* erwähnt, dass mit Unabhängigkeit nicht die persönliche, sondern die sachliche gemeint sei, und auch die Plausibilitätskontrolle nicht als rechtliche Überprüfung

⁸⁵⁹ Grigoleit-Grigoleit/Tomasic § 93 RN 16; Dreher, FS Konzen (2006), 85, 94; Reichert, FS Hoffmann-Becking (2013), 943; 954; Roth, Unternehmerisches Ermessen, 131.

⁸⁶⁰ Vgl. → § 5 II. 4.

⁸⁶¹ Ähnlich Buck-Heeb, BB 2013, 2247, 2256.

⁸⁶² GK-Hopt/Roth § 93 RN 140; Grigoleit-Grigoleit/Tomasic § 93 RN 25; Nietsch, ZGR 2015, 631, 641; offenkundige Parallelen nach MüKo-AktG-Spindler § 93 RN 97; zweistufige Prüfung, wobei auf letzterer BJR: Verse, ZGR 2017, 174, 192.

⁸⁶³ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 39; Brock, Legalitätsprinzip, 199, 208 f.; Dreher, FS Konzen (2006), 85, 97; Habersack, FS Uwe H. Schneider (2011), 429, 437; Holle, AG 2011, 778, 785; ders., Legalitätskontrolle, 80 f.; Uwe H. Schneider, FS Hüffer (2010), 905, 909.

⁸⁶⁴ Hüffer-Koch § 93 RN 19; Bachmann, WM 2015, 105, 109; Buck-Heeb, BB 2013, 2247 f.; aber anders bei Normen, die ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum lassen und Compliance, Paefgen, AG 2014, 554, 559 f.; zweistufige Prüfung wobei auf erster Verschulden entfällt, Verse, ZGR 2017, 174, 192.

⁸⁶⁵ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 43; GK-Hopt/Roth § 93 RN 109; Grigoleit-Grigoleit/Tomasic § 93 RN 58; Hüffer-Koch § 93 RN 44a; MüKo-AktG-Spindler § 93 RN 91; Brock, Legalitätsprinzip, 200; Verse, ZGR 2017, 174, 176.

⁸⁶⁶ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 43; GK-Hopt/Roth § 93 RN 109; Grigoleit-Grigoleit/Tomasic § 93 RN 58; Hüffer-Koch § 93 RN 44a; MüKo-AktG-Spindler § 93 RN 91; Brock, Legalitätsprinzip, 200; Verse, ZGR 2017, 174, 176.

⁸⁶⁷ BGH, 28.4.2015 – II ZR 63/14 = NZG 2015, 792 RN 28; BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 = BGH NZG 2011, 1271, 1272 – ISON.

⁸⁶⁸ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 43; Grigoleit-Grigoleit/Tomasic § 93 RN 58.

der erhaltenen Rechtsauskunft gedacht sei, sondern entscheidend sei, ob alle Informationen erteilt und verarbeitet worden seien sowie eine widerspruchsfreie Antwort vorliege.⁸⁶⁹ Zum Teil wird diskutiert, ob eine unabhängige Auskunft auch von der eigenen Rechtsabteilung gegeben werden kann oder die fachliche Qualifikation nur bei einem spezialisierten Anwalt gegeben ist.⁸⁷⁰ Entscheidend sei allerdings die konkrete Entscheidungssituation, also auch ein möglicher Zeitdruck, die Bedeutung der Angelegenheit aus Sicht der Gesellschaft, sowie die Komplexität der Rechtsfrage.⁸⁷¹

Umstritten ist, welcher Verpflichtung der Vorstand unterliegt, wenn die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme auch nach Hinzuziehung des Expertenrats unklar bleibt. Hierzu liegt noch keine Rechtsprechung vor, da die ISON-Rechtsprechung nur den Fall unzutreffenden Expertenrats bei eindeutiger Rechtslage erfasst.⁸⁷² Auf den ersten Blick erscheint hier eine große Vielfalt unterschiedlicher Konzeptionen und Maßstäbe, bei genauerem Hinsehen ergeben sich jedoch deutliche Überschneidungen.⁸⁷³ Grob lassen sich solche Autoren, die hier vor allem das unternehmerische Risiko in den Blick nehmen wollen, von Autoren trennen, die auf eine möglichst optimale Einhaltung der rechtlichen Vorschriften drängen, bzw. Kriterien des Allgemeinwohls (mit) in den Vordergrund treten lassen wollen. Zum Teil wird gefordert, dass der Vorstand bei rechtlichen Zweifeln den sichersten Weg gehen müsse.⁸⁷⁴ Die h.M. spricht dem Vorstand jedoch eine Abwägung hinsichtlich der Risiken zu unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Im Rahmen dessen bestehe ein gewisser Beurteilungsspielraum. Grundsätzlich dürfe sich danach nicht jeder Irrtum zulasten des Vorstands auswirken.⁸⁷⁵ Es bestehe die Gefahr, dass dieser „zwischen den Stühlen“ festsitze und sowohl für rechtliche Fehler als auch für die Nichtartikulation des unternehmerischen Interesses belangt werden könnte.⁸⁷⁶

Wenn nicht schon von vornherein die Legitimität einer im öffentlichen Interesse bestehenden Legalitätspflicht bestritten wird, so wird zum Teil angenommen, dass in den Fällen unklarer legislativer Verhaltensvorgaben die präventive Funktion der Organhaftung im Sinne des Allgemeininteresses entfalle.⁸⁷⁷ Maßgeblich sei nun allein das Unternehmensinteresse. „Die Folge einer unbedingten Pflicht

⁸⁶⁹ BGH, 28.4.2015 – II ZR 63/14 = NZG 2015, 792 RN 36, 37.

⁸⁷⁰ Zur Gefahr der „Betriebsblindheit“ vgl. MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 91; „Zu weit ginge es jedoch, der Stellungnahme eines externen Experten wegen seiner Weisungsunabhängigkeit grundsätzlich einen höheren Entlastungswert zuzuschreiben als jener eines internen Beraters“, BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 45; für besondere fachliche Qualifikation Hüffer-*Koch* § 93 RN 44b; a.A. BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 44.

⁸⁷¹ BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 43 f., 48; GK-*Hopt/Roth* § 93 RN 139; MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 96; *Dreher*, FS Konzen (2006), 85, 93; *Verse*, ZGR 2017, 174, 177.

⁸⁷² BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 37; *Verse*, ZGR 2017, 174, 178.

⁸⁷³ Hüffer-*Koch* § 93 RN 45a: „Frage wird im Schrifttum zT als kontroverse Diskussion verschiedenster Denkschulen dargestellt, doch zeigt sich bei genauerer Analyse, dass Auffassungen sich in der Sache auf weitgehend übereinstimmende Kompromissformel geeinigt haben (...) Inhaltlich breite Übereinstimmung wird in erster Linie durch Berufung auf unglückliche Fehlkonstruktion einer vermeintlichen Legal Judgment Rule und vagen Begriff der ‚Vertretbarkeit‘ verdeckt.“

⁸⁷⁴ *Müller* DB 2014, 1301, 1306; *Langenbucher*, ZBB 2013, 16, 22 f.: Wahlmöglichkeit erst bei „gleich gut vertretbaren“, auch *Holle*, AG 2016, 270, 279: „gleichermaßen vertretbar[e]“ Ansichten; vgl. *Brock*, Legalitätsprinzip, 206 f. m.w.N.

⁸⁷⁵ *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 522.

⁸⁷⁶ *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2251.

⁸⁷⁷ *Brock*, Legalitätsprinzip, 224 f.; *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2253: Irrtümer seien durch die Legislative provoziert. Speziell für das Aufsichtsrecht sieht *Nietsch* in den Bezeichnungen von „Eignung“, „Angemessenheit“, „Wirksamkeit“ im Rahmen der prinzipienbasierten Regulierung keine rechtliche Wertung im Vordergrund stehen, sondern eine betriebswirtschaftliche Ausgestaltung als funktionstauglich. Zudem seien Rechtslage und Zweckmäßigkeitgesichtspunkte regelmäßig so verzahnt, dass beides als Bestandteil einer einheitlichen Entscheidung gesehen werden müsse, (ZGR 2015, 631, 654 f., 656). *Binder* meint, es sei grundrechtlich geboten, der Überformung des Verbandsrechts durch das Aufsichtsrecht im Bereich der prinzipienbasierten Regulierung

zur Vermeidung von Rechtsrisiken wäre, dass rechtliche Regulierung vermittels der Legalitätspflicht eine willkürlich überschießende und mithin ineffiziente Reichweite erhielte. Es ist aus sozialer Perspektive vielmehr erstrebenswert, dass die Unschärfen der Rechtsordnung verprobt und ausgestritten werden. Die Zulassung einer eigennützigen Inanspruchnahme von Unsicherheitsspielräumen setzt dazu einen wichtigen Anreiz. Die Risiken erheblicher Unbestimmtheiten der Rechtsordnung sollten nicht einseitig und prohibitiv die jeweiligen Normadressaten tragen.⁸⁷⁸

Konkret bedeutet das, dass der Vorstand den für die Gesellschaft günstigen Rechtsstandpunkt einnehmen dürfe oder müsse, solange dieser vertretbar oder gerade noch vertretbar sei und der Vorstand die Chancen und Risiken in einer Kosten-Nutzen-Analyse abgewogen habe.⁸⁷⁹ Auch dürfe sich der Vorstand über Vorschriften oder eine gefestigte Rechtsprechung, nach Abwägung der Chancen und Risiken, hinwegsetzen, sofern vertretbare Gründe vorlägen.⁸⁸⁰ Es ist davon auszugehen, dass dabei im Ergebnis kein Unterschied besteht zu Autoren, die sich für eine „bewegliche Schranke“ statt der bloßen Vertretbarkeit aussprechen und darauf verweisen, dass die Gründe für den Vorstand, um von einer bestehenden Rechtspraxis abzuweichen, desto gewichtiger sein müssten, je höher die Hürden seien, um eine Rspr. zu ändern.⁸⁸¹ Denn auch die Vertretbarkeitsschwelle ist nicht starr, sondern schließt eine Abwägung, bzw. Folgenbetrachtung ein.⁸⁸²

Anders ist dies jedoch, wenn gefordert wird, dass zwar nicht der sicherste Weg bei Zweifeln hinsichtlich der Rechtslage gewählt werden müsse, trotzdem Rechtsgüter der Allgemeinheit in die Abwägung mit einzubeziehen seien und diese für einige Autoren in diesen Fällen sogar den primären Maßstab darstellen.⁸⁸³

Die Mehrzahl der Autoren will die BJR nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht unmittelbar anwenden (vgl. oben).⁸⁸⁴ Unterstützung finden sie maßgeblich in der Gesetzesbegründung zum UMAG, in der rechtlich

durch Anerkennung unternehmerischer Ziele Einhalt zu gebieten. Dies verhindere, (Geschäftsleitungs-) Organe aufsichtsunterworfenen Institute pauschal als primär den einschlägigen öffentlichen Belangen dienenden Sachwalter der Einleger und der Finanzstabilität einzuordnen und damit ihre originäre Funktion als primär dem (wie auch immer zu konkretisierenden) Wohl der Gesellschaft verpflichtete Sachwalter zu negieren (ZGR 2013, 760, 789 f., 792).

⁸⁷⁸ Grigoleit-Grigoleit/Tomasic § 93 RN 22.

⁸⁷⁹ GK-Hopt/Roth § 93 RN 140; MüKo-AktG-Spindler § 93 RN 97; Bachmann, WM 2015, 105, 109; Brock, Legalitätsprinzip, 205; Habersack, FS Uwe H. Schneider (2011), 429, 437; Uwe H. Schneider, FS Hüffer (2010), 905, 909; wohl auch Holle, AG 2011, 778, 785; ders., Legalitätskontrolle, 81; später ders., AG 2016, 270, 279: „gleichermaßen vertretbar[e]“ Ansichten.

⁸⁸⁰ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 37; ders., ZIP 2005, 141, 149; ders., in: Hb. Vorstandsrecht, § 7 RN 19; Hölter-Hölter § 93 RN 76.

⁸⁸¹ „Bewegliche Schranke“, Dreher, FS Konzen (2006), 85, 93; vgl. auch Grigoleit-Grigoleit/Tomasic § 93 RN 23; MüKo-AktG-Spindler § 93 RN 99; Bayer, FS Schmidt (2009), 85, 92; Buck-Heeb, BB 2013, 2247, 2256.

⁸⁸² BeckOGK-Fleischer § 93 RN 37; GK-Hopt/Roth § 93 RN 140; Bicker, AG 2014, 8, 11.

⁸⁸³ Unter Verweis auf Grundsätze des Straf- und Bußgeldrecht Hüffer-Koch § 93 RN 45a; Verse, ZGR 2017, 174, 189; kritisch zur Vertretbarkeitsschwelle, lasse die Präventionsfunktion der Organhaftung unberücksichtigt, Thole, ZHR 173 (2009), 504, 524; im Rahmen des § 130 OWiG Ausrichtung auf Rechtsgüter der Allgemeinheit, v. Busekist/Hein, CCZ 2012, 41, 44; auch Holle, AG 2011, 778, 785; ders., Legalitätskontrolle, 80 f.: Gefahr, dass Legalitätspflicht unterlaufen würde; insbesondere für das Aufsichtsrecht bestehe im Rahmen der prinzipienbasierten Regulierung ein besonderes öffentliches Interesse und betriebswirtschaftliche Erwägungen seien grundsätzlich nicht zulässig, Armbrüster, VersR 2009, 1293, 1298 f.; Buck-Heeb, BB 2013, 2247, 2255; Träger, ZHR 177 (2013), 475, 513 f.

⁸⁸⁴ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 39; Hüffer-Koch § 93 RN 19; Bachmann, WM 2015, 105, 109; Buck-Heeb, BB 2013, 2247 f.; Brock, Legalitätsprinzip, 199, 208 f.; Dreher, FS Konzen (2006), 85, 97; Habersack, FS Uwe H. Schneider (2011), 429, 437; Holle, AG 2011, 778, 785; ders., Legalitätskontrolle, 80 f.; Uwe H. Schneider, FS Hüffer (2010), 905, 909; aber anders bei Normen, die ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum lassen, und Compliance,

gebundene Entscheidungen von unternehmerischen Entscheidungen grundsätzlich getrennt worden sind.⁸⁸⁵ Insofern meint *Habersack*, ein Beurteilungsspielraum im Rahmen von Pflichtaufgaben habe mit der BJR „nichts zu tun.“⁸⁸⁶

Dagegen verweisen *Hopt/Roth* und *Paefgen* darauf, dass in den Gesetzesmaterialien unternehmerische Entscheidungen nicht generell rechtlich gebundenen Entscheidungen gegenübergestellt würden, sondern der „Beachtung gesetzlicher, satzungsmäßiger oder anstellungsvertraglicher Pflichten ohne tatbestandlichen Beurteilungsspielraum.“⁸⁸⁷

Andere Autoren meinen, die Anwendung der BJR in Fällen unklarer Rechtslage widerspreche Sinn und Zweck der BJR, unternehmerischen Wagemut zu fördern. Darum ginge es in Bezug auf die Rechtslage nicht; dies sei nicht als Risikoverwirklichung zu sehen, insbesondere seien keine reinen Zweckmäßigkeitserwägungen zulässig.⁸⁸⁸ *Altmeyen* formuliert drastisch: „Geht es jedoch um die Einhaltung allgemeiner Gesetze zum Schutze Dritter, darf der Geschäftsleiter keine ‚Risiken‘ eingehen; er muss sie nach Möglichkeit ausschließen!“⁸⁸⁹ Problematisch sei die Anwendung der BJR auch im Hinblick auf ein rein prozedurales Verständnis, wonach in diesem Fall die Abwägungsentscheidung völlig außerhalb der richterlichen Kontrolle stehe.⁸⁹⁰ *Koch* meint, die Anwendung der BJR verwässere speziell die Kriterien, die in Bezug auf den Rechtsrat entwickelt worden seien.⁸⁹¹ Andere Autoren verweisen darauf, dass es nicht auf originär unternehmerischen Sachverstand ankomme, bei dem der Vorstand einen Erfahrungsvorsprung habe, sondern es in Fällen unklarer Rechtslage um die typische Domäne des Richters gehe.⁸⁹²

Im Ergebnis wenden einige Autoren die BJR jedoch analog, modifiziert oder wertungsmäßig an.⁸⁹³

c) Schadensrecht

Problematisch ist die Anwendung der externen Legalitätspflicht schließlich noch im Schadensrecht, insbesondere hinsichtlich einer möglichen Vorteilsausgleichung. Wiederum ist umstritten, ob allein die Kompensationsfunktion im Vordergrund steht oder eine Vorteilsausgleichung aus öffentlichen Interessen zu versagen ist. Verkompliziert wird das Problem durch bußgeldrechtliche Wertungen, die einem Regress ihrerseits entgegenstehen könnten.

Grundsätzlich findet eine Vorteilsausgleichung auch auf den Organhaftungsanspruch nach § 92 Abs. 2 AktG Anwendung.⁸⁹⁴ Eine Vorteilsanrechnung ist nach allgemeinen zivilrechtlichen

Paefgen, AG 2014, 554, 559 f.; zweistufige Prüfung wobei auf erster Verschulden entfalle, *Verse*, ZGR 2017, 174, 192.

⁸⁸⁵ RegBegr. UMAG BT-Drucks. 15/5092, 11.

⁸⁸⁶ *Habersack*, Karlsruher Forum 2009, 5, 17.

⁸⁸⁷ *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 140; *Paefgen*, AG 2014, 554, 559, nach dem die BJR jedoch nur Anwendung finde hinsichtlich von Normen, deren Inhalt sich erst durch Abwägung der für die Bestimmung des Gesellschaftsinteresses im Einzelfall maßgeblichen Gesichtspunkte genauer bestimmen lasse; wegen des darin enthaltenen Mandats zur Artikulation des Gesellschaftsinteresses unterfielen diese der BJR.

⁸⁸⁸ *Holle*, AG 2011, 778, 782; *ders.*, Legalitätskontrolle, 72 f.; *C. Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1256.

⁸⁸⁹ *Altmeyen*, ZIP 2016, 97, 98.

⁸⁹⁰ *Holle*, AG 2011, 778, 783.

⁸⁹¹ *Hüffer-Koch* § 93 RN 19.

⁸⁹² *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2253; *Paefgen*, AG 2004, 246, 251.

⁸⁹³ Analog, v. *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41, 44; modifiziert, *Armbrüster*, VersR 2009, 1293, 1298 f; in ähnliche Richtung, *Tröger*, ZHR 177 (2013), 475, 513 f.; wertungsmäßig *Binder*, ZGR 2013, 760, 796; *Bicker*, AG 2014, 8, 10; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 524; kritisch *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 641: „gibt Anlass zu der Frage, ob es tatsächlich die Subsumtionsfähigkeit der Umsetzung gesetzlicher Pflichtaufgaben unter den Begriff der ‚unternehmerischen Entscheidung‘ i. S. d. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist, die Sorgen bereitet oder ob die Vorbehalte nicht in Wahrheit auf anderer Ebene liegen.“

⁸⁹⁴ BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958 RN 26; BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 = NJW-RR 2011, 1670 RN 31.

Grundsätzen (§§ 249 ff. BGB) nicht zulässig, soweit dies dem Zweck des Schadensersatzanspruches zuwiderläuft.⁸⁹⁵ Dem Zweck des Organhaftungsanspruchs widerspricht eine Vorteilsausgleichung jedoch grundsätzlich nicht.⁸⁹⁶ In der Rechtsprechung findet sich allerdings die Tendenz, eine Vorteilsausgleichung in Fällen der Organhaftung zu versagen, soweit dies öffentlichen Interessen widerspricht.⁸⁹⁷ Entsprechend ist nach einigen Autoren eine Vorteilsausgleichung im Bereich der Legalitätspflicht ausgeschlossen, da dies dem Präventionszweck vereitele.⁸⁹⁸

Thole versagt eine Vorteilsausgleichung allerdings nur, wo die Haftung einem qualifizierten öffentlichen Interesse diene.⁸⁹⁹ Auch werde nur eine partielle Vorteilsausgleichung der Zwitterfunktion der Organhaftung gerecht, die sowohl aus einem genuin organschaftlichen als auch einem normativ-öffentlich-rechtlich aufgeladenen Teil bestehe. Die Anwendung der BJR sowie die mögliche Versicherung des Vorstands wirke einer Übermaßhaftung und der Lähmung unternehmerischen Handelns zusätzlich entgegen. Andere Autoren erkennen aus Effizienzgesichtspunkten eine partielle Vorteilsausgleichung zu.⁹⁰⁰ Da der Vorstand wegen der Trennung von Eigentum und Kontrolle keinen grundsätzlichen Anreiz habe, Risiken im Interesse der Vermögensvermehrung einzugehen und umgekehrt wegen drohender Sorgfaltsverletzung ein Anreiz zur Schadensvermeidung bestehe, könne dies zu einem überhöhten Aufwand für die Schadensvermeidung führen, der durch eine partielle Vorteilsausgleichung jedoch abgefangen werde.

Die Gegenmeinung lässt einen Vorteilsausgleich grundsätzlich in voller Höhe zu. Zweck der Organhaftung sei die Kompensation, der Präventionszweck stehe nicht im Vordergrund. Eine Vorteilsausgleichung dürfe wegen letzterem daher nicht ausgeschlossen werden.⁹⁰¹ Eine Versagung bedeute eine systemwidrige Strafsanktion. Das Grundprinzip der Zusammengehörigkeit von Vorteil und Risiko werde durchbrochen und die Gesellschaft bereichere sich durch den Schadensersatzanspruch unzulässigerweise. Das liege auch nicht im öffentlichen Interesse. Es sei vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, die Abschöpfungsmöglichkeiten bei der Gesellschaft für rechtswidrig erlangte Vermögensvorteile zu verbessern.

Andere Autoren stellen nicht die Präventionsfunktion in Abrede, allerdings werde diese durch die grundsätzliche Gestattung einer Versicherung relativiert. Vor diesem Hintergrund genüge es unter anderem, dass die Präventionsfunktion durch die Abberufungsmöglichkeit nach § 84 Abs. 3 AktG, Sanktionsrisiken im Außenverhältnis sowie die Darlegungs- und Beweislast des Vorstandsmitglieds gewahrt bliebe. Insbesondere die Möglichkeit zur Abberufung nach § 84 Abs. 3 AktG wegen Verletzung der Legalitätspflicht bleibe von einer Vorteilsausgleichung unberührt.⁹⁰²

Zudem wird vertreten, dass sich jede schematische Lösung der Art verbiete, dass bei Gesetzesverstößen schon wegen der Legalitätspflicht des Vorstands die Vorteilsausgleichung immer

⁸⁹⁵ BGH, 17.6.1953 – VI ZR 113/52 = BeckRS 1953, 30397539; BGH, 17.5.1984 – VII ZR 169/82 = NJW 1984, 2457; BGH, 06.6.1997 – V ZR 115/96 = NJW 1997, 2378; BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 54; MüKo-BGB-*Oetker* § 249 RN 228; MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 107.

⁸⁹⁶ BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11 = NJW 2013, 1958 RN 26; BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 = NJW-RR 2011, 1670 RN 31.

⁸⁹⁷ BGH, 12.3.2007 – II ZR 315/05 = DStR 2007, 961 RN 19; vgl. BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 54; *Hölter-Hölter* § 93 RN 258.

⁸⁹⁸ MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 107; vom Grundsatz her auch BeckOGK-*Fleischer* § 93 RN 54; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 530; vgl. *Brock*, Legalitätsprinzip, 312 m.w.N.

⁸⁹⁹ *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 530.

⁹⁰⁰ *Wagner*, ZGR 2016, 112, 136; *Wilhelmi*, NZG 2017, 681, 684.

⁹⁰¹ *Grigoleit-Grigoleit/Tomasic* § 93 RN 15, 98; *Hölter-Hölter* § 93 RN 258; *Bayer*, FS Schmidt (2009), 85, 93 f.; *Harnos*, Geschäftsleiterhaftung, 103; *Brock*, Legalitätsprinzip, 311 f. m.w.N.

⁹⁰² *Hüffer-Koch* § 93 RN 49; *GK-Hopt/Roth* § 93 RN 411; *Bachmann*, ZIP 2017, 841, 849; *Habersack*, Karlsruher Forum 2009, 5, 34; *ders.*, FS Uwe H. Schneider (2011), 429, 440.

ausscheiden müsse.⁹⁰³ Entscheidend sei die Teleologie des jeweiligen öffentlich-rechtlichen Verbots. So wird eine Vorteilsausgleichung – trotz möglichen Verbots bei sog. nützlichen Pflichtverletzungen – zum Teil im Bereich der Kartellrechtsverstöße zugelassen. Dies könne sogar geboten sein, weil verhindert würde, dass der Kartellvorteil entgehen den gesetzlichen Wertungen (§§ 34, 34a, 81 Abs. 5 S. 1 GWB a.F.) bei der Gesellschaft verbleibe.⁹⁰⁴

Insbesondere im Rahmen des Kartellrechts wird allerdings vertreten, Kartellrechtsbußgelder von vornherein als nicht regressfähig anzusehen und damit – wie nach h.M. abgeschöpfte Gewinne⁹⁰⁵ – aus dem Schadensbegriff auszuklammern.⁹⁰⁶ Begründet wird dies mit einer abschließenden Wertung des Kartellrechts und der Gefahr eines Unterlaufens der Entscheidung der Verwaltungsbehörde, wenn sie das Bußgeld nur gegen das Unternehmen und nicht gegen das beklagte Vorstandsmitglied verhängt habe.⁹⁰⁷ Im Fall der zusätzlichen Bebußung liege dann zudem eine doppelte Bestrafung vor. Zum Teil wird dieses Ergebnis wiederum mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung hergeleitet.⁹⁰⁸ Jüngst hat das LG Saarbrücken in einem *obiter dictum* einen Regressausschluss bei durch die EU-Kommission verhängten Bußgeldern mit dem europarechtlichen Grundsatz des *effet utile* begründet. Eine Regressierbarkeit von Kartellbußen mildere diesen Effekt ab und berühre den Kern der öffentlich-rechtlichen Kartellverfolgung durch die Kommission.⁹⁰⁹

Die h.M. lässt einen Bußgeldregress jedoch grundsätzlich zu.⁹¹⁰ Zum Teil wird argumentiert, auf bußgeldrechtliche Besonderheiten könne es nicht ankommen, zum Teil wird dem durchaus Gewicht beigemessen, doch sei dies nicht derart zwingend, dass eine teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 AktG gerechtfertigt wäre. Die Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen spreche nicht schon per se gegen einen Regress. Die Regelungen zur Verhängung eines Bußgeldes können auch nicht derart als abschließend angesehen werden, als dass sie jegliche Regressnahmen gegenüber den Vorstandsmitgliedern ausschließen. Auch in anderen Sanktionsverhältnissen werde ein Rückgriff von der Rechtsprechung gestattet.⁹¹¹ Es gebe danach grundsätzlich kein Prinzip der Höchstpersönlichkeit von Strafzahlungen. Es sei zudem nicht einzusehen, warum der Präventionszweck vereitelt würde, wenn es den Verursacher treffe. Umgekehrt könnten

⁹⁰³ GK-Hopt/Roth § 93 RN 411.

⁹⁰⁴ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 54.

⁹⁰⁵ Hüffer-Koch § 93 RN 48; MüKo-AktG-Spindler § 93 RN 194 m.w.N.

⁹⁰⁶ Allgemein Ranskiel/Hüls, ZGR 2009, 157, 159; speziell für das Kartellrecht: LAG Düsseldorf, 20.01.2015 – 16 Sa 459/14 = CCZ 2015, 185; allerdings aufgehoben wegen Unzuständigkeit nach BAG, 29.6.2017 – 8 AZR 189/15 = NJW 2018, 184, Rechtslage bleibt damit nicht höchstrichterlich geklärt; Baur/Holle, ZIP 2018, 459, 462 f.; Bunte, NJW 2018, 123 ff.; Dreher, FS Konzen (2006), 85, 103; vgl. Hüffer-Koch § 93 RN 48; Brock, Legalitätsprinzip, 322 jeweils m.w.N.

⁹⁰⁷ Zunächst ginge der Straf- und Erziehungscharakter der Unternehmensgeldbuße verloren, dessen Adressat das Unternehmen gewesen wäre. Es komme dabei auch maßgeblich auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Adressaten an, wobei sich die Unternehmensgeldbuße gemäß § 81 Abs. 4 GWB a.F. auf bis zu 10 % des im erzielten Unternehmensumsatzes belaufen könne, die unmittelbare Kartellbebußung des Geschäftsleiters auf 1 Mio. Euro gedeckelt sei. Das europäische Kartellrecht sehe eine persönliche Inanspruchnahme von geschäftsleitenden Personen überhaupt nicht vor. Der deutsche Gesetzgeber habe überdies mit § 81 Abs. 4 S. 1 GWB a.F. klar zum Ausdruck gebracht, Kartellbußgelder gegenüber Geschäftsleitern nur in begrenzter Höhe für angemessen zu halten.

⁹⁰⁸ Leclerc, NZKart 2021, 220, 222.

⁹⁰⁹ LG Saarbrücken, 15.9.2020 – 7 HK O 6/16 = CCZ 2021, 50.

⁹¹⁰ Altmeyden, GmbHG § 43 RN 104; GK-Hopt/Roth § 93 RN 419; MüKo-AktG-Spindler § 93 RN 194; Bayer, FS Schmidt (2009), 85, 95; Habersack, Karlsruher Forum 2009, 5, 33; Harnos, Geschäftsleiterhaftung, 105; Seibt, NZG 2014, 1097, 1101; Wagner, ZGR 2016, 112, 136; Hüffer-Koch § 93 RN 48 m.w.N.

⁹¹¹ BGH, 14.11.1996 – IX ZR 215/95 = BGH NJW 1997, 518, 519: Urteil des BGH zur Begünstigung nach § 257 StGB; vgl. Hüffer-Koch § 93 RN 48; Bayer, FS Schmidt (2009), 85, 96; Habersack, Karlsruher Forum 2009, 5, 32; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 532 f.

jedoch im Falle eines uneingeschränkten Regressverbots unbillige Entlastungen des Vorstandsmitglieds eintreten.

Trotzdem wird von der inzwischen h.M. in der Sache eine Angleichung an die bußgeldrechtlichen Wertungen vorgenommen. Denn obwohl ein Regressausschluss abgelehnt wird, befürwortet die inzwischen h.M. in diesen Fällen eine Regressreduzierung, wobei sich diese dann nach einigen Autoren an dem für persönliche Geldbußen vorgesehenen Rahmen des GWB orientieren dürfe.⁹¹² Argumentativ stützt sich die h.M. jedoch nicht auf die Wertungen des GWB, vielmehr wird eine Haftungsreduzierung aus der Treue- und Fürsorgepflicht der Gesellschaft gegenüber dem Vorstandsmitglied hergeleitet. Denn durch den Bußgeldregress entstehe eine exorbitante, existenzvernichtende Haftung, die die Symmetrie von Vorteil und Risiko und das Vergütungsgefüge außer Balance brächte, selbst wenn eine Risikoprämie des Vorstands mit beachtet würde. Dabei handele es sich um eine, durch gewandelte Umstände hervorgerufene, typische Situation, die eine Rechtsfortbildung und damit eine nicht geregelte Haftungsreduzierung erlaube.⁹¹³ Dies sei auch dadurch gerechtfertigt, dass der Kompensationsfunktion durch die Möglichkeit der Versicherbarkeit nur ein geringes Gewicht zukomme. Schon ein spürbares Haftungsrisiko würde jedoch aus Präventionsgesichtspunkten ausreichen. Zum Teil wird dieses Ergebnis durch Heranziehung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches erreicht.

§ 7 Fazit zur rechtlichen Diskussion

Auch wenn der letzte Abschnitt des 2. Teils die Diskussion der Legalitätskontrollpflicht in sehr entfernten Verästelungen verfolgt hat und damit im Einzelnen sehr spezifische Argumentationslinien aufgriff, sollte auch der 2. Teil das übergreifende Thema eines grundlegenden Wandels der staatlich-regulatorischen Struktur weiter untersuchen, allerdings nunmehr konkret bezogen auf die (privat-)rechtliche Dogmatik. Ausgehend von der hier eingenommenen Position, dass der Beginn der „Compliance“-Diskussion vor allem in der Kulmination verschiedener Entwicklungen seit den 2000er Jahren gesehen werden muss, sollten die vorangegangenen Überlegungen verdeutlichen, was speziell in der Dogmatik unter Compliance(-Organisationen) verstanden wird und was sich seit den 2000er Jahren an der Pflichtenlage geändert hat.

Diese Arbeit kommt zu dem Schluss, dass die Entwicklungen seit den 2000er Jahren den Maßstab der branchenübergreifenden Legalitätskontrolle vom Ansatz her nicht wesentlich verändert haben. Entscheidend bleibt das grundsätzliche Vertrauen-Dürfen auf die Gesetzeseinhaltung durch die Mitarbeiter, wobei konkrete Anlässe und insbesondere besonders zu schützende Bereiche zu erweiterten Handlungspflichten führen. Trotzdem sind die Anforderungen an die Legalitätskontrolle insgesamt gestiegen, vor allem, was die organisatorische Ausgestaltung der Legalitätskontrolle angeht und die Betonung einer präventiven Funktion. Insofern zeigt sich auch in der

⁹¹² MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 31, 32, 194; *Bachmann*, ZIP 2017, 841 f.; *Bayer*, FS Schmidt (2009), 85, 97; *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926 ff.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 533; *Wilhelmi*, NZG 2017, 681, 684; Hüffer-Koch § 93 RN 51a m.w.N.; kritisch zu Gerechtigkeitserwägungen bezüglich der Organhaftung, es sei allein auf die wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft und Effizienzgesichtspunkte abzustellen: *Wagner*, ZGR 2016, 112, 135 f.

⁹¹³ Zu Bedenken gibt MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 31 f. jedoch, dass der Gesetzgeber mit § 93 AktG eine detaillierte Regelung vorgenommen und trotz zahlreicher Aktienrechtsnovellen keine Änderungen der Organhaftung vorgenommen habe. Gerade die ausbuchstabierte Haftung in § 93 Abs. 1 AktG einschließlich der BJR und den Reformen bei der D&O-Versicherung spreche eher gegen die Möglichkeit einer generellen Rechtsfortbildung. Dies zeige nicht zuletzt auch der neue § 31a BGB zur Privilegierung der Haftung des Vereinsvorstands. Zudem belege § 93 Abs. 5 AktG, dass der Anspruch der Gesellschaft auch zugunsten der Gläubiger bestehe. Obwohl dieser Anspruch erst ab einem Verschuldensgrad von grober Fahrlässigkeit greife, sei dieser auch nicht als Haftungserleichterung konzipiert; der Gesetzgeber hätte genügend Möglichkeiten besessen, eine entsprechende Haftungsmilderung festzuschreiben.

Begriffsverwendung von Compliance-Organisationen in der Dogmatik der Einfluss der regulatorischen Perspektive, auch wenn sich dies nicht unmittelbar auf den rechtlichen Maßstab auswirkt. Vor allem Faktoren aus dem rechtlichen Umfeld der Pflicht haben zu den insgesamt gestiegenen Anforderungen geführt.

Trotzdem sollte anhand der geführten Diskussionen gezeigt werden, dass Tendenzen regulatorischer Elemente – im Sinne einer politischen, gesellschaftlichen Zwecksetzung im Gegensatz zur sog. Rahmenfunktion – auch in der branchenübergreifenden Pflichtenlage sichtbar werden, deutlich in der Tendenz einen Einfluss aufsichtsrechtlicher Regelungen zuzulassen, eines verpflichtenden Risikomanagements, entsprechender „mittelbarer Regulierung“ und *soft law* sowie vor allem in Form der Legalitätspflicht als einer Art regulativer Rechtsfortbildung. In Ansätzen lässt sich dieser Befund auch für die Legalitätskontrollpflicht ausstellen.

Die gesamte Breite der dogmatischen Diskussion sollte gleichzeitig einen weiteren Aspekt deutlich werden lassen, der als solcher in der dogmatischen Diskussion bislang jedoch viel zu wenig oder jedenfalls nicht ausdrücklich aufgenommen wird. Trotz oder vielleicht auch wegen des allgemeinen Wandels der regulatorischen Struktur bleibt in der Dogmatik ein Konflikt zwischen gegensätzlichen Privatrechtsverständnissen sichtbar, die – neben Bedenken hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage einer branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht – die Auslegung deutlich mitbestimmen. In diesem Fazit soll dieser Konflikt nun explizit aufgezeigt und damit schon in den dritten Teil dieser Arbeit eingeführt werden. Neben der Feststellung des regulatorischen Wandels und seiner Analyse ist das wesentliche Ziel dieser Arbeit das Aufzeigen und kritisieren des hier so bezeichneten Privatrechtsliberalismus, der letztlich die Weiterentwicklung des Privatrechts behindert und sich dem allgemeinen Wandel des staatlich-kapitalistischen Modells entgegenstellt. Demgegenüber wird hier auf ein alternatives Privatrechtsverständnis verwiesen, das schon längst in der Diskussion sichtbar ist und das in Abgrenzung der entscheidenden Prinzipien des Privatrechtsliberalismus als demokratisch-institutionell bezeichnet wird. Dieses Fazit schließt mit einer dogmatischen Position, die sich wesentlich auf dieses Verständnis stützt.

I. Keine wesentliche Änderung des Maßstabs trotz gesteigerter Anforderungen an die Legalitätskontrolle

Im ersten Teil wurde gezeigt, dass die moderne Legalitätskontrolle sowohl in ihrem Ursprung zu Beginn des 20. Jahrhunderts als auch in der jüngeren Entwicklung seit den 2000er Jahren keine „Selbstverständlichkeit“ darstellt und das in zweifacher Hinsicht. Schon in ihrem Ursprung widerspricht die Legalitätskontrolle dem auf persönliche Vorwerfbarkeit beschränkten privatrechtsliberalen Verantwortungsprinzip (detaillierter hierzu später), das jedoch mit dem risikogesellschaftlich bedingten Aufkommen besonderer neuer Schutzinteressen erweitert worden ist. Insbesondere die jüngere Entwicklung zeigt sich zudem als Ausdruck eines neuen staatlich-kapitalistischen Modells, das von regulativen Innovationen und der Erweiterung der in den regulatorisch-marktwirtschaftlichen Prozess integrierten Akteure und Interessen geprägt ist.

Bezogen auf die Dogmatik der branchenübergreifenden Legalitätskontrolle muss hier jedoch festgestellt werden, dass die letztgenannte Entwicklung nicht zu einer prinzipiellen Veränderung der branchenübergreifenden Pflichtenlage geführt hat. Im Kern besteht aus branchenübergreifender Perspektive keine generelle Pflicht zur systematischen Legalitätskontrolle, in die innovative regulatorische Erwägungen miteinfließen, sondern nur eine Pflicht bei konkretem Anlass. § 130 OWiG ist (bis jetzt) die wesentliche Norm geblieben. Auch hinsichtlich konkreter Maßnahmen wird zu einem großen Teil, selbst wenn eine mehr oder weniger systematische Kontrolle in Unternehmen im Sinne einer Compliance-Organisation erforderlich ist, auf Anforderungen abgestellt, die die Rechtsprechung schon vor den 1990er Jahren aufgestellt hat.

Trotzdem sind die Anforderungen an Unternehmen gestiegen. Die Legalitätskontrolle hat sich insgesamt von einer hauptsächlich auf Repression ausgerichteten Einzelkontrolle hin zu einem mehr auf Prävention ausgerichteten systematischen Ansatz gewandelt. Insbesondere für Großunternehmen bedeutet das, dass Compliance-Organisationen oft unverzichtbar und standardisierte Organisationsstrukturen praktisch verbreitet sind. Einzelne Organisationselemente aus bereichsspezifischen Vorschriften haben sich dabei auch branchenübergreifend verbreitet. Die Standardisierung sog. Compliance Management Systeme (CMS) wird nicht nur durch den faktischen Einfluss der Wirtschaftsprüfer begünstigt, es ist auch zu erwarten, dass die Rechtsprechung über die Berücksichtigung von Compliance-Organisationen bei der Bußgeldbemessung weitere Kriterien zur Ausgestaltung von Compliance-Organisation aufstellt. Einzelne Maßnahmen wie das Whistleblowing haben zudem Einzug in den DCGK gefunden, dessen faktischer Einfluss ebenfalls nicht unterschätzt werden darf. Ein Minimum an Prävention soll inzwischen für jedes Unternehmen verpflichtend sein.

Dieser Anstieg der Anforderungen ist jedoch nur bedingt in einer Veränderung der branchenübergreifenden Pflichtenlage bezüglich der Legalitätskontrolle an sich zu sehen. Entscheidend ist zunächst das rechtliche Umfeld dieser Pflicht. So wie vor den 1990er Jahren das Kartellrecht oder das Abführen der Arbeitnehmerbeiträge für die Sozialversicherung neue zu schützende Rechtsgüter und Schutzinteressen erzeugt haben, die das „klassische“ Verantwortungsprinzip beschränkter Verantwortlichkeit in Organisationen überlagert haben, lassen sich seit den 1990er Jahren immer weitere zu schützende Rechtsgüter und damit steigende, besondere Schutzinteressen feststellen. Paradebeispiel für diese Entwicklung ist die internationale Korruptionsbekämpfung, die heute den wesentlichen Teil der meisten Bemühungen der Legalitätskontrolle in Unternehmen ausmacht. Zu nennen wären des Weiteren Themen wie Tax-Compliance, Data-Compliance wie auch die Beachtung menschrechtlicher oder umweltrechtlicher Standards in den Lieferketten. Ebenso wird die Geldwäsche-Prävention für immer mehr Unternehmen relevant. Diese Anforderungen werden von Aufsichts- und Rechtssprechungsbehörden mit harten Sanktionen durchgesetzt, zudem ist die Öffentlichkeit noch stärker sensibilisiert und auch sog. weiche Faktoren, wie Stakeholder-Erwartungen, müssen für die Unternehmen eingepreist werden.

Zusätzlich zu dieser schon für sich gestiegenen rechtlichen Komplexität ist auch das unternehmerische Handeln an sich komplexer geworden und erzeugt seinerseits originär neue und erhöht zugleich bestehende Gefahren, beeinflusst durch die Informationstechnologien, aber auch durch neue organisatorische Modelle sowie immer globaler gewordene Produktions- und Absatzprozesse.

Im Rahmen dieser insgesamt gestiegenen Komplexität haben sich einzelne Erkenntnisse, die zunächst aus einem rein theoretischen, regulatorischen Kontext stammten, als allgemein bewehrt herausgestellt und sind dadurch zum *common sense* geworden. Insbesondere die Notwendigkeit eines klaren Bekenntnisses (sog. *tone at the top*) lässt sich hier nennen.

Insgesamt haben diese Veränderungen dazu geführt, dass sich die Anforderungen an die Legalitätskontrollpflicht branchenübergreifend erhöht haben, obwohl der grundlegende Maßstab in der Sache der gleiche geblieben ist. Wenn daher viele Autoren meinen, insbesondere global agierenden Großunternehmen müsse heute auf das Ganze hin gesehen mehr zugemutet werden als in den 1990er Jahren, muss dies mit Blick auf die soeben angesprochenen Veränderungen gesehen werden. Bspw. wird der „Pauenschlag“ des Neubürger-Urteils relativiert, wenn man bedenkt, dass es um ein versiertes System versteckter Geldflüsse ging, um Korruptionszahlungen in Nigeria zu ermöglichen, obwohl dem Vorstand schon entsprechende Vorfälle aus der Vergangenheit bekannt gewesen sein sollen.

Trotzdem dürfen diese Entwicklungen nicht pauschalisiert werden. So verwundert es ebenfalls nicht, dass Autoren, die kleinere Einheiten mit weniger komplexen Produktionsprozessen im Blick haben, eine Überforderung solcher Unternehmen fürchten. Dabei sind die Unterschiede zwischen diesen vermeintlichen Gegnern von Compliance-Organisationen und Befürwortern in der Sache dann meist

gering. Wer eher auf kleinere Unternehmen schaut, wird eine Verpflichtung zu Compliance-Organisationen als Ausnahmefall betrachten, wer umgekehrt Großunternehmen im Blick hat, dies als den Regelfall. In der Sache ist dies eine Frage der Perspektive und nicht des Maßstabs.

Die veränderten Umstände haben schließlich dazu geführt, dass Recht jenseits einer konkreten branchenübergreifenden Verpflichtung schon zum rein unternehmerischen Risiko geworden ist. Daher besteht auch jenseits der Anforderungen aus § 130 OWiG im Aktienrecht eine Pflicht, die Legalitätskontrolle im Unternehmen zu besorgen. An dieser Stelle beginnt zudem die eigentliche Diskussion über die rechtliche Verpflichtung von Compliance-Maßnahmen. Zum einen, ob der Maßstab der aktienrechtlichen Legalitätskontrollpflicht ein rein unternehmerischer ist oder zumindest die Anforderungen nach § 130 OWiG beachtet werden müssen oder das Aktienrecht sogar eine „Verstärkerfunktion“ hinsichtlich des öffentlichen Normvollzugsinteresses erfüllt. Zum anderen, ob konkrete Anforderungen lediglich der Spruchpraxis zu § 130 OWiG entnommen werden können oder auch weitere Regularien ermessensreduzierend berücksichtigt werden müssen. Die praktische Relevanz dieser Diskussionen schwindet jedoch durch die Verbreitung standardisierter CMS-Modelle und durch die im Hinblick auf die Bußgeldbemessung zu erwartende Rechtsprechung. Der Unterschied zwischen einer Perspektive, die sich auch im Aktienrecht für die Legalitätskontrolle wesentlich auf regulative, öffentliche Interessen stützt und einer solchen, die allein unternehmerische Aspekte in den Blick nimmt, ist unter Einbezug sog. weicher Faktoren insgesamt relativ gering. Grundsätzlich bleibt es jedenfalls für die Ausgestaltung – das „Wie“ der Legalitätskontrolle und der Compliance-Organisationen – dabei, dass diese im Ermessen des Vorstands stehen soll.

II. Unterschiedliche dogmatische Ansätze

Der Überblick über die rechtliche Diskussion, gerade in der Verästelung der Themen, sollte jedoch gleichzeitig deutlich gemacht haben, dass in der Dogmatik sehr unterschiedliche Ansätze in den Begründungen und damit auch in der dogmatischen Konstruktion verfolgt werden. Das fängt an mit Unterschieden hinsichtlich des der Legalitätskontrolle zugrunde gelegten Gefahrbegriffs und den damit zusammenhängenden Ermessensgrenzen, wie auch der Zumutbarkeit (1), was wiederum Ausfluss der Perspektive auf die Legalitätspflicht im Aktienrecht und deren Auswirkungen auf die aktienrechtliche Legalitätskontrollpflicht ist (2). Es zieht sich weiter in der grundsätzlichen Frage der Anwendbarkeit oder Nicht-Anwendbarkeit der BJR und der Frage einer möglichen Ermessensreduzierung auf Null (3) und der Frage von einheitlichen Organisationsstandards, insbesondere inwiefern aufsichtsrechtliche Wertungen (4) oder *soft law*-Standards (5) hierbei eine Rolle spielen dürfen.

Abstrakt lassen sich anhand dieser Punkte zwei gegensätzliche Positionen skizzieren, in die sich die einzelnen Beiträge nicht (immer) bruchlos einordnen lassen, die jedoch als Tendenz durchaus sichtbar hervorscheinen.

Auf der einen Seite steht die Position, die sich damit zusammenfassen lässt, dass von vornherein jegliche Bindung des Vorstands an im weitesten Sinne öffentliche Interessen abgestritten und jegliche Form einer im weitesten Sinne regulativen (Begriff als Gegensatz zur Rahmenfunktion, vgl. § 12 III.) Interpretation des Privatrechts ablehnt wird. Das Verhältnis zwischen Vorstand und der Gesellschaft sei rein privatautonom und habe sich allein an institutionellen Effizienzgesichtspunkten auszurichten, eine weitergehende Indienstnahme sei unzulässig. Dem Vorstand müsse im Interesse der Anbindung an Marktprozesse zudem eine größtmögliche Handlungsfreiheit zukommen.

Praktisch führt diese Position dazu, dass (1) die Ermessensgrenzen der Legalitätskontrollpflicht allein nach unternehmerischen Gesichtspunkten bestimmt werden und insbesondere die Zumutbarkeit die Erforderlichkeit von Kontrollmaßnahmen noch weiter einschränken könne. Dies hängt damit zusammen, dass (2) die Legalitätskontrollpflicht nicht auf die Legalitätspflicht gestützt wird, sondern

rein auf eine die Schadensabwendungspflicht, die selbst wiederum der einzige Grund für eine Legalitätspflicht sei. Die BJR (3) findet vollumfänglich Anwendung, eine Ermessensreduzierung auf Null sei nur hinsichtlich der Erforderlichkeit von Compliance-Organisationen gegeben, die Ausgestaltung (das „Wie“) bleibe in jeden Fall bis zu einem Grad vom unternehmerischen Ermessen des Vorstands bestimmt. Aufsichtsrechtliche (4) oder *soft law*-Standards (5) würden den Maßstab für die Pflicht des Vorstandshandelns nach §§ 76, 93 AktG nicht beeinflussen können.

In ihrer Pauschalität ist dies die Mindermeinung, insbesondere, weil sie die Legalitätspflicht allein auf Schadensabwendungsüberlegungen stützen kann und dadurch jedenfalls in der Theorie zur Anerkennung sog. nützlicher Pflichtverletzungen führt. Trotzdem bleibt diese Argumentation unterschwellig stark und dringt an anderer Stelle mehrheitlich hervor. So habe sich die Legalitätskontrollpflicht im Aktienrecht nach vielen Autoren vor allem anhand unternehmerischer Gesichtspunkte auszurichten, obwohl diese nach h.M. aus der Legalitätspflicht abgeleitet wird. Der Vorstand sei jedoch kein Repräsentant des Allgemeinwohls und die Maßnahmen der Legalitätskontrolle müssten in einem Kosten-Nutzen-Verhältnis angemessen sein. Selbst wenn das Verbot nützlicher Pflichtverletzungen die h.M. darstellt, mehren sich dennoch die Stimmen, die Abstufungen vornehmen wollen, sei es, weil die Pflichtverletzung nicht ins Gewicht falle, sei es, weil die Rechtslage unklar sei oder einen Ermessensspielraum lasse. Erst recht müssten Abstufungen hinsichtlich einer unbedingten Bindung an die Legalitätspflicht im Bereich organisatorischer Maßnahmen zur Legalitätskontrolle vorgenommen werden. Im Verhältnis zum Aufsichtsrecht werden die Schutzgesichtspunkte von vornherein als unvereinbar gesehen. Stünden im Aufsichtsrecht regulatorische Interessen im Vordergrund, sei im Aktienrecht allein das wirtschaftliche Interesse des Unternehmens maßgeblich. Dies führt wiederum zu dem Ergebnis, dass eine faktische Angleichung an bußgeldrechtliche Wertungen im Regressfall zwar vorgenommen wird, diese jedoch allein auf die Fürsorgepflicht der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand gestützt wird, während ein Einfluss bußgeldrechtlicher Wertungen auf die aktienrechtliche Pflichtenlage als unzulässig gesehen wird. Auch hinsichtlich organisatorischer Vorgaben bleibt die h.M. skeptisch. § 91 Abs. 2 AktG dürfe nicht im Sinne eines betriebswirtschaftlichen Risikomanagementsystems verstanden werden, eine sog. „mittelbare“ Regulierung müsse ohne Folgen auf den Pflichtenmaßstab bleiben. Auch sonstige private oder *soft law*-Standards werden als normativ unerheblich gewertet, nur eine allgemeine, langjährige Praxis könne solche Standards rechtfertigen.

Auf der anderen Seite steht die Tendenz, auch im Aktienrecht einen Einfluss öffentlicher, regulativer Gesichtspunkte vom Ansatz her zuzulassen. Besonders deutlich wird dies in der Begründung der Legalitätspflicht (2). Diese stütze sich nach wohl h.M. auf ein öffentliches Normvollzugsinteresse, bzw. auf generalpräventive Gesichtspunkte der Organhaftung. Aus diesem Grund seien sog. nützliche Pflichtverletzungen unzulässig, ein immer noch großer Teil der Literatur sieht auch eine mögliche Abstufung der einzuhaltenden Gesetze kritisch. Eine Kosten-Nutzen-Perspektive sei in diesem Bereich von vornherein unzulässig. Dies führt für einige Autoren auch zu einer strikten Beachtung der Legalitätspflicht im Bereich unklarer Rechtslage, wonach die rechtlich sicherste Lösung gewählt werden müsse und auch im Rahmen von gesetzlichen Ermessensspielräumen das Norm-Ziel nicht auf Kosten unternehmerischer Belange gehen dürfe. Auch für die Legalitätskontrolle (1) dürfe so die wirtschaftliche Disproportionalität nur in Ausnahmefällen berücksichtigt werden, die Legalitätskontrolle erfülle schließlich eine Verstärkerfunktion, wo Vorgaben nach § 130 OWiG fehlten. Auch vom Grundgedanken ließen sich daher aufsichtsrechtliche (4) und aktienrechtliche Perspektive vergleichen, was eine prinzipielle Übernahme von aufsichtsrechtlichen Wertungen erlaube, ebenso wie bußgeldrechtliche Wertungen im Regressfall Beachtung finden müssten. Standards für Compliance-Organisationen werden als untrennbar mit dem organisatorisch-systematischen Verständnis von Compliance verbunden gesehen und im Interesse regulatorischer Erwägungen vom

Ansatz her zugelassen. Im Einzelfall könne auch das Ermessen hinsichtlich der Ausgestaltung von Compliance-Organisationen ausgeschlossen sein, die BJR sei jedenfalls nicht anwendbar (3). So könnte schon § 91 Abs. 2 AktG als Regulierung der Organisation betrachtet werden und aufsichtsrechtliche oder betriebswirtschaftliche Maßnahmen könnten sich ermessensreduzierend auswirken (4), (5).

Der wichtigste Faktor zwischen diesen Polen scheint zunächst das Fehlen klarer gesetzlicher Regelungen zu sein. Kritiker der Legalitätspflicht weisen darauf hin, dass diese von keiner aktienrechtlichen Norm unmittelbar vorgeschrieben werde und auch aus keiner aktienrechtlichen Norm zweifelsfrei hergeleitet werden könne.

Insofern verwundert nicht, dass die Legalitätspflicht oft aus einem ungeschriebenen Rechtsgrundsatz hergeleitet wird, wonach auch im Privatrecht ein generelles Normvollzugsinteresse bestehe.

Hiergegen wird eingewandt, dass ein die privatrechtlichen Mechanismen überlagerndes, ungeschriebenes Normvollzugsinteresse nur gerechtfertigt sei, wenn sich der Nachweis des Vollzugsdefizits erbringen lasse, was im Hinblick auf die weiteren Steuerungselemente zum Teil für nicht gegeben gesehen wird. Kritiker weisen zudem auf unterschiedliche Verfolgungsmechanismen schon im Strafrecht selbst hin, zudem zwischen Strafrecht, Bußgeldrecht und sog. Verwaltungsunrecht, das keine Sanktion im eigentlichen Sinne vorsieht.

Vor allem hinsichtlich der von einigen Autoren in Bezug auf die Anforderungen nach § 130 OWiG angenommenen Verstärkerfunktion der aktienrechtlichen Legalitätskontrolle wiegen diese Überlegungen schwer. § 134 BGB deute darauf hin, dass kein schematischer Automatismus zwischen den einzelnen Rechtsgebieten bestehe, sondern der Gesetzgeber durch besondere Wertung deutlich machen müsse, dass eine Übernahme der gesetzlichen Wertung im Privatrecht beabsichtigt sei.

In der Spezialität des Aufsichtsrecht werde umgekehrt deutlich, dass der Gesetzgeber eine Übernahme der aufsichtsrechtlichen Wertungen im Privatrecht nicht beabsichtigt habe.

Auch § 91 Abs. 2 AktG biete für die branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht keinen Ansatzpunkt, da damit vom Gesetzgeber kein umfassendes Risikomanagement vorgeschrieben worden sei, sondern nur Maßnahmen der Früherkennung bestandsgefährdender Risiken.

Neben diesen Argumenten gibt es zudem die Sorge vor einer Vorstandshaftung, die die Symmetrie zwischen Vorteil und Risiko außer Balance brächte und den Verweis auf mangelnde Evidenzen hinsichtlich der Wirksamkeit spezifischer Maßnahmen der Legalitätskontrolle.

Die h.M. ist in gewisser Hinsicht ein Kompromiss zwischen den beiden Positionen, bzw. Tendenzen. Im Ausgangspunkt überlagert nach h.M. das öffentliche Normvollzugsinteresse die privatrechtlichen Mechanismen, allerdings nach wohl h.M. nur so weit, wie es um eigene Handlungen des Vorstands gehe, die Rechtslage klar sei und keine Ermessensspielräume eröffne und der Rechtsverstoß eine gewisse Schwere aufweise. Sobald dies nicht mehr der Fall sei, rücke die unternehmerische Perspektive wieder in den Vordergrund, auch wenn zum Teil gewisse Einschränkungen verbleiben würden, was die Anwendung der BJR betreffe. Ansonsten bleibt die h.M. skeptisch, was die Übernahme aufsichtsrechtlicher oder einen Angleich an bußgeldrechtliche Wertungen betrifft. Bezüglich der Legalitätskontrolle bleibt es zudem beim Grundsatz der anlassabhängigen Kontrolle und einem Einfluss von nicht staatlich gesetzten Organisationsstandards wird prinzipiell eine Absage erteilt.

III. Tendenzen regulativer Elemente

Die gesamte Breite der Diskussion offenbart gleichzeitig, dass, obwohl sich der Maßstab der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht in der Sache seit den 2000er Jahren nicht wesentlich verändert hat, sich trotzdem Tendenzen regulativer Elemente – im Sinne einer politischen, gesellschaftlichen Zwecksetzung im Gegensatz zur sog. Rahmenfunktion, vgl. § 12 III. – auch im Privatrecht und der privatrechtlichen Dogmatik wiederfinden. Einerseits sind dies praktische

Angleichungen an Entwicklungen aus dem rechtlichen Umfeld, andererseits lassen sich jedoch auch Gesetze mit einem regulierenden Charakter und vor allem vorsichtige Rechtsfortbildungen erkennen, die als regulativ bezeichnet werden können.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass Veränderungen im rechtlichen Umfeld der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht seit dem Ende der 1990er Jahre erheblichen Einfluss auf die praktisch-rechtliche Ausgestaltung dieser Pflicht hatten. Diese Veränderungen führten nicht nur zu praktisch gestiegenen Anforderungen an die Legalitätskontrolle, in der Sache lässt sich auch von einer praktischen Angleichung an typische Erscheinungsformen des regulativen Kapitalismus sprechen. Das fängt damit an, dass auch im Privatrecht der Schutz besonderer, neuer Rechtsgüter übernommen wurde, wie bspw. die Korruptionsprävention, und zeigt sich weiter darin, dass auch im Privatrecht teilweise bestimmte organisatorische Maßnahmen übernommen wurden, die einem zunächst rein bereichsspezifischen, regulatorischen Hintergrund entstammen. Es zeigt sich auch im Einfluss privat gesetzter Standards, da auch dies typisch für die Pluralisierung der in den regulatorischen Prozess einbezogenen Akteure ist. Selbst in der gewachsenen Bedeutung von Compliance-Organisationen als Wettbewerbsfaktor und Recht als rein unternehmerisches Risiko lassen sich typische Elemente des regulativen Kapitalismus wiederfinden: Zum einen wiederum als Ausdruck der insgesamt immer weiter durchregulierten Welt, zum anderen jedoch wiederum als Ausdruck der insgesamt gestiegenen Bedeutung der Öffentlichkeit und der Zivilgesellschaft für die gesamte Architektur. Diese Bedeutung ist nicht nur typisch für die politischen Prozesse, die überhaupt erst zu den Veränderungen geführt haben, die der regulative Kapitalismus bezeichnet. Das Verhältnis zwischen Unternehmen und Öffentlichkeit wird typischerweise auch gezielt durch Berichts- und Prüfpflichten angesteuert, wobei auch auf die Einsicht gesetzt wird, die sich in der Bedeutung von Compliance-Organisationen als Wettbewerbsfaktor ebenfalls zeigt, dass sich viele der neuen organisatorischen Elemente letztlich auch für Unternehmen „lohnen“ werden.

Insofern zeigt sich auch im Rahmen der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht der Einfluss regulativer Gesetze, die zwar bestimmte organisatorische Modelle nicht unmittelbar vorgeschrieben haben, jedoch „mittelbar“ über Berichtspflichten oder im Rahmen von *soft-law* Instrumenten wie den DCGK zumindest eine Auseinandersetzung der Unternehmen mit solchen Modellen anstoßen. Dabei geht es nicht lediglich um faktischen Druck. Zumindest theoretisch besteht über den Mechanismus von Empfehlungen und Abweichungserklärungen zusammen mit einer Veröffentlichungspflicht die Möglichkeit einer dezentralen Standardisierung. Insofern zeigen sich die Umstellungen des regulativen Kapitalismus nicht nur im rechtlichen Umfeld, sondern auch längst im Privatrecht selbst verwirklicht. In diesem Zusammenhang ist zudem auf § 91 Abs. 2 AktG hinzuweisen, dessen Bedeutung zuweilen wegen der von der h.M. angenommenen nur geringen Reichweite in den Hintergrund tritt. § 91 Abs. 2 AktG ist jedoch zumindest im Geist klar vom regulatorischen Hintergrund bestimmt und den mit dem Aufstellen von Qualitätssicherungsinstrumenten verbundenen Hoffnungen einer immanenten, stetigen Dynamisierung organisatorischer Abläufe. Diesen regulativen Charakter haben wohl auch Gerichte in der Norm gesehen, die § 91 Abs. 2 AktG als Ansatzpunkt nutzten, um bereichsspezifische Anforderungen an das Risikomanagement auch im Aktienrecht zur Anwendung zu bringen.

Damit ist schließlich der letzte Bereich zu nennen, in dem auch im erweiterten Rahmen der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht regulative Tendenzen sichtbar sind. Gemeint sind vorsichtige Ansätze von Rechtsfortbildungen, die man als regulativ bezeichnen kann. Am deutlichsten wird dies in der Spezifikation einer öffentlichen Normvollzugsfunktion der Legalitätspflicht insbesondere in jüngeren Arbeiten. Wurde die Legalitätspflicht zunächst noch mit der problematischen Figur der Einheit der Rechtsordnung begründet, zeigt sich in der Betonung einer öffentlichen Normvollzugsfunktion, dass hier nicht länger ein quasi naturrechtliches und übergesetzliches

privatrechtliches Prinzip am Werk gesehen wird, sondern eben eine öffentliche, regulative Funktion. Auch in Ansätzen, die aus eben diesem Grundsatz eine Verstärkerfunktion für die aktienrechtliche Legalitätskontrollpflicht fordern, tritt eine solcher regulativer Charakter klar hervor. Jenseits der Frage der Rechtsgrundlage zeigt sich das gleiche Prinzip auch in der Position, die im Schadensrecht eine Angleichung an bußgeldrechtliche Wertungen fordert, eben damit die regulativen Zielrichtungen verwirklicht werden können.

Neben diesen eindeutigen Fällen, in denen eine regulative Funktion auch des Privatrechts artikuliert wird, lassen sich auch Themenfelder nennen, in denen diese Funktion jedenfalls mittelbar zutage tritt. Zunächst ist hier die Diskussion um die sog. Ausstrahlungswirkung zu nennen. Auf der einen Seite zeigt sich in diesem Begriff die Schwierigkeit, die viele Autoren haben, regulative Wertungen als solche unmittelbar im Privatrecht zu übernehmen. Das Argument ist dann meist der unzweifelhafte Wille des Gesetzgebers, der gerade keine allgemeine Regelung gewollt habe, weswegen sich eine Übernahme schon deswegen von vornherein verbiete. Im Begriff der Ausstrahlungswirkung zeigt sich zugleich andererseits, dass dieser Schematismus von vielen Autoren als der Sache nicht angemessen erscheint und der praktisch-rechtlichen Entwicklung in gewisser Hinsicht entgegensteht. Zum einen ist dies nach den meisten Autoren beschränkt auf die rein tatsächliche Übernahme von Vorgaben, soweit diese dem *common sense* entsprechen würden. Andere Autoren weisen jedoch auch auf die teleologische Verknüpfung zwischen Aktienrecht und Aufsichtsrecht hin. Auch das Argument, jedenfalls in der Summe aufsichtsrechtlicher Regelungen bezogen auf Compliance-Organisationen ließe sich ein verallgemeinerbarer Gedanke erkennen, ist in diesem Zusammenhang zu nennen.

Insgesamt lässt sich die Diskussion um die Ausstrahlungswirkung auch als Symptom für einen allgemeineren Wandel lesen und das Bedürfnis, diesen Wandel auch in das privatrechtliche System zu integrieren. An dieser Stelle kann auf ein allgemeineres, rechtspolitisches Stimmungsbild verwiesen werden, das zu der weit verbreiteten Einsicht einer zunehmend anerkannten Sozialbindung von Unternehmen und dem Erfordernis von Eingriffen in die hergebrachten unternehmerischen Strukturen geführt hat. Hintergrund hierfür ist nicht zuletzt die Finanzkrise, in der auch die Managerhaftung wegen möglicher Fehlanreize explizit in Kritik geraten ist. Praktisch zeigt sich dieser Zeitgeist jedoch auch daran, dass bspw. das Wettbewerbsrecht immer wieder für regulatorische Zwecke angewendet wird. Vorhaben wie die CSR-Berichterstattung, aber nun auch das Lieferkettengesetz lassen diese Stimmung ebenfalls erkennen.

In der Dogmatik lässt sich dieser Zeitgeist daran ablesen, dass Arbeiten zur Legalitätspflicht, der Ausstrahlungswirkung aber auch theoretische Arbeiten zu Regulierung und Privatrecht immer mehr in den Vordergrund drängen. Der Einfluss ist jedoch gerade nicht nur auf theoretische Arbeiten und Mindermeinungen beschränkt, insgesamt spiegeln auch die gestiegenen Anforderungen an die branchenübergreifende Legalitätspflicht als solche diese rechtspolitische Stimmung und diesen Zeitgeist wieder. Im Ergebnis ist der aktuelle Zustand somit nicht allein auf Veränderungen des rechtlichen Umfeldes zurückzuführen, sondern drückt auch eine Veränderung der privatrechtlichen Regelungen aus.

Trotzdem offenbart der Blick auf die dogmatische Diskussion, dass eine regulative Funktion des Privatrechts nur sehr vorsichtig zugelassen wird und auch ein öffentliches Normvollzugsinteresse nur begrenzt die privatrechtlichen Mechanismen überlagern soll. Private oder *soft law*-Standards dürfen das Privatrecht nur beeinflussen, wenn diese allgemein in den Unternehmen verbreitet sind. Bezogen auf den Wandel der branchenübergreifenden Legalitätskontrolle lässt sich sagen, dass die Frage nach gestiegenen Anforderungen, nach einem „Mehr“ an Legalitätskontrolle in der Dogmatik in der Hauptsache aus unternehmerischen Aspekten hergeleitet wird.

IV. Der Einfluss ungeschriebener Wertungen

Blickt man auf die ganze Breite der auf den vorherigen Seiten geschilderten Diskussion, wird deutlich, dass die Begründung der Legalitätskontrolle über unternehmerische Aspekte das Ergebnis einer sehr

differenziert geführten Diskussion ist. Über jede Form eines Ermessensspielraum wird gestritten – sei es nur über das Absehen der Sanktionierung im Einzelfall – ebenso wie über jede Möglichkeit, diesen Ermessensspielraum auf unterschiedlichster Ebene zu beeinflussen – sei es über das Maß der Erforderlichkeit hinsichtlich globaler Unternehmen oder nur kleiner Unternehmen, über die Frage der Zumutbarkeit hinsichtlich Aspekten der Wirtschaftlichkeit, über einen Einfluss des Aufsichtsrecht im Rahmen des *common sense*, über einen Einfluss privater Standards im Wege einer Indizfunktion oder als einzelnes Abwägungskriterium in einem Strauß von einzubeziehenden Aspekten. Der aktuelle Zustand der h.M. – in dem sich auf der einen Seite ein Wandel des rechtlichen Umfelds widerspiegelt und auf der anderen Seite eine vorsichtige Rechtsfortbildung zu erkennen ist, in der trotzdem die Grundzüge, die lange vor dem „modernen“ Compliance-Gedanken entwickelt wurden, nicht überlagert werden und nach wie vor unternehmerische Aspekte die Legalitätskontrolle bestimmen sollen – lässt sich vor allem mit dem Fehlen gesetzlicher Grundlagen für eine weitergehende regulatorische Indienstnahme wie auch Bedenken hinsichtlich der demokratischen Legitimation privater Organisationsstandards erklären.

Trotzdem erschöpft sich die Diskussion nicht hierin. Denn auch ein weiterer Aspekt spielt eine Rolle, den man zum Teil neben den genannten Bedenken verordnen kann, der zum Teil jedoch auch die Interpretation der gesetzlichen Grundlagen selbst mitbestimmt. Die Rede ist hier von ungeschriebenen Wertungen über das aktienrechtliche und das allgemeine privatrechtliche Grundverständnis. In gewisser Hinsicht ist dieser Einfluss offensichtlich; schon in dem aufgezeigten Konflikt hinsichtlich einer im weitesten Sinne regulativen Funktion bezogen auf die branchenübergreifende Legalitätskontrolle deutet sich ein Prinzipienstreit an. Dabei wirkt die Bezeichnung als ungeschriebene Wertung zum Teil ungenau. Die Perspektive, die jegliche regulatorische Aspekte im AktG ablehnt, kann sich zum einen auf fehlende konkrete Ansatzpunkte stützen, zum anderen auf die allgemeine Zielsetzung des AktG, das auf die Leitung eines gewinnorientierten Unternehmens gerichtet ist. Insbesondere in den 1990er Jahren wurde das AktG noch stärker auf marktwirtschaftliche Mechanismen hin ausgerichtet, was sich auch in der Kodifikation der BJR ausdrückt, die dem Vorstand mehr unternehmerischen Spielraum verschaffen sollte. Scheinbare regulatorische Eingriffe in dieses Gefüge, durch Schaffung des DCGK oder § 91 Abs. 2 AktG, sollten nach den Gesetzgebungsmaterialien nur unverbindliche Verhaltensvorgaben darstellen oder nur eine Verdeutlichung der bestehenden Pflichtenlage oder sie wurden gerade außerhalb des AktG in spezifischen regulatorischen Kontexten vorgenommen.

Das ist jedoch nur eine Seite der Betrachtung. Schon der Zweck des AktG ist weniger deutlich, wenn man einen größeren historischen Kontext eröffnet. Das AktG von 1937 war klar mit einer weitergehenden, gesellschaftspolitischen Zielsetzung verbunden und es lässt sich mit guten Argumenten darlegen, dass auch im AktG von 1965 diese weitergehende Zielsetzung nicht aufgegeben, sondern nur umgewandelt wurde. Die h.M. geht entsprechend von einer interessenpluralistischen Zielsetzung aus. Auch deuten die Gesetzgebungsmaterialien zur BJR an, dass das Entscheidungsrationale des Vorstands nicht vollständig ökonomisiert werden sollte, rechtlich gebundene Entscheidungen sollten von der BJR ausgenommen sein. Die Vorstellung, § 91 Abs. 2 AktG verdeutliche nur die bestehende aktienrechtliche Pflichtenlage, passt weder in den größeren regulatorischen Kontext – der Regulierung von Qualitätsmanagementsystemen in den 1990er Jahren und der Reaktion auf größere Unternehmenszusammenbrüche –, noch zu der Überlegung, dass § 91 Abs. 2 AktG auf die GmbH und andere Gesellschaftsformen „ausstrahlen“ solle. Schließlich spricht viel dafür – wie soeben ausgeführt –, dass in der Gesamtheit der organisatorischen Maßnahmen, die seit den 2000er Jahren nicht nur im Aufsichtsrecht, sondern auch in anderen bereichsspezifischen Gesetzen geschaffen wurden – nicht trotz sondern gerade wegen ihrer Heterogenität – ein verallgemeinerbares Prinzip einer gestiegenen unternehmerischen Verantwortung und der Erforderlichkeit organisatorischer Maßnahmen zutage tritt. In Bezug auf die branchenübergreifende Legalitätskontrolle lässt sich so ein rechtlicher Wandel beobachten, der auch von einem Wandel des staatlichen und kapitalistischen Modells angestoßen ist.

Bezieht man diese Überlegungen mit ein, wird deutlich, dass die Diskussion über die Berücksichtigung im weitesten Sinne öffentlicher Interessen im AktG, aber auch die erweiterte Diskussionslage der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht nicht nur einen Streit über die gesetzliche Grundlage und die Erforderlichkeit bestimmter Maßnahmen darstellt, sondern auch einen darüberhinausgehenden Prinzipienkonflikt über die Grundausrichtung und das Grundverständnis von Privat- und Aktienrecht anzeigt.

V. Der hier so bezeichnete Privatrechtsliberalismus

An dieser Stelle beginnt der für diese Arbeit entscheidende zweite Schritt. Zu Beginn dieser Arbeit stand die Feststellung, dass ein allgemeiner Wandel der staatlich-regulatorischen Struktur beobachtet werden kann, für den hier der Begriff des regulativen Kapitalismus gewählt wurde. Der erste und zweite Teil sollte diesen Wandel einerseits anhand der Legalitätskontrolle in Unternehmen untersuchen, die wesentlichen Elemente dieses Wandels und seine Erscheinungsformen im Rahmen der Legalitätskontrolle in Unternehmen herausstellen und zugleich aufzeigen, inwiefern dieser Wandel die rechtliche Pflichtenlage der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht bestimmt. Das erste Fazit dieses 2. Teils lautete, dass sich der wesentliche Maßstab dieser Pflicht seit den 2000er Jahren jedoch nicht wesentlich verändert hat, auch wenn ansatzweise regulatorische Elemente in der branchenübergreifenden Pflichtenlage – vor allem unter Einbezug der weiteren damit zusammenhängenden rechtlichen Fragestellungen – ausgemacht werden können.

Die zweite These dieses Fazits nun lautet, dass das nach wie vor auffindbare sog. privatrechtsliberale Verständnis verantwortlich für diesen Zustand ist. Danach unterscheidet sich das Privatrecht wesensmäßig vom öffentlichen Recht. Das Privatrecht dürfe aus der Perspektive der Freiheitseinschränkung, die es darstelle, nicht in den privaten Verkehr eingreifen, sondern für diesen nur einen Rahmen darstellen. Insofern richte sich das Privatrecht nicht nach dem politischen, demokratischen Prozess, sondern nach den ewigen Prinzipien der Gerechtigkeit. Allein über die natürlichen Kräfte des rein privaten Miteinanders und des Marktes würde das System dabei reguliert. Unterstützt wird diese Perspektive zudem durch ein sog. neoliberales Verständnis, das für das Aktienrecht ein bestimmtes, kapitalmarktorientiertes Modell der Unternehmensführung voraussetzt, das mit einer größtmöglichen Handlungsfreiheit des Vorstands einhergeht und wiederum jeden „Eingriff“ in dieses System als Systembruch qualifiziert.

Im dritten Teil werden die Hintergründe dieser Vorstellungen ausführlicher dargestellt. Im Folgenden soll es jedoch darum gehen, zu zeigen, inwiefern diese Vorstellungen die Diskussion um die branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht prägen.

Zunächst zeigt sich der Privatrechtsliberalismus im Haftungsgrundsatz, darauf vertrauen zu dürfen, dass sich andere an das Gesetz halten, und dem entsprechenden Erfordernis eines besonderen Anlasses für Kontrollmaßnahmen. Im Kern steckt darin noch immer ein Verantwortungsprinzip, das die individuelle Verantwortung für andere darauf beschränkt, diese nicht unmittelbar zu schädigen. Jenseits davon wäre jede weitergehende Verantwortung eine Einschränkung der persönlichen Freiheit und illegitim. Es ist das zentrale Element der sog. Rahmenfunktion des Privatrechts, das lediglich den privaten Austausch ermöglichen und nicht lenken sollte und daher zuvorderst eine reine Sicherheitsfunktion erfüllen dürfte. Diese ist geschaffen durch das Schädigungsverbot, das aus sich heraus ein natürliches Gleichgewicht ermöglichen würde. Entscheidend für diese Perspektive ist vor allem, dass die privatrechtliche Verantwortung absolut homogen verteilt ist und bspw. aufgrund einer besonderen sozialen Rolle oder für Unternehmen keine erweiterte Verantwortlichkeit erwächst. Im Kern besteht ein rein homogenes Verbot der Schädigung anderer, das sich anhand allgemeiner, personalistischer Kriterien bemisst.

Dieses Prinzip des Schädigungsverbots als nicht regulierend wirkender, reiner Rahmen wirkt selbst noch dort nach, wo es vom Ansatz längst überwunden ist, hier bspw. in der dogmatischen Konstruktion

der Legalitätspflicht nach der h.M. Zwar wird die Legalitätspflicht nach der inzwischen h.M. durch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz begründet, wonach das öffentliche Normvollzugsinteresse gebietet, dass der Vorstand beim eigenen Handeln die Gesetze einzuhalten habe, selbst wenn sich der Gesetzesbruch unternehmerisch lohnen würde. Entscheidend ist jedoch, dass das öffentliche Normvollzugsinteresse durch diese Konstruktion nicht aktiv gefördert würde, es dürfe nur nicht unterlaufen werden. In dieser Unterscheidung lebt die Idee des nicht regulierenden Rahmens wieder auf. Es ist diese Unterscheidung zwischen Gemeinwohlschädigung und Gemeinwohlförderung, die für einige Autoren den Unterschied zwischen Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht ausmacht, und es zeigt sich auch in dem Argument, nur ein Vollzugsdefizit könnte eine Legalitätspflicht vom Ansatz her begründen. Wieder steht hier der Gedanke eines Schädigungsverbot als Maßgabe der Verantwortung, nur dass dieses Schädigungsverbot auf die staatliche Gesetzesordnung als solche übertragen wird. Das Argumentationsmuster ist jedoch das gleiche.

Vor allem zeigt sich der Privatrechtsliberalismus wieder ganz „klassisch“ im Ausschluss jeglichen öffentlichen Zwecks jenseits dieses Schädigungsverbots und seinen Ausprägungen. Für viele Autoren bedeutet das schon von vornherein, dass eine Legalitätspflicht – selbst wenn diese nur auf das eigene Handeln des Vorstands bezogen wird – unzulässig ist; für die wohl h.M. der Literatur jedenfalls, dass eine weitergehende Inpflichtnahme jenseits des eigenen Handelns nur in seltenen Ausnahmefällen zulässig ist. Eine Übernahme von Wertungen des Aufsichtsrechts sei in jedem Fall wegen des Wesensgegensatzes ausgeschlossen. Das öffentliche Recht sei politisches Recht und am Gemeinwohl orientiert, das Privatrecht habe nur den privaten Interessenausgleich zum Ziel und ist damit an der Gerechtigkeit orientiert, im Ganzen neutral.

Dabei zeigt sich der Privatrechtsliberalismus in gewisser Maßen noch in der Annäherung beider Bereiche über den Begriff der Ausstrahlungswirkung, jedenfalls argumentativ in der Herleitung über die Figur der sog. Einheit der Rechtsordnung. Denn diese Figur beruht ursprünglich auf noch naturrechtlichen Vorstellungen, wonach das Recht als Ganzes rein nach in sich schlüssigen, quasi geometrisch-logischen Prinzipien aufgebaut sein müsse, die sich zu einem bruchlosen Ganzen fügen müssten. Die Einheit der Rechtsordnung steht somit für die Erfüllung eben dieser Prinzipien, vor allem soweit diese Figur als Argument einer rein logischen Beziehung zwischen unterschiedlichen Rechtsbereichen herangezogen wird, statt den Willen des Gesetzgebers als Leitschnur zu sehen.

Vor allem bezogen auf das Aktienrecht zeigt sich der Privatrechtsliberalismus zudem im Verständnis, selbst das Aktieneigentum als ein quasi vorrechtliches, natürliches Eigentumsrecht aufzufassen, dessen Bestand gegenüber dem Staat zu schützen sei.

Schließlich zeigt sich der Privatrechtsliberalismus auch im Verhältnis zu außerrechtlichen Normierungen oder privat gesetzten Standards. Denn von vielen Autoren ist die einzig legitime Rezeptionskategorie solcher Standards der Brauch als langjährige, allgemein akzeptierte praktische Übung. Darin stecken wiederum privatrechtsliberale Vorstellungen, die von einer letztlich absolut homogenen Gemeinschaft ausgehen, in der die Grenzen des Rechts von der Gesellschaft selbst in totaler, konfliktloser Selbstverständlichkeit gesetzt würden.

VI. Das demokratisch-institutionelle Privatrechtsverständnis und seine Rolle für die rechtliche Diskussion der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht

Schon in der dogmatischen Diskussion sollte deutlich geworden sein, dass der Einfluss des Privatrechtsliberalismus auf die Auslegung des Privatrechts nicht absolut ist. Vielmehr lässt sich auch eine andere Auffassung vom Privatrecht herauslesen, die eine öffentliche Indienstnahme nicht von vornherein als wesensfremd ausschließt und auch im Aktienrecht regulatorische Funktionen einfordert, wobei hierbei auch die regulatorischen Maßnahmen des Gesetzgebers in den letzten Jahren zum Anlass genommen werden.

Die These dieser Arbeit lautet, dass dies neben anderen Faktoren letztlich auch Ausdruck eines, dem Privatrechtsliberalismus in gewisser Hinsicht entgegengesetzten, Privatrechtsverständnisses ist, für das hier der Begriff demokratisch-institutionell gewählt worden ist. Damit ist eine Vorstellung privater Freiheit gemeint, die notwendigerweise in eine gesamtgesellschaftliche Struktur einbezogen ist und daher in vielerlei Hinsicht nicht voraussetzungslos erscheint, sondern überhaupt nur gesellschaftlich und damit essentiell rechtlich produziert wird. Privatrecht ist damit trotz einer Förderung individueller Freiheiten immer als (regulative) Architektur gedacht, in der je nach Kontext unterschiedliche Freiheitsräume entstehen oder auch gezielt erschaffen werden, wobei verfassungsrechtliche Wertungen und der politische Wille der staatlichen Gemeinschaft diese Architektur formen. Insbesondere das Aktienrecht bildet danach nicht lediglich einen rein privatautonen Eigentümer-Verband ab, sondern die staatliche Regulierung eines besonderen Finanzproduktes. Das Anteilseigentum wird danach von vornherein erst durch die rechtliche Fiktion erschaffen und ist entsprechend der rechtlichen Regulierung geformt.

Das demokratisch-institutionelle Privatrechtsverständnis wird hier vor allem als ein Gegenbegriff zum sog. Privatrechtsliberalismus verstanden. Insofern setzt auch eine Erläuterung dieses Verständnis eine genauere Untersuchung des Privatrechtsliberalismus voraus, was im dritten Teil folgen soll. Wesentlich für das hier so bezeichnete demokratisch-institutionelle Verständnis ist die Vorstellung vom Privatrecht als staatlichem, demokratischem Recht, geprägt vom Gedanken eines modernen, in der Verfassung verankerten Liberalismus. Es ist daher nicht an bestimmte, feste Wertungsprinzipien gebunden, sondern ist durch eine stetigen Auseinandersetzung mit den Wirklichkeitsbedingungen und Wirklichkeitsfolgen rechtlicher Strukturen geprägt. Nicht verwechselt werden darf es daher mit einem institutionellen Rechtsverständnis, das aus scheinbar soziologischen oder sonstigen gesellschaftlichen Gewissheiten normative Vorgaben für das Recht macht. Für die rechtliche Diskussion zur branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht lassen sich daher keine unmittelbaren Folgen aufzeigen. Es ist keine Frage des Rechtsverständnisses, ob man ein Whistleblowing-System in Unternehmen unterschiedslos für erforderlich hält oder, ob die Weiterentwicklung von Standards zu Compliance-Organisationen vollständig dem Markt überlassen werden sollen. Das hier so bezeichnete demokratisch-institutionelle Privatrechtsverständnis zeigt sich in der rechtlichen Diskussion vor allem als Voraussetzung dafür, im weitesten Sinne regulative Entscheidungen für das Privatrecht – im Sinne einer politischen, gesellschaftlichen Zwecksetzung im Gegensatz zur sog. Rahmenfunktion – überhaupt als legitim und zielführend anzuerkennen.

Im Folgenden soll daher eine dogmatische Position formuliert werden, die die regulative Funktion sowohl des Privatrechts als auch des Aktienrechts ernst nimmt. Zum Teil sind dies Bestätigungen der h.M., zum Teil jedoch Positionen, die sogar außerhalb des bestehenden Meinungsspektrums anzusiedeln sind und vor allem theoretische Überlegungen darstellen.

Als erster Punkt ist die aktienrechtliche Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht zu nennen. Während in der Dogmatik zum Teil Schwierigkeiten bezüglich deren Herleitung bestehen, erleichtert die demokratisch-institutionelle Perspektive zumindest deren Begründung. Das die unternehmerischen Interessen im Fall der Gesetzeseinhaltung überlagernde öffentliche Interesse ist nicht länger eine zu rechtfertigende Ausnahme, aus demokratisch-institutioneller Perspektive ist jedes Recht im Kern öffentliches Recht im öffentlichen Interesse. Daher ist umgekehrt zu fragen, warum es dem Willen des Gesetzgebers entsprechen sollte, dass die Beachtung der Gesetze durch das Aktienrecht faktisch unterlaufen werden sollte. Gerade im Ausklammern gesetzlich gebundener Entscheidungen im Rahmen der BJR hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass er bezogen auf die Gesetzeseinhaltung keine Ökonomisierung beabsichtigt hat und vor allem die Regularien zu Compliance-Organisationen zeigen, dass eine Normbefolgung auch in Unternehmen jedenfalls grundsätzlich beabsichtigt ist.

In diesem Sinne sollte die öffentliche Normvollzugsfunktion auch konsequent als regulatives Instrument anerkannt und entsprechend ausgerichtet werden. Das gleiche gilt für die privatrechtlichen

Haftungsgrundsätze, deren Sorgfaltsstandards als Form des öffentlichen Guts und der gesellschaftlichen Risikosteuerung zum Teil längst anerkannt sind, im Rahmen der Legalitäts- und der Legalitätskontrollpflicht jedoch wieder auf die reine Kompensationsfunktion reduziert werden. Auf die Unterscheidung zwischen Unterlaufen und Fördern des Gemeinwohls kann es dabei nicht ankommen. Schon die Legalitätspflicht fördert das Allgemeinwohl, soweit sie ein Verbot nützlicher Pflichtverletzungen enthält. Hinsichtlich der Legalitätskontrollpflicht kann dann vom Ansatz her nichts anderes gelten. Entscheidend ist, die Legalitätskontrolle konsequent anhand einer empirisch begründeten Erforderlichkeit und einer am volkswirtschaftlichen Zweck der Unternehmen ausgerichteten Zumutbarkeit auszurichten. Trotzdem sollte die Legalitätskontrolle in Unternehmen kein reiner Selbstzweck sein, sie darf jedoch nicht allein an betriebswirtschaftlichen Erwägungen hin ausgerichtet sein.

Als Maßstab der Erforderlichkeit kann dabei nicht länger allein der Vertrauensgrundsatz gelten. Insbesondere hinsichtlich neuer Schutzinteressen, wie der Korruptionsbekämpfung oder „klassisch“ dem Kartellrecht steht weniger Rechtstreue im Vordergrund, als dass oftmals überhaupt erst das rechtliche Wissen in diesen Bereichen gefördert werden muss. Insofern wäre ein Vertrauensgrundsatz verfehlt, der einen Erfahrungsgrundsatz zu erwartender Rechtstreue aufstellt, obwohl ein Unrechtsbewusstsein in Fällen neuer Schutzinteressen selten überhaupt vorhanden ist. Vielmehr ist die konkrete Gefahr, die sich auch anhand empirisch belegter, typisierender Verhaltensabläufe bestimmen kann, zugrunde zu legen.

Desweiteren lässt sich für die Erforderlichkeit auch branchenübergreifender Compliance-Organisationen stärker auf den regulatorischen Hintergrund verweisen. Aus dieser Perspektive sind Compliance-Organisationen als quasi öffentliche Einrichtung zu sehen, die unternehmensintern eine Verfahrenssicherheit herstellen sollen. Dabei könnte vergleichbar der prinzipienbasierten Regulierung, in der organisatorische Verfahren im Tausch mit einem größeren unternehmerischen Handlungsspielraum in Bezug auf die regulatorischen Anforderungen ermöglicht wird, ein solcher *trade-off* auch branchenübergreifend denkbar sein, z.B. in Fällen rechtlicher Unsicherheit – dies jedoch nicht im Sinne einer unternehmensinternen Staatsanwaltschaft, sondern im Sinne des organisationalen Lernens, als Dynamisierung der unternehmerischen Abläufe.

Die Ausrichtung anhand dieser Überlegungen könnten vor allem zu einer veränderten Abwägung zwischen öffentlichen und unternehmerischen Interessen führen. Aus der regulierungstheoretischen Sicht sollen Compliance-Organisationen keine reine Gängelung darstellen, sondern den Unternehmen eine Hilfestellung an die Hand geben und vergleichbar den Qualitätsmanagementsystemen den eigenen unternehmerischen Bestand schützen. Hinzu kommt, dass Compliance-Organisationen schon aus unternehmerischer Sicht nicht rein staatlich aufgezwungen werden, sondern vom Ansatz schon im ureigensten Interesse liegen. Auch dieser Punkt sollte in die Abwägung miteinbezogen werden.

Eine andere Frage ist dann, welche konkreten Maßnahmen dann erforderlich sind und ob der Gesetzgeber abstrakt Standards von oben herab aufstellen sollte, oder ob dies auch dezentral, über die Unternehmen selbst oder auch mittels privater Standards und *soft law*-Instrumenten geschehen kann. Auch dies sollte jedoch keine Frage sein, die sich nach dem Prinzip von Organisationsentscheidungen als quasi Kernbereich unternehmerischen Handelns ergeben sollte, sondern gleichsam im Sinne des regulatorischen Ziels, bzw. anhand des Willens des Gesetzgebers zu beantworten ist.

Hier lassen sich in der Summe der bereichsspezifischen Regularien durchaus gewisse Kernprinzipien solcher Organisationen auch nach dem Willen des Gesetzgebers heranziehen. An dieser Stelle wird wiederum die demokratisch-institutionelle Perspektive relevant. Denn das Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht ist nach dieser Perspektive nicht ein Verhältnis unterschiedlicher Rechtswesen, sondern es liegen rein historisch unterschiedlich gewachsene Bereiche mit unterschiedlichen

Zwecksetzungen vor. Deren Zwecke sind nicht kategorisch unvereinbar und es ist vor allem anderen ein Problem der gesetzgeberischen Intention, ob bestimmte Regeln nur auf spezifische Bereiche beschränkt sein sollen oder allgemeiner gelten können.

Deutlich wird dies dann vor allem hinsichtlich einer Angleichung aktienrechtlicher Haftungsprinzipien an bußgeldrechtliche Wertungen. Denn soweit es nicht länger allein auf die Kompensationsfunktion der Organhaftung ankommt, sondern auch die Verhaltenssteuerung im Vordergrund steht, lässt sich schadensrechtlich eine Begrenzung über dieses öffentliche Interesse herleiten, das in der bußgeldrechtlichen Sanktionshöhe ihren Ausdruck findet.

Zum Teil hat der Gesetzgeber jedoch ebenso zum Ausdruck gebracht, dass Organisationsstandards im Rahmen von Prüf- und Veröffentlichungspflichten als Form der „mittelbaren“ Regulierung von den Unternehmen aufgenommen werden sollen. Zudem besteht im Aktienrecht das Instrument des DCGK, der mit dem Mechanismus von Empfehlungen und Abweichungserklärungen jedenfalls in der Theorie ein Möglichkeit bereitstellt, eine Auseinandersetzung mit organisatorischen Maßnahmen jenseits rein gesetzlich verpflichtender Standards anzustoßen. Diese könnte noch weitergehend genutzt werden im Rahmen von Indizwirkungen oder Beweislasteicherungen; auch Abweichungserklärungen von Unternehmen selbst und nicht nur die Empfehlungen des DCGK könnten berücksichtigt werden. Dabei zeigt sich auch an dieser Stelle ein Konflikt mit der privatrechtsliberalen Grundauffassung, die letztlich nur den Brauch als Rezeptionskategorie anerkennt. Jenseits der Vorbehalte hinsichtlich der demokratischen Legitimation und den Herausforderungen von *soft law* kann ein demokratisch-institutionelles Privatrechtsverständnis auch an dieser Stelle zu einer Verschiebung führen.

Trotzdem darf die Erforderlichkeit organisatorischer Maßnahmen nicht alleiniger Maßstab bleiben. Korrigierend tritt die Anforderung der Zumutbarkeit weiterhin hinzu. Insofern sind (wirtschaftliche) Kosten der Maßnahmen in die Prognose miteinzubeziehen und ebenso der Schutz des Betriebsfriedens oder die Gefahr einer Verkrustung von Organisationsstrukturen. Der so verstandene Vertrauensgrundsatz tritt nach richtigem Verständnis allein auf dieser Ebene auf, indem er die negativen Aspekte von Compliance-Maßnahmen, auf die im Fazit zum 1. Teil bereits hingewiesen wurden, ebenfalls in die Gesamtbewertung miteinbezieht.

Es muss nochmals betont werden, dass die genannten Punkte nicht sämtlich unmittelbar aus der demokratisch-institutionellen Perspektive als solche folgen. Entscheidend bleibt nach diesem Verständnis der Wille des Gesetzgebers und die Interpretation der gesetzlichen Grundlagen. So lässt sich auch mit der demokratisch-institutionellen Perspektive vom Grundsatz her argumentieren, dass der Gesetzgeber das Aktienrecht allein als Instrument einer kapitalmarktorientierten Finanzierungsform geschaffen hat und auch das rechtliche Umfeld rein anhand ökonomischer Parameter zu beachten ist. Hier wurde jedoch die Position eingenommen, dass die gesetzgeberische Intention nicht in diese Richtung verstanden werden kann. Im Kern entspricht dies auch der h.M. zur branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht. Insofern stellt die demokratisch-institutionelle Perspektive zunächst allein einen alternativen Begründungsansatz dar, indem insbesondere die Legalitätspflicht nicht länger aus einem scheinbar „allgemeinen“ Rechtsgrundsatz wie der Einheit der Rechtsordnung geschlossen werden muss, sondern konsequent als regulatives Mittel gesehen werden kann, das aus dem Willen des Gesetzgebers folgt. Anders ist es hinsichtlich der nach dem Willen des Gesetzgebers gewollten Reichweite dieser regulativen Funktion. Hier wurde eine Position eingenommen, die vor allem aus den Veränderungen im rechtlichen Umfeld eine solche Intention herleitet, wobei auch aktienrechtliche Instrumente des *soft laws* und das Aufstellen bestimmter organisatorischer Anforderungen im Rahmen des Risikomanagements in diese Richtung deuten. Der Gesetzgeber selbst hat diese Instrumente jedoch immer sehr vorsichtig begründet und wollte den Unternehmen damit nicht zu viel zumuten. Insofern geht die hier bezogene Position in gewisser Hinsicht über den Willen des Gesetzgebers hinaus. Gleichzeitig speist sich dies jedoch aus der

Annahme, dass zwischen der teleologischen Intention auf der einen Seite und der politischen Begründung auf der anderen Seite unterschieden werden muss. Rein von der Ausrichtung der Gesetzentwürfe der letzten 20 Jahre, ist die vom Gesetzgeber beabsichtigte Richtung eindeutig. Hinzukommt, dass insbesondere bezogen auf das Aktienrecht die Theorie des Shareholder Value in den letzten Jahren selbst von den Befürwortern immer mehr in Zweifel gezogen wird (mehr dazu in § 11 II. und III.). Viele der wirtschaftstheoretischen Grundannahmen nicht nur bezogen auf das Wirtschaftssystem im Allgemeinen, sondern insbesondere bezogen auf das unternehmerische Modell sind somit zum Teil revidiert worden. Insofern speist sich die hier bezogene Position zum einen stark aus den regulationstheoretischen Hintergründen, zum anderen aus der Kritik am Modell der absoluten Ökonomisierung der unternehmensrechtlichen Strukturen, die zum Teil seit den 1990er Jahren beobachtet werden konnten.

Letztlich, das sollte die Gegenüberstellung der unterschiedlichen Positionen anhand gegensätzlicher Privatrechtsverständnisse deutlich machen, ist die Auslegung des Rechts nicht rein von den rechtlichen Grundlagen als solche bestimmt, sondern eben auch von ungeschriebenen Wertungen und damit ebenso von gesellschaftlichen, politischen Überzeugungen oder: von Ideologie. Das wird umso deutlicher, je mehr die Diskussion aus der Perspektive des rechtlichen Wandels betrachtet wird. Wie sich schon in der „klassischen“ Legalitätskontrollpflicht ein Konflikt zwischen einem frühmodernen Haftungsprinzip und der Regulierung moderner Risiken zeigt, sind die jüngeren Entwicklungen, die sich nicht nur im Bereich der Legalitätskontrolle beobachten lassen, eine weitere Herausforderung für das privatrechtliche Grundverständnis.

Während sich hierbei auf der einen Seite in der Entwicklung einer privatrechtlichen Normvollzugsfunktion, in Überlegungen einer möglichen Ausstrahlungswirkung, auch in Theorien der privatrechtlichen Rezeptionsmechanismen bezüglich nicht unmittelbar staatlicher Verhaltensstandards oder allgemein in Arbeiten zu Regulierung und Privatrecht das Bedürfnis nach einer neuen Verortung des Privatrechts im regulativen Kapitalismus ausdrückt, zeigt sich auf der anderen Seite der Privatrechtsliberalismus als nach wie vor ungebrochenes privatrechtliches Dogma. Das ist umso erstaunlicher, als dass das privatrechtsliberale Verständnis in vielen Punkten schon längst von der Rechtswirklichkeit überholt worden ist und die Grundüberzeugungen, die die Grundlage dieses Verständnisses bilden, von der Wirklichkeit längst als Irrglaube entlarvt wurden. Tatsächlich steckt in diesem Verständnis historisch gesehen eine klar politische Funktion, indem bestimmte Besitzstände vor einem staatlichen Eingriff bewahrt und eine bestimmte Gruppe der Gesellschaft dadurch bevorzugt wurde. Die Langlebigkeit dieser Vorstellungen lässt sich jedoch auch mit einem neu gewonnenen Vertrauen auf selbstregulative Mechanismen seit Ende der 1970er, vor allem seit den 1990er Jahren erklären, wofür der Begriff des Neoliberalismus legitim ist. Es ist die geistesgeschichtliche Kehrseite des Wandels von Staatlichkeit, für die grundsätzlich der Begriff des regulativen Kapitalismus treffend ist, der in manchen Bereichen jedoch zu einer Überbetonung rein selbstregulativer Mechanismen geführt hat und einer Wiederbelebung der Vorstellung eines politisch beschränkten Privatrechts. Dabei ist nicht jeder Verweis auf selbstregulative Mechanismen Ausdruck eines ideologischen Rechtsverständnisses und insbesondere im Aktienrecht gründet „der“ Neoliberalismus auf sehr komplexen unternehmenstheoretischen Modellen. Trotzdem zeigt der aktuelle Zeitgeist in gewisser Hinsicht eine Revision vieler der Überzeugungen, die im Neoliberalismus gewonnen wurden, und so wird es umso relevanter, ideologische Reste überkommener Vorstellungen zu identifizieren.

3. Teil: Kritik des Privatrechtsliberalismus

Die These am Ende des vorangegangenen Abschnitts lautete, dass in der Auslegung des Aktienrechts ein Konflikt ungeschriebener Wertungen ausgemacht werden kann. Der folgende Abschnitt soll die These des hier so bezeichneten „Privatrechtsliberalismus“ untermauern, indem die damit zusammenhängenden Wertungen als Teil einer einheitlichen Vorstellung dargestellt und damit zugleich einer Kritik unterzogen werden. Aus dieser Kritik speist sich ein entgegengesetztes Privatrechtsverständnis, das hier als „demokratisch-institutionell“ bezeichnet wird.

„Privatrechtsliberalismus“ meint im Kern eine Vorstellung des Rechts, die zunächst von einer grundsätzlich vorstaatlichen homogenen Ordnung von Individuen ausgeht. Recht ist aus dieser Perspektive keine soziale Institution, sondern allein eine Einschränkung der individuellen Freiheit. Es legitimiert sich damit, einen Rahmen für den individuellen Austausch herzustellen und diesen abzusichern. Das Recht reguliert diesen Austausch nicht, vielmehr erfolgt dies über die natürliche Ordnung.

Dieses Verständnis ist als rechtliches Prinzip vor allem im 19. Jahrhundert wirksam gewesen und hatte auf die Kodifizierung des Privatrechts erheblichen Einfluss. Im 20. Jahrhundert wurde der Einfluss dieser Haltung jedoch zum Teil schwächer. Die Überzeugungen des Privatrechtsliberalismus, die schon im 19. Jahrhundert als ideologisch bezeichnet werden können, verloren im Laufe der Zeit immer mehr an Überzeugungskraft und durch richterliche Rechtsfortbildung, gesetzgeberische Regulierung, Konstitutionalisierung und Europäisierung wurden privatrechtsliberale Wertungen in der rechtlichen Praxis zurückgedrängt. Zuwachs hat das Prinzip jedoch durch den sog. Neoliberalismus gewonnen, wobei hierbei differenziert werden muss. Der folgende Abschnitt soll diese These eines privatrechtsliberalen Rechtsverständnisses untermauern, indem die Entstehung, der Wandel und der Bestand des Prinzips des Privatrechtsliberalismus verdeutlicht und damit auch kritisiert werden sollen. Der Ansatz dieser Arbeit ist, den Privatrechtsliberalismus als immanent politisch, als Ideologie zu verstehen und als solche zu präsentieren. Dabei wird hier ein historisch-kultureller, ein „kulturtheoretischer“ Ansatz gewählt, der den Privatrechtsliberalismus im Kontext der gesellschaftlichen Entwicklung seit der Antike erschließt und dabei einerseits den Fokus auf das kulturell bedingte Weltbild legt, gleichzeitig auf dessen gesellschaftliche und politische Funktion hinweist. Dabei soll auch gezeigt werden, dass die Rechtswirklichkeit schon immer sehr viel komplexer gewesen ist, dass privatrechtsliberale Vorstellung nie in Reinform verwirklicht wurden und erst recht – im Sinne des Willens des historischen Gesetzgebers – keinen Selbstzweck darstellten, sondern immer unter einem politischen, staatlichen Interesse standen. Dass sich der Kern des Privatrechtsliberalismus bis in die heutige Zeit – praktisch unverändert – erhalten hat, lässt sich allerdings daran zeigen, dass das hier als wesentlich ausgemachte Element – die Vorstellung einer „natürlichen“ Ordnung – sich trotz Weiterentwicklung der Privatrechtstheorie erhalten hat.

§ 8 Vorüberlegung und theoretische Verortung

Die Gleichsetzung des Privatrechts mit einem Privatrechtsliberalismus stellt eine Generalisierung dar, die sich insbesondere in jüngerer Zeit Bedenken ausgesetzt sieht. Hier soll der Privatrechtsliberalismus jedoch nicht als Entsprechung des Privatrechts behauptet werden, sondern als rechtliches Prinzip mit erheblichem Einfluss insbesondere auf das Privatrecht im 19. Jahrhundert. Damit einher geht die rechtstheoretische Annahme einer unausweichlichen „Offenheit“ des Rechts für ungeschriebene Wertungen und auch politische Haltungen, auch für Ideologien, wobei dieser Begriff ebenfalls vorgestellt wird. Zu erläutern ist ferner der hier so bezeichnete „kulturtheoretische“ Ansatz, mit dem der Ideologie des Privatrechtsliberalismus begegnet werden soll.

I. Vorüberlegung

1. Rechtshistorische Zweifel am Bild des liberalen Privatrechts

Die Unterscheidung einer formalen Freiheitsethik des 19. von einer materialen Verantwortungsethik des 20. Jahrhunderts scheint als Selbstverständlichkeit in das privatrechtliche Denken eingegangen zu sein.⁹¹⁴ Jüngere rechtshistorische Forschungen haben jedoch Zweifel daran aufkommen lassen, dass diese schematische Dichotomie der Rechtswirklichkeit entsprach. Berühmt ist der Ausspruch *Gierkes*, „in (...) unser Privatrecht muß ei[n] Tropfen sozialistischen Öles durchsickern!“⁹¹⁵, der paradigmatisch für die auch im 19. Jahrhundert bestehende politische Diskussion um die Ausgestaltung des Privatrechts steht, die gerade nicht spurlos an der Endfassung des BGB vorbei ging.

Hofer leitet ihre Überlegung folgendermaßen ein: „Individuelle Freiheit soll das beherrschende Prinzip in der Privatrechtslehre und -gesetzgebung des 19. Jahrhunderts gewesen sein. Dabei wird stets, wenn auch nicht immer ausdrücklich, vorausgesetzt, daß die individuelle Freiheit im 19. Jahrhundert als grundsätzlich unbeschränkt verstanden wurde. Diese Vorstellung bildet die Grundlage für eine Kritik am ‚liberalen Modell‘ [Verweis zu *Kübler*, FS Raiser (1974), 643 f., B.M.] und am BGB als ‚spätgeborene(m) Kind der Pandektenwissenschaft‘ [Verweis zu *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher, B.M.], bei welcher der Privatrechtslehre des 19. Jahrhunderts vorgeworfen wird, daß sie neben der Privatautonomie keine anderen - insbesondere nicht soziale - Gesichtspunkte berücksichtigt habe.“⁹¹⁶ Diesen Befund stellt *Hofer* jedoch ihrerseits unter Ideologieverdacht: „Eine Identifizierung der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts mit dem Grundsatz unbegrenzter Privatautonomie kommt modernen privatrechtstheoretischen Überlegungen (...) entgegen, weil dadurch ein Gegenbild geschaffen wird, von dem man sich absetzen kann.“⁹¹⁷ *Hofer* macht zudem aus, dass Ausführungen zu Privatrechtskonzeptionen im 19. Jahrhundert meist keine Juristen zitieren, sondern allein Hinweise auf die Lehren *Adams Smith* und *Kants* enthielten.⁹¹⁸ In der Folge analysiert *Hofer* vor allem systematische Darstellungen und Lehrbücher zum Privatrecht, die im 19. Jahrhundert geschrieben wurden, um die Prinzipien der Privatrechtskonzeption ausfindig zu machen und danach zu prüfen, ob diese eine Vorstellung unbeschränkter Freiheit enthielten. Auffällig sei zunächst, dass Begriffe wie „Privatautonomie“ und „Vertragsfreiheit“, die in Werken zum Allgemeinen Teil oder zum Schuldrecht in oder vor 2001 stets in einem einleitenden Kapitel vorgestellt worden seien, nicht erwähnt würden.⁹¹⁹ Überhaupt ließen sich Prinzipien der Privatrechtskonzeption laut *Hofer* eher in der Gegenüberstellung zwischen einem vorgeblich germanischem und römischem Recht finden.⁹²⁰ Jedenfalls aber sei die Privatrechtskonzeption keinesfalls vom Gedanken grundsätzlich unbeschränkter Freiheit geprägt gewesen, es erstaune eher, dass eine gegenteilige Annahme überhaupt habe herrschend werden können.⁹²¹ *Hofer* drückt am Ende erneut ihre Vermutung aus, dass die Vorstellung einer Privatrechtskonzeption unbeschränkter Freiheit im 19. Jahrhundert nur als Negativfolie fungiert habe.⁹²²

⁹¹⁴ *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, passim; vgl. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 45, 505 f.; *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 179 zum Unterschied eines bürgerlichen und eines politischen Privatrechts.

⁹¹⁵ *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 10.

⁹¹⁶ *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 1.

⁹¹⁷ *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 2.

⁹¹⁸ *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 2.

⁹¹⁹ *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 3.

⁹²⁰ *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 13.

⁹²¹ *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 275.

⁹²² *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 275.

In eine ähnliche Richtung gehen die Untersuchungen *Reppens* zur „sozialen Aufgabe im Privatrecht“ im 19. Jahrhundert. Grundsätzlich stellt er fest, dass die „soziale Frage“ im 19. Jahrhundert nicht vollständig durch das Privatrecht beantwortet wurde.⁹²³ Gleichzeitig betont *Reppen* jedoch, dass das BGB manche Punkte von vornherein ausgeklammert und der Spezialgesetzgebung überlassen habe.⁹²⁴ Der Blick auf die Gesamtrechtsordnung zeige, dass es eine Fülle ausdrücklich sozialpolitisch motivierter Gesetze zwischen 1875 und 1900 gegeben habe.⁹²⁵ Auch müsse stärker zwischen dem ersten und dem zweiten Entwurf des BGB unterschieden werden, soweit man den Vorwurf eines liberalen BGB im 19. Jahrhundert erheben möchte.⁹²⁶ Doch schon der „liberalere“ erste Entwurf und erst Recht die endgültige Fassung des BGB hätten mehr soziale Regeln erhalten, als man vermute.⁹²⁷ Auch dass das vorrangige Ziel des BGB die Rechtsvereinheitlichung gewesen sei, lasse nicht den Schluss zu, dass nicht auch die soziale Aufgabe Teil des Projekts gewesen sei.⁹²⁸ Insbesondere lenkt *Reppen* den Blick auf die politischen Konstellationen. So seien keine Maximalforderungen sozialer Art vorgetragen worden, um die Mehrheitsfähigkeit im Reichstag zu wahren.⁹²⁹ Insgesamt kritisiert er damit, das BGB in eine liberale Tradition zu stellen, jedenfalls insofern, als damit gemeint sei, dass gerade keine Rücksicht auf soziale Belange genommen worden sei.⁹³⁰

Ähnlich formuliert *Franz-Xaver Kaufmann*, dass „sich die praktisch wahrgenommenen Staatsaufgaben zumal in Deutschland entgegen den Postulaten des liberalen Staatsdenkens nur im Wirtschaftsbereich wesentlich reduzierten, im Übrigen jedoch der Ausbau der Staatsverwaltung sich im 19. Jahrhundert unvermindert fortsetzte.“⁹³¹ Und „das praktische Politik- bzw. Polizey-Verständnis [hat sich] nie an die engen Grenzen gehalten, die ihm von der liberalen Staatstheorie gezogen wurden. So entstanden in den meisten europäischen Staaten Gesetze und Maßnahmen, um die Folgeprobleme der Industrialisierung und Verstädterung unter Kontrolle zu halten.“⁹³²

In einer parallelen Diskussion um die Rolle der Richter im Rechtssystem zeigte *Ogorek* schon früher, dass die Dichotomie des Richters als Subsumtionsautomat oder Richterkönig die tatsächlichen Verhältnisse nicht beschreibe; ein Schluss, dem sich in jüngerer Zeit *Wischmeyer* angeschlossen hat.⁹³³ Praktisch könne weithin ein äußerst pragmatisches Interpretationsverständnis beobachtet werden: „Die maßgeblichen rechtmethodeischen Ansätze in der Zivilrechtswissenschaft dieser Zeit verfolgten das gemeinsame Ziel, Freiheit und Bindung des Richters durch Gesetz in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. (...) Ganz weitgehend war anerkannt, dass richterliche Rechtsanwendung auf die gesellschaftliche Wirklichkeit einwirke und dies bei aller gebotener Vorsicht im Rahmen der Auslegung berücksichtigungsfähig war.“⁹³⁴

Auch aus theoretischer Perspektive lassen sich Zweifel an rein monokausalen Erklärungsansätzen herleiten. *Lawrence M. Friedman* stuft aus rechtskultureller Perspektive den Einfluss von Geisteshaltungen auf die Rechtswirklichkeit gering ein: „*But the power of ideology as such has been, I*

⁹²³ *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 492.

⁹²⁴ *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 491.

⁹²⁵ *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 519.

⁹²⁶ *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 519.

⁹²⁷ *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 521.

⁹²⁸ *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 522.

⁹²⁹ *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 521.

⁹³⁰ *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 519.

⁹³¹ *Kaufmann*, in: Staatsaufgaben, 15, 22.

⁹³² *Kaufmann*, in: Staatsaufgaben, 15, 24.

⁹³³ *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, passim; *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 10 f..

⁹³⁴ *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 21.

suspect, vastly exaggerated. What really controlled the level of demands was quite a different aspect of legal culture: ideas about what the state could not do, rather what the state should not do."⁹³⁵

Zu nennen ist auch die systemtheoretische Perspektive, nach der die Gesellschaft aus in gewisser Hinsicht voneinander unabhängigen Systemen, wie die Wirtschaft, die Politik und das Recht, bestehe. Diese Systeme seien nach dieser Theorie selbstreferentiell und „operativ geschlossen.“⁹³⁶ Die gesamte Gesellschaft werde durch die praktische Verschränktheit dieser Systeme ausgemacht, in denen die anderen Systeme als sog. „Umwelt“ keinen unmittelbaren Bezug zur systeminternen Kommunikation hätten, sondern nur als „Irritationen“ für systeminterne Veränderungen sorgen könnten. Nach *Fröge* sei klassische Geschichtsschreibung danach nicht mehr möglich, soweit sich diese auf monokausale Erzählungen berufe: „Unter dieser Prämisse werden gewohnte Muster kausaler und linearer Entwicklungen mehr als problematisch. Das gilt für alle Erklärungen, die auf eine ‚Wurzel‘ rekurren und damit suggerieren, dass aus dieser Wurzel diese und keine andere Kommunikation ersprießen konnte. (...) Ereignisse und Veränderungen in der Umwelt des Rechts sind für das Recht ‚Zufälle‘, zu denen etwa ein politischer Umsturz, der Buchdruck, ein Erdbeben oder ein Attentat, eine Wirtschaftsflaute, der Bau eines Straßennetzes, die Erfindung der Nation, die Spaltung der Kirche, das Internet oder auch nur das berühmte Flügelschlagen des Schmetterlings gehören. Ob solche Zufälle Variation im Rechtssystem auslösen, hängt sicherlich nicht von der Bedeutung ab, die das Ereignis in dem ihm eigenen natürlichen oder sozialen System hat. Was sich für das politische System als ‚Katastrophe‘ darstellt, muss das Recht überhaupt nicht tangieren.“⁹³⁷

2. Diskussion um den Privatrechtsliberalismus als paradigmatischer Ausdruck gesellschaftlichen Wandels

Eine andere Perspektive auf den Privatrechtsliberalismus im 19. Jahrhunderts wurde schon von *Hofer* angerissen. Diese äußerte die Vermutung, dass der Verweis auf den Privatrechtsliberalismus vor allem als Negativfolie diene. In eine ähnliche Richtung argumentiert *Wischmeyer*, der auf die Diskussion um den Zweck im Recht am Ende des 19. Jahrhunderts verweist. Der pragmatische Konsens zur Gesetzesauslegung habe gegen Ende des 19. Jahrhunderts im Rahmen zunehmender Positivierung des Rechts an Überzeugungskraft verloren: „Mit zunehmender Aktivität der Gesetzgeber und einer sich verändernden Stellung der Gerichte im Gewaltengefüge werden Widersprüche sichtbar und Konflikte zwischen wirklichem und vernünftigen Willen denkbar.“⁹³⁸ *Wischmeyer* interpretiert in diesem Kontext die sich daraus ergebende Diskussion um den „Zweck im Recht“ als „Reflexion [der] gewandelte[n] institutionelle[n] Realität im methodentheoretischen Vokabular“ und als „paradigmatische[n] Ausdruck der Krise des Rechtsdenkens im Zeitalter seiner Positivierung.“⁹³⁹

Explizit hat *Auer* versucht, eine Neuinterpretation der scheinbaren Materialisierung des Privatrechtsrecht zu formulieren, indem sie die Existenz des rechtswirklichen Gegensatzes zwischen einem liberalen Recht im 19. und einem sozialen Recht im 20. Jahrhundert als unwesentlich erklärt und vielmehr die Diskussion um diesen Gegensatz als „performative Äußerung [der] spannungsreichen Moderne selbst“⁹⁴⁰ und als „soziale Praxis“⁹⁴¹ betrachtet.

⁹³⁵ *Friedman*, in: *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 13, 23.

⁹³⁶ *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 42 f.

⁹³⁷ *Fögen*, *RG 1* (2002), 14, 17 f.

⁹³⁸ *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, 57.

⁹³⁹ *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, 57.

⁹⁴⁰ *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 137.

⁹⁴¹ *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 5.

Schon in *Auers* Dissertation zum Funktionswandel der Generalklauseln als offene Wertungstatbestände im 20. Jahrhundert hat sie, unter Eindruck der amerikanischen kritischen Rechtstheorie, Zweifel an der Materialisierungsdebatte formuliert. Ein formales Freiheitsrechtsverständnis wäre in sich widersprüchlich, jedes Freiheitsverständnis weise notwendigerweise materiale und damit distributive Strukturen auf.⁹⁴² Das Privatrecht sei von diesen unauflösbaren Grundwidersprüchen geradezu wesentlich bestimmt.⁹⁴³ Entscheidend für das Recht seien daher weder Merkmale wie Formalität oder Materialität, sondern die tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnisse.⁹⁴⁴ Insofern liege der Funktionswandel der Generalklauseln nicht in deren Struktur, sondern sei nur Ausdruck des materialen Wertungsgegensatz der Privatrechtsordnung gewesen, der dieser von Anfang an zugrunde gelegen habe.⁹⁴⁵

In ihrer Habilitation hat *Auer* diese Überlegungen fortgeführt. Dort verweist sie hinsichtlich der Materialisierungsdebatte ausdrücklich auf rechtshistorische Forschungen: „Sicher scheint zunächst nur zu sein, dass etwa Wieackers Theorie vom privatrechtlichen Systemwandel nicht mehr beim Wort genommen werden darf. Zuviel spricht schon aus rechtshistorischer Sicht gegen die Richtigkeit dieser These, seitdem sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass das liberale Privatrechtsmodell schon im neunzehnten Jahrhundert niemals in seiner Reinform verwirklicht, sondern stets von materialen, sozialen, antiformalistischen Qualifikationen flankiert war.“⁹⁴⁶ Während *Auer* die immanente Widersprüchlichkeit in ihrer Dissertation noch aus den Erkenntnissen der amerikanischen Rechtskritik zu schließen schien, greift *Auer* in ihrer Habilitation Gedanken von *Ulrich Beck* zur reflexiven Modernisierung auf.⁹⁴⁷ Danach seien die Spannungen im privatrechtlichen Denken zwischen einem liberalen Freiheitsdenken und praktischen (sozial-)politischen Interventionen schon von Beginn an als Ausdruck einer immanenten Ambivalenz und Widersprüchlichkeit zu deuten, die für die Moderne als Ganzem konstitutiv sei.⁹⁴⁸ Nach *Beck* führe die Erweiterung des bestehenden gesellschaftlichen Wissens, dass das moderne Projekt Nebenfolge produziere, zu einer zweiten Moderne, die sich reflexiv auf die eigenen Grundlagen beziehe und diese in der Folge politisiere.⁹⁴⁹ Die Diskussion um den Privatrechtsliberalismus sei insofern Ausdruck einer reflexiven, zweiten Moderne – also nicht einfach als Gegenbewegung zu sehen, sondern als Ausdruck einer durchgehenden Modernisierung, indem sich die Gesellschaft über sich selbst aufkläre: „Vom hier vertretenen Standpunkt ist es dabei vor allem wesentlich, den fundamentalen methodischen Wandel, der im plötzlich bewusst gewordenen Einbruch des ‚Sozialen‘ oder ‚Antiformalen‘ in das Privatrecht liegt, nicht als bloße Gegenbewegung zum angeblichen Formalismus der vorangegangenen Pandektenwissenschaft zu deuten, sondern ihn vielmehr in den übergreifenden ideengeschichtlichen Zusammenhang des sich über sich selbst aufklärenden Privatrechtsdiskurses der Moderne einzuordnen.“⁹⁵⁰ „Die Rede von ‚liberalen‘ oder ‚sozialen‘, freiheits- oder verantwortungsbasierten Sozialmodellen dient dem Privatrechtsdiskurs der Moderne dazu, sich auf dem Boden der funktional ausdifferenzierten, individualistischen Gesellschaft der Moderne seiner eigenen Aporien zu vergewissern.“⁹⁵¹

⁹⁴² *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 32.

⁹⁴³ *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 27.

⁹⁴⁴ *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 121.

⁹⁴⁵ *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 43.

⁹⁴⁶ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 4 FN 14 mit ausdrücklichem Verweis zu *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?: „Dass es sich bei der angeblich unbeschränkten Freiheit um einen ‚Mythos‘ handelte, darf heute als gesicherter Diskussionsstand gelten.“

⁹⁴⁷ Gedanken schon in: *Beck*, Risikogesellschaft; ausdrücklich: *Beck*, in: Reflexive Modernisierung, 19 f.

⁹⁴⁸ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 6, 74 f.

⁹⁴⁹ *Beck*, Risikogesellschaft, 31; *Beck*, in: Reflexive Modernisierung, 19 f., 27.

⁹⁵⁰ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 55.

⁹⁵¹ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 137

3. Keine Widerlegung eines Privatrechtsliberalismus als ungeschriebene Wertung, als rechtliches Prinzip

Die soeben genannten Überlegungen kritisieren zwar zum Teil unmittelbar eine Klassifizierung des Privatrechts und des privatrechtlichen Denkens, insbesondere im 19. Jahrhundert, als liberal, trotzdem widersprechen sie der These dieser Arbeit grundsätzlich nicht. Widerlegt wird vor allem die Vorstellung, liberale Prinzipien seien quasi in Reinform im Privatrecht des 19. Jahrhunderts verwirklicht worden, bzw. es wird darauf hingewiesen, dass der Einfluss liberalen Denkens auf das tatsächliche Recht zum Teil gering gewesen oder dass der Einfluss von Geisteshaltungen auf das Recht allgemein eher gering sei.

Das gilt insbesondere auch für die Arbeiten *Auers*. Obwohl *Auer* auf die Analyse der privatrechtlichen Diskussion als eine „soziale Praxis“⁹⁵² zielt und damit einen Wandel „jenseits der Attribute ‚liberal‘ oder ‚sozial‘“⁹⁵³ beschrieben werden soll, weist *Auer* seit ihrer Habilitation immer auf die sog. „Aporien“ des Privatrechts, vor allem auf „den normativ unangreifbaren individualistischen Kern des modernen Rechtsdenkens“ hin.⁹⁵⁴ Insbesondere solle verdeutlicht werden, dass diese Aporien nicht verschwunden seien, vielmehr sei der individualistische Kern des privaten Rechtsdenkens, „selbstimmunisierend“ und bliebe trotz seiner Vereinbarkeit mit scheinbar gegenläufigen Prinzipien bestehen.⁹⁵⁵ An anderer Stelle schreibt *Auer* ausdrücklich von der „kritische[n] Funktion“ der Rechtsphilosophie.⁹⁵⁶ Die Vermutung liegt nahe, dass der Versuch, die Gegenüberstellung von liberalen und sozialen Prinzipien zu vermeiden, eher vom Eindruck amerikanischer Rechtskritik herrührt, die zum Teil auf die Unmöglichkeit hinweist, ein neutrales Recht ohne Verteilungseffekte zu schaffen.⁹⁵⁷ Dies negiert jedoch nicht die Existenz einer privatrechtsliberalen Ideologie, die vom Prinzip eben das behauptet, und auch *Auers* Arbeiten lassen sich in der Sache ebenso als eine solche Kritik lesen, auch wenn sie meint, die Einsicht in die mangelnde Tragfähigkeit der Rechtfertigungsmechanismen sei dem privatrechtlichen Denken von Anfang an immanent.⁹⁵⁸

II. Privatrechtsliberalismus als Prinzip – Zwischen Positivismus und Ideologiekritik

Die These, dass sich der Privatrechtsliberalismus als ungeschriebene Wertung, als rechtliches Prinzip zeigt, führt unmittelbar in einen rechtstheoretischen Problemkreis. Der Begriff des Rechtsprinzips ist zum Teil als Angriff auf ein positivistisches Rechtsverständnis verwendet worden, als Argument, dass das Recht essentiell „offen“ sei und damit eine notwendige Beziehung des Rechts zu im weitesten Sinne ethischen Kategorien bestehe. Gleichzeitig verweist der Prinzipienbegriff auf das Problem der Wandelbarkeit und Bestimmtheit von Recht und enthält zum Teil auch ein Rationalitätsversprechen, dass trotz kollidierender Wertungen eine richtige Entscheidung möglich sei und erzielt werden müsse. Kritische Ansätze stellen diese Rationalität in Zweifel. Sie verweisen auf die immanente Widersprüchlichkeit des Rechts, auf die Illusion einer stringenten Struktur und/oder auf die Bedeutung gesellschaftlicher Weltanschauungen und politischer Machtverhältnisse im Hintergrund des rechtlichen Apparats.

⁹⁵² *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 5.

⁹⁵³ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 4 f.

⁹⁵⁴ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 44; *dies.*, ebend., 136: „Das Eigentumsdenken der Moderne formiert sich jenseits der Entgegensetzung von ‚liberal‘ und ‚sozial‘ als aporetisch individualistisch, als aporetisch individualistisch mit der Einsicht in die mangelnde Tragfähigkeit seiner eigenen individualistischen Rechtfertigungsmechanismen.“

⁹⁵⁵ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 44.

⁹⁵⁶ *Auer*, AcP 216 (2016), 239, 256.

⁹⁵⁷ *Kennedy*, Harvard Law Review 1976, 1685 f.; vgl. *Frankenberg*, in: Neue Theorien des Rechts, 171, 182.

⁹⁵⁸ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 4 f.; 100, 137.

1. Der Streit um die Rechtsgeltung

Der Begriff des Rechtspositivismus hat viele Facetten und nicht nur eine philosophische, sondern auch eine soziologische Perspektive.⁹⁵⁹ Auf die einzelnen Begründungen soll es hier jedoch nicht ankommen. Betont werden soll hier nur das entscheidende Element dieser Strömung: die Frage der Rechtsgeltung. Nach dem positivistischen Verständnis folgt die Geltung des Rechts aus dessen verbindlicher Setzung unabhängig vom jeweiligen Inhalt.⁹⁶⁰ Damit einher geht insbesondere eine Trennung von Recht und Moral (sog. Trennungsthese).⁹⁶¹ Konkret bedeutet dies, dass Recht allein durch das Gesetz gelte und damit nicht als gerecht empfunden werden müsse, um zu gelten. Darin drückt sich zumeist ein bestimmtes Wissenschaftsideal aus. Recht solle als soziale Tatsache betrachtet werden und damit unabhängig von einem moralischen Standpunkt aus. Insofern stellt der Positivismus eine Kritik am Natur- und Vernunftrecht dar, das für sich in Anspruch nahm, rationale Kriterien für eine allgemeingültige Gerechtigkeit zu entwickeln; dies stelle eine Illusion dar.⁹⁶²

Der Positivismus hat als theoretische Konstruktion insbesondere durch die sog. Trennungsthese Kritik hervorgerufen. Sozusagen als Gegenentwurf lassen sich solche Theorien zusammenfassen, die auf einen gewissen Zusammenhang zwischen Rechtsgeltung und im weitesten Sinne verstandenen – kulturellen – Gerechtigkeitsvorstellungen abstellen.⁹⁶³ Ihnen gemein ist die These, dass die Rechtsgeltung nicht rein aus der „Legalität“ ihres institutionellen Apparats, aus der „Regelhaftigkeit“ der Gesetzesanwendung folgt, sondern dass Rechtsgeltung in gewissen Maßen einer gesamtgesellschaftlichen Legitimierung bedarf.⁹⁶⁴ Diese Legitimation liegt in einem – durch rationale Begründung herzustellenden – gesamtgesellschaftlichen Konsens, in dem ethische und historisch-kulturelle Perspektiven vermischt sind.⁹⁶⁵

⁹⁵⁹ Als rechtsphilosophischer Begriff hat der Positivismus seinen Ursprung zum Teil schon in den Schriften *Thomas Hobbes* und *David Humes*, vor allem *Jeremy Bentham* und später *John Austin* haben jedoch den Begriff theoretisch ausgearbeitet. Im 20. Jahrhundert sind vor allem *Hans Kelsen* und *H. L. A. Hart* die wichtigsten und bis heute prägendsten Vertreter, *Joseph Raz* der bedeutendste noch lebende Vertreter, vgl. *Green/Adams*, Legal Positivism, in: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>, zuletzt aufgerufen am. 25.5.2021, 1.; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 38 f. geht in seiner Systemtheorie ebenso von einer operative Geschlossenheit des Rechtssystems aus, in der Moralvorstellungen lediglich Umweltfaktoren darstellten.

⁹⁶⁰ *Niesen/Eberl*, in: *Neue Theorien des Rechts*, 13, 14.

⁹⁶¹ *Green/Adams*, Legal Positivism, in: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>, zuletzt aufgerufen am. 25.5.2021, 4.2; *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 10; *Potacs*, Rechtstheorie, 18.

⁹⁶² Vgl. *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 17, 26; dies gelte insbesondere für *Hans Kelsen*.

⁹⁶³ Zunächst ist hierbei *Gustav Radbruch* zu erwähnen, der unter dem Eindruck der Unrechtserfahrungen des Nationalsozialismus die sog. „Radbruch’sche Formel“ entwickelt hat, wonach das Recht seine Geltung verliert, wenn der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht. Dies ist jedoch eigentlich keine rechtstheoretische These, sondern ein Vorwurf politischer Wehrlosigkeit. Vgl. *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 36; *Potacs*, Rechtstheorie, 19. Hier sind vor allem die Arbeiten *Ronald Dworkins*, *Robert Alexys* und *Jürgen Habermas* gemeint.

⁹⁶⁴ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 45 f.; vgl. *Forgó/Somek*, in: *Neue Theorien des Rechts*, 123, 128; *Potacs*, Rechtstheorie, 107.

⁹⁶⁵ *Forgó/Somek*, in: *Neue Theorien des Rechts*, 123, 128; für *Ronald Dworkin* wurzele dies „in einem öffentlichen Sinn für ihre moralische Angemessenheit, der sich historisch entwickelt habe“, *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 15 Rn 18; *Jürgen Habermas*’s Rechtstheorie ist in eine allgemeine Gesellschaftstheorie eingebettet, die die soziologische Systemtheorie um einen kritischen Aspekt dieser Rationalitätsform erweitert, indem die Freiheit des menschlichen Subjektes in diesen Apparat integriert wird. *Jürgen Habermas* verwendet hierbei einen „detranszendentalisierten“ Subjekt- und Freiheitsbegriff indem er eine instrumentelle von einer kommunikativen Vernunft unterscheidet (Faktizität und Geltung, 35). Kommunikative Rationalität greife auf die „Erfahrung der zwanglos einigenden, konsensstiftenden Kraft argumentativer Rede“ zurück (Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 28). „Dieser Begriff *kommunikativer Rationalität* führt Konnotationen mit sich,

Dieser Zusammenhang darf nicht als bloßen Rückfall in die mittelalterliche Vorstellung einer Einheit von Recht und Gerechtigkeit verstanden werden oder die Begründung des Rechts nach natur- oder vernunftrechtlichen Vorstellungen; die rechtsethische Position stellt vielmehr eine Vermittlung zwischen diesen traditionellen Positionen und dem Positivismus dar;⁹⁶⁶ insbesondere indem sie Gerechtigkeit nicht absolut versteht, sondern auf situations- und zeitgebundene, kollidierende Ansprüche verweist, über die in einem rationalen Verfahren entschieden werden müsse.⁹⁶⁷

2. Der Prinzipienbegriff als Problem der Bestimmtheit des Rechts

Diese philosophische Diskussion um die Geltung von Recht steht auch im Zusammenhang mit dem Problem der Bestimmtheit von Recht und dem Einfluss der Richter in der Rechtsanwendung. Obwohl die Gesetzesauslegung in der Praxis durchaus pragmatisch gehandhabt wurde, entstand vor allem mit der zunehmenden Positivierung des Rechts Ende des 19. Jahrhunderts unter deutschen Juristen ein Methodenstreit.⁹⁶⁸ Für die sog. Begriffsjurisprudenz war die Vorstellung leitend, wissenschaftliches Denken könne auch im Bereich der Jurisprudenz nichts anderes sein als wertneutrale Objekt-Erkenntnis.⁹⁶⁹ Das Recht lasse sich anhand seiner Begriffe in ein lückenloses System integrieren, ohne Raum für richterliches Ermessen im Einzelfall. Auch neu auftauchende Rechtsfragen könnten im Wege logischer Gedankenoperationen beantwortet werden. Der Richter sei folglich nur ein „Subsumtionsautomat.“ Von der anderen Seite wurde dieser Formalismus als wirklichkeitsfremd kritisiert und neue Auslegungsmethoden – zum Teil politischer Natur – propagiert.⁹⁷⁰ Die Kritik ging so weit, dass die Freirechtsschule eine richterliche Gesetzesbindung weitgehend verneinte und alternative, meist sozialwissenschaftliche oder psychologisierende Methoden der Rechtsanwendung entwickelte.⁹⁷¹

Die Frage der „Offenheit“ des Rechts hatte allerdings schon immer eine politische Dimension. Während auf der einen Seite zum Ende des 19. Jahrhunderts vorgeblich progressive Autoren den Formalismus der Begriffsjurisprudenz angriffen, um im Namen der sozialen Gerechtigkeit das Juristenrecht für sich in Anspruch zu nehmen, waren es zu Beginn des 20. Jahrhunderts konservative Juristen, die unter Verweis auf den Systembruch und unter Mithilfe der Treu-und-Glauben-Klauseln demokratisch legitimierten Gesetzen die Gültigkeit verwehrten.⁹⁷² Später wurde die Naziherrschaft nicht auf dem Rücken eines wehrlosen Juristenstandes ermöglicht, dem der Positivismus jede Waffe genommen

die letztlich zurückgehen auf die zentrale Erfahrung der zwanglos einigenden, konsensstiftenden Kraft argumentativer Rede, in der verschiedene Teilnehmer ihre zunächst nur subjektiven Auffassungen überwinden und sich dank der Gemeinsamkeit vernünftig motivierter Überzeugungen gleichzeitig der Einheit der objektiven Welt und der Intersubjektivität ihres Lebenszusammenhangs vergewissern.“ Hierbei seien die Äußerungen und das Handeln der Menschen in ein Netz von kulturellen Praktiken eingebunden, die ihren Lebenszusammenhang, ihre „Lebenswelt“ ausmachten. „Die Lebenswelt speichert die vorgetane Interpretationsarbeit vorangegangener Generationen; sie ist das konservative Gegengewicht gegen das Dissensrisiko, das mit jedem aktuellen Verständigungsvorgang entsteht“ (Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 107). Vgl. *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 18 RN 27, 28.

⁹⁶⁶ *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 28.

⁹⁶⁷ Insbesondere *Jürgen Habermas* hat das demokratische Erfordernis im Gesetzesbegriff schon früh herausgearbeitet, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 270 f.; *Jürgen Habermas* Wissenschaftsideal ist der Versuch, im wissenschaftlichen Funktionalismus der Systemtheorie einen kritischen Aspekt zu erhalten, indem die Freiheit des menschlichen Subjektes in diesen Apparat integriert wird. Lediglich „ein Kranz unvermeidlicher Idealisierung“ bleibe im Begriff der kommunikativen Rationalität erhalten, *Habermas*, Faktizität und Geltung, 18.

⁹⁶⁸ *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, passim; *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 10.

⁹⁶⁹ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 46.

⁹⁷⁰ *Porscher*, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 59, 60 f.

⁹⁷¹ *Porscher*, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 59, 60 f.

⁹⁷² Vgl. *Maus*, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus, 15.

hatte, vielmehr sorgte die „unbegrenzte Auslegung“ von Juristen für die Anpassungsfähigkeit des hergebrachten Rechts für die nationalsozialistische Maschinerie.⁹⁷³

Der Positivismus *Hans Kelsens* muss auch als Antwort auf die sich immer weiter politisierende, plurale Gesellschaft gesehen werden, in der die Sicherheits- und Friedensfunktion des Rechts als entscheidend gesehen wurde.⁹⁷⁴ Nach diesem Verständnis bestehe zwischen Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung ein Unterschied. In Fällen, in denen sich innerhalb der Gesetze Lücken finden, kann nach dem positivistischen Verständnis das Recht nicht angewendet werden.⁹⁷⁵ Diese Lücken könnten nur durch den Richter geschlossen werden, sofern er hierzu ermächtigt worden sei.⁹⁷⁶ Insoweit gebe es einen sog. Stufenbau der Rechtsordnung, der nicht nur die Anwendbarkeit rechtlicher Regeln, sondern auch die Kriterien der Rechtsschöpfung bestimme.⁹⁷⁷

Insbesondere *Ronald Dworkin* hat dies angegriffen, da er meinte, dies setze konzeptuell ein Rechtssystem voraus, das nur aus Regeln bestehe.⁹⁷⁸ Nach *Dworkin* bestehe das Recht jedoch aus zwei Kategorien: Regel und Prinzipien.⁹⁷⁹ Regeln würden ein Konditionalprogramm enthalten und seien in der Weise des Alles-oder-Nichts anwendbar. Sei ein bestimmter Tatbestand erfüllt, folge daraus zwingend eine bestimmte Rechtsfolge. Es gebe keine Alternative außer der Nichterfüllung des Tatbestandes. Demgegenüber würden Prinzipien keine zwingende Rechtsfolge enthalten, sondern würden vielmehr eine bestimmte Rechtsfolge nahelegen. Sie enthielten dadurch eine Dimension des Gewichts (*dimension of weights*) und würden immer eine Abwägung voraussetzen. Es bestehe zwischen Regeln und Prinzipien somit ein „logischer Unterschied“.

Auch für die Rechtsanwendung habe diese Unterscheidung Konsequenzen: Diese habe die Aufgabe, aus der Gesamtheit der Prinzipien, die in der Praxis des Rechts- und Sozialsystems verkörpert seien, Kerninhalte der entscheidenden Prinzipien zu destillieren und damit auch *hard cases* befriedigend zu lösen.⁹⁸⁰ Daraus ergibt sich die sog. *right-answer-thesis*, also die These der einzig richtigen Entscheidung. Hierfür erfindet *Ronald Dworkin* das Bild des Richter Herkules, der alle Aspekte des Rechtssystems kenne und genügend Zeit zur Entscheidungsfindung habe.⁹⁸¹ Für den Richter Herkules würden nicht mehrere gleich gute Lösungen existieren, sondern nur eine.

Auch *Dworkins* normlogische Unterscheidung hat eine politische Implikation. Die Verbindlichkeit von Prinzipien folgt für ihn nicht aus ihrer Zugehörigkeit zum positiven Recht, sondern aus einem Gebot der Gerechtigkeit oder Fairness, sowie einem Sinn für die Angemessenheit.⁹⁸² Dabei unterscheidet er zudem zwischen Prinzipien und *policies*, zielt also darauf, sozusagen potentiell politische Entscheidungsmotive aus dem Rechtsfindungsprozess auszuschließen.⁹⁸³ Damit geht es ihm um eine liberale Theorie, die insbesondere utilitaristische Nützlichkeitsabwägungen ausräumen soll.⁹⁸⁴

⁹⁷³ Vgl. *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, passim.

⁹⁷⁴ Vgl. *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 12. Kritisch: *Porscher*, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 59, 61: die theoretische Sprengkraft der Freirechtsschule wäre im Positivismus marginalisiert worden.

⁹⁷⁵ *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, 123, 128; *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 61; *Porscher*, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 59, 61 f.

⁹⁷⁶ *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 61.

⁹⁷⁷ *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 62; *Potacs*, Rechtstheorie, 112.

⁹⁷⁸ *Dworkin*, Bürgerrechte ernst genommen, 58; vgl. *Potacs*, Rechtstheorie, 107.

⁹⁷⁹ *Dworkin*, Bürgerrechte ernst genommen, 58; vgl. *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 154 f.; *Potacs*, Rechtstheorie, 105.

⁹⁸⁰ *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 15 Rn 20.

⁹⁸¹ *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 72.

⁹⁸² *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 15 Rn 18; *Potacs*, Rechtstheorie, 107.

⁹⁸³ *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 81; *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 15 Rn 18; *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 159.

⁹⁸⁴ *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, § 15 Rn 21; *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 159.

Obwohl *Dworkin* den Verweis auf eine teilweise existierende Unbestimmtheit des Rechts als Widerlegung des Rechtspositivismus verstanden hat, ist diese Schlussfolgerung nicht zwingend. So wird teilweise *H.L.A. Hart* als prominenter Vertreter des Positivismus ins Feld geführt, der von vornherein auf die schon sprachlich bedingte offene Struktur von Regeln verwiesen habe.⁹⁸⁵ Auch im geschriebenen Recht würden sich zudem Tatbestände aufzeigen lassen, die eine Abwägung erfordern würden, die im Sinne der Systematisierung auch mit einem rechtspositivistischen Verständnis als Prinzipien bezeichnet werden könnten.⁹⁸⁶ Diese strukturelle Offenheit des Rechts lasse nach der sog. Inkorporationsthese sogar möglich erscheinen, dass Gerechtigkeitsfragen zu reinen Rechtsfragen im Sinne eines positivistischen Verständnisses werden könnten, soweit das positive Recht auf solche Gerechtigkeitsfragen verweise.⁹⁸⁷ Dies wird insbesondere für die Verfassung argumentiert.⁹⁸⁸

Die genannten Argumente verdeutlichen, dass die Frage von Wertungen im Recht und in der Rechtsanwendung nicht allein als Gegensatz zwischen einer rechtsethischen und rechtspositivistischen Perspektive erklärt werden kann. Es gibt aus beiden Richtungen auch Zugeständnisse an die jeweils andere Seite.⁹⁸⁹ Die Frage nach der Bedeutung von Werten im Recht hat sich insofern inzwischen weitgehend zu einer Methodenfrage entwickelt.⁹⁹⁰

So spielen Rechtsprinzipien eine entscheidende Rolle in der Methodenlehre der Wertungsjurisprudenz. Diese würden als Bausteine des sog. inneren Systems fungieren und den „Sinnbezug auf die Rechtsidee“ herstellen, im Gegensatz zum äußeren System, das das Gesetz, bzw. das Zusammenspiel der Gesetze verkörpere.⁹⁹¹ „Rechtsprinzipien“ sind nichts anderes als allgemeine Wertungsmaßstäbe oder Wertvorzüge im Hinblick auf die Rechtsidee, die noch nicht zu unmittelbar anwendbaren Rechtsregeln verdichtet sind.⁹⁹² Rechtsprinzipien seien folglich die mittlere Ebene zwischen der Rechtsidee und dem positiven Recht.⁹⁹³ Sie würden keinen Anspruch auf Ausschließlichkeit erheben, nicht ohne Ausnahme gelten und könnten zueinander in Widerspruch stehen; ihren eigentlichen Sinngehalt würden sie erst im Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung

⁹⁸⁵ *Potacs*, Rechtstheorie, 33; s.a. *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 26.

⁹⁸⁶ *Potacs*, Rechtstheorie, 108.

⁹⁸⁷ *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 195 f.; *Potacs*, Rechtstheorie, 19.

⁹⁸⁸ *Potacs*, Rechtstheorie, 19.

⁹⁸⁹ Vgl. die Diskurstheorie *Robert Alexys* und die sog. „Sonderfallthese“. Nach der Sonderfallthese werde in der rechtlichen Auslegung nicht gefragt, „was die schlechthin vernünftigste Lösung ist, sondern was die im Rechtssystem vernünftigste Lösung ist. Die im Rechtssystem vernünftigste Lösung ist die, die sich unter Beachtung der Bindung an die geltenden Rechtsnormen und Berücksichtigung der Präjudizien sowie der von der Rechtswissenschaft erarbeiteten Dogmatik am besten begründen lässt. Diese drei Bindungsfaktoren: Gesetz, Präjudiz und Dogmatik, legen zwar vieles fest, sie lassen aber auch vieles offen (...) Wenn auf diese Fragen allein mit Hilfe des spezifisch juristischen Instrumentariums keine Antwort gefunden werden kann, bleibt nur der Rückgriff auf den allgemeinen praktischen Diskurs“, *Potacs*, Rechtstheorie, 87.

⁹⁹⁰ Vgl. *Renner*, in: *Privatrechtstheorie*, Bd. 1, 536, 538: Frage nach der Bedeutung von Werten im Privatrecht habe sich weitgehend zu einer Methodenfrage entwickelt.

⁹⁹¹ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 302; vgl. *Wagner*, in: *Rechtswissenschaft als Beruf*, 67, 87. Die Unterscheidung zwischen äußerem und innerem System geht auf *Philipp Heck* zurück, ein Vertreter der sog. Interessentheorie, vgl. *Wagner*, in: *Rechtswissenschaft als Beruf*, 67, 85. Das innere System habe die vom Gesetzgeber vorgezeichneten und von den Gerichten getroffenen sog. „Konfliktsentscheidungen“ sein sollen. Nach *Wagner* habe *Heck* unter dem inneren System ein Produkt der Rechtswissenschaft verstanden, nämlich den sachlichen Zusammenhang zwischen den Gedanken, die die rechtswissenschaftliche Forschung hervorgebracht hat, sowie die Methode der rechtswissenschaftlichen Forschung selbst (in: *Rechtswissenschaft als Beruf*, 67, 86).

⁹⁹² *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 48.

⁹⁹³ *Canaris*, Systemdenken, 46 ff.

und Beschränkung entfalten.⁹⁹⁴ „Das innere System ist (...) kein in sich geschlossenes, sondern ein ‚offenes‘ System in dem Sinne, daß Änderungen sowohl in der Art des Zusammenspiels der Prinzipien, ihrer Reichweite und wechselseitigen Beschränkung, wie auch die Auffindung neuer Prinzipien möglich sind.“⁹⁹⁵ Zu den zentralen Prinzipien des Privatrechts würden bspw. die Prinzipien der Selbstbestimmung, der Selbstverantwortung und des Vertrauensschutzes, aber auch das Verschuldensprinzip zählen.⁹⁹⁶ Die Autonomie des inneren Systems werde daran deutlich, dass nicht der Anspruch erhoben werde, mit seiner Hilfe das gesamte Rechtssystem abbilden und legitimieren zu können.⁹⁹⁷ Einzelne Akte des Gesetzgebers könnten durchaus außerhalb des inneren Systems verbleiben, wenn sie sich nicht widerspruchsfrei in dieses integrieren lassen würden.

Im Hinblick auf die Frage der Bestimmtheit des Rechts ist zudem bedeutsam, dass nach der Wertungsjurisprudenz die Rechtsfortbildung – ein Begriff, der zwar auf *Friedrich Carl von Savigny* zurückgeht, aber vor allem durch *Karl Larenz* Methodenlehre populär geworden ist –⁹⁹⁸ als nicht wesentlich anders als die Auslegung verstanden wird, sondern nur „voneinander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens“.⁹⁹⁹ Indem die Jurisprudenz versuche, die Gesetze zu „verstehen“ – im hermeneutischen Sinn – würden diese notwendigerweise verändert.¹⁰⁰⁰

Der Prinzipienbegriff der Wertungsjurisprudenz legt damit einen anderen Fokus auf das Problem der Bestimmtheit des Rechts. Prinzipien sind hier nicht von rechtlichen Regeln begrifflich getrennt, sondern stünden hinter den rechtlichen Anwendungsfällen insgesamt. Prinzipien fungieren in diesem Sinn nicht als Lückenfüller, sondern hätten eine Ordnungsfunktion für die Auslegung insgesamt und würden darauf verweisen, dass das positive Recht strukturell über die geschriebenen Gesetze hinausgehe.¹⁰⁰¹ *Klix* meint, Prinzipien dienen als nützliche Instrumente, um ein positives Recht darzustellen und es gleichzeitig in Bewegung zu halten.¹⁰⁰² *Lomfeld* sieht in der Konstruktion dieses offenen Systems eine rechtsdogmatische Entsprechung deliberativer Theorien.¹⁰⁰³ Der Unterschied sei jedoch die spezifische Dialektik von Prinzipien und die Diskurslogik.

Das Verhältnis zwischen Rechtspositivismus und rechtsethischer Jurisprudenz ist schwer zu bestimmen. Die Frage der Rechtsgeltung wird explizit ausgeblendet: „Wenn der Jurist fragt, ob ein Gesetz ‚gilt‘, dann meint er nicht, ob es stets oder auch nur in den meisten Fällen befolgt wird, sondern ob der ihm als Norm eigene Geltungsanspruch nach den verfassungsrechtlichen Vorschriften über die Gesetzgebung gerechtfertigt ist. (...) Die normative Geltung der Verfassung selbst kann der Jurist freilich als solcher nicht mehr hinterfragen. Sie ist, wie schon bemerkt wurde, ein Problem der Rechtsphilosophie.“¹⁰⁰⁴

Andererseits klingen durchaus Bezüge auf überpositive und rechtsethische Zusammenhänge an. So der Begriff der „Rechtsidee“. *Karl Larenz* schrieb in Bezug auf die „Rechtsidee“ noch 1960 in seiner

⁹⁹⁴ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 303; vgl. auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 363; *Wagner*, in: Rechtswissenschaft als Beruf, 67, 89.

⁹⁹⁵ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 314.

⁹⁹⁶ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 305.

⁹⁹⁷ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 315; vgl. *Wagner*, in: Rechtswissenschaft als Beruf, 67, 90.

⁹⁹⁸ *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 8; vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, 273 ff.

⁹⁹⁹ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 187.

¹⁰⁰⁰ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 25.

¹⁰⁰¹ „Dabei macht sie [die Jurisprudenz, B.M.], wie mehrfach betont wurde, mindestens im Sinne einer Arbeitshypothese die Voraussetzung, daß diesem Stoff bis zu einem gewissen Grade eine innere Ordnung innewohnt, daß er insgesamt als Versuch miteinander übereinstimmender Antworten auf Rechtsprobleme als solche verstanden werden kann“ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 65; auch *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 148 f., 149;

¹⁰⁰² *Klix*, Privatrechtstheorie und Wirtschaft von 1967 bis 1982, 22.

¹⁰⁰³ *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages, 39 f.

¹⁰⁰⁴ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 18.

Methodenlehre: Sie sei das „konkret-allgemeine, also inhaltlich erfüllte Sinn-a priori allen Rechts“¹⁰⁰⁵ In der späteren Methodenlehre mit *Canaris* ist jedoch von der Rechtsidee die Rede, „so wie diese sich dem ‚allgemeinen Rechtsbewußtsein‘ auf dieser historischen Entwicklungsstufe darstellt.“¹⁰⁰⁶ Zwar sei die Frage gesetzlichen Unrechts rein anhand der Verfassung zu lösen, da das Grundgesetz „fundamentale Rechtsprinzipien allgemeinsten Art in den Rang von Verfassungsgrundsätzen erhoben hat.“¹⁰⁰⁷ Trotzdem wird der Begriff der Gerechtigkeit als solcher nicht völlig verworfen, vielmehr stelle die Gerechtigkeit den Sinnbezug auf den Rechtsgedanken dar, ohne den von Recht nicht sinnvollerweise gesprochen werden könne.¹⁰⁰⁸ Ausdrücklich abgelehnt wird ein „reiner Gesetzespositivismus“, der die Lückenlosigkeit des Rechts voraussetzen würde.¹⁰⁰⁹ Allerdings sei eine Rechtsfortbildung im eigentlichen Sinne nur bei Lücken im Gesetz denkbar und die Ausbreitung des Lückenbegriffs wird kritisch gesehen.¹⁰¹⁰ Besser sei, von einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zu sprechen, für die dann andere Kriterien gelten müssten, die nicht mehr allein dem Gesetz, sondern nur der Rechtsordnung als einem Sinnganzen entnommen werden könnten, was sich durch die die Spannung zwischen Recht und Gesetz in Art. 20 Abs 3 GG legitimieren lasse.¹⁰¹¹ Auch wenn die Wertungsjurisprudenz damit das geschriebene Recht und die Rechtsordnung als Ganzes zum Ausgangspunkt jeder Auslegung macht, betont sie dennoch die stetige Wandlung und Wandelbarkeit des Rechts jenseits der Gesetzestexte. Insofern besteht schon von der theoretischen Anlage her eine Nähe zu einem „nachpositivistischen“ Rechtsdenken (s.u.), ohne allerdings deren Radikalität auf den ersten Blick zu übernehmen.¹⁰¹²

3. Vorverständnisse, Paradoxien und Ideologie im Recht sowie des Rechts

Obwohl die genannten Ansätze mit dem Prinzipienbegriff jenseits eines strengen rechtspositivistischen Verständnisses auf einen gewissen Einfluss von – zum Teil auch ungeschriebenen – Wertungen verweisen, steht der Prinzipienbegriff dennoch für eine angenommene Ordnung dieser Wertungen oder zumindest die Möglichkeit, diese Ordnungen in einem rationalen Verfahren herzustellen. Im Folgenden ist jedoch auf Ansätze hinzuweisen, die zumindest auf problematische Aspekte dieses Rationalitätsversprechens verweisen oder dieses sogar als ideologisch identifizieren. In den letzteren Fällen werden zumeist gesellschaftliche Mechanismen außerhalb des Rechts als entscheidende Kraft hinter den Rechtsentscheidungen gesehen und oftmals auf die Gefahr verschleierte Machtbeziehungen durch das Mittel des Rechts verwiesen. Andere Ansätze zeigen auf, dass jedenfalls unterschiedliche Weltanschauungen im Recht wirksam sein können, was wiederum als „politischer“ Konflikt gedeutet werden kann.

Insbesondere im deutschen Sprachraum hat die Hermeneutik großen Einfluss gehabt. Die Hermeneutik beruht in ihrer modernen Version vor allem auf den Arbeiten *Martin Heideggers* und seines Schülers, *Hans-Georg Gadamer*. *Heidegger* hat in seiner „Fundamentalontologie“¹⁰¹³ versucht zu zeigen, dass das Sein und das Denken vom Menschen nicht im luftleeren Raum geschehe, sondern von

¹⁰⁰⁵ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, 145, FN 2; kritisch: *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 360: Privatrechtsverständnis sei dadurch wieder offen für eine apriorische Rechtsbegründung.

¹⁰⁰⁶ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 240, 302.

¹⁰⁰⁷ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 18.

¹⁰⁰⁸ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 24 f.

¹⁰⁰⁹ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 66.

¹⁰¹⁰ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 189.

¹⁰¹¹ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 189 ff.

¹⁰¹² Vgl. *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, 123 f.

¹⁰¹³ *Heidegger*, Sein und Zeit, 13.

Voraussetzungen bestimmt und jedes Verstehen somit von Vorverständnissen abhängig sei.¹⁰¹⁴ Vorverständnis meine nicht „Vorurteil“, wie *Larenz/Canaris* herausstellen: „Denn damit drängt sich nach unserem Sprachgebrauch fast unabweisbar die Vorstellung auf, es handle sich dabei um ein ‚falsches‘ Urteil, das dem rechten Verständnis hindernd im Wege steht. So aber ist es gerade nicht gemeint.“¹⁰¹⁵ *Gadamer* hat entsprechend den Begriff des „hermeneutischen Zirkels“ geprägt: Das Bild des Zirkels drückt aus, dass zwischen dem zu interpretierenden Text und dem Vorverständnis des Interpreten eine Wechselwirkung stattfindet.¹⁰¹⁶ Diese Wechselwirkung wird seit *Gadamer* jedoch nicht mehr als methodologisches Problem, sondern als Voraussetzung des Verstehens von Normtexten gesehen.¹⁰¹⁷ Die Hermeneutik kann daher einerseits als Grundlage einer generellen Kritik am herkömmlichen Verständnis richterlicher Subsumtion oder gleichzeitig auch produktiv als Grundlage neuer Methoden herangezogen werden.

In letzter Hinsicht hat sich wohl die Wertungsjurisprudenz verstanden. *Larenz/Canaris* deuten das Vorverständnis als Überlieferungszusammenhang, „in dem die heute geltenden Normen und anerkannten juristischen Denkformen mit der vorausgegangenen Arbeit vieler Juristengenerationen stehen, durch die sie ihre heutige Gestalt erlangt haben oder von der sich die gegenwärtige Jurisprudenz losgemacht hat. In der Tat bildet dieser Überlieferungszusammenhang, in dem nicht nur Gesetze, sondern vor allem auch Gerichtsentscheidungen und dogmatische Erkenntnisse (oder Irrtümer) stehen, den Hintergrund jeder juristischen Interpretation.“¹⁰¹⁸

Die Grundüberlegungen der Hermeneutik wurden von anderen Autoren jedoch in einem radikaleren Sinn gedeutet. Eine Überschätzung der Bedeutung des Normtextes für die richterliche Entscheidungstätigkeit wurde kritisiert und insbesondere *Esser* nahm die Überlegungen zum Ausgangspunkt, um die Rationalität juristischer Entscheidung insgesamt in Zweifel zu ziehen.¹⁰¹⁹ So würden Richter mangels klarer Rangfolge der Auslegungsmittel juristischer Texte letztlich diejenige Interpretation wählen, die ihnen durch die soziale Erfahrung und Lernprozesse während der Ausbildung vorgegeben sei.¹⁰²⁰ Der Richter filtere mithilfe seines Vorverständnisses die relevanten Umstände eines Falles und die geeigneten Normen unbewusst heraus. Trotz der Radikalität dieser Überlegungen schließt *Esser* jedoch nicht aus, dass eine rationale Bindung der Richter durch die Gesetze möglich sei.¹⁰²¹

Auch sog. nachpositivistische Ansätze haben Einsichten aus der Hermeneutik als Grundlage ihrer Arbeit genommen, versuchen jedoch das demokratische Element im Positivismus weiter zu erhalten. Nachpositivistische Ansätze würden so einen reinen Gesetzespositivismus als Karikatur des Positivismus entlarven.¹⁰²² In jeder Interpretation stecke schon ein Stück Rechtsproduktion, jedenfalls sei nicht mehr unterscheidbar, ob nur die Norm dargestellt oder schon das Recht fortgebildet werde.¹⁰²³ Dabei gehe es nachpositivistischen Ansätzen im Gegensatz zu rechtsethischen Ansätzen nicht darum, in jeder Norm ein Bündel von Gründen zu erblicken, das im Einzelfall aufgeschnürt und

¹⁰¹⁴ Vgl. *Potacs*, Rechtstheorie, 81.

¹⁰¹⁵ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 30.

¹⁰¹⁶ *Klatt*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, 224, 247; *Potacs*, Rechtstheorie, 81.

¹⁰¹⁷ *Klatt*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, 224, 247.

¹⁰¹⁸ *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 30.

¹⁰¹⁹ *Klatt*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, 224, 225.

¹⁰²⁰ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 10; vgl. *Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 31; *Klatt*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, 224, 225.

¹⁰²¹ *Klatt*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, 224, 225.

¹⁰²² *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, 123, 126.

¹⁰²³ *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, 123, 132; vgl. auch *Lepsius*, in: Rechtswissenschaftstheorie, 1, 35; *Trute*, GVwR, Bd. 1 § 6 RN 217; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 102, 110: Nach Luhmann legitimiert Recht seine eigene Anwendung selbst, ist insofern normativ und operativ geschlossen. Damit wird eine paradoxe Struktur geschaffen, die nur durch die Zeit, oder: durch dauerndes Prozessieren, am Leben gehalten wird.

durch einen Anwendungskurs gesamtgesellschaftlich zu legitimieren sei.¹⁰²⁴ Die Existenz einer Rechtsetzenden Autorität werde nicht in Zweifel gezogen, nur deren Umfang.¹⁰²⁵ Insofern sehe sich das nachpositivistische Rechtsdenken in einer Tradition der Aufklärung, der Ideologiekritik und der Reflexion über die blinden Flecken des Positivismus.¹⁰²⁶ Zum Teil werden trotzdem von Vertretern Verfahren entwickelt, die die rechtsinterne Rechtsproduktion auffangen und rationalisieren.¹⁰²⁷ Dabei gibt es jedoch auch solche Strömungen, die in der immanenten sprachlichen Unbestimmtheit des Rechts das Potential für Missbrauch durch außerrechtliche Strukturen und Vermachtung sehen.¹⁰²⁸

Damit besteht wiederum eine Nähe zum sog. Rechtsrealismus und den Critical Legal Studies (CLS). Grundsätzlich kommen Rechtsrealismus und CLS aus unterschiedlichen Richtungen. Die zentrale Aussage des amerikanischen Rechtsrealismus oder *legal realism* lautet, dass die Bindung des Richters an das Gesetz eine Fiktion darstelle und seine Person erheblichen Einfluss auf die Entscheidung habe.¹⁰²⁹ Recht entstehe situativ, durch stetige Aushandlung widerstrebender Interessen bzw. durch die Entscheidung des Richters über diese. Vertreter der CLS stimmen damit im Ergebnis überein, sehen jedoch die Unbestimmtheit des Rechts vor allem in der sprachlichen Verfasstheit des Rechts und der – ideologischen – Struktur der Methoden der Rechtsanwendung begründet.¹⁰³⁰ Recht sei konstitutiv von Ambivalenzen und Paradoxien durchzogen.¹⁰³¹ Zum Teil wird daraus ein radikaler Rechts skeptizismus gefolgert, wonach auch die theoretische Möglichkeit ausgeschlossen sei, dass diese Unbestimmtheit methodisch, durch Begründungsverfahren oder kontrollierte Entscheidungsprozesse abgearbeitet werden könne.¹⁰³² Hervorzuheben ist hierbei die Position *Fishes*, der nach *Mattutat* zwar die Unbestimmtheit ebenso als unhintergebar ansieht, dies jedoch nicht als Problem ausmacht: Praktisch seien Richter in ihren Entscheidungen durchaus gebunden, nur nicht durch die Normen der Gesetze, sondern durch die institutionellen Beschränkungen dessen, was überhaupt sinnvoll gesagt und geurteilt werden könne.¹⁰³³ Dies hänge letztlich von der Interpretationsgemeinschaft als Ganzem und damit auch vom politischen Diskurs in der Gesellschaft ab.

In gewisser Hinsicht lässt sich in der Perspektive, Recht sei unhintergebar unbestimmt, schon der Vorwurf der Ideologie herauslesen, insbesondere wenn – wie die Rechtsrealisten und die CLS, aber auch Autoren wie *Fish* und einige nachpositivistische Autoren – politische, gesellschaftliche Kräfte als die wesentlichen Treiber hinter den Rechtsentscheidungen ausgemacht werden, die mithilfe des scheinbar rationalen Apparats des Rechts die bestehenden Verhältnisse absichern und Ungerechtigkeiten zementieren würden.¹⁰³⁴ Der Begriff der Ideologie ist kein fester, er hat sich ideengeschichtlich gewandelt von einer philosophisch-wissenschaftlichen Betrachtung von Ideen als solchen bei *Destutt de Tracy*,¹⁰³⁵ hin zu einem Begriff des gesamtgesellschaftlichen Verblendungszusammenhangs im Marxismus. Insbesondere im 20. Jahrhundert wurde der

¹⁰²⁴ *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, 123, 128.

¹⁰²⁵ *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, 123, 130 f.

¹⁰²⁶ *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, 123, 134.

¹⁰²⁷ *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, 123, 133.

¹⁰²⁸ *Forgó/Somek*, in: Neue Theorien des Rechts, 123, 134.

¹⁰²⁹ *Beck/Marschelke* in: Handbuch Rechtsphilosophie, 284.

¹⁰³⁰ *Beck/Marschelke* in: Handbuch Rechtsphilosophie, 284.

¹⁰³¹ *Frankenberg*, in: Neue Theorien des Rechts, 171, 182: Bsp. *Kennedy*, Harvard Law Review 1976, 1685 f.

¹⁰³² *Frankenberg*, in: Neue Theorien des Rechts, 171, 182.

¹⁰³³ *Mattutat*, KJ 2016, 496, 503.

¹⁰³⁴ So auch: *Sypnowich*, Law and Ideology, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/law-ideology/>, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021, 2.

¹⁰³⁵ *Rehmann*, Einführung in die Ideologietheorie, 20 f.; *Sypnowich*, Law and Ideology, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/law-ideology/>, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021, 1.

Absolutismus, der in den Theorien des Marxismus liegt, jedoch zum Teil abgeschwächt. Ideologien können danach im Plural vorliegen, aus dem gesamtgesellschaftlichen Verblendungszusammenhang wird politische Motivation. Ideologien aus letzter Perspektive können sich dann trotzdem im Recht wiederfinden, allerdings eher als theoretische Vorverständnisse, „Sozialmodelle“ oder „Rechtsparadigmen.“¹⁰³⁶

Der Marxismus wird hier als Überbegriff für mehrere Theorien und Autoren wie *Karl Marx*, *Friedrich Engels*, *Georg Lukács*, *Antonio Gramsci* und *Louis Althusser* verwendet.¹⁰³⁷ Auch wenn sich die Theorien in ihren Ideologiebegriffen unterscheiden, ist ihnen dennoch gemein, Ideologien als gesamtgesellschaftliches Phänomen zu sehen, die ein falsches Bild der Gesellschaft erzeugen und gleichzeitig durch dieses Bild die Reproduktion der gesellschaftlichen Bedingungen ermöglichen würden.¹⁰³⁸ Wesentlich geht es in diesen Theorien um den Kapitalismus als ein System, das den Besitzenden Macht über die Besitzlosen verschaffen würde und die in diesem Verhältnis liegende Ungerechtigkeit ständig (re-)produziere. Der Marxismus weist in dieser Sichtweise einen Absolutheitsanspruch auf und ist in seiner ursprünglichen Version mit einer geschichtlichen Teleologie verbunden, wonach die Widersprüche des Kapitalismus letztlich zu deren eigenen Überwindung führen würden. Die Ideologie in der Gesellschaft weise danach eine Doppelnatur auf: Sie bezeichne zum einen die Unwahrheit der Verhältnisse, bzw. deren verkehrtes Bild (*camera obscura*), sei gleichzeitig jedoch ein produktiver Schleier und als Teil des Apparats keine bloße Fiktion: Insbesondere im Recht würde durch Konzepte subjektiver Rechte und formaler Gleichheit ein Bild erzeugt, was zur gleichen Zeit sowohl wahr als auch falsch sei.¹⁰³⁹ Es sei falsch, sofern es die wahren Verhältnisse verschleierte und bspw. die formale Gleichheit im Recht eine faktische Ungleichheit abstütze; es sei gleichzeitig wahr, sofern es praktisch funktioniere, die Idee einer Gesellschaft von Gleichen in den Köpfen etablierte und bspw. im Recht immer wieder auf diese Idee rekurriere.

Insgesamt lässt sich von einem „radikalen“ Ideologiebegriff sprechen.¹⁰⁴⁰ Die Rationalität des Rechts wird insgesamt als illusorisch bezeichnet und als Produkt bestehender Machtverhältnisse entlarvt. Das Ergebnis ist damit sehr ähnlich zu rein rechtskritischen Ansätzen wie dem Rechtsrealismus und der CLS, auch wenn der Fokus anders gesetzt ist. Die rechtskritischen Ansätze verwenden keinen eigentlichen Ideologiebegriff, weil dieser nicht notwendig ist. Im Vordergrund steht die Unbestimmtheit des Rechts. Im Marxismus ist die Unbestimmtheit des Rechts dagegen nur ein Nebenprodukt des viel größeren gesellschaftlichen Apparats des Kapitalismus' und der Ideologiebegriff geht mit einem schweren theoretischen Ballast einher.

¹⁰³⁶ Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 116 zu theoretischen Vorverständnissen in der Grundrechtsinterpretation; Wieacker, Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, 6: Sozialmodell als Interdependenz zwischen dem Geist der Rechtsordnung und der Struktur der Gesellschaft; Habermas, Faktizität und Geltung, 472, 473 f., der die Begriffe Sozialideal, Sozialmodell, soziale Vision, Theorie und gesellschaftstheoretisches Hintergrundverständnis als Synonym für seinen Begriff des Rechtsparadigmas verwendet.

¹⁰³⁷ Vgl. allgemein zum Überblick: Rehmann, Einführung in die Ideologietheorie.

¹⁰³⁸ Bei Lukács ist es der Begriff der Verdinglichung, bei Gramsci der Alltagsverstand und bei Althusser die ideologischen Staatsapparate. Marx/Engels haben keinen expliziten Ideologiebegriff verwendet, was zu unterschiedlichen Interpretationen und Weiterentwicklungen ihrer Texte führte: einem kritischen Begriff als falsches Bewusstsein, einem neutralen Begriff als generelle Weltanschauung und einer Konzeption, die das Ideologische als ein Ensemble von „Apparaten“ und Praxisformen versteht, Rehman, Einführung in die Ideologietheorie, 24.

¹⁰³⁹ Vgl. auch Jaeggi, in: Was ist Kritik, 266, 272; Sypnowich, Law and Ideology, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/law-ideology/>, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021, 2.

¹⁰⁴⁰ Sypnowich, Law and Ideology, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/law-ideology/>, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021, 2.

Moderne Versionen haben den Ideologiebegriff von dem starren Bezug auf eine gesamtgesellschaftliche Maschinerie gelöst. Ideologien würden danach allgemeiner Ideen selbst bezeichnen, allerdings mit bestimmten Eigenschaften. Sie seien Überzeugungssysteme, hätten weniger einen epistemischen, sondern einen politischen Sinn und seien damit auf praktische Handlungen ausgelegt, bzw. durch praktische Konsequenzen beschrieben.¹⁰⁴¹ Ideologien würden somit eine Sichtweise auf das soziale Geschehen aufbauen und normativ wirken, indem sie bestimmte Möglichkeitsräume absteckten.¹⁰⁴² Vergleichbar dazu ist die von *Beck* ausgemachte „politische“ Komponente von Gefährdungsaussagen. Die Frage der Kausalität sei niemals auf eine bloße Tatsachenaussage reduzierbar, sondern enthalte immer auch eine normative Komponente der sozialen Zuschreibung einer zufälligen oder einer systematischen Beziehung.¹⁰⁴³

An dieser Perspektive auf Ideologien ist vor allem problematisch, wie eine Kritik von Ideologien funktioniert, bzw. ob und wie eine solche gerechtfertigt ist, bzw. gerechtfertigt werden kann. So wird neben anderen der Begriff der Genealogie ins Spiel gebracht. Die genealogische Methode würde enthüllen, wie bestimmte normative Ideale geschichtlich entstanden seien, bzw. auf deren Kontingenz hinweisen.¹⁰⁴⁴ Die Aufgabe von Kritik könne dann schon sein, auf den normativen Charakter bestimmter Deskriptionen hinzuweisen.¹⁰⁴⁵ Problematisch an dieser Methode sei jedoch, dass diese „parasitär“ funktioniere, da sie letztlich selbst keine normativen Kriterien liefere, wie diese Ideale zu beurteilen seien.¹⁰⁴⁶ Dies sei jedoch möglich anhand einer immanenten Kritik. Eine solche würde auf der einen Seite auf die epistemische Richtigstellung bestimmter Auffassungen über das soziale Geschehen zielen und gleichzeitig auf eine normative, emanzipatorische Veränderung.¹⁰⁴⁷ Eine solche Kritik speise sich insbesondere aus den Selbstwidersprüchen von Ideologien.¹⁰⁴⁸ Aus den „widersprüchlichen Bewegungsmuster der Wirklichkeit“ würden neue Ideale entwickelt, bzw. bestehende Ideale transformiert.¹⁰⁴⁹ Ideologiekritik würde keine Widersprüche „entdecken“, diese würden sich vielmehr durch praktische Probleme „melden.“ Insofern ginge es um Entwicklungs- und Lernprozesse, wie bspw. der Entwicklung des Begriffs positiver Freiheit.¹⁰⁵⁰

Abschließend soll noch auf eine in jüngerer Zeit vermehrt diskutierte Unterscheidung zwischen der Politik und dem Politischen in der politischen Philosophie hingewiesen werden. Mit dem Begriff des Politischen soll eine Ebene bezeichnet werden, die quasi das politische Tagesgeschehen transzendiere und die institutionelle Ordnung der Politik als solche infrage stelle.¹⁰⁵¹ Ausgangspunkt der Unterscheidung zwischen dem Politischen und der Politik sei ein sog. „Postfundamentalismus.“¹⁰⁵² Dieser gehe davon aus, dass in der Moderne die Legitimität des gesellschaftlichen Ganzen nicht mehr ungefragt hingenommen, sondern notwendig bestritten sei.¹⁰⁵³ Anders gesagt, gebe es in der Gesellschaft als Ganzem keine letzten Gewissheiten mehr. Dies bedeute jedoch nicht, dass die Suche

¹⁰⁴¹ *Jaeggi*, in: Was ist Kritik, 266, 268; *Sypnowich*, Law and Ideology, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/law-ideology/>, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021, 1.

¹⁰⁴² *Jaeggi*, in: Was ist Kritik, 266, 268.

¹⁰⁴³ *Beck*, Risikogesellschaft, 36.

¹⁰⁴⁴ *Honneth*, Pathologien der Vernunft, 57, 61.

¹⁰⁴⁵ *Jaeggi*, in: Was ist Kritik, 266, 281.

¹⁰⁴⁶ *Honneth*, Pathologien der Vernunft, 57, 63; *Jaeggi*, in: Was ist Kritik, 266, 280; vgl. auch *Joas*, Die Sakralität der Person, 13 f.: Möglich sei eine „affirmative Genealogie“, das Aufzeigen der Kontingenz müsse keine zersetzende Wirkung haben; a.a.O., 163: bei intensiven Wertbindungen seien nicht Begründungen konstitutiv, sondern Erfahrungen, die ein Gefühl der subjektiven Evidenz bei affektiver Intensität hervorriefen.

¹⁰⁴⁷ *Jaeggi*, in: Was ist Kritik, 266, 277.

¹⁰⁴⁸ *Jaeggi*, in: Was ist Kritik, 266, 284.

¹⁰⁴⁹ *Jaeggi*, in: Was ist Kritik, 266, 286.

¹⁰⁵⁰ *Jaeggi*, in: Was ist Kritik, 266, 288 f.

¹⁰⁵¹ Vgl. *Flügel-Martinsen*, Befragungen zum Politischen, passim; *Marchart*, Die politische Differenz, passim.

¹⁰⁵² *Marchart*, Die politische Differenz, 13 f.

¹⁰⁵³ *Marchart*, Die politische Differenz, 16 f.

nach Gewissheiten, die Legitimation des gesellschaftlichen Ganzen als Problem verschwunden sei. Vielmehr trete der Fundamentalismus darin auf, dass es ein Spiel konkurrierender Legitimations- oder Gründungsversuche gebe.¹⁰⁵⁴ Dieser grundlegende Konflikt drücke sich aus im Begriff des Politischen. Zum Teil wird das Politische als notwendigerweise antagonistisch, zum Teil als institutionell demokratisch gedeutet; einige Autoren verstehen dies als einen ethischen Aufruf, sich zu positionieren.¹⁰⁵⁵

Bezogen auf die Frage, welchen Einfluss Wertungen im Recht haben, ist der Begriff des Politischen insofern relevant, als er behauptet, dass das Verhältnis unterschiedlicher Weltanschauungen oder – übertragen auf das Recht formuliert – Ideologien, Sozialmodelle oder theoretischer Vorverständnisse, aber auch quasi epistemologischer Fragen sozialer Ordnung und sozialer Kausalitäten nicht rein theoretisch sei, nicht rein austauschbar, sondern dass damit fundamentale Überzeugungen verbunden seien, die letztlich immer auch gesamtgesellschaftliche Relevanz haben; dass eine Auseinandersetzung in diesen Fragen eben immer auch „politisch“ sei. Der Begriff des Politischen ist dem der Ideologie näher – wenn die theoretische Anlage auch anders gesetzt ist. Zudem ist der Fokus ein anderer. Die Frage der Kritik wird nicht in ihrer Legitimation untersucht, sondern auf bestehende Konfliktlagen im gesellschaftlichen Leben hinsichtlich prinzipieller Überzeugungen hingewiesen.

4. Übertragung auf das vorliegende Vorhaben

Eine These dieser Arbeit lautet, dass der Privatrechtsliberalismus als ungeschriebene Wertung die Gesetzesauslegung beeinflusst. Damit einher geht die Annahme, dass das geschriebene Recht die Auslegung niemals völlig vorherbestimmt, sondern dass erst die Auslegung das geschriebene Recht konkretisiert und dass dies sowohl ein sprachlicher als auch ein sozialer Vorgang ist. Diesen Prozess, also die Auslegung, beeinflussen unter anderen auch Geisteshaltungen oder eben Prinzipien. Der Begriff des Prinzips verweist auf keine sprachlogische Unterscheidung, sondern meint lediglich eine Form abstrakter Wertungen, die zum Teil in das Recht eingeschrieben sind und als Wertentscheidung abstrahiert werden können, zum Teil jedoch ebenso von „außen“ das Textverständnis und den Blick auf den Fall beeinflussen. Der Prinzipienbegriff setzt hier nicht die Idee einer bruchlosen Ordnung des Rechts voraus, welche durch die Prinzipien quasi als elementare Kräfte repräsentiert würden oder unter Ausschluss gesellschaftspolitischer Zwecke eine (theoretisch) einzig richtige Entscheidung ermöglichen. Der Prinzipienbegriff, wie er hier verstanden wird, verweist auf unauflösbare Spannungen, die praktisch in vielen Fällen gerade nicht logisch-philosophisch bearbeitet werden, sondern abhängig von gesellschaftlichen Stimmungen und politischen Haltungen sind. Es soll nicht behauptet werden, dass das Recht reiner Schein sei und wesentlich gesellschaftliche Vorgänge das Recht vorherbestimmen. Es soll jedoch auf einen Zusammenhang unterschiedlicher Vorannahmen und damit auch Weltbilder mit der Rechtsauslegung hingewiesen werden. Die Rationalität rechtlicher Bearbeitung liegt in diesen Fällen oftmals zunächst – lediglich oder wenigstens – in der Möglichkeit, diese Konflikte sichtbar zu machen.

Das Prinzip des Privatrechtsliberalismus in dieser Arbeit wird folglich hier nicht nur einfach als Wertung verstanden, sondern als hermeneutisches Vorverständnis, als Ideologie und als „politisch“, in dem Sinne, dass es sich hierbei um keine austauschbare Theorie handelt, sondern um einen Teil des fundamentalen Konflikts über das grundlegende Ordnungsverständnis in dieser Gesellschaft. Eine Position hierzu einzunehmen, den Privatrechtsliberalismus als Ideologie darzustellen und (immanent) zu kritisieren – indem seine Geschichtlichkeit dargestellt und bestimmte Auffassungen über das soziale Geschehen epistemisch richtig gestellt werden –, zielt dann aber auch schon unmittelbar auf eine Transformation des bestehenden Rechts.

¹⁰⁵⁴ Marchart, Die politische Differenz, 17.

¹⁰⁵⁵ Flügel-Martinsen, Befragungen zum Politischen, 159 f.; Marchart, Die politische Differenz, 87 f.; für eine eher ethische Dimension: Badiou, Ist Politik denkbar?, 89.

III. Kulturtheoretischer Ansatz

Schon in den Begrifflichkeiten des „Vorverständnisses“, des „Politischen“ als etwas dem Gesellschaftlichen spannungsreich zugrunde liegenden, auch im Begriff der „Genealogie“ wird wiederum eine Denktradition angerissen, die hier nicht nur die methodische Annahme bezüglich der Struktur des Rechts prägt, sondern auch die Analyse und Kritik des hier so bezeichneten Privatrechtsliberalismus als solche bestimmt. Diese Arbeit ist stark von einem Ansatz beeinflusst, der von *Reckwitz* als „kulturtheoretisch“ beschrieben wird.¹⁰⁵⁶ In diesem Begriff liegt zum einen eine sehr starke sog. poststrukturalistische Denktradition – repräsentiert nicht nur, aber sehr prominent, durch die Arbeiten *Michel Foucaults*¹⁰⁵⁷, auf die sich *Reckwitz* in seinen Arbeiten immer wieder bezieht –, allerdings ist die grundlegende Überlegung sehr viel verbreiteter.¹⁰⁵⁸ Im Begriff der kulturtheoretischen Analyse kommt allgemein der Gedanke zum Tragen, dass die Strukturen der Moderne, die Fragen des politischen Zusammenlebens und der Legitimität individuellen und gesellschaftlichen Handelns von kulturellen und historisch bedingten Vorstellungen und Anschauungen beeinflusst sind.¹⁰⁵⁹ Auch jenseits der poststrukturalistischen Theorie findet bspw. die Überlegung Zustimmung, dass die Trennung eines rein „formalen“ Freiheitsverständnisses von einem „materialen“ Freiheitsverständnis praktisch nicht haltbar sei, sondern jedes scheinbar rein formale Freiheitsverständnis seinerseits materialer Kriterien bedürfe, um zu bestimmen, was auch formal als Freiheitseinschränkung gelte.¹⁰⁶⁰ In der Definition von Zwang und Entscheidungsfreiheit würden letztlich kulturelle Vorstellungen und zeitbedingte gesellschaftliche Anschauungen Ausdruck finden.

Es sind wiederum die schon angesprochenen Überlegungen zum „Politischen“, die darauf verweisen, dass diese – kulturellen – Anschauungen für das Individuum, für die individuelle Identität, eine wesentliche Bedeutung haben. Insofern allerdings liegen diese kulturellen Anschauungen und historisch bedingten Vorstellungen nicht einheitlich für eine Epoche vor, entsprechen keiner klaren Linie, sondern sind sowohl in sich konfliktbehaftet als auch zwischen den einzelnen Menschen umstritten und Ausdruck konkurrierender Begründungsmuster über die wesentliche Zusammenhänge des Zusammenlebens und die Mechanismen der Welt als solcher.¹⁰⁶¹ Der kulturtheoretische Ansatz

¹⁰⁵⁶ Vgl. *Reckwitz*, in: Politikwissenschaft als Kulturwissenschaft, 33 f.; *ders.*, Kreativität und soziale Praxis, 139 f.; vgl. auch *ders.*, Die Erfindung der Kreativität, 49, dort allerdings noch mit dem Begriff des „Dispositivs“ nach *Foucault* operierend, in der Sache aber schon auf dieselbe Denktradition verweisend.

¹⁰⁵⁷ Vgl. nur *Foucault*, Die Ordnung der Dinge, passim; *ders.*, Die Geburt der Biopolitik, passim; für Einzelheiten im hierauf folgenden Teil.

¹⁰⁵⁸ Schon der poststrukturalistische Ansatz selbst ist wiederum wesentlich durch die Arbeiten *Heideggers* geprägt, auf dessen Arbeiten im Rahmen der Hermeneutik schon hingewiesen wurde. Auch *Reckwitz* weist für seinen Begriff auf eine Vielzahl parallel verlaufenden Überlegungen hin, so explizit auch auf die Arbeiten *Charles Taylors* (in: Politikwissenschaft als Kulturwissenschaft, 33, 36).

¹⁰⁵⁹ Vgl. hierzu *Reckwitz*: „Ausgehend von der Entdeckung, dass die moderne Politik jenseits der Oberfläche von Interessen, prozeduralen Normen und expliziten Steuerungsprogrammen implizite oder unbewusste kulturelle Codes besonderer Art verarbeitet und notwendig voraussetzt (...)“ (in: Politikwissenschaft als Kulturwissenschaft, 33, 34); „Umgekehrt fordert sie [die poststrukturalistische Perspektive, B.M.] dazu auf, die kulturelle Konstitution des Sozialen (auch) in der Moderne zu rekonstruieren, die Eingebundenheit dieser ‚Strukturen‘ in Ensembles von sinnhaft regulierten Praktiken und Diskursen, in deren Kontext sie (...) erst ihre scheinbar allgemeingültige Form erhalten können. Die poststrukturalistische Perspektive auf die Moderne ist in diesem Sinne eine kulturtheoretische, eine historisch-kontextualisierende (...)“ (Kreativität und soziale Praxis, 145).

¹⁰⁶⁰ Vgl. *Taylor*, Negative Freiheit?, 118, 130; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 61 FN 274; vgl. auch *Auer*, die dies als einen der unauflösbaren Grundwidersprüche des normativen Individualismus bezeichnet (Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 27; *dies.*, AcP 216 (2016), 239, 251, 258).

¹⁰⁶¹ Vgl. hierzu wieder *Reckwitz*: „Es geht ihr [der poststrukturalistischen oder kulturtheoretischen Perspektive, B.M.] nicht darum, hermeneutisch-phänomenologisch bestimmte ‚Sinnfundamente‘ der modernen Gesellschaften freizulegen, die dann ihrerseits stabil wären, sondern darum, diese diskursive Konstitution der

nimmt daher nicht für sich in Anspruch, das monolithische Begründungsmuster „klassischer“ Modernisierungstheorien durch ein anderes zu ersetzen, als vielmehr auf Abhängigkeiten und wechselseitige Einflüsse von „gesellschaftlichen“, „historischen“ Entwicklungen einerseits und kulturellen Praktiken, ethischen Begründungen andererseits zu verweisen und in letzteren wiederum innere Brüche, Paradoxien und Subversionen aufzudecken.¹⁰⁶²

Der kulturtheoretische Ansatz nimmt eine bestimmte Form der Kritik damit schon vorweg. Gleichbedeutend mit dem Begriff der Genealogie (s.o.) zeigt dieser Ansatz die Geschichtlichkeit bestimmter Wertungen und funktioniert als Form der Ideologiekritik, indem der Ansatz den Ideologien ihre Selbstverständlichkeit nimmt und stattdessen auf deren „Gemachtheit“ im historischen Rückblick verweist.

Eine besondere Bedeutung für die vorliegende Arbeit hat hier die Vorstellung oder das Bild der „natürlichen“ Ordnung. Prominent hat *Foucault* davon gesprochen, dass der Liberalismus viel eher ein „Naturalismus“ gewesen sei.¹⁰⁶³ Dabei ist die Verbindung der frühneuzeitlichen Naturwissenschaft, des sog. Rationalismus nicht nur mit der Philosophie der Aufklärung, sondern auch mit der Wirtschaftstheorie, dem Recht oder der Staatstheorie allgemein anerkannt.¹⁰⁶⁴ Über den Beitrag *Foucaults* vor diesem Hintergrund lässt sich daher streiten. Festgestellt werden kann, dass *Foucault* die geisteswissenschaftlichen Hintergründe zum Teil anders liest, diese Hintergründe in jedem Fall mit einem anderen Ansatz verbindet. *Foucault* sieht in der Zeit und dem Denken des frühen Liberalismus, insbesondere in der Betonung der „Natur“, eine Form der Freiheitsproduktion am Werk und damit eine „Gouvernementalität“, also eine Form der „Selbstregierung“.¹⁰⁶⁵ Auch wenn der Begriff der „Gouvernementalität“ hier nicht weiterverfolgt wird, stützt sich der wesentliche Gedanke zur Kritik des Privatrechtsliberalismus auf die Einschätzung *Foucaults*. Operiert wird in dieser Arbeit mit dem Begriff der Ideologie, der die politische Implikation im Begriff der Selbstregierung ebenfalls aufgreift.¹⁰⁶⁶ Es soll gezeigt werden, dass die „Natur“, auf die sich im Privatrechtsliberalismus bezogen wird, tatsächlich eine Erfindung darstellt und dass diese Erfindung zudem mit einer politischen Implikation einhergeht. Während *Foucault* sehr abstrakt und mehr philosophisch von „Selbstregierung“ und produzierter Freiheit spricht, wird hier vor allem auch der historische Kontext der Entwicklung des Bildes der „Natur“ im liberalen Denken nachgezeichnet und zugleich die gesellschaftliche Funktion dieses Bildes und der politische Zusammenhang verdeutlicht. Insofern besteht wiederum ein Bezug zu den Arbeiten *Karl Polanyis*, der die regulatorischen Umstellungen insbesondere in England im 18. Jahrhundert als bedeutenden Einschnitt im Sinne einer „großen Transformation“ gedeutet hat.¹⁰⁶⁷ Die historische Rückschau zeigt zugleich auch die Ambivalenz des scheinbar „liberalen“ Zeitalters auf. Auch wenn der Liberalismus nicht nur als politische Bewegung klar zutage trat, war sein Einfluss oftmals geringer, als die Rede von der liberalen Ideologie nahelegen würde. Es ist Teil der historischen Methode, auf die unterschiedlichen Phasen, Brüche und Gegenbewegungen insbesondere der Rechtsentwicklung in Deutschland und dort insbesondere des

Moderne selber als einen Ort von ergebnisoffenen Kämpfen, Widersprüchen, Fissuren und Diskontinuitäten bezüglich gesellschaftlicher Wissensordnungen zu analysieren.“ (Kreativität und soziale Praxis, 145).

¹⁰⁶² *Reckwitz*, Kreativität und soziale Praxis, 150.

¹⁰⁶³ *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 94; vgl. auch *Lemke*, Eine Kritik der politischen Vernunft, 185 f.; *Vogel*, Das Gespenst des Kapitals, 47, der aufbauend darauf die These der von ihm sog. „Oikodizee“ entwickelt.

¹⁰⁶⁴ Vgl. allgemein *Lemke*, Eine Kritik der politischen Vernunft, 159; *Vogel*, Das Gespenst des Kapitals, 31 f.; für die Philosophie, speziell zu *Hobbes: Kersting*, in: Politische Philosophie des Sozialstaats, 17, 25; *Taylor*, Hegel, 480; für das Recht und die Staatstheorie: *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 11; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 44; speziell für die Wirtschaftstheorie: *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 46 f.

¹⁰⁶⁵ *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 97 f.

¹⁰⁶⁶ Vgl. aber kritisch zur Überführung des Ideologie- in den „Wissens“-Begriff: *Rehmann*, Einführung in die Ideologietheorie, 141: Überallgemeinheit, bei der jede kritische Spezifik verloren gegangen sei.

¹⁰⁶⁷ *Polanyi*, The Great Transformation, 59 f.

Aktienrechts aufmerksam zu machen, um die Selbstverständlichkeit der Vorstellung eines kontinuierlichen, ungebrochenen Projekts der Liberalisierung seit dem 19. Jahrhunderts, das von einigen Autoren nach wie vor behauptet wird, zu entkräften. Dabei harrt diese Arbeit nicht allein in der historischen Rückschau. Der Einfluss der Ideologie der „natürlichen“ Ordnung soll auch in aktuellen Entwicklungen verdeutlicht werden, insbesondere in den Umstellungen des Aktienrechts seit den 1990er Jahren.

Den Begriff des Naturalismus als Kern seiner Rechtskritik hat ebenfalls *Menke* in jüngerer Zeit mehrfach aufgenommen, vor allem in seinem Buch „Kritik der Rechte“. *Menke* geht diesem Naturalismus allerdings nicht aus kulturtheoretischer Perspektive nach, sondern in einer philosophischen Untersuchung der „Form“ des von ihm so bezeichneten bürgerlichen subjektiven Rechts, inspiriert durch die systemtheoretische Unterscheidung von Recht und „Nichtrecht“.¹⁰⁶⁸ Auch wenn *Menkes* Kritik, wie auch vergleichbar dazu die Kritik *Loicks*, in der Sache später aufgenommen¹⁰⁶⁹ und auch geteilt wird, verfolgt diese Arbeit *Menkes* Überlegungen im Detail jedoch nicht weiter.

§ 9 Historisch-kulturelle Entwicklung des politischen Liberalismus

Der politische Liberalismus ist nicht einfach eine Philosophie, sondern in besonderem Maße eine historisch-kulturelle Erscheinung. Man muss ihn im Zusammenhang mit der sozialen, wirtschaftlichen und politischen Situation sehen, als ein wirtschaftendes Bürgertum alte Ordnungsansprüche und -vorstellungen mit neuen Ideen angriff. Dabei ist der Liberalismus auch viel stärker, als dies auf den ersten Blick scheinen mag, ein Erbe des Mittelalters, als eine natürliche, proto-wissenschaftliche Ordnung an die Stelle Gottes tritt. In diesem geometrischen Gleichgewichtsmodell ist die Freiheit des Einzelnen zwar der unverzichtbare Ausgangspunkt jeder Vorstellung von Recht, sie ist aber in einem utopischen Raum positioniert, der zu keinem Zeitpunkt den tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnissen angemessen war und dessen Perspektive auf die Wirklichkeit schon im 19. Jahrhundert abgelöst wurde.

Allgemein muss der politische Liberalismus zudem in Zusammenhang mit dem gesehen werden, was Historiker als Neuzeit oder auch als Moderne bezeichnen. Grob lässt sich vom Beginn der Neuzeit ab dem 12. Jahrhundert sprechen, der eigentliche Beginn ist jedoch das Ende des Mittelalters und der Beginn der Phase des Absolutismus ab dem 16. Jahrhundert. Der eigentliche Privatrechtsliberalismus entstand im bürgerlichen Zeitalter ab dem 18. Jahrhundert. Mit Ende des 19. Jahrhunderts setzte die erste Krise des politischen Liberalismus ein und eine Zeit deutlicherer staatlicher Interventionen begann, die in den Kriegs- und Kriegsfolgejahren zu Beginn des 20. Jahrhunderts nur noch verschärft wurden.

I. Mittelalter

Das Mittelalter bezeichnet grundsätzlich die Zeit ab dem Ende der Antike und dem Beginn der Neuzeit, also grob die Zeit zwischen dem 6. und dem 15. Jahrhundert. Als Ende der Antike gilt der „Untergang“ des Weströmischen Reiches im 5. Jahrhundert.¹⁰⁷⁰ Nicht nur das Territorium zerfiel in Teilbereiche,

¹⁰⁶⁸ *Menke*, Kritik der Rechte, 87: „Selbstreflexion des Rechts“, 101 f.; in diese Richtung auch *Loick*, Juridismus, 41, 222 unter Bezug auf Hegel.

¹⁰⁶⁹ Im Ergebnis kritisiert *Menke* die Entsittlichung und scheinbare Entpolitisierung des bürgerlichen subjektiven Rechts, die in der „Legalisierung des Natürlichen“ zugleich das Faktische, das Nichtrechtliche als etwas Rechtliches überhaupt erst produziere und dadurch in der Sache „diszipliniere“ (Kritik der Rechte, 32, 33, 58, 88, 144); vgl. *Loick*, Juridismus, 41, 222: Das Recht isoliere den Menschen von der Wirklichkeit, der sozialen und politischen Welt und den wirklichen Bedingungen der Freiheit.

¹⁰⁷⁰ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 42.

auch die römische Gesellschaftsordnung und Kultur lösten sich auf. Über die Jahrhunderte angesammeltes Wissen verlor sich schon über wenige Generationen. Die Einwohnerzahl Roms sank allein zwischen den Jahren 400 und 450 n. Chr. von ca. 800.000 auf ein Viertel, auf 200.000.¹⁰⁷¹ Der Historiker und Archäologe *Ian Morris* schätzt, dass der Entwicklungsstand, den Rom zu den Hochzeiten hatte, im Westen erst in den 1690er Jahren wieder erreicht wurde.¹⁰⁷²

Die mittelalterliche Sozialordnung gründete sich gedanklich auf die Religion, praktisch wurde sie durch die Kirche und den Feudalismus geprägt.¹⁰⁷³ Die Religion und die Vorstellung eines göttlichen Schöpfungsplans durchdrang alle Lebensbereiche, auch der Feudalismus wurde als Teil der göttlichen Schöpfung verstanden. Individuelle Freiheit war in diesem Konzept nicht denkbar, genauso wenig wie ein autonomer Bereich des Politischen.¹⁰⁷⁴ Der auf der göttlichen Wahrheit gegründeten Ordnung hatte sich jede geistliche und weltliche Autorität unterzuordnen. *Grimm* fasst dies treffend zusammen: „Da Gott selbst als Urheber der Ordnung betrachtet wurde, konnte keine irdische Gewalt eine Position über diese Ordnung für sich beanspruchen. Infolge ihres göttlichen Ursprungs war die geltende Ordnung vielmehr zugleich die gerechte Ordnung. Irdische Autoritäten dienten nur der Aufrechterhaltung und Durchsetzung dieser Ordnung. Mit ihrer Herstellung oder Veränderung hatten sie nichts zu tun.“¹⁰⁷⁵

In dieser Ordnung hatte insbesondere die Wirtschaft noch keinen eigentlichen Platz. Ökonomische Auffassungen gehörten, wenn überhaupt, in den Bereich der Theologie.¹⁰⁷⁶ *Roellecke* schreibt dazu: „Wirtschaft war sozusagen kein Problem. Ein Problem waren Reichtum und Armut. Aber das hatte die Theologie prinzipiell gelöst. Beide waren Prüfungen Gottes auf der irdischen Pilgerschaft zur ewigen Seligkeit. Der Reichtum prüfte den Reichen auf seine Milde und Freigiebigkeit, die Armut den Armen auf seine Gottergebenheit. Im Übrigen war Wirtschaft eine Frage der Gerechtigkeit. Gerechter Tausch, gerechter Preis, gerechter Lohn, das waren die Themen (...)“¹⁰⁷⁷

Im frühen Mittelalter war der Handel wenig ausgeprägt, es wurde überwiegend naturalwirtschaftlich produziert.¹⁰⁷⁸ Die ökonomische Basis bildeten die Bauern, die als Leibeigene vom Grundherrn persönlich abhängig waren. Gewerbe, Handel und Finanzwesen gewannen jedoch an Einfluss, sobald die Bedeutung der Städte wuchs.¹⁰⁷⁹ Die Regelung dieser Aufgabe übernahmen im Mittelalter Gilden, Zünfte und Innungen für Kaufleute und Handwerker, die eine gewisse Autonomie und politische Mitwirkungsmöglichkeiten in den Städten erhielten.¹⁰⁸⁰ Dies schloss auch Rechtsprechungs- und Rechtssetzungsbefugnisse ein.

Die Kirche besaß praktisch ein Bildungsmonopol, nahezu alle „Wissenschaftler“ dieser Zeit waren Mönche.¹⁰⁸¹ Erste Ansätze einer wissenschaftlichen Gemeinschaft bildeten sich unter den sog. Scholastikern, womit im Mittelalter üblicherweise die Gelehrten und Professoren bezeichnet wurden. Sie sprachen die gleiche Sprache – Latein – und erhielten die gleiche Bildung.¹⁰⁸² Nach und nach rezipierten die Scholastiker die in lateinischer Übersetzung zugänglichen Schriften *Aristoteles* und kommentierten und entwickelten dessen Ansichten über Handel und Handelsgewinn als „etwas

¹⁰⁷¹ *Morris*, *Wer regiert die Welt?*, 310.

¹⁰⁷² *Morris*, *Wer regiert die Welt?*, 453.

¹⁰⁷³ *Grimm*, *Bürgerliche Gesellschaft*, 54; *Roellecke*, *Der Staat 1991*, 379, 381; *Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens*, 42.

¹⁰⁷⁴ *Grimm*, *Bürgerliche Gesellschaft*, 54.

¹⁰⁷⁵ *Grimm*, *Bürgerliche Gesellschaft*, 54.

¹⁰⁷⁶ *Herzog*, *Markets*, in: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/markets/>, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021, 2.; *Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens*, 42.

¹⁰⁷⁷ *Roellecke*, *Der Staat 1991*, 379, 383.

¹⁰⁷⁸ *Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens*, 42.

¹⁰⁷⁹ *Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens*, 42.

¹⁰⁸⁰ *Roellecke*, *Der Staat 1991*, 379, 383.

¹⁰⁸¹ *Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens*, 42.

¹⁰⁸² *Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens*, 42.

Niedriges“ im Vergleich zur Landwirtschaft und Handwerk weiter, ebenso wie die Lehre vom gerechten Preis als Ausdruck ausgleichender Gerechtigkeit im Tausch.¹⁰⁸³

Die mittelalterliche Rechtsordnung war vom weltlichen sog. „Kaiserrecht“ und dem Kirchenrecht überwölbt; konkret orientierte man sich aber vorrangig an Dorf-, Land- und Stadtrechten, Lehnrechten, speziellen Berufs- und Standesrechten, sowie zahlreichen Privilegien und Sonderrechten.¹⁰⁸⁴ Mangels entwickelter Kommunikationsstrukturen- bzw. Kommunikationsmittel gab es keine zentrale Rechtssetzungssinstanz.¹⁰⁸⁵ Wieder *Grimm*: „Die Rechtssetzungsbefugnis war praktisch auf zahlreiche, voneinander unabhängige und untereinander gleichberechtigte lokale Gewalten verteilt, die Konflikte untereinander im Wege der Fehde austrugen, ohne darin von Papst und Kaiser als Rudimente einer Zentralgewalt wirksam beschränkt zu sein.“¹⁰⁸⁶ Kaiserrecht war das überlieferte römische Recht, dessen Rezeption nie vollständig abgebrochen war und eine besondere Autorität genoss.¹⁰⁸⁷ Trotzdem war das Recht in der Vorstellung der Zeit nicht geteilt. Wie die gesamte Gesellschaftsordnung war das Recht Teil des einheitlichen theologischen Kosmos, der dem Ganzen und jedem Einzelnen seinen Platz in der Welt zuwies.

II. Beginn der Neuzeit

Die Frage, wann die Neuzeit eigentlich begann, lässt sich historisch nicht eindeutig festlegen. Grundsätzlich wird noch die Zeit bis zum Ende des 15. Jahrhunderts als sog. Spätmittelalter bezeichnet.¹⁰⁸⁸ *Stolleis* nennt jedoch Argumente, früher anzusetzen, um Langzeitprozesse und die Verschiebung der gesellschaftlichen Grundlagen zu erkennen.¹⁰⁸⁹ Schon im 12. und 13. Jahrhundert könne man die Entstehung einer verrechtlichten Weltkirche, eine zunehmende Verschriftlichung der Kommunikation, der Politik und des Rechts, die Entstehung von Stadtlandschaften, die Verdichtung der Bevölkerung und signifikanter technischer Neuerungen wie etwa Uhren, Wind- und Wassermühlen, Verbesserungen im Schiffsbau und in der Architektur beobachten. *Grimm* weist zudem auf die Entstehung des Fernhandels und ausgeweiteter Kommunikation – auch durch die Kreuzzüge und die Entdeckungen – hin und damit auf eine Frühform des Kapitalismus.¹⁰⁹⁰

Für die Rechtsgeschichte beginne nach *Stolleis* die Neuzeit mit der Wiederentdeckung der sog. Digesten im 12. Jahrhundert, der 533 n. Chr. in Ostrom (Byzanz) unter dem damaligen Kaiser *Justinian* in Kraft gesetzten „Kodifikation“ oder „Kompilation“ des römischen Rechts.¹⁰⁹¹ Ab Mitte des 12. Jahrhunderts an habe zunächst in Bologna, dann in Padua und Pavia, später in ganz Europa die Tätigkeit der „Juristen“ begonnen. *Jansen* legte jüngst die These vor, schon mit der Entwicklung dieser sog. Legistik – indem die römischen Texte interpretiert, erklärt und gelehrt wurden – habe sich in Verbindung mit der höheren Bildung eine spezifische juristische Rationalität ausgebildet und damit erstmals ein selbstständig operierendes juristisches Teilsystem der Gesellschaft im Sinne der Systemtheorie.¹⁰⁹² Die Bedeutung der Juristen lässt sich ab dem 13. Jahrhundert auch daran ablesen, dass gelehrte Juristen in steigendem Umfang bei allen Rechtsfragen hinzugezogen wurden und wichtige Posten als Ratgeber, Gutachter, Verhandlungsführer und Diplomaten erhielten, schrittweise auch als Richter.¹⁰⁹³

¹⁰⁸³ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 43 f.

¹⁰⁸⁴ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 23.

¹⁰⁸⁵ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 54.

¹⁰⁸⁶ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 54 f.

¹⁰⁸⁷ *Stolleis*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 46, 47.

¹⁰⁸⁸ Vgl. *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 168; *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 45.

¹⁰⁸⁹ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 10.

¹⁰⁹⁰ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 55.

¹⁰⁹¹ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 11.

¹⁰⁹² *Jansen*, Rechtswissenschaft und Rechtssystem, 14 f.

¹⁰⁹³ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 21.

Jedenfalls hat sich durch diese Rezeption des römischen Rechts das entwickelt, was über Italien, Frankreich, die Niederlande und Deutschland zum „gemeinen“ (allgemeinen) Recht Süd- und Westeuropas geworden ist. *Stolleis*: „Am Ende nannte man die Summe der Texte das Corpus Iuris Civilis und entwickelte aus ihm die allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Erst im 18. und 19. Jahrhundert wurde es europaweit durch nationale Gesetzbücher ersetzt.“¹⁰⁹⁴

Hierbei ist ein geläufiges Missverständnis auszuräumen. Nach einer Definition *Ulpian*s ließe sich das Recht in öffentliches und privates Recht teilen, je nachdem, ob es um die Ordnung des Staatswesens gehe, oder um die Interessen des Bürgers (vgl. sog. Interessentheorie).¹⁰⁹⁵ Doch schon die Römer verstanden das Recht nicht als kategorisch zweigeteilt.¹⁰⁹⁶ Nach *Bullinger* spreche viel dafür, dass dies nur ein Begriffsschema für eines von mehreren möglichen schulmäßigen Einteilungen des Rechts gewesen sei.¹⁰⁹⁷ Einen systematischen Trennungsgedanken habe es nicht gegeben: Teilweise sei mit *ius publicum* alles staatlich gesetzte -, teilweise nur Staatsrecht gemeint.¹⁰⁹⁸ Insbesondere habe es keine systematische Unterscheidung im Recht selbst zwischen dem privaten Leben und dem Gemeinwesen gegeben: Rechtsregeln hätten teilweise unbefangen für jedermann, sowohl den Amtsträger als auch den *pater familias* Anwendung gefunden.¹⁰⁹⁹ Durch die Unterscheidung ließe sich auch keine Klagemöglichkeiten bestimmen. Diese hänge vom materiellen Rechtsanspruch ab, also ob diesem eine Klageformel zur Verfügung stand.¹¹⁰⁰

Erst recht lässt sich im Mittelalter keine Zweiteilung des Rechts feststellen, was sich auch durch die stärkere Rezeption des römischen Rechts nicht geändert hatte.¹¹⁰¹ Vor allem zahlreiche Sonderregeln bestimmten zunächst das Recht, wobei die spezielle Regel der allgemeineren vorging. Erst wo spezielle Regeln fehlten, zog man das gemeine Recht oder Kaiserrecht heran. Dieses Rangverhältnis drehte sich jedoch mit der Zeit zugunsten des gemeinen Rechts um, je mehr studierte Juristen die Auslegung des Rechts bestimmten. Aber auch das *ius civile* umfasste das gesamte Recht und ordnete die Lebensbeziehung; sowohl der Bürger untereinander als auch zwischen Gemeinwesen und Bürger.¹¹⁰² Zum Beispiel gehörte das Strafrecht bei schweren Straftaten zur öffentlichen, bei kleineren Delikten zur privaten Sphäre, in der man einen Ausgleich durch „Bußen“ suchte.¹¹⁰³ Ein „öffentlicher Strafanspruch“ wurde erst langsam erhoben, genauso wie eine Trennung zwischen Privatklagen und „Offizialverfahren“. *Horowitz* zeigt ein weiteres Beispiel aus England. Noch im 16. Jahrhundert hätten englische Richter Steuern nicht als staatliche Forderung begriffen, sondern als „privates“ Geschenk.¹¹⁰⁴ Insgesamt war noch weder ein „Staat“ noch eine von diesem losgelöste „Gesellschaft“ vorstellbar.¹¹⁰⁵

III. Ende des Mittelalters

Mit Ende des 15. und während des 16. Jahrhunderts setzte sich auch auf dem Gebiet des deutschen Reiches eine neue Gesellschaftsordnung durch. So, wie sich diese anderweitig schon früher herauskristallisiert hatte, war sie auch im deutschen Reich die Kulmination unterschiedlicher Entwicklungen, die zum Teil ebenfalls schon früher eingesetzt hatten. Im Ganzen führten die

¹⁰⁹⁴ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 11.

¹⁰⁹⁵ *Stolleis*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 46.

¹⁰⁹⁶ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 13; *Stolleis*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 46.

¹⁰⁹⁷ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 13; vgl. auch *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 60: nur lehrhaft-theoretische Bedeutung.

¹⁰⁹⁸ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 14.

¹⁰⁹⁹ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 15.

¹¹⁰⁰ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 15.

¹¹⁰¹ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 21.

¹¹⁰² *Stolleis*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 54.

¹¹⁰³ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 22.

¹¹⁰⁴ *Horowitz*, University of Pennsylvania Law Review 1982, 1423.

¹¹⁰⁵ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 48.

Entwicklungen jedoch zu einem komplizierten Wechselspiel zwischen Denken und Handeln. Es vermehrten sich die Probleme, die von der bestehenden Ordnung nicht zu bewältigen waren. Die räumliche und vor allem funktionale Ausweitung politischer Herrschaft ebenso wie die Konzentration von Hoheitsrechten in der Hand der Landesherren war die Folge.¹¹⁰⁶

Treiber dieser Entwicklung war zum einen der Bedeutungsverlust des Adels, bzw. des Ritterstands, der materiell und sozial schwand.¹¹⁰⁷ Die Ritterheere wurden von neuen Söldnerheeren als stehende Heere der Landesfürsten abgelöst, bedingt auch durch die Entwicklung neuer Kriegstechnik wie dem Schießpulver. Das städtische Leben blühte auf, doch ebenso wuchsen mit dem dichteren Zusammenleben die Probleme, da sich in den Städten ein neues gesellschaftliches Klima ausbildete, das mit einem größeren Freiheitsanspruch einherging.¹¹⁰⁸ Zudem schwand der weltliche Einfluss der Kirche. Die Einheit der Kirche brach mit der Reformation auseinander und was den Kirchen an weltlichem Einfluss verloren ging, fiel den fürstlichen Landesherren zu.¹¹⁰⁹ Diese begannen, ihre Herrschaft im neuen sog. Territorialstaat zu intensivieren. Gleichzeitig wuchs die Bedeutung des städtischen Bürgertums.¹¹¹⁰ Mit zunehmendem Handel wurde dieses reicher und mit den großen Fernhandelshäusern bildete sich ein Geldadel aus, der begann, sich in die Politik miteinzumischen. Die neuen Aufgaben, die den Landesfürsten zukamen, ging mit einem wachsendem Geldbedarf einher, der wiederum nur über die Stände zu sichern war, denen das Steuerbewilligungsrecht zukam.¹¹¹¹

Die administrative Bewältigung dieser neuen Aufgaben gelang durch die schon zuvor eingesetzte Verschriftlichung, die auch zu einer Verschriftlichung und Bürokratisierung der Herrschaft insgesamt führte; der Ausbildung eines von den traditionellen Lehensträgern unterschiedenen Beamtentums, das auch durch das Studium des römischen Rechts ausgebildet war; und dem Streben nach dem Gesetzgebungsmonopol.¹¹¹²

Das sog. gute, alte Recht löste sich auf.¹¹¹³ Es galt die neue Regel, dass das neuere Gebot das ältere ersetzt, während vorher das ältere Recht als das würdigere galt.¹¹¹⁴ Dies drehte das gesamte Rechtsgebäude um. Diese Relativierung des alten, römischen Rechts durch die neue, gesetzgebende „Staatsgewalt“ wurde auch dadurch unterstützt, dass das traditionell als in sich konsistent empfundene römische Recht durch die humanistische Philologie Risse bekommen hatte: Man sah jetzt nicht mehr einen einheitlichen Text, sondern verschiedene Autoren. Statt des sakralen Einheitsrechts sah man sich einer überlieferten, historischen Textmasse gegenüber.¹¹¹⁵

IV. Absolutismus

Das neue Zeitalter, das das Mittelalter ablöste, wird gemeinhin als Zeitalter des sog. Absolutismus bezeichnet, wobei dies vor allem für Deutschland gilt; in den Niederlanden entstand aus der Unabhängigkeit von der spanischen Krone bereits im Jahr 1581 eine Republik und in England wurde bereits im 17. Jahrhundert die konstitutionelle Monarchie eingeführt. Man kann jedoch auch allgemeiner von der Frühen Neuzeit sprechen – andere sprechen vom Polizeistaat¹¹¹⁶ oder vom

¹¹⁰⁶ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 55.

¹¹⁰⁷ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 55; *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 169; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 23.

¹¹⁰⁸ *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 169.

¹¹⁰⁹ *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 169; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 23.

¹¹¹⁰ *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 169; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 23.

¹¹¹¹ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 55.

¹¹¹² *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 56; *Stolleis*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 51 f.

¹¹¹³ *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 169.

¹¹¹⁴ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 24

¹¹¹⁵ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 25.

¹¹¹⁶ *Kaufmann*, in: Staatsaufgaben, 15, 20.

Merkantilismus.¹¹¹⁷ Auf den ersten Blick beschreibt der Begriff des Absolutismus' nur einen Wechsel in der politischen Ordnung: Grundsätzlich konzentrierten sich die Herrschaftsrechte, die im Mittelalter über mehrere, kleinere und voneinander unabhängige lokale Gewalten sowie die Kirche verteilt waren, nun in den Händen einzelner Landesherrn. Die soziale Ordnung hatte sich – auf den ersten Blick – jedoch nicht wesentlich verändert: Es galt noch immer das Ständerecht und das Lehenswesen hatte weiter Gültigkeit.

Bei genauerem Hinsehen ist das Bild jedoch komplexer. Politisch hatten nicht nur die Landesherrn an Bedeutung gewonnen, auch das (städtische) Bürgertum hatte nun einen deutlichen Einfluss. Die Ausweitung der Herrschaftsrechte der Landesherrn darf zudem nicht nur quantitativ und sozusagen politisch betrachtet werden, entscheidend ist vor allem der qualitative Unterschied. Handel und wirtschaftliche Betätigung jenseits der Naturalwirtschaft hatten sich im Vergleich zum Mittelalter ausgeweitet und die Bedeutung der Städte wuchs. Neue Ordnungsprobleme und -lösungen und eine gänzlich neue Vorstellung davon, was Ordnung für die Menschen bedeutete, kennzeichneten die neue Zeit. Begleitet wurde dies mit einem neuen wissenschaftlichen Geist, der schließlich in den naturwissenschaftlichen Revolutionen des 17. Jahrhunderts mündete. Der „Bruch“ mit dem Mittelalter darf jedoch nicht absolut verstanden werden. Viele der Entwicklungen hatten ihren Anfang schon im Mittelalter und nicht erst mit dem Ende des 15. Jahrhunderts. Ebenso brauchte es noch seine Zeit, bis der wissenschaftliche Geist die Menschen auch auf individueller Ebene befreien konnte. Eine wirkliche Zäsur bildeten die konfessionellen Bürgerkriege.¹¹¹⁸ Sie führten zu gänzlich neuen Bedingungen der Regeln und Strukturen des gemeinsamen Zusammenlebens sowie der Vorstellungen darüber.

1. Die neue Ordnung

Ein wesentliches Merkmal des Absolutismus war das Leitbild der sog. „Guten Policey.“ Darunter wurde jedoch mehr verstanden, als heutzutage mit dem Begriff assoziiert wird. Es bedeutete: geordnete Herrschaftsstrukturen, Nahrung und Wohlstand, Gefahrenvorsorge und Gefahrenbekämpfung, eine teils fürsorgliche und eine teils repressive Sozialpolitik, Aufbau eines Schulwesens, einer ärztlichen Versorgung, aber auch Bekämpfung von „Unmoral“ und Pflege des Kirchenwesens.¹¹¹⁹ Aus Sicht des Mittelalters waren diese Aufgaben grundsätzlich neu, vor allem, soweit diese nun zentral von einer Stelle und professionell mit einem sich aufbauenden Beamtenwesen übernommen wurde. Begonnen hatte diese neue Ordnung jedoch bereits im Mittelalter in den Städten. Die räumlichen Voraussetzungen, das enge Zusammenleben zwang zu vielfachen Geboten und Verboten, auch damals schon im Namen der „guten Policey.“¹¹²⁰ Darunter fielen bspw. das Verteidigungswesen, Feuerbekämpfung, Wasserversorgung, Sauberkeit, Gesundheit, Sittlichkeit, Unterbindung von Verschwendung, Wahrung der Distanzen zwischen den „Ständen“ und vieles mehr. Parallel zur Monopolisierung ihrer Macht erhöhten die Landesherrn vom 16. bis zum 18. Jahrhundert die Regelungsdichte und die Intensität der Durchsetzung.¹¹²¹

Ebenso schon im Mittelalter eingesetzt, aber im Zeitalter des Absolutismus erweitert und ausgebaut wurde die Rationalität der Herrschaft. Die Landesherrn wandelten sich vom sog. Richterkönig, also der obersten Rechtssprechungsinstanz, zur Gesetzgebungsinstanz. Es entstand ein voluntativer und politischer Gesetzesbegriff, der jedoch von Anfang an in gewisser Spannung zum Rechtsverständnis der Richter stand.¹¹²² Bspw. lässt sich auf den sog. *référé législatif* des französischen Absolutismus

¹¹¹⁷ Ziegler, Geschichte des ökonomischen Denkens, 47.

¹¹¹⁸ Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 56; Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland, 27.

¹¹¹⁹ Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland, 48.

¹¹²⁰ Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland, 48; vgl. auch Wiethölter, Rechtswissenschaft, 169.

¹¹²¹ Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland, 48.

¹¹²² Vgl. Hofmann, Das Recht des Rechts, 9 f.

verweisen: Dieser sah vor, dass bei Zweifeln in der Gesetzesauslegung die Richter am Hof selbst nachfragen mussten, wie das Gesetz auszulegen sei.¹¹²³ Nicht nur machten die neuen Aufgaben neue Gesetze notwendig, auch die Rationalität der alten Quellen wurde fraglich. Es zeigte sich das Bedürfnis, der gesamten Rechtsordnung ein rationales, im neuen Geist der Mathematik und Naturwissenschaften stehendes Gepräge zu geben.¹¹²⁴ War das ursprüngliche Wissen über die „gute Ordnung“ im Mittelalter noch von moralischen und religiösen Normen durchwirkt, wuchs bald das Spezialwissen im Bereich der Landwirtschaft, der Forstwirtschaft, dem Bergbau, Handel, fabrikmäßig betriebenen Gewerbe, Finanzwesen und Statistik. Die Rationalität der Herrschaft wurde zudem durch die schon zuvor eingesetzte Verschriftlichung erleichtert. Dies führte zu einer Verschriftlichung und Bürokratisierung der Herrschaft insgesamt, vor allem durch den Aufbau eines von den traditionellen Lehensträgern unterschiedenen Beamtentums,¹¹²⁵ ausgebildet an den mit der Zeit an den Universitäten entstehenden speziellen Vorlesungen zu den jeweiligen Einzelthemen. Der einzelne Beamte konnte schon nicht mehr über das Wissen für alle Bereiche verfügen.¹¹²⁶ Den finanziellen Bedarf für diese Aufgaben sicherten der Ausbau des Steuerwesens und der Finanzverwaltung.¹¹²⁷

Im Absolutismus entstand zudem erstmals so etwas wie eine Wirtschaftspolitik: Zum einen durch Leistungen für die Infrastruktur, zum anderen durch die Polizey-Ordnungen als generelle Regelungen und Privilegien als Ausnahme von den ständischen Normen.¹¹²⁸ In diese Zeit fällt der sog. Merkantilismus, der vom Ende des 16. Jahrhundert bis zur Mitte des 18. Jahrhundert tonangebend war.¹¹²⁹ Der Merkantilismus ist keine eigentliche Theorie oder Schule, sondern bezeichnet vor allem ein Bündel wirtschaftspolitischer Leitvorstellungen, deren gemeinsames Ziel darin bestand, den nationalen Reichtum und die Staatsmacht zu fördern bzw. zu stärken.¹¹³⁰ Einzelne Fragen wurden jedoch durchaus kontrovers diskutiert und manche Positionen über die Zeit verändert. Zum Teil finden sich in der merkantilistischen Literatur auch Ansätze, die dieser Politik eine theoretische Begründung gegeben haben. Insgesamt lässt sich daher vom ersten, mehr oder weniger systematischen Gebäude ökonomischen Denkens sprechen.¹¹³¹

Der Merkantilismus verstand sich als eine Form von Machtpolitik mit den Mitteln der Wirtschaft. Grundmaxime merkantilistischer Wirtschaftspolitik war damit die Unterordnung ökonomischer Interessen unter staatliche Interessen und die Regulierung der Wirtschaft durch staatliche Eingriffe.¹¹³² Dabei gingen die Merkantilisten noch davon aus – im Gegensatz zu den späteren Physiokraten –, dass die Dinge unendlich flexibel und regelbar seien.¹¹³³ Vor allem wurde eine autonome Rationalität der Wirtschaft konzeptuell noch nicht mitgedacht.¹¹³⁴ Trotzdem rückten, zur Unterstützung der staatlichen Machtpolitik, die Quellen des nationalen Reichtums in den Fokus.¹¹³⁵ Entsprechend der ökonomischen und politischen Situation entstanden in den einzelnen Ländern unterschiedliche Varianten des Merkantilismus: In England waren es vorrangig Fragen des Außenhandels, in Deutschland eher verwaltungs- und finanzwirtschaftliche Probleme (sog. Kameralismus) und in Frankreich „gewerbe-

¹¹²³ Hofmann, Das Recht des Rechts, 10 f.

¹¹²⁴ Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland, 25.

¹¹²⁵ Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 56; Stolleis, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 53.

¹¹²⁶ Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland, 51.

¹¹²⁷ Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland, 48.

¹¹²⁸ Roellecke, Der Staat 1991, 379, 387.

¹¹²⁹ Ziegler, Geschichte des ökonomischen Denkens, 47.

¹¹³⁰ Ziegler, Geschichte des ökonomischen Denkens, 48.

¹¹³¹ Ziegler, Geschichte des ökonomischen Denkens, 48.

¹¹³² Ziegler, Geschichte des ökonomischen Denkens, 48.

¹¹³³ Lemke, Eine Kritik der politischen Vernunft, 170.

¹¹³⁴ Lemke, Eine Kritik der politischen Vernunft, 168.

¹¹³⁵ Ziegler, Geschichte des ökonomischen Denkens, 46.

bzw. industriepolitische“ Aspekte (sog. Colbertismus).¹¹³⁶ Grundsätzlich lassen sich zwei Felder der merkantilistischen Politik unterscheiden: Außen- und Binnenwirtschaft. Für die Außenwirtschaft war der Gedanke maßgeblich, dass nur eine aktive Handelsbilanz den nationalen Reichtum fördere: Werde der Exportüberschuss in Form von Edelmetallen (Münzen oder Barren) eingelöst, so wachse damit der Reichtum der Nation.¹¹³⁷ Insofern standen Exportkontrolle und die Förderung der Ausfuhr inländischer Güter im Vordergrund – durch vielfältige Maßnahmen von Zollerstattungen (sog. Rückzöllen), Ausfuhrprämien, vorteilhaften Handelsverträgen bis hin zur Gründung von Kolonien. Die Binnenwirtschaft wurde ebenso gefördert, durch Verlängerung der Arbeitszeiten und eine expansive Bevölkerungspolitik, durch Ausweitung der Landwirtschaft und des Bergbaues und insbesondere durch Förderung des Handels und Eröffnung neuer Gewerbe.¹¹³⁸ Mit dem Mittel der Privilegien konnten somit Wirtschaftsreformen und Erneuerungen angestoßen werden, indem eine „Gewerbeansiedelungspolitik“ verfolgt wurde, mit Hilfe von Steuernachlässen, Krediten, Zuschüssen sowie der Vergabe von Monopolstellungen.¹¹³⁹ Im Fokus standen die Manufakturen. Im Gegensatz zu dem im Mittelalter verbreiteten Verlagssystem, in dem Arbeiter in Heimarbeit beschäftigt wurden, fassten die Manufakturen eine große Zahl von Arbeitern in einer arbeitsteilig organisierten Produktionsstätte zusammen.¹¹⁴⁰ Ziel war insbesondere, über den lokalen Markt hinaus für den offenen Markt zu produzieren und sich von ausländischen Produkten unabhängig zu machen.

2. Das neue Denken

Für das vorliegende Vorhaben ist der Absolutismus, der Beginn der Neuzeit vor allem für den radikalen Wandel im Denken bedeutsam. Kennzeichen des Mittelalters war der theologische Kosmos, der sowohl das individuelle als auch das gemeinschaftliche Leben bestimmte. Recht und Moral waren deckungsgleich, Ordnung nichts in der Gemeinschaft Herzustellendes, sondern durch die Religion Vorausgesetztes und somit nur durch die geistlichen und irdischen Autoritäten Weitergeleitetes. Wirtschaft als Problem existierte nicht.

Mit der Neuzeit löste sich dieses Denken auf und die Menschen standen nun ihrer totalen Kontingenz gegenüber.¹¹⁴¹ Obwohl viele Veränderungen, die den Beginn der Neuzeit eingeläutet, bzw. die mittelalterliche Ordnung einem immer stärkeren Anpassungsdruck ausgesetzt hatten, zum Teil schon viel früher einsetzten als mit dem Ende des 15. Jahrhunderts, ist es für *Grimm* die Glaubensspaltung des frühen 16. Jahrhunderts, an der die alte Ordnung zerbrochen sei.¹¹⁴² Die konfessionellen Bürgerkriege hätten die elementaren Voraussetzungen des menschlichen Zusammenlebens aufgehoben. In den Lehren bspw. *Martin Luthers* (1483-1546) wurde nicht nur das katholische Lehramt und die katholische Hierarchie angegriffen, sondern mit seiner sog. Zwei-Reiche-Lehre konnte die irdische Ordnung überhaupt nicht mehr religiös gerechtfertigt werden.¹¹⁴³ Die Welt erschien dadurch nicht mehr als göttliche Ordnung, sondern als selbstbezügliche Aufgabe und die Menschen hatten sie selbst in Ordnung zu halten.¹¹⁴⁴ Nach *Grimm* konnte jedenfalls nach der Glaubensspaltung die neue Ordnung nur irdischen Ursprungs sein.¹¹⁴⁵

Entscheidend für die Neuzeit im Gegensatz zum Mittelalter ist eine völlig neue Vorstellung dessen, wie das Leben der Menschen auf der Erde funktioniert, wie sich dies gerecht gestalten lässt, oder besser:

¹¹³⁶ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 47.

¹¹³⁷ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 48.

¹¹³⁸ *Roellecke*, Der Staat 1991, 379, 385.

¹¹³⁹ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 48.

¹¹⁴⁰ *Roellecke*, Der Staat 1991, 379, 385; *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 48.

¹¹⁴¹ Vgl. auch *Wetz*, Hans Blumenberg zur Einführung, 30.

¹¹⁴² *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 56.

¹¹⁴³ *Roellecke*, Der Staat 1991, 379, 384.

¹¹⁴⁴ *Roellecke*, Der Staat 1991, 379, 385.

¹¹⁴⁵ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 57.

das Fehlen einer solchen Vorstellung und die kontinuierliche Suche, die kontinuierliche Begründung neuer Wege.¹¹⁴⁶

Konkret ist Ordnung dadurch aktiv herzustellen, das gemeinschaftliche Leben muss aktiv besorgt werden. Losgelöst von religiösen Kriterien wird Politik als etwas Selbstständiges überhaupt erst denkbar und erfordert, neue Kriterien für diese eigenständige Rationalität zu entwickeln.¹¹⁴⁷

Oftmals in diesem Zusammenhang wird der Begriff der Staatsräson genannt. Der Begriff entstand im Umkreis des Florentiner Politikers *Niccolò Machiavelli* (1469- 1527'), der dafür plädierte, dass Politik von der Religion getrennt werden müsse und Staatsmänner daher auch Betrug und Gewalt einsetzen dürften.¹¹⁴⁸ Entsprechend meinte Staatsräson, im politischen Kampf die eigenen und die fremden Kräfte nüchtern zu kalkulieren (*ragione* = Vernunft, Grund) und die Ziele des Gemeinwesens zu verfolgen, ohne auf Religion und Moral mehr als nur taktisch Rücksicht zu nehmen.¹¹⁴⁹

Auch wenn dies nicht dem *common sense* entsprach, zeigt dies dennoch exemplarisch, dass das Gemeinwohl nicht mehr im Rahmen der göttlichen Ordnung als unveränderliche Größe wahrgenommen wurde, sondern nach Zeit und Umständen variieren konnte.¹¹⁵⁰ In den Fokus rückte ein neues Wissen, das sich in den naturwissenschaftlichen Entdeckungen anzukündigen und darauf zu verweisen schien, dass die Welt von allgemeinen Gesetzen regiert sei, die intelligibel und mit den Regeln der Logik, der Grammatik und der Mathematik aufschlüsselbar seien.¹¹⁵¹ *Michel Foucault* beschreibt diese Zeit als zunächst von Vorstellungen der Ähnlichkeiten, dann solchen der Klassifikation („Tableau“) geprägt.¹¹⁵² In diesem Sinne wäre die Welt von ewige Wahrheiten bestimmt, die sich strukturell vergleichbar in den unterschiedlichsten Gebieten hätten aufzeigen lassen können. Ebenso wie die Begebenheiten in der Natur, wurde der Staat als eine Art natürliches Objekt betrachtet, der eine Kenntnis seiner Eigenheiten und der Voraussetzungen seiner Regierung qua Einsicht ermöglichte.¹¹⁵³ Das Bild vom „Staat als Maschine“ tauchte auf.¹¹⁵⁴ Danach sollte der Staat konstruiert sein wie ein Uhrwerk, das pünktlich nach „Naturgesetzen“ funktionierte.¹¹⁵⁵ Entscheidend für die Zeit war daher der Begriff der Polizey als Inbegriff der Wohlfahrtsmehrung (s.o.).¹¹⁵⁶ In diesem Begriff spiegelte sich ein neues Verhältnis des Staates zu den Individuen. Glück und Wohlstand waren danach nicht mehr nur das Resultat einer guten Regierung, sie waren überhaupt erst die Voraussetzung, damit

¹¹⁴⁶ Für *Blumenberg* ist die humane Selbstbehauptung der Neuzeit die geschichtliche Antwort auf den theologischen Absolutismus des Spätmittelalters, nach der Gott die absolute Souveränität über die Welt gehabt hätte, diese dem Menschen aber dadurch uneinsehbar und letztlich kontingent erschienen sei, vgl. *Wetz*, *Hans Blumenberg zur Einführung*, 29 f.

¹¹⁴⁷ Vgl. *Grimm*, *Bürgerliche Gesellschaft*, 57; *Lemke*, *Eine Kritik der politischen Vernunft*, 157 f.

¹¹⁴⁸ *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 29.

¹¹⁴⁹ *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 29.

¹¹⁵⁰ *Grimm*, *Bürgerliche Gesellschaft*, 60

¹¹⁵¹ *Lemke*, *Eine Kritik der politischen Vernunft*, 159; *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 44; *Vogel*, *Das Gespenst des Kapitals*, 31 f.

¹¹⁵² *Foucault*, *Die Ordnung der Dinge*, 46 f., 78 f.

¹¹⁵³ *Lemke*, *Eine Kritik der politischen Vernunft*, 162; *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 40 f.; *Vogel*, *Das Gespenst des Kapitals*, 31 f.

¹¹⁵⁴ *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 45.

¹¹⁵⁵ „Schon bei einer Uhr, die sich selbst bewegt, und bei der jeder etwas verwickelten Maschine kann man die Wirksamkeit der einzelnen Teile und Räder nicht verstehen, wenn sie nicht auseinandergenommen werden und die Materie, die Gestalt und die Bewegung jedes Teiles für sich betrachtet wird. Ebenso muß bei der Ermittlung des Rechts des Staates und der Pflichten der Bürger der Staat zwar nicht aufgelöst, aber doch gleichsam als aufgelöst betrachtet werden, d.h. es muß richtig erkannt werden, wie die menschliche Natur geartet ist, wieweit sie zur Bildung des Staates geeignet ist oder nicht, und wie die Mensch sich zusammenschließen müssen, wenn sie eine Einheit werden wollen.“, *Hobbes*, *Vom Menschen. Vom Bürger. Elemente der Philosophie II/III*, 67 f., Zitat nach *Vogel*, *Das Gespenst des Kapitals*, 32.

¹¹⁵⁶ *Christoph Möllers*, *Staat als Argument*, 194.

ein Staat existieren und stark im Sinne der Staatsräson sein konnte.¹¹⁵⁷ Bevölkerung als ein Objekt sowie Bevölkerungsgesundheit und Bevölkerungswachstum wurden entdeckt.¹¹⁵⁸

Entscheidend veränderte sich die Vorstellung vom Recht. Die Einheit von Recht und Gerechtigkeit als Ausdruck des theologischen Kosmos' war zerbrochen.¹¹⁵⁹ Höchste Rechtsquelle war jetzt nicht mehr die Religion, sondern der Wille des Herrschers.¹¹⁶⁰ Dieser war gleichsam Gesetz und das Bild des fürstlichen Gesetzgebers löste die Figur des königlichen Richters ab. Damit einher ging jedoch auch, dass alles positive Recht dem Wort des Herrschers im Rang nachging und die Gebote der göttlichen Ordnung in das sog. *forum internum* verwiesen wurden, also nur noch moralisch, als Gewissensbindung des Fürsten galten.¹¹⁶¹ Der Gesetzesbegriff war insofern kein rationaler, sondern ein rein voluntativer und politischer. Auch war mit diesem neuen Gesetzesbegriff noch nicht der Anspruch verbunden, die alten Quellen zu verdrängen und die Masse des Rechtsstoffs, der noch immer über unterschiedliche Bereiche und Textquellen zersplittert war, zu vereinheitlichen.¹¹⁶² Die Vorstellung des staatlichen Gesetzgebungsmonopols, im Sinne einer allgemeinen, abstrakten und flächendeckenden Gesetzgebung, bricht sich erst allmählich Bahn.

Gleichzeitig wurde das Recht als Ganzes jedoch weiter systematisiert und insgesamt entstand das Bedürfnis wie auch der Anspruch, der gesamten Rechtsordnung ein rationales, im neuen Geist der Mathematik und Naturwissenschaften stehendes Gepräge zu geben.¹¹⁶³ Im 16. und 17. Jahrhundert wurden die Quellen des römischen Rechts durch die humanistische Philologie kritisch ausgelegt und stärker als zuvor in theoretische, rechtliche Systeme überführt.¹¹⁶⁴ Die konfessionellen Streitigkeiten führten zudem dazu, dass Machtfragen sich immer stärker auch als Rechtsfragen darstellten.¹¹⁶⁵ Erstmals wurde das Erfordernis eines öffentlichen Rechts diskutiert, um die neuen Verfassungsfragen zu lösen.¹¹⁶⁶ Man sah einen Unterschied zwischen dem Privatrecht als einem System weithin formaler, von der politischen Ordnung wesentlich unabhängiger Rechtsregeln – wie es von der Gemeinrechtswissenschaft in römisch-rechtlicher Tradition ausgebildet war – und dem Recht der Polizeiordnungen, das die privaten Lebensverhältnisse aus der konkreten politischen, wirtschaftlichen und sozialen Situation heraus ordnete.¹¹⁶⁷ Obwohl damit funktional Unterschiede herausgearbeitet wurden, wurden teils ausdrücklich Rechtsvorstellungen des Privatrechts für die anderen Bereiche übernommen, worin sich noch immer die mittelalterliche Vorstellung eines innerlich einheitlichen Gemeinwesens ausdrückte.¹¹⁶⁸ Insofern lässt sich von getrennten Wissensgebieten sprechen, die sich rechtssystematisch jedoch erheblich überschneiden und auf einen gemeinsamen Bestand (privatrechtlicher) Rechtsregeln zurückgriffen.¹¹⁶⁹

Die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht begann jedoch im Naturrecht – oder auch Vernunftrecht oder Recht der Aufklärung, eine trotz der vielfältigen Unterschiede gemeine

¹¹⁵⁷ Lemke, Eine Kritik der politischen Vernunft, 165.

¹¹⁵⁸ Lemke, Eine Kritik der politischen Vernunft, 167.

¹¹⁵⁹ Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 57.

¹¹⁶⁰ Hofmann, Das Recht des Rechts, 9.

¹¹⁶¹ Hofmann, Das Recht des Rechts, 9.

¹¹⁶² Hofmann, Das Recht des Rechts, 10.

¹¹⁶³ Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland, 25.

¹¹⁶⁴ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 16.

¹¹⁶⁵ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 21.

¹¹⁶⁶ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 23; Stolleis, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 49.

¹¹⁶⁷ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 25.

¹¹⁶⁸ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 26 f.

¹¹⁶⁹ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 30.

Bezeichnung für die entsprechenden Autoren zwischen dem 16. und 18. Jahrhundert¹¹⁷⁰ – eine neue Implikation zu erlangen. Auch wenn die gemeinschaftliche Grundorientierung genauso wie das Überdauern religiöser Elemente blieb, trat nun stärker eine individualistische Perspektive hervor, die schon auf die liberale Staatstheorie vorauswies.¹¹⁷¹ Das Vernunftrecht nahm für sich in Anspruch, allein aus Vernunftprinzipien klare Regeln für das menschliche Zusammenleben entwickeln zu können, wobei darunter nicht mehr im Sinne der Weltvernunft ein Synonym für das Göttliche, sondern eine praktische, auf die Dinge angewandte Vernunft verstanden wurde.¹¹⁷² *Gottfried Wilhelm Leibniz* (1646-1716) hatte die Phantasie eines mathematisierten Rechts und die großen Vernunftlehrbücher von *Samuel Pufendorf* (1632-1694) und *Christian Wolff* (1679-1754) standen in dem Geist, entsprechend den naturwissenschaftlichen Erkenntnissen zu universellen, rationalen Begründungen des Rechts kommen zu können und eine Vereinheitlichen des Rechts nach einer einzigen Wahrheit zu ermöglichen; nach einer geometrischen Ordnung, aus der sich alle Rechtssätze aus einem obersten Prinzip ableiten ließen.¹¹⁷³ Auch *Hugo Grotius* (1583-1645) und *Charles de Montesquieu* (1689-1755) sind dem Vernunftrecht zuzurechnen.

Zunächst gab es zwischen dem Naturrecht und dem Absolutismus eine enge Allianz, obwohl bereits früh individualistische Begründungsmuster hervortraten.¹¹⁷⁴ Das Naturrecht bot den Landesherren eine Handhabe, die spätmittelalterlichen gesellschaftlichen Zustände zu überwinden und in ein einheitliches Herrschaftsmodell mit zentraler Steuerung zu überführen.¹¹⁷⁵ *Thomas Hobbes* (1588-1679) lieferte in der Vertragstheorie eine Rechtfertigung der absolutistischen Herrschaft um den Naturzustand und den *bellum omnium contra omnes* (den Krieg aller gegen alle), in dem der Mensch dem anderen Mensch ein Wolf sei (*homo homini lupus est*), in eine sichere und damit gleichzeitig auch gerechtere Ordnung zu überführen.¹¹⁷⁶ Dabei deutet sich in *Hobbes'* Überlegungen schon der paradigmatische Wandel an, der für die gesamte neuzeitliche Philosophie seitdem maßgeblich geworden ist:¹¹⁷⁷ War das Denken des Mittelalters, wie auch das der Antike, vom Gedanken des einheitlichen Kosmos' geprägt, in den jeder Einzelne eingebunden ist und damit auch das politische Subjekt immer schon ein solches der Gemeinschaft gewesen ist (Stichwort *zoon politikon*), so wird mit dieser Vorstellung bei *Hobbes* endgültig gebrochen. Gemeinschaft hat bei *Hobbes* keinen Wert mehr an sich, entscheidend sind vielmehr die Individuen. Und insofern ergibt sich so etwas wie Gemeinschaft nur durch die Summe des individuellen Verhaltens, bzw. aus dem strategischen Abstimmen des individuellen Verhaltens. Diese Betrachtung, die dem neuen naturwissenschaftlichen Geist entlehnt ist, hat für *Hobbes* vor allem eine normative Konsequenz: Nur aus dem Willen jedes Einzelnen lässt sich die Gemeinschaft rechtfertigen.

Dieses Prinzip ist prägend für das Naturrecht insgesamt, das wesentlich von den Bedürfnissen und Interessen der Menschen her gedacht und geformt wird und trotzdem durch die Spannung zwischen Modernität und Tradition konstituiert ist.¹¹⁷⁸ Denn der individualistische Zug wirkt sich zunächst noch nicht praktisch aus. Nach wie vor waren die Rechte und Freiheiten in ihrer Grundstruktur wesentlich durch das Gemeinschaftsmodell bestimmt, wie es in der aristotelischen oder der christlich-mittelalterlichen Philosophie vorgedacht war: Nicht dem individuellen Menschen standen sie zu, sondern seiner Gemeinschaft und ihm nur als Glied der Gemeinschaft, in die er hineingeboren worden

¹¹⁷⁰ *Volkman*, Rechtsphilosophie, § 1 RN 91.

¹¹⁷¹ *Volkman*, Rechtsphilosophie, § 1 RN 91 f.

¹¹⁷² *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 33, *Volkman*, Rechtsphilosophie, § 1 RN 92.

¹¹⁷³ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 45 f.

¹¹⁷⁴ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 46.

¹¹⁷⁵ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 44.

¹¹⁷⁶ *Hobbes*, *Hobbes's Leviathan*, passim.

¹¹⁷⁷ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 14; *Flügel-Martinsen*, Befragungen zum Politischen, 20.

¹¹⁷⁸ *Volkman*, Rechtsphilosophie, § 1 RN 93, 96.

war.¹¹⁷⁹ Auch die Verbindung zu Gott war noch nicht vollständig gekappt, da dieser zum Teil als Bürge des Gesellschaftsvertrags, zum Teil nach wie vor als Schöpfer hinter der Ordnung ausgemacht wurde.¹¹⁸⁰ *Volkman* und *Auer* meinen, das Naturrecht begründe in diesem Sinne für den Einzelnen keine Rechte, sondern ausschließlich Pflichten, und zwar gerade gegenüber der Gemeinschaft, der Gruppe oder dem Stand, dem man angehört habe.¹¹⁸¹ Es dominierten überindividuelle Ziele, bzw. zwischen individuellem und kollektivem Wohl wurde noch nicht getrennt.¹¹⁸²

Auer sieht trotzdem in späteren Naturrechtsdenkern, insbesondere bei *Pufendorf*, einen Wandel, indem die moralische Autonomie des Menschen selbst zum Zentrum jeder Rechtsbegründung gemacht worden sei.¹¹⁸³ Trotzdem sei dessen Naturrechtssystem nach wie vor vom traditionellen Pflichtenbegriff her konzipiert worden.¹¹⁸⁴

Bullinger zeigt, dass *Pufendorf* das, was heutzutage als Privatrecht verstanden wird – also die Rechte und Pflichten der einzelnen Menschen im Verhältnis zueinander –, rein aus allgemeinen Vernunftprinzipien und damit diese im Ansatz unabhängig vom Zusammenleben in einem Staat konzipiert habe. Trotzdem sei damit noch kein eigentlich privater Bereich gemeint gewesen, denn auch diese Rechtsbeziehungen hätten wieder in das Gemeinwesen, bzw. das Staatsganze integriert werden müssen.¹¹⁸⁵ Nach wie vor habe es für *Pufendorf* eine Staatsräson gegeben, die allerdings auf das Gemeinwohl begrenzt gewesen sei.¹¹⁸⁶ Insofern habe es durchaus auch einen naturrechtlich geschützten Kern allgemeiner Rechtsbeziehungen gegeben.¹¹⁸⁷ Dieser Schutz wiederum wäre aber nicht absolut gewesen, weil *Pufendorf* im Falle der Verletzung naturrechtlicher Schranken durch den Monarchen kein Widerstandsrecht habe einräumen wollen und diese Schranken daher letztlich mehr im Sinne von Moralgeboten für den Monarchen verstanden worden seien.¹¹⁸⁸ Als Fazit stellt er fest: „Für das Vernunftrecht gilt daher in ganz besonderem Maße, daß ius publicum und ius privatum nicht als zwei sich ausschließende Rechtsbereiche aufgefaßt wurden. Lediglich ein naturrechtlich gedachter Kern allgemeiner Rechtssätze der zwischenmenschlichen Beziehungen trat als relativ staatsungebundenes allgemeines Privatrecht in einen teilweisen Gegensatz zur Staatsgewalt (...).“¹¹⁸⁹ Auch wenn im Absolutismus konzeptionell erstmals ein eigener staatlicher Bereich entstand und das Naturrecht begann, zwischen öffentlichem und privatem Recht zu unterscheiden, gab es damit trotzdem noch keine eigentlich private Sphäre. Das Individuum war zu dieser Zeit noch relativ recht- und machtlos.¹¹⁹⁰ Dazu passte auch, dass im merkantilistischen Denken eine autonome Rationalität der Wirtschaft im eigentlichen Sinne noch nicht mitgedacht wurde.¹¹⁹¹ Vielmehr bestand weiterhin die Vorstellung eines im gewissen Sinne einheitlichen Gemeinwesens, von dem der Staat nur abgezogen wurde.¹¹⁹² Zwischen Staat und Gesellschaft bestand eine klare Hierarchie und bevor sich das Privatrecht im Liberalismus dem Zugriff des Staates entzog, hatte der Staat zunächst das öffentliche Recht der Kontrolle der Gesellschaft entzogen.¹¹⁹³

¹¹⁷⁹ *Volkman*, Rechtsphilosophie, § 1 RN 91, 94.

¹¹⁸⁰ *Volkman*, Rechtsphilosophie, § 1 RN 93.

¹¹⁸¹ *Volkman*, Rechtsphilosophie, § 1 RN 96; *Auer*, KJ 2020, 45, 49 meint dies aber nur für das „ältere“ Vernunftrecht.

¹¹⁸² *Kaufmann*, in: Staatsaufgaben, 15, 20.

¹¹⁸³ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 18.

¹¹⁸⁴ *Auer*, in: Rechtswege, 13, 21.

¹¹⁸⁵ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 32 f.

¹¹⁸⁶ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 34.

¹¹⁸⁷ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 35.

¹¹⁸⁸ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 34.

¹¹⁸⁹ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 36.

¹¹⁹⁰ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 46.

¹¹⁹¹ *Lemke*, Eine Kritik der politischen Vernunft, 168.

¹¹⁹² *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 59.

¹¹⁹³ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 85, 88.

Mit der Zeit änderte sich jedoch die Rolle des Naturrechts, indem sich die politischen Gewichte ebenso zu verschieben begannen.¹¹⁹⁴ Theoretisch bestand schon seit dem 17. Jahrhundert eine gewisse Spannung zwischen der Vorstellung eines einheitlichen Rechts, eines einheitlichen Gemeinwesens und der gedanklichen Separierung von öffentlichem Recht und Privatrecht.¹¹⁹⁵ Wie bereits ausgeführt, wurde im Naturrecht das Privatrecht konzeptionell als ein staatenloses, allgemeines Recht zwischenmenschlicher Perspektiven konzipiert, auch wurden schon erste Grundrechtskataloge aufgestellt.¹¹⁹⁶ *John Locke* (1632-1704) schließlich formulierte die Vertragstheorie schon früh um. Angesichts einer im Grunde friedlichen und harmonischen Gesellschaft verlange die Vernunft nur noch die Abtretung jener natürlichen Rechte, die der Staat benötigte, um Störungen abzuschirmen.¹¹⁹⁷ Jenseits dieser Sphäre bleibe der Naturzustand bestehen, in denen die Einzelnen ihr Verhalten selbst bestimmen könnten und trotzdem ein harmonisches Miteinander möglich sei.¹¹⁹⁸ Im Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ kristallisierte sich damit ein spezifischer Staatszweck heraus, der von den Wohlfahrtszwecken analytisch getrennt und in der Folge gegen sie ausgespielt wurde.¹¹⁹⁹ Der Staat wurde damit nicht mehr zur Ermöglichung, sondern nur noch zur Erleichterung des gesellschaftlichen Lebens gebraucht. Im Vordergrund stand das Individuum. Der Begriff des Gemeinwohls begann sich zu ändern: Darunter wurde nun nicht mehr allein Staatsmacht verstanden, sondern er umfasste auch individuelle Glückseligkeit.¹²⁰⁰ Theoretisch war damit der Boden für eine neue Vorstellung von der Gesellschaft bereitet und doch konnte nur in England die Vertragstheorie nach der sog. Glorious Revolution von 1688 als Beschreibung der tatsächlichen Zustände erscheinen. Auf dem Kontinent fanden diese Vorstellungen erst Resonanz, als ein wohlhabenderes und selbstbewussteres Bürgertum entstanden war, das sich durch die alte Ordnung der Standesschranken und des staatlichen Dirigismus im Bereich der Wirtschaft eingeengt sah.¹²⁰¹ Entsprechend begannen die naturrechtlichen Lehren und die Unterscheidung zwischen einem öffentlichen und einem privaten Recht immer politischer zu werden und ab 1750 in Deutschland eine neue Perspektive durchzusetzen.¹²⁰²

V. Liberalismus

Liberalismus ist zunächst ein politischer Begriff und doch auch eine historische Bewegung. Historisch ist der Liberalismus durch eine doppelte Frontstellung geprägt: durch eine Gegnerschaft zu allen Formen des absoluten Staates, aber auch zu sozialen und radikaleren demokratischen Bewegungen.¹²⁰³ Oberflächlich lässt sich die Zeit des Liberalismus sehr leicht zusammenfassen. Das Bürgertum wird politisch und rechtlich gestärkt, die Wirtschaft vom feudalen und merkantilistischen System mehr als jemals zuvor auf Marktmechanismen umgestellt, indem insbesondere das Zunftsystem und vielfache Regularien abgeschafft und neue Möglichkeiten der wirtschaftlichen Betätigung, wie die Aktiengesellschaft, geschaffen werden. Vorbereitet werden diese Entwicklungen im Denken der Aufklärung und dennoch lassen sie sich in keiner Weise linear auf einen einheitlichen Ursprung zurückführen. Im Hintergrund der politischen Entwicklungen spielen technische und wirtschaftliche Entwicklungen eine entscheidende Rolle, genauso wie sich die Entwicklungen in den

¹¹⁹⁴ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 46; *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 47.

¹¹⁹⁵ *Stolleis*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 53 f.

¹¹⁹⁶ *Stolleis*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 53 f.

¹¹⁹⁷ Vgl. zum Naturzustand: *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Zweite Abhandlung, § 4 f.; zum Staat, a.a.O. § 123 f.; Vgl. *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 54.

¹¹⁹⁸ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 89.

¹¹⁹⁹ *Kaufmann*, in: Staatsaufgaben, 15, 21.

¹²⁰⁰ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 65.

¹²⁰¹ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 54.

¹²⁰² *Stolleis*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 55; *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 47.

¹²⁰³ *Winkler*, Liberalismus und Antiliberalismus, 15.

einzelnen Ländern gegenseitig beeinflussten. Wie schon der kurze Überblick vom Wandel des Mittelalters zur Neuzeit gezeigt haben sollte, lassen sich gesellschaftliche Zusammenhänge in der historischen Betrachtung selten exakt beschreiben. Bestimmte Phänomene einer Zeit werden hervorgehoben und mit paradigmatischer Bedeutung versehen, andere Phänomene dabei aber ausgeblendet oder in deren Bedeutung heruntergespielt. Genauso wie Elemente der Neuzeit schon vorhanden waren, als man historisch noch vom Mittelalter spricht, lassen sich mittelalterliche Vorstellungen nachweisen in dem, was man als Neuzeit bezeichnet. Rechtshistorisch wurde schon darauf hingewiesen, dass die Rechtswirklichkeit im 19. Jahrhundert komplexer war, als der Begriff des Liberalismus nahe legt und auch die nachfolgenden Ausführungen sind entsprechend nicht auf ein vollständiges Bild der Zeit ausgelegt, sondern sollen eine bestimmte Denkrichtung beschreiben, die zu verstehen eine historische Einordnung benötigt.

1. England

Die früheste historische Ausprägung des Liberalismus findet sich in England.¹²⁰⁴ Mit der sog. Glorious Revolution – die in gewisser Hinsicht noch einen Ausläufer konfessioneller Streitigkeiten darstellte, aber nicht nur darauf zurückgeführt werden kann – wurde in England der Parlamentarismus eingeführt und im Jahr 1689 mit der Bill of Rights im Ansatz eine Verfassung. Die Interessen der ökonomisch führenden Schichten waren damit bereits seit dem Jahr 1688 durch das Parlament abgesichert.¹²⁰⁵ Auch volkswirtschaftlich zeigten sich in England viel früher marktwirtschaftliche und kapitalistische Strukturen, als das auf dem Kontinent der Fall war; schon vor der sog. industriellen Revolution war England kein Agrarland mehr.¹²⁰⁶ Spätestens im 18. Jahrhundert wurde der Widerstand gegen das merkantilistische Wirtschaftssystem immer größer, das die ökonomischen Interessen der Individuen staatlicherseits entweder begünstigte oder beschränkte und das in Teilen schon zurückgedrängt wurde, in Teilen aber bis in das 19. Jahrhundert überdauerte.¹²⁰⁷ Trotz regulierender Gesetze herrschte in England jedoch bereits im 18. Jahrhundert faktisch Vertragsfreiheit.¹²⁰⁸ Dabei zeigt sich in England im 18. Jahrhundert bereits der Beginn der sog. industriellen Revolution. Das explosive Bevölkerungswachstum (zwischen 1750 und 1800 von 6,1 Mio. auf 9,1 Mio.), die Wandlungen in der Landwirtschaft, die Entfaltung des Binnen- und Außenmarktes, sowie technische und arbeitsstrukturelle Neuerungen veränderten schließlich nicht nur die wirtschaftliche Produktionsweise, sondern auch die Lebensbedingungen der einzelnen Menschen und die sozialen Strukturen.¹²⁰⁹ Die *enclosures* – also Einfriedungen zuvor gemeinschaftlich genutzten Farmlands, die schon in frühen Zeiten der *Tudors* (ab 1485) begannen¹²¹⁰, deren Höhepunkt jedoch zwischen 1760 und 1801 lag¹²¹¹ – führten – gemeinsam mit der frühen Bauernbefreiung – dazu, dass die Landwirtschaft schon früh kapitalistische Züge zeigte, indem auf Großgütern und Mittelbetrieben der Ackerbau intensiviert, sowie die Wollindustrie angeschoben und Kleinbauern von der Konkurrenz zurückgedrängt wurden.¹²¹²

¹²⁰⁴ Winkler, Liberalismus und Antiliberalismus, 13.

¹²⁰⁵ Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 172.

¹²⁰⁶ Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 171.

¹²⁰⁷ Ziegler, Geschichte des ökonomischen Denkens, 55 f.

¹²⁰⁸ Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 175.

¹²⁰⁹ Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 5.

¹²¹⁰ Polanyi, The Great Transformation, 59.

¹²¹¹ Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 6; Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 171.

¹²¹² Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 6; Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 171; vgl. auch Polanyi, The Great Transformation, 60: „Dort wo der Ackerbau fortgesetzt wurde kam es zu keinem Rückgang der Beschäftigung, und die Lebensmittelversorgung nahm bedeutend zu.“ Auch die Umwandlung von Ackerland in Schafweiden sei für die Umgebung nicht nachteilig gewesen. Aber trotzdem habe es sich um eine Revolution der Reichen gegen die Armen gehandelt, da die Armen beraubt, deren Häuser eingerissen und die soziale Struktur zerbrochen wurde, a.a.O., 61.

Diese Bauern wiederum standen nun dem Arbeitsmarkt zur Verfügung, entweder in den Städten, auf den landwirtschaftlichen Betrieben oder als Heimarbeiter für die Wollspinnereien, bzw. später dann als Fabrikarbeiter der Baumwollindustrie. Fast alle erwerbstätigen Engländer bezogen dabei schon früh Geld- und nicht mehr Naturaleinkommen.¹²¹³ Entsprechend entstand eine starke und sich steigernde Binnennachfrage für inländische (Konsum-)Güter.¹²¹⁴ Gleichzeitig wurde die inländische Infrastruktur ausgebaut, immer mehr Agrargebiete in die Marktverflechtung miteinbezogen, während in Übersee neue Märkte erschlossen und der Handel mit Kolonialwaren und Sklaven über England abgewickelt wurde.¹²¹⁵ Das Produktionsregime wurde auf den Massenmarkt umgestellt, technische Neuerungen sowie die Fabrikarbeit führten schließlich zu der frühesten Erscheinungsform des modernen Kapitalismus.¹²¹⁶

Vor diesem Hintergrund sind die Lehren *Adam Smiths* (1723-1790) und das für das ökonomische Denken als Paradigmenwechsel bezeichnete Buch „*The Wealth of Nations*“ (1776)¹²¹⁷ nach *Grimm* weniger revolutionär, als eine affirmative Synthese schon bekannter Überlegungen: „Smith lieferte der unreflektierten, interessenbestimmten Praxis die systematische Erklärung und theoretische Legitimation. Vertragsfreiheit war nun endgültig aus der bloßen Interessensphäre gerückt und zur unerlässlichen Voraussetzung einer gerechten und prosperierenden Gesellschaft aufgestiegen. Privatautonomie und Gemeinwohl bildeten kein Gegensatz mehr.“¹²¹⁸ Obwohl damit nun eine theoretische Basis geschaffen wurde, mit deren Hilfe sich politische Anliegen vorbringen ließen, darf dabei nicht entfallen, dass viele der merkantilistischen „Hindernisse“ oftmals den ärmsten der Bevölkerung dienten. Die *Tudors* und frühen *Stuarts* (bis 1649) hatten bspw. noch versucht, die Einfriedungsbewegung mit Schutzgesetzen und Investitionen zu verlangsamen¹²¹⁹ und im 18. Jahrhundert entbrannte ein Kampf um ein Gesetz, das die Löhne für Textilarbeiter festsetzen sollte,¹²²⁰ genauso wie um das Speenhamland-Gesetz, eine Form von Armenunterstützung.¹²²¹ Während nun in den letzteren Fällen explizit die Vertragsfreiheit genauso wie ein mangelnder Anreiz zur Arbeit als Argument ins Feld geführt wurde, blieb der Interessengegensatz zwischen Arbeitern und Unternehmern dennoch bestehen und trat durch die Verelendung weiter Bevölkerungsteile in der sog. industriellen Revolution nur noch deutlicher hervor.

2. Frankreich

Der Liberalismus zeigt sich in Frankreich mit der französischen Revolution im Jahr 1799 und damit deutlich später als in England und unter anderen Vorzeichen. War in England der Wandel in den politischen Verhältnissen gleichsam gewaltsam – durch einen Bürgerkrieg – vonstattengegangen, so war schon dieser Bürgerkrieg Ausdruck neuer wirtschaftlicher Verhältnisse, indem die durch die neue Form der Landwirtschaft wohlhabenden Großgrundbesitzer gegen die königliche Herrschaft aufbegehrten, auch im wirtschaftlichen Interesse.¹²²² Das Gegenstück zu den Lehren *Smiths* in England bildeten in gewissen Maßen die Lehren der sog. Physiokraten in Frankreich. Lassen sich die Lehren

¹²¹³ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 171.

¹²¹⁴ *Fehrenbach*, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 6 f.; *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 171.

¹²¹⁵ *Fehrenbach*, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 7.

¹²¹⁶ *Fehrenbach*, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 8.

¹²¹⁷ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 56.

¹²¹⁸ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 175.

¹²¹⁹ *Polanyi*, *The Great Transformation*, 66 lobt diesen Paternalismus als brillante Verwaltung von Industrie und Arbeit und weist darauf hin, dass nur durch diese Verlangsamung der Einfriedung diese konstruktiv statt rein zerstörerisch gewesen sei.

¹²²⁰ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 173.

¹²²¹ *Polanyi*, *The Great Transformation*, 114.

¹²²² Vgl. *Polanyi*, *The Great Transformation*, 62.

Smiths in England wegen der zu diesem Zeitpunkt politischen und wirtschaftlichen Struktur des Landes als affirmativ beschreiben, kann das gleiche nicht für die Lehren der Physiokraten in Frankreich gelten. Deren wesentlicher Einfluss lag zwischen den Jahren 1760 und 1780¹²²³ und zu diesem Zeitpunkt waren sowohl die wirtschaftlichen als auch die politischen Verhältnisse noch überhaupt nicht auf den Liberalismus eingestellt.¹²²⁴

Frankreich war zu dieser Zeit noch eine absolute Monarchie. Die Sozialordnung hatte ständisch-feudalen Charakter. Noch bis in das 19. Jahrhundert hinein blieb Frankreich Bauernland; noch vor der französischen Revolution lebten 80 % der Einwohner von der Landwirtschaft. Der Adel wirtschaftete nicht, sondern lebte von Feudal- und Pachtabgaben und der Handel hatte zwar zugenommen, allerdings eher in Bezug auf Luxuswaren, ein Massenkonsum ließ sich nicht feststellen.¹²²⁵

Die Lehre der Physiokratie („Herrschaft der Natur“) entstand auf dem Boden des Naturrechts und als Gegenentwurf zum Merkantilismus in der französischen Ausprägung, dem sog. Colbertismus.¹²²⁶ Die Physiokraten übernahmen die Vorstellung einer natürlichen Ordnung, also die Vorstellung, dass die Welt von natürlichen, von Gott gegebenen, logischen Gesetzen geleitet sei, die sich wissenschaftlich entschlüsseln ließen.¹²²⁷ Wirtschaftlich bedeutete dies, dass aus der individuellen, freien Zweckverfolgung eine natürliche Ordnung entstehe und dass Eingriffe in diese Ordnung folglich nur schädlich seien. Zur Maxime politischen Handelns wurde der Grundsatz erhoben: *laissez faire, laissez passer; le monde va de lui-même*.¹²²⁸

1774 versuchte der neue Finanzminister, *Anne Robert Jacques Turgot*, ein Physiokrat, entsprechend wirtschaftliche Reformen durchzusetzen.¹²²⁹ Diese zielten allerdings nicht auf eine politische Veränderung, vielmehr sollte die absolute Monarchie weiterhin über die Wirtschaft wachen. *Turgot* scheiterte jedoch sowohl am Widerstand des Adels, der sich gegen die Bodenbefreiung auflehnte, als auch am Widerstand des Kleinbürgertums, das sich gegen die Einführung der Gewerbefreiheit auflehnte.¹²³⁰ *Grimm* meint, der Misserfolg habe auf der Inkonsequenz der Reformen beruht, da die politischen Verhältnisse nicht angetastet worden seien.¹²³¹ Die Französische Revolution holte die Reformen jedoch in gewissen Maßen nach. 1791 wurde die freie Bodennutzung beschlossen, genauso wie die Gewerbe- und Vertragsfreiheit.¹²³²

3. Das Deutsche Reich

Der Liberalismus traf in Deutschland auf nochmals andere Vorzeichen als in Frankreich und England und ist vor allem als Reaktion auf die Entwicklungen im Ausland zu sehen. Getragen werden liberale Reformen zunächst von den Landesfürsten und der Beamtenschaft zum Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Diese waren wesentlich wirtschaftlicher und rechtlicher Art. Die politischen Strukturen änderte sich nur schrittweise. Konservative Kräfte zeigten sich in Deutschland stark und blieben dies, als in der Revolution von 1848 erstmals das Bürgertum selbst als Träger liberaler Forderungen auftrat. Allerdings zeigte zu diesem Zeitpunkt die Scheu vor sozialen Bewegungen bereits deutliche Wirkung, sodass eine nationale Einigung ohne die gleichzeitige Einführung eines parlamentarischen Systems akzeptiert wurde.

¹²²³ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 176; *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 51.

¹²²⁴ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 176 f.

¹²²⁵ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 176 f.

¹²²⁶ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 51.

¹²²⁷ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 51.

¹²²⁸ *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 51.

¹²²⁹ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 177.

¹²³⁰ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 180.

¹²³¹ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 181.

¹²³² *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 181.

Die Gründe für diesen zum Teil so bezeichneten „deutschen Sonderweg“ liegen wiederum in der im Vergleich zu England „rückständigen“ wirtschaftlichen Struktur, aber auch an den nochmals anderen politischen Verhältnissen, als es in Frankreich der Fall war.

Wirtschaftlich waren auf dem Gebiet des deutschen Reiches noch immer die Folgen des dreißigjährigen Krieges (1618 bis 1648) spürbar.¹²³³ Für den Großteil der Bevölkerung war Subsistenzwirtschaft die Regel, das feudale System galt noch immer. Das Stadtbürgertum war vor allem auf die Nahrungsökonomie orientiert und noch ganz in die ständische Sozialordnung eingebunden; das Handels- und Manufakturbürgertum war noch relativ unbedeutend.¹²³⁴ Die Entlohnung von Diensten erfolgte überwiegend in Naturalien.¹²³⁵ Einen Binnenmarkt gab es praktisch nicht. Die Voraussetzungen für eine Massenproduktion und technische Neuerungen wie in England fehlten völlig. Insgesamt war das Bürgertum auch zahlenmäßig im Vergleich zu Frankreich schwächer vertreten und auch der Adel hatte, anders als in Frankreich, wenig Macht.¹²³⁶ Das sowieso schon relativ unbedeutende Handels- und Manufakturbürgertum war von der staatlichen Förderung abhängig geblieben und der größte Teil des Bildungsbürgertums und des Adels stand im Dienst der zahlreichen Fürstenhöfe.¹²³⁷ Anders als in Frankreich konnte das deutsche Bürgertum auch nicht einheitlich gegen einen übermächtigen Nationalstaat in den Kampf treten.¹²³⁸ Zusätzlich war das Bürgertum in sich sehr heterogen.¹²³⁹ Je nach Region unterschieden sich sowohl die wirtschaftliche als auch die gesellschaftlich-politische Stellung des Bürgertums. Auch das gesellschaftliche Klima unterschied sich. Wenn es zu Unruhen kam, waren dies zumeist lokal begrenzte Handwerker- und Bauernunruhen, die sich gegen örtliche Missstände und nur selten gegen die Fürsten richteten. Es fehlte eine breite bürgerliche Opposition, die bereit gewesen wäre, sich einem gemeinsamen Kampf anzuschließen.

Eine weitere Besonderheit ist schließlich der sog. aufgeklärte Absolutismus. Prominent wird dies vor allem mit *Friedrich dem Großen* (1712-1786) in Preußen verbunden, doch genauso wäre *Joseph II.* (1741-1790) in Österreich zu nennen und viele weitere Landesfürsten. Im Gegensatz zur absoluten Monarchie in Frankreich, zeichnete sich der aufgeklärte Absolutismus durch ein verändertes, säkularisiertes Herrscherverständnis aus, das sich von der alten Vorstellung vom Gottesgnadentum verabschiedete.¹²⁴⁰ Nach den Lehren der Aufklärung verstand sich der Landesfürst einem Gesellschaftsvertrag verpflichtet und im Interesse der Untertanen handelnd. Angestoßen wurden dadurch bereits Reformen in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht. Gleichzeitig wurde dadurch der Herrscher weniger als Gegner wahrgenommen, sondern als Hüter der bürgerlichen Gesellschaft, ohne dessen Unterstützung eine Beseitigung der ständisch-feudalen Privilegien nicht möglich schien.¹²⁴¹ Die Wirtschaftsreformen zeigten jedoch auch die Grenzen des aufgeklärten Absolutismus. Dieser konnte kein unternehmerisches Bürgertum ersetzen, das die wirtschaftlichen Impulse aufnahm und einem Markt-System überführte. Das Bürgertum war weniger an der Wirtschaft interessiert, sondern konzentrierte sich in seinen Aufstrebungs Bemühungen auf die Beamtenkarriere.¹²⁴² Zudem hielten die meisten Fürsten an den Prinzipien des Merkantilismus fest.¹²⁴³ So verlieh *Friedrich der Große* den neu gegründeten Fabriken Monopolrechte und Privilegien und erstickte damit jede mögliche Konkurrenz. Unternehmergeist und -initiative wurden so nicht gefördert. Die privilegierten Manufakturen sahen sich ihrerseits durch die staatliche Hilfe als abgesichert und produzierten Luxusgüter ohne Rücksicht

¹²³³ Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 182 f.

¹²³⁴ Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 52.

¹²³⁵ Grimm, Bürgerliche Gesellschaft, 182 f.

¹²³⁶ Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 52.

¹²³⁷ Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 52.

¹²³⁸ Winkler, Liberalismus und Antiliberalismus, 16.

¹²³⁹ Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 52.

¹²⁴⁰ Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 52.

¹²⁴¹ Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 52.

¹²⁴² Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 53 f.

¹²⁴³ Fehrenbach, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 54.

auf die Marktnachfrage. Preußen zählte 1785 über 6000 Seidenfabrikanten und 700 Porzellan- und Fayencehersteller.¹²⁴⁴ Selbst das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794, das im ersten Teil die Eigentums- und Vertragsfreiheit beschwört, war noch eingebettet in die ständisch-feudale Gesellschaftsordnung:¹²⁴⁵ Die ständische Bodenaufteilung wurde gegen schon beginnende Auflösungstendenzen verteidigt; die Gutsuntertänigkeit blieb bestehen; die Verbindung zwischen Geburtsstand und Beruf wurde ebenso aufrechterhalten, wie das Zunftwesen. Fabrikanten fanden in dem neuen Gesetz wenig Platz, der Genehmigungsvorbehalt für die Anlagen von Fabriken war die wichtigste Vorschrift. Das ALR wurde jedoch für eine andere Entwicklung relevant. Ausdrücklich wurde der sog. *référé législatif* abgeschafft, also die Pflicht der Richter, bei Zweifeln in der Gesetzesauslegung am Hof nachzufragen. Vielmehr galt nun das Rechtsverweigerungsverbot, also ein Entscheidungszwang des Richters bei Anhängigkeit der Rechtssache.¹²⁴⁶ Dadurch veränderte sich notgedrungen die Rolle der Richter im Rechtssystem. Denn nun waren diese zu produktiver Arbeit am Rechtsstoff nicht nur frei, sondern auch praktisch genötigt.

Der Boden für eine Umwälzung der bestehenden Verhältnisse war trotzdem so noch nicht bereitet. Im Prinzip befanden sich die Rechtsordnung und die Wirtschaftsordnung (noch) im Einklang.¹²⁴⁷ Auch die politischen Interessen waren in Bezug auf das Bürgertum mit denen der Fürsten grob gesehen gleichgerichtet. Während in England schon Kräfte zum Wandel schoben, die sich aus wirtschaftlichen Dynamiken ergaben und in Frankreich ein gewaltsamer Kampf um die Herrschaft ausbrach, entstand der Liberalismus in Deutschland nicht aus einer bestimmten Situation heraus, sondern aufgrund der strategischen Überlegungen der Landesherren. Letztlich lässt sich sagen, dass der Liberalismus in Deutschland verordnet wurde.¹²⁴⁸ In Bayern hatten bereits mit dem Regierungswechsel im Jahr 1799 Reformen eingesetzt, in Württemberg und Baden 1803. In Preußen war es die Niederlage gegen *Napoleon* im Jahr 1806, die das Land in eine Krise stürzte und so indirekt zu Reformen zwang.¹²⁴⁹ In diesen Reformen auf dem Gebiet des deutschen Reiches zeigte sich dabei, trotz der Unterschiede im Einzelnen, insgesamt noch immer die politische Vorherrschaft der absoluten Herrscher. Denn obwohl die Kritik am Absolutismus stärker, die Notwendigkeit wirtschaftlicher Reformen offensichtlich geworden war, blieben die politischen Gewichte noch immer vor allem zugunsten der Landesherren verteilt. Die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts ist somit von einem Mischzustand feudaler und bürgerlicher Elemente charakterisiert.¹²⁵⁰

Geschriebene Verfassungen beruhten – wenn sie überhaupt existierten, was bspw. in Preußen nicht der Fall war – gerade nicht auf einem artikulierten Volkswillen, sondern auf hoheitlicher Gewährung.¹²⁵¹ Den Grundrechten fehlten damit sowohl die naturrechtliche Begründung wie die offensive Tendenz.¹²⁵² Die Gleichheitsgarantien waren nicht in einer Generalklausel formuliert, sondern kasuistisch gefasst und bezogen sich im Wesentlichen auf die Gleichheit der Besteuerung, des Ämterzugangs und der Dienstplichten, nicht dagegen auf die privatrechtliche Gleichheit aller Untertanen.¹²⁵³ Auch die Eigentumsfreiheit bezog sich vornehmlich auf den Schutz vor staatlichem Entzug des Eigentums, weniger auf seinen freien Gebrauch, da wesentliche Elemente des Feudalsystems zunächst bestehen blieben. Die Parlamente wirkten bei den Gesetzen zwar mit, der

¹²⁴⁴ *Fehrenbach*, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 54.

¹²⁴⁵ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 183.

¹²⁴⁶ *Hofmann*, Das Recht des Rechts, 14.

¹²⁴⁷ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 188.

¹²⁴⁸ *Fehrenbach*, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 2; *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 182.

¹²⁴⁹ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 184; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 55.

¹²⁵⁰ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 203.

¹²⁵¹ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 60.

¹²⁵² *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 203.

¹²⁵³ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 204.

Monarch stand aber nach wie vor an der Spitze des Staates.¹²⁵⁴ Dabei waren auch die Parlamente noch keine echten Volkskammern, sondern es galt ein Zensuswahlrecht für Männer, welches das Besitz- und Bildungsbürgertum begünstigte.¹²⁵⁵ Immer stärker wurde jedoch die seit 1800 aufgetauchte Forderung nach dem „Rechtsstaat“, also vor allem auch die persönliche und sachliche Unabhängigkeit der Justiz, aufgenommen.¹²⁵⁶ In der für die Zeit vor 1848 herausragenden Darstellung über das Verwaltungsrechts von *Robert von Mohl* aus dem Jahr 1832/33 war bereits eine gesetzliche Grundlage bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger als erforderlich bestimmt, rückwirkende Belastungen ausgeschlossen und eine Entschädigungspflicht bei Enteignung festgelegt, was allerdings längst üblich war.¹²⁵⁷ Ansonsten hätte die Verwaltung Ermessen bei ihren Entscheidungen, dürfte jedoch nicht willkürlich handeln. Auch wenn in Süddeutschland eine kurze Phase innerer Volkssouveränität unter napoleonischer Rückendeckung herrschte und Preußen bei seinen Reformbestrebungen stärker auf innere Widerstände stieß, war dennoch letzteres in seinen wirtschaftlichen Reformbemühungen erfolgreicher:¹²⁵⁸ Preußen schaffte zunächst die Untertänigkeitsverhältnisse ab und ermöglichte den freien Grundstücksverkehr, wobei die Grundentlastung durch die Vetoposition des Adels von vornherein stark erschwert war.¹²⁵⁹ Zudem wurden die ständischen Berufsschranken aufgehoben, sowie der Genehmigungsvorbehalt für Fabriken.¹²⁶⁰ Auch der gewerbliche Sektor wurde, trotz starker Widerstände aus dem Handwerkerstand konsequent liberalisiert und der Zunftzwang 1810 abgeschafft.¹²⁶¹ 1818 wurden zudem die Binnenzölle aufgehoben und ein einheitliches Wirtschaftsgebiet in Preußen errichtet.¹²⁶²

Die weitere Entwicklung in Deutschland bleibt – sehr verkürzt – durch die Monarchie und konservative Kräfte geprägt. Die napoleonische Ära endete und die Zeit der Restauration auf dem Gebiet des deutschen Reiches setzte ein.¹²⁶³ Die Reformen kamen zunächst zum Stillstand.¹²⁶⁴ Gleichwohl zeigten sie ihre Fernwirkung.¹²⁶⁵ Allmählich setzte auch in Deutschland die Industrialisierung ein, getragen von einer durch die Gewerbefreiheit beflügeltem initiativreichen und selbstbewussten Unternehmerschicht und mit der Julirevolution in Frankreich 1830 erstarkte auch in Deutschland eine bürgerliche Emanzipationsbewegung, die zum Träger der Revolution von 1848 wurde; unterstützt durch ein politisch erfahrenes Stadtbürgertum, das sich dank der Kommunalreform ausgebildet hatte.¹²⁶⁶ Dies führte jedoch bekanntlich wiederum zu keinem Ende der Monarchie – im Gegenteil: Die Bemühungen um eine Nationalversammlung schlugen fehl, Aufstände wurden militärisch niedergeschlagen und mit Gerichtsverfahren gegen die Revolutionäre beendet.¹²⁶⁷ In der Folge konzentrierte sich das Bürgertum auf die stärker einsetzende industrielle Revolution und die weitergehende Liberalisierung im Bereich der Wirtschaft, sowie die Weiterentwicklung des Rechtsstaats.¹²⁶⁸

¹²⁵⁴ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 60.

¹²⁵⁵ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 60.

¹²⁵⁶ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 61.

¹²⁵⁷ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 63.

¹²⁵⁸ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 205.

¹²⁵⁹ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 204.

¹²⁶⁰ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 185.

¹²⁶¹ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 185.

¹²⁶² *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 185.

¹²⁶³ *Fehrenbach*, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 130; *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 186.

¹²⁶⁴ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 186.

¹²⁶⁵ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 187.

¹²⁶⁶ *Fehrenbach*, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 131; *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 187.

¹²⁶⁷ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 66.

¹²⁶⁸ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 300; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 66, 300.

Unter Juristen drückte sich dies in einem Wandel vom politischen Engagement hin zu einem neuen Ideal juristischer Wissenschaftlichkeit aus. Die Rechtswissenschaft behauptete sich nun sowohl als „entpolitisiert“ als auch „autonom“ und trat in Konkurrenz zur Naturwissenschaft.¹²⁶⁹ Die Richter und Rechtswissenschaftler hatten begonnen, ein „neues“ Rechts- und Gerechtigkeitsverständnis für sich in Anspruch zu nehmen. Nicht mehr das Gesetz des Herrschers sei maßgeblich, sondern das Recht im Sinne der Gerechtigkeit, das auch älter sei als der Staat.¹²⁷⁰ In Deutschland ging dies einher mit einer Rezeption des römischen Rechts, das nach dem vernunftrechtlichen Sozialmodell rationalisiert wurde.¹²⁷¹ *Hofmann* schreibt dazu: „Das Gefühl, eine zweitausendjährige Tradition, eine allen juristischen Problemen längst gewachsene Erfahrung hinter sich zu haben, verlieh insbesondere den Zivilrechtlern in nachhaltiger Weise Selbstbewußtsein und Selbstvertrauen.“¹²⁷² Hierbei ging es auch darum im Namen des gelehrten Juristenstandes eine potentiell demokratische Gesetzgebung zurückzudrängen.¹²⁷³ Wieder *Hofmann*: „Die Gesetzgebung wird entpersonalisiert, und das Gesetz selbst zur interpretationsleitenden Autorität erklärt. Was allerdings im Einzelfall der Wille des Gesetzes ist, das verbindlich zu ermitteln, kommt danach allein dem Richter zu.“¹²⁷⁴

Auch der Rechtsstaat wurde nun rein „formal“ interpretiert: Im Vordergrund stand die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und eine rein negatorische Funktion der Grundrechte; eine mögliche gesetzesüberschießende Kraft der Grundrechte wurde abgestreift.¹²⁷⁵ Dieser „formelle“ Rechtsstaat war dabei erst recht ein bürgerlicher, indem er die Güterverteilung absicherte, statt sie zu verändern und durch seine Formen und Verfahren den unmittelbaren Zugriff auf das individuelle Eigentum zum Zwecke sozialer Umverteilung verwehrte.¹²⁷⁶

In diesem neuen Rechtsverständnis drückte sich ein bürgerliches Interesse aus. Schon in der ersten Jahrhunderthälfte war der sog. Pauperismus ein allgemein verbreitetes Phänomen gewesen, das einerseits auf die unvollständige Bauernbefreiung im 19. Jahrhundert zurückging, die noch immer vom Feudalsystem belastet waren, und andererseits wesentlich auf das gigantische Bevölkerungswachstum in Europa und Deutschland, das zu einer starken Mobilität der Bevölkerung führte und den bisherigen Sicherheitsfaktor der Familiengemeinschaft aufhob.¹²⁷⁷ Zugleich verschwand im Laufe des 19. Jahrhunderts das ältere System sozialer Sicherheit, das vom Feudalismus und dem Zunftsystem geprägt gewesen war, und die staatliche und gemeindliche Armenpflege wandelte sich; insbesondere indem die Preisbindung abgeschafft wurde.¹²⁷⁸ Durch die Industrialisierung kam eine weitere Dimension hinzu, in Form der Herausforderungen des Angestelltendaseins. So konnten Arbeitgeber die Löhne und insbesondere die Zahlweise nach ihrem Ermessen festlegen und waren zu keinem Schutz der Arbeitsstätten verpflichtet.¹²⁷⁹ Die Gewerbeordnung von 1845 enthielt nur einen unspezifischen

¹²⁶⁹ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 301; *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 14; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 67.

¹²⁷⁰ *Hofmann*, Das Recht des Rechts, 13.

¹²⁷¹ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 333; *Hofmann*, Das Recht des Rechts, 16.

¹²⁷² *Hofmann*, Das Recht des Rechts, 16; vgl. *Rudolph von Jherings* aus dem Jahr 1857: „Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundform oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt, und innerhalb ihrer verläuft auch jede ferne Bewegung, so sehr sie im Uebrigen von der bisherigen divergieren möge; eine gereifte Jurisprudenz läßt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit bringen.“ (Gesammelte Aufsätze, Bd. 1, 14).

¹²⁷³ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 85; *Hofmann*, Das Recht des Rechts, 16.

¹²⁷⁴ *Hofmann*, Das Recht des Rechts, 13.

¹²⁷⁵ *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 150 f.; *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 301; *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 230.

¹²⁷⁶ *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 157; *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 230; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 67.

¹²⁷⁷ *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 143 f.

¹²⁷⁸ *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 138 f.

¹²⁷⁹ *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 144; vgl. auch *Hiß*, zfwu 10/3 (2009), 287, 290.

Auftrag zur Rücksicht auf die Gesundheit und Sittlichkeit.¹²⁸⁰ Armut wurde so zum politischen Problem und das Aufkommen der sog. sozialen Frage wurde spätestens mit der Revolution von 1848 deutlich, die nicht nur eine bürgerliche, sondern auch eine soziale Revolution gewesen ist, getragen von den Handwerkergelesen und der wachsenden Arbeiterbewegung.¹²⁸¹ In der Folge nahm die Sozialgesetzgebung zwar zu, allerdings vor allem in Gestalt von Missbrauchskorrekturen, bspw. durch die Barzahlungspflicht für Löhne im Jahr 1849.¹²⁸² Schon zuvor, 1839, hatte der preußische Staat die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken reguliert.¹²⁸³

Dieses Aufkommen des sog. vierten Standes hemmte die bürgerlichen Bestrebungen nach politischer Macht.¹²⁸⁴ Damit wandelte sich auch die Rolle des Rechts, auch der Grundrechte. Unter dem Stichwort der Autonomie des Rechts wurde dieses nicht nur vor Eingriffen von oben, sondern auch von unten abgesichert und die Grundrechte in ihrer rein negatorischen Auslegung waren nicht mehr allein ein Schutz vor dem Monarchen, sondern auch ein Bollwerk gegen einen sozialen Wandel.¹²⁸⁵ Vergleichbar der Situation in England wurde nun die Eigentums- und Vertragsfreiheit vorgetragen, um Kinderarbeit und elterliche Gewalt zu rechtfertigen.¹²⁸⁶

Es ist wiederum der besonderen Situation in Deutschland zuzuschreiben, dass dieses liberale Modell der Jahrhundertmitte bald wieder vom sog. Interventionsstaat abgelöst wird. Der Staat begann ab den 1870er Jahren aus sozial- aber auch wirtschaftspolitischen Motiven zunehmend in die Vertragsverhältnisse einzugreifen, Verbote und Genehmigungsvorbehalte zu erlassen oder versuchte, durch Steuer- und Gesellschaftsrecht die Geschehnisse zu lenken.¹²⁸⁷ Die Wirtschaft begann sich erneut zu „korporieren“ – dieses Mal nicht in Zünften und Ständen, sondern in Kartellen und Trusts, finanziert durch die Banken, genauso wie sich verbandliche und genossenschaftliche Strukturen herausbildeten.¹²⁸⁸ Dieser Wandel lässt sich einerseits auf die reformistische Linie der Arbeiterschaft zurückführen, die langsam Anteil an dem durch die industrielle Revolution geschaffenen Wohlstand nahm und nun statt in Arbeitskämpfen in Form politischer Interessenverbände Einfluss auf die Gesetzgebung ausübte.¹²⁸⁹ Andererseits begründet sich dieser Wandel im Erhalt des monarchischen Prinzips im politischen System und der Kontinuität wohlfahrtsstaatlich-patriarchalischer Traditionen.¹²⁹⁰ *Abelshauer* schreibt dazu: „Der preußische Staat hatte seit den Stein-Hardenbergschen Reformen die industrielle Revolution ‚von oben‘ betrieben, ohne sich mit den Erwerbsinteressen des industriellen Bürgertums zu identifizieren. Beamtenherrschaft und agrarisch-feudale Anachronismen der Macht verhinderten in Preußen-Deutschland zwar nicht die Industrialisierung selbst, hielten den Staat aber – anders als in England – auf Distanz zu einem spezifisch liberalen Kapitalismus (...).“¹²⁹¹ Der Wirtschaftsliberalismus blieb damit dem eigentlichen (monarchisch geprägten) Staatsinteresse – das Parlament nahm praktisch eher die Rolle einer

¹²⁸⁰ *Grimm*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 148.

¹²⁸¹ *Grimm*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 146; *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 66.

¹²⁸² *Grimm*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 148 f.

¹²⁸³ *Maunz/Dürig-Grzeszick* Art 20 RN 6.

¹²⁸⁴ *Grimm*, *Bürgerliche Gesellschaft*, 300; *ders.*, *Die Zukunft der Verfassung*, 230.

¹²⁸⁵ *Böckenförde*, *Recht, Staat, Freiheit*, 157; *Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 230; *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 67.

¹²⁸⁶ *Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 230.

¹²⁸⁷ *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 76.

¹²⁸⁸ *Abelshauer*, in: *Staatsaufgaben*, 199, 204; *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 76; zum Teil als „organisierter Kapitalismus“ bezeichnet, kritisch jedoch *Winkler*: Einen unorganisierten Kapitalismus habe es tatsächlich nie gegeben und staatliche Interventionen auch vor der Zeit von 1873, allerdings habe erst die Industrialisierung die Grundlage geschaffen, dass Konzentration, Rationalisierung und Bürokratisierung sowie die Wirtschaftstätigkeit des Staates die gesamte Gesellschaft ergriffen und umgeformt habe (*Liberalismus und Antiliberalismus*, 264, 265 f.).

¹²⁸⁹ *Stolleis*, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 76.

¹²⁹⁰ *Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 154; *ders.*, *Bürgerliche Gesellschaft*, 138, 152.

¹²⁹¹ *Abelshauer*, in: *Staatsaufgaben*, 199, 209.

Vetoinstanz ein¹²⁹² untergeordnet, da die Liberalisierung nur der Bestandssicherung der Monarchen gedient hatte.¹²⁹³ Entsprechend blieb die Tradition städtischer und staatlicher Wirtschaftspolitik tief verwurzelt und weckte anders als bspw. in England wesentlich positivere politische und soziale Assoziationen.¹²⁹⁴ Auch das Zunftwesen wurde zwar in der Rechtsform gemindert, blieb in der sozialen Wirksamkeit jedoch weit über die industrielle Revolution hinaus kaum beeinträchtigt.¹²⁹⁵

§ 10 Privatrechtsliberalismus

Wie bereits ausgeführt, sind liberales Denken und das politische Projekt des Liberalismus keine Erfindung des 19. Jahrhunderts. Schon im 17. Jahrhundert wurde in England der Parlamentarismus und in Grundzügen eine Verfassung eingeführt; marktwirtschaftliche und kapitalistische Strukturen breiteten sich bereits aus. *Locke* forderte zu der Zeit im Grunde schon alles, was für den Liberalismus kennzeichnend ist: Rechte des Einzelnen; Gewaltenteilung, ein Widerstandsrecht und Toleranz.¹²⁹⁶ Auch im (kontinentaleuropäischen) Naturrecht wurde das Individuum als Ausgangspunkt der staatlichen Legitimation ausgemacht, die Staatsräson entsprechend dem Gemeinwohl begrenzt und ein öffentliches Recht von einem privaten Recht zwischenmenschlicher Beziehungen systematisch getrennt. Der Begriff Liberalismus taucht jedoch erstmals im 19. Jahrhundert auf. Er geht zurück auf die lateinische Wurzel *liber, liberalis* und meint freier, vornehmer Mann.¹²⁹⁷ Explizit genannt wird er im Jahr 1812 als Bezeichnung der Verfassungsbewegung in Spanien, die sich gegen eine Rückkehr zum absolutistischen Regime wendete.¹²⁹⁸ In Kontinentaleuropa hat er sich während der Restaurationszeit eingebürgert. Nach *Winkler* diene er „zur Charakterisierung von Bewegungen, deren negatives Merkmal die Opposition gegen die Wiederherstellung der vorrevolutionären Gesellschafts- und Machtverhältnisse einerseits, gegen eine Erschütterung der bürgerlichen Eigentumsordnung durch radikaldemokratische und frühsozialistische Kräfte andererseits bildet und die sich positiv zu einem konstitutionellen System bekennen, in dem bürgerliche Freiheiten und bürgerliche Machtteilhabe wirksam gesichert sind.“¹²⁹⁹

Was hier als Privatrechtsliberalismus bezeichnet wird, ist insbesondere von dieser politischen Intention beeinflusst. Zwar führt der Privatrechtsliberalismus zum großen Teil Vorstellungen fort, die auf das Naturrecht der Aufklärung zurückgehen, allerdings werden diese Prinzipien entscheidend politisch umgedeutet.¹³⁰⁰ Auch philosophisch lässt sich das begründen. *Auer* sieht in den Schriften *Immanuel Kants* (1724-1804) einen entscheidenden Wandel, den auch *Locke* schon vollzogen habe. Während im Naturrecht grundsätzlich noch das Primat der Pflicht gegolten habe, werde die Rechtsbegründung nunmehr allein von der Perspektive der Rechtsbeschränkung gedacht.¹³⁰¹

Es muss jedoch betont werden, dass das, was hier als „der“ Privatrechtsliberalismus bezeichnet wird, nur die Zusammenfassung von Elementen ist, die aus den einzelnen Aussagen der Juristen ab Mitte des 18. Jahrhunderts, wie aus dem allgemeinen geistesgeschichtlichen Klima der Zeit herausgezogen wird. Es geht also weniger um eine einheitliche Philosophie, wie z.B. *Kants* oder *Hegels* – auch wenn

¹²⁹² *Grimm*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 138, 152.

¹²⁹³ *Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 154.

¹²⁹⁴ *Abelshauser*, in: *Staatsaufgaben*, 199, 204.

¹²⁹⁵ *Abelshauser*, in: *Staatsaufgaben*, 199, 205.

¹²⁹⁶ *Ottmann*, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 3, Teilband 3, 58.

¹²⁹⁷ *Ottmann*, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 3, Teilband 3, 59.

¹²⁹⁸ *Ottmann*, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 3, Teilband 3, 59; *Winkler*, *Liberalismus und Antiliberalismus*, 15.

¹²⁹⁹ *Winkler*, *Liberalismus und Antiliberalismus*, 15.

¹³⁰⁰ *Bullinger*, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 37: ältere Denkansätze werden „rechtspolitisch umgemünzt“; *Stolleis*, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 41, 57: bisher „analytische Differenz“ zwischen einem öffentlichen und einem privaten Recht sei „politischer“ geworden.

¹³⁰¹ *Auer*, in: *Rechtswege*, 13, 22; *dies.*, *AcP* 216 (2016), 239, 255; *KJ* 2020, 45, 49.

diese Autoren für das geistesgeschichtliche Klima sehr wichtig waren. Möglicherweise ist es angemessener, von einem Bild zu sprechen, einer – trotz aller Unterschiede der Autoren im Detail – gleichsam auftretenden Vorstellung darüber, wie die Welt beschaffen sei und wie eine vernünftige Sozialordnung auszusehen habe. Dass dieses Bild dabei im Widerspruch zur Rechtswirklichkeit stand und von vornherein argumentativ Lücken ließ – wie nicht erst *Auer* betont – ist keine Widerlegung seiner Existenz. Es unterstreicht nur umso deutlicher, auch in Verbindung mit den klaren politischen Anliegen, seinen ideologischen Charakter.

I. Skizze des Privatrechtsliberalismus

Der Privatrechtsliberalismus ist im Wesentlichen bestimmt von der Vorstellung einer grundsätzlich vorstaatlichen homogenen Ordnung von Individuen. Recht ist aus dieser Perspektive keine soziale Institution, sondern allein eine Einschränkung der individuellen Freiheit. Es legitimiert sich damit, einen Rahmen für den individuellen Austausch herzustellen und diesen abzusichern. Entscheidend geht es um ein Schädigungsverbot im Sinne eines persönlichen Verschuldens. Ein weiterer Zweck ist nicht gegeben. Die Gerechtigkeit des Rechts ergibt sich durch die Herstellung eines Rahmens individueller Autonomie, in dem jeder erlange, was er verdiene. Dies ist jedoch nicht das Ergebnis einer rechtlichen Gerechtigkeit, sondern der natürlichen Ordnung.

1. Radikalisierung des individualistischen Ansatzes

Dieses Bild stützt sich im Wesentlichen auf zwei miteinander in Verbindung stehende Prinzipien.¹³⁰² Auf der einen Seite ist dies die Entdeckung und Betonung des Individuums und seiner Freiheit als Ausgangspunkt jedweder Ordnungsvorstellung wie auch des Rechts. Auf der anderen Seite die Vorstellung von Gesetzmäßigkeiten im gesellschaftlichen Zusammenleben, die ähnlich funktionieren würden wie die Gesetzmäßigkeiten in der Natur und letztlich zu einer scheinbar natürlichen Ordnung führen würden. In beiden Punkten führt der Privatrechtsliberalismus Ideen fort, die schon das frühere Denken bestimmt haben, insbesondere der individualistische Ansatz ist nun aber anders gedacht, bzw. führt zu weitreichenderen Konsequenzen.

Schon das frühere Denken hatte – inspiriert durch die Naturwissenschaften – begonnen, in der menschlichen Welt allgemeine Gesetzmäßigkeiten zu entdecken und entsprechend allgemeiner Gesetze Ordnungsentwürfe vorzulegen. Schon in diesen Überlegungen nahm das Individuum eine zentrale Rolle ein und es wurde grundsätzlich die Gleichheit und Freiheit aller Menschen angenommen. Allerdings war die Perspektive dabei zumeist eine andere. Das Individuum trat wesentlich in einer deskriptiven Funktion hervor. Es war die kleinste Einheit, aus dem das Soziale zusammengesetzt wurde und damit der Ausgangspunkt für die Mechanik des Sozialen. Bspw. der Gesellschaftsvertrag bei *Hobbes* kann als Beschreibung eines rein faktisch bestehenden Gleichgewichts interpretiert werden, in denen die Individuen sich gegenseitig rein strategisch betrachtend auftreten.¹³⁰³ Mit solchen Denkmustern ging schon eine gewisse Rücksichtnahme auf das Individuum einher, aber zumeist noch in Gestalt des Gemeinwohls. Noch immer galt die Vorstellung einer einheitlichen Ordnung nur konzipiert nach vernünftigen Prinzipien, die zum Wohle aller ausgestaltet sei. Der Polizeistaat hatte zwar Wohlfahrtsförderung zum Ziel, allerdings noch immer im Sinne der Staatsräson, zur Stärkung des Staates. Selbst bei den Physiokraten, bei denen die individuelle Freiheit Voraussetzung der ökonomischen Ordnung gewesen ist, war dies noch eingeschlossen in der absolutistischen Herrschaft. Allerdings trat eine gewisse Spannung zur Einheitsvorstellung zutage,

¹³⁰² *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 11; *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 21: „Die (...) juristische Privatautonomie schmiedet individualethische und gemeinnützliche (mithin ausserrechtliche) Elemente zusammen.“

¹³⁰³ Vgl. dazu *Kersting*, in: Politische Philosophie des Sozialstaats, 17, 25; *Taylor*, Hegel, 480.

wenn das Privatrecht prinzipiell staatsunabhängig gedacht war und allein zwischen gleichen und freien Individuen vermitteln sollte. Auch die These vom Gesellschaftsvertrag enthält neben der deskriptiven Komponente die Vorstellung, nur die Individuen selbst könnten die Legitimität der Ordnung bestimmen.

Im liberalen Denken wird dieser individualistische Ansatz im gewissen Sinne radikalisiert. Die Vorstellung eines sinnhaften Ganzen tritt gänzlich in den Hintergrund. Die Idee, man könne die soziale Welt von einem Punkt aus konstruieren und auf diese Weise die „Glückseligkeit aller“ im direkten Durchgriff herstellen, war nicht erst durch die Kritik *Kants* in Zweifel geraten.¹³⁰⁴ Vielmehr sei nur noch vernünftig und gerecht, was das Ergebnis autonomen Handelns sei.¹³⁰⁵ Die individuelle Freiheit wird damit zum zentralen Begriff, aus dem alles Weitere abgeleitet wird.¹³⁰⁶ Dieser ist jedoch ein doppelter.¹³⁰⁷ Einerseits entspringt die individuelle Freiheit aus dem Menschensein und ist ein vorgängiger Wert vor jeder Ordnung, andererseits ist die individuelle Freiheit auch die Voraussetzung, dass die natürliche Ordnung sich einstellen kann, die letztlich aus sich heraus zum Gemeinwohl führe soweit sie nicht beeinträchtigt werde.

2. Recht als Rahmen

Aus dieser Perspektive folgt, dass das Recht nicht als gesellschaftliche Institution aufgefasst wird, sondern von vornherein nur als individuelle Freiheitseinschränkung denkbar ist.¹³⁰⁸ Zulässig ist dies, sofern sich die Freiheitseinschränkung nicht als von außen kommend, sondern als Ermöglichung der Freiheit darstellt.¹³⁰⁹ Insofern dürfe das Recht nur einen Rahmen herstellen, um die natürliche Ordnung vor Störungen zu bewahren und Störungen zu korrigieren.¹³¹⁰ In keinem Fall dürfe das Recht jedoch regulierend auftreten.¹³¹¹

Der Staatszweck wird damit umgestellt.¹³¹² Die Verfolgung des Allgemeinwohls wird dem Staat als Aufgabe abgesprochen, auch soweit dies als Wohl aller verstanden wird. Gemeinwohl werde sich nur einstellen, indem die natürliche Ordnung individuellen Austausches ermöglicht werde.¹³¹³ Die Aufgabe des Staates sei nur noch, dies sicher zu stellen.

¹³⁰⁴ *Lahusen*, Volksgeist, 33; *Möllers*, Staat als Argument, 195; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 23, 47.

¹³⁰⁵ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 11.

¹³⁰⁶ Bsp. Hierzu bei *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts (1840), Bd. 2, 2: „Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit willen.“; vgl. auch *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889), 11: werde im Privatrecht nicht mehr das Individuum als Selbstzweck anerkannt, verkümmerten seine Ordnungen zu Mitteln des Gesellschaftszwecks, so „habe das Christenthum umsonst den unvergleichlichen und , unvergänglichen Werth jedes Menschendaseins offenbart und die Weltgeschichte vergeblich die Ideen der Freiheit und der Gerechtigkeit entwickelt.“

¹³⁰⁷ Vgl. *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 12.

¹³⁰⁸ *Auer*, KJ 2020, 45, 49; *dies.*, in: Rechtswege, 13, 22; *dies.*, AcP 216 (2016), 239, 255; *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 69 f.; *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 97; Bsp. *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht (1802), § 5.

¹³⁰⁹ Vgl. *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 75: „Nur unter diesen Bedingungen kann der für das Recht charakteristische ‚durchgängige Zwang‘ nicht mehr als eine von außen kommende und die Freiheit unterdrückende Zwangsgewalt gedacht werden, sondern im Gegenteil als etwas, das die Freiheit vor jedem anderen Zwang bewahrt und somit als Bedingung ihrer Möglichkeit betrachtet werden muß.“

¹³¹⁰ *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 162: „Der Staat wurde unter diesen Umständen nur noch zum Schutz von Freiheit und Eigentum und der über sie vermittelten Steuerungsmechanismen der Gesellschaft benötigt. Er mußte eine ihm vorgegebene, quasi-natürliche Ordnung gegen Störungen abschirmen oder nach eingetretener Störung wieder herstellen, ohne auf die Ordnung selbst Einfluß nehmen zu dürfen.“ Vgl. auch *ders.*, *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 21, 193.

¹³¹¹ Vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, 58: „Das Gesetz ist der äußere Rahmen für in sich selbst Unbegrenztes, nicht die verbindliche Statuierung eines inneren Maßes.“

¹³¹² *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 22; *Kaufmann*, in: Staatsaufgaben, 15, 21.

¹³¹³ *Kersting*, in: Politische Philosophie des Sozialstaats, 9, 26.

Der Gerechtigkeitsbegriff im Recht verschwindet.¹³¹⁴ Gerechtigkeit sei die Ermöglichung von Freiheit, eine Bewertung des Ergebnisses sei nicht mehr möglich,¹³¹⁵ bzw. jedes Ergebnis sei immer auch gerecht, da jeder nur das erlange, was er verdiene. Sobald der Markt als System etabliert sei, würden nur noch Talent und Fleiß über Glück und Wohlstand entscheiden.¹³¹⁶ Ungleichheit wird nicht mehr als extern auferlegt verstanden, sondern erscheint als individuell zurechenbar.¹³¹⁷ Insoweit geht es nur noch um Austauschgerechtigkeit, bzw. um einen formalen Gerechtigkeitsbegriff, der allein auf einen Prozess bezogen ist und nicht auf ein Ergebnis festgelegt.

Eine entscheidende Rolle spielt das Haftungsrecht. Obwohl dies nach wie vor wesentlich vom Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit und damit noch von vernunftrechtlichen Überlegungen geprägt blieb,¹³¹⁸ lässt sich dies mit der liberalen Grenzziehung vereinbaren. Haftungsrecht ist danach wesentlich ein Schädigungsverbot und als solches keine eigentliche Pflicht oder Verantwortung, sondern nur das Verhindern der Störung der natürlichen, autonomen Ordnung.¹³¹⁹ Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass Unfälle natürlich seien, eine Frage von Glück oder Pech, aber keine zu korrigierenden Schäden. Nur soweit ein persönlich vorwerfbares Verhalten gegeben ist, liege ein Schaden im eigentlichen Sinne vor, der nicht mehr Teil der natürlichen Ordnung, sondern zu korrigieren sei.¹³²⁰

3. Wahrheitscharakter des (Privat-)Rechts

Wie schon im Naturrecht, so folgten auch für den Privatrechtsliberalismus die rechtlichen Regeln unmittelbar aus den Geboten der Vernunft, bzw. der so festgestellten Gerechtigkeit. Den Juristen komme daher die Aufgabe zu, allein aus den Prinzipien der Vernunft die Rechtssätze darzustellen.¹³²¹ Insbesondere das Privatrecht, das allein Regeln des zwischenmenschlichen Zusammenlebens aufstelle, wurde als rein von Vernunft und Gerechtigkeit bestimmtes Werk aufgefasst, das weder Wandel noch Willkür unterliege.¹³²²

Diese Vorstellung wurde auch durch die Rezeption des römischen Rechts durch die Historische Rechtsschule unterstützt. Im 19. Jahrhundert herrschte ein Bild des römischen Rechts, wonach dieses auf der Idee eines reinen, von politischen und sonstigen Umständen unberührten Privatrechts basiert habe, welches auf ein logisch bzw. begrifflich vorgegebenes System zurückgeführt werden könne.¹³²³ So wurde das Bild geprägt, im römischen Recht eine zweitausendjährige Tradition, eine allen juristischen Problemen längst gewachsene Erfahrung hinter sich zu haben.¹³²⁴ Auch *Friedrich Carl von*

¹³¹⁴ Vgl. *Kübler*, FS Raiser (1974), 643, 701: „funktionale Entlastung des Rechts.“; *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 11, *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 160, 200; *Kersting*, in: Politische Philosophie des Sozialstaats, 9, 26: Entlastung von einem materialen Gerechtigkeitsideal.

¹³¹⁵ *Kersting*, in: Politische Philosophie des Sozialstaats, 9, 27.

¹³¹⁶ *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 228.

¹³¹⁷ *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 80; *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 13.

¹³¹⁸ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 2; *Jansen*, AcP 216 (2016), 112, 124 f.

¹³¹⁹ *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 69.

¹³²⁰ *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 109.

¹³²¹ Bsp. *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht (1802), § 14, 21.

¹³²² Bsp. *Schlosser*, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere (1789), 113 f., 120 verstand unter einem Gesetz nicht weniger, als einen „Satz, der das Wesen und die Verhältnisse der Dinge angibt, wie sie sind.“; *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), 29: Begriffe der klassischen Juristen seien „wirkliche Wesen, deren Daseyn und deren Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist. Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sich sonst außer der Mathematik nicht findet, und man kann ohne Uebertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen.“ Vgl. auch *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 11; *Lahusen*, Volksgeist, 71.

¹³²³ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 333.

¹³²⁴ *Hofmann*, Das Recht des Rechts, 16; vgl. dazu das Zitat von *Jherings* aus dem Jahr 1857: „Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundform oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt, und innerhalb ihrer verläuft auch jede ferne Bewegung, so sehr sie im Uebrigen von der bisherigen divergieren möge; eine

Savignys (1779-1861) „Volksgeist“ statt das Recht mit der „unbezweifelbaren Würde der Wahrheit“ aus, indem Rechtsquellen nicht erschaffen, sondern nur gefunden werden könnten.¹³²⁵ Dabei verstand *Savigny* das Volk nicht als politisch handlungsfähige Nation, sondern als Inbegriff einer kulturellen Tradition, die zu entdecken allein in der Kompetenz der Juristen liege.¹³²⁶

4. Absolutes, risikoloses Gleichgewicht

Selbst wo das Gesetz nicht unmittelbar aus der Vernunft abgeleitet, sondern auf einen demokratischen Kompromiss verwiesen wurde, wie bei *Anton Friedrich Justus Thibaut* (1772-1840),¹³²⁷ steckte darin nur eine andere Form des privatrechtsliberalen Gesellschaftsbildes. Es war kein pluralistisches Modell gemeint, sondern immer noch ein Moment der Allgemeinheit und Wahrheit impliziert, der durch die Öffentlichkeit der bürgerlichen Gemeinschaft abgesichert sei, wie vor allem *Habermas* herausgestellt hat.¹³²⁸ Entscheidend war die Vorstellung einer absolut homogenen Gemeinschaft, deren Selbstregulierungskräfte zu Ergebnissen führen würden, die quasi natürlich akzeptiert seien und damit konfliktlos und gänzlich unpolitisch bleiben würden.

Diese Vorstellung zeigt sich auch in der Konzeption der Gute-Sitte-Klauseln. Auch wenn deren historische Funktion unter Verweis auf die Gesetzgebungsgeschichte zum Teil umstritten ist,¹³²⁹ liegt jedenfalls in der später durch das Reichsgericht festgelegten Interpretation als „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“¹³³⁰ letztlich die Vorstellung, in der homogenen Gesellschaft quasi selbstverständlich Moralvorstellungen herausfiltern zu können, die die Grenzen der Vertragsfreiheit bilden würden.¹³³¹ Auch dies war nur möglich, weil angenommen wurde, dass die gesellschaftlichen Moralvorstellungen wiederum nicht umstritten seien, sondern jedem einsichtig und quasi natürlich akzeptiert. So schreibt *Teubner*: „Praktisch bedurfte es keiner Regeln, um die Erkenntnis und juristische Verwertung der gesellschaftlichen Normen zu sichern. Denn die Richter repräsentierten über Herkunft und Ausbildung die ‚bürgerliche‘ Gesellschaft ihrer Zeit. Die Fiktion einer homogenen Gesellschaftsmoral im 19. Jahrhundert konnte so als überzeugende Grundlage richterlicher Argumentation dienen.“¹³³²

gereifte Jurisprudenz läßt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit bringen.“ (Gesammelte Aufsätze (1881), Bd. 1, 14).

¹³²⁵ *Lahusen*, *Volksgeist*, 71, 95; vgl. auch *Kübler*, FS Raiser (1974), 643, 701.

¹³²⁶ *Kübler*, FS Raiser (1974), 643, 703.

¹³²⁷ *Thibaut*, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland (1814), 40: „die Schaam diese große Schutzwehr menschlicher Freyheit, wodurch auch der Hebel der Publizität so allmächtig wirkt, bändigt hier immer die Schlechtigkeit des Einzelnen. Alle werden durch die Kräfte Aller unglaublich ermuntert und gehoben; und durch ein geduldiges Erwägen aller Bedenken und Einwürfe schleifen sich am Ende die sämtlichen Ecken so glatt herunter, daß das vollendete Werk in der Regeln und im Ganzen (...) den Beyfall jedes einzelnen Stimmenden haben wird.“; a.a.O., 55: „die bürgerlichen Gesetze, im Ganzen nur auf das menschliche Herz, auf Verstand und Vernunft gegründet, werden sehr selten in der Lage seyn, daß si sich nach den Umständen beugen müssen (...)“

¹³²⁸ *Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 270 f.; vgl. auch *Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 163; *Kübler*, FS Raiser (1974), 643, 701.

¹³²⁹ *Großfeld*, *Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe*, 15 verweist darauf, dass in den Motiven durchaus vorgesehen war, dass ein RG, „nicht bloß gegen die moralischen Interessen, sondern auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstoßen kann und ein Verstoß gegen die letzten nicht immer ein Verstoß gegen die ersteren enthält.“, Verweis zu Motive, BGB, Bd. 1, § 106 (211); dagegen meint *Teubner*, *Standards und Direktiven*, 53, dass weder eine Rezeption eines absoluten Sittengesetzes intendiert gewesen sei, was sich dadurch zeige, dass der Begriff der Sittlichkeit durch den Begriff der Guten Sitten ersetzt worden sei, noch wäre *ordre public* gemeint gewesen, sofern darunter eine vom Staat bestimmte öffentliche Ordnung zu verstehen sei.

¹³³⁰ RG, 11. 4. 1901 – Rep. VI 443/00 – RGZ 48, 114 ff.

¹³³¹ *Ott*, FS Raiser (1974), 403, 410; *Teubner*, *Standards und Direktiven*, 52.

¹³³² *Teubner*, *Standards und Direktiven*, 54.

Diese Vorstellung einer prinzipiell homogenen Sozialordnung zeigt sich auch mit Blick auf den Markt. Im Wesentlichen wurde von annähernd sozialer Gleichheit in Form kleiner Warenproduzenten mit wechselseitiger Abhängigkeit ausgegangen, in der prinzipiell jeder Eigentümer war, bzw. durch Arbeit Eigentümer werden konnte.¹³³³ Nicht nur wurde der Markt im Rahmen dieser homogenen Gemeinschaft als ein „natürlicher“ selbstregulierender Verteilungsmechanismus aufgefasst, nach den Vorstellungen *Smiths* und anderen Zeitgenossen hatte er sogar eine moralische Funktion, indem er die moralverzehrenden, egoistischen Triebe rationalisierte und dadurch moralisierte.¹³³⁴ Ein Armutsproblem, wie es schon vor der Industrialisierung sichtbar war und durch diese noch verstärkt wurde, war schlicht nicht vor- bzw. vorhergesehen.¹³³⁵ Die Anhäufung von Eigentum und Besitz jenseits eines realen Nutzens war in einer Zeit, in der die ökonomischen Probleme noch allein im Rahmen der Moralphilosophie diskutiert wurden, nicht gerechtfertigt.¹³³⁶ Zu erinnern ist an die sog. *Locke'sche* Proviso, wonach Eigentum an einem Gegenstand durch die eigene Arbeit entstehe, indem das Recht am eigenen Körper in den bearbeiteten Gegenstand miteinfließe, eine Aneignung jedoch dadurch begrenzt sei, dass zum einen genug für andere vorhanden bleiben müsse, und nur so viel angeeignet werden dürfe, dass man es selbst verbrauchen könne.¹³³⁷

Homogen wurde die Gesellschaft auch im Hinblick auf die persönliche haftungsrechtliche Verantwortlichkeit gesehen. Risiken wurden noch nicht als integraler, zu regulierender Bestandteil der Gesellschaft aufgefasst, wie insbesondere *Ewald* betont. Das soziale Leben sei von Natur aus nicht schadensverursachend gewesen, vielmehr Teil der natürlichen Ordnung, in der Unfälle schlicht als unvorhersehbar, als Glück oder Pech und notwendiger Bestandteil der Freiheit aufgefasst worden seien.¹³³⁸ Im Rahmen der grundsätzlich homogenen Gemeinschaft sei ein eigentlicher Schaden dann eine Ausnahme gewesen und ließe sich immer individuell dem Verschulden einer Person zurechnen.¹³³⁹ Dabei galt jedoch, dass grundsätzlich keine Rechtspflicht bestand, Verantwortung für das Handeln anderer zu übernehmen und sich das Verschulden grundsätzlich anhand eines einheitlichen Maßstabs der vernünftigen Person ergab.

5. Rechtsmethodische Isolierung und Immunisierung des Privatrechts

Neben dieser grundsätzlichen Sichtweise auf die Sozialordnung und auf das Recht ist für das, was hier als Privatrechtsliberalismus bezeichnet wird, entscheidend, welche rechtsmethodischen Konsequenzen gezogen worden sind.

Im Vernunftrecht, insbesondere bei *Pufendorf*, wurde zwar konzeptionell der Gedanke eines staatsunabhängigen, allgemeinen Privatrechts entwickelt, allerdings lediglich als naturrechtlich gedachter Kern allgemeiner Rechtssätze der zwischenmenschlichen Beziehungen.¹³⁴⁰ Auch dieses „Privatrecht“ musste wieder in das staatliche Gemeinwesen integriert werden, um wirksam zu sein.¹³⁴¹ Sogar *Kant* übernimmt noch im Wesentlichen diesen Gedanken. „Privatrecht“ bezeichnete nach ihm

¹³³³ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 188; *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 228; *Somma*, Law and Contemporary Problems, Vol. 76, Issue 2, 105, 106.

¹³³⁴ *Herzog*, Markets, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/markets/>, zuletzt aufgerufen am 25.5.2021, 3.1; *Kersting*, in: Politische Philosophie des Sozialstaats, 9, 36.

¹³³⁵ *Kersting*, in: Politische Philosophie des Sozialstaats, 9, 27.

¹³³⁶ *Somma*, Law and Contemporary Problems, Vol. 76, Issue 2, 105, 106.

¹³³⁷ *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Zweite Abhandlung, § 33, 26, 31.

¹³³⁸ *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 18, 105, 109.

¹³³⁹ *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 109.

¹³⁴⁰ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 36.

¹³⁴¹ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 32 f.

grundsätzlich nur die gesamte Rechtsordnung im vorstaatlichen Zustand – das Recht des äußeren Mein und Dein –, das nur als provisorisches Recht ausgestaltet war und der staatlichen Gesetzgebung, des „öffentliches Rechts“, bedurfte, um Geltung zu erlangen.¹³⁴² Inhaltlich unterschied sich dieses Recht jedoch nicht wesentlich.¹³⁴³

Die Juristen ab der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts sahen nun jedoch in dem staatsisolierten Privatrecht des Naturzustandes mehr als eine bloße rechtliche Vorform oder einen rein allgemeinen Kern von Rechtssätzen, sondern begannen einen kategorischen Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht zu behaupten.¹³⁴⁴

Johann Georg Schlosser (1739-1799) meinte, bezüglich der Regeln des öffentlichen Rechts verbiete sich der Begriff des Gesetzes, da dieses an der Gerechtigkeit orientiert und weder Wandel noch Willkür unterliege, bezüglich des öffentlichen Rechts jedoch die Ziele des Staates bestimmend seien, weswegen man besser von Verordnungen spreche.¹³⁴⁵

Wohl auch unter dem Eindruck der idealistischen Philosophie wurde diese Unterscheidung ab 1840, nach Erscheinung von *Savignys* „Systemen“, zum unumstößlichen Dogma und wurde gar zu einer apriorischen, „wesensmäßigen“ Trennung stilisiert.¹³⁴⁶ Nur im Privatrecht zeige sich die liberale Rechtsidee, wonach das Recht allein einen Rahmen schaffe für eine letztlich staatsisolierte, „unpolitische“ Sphäre, in der allein Freiheitssphären zwischen Individuen abgegrenzt würden, orientiert an überzeitlichen Kriterien der Gerechtigkeit und Wahrheit. Davon getrennt sei das öffentliche Recht, in dem der Einzelne nicht mehr Zweck an sich sei und allein die Vernunft die Regeln bestimme, sondern die jeweils unterschiedlich aufgefassten Bedürfnisse des Gemeinwesens.

Nach *Auer* sei der Trennungsgedanke geistesgeschichtlich vor allem auf *Hegel* zurückzuführen: „Erst Hegel gelingt unter Bruch mit der antiken Begriffstradition die Emanzipation des Bürgerlichen vom Politischen, indem die ‚bürgerliche Gesellschaft‘ erstmals die soziale Stellung des entpolitisierten Privatbürgertums im politisch absoluten Staat bezeichnet.“¹³⁴⁷

Rechtspolitisch ließ sich damit u.a. eine Rechtswegtrennung begründen. Im Anliegen, den Rechtsweg gegenüber Akten der Gesetzgebung und der Verwaltung auszuschließen, trafen sich liberale Reformen

¹³⁴² *Kant*, Die Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre, Vor Erster Teil, § 41; vgl. *Auer*, in: *Rechtswege*, 13, 27; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 37 f.

¹³⁴³ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 38; *Kersting*, in: *Politische Philosophie des Sozialstaats*, 17, 25; Nach *Bullinger* ließ sich dies in zwei Richtungen interpretieren: Einerseits hätte die Rolle des Privatrecht nach *Kant* so verstanden werden können, dass das zunächst staatsisolierte Privatrecht so umgestaltet würde, dass damit ein Gemeinwesen praktisch hergestellt werden könne oder auch das „staatliche“ Privatrecht, dass sich inhaltlich nicht wesentlich vom staatsisolierten Privatrecht unterschied, hätte weiterhin nur die isoliert vom Gemeinwesen gedachte Aufgabe, Freiheitssphären zwischen den Individuen abzugrenzen, a.a.O. 38 f.

¹³⁴⁴ *Auer*, in: *Rechtswege*, 13, 27; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 37 f.; *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 84 f.; *Stolleis*, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 41, 57.

¹³⁴⁵ *Schlosser*, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere (1789), 113 f.

¹³⁴⁶ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 22: „Dennoch bleibt zwischen beiden Gebieten ein fest bestimmter Gegensatz darin, daß in dem öffentlichen Recht das Ganze als Zweck, der Einzelne als untergeordnet erscheint, anstatt daß in dem Privatrecht der einzelne Mensch für sich Zweck ist, und jedes Rechtsverhältniß sich nur als Mittel auf sein Daseyn oder seine besonderen Zustände bezieht.“ Vgl. *Auer*, in: *Rechtswege*, 13, 27; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 54 f.; *Stolleis*, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 41, 57; Letzterer aber offen lassend, ob dies bei *Savigny* schon so angelegt war; bsp. für den wesensmäßigen Gegensatz: *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889), 11; *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, (1878), Bd. 2, I Abt. 2. Buch, 300 f.

¹³⁴⁷ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 38; Vgl. auch *Auer*, in: *Rechtswege*, 13, 26; vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 187, §§ 189 ff.

und das absolutistische Staatsdenken.¹³⁴⁸ Die Sonderrechte der Ständeordnung konnten so zugunsten von Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit aufgehoben werden, ohne dass diese als „Rechte Privater“ einklagbar gewesen wären.

Allerdings lässt sich diese rechtsmethodische Unterscheidung nicht nur in Deutschland beobachten. So verweist *Horowitz* auf die Anstrengungen englischer und US-amerikanischer Rechtsgelehrter des 19. Jahrhunderts, Regeln des *common law* zu „privatisieren“, indem bspw. das Durchsetzungsverbot für *unfair contracts* mit dem Argument aufgeweicht worden sei, es handele sich um einen rein privaten Vorgang, in dem Allgemeinwohlbelange keine Rolle spielen dürften und versucht worden sei, *punitive damages* mit dem Argument abzuschaffen, Verhaltenssteuerung sei kein Zweck des Haftungsrechts, sondern nur der Schadensausgleich.¹³⁴⁹ Noch 1905 entschied der US-amerikanische Supreme Court im berühmten Fall *Lochner v. New York*, die Regulierung von Arbeitszeiten verletze die Vertragsfreiheit,¹³⁵⁰ ein Argument, das in ähnlicher Form schon im 18. Jahrhundert in England gegen die damaligen Armutsgesetze und einen Mindestlohn vorgebracht worden war und in Deutschland zur Rechtfertigung u.a. von Kinderarbeit.¹³⁵¹

Faktisch zielte der Privatrechtsliberalismus auf eine neue Sozialordnung, einer – in den Worten *Böhms* – „Privatrechtsgesellschaft“.¹³⁵² Das zeigt sich auch in der sog. „Privatrechtsakzessorietät“ der Grundrechte in der Zeit der französischen Revolution.¹³⁵³ Nach *Grimm* sei das Ziel die Umstellung der Gesellschaftsordnung gewesen und in einer feudalen Sozialordnung, in der ein Privatrecht noch gefehlt habe, stießen die Grundrechte eine Privatrechtsgesetzgebung an.¹³⁵⁴

In der Methodik des Privatrechtsliberalismus wurde dieses politische Projekt, dieser praktische Ordnungsentwurf jedoch ausgeklammert. *Bullinger* sieht allein einen Gleichklang der Privatrechtskonzeption mit einer liberalen, auf formale Rechtsgleichheit und Wirtschaftsfreiheit gegründeten Gesamtordnung, der bewusst oder unbewusst auftrat, methodisch jedenfalls nicht in die Rechtskonzeption integriert worden sei.¹³⁵⁵ *Böckenförde* spricht von einer „stillschweigenden“ Voraussetzung. Nach *Kübler* sei zwar gesehen worden, dass das Privatrecht die Funktion einer neuen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung übernommen hätte und mit der industriellen Revolution verschränkt gewesen sei, es sei jedoch Ausdruck der begriffsjuristischen Methode gewesen und der damit verbundenen rein formal-abstrakten Argumentation, diesen Zusammenhang auszublenden.¹³⁵⁶

Es finden sich bspw. bei *Savigny* Andeutungen, die zeigen, dass *Savigny* die Reinheit des Privatrechts nur deswegen aufrechterhalten konnte, weil das öffentliche Recht korrigierend hinzutrat; auch verortete *Franz von Zeiller* (1751-1828) das Privatrecht zwar in einem Raum gedanklicher Isolierung vom Gemeinwesen, erkannte gleichzeitig aber zu, dass das öffentliche Recht die privatrechtlichen Regeln modifizieren könne.¹³⁵⁷ Entscheidend ist jedoch, dass in diesen Überlegungen trotzdem keine methodische Verschränkung mit dem öffentlichen Recht oder einer Gemeinschaftsordnung verbunden

¹³⁴⁸ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 51; vgl. auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 336 f.

¹³⁴⁹ *Horowitz*, University of Pennsylvania Law Review 1982, 1423, 1425.

¹³⁵⁰ *Horowitz*, University of Pennsylvania Law Review 1982, 1423, 1426.

¹³⁵¹ Vgl. → § 9 V. 1., 3.

¹³⁵² *Böhm*, ORDO Vol. 17 (1966), 75.

¹³⁵³ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 194.

¹³⁵⁴ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 195.

¹³⁵⁵ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 43; in die Richtung wohl auch *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 23.

¹³⁵⁶ *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 149; *Kübler*, FS Raiser (1974), 643, 705 f.

¹³⁵⁷ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts (1840), Bd. 1, 371 „Daher kann der Reiche den Armen untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausnutzung des Schuldrechts, und die Hilfe, die dagegen Statt findet, entspringt nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des Öffentlichen Rechts.“; vgl. *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 101; *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht (1802), § 18, 24, 90.

war, im Gegenteil: Jegliche Form der Regulierung wurde konsequent aus dem Privatrechtssystem – zumindest gedanklich – ausgeklammert und die Reinheit und Autonomie des Privatrechts behauptet.¹³⁵⁸ Beispielhaft dafür steht die Gefährdungshaftung, die ausgerechnet von *Savigny* als Minister geschaffen wurde, allerdings als „politisches“ Recht jenseits des bürgerlichen Rechts verortet sein musste.¹³⁵⁹ Diese sog. Zweispurigkeit des Haftungsrecht ist auch heute noch aktuell und zeigt sich daran, dass Gefährdungstatbestände noch immer nicht analogiefähig sein sollen.¹³⁶⁰

Es gibt Autoren, prominent vor allem *Böhm*, die meinen, zumindest nach frühliberaler Auffassung sei dem Privatrecht eine praktische Ordnungsfunktion zugekommen.¹³⁶¹ Doch jedenfalls ab der zweiten Jahrhunderthälfte lässt sich das nicht mehr feststellen. Nach 1848 zog sich die Privatrechtsrechtswissenschaft noch stärker auf das Ideal juristischer Wissenschaftlichkeit zurück, das schon zuvor den Privatrechtsbegriff geprägt hatte, der nun als „autonom“ und „entpolitisiert“ betont wurde.¹³⁶² *Großfeld* meint, das Zivilrecht habe auf die steigende Komplexität der Sozialvorgänge mit einer „Verinnerlichung“ und mit einer Liebe zum rechtstechnischen Detail reagiert.¹³⁶³ Methodisch wurde das Privatrecht gegen einen Wandel immunisiert.

II. Wandel des Privatrechtsliberalismus?

1. Wandel des gesellschaftlich-rechtlichen Modells

Der Privatrechtsliberalismus hat zu keinem Zeitpunkt eine vollständige Entsprechung in der (Rechts-)Wirklichkeit gefunden. In seinem frühen Stadium war er vor allem politisches Projekt, das niemals vollständig verwirklicht werden konnte, sondern nur schrittweise und alsbald auf sowohl reaktionär-konservative als auch sozialpolitische Gegenkräfte stieß. Auch die Gesetzgebungsgeschichte des BGB war, wie insbesondere *Reppen* zeigt, obwohl deutlich von privatrechtsliberalen Prinzipien bestimmt, trotzdem auch von politischen Kompromissen geprägt, in denen schon gewisse sozialpolitische Vorstellungen Einzug hielten.¹³⁶⁴ Dies lässt sich damit erklären, dass die frühliberale Utopie sehr bald von der Wirklichkeit eingeholt wurde. Blieben einerseits polizeiliche Traditionen noch lange erhalten, wurden liberale Regularien zumindest ab den 1870er Jahren immer stärker von einem interventionistischen Regime abgelöst.¹³⁶⁵ Hintergrund dieser Entwicklung ist eine veränderte Auffassung über die gesellschaftlichen Probleme, die nicht alle erst mit der Industrialisierung entstanden, aber mit der Zeit in jedem Fall in solcher Deutlichkeit sichtbar wurden, dass sie nicht mehr ignoriert und mit dem Glauben an die Kraft der natürlichen Ordnung begegnet werden konnten.

¹³⁵⁸ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 100.

¹³⁵⁹ MüKo-BGB-*Wagner* § 823 RN 18; *Jansen*, AcP 216 (2016), 117, 126.

¹³⁶⁰ MüKo-BGB-*Wagner* Vor § 823 RN 26; *Jansen*, AcP 216 (2016), 117, 127; *Möllers*, Rechtsgüterschutz, 114; RG, 11.01.1912 – Rep. VI. 86/11 = RGZ 78, 171, 172; RGZ 99, 96, 98 f.; BGH, 27.05.1993 – III ZR 59/92 = NJW 1993, 2173, 2174.

¹³⁶¹ Bsp. *Böhm*, ORDO Vol. 17 (1966), 75, 79: Privatrecht war eine neue Funktion zugewachsen; vgl. auch *Riesenhuber*, in: Privatrechtsgesellschaft, 1, 4: „Die Bezeichnung der Privatrechtsgesellschaft bringt zum Ausdruck, dass das Privatrecht nicht nur einen rechtlichen Rahmen für Individualbeziehungen begründet, sondern eine Gesellschaftsverfassung.“; vgl. auch *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 12: Das Zivilrecht „diente nicht nur der Regelung von Rechtsverhältnissen zwischen isoliert gedachten Individuen; vielmehr stellte es sich als Teil einer öffentlichen Gesamtordnung dar.“

¹³⁶² *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 301; *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 14; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 67.

¹³⁶³ *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 14.

¹³⁶⁴ Vgl. → § 8 I.

¹³⁶⁵ *Abelshäuser*, in: Staatsaufgaben, 199, 205; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 76.

Zunächst ist hier das Problem der Armut zu nennen.¹³⁶⁶ Mit der fortschreitenden Industrialisierung wurde immer deutlicher, dass Ungleichheit kein rein individuelles Problem war, sondern ein strukturelles: Die Gesellschaft prinzipiell gleicher Eigentümer spaltete sich auf in Unternehmer und Lohnarbeiter, zwischen denen die Kräfteverhältnisse deutlich missverteilt waren.¹³⁶⁷ So konnten Arbeitgeber die Löhne und insbesondere die Zahlweise nach ihrem Ermessen festlegen und waren zu keinem Schutz der Arbeitsstätten verpflichtet.¹³⁶⁸ Die Gewerbeordnung von 1845 enthielt nur einen unspezifischen Auftrag zur Rücksicht auf die Gesundheit und Sittlichkeit.¹³⁶⁹ Armut wurde unter diesen Umständen nicht länger als Naturzustand begriffen, sondern als von gesellschaftlichen Verhältnissen produziert und erschien damit auch als politisches Problem.¹³⁷⁰

Ungleichheit war jedoch nicht nur ein Problem der Sozialpolitik, auch im Vertragsrecht begann sich zwar nicht schon zum Erscheinen des BGB aber jedenfalls danach ein Wandel der Anschauung zu vollziehen. Die privatrechtsliberale Konzeption des Vertrages war noch von einem Bild individueller Tauschbeziehungen bestimmt, wonach freie und unabhängige Partner selbstbestimmt den Vertragsinhalt festlegen würden.¹³⁷¹ Mit der Zeit wurde jedoch ein Funktionswandel dieses Vertrages sichtbar hin zum standardisierten Massenvertrag.

Nicht erst mit dem sog. Gründerkrach von 1873 verlor sich insgesamt das Vertrauen in die Selbstheilungskräfte des Marktes und in die Vorstellung der Naturwüchsigkeit. Das Modell spontaner Kräfte, deren Mechanismen notwendigerweise außerhalb des Staates in einem freien Raum einer natürlichen Ordnung folgen und sich einem steuernden Einfluss entziehen würden, büßte seine Überzeugungskraft ein.¹³⁷² Vielmehr wurde nun die Notwendigkeit marktregelnden Eingreifens gesehen und das Dogma gegen hoheitliche Ordnungsaufgaben überwunden.¹³⁷³

Ein weiterer wichtiger Punkt ist die „Entdeckung“ des Risikos. Wurde das Leben zuvor als prinzipiell nicht schadensverursachend gesehen, wurden Risiken nun als integraler, zu regulierender Bestandteil der Gesellschaft aufgefasst. Der moderne Unfall sei nach *Ewald* keine Frage mehr von Glück, Pech oder persönlich vorwerfbar verschulden gewesen, sondern er sei vorhersehbar geworden, habe sich statistisch messen lassen und dadurch eine Objektivität erlangt.¹³⁷⁴ In diesem Sinne bewahrheitet sich, dass Gefährdungsaussagen immer auch eine normative, politische Komponente enthalten, wie insbesondere *Beck* herausgearbeitet hat. Nach ihm gehe es niemals allein um die Tatsache der Gefahr, hinzukommen müsse eine kausale Deutung, die die Gefahr als Produkt der industriellen Produktionsweise erscheinen lasse.¹³⁷⁵ Passend dazu nennt *Brüggemeier* als entscheidend für das moderne Haftungsrecht die sog. kontextuelle Gerechtigkeit, auf deren Deutung sowohl die Politik, die Wirtschaft, als auch die Gesellschaft Einfluss ausüben würden.¹³⁷⁶ In diesem Sinne veränderte sich im Laufe des 19. Jahrhunderts der Blick auf Schäden. Diese wurden als zu steuerndes Problem wahrgenommen, für deren Verantwortlichkeit nicht länger allein die natürliche Einsichtsfähigkeit einer

¹³⁶⁶ Vgl. → § 9 V. 3. a.E.

¹³⁶⁷ *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 189, 228.

¹³⁶⁸ *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 138, 144; vgl. auch *Hiß*, zfwu 10/3 (2009), 287, 290.

¹³⁶⁹ *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 138, 148.

¹³⁷⁰ *Callies*, Prozedurales Recht, 55; *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 138, 144.

¹³⁷¹ *Mohr*, Vertragsfreiheit, 162.

¹³⁷² *Bierbricher*, Neoliberalismus, 28; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 489.

¹³⁷³ *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 27; dies gilt nicht nur für Deutschland; in den USA wurde bspw. schon 1890 der Sherman Act verabschiedet, der die Kartellierung der Wirtschaft verhindern sollte, *Bierbricher*, Neoliberalismus, 28.

¹³⁷⁴ *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 18.

¹³⁷⁵ *Beck*, Risikogesellschaft, 36; vgl. auch *Möllers*, Rechtsgüterschutz, 133: Gedanke der Gefahrerhöhung verliere zunehmend an Bedeutung, da der Begriff der Gefahr ganz maßgeblich von der Wertigkeit des Rechtsguts abhängt.

¹³⁷⁶ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 9.

Person entscheidend war, sondern vor allem der Kontext des Schadens.¹³⁷⁷ Unternehmen wurden nun anders beurteilt als Individuen, überhaupt wurde nach einem möglichen Ungleichgewicht zwischen Schädiger und Geschädigtem gefragt;¹³⁷⁸ die Steuerbarkeit von Risiken im objektiven Sinne trat in den Vordergrund und die Möglichkeit von Schutzmaßnahmen¹³⁷⁹ ebenso wie der Nutzen der Aktivität für den Schädiger.¹³⁸⁰ Auch die Versicherbarkeit kam im Laufe der Zeit als Faktor hinzu.¹³⁸¹

Noch abstrakter hat *Foucault* einen Wandel im Denken im 19. Jahrhundert ausgemacht, wonach das Wissen als solches als kontingent erschienen und der Mensch überhaupt erstmals in seiner sozialen, biologischen und historischen Existenz wahrgenommen worden sei (sog. „Humanwissenschaften“).¹³⁸² *Auer* deutet diesen Bruch bei *Foucault* als Prozess der „Selbstreflexion“ im Anschluss an *Beck* als Teil der Modernisierungserfahrung insgesamt: „Je mehr sich das Individuum als Erkenntnissubjekt, Normgeber und Gesellschaftsgründer ernst nahm, desto mehr rückte auch die empirische Natur des Menschen in den Mittelpunkt der Betrachtung. Doch gerade indem der Mensch begann, sich selbst als kontingentes Wesen, als sozial, biologisch und historisch konditioniert zu verstehen, dekonstruierte er seinen eigenen Anspruch auf theoretische und praktische Universalität.“¹³⁸³

2. Regulierung, Konstitutionalisierung und Richterrecht

Ab den 1870er Jahren begann der Staat aus sozial- aber auch wirtschaftspolitischen Motiven zunehmend in die Vertragsverhältnisse einzugreifen, Verbote und Genehmigungsvorbehalte zu erlassen, bspw. 1884 das Abzahlungsgesetz, 1896 das Börsengesetz, oder versuchte durch Steuer- und Gesellschaftsrecht die Geschehnisse zu lenken.¹³⁸⁴ Agierte der Gesetzgeber im 19. Jahrhundert vornehmlich mit den Mitteln des öffentlichen Rechts,¹³⁸⁵ wurden bald nach Erlass des BGB auch dort – nach Kritiken wie diejenigen *Anton Mengers* – Änderungen vorgenommen.¹³⁸⁶ Im Laufe des 20. Jahrhunderts kamen vielfach weitere Eingriffe und Regularien hinzu. Zu nennen sind insbesondere Verbraucherschutz und Antidiskriminierungsrecht, die sinnbildlich für die Veränderung des privatrechtsliberalen Programms stehen.¹³⁸⁷

¹³⁷⁷ Vgl. *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 9.

¹³⁷⁸ *Jansen*, AcP 216 (2016), 112, 129.

¹³⁷⁹ MüKo-BGB-*Wagner* § 823 RN 316.

¹³⁸⁰ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 71; *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 134; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 626; *Spindler*, in: Hb. Vorstandsrecht, § 15 RN 95; MüKo-BGB-*Wagner* § 823 RN 319.

¹³⁸¹ MüKo-BGB-*Wagner* Vor § 823 RN 44.; *Jansen*, AcP 216 (2016), 112, 127 f.: seit fast 100 Jahren gelte faktisch: *assurance oblige*.

¹³⁸² „Die Erfahrung, die sich am Anfang des neunzehnten Jahrhunderts bildete, stellt die Entdeckung der Endlichkeit nicht mehr ins Innere des Denkens über das Unendliche, sondern genau in das Zentrum jener Inhalte, die durch ein endliches Wissen als die konkreten Formen der endlichen Existenz gegeben werden. (...). Wenn das Wissen des Menschen endlich ist, dann weil es ohne mögliche Befreiung in den positiven Inhalten der Sprache, der Arbeit und des Lebens gefangen ist. (...). Für das moderne Denken begründet die Positivität des Lebens, der Produktion und der Arbeit (die ihre Existenz, ihre Historizität und ihre eigenen Gesetze haben) als ihre negative Korrelation den begrenzten Charakter der Erkenntnis.“, *Foucault*, Die Ordnung der Dinge, 382; „Die Philosophie des Lebens denunziert die Metaphysik als Schleier der Illusion, die der Arbeit denunziert sie als entfremdetes Denken und Ideologie, die der Sprache als kulturelle Episode. Aber das Ende der Metaphysik ist nur die negative Seite eines viel komplexeren Ereignisses, das sich im abendländischen Denken vollzogen hat. Dieses Ereignis ist das Auftauchen des Menschen.“, a.a.O., 383.

¹³⁸³ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 48.

¹³⁸⁴ *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 76.

¹³⁸⁵ *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 12.

¹³⁸⁶ *Wagner*, in: Rechtswissenschaft als Beruf, 67, 98.

¹³⁸⁷ *Wagner*, in: Rechtswissenschaft als Beruf, 67, 100: „Die eigentlichen Schwierigkeiten des Zivilrechts mit der Verarbeitung des Antidiskriminierungs- und Verbrauchervertragsrechts wurzeln jedoch in den Regelungsprogrammen dieser Materien. Ohne jede Übertreibung lässt sich sagen, dass die Vertragsfreiheit im

Doch nicht nur der Gesetzgeber griff ein, ganz entscheidend hat die Rechtsprechung liberale Prinzipien im Privatrecht neu interpretiert. Die Privatautonomie, und mit ihr vor allem die sog. Willentheorie, wurde durch die Konstruktion sog. faktischer Vertragsverhältnisse oder die *culpa in contrahendo*, über Regelungen zur Abgabe, zum Zugang und zur Anfechtung von Willenserklärungen im Sinne des Vertrauens- und Verkehrsschutzes eingeschränkt.¹³⁸⁸ Prominent hat *Wieacker* von einem neuen Sozialmodell der materialen Verantwortungsethik im Sinne der älteren gemeinrechtlichen Tradition im Privatrecht gesprochen, das sich schon zu Beginn des Jahrhunderts bspw. in der Beschränkung der Gläubigerrechte mit dem Begriff der Zumutbarkeit, dem Wegfall der Geschäftsgrundlage und der Interpretation vielfältiger vertraglicher Nebenpflichten gezeigt habe.¹³⁸⁹ Den Gedanken einer Materialisierung hat auch *Canaris* im Jahr 2000 noch aufgenommen.¹³⁹⁰

Andere Autoren sehen dabei nicht nur einen Wandel in der sittlichen Anschauung und in einem gewandelten ethischen Verständnis, sondern verweisen darauf, dass insbesondere die Guten-Sitten-Klauseln – nicht nur im BGB, sondern auch im UWG – einem Funktionswandel unterlegen seien und die Richter vielmehr Wirtschaftspolitik betrieben hätten.¹³⁹¹ Schon in den 1930er Jahren hätten die Richter das UWG nicht nur als Sonderprivatrecht der Gewerbetreibenden ausgelegt, sondern bereits Belange Dritter und die Interessen der Allgemeinheit mit in die Argumentation bezogen und damit das Privatrecht als Stück gesellschaftlicher Ordnung ausgelegt.¹³⁹² Generell wurde spätestens ab den 1950er und 1960er Jahren die Marktordnung als Konzept entwickelt, mit der der Vertragsfreiheit Schranken gesetzt werden sollten.¹³⁹³ Entscheidend für diese Entwicklung war der Begriff des sog. Institutionenschutzes bzw. -missbrauchs, den schon das RG eingeführt hatte und der vor allem von *L. Raiser* geprägt wurde.¹³⁹⁴

Sehr weitreichend wurde auch das Deliktsrecht uminterpretiert. Aus der „Anti-Unternehmenshaftung“ in § 831 BGB¹³⁹⁵ ist über den Weg der Verkehrssicherungspflichtendogmatik ein Grundsatz der strengen Unternehmenshaftung geworden.¹³⁹⁶ Ganz allgemein wurde das Verantwortungskonzept des BGB erweitert und die Verschuldenshaftung „objektiviert.“¹³⁹⁷ Obwohl damit nicht nur soziale

Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern inzwischen auf einen Umfang zusammengeschmolzen ist, der je nach rechtspolitischem Standpunkt als Kern oder Rest bezeichnet werden mag.“

¹³⁸⁸ *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 423 f.: Privatautonomie werde im Alltag der Rechtsdogmatik nur allzu oft mit Füßen getreten.

¹³⁸⁹ *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 18 f.

¹³⁹⁰ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 f.

¹³⁹¹ *Ott*, FS Raiser (1974), 403, 418; *Teubner*, Standards und Direktiven, 57.

¹³⁹² *Ott*, FS Raiser (1974), 403, 418.

¹³⁹³ *Grundmann*, in: Privatrechtstheorie, Bd. 1, 875, 879; *Ott*, FS Raiser (1974), 403, 419: „In einer Reihe von Entscheidungen hat der BGH bestimmte Wettbewerbshandlungen deshalb für unzulässig erklärt, weil sie geeignet seien, die Grundlagen der Wettbewerbsordnung und den Bestand des freien Wettbewerbs zu gefährden.“; Bsp. BGH, 22.2.1957 – I ZR 68/56; BGH, 23.09.1970 – V ZR 4/70.

¹³⁹⁴ *Klix*, Privatrechtstheorie und Wirtschaft von 1967 bis 1982, 191; *L. Raiser*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (1960), Bd. 1, 101, 131: „In Wahrheit ist jeder Vertrag als wirtschaftlicher Vorgang eingebettet in den volkswirtschaftlichen Zusammenhang; sein Inhalt ist ein Ergebnis der Kräfte und Gesetzmäßigkeiten, die den Ablauf der Volkswirtschaft bestimmen und die wir heute besser kennen und beherrschen als das Mittelalter. Der Fehler der liberalen Doktrin bestand darin, daß sie auf eine natürliche Harmonie dieser Kräfte vertraute. Geläuterte Erfahrung und Einsicht haben uns inzwischen gelehrt, daß dieses Vertrauen nicht gerechtfertigt ist. Die Kräfte müssen gebändigt und in bestimmte vom Recht vorgeformte Bahnen gelenkt werden, wenn die Ordnung des Ganzen gelingen und die partikulären Vertragsordnungen sich ihr einfügen sollen. Diese Aufgabe kann nicht länger der Sittenordnung überlassen bleiben, sondern fällt der Wirtschaftsverfassung zu, die damit aus einem Naturprodukt zu einer bewußt gestalteten rechtlichen Institution wird.“

¹³⁹⁵ *Joerges*, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts (1994), 141 f.

¹³⁹⁶ *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 626; vgl. → § 2 I.

¹³⁹⁷ *Micklitz*, in: Privatrechtstheorie, Bd. 2, 1142, 1147: Verweis auf *Louis Josserand*, „L'evolution de la responsabilite“ aus dem Jahr 1936; vgl. *Möllers*, Rechtsgüterschutz, 115.

Gerechtigkeitsüberlegungen deutlich in den Vordergrund getreten sind, lassen sich genauso auch regulative Prinzipien ausmachen, die jedoch nach wie vor mit den liberalen Prinzipien kollidieren.¹³⁹⁸ In diesem Sinne wird auch eine „Überspannung“ der Verkehrspflichten diskutiert.¹³⁹⁹ Schließlich ist als wichtige Entwicklung die Konstitutionalisierung des Privatrechts zu nennen. Auch wenn eine sog. unmittelbare Drittwirkung von der Dogmatik nach wie vor abgelehnt wird, ist eine faktische Konstitutionalisierung durch die Ausstrahlungswirkung oder mittelbare Drittwirkung gegeben.¹⁴⁰⁰ Im Lüth-Urteil hat das BVerfG festgestellt, das GG habe eine „objektive Wertordnung“ errichtet, von der auch die Legislative und Judikative „Richtlinien und Impulse“ empfangen, und zwar im Fall des Privatrechts vermittelt durch die sog. Generalklauseln nach Art des § 826 BGB.¹⁴⁰¹ Der Zivilrichter habe „kraft Verfassungsgebots zu überprüfen, ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflusst sind; trifft das zu, dann hat er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebende Modifikation des Privatrechts zu beachten.“¹⁴⁰² Darüber hinaus betont die Lüth-Entscheidung den Vorrang des Grundgesetzes vor dem BGB: „[K]eine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden.“¹⁴⁰³ Obwohl das Bundesverfassungsgericht seitdem in zahlreichen Entscheidungen zu verschiedenen Fragen des Zivilrechts unter Verweis auf die Verfassung Stellung bezogen und insbesondere im Familienrecht wegen der Gleichstellungsaufträge der Art. 3 Abs. 2 GG, Art. 117 Abs. 1 GG und des Art. 6 Abs. 5 GG wesentliche Impulse gesetzt hat,¹⁴⁰⁴ ist durch die Konstitutionalisierung des Privatrechts das liberale Modell als solches nur punktuell verändert worden. Das liegt auch daran, dass die Verfassungsauslegung zwischen einem dynamischen Rechtsgestaltungsauftrag und der Bestandserhaltung schwankt und dass insbesondere im Bereich der Wirtschaft das GG als „wirtschaftspolitisch neutral“ ausgelegt wird, wobei durch die einzelnen Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Dimension wirtschaftspolitische Elemente vorgegeben werden und manche Autoren meinen, das schließe für Art. 2 Abs. 1 GG einen Institutionenschutz für das Privatrecht als solches ein.¹⁴⁰⁵

III. Privatrechtsliberalismus in der modernen Rechtsprechung und Dogmatik

Der Privatrechtsliberalismus, der sowieso nie in Reinform verwirklicht war, ist in der Rechtswirklichkeit somit zum Teil nur noch zu einem Rest zusammengeschmolzen.¹⁴⁰⁶ Auch scheint das theoretische Modell in vielen Punkten überholt.¹⁴⁰⁷ Das politische Projekt scheint mit der Demokratie verwirklicht

¹³⁹⁸ Vgl. *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 2: nicht bewältigte Konfliktlage von naturrechtlicher Moderne und risikogesellschaftlicher Postmoderne; generell kritisch *Jansen*, AcP 216 (2016), 112, 127 f.: Die Dogmatik könne das Recht, wie es in der Praxis gilt, nicht mehr beschreiben und vermöge nicht die zentralen haftungssteuernden Wertungen anzusprechen, bzw. die zentralen Motive blieben unbewusst.

¹³⁹⁹ Vgl. zum Thema MüKo-BGB-*Wagner* § 823 RN 27 f.

¹⁴⁰⁰ Vgl. zur sog. mittelbaren Drittwirkung *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 210.

¹⁴⁰¹ BVerfG, 15.1.1958 – BvR 400/51 = BVerfGE 7, 198, 205 f. = NJW 1958, 257, 258.

¹⁴⁰² BVerfGE 7, 198, 206 f. = NJW 1958, 257.

¹⁴⁰³ BVerfGE 7, 198, 205 = NJW 1958, 257.

¹⁴⁰⁴ *Wagner*, in: Rechtswissenschaft als Beruf, 67, 111

¹⁴⁰⁵ Vgl. generell zur Diskussion der Wirtschaftsverfassung nach dem GG: Maunz/Dürig-*Di Fabio* GG Art. 2 RN 76; *Zacher*, FS Böhm (1965), 63 f.; zum Institutionenschutz durch das GG: Maunz/Dürig-*Di Fabio* GG Art. 2 RN 116; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 211; *Reuter*, AcP 189 (1989), 199, 207.

¹⁴⁰⁶ *Wagner*, in: Rechtswissenschaft als Beruf, 67, 100.

¹⁴⁰⁷ Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 338: „weder die philosophischen Grundüberzeugungen noch die politischen Umstände und rechtswissenschaftlichen Grundüberzeugungen, die zur Herausbildung dieser Privatrechtstheorie geführt haben, heute noch (uneingeschränkte) Gültigkeit beanspruchen können.“; vgl. auch *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 27 f.: Das politische Projekt des Privatrecht, das sich gegen die Monarchie gestellt habe, sei mit der Schaffung der Demokratie und der Gewährleistung bürgerlicher Freiheiten erledigt.

und Prinzipien der kontextuellen Gerechtigkeit und regulative Mechanismen beherrschen das Privatrecht inzwischen mindestens ebenso. Das Privatrecht wird so nicht mehr konzeptuell außerhalb des politischen Rechts verortet, sondern ist positives, demokratisches Recht und Teil der Verfassungsordnung. Die Privatrechtssubjekte sind keine isolierten, kategorisch gleichen Akteure mehr, sondern treten in unterschiedlichen Kontexten miteinander Vereinbarungen ein, die rechtlich vorgeformt und von der jeweiligen Interessenlage beeinflusst sind, sowie zum Teil für politische Interessen funktionalisiert werden. Auch der Markt wird nicht mehr als natürliche Ordnung verstanden, sondern als ein dezentraler Verteilungsmechanismus, der zum Teil selbstreguliert funktioniert, aber von staatlichen Interventionen beeinflusst ist und durch institutionelle Voraussetzungen – zu denen insbesondere auch das Privatrecht zählt – überhaupt erst ermöglicht wird. Freiheit verwirklicht sich somit innerhalb der rechtlichen Institutionen, ist konstitutionell und demokratisch zugleich geschützt und produziert.

Allerdings ist dies nur eine Form der Betrachtungsweise. Andere Autoren argumentieren, dass sich bisher – trotz der Wandlungsthese vor allem in der frühen Nachkriegszeit¹⁴⁰⁸ – kein neues Rechtsparadigma erfolgreich habe durchsetzen können.¹⁴⁰⁹ Einen Beleg dafür lässt sich darin finden, dass die privatrechtsliberalen Grundlagen noch immer Begründungslasten auferlegen und Rechtsfortbildungen argumentativ immer noch an klassisch privatrechtsliberale Überlegungen anknüpfen, obwohl in der Sache längst eine regulativ-institutionelle Betrachtung der Rechtsinstitute vorgenommen wird, in dem besondere Schutzinteressen und Wirkungsweisen der jeweiligen gesellschaftlichen, wirtschaftlichen Mechanismen entscheidend sind.

Hellgardt sieht gerade in dieser Vereinigung einen Grund für die Langlebigkeit des Privatrechtsliberalismus: Gegenpositionen hätten sich nicht durchsetzen können. „Stattdessen dominieren ‚gemäßigte‘ Auffassungen, welche zwar die Freiheitlichkeit des Privatrechts als ihren Ausgangspunkt nehmen, aber anerkennen, dass ergänzende Wertungen, etwa das ‚Vertrauensschutzprinzip‘ oder das ‚Sozialprinzip‘ hinzutreten. Das als grundlegend angesehene Prinzip der Privatautonomie wird also um weitere Prinzipien ergänzt.“¹⁴¹⁰ Hinzu komme, dass insbesondere „Kombinationslehren“, wie die Wertungsjurisprudenz Widersprüche verdecken würden, indem Prinzipien gerade nicht den Anspruch auf Ausschließlichkeit erheben und ihren eigentlichen Sinngehalt erst im Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung entfalten würden.¹⁴¹¹ Auch *Auer* weist auf die „selbstimmunisierende“ Kraft des individualistischen Kerns des privaten Rechtsdenkens hin – eingebettet in ihre generelle Reflexivitätsthese der Moderne. Individualistischen Grundbegriffe würden mit Gegenprinzipien vereinigt werden oder sich bloß als Abwägungs- und Interessenfragen darstellen.¹⁴¹²

Entscheidend ist auch, dass es die Privatrechtswissenschaft durch Neuinterpretationen des Privatrechtsliberalismus geschafft hat, den ideologischen Kern der natürlichen Ordnung, des neutralen rechtlichen Rahmens zu erhalten, sodass diese Ideologie weiterhin als dogmatische Position wirksam

¹⁴⁰⁸ *Klix*, Privatrechtstheorie und Wirtschaft von 1967 bis 1982: „Ein sich während längerer Zeiträume ereignender Funktionswandel wird nach überwiegender Ansicht im Jahr 1960 auf die sich verändernden sozialen Bedingungen in der Rechtsgemeinschaft zurückgeführt. Darüber hinaus wird die Interdependenz von Rechts- und Wirtschaftsordnung allgemein angenommen.“

¹⁴⁰⁹ Vgl. speziell für das Haftungsrecht *Jansen*, AcP 216 (2016), 112, 127 f.: Die Dogmatik könne das Recht, wie es in der Praxis gilt, nicht mehr beschreiben und vermöge nicht die zentralen haftungssteuernden Wertungen anzusprechen, bzw. die zentralen Motive blieben unbewusst.

¹⁴¹⁰ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 353.

¹⁴¹¹ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 354 f., 363.

¹⁴¹² *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 44; *dies.*, in: *Rechtswege*, 13, 30.

bleibt. Insofern lässt sich, was *Wiethölter* speziell für den Wirtschaftsliberalismus feststellte, verallgemeinern: „Die Utopie (...) ist tot; der Leichnam wird aber nach wie vor galvanisiert (...).“¹⁴¹³

1. Privatrechtsliberalismus als Begründungslast im Haftungsrecht

Beispielhaft für den Erhalt des Privatrechtsliberalismus als rechtliches Prinzip ist das Haftungsrecht, indem die privatrechtsliberalen Grundsätze nach wie vor Begründungslasten auferlegen, sodass *Brüggemeier* eine „nicht bewältigte Konfliktlage von naturrechtlicher Moderne und risikogesellschaftlicher Postmoderne“ attestiert.¹⁴¹⁴

Zum Teil sind privatrechtsliberale Grundüberzeugungen im Haftungsrecht ein unumstößliches Dogma geblieben. Obwohl schon in der Objektivierung der Haftung klar regulative Prinzipien sichtbar werden,¹⁴¹⁵ genauso wie in der faktischen Verbindung von Sorgfaltsstandards und Versicherungen,¹⁴¹⁶ gilt dennoch – trotz aller Kritik¹⁴¹⁷ – der Ausgleichsgedanke als wesentlich für das Haftungsrecht.¹⁴¹⁸ Die Verhaltenssteuerung sei nur ein erwünschter Nebeneffekt¹⁴¹⁹ und nach wie vor bleibt die sog. Zweispurigkeit des Haftungsrecht erhalten, wonach ein Analogieverbot für Gefährdungstatbestände gilt.¹⁴²⁰

Diese privatrechtsliberalen Grundüberzeugungen wurden zuvor schon hinsichtlich der „Selbstverständlichkeit“ von Compliance-Organisationen aufgeworfen.¹⁴²¹ Im Grundsatz der anlassabhängigen Kontrolle und des Vertrauensgrundsatzes blieb das personalistische Haftungsprinzip erhalten, wonach die Legalitätskontrolle eine Frage individueller Vorwerfbarkeit gewesen ist. Trotz der Erweiterung des Haftungsmaßstabs für unternehmerisches Handeln – insbesondere durch Herausbildung neuer besonderer Schutzinteressen – wirken sich die privatrechtsliberalen Prinzipien noch immer auf die aktuelle Pflichtenlage aus, indem anlassunabhängige Kontrollen die begründungspflichtige Ausnahme bleiben.

Weiteres Beispiel für den beständigen Einfluss privatrechtsliberaler Vorstellungen im Haftungsrecht ist die sog. Informationsorganisationspflicht, die ebenfalls für die Legalitätskontrollpflicht relevant ist. Ursprünglich war Maßstab der Zurechnung von Wissen innerhalb von Organisationen § 166 BGB, sodass es entscheidend auf einen sog. Wissensvermittler ankam.¹⁴²² Darin zeigt sich wieder das

¹⁴¹³ *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 249.

¹⁴¹⁴ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 2.

¹⁴¹⁵ Vgl. *MüKo-BGB-Wagner* § 823 RN 42, 55.

¹⁴¹⁶ Vgl. *Jansen*, AcP 216 (2016), 117, 129; *MüKo-BGB-Wagner* Vor § 823 RN 44: „Die deliktsrechtliche Fragestellung lautet in vielen Fällen nicht, ob ein geschädigtes Individuum von einem Dritten Ausgleich für die erlittenen Nachteile verlangen kann, sondern ob ein Versicherungsträger, der den Schaden bereits ausgeglichen hat, gegen einen anderen aufgrund der § 86 VVG, § 116 SGB X, § 6 EFZG einen Kostenerstattungsanspruch hat (...).“

¹⁴¹⁷ Ausgleichsgedanke selbst sei keine normative Richtschnur, da Haftung dadurch nicht erklärt werde: Grundsätzlich würde der Geschädigte selbst den Schaden tragen (*casum sentit dominus*), der Ausgleichsgedanke könne für sich nicht erklären, warum davon abgewichen werden sollte, da eben nicht jeder Schaden ersetzt werden solle, sondern es gerade die Aufgabe des Deliktsrechts sei, diese Grenze festzulegen, vgl. *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 80; *Pauker*, Unternehmen – Risiko – Haftung, 31. Der Ausgleich selbst laufe besser über Versicherungen, was allerdings administrative Kosten mit sich bringe und nur bei insgesamt gut versicherten Risiken funktioniere, vgl. *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 81 f.

¹⁴¹⁸ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 9; *MüKo-BGB-Wagner* Vor § 823 RN 43; vgl. *Larenz*, SchuldR AT § 27 I, 423 f.: Verhaltenssteuerung nur erwünschtes Nebenprodukt.

¹⁴¹⁹ vgl. *Larenz*, SchuldR AT § 27 I, 423 f.

¹⁴²⁰ *MüKo-BGB-Wagner* Vor § 823 RN 26; *Jansen*, AcP 216 (2016), 117, 127; *Möllers*, Rechtsgüterschutz, 114; RG, 11.01.1912 - Rep. VI. 86/11 = RGZ 78, 171, 172; RGZ 99, 96, 98 f.; BGH, 27.5.1993 – III ZR 59/92 = NJW 1993, 2173, 2174.

¹⁴²¹ Vgl. → § 2 I.

¹⁴²² *Buck-Heeb*, CCZ 2009, 18, 21; vgl. BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94 = NJW 1996, 1339, 1341 – „Altlasten.“

personalistische Prinzip. Unternehmen tauchen als Akteur nicht auf, sondern werden grundsätzlich wie Personen behandelt, die wiederum untereinander als homogen erscheinen. Eine Wissenszurechnung erfolgt daher über den Behelf des § 166 BGB.

Als Abhilfe hat die Rechtsprechung jedoch die sog. Informationsorganisationspflicht entwickelt.¹⁴²³ Es wird davon ausgegangen, dass Fälle der Wissensspaltung ein typisches Phänomen arbeitsteiliger Organisationen darstellen. So wird nicht mehr auf die Person des Wissenden abgestellt, sondern nach einer wertenden Betrachtung auf die Kommunikation in der Organisation als solche.¹⁴²⁴ Danach können sich im Interesse des Verkehrsschutzes insbesondere bestimmte Informationsorganisationspflichten ergeben: Zum ersten die Pflicht zur Informationsweitergabe, zum zweiten die Pflicht zur Informationsspeicherung oder allgemeiner -dokumentation und zum dritten die Pflicht zur Informationsabfrage.¹⁴²⁵

Auch in dieser Rechtsprechung bleibt jedoch das personalistische Prinzip erhalten. Wesentliches Argument der Rechtsprechung ist die sog. Gleichstellungsthese. Danach dürfe eine juristische Person nicht besser stehen als eine natürliche.¹⁴²⁶ Daraus würden sich auch die Grenzen der Informationsorganisationspflicht ergeben: „Das als Wissen Zuzurechnende darf nicht zu einer Fiktion entarten, die juristische Personen oder andere am Rechtsverkehr teilnehmende Organisationen weit über jede menschliche Fähigkeit hinaus belastet. Vielmehr muß für denjenigen Menschen, für den die Zurechnung gelten soll, wenigstens eine reale Möglichkeit, aber auch ein Anlaß bestehen, sich das Wissen aus dem eigenen Gedächtnis, aus Speichern oder von anderen Menschen zu beschaffen.“¹⁴²⁷ Dabei ist fraglich, ob die Gleichstellungsthese heute noch überzeugt.¹⁴²⁸ Insbesondere moderne Speicherungstechniken erweitern die Möglichkeit dessen, was auch eine natürliche Person „wissen“ kann. Genauso ist es Merkmal des gesellschaftlichen Fortschritts, mithilfe von Organisation und Technik die Komplexität des heutigen Lebens zu erschaffen und zu bewältigen. So zeigt sich auch in der Informationsorganisationspflicht der Telos, Unternehmen einen Anreiz zur Informationserhaltung zu setzen,¹⁴²⁹ was mit der Gleichstellungsthese an sich in Konflikt steht.

2. Wiederbelebung und Neuinterpretation des Privatrechtsliberalismus seit der Nachkriegszeit

a) Frühe Bundesrepublik und 68er-Bewegung

Neben den argumentativen Begründungslasten des geschriebenen und weiterentwickelten Richterrechts ist ein weiterer Faktor für die Beständigkeit des Privatrechtsliberalismus die auch seit der Nachkriegszeit noch zu beobachtende Anhängerschaft in der Dogmatik. Eine wichtige Rolle spielte dabei (zunächst) sicherlich die Verbreitung des Totalitarismus nicht nur vor und während des 2.

¹⁴²³ Grundlegend: BGH, 08.12.1989 – V ZR 246/87 = NJW 1990, 975 – „Gemeinde“ oder „Schlachthof“; BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94 = NJW 1996, 1339, 1341 – „Altlasten“; BGH, 13.10.2000 – V ZR 349/99 = NJW 2001, 359; vgl. jüngst BGH, 26.4.2016 – XI ZR 108/15 = NJW 2016, 2569 zur Verschwiegenheitspflicht als Wissensschränke.

¹⁴²⁴ *Buck-Heeb*, CCZ 2009, 18, 21.

¹⁴²⁵ BGH 02.2.1996 – V ZR 239/94 = NJW 1996, 1339, 1341 – „Altlasten“; *Buck-Heeb*, CCZ 2009, 18, 21.

¹⁴²⁶ BGH 08.12.1989 – V ZR 246/87 = NJW 1990, 975 – „Gemeinde“ oder „Schlachthof“; BGH 02.02.1996 – V ZR 239/94 = NJW 1996, 1339, 1341 – „Altlasten“; BGH, 13.10.2000 – V ZR 349/99 = NJW 2001, 359.

¹⁴²⁷ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94 = NJW 1996, 1339, 1341 – „Altlasten.“

¹⁴²⁸ Kritisch *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 190: Eine Organisation werde schlechter gestellt als eine Einzelperson. „Denn während eine Einzelperson sich aufgrund präsenten Wissens den Rechtsnachteilen einer Wissensnorm leicht entziehen kann (indem sie die nachteilsbringende Handlung vermeidet), ist dies bei einer Wissenszusammenrechnung jedenfalls aufwendiger; sofern diese allein auf einer mangelnden Weiterleitung durch den Wissensträger und nicht auf einem Fehler des Handlungsverantwortlichen bei Abrufung beruht, kann sich der Entscheidungsträger unter Umständen den Rechtsnachteilen der Wissensnorm überhaupt nicht entziehen.“

¹⁴²⁹ *Buck-Heeb*, in: *Corporate Compliance*, § 2 RN 44; *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1288.

Weltkriegs, sondern auch darüber hinaus.¹⁴³⁰ Als Reaktion auf die Instrumentalisierung des Rechts im NS-Staat wurde das Privatrecht nach dem 2. Weltkrieg wieder als rein formal und unpolitisch interpretiert – eine Ansicht, die nicht nur in Deutschland, sondern auch bspw. in den USA zu beobachten war, wo sich die Angst verbreitete, in Begriffen wie dem des öffentlichen Interesses liege schon der erste Schritt in Richtung des Totalitarismus.¹⁴³¹

Es war auch dieses Denken, das schließlich wiederum in die Kritik am Privatrechtsliberalismus und zu Thesen eines Funktionswandels des Privatrechts führte.¹⁴³² Generell lässt sich beobachten, dass die Dogmatik seit den 1960er und 1970er Jahren unter ein – vor allem von den Sozialwissenschaften geprägtes – Reformanliegen gestellt wurde.¹⁴³³ Das Privatrecht sollte nicht nur formale, sondern tatsächliche Freiheit ermöglichen und nicht mehr nur das subjektive Recht, sondern die Institutionen, in denen sich dieses überhaupt erst entfalten könne, traten nun in den Fokus. Besonderes Augenmerk wurde auch auf die Marktordnung als eine solche Institution gelegt.¹⁴³⁴

Dabei gab es auch während der 1960er Jahre Stimmen, die sich gegen den damaligen Trend stellten. Deren prominentester Vertreter war *Flume*.¹⁴³⁵ Während andere Autoren versuchten, das System des BGB gegenüber der sozialen Marktwirtschaft zu öffnen und eine Neukonzeption anstrebten, entwickelte *Flume* eine Darstellung des Privatrechts, in dessen Mitte er die Privatautonomie als wesentliches Strukturelement stellte, an dessen Wesen sich seiner Ansicht nach im Vergleich zum 19. Jahrhundert nichts geändert habe.¹⁴³⁶

b) Ordoliberalismus

Eine weitere Position, die letztlich ebenso eine bloße Neuauflage des Privatrechtsliberalismus darstellte, ist die sog. ordoliberale oder Freiburger Schule, bzw. Autoren, die davon beeinflusst waren.¹⁴³⁷ Trotz aller Unterschiede zwischen den einzelnen Vertretern des Ordoliberalismus lassen sie sich in einer generellen Kritik an dem *laissez-faire*-Kapitalismus des 19. Jahrhunderts zusammenfassen. Damit die natürlichen Kräfte des Marktes funktionieren könnten, würden diese einen Rahmen im Sinne eines Wettbewerbsschutzes, bzw. eine in gewissen Maßen aktive Wirtschaftspolitik benötigen.¹⁴³⁸ Vor diesem Hintergrund argumentierte insbesondere *Böhm* für eine Ordnungsfunktion des Rechts. Die Marktordnung werde durch die privatrechtlichen Institutionen erst erschaffen, weswegen *Böhm*

¹⁴³⁰ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 536; *Micklitz*, in: Privatrechtstheorie, Bd. 1, 708, 711.

¹⁴³¹ *Horowitz*, University of Pennsylvania Law Review 1982, 1423, 1427.

¹⁴³² *Klix*, Privatrechtstheorie und Wirtschaft von 1967 bis 1982; *Micklitz*, in: Privatrechtstheorie, Bd. 1, 708, 711; beispielhaft dafür steht sicher *Wiethölter*, Rechtswissenschaft.

¹⁴³³ *Lepsius*, in: Rechtswissenschaftstheorie, 1, 20; *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 98.

¹⁴³⁴ *L. Raiser*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (1960), Bd. 1, 101, 131; *ders.*, in: *Summum ius summa iniuria*, 145 f.; *ders.*, Die Zukunft des Privatrechts; *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe; *Zacher*, FS Böhm (1965), 63 f.; *Steindorff*, FS Larenz (1973), 217 f.

¹⁴³⁵ *Prantl*, Süddeutsche Zeitung, 12.09.2008, 16: „Der Band ‚das Rechtsgeschäft‘ stammt zwar von 1965, ist aber noch immer eine juristische Denkschule sondergleichen. Wer die juristische Kraft der ‚anderen Meinung‘ kennen lernen will, der lese dieses Buch.“

¹⁴³⁶ *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (1960), Bd. 1, 135, 146 ff.; vgl. *Klix*, Privatrechtstheorie und Wirtschaft von 1967 bis 1982, 41.

¹⁴³⁷ Die Anfänge des Ordoliberalismus reichen noch in die Zeit vor dem 2. Weltkrieg zurück, jedoch wurde er vor allem in der frühen Nachkriegszeit wirkmächtig, als Wiederauflagen der Werke bspw. *Euckens* oder *Böhms* „Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und ökonomische Macht“ aus dem Jahr 1937 nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern auch die Rechtspolitik der Zeit maßgeblich beeinflusste. Mit Beginn der großen Koalition 1966 schwächte das politische Interesse jedoch ab und insbesondere ab 1968 wurde deutliche Kritik an den Thesen geäußert. In der Folge entwickelte *Böhm* das Konzept der Privatrechtsgesellschaft und betonte, die Aufgabe des Wettbewerbs sei vor allem Sicherung der individuellen Freiheit, im Gegensatz zur von ihm zuvor in den Vordergrund gestellten wohlfahrtsökonomischen Effizienz, *Böhm*, ORDO Vol. 17 (1966), 75 f.; vgl. *Klix*, Privatrechtstheorie und Wirtschaft von 1967 bis 1982, 191; *Mohr*, Vertragsfreiheit, 369, 390.

¹⁴³⁸ *Bierbricher*, Neoliberalismus, 39.

diesen Institutionen eine öffentlich-rechtliche Funktion zusprach.¹⁴³⁹ In seinen späteren Schriften entwickelte er zudem das Konzept der „Privatrechtsgesellschaft“, welche zu erschaffen das Ziel der bürgerlichen Revolutionen seit 1789 in Frankreich gewesen sei.¹⁴⁴⁰ Das Privatrecht sei nicht länger – wie noch im feudalen Zeitalter – ein „Lückenbüßer“ gewesen für den Bereich, in dem die Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft nicht stände- und privilegienrechtlich geordnet gewesen seien – vielmehr sei dem Privatrecht eine neue Funktion zugewachsen, eben die Schaffung der Privatrechtsgesellschaft, in der sich die freien und gleichen Mitglieder miteinander austauschen würden und der Markt, quasi als Form des ständigen Plebiszits, zum Teil an die Stelle des Staates trete.¹⁴⁴¹ Das Privatrecht begründe demnach nicht allein einen rechtlichen Rahmen für Individualbeziehungen sondern eine Gesellschaftsverfassung.¹⁴⁴² Auch *Böhms* Schüler *Mestmäcker* schrieb, mit der Konzeption einer institutionellen Funktion des Privatrechts liege ein Bruch vor mit der Tradition des autonomen, politisch neutralen Privatrechts.¹⁴⁴³ Auch stehe die Selbstbestimmung nicht mehr allein für sich, sondern werde zu einem gewissen Grad auch funktionalisiert.¹⁴⁴⁴ *Kübler* konstatiert in seiner Einschätzung: „Daraus ergibt sich eine erhebliche Modifikation des historischen Modells: Recht ist nicht nur zweckneutrale Randbedingung der gesellschaftlichen Prozesse, sondern ebenso prinzipiell das Mittel zweckhafter Sozialgestaltung.“¹⁴⁴⁵

Formal gesehen ist diese Einschätzung richtig, praktisch bricht der Ordoliberalismus jedoch kaum mit dem „klassischen“ Privatrechtsliberalismus. Zwar wird ein methodischer Bezug zu einer Gesamtordnung hergestellt und damit eine politische Funktion des Privatrechts behauptet; in der Sache ist diese Funktion jedoch beschränkt. Auch der Ordoliberalismus zielt ausschließlich auf eine „natürliche“, private Ordnung, die wesentlich durch den Marktmechanismus konstituiert ist.¹⁴⁴⁶ In dem Konzept der Privatrechtsgesellschaft wird der Marktmechanismus sogar als quasi-demokratische Instanz überhöht. Der Zweck des Marktes liegt hierbei jedoch in sich selbst. Weder das Privatrecht noch der Markt sollen im Sinne des Gemeinwohls funktionalisiert werden, genauso wie die individuellen Freiheiten, die diese Ordnung konstituieren, nicht für das Gemeinwohl funktionalisiert werden sollen.¹⁴⁴⁷ Beides, Markt- und Privatordnung, sowie individuelle Freiheit stehen im Ordoliberalismus für sich und verbürgen sich nur gegenseitig.¹⁴⁴⁸ Die Ordnung des Ordoliberalismus ist damit wie der „klassische“ Privatrechtsliberalismus eine auf Dauer angelegte, quasi unveränderliche Rahmenordnung, innerhalb dessen Grenzen sich das unberührte Feld des Marktes entfalten kann, die aber dieses Feld nicht aktiv formen soll.¹⁴⁴⁹ Die privatrechtlichen Institutionen sind im Ordoliberalismus daher keine positiv-rechtlichen Institutionen, auch keine solchen der Verfassungsordnung, sondern

¹⁴³⁹ *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 187 f.; vgl. *Mohr*, Vertragsfreiheit, 375.

¹⁴⁴⁰ *Böhm*, ORDO Vol. 17 (1966), 75 f.

¹⁴⁴¹ *Böhm*, ORDO Vol. 17 (1966), 75 f., 138; vgl. *Mohr*, Vertragsfreiheit, 375; *Kübler*, FS Raiser (1974), 643, 716.

¹⁴⁴² Vgl. *Riesenhuber*, in: Privatrechtsgesellschaft, 1, 4.

¹⁴⁴³ *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 238.

¹⁴⁴⁴ *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

¹⁴⁴⁵ *Kübler*, FS Raiser (1974), 643, 717; vgl. auch *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 30.

¹⁴⁴⁶ Vgl. *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 28; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 245.

¹⁴⁴⁷ Vgl. *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 242; Immenga/*Mestmäcker-GWB-Zimmer* § 1 RN 13.

¹⁴⁴⁸ Vgl. *Mohr*, Vertragsfreiheit, 58: „Bei einer material-freiheitlichen Sichtweise kann das Institut des Wettbewerbs demgegenüber nicht von den Freiheitsrechten der Marktteilnehmer abgetrennt werden, da erst durch Ausübung dieser Freiheiten der Prozess des Marktes in Gang kommt und in Gang gehalten wird.“ Dem Institut des Wettbewerbs komme über die individuellen Freiheitsrechte hinaus keine Bedeutung zu. Wer dies tue, lade dem Marktbegriff überindividuelle Gesichtspunkten auf und trage hierfür die Begründungslast.

¹⁴⁴⁹ Vgl. *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 28; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 247.

letztlich überzeitliche, vorstaatliche, quasi natürliche Ordnungsprinzipien, die einem unmittelbaren Zugriff entzogen sein sollen.¹⁴⁵⁰

c) Natürlicher Rahmen

In gewisser Hinsicht ist der Gedanke des Funktionsschutzes, insbesondere, um Eingriffe in die natürliche Ordnung zu korrigieren, keine Erfindung des Ordoliberalismus. Schon im „klassischen“ Privatrechtsliberalismus wurde der rechtliche Rahmen damit gerechtfertigt, dass er private Freiheiten erst ermöglichen würde, und das haftungsrechtliche Schädigungsverbot wurde u.a. damit gerechtfertigt, dass Eingriffe in die natürliche Ordnung zu korrigieren wären. Der Unterschied war jedoch zum einen, dass die Schaffung der Privatrechtsgesellschaft als natürliche Ordnung nur als stillschweigende Voraussetzung gedacht wurde und methodisch aus dem Rechtsbegriff ausgeschlossen wurde. Zum anderen wurde im Wettbewerbsschutz ein Erfordernis „entdeckt“, das zuvor nicht – jedenfalls nicht als Problem des Rechts – erkannt worden war.¹⁴⁵¹ Sobald allerdings der Gedanke des Funktionsschutzes als privatrechtsliberales Erfordernis konzeptionell legitimiert war, ließen sich noch weitere Überlegungen in ein privatrechtsliberales Verständnis integrieren, ohne dass dessen Grundüberzeugungen aufgegeben werden mussten. Aus dieser Perspektive sind die Überlegungen des Ordoliberalismus weit über den Wettbewerbsschutz im eigentlichen Sinne wirksam gewesen. Auch der Ausbeutungsschutz¹⁴⁵² und der Verkehrsschutz¹⁴⁵³ lassen sich so mit dem Privatrechtsliberalismus vereinbaren. Ebenso kann die Vorstellung realer Freiheit als logische Konsequenz des liberalen Modells erscheinen,¹⁴⁵⁴ indem dadurch „das Spiel“ überhaupt erst am Laufen gehalten wird.¹⁴⁵⁵ Entscheidend ist, dass die reale Freiheit nicht aus dem Gleichheitssatz gefolgert wird¹⁴⁵⁶ und als Produkt des demokratischen Verfassungsstaats erscheint, sondern rein funktional verstanden wird, um den Rahmen zu setzen, in dem sich die natürliche Ordnung entfalten könne. Das Privatrecht als „Mittel zur Sozialgestaltung“¹⁴⁵⁷ bleibt so von vornherein beschränkt und ist gerade nicht auf das Gemeinwohl verpflichtet¹⁴⁵⁸ oder auf die Produktion demokratischer Freiheitsräume. Es legitimiert sich aus sich heraus und wird nur eingerahmt durch „zwingende“ Erfordernisse. Dieser

¹⁴⁵⁰ Vgl. *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 29; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 238 f., 240; *ders.*, JZ 1964, 441, 443

¹⁴⁵¹ Vgl. aber schon das Zitat *Smiths*: „Geschäftsleute des gleichen Gewerbes kommen selten, selbst zu Festen und zur Zerstreung, zusammen, ohne dass das Gespräch in einer Verschwörung gegen die Öffentlichkeit endet oder irgendein Plan ausgeheckt wird, wie man die Preise erhöhen kann.“ (Der Wohlstand der Nationen, 112).

¹⁴⁵² Vgl. *Bachmann*, Private Ordnung, 57, 73 f., 179; *Mohr*, Vertragsfreiheit, 174.

¹⁴⁵³ Vgl. *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 44, 52.

¹⁴⁵⁴ Vgl. *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 149; vgl. auch *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 181, 212.

¹⁴⁵⁵ In diesem Sinne *Amstutz/Abegg/Karavas*, Soziales Vertragsrecht, 26; *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 282.

¹⁴⁵⁶ „Was als Einschränkung erscheint, ist nur die Kehrseite der Durchsetzung gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten für alle; denn Privatautonomie im Sinne dieses allgemeinen Freiheitsrechts impliziert ein allgemeines Gleichheitsrecht, eben das Recht auf Gleichbehandlung gemäß Normen, die Rechtsinhaltsgleichheit verbürgen. Wenn sich daraus für eine der Parteien tatsächliche Einschränkungen gegenüber dem Status quo ante ergeben, handelt es sich nicht um normative Einschränkungen des Prinzips rechtlicher Freiheit, sondern um die Abschaffung solcher Privilegien, die mit der von diesem Prinzip geforderten Gleichverteilung subjektiver Freiheiten unvereinbar sind.“ (*Habermas*, Faktizität und Geltung, 483 f.). Anders *Kriele*: „Das Sozialstaatsprinzip ist nichts anderes als die logische Konsequenz des naturrechtlichen Grundansatzes, daß die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen zusammen bestehen müsse. Ein ‚Liberalismus‘, der zu dieser Aufhebung der Realbedingungen der Freiheit führt, entstammt seinerseits nicht dieser naturrechtlichen Tradition, sondern einer nationalökonomischen Theorie, die sich von diesem Grundsatz entfernt und sich radikalisiert hat.“ (Einführung in die Staatslehre, 210 f.).

¹⁴⁵⁷ *Kübler*, FS Raiser (1974), 643, 717; vgl. auch *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 30.

¹⁴⁵⁸ Vgl. bspw. auch *Bachmann*, Private Ordnung, 73 zum Widerspruch des „klassischen“ Privatrechtsliberalismus und seinem Verständnis im sog. Gewährleistungsstaat.

Gedanke klingt noch an, wenn *Canaris* den Gerechtigkeitsauftrag der Vertragsfreiheit rein negativ bestimmt. Entscheidend sei, „daß den Bürgern grundsätzlich nicht die ‚richtigen‘ Ziele und Verhaltensweisen unmittelbar vorgegeben, sondern nur bestimmte Handlungen als untragbar verboten werden.“¹⁴⁵⁹ Auch dies ist eine moderne Version des privatrechtsliberalen Schädigungsverbots, als Gebot, Ungerechtigkeiten zu vermeiden.¹⁴⁶⁰

Je mehr Überlegungen des Marktversagens und zu Effizienzvorteilen die Funktionsvoraussetzungen erweitern und damit ein teleologisches Moment einführen, je mehr die pluralen Vorstellungen im demokratischen Verfassungsstaat das Maß zu verhindernder Ungerechtigkeit bestimmen und je mehr die Schaffung realer Freiheiten das aktive Einschreiten des Staates erfordert, desto mehr wird aus dem natürlichen Rahmen des Privatrechtsliberalismus praktisch die Architektur verfassungsrechtlich geschützter, jedoch demokratisch ausgestalteter Freiheitsräume, die von unterschiedlichen Kontexten bestimmt und zum Teil für bestimmte Zwecke funktionalisiert werden. Doch solange diese Beschränkungen nur als logische Konsequenz und Rahmung einer sich selbst legitimierenden natürlichen Ordnung erscheinen und solange weitere Beschränkungen mit Verweis auf den Erhalt dieser scheinbar natürlichen Ordnung ausgeschlossen werden, bleibt der Privatrechtsliberalismus als Prinzip auch in modernen Versionen wirkmächtig.

In diesem Sinne ist auch der Begriff des Institutionenschutzes ambivalent, der zum Teil auf eine Weiterentwicklung des Privatrechts zielt, um die Privatautonomie in einem gesamtgesellschaftlichen funktionellen Zusammenhang zu verorten. Insofern die so verstandenen privatrechtlichen Institutionen aber auf überpositive Ordnungsprinzipien verweisen, die dem Recht von der Wirklichkeit scheinbar vorgegeben sind, wird an eine Tradition angeknüpft, die sich vom Naturrecht in den überpositiven Ordnungsprinzipien, bei *Savigny* im „Volksgeist“, bis zu *Schmitts* „konkretem Ordnungsdenken“ feststellen lässt.¹⁴⁶¹ Das kann sogar der Fall sein, wenn der Einzelne in seiner privatrechtlichen Rechtsstellung „in die ihn umgreifenden, mit anderen verbindenden, als Ordnungsgefüge geregelten Wirkungszusammenhänge“(L. *Raiser*)¹⁴⁶² eingefügt werden soll, aber konkret Anleihen bei der soziologischen Rollentheorie gemacht werden, wodurch „komplexe gesellschaftliche Funktionszusammenhänge übervereinfachend in einem räumlichen Modell von Lebenssphären“ abgebildet werden.¹⁴⁶³ Das ist von einer Auslegung des Rechts zu unterscheiden, bei der die privatrechtlichen Freiheiten als Teil der demokratischen und grundrechtlich geschützten Rechtsordnung als solcher aufgefasst werden und im Rahmen einer teleologischen Betrachtung außerrechtliche Mechanismen Berücksichtigung finden.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁵⁹ *Canaris*, FS Lerche (1993), 873, 884.

¹⁴⁶⁰ Vgl. *Canaris*, FS Lerche (1993), 873, 883 f.

¹⁴⁶¹ Vgl. zu dieser Verbindung: *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 278 f.; gehe wesentlich auf *Hegel* zurück. Der Satz „Das wirkliche ist vernünftig und das vernünftige wirklich“ müsse als das immanente Grundprinzip jeder nichtpositivistischen Institutionentheorie verstanden werden (285). Zu diesem Gedanken im Naturrecht: *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages, 42 f.; „Interpretation nach der Natur der Sache“, *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 341 FN 43: „Ebenso können die im Rechtsverkehr selbst herausgebildeten und anerkannten Voraussetzungen des brauchbaren Funktionierens eines gesetzlich unvollständig geregelten Rechtsinstituts die Auslegung der einschlägigen Rechtssätze auch ohne besondere gesetzliche Verweisung legitimerweise mitbestimmen.“

¹⁴⁶² *L. Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 98, 115.

¹⁴⁶³ *L. Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 98, 115; kritisch: *Habermas*, Faktizität und Geltung, 482.

¹⁴⁶⁴ So ähnlich wohl *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 46 f.: Die Institutionenlehre solle die Privatautonomie nicht verschwommenen Wesens- oder Typvorstellungen oder vorwiegend politisch intendierten Ordnungsvorstellungen aussetzen: „Dieser Lehre liegt die Überzeugung zugrunde, daß dem subjektiven Recht und der Privatautonomie Schranken aus der Ordnung der Rechtsgemeinschaft gezogen sind.“ (46); die Privatautonomie solle vor einer Übersteigerung geschützt werden; „[e]ine solche Übersteigerung liegt

d) Privatrechtsliberalismus in der Grundrechtsinterpretation

Grundsätzlich lässt sich eine „klassische“ Allianz zwischen dem Privatrechtsliberalismus und den Grundrechten seit dem 19. Jahrhundert beobachten, die bis heute im Prinzip ungebrochen ist. Die Grundrechte waren nach einem Begriff *Grimms* in ihrem Ursprung „privatrechtsakzessorisch“, sodass diese nur eine außerstaatliche, vopolitische Sphäre der Freiheit eröffneten, in der dann das „natürliche“ Privatrecht galt.¹⁴⁶⁵ Dabei wurden die Grundrechte schon im 19. Jahrhundert rein in ihrer abwehrrechtlichen Dimension interpretiert, um so ein Bollwerk gegen den (sozialpolitischen) Wandel bilden zu können.¹⁴⁶⁶ Diese Interpretationslinie lässt sich noch heute nachvollziehen. Immer noch wird das Privatrecht als durch die grundrechtlichen Freiheiten in ihrer abwehrrechtlichen Dimension institutionalisiert und gegen staatliche Regularien grundsätzlich geschützt aufgefasst.¹⁴⁶⁷ Dies klingt insbesondere an im sog. unantastbaren Kernbereich der (wirtschaftlichen) Grundrechte und wird durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip praktisch abgesichert.¹⁴⁶⁸ Auch dass die privatrechtlichen Freiheiten an keinen bestimmten (bspw. Wohlfahrts-) Zweck gebunden seien, ist eine klassisch liberale Lesart.¹⁴⁶⁹ Trotz oder gerade wegen der „Neutralität“ des GG in wirtschaftspolitischer Hinsicht wird von manchen Autoren aus der abwehrrechtlichen Dimension der (wirtschaftlichen) Grundrechte letztlich eine Institutionalisierung der freien Marktwirtschaft und des Leistungswettbewerb gesehen.¹⁴⁷⁰ Dabei hat es die Dogmatik geschafft, sogar die sog. Drittwirkung der Grundrechte so zu interpretieren, dass damit nach wie vor der Autonomieanspruch des Privatrechts gewahrt ist.¹⁴⁷¹ Indem *Canaris* das Untermaßverbot als Grenze entwickelt hat, ab dem erst die Grundrechte im Privatrecht wirken würden, bleibt damit konzeptionell eine nicht konstitutionelle Sphäre des rein privaten Austausches bestehen.¹⁴⁷² Insbesondere seit den 1990er Jahren wird auch diese Form der

vor, wenn man die Privatautonomie absolut setzt, sie von ihren sozialen Verpflichtungen freistellt und sie damit aus dem Bezugsrahmen löst, dem sie ihre Existenz verlangt.“ (47); „[d]as Zivilrecht hat insofern in seinen Institutionen eine über das Individuum hinausgreifende Ordnungsfunktion für das Gemeinwohl.“ (82); vgl. auch *L. Raiser*, in: *summum ius summa iniuria*, 145, 164: Zweckbindung eines Rechtsinstituts aus der Funktion innerhalb der Privatrechtsordnung; *ders.*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (1960), Bd. 1, 101, 131: Wirtschaftsverfassung, nicht als Naturprodukt, sondern als bewusst gestalteten rechtlichen Institution; *ders.*, Die Zukunft des Privatrechts, 27, Aufgabe des Juristen müsse sein, die tragenden Rechtsinstitute des Privatrechts nicht auf eine einzige gesellschaftliche festzulegen, sondern eine Mehrheit und Veränderlichkeit der Funktionen ins Auge zu fassen; *Zacher*, FS Böhm (1965), 63, 78: „Ordnet das Recht die Wirtschaft, so muß es das tun, wie es *seinem* [Hervorhebung im Original, B.M.] Wesen entspricht. (...) Wird er [dieser Weg, B.M.] nicht beschritten, so bleibt die Wertung *rein* ökonomisch. Sie ist am Recht nicht nur nicht abzulesen. Sie ist gerade auch nicht in jenem Maße sozial entschieden, in dem das Recht Entscheidungen trifft.“ *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), 217 f. plädierte dafür, die rechtspolitische Zielsetzung, die „Politik des Gesetzes“, stärker in den Blick zu nehmen; vgl. auch *Kübler*, FS Steindorff (1990), 687, 693.

¹⁴⁶⁵ *Grimm*, Bürgerliche Gesellschaft, 194.

¹⁴⁶⁶ *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 157; *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 230; *Stolleis*, Öffentliches Recht in Deutschland, 67.

¹⁴⁶⁷ *Gerstenberg*, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 152, 154; vgl. Maunz/Dürig-Di Fabio GG Art. 2 RN 116; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 211; *Mohr*, Vertragsfreiheit, 110; *Mülbert*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 1039, 1046; *Reuter*, AcP 189 (1989), 199, 207.

¹⁴⁶⁸ Vgl. *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 121 f.

¹⁴⁶⁹ Vgl. *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 120.

¹⁴⁷⁰ Vgl. generell zur Diskussion der Wirtschaftsverfassung nach dem GG: Maunz/Dürig-Di Fabio GG Art. 2 RN 76; *Zacher*, FS Böhm (1965), 63 f.; zum Institutionenschutz durch das GG: Maunz/Dürig-Di Fabio GG Art. 2 RN 116; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 211; *Reuter*, AcP 189 (1989), 199, 207.

¹⁴⁷¹ *Lepsius*, in: Rechtswissenschaftstheorie, 1, 20; *Riesenhuber*, in: Privatrechtsgesellschaft, 1, 16; *Wagner*, in: Rechtswissenschaft als Beruf, 67, 112.

¹⁴⁷² *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 45; *ders.*, AcP 184 (1984), 201 f.

Konstitutionalisierung jedoch kritisch gesehen und als Ausgleich gefordert, die Zivilrechtsdogmatik als Schutzgut mit Verfassungsrang anzuerkennen.¹⁴⁷³

e) Neoliberalismus

Der Begriff des Neoliberalismus ist problematisch.¹⁴⁷⁴ Zum Teil unterstellt er eine Art globaler Verschwörung führender Eliten und „des“ Kapitals und die Bevorzugung individueller Gewinn- und Machtinteressen vor gemeinschaftlichen Belangen, zum Teil steht er schlicht als Synonym für die Befürwortung eines ungezügelter Egoismus'.¹⁴⁷⁵ „Der“ Neoliberalismus war jedoch nie ein in sich homogenes, geschlossenes Gedankengebilde, sondern ist die Zusammenfassung unterschiedlicher politischer Prozesse und theoretischer Artikulationen, die jedoch ebenso wie der Liberalismus im 19. Jahrhundert niemals in Reinform verwirklicht wurden und ebenso von politischen Kompromissen und anderen gesellschaftlichen Entwicklungen beeinflusst waren.¹⁴⁷⁶

Am ehesten lässt sich mit dem Begriff des Neoliberalismus ein Zeitgeist beschreiben, der u.a. eine Reaktion auf die Krise des Wohlfahrtsstaates der 1960er und 1970er Jahre in den „westlichen“ Ländern ist.¹⁴⁷⁷ Der Wohlfahrtsstaat der Nachkriegszeit wurde von der generellen Überzeugung getragen, dass mit dem keynesianischen Modell der antizyklischen Wirtschaftspolitik die Wirtschaft im Wesentlichen zu einer technokratisch beherrschbaren Maschinerie geworden war.¹⁴⁷⁸ Das anhaltende Wirtschaftswachstum der zwei oder drei Nachkriegsjahrzehnte, des „Wirtschaftswunders“ in Deutschland, des Golden Age in den USA und Großbritannien und der *trente glorieuses* in Frankreich, schien dies zu bestätigen.¹⁴⁷⁹ Stagnierendes Wirtschaftswachstum zusammen mit einer steigenden Inflation, die durch zwei Ölpreisschocks noch verstärkt wurden, ließen an diesem Modell jedoch Zweifel aufkommen.¹⁴⁸⁰ Die Betonung dezentraler, marktlicher Steuerungsmechanismen trat nun in den Vordergrund. Beginnend in den „westlichen“ Staaten in den frühen 1980er Jahren wurden in der

¹⁴⁷³ *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 211; vgl. auch Maunz/Dürig-Dürig GG (Mai 1994) Art. 3 I RN 507: „Mit dieser schneidigen Drittwirkungsthese walzt man über Art. 3 das Privatrecht insgesamt platt.“

¹⁴⁷⁴ Begriffsgeschichtlich wird darauf verwiesen, dass das Wort „Neoliberalismus“ ursprünglich in den 1920er und 1930er Jahren geprägt worden sei, vor allem auf dem *Walter-Lippmann*-Symposium in Paris im Jahr 1938, um einen Gegenentwurf zur Wirtschaftspolitik des „sozialen Darwinismus des Laissez-faire“ zu entwickeln, *Young*, in: *Theorien der internationalen Politischen Ökonomie*, 33 f.; in den Wirtschaftswissenschaften wird der Begriff hingegen nicht verwendet, man spricht von der Neoklassik, spezieller vom Monetarismus, der neuen klassischen Makroökonomie oder der neuen Institutionenökonomie, vgl. *Bierbricher*, *Neoliberalismus*, 29; *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 426; im Kontext der Umwandlung des Unternehmensrecht wird zum Teil der Begriff der „Financialization“ verwendet, *Wood/Wright*, in: *Oxford Handbook of Corporate Governance*, 703 f.; im Bereich des Kartellrechts wird spezifisch der Einfluss der Chicago-School benannt, vgl. *Khan*, *The Yale Law Journal* Vol. 126 (2016-2017), 710, 717 f.

¹⁴⁷⁵ Zu diesem Problem *Bierbricher*, *Neoliberalismus*, 10; *Ther*, *Die neue Ordnung auf dem alten Kontinent*, 24; Bsp. für die politische Konnotation *Streeck*, *Gekaufte Zeit*, 96: Kampf der Kapitalverwalter und -besitzer.

¹⁴⁷⁶ Vgl. *Bierbricher*, *Neoliberalismus*, 17 zu den Kontroversen innerhalb der Vertreter des Neoliberalismus und den Unterschieden zwischen den neoliberalen Reformen in den jeweiligen Ländern; *Ther*, *Die neue Ordnung auf dem alten Kontinent*, 24: heftige Diskussion, bspw. um die Rolle der Zentralbanken; zudem Abweichungen in der Praxis: „Schon der Thatcherismus und die Reagonomics, später die radikalen Reformen im postkommunistischen Europa erzeugten nichtintendierte Effekte, die Korrekturen und Anpassungen erzwangen. Ferner ist zwischen neoliberaler Rhetorik und Praxis zu unterscheiden. Im postkommunistischen Europa wurden viele neoliberale Festreden gehalten, um internationale Kreditgeber und Investoren anzulocken oder zufriedenzustellen. Die Praxis sah oft ganz anders aus als diese ‚Speech Acts‘ und war von Kompromissen und Pragmatismus geprägt.“

¹⁴⁷⁷ *Bierbricher*, *Neoliberalismus*, 98; *Streeck*, *Gekaufte Zeit*, 94; *Ther*, *Die neue Ordnung auf dem alten Kontinent*, 22; *ders.*, *Das andere Ende der Geschichte*, 20.

¹⁴⁷⁸ *Bierbricher*, *Neoliberalismus*, 98; *Streeck*, *Gekaufte Zeit*, 66; vgl. auch *Mayntz*, MPIfG Working Paper No. 04/1 (2004), 2 zur Rolle des Staates als aktiver Lenkungsinstanz in den 1970er Jahren.

¹⁴⁷⁹ *Streeck*, *Gekaufte Zeit*, 87.

¹⁴⁸⁰ *Bierbricher*, *Neoliberalismus*, 98; *Streeck*, *Gekaufte Zeit*, 97; *Ther*, *Die neue Ordnung auf dem alten Kontinent*, 22.

Folge zunehmend Elemente des Nachkriegs-Modells umgewandelt, u.a. durch Privatisierungen und Deregulierungen; insbesondere des Finanzmarktes.¹⁴⁸¹

Tatsächlich waren die Privatisierungs- und Deregulierungsprozesse jedoch Re-Regulierungsprozesse und die neuen Strukturen gingen vielfach mit Konzepten sog. regulierter Selbstregulierung und einer bestehenden sog. Gewährleistungsverantwortung einher. Insgesamt ist für den Wandel von Staatlichkeit, der seit den 1970er Jahren zu beobachten ist, der Begriff des regulativen Kapitalismus treffender als der des Neoliberalismus.¹⁴⁸² Dieser Wandel ist zudem nicht unmittelbar auf den Neoliberalismus als Theorie zurückzuführen. Nur die *public choice theory* bezog sich spezifisch auf den Staat, dessen Aktivitäten sie als inkohärent und ineffizient kritisierte.¹⁴⁸³ Im Übrigen spielte der Staat in den neoliberalen Theorien eine notwendigerweise untergeordnete Rolle. Die Kritik am hierarchischen Steuerstaat war jedoch kein Metier, das exklusiv vom Neoliberalismus besetzt war; auch sozial- und politikwissenschaftliche Theorien stellten das Steuerungsparadigma infrage. Sie verwiesen auf komplexere Wechselbeziehungen und standen für ein neues Konzept von Staatlichkeit ein (sog. Governance-Ansatz).¹⁴⁸⁴ Trotzdem ist der Neoliberalismus als theoretische und politische Tendenz ein wichtiger Faktor für diese Entwicklung und ein unbestreitbarer Teil des Zeitgeistes, vor allem in den 1990er Jahren.

In dieser Zeit erhielten neoliberale Tendenzen nochmals einen Aufschwung. Hintergrund war dabei zum einen der Zusammenbruch der Sowjetunion, der die These, dass es keine systemische Alternative zur liberalen Demokratie und der freien Marktwirtschaft gab, endgültig zu bestätigen schien.¹⁴⁸⁵ Zudem setzte insbesondere in den USA ein neuer Wirtschaftsboom ein, getrieben durch die neue Computerbranche, aber auch durch die weitere Ausweitung des Finanzmarktes – Letzteres begünstigt durch die Öffnung ausländischer Kapitalmärkte durch die Bestrebungen des sog. Washington Consensus zwischen Weltbank, IWF, dem US-amerikanischen Finanzministeriums und Teilen des US-amerikanischen Kongresses.¹⁴⁸⁶ Vermehrt wurde insbesondere in den 1990er Jahren der Liberalismus als kontinuierliches, letztlich ungebrochenes Projekt seit der französischen Revolution behauptet, das mit dem Fall der Sowjetunion und den regulativen Umstellungen spätestens seit den 1990er Jahren endgültig abgeschlossen sei (*end of history*-These).¹⁴⁸⁷

Der Einfluss des Neoliberalismus auf die privatrechtliche Dogmatik lässt sich anhand einiger Zitate verdeutlichen. 1989 schrieb *Reuter*: „Ganz so antiquiert, wie Wieacker im Jahre 1952 gemeint hat und viele Autoren auch heute noch meinen, ist die formale Freiheitsethik des 19. Jahrhunderts offenbar nicht. Ihre sozialtheoretische Grundlage - der wirtschaftspolitische Laisser-faire- Liberalismus - hat in durchaus erheblichem Umfang verlorengegangenes Terrain zurückgewonnen.“¹⁴⁸⁸ Eine Rehabilitierung empfehle sich, wenn nicht schon um ihrer selbst willen, so doch wenigstens mangels zugänglicher Alternativen.¹⁴⁸⁹ *Zöllner* schrieb 1988, die Privatautonomiekritik der 1960er und 1970er Jahre habe vieles zurecht gerückt, sei aber über das notwendige Maß zum Teil weit hinausgeschossen und habe vielfach Positionen bezogen, die in ein dem Selbstverantwortungsgedanken fernes, staatlich

¹⁴⁸¹ *Bierbricher*, Neoliberalismus, 98; *Streeck*, Gekaufte Zeit, 97.

¹⁴⁸² *Braithwaite*, Regulatory Capitalism, 11 f.

¹⁴⁸³ *Bierbricher*, Neoliberalismus, 53. Wichtigster Vertreter dieses Ansatzes ist *James M. Buchanan*, der 1986 den Nobelpreis erhielt.

¹⁴⁸⁴ *Bierbricher*, Neoliberalismus, 159; Vgl. *Mayntz*, MPiFG Working Paper No. 04/1 (2004), 3; *Trute/Kühlers/Pilniok*, in: Governance in einer sich wandelnden Welt, 240, 242.

¹⁴⁸⁵ *Ther*, Das andere Ende der Geschichte, 47.

¹⁴⁸⁶ *Bierbricher*, Neoliberalismus, 127; *Ther*, Die neue Ordnung auf dem alten Kontinent, 23.

¹⁴⁸⁷ Bsp. *Hansmann/Kraakmann*, The Georgetown Law Journal, Vol. 89 (2001), 439; vgl. auch *Bierbricher*, Neoliberalismus, 24 zur Rolle der Geschichte für den Neoliberalismus.

¹⁴⁸⁸ *Reuter*, AcP 189 (1989), 199, 205.

¹⁴⁸⁹ *Reuter*, AcP 189 (1989), 199, 207.

fürsorgendes Recht hinüberleiten würden.¹⁴⁹⁰ *Mestmäcker* meinte 1991, mit dem Ende der Sowjetunion habe sich die bürgerliche Gesellschaft als endgültiger Sieger im Kampf der Weltanschauungen durchgesetzt.¹⁴⁹¹ Und *Canaris* schrieb 1993, „daß ein wesentlicher Grund für den Untergang des ‚realexistierenden Sozialismus‘ in seiner Geringschätzung des Privatrechts lieg[t] und daß der Einigungsvertrag (auch) eine Option der Menschen in der DDR für die ‚Privatrechtsgesellschaft‘ bedeute[t].“¹⁴⁹²

Grundsätzlich lässt sich mit dem Aufkommen des Neoliberalismus als geistesgeschichtliche Haltung in seiner generellen Befürwortung marktwirtschaftlicher Strukturen und dem Vertrauen auf die Selbstregulierungskräfte des Privaten eine Wiederbelebung „klassisch“ privatrechtsliberaler Tendenzen feststellen. Jenseits davon ist das Verhältnis „des“ Neoliberalismus zum „klassischen“ Privatrechtsliberalismus jedoch ambivalent. Dieser steht in Spannung zur Auflösung der Dichotomie zwischen Staat und Gesellschaft im Rahmen der (durch den neoliberalen Zeitgeist mitangestoßenen) Restrukturierungen. So schreibt *Bachmann*: „Seinem traditionellen Leitbild, der Privatautonomie entsprechend soll der Bürger eben nicht die Päckchen eines müde gewordenen Staates schleppen und soll ‚sein‘ Recht, das Zivilrecht, auch keine ‚Feinsteuerung‘ bewerkstelligen, sondern dazu beitragen, dass sich private Willkür frei, d.h. spontan, entfalten kann.“¹⁴⁹³

Bachmann versucht in seiner 2006 erschienen Schrift als Gegensatz zu dieser staatlich gelenkten Instrumentalisierung eine Konzeption privater Ordnung vorzustellen, in deren Zentrum er wohlfahrtökonomische Erkenntnisse stellt. Privatautonomie erlange seine Legitimation durch den wohlfahrtsökonomischen Gedanken der Präferenzautonomie.¹⁴⁹⁴ „Privatrecht (...) schafft (...) eine Infrastruktur, die den Rechtsgenossen (...) Handeln ermöglicht, als dessen Ertrag sich wohlfahrts- und, weil neue Gestaltungsspielräume eröffnend, freiheitsfördernde Kooperationsgewinne einstellen.“¹⁴⁹⁵ In diesem Sinne gelte es eine Ordnung des Privatrechts zu entwerfen, das die erforderlichen Bedingungen schaffe, damit das Zivilrecht seine gesellschaftliche und ökonomische Aufgabe erfüllen könne.¹⁴⁹⁶ Entscheidend gehe es darum, die Funktionsfähigkeit dieser Ordnung sicherzustellen.¹⁴⁹⁷ Wesentlich ergebe sich daraus ein Ausbeutungsverbot, wobei hierbei Erkenntnisse der Institutionenökonomie übernommen werden: „... die treuwidrige Übervorteilung des Kooperationspartners ist es, die missbilligt wird, weil sie transaktions- und damit wohlfahrtsförderndes Vertrauen im Einzelfall enttäuscht und damit langfristig untergräbt.“¹⁴⁹⁸ Neben der durch die Präferenzautonomie legitimierten Funktion der Zustimmung würden private Regeln ihre Legitimität zudem durch das Element des Gemeinwohls erhalten, „wenn die private Regel sich trotz fehlender Zustimmung aller Betroffener auf lange Sicht als für sie vorteilhaft erweist.“¹⁴⁹⁹ Letztlich sieht *Bachmann* durch diese Privatrechtskonzeption wieder die Brücke geschlagen zur regulativen Perspektive des Gewährleistungsstaates. Denn mit seiner Konzeption „geht es weniger um ‚Steuerung‘ als um Ermöglichung kooperativen Verhaltens, mithin um eine andere Wirkung von Recht. Schuppert kennzeichnet sie anschaulich als ‚Bereitstellungsfunktion‘ und beschreibt damit eben jene Leistung, die auch und vor allem das Zivilrecht erbringt, wenn es privaten Akteuren eine Infrastruktur zur Verfügung stellt (...).“¹⁵⁰⁰

¹⁴⁹⁰ *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 98.

¹⁴⁹¹ *Mestmäcker*, Rechtshistorisches Journal 10 (1991), 177 f.

¹⁴⁹² *Canaris*, FS Lerche (1993), 873.

¹⁴⁹³ *Bachmann*, Private Ordnung, 73.

¹⁴⁹⁴ *Bachmann*, Private Ordnung, 175.

¹⁴⁹⁵ *Bachmann*, Private Ordnung, 73 f.

¹⁴⁹⁶ *Bachmann*, Private Ordnung, 73 f.

¹⁴⁹⁷ *Bachmann*, Private Ordnung, 202.

¹⁴⁹⁸ *Bachmann*, Private Ordnung, 57.

¹⁴⁹⁹ *Bachmann*, Private Ordnung, 179.

¹⁵⁰⁰ *Bachmann*, Private Ordnung, 75.

Doch es ist zweifelhaft, ob *Bachmanns* Konzeption privater Regeln die Anforderungen erfüllt, die im Gewährleistungsstaat an sie gestellt werden. Auch *Schuppert* geht schließlich davon aus, dass selbst wenn das Recht lediglich eine Bereitstellungsfunktion für kooperatives Verhalten erfülle, die Gemeinwohlfähigkeit der Kooperationsvorgänge sichergestellt sein müsse.¹⁵⁰¹ Gemeinwohl wird bei *Bachmann* jedoch rein wohlfahrtsökonomisch verstanden. Damit steht *Bachmann* exemplarisch für eine im wahrsten Sinne neoliberale Privatrechtskonzeption. Wieder steht keine demokratisch-institutionelle Ordnung im Vordergrund, sondern eine allein nach Marktmechanismen konzipierte Ordnung, deren „Funktionsfähigkeit“ gesichert werden müsse. Neoliberal ist diese Konzeption jedoch deshalb, weil sie nicht mehr auf die reine zweckfreie Verfolgung privater Interessen abzielt, sondern auf ihre ökonomische Funktion eingeschworen wird. Zudem ist dies keine Wiederbelebung der „natürlichen“ Marktordnung des „klassischen“ Privatrechtsliberalismus. Grundlage sind schließlich zum großen Teil Überlegungen der Institutionenökonomie, die Überlegungen wie Vertrauen oder auch Informationen in die neoklassische Konzeption eingebracht haben. Dies wurde vorher schlicht ausgeblendet.¹⁵⁰² „Der“ Neoliberalismus enthält in seiner theoretischen Perspektive somit tatsächlich viele progressive Elemente.

Im Übrigen ist der Einfluss „des“ Neoliberalismus auf die privatrechtliche Dogmatik jedoch beschränkt. In vielen Bereichen gab es keinerlei Überschneidungen zwischen neoliberalen Theorien und dem Privatrecht. Die „Gegenrevolution“ *Friedmans* gegen den Keynesianismus bspw. spielte sich rein auf dem Feld der Makroökonomie ab.¹⁵⁰³ Anderes gilt zwar für die ökonomische Analyse des Rechts, die sich in den 1960er Jahren in den USA, geprägt auch durch die Chicago School, entwickelt hat, und die ausgehend von spezifischen Prämissen, wie dem Leitbild des *homo oeconomicus* und dem Effizienzziel, rechtliche Regeln aus einer externen Perspektive analysiert.¹⁵⁰⁴ Die deutsche Dogmatik war sich jedoch nach anfänglichen Schwierigkeiten mit dieser Perspektive weitgehend einig, dass die ökonomische Analyse nicht als Rechtstheorie im eigentlichen Sinne tauglich und die (Effizienz-)Überlegungen nur im Rahmen der teleologischen Auslegung mitbedacht werden dürften, sofern dies der „Politik des Gesetzes“ entspreche.¹⁵⁰⁵ Im Übrigen sei die ökonomische Analyse aufgrund ihrer normativen Vorannahmen kein taugliches Entscheidungskriterium in der Rechtsauslegung.¹⁵⁰⁶ Lediglich als Gesetzgebungstheorie sei die ökonomische Analyse legitim.¹⁵⁰⁷

Deutlicher ist der Einfluss „des“ Neoliberalismus im besonderen Privatrecht. *Khan* arbeitete jüngst den Einfluss der Chicago School auf das Wettbewerbsrecht aus, allerdings bezogen auf die USA.¹⁵⁰⁸ Nach der Chicago School werde unter anderem die Notwendigkeit wettbewerbsrechtlichen Eingreifens insgesamt als gering erachtet, da bspw. Monopole grundsätzlich kein Problem seien.¹⁵⁰⁹ Zudem war die neoliberale Unternehmenstheorie sehr einflussreich im Aktienrecht. Dabei zeigt sich auch dort, dass „der“ Neoliberalismus durchaus widersprechende theoretische Überlegungen zur Grundlage hat und der Umbau des aktienrechtlichen Systems keine zügellose Liberalisierung wie vielleicht im 19. Jahrhundert gewesen ist, sondern das kapitalmarktorientierte Modell zum einen der Staatsaufsicht

¹⁵⁰¹ *Schuppert*, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 201, 240.

¹⁵⁰² Vgl. → § 11 II. 3.

¹⁵⁰³ *Bierbricher*, Neoliberalismus, 70 f.

¹⁵⁰⁴ MüKo-BGB-*Wagner* Vor § 823 RN 53; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 425; als Geburtsstunde der ökonomischen Analyse Chicagoer Prägung gilt der Aufsatz „The Problem of Social Costs“, *Coase*, The Journal of Law and Economics, Vol. 3 (1960), 1.

¹⁵⁰⁵ Vgl. nur *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 452; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 425 f.; anders *Ott*, Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 28: die im Zivilrecht verwendeten Gerechtigkeitsargumente und Rechtsprinzipien ließen sich zu einem großen Teil auf das Effizienzkriterium zurückführen.

¹⁵⁰⁶ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 489; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 425 f.

¹⁵⁰⁷ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 437.

¹⁵⁰⁸ *Khan*, The Yale Law Journal Vol. 126 (2016-2017), 710 f.

¹⁵⁰⁹ *Khan*, The Yale Law Journal Vol. 126 (2016-2017), 710, 720.

bedarf und zum anderen den Schutz einzelner Bezugsgruppen zum Schutz aller Marktteilnehmer und den Markt als solchen umwandelt.¹⁵¹⁰

§ 11 Privatrechtsliberalismus des AktG

Nachdem zuvor die historischen und politischen Prozesse, die das privatrechtsliberale Denken hervorbrachten, ebenso wie der kulturgeschichtliche Hintergrund beleuchtet worden sind und die Beständigkeit der privatrechtsliberalen Grundüberzeugung trotz Umwandlung des politischen Modells und der gesellschaftlichen Überzeugung versucht worden ist darzulegen, sollen diese Überlegungen nun mit einem besonderen Blick auf das Aktienrecht ergänzt werden. Das Aktienrecht nimmt im privatrechtlichen Diskurs von Anfang an eine Sonderrolle ein. Noch im 19. Jahrhundert stieß die Vorstellung einer rechtlich verselbstständigten Vermögensakkumulation nicht nur auf dogmatische sondern auch deutliche politische Vorbehalte und auch in der weiteren Entwicklung blieb das Aktienwesen viel offensichtlicher an wirtschaftspolitische Überlegungen gekoppelt als das allgemeinere Privatrecht. Die Diskussion um eine explizit öffentliche, gesellschaftspolitische Funktion begleitet das Aktienrecht zudem schon seit den 1920er Jahren und hat klare Spuren im Regelungsgefüge hinterlassen. Trotzdem zeigt sich ebenfalls im Aktienrecht die Vorstellung „natürlicher“ Marktkräfte und insbesondere seit dem 20. Jahrhundert wird die methodische Immunisierung eines rein privatautonomem Verbandes betont, dem volkswirtschaftlich allein eine Finanzierungsfunktion zukomme, während andere Gesichtspunkte in Schutzgesetzen geregelt seien. Besonders deutlich zeigt sich hierbei der Einfluss der hier so bezeichneten neoliberalen Unternehmenstheorie. Die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands als Technokrat im Unternehmen in der frühen Nachkriegszeit wird so umgedeutet in einen möglichst großen Ermessensspielraum, um eine Anbindung an Marktprozesse im Sinne der natürlichen Ordnung zu gewährleisten und den Shareholder Value zu fördern. Gleichzeitig eröffnet die neoliberale Unternehmenstheorie jedoch Möglichkeiten, die zugrundeliegenden Parameter zu erweitern und somit ein anderes, inklusiveres Unternehmensverständnis zu ermöglichen.

I. Überblick über wesentliche Richtungswechsel im Aktienrecht

1. Das Aktienrecht vor dem Aktienrecht

Bis zum 19. Jahrhundert existierte in „Deutschland“ kein Aktienrecht im eigentlichen Sinne. Die Wirtschaftspolitik im Absolutismus (sog. Merkantilismus) war dem staatlichen Interesse untergeordnet und streng reglementiert. Wirtschaftliche Unternehmungen außerhalb der feudalen Struktur waren nur möglich, sofern dafür eine spezialisierte Erlaubnis (sog. Privileg oder Französisch: *octroi*) vorlag.¹⁵¹¹ Diese wurde nur erteilt, sofern ein staatliches, bzw. polizeiliches Interesse geltend gemacht werden konnte. Die Unternehmen erfüllten dadurch zumeist soziale und gemeinwirtschaftliche Aufgaben. Noch das Allgemeine Preußische Landesrecht von 1794 sah eine ausdrücklich Allgemeinwohlbindung für Gesellschaften vor.¹⁵¹² Beispielhaft für die merkantilistische Politik steht die Emdener Ostasiatische Handelskompanie, 1751 von *Friedrich dem Großen* gegründet, sowie die preußischen Seidenfabrikanten und Porzellanhersteller.

Nach *Großfeld* wurde ganz allgemein eine Gefahr in der Isolierung großer Vermögensmassen in einer Hand gesehen. Bspw. hätten für die Kirchen sog. Amortisationsgesetze gegolten, die das von Privaten

¹⁵¹⁰ Vgl. *Merkt*, in: Hb. Corporate Governance, 686, 699 f.

¹⁵¹¹ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 119; *Wiethölter*, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft, 76.

¹⁵¹² Vgl. Zweyter Theil, Sechster Titel, § 25: „Die Rechte der Corporationen und Gemeinen kommen nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben.“

an die Kirche vererbte Vermögen regulierten.¹⁵¹³ Obwohl dies zunächst aus fiskalischen Überlegungen geschehen sei, sei mehr und mehr und zum Teil sogar ausschließlich die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Funktion dieser Regelung in den Vordergrund getreten. Die politische Funktion der Erbteilung als quasi natürliche Machtschranke und des Erbrechts, dessen Aufgabe zunächst allein im Zusammenhalten des Familienbesitzes gelegen habe, sei zudem spätestens mit der französischen Revolution allgemein bekannt gewesen.¹⁵¹⁴ Auch noch *Savigny* begründete den Genehmigungsvorbehalt von Stiftungen neben seiner Fiktionstheorie mit der „vielleicht übertriebene[n] Vermehrung des Vermögens in todter Hand.“¹⁵¹⁵

Eine Haftungsbeschränkung, wie für Aktiengesellschaften typisch, war vor dem 19. Jahrhundert nur in Ausnahmefällen möglich; bspw. für Reeder, die nach der Abfahrt keinen Einfluss mehr auf ihre Schiffe hatten.¹⁵¹⁶ Ansonsten sollten Freiheit und Verantwortung im Gleichmaß gehalten werden.

2. Die Geburt des modernen Aktienrechts

Die Entstehung des modernen Aktienrechts in Deutschland steht ganz im Zeichen des Liberalismus, allerdings war dies ein schrittweiser Prozess und die Liberalisierung wurde von Anfang an quasi im staatlichen Auftrag vollzogen.

Zunächst wurden mit der Einführung des Code de Commerce als Folge der napoleonischen Kriege bereits rudimentäre Regelungen auch zur AG in Deutschland eingeführt, erst mit dem einsetzenden Eisenbahnbau ab ca. 1835 entstanden jedoch Aktienunternehmen in größerer Zahl. Während der sächsische Entwurf eines AktG von 1830 noch scheiterte, wurde 1838 das Preußische Gesetz über Eisenbahnunternehmungen verabschiedet und 1843 das erste allgemeine AktG in Deutschland, das Preußische Gesetz über Aktiengesellschaften.¹⁵¹⁷ Bis 1850 wurden in Preußen jedoch erst weniger als 100 AGs gegründet.¹⁵¹⁸

Die ersten AktGe in Deutschland sahen noch ein Konzessionssystem vor, AGs bedurften also der ausdrücklichen staatlichen Genehmigung. Dies hatte zum einen rechtsdogmatische Gründe; vor allem aber waren die Staaten nur zögerlich bereit, die Kontrolle bei Unternehmensgründungen und -betätigung zu lockern, geschweige denn aus der Hand zu geben, wofür neben wirtschaftlichen Gefahren für den Markt auch politische Befürchtungen vor einem zu großen Machteinfluss der Unternehmen eine Rolle spielten.¹⁵¹⁹ Insbesondere in Preußen blieb die Skepsis gegenüber den Selbstregulierungskräften des Marktes groß und man meinte, die freie Konkurrenz habe durchaus große Mängel und Schwächen.¹⁵²⁰ Das Konzessionssystem in Preußen sah daher sogar eine begrenzte Zeitdauer und eine Beschränkung auf bestimmte Unternehmensgegenstände und Wirtschaftszweige vor.¹⁵²¹

Trotzdem zeigte sich im Konzessionssystem schon die Tendenz einer Befreiung von staatlicher Einflussnahme, auch wenn die staatliche Einflussnahme selbst mit der Konzessionserteilung noch nicht endete: Dem Staat wurde eine Entsendemöglichkeit von Aufsichtsbeamten in die Gesellschaft gesichert; ständige oder ad hoc eingesetzte Kommissare wachten über die Einhaltung der gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen.¹⁵²² Nur ein bestimmtes unternehmerisches Vorgehen

¹⁵¹³ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 92.

¹⁵¹⁴ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 99.

¹⁵¹⁵ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts (1840), Bd. 2, 278.

¹⁵¹⁶ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 105 f., 108.

¹⁵¹⁷ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 122.

¹⁵¹⁸ *Laux*, Die Lehre vom Unternehmen an sich, 27.

¹⁵¹⁹ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 122, 123; *Lieder*, in Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, RN 9; *Pahlow*, in: Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, RN 78.

¹⁵²⁰ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 127.

¹⁵²¹ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 127.

¹⁵²² *Lieder*, in Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, RN 11.

konnte der Staat nicht verlangen.¹⁵²³ Allerdings war der ausdrückliche Vorbehalt der Gemeinwohlbindung im preußischen Gesetz über Aktiengesellschaften von 1843 nicht mehr vorhanden, nur über die Möglichkeit des Konzessionsentzugs wirkte das Gemeinwohlerfordernis noch fort.¹⁵²⁴

Die Konflikte um den staatlichen Einfluss auf die AG blieben erhalten, als mit dem ADHGB 1861 ein deutschlandweites AktG geschaffen wurde.¹⁵²⁵ Auch dort entfiel jedoch die ausdrückliche Gemeinwohlbindung und die Konzession wurde nur noch formal gehandhabt.¹⁵²⁶ Darüber hinaus war den Staaten die Wahl zwischen einem Konzessions- und einem Normativsystem überlassen.¹⁵²⁷ Eine normative Bindung an das Gemeinwohl lässt sich jedoch nicht mehr feststellen.¹⁵²⁸ Als Hauptorgan wurde die sog. Generalversammlung, die Vorgängerin der heutigen Hauptversammlung, bestimmt.¹⁵²⁹ Diese hatte das Alleinentscheidungsrecht in allen Fragen der Leitung der Aktiengesellschaft. Zwar führte der Vorstand die laufenden Geschäfte, aber abhängig von den Weisungen der Generalversammlung.¹⁵³⁰ Motiviert durch das Eigeninteresse der Gesellschafter sollte dies über die innere Konkurrenz und den Weg der Selbsthilfe zu einer Selbstregulierung führen im Sinne einer Aktionärsdemokratie.¹⁵³¹ Mit der ersten größeren Industrialisierungsepoche stieg die Zahl der AGs zwischen 1851 und 1870 auf ca. 300 an.¹⁵³²

Endgültig überwunden war die Gemeinwohlbindung und der unmittelbare staatliche Einfluss mit der Umwandlung des Konzessions- auf ein Normativsystem in der Aktienrechtsnovelle von 1870.¹⁵³³ *Großfeld* weist daraufhin, dass dies auch auf die dogmatische Überlegung des „Prinzips der vollständigen Selbstständigkeit der Aktiengesellschaft“ zurückging, wonach die Gesellschaft als eine wirtschaftlich und rechtlich völlig unabhängige Körperschaft angesehen worden sei, die alle Bedingungen ihrer Existenz und ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit in sich selbst trage, in ihrer Willensbildung frei von Einflüssen Dritter sei und selbstständig als Wettbewerber auftrete.¹⁵³⁴

Die Novelle stellte die Hauptversammlung endgültig in den Mittelpunkt der Gesellschaft, wobei schon unter dem Konzessionssystem deutlich geworden war, dass dies zu Missbrauch durch Großaktionäre führen konnte.¹⁵³⁵ Durch die Staatsaufsicht war dies allerdings weniger offensichtlich zutage getreten. Die Idee der „natürlichen“ Kräfte des Marktes war in der Reform klar sichtbar. Auch das Problem von Scheingründungen war bereits bekannt, allerdings hatte man die Erfahrung gemacht, dass die staatlichen Stellen ihrerseits mit der Bonitätskontrolle überfordert waren und zusätzlich aus der Konzession ein Schein staatlich verbürgter Bonität abgeleitet wurde, was überhaupt erst für die vielen Missstände verantwortlich gezeichnet wurde.¹⁵³⁶ Im Nachhinein wird daher argumentiert, obwohl der unmittelbare staatliche Einfluss mit der Umwandlung auf ein Normativsystem verschwunden sei, sei die AG damit aus ihrer wirtschaftspolitischen Rolle nicht entlassen worden, lediglich die Wahl der Mittel habe sich gewandelt.¹⁵³⁷

¹⁵²³ *Lieder*, in *Aktienrecht im Wandel*, Bd. 1, RN 11.

¹⁵²⁴ *Fleischer*, AG 2017, 509, 510.

¹⁵²⁵ *Pahlow*, in: *Aktienrecht im Wandel*, Bd. 1, RN 78.

¹⁵²⁶ *Laux*, *Die Lehre vom Unternehmen an sich*, 48 f.

¹⁵²⁷ *Laux*, *Die Lehre vom Unternehmen an sich*, 50.

¹⁵²⁸ *Laux*, *Die Lehre vom Unternehmen an sich*, 50.

¹⁵²⁹ *GK-Kort* Vor § 76 RN 5.

¹⁵³⁰ *GK-Kort* Vor § 76 RN 5.

¹⁵³¹ *Großfeld*, *Aktiengesellschaft*, 141 f.; *Hofer*, *Aktienrecht im Wandel*, Bd. 1, RN 38; *Lieder*, *Aktienrecht im Wandel*, Bd. 1, RN 9; *Schmidt-Leithoff*, *Die Verantwortung der Unternehmensleitung*, 16.

¹⁵³² *Laux*, *Die Lehre vom Unternehmen an sich*, 27.

¹⁵³³ *Fleischer*, AG 2001, 171, 174; *ders.*, AG 2017, 509, 510.

¹⁵³⁴ *Großfeld*, *Aktiengesellschaft*, 141.

¹⁵³⁵ *Großfeld*, *Aktiengesellschaft*, 143.

¹⁵³⁶ *Hopt*, *Kapitalanlegerschutz*, 33; *Wilhelm*, *Kapitalgesellschaftsrecht*, RN 45.

¹⁵³⁷ *Großfeld*, *Aktiengesellschaft*, 137; *Laux*, *Die Lehre vom Unternehmen an sich*, 47; *Lieder*, *Aktienrecht im Wandel*, Bd. 1, RN 6; *Schmidt-Leithoff*, *Die Verantwortung der Unternehmensleitung*, 16.

Die Entwicklung der Aktiengesellschaft wurde jedenfalls endgültig beflügelt und die Anzahl an AGs erreichte 1902 wohl um die 5000.¹⁵³⁸ Dabei traten nun vermehrt die schon bekannten Missstände nicht nur bei der Gründung der AG („Gründerkrach“ von 1873), sondern auch durch die Machtstellung der Großaktionäre oder eine lethargische Generalversammlung begründete Missstände auf.¹⁵³⁹ In der zweiten Novelle von 1884 wurden einige dieser Probleme angegangen. Gründungen wurden aufwendiger und die AG erhielt eine gewisse Formstrenge und Starrheit, jedoch wurde weiterhin auf das Prinzip der Selbsthilfe und auf die Selbstheilungskräfte des Marktes vertraut – auch wenn das Modell der Staatshilfe kontrovers diskutiert, letztlich aber abgelehnt wurde.¹⁵⁴⁰ Das Gewicht der Generalversammlung wurde dadurch gestärkt, dass ihr bestimmte Entscheidungen auch durch Gesellschaftsvertrag nicht mehr entzogen werden konnten.¹⁵⁴¹ Der Vorstand wurde seit der Aktienrechtsnovelle 1884 von dem von der Generalversammlung gewählten Aufsichtsrat überwacht.¹⁵⁴²

3. Interventionismus und Kriegswirtschaft

Aktiengesellschaften erlangten mit der Hochphase der Industrialisierung ab der zweiten Jahrhunderthälfte eine neue Form und Bedeutung. Die das wirtschaftliche Geschehen prägenden Konzerne und Kartelle wurden vom Staat nicht nur toleriert, sondern sogar durch steuerliche Vergünstigungen gefördert und die Bildung von Kartellen mit dem ersten Weltkrieg sogar gezielt als Instrument der Kriegswirtschaft eingesetzt.¹⁵⁴³ Ab dem zweiten Weltkrieg, insbesondere mit Beginn der 1920er Jahre veränderte sich insgesamt die Perspektive auf die AG als Rechtsform. Die Bedeutung nicht nur für das gesamtwirtschaftliche, sondern auch das soziale Geschehen erlangte nun verstärkt Aufmerksamkeit.¹⁵⁴⁴ Beispielhaft in der Lehre vom „Unternehmen an sich“ wurde die AG als Institution konzeptuell von den Gewinninteressen der Gesellschafter getrennt. In dieser Verselbstständigung gegenüber den Eigentumsrechten der Aktionäre artikulierte die Rechtswissenschaft ein öffentliches Interesse, das mit den Interessen der Aktionäre nicht gleichzusetzen sei. Wie *Th. Raiser* zusammenfasst, habe sich als Mittel, um dieses Interesse rechtlich durchzusetzen, angeboten, „den Einfluß des Vorstands zu mehren, dessen Mitglieder als angestellte Manager ohne eigenes Kapitalinteresse solchen Absichten leichter zugänglich sein mußten als die Aktionäre.“¹⁵⁴⁵ Mit dem AktG 1937 wurde die Stellung des Vorstands erheblich aufgewertet und die Möglichkeit der Generalversammlung, die nunmehr als Hauptversammlung bezeichnet wurde, zur Einflussnahme deutlich beschnitten.¹⁵⁴⁶ Nach § 70 Abs. 1 AktG 1937 hatte der Vorstand die Gesellschaft so zu leiten, „wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.“ Diese Verpflichtung ging sogar so weit, dass sie theoretisch von der Staatsanwaltschaft durchgesetzt werden konnte, vgl. § 77 Abs. 3 AktG 1937.¹⁵⁴⁷ Dabei ist jedoch zweifelhaft, ob dies an den wirklichen Verhältnissen tatsächlich etwas änderte. Weiterhin lenkten Großaktionäre die

¹⁵³⁸ *Laux*, Die Lehre vom Unternehmen an sich, 47.

¹⁵³⁹ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 141 f.; *Lieder*, Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, RN 9.

¹⁵⁴⁰ *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 146; *Hofer*, Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, RN 40 f.; *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 18; *Th. Raiser*, FS Raiser (1974), 409, 418; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, RN 50

¹⁵⁴¹ *Hofer*, Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, RN 38.

¹⁵⁴² GK-Kort Vor § 76 RN 5.

¹⁵⁴³ *Abelshäuser*, in: Staatsaufgaben, 199, 204; *Kübler*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 225, 227.

¹⁵⁴⁴ *Kübler*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 225, 228; *Laux*, Die Lehre vom Unternehmen an sich, 265; *Th. Raiser*, FS Raiser (1974), 409, 419; *Wiethölter*, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft, 36.

¹⁵⁴⁵ *Th. Raiser*, FS Raiser (1974), 409, 419.

¹⁵⁴⁶ GK-Kort Vor § 76 RN 6; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 2 RN 5.

¹⁵⁴⁷ *Bachmann*, VGR 2007, 65, 77 FN 65.

Geschicke und der Vorstand trat, wie zuvor, nur in das Vakuum, wenn der Aktienbesitz verstreut war.¹⁵⁴⁸

4. Deutschland-AG in der Nachkriegszeit

In der Nachkriegszeit ist das Prinzip eines staatsgeleiteten Kapitalismus grundsätzlich fortgeführt worden. Durch Umstellung der Kriegswirtschaft auf die soziale Marktwirtschaft wurde der privaten Initiative jedoch größere Bedeutung eingeräumt. Die Politik der frühen Bundesrepublik stand unter dem Einfluss des Ordoliberalismus.¹⁵⁴⁹ Größere Bundesunternehmen wie VW wurden privatisiert und dem traditionellen deutschen Kartellwesen wurde durch das GWB ein Ende bereitet.¹⁵⁵⁰ Die Aktienrechtsreform von 1965 war zudem (auch) von dem Bestreben geleitet, die Stellung der Aktionäre zu stärken, durch Publizitätssteigerungen, Abschwächung des Depotrechts der Banken, verstärkte Gewinnberechtigung, Verstärkung des Auskunftsrechts und der Senkung des Kostenrisikos im Fall von Klagen.¹⁵⁵¹

Praktisch befand sich die deutsche Wirtschaft jedoch in einem vielschichtigen Verflechtungsnetzwerk (sog. Deutschland-AG), das politisch gewollt und rechtlich gefördert wurde.¹⁵⁵² Im Zentrum standen große Industriekonzerne, die sich über die Banken und Versicherungen finanzierten, die wieder an den Industrieunternehmen vielfältige Beteiligungen hielten und zudem personell über Aufsichtsratsmandate miteinander verbunden waren.¹⁵⁵³ Hinzukamen die Arbeitnehmer, deren Einfluss über das Mitbestimmungsgesetz im Unternehmen festgeschrieben waren, deren Gewerkschaften jedoch zum Teil auch selbst an den Unternehmen beteiligt waren.¹⁵⁵⁴

Die Bedeutung der Konzerne zeigt sich schon daran, dass hauptsächliches Ziel der Aktienrechtsnovelle von 1965 das Konzernrecht war.¹⁵⁵⁵ Dabei ging es nicht lediglich um die Behebung von Missständen. Vielmehr sollte auch im Vergleich mit anderen Ländern diese Erscheinungsform insgesamt in eine rechtliche Grundordnung überführt werden.¹⁵⁵⁶ Das Feldmühle-Urteil fasst den politischen Konsens zur Konzernierung treffend zusammen: „...sie ist (...) namentlich im Wettbewerb mit anderen, gleich strukturierten Volkswirtschaften in gewissem Umfang unvermeidbar.“¹⁵⁵⁷

In der unmittelbaren Nachkriegszeit existierte kein funktionsfähiger Emissions- oder Primärmarkt für die Aktienunternehmen.¹⁵⁵⁸ Der Staat verpflichtete daher die Banken zu hohen Krediten, vor allem an die Grundstoffindustrie.¹⁵⁵⁹ Später wurden diese Kredite dann wiederum auf Druck der Politik in Beteiligungen umgewandelt.¹⁵⁶⁰ Nach *Streek/Höpner* war der langfristige Bestand dieser Beziehungen zudem politisch gestützt: „Der Grund für die hohe Anzahl direkter (25 Prozent) und indirekter (6,25 Prozent) Beteiligungen war steuerrechtlicher Art. Ab den genannten Größenordnungen galt das Schachtelprivileg, das die laufende Rendite solcher Beteiligungen erhöhte. Mit der hohen Besteuerung der Gewinne auf Beteiligungsveräußerungen wurden außerdem Anreize zum Halten von Beteiligungen

¹⁵⁴⁸ *Th. Raiser*, FS Raiser (1974), 409, 420; *Wiethölter*, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft, 36.

¹⁵⁴⁹ *Klix*, Privatrechtstheorie und Wirtschaft von 1967 bis 1982, 191.

¹⁵⁵⁰ *Kübler*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 225, 229.

¹⁵⁵¹ *GK-Kort* Vor § 76 RN 7; *Kübler*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 225, 229; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, RN 61; anders *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 2 RN 6: Aktionärsdemokratie von nachgeordnetem Rang, Konzernrecht habe im Vordergrund gestanden.

¹⁵⁵² *Streek/Höpner*, in: Alle Macht dem Markt?, 11.

¹⁵⁵³ *Streek/Höpner*, in: Alle Macht dem Markt?, 11 f., 16; *Ipsen/Pfützinger*, in: Alle Macht dem Markt?, 60, 63.

¹⁵⁵⁴ *Streek/Höpner*, in: Alle Macht dem Markt?, 11, 23.

¹⁵⁵⁵ *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 2 RN 6; ähnlich *Kübler*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 225, 229.

¹⁵⁵⁶ *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 2 RN 6.

¹⁵⁵⁷ BVerfG, 07.08.1962 – 1 BvL 16/60 = NJW 1962, 1667, 1668 – Feldmühle.

¹⁵⁵⁸ *Kübler*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 225, 228.

¹⁵⁵⁹ *Streek/Höpner*, in: Alle Macht dem Markt?, 11, 18.

¹⁵⁶⁰ *Streek/Höpner*, in: Alle Macht dem Markt?, 11, 18.

gesetzt. Die Kapitalbeteiligungen von deutschen Finanz- an den deutschen Industrieunternehmen dienten nicht nur der Liquiditätsversorgung, sondern auch dem Schutz vor Einflussnahme von außen – unter ausdrücklicher Billigung, wenn nicht unter explizitem Druck des Staates.“¹⁵⁶¹

Wichtige Finanzierungsquelle der Unternehmen waren neben Krediten zudem die Selbstfinanzierung mithilfe eines Bilanzrechts, das die Umwandlung von Gewinnen in stille Reserven ermöglichte und ein System der betrieblichen Altersvorsorge, mit dem erhebliche Teile der Arbeitslöhne einbehalten und refinanziert werden konnten.¹⁵⁶²

Statt einer hohen Aktienrendite strebten die Unternehmen Wachstum an.¹⁵⁶³ Dies lag auch am geringen Einfluss der Kapitalmärkte auf die Unternehmenspolitik.¹⁵⁶⁴ Anreize zur Erzielung hoher Aktionärsrenditen wurden gering gehalten, um Spielräume für einen Interessenausgleich mit anderen Anspruchsgruppen zu schaffen.¹⁵⁶⁵ Zum Schutz der Zielunternehmen vor den Investitionen ausländischer Anleger wurden oft Stimmrechtsbeschränkungen installiert, die die Ausübung von Stimmrechten auf Hauptversammlungen ab einer Höhe von meist fünf Prozent des Aktienpakets verhinderten.¹⁵⁶⁶ Zudem waren ausländische Investoren faktisch benachteiligt. Insider verfügten über Informationsvorsprünge, da die Rechnungslegung nur eine geringe Transparenz der Unternehmen forderte.¹⁵⁶⁷

Ein wirklich externer Arbeitsmarkt für Manager existierte in Deutschland nicht, vielmehr wurden die deutschen Führungskräfte traditionell über die Belegschaft des eigenen Unternehmens rekrutiert.¹⁵⁶⁸

Die Wirtschaft der Nachkriegszeit wird von *Streek/Höpner* als „Selbstregulierung im Schatten der Hierarchie (...) eines prinzipiell interventionsfähigen Staates“ beschrieben: „Auf diese Weise konnte die Politik dafür sorgen, dass öffentliche Interessen bei der wechselseitigen Aufsicht der am Unternehmensnetzwerk beteiligten Unternehmen gewahrt bleiben. Alle drei beteiligten Seiten – Unternehmen, Staat und Banken – profitierten hiervon gleichermaßen. Die Unternehmen profitierten von der Internalisierung von Insolvenzrisiken durch das Unternehmensnetzwerk, konnten sich auf ihre Hausbanken als Krisenbewältiger verlassen und sich auf das Wachstum ihrer Organisationen konzentrieren. Die deutschen Großbanken wuchsen zu den größten Banken der Welt und betrieben aktive Industriepolitik, während der Staat auf die Beschäftigung achtete, die Banken immer wieder für politisch gewünschte Finanzierungsvorhaben in Dienst nahm und in spektakulären Krisenfällen gemeinsam mit den Banken intervenierte.“¹⁵⁶⁹

Auch vor diesem Hintergrund muss die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands gesehen werden. Nach § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand die AG „unter eigener Verantwortung zu leiten.“¹⁵⁷⁰ Entscheidend ist, dass dem Vorstand grundsätzlich die alleinige Entscheidung über die unternehmerischen Geschicke

¹⁵⁶¹ *Streek/Höpner*, in: *Alle Macht dem Markt?*, 11, 18.

¹⁵⁶² *Kübler*, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 225, 229.

¹⁵⁶³ *Streek/Höpner*, in: *Alle Macht dem Markt?*, 11, 27.

¹⁵⁶⁴ *Streek/Höpner*, in: *Alle Macht dem Markt?*, 11, 22.

¹⁵⁶⁵ *Streek/Höpner*, in: *Alle Macht dem Markt?*, 11, 22.

¹⁵⁶⁶ *Streek/Höpner*, in: *Alle Macht dem Markt?*, 11, 20.

¹⁵⁶⁷ *Streek/Höpner*, in: *Alle Macht dem Markt?*, 11, 23.

¹⁵⁶⁸ *Streek/Höpner*, in: *Alle Macht dem Markt?*, 11, 24.

¹⁵⁶⁹ *Streek/Höpner*, in: *Alle Macht dem Markt?*, 11, 19.

¹⁵⁷⁰ Der Leitungsbegriff des § 76 Abs. 1 AktG ist gesetzlich nicht definiert. Er ist jedoch vom Begriff der Geschäftsführung des § 77 Abs. 1 AktG zu unterscheiden. Der Leitungsbegriff umfasst einen herausgehobenen Teilbereich der Geschäftsführung, als sog. Unternehmer- oder Führungsfunktion. Die Unterscheidung hat u.a. Bedeutung bei der horizontalen und vertikalen Delegation von Aufgaben: Leitungsentscheidungen obliegen dem Vorstand als Organ und können, anders als sonstige Geschäftsführungstätigkeiten, nicht auf einzelne Vorstandsmitglieder, nachgelagerte Führungsebenen oder Dritte delegiert werden, Hüffer-Koch § 76 RN 8 f.; MHb. *GesR-Wentrup*, Bd. 4, § 19 RN 16; *Dreher*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 517, 518; *Fleischer*, ZIP 2003, 1; *Pauker*, *Unternehmen – Risiko – Haftung*, 134.

zusteht, er also grundsätzlich weisungsfrei handeln darf und muss.¹⁵⁷¹ Die Hauptversammlung bestimmt allein den Unternehmensgegenstand und die Unternehmensziele in der Satzung, konkrete Anweisungen an die Geschäftsführung darf dies jedoch nicht enthalten.¹⁵⁷² Der Vorstand steht zur Hauptversammlung in keinem Auftragsverhältnis,¹⁵⁷³ er ist kein Ausführungsorgan, sondern Leitungsorgan.¹⁵⁷⁴

Historisch entsprach das Bild der Eigenverantwortlichkeit der eines Technokraten. Dies lässt sich mit einem Vergleich zu den USA erläutern, in denen der Glaube an die sog. *mature corporation* tonangebend war. *Hopt* beschreibt dies so: „Ausgereifte Unternehmen kennzeichneten sich durch die Herrschaft des Managements aus, der Technokraten im Unternehmen. Diese strebten nach Sicherheit und maximalem Wachstum, nicht nach maximalem Gewinn. (...) Das Management als eigentlicher Herr des ausgereiften Unternehmens bestimme seine Ziele, soweit mit Sicherheit und Wachstum vereinbar, selbst und entwickle dabei Eigenverantwortung und social responsibility.“¹⁵⁷⁵ Das steht spiegelbildlich zur Überzeugung der Nachkriegszeit, dass mit dem keynesianischen Modell der antizyklischen Wirtschaftspolitik die Wirtschaft im Wesentlichen zu einer technokratischen beherrschbaren Maschinerie geworden war.¹⁵⁷⁶ Wie die Technokraten im Staat gab es die Technokraten im Unternehmen.

Diese besondere Rolle lässt sich auch am Haftungsmaßstab ablesen. Nach *Roth* galt im AktG von 1965 zunächst ein schärferer Pflichtenmaßstab für Organmitglieder im Vergleich zum allgemeinen Rechtsverkehr. Maßstab sei die erforderliche und nicht die übliche Sorgfalt gewesen.¹⁵⁷⁷ Dies sei damit begründet worden, dass der Vorstand nicht in eigenen Angelegenheiten handeln würde. Zwar sei anerkannt gewesen, dass der Vorstand Geschäfte mit Risiko vornehme, ohne dass darin schon ein Pflichtverstoß gesehen worden sei, aber schon eine erkennbar falsche Entscheidung habe sorgfaltspflichtwidrig sein können.

¹⁵⁷¹ GK-Kort § 76 RN 42; Hüffer-Koch § 76 RN 25; zum Auftrag: BGH, 10.04.1967 – VIII ZR 27/65 = NJW 1967, 1462; zur Weisungsfreiheit bezüglich eines Großaktionärs: BGH, 5.5.2008 – II ZR 108/07 = AG 2008, 541. Der Aufsichtsrat hat demgegenüber in der AG allein eine Kontrollfunktion, vgl. § 111 I AktG. Maßnahmen der Geschäftsführungen können ihm nicht übertragen werden, vgl. § 111 Abs. 4 S. 1 Auch das Vetorecht nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG kann niemals zu einer positiven Verpflichtung des Vorstands führen, MüKo-AktG-Spindler § 76 RN 22.

¹⁵⁷² MüKo-AktG-Spindler § 76 RN 24. An Beschlüsse der Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung ist der Vorstand nach § 119 Abs. 2 nur gebunden, wenn die Hauptversammlung auf sein Verlangen hin entschieden hat. Eine Ausnahme soll sich allerdings ergeben, wenn eine Maßnahme eine solche wirtschaftliche Bedeutung enthält, dass sie auf das Verbandsverhältnis sozusagen durchschlägt, BGH, 25.2.1982 – II ZR 174/80 = NJW 1982, 1703 – Holzmüller; BGH, 26.4.2004 – II ZR 155/02 = NJW 2004, 1860 – Gelantine. Darin kommt allerdings nur wieder der Gedanke zum Tragen, dass die Bestimmung des Unternehmensgegenstand in der Kompetenz der Hauptversammlung liegt.

¹⁵⁷³ GK-Kort § 76 RN 42; Hüffer-Koch § 76 RN 25.

¹⁵⁷⁴ vgl. auch Hüffer-Koch § 76 RN 26: Rolle als Ausführungsorgan sei historisch überholt, vgl. § 70 Abs.1 AktG 1937. Das ist auch nicht mit dem Verhältnis der Legislative zur Verwaltung vergleichbar, da diese im Rahmen gesetzlicher Bindung handelt und damit unter einer strengeren Kontrolldichte; sog. Subordinationsprinzip, vgl. *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, 14.

¹⁵⁷⁵ *Hopt*, Kapitalanlegerschutz, 149 f.; in Bezug auf *Galbraith*, *The New Industrial State*, 166 aus dem Jahr 1967; vgl. auch *Clarke*, *Accounting, Economics, and Law: A Convivium*, Vol. 3, Issue 1, (2013), 15, 18.

¹⁵⁷⁶ *Bierbricher*, Neoliberalismus, 98; *Streeck*, Gekaufte Zeit, 66; vgl. auch *Mayntz*, MPIfG Working Paper No. 04/1 (2004), 2 zur Rolle des Staates als aktiver Lenkungsinstanz in den 1970er Jahren.

¹⁵⁷⁷ *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, 40 f.

5. Ende der Deutschland-AG und kapitalmarktorientierte Steuerungsmechanismen seit den 1990er Jahren

Seit dem Ende der 1980er Jahre, aber vor allem mit den 1990er Jahren ist zu beobachten, dass sich das System der sog. Deutschland-AG aufgelöst hat.¹⁵⁷⁸ Grundsätzlich wird dies als Konvergenz hin zum sog. angelsächsischen Modell gesehen, es gilt jedoch festzuhalten, dass sich der Shareholder Value-Gedanke auch in den USA erst in den 1980er Jahren durchgesetzt hat; davor muss man das Regime trotz der Unterschiede zum deutschen Modell, wie bereits erwähnt, als „Managerherrschaft“ beschreiben.¹⁵⁷⁹ In diesem Systemwechsel drückt sich auch ein neuer Zeitgeist aus (der sog. Neoliberalismus). Der Wandel kann jedoch nicht auf einen einzelnen Faktor zurückbezogen werden, vielmehr lässt sich nicht nur ein Umdenken auf politischer Ebene beobachten, sondern auch in den Unternehmen selbst, im Management und bei den Banken.

Verändert haben sich zum einen die Eigentümerstrukturen und damit auch deren Interessen. Insbesondere deutsche Großunternehmen zeichneten sich durch konzentrierte Eigentümerstrukturen aus, wobei die Aktionärsgruppen zumeist strategische Ziele verfolgten: Beschäftigungsziele (Staat, Länder und Kommunen), die Stabilisierung von Lieferanten- und anderen Kooperationsbeziehungen (Unternehmen), die Sicherung von Krediten (Banken) oder der Erhalt traditioneller Eigentumsstrukturen (Familienbesitz). Auch die Gewerkschaften traten bis etwa 1990 als Eigentümer auf.¹⁵⁸⁰ Seit Mitte der 1990er Jahre hat sich die Eigentümerstruktur jedoch entflochten und internationalisiert.¹⁵⁸¹ Die Banken haben sich zurückgezogen und stärker dem Investment-Banking zugewandt.¹⁵⁸² Umgekehrt suchten die Großunternehmen Zugang zum internationalen Kapitalmarkt und fingen an, sich stärker auf Kernbereiche zu konzentrieren.¹⁵⁸³ Die Manager in den Unternehmen wurden hierzu nicht einfach durch ökonomische Zwänge genötigt, vielmehr unterlagen auch sie einem Geisteswandel und begannen neue Konzepte in den Unternehmen durchzusetzen.¹⁵⁸⁴ In der Folge haben insbesondere sog. institutionelle Investoren an Bedeutung gewonnen und die Interessenlage der Eigentümer hat sich verändert.¹⁵⁸⁵

Begleitet wurden diese Veränderungen in der wirtschaftlichen Struktur und der unternehmerischen Ausrichtung von vielfältigen nationalen und internationalen Reformen im Bereich der Corporate Governance.¹⁵⁸⁶ Zu nennen ist hier das Verbot von Höchst- und Mehrfachstimmrechten (§§ 12 Abs. 2, 134 Abs. 1 S. 2 AktG), die Einführung internationaler Rechnungslegungsstandards, die für mehr Transparenz und Aktionärsfreundlichkeit gesorgt haben, die Abschaffung der Körperschaftssteuer auf Gewinne aus Beteiligungsverkäufen, sowieso das Schaffen eines regulativen Rahmens für feindliche Übernahmen und Regulierung des Wertpapierhandels. In der Rechtsprechung drückt sich der Wandel durch die Moto-Meter-Entscheidung aus, in der der BGH die Anlegerfunktion betont und die Herrschaftsfunktion herabgemildert hat.¹⁵⁸⁷ Der Shareholder Value-Gedanke ist durch die erleichterte Möglichkeit zum Rückerwerb eigener Aktien (§ 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG) und zur Durchführung von

¹⁵⁷⁸ Eberle, in: Governance, 155, 167; Schuppert, in: Perspektiven der C.G., 541; Seibert, in: FS Hommelhoff (2012), 1111; Streek/Höpner, in: Alle Macht dem Markt?, 11.

¹⁵⁷⁹ Eberle, in: Governance, 155, 165.

¹⁵⁸⁰ Streek/Höpner, in: Alle Macht dem Markt?, 11, 23.

¹⁵⁸¹ Eberle, in: Governance, 155, 167.

¹⁵⁸² Beyer, in: Alle Macht dem Markt?, 118, 126; Streek/Höpner, in: Alle Macht dem Markt?, 11, 30.

¹⁵⁸³ Eberle, in: Governance, 155, 167; Streek/Höpner, in: Alle Macht dem Markt?, 11, 31.

¹⁵⁸⁴ Eberle, in: Governance, 155, 167; Streek/Höpner, in: Alle Macht dem Markt?, 11, 32.

¹⁵⁸⁵ Schuppert, in: Perspektiven der C.G., 541, 550.

¹⁵⁸⁶ Eberle, in: Governance, 155, 168; Streek/Höpner, in: Alle Macht dem Markt?, 11, 33.

¹⁵⁸⁷ BVerfG, 23.08.2000 – 1 BvR 68/95, 1 BvR 147/97 – Moto-Meter; vgl. Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 78.

Aktienoptionsprogrammen für Führungskräfte (§ 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG) durch das KonTraG im Jahr 1998 auch gesetzlich in das AktG eingezogen.¹⁵⁸⁸

Vor diesem Hintergrund wird nun ein anderer Aspekt der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands (wieder) stärker betont. Darin drücke sich zum einen aus, dass wirtschaftliche, bzw. organisatorische Vorgänge letztlich nicht vorhersehbar, also sachlich nicht einsehbar seien und nur der mit den wirtschaftlichen Vorgängen betraute Vorstand das erforderliche Wissen beanspruchen könne.¹⁵⁸⁹ Auch drücke sich darin die verfassungsrechtlich abgesicherte Wirtschaftsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und die unternehmerische Dispositionsfreiheit und Eigentumsfreiheit der Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG darin aus.¹⁵⁹⁰ Zudem gewährleiste die Vorstandsfreiheit eine stärkere Anbindung an Marktprozesse.¹⁵⁹¹ Rechtliche Kontrollen sollten sich daher auf grobe Verstöße und Konflikte beschränken, um die Flexibilität unternehmerischen Handelns nicht zu gefährden.¹⁵⁹² Betont wurde auch eine herausgehobene Stellung der Anteilseigner nach der aktienrechtlichen Zielkonzeption, was auf den Gedanken des Shareholder Value zurückgeht, der wiederum stark durch rechtsökonomische Unternehmenstheorien beeinflusst ist.¹⁵⁹³

II. Ökonomische Theorie der Corporate Governance

Der Wandel des wirtschaftlich-institutionellen Modells der Aktiengesellschaft seit den 1990er Jahren beruht zwar im Ergebnis auf einem Zusammenspiel unterschiedlicher Faktoren, ganz wesentlich waren die Umstellungen jedoch von der ökonomischen Unternehmenstheorie beeinflusst. Unter dem Stichwort Corporate Governance wird vor allem seit den 1970er Jahren in den USA die Frage der Unternehmensleitung und -kontrolle unter Rechtswissenschaftlern diskutiert, wobei insbesondere der Aufsatz von *Jensen/Meckling* aus dem Jahr 1976, in dem das Verhältnis zwischen Anteilseignern und Managern als Prinzipal-Agent-Konflikt formuliert wurde, wegweisend gewesen ist.¹⁵⁹⁴ Auch wenn diese Richtung zum Mainstream geworden ist – in einem berühmten Aufsatz schreiben *Hansmann/Kraakmann* in Anklang an *Fukuyama* vom Ende der Geschichte des Unternehmensrechts –¹⁵⁹⁵ werden in der ökonomischen Literatur durchaus unterschiedliche Varianten diskutiert und Probleme des Modells anerkannt.¹⁵⁹⁶ Die folgenden Ausführungen sollen daher nicht die gesamte

¹⁵⁸⁸ Vgl. BT-Drucks. 13/9712, 11; *Fleischer*, ZGR 2018, 703, 721; *Oechsler*, in: Aktienrecht im Wandel, Bd. 2, RN 11.

¹⁵⁸⁹ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 647.

¹⁵⁹⁰ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 647.

¹⁵⁹¹ *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 648.

¹⁵⁹² MüKo-AktG-*Spindler* § 93 RN 63.

¹⁵⁹³ Vgl. zu diesem Wandel *Fleischer*, ZGR 2018, 703, 720.

¹⁵⁹⁴ *Eberle*, in: Governance, 155, 160; *Jensen/Meckling*, Journal of Financial Economics, Vol. 3, No. 4 (1976), 305 f.; auch wenn *Mayntz* auf die Konvergenzen in der Perspektive hinweist (MPIfG Working Paper No. 04/1 (2004), 4), ist der Begriff der Corporate Governance zumindest theoriegeschichtlich vom Forschungsfeld der sozial- und politikwissenschaftlichen Governance-Theorie zu trennen. In der Politikwissenschaft beschreibt Governance im Gegensatz zu Government einen Wechsel von einer akteurszentrierten Perspektive zur Suche von institutionalistischen Regelungsstrukturen als Zusammenspiel rechtlicher, sozialer, politischer und ökonomischer Mechanismen. *Mayntz* sieht eine wesentliche Verschiebung des analytischen Paradigmas zunächst in der Einbeziehung gesellschaftlicher Akteure zur Untersuchung der Entwicklung und Implementation von Politik. Mit der Vorstellung vom kooperativen Staat habe sich das Konzept politischer Steuerung nicht einfach erweitert, sondern die Perspektive, wie auch die Terminologie habe sich zu verschieben begonnen: In den Vordergrund trete nun die Frage nach den verschiedenen Formen der Regelung. Deutlich sei dies in einem nächsten Schritt durch die Erweiterung des Analyserahmens auf die den Nationalstaat übersteigenden Strukturen geworden. In der ökonomischen Corporate Governance Forschung werde jedoch mit spezifischen Vorannahmen gearbeitet, die sich von dem politik- und sozialwissenschaftlichen Analyserahmen unterscheiden würden. Kritisch dazu *Streek/Höpner*, in: Alle Macht dem Markt?, 11: Annahmen würden zu selten als problematisch offengelegt.

¹⁵⁹⁵ *Hansmann/Kraakmann*, The Georgetown Law Journal, Vol. 89 (2001), 439.

¹⁵⁹⁶ *Zingales*, Journal of Finance 2002, 1623, 1635: „In sum, it is interesting to highlight how a slight variation in the definition of the firm can trigger major changes in the implications. Once implicit contracts are added to the

Breite der Debatte darstellen, sondern nur wesentliche Überlegungen und deren Kritikpunkte zusammenfassen.

1. Der Prinzipal-Agenten-Konflikt

Ausgangspunkt der ökonomischen Unternehmenstheorie ist die Überlegung, dass Anteilseigner aus rationalem Interesse die Kontrolle über ihr Eigentum abgeben würden, dabei aber der Gefahr gegenüberstehen würden, dass die Manager nicht im Interesse der Anteilseigner handeln, sondern persönliche Nutzen verfolgen würden, was den Managern über ihre Informationsvorsprünge noch erleichtert werde.¹⁵⁹⁷ Daher müsse der Prinzipal dem Agenten Anreize setzen, im Interesse des Prinzipals zu handeln und ihn überwachen (sog. *screening*, also Informationseinholung über sein Handeln) – in jedem Fall sei dies jedoch mit Kosten verbunden, bzw. räume dies die Gefahr sog. opportunistischem Verhaltens nicht vollständig aus.

Rational sei das Interesse an der Abgabe der Kontrolle aus drei Gründen: Erstens, da man als Anteilseigner nicht über das erforderliche Wissen verfüge, um ein Unternehmen zu leiten, zweitens, weil die Leitung eines Unternehmens Kosten bedeute und drittens, weil es aus investitionsstrategischer Perspektive Sinn mache, die Risiken zu streuen.¹⁵⁹⁸

Die unterschiedliche Interessenlage rühre daher, dass der Vorstand grundsätzlich nicht am Risiko seiner Handlungen ebenso wenig aber am Gewinn beteiligt sei.¹⁵⁹⁹ Auch sei sein Zeithorizont ein anderer, grundsätzlich sei nur die Dauer seiner Anstellung für ihn von Interesse; was darüber hinaus mit dem Unternehmen geschehe, sei für ihn irrelevant.¹⁶⁰⁰ Auch die Risikopräferenz sei eine andere, da der Vorstand Risiken nicht diversifizieren könne, Anteilseigner allerdings wegen der Möglichkeit zur Diversifikation ihrer Investitionsrisiken höhere Risiken im Einzelfall im Kauf nehmen würden.¹⁶⁰¹

Das eigentliche Problem dieser Übertragung von Leitungs- oder Kontrollrechten ist der zugrundeliegende Vertrag. Nach der Theorie kann dieser nur ein sog. unvollständiger Vertrag sein. Zum einen wird es als unmöglich gesehen, alle zukünftigen Entwicklungen schon im Voraus erfassen zu können,¹⁶⁰² zudem wird auch argumentiert, den Aktionären fehle schon das Wissen, um diese Entwicklungen vorherzusehen, das sei gerade der Grund für die Übertragung der Leitung.¹⁶⁰³ Ansonsten wird darauf verwiesen, dass es möglicherweise kostengünstiger sei, von vornherein einen unvollständigen Vertrag mit der Möglichkeit einer ex-post Entscheidungsfindung zu vereinbaren, statt alle Entscheidungen ex ante im Vertrag festzuhalten.¹⁶⁰⁴

nexus, one can easily justify government regulation of financing choices, undermine many results obtained in the event study literature, and rationalize other stakeholders' theories of corporate governance. This alternative paradigm, however, is not very well developed, possibly because of the difficulties in working with implicit contracts."

¹⁵⁹⁷ Eberle, in: Governance, 155, 160; Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 45; Schön, ZGR 1996, 429, 439.

¹⁵⁹⁸ Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 45; Schön, ZGR 1996, 429, 439.

¹⁵⁹⁹ Greenfield, The Failure of Corporate Law, 48; Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 46.

¹⁶⁰⁰ Greenfield, The Failure of Corporate Law, 48; Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 46.

¹⁶⁰¹ Greenfield, The Failure of Corporate Law, 48; Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 46; kritisch zu dieser Annahme hinsichtlich nicht diversifizierter Aktionäre, A. Arnold, Die Steuerung des Vorstandshandelns, 56 f.

¹⁶⁰² Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 741; v. Werder, FS Schwark (2009), 285, 287.

¹⁶⁰³ Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 741.

¹⁶⁰⁴ Grundmann, in: Privatrechtstheorie, Bd. 1, 167, 184.

2. Lösungsmechanismen

In der ökonomischen Theorie werden nun ein internes und ein externes System unterschieden, mit denen dieses Kontrollproblem gelöst wird. Die in der Realität existierenden Systeme lassen sich jedoch nicht bruchlos in diese Typologie einordnen.¹⁶⁰⁵

Das interne System ist vor allem durch die *checks and balances* des Beziehungsgeflechts der Verbandsorgane gekennzeichnet.¹⁶⁰⁶ Der Vorstand wird durch den Verwaltungs- oder Aufsichtsrat kontrolliert, dieser wird von den Aktionären gewählt. Durch Informations-, Einsichts-, Eingriffs- und Entscheidungsrechte entstehen differenzierte Abhängigkeits- und Anreizwirkungen. Entscheidend ist, dass die Aktionäre über sog. *voice*-Strategien unmittelbaren Einfluss ausüben können und über informellen Austausch auch einen mittelbaren, bspw. bei Aktionären mit einem großen Anteilspaket.¹⁶⁰⁷ Kernstück des internen Systems ist zudem die Haftung bei Pflichtverstoß.

Demgegenüber stützt sich ein externes System unmittelbar auf verschiedene Marktwirkungen. Teilweise wird schon der Produktmarkt als Mechanismus der Corporate Governance genannt.¹⁶⁰⁸ Auch habe das Management grundsätzlich ein Interesse am Unternehmenserfolg, insoweit ein schlechtes Management langfristig zur Verdrängung des Unternehmens vom Markt führe und dadurch der Manager seine Anstellung verlöre. Trotzdem löse das nicht schon für sich das Problem von Opportunismus und Kontrolle.¹⁶⁰⁹ Dafür wird vor allem auf den Markt für Führungskräfte, den Markt für Unternehmensfinanzierung, sowie den Markt für Unternehmenskontrolle abgestellt, sowie auf die Möglichkeit von variablen Vergütungen, die unmittelbar an den Erfolg des Unternehmens gekoppelt sind, insbesondere über Aktienoptions-Programme.¹⁶¹⁰ Der Druck, nur auf Zeit angestellt zu sein und dadurch prinzipiell in Konkurrenz mit anderen potentiellen Führungskräften zu stehen, diszipliniere das Management, ebenso mittelbar die Reputation der Führungskraft für mögliche anderweitige Anstellungen.¹⁶¹¹ Der Markt für Unternehmensfinanzierung bedeutet, dass ein schlecht geführtes Unternehmen die Kapitalkosten verteuere, was langfristig ebenso die Arbeit des Managements beeinflusse und Druck ausübe.¹⁶¹² Der Markt für Unternehmenskontrolle bedeutet, dass bei einem schlecht geführten Unternehmen der Aktienkurs sinke, er allerdings im Vergleich zum Wert seiner Aktie unterbewertet sei. Dies führe für das Management zu der Gefahr, dass ein strategischer Investor die unterbewerteten Aktien aufkaufen könnte, mit dem Ziel, das Management auszutauschen, um somit den Kurswert der Aktien wieder zu erhöhen.¹⁶¹³ Dieser Mechanismus wird aus Sicht der Anteilseigner auch als *exit*-Strategie bezeichnet, als Wählen mit den Füßen oder Wall-Street-Rule.

3. Vergleich der Systeme

Die ökonomische Theorie bewertet das externe System als effektiver und effizienter. Der Vorteil am externen System wird vor allem darin gesehen, dass die Kontrollkosten im Vergleich zum internen System geringer seien.¹⁶¹⁴ Darüber hinaus würden im internen System Kontrollprobleme,

¹⁶⁰⁵ Eberle, in: Governance, 155, 159.

¹⁶⁰⁶ Eberle, in: Governance, 155, 157; Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 60.

¹⁶⁰⁷ Greenfield, The Failure of Corporate Law, 48; Köhler, in: Corporate Governance von Banken, 261; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, Kap. 25.3, 25.6.2; Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 758.

¹⁶⁰⁸ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 8; Greenfield, The Failure of Corporate Law, 48.

¹⁶⁰⁹ Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 738.

¹⁶¹⁰ Eberle, in: Governance, 155, 158; Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 64.

¹⁶¹¹ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 8; Greenfield, The Failure of Corporate Law, 48.

¹⁶¹² BeckOGK-Fleischer § 93 RN 8; Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 65; Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 749.

¹⁶¹³ BeckOGK-Fleischer § 93 RN 8; Oechsler, in: Aktienrecht im Wandel, Bd. II, RN 52 f.; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, Kap. 25.7.

¹⁶¹⁴ Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 77; Pendleton/Gospel, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 634, 638; Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 741, 751; anders jedoch Williamson,

Ausbeutungsmöglichkeiten von Minderheiten und Schwierigkeiten der Finanzierung über den Kapitalmarkt drohen.

Grundsätzlich setze die Kontrolle im internen System eine gewisse Koordination der Aktionäre voraus.¹⁶¹⁵ Insbesondere in AGs mit breit gestreutem Besitz könne es dazu kommen, dass einzelne Aktionäre ein rationales Desinteresse an der Kontrolle hätten, da ihre aufgewendeten Kosten Trittbrettfahreffekte auslösen würden oder eventuell überhaupt nicht durchsetzbar seien.¹⁶¹⁶ Folglich entstehe ein Kontrollvakuum.

Ein solches Vakuum drohe insbesondere in einem sog. pluralistischen Modell, in dem nicht nur den Anteilseignern, sondern weiteren Bezugsgruppen des Unternehmens, sog. Stakeholdern, wie bspw. Arbeitnehmern, Kontrollrechte eingeräumt werden würden (dazu unten mehr).¹⁶¹⁷

Anders gelagert sei der Fall für große Investoren. Es wird angenommen, dass diese wegen ihrer besonderen Rolle sozusagen näher am Management seien und über informellen Austausch Informationsasymmetrien leichter überwinden könnten (sog. *screening*) und damit auch das Management leichter kontrollieren würden.¹⁶¹⁸ Das Problem dafür könne allerdings sein, dass die Durchsetzung der Partikularinteressen auf Kosten der übrigen Aktionäre gehe, insbesondere soweit keine rein finanziellen, sondern strategische Interessen verfolgt werden würden.¹⁶¹⁹ Dies sei kein reines Gerechtigkeitsproblem, letztlich könne dies die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes insgesamt beeinflussen. Denn die Benachteiligung der Minderheitsaktionäre werde sich im Aktienpreis niederschlagen (sog. Paketzuschlag).¹⁶²⁰ Dadurch werde die Außenfinanzierung über die Börse insgesamt kaum noch möglich. Dieses Problem ist allerdings auch für das externe System relevant (dazu sogleich).

Im externen Modell werden die Kontrollmechanismen theoretisch zum großen Teil an den Markt ausgelagert, indem der Markt positive oder negative Anreize auf das Vorstandshandeln setze. Dies habe den Vorteil, dass die Kontrollkosten, einschließlich der Informationskosten grundsätzlich durch den Preisbildungsmechanismus des Kapitalmarkts ersetzt werden würden, bzw. ein wegen schlechten Managements zu niedrig bewertetes Unternehmen Gefahr laufe, übernommen zu werden. Ein Kontrollvakuum sei dadurch ausgeräumt. Voraussetzung dafür sei allerdings, dass diese Mechanismen funktionieren würden, also dass der Preisbildungsmechanismus für den Börsenwert funktioniere und Übernahmemechanismen existieren würden, die wettbewerbsfremde Konzentrationsanreize ausschließen.¹⁶²¹

Für das Funktionieren des Börsenmarkts wird – inzwischen – als entscheidend angesehen, dass dem Markt grundsätzlich alle relevanten Informationen zur Verfügung stünden.¹⁶²² Sobald dies der Fall sei,

Markets and Hierarchies, 158 f.: Nur bei gravierender Unterbewertung drohe eine Kontrolle über Unternehmensübernahmen, die innerverbandliche Aufsicht sei daher effizienter.

¹⁶¹⁵ Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 77.

¹⁶¹⁶ Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, Kap. 25.3, Kap. 25.6.2; Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 741; Spindler, AG 1998, 53, 63.

¹⁶¹⁷ MüKo-AktG-Spindler § 76 RN 64; BeckOGK-Fleischer § 76 RN 34; Birke, Formalziel, 90 f.; Eidenmüller, JZ 2001, 1041, 1044; Greenfield, Harvard Law & Policy Revue 2008, 1, 28; Pistor, in: Hb. Corporate Governance, 231, 237.

¹⁶¹⁸ Greenfield, The Failure of Corporate Law, 48; Köhler, in: Corporate Governance von Banken, 261; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, Kap. 25.3, 25.6.2; Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 758.

¹⁶¹⁹ Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, Kap. 25.3, Kap. 25.6.2; Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 758.

¹⁶²⁰ Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, Kap. 25.3.

¹⁶²¹ Zu letzterem Oechsler, in: Aktienrecht im Wandel, Bd. II, RN 61 f.; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, Kap. 25.7.

¹⁶²² Dies geht vor allem die sog. Neue Institutionenökonomik zurück. In der Neoklassik wurde noch von sog. vollkommenen Märkten ausgegangen, in denen die Teilnehmer über jeden relevanten Umstand theoretisch vollständig informiert gewesen sei. In der Neuen Institutionenökonomik wurden dagegen beschränkten Fähigkeiten zur Informationsaufnahme und -verarbeitung berücksichtigt und damit eine konsequente

seien alle relevanten Informationen danach prinzipiell im Kurs enthalten.¹⁶²³ Selbst wenn nicht jeder Anleger die Gewinnaussichten individuell zu bewerten vermöge, würde die Teilnahme professioneller Akteure garantieren, dass neue Informationen erfasst, verarbeitet und ausgewertet werden würden.¹⁶²⁴

Problematisch wird jedoch nach wie vor angesehen, ob die Überwindung der – gesellschaftsrechtlichen Beziehungen immanenten – Informationsasymmetrien allein über Marktmechanismen gelingen kann oder ob zwingende Informationspflichten notwendig sind, um Investorenvertrauen zu entwickeln und die Wirksamkeit des Marktes herzustellen. Eine Überlegung ist, dass Unternehmen schon aus Eigeninteresse die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen würden, bzw. das Investorenvertrauen durch aktive Maßnahmen fördern würden (sog. *signaling*).¹⁶²⁵ Auch wenn diese Marktmechanismen grundsätzlich anerkannt sind, wird andererseits argumentiert, dass der Markt damit nicht alle relevanten Informationen aus sich heraus zur Verfügung stelle. Denn nach wie vor bestünden Opportunismus-Probleme, wenn beispielsweise die Veröffentlichung negativer Informationen kostspieliger sei, als das bloße Nichtveröffentlichen, ebenso würden Dritteffekte einer effektiven Offenlegung entgegenwirken.¹⁶²⁶ Entsprechend wird auf die Notwendigkeit von Informationsnormen verwiesen.

Ein weiteres Problem ist die Frage des Minderheitenschutzes. Grundsätzlich wird angenommen, dass sich dieser negativ auf den Börsenpreis und die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts auswirken könne (s.o.). Nun wird teilweise argumentiert, dass ein vollständig informierter Anleger jedoch Vorkehrungen gegen eine Ausbeutung treffe, bzw., wenn dies nicht gelinge, Risikoaufschläge verlange.¹⁶²⁷ Insofern solle er prinzipiell in der Lage sein, sich selbst zu schützen, ohne dass dadurch der Markt zusammenbreche. Auf der anderen Seite scheinen empirische Untersuchungen nahe gelegt zu haben, dass ein mangelhafter Minderheitenschutz eine Kontrolle über externe Corporate Governance Mechanismen selten möglich mache.¹⁶²⁸

Eine besondere Rolle nimmt nach der ökonomischen Theorie nach wie vor die Vorstandshaftung ein. Grundsätzlich wird diese als effizient angesehen, da sie kostenaufwendige Kontrolle mit Abschreckung ersetze und zudem unvollständige Verträge ex-post vervollständigen würde.¹⁶²⁹ Dabei gehe es jedoch

Umsetzung der Annahme unvollkommenen Wissens vollzogen. Insbesondere verborgene Informationen – welche gesellschaftsrechtlichen Beziehungen immanent sind – könnten demnach zu einem Marktversagen führen über einem Prozess der negativen Auslese (*adverse selection*): Solange ein Wirtschaftssubjekt die Eigenschaften ihren potentiellen Transaktionspartner oder des gehandelten Gutes nicht beurteilen könnten – zum Teil auch, weil die Informationsbeschaffung Kosten bedeuten würde, die nicht kalkuliert werden könnten – orientiere sich eine rationale Entscheidung am Marktdurchschnitt – nehme also eine durchschnittliche Qualität zur Grundlage der Preisbildung – bzw. die Informationsunsicherheit werde mit einem Preisabschlag bestraft. Dadurch würden höherwertige Güter oder Investitionspartner langfristig keinen angemessenen Preis auf dem Markt erzielen und somit auf Dauer verdrängt, während minderwertige Güter oder Investitionspartner unangemessen hohe Preise erzielen würden, somit auf den Markt drängten. Insgesamt ergebe sich dadurch eine Abwärtsspirale und ein Marktversagen; vgl. *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 47; *Grohmann*, Informationsmodell, 27, 32, 36 f.; *Grundmann*, DStR 2004, 232; *Werner*, Ein Publizitätskonzept, 72.

¹⁶²³ *Birke*, Formalziel, 62: Dabei werden allerdings unterschiedliche Grade angenommen: *weak* (alle bisherigen Kursverläufe); *semistrong* (alle öffentlichen Informationen); *strong* (alle Informationen).

¹⁶²⁴ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 440; *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 65; *Spindler*, AG 98, 53, 61.

¹⁶²⁵ *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 71; *Maume*, ZHR 180 (2016), 358, 361; *Werner*, Ein Publizitätskonzept, 73 f.

¹⁶²⁶ *Grohmann*, Informationsmodell, 47, 50.

¹⁶²⁷ *Spindler*, AG 1998, 53, 58.

¹⁶²⁸ *Shleifer/Vishny*, Journal of Finance 1997, 737 f.; vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, Kap. 25.3 m.w.N.

¹⁶²⁹ *Easterbrook/Fishel*, The Economic Structure of Corporate Law, 92; *Greenfield*, The Failure of Corporate Law, 49; *Shleifer/Vishny*, Journal of Finance 1997, 737, 751.

nicht darum die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands durch eine Erfolgshaftung wieder zurückzunehmen.¹⁶³⁰ Das Dilemma der Organhaftung bestehe darin, dass ein enger Überprüfungsmaßstab letztlich das Handeln des Vorstands lähmen könne.¹⁶³¹ Teilweise wird die notwendige Zurückhaltung der ex-post Haftung auch mit einem sog. *hindsight bias* begründet.¹⁶³² Dies sei zwar keine Besonderheit der Kapitalgesellschaft, aber gerade bei Unternehmensskandalen sei die Gefahr dafür groß.¹⁶³³ Auch aus rechtlicher Perspektive ist dieses Problem bekannt. So findet sich nach *Habersack* schon in den Materialien zur Aktienrechts-Novelle von 1888 die Überlegung, dass dem Vorstand nicht „jeder Mut zur Tat genommen werden“ dürfe.¹⁶³⁴ Diese Formel findet sich nach einhelliger Meinung auch schon in der amtlichen Begründung zum AktG 1937.¹⁶³⁵ Grundsätzlich ist daher anerkannt, dass aus der Gefahr eines Schadens keine Pflichtverletzung folge.¹⁶³⁶ Nach der ökonomischen Theorie geht es daher grundsätzlich weniger um einen inhaltlichen Handlungsmaßstab, sondern um eine sog. *duty of loyalty*, also darum, im Interesse der Kapitalgeber, bzw. nicht in Eigeninteresse zu handeln.¹⁶³⁷ Auch solle der Entscheidungsprozess selbst eine größere Rolle spielen als das Ergebnis.¹⁶³⁸ Die Haftungsgefahr solle den Vorstand nicht davon abhalten, wirtschaftliche Risiken einzugehen, wofür wegen des prinzipiellen Auseinanderfallens von Risiko und Erfolg von vornherein weniger Eigenmotivation vorhanden sei. Die Anteilseigner können sich wegen der Möglichkeit der Diversifikation jedoch grundsätzlich dagegen absichern. Der Haftungsmaßstab könne jedoch anders zu beurteilen sein, sofern der Vorstand selbst am Unternehmenserfolg beteiligt sei.¹⁶³⁹

4. Shareholder Value

Ein weiteres Problemfeld, das mit der Frage der Kontrollmechanismen des Vorstands zusammenhängt, ist die grundsätzliche Ausrichtung des unternehmerischen Handelns, also ob allein die Interessen der Anteilseigner zu berücksichtigen sind (sog. Interessenmonismus) oder ob darüber hinaus weitere Bezugsgruppen berücksichtigt werden sollen (sog. Interessenpluralismus). Nach „der“ ökonomischen Theorie wird grundsätzlich ein sog. Shareholder Value-Ansatz vertreten. Das meint dabei einerseits einen prinzipiellen Vorrang von Aktionärsinteressen, gleichzeitig bezeichnet es jedoch auch eine spezifische Management-Strategie, die im Zusammenhang mit der finanzmathematischen Investitionsstrategie nach dem sog. CAPM steht.¹⁶⁴⁰

Die Bevorzugung der Anteilseigner bei der Unternehmensausrichtung in der ökonomischen Theorie wird mit mehreren Argumenten begründet, die zum Teil jedoch miteinander zusammenhängen. Noch

¹⁶³⁰ *Paefgen*, AG 2004, 246, 248.

¹⁶³¹ *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 62.

¹⁶³² *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 4; *Holle*, AG 2011, 778, 781.

¹⁶³³ *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 4; *Holle*, AG 2011, 778, 781.

¹⁶³⁴ *Habersack*, Karlsruher Forum 2009, 5, 95.

¹⁶³⁵ *Ihrig*, WM 2004, 2098; *C. Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1254; Deutscher Rechtsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger 1937, Nr. 28, 4.

¹⁶³⁶ *C. Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1254; vgl. BGH, 4.7.1977 – II ZR 150/75 = BGHZ 69, 207, 213, „Risiken sind nicht ungewöhnlich“; BGH, 9.7.1979 – II ZR 118/77 = BGHZ 75, 96, 113.

¹⁶³⁷ *Engert*, in: *Reshaping Markets*, 161, 162 f.; *Shleifer/Vishny*, *Journal of Finance* 1997, 737, 751.

¹⁶³⁸ *Engert/Goldlücke*, University of Mannheim Working Paper Series 13-4, 18.

¹⁶³⁹ *Engert/Goldlücke*, University of Mannheim Working Paper Series 13-4, 19.

¹⁶⁴⁰ Zurückgehend auf *Rappaport*, *Creating Shareholder Value* (1986); vgl. *Birke*, *Formalziel*, 69; *Mülbert*, ZGR 1997, 129 ff.; *Oechsler*, in: *Aktienrecht im Wandel*, Bd. 2, RN 15 f., 54. Grundüberlegung ist, dass sich das Management wegen der Diversifikation der jeweiligen Unternehmensrisiken im Portfolio – im Gegensatz zu sog. systemischen Risiken nach dem Capital Asset Pricing Model – an den Marktwertsteigerungen des Unternehmens und nicht an den Bilanzzahlen orientieren solle. Dabei könne es durchaus zu einem Konflikt mit dem grundsätzlichen Ziel der Gewinnmaximierung kommen, *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 159.

nach der neoklassischen Theorie galten die Anteilseigner als die Eigentümer des Unternehmens, die schon dadurch einen besonderen Anreiz hätten, mit dem Unternehmen sorgsam umzugehen.¹⁶⁴¹

Die neuere Unternehmenstheorie definiert das Unternehmen jedoch zum Teil allein als Vertragsnetzwerk (sog. *nexus of contracts*).¹⁶⁴² In diesem Netzwerk würden die Anteilseigner nur ihr Kapital zu Verfügung stellen, aber dadurch nicht automatisch die Eigentümer des Unternehmens sein. Trotzdem sei die Rolle der Anteilseigner eine besondere, da nur diese ein Restrisiko tragen würden.¹⁶⁴³ Denn ihr Gewinn hänge letztlich vom Unternehmenserfolg ab, der nicht vorherbestimmt sei. Dieses Risiko ließe sich auch nicht vertraglich absichern. Insofern bestehe ein Restrisiko, bzw. ein sog. *residual claim*. Die anderen Bezugsgruppen könnten sich dagegen ihre Ansprüche vollständig durch Verträge absichern. Dadurch hätten die Anteilseigner allerdings den höchsten Anreiz, dass das Unternehmen möglichst gewinnbringend wirtschaftete.¹⁶⁴⁴

Gleichzeitig sei diese Risikoverteilung jedoch effizient. Denn schließlich hätten Anteilseigner grundsätzlich ein rein finanzielles Interesse am Unternehmen und ihm Rahmen dieses Interesses würden sie mehrere Unternehmensanteile halten und die jeweiligen Risiken dadurch diversifizieren und somit das gesamte Risiko reduzieren.¹⁶⁴⁵ Diese Möglichkeit stehe anderen Bezugsgruppen prinzipiell nicht zu. Daher sei auch der Interessenhorizont ein anderer, da andere Bezugsgruppen risikoaverser seien als die Anteilseigner.¹⁶⁴⁶

Die Effizienz der Verteilung der Kontrollrechte auf die Anteilseigner folge auch daher, dass die Investitionen der Anteilseigner in hohem Maße spezifisch seien.¹⁶⁴⁷ Das bedeutet, dass sie ihre Investition nicht zurückziehen könnten, ohne schon dadurch Verluste hinzunehmen. Gleichzeitig seien sie dadurch in besonderem Maße der Gefahr des Opportunismus ausgesetzt. Die anderen Bezugsgruppen hätten demgegenüber im Vertragsnetzwerk eine bessere Verhandlungsposition, da sie ohne Weiteres ihre Investition abziehen könnten. Auch Reputationseffekte würden letztlich als Schutz wirken.¹⁶⁴⁸

Umgekehrt würden jedoch Anteilseigner, stünden ihnen nicht die Kontrollrechte zu, die Kosten für das zur Verfügung stellen des Kapitals erhöhen.¹⁶⁴⁹ Dadurch sinke insgesamt die Möglichkeit zur Finanzierung über den Kapitalmarkt.

Auch biete der interessenmonistische Ansatz insgesamt Kontrollvorteile. Denn ein interessenpluralistischer Ansatz biete dem Management zum stärkeren Maß die Möglichkeit eines diskretionären Handlungsspielraums (sog. *too many masters*-Argument).¹⁶⁵⁰

¹⁶⁴¹ Birke, Formalziel, 52.

¹⁶⁴² Eberle, in: Governance, 155, 160; Greenfield, in: Oxford Hb. of Behavioral Economics and Law, 518, 519.

¹⁶⁴³ BeckOGK-Fleischer § 76 RN 33; Eberle, in: Governance, 155; Birke, Formalziel, 85; Schmidt/Weiß, in: Hb. Corporate Governance, 161, 171; Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 751; Zingales, Journal of Finance 2002, 1623, 1631.

¹⁶⁴⁴ Birke, Formalziel, 52; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, Kap. 25.2; Zingales, Journal of Finance 2002, 1623, 1631.

¹⁶⁴⁵ Eberle, in: Governance, 155, 160.

¹⁶⁴⁶ Birke, Formalziel, 53.

¹⁶⁴⁷ BeckOGK-Fleischer § 76 RN 33; Eberle, in: Governance, 155; Birke, Formalziel, 85; Schmidt/Weiß, in: Hb. Corporate Governance, 161, 171; Shleifer/Vishny, Journal of Finance 1997, 737, 751

¹⁶⁴⁸ BeckOGK-Fleischer § 76 RN 33.

¹⁶⁴⁹ BeckOGK-Fleischer § 76 RN 34; Eberle, in: Governance, 155; Birke, Formalziel, 85; Pistor, in: Hb. Corporate Governance, 231, 239; Schmidt/Weiß, in: Hb. Corporate Governance, 161, 171.

¹⁶⁵⁰ BeckOGK-Fleischer § 76 RN 34; Birke, Formalziel, 90 f.; Eidenmüller, JZ 2001, 1041, 1044; Greenfield, Harvard Law & Policy Revue 2008, 1, 28; Pistor, in: Hb. Corporate Governance, 231, 237.

Wiederum hätten auch die Anteilseigner ein Interesse, die anderen Bezugsgruppen nicht auszubeuten.¹⁶⁵¹ Insofern wird ein grundsätzlicher Interessengleichlauf angenommen.

III. Kritikpunkte der ökonomischen Theorie der Corporate Governance

Die ökonomische Theorie der Corporate Governance ist selbstverständlich nicht ohne Kritik geblieben, bzw. die vorgestellten Überlegungen präsentieren nur einen Ausschnitt der sehr viel komplexeren und unter unterschiedlichen theoretischen Modellen geführten Diskussion. Dabei lassen sich jedoch mehrere Ebenen unterscheiden. Zum einen werden die Annahmen im Modell selbst kritisiert oder auf Funktionsdefizite des Modells hingewiesen. Darüber hinaus wird der ökonomische Ansatz insgesamt infrage gestellt, bzw. auf empirische Studien und politische Konstellationen verwiesen. Auch hier sollen diese Punkte allerdings nur ansatzweise vorgestellt werden.

1. Stakeholder-Orientierung

Die Vorstellung des Unternehmens als Vertragsnetz, in dem die Bezugsgruppen letztlich allein vermittelt ihres Eigeninteresses und ausreichender Informationsgrundlage miteinander in Verhandlung treten und über den Markt alle Interessen geschützt werden, wird aus unterschiedlichen Richtungen in Zweifel gezogen. So führt dieses sog. Informationsmodell schon für sich zu unterschiedlichen Ansätzen: Solchen, die gänzlich auf Marktkräfte vertrauen und solchen, die auf Anreizprobleme und entsprechende Notwendigkeit eingreifender Regeln verweisen.¹⁶⁵² Der Gläubigerschutz sei letztlich nicht vollständig durch das Informationsmodell zu lösen:¹⁶⁵³ Für Deliktsgläubiger mache dieses Modell offensichtlich wenig Sinn. Doch auch bei einigen Vertragsgläubigern sei fraglich, ob die Vorstellung, sie würden die notwendigen Informationen beschaffen, nicht eine Idealisierung darstelle, vor allem hinsichtlich der hohen Informationskosten.

Kritisiert werden die Annahmen vor allem im Hinblick auf den Interessenmonismus.

Insbesondere die Annahme, nur die Anteilseigner seien einem Risiko ausgesetzt, wird in Zweifel gezogen; jedenfalls die Langlebigkeit des Unternehmens sei ein wesentliches Interesse für die meisten Stakeholder. So schreibt *Kort*: „Das vom unternehmerischen Handeln der AG ausgehende Risiko kann wirtschaftlich und sozial betrachtet die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis regelmäßig der Sicherung ihrer Existenzgrundlage dient, wesentlich härter treffen als die oft diversifizierend anlegenden Aktionäre. Auch Gläubiger mögen bisweilen größeren Risiken ausgesetzt sein als Aktionäre, insbesondere, wenn sie wirtschaftlich besonders stark von der AG abhängig sind, etwa als deren wichtigste Geschäftspartner. Selbst die Allgemeinheit mag stärker als die Aktionäre oder

¹⁶⁵¹ BeckOGK-*Fleischer* § 76 RN 31; *Spindler*, FS Hommelhoff (2012), 1133, 1140. Zum Teil als sog. Enlightened Shareholder Value: *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 54; *Pauker*, Unternehmen – Risiko – Haftung, 152; *Pendleton/Gospel*, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 634, 645.

¹⁶⁵² Vgl. *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 517: „Die Meinung eines Teils der Literatur, die mit Hilfe eines Hinweises auf Kapitalmarkteffizienz die Notwendigkeit jeder zwingenden Regelung bestreitet, überzeugt nicht. Das gilt vor allem deshalb, weil selbst dann, wenn schlechte Regeln über Preisabschläge ‚bestraft‘ werden, letztere keine ausreichenden Verhaltensanreize setzen. Denn dass Preisabschläge einen wirksamen Kontrapunkt zu Fehlanreizen bilden, setzt voraus, dass sie diejenigen, die für die ‚schlechten‘ Klauseln verantwortlich sind, überhaupt treffen. (...) Vielfach kompensieren Abwertungen den Vorteil, den sich Satzungsgestalter zulasten Dritter verschaffen, nicht vollständig. Hinzu kommen Zweifel an der Wirksamkeit des Preismechanismus angesichts der Ergebnisse der Kapitalmarktforschung und des Umgangs mit Bewertungsunsicherheiten in der Praxis.“

¹⁶⁵³ *Eidenmüller*, JZ 2001, 1041, 1049; *Kübler*, ZHR 159 (1995), 550, 561; *ders.*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 225, 237 f.; *Pauker*, Unternehmen – Risiko – Haftung, 62.

genauso stark wie sie von einer unternehmerischen Maßnahme der AG betroffen sein, etwa bei einer Umweltbelastung durch die AG.“¹⁶⁵⁴

Auch die Annahme, lediglich die Anteilseigner seien einem Restrisiko ausgesetzt, wird kritisiert. Auch sonstige Stakeholder seien der Gefahr ausgesetzt, Beiträge zur Wertschöpfung zu leisten, die sich nicht „im erwartetem Maß“ auszahlen würden und hätten ein über den Vertrag bestehendes Interesse am Unternehmen.¹⁶⁵⁵ Schon die Existenz impliziter Verträge führe zur Anerkennung weiterer Residualberechtigter neben den Aktionären.¹⁶⁵⁶ Insbesondere für Arbeitnehmer könnten auch weitere implizite Versprechen ausgemacht werden: Der Schutz vor Lohnänderungen, mögliche Beförderungen, die Höhe der Rente oder die Arbeitsbedingungen.¹⁶⁵⁷ *Zingales* dreht den Spieß geschickt um: Impliziere die Debatte um den Shareholder Value nicht gerade, dass neben den Aktionären weitere Gruppen Kontrollinteressen hätten und damit Interessen, die von ihrem Vertrag nicht geschützt werden würden?¹⁶⁵⁸ Zudem meint *Zingales*, es sei grundsätzlich schwer zu begründen, welcher Vertrag im Einzelnen unvollständiger sei, aber zumindest sei es zweifelhaft, dass Verträge über Humankapital einfacher zu vervollständigen seien, als bei physischem Kapital.¹⁶⁵⁹

Demgegenüber wird auch die These vom Interessengleichlauf kritisiert. Schon theoretisch könne von einem Gleichlauf nicht die Rede sein, da dies die unterschiedlichen Risikopräferenzen ausblende.¹⁶⁶⁰ Allein die Kapitalgeber hätten grundsätzlich die Möglichkeit zur Diversifikation der Risiken.

Zudem verweist die Stakeholder-Position darauf, dass auch Arbeitnehmer der Gefahr von Opportunismus ausgesetzt seien, insbesondere, wenn sie ihr Humankapital auf ein Unternehmen spezialisiert hätten.¹⁶⁶¹ Auch die Möglichkeit der Abwanderung wird in Zweifel gezogen. Arbeitskraft sei schließlich weniger mobil als Kapital.¹⁶⁶² Der Schutz über den Markt sei zudem schwächer und könne wegen Informationsasymmetrien sogar zu einem Marktversagen führen.¹⁶⁶³

Umgekehrt sei nicht ersichtlich, warum Shareholdern ein größeres Bedürfnis für Sicherheit hätten, da deren Kontrollkosten durch Marktmechanismen verringert würden.¹⁶⁶⁴ Überhaupt sei die Argumentation zweischneidig. Denn wenn auf der einen Seite die anderen Bezugsgruppen durch Reputationsmechanismen geschützt werden sollten, die Kapitalaufnahme aber ihrerseits nur durch eine Zusicherung von Renditen erfolgen könne, könne der zwingende Schutz gerade durch eine flexiblere Lösung ersetzt werden. Auch sei die bessere Verhandlungsposition der Stakeholder ex-post kein Argument für das alleinige Kontrollrecht der Anteilseigner, nur für gewisse Formen vertraglicher Versicherung. Eine Begründung für das alleinige Kontrollrecht könne nur ein Modell liefern, das die Existenz verschiedener Stakeholder und deren Beiträge, explizite wie implizite, miteinbeziehe.¹⁶⁶⁵ *V. Werder* fasst zusammen: „Die Akteure dieser Austauschbeziehungen sind auf Grund unvollständiger Transaktionsverträge jeweils mit unterschiedlichen Risiken und Chancen aus opportunistischem Verhalten konfrontiert, deren Stärke generell von den spezifischen faktischen Machtpositionen der

¹⁶⁵⁴ GK-Kort § 76 RN 61.

¹⁶⁵⁵ *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 52; *Schmidt/Weiß*, in: Hb. Corporate Governance, 161; v. *Werder*, FS Schwark (2009), 285, 289; *Zingales*, Journal of Finance 2002, 1623, 1634 f.

¹⁶⁵⁶ *Zingales*, Journal of Finance 2002, 1623, 1634 f.

¹⁶⁵⁷ *Greenfield*, The Failure of Corporate Law, 55; *Pendleton/Gospel*, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 634, 636.

¹⁶⁵⁸ *Zingales*, Journal of Finance 2002, 1623, 1632.

¹⁶⁵⁹ *Zingales*, in: The New Palgrave Dictionary of Economics, 9.

¹⁶⁶⁰ GK-Kort § 76 RN 61; *Greenfield*, The Failure of Corporate Law, 52; *Schmidt/Weiß*, in: Hb. Corporate Governance, 161, 172.

¹⁶⁶¹ *Greenfield*, The Failure of Corporate Law, 52; *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 52; *Schmidt/Weiß*, in: Hb. Corporate Governance, 161, 172; v. *Werder*, FS Schwark (2009), 285, 288.

¹⁶⁶² *Greenfield*, The Failure of Corporate Law, 52; *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 52; *Schmidt/Weiß*, in: Hb. Corporate Governance, 161, 172.

¹⁶⁶³ *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 54.

¹⁶⁶⁴ *Greenfield*, The Failure of Corporate Law, 51.

¹⁶⁶⁵ *Zingales*, in: The New Palgrave Dictionary of Economics, 9.

Transaktionspartner im marktlichen Austauschvorgang sowie ihren juristischen Rechten und Pflichten abhängt.“¹⁶⁶⁶ „Stellt man die Komplexität der möglichen Opportunismusinterdependenzen der Akteure auf der einen Seite und der relevanten Schutzrechte andererseits in Rechnung, liegt die These nahe, dass die komparativen Schutzrechte (und komplementären Pflichten) der Stakeholder derzeit noch nennenswerte Unwuchten aufweisen.“¹⁶⁶⁷

Prominent hat *Zingales* dabei ein neues Zeitalter der Unternehmenskontrolle angekündigt, da sich der relative Wert von Finanz- und Humankapital verschoben habe.¹⁶⁶⁸ Trotzdem hat auch er Bedenken gegen die Beteiligung von Arbeitnehmern an der Unternehmenskontrolle, da der Entscheidungsfindungsprozess verteuert werde und die Interessen innerhalb der Belegschaft heterogen seien.¹⁶⁶⁹

Gegenüber dem Problem der Entscheidungsfindung meint jedoch *Greenfield*: „*The only way in which having more and broader responsibilities would make it easier for managers to avoid responsibility is that it would allow them to use one obligation as a defense to a claim that they failed to satisfy another. This, however, is not a function of the number and scope of responsibilities, but how they are enforced, and corporate law duties are simply not enforced in a way that would allow managers to play one duty off the other.*“¹⁶⁷⁰ *Pistor* hält es für denkbar, dass die Beteiligung von Stakeholdern die Kontrolle sogar verstärke, da durch den Wettbewerb passive Aktionäre aktiviert werden könnten.¹⁶⁷¹ Gegen das Argument zu hoher Kosten bei der Entscheidungsfindung wendet *Pistor* zudem ein, dass eine Beteiligung andere Kosten senken werde und dies nur empirisch zu ermitteln sei.¹⁶⁷²

2. Empirische Studien

Während die soeben genannten Argumente vor allem auf theoretischer Ebene ansetzen, werden jedoch auch weitere Kritikpunkte am gängige Corporate Governance Modell mit seiner Ausrichtung auf den Shareholder Value angeführt, die sich vermehrt auf empirische Studien stützen.

Insbesondere im Rahmen der jüngsten Finanzkrise sind die Corporate Governance-Mechanismen der Banken in den Fokus gerückt.¹⁶⁷³ Dabei scheint sich der Zusammenhang – der schon von der Theorie her wegen der Möglichkeit der Diversifikation vorausgesetzt wird (s.o.) – zwischen der Risikofreudigkeit des Managements und dem Einfluss der Anteilseigner auf das Management auch empirisch zu bestätigen.¹⁶⁷⁴

Problematischer aus Sicht der Theorie ist jedoch das Phänomen des sog. *short-termism*. Kritiker meinen, die Orientierung auf den Shareholder Value führe zu einer Verengung der Perspektive auf nur kurzfristigen Erfolg, der auf Kosten langfristiger Investitionen ginge, die sich nicht unmittelbar auszahlen würden.¹⁶⁷⁵ Demgegenüber wird zum Teil darauf verwiesen, dass diese Kritik auf einem

¹⁶⁶⁶ V. Werder, FS Schwark (2009), 285 f.

¹⁶⁶⁷ V. Werder, FS Schwark (2009), 285, 304.

¹⁶⁶⁸ *Pistor*, in: Hb. Corporate Governance, 231, 239; *Zingales*, Journal of Finance 2002, 1623 f.

¹⁶⁶⁹ *Pistor*, in: Hb. Corporate Governance, 231, 239.

¹⁶⁷⁰ *Greenfield*, Harvard Law & Policy Revue 2008, 1, 29.

¹⁶⁷¹ *Pistor*, in: Hb. Corporate Governance, 231, 236.

¹⁶⁷² *Pistor*, in: Hb. Corporate Governance, 231, 240.

¹⁶⁷³ Vgl. *Binder*, ZGR 2018, 88, 90; *EU-Kommission*, Grünbuch Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, KOM/2010/324; *OECD*, Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages, 2009, www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/43056196.pdf zuletzt aufgerufen am 25.5.2021.

¹⁶⁷⁴ *Hopt*, ZGR 2017, 438, 443; *Köhler*, in: Corporate Governance von Banken, 245, 261.

¹⁶⁷⁵ *Fox/Lorch*, Harvard Business Review, Vol. 90, No. 7 (2012), 49; *Greenfield*, Harvard Law & Policy Revue 2008, 1, 28, 1, 9; *Jackson/Petraki*, Understanding Short-termism, 51; *Köhler*, in: Corporate Governance von Banken, 245, 261; *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 54; *Pendleton/Gospel*, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 634, 645.

theoretischen Missverständnis beruhe.¹⁶⁷⁶ Die Strategie des Shareholder Value meine nicht lediglich die Maximierung des bilanziellen Gewinns, sondern beziehe langfristige Cash Flows mit ein. Nur soweit sich nachweise lasse, dass der Kapitalmarkt selbst an einer Kurzsichtigkeit leide, sei die Kritik berechtigt. Der Kapitalmarkt bewerte Ankündigungen bspw. in Forschung und Entwicklung jedoch sehr wohl positiv.¹⁶⁷⁷ Gleichwohl räumen auch Kritiker dieses Phänomens ein, dass sich dieses Phänomen – auch wenn es schwer ökonomisch zu bestimmen sei – empirisch nachweisen lasse.¹⁶⁷⁸ So führe insbesondere der Einfluss institutioneller Investoren, die ihrerseits auf der Grundlage kurzfristiger Gewinne konkurrieren würden, zu einer Verengung der Perspektive, ebenso würden sich die Verkürzungen der Perspektiven sowohl der Investoren als auch der Manager gegenseitig verstärken.¹⁶⁷⁹ Die sog. Varieties of Capitalism-Literatur lege zudem nahe, dass Unternehmen in einem kapitalmarktorientierten System verhältnismäßig weniger Produktionsstrategien favorisieren würden, die komplexe Produkte hervorbringen, die eine hohe Investition in Humankapital erfordern würden.¹⁶⁸⁰

Die Kapitalmarktorientierung ließe sich zudem aus Manager-Sicht missbrauchen. So wird vor allem in den USA der Trend immer höherer Einkommen von Unternehmensmanagern kritisch betrachtet.¹⁶⁸¹ Nicht immer würden diese Veränderungen eine entsprechende Veränderung in unternehmerischer Sicht widerspiegeln. Ein beträchtlicher Teil lasse sich auf die Förderung von Spekulation und Kursmanipulation zurückführen, wofür vor allem die Strukturierung der Management-Entlohnung über Aktienoptionen verantwortlich gezeichnet wird.

Schließlich wird die Annahme effizienterer und vor allem effektiverer Kontrolle durch das kapitalmarktorientierte Modell auch aus der Stakeholder-Perspektive mit empirischen Argumenten kritisiert. Insbesondere Untersuchungen zu Übernahmen der 1980er und 1990er Jahre würden zu selten eine Verbesserung der Profitabilität der Unternehmen nach einer Übernahme zeigen.¹⁶⁸² Zu beobachten sei allerdings, dass solche Übernahmen – wie überhaupt die Umorientierung des Corporate Governance-Modells – einen deutlichen Verteilungseffekt zur Folge gehabt hätten.¹⁶⁸³ Gewinne der Anteilseigner seien auf Kosten der Arbeitnehmer gegangen, wie generell Übernahmen auf Kosten der Arbeitnehmer gegangen seien. Dies liege auch daran, dass oftmals implizite Versprechen im Rahmen der Übernahmeprozesse gebrochen worden seien. Insofern sei insbesondere die These vom Interessengleichlauf schon empirisch schlicht nicht haltbar.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁷⁶ BeckOGK-Fleischer § 76 RN 32; Birke, Formalziel, 78.

¹⁶⁷⁷ Birke, Formalziel, 78.

¹⁶⁷⁸ BeckOGK-Fleischer § 76 RN 32.

¹⁶⁷⁹ Jackson/Petraki, Understanding Short-termism, 51; Pendleton/Gospel, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 634, 645.

¹⁶⁸⁰ Pendleton/Gospel, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 634, 646.

¹⁶⁸¹ Bebchuk/Grinstein, Oxford Review of Economic Policy, Vol. 21, No. 2 (2005), 283; Jensen/Murphy, Harvard Business Review, Vol. 68, No. 3 (1990), 138; Lazonick, Institute for New Economic Thinking Working Paper No. 54 (2016), vgl. auch GK-Kort § 76 RN 70.

¹⁶⁸² Burkart/Panunzi, ECGI Working Paper Series in Finance No. 118/2006, 4; Fligstein/Shin, Sociological Forum, Vol. 22, No. 4 (2007), 399, 419 f.; Höpner/Jackson, in: Alle Macht dem Markt?, 147, 149 f.; Greenfield, Harvard Law & Policy Revue 2008, 1, 12.

¹⁶⁸³ Burkart/Panunzi, ECGI Working Paper Series in Finance No. 118/2006, 7; Eberle, in: Governance, 155, 168; Fligstein, Is globalization the cause of the crises of welfare states?, 24; Greenfield, The Failure of Corporate Law, 68; ders., Harvard Law & Policy Revue 2008, 1, 12; Höpner/Jackson, in: Alle Macht dem Markt?, 147, 149 f.; Pendleton/Gospel, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 634, 653; Wood/Wright, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 703, 715; insbesondere zu letzterem: Pendleton/Gospel, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 634, 647; Zingales, Journal of Finance 2002, 1623, 1634 f.

¹⁶⁸⁴ V. Werder, FS Schwark (2009), 285, 289.

3. Zweifel am Rationalitätsparadigma, Vertrauen und soziale Einbettung

Abschließend sei noch auf solche Arbeiten hinzuweisen, die das Rationalitätsparadigma in Zweifel ziehen, das vielen ökonomischen Überlegungen im Allgemeinen vor allem aber auch dem kapitalmarktorientierten Informationsmodell im Besonderen zugrunde liegt. Danach würden die einzelnen Vertragsparteien in einem Vertragsnetzwerk rein vermittelt über ihre jeweiligen rationalen Eigeninteressen diese effizient koordinieren.

Zunächst sind hier Arbeiten der Verhaltenspsychologie zu nennen, die prinzipiell Grenzen der Informationsverarbeitung und der rationalen Entscheidung aufgezeigt haben, wobei insbesondere sog. *biases* (Optimism Bias, Overconfidence, Loss Aversion, Self-Serving Bias, Hindsight Bias) und das sog. *framing* (Beeinflussung der Entscheidung durch das Entscheidungsumfeld) zu nennen sind.¹⁶⁸⁵ In diesem Zusammenhang ist auch auf Untersuchungen zur Informationseffizienz des Kapitalmarkts hinzuweisen. Auch wenn diese Phänomene nach wie vor kontrovers sind, wie sich bspw. am *short-termism* gezeigt hatte, sind diese vielfach nachgewiesen, wobei es vor allem um imitatives Anlegerverhalten geht.¹⁶⁸⁶ Unterschieden werden muss dennoch zwischen dem Aktienmarkt als solchen und einzelnen Unternehmensbewertungen. So meint *Shiller*, selbst wenn es so aussehe, als gingen die Kursveränderungen in den Vereinigten Staaten hauptsächlich auf bloße Stimmungsschwankungen oder Einstellungen oder andere Aspekte zurück,¹⁶⁸⁷ würden trotzdem einzelne Aktien nützliche Informationen bergen.¹⁶⁸⁸ „Selbst wenn einzelne Aktien für Boom- und Bust-Phasen ebenso anfällig sind, lassen sich Fluktuationen des Kurs-Gewinn-Verhältnisses durch größere, bis zu einem gewissen Grad vorhersehbare fundamentale Daten rechtfertigen.“¹⁶⁸⁹ Ganz allgemein wird aus diesen Untersuchungen jedoch herausgelesen, dass das Informationsmodell als regulatorisches Modell insgesamt ungenügend sei.¹⁶⁹⁰

Neben diesen Arbeiten, die vor allem Grenzen der Informationsverarbeitung und der rationalen Entscheidung zum Inhalt haben, sind schließlich auch Arbeiten zu nennen, die das rationale Nutzenkalkül aus einer anderen Perspektive in Zweifel ziehen. So werden die ökonomischen Annahmen als zu abstrakt kritisiert und darauf verwiesen, dass Entscheidungen insbesondere auch im Unternehmen vor allem durch den sozialen Kontext bestimmt seien und vor allem Vertrauen eine wesentliche Rolle spiele.¹⁶⁹¹

IV. Rechtliche Diskussion zur Grundausrichtung der AG

Schon in den 1920er Jahren wurde die Diskussion um eine öffentliche, gesellschaftspolitische Funktion des AktG kontrovers geführt und sie hat sich bis in die heutige Zeit erhalten, jedoch zumeist losgelöst von konkreten rechtlichen Fragestellungen. Die praktische Relevanz wird von mehreren Autoren in Zweifel gezogen.¹⁶⁹² Mangels konkreter Klagemöglichkeiten anderer Interessengruppen als den Aktionären äußert sich diese Grundsatzfrage vor allem hinsichtlich des Ermessenspielraums des Vorstandshandelns und wird so bspw. im Rahmen von Spendenaufwendungen diskutiert. Nur ein strenger Shareholder Value-Ansatz, bei dem es maßgeblich um die Quantifizierbarkeit der

¹⁶⁸⁵ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 462 f.

¹⁶⁸⁶ *Greenfield*, in: Oxford Hb. of Behavioral Economics and the Law, 519, 528; *Oechsler*, in: Aktienrecht im Wandel, Bd. II, RN 18 f.; *Shiller*, Märkte für Menschen, 234.

¹⁶⁸⁷ *Shiller*, Märkte für Menschen, 233.

¹⁶⁸⁸ *Shiller*, Märkte für Menschen, 253.

¹⁶⁸⁹ *Shiller*, Märkte für Menschen, 253.

¹⁶⁹⁰ *Greenfield*, in: Oxford Hb. of Behavioral Economics and the Law, 519, 528.

¹⁶⁹¹ *Blair/Stout*, University of Pennsylvania Law Review, Vol 149 (2001), 1735 f.; *Granovetter*, in: Privatrechtstheorie, Bd. 2, 2033 f.

¹⁶⁹² BeckOGK-*Fleischer* § 76 RN 50; *ders.*, ZGR 2017, 411, 425; GK-Kort § 76 RN 53; MüKo-AktG-*Spindler* § 76 RN 68.

Entscheidung geht, führt in diesem Fall tatsächlich zu anderen Ergebnissen, als dies mit einem interessenpluralistischen Ansatz der Fall wäre. Auch im Rahmen des Shareholder Value-Konzeptes wird zum Teil auf die Berücksichtigung von Zielen verwiesen, die nicht unmittelbar bilanzierbar seien, bzw. darauf, dass auch die Förderung von Nichtaktionärsinteressen im Aktionärsinteresse liegen könne; jedenfalls dem Vorstand ein entsprechendes Ermessen zustehe (zum Teil als sog. Enlightened oder moderater Shareholder Value oder auch als *good corporate citizenship* bezeichnet).¹⁶⁹³ Allgemein hat sich die Formel der Bestandserhaltung oder der dauerhaften Rentabilität als grundsätzlicher Maßstab bei erwerbswirtschaftlichen Gesellschaften durchgesetzt.¹⁶⁹⁴

Eine Verbindung zur Compliance-Diskussion wird zumeist jedoch nicht gezogen.¹⁶⁹⁵ Wiederbelebt wurde der Konflikt durch die Entwicklungen der 1990er Jahre; seit der Finanzkrise ist es um den Gedanken des Shareholder Value jedoch ruhiger geworden.¹⁶⁹⁶ Nicht nur die Compliance-Diskussion drängt das Aktienrecht in eine neue Richtung, auch die neue CSR-Politik der EU ist zu nennen, bei der die ursprüngliche Tendenz, CSR als freiwilliges Interesse im Sinne einer Profitmaximierung den Unternehmen und damit dem Markt zu überlassen, in den Hintergrund tritt und stattdessen ein mehr regulatorisches Verständnis tonangebend geworden ist.¹⁶⁹⁷

1. Historische Perspektive

Die Entwicklung im 19. Jahrhundert wird zum Teil so gedeutet, dass die Gemeinwohlbindung der AG mit der Umwandlung in das Normativ-System endgültig aufgegeben worden sei und nunmehr allein in Schutzvorschriften außerhalb des AktG aufginge.¹⁶⁹⁸ In eine ähnliche Richtung gehen *Hansmann/Kraakman*, die die Geschichte des Unternehmensrecht seit dem Ende des 19. Jahrhunderts als stetige Entwicklung auffassen, in der Regulierung zugunsten individueller Verträge und Marktmechanismen schrittweise ersetzt werde.¹⁶⁹⁹ Andere Autoren meinen jedoch, dass sich zwar im 19. Jahrhundert die Wahl der Mittel, nicht jedoch die generelle Verantwortung des Staates für das Allgemeinwohl im Aktienwesen gewandelt habe.¹⁷⁰⁰

Umstritten ist vor allem die Folgerung aus der Streichung der expliziten Gemeinwohlbindung des § 70 Abs. 1 AktG 1937 (Der Vorstand habe die Gesellschaft so zu leiten, „wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern“). Im Referentenentwurf 1958 (§ 71 Abs. 1) war die Gemeinwohlklausel noch in abgewandelter Form

¹⁶⁹³ BeckOGK-*Fleischer* § 76 RN 50; GK-*Kort* § 76 RN 53; MüKo-AktG-*Spindler* § 76 RN 68; *ders.*, FS Hommelhoff (2012), 1133, 1140; *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 54; *Pendleton/Gospel*, in: Oxford Hb. of Corporate Governance, 634, 638; *Schön*, ZHR 180 (2016), 279, 280; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 514; a.A. *Birke*, Formalziel, 166 f.

¹⁶⁹⁴ OLG Hamm, 10.5.1995 – 8 U 59/94 = AG 1995, 512, 514; Hüffer-*Koch* § 76 RN 34; GK-*Kort* § 76 RN 53; MüKo-AktG-*Spindler* § 76 RN 73; *Goette*, in: Hb. Corporate Governance, 713, 722; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 636 f.; *Schubert*, Das Unternehmensinteresse, 138.

¹⁶⁹⁵ Hinweise bei BeckOGK-*Fleischer* § 76 RN 59 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 514; zur Berücksichtigung von Allgemeinwohlinteressen unterscheidet *Kort*, NZG 2012, 926 die Pflicht dem Gemeinwohl nicht zuwider zu laufen im Sinne von Compliance von der Pflicht, das Gemeinwohl aktiv zu fördern.

¹⁶⁹⁶ *Fleischer*, ZGR 2018, 703, 724; *Schön*, ZHR 180 (2016), 279, 280.

¹⁶⁹⁷ *Micklitz*, in: Privatrechtstheorie, Bd. 1, 1654, 1656; *Ahern*, ECFR 2016, 599, 605; vgl. → § 3 V. 1.

¹⁶⁹⁸ *Fleischer*, AG 2017, 509, 52.

¹⁶⁹⁹ *Hansmann/Kraakman*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 747, 753. *Kübler* weist jedoch darauf hin, dass die wirtschaftsliberale Transformation im 19. Jahrhundert jedenfalls nicht vollständig gewesen sei und die Organisation von bspw. Schulen, Universitäten oder der Post jedenfalls in Deutschland nach wie vor in der Hand des Staates blieben, *Kübler*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 225, 227.

¹⁷⁰⁰ *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 22; vor allem den Schutz vor wirtschaftlicher Macht betont *Großfeld*, Aktiengesellschaft, 44.

enthalten, wurde jedoch im Regierungsentwurf und im Gesetz gestrichen.¹⁷⁰¹ In der Begründung wie auch in den Beratungen wird argumentiert, dass die Berücksichtigung der Allgemeinwohlinteressen beim Handeln des Vorstands selbstverständlich sei.¹⁷⁰² Es bestehe aber die Gefahr, dass bei Beibehaltung der Formel dieser eine weitergehende Bedeutung beigemessen werde, insbesondere solle keinem Interesse der Vorrang eingeräumt werden.¹⁷⁰³ Koch spricht von einer „gewissen optischen Diskrepanz“ des Reformgesetzes: „und zwar einer Diskrepanz zwischen der politischen Außendarstellung einerseits und den tatsächlichen Schwerpunkten der Reformdiskussion andererseits. Gerade zu Beginn der Arbeiten an dem Reformwerk wurde in der politischen Außendarstellung besonders der Gedanke der Entnazifizierung und damit auch die Abkehr vom ‚Führerprinzip‘ betont, was selbstverständlich in besonderer Weise Änderungen im Recht des Vorstands nahelegen schien. Tatsächlich bestand unter den Reformprotagonisten aber wohl schon in einem frühen Stadium Einigkeit darüber, dass die Novelle 1937 auf den Reformarbeiten der Weimarer Republik aufbaute, deshalb keineswegs vornehmlich auf nationalsozialistisches Gedankengut zurückzuführen war und dass sie in der Sache einen sehr gangbaren Weg eingeschlagen hatte, der auch im internationalen Vergleich kein Sonderweg war. Angestrebt wurde (...) nur eine maßvolle Korrektur im Detail.“¹⁷⁰⁴

Trotzdem wird aus der Streichung von mehreren Autoren eine Aufgabe der Gemeinwohlbindung gesehen.¹⁷⁰⁵ Unabhängig von der durchaus strittigen Frage, inwiefern der Wortlaut von § 70 Abs. 1 AktG 1937 Gedanken der NS-Ideologie geschuldet sei, spreche jedenfalls das bewusste Unterlassen einer Übernahme dieser Norm in das AktG 1965 eine deutliche Sprache.¹⁷⁰⁶ Fleischer verweist zudem darauf, dass in den Ausschussberatungen ein Änderungsantrag, die überkommene Richtlinienbestimmung in abgewandelter Form beizubehalten, abgelehnt worden wäre, weil eine solche Regelung angesichts der zahlreichen arbeitsrechtlichen Schutznormen keine selbstständige Bedeutung hätte.¹⁷⁰⁷ Letztlich sei aber aus dem Meinungsstreit kein Gewinn mehr zu erwarten. Denn jedenfalls sei der Wille des historischen Gesetzgebers im Zeitablauf verblasst, nachfolgende Reformen hätten neue Wertungen in das Aktienrecht hineingetragen.

Dieses Ergebnis wird jedoch nur in wenigen Fällen geteilt.¹⁷⁰⁸ Zum einen sind solche Autoren zu nennen, die zwar eine vorrangige Bindung an das Gemeinwohl, wie es in § 70 Abs. 1 AktG 1937 zum

¹⁷⁰¹ Aus „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern“ wurde „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens, seiner Arbeitnehmer und der Aktionäre sowie das Wohl der Allgemeinheit es fordern“, MüKo-AktG-*Spindler* § 76 RN 64.

¹⁷⁰² Begründung des Regierungsentwurfs zu § 76 Abs. 1 AktG 1965: „Daß der Vorstand bei seinen Maßnahmen die Belange der Aktionäre und der Arbeitnehmer zu berücksichtigen hat, versteht sich von selbst und braucht nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt zu werden. Gleiches gilt für die Belange der Allgemeinheit.“ Bericht des Rechtsausschusses zu einem Antrag auf Ergänzung des Regierungsentwurfs: „Daß die Gesellschaften auch das Wohl ihrer Arbeitnehmer zu beachten hätten, sei in einem sozialen Rechtsstaat selbstverständlich und ergebe sich im Übrigen aus einer Vielzahl von Rechtsvorschriften, die die Ausgestaltung dieses Grundsatzes im einzelnen näher regelten.“ Zitate bei *Spindler*, FS Hommelhoff (2012), 1133 f.; vgl. auch *Schubert*, Das Unternehmensinteresse, 27.

¹⁷⁰³ Bericht des Rechtsausschusses zu einem Antrag auf Ergänzung des Regierungsentwurfs: „Bei dieser Sachlage sei es überflüssig, das Gesetz wie beantragt zu ergänzen. Die beantragte Vorschrift habe keine rechtliche Substanz und keine selbständige Bedeutung. Bei ihrer Aufnahme in das Gesetz bestehe die Gefahr, dass ihr gleichwohl eine weitergehende Bedeutung beigemessen werde. Diese Gefahr bestehe um so mehr, wenn aus der Reihenfolge der Aufzählung der Schluss gezogen werden würde, das zuerst genannte Wohl der Arbeitnehmer habe im Zweifel Vorrang vor dem Wohl der Aktionäre und diese beiden wiederum vor dem Wohl der Allgemeinheit.“ *Spindler*, FS Hommelhoff (2012), 1133 f.

¹⁷⁰⁴ Koch, ZGR Sonderheft 19 (2015), 65, 66 f.

¹⁷⁰⁵ MüKo-AktG-*Spindler* § 76 RN 65; *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 155 f.; *Wiedemann*, ZGR 1975, 385, 425 f.

¹⁷⁰⁶ Kort, NZG 2012, 926, 928.

¹⁷⁰⁷ BeckOGK-*Fleischer* § 76 RN 23.

¹⁷⁰⁸ *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 155 f.; *ders.*, AG 2009, 766, 769.

Ausdruck kam, ablehnen, aber auf die Konstanz hinsichtlich des regulatorischen Grundverständnisses zwischen der Ausgangslage des AktG 1937 und der Novelle des AktG 1965 hinweisen.¹⁷⁰⁹ Bezüglich der These, dieser Wille sei im Zeitablauf verblasst, meint *Koch*, dafür liege die Begründungslast bei denjenigen, die die legislative Ursprungsvorstellung korrigieren wollen würden.¹⁷¹⁰ Den Umwandlungen des AktG seit den 1990er Jahren würden sich zwar die Zielsetzung entnehmen lassen, die Kapitalmarktorientierung zu stärken, eine Ausschließlichkeit dieses Modells oder auch nur generelle Vorrangstellung gegenüber divergierenden Zielsetzungen jedoch nicht. Es ließen sich zudem andere Entwicklungslinien aufzeigen, wie bspw. die Einführung der Mitbestimmung. Einige Autoren sehen im Mitbestimmungsgesetz 1976 sogar eine gesetzgeberische Bestätigung des interessenpluralistischen Ansatzes.¹⁷¹¹

Zudem wird darauf hingewiesen, dass man zwischen der Pflicht der Berücksichtigung von Allgemeinwohlinteressen und der Möglichkeit der Berücksichtigung unterscheiden müsse.¹⁷¹² Auch einige Autoren, die eine implizite Fortgeltung des § 70 Abs. 1 AktG 1937 ablehnen, stimmen trotzdem zu, dass nach wie vor ein interessenpluralistischer Ansatz gelte oder zumindest, dass die Sozialbindung des Art. 14 GG zu einer gesamtwirtschaftlichen Verantwortung aller Unternehmensleiter führe.¹⁷¹³

2. Eigenverantwortlichkeit und der Begriff des Unternehmensinteresses

Die h.M. zieht die interessenpluralistische Ausrichtung der AG vor allem aus der Funktion der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands, zum Teil verbunden über den Begriff des Unternehmensinteresses. Danach bestehe eine zwingende Kompetenzzuweisung im AktG, nach der der Vorstand grundsätzlich weisungsfrei zu handeln und die Aufgabe habe, die zum Teil auch gegenläufigen Interessen zu gewichten.¹⁷¹⁴ Dabei wird eine ausschließliche Berücksichtigung der Aktionärsinteressen zum Teil ausdrücklich abgelehnt, da eine bestimmte Rangfolge nicht vorgegeben sei;¹⁷¹⁵ jedenfalls dürften die Aktionärsinteressen keinen alleinigen Vorrang haben, solange das Unternehmensinteresse, bzw. die dauerhafte Rentabilität gewahrt sei.¹⁷¹⁶

Von einigen Autoren wird die Begründung des Interessenpluralismus mit dem Begriff des Unternehmensinteresses verbunden, in dem auch Allgemeinwohlinteressen einfließen würden und der als Maßstab des Vorstandshandeln jenseits der Satzung und des Unternehmensgegenstand gelte.¹⁷¹⁷ Die meisten Autoren sehen diesen Begriff jedoch kritisch, da er letztlich gleichbedeutend mit der – umstrittenen – interessenpluralistischen Konzeption sei, ohne aber eine eigentliche Begründung für diese zu liefern oder Kriterien für die konkrete Gewichtung der Interessen.¹⁷¹⁸

¹⁷⁰⁹ Hüffer-Koch § 76 RN 32, 34; Schubert, Das Unternehmensinteresse, 27.

¹⁷¹⁰ Hüffer-Koch § 76 RN 30.

¹⁷¹¹ Reuter, AcP 179 (1979), 509, 510: Gesetzgeber habe Mitbestimmung als Mittel zur Durchsetzung der Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG verstanden; BeckOGK-Fleischer § 76 RN 26 FN 97 m.w.N.

¹⁷¹² Spindler, FS Hommelhoff (2012), 1133, 1138.

¹⁷¹³ Müko-AktG-Spindler § 76 RN 66; Kort, NZG 2012, 926, 928; GK-Kort § 76 RN 61; Wiedemann, ZGR 1975, 385, 425.

¹⁷¹⁴ GK-Kort § 76 RN 61, 109; Müko-AktG-Spindler § 76 RN 76, 82; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, 147; Schön, ZGR 1996, 429, 436 f.; zu weiteren Konzepten, wie diese Eigenverantwortlichkeit konkret ausgestaltet werden soll Mülbart, ZGR 1997, 129, 142 f.

¹⁷¹⁵ Hüffer-Koch § 76 RN 31; Ludwig, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance, 55; Schubert, Das Unternehmensinteresse, 29

¹⁷¹⁶ Goette, in: Hb. Corporate Governance, 713, 722; Roth, Unternehmerisches Ermessen, 111 f.

¹⁷¹⁷ Schubert, Das Unternehmensinteresse, 29.

¹⁷¹⁸ Cahn, in: Die Handlungsfreiheit des Unternehmers, 1, 3; Hüffer-Koch § 76 RN 36; Fleischer, AG 2017, 509, 511; ders., ZGR 2018, 703, 704; Goette, in: Hb. Corporate Governance, 713, 722; Müko-AktG-Spindler § 76 RN 68; Teubner, ZGR 1983, 34, 39; ders., ZHR 148 (1984), 470, 485; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 626.

Demgegenüber findet der Begriff in der Rechtsprechung seit jeher Verwendung.¹⁷¹⁹ Der BGH hat 1975 in der Bayer-Entscheidung für die Begründung der Schweigepflicht der Aufsichtsratsmitglieder auf „das Bedürfnis der Geheimhaltung im Interesse des Unternehmens“ abgestellt.¹⁷²⁰ Für Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre wie der Arbeitnehmer sei das „Interesse des Unternehmens maßgebend, das sich vielfach, aber nicht immer, mit den Interessen der im Aufsichtsrat repräsentierten Gruppen decken wird.“¹⁷²¹ Seitdem hat der BGH den Begriff des Unternehmensinteresses immer wieder gebraucht, ohne allerdings eine nähere Beschreibung oder Definition des Begriffs zu liefern.¹⁷²² Das BVerfG hat im Mitbestimmungsurteil hervorgehoben, dass dem Vorstand „die Wahrung von Interessen aufgegeben ist, die nicht notwendig diejenigen der Anteilseigner sein müssen.“¹⁷²³

3. Grundgesetz

Eine besondere Rolle in der Debatte nimmt die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG ein. Das BVerfG hat mehrfach betont, dass die Ausgestaltung des AktG nicht nur an der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG zu messen sei, sondern auch an der Sozialbindung des Eigentums; letztlich hat das BVerfG bei den kontroversen Fragen aber Zurückhaltung gezeigt.¹⁷²⁴ Zum Teil wird eine Pflicht zur Beachtung von Gemeinwohlbelangen unmittelbar aus der Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG gelesen, zum Teil jedenfalls eine Berechtigung dazu.¹⁷²⁵

Die meisten Autoren lehnen eine unmittelbare Folge der grundgesetzlichen Sozialbindung für die aktienrechtliche Grundausrichtung jedoch ab.¹⁷²⁶ Argumentiert wird, dass die Sozialbindung nur einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG enthalte. Deswegen könne aus der Sozialbindung keine unmittelbare Verpflichtung gezogen werden und diese auch nicht für die Gesetzesauslegung selbst herangezogen werden. Das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung, „die Bestandsgarantie des Art. 14 I 1 GG, der Regelungsauftrag des Art. 14 I 2 GG und die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 II GG stehen in einem unlöslichen Zusammenhang.“¹⁷²⁷ „Die konkrete Reichweite des Schutzes durch die Eigentumsgarantie ergibt sich erst aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die nach Art. 14 I 2 GG Sache des Gesetzgebers ist. Dieser ist nicht gänzlich frei: Er muß sich am Wohl der

¹⁷¹⁹ RGZ 107, 72, 75; 107, 202, 204. In seinen frühen Entscheidungen zum Schutz der Minderheitsaktionäre gegen den Missbrauch der Mehrheitsmacht verwendete das RG die Begriffe „Interesse der Gesellschaft“ und „Wohl der Gesellschaft“ zur Begründung vor dem Schutz der „Sonderinteressen“ einzelner Aktionäre.

¹⁷²⁰ BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73 = BGHZ 64, 325, 329 – Bayer.

¹⁷²¹ BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73 = BGHZ 64, 325, 332 – Bayer.

¹⁷²² BGH, 13.3.1980 – II ZR 54/78 = BGHZ 76, 191, 194 – Riegeler Bier; BGH, 25.2.1982 – II ZR 102/81 = BGHZ 83, 144, 149 – Dynamit Nobel; BGH, 23.6.1997 – II ZR 132/93 = BGHZ 136, 133, 139 – Siemens/Nold; BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 253, 255 f. – ARAG/Garmenbeck; *Fleischer*, ZGR 2018, 703, 719; *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 57; *Schubert*, Das Unternehmensinteresse, 29 m.w.N.

¹⁷²³ BVerfG, 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 = BVerfGE 50, 290, 343 = NJW 1979, 699.

¹⁷²⁴ BVerfG, 07.08.1962 – 1 BvL 16/60 = NJW 1962, 1667 – Feldmühle; BVerfG, 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 = NJW 1979, 699 – Mitbestimmung; vgl. *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 57.

¹⁷²⁵ Für Pflicht wohl: *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 231 f.; *Wiedemann*, ZGR 1975, 385, 425; Vorsichtiger, nur Berechtigung: *Spindler*, FS Hommelhoff (2012), 1133, 1138.

¹⁷²⁶ *Fleischer*, AG 2001, 171, 175; *ders.*, AG 2017, 509, 511; Hüffer-Koch § 76 RN 32; GK-Kort § 76 RN 87; *ders.*, NZG 2012, 926, 927; *Mülbert*, AG 2009, 766, 769; *ders.*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 1039, 1046 f.; weniger deutlich *Schubert*, Das Unternehmensinteresse, 31.

¹⁷²⁷ BVerfG, 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 = NJW 1979, 699, 703 – Mitbestimmung; BVerfG, 18.7.2019 – 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18 = NJW 2019, 3054 RN 55 – Mietpreisbremse.

Allgemeinheit orientieren, das nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die Beschränkung des Eigentümers ist.“¹⁷²⁸

Spindler weist darauf hin, dass es (ihm) nicht um eine Pflicht des Vorstands gehe, Allgemeinwohlintressen zu berücksichtigen, sondern allein um die Möglichkeit, diese Interessen im Rahmen seiner Eigenverantwortlichkeit zu berücksichtigen.¹⁷²⁹ Insofern gehe es nicht um eine unmittelbar aus der Verfassung abzuleitende Pflicht, sondern allein um eine mögliche Berechtigung. Zudem werde den Gerichten im Rahmen von Art. 20 Abs. 3 GG durchaus ein Spielraum zur verfassungskonformen Rechtsauslegung eingeräumt. Insofern ziehe die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung Art. 14 Abs. 2 ihrerseits zur Interpretation auslegungsbedürftiger Gesetzesbegriffe heran.¹⁷³⁰

Zu nennen sind schließlich Autoren, die die Verfassung genau in die andere Richtung interpretieren. So meint *Kort* – zwar grundsätzlich Fürsprecher der interessenpluralistischen Konzeption –, die Gemeinwohlbindung müsse in Konkordanz mit den Freiheitsrechten gebracht werden.¹⁷³¹ Eine Pflicht zur aktiven Verfolgung des Gemeinwohlinteressee verbiete sich dadurch. *Mülbert* verweist zudem auf die bestandsschützende Dimension des Art. 14 Abs. 1 GG, der Grenzen für die Zulässigkeit einfachgesetzlicher Inhalts- und Schrankenbestimmungen setze.¹⁷³²

4. Privatrechtlicher Charakter und Shareholder Value

Ein wesentlicher Begründungsansatz leitet den Interessenmonismus daraus ab, dass die AG ein rein privatautonomer Zusammenschluss sei.¹⁷³³ Insofern seien Vorstand und Aufsichtsrat durch die Satzung an den Verbandszweck gebunden, der gleichzeitig eine Schranke gegen unbegrenzte Verbandsmacht darstelle. Anderen Rechtssubjekten werde lediglich die Gelegenheit zur Teilnahme an der Veranstaltung der Gesellschafter eingeräumt.

¹⁷²⁸ BVerfG, 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 = NJW 1979, 699, 703 – Mitbestimmung. Vgl. auch BVerfG, 10.03.1981 – 1 BvR 92/71, 1 BvR 96/71 = NJW 1981, 1257: „Die soziale Bindung des Eigentums i. S. des Art. 14 II GG umschreibt die Pflichten und Beschränkungen des Eigentums. Diese bestimmt der Gesetzgeber im Rahmen des ihm nach Art. 14 I 2 GG obliegenden Regelungsauftrages generell und abstrakt (...). Eine solche Befugnis steht weder der Gemeinde noch den staatlichen Behörden zu; sie können nicht das Eigentum einzelner Bürger im Interesse eines privaten Wirtschaftsunternehmens einer sozialen Bindung unterwerfen.“

¹⁷²⁹ *Spindler*, FS Hommelhoff (2012), 1133, 1138; anders dagegen Müko-AktG-*Spindler* § 76 RN 66: „Wie jeder Eigentümer ist daher auch die Gesamtheit der Aktionäre personifizierende AG verpflichtet, ihre Rechte so auszuüben, dass durch die Förderung der erwerbswirtschaftlichen Ziele nicht die Interessen der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit beeinträchtigt werden. Ist aber in einem sozialen Rechtsstaat die Autonomie der Gesellschaft durch die Sozialbindung begrenzt, so gilt dies auch für die Kompetenz des Vorstands, das Unternehmen unter eigener Verantwortung zu leiten.“

¹⁷³⁰ Vgl. BVerfG, 08.01.1985 – 1 BvR 792, 501/83 = NJW 1985, 2633, 2634: „Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG (...) haben sich die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung eigentumsbeschränkender Vorschriften i. S. des Art. 14 I 2 GG innerhalb der Grenzen zu halten, die dem Gesetzgeber durch Art. 14 I und II GG bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Eigentümerbefugnisse gezogen sind.“

¹⁷³¹ *Kort*, NZG 2012, 926, 927.

¹⁷³² *Mülbert*, FS Hopt (2010), Bd. 1, 1039, 1046; verweist gleichzeitig jedoch auf die jüngere eigentumsverfassungsrechtliche Rechtsprechung: Die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Grenze der Privatnützigkeit des verfassungsrechtlich garantierten Eigentums deute ein theoretisches Maximum an Befugnissen an. Der Gestaltungsauftrag sei hiernach als Optimierungsgebot zu verstehen.

¹⁷³³ BeckOGK-*Fleischer* § 76 RN 33; *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 141, 155 f.; *ders.*, AG 2009, 766; *Pauker*, Unternehmen – Risiko – Haftung, 151; vgl. auch Müko-AktG-*Spindler* § 76 RN 64: „Die Vorstellung, dass die AG ein rechtlich verfasstes Aktienunternehmen aller am Unternehmen Beteiligten sei, steht in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis zwischen angenommenem Selbstbehauptungsinteresse der juristischen Person im Sinne einer Bestandswahrung einerseits und der unbestrittenen Freiheit der Aktionäre zur Liquidierung des ‚selbständigen‘ Verbandes andererseits.“

Ein weiteres Argument liefert der schon zuvor geschilderte Shareholder Value-Ansatz. Strenge Vertreter meinen, dieses Modell sei auch für die Allgemeinheit die bestmögliche Variante.¹⁷³⁴ Denn da über das Vertragsnetzwerk jede beteiligte Gruppe selbst die eigenen Interessen vertrete, würden keinerlei Externalitäten entstehen. Was dadurch am besten für die Unternehmen sei, sei am Ende am besten für die Allgemeinheit. Weniger strenge Vertreter verweisen darauf, dass ein interessenmonistischer Ansatz jedenfalls erhebliche Kontrollvorteile biete.¹⁷³⁵ Der Interessenpluralismus sei gleichbedeutend mit diskretionären Handlungsspielräumen des Vorstands. Das Problem möglicher Externalitäten wird zum Teil gesehen, aber hinsichtlich dessen auf andere Lösungsmechanismen verwiesen.¹⁷³⁶ So seien Arbeitnehmer durch das Arbeitsrecht und Schutzgesetze geschützt, Deliktsgläubiger über Haftpflichtversicherungen. *Fleischer* meint: „Dass es sich dabei angesichts mancher Schwächen des shareholder-value-Konzepts um eine zweitbeste Lösung handelt, soll freilich nicht verschwiegen werden. Eine first-best-Lösung ist aber vorerst nicht in Sicht.“¹⁷³⁷ Im Übrigen wird gegen den Interessenpluralismus eingewandt, dass Manager zur Förderung von Gemeinwohlbelangen weder besonders legitimiert noch qualifiziert seien. (Quasi-)politische Abwägungs- und Umverteilungsentscheidungen sollten nicht auf Unternehmensebene, sondern auf politischer Ebene entschieden werden.¹⁷³⁸

§ 12 Fazit zum Privatrechtsliberalismus

Der letzte Teil dieser Arbeit, die unter der These eines grundlegenden Wandels der staatlich-regulatorischen Struktur seit den 1970er Jahren steht, folgte auf das Fazit der Untersuchung der dogmatischen Entwicklung der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht und damit der Feststellung, dass der aktuelle Zustand der Auslegung – neben Bedenken hinsichtlich der demokratischen Legitimation des regulatorischen Wandels – Ausdruck einer Spannung zwischen zwei gegensätzlichen Privatrechtsverständnissen ist. Der letzte Teil dieser Arbeit hatte daher das Ziel, die These des hier so bezeichneten „privatrechtsliberalen“ Privatrechtsverständnis zu untermauern, indem die damit zusammenhängenden Wertungen als Teil einer einheitlichen Vorstellung dargestellt werden sollten. Zugleich sollte dieses Verständnis auch kritisiert und mit einem „demokratisch-institutionellen“ Rechtsverständnis konfrontiert werden. Dazu wurde hier ein historisch-kultureller, ein „kulturtheoretischer“ Ansatz gewählt, der den Privatrechtsliberalismus im Kontext der gesellschaftlichen Entwicklung seit der Antike erschließen sollte und dabei einerseits den Fokus auf das kulturell bedingte Weltbild gelegt hat, gleichzeitig auf dessen gesellschaftliche und politische Funktion hinweisen sollte. Dabei sollte auch gezeigt werden, dass die Rechtswirklichkeit schon immer sehr viel komplexer gewesen ist, dass privatrechtsliberale Vorstellung nie in Reinform verwirklicht wurden und erst recht – im Sinne des Willens des historischen Gesetzgebers – keinen Selbstzweck darstellten, sondern immer unter einem politischen, staatlichen Interesse standen. Dass sich der Kern des Privatrechtsliberalismus bis in die heutige Zeit – praktisch unverändert – erhalten hat, lässt sich

¹⁷³⁴ *Easterbrook/Fishel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 6; *Pauker*, *Unternehmen – Risiko – Haftung*, 220.

¹⁷³⁵ *Birke*, *Formalziel*, 90 f.; *BeckOGK-Fleischer* § 76 RN 34; *Eidenmüller*, *JZ* 2001, 1041, 1044; *Mülbart*, *AG* 2009, 766, 773

¹⁷³⁶ *Birke*, *Formalziel*, 91 f.; *BeckOGK-Fleischer* § 76 RN 33; *Kirchner*, *FS Th. Raiser* (2005), 181, 198 f.; *Kübler*, *ZHR* 159 (1995), 550, 559; *Pauker*, *Unternehmen – Risiko – Haftung*, 151; *Ulmer*, *AcP* 202 (2002), 143, 158; kritisch zum Begriff des externen Effekts *Pauker*, *Unternehmen – Risiko – Haftung*, 63: „Vielmehr ist es vorzuziehen und auch ausreichend, die wirtschaftlichen Gefahren, die einem System der beschränkten Haftung inne wohnen, als solche wahrzunehmen und zu präzisieren, anstatt sie unter den Begriff des ‚externen Effekts‘ zu zwängen und so von vornherein mit den spezifischen Wertungen zu befrachten, die dieser Begriff bedingt.“

¹⁷³⁷ *BeckOGK-Fleischer* § 76 RN 34.

¹⁷³⁸ *BeckOGK-Fleischer* § 76 RN 38; vgl. auch *Bachmann*, *Private Ordnung*, 37.

allerdings daran zeigen, dass sich das hier als wesentlich ausgemachte Element, die Vorstellung einer „natürlichen“ Ordnung trotz Weiterentwicklung der Privatrechtstheorie erhalten hat.

I. Spuren des Privatrechtsliberalismus in der Auslegung der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht

Nach Abschluss der vorangegangenen Ausführungen lässt sich zunächst die Behauptung von Spuren eines privatrechtsliberalen Privatrechtsverständnis in der Auslegung der branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht bestätigen. Schon im Fazit zum 2. Teil wurde die wesentlichen Ansatzpunkte benannt, die im Folgenden nur ergänzt werden sollen.

In der Diskussion um die Legalitätskontrollpflicht zeigte sich der Grundsatz eines Haftungsprinzip, wonach auf die Gesetzeseinhaltung anderer grundsätzlich vertraut werden dürfe, und nur ein besonderer Anlass Kontrollmaßnahmen rechtfertigen würde. Zudem zeigte sich die Meinung, dass der Vorstand einer AG nach dem Aktienrecht zwar nicht aktiv gegen die Gesetze verstoßen dürfe, er aber nicht in gleichem Maße zur Förderung der Einhaltung der Gesetze durch seine Mitarbeiter berufen sei. Das Aktienrecht dürfe ihn nicht zur Förderung von Allgemeinwohlzwecken verpflichten, dies verstoße gegen den Zweck des Aktienrechts, der vom Grundgedanken allein in der Vermögensvermehrung der Anteilseigner liege. Insofern unterscheide sich das Aktienrecht schon im Wesen vom öffentlichen Recht, weshalb sich auch eine Übernahme bereichsspezifischer Wertungen im Aktienrecht vom Grundsatz her verbiete. Das gleiche gelte für die Übernahme von privat gesetzten Standards. Außerrechtliche Standards dürften das Recht nur insoweit beeinflussen, als dass es sich um einen gewachsenen Brauch handele, der allgemeingültig und unumstritten sei.

Zudem wurde am Ende vom zweiten Teil in der Figur der Einheit der Rechtsordnung noch Spuren des privatrechtsliberalen Denkens ausgemacht und zudem die These aufgestellt, dass die Betonung der Vorstandsfreiheit unmittelbar von der neoliberalen Unternehmenstheorie beeinflusst ist.

Nach den vorangegangenen Ausführungen lassen sich die im Rahmen der dogmatischen Diskussion genannten Haftungsgrundsätze leicht als privatrechtsliberal identifizieren – im Sinne einer allgemeinen Haltung und nicht einer vollständigen rechtlichen Dogmatik. Es wurde gezeigt, dass wesentliches Element des Privatrechtsliberalismus das Bild vom (Privat-)Recht als Rahmen ist, wonach die einzig legitime Aufgabe des (Privat-)Rechts in der Koordination der Individuen liege, aber das Recht selbst nicht aktiv die privaten Handlungen regulieren solle, bzw. den Individuen keine Pflichten auferlegt werden sollten, die über diese Rahmung hinausgehen würden. Wesentlich verblieb dadurch das Schädigungsverbot. Zum einen sei dies eine legitime Pflicht, da die Freiheit des Einzelnen ende, wo die Freiheit der anderen beginnen würde, zum anderen werde dadurch lediglich ein Sicherheitszweck und kein regulativer Allgemeinwohlzweck erreicht. Das Schädigungsverbot greife nicht in die natürliche Ordnung ein, sondern korrigiere nur seinerseits den menschlichen Eingriff.

Vom Grundsatz her ist damit schon das gesamte Haftungsrecht beschrieben. Eine weitergehende Verantwortlichkeit war grundsätzlich nicht vorgesehen. Es galt vom Gedanken her das Prinzip der Selbstvorsorge, bzw. dass sich innerhalb dieser Rahmung die natürliche Ordnung entwickeln würde, die aus sich heraus für die größtmögliche Sicherheit und den größtmöglichen Wohlstand sorgen würde. Vor allem wurde der Verantwortlichkeitsmaßstab zwischen den Individuen unterschiedslos angesetzt. Es galt der Gedanke grundsätzlicher Gleichheit. Schäden jenseits eines individuellen Verschuldens seien natürliche Unfälle und Teil des Lebensrisikos.

Bezogen auf die Diskussion zur Legalitätskontrolle steckt im Grundsatz der rein anlassabhängigen Kontrolle und des Vertrauensgrundsatzes eben dieser Maßstab. Vom Ansatz her gibt es keine besondere Verantwortlichkeit für andere. Man darf darauf vertrauen, dass sich alle in gleichen Maßen wie man selbst verhalten und darf sein Verhalten darauf einstellen. Soweit jemand anderes dagegen

verstößt, greift das Haftungsrecht als Ausgleich, um die natürliche Ordnung wiederherzustellen. Soweit kein individuelles Verschulden vorliegt, soweit handelt es sich auch um kein Problem des Rechts, sondern es ist Teil der natürlichen Ordnung und ein zu tragendes Lebensrisiko.

Mit der Zeit wurde dieser Grundsatz mehr und mehr aufgeweicht, doch auch noch in den Anfängen der Legalitätskontrollpflicht lassen sich die Reste dieser Vorstellung entdecken. Zunächst galt eine Legalitätskontrollpflicht nur bei einem konkreten Verdacht, bzw. paraten Wissens über einen Vorfall. Hier steckt wiederum ein Verantwortungsmaßstab, der prinzipiell auf das Individuum abstellt und die Verantwortlichkeit nicht nach dem gesellschaftlichen Risiko verteilt, sondern aufgrund der persönlichen Vorwerfbarkeit. Doch selbst im weiteren Verlauf zeigt sich, dass die Verantwortlichkeit für andere niemals ein allgemeiner Grundsatz sein dürfe, sondern nach wie vor nur eine Ausnahme des privatrechtsliberalen Vertrauensgrundsatz.

Erst recht zeigt sich das privatrechtsliberale Prinzip in der Unterscheidung zwischen dem Verbot einer Schädigung des Allgemeinwohls (Legalitätspflicht) und der Pflicht, das Allgemeinwohl zu fördern (Legalitätskontrollpflicht). Es ist vom Gedanken nichts anderes, als die privatrechtsliberale Grenzziehung, wonach ein individuelles Verschulden auszugleichen sei (Legalitätspflicht), aber in die natürliche Ordnung darüber hinaus nicht regulierend eingegriffen werden dürfe (Legalitätskontrollpflicht). Und es zeigt sich genauso in der Behauptung eines Wesensgegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht, der vor allem von Juristen ab der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts immer wieder betont worden ist.

Es wurde auch gezeigt, dass die Rolle, die außerrechtliche Standards für eine mögliche Legalitätskontrollpflicht spielen dürften, privatrechtsliberalen Grundsätzen entspricht. Denn im privatrechtsliberalen Bild werden die Grenzen der privatrechtlichen Freiheit wesentlich durch die private Ordnung selbst vorgegeben, allerdings im Rahmen prinzipiell unstrittiger, allgemein verbreiteter Moralvorstellungen in Form des Brauchs. In keinem Fall dürfte der Einfluss privater Standards einer politischen, regulativen Einflussnahme gleichkommen, insofern sie über die Ergebnisse hinausgehen würden, die sich im Rahmen der natürlichen Ordnung ergeben würden.

Selbst noch in der Figur der Einheit der Rechtsordnung zeigen sich Spuren des Privatrechtsliberalismus. Denn darin steckt wiederum der Gedanke, dass sich rechtliche Regeln rein aus logischen, in sich stimmigen Prinzipien ergeben würden, die zu einer quasi geometrischen, einheitlichen Ordnung führen müssten.

Der Einfluss der neoliberalen Unternehmenstheorie auf die Konzeption der Vorstandsfreiheit sollte nach den vorangegangenen Überlegungen ebenfalls auf der Hand liegen. Vom Prinzip sollten allein der Markt für eine Kontrolle sorgen, das Haftungsrecht solle im Wesentlichen keinen inhaltlichen Handlungsmaßstab aufstellen, sondern allein eine Kontrolle der Entscheidungsfindung selbst, bzw. das Ausscheiden illoyalen Handelns bewirken. Regulierung werde so praktisch über den Markt bewirkt, der letztlich auch immer das gesamtgesellschaftlich erwünschte Ergebnis erziele.

II. Kritik des Privatrechtsliberalismus

Die Kritik dieser Vorstellung ist in gewisser Hinsicht schon implizit vollzogen worden. Der Ansatz war hier, den Privatrechtsliberalismus nicht so sehr philosophisch zu untersuchen, indem die Philosophie eines rein formalen Freiheitsverständnisses in seiner Begründung aufgegriffen wurde oder indem die „Form“ des subjektiven Rechts auf seinen Gerechtigkeitssinn hin untersucht worden wäre. Der in dieser Arbeit gewählte Ansatz verfolgte vielmehr das Ziel, das Selbstverständnis dieses Freiheitsverständnisses zu untergraben, indem es als historisch-kulturelle Konstruktion dargestellt wurde, die zu einer bestimmten Zeit einen gesellschaftlichen Zweck erfüllt hat, und damit zugleich auf die untrennbare Verbindung des scheinbar formalen Freiheitsverständnisses des Privatrechtsliberalismus mit dem Bild der „natürlichen“ Ordnung zu verweisen. Eine wesentliche These dieser Arbeit ist, dass dieses Bild, diese Vorstellung von der Welt zentral für den Privatrechtsliberalismus ist und damit zugleich zu verdeutlichen, dass sich diese Vorstellung und damit

auch der Privatrechtsliberalismus selbst längst überholt hat, wie sich schon an der rechtlichen Entwicklung selbst ablesen lässt. Die historische Perspektive sollte zudem offenbaren, dass das Privatrecht – entgegen der zuweilen propagierten Utopie eines ungebrochenen Projekts der „Befreiung“ seit dem Mittelalter – gerade nicht im Sinne des Privatrechtsliberalismus als Selbstzweck verwirklicht wurde, sondern immer schon politischen und staatlichen Interessen unterlegen war. Der Verweis auf ein scheinbares Wesen des Privatrechts oder des Aktienrechts, die Behauptung eines rein privatautonomen Charakters ist damit schon historisch nicht haltbar. Insofern zeigt sich, dass die gegenteilige Behauptung, der Verweis auf die Neutralität des Privatrechts, des unpolitischen Wesen, einen politischen Charakter hat. Es ist zum einen Ausdruck des gesellschaftlichen Grundkonflikts über die konkurrierenden Begründungsmuster des menschlichen Zusammenlebens und der Welt, es ist jedoch auch politisch in einem ganz konkreten Sinn, indem der Privatrechtsliberalismus faktisch bestimmten Interessen dient und andere benachteiligt und sich gleichzeitig politisch gegen die Demokratie und die Werte der Verfassung stellt.

1. Privatrechtsliberalismus als rechtliches Prinzip

Die Kritik des Privatrechtsliberalismus ist zunächst zu relativieren. Der Privatrechtsliberalismus wurde und wird hier als rechtliches Prinzip verstanden. Es sollte nicht behauptet werden, dass das Privatrecht des 19. Jahrhunderts diesem Prinzip in Reinform entsprochen hätte. Das Gegenteil ist der Fall, wie schon gezeigt wurde und sogleich ausgeführt wird. Es wird jedoch mit der Annahme operiert, dass das geschriebene Recht die Auslegung niemals völlig vorherbestimmt, sondern dass erst in der Auslegung eine Konkretisierung bewirkt wird, als sprachlicher, sozialer Vorgang. In diesem Prozess spielen auch Weltbilder oder Ideologien im modernen Sinne eine Rolle, wobei diese zum Teil durch Präjudizien ebenfalls in das Recht eingeschrieben sind. Insofern lässt sich auch der Privatrechtsliberalismus als Haltung neben dem Recht und in der rechtlichen Gestaltung nachweisen und er tritt in der Dogmatik auch bis heute auf.

2. Die Konstruktion der „natürlichen“ Freiheit und ihr Zweck

Der historische Überblick sollte zunächst verdeutlichen, dass der Privatrechtsliberalismus nicht losgelöst von der gesellschaftlichen, sozialen Situation betrachtet werden kann und kulturell untrennbar mit der stetig gestiegenen gesellschaftlichen Komplexität seit dem Mittelalter und der Notwendigkeit einer neuen Gesellschaftsordnung verbunden ist und dass in gewisser Hinsicht noch immer die gleichen Probleme darin verhandelt werden.

Die Neuzeit begann und das Mittelalter endete, als die gesellschaftliche Ordnung eine Komplexitätsstufe erreichte, an der auch die kulturelle Vorstellung des theologischen Kosmos zerbrach. Aufgefangen wurde dies mit dem Bild eines weiterhin bestehenden Weltganzen, das sich nun jedoch in mathematisch-geometrischen Prinzipien, in den analogen Verhältnissen der Welt offenbarte und in der Einheit des Staates und der Gemeinschaft. Wie allerdings schon das mittelalterliche Sozialgefüge durch das Erstarken eines städtischen Bürgertums und neuer Adelsmächte ins Wanken gebracht worden war, setzte der wachsende Handel und das Herausbilden marktwirtschaftlicher und kapitalistischer Strukturen – gefördert auch durch den einsetzenden Kolonialismus – die Verhältnisse noch weiter unter Spannung. Religiöse Streitigkeiten bildeten dabei nur die eine Seite zunehmender innenpolitischer Konflikte. Je heterogener sich die innerstaatliche Interessenlage jedoch gestaltete, desto weniger plausibel war es, die Vorstellung eines einheitlichen Ganzen zu beschwören, dem der Vorrang vor den individuellen Interessen zukommen sollte. Das Ergebnis war die Absage an jeden allgemeingültigen Zweck außerhalb des individuellen Seins und dessen Willen und die Vorstellung einer Gesellschaft, die von separaten, autonomen Kräften geprägt und dennoch im Gleichgewicht gehalten sei. Damit ermöglichte der (Privatrechts-)Liberalismus zugleich, neuen Instituten in der Gesellschaft eine größere Legitimität zu verschaffen, insbesondere

die Wirtschaft erlangte erst im (privatrechts-)liberalen Denken eine eigene Rationalität, auch die innerstaatlichen Spannungen ließen sich besser auffangen.

3. Frühneuzeitliche Vorstellung

Obwohl der Privatrechtsliberalismus in gewisser Hinsicht mit den frühneuzeitlichen Vorstellungen, die vor allem mit der Zeit des Absolutismus verbunden werden, brach – was bspw. die Frage der politischen Legitimation, die Rolle des Einzelnen in der Gemeinschaft, vor allem auch was die Wirtschaft anging – hängt das kulturelle Weltbild des Privatrechtsliberalismus unmittelbar mit frühneuzeitlichen Vorstellungen zusammen. Es ist einer der in dieser Arbeit wesentlich vertretenen Punkte, dass der Privatrechtsliberalismus gerade keinem „formalen“ Freiheitsverständnis unterliegt, sondern dass dieses Freiheitsverständnis von historisch-kulturell bedingten Vorannahmen geprägt ist, im Sinne einer abstrakten Individualität, die zudem in einen imaginären Raum versetzt wird, in der quasi physikalische Gesetze eine natürlich-mathematische Ordnung bilden würden. Insofern ist vom hier vertretenen Standpunkt aus weniger die Begründung eines Legitimationsmodell aus der Perspektive der Freiheitseinschränkung des Individuums entscheidend, als vielmehr die Vorstellung der „natürlichen“ Ordnung und die historisch-kulturelle Konstruktion dieser Vorstellung.

Der Privatrechtsliberalismus stellt insofern eine unmittelbare Fortführung frühneuzeitlicher Vorstellungen dar. Diese zeichneten sich zunächst dadurch aus, dass der theologische Kosmos zerbrochen war und damit die Vorstellung einer Welt, auf die die Menschen keinerlei Zugriff hätten, die vollständig den göttlichen Willen enthalten würde, den die Menschen nur zu erfüllen hätten. An die Stelle des theologischen Kosmos trat eine Welt, in der den Menschen ihr Schicksal in die eigenen Hände gelegt und des Leben der Menschen daher vom eigenen Wirken abhängig war.

Ein neuer Geist tat sich in den beginnenden Naturwissenschaften auf, die Idee von physikalischen, logisch-mathematischen Regeln, an denen sich das Leben fortan zu orientieren hatte. Aus heutiger Sicht entscheidend an diesem neuen Denken war jedoch, dass dieses noch stark von einem einheitlichen Prinzip beherrscht war. Letztlich steckte dahinter noch immer der Gedanke eines Weltganzen, das sich nun in mathematisch-logisch aufschlüsselbaren Gesetzmäßigkeiten auftun würde. Es ist die Idee, der Wirklichkeit rein mit den Mitteln der Logik Herr werden zu können, das Beharren darauf, dass diese Prinzipien analog zwischen der Physik, der Mathematik und der Biologie gelten würden und durch reine Erkenntnis, rein durch begriffliches Denken quasi ans Licht gebracht werden könnten.

Es ist ein Denken, das davon ausgeht, hinter ganz unterschiedlichen Bereichen müssten letztlich die gleichen Regeln wirken und es sei nur eine Frage der (begrifflichen) Einsicht, diese Regeln zu entschlüsseln. Die „Natur“, die in den frühneuzeitlichen Überlegungen steckte, war daher immer noch eine Natur, hinter der ein quasi göttlicher Wille ausgemacht wurde. Insofern offenbarte sich in der „Natur“ zugleich eine Reinheit und Prinzipien der absoluten Logik (vgl. goldener Schnitt), denen sich die Menschen notwendigerweise zu beugen hätten.

Entscheidend war zudem, dass die „Natur“ nicht nur ein Gradmesser in der Physik, der Biologie war, sondern auch als Argument in ganz anderen Bereichen erschien. Der Begriff des „Naturrechts“ versinnbildlicht diesen Grundsatz. Denn gemeint ist kein Recht, das tatsächlich-faktisch natürlich gilt, sondern eines, das erst qua logischer Einsicht, nach den Regeln mathematischer Logik gelten müsse. Es ist kein Recht, dass jeder Mensch „natürlich“ kennt, sondern ein höchst komplexes Modell von Prinzipien, die allerdings für sich in Anspruch nehmen, „natürlich“ zu gelten, weil sie die reine Wahrheit einhielten.

Bedeutsam ist weiterhin, dass schon in diesen Denken das Individuum eine hervorgehobene Rolle enthält. Dabei trat das Individuum jedoch zunächst rein analytisch auf, quasi als kleinste Einheit in

einem mechanisch-logischen System zusammenhängender Prinzipien und Folgen. Doch zum Teil gingen damit auch schon normative Gehalte einher.

Der Privatrechtsliberalismus ist in den meisten Punkte eine unmittelbare Fortführung dieses Denkens. Auch im Privatrechtsliberalismus hat sich der Gedanke erhalten, das Recht stelle eine direkte Folge der Logik dar und enthielte damit die reine Wahrheit. Recht war auch im Privatrechtsliberalismus – jedenfalls in den frühen Formen – wesentlich ein Erkenntnisproblem. Zudem musste das Recht zu einem bruchlosen, quasi geometrischen System führen (Einheit der Rechtsordnung). Dadurch wird sich eine eigentlich utopische Welt vorgestellt, auf die von vornherein rein abstrakt-schematisch geblickt wird. Auch wenn die Entdeckung einer eigenen Rationalität der Wirtschaft und damit die Entdeckung dezentraler Verteilungsmechanismen des Marktes erst im liberalen Denken erfolgten, offenbarten sich darin noch immer die eben genannten Prinzipien. Es ist die Überzeugung einer Überlegenheit der „Natur“ vor jedem menschlichen Tun, da die „Natur“ in sich absolut vernünftig, quasi göttlich sei. Insofern beschränke sich der Beitrag des Menschen auf die Erkenntnis dieser Gesetzmäßigkeiten, in keinem Fall dürfte in diese Gesetzmäßigkeiten jedoch eingegriffen werden.

4. Falsches Bild der Wirklichkeit

Vom Grundsatz braucht es keine große Erklärung, dass sich das Denken, der Blick auf die Welt über die Jahrhunderte gewandelt hat. Dabei ließe sich anmerken, dass die Rolle der Wissenschaft für den Blick auf die Wirklichkeit nicht abgenommen hätte, sondern im Gegenteil, dass der Versuch, abstrakte Modelle zu entwickeln und damit die Wirklichkeit abbilden zu können – sogar voraussagen zu können – untrennbar zur modernen, wissenschaftsbasierten Gesellschaft gehören würde – auch wenn sich immer wieder zeigt, dass solche Modelle scheitern und eine Krise der Wissenschaft ausgerufen wird, wie jüngst im Rahmen der Finanzkrise. Auch hat das Aufzeigen von dezentralen Verteilungsmechanismen nicht abgenommen und die Bedeutung nicht unmittelbar staatlich gelenkter Strukturen ist insbesondere seit Ende der 1970er Jahren nur noch stärker geworden.

Der Wandel, der sich im Denken vollzogen hat, liegt daher nicht in der Rolle der Wissenschaften als solche oder der Widerlegung der „natürlichen“ Ordnung als Widerlegung dezentraler Verteilungsmechanismen als solchen. Der Wandel liegt darin, dass nicht länger von völlig identischen, rein begrifflich-logischen Prinzipien ausgegangen wird, die quasi göttlich hinter dem Weltgeschehen verborgen liegen. In bestimmter Hinsicht ist dieses Denken aus heutiger Perspektive einer Fiktion näher, als wirklicher Wissenschaft. Das hat auch mit der Rolle der Empirie zu tun und den immer neuen Entdeckungen von Brüchen in den Modellen. Paradigmatisch ist daher der Beleg des Marktversagens, das Aufzeigen von Faktoren, die im „natürlichen“ Modell von vornherein nicht vorgesehen waren.

Entscheidend hat sich das Denken dahingehend gewandelt, dass Missstände und Unfälle nicht länger als „natürlich“ hingenommen werden, sondern die Logik des Risikos und das Einsetzen für besonders zu schützende Interessen, wie vor allem die Gesundheit, aber auch allgemeiner Freiheit und Gleichberechtigung die moderne Gesellschaft prägen. Die Welt ist insofern nicht länger eine unverfügbare Ansammlung quasi göttlicher Prinzipien, sondern ist grundsätzlich steuerbar im Rahmen der wissenschaftlichen Erkenntnisse und entsprechender Begrenzungen. Insofern hat sich das Weltbild auch durch die Rechtswirklichkeit und die Verfassungsordnung gewandelt, die von einem ständig neu zu verhandelnden, aktiven Gesellschaftsmodell ausgehen. Die scheinbare „Wahrheit“ die in den frühneuzeitlichen Wissenschaftsmodellen steckte, weil sich ein quasi göttlicher Wille darin offenbaren würde, zeigt sich auch vor diesem Hintergrund als fiktionale Aufladung des Denkens.

5. Privatrechtsliberalismus als Ideologie

Für den Ansatz dieser Arbeit ist zusätzlich zu der Feststellung, dass der Privatrechtsliberalismus einem überholten Bild der Wirklichkeit verhaftet ist, entscheidend zu zeigen, dass diese Vorstellung nicht nur falsch ist, sondern zudem einen politischen, einen ideologischen Charakter hat. Mit dem Beharren auf einer „natürlichen“ Ordnung, mit dem Blick auf die Gesellschaft als absolut homogene Summe abstrakter Individuen gehen zugleich bestimmte Verantwortungszuschreibungen einher und damit praktische politische Konsequenzen. Dabei ist der Privatrechtsliberalismus noch in einem radikaleren Sinne ideologisch: In der Behauptung eines rein neutralen, unpolitischen, „natürlichen“ Rahmens und eines rein formalen Freiheitsverständnisses liegt eine Schein, eine Täuschung und damit eine fiktive Gerechtigkeit. Auf diesen Umstand zu verweisen, zu kritisieren und für ein anderes Privatrechtsverständnis einzustehen ist wiederum selbst in mehrerer Hinsicht politisch und in der Sache auf eine gesellschaftliche Transformation angelegt.

Ideologisch lässt sich der Privatrechtsliberalismus schon deshalb nennen, weil er unmittelbar praktische, politische Konsequenzen hat. Ganz konkret wurde er als Argument genutzt, um die Macht der Landesherrn zurückzudrängen und mehr bürgerliche Freiheiten zu ermöglichen, insbesondere auf dem Gebiet der Wirtschaft. Dabei ist dies jedoch nur die eine Seite, wie im historischen Überblick deutlich geworden sein sollte. Denn der Liberalismus war als politische Bewegung schon immer durch eine doppelte Frontstellung geprägt und schon immer auch gegen sozialpolitische Regularien und einen sozialen Wandel gerichtet.

So sollte gezeigt werden, dass mit dem Argument der Vertragsfreiheit schon in England Mindestlöhne bekämpft wurden und später in Deutschland Kinderarbeit legitimiert wurde. Der Privatrechtsliberalismus zielte zudem auf ein Haftungssystem ab, in dem nicht nur die Verhaltenssteuerung von vornherein als etwas Wesensfremdes ausgeschlossen sein sollte, sondern in dem schon der Haftungsmaßstab darauf ausgelegt war, nur ein persönliches Verschulden auszugleichen ohne dabei besondere Gefahrenlagen, Machtverhältnisse oder den Schutz besonders empfindlicher Interessen zu berücksichtigen. Praktisch ließ sich so Ausbeutung unter dem Deckmantel der (Vertrags-)Freiheit legitimieren, Betriebsunfälle und andere Risiken als unerheblich ausblenden. Doch auch darüber hinaus lässt sich zeigen, dass das privatrechtsliberale Modell praktische Verteilungseffekte zur Folge hat, wie in dieser Arbeit empirisch in der Umstellung des Aktienwesens auf ein kapitalmarktorientiertes Modell beispielhaft gezeigt wurde. Entgegen der neoliberalen Unternehmenstheorie gingen die Umstellungen selten mit einer höheren Profitabilität einher, sondern mit Kosten der Arbeitnehmer oder auch mit einem unverhältnismäßigen Renditezuwachs der Unternehmensleiter (vgl. § 11 III. 2.).

Noch in einem weiteren Punkt ist der Privatrechtsliberalismus klar politisch. Der Privatrechtsliberalismus ist in seiner Behauptung eines rein neutralen Rahmens nicht nur gegen jegliche Regulierung als solche, sondern damit zugleich auch gegen jeglichen demokratischen Zugriff auf das Privatrecht gerichtet. Verdeutlichen lässt sich das am Beispiel der Zivilrichter der Weimarer Republik, die drohten, sozialpolitischen Gesetzen die Wirksamkeit durch eine privatrechtsliberale Interpretation der Generalklauseln des BGB praktisch zu verweigern.¹⁷³⁹

An und für sich ist dieser politische, ideologische Charakter des Privatrechtsliberalismus noch nicht zu kritisieren, er muss nur klar festgestellt werden. Die Folgen des Privatrechtsliberalismus sind darüber hinaus nicht rein negativ, sondern hatten insbesondere in der historischen Perspektive eine klar produktive Seite. Aus historischer Perspektive ist zu beachten, dass insbesondere in Deutschland Armut schon vor den liberalen Bewegungen ein offensichtliches Problem gewesen ist und die

¹⁷³⁹ *Maus*, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus, 15.

Liberalisierungen der Wirtschaft zu einem enormen Produktivitätszuwachs führten. Zu kritisieren ist der Privatrechtsliberalismus jedoch dafür, dass er von einem falschen Bild der Wirklichkeit ausgeht, und falsche Kausalitäten behauptet. Zugleich werden Verteilungseffekte, Marktversagen und produzierte Risiken mit dem Modell ermöglicht, von diesem aber nicht wahrgenommen.

Vor allem ist problematisch, dass der Privatrechtsliberalismus noch in einem radikaleren Sinne ideologisch ist. Er verschleiert seinen politischen Charakter mit dem Begriff der „Natur“, mit der Behauptung eines rein neutralen Rahmens und eines rein formalen Freiheitsverständnisses ohne Einfluss auf die wirklichen Verhältnisse. Der historische Überblick sollte deutlich gezeigt haben, dass diese Vorstellung schon historisch unzutreffend ist. Das privatrechtsliberale Modell entsprach keinen „natürlichen“ Verhältnissen, sondern wurde politisch erkämpft und nur mit Kompromissen durchgesetzt. Dabei sollte auch gezeigt werden, dass die Liberalisierungen, insbesondere in Deutschland, keinen Selbstzweck darstellten, sondern einem staatlichen, politischen Interesse untergeordnet blieben. Auch sollte soeben nochmals unterstrichen worden sein, dass der Privatrechtsliberalismus auch darüber hinaus einen klar politischen Charakter hat und mit praktischen Konsequenzen in der Wirklichkeit einhergeht. Im Selbstverständnis des Privatrechtsliberalismus wird dieser politische Zusammenhang, diese immanent regulative, ordnungspolitische Komponente jedoch seit jeher ausgeklammert. Von vornherein soll das Recht damit an keinem Ergebnis zu messen sein. Im Kern erschafft der Privatrechtsliberalismus damit eine rein fiktive Gerechtigkeit, entkoppelt von den wirklichen Verhältnissen. Dadurch verschließt sich der Privatrechtsliberalismus auch vor den eigenen, wünschenswerten Ergebnissen und verhindert eine Abwägung zwischen konkurrierenden Interessen und regulativen Zwecken. Vor allem ist der Privatrechtsliberalismus undemokratisch. In der Betonung der „Natur“, in der scheinbaren Selbstverständlichkeit, in der „Wahrheit“ seiner Struktur wird eine Immunsierung vor jedem demokratischen Zugriff ermöglicht und damit nicht nur ein Abgleich der Ergebnisse des Privatrechtsliberalismus mit den eigenen Ansprüchen verhindert, sondern auch die gesamtgesellschaftliche, pluralistische Verständigung.

6. Beschränkte Politisierung und Funktionalisierung

In der Rechtswirklichkeit – das wurde soeben schon betont – war der Einfluss des Privatrechtsliberalismus geringer als es dem eigenen Selbstverständnis der „natürlichen“ Wahrheit entsprach und zum Teil noch immer entspricht. Das Projekt der Liberalisierung wurde insbesondere in Deutschland nur schrittweise verfolgt, wofür auch die fehlende wirtschaftliche Bedeutung des Bürgertums verantwortlich war. Schon früh wurden zudem die Verfehlungen im Zuge der Industrialisierung und das Problem der Armut unübersehbar. Politische Kompromisse und regulative Eingriffe prägten auch das Privatrecht seitdem kontinuierlich; vor allem in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurden viele der klassisch liberalen Mechanismen im Privatrecht überholt. Praktisch prägen auch das Privatrecht seitdem Prinzipien der kontextuellen Gerechtigkeit und auch regulative Mechanismen sind unübersehbar vorhanden.

Trotzdem blieb und bleibt der Privatrechtsliberalismus wirkmächtig. Ablesen lässt sich das zum einen darin, dass die privatrechtsliberalen Grundlagen noch immer Begründungslasten auferlegen und Rechtsfortbildungen immer noch an „klassisch“ privatrechtsliberalen Überlegungen anknüpfen, wie bspw. am personalistischen Prinzip der Haftung – obwohl in der Sache längst eine regulativ-institutionelle Betrachtung der Rechtsinstitute vorgenommen wird, in dem besondere Schutzinteressen und die Wirkungsweisen der jeweiligen gesellschaftlichen, wirtschaftlichen Mechanismen entscheidend sind.

In dieser Arbeit wird die These vertreten, dass diese Langlebigkeit des Privatrechtsliberalismus wiederum damit zu erklären ist, dass das Bild des rechtlichen Rahmens, der die „private“, „natürliche“

Ordnung nur ermöglichen, ohne darauf Einfluss zu nehmen und nur seinerseits Eingriffe in diese Ordnung korrigieren, sich ungebrochen bis in die heutige Zeit erhalten hat. Einerseits lässt sich dies als Bestätigung der „Politik“ lesen, die mit der Auseinandersetzung um dieses Bild verbunden ist, im Sinne von der Gesellschaft im Ganzen konflikthaft zugrundeliegenden, höchstpersönlichen Grundüberzeugungen (vgl. § 8 III. 3.). Hier wurde zudem versucht darzulegen, dass dies andererseits daran liegt, dass dieses Bild immer wieder neu interpretiert und damit an sich wandelnde Bedürfnisse angepasst worden ist.

Die Voraussetzung für diese Neuinterpretationen war schon angelegt im „klassisch“ privatrechtsliberalen Denken, das eben kein geschlossenes Konzept etabliert hat, sondern von Anfang an von historisch-kulturell bedingten Vorannahmen hinsichtlich des Freiheitsverständnisses und -schutzes geprägt war. Insofern ließen sich die Annahmen, was zur Ermöglichung der „natürlichen“ Ordnung als Rahmung erforderlich sei, anpassen, ohne damit das grundlegende Bild einer rein privaten, „natürlichen“ Ordnung zu zerstören. Entscheidend war und ist jedoch, dass mit dem Bild des Rahmens vom Ansatz die gleichen politischen Folgen verbunden sind, wie noch im „klassischen“ privatrechtsliberalen Denken. Nach wie vor gilt der Rahmen als neutral, unpolitisch und gleichzeitiges „Eingriffs“-Verbot. Auch wenn in der Sache sich wandelnde gesellschaftliche und damit im Kern auch regulative Erwartungen in das privatrechtsliberale System integriert worden sind, soll das privatrechtliche System trotzdem nicht der pluralistischen demokratischen Verständigung offen stehen oder in irgendeiner Form funktionalisiert werden. In der Sache wirkt der Rahmen dadurch nach wie vor als Abwehr vor regulativen und demokratischen Prinzipien und beschränkt die Veränderungen auf den absoluten *common sense*.

Ablesen lässt sich dieser Mechanismus daran, wie der Rahmen zunächst im Schädigungsverbot als Grundregel des individuellen Freiheitsschutzes aufging, daraus aber später ein allgemeineres Prinzip wurde, zwar keine Gerechtigkeit herzustellen, aber Ungerechtigkeiten durch die Vertragsordnung jedenfalls nicht zuzulassen. Das gleiche Argument taucht im Bild des Untermaßverbots auf, mit dem die faktische Konstitutionalisierung des Privatrechts konzeptuell verhindert wird, indem eine abstrakte Sphäre des rein privaten Verkehrs in der Theorie erhalten bleibt, die erst ab einer bestimmten Grenze verlassen würde. In beiden Fällen lässt sich beobachten, wie neue Prinzipien in das privatrechtliche System in der Sache eingeführt werden, gleichzeitig mit dem Bild des Rahmens diese Prinzipien als Zweckbestimmung aus dem System wieder herausgehalten werden.

Diese Ambivalenz zeigt sich insbesondere im Gedanken des Funktions- oder Institutionenschutzes. Auch die Legitimation des Funktionsschutz liegt – jedenfalls zumeist – im Erhalt der privatrechtlichen Ordnung, womit in der Sache eben die „natürliche“ Ordnung gemeint ist. Insofern stellt sich auch der Funktionsschutz wieder als rechtlicher Rahmen dar, der diese Ordnung grundsätzlich unberührt lassen würde. Zwar betont der Ordoliberalismus eine politische Funktion der privatrechtlichen Mechanismen, diese politische Funktion ist jedoch von vornherein beschränkt: allein auf die Aufrechterhaltung der „natürlichen“ Ordnung.

In der Sache wird das Privatrecht damit jedoch methodisch erweitert. Mit der expliziten Ordnungsfunktion hebt der Funktionsschutz die Isolierung des Privatrechts vor der Wirklichkeit auf und führt ein teleologisches Moment in die privatrechtliche Dogmatik ein. Dieses teleologische Moment kann nicht anders als dynamisch zu sein. Wie schon das „klassisch“ privatrechtsliberale Freiheitsverständnis von (sich wandelnden) gesellschaftlichen Anschauungen beeinflusst ist, ist auch der Funktionsschutz der „natürlichen“ Ordnung von (sich wandelnden) Einschätzungen abhängig, ab wann die „natürliche“ Ordnung nicht mehr „funktioniert“ und ein Eingriff zur Aufrechterhaltung notwendig erscheint. Diese vom Ansatz her immanente institutionelle Verschränkung des Privatrechts mit der Wirklichkeit und damit im Kern mit regulativen Elementen durch den Funktionsschutz wird

jedoch insbesondere im Ordoliberalismus (noch) nicht mitgedacht. Vielmehr wird weiterhin die „natürliche“ Ordnung beschworen, deren Rahmen nur anders gesetzt würde.

Vom Grundsatz lässt sich das gleiche für „den“ Neoliberalismus feststellen, wobei dieser aus der Perspektive des Privatrechtsliberalismus noch schwerer zu fassen ist. Zum Teil lässt sich dieser von vornherein nicht in ein eigenständiges privatrechtliches Denken übertragen, sondern stellt lediglich ein zeitgeschichtliches Phänomen dar oder eine (ambivalente) politische Bewegung (§ 10 II. 4. e). Soweit man darüber hinaus versucht, so etwas wie neoliberale theoretische Überlegungen zusammenzufassen, handelt es sich zumeist um sehr komplexe wirtschaftswissenschaftliche Modelle, deren Axiom der Effizienzsteigerung mit dem klassischen privatrechtsliberalen Ansatz ebenso nur zum Teil vereinbar ist. Wenn diese Überlegungen einen Einfluss im Privatrecht haben, stellen diese oftmals erhebliche Erweiterungen des „klassisch“ privatrechtsliberalen Modells dar und legitimieren Reformen, wie bspw. Einsichten der Institutionenökonomik zwingende Informationspflichten begründen. Hier wurde vor allem die neoliberale Unternehmenstheorie im Aktienrecht vorgestellt und gezeigt, dass diese das klassisch privatrechtsliberale Weltbild um mehrere Faktoren erweitert und eine komplexe Architektur formuliert, in der finanzmathematische Überlegungen Eingang finden ebenso wie Fälle drohenden Marktversagens.

Trotzdem zeigen sich auch in diesen Modellen und darauf aufbauenden dogmatischen Positionen ein Denken, das auf die Vorstellung der „natürlichen“ Ordnung und des neutralen Rahmens hinausläuft. Die Funktionalisierung der rechtlichen Regeln im Sinne der neoliberalen Theorien bleibt letztlich beschränkt auf eine als absolut verstandene Marktfunktion. Dadurch wird in der Sache auf eine vollständige Selbstregulierung über den Markt vertraut und damit behauptet, dies sei das Beste für alle Beteiligten und die gesamte Gesellschaft. In der Sache ist dies wiederum die „natürliche“ Ordnung, nur repräsentiert durch mathematische Modelle, die jedoch für sich selbst in Anspruch nehmen, das „Ende der Geschichte“ und eine vollständige Perfektion abzubilden. Geleugnet wird wiederum jeglicher externer Effekt, womit in der Sache wiederum ein rein neutraler Rahmen behauptet wird, der sich durch die ökonomischen Erkenntnisse zum Marktversagen oder hinsichtlich zu erreichender Effizienzsteigerungen ergibt.

Zugleich stellt sich der Einfluss „des“ Neoliberalismus auf die privatrechtliche Dogmatik trotzdem anders dar, als das „klassisch“ privatrechtsliberale Denken und auch des Ordoliberalismus. Denn nicht nur tragen die wirtschaftswissenschaftlichen Theorien zu einer erheblichen Erweiterung der Komplexität des privatrechtlichen Denkens bei, die diskursive Verschränkung mit dem wissenschaftlichen Apparat bedingt zugleich eine stetige Kritik und Erweiterung des Modells. Insofern sind die Kritikpunkte insbesondere am neoliberalen Unternehmensmodell wissenschaftlich schon sehr weit aufbereitet und nicht nur in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie, sondern auch in der aktienrechtlichen Dogmatik zum Teil schon längst integriert und das Modell dadurch erweitert worden. In der Sache ist der Verweis auf dezentrale, selbstregulative Steuerungsmechanismen – jenseits des Beharrens auf einer scheinbar „natürlichen“ Ordnung und einer Verabsolutierung der Marktfunktion – gerade keine zu kritisierende Ideologie, sondern ein elementarer Teil der modernen gesellschaftlichen Struktur im Sinne des regulativen Kapitalismus.

7. Privatrechtsliberalismus als Ideologie im Aktienrecht

Ein besonderes Augenmerk sollte in dieser Arbeit auf die Rolle des Privatrechtsliberalismus im Aktienrecht gelegt werden. Hierbei ließ sich einerseits feststellen, dass das Aktienrecht eine vergleichbare Entwicklung wie das allgemeine Privatrecht des BGB durchlaufen hat und privatrechtsliberale Positionen bis heute Ausdruck finden. Zugleich sollte jedoch gezeigt werden, dass das Aktienrecht insgesamt trotzdem eine Sonderrolle annimmt, weil der gesamtgesellschaftliche Bezug dieses Rechtsgebietes schon immer offen diskutiert wurde und andererseits der Einfluss „des“

Neoliberalismus auf das Aktienrecht besonders stark war. In dieser Arbeit wird dabei der Standpunkt eingenommen, dass trotz der Umstellungen des Aktienrechts zu einem mehr kapitalmarktorientierten Modell keine absolute Ökonomisierung beabsichtigt war und der gesamtgesellschaftliche Bezug auch nach dem Willen des Gesetzgebers ungebrochen fortbesteht. Insbesondere in jüngerer Zeit zeigt sich zudem, dass die Kritikpunkte am neoliberalen Unternehmensmodell auch in der Dogmatik aufgenommen worden sind und sich gerade auch vor dem Hintergrund der Entwicklung von Compliance-Bewegungen insgesamt ein neues Zeitalter unternehmerischer Verantwortung ankündigt.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde das Aktienrecht zunächst stark liberalisiert, vormalige explizite Gemeinwohlvorbehalte und Konzessionserfordernisse abgeschafft. Leitend war der Gedanke natürlicher Marktkräfte, die das Aktienwesen über das Eigeninteresse der Anteilseigner und Aktienkäufer in Balance halten würden.

Auch heutzutage wird argumentiert, mit dieser Umstellung sei das Aktienrecht endgültig von jedwedem Gemeinwohlbezug gelöst worden. Das Gemeinwohl werde nun durch Schutzgesetze außerhalb des Aktienrechts zur Erfüllung gebracht. Das Aktienwesen sei überhaupt eine rein private Veranstaltung der Anteilseigner und nur deren Interessenkreis zu berücksichtigen. Ihnen komme ein grundgesetzlich geschütztes Eigentumsrecht am Aktienunternehmen zu, dessen Bestand vor Eingriffen zu schützen sei. Externalitäten entstünden nicht und wenn, sei das Aktienrecht als Privatrecht nicht der richtige Ort für deren Lösung.

In diesen Punkten klingen wieder typische privatrechtsliberale Vorstellungen an. Es ist die gleiche Behauptung einer in sich stabilen, „natürlichen“, rein privaten Ordnung, in der das Aktienrecht den Rahmen bilde. Zudem wird das Aktienrecht methodisch von einer Ordnungsfunktion isoliert durch angebliche Auslagerung politischer Gesetzgebung. Besonders die neoliberale Unternehmenstheorie und die gesetzlichen Umstellungen auf ein kapitalmarktorientiertes Modell seit den 1990er Jahren haben diese Position in den letzten zwanzig, dreißig Jahren nochmals unterstützt.

Der historische Rückblick sollte zugleich unterstrichen haben, dass die Behauptung eines rein privatautonomen Aktienrechts noch weniger plausibel ist als möglicherweise in anderen Gebieten des Privatrechts. Historisch war das Aktienrecht schon immer ein Sonderfall. Die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Bedeutung dieser Institution war schon vor dem 19. Jahrhundert bekannt und zunächst waren die Landesherrn nur zögerlich bereit, die Regularien zu lockern. Auch dogmatische Zweifel hinderten zunächst eine Liberalisierung. Tatsächlich waren es u.a. Missstände der staatlichen Bonitätskontrolle, die schließlich zu einer weitergehenden Liberalisierung führten, die damit deutlicher noch als im sonstigen Privatrecht als rein funktional gesehen werden kann. Schon in der Weimarer Republik wurde dieses Modell jedoch umgestellt und die gesellschaftspolitische Bedeutung mit in den Vordergrund gerückt. Der Vorstand fungierte dabei noch in der Nachkriegszeit als eine Art wirtschaftlicher Beamter, als Technokrat und erst in den 1990er Jahren wurde das Modell konsequenter auf den Kapitalmarkt hin orientiert.

Vor dem Hintergrund der Kapitalmarktorientierung seit den 1990er Jahren hat die Betonung einer rein unternehmerischen, rein auf die Anteilseigner bezogenen Perspektive im Aktienrecht jenseits der privatrechtsliberalen Vorstellung zwar einen Ansatzpunkt. Hier wird jedoch vertreten und sollte verdeutlicht werden, dass auch diese Umstellungen keine totale Liberalisierung als Selbstzweck darstellten, sondern eine für den regulativen Kapitalismus typische funktionale Liberalisierung im Sinne einer Erweiterung dezentraler Verteilungs- und Steuerungsmechanismen bei gleichzeitiger Beibehaltung einer gesamtgesellschaftlichen Funktion. Schon am Erfordernis eines zwingenden Minderheitenschutzes und zwingender Informationspflichten lässt sich ablesen, dass auch im kapitalmarktorientierten Modell ein Funktionserfordernis und damit ein teleologisches Element besteht. Die Umstellungen erfolgten zudem mit der klaren Zielsetzung, ausländische Kapitalgeber

anzulocken und zugleich eine effektivere Unternehmensleitung bei gleichzeitig besseren Liquiditätszufuhr über den Kapitalmarkt zu erlangen.

Auch nach den Umwandlungen der 1990er Jahre finden sich im Aktienrecht keine Anzeichen einer absoluten Ökonomisierung, einer Ökonomisierung als Selbstzweck. Schon in den 1990er Jahren hat der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 91 Abs. 2 AktG regulativ eingegriffen und auch im Ausklammern rechtlich gebundener Entscheidungen in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zeigt sich eine nur beschränkte Ökonomisierung. Überhaupt hat der Gesetzgeber nie ausgedrückt, den interessenpluralistischen Ansatz aufzugeben. Insbesondere in jüngerer Zeit deuten sich in den Veröffentlichungspflichten zudem weitere regulative Maßnahmen an. „Das“ ökonomische Unternehmensmodell wird zudem immer mehr als inkonsistent und empirisch nicht haltbar kritisiert. Wie im 19. Jahrhundert die frühneuzeitlichen, schematisch-geometrischen Modelle der Welt brüchig wurden, deuten sich in der Verhaltensforschung, in der soziologischen Betrachtung von Menschen in Organisationen prinzipielle Vorbehalte gegen die Axiome „des“ neoliberalen Unternehmensmodells an. Schon jetzt finden diese Kritikpunkte in der dogmatischen Diskussion Berücksichtigung. Der Shareholder Value wird zum Teil nur noch als *second best*-Lösung betrachtet und der interessenpluralistische Ansatz ist die h.M. geblieben. Insgesamt bleibt das Bewusstsein für eine gesellschaftspolitische Dimension des Aktienrechts wahrnehmbar, was sich beispielhaft an der Herleitung der Legalitätspflicht nach einem öffentlichen Interesse am Gesetzesvollzug zeigt.

III. Ein anderes Privatrechtsverständnis

Zum Abschluss dieser Arbeit soll noch das institutionell-demokratische Privatrechtsverständnisses aufgegriffen werden, das bereits im Fazit zum zweiten Teil als der dogmatischen Diskussion wesentlich zugrunde liegend identifiziert wurde und das schon dort kurz vorgestellt worden ist. Nach der hier vollzogenen Kritik sollten die wesentlichen Elemente dieses Verständnisses deutlicher geworden sein. Der Begriff „institutionell-demokratisch“ ist kein bestehender Begriff – auch wenn er sich in der Sache auf theoretische Vorarbeiten bezieht¹⁷⁴⁰ – sondern soll vor allem den Gegensatz zum Privatrechtsliberalismus ausdrücken und benennt damit die wesentlichen Elemente, die vom hier vertretenen Ansatz entscheidend für ein anderes, modernes Privatrechtsverständnis sind. Die folgenden Ausführungen verstehen sich daher lediglich als Ergänzung zum bereits Gesagten und dienen nur als Ausblick auf weitergehende Überlegungen.

Entscheidend für ein anderes Privatrechtsverständnis ist aus hier vertretener Perspektive, die ideologische Abschottung des Privatrechts vor einem gesamtgesellschaftlichen Bezug zu überwinden und das Privatrecht in der demokratischen Verfassungsordnung aufgehen zu lassen. Im Begriff der Institution soll der tatsächlich bestehende Bezug des Privatrechts zur gesamten staatlich-rechtlichen Architektur und zur Gesellschaft als solcher ausgedrückt werden. Der Funktionalismus, der aus dieser Perspektive nahe liegt, soll jedoch mit der Betonung des demokratischen Charakters dieses Verständnisses begegnet werden. Entscheidend ist, die Freiheitsgarantien des Liberalismus nicht über Bord zu werfen, sondern diesem ein modernes Gepräge zu geben, in der Freiheit und Gleichheit keine ideologische Fiktion mehr sind, sondern praktisch im demokratisch-verfassungsrechtlichen Prozess

¹⁷⁴⁰ Vgl. zum *legal Institutionalism*: *Deakina/Gindis/Hodgsonb/Huangc/Pistor*, *Journal of Comparative Economics* 45 (2017) 188 f.; zu Steuerungszwecken im Privatrecht: *Wagner*, *AcP* 206 (2006), 352, 432; zur Einbettung und regulativen Funktion speziell des Aktienrechts: *Zumbansen*, in: *Reshaping Markets*, 60, 71; zu privatrechtlichen Verhaltensstandards als öffentliches Gut: *MüKo-BGB-Wagner* § 823 RN 42; vgl. auch *MüKo-BGB-Grundmann* § 276 RN 55; zur demokratisch-pluralen Legitimation des Privatrechts: *Gerstenberg*, *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), 152, 155; *Kübler*, *FS Raiser* (1974), 643, 720 f.; die Verfassung als Rechtsgestaltungsgebot: *Manz/Dürig-P. Kirchoff* Art. 3 RN 4, 9, 391; *Manz/Dürig-Di Fabio* Art. 2 RN 127; *Hopt*, *Kapitalanlegerschutz*, 269 f.; zur Politik des Privatrechts: *Lomfeld*, in: *Privatrechtstheorie heute*, 151, 153, 168; *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 477; *Wiethölter*, *Rechtswissenschaft* 179.

ständig mit der Wirklichkeit und den sich wandelnden Bedürfnissen abgewogen und angepasst werden.

Praktisch, das sollten nicht nur der historische Rückblick, sondern schon die Überlegungen der vorangegangenen Teile dieser Arbeit deutlich gemacht haben, lässt sich dieses Verständnis schon lange feststellen und ist Grundlage für viele der Reformen und Regularien nicht nur im Privatrecht.

Im Begriff der Institution soll zunächst ausgedrückt werden, dass Freiheit, Markt, Recht und Gesellschaft von vornherein praktisch miteinander verwoben sind und damit die Vorstellung von privater Freiheit als Struktur einhergeht, die in vielerlei Hinsicht nicht voraussetzungslos ist, sondern überhaupt nur gesellschaftlich und damit essentiell rechtlich produziert wird. Privatrecht ist damit trotz einer Förderung individueller Freiheiten immer als (regulative) Architektur gedacht, in der je nach Kontext unterschiedliche Freiheitsräume entstehen oder auch gezielt erschaffen werden, wobei verfassungsrechtliche Wertungen und der politische Wille der staatlichen Gemeinschaft diese Architektur formen.

Das Individuum besteht nach dieser Perspektive damit nicht in einem „natürlichen“, luftleeren Raum, sondern ist notwendigerweise in die Gesellschaft eingeschlossen und nicht nur die individuelle Freiheit als solche, sondern schon die Idee von Freiheit ist letztlich gesellschaftlich geprägt. Entscheidend ist jedoch, dass das Verhältnis dieser Punkte nicht auf ewig festgeschrieben, sondern kontingent und in hohem Maße politisch ist.

Diese Vorstellung richtet sich zunächst vor allem dagegen, bestimmte Ausgestaltungen des Privatrechts als „natürlich“ zu klassifizieren, obwohl sie gesellschaftlich produziert sind, ebenso wie bestimmte Ausgestaltungen des Marktes. Gerade in der historischen Perspektive zeigt sich, dass es keinen „natürlichen“ Markt gegeben hat, sondern dieser erst (politisch) geschaffen wurde und damit auch ein „deregulierter“ Markt im Kern ein staatlich regulierter Markt ist. Auch am Beispiel des Aktienrechts lässt sich dies veranschaulichen. Das Aktienrecht erschafft erst die Möglichkeit, Kapital gegen Mitsprache- und Ausschüttungsrechte in Form der Aktien bereitzustellen, wobei diese Rechte in vielerlei Hinsicht zudem vorgeformt sind. Insofern ist der Aktienerwerb eine Finanzoperation, die staatlich gefördert und damit notwendigerweise reguliert wird. In der Vorstellung eines privatautonomen Verhältnisses zwischen den Kapitalgebern und eines quasi „natürlichen“ Aktieneigentums wird diese Operation jedoch ideologisch aufgeladen und bestimmte Rechte als quasi natürlich und selbstverständlich unterstellt. Im Gegensatz dazu versteht die institutionelle Perspektive die aktienrechtliche Finanzoperation nicht auf ein bestimmtes Modell festgelegt. Dieses bestimmt sich nach dem regulatorischen Kontext und kann sowohl sehr dereguliert erfolgen, aber ebenso stark reguliert sein.

Der Begriff der Institution soll somit auf einen weiteren entscheidenden Aspekt hinweisen. Es geht um den notwendigen Zusammenhang von Recht und Regulierung, wobei Regulierung hier in einem sehr weiten Sinne – ganz bewusst – verwendet wird.¹⁷⁴¹ Es soll damit vor allem auch der Gegensatz zum

¹⁷⁴¹ *Hellgardt* hat die Rolle von „Regulierung im Privatrecht“ jüngst umfassend theoretisch aufgearbeitet. Hierbei verwendet *Hellgardt* jedoch einen sehr engen Regulierungsbegriff. Regulierung sei „Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist.“ (Regulierung und Privatrecht, 50). Es solle „nicht bereits jeder politische Einsatz des Rechts als Regulierung gelten, sondern nur solcher, der darauf gerichtet ist, übergreifende Allgemeinwohlinteressen zu fördern, und sich nicht darauf beschränkt, ein bestimmtes privates Interesse aufgrund politischer Wertungen gegenüber konkurrierenden Privatinteressen zu bevorzugen...“ (a.a.O. 53 f.). Insbesondere grenzt *Hellgardt* die Regulierungsfunktion ab: (i) von einer Interessenausgleichsfunktion, die kein über die Normierung dieses Ausgleichs hinausgehendes Allgemeinwohlziel verfolge (a.a.O. 60); (ii) einer Infrastrukturfunktion, die die Handlungsmöglichkeiten lediglich erweitere (a.a.O. 56 f.) und (iii) einer Organisationsfunktion, die zwar eine verhaltenssteuernde Wirkung enthielte, jedoch ohne direktem Steuerungsziel (a.a.O. 62 f.). Alle diese Fälle werden in dieser Arbeit jedoch als regulativ bezeichnet, da in jedem Fall eine politische, eine gesellschaftliche Folgewirkung des Rechts vorhanden ist.

Privatrechtsliberalismus verdeutlicht werde, der behauptet, das Privatrecht sei wesentlich neutral, nur ein Rahmen ohne steuerndes Element und ohne jegliche Externalität; jegliche Regulierung vielmehr ein Eingriff in die „natürliche“ Ordnung. Der Begriff der Institution oder des institutionellen Verhältnisses stellt sich dieser ideologischen Verklärung entgegen und soll ausdrücken, dass jedes Recht in die Wirklichkeit eingreift, mit Folgewirkungen verbunden ist und jedes Recht – auch wenn dies nicht intendiert ist – eine bestimmte Teleologie aufweist. Als Beispiel lässt sich hier auf das Haftungsrecht verweisen. Selbst wenn es nicht explizit so intendiert war, war das Haftungsrecht im privatrechtsliberalen Modell faktisch Teil der Produktion gesundheitlicher Risiken, indem Betriebsunfälle als natürliches Lebensrisiko gestattet waren. Ebenso begünstigt eine Vertragsordnung, die strukturelle Machtgefälle ausblendet, eben das Ausnutzen dieser Machtgefälle. Dieser Zusammenhang soll durch die institutionelle Perspektive benannt werden können und ermöglicht zugleich in einem zweiten Schritt die Verhaltenssteuerung des Haftungsrechts und des Vertragsrechts als Mittel zur Eindämmung gesundheitlicher Gefahren zu nutzen. Verhaltensstandards des Haftungsrechts können dann konsequent als Form des öffentlichen Guts anerkannt werden.

Entscheidend an dieser institutionellen Perspektive ist jedoch, die Freiheitsgarantien, für die der Liberalismus eingestanden ist, nicht wieder abzuschaffen. Das Privatrecht muss in der verfassungsrechtlichen Ordnung verankert und vom demokratischen Willen bestimmt sein. Der funktionale Zweck, der durch die institutionelle Perspektive offengelegt wird, darf kein Zweck an sich sein, sondern muss immer an die verfassungsrechtlichen Werte und den demokratischen Willen rückgebunden sein. Insofern führt die institutionelle Perspektive in einen modernen Liberalismus, in dem die Freiheitspositionen im demokratischen und verfassungsrechtlichen Prozess immer wieder neu miteinander abgewogen und zur Erfüllung gebracht werden. Die Garantien von Freiheit und Gleichheit sind nicht auf ewig festgeschrieben, sondern werden angesichts neuer Verhältnisse immer wieder neu bestimmt und rufen nicht zur Bewahrung auf, sondern auch zur aktiven Gestaltung der wirklichen Verhältnisse.

Bezogen auf das Privatrecht bedeutet das jedoch auch, dass die Frage nach dem gesellschaftlichen Zweck, nach der Abwägung zwischen positiven und negativen Effekten nicht länger unbeantwortet gelassen werden kann, sondern sich mit dem demokratischen Willen zu rechtfertigen hat.

Dieses institutionell-demokratische Privatrechtsverständnis ist kein Entwurf für eine ferne Zukunft. Schon in der rechtlichen Diskussion zur Legalitätskontrolle ließ sich dieses als ungeschriebene Wertung erkennen und auch die historische Rechtsentwicklung belegt, dass das Privatrecht schon immer von politischen Konstellationen beeinflusst war und entsprechend gesamtgesellschaftliche Bezüge aufwies – obwohl privatrechtsliberale Wertungen im 19. Jahrhundert tonangebend waren und nach wie vor Begründungslasten auferlegen. Regulierung, Konstitutionalisierung und Rechtsfortbildungen im 20. Jahrhundert haben ein institutionell-demokratisches Privatrechtsverständnis jedoch vom Ansatz her etabliert, auch wenn wiederum der Neoliberalismus den Zeitgeist zuweilen in eine andere Richtung gelenkt hat.

Das Eintreten für ein anderes Privatrechtsverständnis bleibt trotzdem politisch. Das liegt nicht nur daran, dass die Frage des Privatrechtsverständnisses unmittelbar mit dem grundlegenden Konflikt über das wesentliche Weltbild in der Gesellschaft verbunden ist (das „Politische“) und das die Kritik des Privatrechtsliberalismus eine Ideologiekritik ist und auf die praktische, politische Transformation zielt. Es liegt daran, dass Recht schon an sich politisch ist und es nur der ideologischen Verklärung entspricht, diesen Aspekt zu negieren. Die Hoffnung ist jedoch, dass der politische Konflikt um das Privatrecht nicht länger anhand eines richtigen oder falschen Privatrechtsverständnisses entschieden wird, sondern im Rahmen der demokratischen, verfassungsrechtlichen Institutionen und unter Einbezug der gesamten rechtlichen, gesellschaftlichen Architektur.

Zusammenfassung in Thesen

1. Teil: Entwicklungsstufen der Legalitätskontrolle

§ 1 Compliance - Zwischen Zauberwort und Selbstverständlichkeit

In der Dogmatik ist umstritten, ob sich die branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht seit den 2000er Jahren wesentlich verändert hat (22 f.).

§ 2 Entwicklungsstufen der Legalitätskontrolle

Es lässt sich zeigen, dass schon die Verkehrssicherungspflicht-Dogmatik eine Erweiterung des privatrechtsliberalen Haftungskonzeptes darstellte und spezifische Schutzinteressen den restriktiven Haftungsmaßstab der rein anlassabhängigen Kontrolle schon früh überlagert haben (26 f.).

Trotzdem ist das moderne Compliance-Verständnis noch von weiteren Entwicklungen abhängig, die jedoch keinen einheitlichen Ursprung aufweisen und zum Teil parallel verliefen. Wesentliche Impulse kamen aus den USA. Zum einen wurden Unternehmen durch das strenge Vorgehen im Kartellrecht früh veranlasst, präventiv Rechtsverstößen vorzubeugen (28), zum anderen bildete sich im bankrechtlichen Kontext ein innovativer, systematischer Ansatz heraus, der auf der Überlegung fußte, dass Regulierung die Organisation stärker in den Blick nehmen müsse, statt lediglich auf Abschreckung zu setzen (25 f.).

Dieses Verständnis wurde ab den 1990er Jahren auch im deutschen Bankenwesen verbreitet, das zuvor wenig organisatorische Vorgaben kannte (30 f.). Ab den 2000er Jahren wurden organisatorische Anforderungen im Bankensektor als Teil der sog. qualitativen Aufsicht zudem noch tiefgreifender reguliert. Die organisatorischen Prozesse werden noch stärker kontrolliert, was für die Unternehmen jedoch zugleich einen größeren Entscheidungsspielraum bezüglich der Wahl der zur regulatorischen Zielerreichung zu ergreifenden Mittel und Methoden bedeutet, sog. prinzipienbasierte Regulierung (34 f.).

§ 3 Die Entwicklung einer „allgemeinen“ Compliance-Pflicht

Die Regulierung der Organisation lässt sich auch branchenübergreifend feststellen, im Sinne von zwingenden Qualitätsmanagementsystem, versinnbildlicht durch § 91 Abs. 2 AktG (37). Bedeutsam für die branchenübergreifende Entwicklung sind zudem insgesamt gestiegene Schutzinteressen, wie „klassisch“ das Kartellrecht, aber vor allem die Korruptionsbekämpfung seit den 1990er Jahren (36). Auch hier waren die USA Vorreiter, wie ebenfalls bspw. bei der Exportkontrolle (Vgl. § 2: 29 f.).

Zur branchenübergreifenden Sensibilität für Compliance-Themen haben wesentlich Unternehmensskandale beigetragen, die seit Ende der 1990er Jahren auch in Deutschland mit einem erhöhten Haftungsrisiko für die Unternehmen und Unternehmensleiter einhergingen (37 f.). Die Unternehmen wurden dadurch schon aus Eigeninteresse zum Treiber für die Verbreitung von Compliance-Organisationen, die sich zum Wettbewerbsfaktor entwickelten (38 f.).

Die rechtliche Diskussion einer branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht wurde wesentlich zu Beginn der 2000er Jahre angestoßen (41 f.). Wichtige Ereignisse waren die Siemenskorruptionsaffäre und das Neubürger-Urteil (43 f.). Spätestens ab den 2010er Jahren begann sich eine eigene Beratungsindustrie für Compliance-Fragen zu etablieren (44).

Der Umfang von Compliance-Fragen und Anforderungen wächst stetig. Insbesondere werden auch „klassische“ CSR-Themen mehr und mehr damit verbunden (46 f.). In Deutschland könnte ein Verbandssanktionsgesetz zudem die Entwicklung weiter fördern (48 f.).

§ 4 Fazit – Compliance-Organisationen als Ausdruck des regulativen Kapitalismus

Die Entwicklung der Legalitätskontrolle erfolgte nicht einheitlich und die branchenübergreifende Pflichtenlage muss als Kumulation unterschiedlicher Entwicklungen gesehen werden (53 f.).

Trotzdem ist diese Entwicklung als Ganzes beispielhaft für die Entwicklung des modernen staatlich-regulatorischen Systems, für das man seit den 1970er Jahren den Begriff des regulativen Kapitalismus verwenden kann (53 f.). Dieser Wandel ist gekennzeichnet durch Prozesse der Privatisierungen und einem Wandel der Staatsaufgaben ebenso wie durch regulative Innovationen und der Multiplizierung der Akteure, die in den regulatorischen Prozess miteinbezogen sind. Nicht nur der Staat hat diesen Wandel angestoßen, wichtig waren ebenso die Zivilgesellschaft und die Unternehmen selbst.

Problematisch ist, dass die Wirksamkeit von Compliance-Organisationen bislang nur in Teilen als gesichert gelten kann (57 f.). Zudem kann im Rahmen der unternehmensinternen Legalitätskontrolle selbst das Recht gebrochen werden (58). Compliance-Organisationen können sich zudem negativ auf die Organisation auswirken, vor allem, wenn diese zu abstrakt ausgestaltet sind (59). Auch das zentrale Setzen einheitlicher Standards wird kritisiert, weil es die Feinsteuerung des Zivilrechts aushebelt (60).

2. Teil: Die rechtliche Diskussion der Legalitätskontrollpflicht

§ 5 Überblick und Stand der rechtlichen Diskussion

Die groben Linien der Legalitätskontrollpflicht haben sich seit den 2000er Jahren mit dem branchenübergreifenden Aufkommen des modernen Compliance-Gedankens und der praktischen Entwicklung von Compliance-Organisationen jedenfalls in Großunternehmen (vgl. § 3: 39 f.) nicht wesentlich geändert und sind in der Literatur unstrittig (63 f.).

Danach besteht vom Ansatz her eine Pflicht zur Legalitätskontrolle für alle Unternehmen, was ein Minimum an Prävention bedeutet, jedoch praktisch bereits durch ein gelebtes *compliance commitment* der Unternehmensleitung erfüllt sein kann (S. 63). Die Legalitätskontrollpflicht ist darüber hinaus abhängig von den Unternehmensumständen und Maßnahmen sind nur dann erforderlich, sofern ein konkreter Anlass besteht (vgl. § 2: 27, 42; § 5: 64 f.), man spricht deshalb auch von der sog. relativen Compliance- oder Legalitätskontrollpflicht. Daran hat auch das Neubürger-Urteil nichts geändert (65).

Trotzdem lässt sich feststellen, dass die Anforderungen insgesamt gestiegen sind. Stand früher vor allem Repression im Vordergrund, wird die Prävention nun stärker betont (vgl. § 2: 26 f.). Sollte eine Pflicht zu institutionalisierten Compliance-Organisationen früher den Ausnahmefall darstellen, ist dies für Großunternehmen inzwischen überwiegend die Regel (63). Auch einzelne Maßnahmen haben sich als Standard für Compliance-Organisationen durchgesetzt (75 f.).

Es gibt Stimmen, die diese Entwicklung eher positiv bewerten und Stimmen, die vor einer Übersteuerung warnen (61 f.). So können die Grenzen der Erforderlichkeit im Einzelnen umstritten sein (64). Strittig ist die Grenze der Zumutbarkeit für Unternehmen, vor allem, ob hierbei eine Kosten-Nutzen-Abwägung zulässig ist (66 f.).

Überlagert wird die Problematik von der aktienrechtlichen Perspektive, wonach sich die Legalitätskontrollpflicht nach vielen Autoren nicht vollständig unabhängig vom Unternehmensinteresse bestimmen ließe (67 f.). Dies hängt mit der wertungsmäßigen Unterscheidung zusammen, die von vielen Autoren zwischen der aktienrechtlichen Legalitäts- und der aktienrechtlichen Legalitätskontrollpflicht gezogen wird (68 f.).

Grundsätzlich unstrittig ist, dass die Ausgestaltung einer Compliance-Organisation – auch wenn diese erforderlich ist – im Ermessen der Unternehmensleitung steht (70). Umstritten sind jedoch mögliche ermessensreduzierende Faktoren und die Anwendung der BJR im Aktienrecht (70 f.).

Einheitliche Standards oder eine *best practice* haben sich jedoch trotz der Herausbildung gewisser Basiselemente und der praktischen Verbreitung bestimmter Maßnahmen nicht herausgebildet (75 f.). Die Compliance-Aufgabe und das Risikomanagement weisen in Unternehmen de facto viele Überschneidungen auf (78 f.), auch wenn diese Funktionen im Aufsichtsrecht gesondert definiert werden (79).

§ 6 Das Problem der Rechtsgrundlage

Wichtigste Rechtsquelle für die branchenübergreifende Legalitätskontrollpflicht ist die sog. Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensorganisation, bzw. § 130 OWiG (81). Auch die Diskussion im Aktienrecht über eine rein unternehmerische Perspektive oder über eine Verstärkerfunktion muss in Abhängigkeit zu § 130 OWiG gesehen werden, wobei hinzukommt, dass Compliance-Risiken jenseits der Verpflichtung nach § 130 OWiG schon aus unternehmerischen Gründen zum Handeln zwingen können (83).

Eine sog. „Gesamtanalogie“ hinsichtlich aufsichtsrechtlicher Vorschriften wird als Rechtsquelle abgelehnt (85 f.) und eine mögliche „Ausstrahlungswirkung“ wird schon methodisch zumeist als unzulässig erachtet (87 f.). Zum Teil sollen jedoch aufsichtsrechtliche Normierungen im Einzelfall im Aktienrecht übernommen werden dürfen, sofern dies aus branchenübergreifender Perspektive sinnvoll erscheine (88 f.). Die Vergleichbarkeit der Regelungsentwürfe wird jedoch zum Teil als problematisch gesehen (91 f.).

Ein Einfluss privater oder außergesetzlicher Standards wie der DCGK und der IDW PS 980 scheidet grundsätzlich daran, dass diese kein staatliches Recht darstellen (97 f.). Möglich ist ein Einfluss über sog. Inklusionsnormen, indem der aktienrechtlichen Sorgfaltsmaßstab konkretisiert wird (99 f.). Eine Verkehrssitte setzt jedoch eine langjährige und einverständliche Übung der Verkehrskreise voraus (99). Auch wenn technisches Expertenrecht nach einer eigenständigen Prüfung durch die Rechtsprechung den Sorgfaltsmaßstab konkretisieren kann, soll dies für den DCGK und den IDW PS 980 nicht gelten; diese seien mit technischen Regeln nicht vergleichbar (100). Trotzdem sollen dem DCGK und dem IDW PS 980 zum Teil rechtliche Wirkungen zukommen im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung oder einer möglichen Verschiebung der Beweislast (100 f.). Dies wird insbesondere hinsichtlich der rein betriebswirtschaftlichen Prüfung des IDW-Standards kritisch gesehen (101 f.).

Gewisse organisatorische Anforderungen sind im Aktiengesetz durch § 91 Abs. 2 AktG normiert. Dessen Reichweite ist jedoch umstritten. Zum Teil wird darin eine Verpflichtung im Sinne eines betriebswirtschaftlichen *risk managements* gesehen (103). Im Rahmen von Publizitäts- und Kontrollpflichten hat diese Begrifflichkeit auch im Aktienrecht Einzug gefunden (103 f.). Man kann insofern von „mittelbarer Regulierung“ sprechen (105). Die herrschende Meinung in der Literatur sieht jedoch keine Verpflichtung für ein umfassendes Risikomanagement durch § 91 Abs. 2 AktG gegeben (104 f.). Wegen der Beschränkung auf bestandsgefährdende Risiken

tauge § 91 Abs. 2 AktG zudem nicht als Rechtsgrundlage für die Legalitätskontrollpflicht, auch wenn § 91 Abs. 2 AktG eine partielle Verrechtlichung von Rechtsrisiken vorsehe (106 f.).

Bezüglich der aktienrechtlichen Legalitätspflicht ist umstritten, ob diese einen zwingenden Gleichlauf zwischen externer Pflichtenbindung der Gesellschaft und Vorstandspflichten bedeutet. Einige Autoren meinen, schon wegen möglicher Reputationschäden sei ein zwingender Gleichlauf gegeben (109). Ein das wirtschaftliche Interesse überlagerndes Gesetzesvollzugsinteresse lässt sich nach Meinung vieler Autoren nicht unmittelbar aus aktienrechtlichen Normen herleiten, auch wenn diese zum Teil auf die Gesetzesinhaltung verweisen. Diese Normen haben zumeist schon keine öffentlichen Interessen zum Ziel (109 f.). Einige Autoren sehen allerdings § 396 Abs. 1 AktG als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, wonach das öffentliche Interesse der Normbefolgung dem Gesellschaftsinteresse vorgeschaltet sei (111). Zum Teil wird derselbe Schluss aus der generalpräventiven Funktion der Organhaftung hergeleitet (112 f.), zum Teil aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der beispielhaft in § 134 BGB Ausdruck finde (113). Insbesondere *Brock* kritisiert, dass die Rechtsordnung keinen unbedingten Gleichlauf vorsehe, sondern unterschiedliche Wirkungsweisen und Mechanismen; ein öffentliches Interesse an der Normbefolgung könne nur im Fall eines Vollzugsdefizits hergeleitet werden, das aber nicht festzustellen sei (114).

Differenzierungen einer unbedingten Normbefolgung werden auch nach h.M. in Fällen von Vertragspflichten und bei unklarer Rechtslage vorgenommen (114 f.). Problematisch ist die öffentliche Funktion der Legalitätspflicht zudem im Schadensrecht, zum einen wegen einer möglichen Vorteilsausgleichung bei sog. nützlichen Pflichtverletzungen, zum anderen wegen der Regressfähigkeit von Geldbußen, die nach den bußgeldrechtlichen Vorschriften allein die Gesellschaft treffen sollen (119 f.). Nach h.M. sollen bußgeldrechtliche Vorschriften nicht unmittelbar im Aktienrecht gelten (121). Faktisch wird eine Angleichung jedoch vorgenommen, um eine Existenzvernichtung des pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitglieds zu vermeiden (122).

§ 7 Fazit zur rechtlichen Diskussion

Auch wenn sich der Maßstab der branchenübergreifenden Legalitätskontrolle trotz der jedenfalls für einige Unternehmen praktisch gestiegenen Anforderungen in der Sache nicht wesentlich verändert hat, lassen sich Elemente vormals rein bereichsspezifischer Organisationsanforderungen auch in den branchenübergreifend praktisch verbreiteten Standards wiederfinden. Auch in der dogmatischen Begriffsverwendung von Compliance-Organisationen fließt somit der regulatorische Hintergrund mit ein, obwohl sich dies nicht unmittelbar auf den rechtlichen Maßstab auswirkt (123 f.). Vor allem Faktoren aus dem rechtlichen Umfeld der Pflicht haben zu den insgesamt gestiegenen Anforderungen geführt, so neue Regularien und Schutzinteressen, der Einfluss der Öffentlichkeit und das harte Durchgreifen der Verfolgungsbehörden; durch die veränderten Umstände ist die Legalitätskontrolle schon zum rein unternehmerischen Interesse geworden und die praktische Relevanz der dogmatischen Diskussion ist aus dieser Perspektive gering (124 f.).

Trotzdem lassen sich in der Dogmatik sehr unterschiedliche Begründungsansätze und Positionen zur Legalitätskontrolle wiederfinden; vor allem unter Einbezug der gesamten Breite der Diskussion (125). Dies zeigt sich vor allem hinsichtlich der Ermessensgrenzen, der aktienrechtlichen Perspektive auf die Legalitätskontrolle, der Frage der Anwendbarkeit der BJR sowie einer möglichen Ermessensreduzierung auf Null im Einzelfall, der Möglichkeit verpflichtender Standards, des Einflusses von Aufsichtsrecht und *soft law* (125 f.). Abstrakt

lässt sich auf der einen Seite die Position feststellen, wonach jegliche Bindung des Vorstands an im weitesten Sinne öffentliche Interessen abgestritten und auch die Legalitätskontrolle zuvorderst anhand unternehmerischer Gesichtspunkte ausgestaltet sein müsse, mit einem großen Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung (125 f.). Demgegenüber lässt sich eine Tendenz abstrahieren, auch im Privatrecht einen Einfluss im weitesten Sinne öffentlicher Interessen und regulativer Wertungen vom Ansatz her zuzulassen (125 f.). Dadurch wird die unternehmerische Perspektive bei der Legalitätskontrolle auf Fälle der Disproportionalität reduziert, eine Ermessensreduzierung auch auf Null und mögliche verpflichtende Standards vom Grundsatz her gestattet (126 f.). Die herrschende Meinung ist zum Teil zwischen diesen Polen anzusiedeln, grundsätzlich jedoch skeptisch, was eine explizite Übernahme öffentlicher Wertungen und verpflichtender Standards anbelangt (127).

Gleichzeitig lässt sich feststellen, dass Tendenzen regulatorischer Elemente – im Sinne einer politischen, gesellschaftlichen Zwecksetzung im Gegensatz zur sog. Rahmenfunktion – auch in der branchenübergreifenden Pflichtenlage sichtbar werden; in Form einer praktischen Übernahme neuer Schutzinteressen, einer teilweisen Übernahme regulatorischer organisatorischer Anforderungen und des praktischen Einflusses privater Standards (128). Die regulativen Elemente zeigen sich mittelbar durch die Installation von Berichtspflichten und *soft law*-Instrumenten, ebenfalls in der Schaffung von § 91 Abs. 2 AktG als Ansatz einer Regulierung der Organisation auch im Aktienrecht (128). Zudem müssen Rechtsfortbildungen genannt werden, so die Betonung einer öffentlichen Normvollzugsfunktion in Form der Legalitätspflicht und des Angleichs an bußgeldrechtliche Wertungen (128 f.). Mittelbar zeigt sich dies anhand der Diskussionen um eine Ausstrahlungswirkung und die allgemein anzutreffende Einsicht eines veränderten rechtspolitischen Stimmungsbildes, so einer zunehmend anerkannten Sozialbindung von Unternehmen, der Instrumentalisierung des Wettbewerbsrechts und akademischer Arbeiten zur Regulierung im Privatrecht (129).

Die gesamte Breite der Diskussion ist sehr komplex, vor allem Fragen der demokratischen Legitimation einer weitergehenden Indienstnahme der privatrechtlichen Mechanismen wird vielfach betont; trotzdem zeigt sich auch der Einfluss ungeschriebener Wertungen in der Diskussion (130). Das lässt sich insbesondere im Aktienrecht ablesen, dessen grundsätzliche Ausrichtung durch den Gesetzgeber zwar seit den 1990er Jahren insgesamt stärker auf den Kapitalmarkt hin orientiert wurde, im Ganzen nach wie vor jedoch keine rein ökonomisierte Zielsetzung hat, wie sich auch in den Gesetzgebungsmaterialien, z.B. zur BJR ausgedrückt findet. In der Gesamtheit der regulativen Maßnahmen, auch außerhalb des Aktienrechts, lässt sich zudem sehr wohl auch eine demokratisch legitimierte im weitesten Sinne regulative Zielsetzung vom Ansatz her begründen.

Abstrakt lässt sich somit in der Auslegung ein Privatrechtsverständnis herauslesen, das hier als privatrechtsliberal bezeichnet wird (131). Privatrechtsliberalismus meint im Kern eine Vorstellung des Rechts, die zunächst von einer grundsätzlich vorstaatlichen homogenen Ordnung von Individuen ausgeht. Recht ist aus dieser Perspektive keine soziale Institution, sondern allein eine Einschränkung der individuellen Freiheit. Es legitimiert sich damit, einen Rahmen für den individuellen Austausch herzustellen und diesen abzusichern. Das Recht reguliert diesen Austausch nicht, vielmehr erfolgt dies über die natürliche Ordnung. In der Diskussion um die Legalitätskontrolle zeigt sich dieses Verständnis, indem der unternehmerische Verantwortungsmaßstab nach wie vor im Sinne eines Schädigungsverbots ausgestaltet ist, was sich selbst noch in der Begründung der Legalitätspflicht als Verbot der Gemeinwohlschädigung im Gegensatz zur unzulässigen Pflicht der Gemeinwohlförderung ausdrückt (131 f.). Selbst noch in der Begründung über die Einheit der Rechtsordnung, so auch

für eine mögliche Ausstrahlungswirkung lässt sich der Privatrechtsliberalismus wiederfinden (132). Erst recht zeigt sich dieses Verständnis in der Perspektive eines quasi vorrechtlichen, natürlichen Aktieneigentums (132). Der Einfluss des sog. Neoliberalismus zeigt sich in der Betonung einer möglichst umfassenden Handlungsfreiheit des Aktienvorstandes (132).

Demgegenüber lässt sich eine Position formulieren, die sich vom Ansatz her auf ein hier so bezeichnetes demokratisch-institutionelles Privatrechtsverständnis stützt (132). Wesentlich für dieses Verständnis ist die Vorstellung vom Privatrecht als staatlichem, demokratischem Recht, geprägt vom Gedanken eines modernen, in der Verfassung verankerten Liberalismus. Es ist daher nicht an bestimmte feste Wertungsprinzipien gebunden, sondern ein Verständnis von Recht, das von einer stetigen Auseinandersetzung mit den Wirklichkeitsbedingungen und Wirklichkeitsfolgen rechtlicher Strukturen geprägt ist (133). Für die Dogmatik der Legalitätskontrollpflicht geht es vor allem um die konsequente Anerkennung der regulativen Funktion sowohl der Legalitäts- als auch der Legalitätskontrollpflicht und eine stärkere Berücksichtigung des durch unterschiedliche Gesetzesvorhaben deutlich werdenden regulationstheoretischen Hintergrunds (133 f.); also darum: 1. Den Vertrauensgrundsatz als Maßstab zu überwinden und die Legalitätskontrolle rein anhand empirischer und wissenschaftlicher Erkenntnisse über das Verhalten in Organisationen und der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit der konkreten Gesetzesübertretung im jeweiligen Unternehmen auszurichten. 2. Im Rahmen der Erforderlichkeit Compliance-Organisationen insgesamt stärker als öffentliche Institutionen anzuerkennen, die gleichzeitig den unternehmerischen Interessen nicht von vornherein entgegengestellt sind, sondern Organisationsabläufe zunächst nur dynamisieren sollen. 3. Auch gesetzliche oder privat gesetzte Standards als zum Teil zwingend oder jedenfalls normativ relevant zu begreifen, soweit diese durch eine breite aufsichtsrechtliche Normierung legitimiert sind oder durch eine institutionalisierte Praxis, die demokratischen Grundsätzen genügen kann.

Diese dogmatische Position ist keine unmittelbare Konsequenz des anderen Privatrechtsverständnisses, vielmehr soll gerade hier konsequent der Wille des Gesetzgebers beachtet werden (135). Hier wird die Position eingenommen, wonach der Gesetzgeber das Aktienrecht nicht allein als Instrument einer kapitalmarktorientierten Finanzierungsform geschaffen hat, was im Kern auch der h.M. zur branchenübergreifenden Legalitätskontrollpflicht entspricht. Insofern stellt die demokratisch-institutionelle Perspektive zunächst allein einen alternativen Begründungsansatz dar. Anders ist es hinsichtlich der nach dem Willen des Gesetzgebers gewollten Reichweite dieser regulativen Funktion. Hier wurde eine Position eingenommen, die vor allem aus den Veränderungen im rechtlichen Umfeld eine solche Intention herleitet – wobei auch aktienrechtliche Instrumente des *soft laws* und das Aufstellen bestimmter organisatorischer Anforderungen im Rahmen des Risikomanagements in diese Richtung deuten – sowie aus den Zweifeln am Shareholder Value und dem Modell der absoluten Ökonomisierung der unternehmensrechtlichen Strukturen (135 f.).

3. Teil: Kritik des Privatrechtsliberalismus

§ 8 Vorüberlegung und theoretische Verortung

Der „Privatrechtsliberalismus“ wird hier als rechtliches Prinzip verstanden, was zunächst Bedenken Rechnung trägt, wonach die Rechtswirklichkeit auch des Privatrechts nicht auf liberale Wertungen reduziert werden könne (138 f.). Dies geht einher mit der Annahme einer strukturell bedingten „Offenheit“ des geschriebenen Rechts für Wertungen, die zum Teil durch Präjudizien in das Recht eingeschrieben, zum Teil aus der Gesellschaft in dieses hineingetragen wird (142 f.).

Der Privatrechtsliberalismus wird zudem als hermeneutisches Vorverständnis, als Ideologie kritisiert und ein politischer Charakter in dieser Frage unterstellt, der auf den grundlegenden Konflikt der Gesellschaft über die wesentlichen Vorstellungen von Ordnung und Welt verweist (148 f.). Die Kritik verfolgt hier einen sog. kulturtheoretischen Ansatz, der davon ausgeht, dass die Strukturen der Modern und die Fragen des politischen Zusammenlebens von historischen und kulturell bedingten Vorstellungen beeinflusst ist (154 f.).

§ 9 Historisch-kulturelle Entwicklung des Privatrechtsliberalismus

Der Privatrechtsliberalismus muss im unmittelbaren Zusammenhang mit historischen, kulturellen und politischen Veränderungen und Konstellationen betrachtet werden. Er steht in Verbindung zur Neuzeit, die jedoch nicht losgelöst vom Mittelalter betrachtet werden kann. Die Neuzeit ist der Zustand, den die Gesellschaft des Mittelalters erreichte, als die gesellschaftliche Entwicklung eine neue Komplexitätsstufe erklimmte und neue Ordnungsentwürfe notwendig wurden (158 f.). Die göttliche Einheit des Mittelalters (157) zerbrach (160). Im neuzeitlichen Denken entsteht das Problem einer für die Menschen kontingenten Welt, in der sie selbst Ordnung aktiv herstellen müssen (163 f.). Hierbei stützen sich die Menschen auf ein neues, wissenschaftliches Wissen, wonach hinter den Wirkungsweisen der Welt mit den Mitteln der Logik aufschlüsselbare Gesetze stecken würden (164 f.). Das Individuum und die individuelle Glückseligkeit traten in den Blick (164 f.), auch wurde ein Privatrecht gedanklich von einem öffentlichen Recht geschieden (165 f.), allerdings war beides noch von der Perspektive des Staatsganzen gedacht (166 f.).

Liberalismus bezeichnet grundsätzlich die politische und rechtliche Stärkung des Bürgertums und die Umstellung der Wirtschaft vom feudalen und merkantilistischen System auf Marktmechanismen. Die Ursachen waren dafür in den europäischen Ländern jedoch unterschiedlich. In England begannen sich liberale Strukturen schon im 17. Jahrhundert durchzusetzen (169 f.), in Frankreich blieben die Monarchie und der Adel bis zur französischen Revolution politisch und wirtschaftlich tonangebend (170 f.). Noch später kam der Liberalismus zum deutschen Reich, in dem der Liberalismus mangels politisch und wirtschaftlich starkem Bürgertum „von oben“ verordnet wurde und konservative Kräfte durchgehend präsent blieben (171 f.). Der Liberalismus zeigte sich so in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auch in der Gegnerschaft zur Arbeiterbewegung, was auch die Behauptung des unpolitischen Charakters der Juristerei in dieser Zeit erklärt (174 f.). Zugleich begünstigte die starke konservative Tradition in Deutschland die Entstehung des sog. Interventionsstaates (176 f.).

§ 10 Privatrechtsliberalismus

Der Privatrechtsliberalismus führt in vielen Belangen Gedanken des Naturrechts und des frühneuzeitlichen Denkens fort – der individualistische Ansatz wird nun allerdings radikalisiert und politisch gedeutet (178 f.). Das Recht verliert so jede überindividuelle Zwecksetzung und soll nur noch Rahmen des freien, privaten Austausches sein (179 f.). Dabei gründet sich das Weltbild noch auf frühneuzeitlichen Vorstellungen im Sinne einer von den wirklichen Verhältnissen abstrahierten, schematischen Betrachtungsweise (181 f.). Entscheidend war, das Privatrecht methodisch zu isolieren und damit gegen einen Wandel zu immunisieren (182 f.).

Dabei wandelten sich viele dieser Überzeugungen schon im 19. Jahrhundert. Armut und Unfälle wurden als gesellschaftlich zu lösendes Problem erkannt, aus der abstrakten Individualität wurden die Menschen als von wirklichen Umständen abhängig konzipiert (185 f.) und liberale Grundsätze des Privatrechts wurden durch Gesetze und Rechtsfortbildungen zurückgedrängt (187 f.). Trotzdem blieb und bleibt der Privatrechtsliberalismus als

Begründungslast erhalten (190 f.). Vor allem wurde der Privatrechtsliberalismus neu interpretiert, indem eine beschränkte Funktionalisierung propagiert wurde, die jedoch wiederum allein auf Schaffung der „natürlichen Ordnung“ ausgerichtet blieb (193 f.).

Eine Besonderheit ist der sog. Neoliberalismus. Zum Teil ist er allein eine zeitgeistbedingte Wiederbelebung „klassisch“ privatrechtsliberaler Denkmuster (198 f.), zum Teil stehen Entwicklungen, die mit dem Neoliberalismus im Zusammenhang stehen, damit jedoch in direkter Spannung (200). Im eigentlichen Sinne neoliberal lassen sich Überlegungen bezeichnen, die ausgehend von wirtschaftswissenschaftlichen Theorien eine Funktionalisierung rechtlicher Regeln in deren Sinne propagieren, wobei diese Überlegungen oftmals mit erheblichen Erweiterungen zu „klassisch“ liberalen Ansätzen einhergehen (200 f.).

§ 11 Privatrechtsliberalismus im Aktienrecht

Das Aktienrecht steht beispielhaft für den Privatrechtsliberalismus und nimmt doch eine Sonderrolle ein. Historisch ist die gesamtgesellschaftliche Relevanz des Aktienrecht durchgehend anerkannt. Schon vor dem 19. Jahrhundert wurde eine zu große Vermögenskumulation als politisches Problem gesehen und reguliert (202 f.). Auch im 19. Jahrhundert blieben politische Vorbehalte am Institut der AG erhalten (203 f.). Trotzdem zeigte sich auch in der Entwicklung des AktG im 19. Jahrhundert die privatrechtsliberale Vorstellung einer Regulierung über „natürliche“ Marktkräfte (204). Mit Ende des 19. Jahrhunderts kam den Aktiengesellschaften in Form von Kartellen eine neue wirtschaftspolitische Bedeutung zu (205). Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde die gesamtgesellschaftliche Rolle in der Rechtswissenschaft explizit artikuliert und führte zu einer neuen Funktion des Aktienvorstands, der nun die AG eigenständig leiten sollte (205). In der Nachkriegszeit war die Wirtschaft von vielfältigen Verflechtungsbeziehungen zwischen Industrie und Banken geprägt, was von der Politik gefördert und wirtschaftspolitisch genutzt wurde (206 f.). Die Rolle des Vorstands war die eines Technokraten (208). Mit Ende der 1980er Jahre begann sich die sog. Deutschland-AG aufzulösen und stärker der Finanzierung über den Kapitalmarkt zuzuwenden, was zum Teil durch gesetzliche Reformen gefördert, zum Teil durch die beteiligten Akteure selbst angestoßen wurde (209 f.).

Hintergrund dieser Veränderung sind vorwiegend wirtschaftswissenschaftliche Überlegungen gewesen. Danach wird die Aktiengesellschaft unter der Perspektive eines Auseinanderfallens von Eigentum und Kontrolle betrachtet (211 f.). Dieses Problem kann durch ein internes System von Beteiligungs- und Kontrollrechten aufgefangen werden oder einem externen System, das wesentlich auf unterschiedliche Marktmechanismen setzt (212). Letzteres wird von „der“ ökonomischen Theorie als effektivste und effizienteste Variante betrachtet (212 f.). Dies setzt jedoch das Funktionieren des Informationsmechanismus des Kapitalmarkts voraus und einen Minderheitenschutz (213 f.). Nach „der“ ökonomischen Unternehmenstheorie soll die Unternehmensleitung allein auf die bilanzielle Mehrung des Shareholder Value ausgerichtet sein, dies sei letztlich im Interesse aller Beteiligten (215 f.).

Die Annahmen dieser Theorie werden vielfach kritisiert. Zum Teil wird argumentiert, der Interessenmonismus ginge auf Kosten anderer Gruppen, insbesondere der Arbeitnehmer (217 f.), was sich auch empirisch nachweisen ließe (219). Auch die Effizienzgewinne werden empirisch in Zweifel gezogen (219 f.). Überhaupt lassen psychologische Untersuchungen von Entscheidungssituationen Zweifel am Rationalitätsparadigma „der“ ökonomischen Theorie aufkommen und insbesondere in Organisationen wird der soziale Kontext und persönliches Vertrauen als Faktor in den Fokus gerückt (220).

Eine Besonderheit des Aktienrechts ist die Diskussion um dessen Grundausrichtung. Die Frage ist, ob das Handeln des Vorstands lediglich auf die Anteilsnehmer oder auch auf weitere Bezugsgruppen ausgerichtet sein müsse. Hier werden zum Teil gegenteilige Schlüsse aus der historischen Perspektive gezogen (222 f.). Ein interessenpluralistischer Ansatz wird oft aus der Entscheidung des historischen Gesetzgebers zur Eigenverantwortlichkeit des Vorstands und dem Begriff des Unternehmensinteresses hergeleitet (224 f.). Auch das Grundgesetz wird zum Teil für gegensätzliche Interpretationen herangezogen (225 f.). Ein wichtiges Argument für einen Interessenmonismus findet sich in der privatrechtsliberalen Perspektive und „der“ ökonomischen Unternehmenstheorie (226 f.).

§ 12 Fazit zum Privatrechtsliberalismus

Nach Analyse der wesentlichen Elemente des Privatrechtsliberalismus lässt sich dieser leicht in der Diskussion um die branchenübergreifende Legalitätskontrolle wiederfinden, vor allem in den Haftungsgrundsätzen, dem Verhältnis zum Aufsichtsrecht und sogar im Verhältnis zu privaten Standards (228 f.).

Der historische Überblick sollte verdeutlichen, dass die „natürliche“ Freiheit des Privatrechtsliberalismus tatsächlich eine gesellschaftliche Konstruktion darstellt und im Zusammenhang mit der gesellschaftlichen und politischen Entwicklung der Neuzeit gesehen werden muss (230 f.). Ebenso wie mit dem Ende des Mittelalters neue Ordnungsprobleme zu einem neuen Weltbild drängten, wird diese Entwicklung durch den Liberalismus in den europäischen Ländern fortgeführt, indem immer heterogenere Interessenlagen und die Entdeckung des Marktes den Individualismus förderten.

Das Freiheitsverständnis des Privatrechtsliberalismus ist gerade nicht „formal“, sondern steht in untrennbarem Zusammenhang der Vorstellung einer „natürlichen“ Ordnung, die tatsächlich die gesellschaftliche Erfindung eines imaginären Raums abstrakter Individualität und scheinbar „natürlich“-mathematischer Prinzipien darstellte (231 f.).

Dadurch bedeutet der Privatrechtsliberalismus das Aufrechterhalten eines Bildes der Wirklichkeit, das durch die gesellschaftliche Entwicklung längst überholt ist (232 f.).

Der Privatrechtsliberalismus ist somit ideologisch in einem radikalen Sinne, indem er eine rein fiktive Gerechtigkeit produziert und zudem über die wirklichen Verhältnisse und den wirklichen Zweck mit dem Begriff der „Natur“ täuscht (233 f.). Der Privatrechtsliberalismus ist gerade nicht neutral, sondern bezweckt die Förderung bestimmter Interessen und eine faktische Verteilung; zudem ist er im Kern undemokratisch.

Das Bild des Rahmens hat sich jedoch erhalten, weil sich das scheinbar formale Freiheitsverständnis leicht an gewandelte gesellschaftliche Vorstellungen anpassen konnte und das Privatrecht auf den Erhalt der „natürlichen“ Ordnung in einem beschränkten Sinne funktionalisiert wurde (235). Eine Besonderheit ist der Neoliberalismus als theoretische Strömung, der schon für sich eine Weiterentwicklung privatrechtsliberaler Annahmen darstellt und immanent eine Weiterentwicklung der eigenen Annahmen bedingt (236).

Der Privatrechtsliberalismus zeigt sich beispielhaft im Aktienrecht, obwohl historisch eine gesellschaftspolitische Funktion verankert wurde und auch die Reformen seit den 1990er Jahren sich nicht einseitig in die Richtung des Privatrechtsliberalismus deuten lassen; auch die Kritik an „der“ ökonomischen Unternehmenstheorie bedingt ein Umdenken (237 f.).

Entscheidend für ein anderes Privatrechtsverständnis ist aus hier vertretener Perspektive, die ideologische Abschottung des Privatrechts vor einem gesamtgesellschaftlichen Bezug zu

überwinden und das Privatrecht in der demokratischen Verfassungsordnung aufgehen zu lassen (238 f.). Im Begriff der Institution soll einerseits der tatsächlich bestehende Bezug des Privatrechts zur gesamten (regulativen) staatlich-rechtlichen Architektur und zur Gesellschaft als solcher ausgedrückt werden und andererseits die Kontingenz dieses Verhältnisses, die mit dem Begriff der „Natur“ überdeckt wird. Dem Funktionalismus, der aus dieser Perspektive nahe liegt, soll jedoch mit der Betonung des demokratischen Charakters dieses Verständnisses begegnet werden. Entscheidend ist, die Freiheitsgarantien des Liberalismus nicht über Bord zu werfen, sondern diesem ein modernes Gepräge zu geben, in der Freiheit und Gleichheit keine ideologische Fiktion mehr sind, sondern praktisch im demokratisch-verfassungsrechtlichen Prozess ständig mit der Wirklichkeit und den sich wandelnden Bedürfnissen abgewogen und angepasst werden. Dieses Verständnis lässt sich schon jetzt im Recht herauslesen, es bleibt jedoch nach wie vor politisch, obwohl es auf eine Ent-Ideologisierung im radikalen Sinn ausgerichtet ist (240 f.).

Literaturverzeichnis

- Abelshauer, Werner*, Wirtschaftliche Wechsellagen, Wirtschaftsordnung und Staat: Die deutschen Erfahrungen, in: *Grimm, Dieter* (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, 199 ff.
- Ahern, Deirdre*, Turning Up the Heat? EU Sustainability Goals and the Role of Reporting under the Non-Financial Reporting Directive, ECFR 2016, 599 ff.
- Altenbach, Thomas/Dierkes, Kevin*, EU-Whistleblowing-Richtlinie und DSGVO, CCZ 2020, 126 ff.
- Altmeyen, Holger*, Haftung für Delikte „aus dem Unternehmen“, dargestellt am Fall „Dieselgate“, ZIP 2016, 97 ff.
- Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 10. Aufl., München 2021 (zitiert: *Altmeyen, GmbHG*)
- Amstutz, Marc*, Konzernorganisationsrecht: Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, Bern 1993
- Amstutz, Marc/Abegg, Andreas/Karavas, Vaois*, Soziales Vertragsrecht. Eine rechtsevolutorische Studie, Zürich 2006
- Armbrüster, Christian*, Haftung der Geschäftsleiter bei Verstößen gegen § 64 a VAG, VersR 2009, 1293 ff.
- Arnold, Arnd*, Die Steuerung des Vorstandshandelns: eine rechtsökonomische Untersuchung der Principal-Agent-Problematik in Publikumskapitalgesellschaften, München 2007
- Arnold, Michael*, Verantwortung und Zusammenwirken des Vorstands und Aufsichtsrats bei Compliance-Untersuchungen, ZGR 2014, 76 ff.
- Assmann, Hans-Dieter*, Das künftige deutsche Insiderrecht, AG 1994, 237 ff.
- Auer, Marietta*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Tübingen 2005
- Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014
 - Privatrechtsentwicklung in der Moderne: Ein Triptychon, in: *Grimm, Dieter/Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph* (Hrsg.), Rechtswege, Baden-Baden 2015, 14 ff.
 - Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216 (2016), 239 ff.
 - Der privatrechtliche Diskurs der Moderne revisited, KJ 2020, 45 ff.
- Bachmann, Gregor*, Private Ordnung: Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006
- Haftung des AG-Vorstandes wegen eines mangelhaften Compliance-Systems („Siemens“), ZIP 2014, 579 ff.
 - Compliance - Rechtsgrundlagen und offene Fragen, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007 - Jahrestagung der gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, Köln 2008, 65 ff. (zitiert: *Bachmann, VGR*)
 - Reformbedarf bei der Business Judgment Rule?, ZHR 177 (2013), 1 ff.
 - Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule, WM 2015, 105 ff.

- Interne Ermittlungen – ohne Grenzen?, ZHR 180 (2016), 563 ff.
 - Die Beschränkung der Organhaftung nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts, ZIP 2017, 841 ff.
- Bachmann, Gregor/Prüfer, Geraf, Korruptionsprävention und Corporate Governance, ZRP 2005, 109 ff.*
- Badiou, Alain, Ist Politik denkbar?, Berlin 1985*
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Beck'scher Kurzkommentar Handelsgesetzbuch, München 2021 (zitiert: Baumbach/Hopt-Bearbeiter)*
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred (Hrsg.), Beck'scher Kurzkommentar Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 22. Aufl., München 2019 (zitiert: Baumbach/Hueck-Bearbeiter)*
- Baur, Alexander/Holle, Philipp Maximilian, Hinweisgebersysteme aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive, AG 2017, 379 ff.*
- Ergänzungen und Anpassungen des Deutschen Corporate Governance Kodex 2017, NZG 2017, 170 ff.
 - Compliance-Defense bei der Bußgeldbemessung und ihre Einpassung in das gesellschaftsrechtliche Pflichtenprogramm, NZG 2018, 14 ff.
 - Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht nach der (Nicht-)Entscheidung des BAG – Zugleich Besprechung von BAG, Urteil vom 29.06.2017, Az.: 8 AZR 189/15, ZIP 2018, 459 ff.
 - Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes – Eine erste Einordnung, ZRP 2019, 186 ff.
- Bayer, Walter, Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen, in: Bitter, Georg u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, 85 ff. (zitiert: Bearbeiter, FS Schmidt (2009))*
- Bayer, Walter/Scholz, Philipp, Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung, NZG 2014, 926 ff.*
- Bebchuk, Lucian/Grinstein, Yaniv, The Growth of Executive Pay, Oxford Review of Economic Policy, Vol. 21, No. 2 (2005), 283 ff.*
- Beck, Ulrich, Risikogesellschaft, Frankfurt a.M. 1986*
- Beck, Ulrich/Giddens, Anthony/Lash, Scott, Reflexive Modernisierung, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2014*
- Beck, Susanne/Marschelke, Jan-Christoph, Critical Legal Studies, in: Hilgendorf, Eric/Jorden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, 284 ff.*
- beck-online.GROSSKOMMENTAR,
- *Henssler, Martin (Gesamthrg.), Aktiengesetz, Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.), München 2021 (zitiert: BeckOGK-Bearbeiter)*
 - *Gsell, Beate u.a. (Gesamthrg.), BGB, Artz, Markus u.a. (Hrsg.), München 2021 (zitiert: BeckOGK-BGB-Bearbeiter)*
- Behringer, Stefan, Die Antikorruptionsbewegung und die Compliance-Revolution. Überlegungen zum Ursprung des Compliance-Managements, ZRFC 2018, 88 ff.*

- Beyer, Jürgen, Deutschland AG a.D.: Deutsche Bank, Allianz und das Verflechtungszentrum des deutschen Kapitalismus, in: Streeck, Wolfgang/Höpner, Martin (Hrsg.), Alle Macht dem Markt? Fallstudien zur Abwicklung der Deutschland AG, Frankfurt a.M. 2003, 118 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Alle Macht dem Markt?)*
- Bicker, Eike, Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, AG 2014, 8 ff.*
- Bierbricher, Thomas, Neoliberalismus zur Einführung, 3. Aufl., Hamburg 2018 (zitiert: *Bierbricher*, Neoliberalismus)*
- Binder, Sven, Vorstandshandeln zwischen öffentlichem und Verbandsinteresse, ZGR 2013, 760 ff.*
- Organisationspflichten und das Finanzdienstleistungs-Unternehmensrecht: Bestandsaufnahme, Probleme, Konsequenzen, ZGR 2015, 667 ff.
 - Der Aufsichtsrat von Kreditinstituten drei Jahre nach dem „Regulierungstsunami“ – eine Bestandsaufnahme, ZGR 2018, 88 ff.
- Bings, Sophie Luise, Änderungen des DCGK betreffen Compliance Management Systeme, CCZ 2017, 118 ff.*
- Birke, Max, Das Formalziel der Aktiengesellschaft. Eine juristische und ökonomische Analyse der Pflicht der Organe der Aktiengesellschaft zur Berücksichtigung der Interessen von Nichtaktionären, Baden-Baden 2005 (zitiert: *Birke*, Formalziel)*
- Blair, Margaret M./Stout, Lynn A., Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law, University of Pennsylvania Law Review, Vol 149 (2001), 1735 ff.*
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1991*
- Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a.M. 1991
- Boehm, Felicitas, Compliance-Organisation im Wertpapierbereich, in: Park, Tido (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2019, Teil 2, Kapitel 2.2*
- Böhm, Franz, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933*
- Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO Vol. 17 (1966), 75 ff.
- Böttcher, Lars, Bankvorstandshaftung im Rahmen der Sub-Prime Krise, NZG 2009, 1047 ff.*
- Compliance: Der IDW PS 980 – Keine Lösung für alle (Haftungs-)Fälle!, NZG 2011, 1054 ff.
- Bottmann, Ute, Criminal Compliance, in: Park, Tido (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2019, Teil 2, Kapitel 2.1*
- Braithwaite, John, Regulatory Capitalism, Cheltenham (UK) 2008*
- Breimann, Hendrik/Schwetzel, Anja, Prüfung von Tax Compliance Management Systemen nach IDW PS 980: Prüfungsarten, Prüfungsvorgehen und Wirkung des Testats, DSTR, 2017, 2626 ff.*
- Brock, Karl, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, Berlin 2017 (zitiert: *Brock*, Legalitätsprinzip)*
- Brüggemeier, Gert, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin 2006*

Buck-Heeb, Petra, Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage, BB 2013, 2247 ff.

- Informationsorganisation im Kapitalmarktrecht: Compliance zwischen Informationsmanagement und Wissensorganisationspflichten, CCZ 2009, 18 ff.
- Wissenszurechnung und Informationsmanagement, in: *Hauschka, Christoph E./Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas* (Hrsg.), Corporate Compliance, 3. Aufl., München 2016, § 2

Bürgers, Tobias, Compliance in Aktiengesellschaften, ZHR 189 (2015), 173 ff.

Bürkle, Jürgen, Corporate Compliance - Pflicht oder Kür für den Vorstand der AG?, BB 2005, 565 ff.

- Compliance als Aufgabe des Vorstands der AG – Die Sicht des LG München I, CCZ 2015, 52 ff.
- Einleitung, in: *Bürkle, Jürgen/Hauschka, Christoph* (Hrsg.), Der Compliance Officer, München 2015, § 1
- Die Bußgeldrelevanz des Compliance-Managements, BB 2018, 525 ff.
- Compliance in Versicherungsunternehmen, 3. Aufl., München 2020

Bullinger, Martin, Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung, Stuttgart u.a. 1968

Bunte, Hermann-Josef, Regress gegen Mitarbeiter bei kartellrechtlichen Unternehmensgeldbußen, NJW 2018, 123 ff.

Bunting, Nikolaus, Rechtsgrundlage und Reichweite der Compliance in Aktiengesellschaft und Konzern, ILF Working Paper Series No. 132 (2012)

Burkart, Mike/Panunzi, Fausto, Takeovers, ECGI Working Paper Series in Finance No. 118/2006

Busekist, Konstantin von/Hein, Oliver, Der IDW PS 980 und die allgemeinen rechtlichen Mindestanforderungen an ein wirksames Compliance Management System (1) – Grundlagen, Kultur und Ziele, CCZ 2012, 41 ff.

Bussmann, Kai D., Integrität durch nachhaltiges Compliance Management über Risiken, Werte und Unternehmenskultur, CCZ 2016, 50 ff.

Bussmann, Kai D./Nestler, Claudia/Salvenmoser, Steffen u.a., Wirtschaftskriminalität 2005, Frankfurt a.M. 2005

- Wirtschaftskriminalität 2010, Frankfurt a.M. 2010
- Wirtschaftskriminalität 2013, Frankfurt a.M. 2013
- Wirtschaftskriminalität 2016, Frankfurt a.M. 2016
- Wirtschaftskriminalität 2018, Frankfurt a.M. 2018

Bydlinski, Franz, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), 319 ff.

Cahn, Andreas, Corporate Governance und Strafrecht – einleitende Gedanken aus der Sicht eines Gesellschaftsrechtlers, in: *Kempf, Eberhard* u.a. (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers. Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, Berlin 2009, 1 ff.

Callies, Galf-Peter, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999

Canaris, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983

- Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 ff.
- Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: *Badura, Peter/Rupert, Scholz* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens : Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, 873 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Lerche (1993))
- Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273 ff.
- Grundrechte und Privatrecht : Eine Zwischenbilanz. Stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, Berlin u.a. 2013

Canaris, Claus-Wilhelm/*Larenz*, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Heidelberg 1995

Casper, Matthias, Rechtliche Grundlagen und aktuelle Entwicklungen der Compliance am Beispiel des Kapitalmarktrechts, in: *Hadding, Walther/Hopt, Klaus J. /Schimansky, Herbert* (Hrsg.), Verbraucherschutz im Kreditgeschäft - Compliance in der Kreditwirtschaft, Berlin 2008, 139 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Verbraucherschutz im Kreditgeschäft)

Clarke, Thomas, Deconstructing the Mythology of Shareholder Value: A Comment on Lynn Stout's „The Shareholder Value Myth“, Accounting, Economics, and Law: A Convivum, Vol. 3, Issue 1 (2013), 15 ff.

Coase, Ronald, The problem of social cost, The Journal of Law and Economics, Vol. 3 (1960), 1 ff.

Deakina, Simon/*Gindis*, David/*Hodgson*, Geoffrey M./*Huang*, Kainan/*Pistor*, Katharina, Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law, Journal of Comparative Economics 45 (2017), 188 ff.

Easterbrook, Frank H./*Fishel*, Daniel R., The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge 1991

Eberle, Dagmar, Governance in der politischen Ökonomie II: Corporate Governance, in: *Benz, Arthur/Dose, Nicolai* (Hrsg.), Governance - Regieren in komplexen Regelsystemen, 2. Aufl., Wiesbaden 2010, 155 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Governance)

Eidenmüller, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen 1995

- Kapitalgesellschaftsrechts im Spiegel der ökonomischen Theorie, JZ 2001, 1041 ff.

Eisele, Dieter, Insiderrecht und Compliance, WM 1993, 1021 ff.

Engert, Andreas, Why manager liability fails at controlling systemic risk, in: *Lomfeld*, Bertram u.a. (Hrsg.), Reshaping Markets. Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia, Cambridge (UK) 2016, 161 ff.

Engert, Andreas/*Goldlücke*, Susanne, Why agents need discretion: The business judgment rule as optimal standard of care, University of Mannheim Working Paper Series 13-4

Eufinger, Alexander, Zu den historischen Ursprüngen der Compliance, CCZ 2012, 21 ff.

Diederichsen, Uwe, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171 ff.

Dittmers, Claudia, Wertorientiertes Compliance-Management, Baden-Baden 2018 (zitiert: *Dittmers, Compliance-Management*)

Dreher, Meinrad, Überformung des Aktienrechts durch die Rechtsprechung von Straf- und Verwaltungsgerichten, AG 2006, 213 ff.

- Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern. Vorstandshandeln zwischen aktienrechtlichem Legalitätsprinzip und kartellrechtlicher Unsicherheit, in: *Dauner-Lieb, Barbara* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, 85 ff. (zitiert: *Bearbeiter, FS Konzen (2006)*)
- Ausstrahlungen des Aufsichtsrechts auf das Aktienrecht, ZGR 2010, 496 ff.
- Die Vorstandsverantwortung im Geflecht von Risikomanagement, Compliance und interner Revision, in: *Kindler, Peter* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, 161 ff. (zitiert: *Bearbeiter, FS Hüffer (2010)*)
- Nicht delegierbare Geschäftsleiterpflichten, in: *Grundmann, Stefan* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin 2010, Bd. 1, 517 ff. (zitiert: *Bearbeiter, FS Hopt (2010)*)

Dworkin, Ronald, Bürgerrechte ernst genommen, Frankfurt a.M. 1990

Eisle, Dieter, Verhaltensregeln und Compliance, in: *Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., München 2007, § 109

Esser, Josef, Vorverständnis und Methodenwahl, Frankfurt a.M. 1972

Ewald, François, Der Vorsorgestaat, Frankfurt a.M. 1993

Faber, Erasmus, Anreizbasierte Regulierung von Corporate Compliance, Baden-Baden 2014 (zitiert: *Faber, Anreizbasierte Regulierung*)

Fehrenbach, Elisabeth, Vom Ancien Régime bis zum Wiener Kongress, 5. Aufl., Berlin u.a. 2008

Felix, Dagmar, Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998

Fischer, Jan-Benedikt, Ausstrahlungswirkungen im Recht. Anforderungen an Compliance und Risikomanagement im Bankaufsichts- und Aktienrecht, Berlin 2018 (zitiert: *Fischer, Ausstrahlungswirkungen*)

Fleischer, Holger, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstands im Aktienrecht, AG 2001, 171 ff.

- Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht ZIP 2003, 1 ff.
- Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, AG 2003, 291 ff.
- Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141 ff.
- Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder, in: *ders.* (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl., München 2006, § 7 (zitiert: *Bearbeiter, in: Hb. Vorstandsrecht*)

- Überwachungspflicht der Vorstandsmitglieder, in: *ders.* (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl., München 2006, § 8 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hb. Vorstandsrecht)
- Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1 ff.
- Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321 ff.
- Gesetzliche Unternehmenszielbestimmungen im Aktienrecht – Eine vergleichende Bestandsaufnahme, ZGR 2017, 411 ff.
- Corporate Social Responsibility, AG 2017, 509 ff.
- Unternehmensinteresse und intérêt social: Schlüsselfiguren aktienrechtlichen Denkens in Deutschland und Frankreich, ZGR 2018, 703 ff.

Fligstein, Neil, Is globalization the cause of the crises of welfare states?, San Domenico (Italien) 1998

Fligstein, Neil/*Shin*, Taekjin, Shareholder Value and the Transformation of the U.S. Economy, 1984–2001, Sociological Forum, Vol. 22, No. 4 (2007), 399 ff.

Flügel-Martinsen, Oliver, Befragungen zum Politischen: Subjektkonstitution – Gesellschaftsordnung – Radikale Demokratie, Wiesbaden 2016

Flume, Werner, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: *Cammerer*, Ernst von u.a. (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, Karlsruhe 1960, Bd. 1, 135 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (1960))

Fögen, Marie Theres, Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems, RG 1 (2002), 14 ff.

Forgó, Nikolaus/*Somek*, Alexander, Nachpositivistisches Rechtsdenken, in: *Buckel*, Sonja/*Christensen*, Ralph/*Fischer-Lescano*, Andreas (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Tübingen 2020, 123 ff.

Foucault, Michel, Die Ordnung der Dinge: Eine Archäologie der Humanwissenschaften, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 1989

- Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernamentalität II - Geschichte der Gouvernamentalität II. Vorlesungen am Collège de France 1978/1979, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2015

Fox, Justin/*Lorch*, Jay W., What Good Are Shareholders?, Harvard Business Review, Vol. 90, No. 7 (2012), 49 ff.

Franck, Jens-Uwe, Marktordnung durch Haftung. Legitimation, Reichweite und Steuerung der Haftung auf Schadensersatz zur Durchsetzung marktordnenden Rechts, Tübingen 2016

Frankenberg, Günter, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: *Buckel*, Sonja/*Christensen*, Ralph/*Fischer-Lescano*, Andreas (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Tübingen 2020, 171 ff.

Friedman, Lawrence M., Legal culture and the welfare state, in: *Teubner*, Gunther (Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin 1986, 13 ff.

Friedmann, Milton, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, The New York Times Magazine, 13.09.1970, 12 ff.

Galbraith, John Kenneth, *The New Industrial State*, Boston (USA) 1967

Gebauer, Stefan/*Niermann*, Stephan, Compliance in der Banken- und Wertpapierdienstleistungsbranche, in: *Hauschka*, Christoph E./*Moosmayer*, Klaus/*Lösler*, Thomas (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 3. Aufl., München 2016, § 48

Gerstenberg, Oliver, Privatrecht, Demokratie und die lange Dauer der bürgerlichen Gesellschaft, *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), 152 ff.

Gierke, Otto, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889

Glinski, Carola, *Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards*, Baden-Baden 2011 (zitiert: *Glinski*, *Private Regulierung*)

Goette, Wulf, Haftung, in: *Hommelhoff*, Peter/*Hopt*, Klaus J. /*Werder*, Axel v. (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, 2. Aufl., Köln 2009, 713 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, Hb. *Corporate Governance*)

- Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften zwischen Rechtspflicht und Opportunität, *ZHR* 175 (2011), 388 ff.

Granovetter, Mark, Economic Action and Social Structure: the Problem of Embeddedness, in: *Grundmann*, Stefan/*Micklitz*, Hans W./*Renner*, Moritz (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, Tübingen 2015, Bd. 2, 2033 ff.

Green, Leslie/*Adams*, Thomas, Legal Positivism, in: *Zalta*, Edward N. u.a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> zuletzt aufgerufen am 25. Mai 2021

Greenfield, Kent, *The Failure of Corporate Law. Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, Chicago (USA) 2008

- Reclaiming Corporate Law in a New Gilded Age, *Harvard Law & Policy Review* 2008, 1 ff.

- The End of Contractarianism?: Behavioral Economics and the Law of Corporations, in: *Zamir*, Eyal/*Teichman*, Doron (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford 2014, 518 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Oxford Hb. of Behavioral Economics and Law*)

Grigoleit, Hans Christoph, *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, *ZHR* 181 (2017), 160 ff.

- (Hrsg.), *Aktiengesetz*, 2. Aufl., München 2020 (zitiert: *Grigoleit-Bearbeiter*)

Grimm, Dieter, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt 1987 (zitiert: *Grimm*, *Bürgerliche Gesellschaft*)

- *Die Zukunft der Verfassung*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1994

Grohmann, Uwe, *Das Informationsmodell im Europäischen Gesellschaftsrecht*, Berlin 2006 (zitiert: *Grohmann*, *Informationsmodell*)

Großfeld, Bernhard, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen 1968 (zitiert: *Großfeld*, *Aktiengesellschaft*)

- *Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe*, Heidelberg 1977

Großkommentar AktG, *Hirte*, Heribert/*Mülbert*, Peter O./*Roth*, Markus (Hrsg.),

- Bd. 4/1, 5. Aufl., Berlin 2015 (zitiert: *GK-Bearbeiter*)

- Bd. 4/2, 5. Aufl., Berlin 2015 (zitiert: *GK-Bearbeiter*)

Grundmann, Stefan, Ausbau des Informationsmodells im Europäischen Gesellschaftsrecht, *DStR* 2004, 232 ff.

- Privatrecht und (Institutionen-)Ökonomik. Thema, Theorien und Kontext, Diskussion, in: *Grundmann, Stefan/Micklitz, Hans W./Renner, Moritz* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, Tübingen 2015, Bd. 1, 167 ff.
- Privatautonomie, Vertragsfunktion und „Richtigkeitschance“? Thema, Theorien und Kontext, Diskussion, in: *Grundmann, Stefan/Micklitz, Hans W./Renner, Moritz* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, Tübingen 2015, Bd. 1, 875 ff.

Grundmeier, Charlotte, Rechtspflicht zur Compliance im Konzern, Köln 2012 (zitiert: *Grundmeier, Compliance*)

Habermas, Jürgen, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 15. Aufl., Darmstadt und Neuwied 1984

- Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992
- Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, Frankfurt a.M. 1995

Habersack, Mathias, Managerhaftung, *Karlsruher Forum* 2009, 5 ff.

- Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in: *Burgard, Ulrich u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag*, Köln 2011, 429 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Uwe H. Schneider (2011))
- Grund und Grenzen der Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats der AG, *AG* 2014, 1 ff.

Hansmann, Henry/Kraakmann, Reinier, The End of History for Corporate Law, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 89 (2001), 439 ff.

- The Contractualization of Organizational Law, in: *Grundmann, Stefan u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*, Berlin 2010, Bd. 1, 747 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hopt (2010))

Harnos, Rafael, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage. Eine Untersuchung am Beispiel des Kartellrechts, Berlin 2013, (zitiert: *Harnos, Geschäftsleiterhaftung*)

Harzenetter, Tobias, Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für so genannte nützliche Pflichtverletzungen, Hamburg 2008, (zitiert: *Harzenetter, Innenhaftung*)

Hauschka, Christoph E., Compliance am Beispiel der Korruptionsbekämpfung, *ZIP* 2004, 877 ff.

Hauschka, Christoph E./Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas, Einführung, in: *dies.* (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 3. Aufl., München 2016, § 1

Harbarth, Stephan, Anforderungen an die Compliance-Organisation in börsennotierten Unternehmen, *ZHR* 179 (2015), 136 ff.

- Unternehmensorganisation und Vertrauensgrundsatz im Aktienrecht, *ZGR* 2017, 211 ff.

Harbarth, Stephan/Brechtel, Micha, Rechtliche Anforderungen an eine pflichtgemäße Compliance-Organisation im Wandel der Zeit, *ZIP* 2016, 241 ff.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, *Grottsch, Klaus* (Hrsg.), Hamburg 2017

Hegnon, Oliver, Aufsicht als Leitungspflicht Umfang persönlich wahrzunehmender Aufsichtspflichten von Geschäftsleitern bei vertikaler Arbeitsteilung aus gesellschafts- und strafrechtlicher Sicht, CCZ 2009, 57 ff.

Heidegger, Martin, Sein und Zeit, 19. Aufl., Tübingen 2006

Heinig, Hans Michael, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom »sozialen« Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, Tübingen 2008

Heinrich, Christian, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Tübingen 2000

Hellgardt, Alexander, Regulierung und Privatrecht: Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016

Herzog, Lisa, Markets, in *Zalta, Edward N.* u.a. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2019, <https://plato.stanford.edu/entries/law-ideology/> zuletzt aufgerufen am 25. Mai 2021

Hiß, Stefanie, Corporate Social Responsibility. Über die Durchsetzung von Stakeholder-Interessen im Shareholder-Kapitalismus, Berliner Debatte Initial 18 (2007), 6 ff.

- Corporate Social Responsibility – Innovation oder Tradition?, *zfwu* 10/3 (2009), 287 ff.

Hobbes, Thomas, Hobbes's Leviathan, Oxford (UK) u.a. 1952 (1641)

- Vom Menschen. Vom Bürger. Elemente der Philosophie II/III, *Gawlick, Günter* (Hrsg.), 2. Aufl., Hamburg 1967

Höfling, Wolfgang, Professionelle Standards und Gesetz, in: *Trute, Hans-Heinrich* u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, 45 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: *AllgVerwR*)

Hölters, Wolfgang, Aktiengesetz, 3. Aufl, München 2017 (zitiert: *Hölters-Bearbeiter*)

Höpner, Martin/Jackson, Gregory, Entsteht ein Markt für Unternehmenskontrolle? Der Fall Mannesmann, in: *Streeck, Wolfgang/Höpner, Martin* (Hrsg.), Alle Macht dem Markt? Fallstudien zur Abwicklung der Deutschland AG, Frankfurt a.M. 2003, 147 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Alle Macht dem Markt?*)

Hofer, Sybille, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussion im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001

- Das Aktiengesetz von 1884 – ein Lehrstück für prinzipielle Schutzkonzeptionen, in: *Bayer, Walter/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007, Bd. 1, 338 ff.

Hoffmann, Andreas C./Schieffer, Anita, Pflichten des Vorstands bei der Ausgestaltung einer ordnungsgemäßen Compliance-Organisation, NZG 2017, 401 ff.

Hofmann, Hasso, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, Berlin 1998 (zitiert: *Hofmann*, *Das Recht des Rechts*)

Holle, Philipp Maximilian, Rechtsbindung und Business Judgment Rule, AG 2011, 778 ff.

- Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht. Tübingen 2014 (zitiert: *Holle*, *Legalitätskontrolle*)

- Die Binnenhaftung des Vorstands bei unklarer Rechtslage, AG 2016, 270 ff.

Hopt, Klaus J., *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken. Gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute, München 1975 (zitiert: *Hopt*, Kapitalanlegerschutz)

- Insiderwissen und Interessenkonflikte im europäischen und deutschen Bankrecht, in: *Kübler, Friedrich/Mertens, Hans-Joachim/Werner, Winfried* (Hrsg.), Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, Berlin 1991, 289 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Heinsius (1991))
- Corporate Governance von Finanzinstituten, ZGR 2017, 438 ff.

Honneth, Axel, Pathologien der Vernunft, Frankfurt a.M. 2007

Horowitz, Morton J., The History of the Public/Private Distinction, University of Pennsylvania Law Review 1982, 1423 ff.

Hüffer, Uwe, Der Vorstand als Leitungsorgan und die Mandats- sowie Haftungsbeziehungen seiner Mitglieder, in: *Bayer, Walter/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007, Bd. 2, 334 ff.

- Compliance im Innen- und Außenrecht der Unternehmen, in: *Altmeyden, Holger/Fitz, Hanns/Honsell, Heinrich* (Hrsg.), Festschrift für Günther H. Roth zum 70. Geburtstag, München 2011, 299 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS G. H. Roth (2011))

Hüffer, Uwe/*Koch*, Jens, Beck'scher Kurzkommentar Aktiengesetz, 15. Aufl., München 2021 (zitiert: *Hüffer-Bearbeiter*)

Hülsberg, Frank M./*Laue*, Jens C., Einführung, in: *Inderst, Cornelia/Bannenberg, Britta/Poppe, Sina* (Hrsg.), Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl., Karlsruhe 2017, Einführung

Ihrig, Hans-Christoph, Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG, WM 2004, 2098 ff.

Immenga, Ulrich, Compliance als Rechtspflicht nach Aktienrecht und Sarbanes-Oxley-Act, in: *Windbichler, Christine* u.a. (Hrsg.), Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, München 2009, 199 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Schwark (2009)

Immenga, Ulrich/*Mestmäcker*, Ernst (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., München 2019 (zitiert: *Immenga/Mestmäcker-GWB-Bearbeiter*)

Ipsen, Dirk/*Pfizinger*, Krise in der Deutschland AG: Der Fall AEG, in: *Streeck, Wolfgang/Höpner, Martin* (Hrsg.), Alle Macht dem Markt? Fallstudien zur Abwicklung der Deutschland AG, Frankfurt a.M. 2003, 60 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Alle Macht dem Markt?)

Jackson, Gregory/*Petraki*, Anastasia, Understanding Short-termism: the Role of Corporate Governance, Stockholm (Schweden) 2011

Jaeggi, Rahel, Was ist Ideologiekritik?, in: *Jaeggi, Rahel/Wesche, Tilo* (Hrsg.), Was ist Kritik?, Frankfurt a.M. 2009, 266 ff.

Jansen, Nils, Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003

Gesetzliche Schuldverhältnisse. Eine historische Strukturanalyse, AcP 216 (2016), 112 ff.

- Rechtswissenschaft und Rechtssystem: Sieben Thesen zur Positivierung des Rechts und zur Differenzierung von Recht und Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2018
- Jensen, Michael C./Meckling, William H.*, Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, No. 4 (1976), 305 ff.
- Jensen, Michael C./Murphy, Kevin J.*, CEO Incentives: It's Not How Much You Pay, But How, *Harvard Business Review*, Vol. 68, No. 3 (1990), 138 ff.
- Jhering, Rudolph*, Gesammelte Aufsätze, Jena 1881
- Joas, Hans*, Die Sakralität der Person: Eine neue Genealogie der Menschenrechte, Frankfurt a.M. 2015
- Joerges, Christian*, Rationalisierungsprozesse im Recht der Produktsicherheit: Öffentliches Recht und Haftungsrecht unter dem Einfluß der Europäischen Integration, in: *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, *Marburger, Peter* (Hrsg.), Heidelberg 1994, 141 f.
- Jung, Alexander*, Datenschutz-(Compliance-)Management-Systeme – Nachweis- und Rechenschaftspflichten nach der DS-GVO, *ZD* 2018, 208 ff.
- Kant, Immanuel*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil*, *Bernd, Ludwig* (Hrsg.), 4. Aufl., Hamburg 2018
- Kaufhold, Ann-Katrin*, Transfer und Transformation ökonomischen Wissens im Recht der Bankenaufsicht, in: *Augsberg, Ino* (Hrsg.), *Extrajuridisches Wissen Im Verwaltungsrecht*, Tübingen 2013, 168 ff.
- Kaufmann, Franz-Xaver*, Diskurse über Staatsaufgaben, in: *Grimm, Dieter* (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994, 15 ff.
- Kennedy, Duncan*, Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review* 1976, 1685 ff.
- Kersting, Wolfgang*, Probleme der politischen Philosophie des Sozialstaats, in: *ders.* (Hrsg.), *Politische Philosophie des Sozialstaats*, Weilerswist 2000, 17 ff.
- Kette, Sven*, Organisationsprobleme wissensorientierter Regulierung. Der Fall Bankenregulierung, in: *Bora, Alfons/Henkel, Anna/Reinhard, Carsten* (Hrsg.), *Wissensregulierung und Regulierungswissen*, Weilerswist 2014, 219 ff.
- Khan, Lina M.*, Amazon's Antitrust Paradox, *The Yale Law Journal* Vol. 126 (2016-2017), 710 ff.
- Kirchner, Christian*, Zur ökonomischen Theorie der juristischen Person - Die juristische Person im Gesellschaftsrecht im Lichte der Institutionenökonomik, in: *Damm, Reinhard u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005*, Berlin 2005, 181 ff. (zitiert: *Bearbeiter, FS Th. Raiser* (2005))
- Klatt, Matthias*, Juristische Hermeneutik, in: *Hilgendorf, Eric/Jorden, Jan C.* (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart 2017, 224 ff.
- Klindt, Thomas/Pelz, Christian/Theusinger, Ingo*, Compliance im Spiegel der Rechtsprechung, *NJW* 2010, 2385 ff.
- Klix, Julia Christine*, *Privatrechtstheorie und Wirtschaft von 1967 bis 1982*, Bern 2017
- Klöhn, Lars*, Die (Ir-)Relevanz der Wissenszurechnung im neuen Recht der Ad-hoc-Publizität und des Insiderhandelsverbots, *NZG* 2017, 1285 ff.

Koch, Jens, Koch, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), ZGR 2006, 769 ff.

- Compliance-Pflichten im Unternehmensverbund?, WM 2009, 1013 ff.
- Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, ZGR Sonderheft 19 (2015), 65 ff.

Köhler, Matthias, Der Markt für Unternehmenskontrolle, in: Hopt, Klaus J./Wohlmannstetter, Gottfried (Hrsg.), Corporate Governance von Banken, 1. Aufl., München 2011, 245 ff.

Kölbel, Ralf, Criminal Compliance – ein Missverständnis des Strafrechts?, ZStW 2013, 499 ff.

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.), Bd. 1/2, 3. Aufl., Köln 2010 (zitiert: KölnKomm-Bearbeiter)

Köndgen, Johannes, Privatisierung des Rechts, AcP 206 (2006), 477 ff.

Kordt, Philipp, Die Untersuchung von Compliance-Verstößen: Zusammenwirken und Wahrnehmung eigenständiger Verantwortung von Vorstand und Aufsichtsrat, Baden-Baden 2016

Kort, Michael, Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance, NZG 2008, 81 ff.

- Compliance-Pflichten von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern, in: *Grundmann, Stefan u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin 2010, Bd. 1, 983 ff. (zitiert: Bearbeiter, FS Hopt (2010))*
- Gemeinwohlbelange beim Vorstandshandeln, NZG 2012, 926 ff.

Kremer, Thomas/Klahold, Christoph, Compliance-Programme in Industriekonzernen, ZGR 2010, 113 ff.

- Risikobereich und Haftung: Compliance in Industrieunternehmen, in: *Krieger, Gerd/Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl., Köln 2017, § 25 (zitiert: Bearbeiter, in: Hb. Managerhaftung)*

Kremer/Thomas u.a. (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, 8. Aufl., München 2021 (zitiert: KBLW-Bearbeiter)

Kriele, Martin, Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 5. Aufl., Wiesbaden 1994

Kruse, Frauke, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung: Zur Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung unter dem Grundgesetz, Tübingen 2019

Kübler, Friedrich, Privatrecht und Demokratie, in: Bauer, Fritz u.a. (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen : Festschrift f. Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 643 ff. (zitiert: Bearbeiter, FS Raiser (1974))

- Effizienz als Rechtsprinzip: Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente, in: *Baur, Jürgen F. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a. 1990, 687 ff. (zitiert: Bearbeiter, FS Steindorff (1990))*
- Institutioneller Gläubigerschutz oder Kapitalmarkttransparenz?, ZHR 159 (1995), 550 ff.
- Gesellschaftsrecht als Rahmen der Interessenbalancierung, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, 225 ff.*

- Kuntz, Thilo*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang. Venture Capital in Deutschland und den USA, Tübingen 2016 (zitiert: *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften)
- Labinsky, Jonas*, Environmental Compliance: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Unternehmensorganisationspflichten in den USA und Deutschland mit Fokus auf dem Umweltrecht, Baden-Baden 2019
- Lahusen, Benjamin*, Alles Recht geht vom Volksgeist aus: Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft, Berlin 2013 (zitiert: *Lahusen*, Volksgeist)
- Lampert, Thomas*, Gestiegenes Unternehmensrisiko Kartellrecht - Risikoreduzierung durch Competition-Compliance-Programme, BB 2002, 2237 ff.
- Langenbacher, Katja*, Zur Auflösung von Systemspannungen zwischen Bankaufsichtsrecht und Privatrecht, in: *Grundmann, Stefan* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin 2010, Bd. 2, 2175 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hopt (2010))
- Bausteine eines Bankgesellschaftsrechts, ZHR 176 (2012), 652 ff.
 - Vorstandshaftung und Legalitätspflicht in regulierten Branchen, ZBB 2013, 16 ff.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Heidelberg 1960
- Lehrbuch des Schuldrechts Band 1: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zitiert: *Larenz*, SchuldR AT)
- Laux, Frank*, Die Lehre von Unternehmen an sich. Walter Rathenau und die aktienrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik, Berlin 1998
- Lazonick, William*, The Value-Extracting CEO: How Executive Stock-Based Pay Undermines Investment in Productive Capabilities, Institute for New Economic Thinking Working Paper No. 54 (2016)
- Leclerc, Stefanie*, Kartellgeldbußen als Schaden?, NZKart 2021, 220 ff.
- Lemke, Thomas*, Eine Kritik der politischen Vernunft: Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität, Berlin 1997
- Lepsius, Oliver*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: *Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver* (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008, 1 ff.
- Levi-Faur, David*, Regulatory Capitalism: The Dynamics of Change beyond Telecoms and Electricity, Governance, Vol. 19, Issue 3 (2006), 497 ff.
- Lieder, Jan*, Die 1. Aktienrechtsnovelle vom 11. Juni 1870, in: *Bayer, Walter/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007, Bd. 1, 318 ff.
- Lobel, Orly*, The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought, Minnesota Law Review, Vol. 89 (2004), 262 ff.
- Locke, John*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Frankfurt 1967
- Lodge, Martin*, Ian Ayres and John Braithwaite, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, in: *Lodge, Martin* u.a. (Hrsg.), Oxford Handbook of Classics in Public Policy and Administration, 559 ff.
- Lösler, Thomas*, Das moderne Verständnis von Compliance im Finanzmarktrecht, NZG 2005, 104 ff.

- Lohse, Andrea*, Schmiergelder als Schaden? Zur Vorteilsausgleichung im Gesellschaftsrecht, in: *Kindler, Peter* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, 581 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hüffer (2010))
- Loick, Daniel*, Juridismus, Berlin 2017
- Lomfeld, Bertram*, Die Gründe des Vertrages: Eine Diskurstheorie der Vertragsrechte, Tübingen 2015
- Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht, in: *Grünberger, Michael/Jansen, Nils* (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, Tübingen 2017, 151 ff.
- Ludwig, Jan*, Branchenspezifische Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance. Auswirkungen der Banken- und Versicherungsaufsicht auf den gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Ordnungsrahmen, Berlin 2012 (zitiert: *Ludwig*, Wirtschaftsaufsicht und Corporate Governance)
- Luhmann, Niklas*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993
- Lutter, Marcus*, Besprechung zu BGH, Urteil v. 23.6.1997, II ZR 132/93, JZ 1998, 50 ff.
- Mahlmann, Matthias*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 6. Aufl., Baden-Baden 2021
- Makowicz, Bartosz*, Integration neuer normativer, judikativer und administrativer Anforderungen in ein Compliance Management System, BB 2018, 556 ff.
- Marchart, Oliver*, Die politische Differenz: Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben, Berlin 2010
- Mattutat, Liza*, Das Problem der Unbestimmtheit des Rechts, KJ 2016, 496 ff.
- Matusche-Beckmann, Annemarie*, Das Organisationsverschulden, Tübingen 2001
- Maume, Philipp*, Staatliche Rechtsdurchsetzung im deutschen Kapitalmarktrecht: eine kritische Bestandsaufnahme, ZHR 180 (2016), 358 ff.
- Maunz, Theoder/Dürig, Günter* u.a. (Hrsg.), Grundgesetz, 92. Ergänzungslieferung, München 2020 (zitiert: *Maunz/Dürig-Bearbeiter*)
- Maus, Ingeborg*, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus, München 1980
- Mayntz, Renate*, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, MPIfG Working Paper No. 04/1 (2004)
- Menke, Christoph*, Kritik der Rechte, Berlin 2015
- Merkt, Hanno*, Selbstkontrolle und Staatsaufsicht bei der Corporate Governance, in: *Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J. /Werder, Axel* v. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2. Aufl., Köln 2009, 686 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, Hb. Corporate Governance)
- Managerhaftung im Finanzsektor: Status Quo und Reformbedarf, in *Erle, Bernd./Goette, Wulf* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, 711 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hommelhoff (2012))
 - Compliance und Risikofrüherkennung in kleinen und mittleren Unternehmen, ZIP 2014, 1705 ff.
 - Geschäftsleiter zwischen Zivil- und Strafrecht: Die Perspektive des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, ZGR 2016, 201 ff.

Mestmäcker, Ernst, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441 ff.

- Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), 235 ff.
- Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, Rechtshistorisches Journal 10 (1991), 177 ff.

Micklitz, Hans W., Demokratie und Privatrecht. Thema, Theorien und Kontext, Diskussion, in: *Grundmann, Stefan/Micklitz, Hans W./Renner, Moritz* (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Tübingen 2015, Bd. 1, 708 ff.

- Organisation und öffentliche Güter. Thema, Theorien und Kontext, Diskussion, in: *Grundmann, Stefan/Micklitz, Hans W./Renner, Moritz* (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Tübingen 2015, Bd. 1, 1654 ff.
- Risiko, Delikt und Haftung. Thema, Theorien und Kontext, Diskussion, in: *Grundmann, Stefan/Micklitz, Hans W./Renner, Moritz* (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Tübingen 2015, Bd. 2, 1142 ff.

Mitsch, Wolfgang, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, München 2018 (zitiert: *KK-Bearbeiter*)

Möllers, Christoph, Staat als Argument, Tübingen 2011

Möllers, Thomas M. J., Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht: Präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen, Tübingen 1996 (zitiert: *Möllers, Rechtsgüterschutz*)

- Sekundäre Rechtsquellen – Eine Skizze zur Vermutungswirkung und zum Vertrauensschutz bei Urteilen, Verwaltungsvorschriften und privater Normsetzung, in: *Bauer, Jobst-Hubertus u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, München 2009, 649 ff. (zitiert: *Bearbeiter, FS Buchner* (2009))

Mohr, Jochen, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht: Domestizierung wirtschaftlicher Macht durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge, Tübingen 2015 (zitiert: *Mohr, Vertragsfreiheit*)

Monnheimer, Maria/Nedelcu, Philip, Wirtschaft und Menschenrechte – Kommt ein Sorgfaltspflichtengesetz?, ZRP 2020, 205 ff.

Moosmayer, Klaus, Modethema oder Pflichtprogramm guter Unternehmensführung?, NJW 2012, 3013 ff.

- Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Aufl., München 2015

Morris, Ian, Wer regiert die Welt?, Frankfurt a.M. 2011

Mülbert, Peter O., Grundsatz- und Praxisprobleme der Einwirkungen des Art. 14 GG auf das Aktienrecht, in: *Grundmann, Stefan u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin 2010, Bd. 1, 1039 ff. (zitiert: *Bearbeiter, FS Hopt* (2010))

- Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129 ff.
- Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766 ff.

- Mülbert, Peter O./Wilhelm, Alexander*, Risikomanagement und Compliance im Finanzmarktrecht – Entwicklung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen, ZHR 178 (2014), 502 ff.
- Müller, Hans-Friedrich*, Geschäftsleiterhaftung und Vertrauen auf fachkundigen Rat, DB 2014, 1301 ff.
- Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, *Hoffmann-Becking, Michael* (Hrsg.), Bd. 4, 5. Aufl., München 2020 (zitiert: MHB. GesR-Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, *Goette, Wulf/Habersack, Mathias* (Hrsg.),
- Bd. 2, 5. Aufl., München 2019 (zitiert: MüKo-AktG-Bearbeiter)
 - Bd. 3, 4. Aufl., München 2018 (zitiert: MüKo-AktG-Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Säcker, Jürgen u.a.* (Hrsg.),
- Bd. 1, 8. Aufl., München 2018 (zitiert: MüKo-BGB-Bearbeiter)
 - Bd. 2, 8. Aufl., München 2019 (zitiert: MüKo-BGB-Bearbeiter)
 - Bd. 7, 8. Aufl., München 2020 (zitiert: MüKo-BGB-Bearbeiter)
- Münchener Handbuch zum GmbHG, *Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.), Bd. 2, 3. Aufl., München 2019 (zitiert: MüKo-GmbHG-Bearbeiter)
- Neuhaus, Ralf*, Compliance-Systeme und Vorfelddermittlungen, in: *Lüderssen, Klaus/Kempff, Eberhard/Volk, Klaus* (Hrsg.), Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, Berlin 2010, 348 ff.
- Niesen, Peter/Eberl, Oliver*, Demokratischer Positivismus: Habermas und Maus, in: *Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas* (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Tübingen 2020, 13 ff.
- Nietsch, Michael*, Geschäftsleiterermessen und Unternehmensorganisation bei der AG, ZGR 2015, 631 ff.
- Compliance-Risikomanagement als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZHR 180 (2016), 733 ff.
- Nolte, Norbert/Michaelis, Marcel*, Der Entwurf des Verbandssanktionengesetzes: neue Compliance-Pflichten für Vorstände und Geschäftsführer?, BB 2020, 1154 ff.
- Oechsler, Jürgen*, Der kapitalmarkt- und börsenrechtliche Regelungsrahmen, in: *Bayer, Walter/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007, Bd. 2, 150 ff.
- Ogorek, Regina*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986
- Oppenheim, Robert*, Die Pflicht des Vorstands zur Einrichtung einer auf Dauer angelegten Compliance-Organisation, DStR 2014, 1063 ff.
- Osterkamp, Thomas*, Juristische Gerechtigkeit: Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen 2004
- Ott, Claus*, Systemwandel im Wettbewerbsrecht, in: *Bauer, Fritz u.a.* (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen : Festschrift f. Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 403 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Raiser (1974))

- Ott, Nicolas*, Anwendungsbereich der Business Judgment Rule aus Sicht der Praxis – Unternehmerische Entscheidungen und Organisationsermessen des Vorstands, ZGR 2017, 149 ff.
- Ottmann, Henning*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 3, Teilband 3, Stuttgart u.a. 2008
- Paefgen, Walter G.*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der Aktiengesellschaft, Köln 2002 (zitiert: *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen)
- Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgement Rule im künftigen UMAG, AG 2004, 246 ff.
 - Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, AG 2014, 554 ff.
 - „Compliance“ als gesellschaftsrechtliche Organpflicht?, WM 2016, 433 ff.
- Pahlow, Louis*, Aktienrecht und Aktiengesellschaft zwischen Revolution und Reichsgründung. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, in: *Bayer, Walter/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007, Bd. 1, 237 ff.
- Pant, Michael*, What comes next?, CCZ 2017, 49 f.
- Pape, Jonas*, Zur Wirksamkeit von Corporate Compliance, CCZ 2009, 233 ff.
- Pauker, Werner*, Unternehmen – Risiko – Haftung: Die Funktion der Geschäftsleiterhaftung vor dem Hintergrund der Steuerung und Verteilung unternehmerischer Risiken, Baden-Baden 2008
- Pelz, Christian*, Strafrechtliche und zivilrechtliche Aufsichtspflicht, in: *Hauschka, Christoph E./Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas* (Hrsg.), Corporate Compliance, 3. Aufl., München 2016, § 5
- Pendleton, Andrew/Gospel, Howard*, Corporate Governance and Labor, in: *Wright, Douglas Michael* u.a. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Corporate Governance, Oxford 2013, 634 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Oxford Hb. Corporate Governance)
- Pistor, Katharina*, Corporate Governance durch Mitbestimmung und Arbeitsmärkte, in: *Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J. /Werder, Axel v.* (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2. Aufl., Köln 2009, 231 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, Hb. Corporate Governance)
- Polanyi, Karl*, The Great Transformation: politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1990
- Poppe, Sina*, Ausgangslage und Historie, in: *Inderst, Cornelia/Bannenber, Britta/Poppe, Sina* (Hrsg.), Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl., Karlsruhe 2017, 1. II
- Porscher, Ralf*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: *Siekmann, Jan-R.* (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, Baden-Baden 2007, 59 ff.
- Potacs, Michael*, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2019
- Prantl, Heribert*, Der Kolumbus der Rechtswissenschaft, Süddeutsche Zeitung, 12.09.2008, 16 ff.
- Raiser, Ludwig*, Vertragsfreiheit und Vertragsfunktion, in: *Cammerer, Ernst* von u.a. (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, Karlsruhe 1960, Bd. 1, 101 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (1960))

- Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Esser, Josef* (Hrsg.), *Summum ius - summa iniuria: Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*. Ringvorlesung, gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des *Dies academicus* Wintersemester 1962/63, Tübingen 1963, 145 ff.
 - Die Zukunft des Privatrechts, Berlin 1974
 - Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- u. Wirtschaftsrecht aus 3 Jahrzehnten, Kronberg im Taunus 1977
- Raiser, Thomas*, Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung in mitbestimmten Aktiengesellschaften, in: *Bauer, Fritz* u.a. (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen: Festschrift f. Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1974, 355 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Raiser (1974))
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*, *Recht der Kapitalgesellschaften: ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 6. Aufl., München 2015
- Ranskiak, Andreas/Hüls, Silke*, *Strafrecht zur Regulierung der Wirtschaft*, ZGR 2009, 157 ff.
- Rappaport, Alfred*, *Creating Shareholder Value: The New Standard for Business Performance*, New York u.a. 1986
- Rehmann, Jan*, *Einführung in die Ideologietheorie*, Hamburg 2008
- Reckwitz, Andreas*, *Die Politik der Moderne aus kulturtheoretischer Perspektive: Vorpolitische Sinnhorizonte des Politischen, symbolische Antagonismen und das Regime der Gouvernementalität*, in: *Schwelling, Birgit* (Hrsg.), *Politikwissenschaft als Kulturwissenschaft*, Wiesbaden 2004
- Die Erfindung der Kreativität. Zum Prozess gesellschaftlicher Ästhetisierung, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2014
 - Kreativität und soziale Praxis. Studien zur Sozial- und Gesellschaftstheorie, Bielefeld 2016
- Reichert, Jochem*, *Corporate Compliance und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in: *Krieger, Gerd/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten* (Hrsg.), *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum Geburtstag*, München 2013, 943 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hoffmann-Becking (2013))
- Reform des § 43 GmbHG durch Angleichung an § 93 AktG und Pflichtenspezifizierung?, ZGR 2017, 671 ff.
- Reiling, Katharina*, *Der Hybride: Administrative Wissensorganisation im privaten Bereich*, Tübingen 2016
- Renner, Moritz*, *Werte im Privatrecht. Thema, Theorien und Kontext, Diskussion*, in: *Grundmann, Stefan/Micklitz, Hans W./Renner, Moritz* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, Tübingen 2015, Bd. 1, 536 ff.
- Reppen, Tilman*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen 2001
- Reuter, Dieter*, *Der Einfluß der Mitbestimmung auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht*, AcP 179 (1979), 509 ff.
- Die ethischen Grundlagen des Privatrechts — formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP 189 (1989), 199 ff.

- Riesenhuber, Karl*, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, in: *ders.* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen 2009, 1 ff.
- Röh, Lars/Oppenheim, Robert*, Verhältnis von Wertpapier-Compliance zu anderen Funktionen des Risikomanagements, in: *Renz, Hartmut/Hense, Dirk/Marbeiter, Andreas* (Hrsg.), Wertpapier-Compliance in der Praxis, 2. Aufl., Berlin 2019, Teil III.1
- Roellecke, Gerd*, Vom Privileg zum Eigentum: Zur Entwicklung der Wirtschaftsverfassung, Der Staat, 1991, 379 ff.
- Roth, Markus*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands: Handlungsspielräume und Haftungsrisiken insbesondere in der wirtschaftlichen Krise Unternehmerisches Ermessen, München 2001 (zitiert: *Roth*, Unternehmerisches Ermessen)
- Rotsch, Thomas*, Criminal Compliance, ZIS 2010, 614 ff.
- Rüthers, Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl., Tübingen 2012
- Ruffert, Matthias*, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., München 2012, § 17 (zitiert: *Bearbeiter*, GVwR)
- Savigny, Friedrich Carl von*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814
- System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840
- Schäfer, Carsten*, Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP 2005, 1253 ff.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin u.a. 2012 (zitiert: *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse)
- Schenk, Kersten von*, Die laufende Information des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft durch den Vorstand, NZG 2002, 64 ff.
- Schlosser, Johann Georg*, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, Frankfurt 1789
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.), Aktiengesetz, 4. Aufl., Köln 2020 (zitiert: *Schmidt/Lutter-Bearbeiter*)
- Schmidt, Reinhard H./Weiß, Marco*, Shareholder vs. Stakeholder: Ökonomische Fragen, in: *Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J. /Werder, Axel v.* (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2. Aufl., Köln 2009, 161 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, Hb. Corporate Governance)
- Schmidt-Leithoff, Christian*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, Tübingen 1989
- Schmolke, Klaus Ulrich*, Die neue Whistleblower-Richtlinie ist da! Und nun?, NZG 2020, 5 ff.
- Schneider, Uwe H.*, Die Überlagerung des Konzernrechts durch öffentlich-rechtliche Strukturnormen und Organisationspflichten – Vorüberlegungen zu „Compliance im Konzern“, ZGR 1996, 225 ff.
- Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZIP 2003, 645 ff.

- Maßnahmen und Informationsweitergabe im konzernfreien Unternehmen und im Konzern, NZG 2010, 1201 ff.
 - Die Haftung von Mitgliedern des Vorstands und der Geschäftsführer bei Vertragsverletzungen der Gesellschaft, in: *Kindler, Peter* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, 905 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hüffer (2010))
- Schneider, Uwe H./Schneider, Sven H.*, Der Aufsichtsrat der Kreditinstitute zwischen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und aufsichtsrechtlichen Anforderungen, NZG 2016, 41 ff.
- Schoch, Friedrich*, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, 241 ff.
- Schön, Wolfgang*, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand: – Gesellschaftsrechtliche Analyse –, ZGR 1996, 429 ff.
- Der Zweck der Aktiengesellschaft – geprägt durch europäisches Gesellschaftsrecht?, ZHR 180 (2016), 279 ff.
- Schraud, Angélique*, Compliance in der Aktiengesellschaft: Mysterium Compliance vor dem Hintergrund der Vorstands- und Aufsichtsratsverantwortung, Baden-Baden 2019
- Schubert, Claudia*, Das Unternehmensinteresse - Maßstab für die Organwalter der Aktiengesellschaft: unter besonderer Berücksichtigung der Nachhaltigkeit und sozialen Verantwortung von Unternehmen, Baden-Baden 2020
- Schülke, Thilo*, IDW-Standards und Unternehmensrecht: Zur Geltung und Wirkung privat gesetzter Regeln, Berlin 2014
- Shuppert, Gunnar Folke*, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 201 ff.
- Governance als Prozess: das Beispiel Corporate Governance, in: *Jürgens, Ulrich* u.a. (Hrsg.), Perspektiven der Corporate Governance: Bestimmungsfaktoren unternehmerischer Entscheidungsprozesse und Mitwirkung der Arbeitnehmer, Baden-Baden 2007, 541 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, Perspektiven der C.G.)
- Seibert, Ulrich*, Was ist Corporate Governance und warum beschäftigt sie die Gesetzgebung so intensiv?, in: *Erle, Bernd./Goette, Wulf* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, 1111 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hommelhoff (2012))
- Seibt, Christoph H./Cziupka, Johannes*, 20 Thesen zur Compliance-Verantwortung im System der Organhaftung aus Anlass des Siemens/Neubürger-Urteils, DB 2014, 1598 ff.
- 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalsanktionsrecht, NZG 2015, 1097 ff.
- Shiller, Robert J.*, Märkte für Menschen. So schaffen wir ein besseres Finanzsystem, Bonn 2013
- Shleifer, Andrei/Vishny, Robert W.*, A Survey of Corporate Governance, Journal of Finance 1997, 737 ff.
- Sieg, Oliver/Zeidler, Simon-Alexander*, Business Judgment Rule, in: *Hauschka, Christoph E./Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas* (Hrsg.), Corporate Compliance, 3. Aufl., München 2016, § 3
- Smith, Adam*, Der Wohlstand der Nationen, München 1974

Somma, Alessandro Private Law as Biopolitics: Ordoliberalism, Social Market Economy and the Public Dimension of Contract, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, Issue 2 (2013), 105 ff.

Spießhofer, Birgit, Compliance und Corporate Social Responsibility, *NZG* 2018, 441 ff.

Spindler, Gerald, Deregulierung des Aktienrechts?, *AG* 1998, 53 ff.

- Strafrechtliche Verantwortlichkeit (einschließlich Ordnungswidrigkeiten), in: *Fleischer, Holger* (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrechts*, 1. Aufl., München 2006, § 15 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hb. Vorstandsrecht)
- Vorstandspflichten zur Einrichtung eines Frühwarnsystems, in: *Fleischer, Holger* (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrechts*, 1. Aufl., München 2006, § 19 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hb. Vorstandsrecht)
- Compliance in der multinationalen Bankengruppe, *WM* 2008, 905 ff.
- Von der Früherkennung von Risiken zum umfassenden Risikomanagement — zum Wandel des § 91 AktG unter europäischem Einfluss, in: *Kindler, Peter* u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag*, München 2010, 985 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hüffer (2010))
- Unternehmensorganisationspflichten: Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, Göttingen 2011
- Corporate Social Responsibility in der AG – Mythos oder Realität?, in: *Erle, Bernd./Goette, Wulf* u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag*, Köln 2012, 1133 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hommelhoff (2012))
- Compliance, Zertifizierung und Reform der Organhaftung, *CCZ* 2014, 193 ff.

Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts*, Heidelberg und Tübingen 1878

Steindorff, Ernst, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: *Paulus, Gotthard* u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München 1973, 217 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Larenz (1973))

Steuber, Elgin, Compliance – moving target, in: *Erle, Bernd./Goette, Wulf* u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag*, Köln 2012, 1165 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Hommelhoff (2012))

Stolleis, Michael, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 41 ff.

- Öffentliches Recht in Deutschland: eine Einführung in seine Geschichte, München 2014

Streck, Wolfgang, *Gekaufte Zeit: die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus; Frankfurter Adorno-Vorlesungen* 2012, Berlin 2013

Streck, Wolfgang/Höpner, Martin, Einleitung: Alle Macht dem Markt?, in: *dies.* (Hrsg.), *Alle Macht dem Markt? Fallstudien zur Abwicklung der Deutschland AG*, Frankfurt a.M. 2003, 11 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Alle Macht dem Markt?*)

Synowich, Christine, Law and Ideology, in: *Zalta, Edward N.* u.a. (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/markets/> zuletzt aufgerufen am 25. Mai 2021

Szesny, André M./Kuthe, Thorsten, Kapitalmarkt Compliance – Einführung und Übersicht, in: *dies.* (Hrsg.), Kapitalmarkt Compliance, 2. Aufl., Karlsruhe 2018, 1. Kapitel

Taylor, Charles, Hegel, Frankfurt a.M. 1983

- Negative Freiheit? zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus, Frankfurt a.M. 1992

Teubner, Gunther, Standards und Direktiven, Frankfurt a.M. 1971

- „Corporate responsibility“ als Problem der Unternehmensverfassung, ZGR 1983, 34 ff.
- Unternehmensinteresse – das gesellschaftliche Interessen des Unternehmens „an sich“?, ZHR 148 (1984), 470 ff.

Thaten, Marlen, Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance, Berlin 2016 (zitiert: *Thaten*, Ausstrahlung)

Ther, Philipp, Die neue Ordnung auf dem alten Kontinent: eine Geschichte des neoliberalen Europa, Berlin 2014

- Das andere Ende der Geschichte: über die große Transformation, Berlin 2019

Thibaut, Anton Friedrich Justus, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814

Thole, Christoph, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504 ff.

Tröger, Tobias, Konzernverantwortung in der aufsichtsunterworfenen Finanzbranche, ZHR 177 (2013), 475 ff.

Trute, Hans-Heinrich, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., München 2012, § 6 (zitiert: *Bearbeiter*, GVWR)

Trute, Hans-Heinrich/Kühlers, Doris/Pilniok, Arne, Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: *Schuppert, Gunnar Folke/Zürn, Michael* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 1. Aufl., Wiesbaden 2008, 173 ff.

Ulmer, Peter, Aktienrecht im Wandel, AcP 202 (2002), 143 ff.

Unmuth, Nikolai, Die Entwicklung der Corporate Compliance in Recht und Praxis, AG 2017, 249 ff.

- Die organisatorische Umsetzung der Corporate Compliance, CB 2017, 177 ff.

Verse, Dirk A., Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 401 ff.

- Organhaftung bei unklarer Rechtslage – Raum für eine Legal Judgment Rule?, ZGR 2017, 174 ff.

Vogel, Joseph, Das Gespenst des Kapitals, 3. Aufl., Zürich 210/2011

Volkman, Uwe, Rechtsphilosophie, München 2019

Wagner, Gerhard, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.

- Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, in: *Grimm, Dieter/Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph* (Hrsg.), Rechtswege, Baden-Baden 2015, 80 ff.
- Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe, ZGR 2016, 112 ff.

- Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum, in: *Dreier*, Horst (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, Tübingen 2018, 67 ff.

Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922

Weber-Rey, Daniela, Ausstrahlungen des Aufsichtsrechts (insbesondere für Banken und Versicherungen) auf das Aktienrecht – oder die Infiltration von Regelungssätzen?, *ZGR* 2010, 543 ff.

Werder, Axel von, Zur Stakeholderbalance des Rechts der Corporate Governance, in: *Windbichler*, Christine u.a. (Hrsg.), *Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag*, München 2009, 285 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Schwark (2009))

Werner, Kai, Ein Publizitätskonzept. Marktteilnehmer- und Marktfunktionsschutz als Parameter einer konzeptionellen Integration von Publizitätspflichten börsennotierter Unternehmen, Berlin 2011

Wetz, Franz Josef, *Hans Blumenberg zur Einführung*, Hamburg 2004

Wieacker, Franz, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953

- *Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, Karlsruhe 1960

Wiedemann, Herbert, *Grundfragen der Unternehmensverfassung*, *ZGR* 1975, 385 ff.

- *Gesellschaftsrecht*, Bd. 1, München 1980

Wiedmann, Michael/*Greubel*, Marco, *Compliance Management Systeme – Ein Beitrag zur effektiven und effizienten Ausgestaltung*, *CCZ* 2019, 88 ff.

Wiethölter, Rudolf, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe 1961 (zitiert: *Wiethölter*, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft*)

- *Rechtswissenschaft*, Basel u.a. 1986

Wilhelm, Jan, *Kapitalgesellschaftsrecht: Mit Grundzügen des Kapitalmarktrechts*, 5. Aufl., Berlin u.a. 2020

Wilhelmi, Rüdiger, *Beschränkung der Organhaftung und innerbetrieblicher Schadensausgleich*, *NZG* 2017, 681 ff.

Williamson, Oliver E., *Markets and Hierarchies: analysis and antitrust implications; a study in the economics of internal organization*, New York (USA) 1975

Windbichler, Christine, *Gesellschaftsrecht*, 24. Aufl., München 2017

Winkler, Heinrich August, *Liberalismus und Antiliberalismus: Studien zur politischen Sozialgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, Göttingen 1979

Wirtz, Markus M., *Die Aufsichtspflichten des Vorstandes nach OWiG und KonTraG*, *WuW* 2001, 342 ff.

Wischmeyer, Thomas, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, Tübingen 2015

Wood, Geoffry/*Wright*, Douglas Michael, *An Age of Corporate Governance Failure?: Financialization and its Limits*, in: *Wright*, Douglas Michael u.a. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Governance*, Oxford (UK) 2013, 703 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Oxford Hb. Corporate Governance*)

- Wundenberg*, Malte, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, Tübingen 2012, (zitiert: *Wundenberg*, Compliance)
- Young*, Brigitte, Ordoliberalismus – Neoliberalismus – Laissez-faire-Liberalismus, in: *Wullweber*, Joscha u.a. (Hrsg.), Theorien der Internationalen Politischen Ökonomie, Wiesbaden 2014, 33 ff.
- Zacher*, Hans F., Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: *Coing*, Helmut u.a. (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Februar 1965, Berlin 1967, 63 ff. (zitiert: *Bearbeiter*, FS Böhm (1965))
- Zeiller*, Franz von, Das natürliche Privat-Recht, Wien 1802
- Ziegler*, Bernd, Geschichte des ökonomischen Denkens: Paradigmenwechsel in der Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., München 2008
- Zingales*, Luigi, corporate governance, in: *Durlauf*, Steven N./*Blume*, Lawrence E. (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics, 2. Aufl., London 2008
- In Search of New Foundations, Journal of Finance, 2002, 1623 ff.
- Zöllner*, Wolfgang, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988), 85 ff.
- Zumbansen*, Peer, 'Inside' and 'outside' the firm: corporate law and contract governance as regulatory theories, in: *Lomfeld*, Bertram u.a. (Hrsg.), Reshaping Markets. Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia, Cambridge (UK) 2016, 60 ff.