

## CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

# Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung

Bei eigener Rechtsunkenntnis sind Vorstände und Geschäftsführer verpflichtet, Rechtsrat einzuholen, um Rechtsverstöße präventiv zu vermeiden. Diese unbestrittene Rechtspflicht wird i. d. R. nicht eingehalten. Es kommt zu Rechtsverstößen in Unternehmen, weil sich die Verantwortlichen vorher nicht beraten lassen. Der Dunning-Kruger-Effekt bietet dafür eine psychologische Erklärung. Die eigene Rechtsunkenntnis zu erkennen, setzt Rechtskenntnisse voraus. Verkannt werden schon das Fehlen der eigenen erforderlichen Sachkunde zur Rechtsprüfung und damit der Anlass zur präventiven Rechtsberatung. Deshalb muss die präventive Rechtsberatung auch ohne Anlass zur Routine und zur Pflicht werden. Mit zunehmender Digitalisierung der Rechtsanwendung wird diese Pflicht zumutbar. Bei sinkendem Aufwand steigen Komfort und Rechtssicherheit der präventiven Rechtsprüfung.

## 1. Die Pflicht zur „Einholung von Rechtsrat“

Nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Der pflichtbewusste Unternehmensleiter wirtschaftet nicht mit eigenen Mitteln, sondern ist ähnlich wie ein Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet. Ihn treffen grundsätzlich höhere Sorgfaltspflichten als eine Privatperson.<sup>1</sup> Vorstandsmitglieder müssen die rechtlichen Vorschriften kennen, die für den eigenen Verantwortungsbereich von Bedeutung sind. Sie müssen die wesentlichen Inhalte der rechtlichen Vorschriften und deren juristische Bedeutung erfassen. Ausreichend soll sein, dass Organmitglieder einer AG die Rechtslage der Gesellschaft selbst sachgerecht einzuschätzen im Stande sind, wobei es ausreichen soll, verhindern zu können, dass die Gesellschaft sich konträr zu den Rechtsnormen verhält und ein „Problembewusstsein“ dafür vorhanden ist, dass eine geplante Maßnahme möglicherweise im Konflikt mit geltendem Recht steht. Ähnlich dem „Problembewusstsein“ wird ein „Gespür für Rechtsrisiken“<sup>2</sup> oder „Sensibilität“<sup>3</sup> verlangt. Offenbar wird von Vorständen gefordert, offene Rechtsfragen zu erkennen. Abgeschwächt wird diese Anforderung, indem nicht die Fähigkeiten eines ausgebildeten Volljuristen verlangt werden.<sup>4</sup> Die Pflicht zur Einholung von Rechtsrat setzt voraus, dass der Geschäftsführer überhaupt erst einmal erkennt, dass das beabsichtigte Verhalten der Gesellschaft möglicherweise gegen Rechtsnormen verstößt. Die fehlende eigene Sachkunde wird als Voraussetzung für die Pflicht des Organmitglieds zur Einholung von Rechtsrat verstanden.<sup>5</sup>

Unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen ein Geschäftsleiter Rechtsrat einholen muss, bei eigener Rechtsunkenntnis. Er soll mehr wissen als nur ein Privatmann und weniger als ein ausgebildeter Volljurist, sowie „Problembewusstsein“, „Sensibilität“ und „Gespür für Rechtsrisiken“ haben. Zu Recht werden Zweifel geäußert, ob ein Geschäftsleiter ohne eigene Rechtskenntnisse überhaupt in der Lage ist, seine offenen Rechtsfragen zu stellen.<sup>6</sup> Zuletzt fordert der BGH im ISON-Urteil, dass das Vertretungsorgan, das „selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt“ sich von einem unabhängigen für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.<sup>7</sup>

## 2. Die Erkundigungspflicht im Strafrecht zur Vermeidung des Verbotsirrtums

Ohne Schuld handelt ein Täter nach § 17 StGB, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte, weil ihm bei Begehung der Tat die

1 MünchKomm/Spindler, AktG, § 93 Rn. 24

2 Uwe. H. Schneider, DB 2011, 99, 102

3 Binder, AG 2008, 274, 283

4 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012 S. 221

5 Kaulich S. 228 mit weiteren Nachweisen in Fn. 366 zur herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, BGH, DB 2007, 1455, 1457

6 Hauschka, NJW 2004, 257, 260

7 BGH Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 Anm. 78 [ISON-Urteil]

Einsicht Unrecht zu tun fehlt. Unkenntnis schützt nicht vor Strafe. Dieser Grundsatz gehört zum Allgemeingut. Geschäftsleiter haben die Pflicht, sich über die Rechtslage zu erkundigen, um einen Verbotsirrtum zu vermeiden. Dazu müssen Sie Rechtsrat einholen und ihr Gewissen mit der Frage angespannt haben, ob sie selbst ihr Verhalten als legal oder illegal einschätzen.<sup>8</sup>

Ein Verbotsirrtum liegt vor, wenn die nach dem Gesetz erforderliche Unrechtseinsicht zum Zeitpunkt der Tat nicht gegeben ist, wenn der Täter nicht weiß, dass sein Tun oder Unterlassen gegen eine verbindliche Rechtsvorschrift verstößt. Für die Unrechtseinsicht genügt das Bewusstsein, dass das Verhalten „gegen irgendwelche gesetzlichen Bestimmungen“ verstößt.<sup>9</sup> Das Unrecht muss der Täter nicht als sicher erkennen.<sup>10</sup> Die Unrechtseinsicht liegt schon dann vor, wenn der Täter während seiner Tatbegehung mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun und er dies billigend in Kauf nimmt. Dann liegt ein bedingtes Unrechtsbewusstsein vor, das einen Verbotsirrtum ebenfalls ausschließt.<sup>11</sup> Ist die Rechtslage unklar, ist die Strafbarkeit immer möglich. Ein Verbotsirrtum liegt unzweifelhaft dann vor, wenn der Täter keinen Rechtsverstoß erkennt.

Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum, wenn das Verhalten eines Täters ihm hätte Anlass geben müssen, die mögliche Rechtswidrigkeit aufzuklären und er hierdurch das Unrecht eingesehen hätte. Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn kein Anlass bestand, die Rechtswidrigkeit aufzuklären und er das Unrecht nicht eingesehen hätte. Wenn ein Bürger Anlass hatte, eine Rechtsfrage zu klären, muss er all seine Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen einsetzen.<sup>12</sup> Der juristische Laie muss Rechtsrat einholen, indem er einen Rechtsanwalt befragt.<sup>13</sup> Erfüllt der juristische Laie seine Erkundigungspflicht und vertraut auf die Auskunft, sein geplantes Verhalten sei rechtmäßig, ist der Irrtum unvermeidbar und sein Verhalten ohne Schuld.

Das anwaltliche Beratungsergebnis muss der Täter auf Verlässlichkeit daraufhin prüfen, ob der Anwalt kein Eigeninteresse verfolgt, sachkundig ist, die Auskunft objektiv, sorgfältig und verantwortungsbewusst ist, sie auf einer pflichtgemäßen Prüfung beruht, der Sachverhalt vollständig geprüft, widerspruchlos ist, nicht der Gesetzesumgehung dient, nicht im Widerspruch zu letztinstanzlich zuständigen Gerichten steht, kein Gefälligkeitsgutachten darstellt, detailliert und schriftlich als Gutachten vorliegt. Gaede listet zwölf Bedingungen zur Verlässlichkeitsprüfung für den juristischen Laien auf, die er aus der BGH-Rechtsprechung entnimmt. Er kritisiert zu Recht die strengen Maßstäbe und die Überforderungen des juristischen Laien, den anwaltlichen Rechtsrat ohne eigene Rechtskenntnisse auf Verlässlichkeit so eingehend zu prüfen, um überhaupt die Chance zu haben, den Verbotsirrtum und damit den Schuldvorwurf zu vermeiden.<sup>14</sup>

Verkannt wird bei dieser Kritik nicht, dass der Staat alle Strafgesetze gegenüber jedem Einzelnen durchsetzen muss und die Strafe nicht durch vorgeschützte Rechtsirrtümer umgangen werden darf. Unklar bleibt aber der Anlass für die Erkundigungspflicht. Je unklarer die Rechtslage, umso eher ist die Erkundigungspflicht anzunehmen. Fraglich ist jedoch, ob von einem juristischen Laien die Einschätzung verlangt werden kann, ob eine Rechtslage unklar ist und ob er ohne juristische Beratung überhaupt die Rechtslage und die sich daraus für ihn ergebenden Pflichten erkennen kann. Der Vorwurf besteht darin, eine erkennbare Rechtslage verkannt zu haben. Bei neuem strafbewehrtem Recht ohne konkretisierende Rechtsprechung kann die Unklarheit nicht zu Lasten der Normadressaten gehen, zumal nach Art. 103 Abs. 2 GG Strafgesetze bestimmt sein müssen. Zu Recht wird die Zumutbarkeit als Schuldabschlussgrund diskutiert.<sup>15</sup> Bei unklarer Rechtslage durch Regelungsdefizite im Normensystem

(Normenchaos) darf nicht der Normadressat das Risiko tragen, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens vorherzusagen zu können.<sup>16</sup> Festzuhalten bleibt, dass der juristische Laie überfordert wird, seine Erkundigungspflicht von seiner Beurteilung der Rechtslage abhängig zu machen, obwohl er als juristischer Laie gerade keine Rechtskenntnisse hat. Zusätzlich überfordert wird ein Laie, wenn er ohne eigene Rechtskenntnisse das Ergebnis der anwaltlichen Beratung beurteilen soll, nachdem er seine Erkundigungspflicht eingehalten hat. Will er seine Strafbarkeit bei unklarer Rechtslage ausschließen, müsste er von vielen Entscheidungen Abstand nehmen. Ob eine freie unternehmerische Entscheidung nach der Business-Judgment-Rule gem. § 93 AktG oder eine rechtsgebundene Entscheidung vorliegt, wäre für ihn nicht erkennbar. Wenn dadurch die Chancen sinken, sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zur Entlastung berufen zu können, droht die Lähmung der Wirtschaft, indem das Gefühl verstärkt wird, bei allen geschäftlichen Entscheidungen „immer mit einem Bein im Gefängnis zu stehen“. Der Schuldabschluss durch unvermeidbaren Verbotsirrtum auch bei anwaltlicher Präventivberatung wird zur Ausnahme.<sup>17</sup>

### 3. Das Unterlassen präventiver Rechtsprüfung in der Unternehmenspraxis

Die Analyse der Rechtsprechung zur strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Organhaftung zeigt, dass sich die Verantwortlichen nicht zur ihrer Entlastung auf ihre präventive Rechtsprüfung danach berufen konnten, ob ihr Verhalten legal oder illegal war. In der Unternehmenspraxis wird in aller Regel das Verhalten von Geschäftsleitern nicht routinemäßig auf Rechtmäßigkeit überprüft.<sup>18</sup> Regelmäßig fehlt es an einer präventiven Risikoanalyse, die der Prüfung von Rechtspflichten voraus gehen muss. Rechtspflichten dienen der Abwendung von Risiken. Die unterlassene Risikoanalyse ist der häufigste Grund für den Vorwurf des Organisationsverschuldens. Ohne die Annahme eines

8 Löw, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, 2001, S. 17; BGH, 8.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 204; BGH, 27.1.1966 – KRB 2/65 (KG), BHGSt 21, 20; BGH, 18.3.1952 – GSSt. 2/51, NJW 1952, 593; BT-Drs. 10/318, 15, Gesetzentwurf „Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“; BGH, 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 (Mannesmann/Vodafone); Holger Fleischer, in: Kindler u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 187–204, S. 187. Gaede, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre? HRRS 2013 S. 455

9 BGHSt 56, 174, 182; BGHSt 10, 35, 38; 22, 314, 318; Gaede S. 454

10 BGH NJW 1996, 1604, 1605

11 BGHSt 45, 219, 225, 2002, 3415, 3417; 2011, 1236, 1239, Gaede, S. 454

12 Ständige Rechtsprechung BGHSt 4, 1, 5; 4, 236, 242; 58, 15, 29, Gaede, S. 455

13 BGHSt 20, 342, 372; Gaede, S. 455

14 Gaede S. 456

15 Gaede S. 459, Naucke, FS Roxin, S. 503, 516; NK/Neumann, § 17 Fn. 51, 52

16 Gaede S. 461

17 BGH HRRS, 2013 Nr. 445, NStZ 2013, 461; Gaede S. 462

18 Exemplarisch BAG, 26.8.2008 – 1 ABR 16/07 (Videoüberwachung am Arbeitsplatz) – Deutsche Post, BAGE 127, 276; BGH, 14.10.2008 – 1 StR 260/08 (EnBW), BGHSt 53, 6; BGH, 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 – (Lederspray), BGH, 16.2.2009 – II ZR 185/07, BGHZ 180, 9, BB 2009, 796 m. BB-Komm. Marhewka, (Kirch/Deutsche Bank); BGH, 1.12.2008 – II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, BB 2009, 118 m. BB-Komm. Frhr. von Falkenhäusen – MPS (Upstream-Darlehen); BGH, 21.12.2005 – 3, StR 470/04, NJW 2006, 522 (Mannesmann/Vodafone), BGH, NStZ 1986, 4551; LG Nürnberg-Fürth, 3 K LS 501 Zs 1777/2008 (Feldmeyer-Siemens).

Risikos gibt es keinen Grund, Rechtspflichten zu prüfen.<sup>19</sup> Die Organisationspflichten wurden im Nachhinein formuliert, nachdem es zu einem Schaden durch Organisationsfehler gekommen war. Für jeden noch so abwegigen Schadensfall formuliert die Rechtsprechung im Nachhinein aus der Rückschau Schutzmaßnahmen als Rechtspflichten, die von Anfang an geeignet gewesen wären den Schaden abzuwenden.<sup>20</sup> Der Anlass für die Prüfung von Rechtspflichten ist der Eintritt des Schadens und die sich daran anschließende Frage, wer für den Schaden haftet. Es bleibt die Frage, warum die gleiche Prüfung der Rechtspflichten nicht präventiv vor dem Eintritt des Schadens geprüft wird. Der BGH konkretisiert in seiner ISON-Entscheidung die Pflicht von Geschäftsleitern, bei eigener Rechtsunkenntnis Rechtsberatung zu offenen Rechtsfragen einzuholen und das Beratungsergebnis einer eigenen persönlichen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.<sup>21</sup> Die Risikofrüherkennungspflicht ist im Aktienrecht gesetzlich in § 91 Abs. 2 AktG geregelt. Vorstände müssen für Rechtsirrtümer einstehen und tragen das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.<sup>22</sup> In der Unternehmenspraxis fehlt es an der präventiven rechtlichen Prüfung von Rechtspflichten. Geprüft wird erst nach dem Eintritt des Schadens zur Haftung für den Schaden.

Die Erkundigungspflicht zur Vermeidung des Verbotsirrtums nach § 17 StGB ist bekannt und umfangreich diskutiert. Die Entlastungsmöglichkeit, den Schuldvorwurf durch Einhaltung der Erkundigungspflicht zu vermeiden, wird offensichtlich wenig genutzt. Zutreffend stellt Gaede fest, der schuldausschließende Verbotsirrtum friste ein „kümmerliches Dasein“.<sup>23</sup>

Compliance-Management-Systeme dienen gerade dazu, durch präventive Rechtsprüfung Rechtspflichten des Unternehmens zu ermitteln und einzuhalten, noch bevor es zu einer Pflichtverletzung kommen konnte. Die Vermeidbarkeit von Verbotsirrtümern ist der Hauptzweck von Compliance-Management-Systemen. Seit der „Neubürger Entscheidung“ ist die Pflicht zur Einrichtung und Unterhaltung eines Compliance-Management-Systems für die Rechtsprechung unstrittig. Die Verletzung der Pflicht löst Schadensersatzansprüche aus.<sup>24</sup> Die Pflicht zur Einholung von Rechtsrat bei eigener Rechtsunkenntnis, sowie die Erkundigungspflicht zur Vermeidung eines Verbotsirrtums sind unbestritten. Die Erfüllung der Pflichten schützen vor Strafbarkeit, Schadensersatzansprüchen und ruinösen Auswirkungen für Existenz und Reputation von Unternehmen. Offen bleibt die Frage, warum trotz eigener Rechtsunkenntnis keine präventive Rechtsberatung in Anspruch genommen wird, insbesondere warum Compliance-Management-Systeme noch nicht als Selbstverständlichkeit gelten. Eine Antwort bietet die Psychologie.

#### 4. Der Dunning-Kruger-Effekt als psychologische Erklärung für verkannten Rechtsberatungsbedarf

Ohne eigene Rechtskenntnisse verkennt der juristische Laie selbst wenn er Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer ist, schon seinen Beratungsbedarf und damit den Anlass, seine Erkundigungspflicht zu erfüllen und Rechtsrat einzuholen. Erforderlich ist, dass der Geschäftsleiter überhaupt erkennt, dass sein beabsichtigtes Verhalten seiner Gesellschaft möglicherweise gegen Rechtsnormen verstößt. Offen ist, unter welchen Voraussetzungen ein Organmitglied auf Grund dieser Erkenntnis gehalten ist, bei auftretenden Rechtsfragen fachkundigen Rat einzuholen.<sup>25</sup> Zu bemerken ist hierzu, dass Rechtsfragen nicht von selbst auftreten, sondern gestellt werden müssen. Um Rechtsfragen stellen zu können, sind eigene Rechtskenntnisse unverzichtbar.

Die Psychologen Justin Kruger und David Dunning haben 1999 den Dunning-Kruger-Effekt unter dem Titel beschrieben, „Unskilled and Unaware of it: How Difficulties in Recognizing One's Own Incompetence Lead to Inflated Self-Assessments“.<sup>26</sup> Behandelt wird das Verhältnis zwischen menschlicher Kompetenz und Inkompetenz im Allgemeinen.<sup>27</sup> Diese Erkenntnisse gelten auch für das Verhältnis von Juristen mit rechtlicher Kompetenz und juristisch inkompetenten Laien. Die Kernthese zum Dunning-Kruger-Effekt lautet, dass das Erkennen von Inkompetenz die fehlende Kompetenz voraussetzt. Auf Grund ihrer juristischen Inkompetenz sind Laien nicht in der Lage, offene Rechtsfragen zu stellen, zu erkennen und deshalb einen Anlass zu haben, sich rechtlich beraten zu lassen. Juristische Laien erkennen ihren Rechtsberatungsbedarf erst gar nicht. Sie überschätzen ihre rechtliche Kompetenz und behindern sich durch ihre verminderte Selbsteinschätzung dabei, den erforderlichen Rechtsrat einzuholen und sich zur Rechtslage zu erkundigen. Dunning und Kruger behaupten, ein und dieselbe Fähigkeit sei notwendig, um die eigene Kompetenz und die von anderen überhaupt erst zu erkennen und zu bewerten. Die juristische Inkompetenz führt zu Beratungsresistenz, zur juristischen Selbstüberschätzung und behindert bei der realistischen Einschätzung des Rechtsberatungsbedarfs. Juristische Laien haben von sich den falschen Eindruck, genau das richtige zu tun. Ihnen fehlen als Laien das Rechtsbewusstsein und damit auch das Unrechtsbewusstsein.<sup>28</sup> Inkompetenten fehlt die Kompetenz der

19 RG 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil]; RG 28.11.1913 (III 194/13), in: RG Warn. 1914 35 S. 50 [Neuzement-Urteil]; RG 18.04.1914 (55/14 VI), in: RGJW 1914 (1914) S. 759 [Warenhaus-Urteil]; RG 25.02.1915 (VI 526/14), in: RGZ 87 (1916) S. 1 [Heilsalz-Urteil]; RG 27.11.1916 (VI 275/16), in: RGZ 89 (1917) S. 136 [Asphaltvertiefungs-Urteil]; RG 19.02.1923 (IV 427/22), in: RGJW (1923) S. 1026 [Fuhrwerk-Urteil]; RG 12.01.1938 (VI 172/37), in: RGJW 1938 S. 1651 [Kleinbahn-Urteil]; RG 12.10.1938 (VI 96/38), in: RGJW 1938 S. 3162 [Streupflicht-Urteil]; BGH 25.10.1951 (III ZR 95/50), in: BGHZ 4 S. 1 [Benzinfahrt-Urteil]; BGH 04.11.1953 (VI ZR 64/52), in: BGHZ 11 S. 151 [Zinkdach-Urteil]; BGH 13.05.1955 (I ZR 137/53), in: BGHZ 17 (1955) S. 214 [Bleiwaggon-Urteil]; BGH 10.05.1957 (I ZR 234/55), in: BGHZ 24 (1957) S. 200 [Presseangriff-Urteil]; BGH 06.11.1956 (VI ZR 71/56), in: MDR 1957 (1957) S. 214 [Streupflicht-Urteil II]; BGH 09.02.1960 (VIII ZR 51/59), in: BGHZ 32 (1960) S. 53 [Besitzdiener-Urteil]; BGH 28.10.1958 (V ZR 54/56), in: VersR 1959, S. 104 [Gieberei-Urteil]; BGH 13.12.1960 (VI ZR 42/60), in: NJW 1961 (1961) S. 455 [Propagandisten-Urteil]; BGH 08.11.1963 (VI ZR 257/62), in: VersR 1964, S. 297 [LKW-Unfall-Urteil]; BGH 17.10.1967 (VI ZR 70/66), in: NJW 1968 (1968) S. 247 [Kfz-Zulieferer-Urteil]; BGH 20.04.1971 (VI ZR 232/69), in: NJW 1971 (1971) S. 1313 [Tiefbau-Unternehmer-Urteil]; BGH JZ 1978 (1978) S. 475 [Kfz-Werkstatt-Urteil]. BGH vom 26.11.2012-II ZR 111/2 NZG 2013, S. 339 (Sardinien-Äußerung)

20 Matusche-Beckmann, Organisationverschulden, 2001 S. 53, 71, 206

21 BGH, 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 (ISON-Urteil) Rn. 18; Wagner, BB 2012, 651

22 BGH, 20.09.2011 – II ZR 234/09, BB, 2011, 2960 m.B.-komm.fedtkte, Rn. 16 (ISON-Urteil)

23 Gaede S. 450

24 LG München 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 Neubürger-Urteil; LAG Düsseldorf, 27.11.2015-14 Sa 800/15 (Schienenkartell-Urteil); ArbG Frankfurt, 11.09.2013 – 9 Ca 1551,13 (Libor-Manipulation); BGH, 15.01.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 (Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte).

25 Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler S. 227

26 Kruger und Dunning, Journal of Personality and Social Psychology 1999, Vol. 77, No. 6, S. 1121-1134

27 Bernau, Wir merken gar nicht, wie dumm wir sind, FAS vom 9.4.2017, S. 31

28 Kruger und Dunning, Journal of Personality and Social Psychology 1999, Vol. 77, No. 6, „Unskilled and Unaware of it“ S. 1122

„Metacognition“.<sup>29</sup> Juristisch inkompetente Pflichtenträger sind sich ihrer Defizite nicht bewusst. Aus eigener Initiative sind sie nicht in der Lage, Rechtsfragen zu stellen und Rechtsrat abzufragen. Unrechtsbewusstsein ist nicht angeboren. Rechtskunde ist kein Schulfach. „Unkenntnis schützt nicht vor Strafe“, gehört zwar zum Allgemeingut. Trotz der Popularität dieser Volksweisheit wird vor einem Rechtsverstoß in aller Regel nicht rechtlich geprüft, welche Rechtspflichten einzuhalten sind. Vielmehr gehört der Hinweis auf die eigene Unkenntnis rechtswidrigen Verhaltens zu den häufigsten und erfolglosesten Entlastungsversuchen bei Geschäftsleitern. Sie haben eine Informationsbeschaffungspflicht.<sup>30</sup> Der Dunning-Kruger-Effekt erklärt den auffälligen Umstand, dass der präventive Rechtsberatungsbedarf nicht erkannt wird, keine Rechtsfragen von den Verantwortlichen gestellt werden, kein Rechtsrat eingeholt wird und es deshalb zu Rechtsverstößen kommt. Die Rechtsfrage, welcher Unternehmenssachverhalt eine Rechtspflicht auslöst, wird i. d. R. deshalb erst nach dem Rechtsverstoß und dem dadurch eingetretenen Schaden gestellt, hat die Haftungsfrage zu entscheiden ist, wer den Schaden zu tragen. Der Rechtsverstoß und der Schaden liefern den Anlass zur nachträglichen rechtlichen Beratung. Bei der Schuldfrage wird deutlich, dass die präventive Rechtsberatung versäumt wurde und der Schuldvorwurf nicht durch den Nachweis der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums widerlegt werden kann, weil schon die Erkundigungspflicht nicht eingehalten wurde.

## 5. Juristische Laien – überschätzt und überfordert

Der Dunning-Kruger-Effekt erklärt nicht nur, warum juristische Laien keine offenen Rechtsfragen zu formulieren in der Lage sind, deshalb ihren Rechtsberatungsbedarf unterschätzen, ihre eigene Einsichtsfähigkeit zum Erfassen rechtlicher Fragen überschätzen, im Ergebnis deshalb auf Rechtsberatung verzichten und Rechtsverstöße verursachen. Umgekehrt erklärt der Dunning-Kruger-Effekt auch, warum Juristen die Inkompetenz juristischer Laien verkennen, ihre juristische Kompetenz überschätzen und sie deshalb überfordern. Juristen überfordern regelmäßig juristische Laien mit unrealistischen Erwartungen in deren Einsichtsfähigkeit, legales und illegales Verhalten einzuschätzen. Juristen schließen von ihrer eigenen Kompetenz auf juristische Laien und unterstellen die eigenen juristischen Fähigkeiten, offene Rechtsfragen zu erkennen, zu formulieren und professionellen Rechtsrat einzuholen. Juristische Laien werden von ausgebildeten Juristen überschätzt und damit überfordert.<sup>31</sup> Juristen messen juristische Laien mit den Maßstäben, die sie an ihre eigenen juristischen Fähigkeiten stellen, überfordern juristische Laien mit überzogenen Leistungserwartungen. Juristischen Laien ist es nicht zuzumuten, weil sie mangels eigener Rechtskenntnisse überfordert sind, offene Rechtsfragen zu erkennen und dazu Rechtsrat einzuholen, „bei allem, was ein Einzelner zu tun im Begriffe steht, sich bewusst zu machen, ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens in Einklang steht“.<sup>32</sup> Sie sind dabei überfordert, „alle verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen“.<sup>33</sup> Überfordert wird ein juristischer Laie, wenn er beurteilen soll, ob er „sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können“,<sup>34</sup> wenn er den Anlass für seine Erkundigungspflicht erkennen soll, insbesondere ob die Rechtslage klar oder unklar ist, wann er Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens haben muss, wenn er das Bewusstsein haben muss, dass seine Handlung möglicherweise verboten ist,<sup>35</sup> wenn er Zweifel haben muss, weil er von der Existenz

entgegenstehender gerichtlicher Entscheidungen oder behördlicher Äußerungen weiß. Überfordert wird der juristische Laie auch, wenn er wissen können soll, dass ein Rechtsgut durch sein Verhalten verletzt werden kann. Mit der Kenntnis von Tatumständen ist nicht notwendig das Bewusstsein verbunden, ein Rechtsgut zu verletzen.<sup>36</sup> Insbesondere überfordert werden juristische Laien, wenn sie entscheiden müssen unter welchen Voraussetzungen sie Rechtsrat einholen müssen und v. a. dann, wenn sie den Rechtsrat auf Plausibilität und Verlässlichkeit überprüfen sollen, um die anwaltliche Beratungsleistung zu beurteilen. Der BGH lässt in seiner ISON-Entscheidung offen, wie die Plausibilitätskontrolle vom juristischen Laien zu erledigen ist. Alles was vom juristischen Laien verlangt wird, setzt Rechtskenntnisse und die Fähigkeit zur Rechtsanwendung voraus.

## 6. Die Umstellung der gesetzgeberischen Regelungskonzepte auf ein Selbsteinschätzungssystem

Durch den Dunning-Kruger-Effekt werden Fehler bei der rechtlichen Selbsteinschätzung vermieden. Von aktueller Bedeutung ist die Fehlervermeidung bei der Selbsteinschätzung insbesondere deshalb, weil der Gesetzgeber durch die Umstellung auf ein Selbsteinschätzungssystem die Rechtsunsicherheit für Unternehmen drastisch erhöht.<sup>37</sup> Der Gesetzgeber ändert sein Regelungskonzept. Bestimmte Rechtsgebiete, die früher einem behördlichen Verfahren unterlagen, werden den Unternehmen zur eigenverantwortlichen Selbsteinschätzung der rechtlichen Lage zugewiesen. Verwiesen wird auf § 2 Abs. 1 GWB, der die Freistellungsvoraussetzung vom Kartellverbot des § 1 GWB enthält, und § 15 Abs. 3 WpHG, in dem die nunmehr eigenverantwortlich zu bewertenden gesetzlichen Erfordernisse geregelt sind für einen Aufschub von der Pflicht, Insider-Informationen nach § 15 Abs. 1 WpHG per Ad-hoc-Mitteilung unverzüglich zu veröffentlichen.<sup>38</sup> Die Organe des Unternehmens müssen selbst einschätzen, ob die Voraussetzungen für die Freistellung vom Kartellverbot vorliegen oder ob sie Insider-Informationen Ad-hoc melden müssen. Was früher von Behörden entschieden wurde, überlässt der Gesetzgeber der Selbsteinschätzung. Umso mehr sind Fehler bei der rechtlichen Selbsteinschätzung zu vermeiden und umso notwendiger wird es, rechtzeitig Rechtsrat einzuholen. Festzustellen ist ein neuer Normtyp, durch den die Rechtsanwender nur noch schwache Vorgaben erhalten. Nur Ziele werden vorgegeben, während die Schutzmaßnahmen die Unternehmen selbst bestimmen müssen, um die Strafbarkeit zu vermeiden.<sup>39</sup>

29 David Dunning, *Self-Insight* S.37, clues for competence, Imperfect Metacognitive clues of good and bad performance

30 wie Fn. 20

31 Kruger und Dunning *Journal of Personality and Social Psychology* 1999, Vol. 77, No. 6, „Unskilled and Unaware of it“, S. 1131, „The Burden of expertise“ Although they perform competently, they fail to realize that their proficiency is not necessarily shared by their peers“.

32 BGHSt 2, 194, 209; Neumann NK, *Strafgesetzbuch* 3. Auflage § 17 Anm. 53

33 BGH, 14.07.2008, Fn. 1 Kaulich S.223; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6W 45/09, NJW 2010, 1537 [IKB-Entscheidung]

34 BGHSt 2, 194, 200

35 Horn *Verbotsirrtum*, 1959, S. 105

36 NK/Neumann, § 17 Anm. 61 StGB

37 Kaulich S. 24, 150

38 Kaulich, *Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler*, S. 24

39 Grimm, in: Teubner, *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe* 1995, Sambuc, *Folgenerwägung im Richterrecht: Berücksichtigung von Entscheidungsfol-*



## 7. Inkompetenz ohne korrigierende Resonanz

Dunning und Kruger führen das Risiko von Fehlentscheidungen durch Inkompetenz auf die fehlende korrigierende Resonanz zurück. Das soziale Feedback versagt, durch persönliche Selbsterkenntnis lässt sich Inkompetenz nicht erkennen. Hinweise auf Inkompetenz verbieten erstens der Anstand, zweitens der unklare Bezug zwischen Inkompetenz und Fehlentscheidung, drittens die Uneindeutigkeit von Inkompetenz und viertens die Unfähigkeit im sozialen Vergleich inkompetentes Verhalten von kompetentem zu unterscheiden.<sup>40</sup>

In der Complianceorganisation eines Unternehmens ist es die Aufgabe des Compliancebeauftragten das Risiko der Fehleinschätzung durch Inkompetenz bei verantwortlichen Geschäftsleitern zu vermeiden und im Rahmen der Beratung auf die juristische Kompetenz zur Einhaltung der einschlägigen Rechtspflichten zu drängen.

## 8. Konsequenzen und Empfehlungen

Die Compliancebeauftragten haben die Aufgabe, Vorstände und Geschäftsführer bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflicht zu beraten, nämlich sich selbst legal zu verhalten und dafür zu sorgen, dass die Mitarbeiter des Unternehmens sich ebenfalls legal verhalten. Vorstände und Geschäftsführer sind i. d. R. juristische Laien, Compliancebeauftragte sind Juristen. In diesem Verhältnis ist ein juristisches Kompetenzgefälle durch die Überzeugungsarbeit des Compliancebeauftragten zu überwinden. Maßstäbe hierfür liefert der Berliner Stadtreinigungsfall.<sup>41</sup> Compliancebeauftragte können ihrer juristischen Beratung durch den Hinweis Nachdruck verleihen, dass der Geschäftsleiter sich als Täter strafbar macht und dem Compliancebeauftragten eine Strafe wegen Beihilfe droht, wenn der Geschäftsleiter der Rechtsberatung durch den Compliancebeauftragten nicht folgt und einen Rechtsverstoß riskiert. In Kenntnis des Dunning-Kruger-Effekts ist dem Compliancebeauftragten zu empfehlen, die eigene juristische Kompetenz hervorzuheben. Ziel der Beratung des Compliancebeauftragten muss sein, den Geschäftsleiter vor Fehlern bei der eigenen Selbsteinschätzung durch rechtliche Inkompetenz zu bewahren. Der Compliancebeauftragte muss nicht nur ein Kompetenzgefälle, sondern auch ein Hierarchiegefälle zum Geschäftsleiter überwinden. Er hat die höhere juristische Kompetenz und muss von einer niedrigeren Hierarchiestufe den Geschäftsleiter auf der höheren Stufe beraten. Auch das Hierarchiegefälle zwischen Geschäftsleiter und Compliancebeauftragten kann Fehler bei der Selbsteinschätzung juristischer Laien auf höherer Hierarchiestufe verursachen. Auch dieses Risiko muss beachtet werden. Zu empfehlen ist, sämtliche Unternehmenssachverhalte ohne Anlass ausnahmslos und präventiv auf Rechtspflichten zu überprüfen und deren Einhaltung durch die Einrichtung und laufende Unterhaltung eines Compliance-Management-Systems zu sichern, indem die Pflichten delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden. Ein Compliance-Management-System ist nicht aus Anlass, sondern aus Routine zu praktizieren, um den Nachweis führen zu können, Rechtsrat eingeholt zu haben und die Erkundigungspflicht zur Vermeidung eines Verbotsirrtums erfüllt zu haben. Bei seiner Überzeugungsarbeit muss der Compliancebeauftragte des Unternehmens den Rechtsberatungsbedarf der Geschäftsleiter begründen. Es gilt Rechtsrisiken zu erkennen und abzuwenden, noch bevor sie sich zu einem Schaden entwickeln konnten. Bei der präventiven Rechtsberatung fehlt es am äußeren erkennbaren Anlass eines Schadens durch einen Rechtsverstoß und

die sich selbst stellende Frage nach der Haftung. Die präventive Complianceberatung ist durch einen drohenden Rechtsverstoß zu rechtfertigen.

Das häufige Gegenargument des ungerechtfertigt hohen Aufwands für das Compliance-Management-System lässt sich durch den drastisch gesenkten Aufwand in Folge der Digitalisierung und Standardisierung entkräften. Die Legal-Tech-Lösungen, insbesondere die digitalisierte Recherchetechnik erlaubt es „alle verfügbaren Rechtsquellen erschöpfend zu nutzen.“<sup>42</sup> Unbegrenzt gelistete Unternehmenssachverhalte lassen sich in einem Suchvorgang nach Rechtspflichten überprüfen. Der Zeitaufwand sinkt auf Sekunden. Die Speicherkapazitäten für alle Rechtsquellen sind nahezu unbegrenzt, sodass das Risiko der lückenhaften Recherche sinkt. Sachverhalte müssen nach Rechtspflichten nur einmal geprüft, einmal gespeichert und dann nur digital wieder gefunden werden. Die Grenzkosten sinken gegen Null, je öfter das gleiche Prüfergebnis durch Mehrfachnutzung aufgerufen wird. Legal-Tech senkt den Aufwand, steigert die Rechtssicherheit und ermöglicht Rechtsrat aus Routine.

## 9. Fazit

Der Dunning-Kruger-Effekt erklärt die Ursache für Rechtsverstöße in Unternehmen mit einem Kompetenzgefälle zwischen juristischen Laien und Juristen. Geschäftsleiter haben die Legalitätspflicht, die sie ohne eigene Rechtskenntnisse einhalten müssen. Der Dunning-Kruger-Effekt legt das Rechtsrisiko offen, dass Geschäftsleitern bei der Selbsteinschätzung ihres Rechtsberatungsbedarf Fehler unterlaufen, weil sie die Pflichtenlage ihres Unternehmens mangels eigener Rechtskenntnisse verkennen, nicht den erforderlichen Rechtsrat einholen und damit Rechtsverstöße riskieren. Zu empfehlen ist routinemäßiges Pflichtenmanagement durch ein Compliance-Management-System und die Senkung des Complianceaufwands durch den systematischen Einsatz von Arbeitsteilung, Digitalisierung, Standardisierung und Leerkostenmanagement in jedem einzelnen Verfahrensschritt des Compliance-Management-Systems. Höchstmögliche Rechtssicherheit bei geringstmöglichem Aufwand ist als Ziel anzustreben.

---

### AUTOR



**Dr. Manfred Rack, RA, Rack Rechtsanwälte, Frankfurt.** Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Compliance- und Risikomanagement. Er ist Herausgeber des EDV-gestützten Managementsystems „Recht im Betrieb“.

---

gen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG 1977 S. 36; BGHSt 37, 184, 503 (Silobegasung), BGH 18.09.1984-VII ZR 223, 82; BGHZ, 92, 143, BB 1984, 1970 (Kupolofen-Entscheidung)

40 Kruger und Dunning, *Journal of Personality and Social Psychology* 1999, Vol. 77, No. 6, „Incompetence and the Failure of Feedback“ S. 1131

41 BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/05, NJW 2009, 3173 ff. Rn. 23 (Berliner Stadtreinigungsfall).

42 BGH, 14.07.2008, Fn. 1 Kaulich S. 223; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6W 45/09, NJW 2010, 1537 [IKB-Entscheidung]