

Lieberknecht, Markus, Die internationale Legalitätspflicht, Carl Heymanns Verlag, 2021, 400 S., 119 Euro

I. Einführung

Über die Legalitätspflicht als richterrechtlich entwickelte Rechtsfigur in all ihren Spielarten und Verästelungen ist bereits vieles gesagt worden, ebenso über ihre bis heute nicht außer Streit stehende gesellschaftsrechtliche (und dogmatische) Fundierung. In der Rechtsliteratur, vornehmlich der Gesellschaftsrechtsliteratur, hat dieser Begriff – ebenso wie der komplementäre der sog. Legalitätskontrollpflicht (der im Fall vorstandsfremden Handelns im Unternehmen auf den Plan gerufen wird und nach zutreffender Lesart auf der Organisationsverantwortung des Vorstandes als Unterfall der allgemeinen Leitungsverantwortung basiert) – im Nachgang insbesondere zum prominenten „Siemens-Neubürger-Fall“ Eingang in eine schier unüberschaubare Flut von Beiträgen jeden Formats, insbesondere im Kontext der Vorstandshaftung, gefunden.

Trotz unbestreitbarer Internationalisierung des Handelns gesellschaftsrechtlicher Akteure ist jedoch die „Auslandsdimension“ der Legalitäts- sowie der Legalitätskontrollpflicht bislang – man darf sagen: durchaus überraschend – unterbeleuchtet geblieben. Der Schließung dieser Lücke nimmt sich eine von der juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommene – unter der Betreuung von Marc-Philippe Weller angefertigte – Arbeit aus der Feder von Markus Lieberknecht an, die seit 2021 als gedruckte Fassung im Carl Heymanns-Verlag vorliegt und inklusive Literatur- und Sachverzeichnis beeindruckende 356 Seiten umspannt. Die Aufgabe der Lückenschließung ist eine eminent wichtige – gleichermaßen für Wissenschaft und Praxis, geht es doch um nichts weniger, als einen zentralen Baustein zur weiteren Konturierung der Vorstandshaftung zu liefern. Die Schwierigkeit dieser Aufgabe liegt darin, genuin gesellschaftsrechtliche mit genuin international-privatrechtlichen Fragen zu verbinden, wobei schon die Ausgangsfrage, ob sich Ob und Wie der „Berücksichtigung“ ausländischen Rechts im Rahmen der deutschen Legalitätspflicht als gesellschaftsrechtliche oder international-privatrechtliche Frage qualifizieren lässt, eine durchaus diffizile ist. Um es vorwegzunehmen: Dieser schwierigen Aufgabe wird die hier angezeigte Dissertation in hervorragender Weise gerecht.

II. Status quo der Diskussion

Nach derzeitigem Stand der wissenschaftlichen Diskussion lässt sich wohl Folgendes als herrschende Linie (bei vielen Streitigkeiten im Detail) kennzeichnen (sämtliche Nachweise zu diesem Streitstand sind sorgsam und er-

schöpfend in Lieberknechts Arbeit zu finden): Ist das Handeln einer deutschen Gesellschaft im Außenverhältnis ausländischem Recht unterworfen, haben die Geschäftsleiter im Innenverhältnis als Ausdruck ihrer im Prinzip unbedingten Legalitätspflicht das ausländische Recht zu befolgen (bzw. im Rahmen ihrer Legalitätskontrollpflicht: auf dessen Einhaltung hinzuwirken), sofern das deutsche Kollisionsrecht das ausländische Recht zur Anwendung beruft. Auf Grundlage dieses deutschen Rechtsanwendungsbefehls (und damit einer innerstaatlichen Norm) kommen vermöge des Kollisionsrechts die ausländischen Sachnormen „unmittelbar“ zur Geltung, weshalb sich diese (in ihrer Begründung zugegebenermaßen etwas überkonstruiert-begriffsjuristisch anmutende) Sichtweise insbesondere dort dogmatisch gut begründen lässt, wo die Legalitätspflicht als Ausdruck des Gedankens der Einheit der Rechtsordnung (und das meint: als Einheit der deutschen Rechtsordnung) verstanden wird. Die Pflicht zur Beachtung des kraft deutschen (oder einschlägigen europäischen) Kollisionsrechts zur Anwendung berufenen ausländischen Rechts, und zwar zur unbedingten Beachtung im Rahmen der Legalitätspflicht (nicht bloß einer allgemeinen Pflicht zur Schadensabwendung, die Raum für Nützlichkeitsabwägungen im Sinne eines „effizienten Rechtsbruchs“ ließe), dürfte zum weitgehend gefestigten Minimalkonsens des derzeitigen Status quo der Diskussion zählen, auch wenn vereinzelte Stimmen selbst hierin bereits eine „Übergriffigkeit“ des deutschen Staates erblicken möchten, der sich auf diesem Wege anlasslos zum „Vollstrecker ausländischer Verhaltensgebote“ aufschwingt (so Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 93 Rn. 19; ausf. Grigoleit, in: FS K. Schmidt, Bd. I, 2019, 367, 376; in diese Richtung auch J. Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 93 Rn. 6a) – und damit eine die Legalitätspflicht in Auslandssachverhalten weit zurückdrängende Position vertreten, die, wie unter III. 4. gezeigt werden wird, geradezu antithetisch zum Ansatz Lieberknechts steht. Denn dieser möchte die Legalitätspflicht als Ausdruck der *global governance* instrumentalisieren (vgl. in der Zusammenfassung, S. 282) und schreckt daher nicht davor zurück, die deutsche Rechtsordnung zum Vollstrecker ausländischer Verhaltensgebote zu erheben; vielmehr möchte er der Legalitätspflicht in internationalen Sachverhalten sogar einen noch breiteren Anwendungsbereich eröffnen, als dies nach der gegenwärtig zahlenmäßig herrschenden Meinung der Fall ist.

Außerst umstritten ist auf Grundlage des derzeitigen Meinungsstands, wie es sich verhält, wenn es an einem nationalen (kollisionsrechtlichen) Rechtsanwendungsbefehl mangelt – wie im besonders bedeutsamen Fall ausländischen öffentlichen Rechts (in Form des Verwaltungs- oder Strafrechts), hinsichtlich dessen das Territorialitäts- anstelle des kollisionsrechtlichen Anknüpfungsprinzips Platz greift. Wohl überwiegend wird eine mehr oder minder stark ausgeprägte Rechtsbefolgungspflicht in diesem Fall jedenfalls dem Anwendungsbereich der auf strikte Rechtsbefolgung abzielenden Legalitätspflicht entzogen. Damit bleibt solches ausländisches Recht selbstverständlich nicht unberücksichtigt. Vielmehr wird es als im Schadensabwendungsinteresse der

Gesellschaft liegend und damit der Sorgfaltspflicht des Vorstands unterliegend anzusehen sein, derartiges ausländisches Recht zu „beachten“, was freilich nach wiederum wohl überwiegender Ansicht durchaus Raum für effiziente Rechtsbrüche jedenfalls dort belässt, wo es sich um sog. „totes Recht“ bzw. „Papierrecht“ ohne echte Durchsetzungschance im betreffenden Auslandsstaat handelt. Ein solches Entscheiden auch nach Opportunitätsgesichtspunkten – im Sinne der Frage: „lohnt sich die Rechtstreue?“ – wird dem Vorstand dagegen im Bereich der Legalitätspflicht überwiegend versagt, und zwar auch dort, wo solches Recht ohne Durchsetzungschance in Rede steht. Kaum beleuchtet wird bei alledem, worauf die in diesem Sinne zu verstehende Pflicht zur „Berücksichtigung“ ausländischen Rechts beruht. Aus Sicht des Rezensenten (dargelegt bereits bei Cziupka (Scheller)/Cichy, BB 2013, 1482, 1483) handelt es sich um eine Frage der Auslegung der Sachnorm des § 93 Abs. 2 AktG, mithin gerade nicht um eine genuin kollisionsrechtliche, sondern eine sachrechtliche Frage.

III. Darstellung und Würdigung der Dissertation im Einzelnen

1. Kapitel 1: Grundlagen der Legalitätspflicht

Die Arbeit beginnt – naheliegend – mit einer Exposition der Figur der Legalitätspflicht (S. 9–86). Zutreffend wird als Kernaufgabe dieser Figur die Transportierung äußerer Normbefolgungspflichten in das Innenverhältnis der Aktiengesellschaft (im Folgenden: AG) erblickt (S. 9); das entspricht ganz gefestigter Meinung, ebenso wie die Ausklammerung der vertraglichen Pflicht zur Befolgung selbst auferlegter (eben: vertraglicher) Pflichten der Gesellschaft aus dem Anwendungsbereich der Legalitätspflicht (S. 12). Abweichend von der herrschenden Lehre will der Autor allerdings die sog. „Business Judgement Rule“ nicht prinzipiell der Anwendung auf „rechtlich konnotierte Sachverhalte“ entziehen, meint aber, im „Wirkungskreis der Legalitätspflicht“ seien deren Voraussetzungen „praktisch nie erfüllt“ (S. 15), womit Ergebniskonvergenz mit der herrschenden Lehre hergestellt wird.

Von der Legalitätspflicht zu unterscheiden ist die Legalitätskontrollpflicht, als deren Ausdruck der Vorstand (zum Beispiel über organisatorische Maßnahmen wie ein Compliance-Management-System) unternehmensweit die Legalität sicherzustellen hat (S. 10); ihr will sich der Autor nicht gesondert widmen, was einleuchtet, weil sich bezüglich der ihn interessierenden Frage nach dem „Ob“ der Berücksichtigung ausländischen Rechts wohl keine prinzipiell anders gelagerten Fragen stellen (S. 10). Auf S. 15 ff. werden sodann die Grundlagen der Legalitätspflicht skizziert, wobei die bisherigen Begründungsansätze knapp (S. 16–17) rezipiert werden, um eine abermalige wiederholende Darstellung zu vermeiden und gelungenen Schwerpunkte zu setzen. Richtigerweise streicht Lieberknecht heraus, dass zwischen Rechtstreue und Gesellschaftsinteresse keine vollständige Konvergenz besteht und schon daher

(wirtschaftliche) Schadensabwendungs- und Legalitätspflicht voneinander entkoppelt sind (S. 17–23); auch ein ideelles Interesse an Rechtstreue kann nicht als dem Gesellschaftsinteresse immanent betrachtet werden (S. 23–25). Der geläufige Argumentationsansatz, die Legalitätspflicht als Ausdruck der Einheit der Rechtsordnung zu betrachten, wird als insuffizient herausgearbeitet, wobei (damit nicht im Widerspruch stehend) zugleich betont wird, dass dieser Gedanke der Einheit der Rechtsordnung der Begründung der Legalitätspflicht förderlich ist, nur eben für sich alleinstehend nicht als Begründung taugt (S. 25–31). Auch wird überzeugend dargestellt, dass sich die Legalitätspflicht als striktes Rechtsbefolgungsgebot nicht bereits über den – unzweifelhaft (ebenfalls) Handlungsspielräume des Vorstandes begrenzenden – Unternehmensgegenstand herleiten lässt; unzureichend ist der Rückgriff auf den Unternehmensgegenstand, weil es unternehmerische Aktivitäten geben kann, die sich „widerspruchsfrei als rechtswidrige Ausprägungen des Unternehmensgegenstandes charakterisieren“ lassen (S. 35).

Nachdem gängige Erklärungsversuche zur Begründung der Legalitätspflicht mit überzeugenden Begründungen verworfen werden, stellt der Autor im Einzelnen dar, weshalb aus seiner Sicht die Legalitätspflicht allein als „Präventionsmechanismus“ kohärent beschrieben werden könne. Letztlich wird damit die Legalitätspflicht als Instrument charakterisiert, das gezielt in dem Sinne Verhaltenssteuerung betreiben soll, dass es jedweden Opportunitätserwägungen bei der Frage einer Normbefolgung den Boden entzieht. Der Vorstand soll so zum „Sachwalter eines Allgemeininteresses“ werden (S. 56). Die Sicherstellung des Allgemeininteresses an der Normbefolgung wird über die Binnenhaftung des Vorstands erzielt. Es bleibt die Frage nach der Rechtfertigung dafür, dass private Rechtsakteure wie die AG derart mittelbar (über ihren Vorstand) zu solchen Sachwaltern des Allgemeininteresses werden dürfen. Hierfür wird als Begründungsansatz das Argument geliefert, dass die Rechtsordnung hierdurch geschickt das Binnenverhältnis (Vorstand zu AG) aktiviere, um eine andernfalls (bei Versagen dieser Anreizsetzung) drohende stärkere Regulierung des Außenverhältnisses bzw. eine vermehrte „Überwachung und Sanktionierung“ zu vermeiden (S. 76). Immerhin konzidiert der Autor, dass die „Legalitätshaftung nicht so scharf eingestellt sein darf, dass sie zwar Rechtsbrüche ausmerzt, zugleich aber legitime Geschäftstätigkeit konterkariert“ (S. 49). Dem ist unbedingt zuzustimmen, insbesondere sofern daraus im Folgenden (S. 77–84) Ansätze zur Begrenzung der Reichweite der Legalitätspflicht abgeleitet werden, die (im Einklang mit der herrschenden Lehre) zur Ausklammerung bloßer Vertragsrechtsverletzungen sowie deliktischer Verhaltenspflichten führen.

2. Kapitel 2: *Diskussionsstand zur internationalen Dimension der Legalitätspflicht*

Im zweiten Kapitel nimmt sich der Autor der Aufgabe an, den oben (unter II.) bereits skizzenhaft geschilderten Status quo des Diskussionsstandes zur Beachtung von Auslandsrecht im Rahmen der Legalitätspflicht zusammenzufassen und einer Würdigung zu unterziehen. Die Darstellung ist gut gegliedert und äußerst anschaulich. Diskutiert wird zunächst die Gruppe jener Literaturstimmen, welche „geltendes“ ausländisches Recht schlichtweg aufgrund dieser Geltung (sollte sich eine Auslandsaktivität der AG in den Anwendungsbereich solchen Rechts hineinbewegen) als der Legalitätspflicht unterstehend einstuft; diese äußerst „strenge“ Sichtweise bezieht mitunter ausdrücklich auch jenes ausländische Recht in den Anwendungsbereich der Legalitätspflicht mit ein, das allein ausländisches Kollisionsrecht zur Anwendung beruft (S. 88f.). Wohl überwiegend wird im Schrifttum dagegen allein solches ausländisches Recht als der Legalitätspflicht unterstehend angesehen, welches das deutsche Recht zur Anwendung beruft, was auf einen kollisionsrechtlichen Ansatz hinausläuft bzw. auf eine inzidente kollisionsrechtliche Wertung innerhalb des materiellen Sachrechts des § 93 Abs. 2 AktG (S. 89ff.). Geschildert wird zutreffend, dass nach weitgehend gefestigter Meinung im Sinne eines Negativfilters indes all jenes Recht aus dem Anwendungsbereich der Legalitätspflicht ausgeklammert bleibt, das dem *ordre-public*-Vorbehalt nicht standhalten könnte (S. 92f.).

Mit Recht widmet sich der Autor im Folgenden ausführlicher der mitunter brüchigen oder überhaupt nicht gegebenen Tragfähigkeit bisheriger für diese Konturierung der Reichweite der Legalitätspflicht gelieferter Begründungsansätze. Er verwirft rasch einen Rückgriff auf § 396 AktG, weil dieser „nach allgemeiner Ansicht nur das nationale Interesse schützt“ (S. 95), obgleich freilich – jedenfalls zur GmbH-rechtlichen Parallelnorm (§ 62 GmbHG) – mittlerweile vereinzelt auch dort eine „Gesetzeswidrigkeit“ (in der Regel aber keine eine Auflösung der Gesellschaft allein rechtfertigende Gemeinwohlgefährdung) erblickt wird, wo die Gesellschaft kraft inländischen Anwendungsbefehls „geltendes“ ausländisches Recht verletzt (vgl. Scheller, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 62 Rn. 3f.). Es wäre also durchaus denkbar, die bisherigen Ansätze zu § 396 AktG kritisch zu überdenken, anstelle von vornherein den Rekurs auf § 396 AktG als Begründungsansatz zu verwerfen. Als Alternative bietet Lieberknecht eine „Internationalisierung“ seines zuvor entwickelten „Präventionsmodells“ an, die in „völkerrechtlich zulässiger und teleologisch kohärenter Weise möglich“ sei (S. 104). Die Durchsetzung ausländischen Rechts vermöge der Legalitätspflicht (durch Verlagerung deren Beachtlichkeit in das Innenverhältnis zwischen Vorstand und AG) wird als Güte Merkmal des deutschen Rechts qualifiziert, das mit der Legalitätspflicht und der korrespondierenden Vorstandshaftung einen „taugliche[n] *point of control* zur Steuerung der Tätigkeit von Unternehmen“ biete (S. 100), welcher die

„Ausnutzung“ von „*governance gaps*“ grenzüberschreitend operierender Gesellschaften verhindere (S. 101). Das Kapitel schließt mit dem sicherlich zutreffenden Hinweis, dass hiermit „weder teleologisch noch methodisch oder dogmatisch vorgezeichnet“ sei, „inwieweit die Legalitätspflicht ausländische Rechtsnormen auf dieser Grundlage im Einzelnen erfassen sollte“.

3. Kapitel 3: *Einbettung der internationalen Legalitätspflicht in das System des IPR*

Nach dem Geschilderten bleibt die zentrale Aufgabe, herauszufinden, welchen ausländischen Rechtsnormen unter welchen Voraussetzungen die Legalitätspflicht (mittelbar) zur Durchsetzungseffektivierung verhelfen sollte. In diesem Kapitel beginnen folglich die gekonnten kollisionsrechtlichen Ausführungen des Autors, der zunächst bemängelt, dass sich die bisherige Diskussion damit begnügt habe, die „Selektion der richtigen Normen im grenzüberschreitenden Kontext dem Kollisionsrecht“ zu überantworten (S. 107). Seinen eigenen Ausführungen stellt er eine kurze Schilderung der Qualifikation der Legalitätshaftung voran. Aus Sicht des Rezensenten kann kein Zweifel daran bestehen, dass es sich um eine gesellschaftsrechtliche Frage handelt, die unweigerlich dem Gesellschaftsstatut unterstehen sollte; zu diesem Ergebnis gelangt der Autor sodann auch mit überzeugender Begründung, insbesondere unter Verwerfung etwaiger insolvenzrechtlicher Einzelfallanknüpfungen, die zwar für eine genuine insolvenzrechtliche Haftung erwogen werden können, nicht aber dort, wo es um die Anknüpfung der gesellschaftsinternen Legalitätspflicht geht. Selbiges gilt für eine bei Pflichtverletzungen möglicherweise eingreifende parallele schuldvertragliche Haftung aus dem Anstellungsverhältnis, die über Art. 8 Rom I-VO bei nicht-wesentlicher Beteiligung angeknüpft werden könnte (vgl. hierüber L. Hübner, ZGR 2016, 897, 906 ff.), aber nichts über die Binnenhaftung qua Legalitätspflichtverletzung aussagt (S. 108–113).

Sodann kommt der Autor auf die Ausgangsfrage dieses Kapitels zurück. Als Ausgangsbefund stellt er fest, dass ein Großteil der Stimmen in der Rechtsliteratur, sofern sie überhaupt auf diese Frage eingehen – getragen von dem jedenfalls intuitiv oder vielmehr, wie er meint: *prima vista* richtig erscheinenden Ausgangspunkt, die Legalitätspflicht verpflichte zur Wahrung des „anwendbaren“ Rechts –, dem Kollisionsrecht als Rechtsanwendungsrecht überlassen möchte, auszuwählen, welche ausländischen Rechtsnormen der Legalitätspflicht unterliegen sollten (S. 114). Diese gängige Herangehensweise charakterisiert er als Rückgriff auf das Verweisungssystem und kommt zur Schlussfolgerung, dass die Anknüpfung der Legalitätspflicht an das Gesellschaftsstatut infolge des Grundsatzes vom gesellschaftsrechtlichen Einheitsstatut nicht weiterführen kann, erlaubt dieses doch für sich genommen keine Antwort auf die hier gestellte Frage, unter welchen Voraussetzungen die Legalitätspflicht welches ausländische Recht als von ihr umfasst ansieht. Gleichwohl darf nach Meinung des Rezensenten nicht verkannt werden, dass es das deutsche Gesell-

schaftsrecht, konkret: die Bestimmung des § 93 Abs. 2 AktG in ihrer richterrechtlichen Konkretisierung ist, die für sich genommen zu entscheiden hat, ob und inwieweit sie eine Extension auf ausländisches Recht vornehmen will. Ob diese Reichweitenbestimmung kollisionsrechtlichen Lösungen zugänglich ist, erscheint nicht zweifelsfrei; eher dürfte es sich um eine Auslegungsfrage des materiellen Sachrechts handeln, was (meist freilich unter Schweigen über den Begründungsweg) auch der wohl herrschenden Lehre entspricht, wenn sie sagt, dass die Legalitätspflicht aus § 93 Abs. 2 AktG auf eine Wahrung von der deutschen Rechtsordnung zur Anwendung berufenen Rechts abziele, wozu kollisionsrechtlich vom deutschen oder europarechtlichen IPR zur Anwendung berufenes Recht gehört.

Lieberknecht will diese Herangehensweise hingegen nicht gelten lassen, lehnt also den Versuch ab, kollisionsrechtliche Wertungen allein inzidenter im Rahmen des § 93 Abs. 2 AktG als Sachnorm zu berücksichtigen (dazu schon auf S. 90). Vielmehr erwägt er zunächst eine Behandlung der Legalitätspflicht als Vorfrage des Haftungsanspruchs, die er konsequent als Hauptfrage bezeichnet; der hierfür nötige Zerlegungsprozess des relevanten Sachverhalts gelingt anschaulich und überzeugend und mündet im dogmatisch überzeugenden Ergebnis, dass die naheliegendste gesonderte Anknüpfung der „Rechtswidrigkeit des Gesellschaftshandelns“ aufgrund fehlender einschlägiger eigenständiger Kollisionsnorm zum Scheitern verurteilt sei (S. 116f.).

Sodann widmet er sich dem dogmatisch vielversprechenderen Versuch, die Rechtswidrigkeit des Gesellschaftshandelns als Teilfrage einzustufen, um sie aus dem Gesellschaftsstatut herauszulösen. Er kommt nach ausführlichen, stets nachvollziehbaren Begründungen zum Ergebnis, dass eine gesonderte Anknüpfung der „Rechtswidrigkeit des Gesellschaftshandelns“ zwar eine „methodisch gangbare Lösung“ sei (was Zustimmung verdient), indes praktisch nicht weiterführe, da hiermit keine Lösung für „einige der relevantesten Materien des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs“ – vornehmlich: die Beachtung des öffentlichen Rechts (Verwaltungs- und Strafrecht) im Rahmen der Legalitätspflicht – ermöglicht werde, schlichtweg deshalb nicht, weil insoweit das Verweisungssystem mangels einschlägiger Kollisionsnormen und im Lichte des Territorialitätsprinzips nach bisherigem Stand der Dogmatik nicht Platz greifen könne (S. 142). Dies ist unzweifelhaft richtig (und gut von Lieberknecht dargestellt). Es zeigt aber, wie vorstehend bereits betont wurde, dass eine kollisionsrechtliche Betrachtung womöglich nicht zielführend ist; denn, betrachtete man die Frage der Reichweite der Legalitätspflicht als Auslegungsfrage des materiellen Rechts, könnte unschwer öffentliches Recht einbezogen werden – was freilich dogmatisch stimmig nur gelänge, wenn die Legalitätspflicht nicht gerade (allein) über § 396 AktG begründet werden würde (erlaubte dies richtigerweise doch nur die Erstreckung der Legalitätspflicht auf nationale Sachnormen sowie auf ausländische Normen, die kraft innerstaatlichen Anwendungsbefehls bzw. aufgrund vereinheitlichten Rechts zu beachten wären) (vgl., konsequent unter Ausklammerung ausländischen Ver-

waltungs- oder Strafrechts aus dem Anwendungsbereich der strikten Legalitätspflicht, denn auch die wohl herrschende Lehre, stellvertretend für diese etwa BeckOGK AktG/Fleischer, Stand: 1. 7. 2023, § 93 Rn. 35f.). Andererseits ließe sich – von einer anderen Warte aus, welche auf dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung und damit mittelbar auf der Wertung des § 396 AktG beruht – füglich behaupten, dass eine Verweisungslösung gerade deshalb überzeugt, weil sie den Anwendungsbereich der unbedingten Rechtsbefolgungspflicht, wie sie durch die Legalitätspflicht im gesellschaftsrechtlichen Binnenverhältnis statuiert wird, auf das gebotene Maß zurückstutzt.

4. Kapitel 4: Die internationale Legalitätspflicht als Berücksichtigung von Auslandsrecht

Lieberknecht kommt am Ende des Kapitels 3 zu dem zutreffenden Befund, dass die Verweisungslösung allein nicht weiterhelfen kann, wobei hinzuzufügen ist: jedenfalls dann nicht, wenn man von der Prämisse ausgeht, eine Ausklammerung ausländischen Verwaltungs- und Strafrechts aus dem Anwendungsbereich der Legalitätspflicht sei kein hinnehmbares Ergebnis. Vor diesem Hintergrund möchte er nun die „Methodenvielfalt“ des „modernen Internationalen Privatrechts“ bemühen (S. 145). In diesem Sinne sucht er im Folgenden, Defizite der Verweisungsmethode über eine „Methode der Berücksichtigung“ zu kompensieren, was zu begründen – so wird man es summa summarum sagen können – wohl den argumentativen Schwerpunkt seiner Arbeit bildet.

Diese Berücksichtigungsmethode ist dadurch charakterisiert, dass sie im Rahmen einer konkret zur Anwendung berufenen Sachnorm (hier also jener des § 93 Abs. 1 und 2 AktG) zur „Berücksichtigung“ der Rechtslage in einer anderen Rechtsordnung anhält (S. 145). Der Ausgangsgedanke ist einfach: Es bleibt bei der unzweifelhaften Anwendung des deutschen Gesellschaftsstatuts und damit der Bestimmung des § 93 Abs. 2 AktG. Was jedoch hierunter fällt, wird „unter Berücksichtigung“ ausländischer Rechtslagen entschieden (pointiert in diesem Sinne, freilich ohne Bezug zur Legalitätspflicht, v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 21), womit aber der vom Rezensenten für richtig befundene Ausgangspunkt indirekt bekräftigt wird, dass es sich bei alledem um eine Auslegungsfrage des materiellen Rechts handelt, nur mit der Besonderheit, dass diese Auslegung auch ausländische Rechtslagen wertungsmäßig mitberücksichtigen muss. Lieberknecht will dem Rechtsanwender vor diesem Hintergrund eine „besondere Sensibilität für die Implikationen des Auslandsbezugs“ abverlangen, und zwar ausgehend von seinem Befund, dass das „Sachrecht in aller Regel mit Blick auf den Inlandssachverhalt konzipiert“ sei (S. 145), so dass der Rechtsanwender gefordert sei, neben dem verwiesenen Sachrecht „noch weiteres Sachrecht in die Rechtsfindung einfließen zu lassen“ (S. 146).

Es folgt eine instruktive knappe Schilderung der Zusammenhänge mit der naheliegend in diesem Kontext aufscheinenden Datumstheorie (S. 146 ff.), deren strukturelle Anwendungsvoraussetzungen Lieberknecht bei der Legalitätspflicht mit überzeugender Begründung für gegeben hält (S. 147 f.), dabei aber bei *local data* (also an sich nach deutschem Kollisionsrecht nicht zur Anwendung berufenen, faktisch aber aufgrund Auslandsaktivität beachtlichen Sachrechts) nicht stehenbleiben will, sondern seinen Ansatz der „Berücksichtigung“ auf *global data* erstrecken will (S. 148), also auf Normen „mit gezielt grenzüberschreitender Stoßrichtung“, womit Verknüpfungen mit der Eingriffsrechtsdogmatik erforderlich werden. Lieberknecht will insoweit wie folgt unterscheiden: Ist ausländisches Recht „faktisch wirkmächtig“, weil es im Ausland durchgesetzt wird und daher von einem internationalen Akteur bei einem jedenfalls rationalen Handeln zu „berücksichtigen“ ist, wird auch ein Vorstand eines multinational agierenden Unternehmens nicht von der „Beachtung“ dieses Rechts ohne Weiteres absehen können; doch geschieht dies allein, um möglichen Schaden von der Gesellschaft abzuwenden, nicht aus dem unbedingten Rechtsbefolgungsgebot, welches ihm im Verhältnis zur deutschen AG die Legalitätspflicht abverlangt (S. 150 f.). Hier bleibt mithin Raum für ökonomisches Kalkül und damit auch für den „effizienten Rechtsbruch“. Während die Befolgung solchen ausländischen Rechts, selbst dann, wenn es dem innerdeutschen *ordre public* widerspräche, umso eher zweckrational ist, je schärfer eine Nichtbefolgung sanktioniert wird, geht es – wie Lieberknecht sodann mit Recht herausstreicht – bei der Legalitätspflicht gerade umgekehrt um eine Rechtsbefolgung ohne Nützlichkeitskalkül, ja gerade, wie er meint, um die potentielle Kompensation etwaiger Durchsetzungsdefizite, und zwar gerade dadurch, dass dem Vorstand im Innenverhältnis zur AG eine haftungsbewehrte Rechtspflicht auferlegt wird.

Es schließt sich die Folgefrage an, unter welchen Voraussetzungen „der Vorstand ein bestimmtes Gesellschaftshandeln allein deshalb zu gewährleisten hat, weil es rechtlich angeordnet ist“, wobei rechtlich angeordnet für ihn, wie zu betonen ist, nicht bedeutet, dass die deutsche Rechtsordnung diese Anordnung (und sei es nur kraft Kollisionsrechts) ausgesprochen hat. Insoweit will Lieberknecht zwischen jenen Fällen unterscheiden, in denen die ausländische Norm deutsche Interessen verwirklicht, und jenen Fällen, in denen die ausländische Norm „aus deutscher Sicht immerhin Sympathie hervorruft“ (S. 152), zur Konkretisierung aber einen Rekurs auf § 138 BGB „als Bindeglied zwischen Ordnungsrecht und Legalitätspflicht“ vermeiden, den er für ungangbar hält, weil die von der Sittenwidrigkeit thematisierte Frage nach der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts seines Erachtens „nicht das Mindeste“ mit der Legalitätspflicht zu tun habe (S. 154). Letzteres überzeugt und widerlegt die bisherige, insoweit zu undifferenzierte herrschende Lehre, die weitgehend begründungslos einen Rekurs auf § 138 BGB wagt, der aber allein im rechtsgeschäftlichen Zivilrechtsverkehr bedeutsam werden kann und sich damit letztlich aus der Reichweite der Legalitätspflicht begibt, jedenfalls dann, wenn

man Verstöße gegen § 138 BGB, wie Lieberknecht, als mit der Nichtigkeit hinreichend sanktioniert ansieht (S. 81f.). Anders mag es aber liegen, wenn etwa der Verstoß gegen ausländisches öffentliches Recht zu einem Rechtsgeschäft führt, das nach Maßgabe des § 138 BGB und damit einer deutschen Sachnorm aus der Warte des deutschen Inlands als sittenwidrig einzustufen ist; will man ausländisches öffentliches Recht berücksichtigen, bietet nach Ansicht des Rezensenten doch gerade diese zivilrechtliche Bestimmung einen mitunter geeigneten Anknüpfungspunkt, der freilich weniger mit einer strengen zivilrechtlichen Sittenwidrigkeitsprüfung als vielmehr mit einer Parallelwertung zu tun hat.

Welches sind nun aber die Kriterien, nach denen sich Lieberknecht zufolge bemisst, ob der Vorstand der AG bei Auslandsaktivitäten ausländisches Recht zu „berücksichtigen“ hat, und zwar als Ausdruck einer unbedingten Rechtsbefolgungspflicht? Vonnöten sei, so Lieberknecht im Ausgangspunkt überzeugend, eine „wertende Auswahlentscheidung“, und zwar eine solche, die letztlich von der Figur der Legalitätspflicht als einer solchen heraus getroffen werden muss. Lieberknecht streicht zutreffend heraus, dass eine spezifische Frage hierauf die maßgebende sein muss: Warum soll eine bestimmte Norm eines ausländischen Staates ausgerechnet vermittels einer Organpflicht (also über das Instrument des haftungsbewehrten Innenverhältnisses) „verstärkt“ werden? (S. 173). Rechtspolitisches Leitmotiv ist für Lieberknecht insoweit die Förderung von „*global governance*“ (S. 174). Das bedeutet ihm zufolge: Das deutsche Gesellschaftsrecht soll sich von Fall zu Fall „in den Dienst einer kooperativen globalen Ordnungspolitik“ stellen (S. 174). Die Legalitätspflicht erhält also den Bedeutungszuwachs, als indirekte Unterstützerin der Durchsetzung ausländischen Rechts zu fungieren, wobei Lieberknecht sich genötigt sieht, herauszustreichen, dass hierfür nicht allein (was zunächst nicht fernliegt) „idealistische“, sondern auch „ganz pragmatische Gesichtspunkte“ sprechen, auch wenn der Autor damit sicherlich nicht zu leugnen versucht, dass ihm an einer solchen Effektivierung einer *global governance* vermittels der Instrumente des deutschen Rechts auch rechtspolitisch gelegen ist.

Ob die Legalitätspflicht als Institut des Richterrechts wirklich derart extensiv verstanden werden kann, erscheint dem Rezensenten indes fraglich; fraglos wäre sie indes jedenfalls für diese Instrumentalisierung zur Durchsetzung ausgewählter ausländischer Rechtsnormen geeignet, wie die Arbeit Lieberknechts prägnant aufzeigt. Mehr noch: Indem Lieberknecht den Gedanken der *global governance* bemüht, kann er den Rekurs auf die Einheit der Rechtsordnung überwinden und damit insbesondere eine solide Grundlage für eine umfassende Berücksichtigung ausländischen Rechts schaffen, die ganz ohne normtheoretische bzw. geltungsbasierte Überlegungen, wie jene von der herrschenden Lehre angestellten, auskommt, denenzufolge, wie geschildert, es entscheidend darauf ankommen soll, ob die ausländische Norm durch einen deutschen Rechtsanwendungsbefehl „gilt“.

Im Anschluss an diese fundierte Grundlegung widmet Lieberknecht sich konsequent der Frage, welche Auswahlkriterien maßgebend sein sollen, um eine Norm eines ausländischen Staates unter die Legalitätspflicht „berücksichtigend“ fallen zu lassen. Im Folgenden entwickelt die Arbeit Lieberknechts äußerst wertvolle und überdies stets wohlbegründete Topoi, auf welche hin eine Norm einer ausländischen Rechtsordnung mit Blick darauf untersucht werden möge, ob aus der Warte des deutschen Rechts (nämlich der deutschen Legalitätspflicht) diese Norm unter die Legalitätspflicht fallen soll. In diesem Rahmen setzt sich der Autor zugleich mit einigen bereits in der bisherigen Diskussion erörterten Zweifelsfragen – stets äußerst fundiert und kundig – auseinander, was der Promotionsschrift einen besonderen Wert auch (und gerade) für die Fortentwicklung der Dogmatik, aber ebenso der Praxis zukommen lässt. Das bedeutet nicht, dass man überall zustimmen müsste: So erscheint es dem Rezensenten – entgegen Lieberknecht – im Ergebnis trotz der gut vorgetragenen Argumente überzeugender, ausländisches Recht, das bereits im betreffenden ausländischen Staatsgebiet nicht nur Durchsetzungsdefizite mit sich bringt, sondern gänzlich zu „Papierrecht“ verkümmert ist, aus dem Anwendungsbereich der Legalitätspflicht herauszunehmen, freilich (auf Grundlage der oben unter II. in der Rezension in aller Kürze referierten herrschenden Lehre) jedoch nur dann, wenn es nicht durch deutsches Kollisionsrecht zur Anwendung berufen wäre. Ist der Bereich der Legalitätspflicht verlassen (und das wäre er nach dieser herrschenden Lehre, sofern das ausländische Recht nicht über das Scharnier einer deutschen Kollisionsnorm durch das deutsche Recht zur Anwendung gelangt), darf aus Sicht des Rezensenten für die Ausmessung dessen, was ein deutscher Vorstand „seiner“ Aktiengesellschaft schuldet, mitnichten der Umstand unberücksichtigt bleiben, dass der Erlassstaat einer bestimmten Rechtsnorm aufgrund mangelnder Durchsetzung offenbar selbst kein besonderes Gewicht verleiht – hier, wie von Lieberknecht gewünscht, das deutsche Aktienrecht als Durchsetzungseffektuierungsinstrument „toten“ ausländischen Rechts bemühen zu wollen, scheint den Gedanken der Legalitätspflicht überzustrapazieren. Stattdessen mit der herrschenden Lehre den Bereich der Legalitätspflicht zu verlassen und allein auf die allgemeine Schadensabwendungspflicht zu rekurrieren, eröffnet zudem die in solchen Fällen nötigen Freiräume zur Feinjustierung des Pflichtenprogramms, das sich gegenüber Nützlichkeitsabwägungen nicht gänzlich immunisieren darf – denn schließlich handelt der Vorstand doch allenfalls im Rahmen eines umfassenden Zweckbündels auch im öffentlichen Interesse (bzw. sogar, mit Lieberknecht, als Agent einer *global governance*), prädominant muss aber stets das Unternehmenswohl sein, das nicht vollends mit öffentlichen Interessen (noch dazu ausländischer Staaten) konvergieren muss.

5. Kapitel 5 und 6: Die internationale Legalitätspflicht im Haftungssystem/
Spezifische Problemfelder der internationalen Legalitätspflicht

Im fünften Kapitel, das kürzer ausfällt, aber – hier gerade für die Praxis – nicht minder ertragreich ist (jedoch eher genuin gesellschaftsrechtliche denn international-privatrechtliche Fragen behandelt), widmet Lieberknecht sich einigen ausgewählten Haftungsfragen im Kontext einer (mit Lieberknecht äußerst weit) international verstandenen Legalitätspflicht. Eminent wichtig ist – gerade aus Vorstandssicht – die Frage des Versicherungsschutzes für „auslandsspezifische Schadensfälle“ (S. 207). Der Autor zeigt konzis die möglichen Deckungslücken der üblichen D&O-Versicherungen auf und schlussfolgert – vollkommen zutreffend –, dass derartiger defizitärer Versicherungsschutz nur vordergründig des Autors Ziel einer Effektivierung der *global governance* vermöge Legalitätspflicht dient; denn zwar führt fehlender Versicherungsschutz zu risikoärmerem Verhalten (auch und gerade in Bezug auf Rechtspflichten); jedoch dürften dem Nachteile einer tendenziell weniger strengen Anspruchsdurchsetzung gegenüberstehen, und zwar nicht nur aus etwaiger kollegialer Rücksichtnahme auf die möglicherweise in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedrohten pflichtvergessenen Vorstandsmitglieder (dem die ARAG/Garmenbeck-Doktrin weitgehend „einen Riegel“ vorgeschoben hat, S. 216), sondern schlichtweg deshalb, weil angesichts der nicht selten in Rede stehenden exorbitanten Haftungssummen ohnehin keine – relativ gesehen relevante – Leistungsfähigkeit des Regressschuldners (also des Vorstands) besteht.

Die Austarierung des „richtigen“ Haftungsmaßes dürfte aber nach Ansicht des Rezensenten insgesamt besser gelingen, sofern die „Berücksichtigung“ ausländischen Rechts breitflächiger als vom Autor vorgeschlagen aus dem Anwendungsbereich der Legalitätspflicht exkludiert und bei der allgemeinen Schadensabwendungspflicht (ebenfalls eine Binnenpflicht des Vorstandes gegenüber der AG) verortet würde; dies ließe auch unweigerlich gleichermaßen breiteren Raum für den Befund, dass es im wohlverstandenen Unternehmensinteresse liegen kann, gerade bei erheblichen Rechtsunsicherheiten und/oder keinen zeitlichen Aufschub duldenden, rechtlich komplexen Entscheidungen eine Lösung zu wählen, die – auf der Basis angemessener Informationen getroffen – eine vertretbare Entscheidung darstellt. Das läuft auf die hier nach Ansicht des Rezensenten gebotene Anwendung der vieldiskutierten Business Judgement Rule hinaus, gegen deren Anwendung sich Lieberknecht – ausgehend von seinen konsistenten Prämissen mehr als konsequent – verschließt. Indes – und dies wird im abschließenden, eng mit dem fünften verwobenen sechsten Kapitel pointiert herausgearbeitet: Lieberknecht erkennt die Sinnhaftigkeit (nachgerade: die praktische Notwendigkeit), den im internationalen Kontext verschärften Problemen des Handelns unter Rechtsunsicherheit Rechnung zu tragen; systematischer Anknüpfungspunkt ist für ihn die Ebene der „Pflicht“, die es im

Einzelnen unter Einbeziehung des Befundes eines unklaren Rechtsumfeldes zu justieren gilt.

IV. Fazit

Die Arbeit Lieberknechts leistet einen außerordentlich gewichtigen und wertvollen Beitrag zur dogmatischen Fundierung einer Internationalisierung der Legalitätspflicht. Das bleibende Verdienst, das sicherlich Eingang in alle „Standardkommentare“ finden wird, liegt darin, mit klugen Argumenten herausgearbeitet zu haben, dass die national-aktienrechtliche Frage (des Sachrechts!), wie weit die Legalitätspflicht reicht, sofern Vorstandshandeln (Legalitätspflicht) oder unternehmerisches Handeln auf dem Vorstand nachgelagerten Ebenen (Legalitätskontrollpflicht) gegen ausländisches Recht verstößt – in international-privatrechtlichen Figuren gedacht – als Frage der „Berücksichtigung“ zu kennzeichnen ist. Die für die Berücksichtigung relevanten Kriterien werden mit sorgsamer Begründung herausgearbeitet und bieten hilfreiche Orientierungen. Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob eine weitreichende Indienstnahme der unbedingten, sich jedem Nützlichkeitskalkül entziehenden Legalitäts-Binnenpflicht des Vorstandes für die Durchsetzung ausländischen Rechts wertungsmäßig überzeugt, mehr noch: ob eine solche enorme internationale Reichweite wirklich in § 93 Abs. 2 AktG „steckt“ und richterrechtlich hieraus entwickelt werden kann. Will man – wie von Lieberknecht vorgeschlagen – indes *global governance* mithilfe der Legalitätspflicht mittelbar effektuieren, bietet die Promotionsarbeit einen äußerst geschickt gewählten, stimmig begründeten und in konziser Sprache abgefassten Wegweiser, der von hervorragenden wissenschaftlichen Fähigkeiten des Verfassers eindrucksvoll Zeugnis gibt.

Hamburg

Johannes Scheller*

* Dr. Johannes Scheller ist Notar in Hamburg.