

# Compliance Berater

Sonderbeilage 2 / 2019

Betriebs-Berater Compliance

30.10.2019 | 7.Jg  
Seiten 1-16

Dr. Manfred Rack

Organisationslücken im Verhältnis  
zwischen Geschäftsleitung und  
Unternehmensjuristen als Ursache für  
unterschätzte Rechtsrisiken

---

# Inhaltsübersicht

I.	Das Verhältnis zwischen weisungsbefugten Geschäftsleitern ohne Rechtskenntnisse und weisungsabhängigen Syndikusrechtsanwälten als Organisationsrisiko	3
II.	Die Doppelstellung von Syndikusrechtsanwälten als Organisationsrisiko und die gesetzliche Regelung in §§ 1, 46 BRAO zur Unabhängigkeit in Rechtsfragen	4
III.	Der vertragliche Ausschluss von „nützlichen Pflichtverletzungen“	4
IV.	Die fiktive Eigenschaft von Risiken als Organisationsproblem	5
V.	Die Legal-Tech-Lösung zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht	6
VI.	Die Pflicht von Geschäftsleitern zur „eigenen Risikoanalyse“ bei gesetzlich unregelmäßig und gerichtlich noch nicht entschiedenen Unternehmenssachverhalten	7
VII.	Die Rechtsberatung zur Plausibilitätskontrolle	7
VIII.	Die Pflicht zum Widerspruch und zur Eskalation bei rechtswidriger Weisung der Geschäftsleitung	8
IX.	Dienstvertragliche Melde- und Beratungspflichten zur Rechtsrisikoabwehr für Unternehmensjuristen aus eigener Initiative	8
X.	„Rechtlich gebundene“ oder „freie unternehmerische Entscheidung“ als Vorfrage zur Geltung der Business-Judgement-Rule nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	9
XI.	Vereinbarung zum Compliance-Aufwand	9
XII.	Die Vorlagepflicht von Unternehmensjuristen bei Entscheidungen mit ruinösen Folgen	10
XIII.	Die Beratungspflicht zum „sichersten Weg“	10
XIV.	Die Vereinbarung zum direkten Vortrag und der unmittelbare Zugang zum Geschäftsleiter	10
XV.	Die Vereinbarung eines Benachteiligungsverbots für Unternehmensjuristen und Compliance-Manager	10
XVI.	Ein Rechtsvergleich zu den Pflichten des In-House Counsel zur Vermeidung von Rechtsverstößen im Unternehmen durch präventive Rechtsberatung im US-amerikanischen Unternehmensrecht als Vertragsvorlage	10
XVII.	Der In-House Counsel als „legal watchdog“	11
XVIII.	Die Beratung zur Pflicht eines Compliance-Management-Systems	11
XIX.	Fazit	12
<b>XX.</b>	<b>Vereinbarung zur präventiven Rechtsberatung zwischen Unternehmen, vertretungsberechtigten Organen und weisungsabhängigen Syndikusanwälten und Compliance-Managern</b>	<b>13</b>

# Organisationslücken im Verhältnis zwischen Geschäftsleitung und Unternehmensjuristen als Ursache für unterschätzte Rechtsrisiken

In Unternehmen werden Rechtsrisiken häufig verkannt. Die Folgen sind Rechtspflichtverletzungen mit ruinösen Schadensersatzforderungen, Reputationsverluste, fallenden Aktienkurse, Kapitalvernichtung in Milliardenhöhe, Vorstände ohne Entlastung, drohende Organhaftung, und gefährdete Arbeitsplätze. Zu den Ursachen zählen Organisationsschwächen im Verhältnis von weisungsbefugten Vorständen und Geschäftsführern und weisungsabhängigen Unternehmensjuristen. Rechtsrisiken werden nicht präventiv, lückenlos und routinemäßig auf Rechtspflichten zur Risikoabwehr geprüft. Gesetzliche Regelungen fehlen. Durch vertragliche Regelungen über ein verbindliches Verfahren ist ein effektives Risikomanagement so zu sichern, dass mit präventiver Rechtsberatung Rechtsrisiken systematisch erfasst und durch Rechtspflichten abgewendet werden. Lösungshinweise ergeben sich aus §§ 1, 46 BRAO zur Garantie der Unabhängigkeit von Syndikus Anwälten in Rechtsfragen, aus Einzelfallentscheidungen des BGH und aus einem Rechtsvergleich mit den US-amerikanischen „Model Rules of Professional Conduct“ für In-House Counsel. Typische Konflikte in Rechtsfragen zwischen Geschäftsleitern und Unternehmensjuristen sowie Compliance-Managern lassen sich durch achtzehn Vertragsklauseln vermeiden.

## I. Das Verhältnis zwischen weisungsbefugten Geschäftsleitern ohne Rechtskenntnisse und weisungsabhängigen Syndikusrechtsanwälten als Organisationsrisiko

Bei eigener Rechtsunkenntnis sind Vorstände und Geschäftsführer nach der BGH-Rechtsprechung verpflichtet, erforderlichen Rechtsrat einzuholen, die Rechtslage sorgfältig prüfen zu lassen, und die höchstgerichtliche Rechtsprechung zu beachten.<sup>1</sup> Vorstände und Geschäftsführer tragen das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.<sup>2</sup> Die Großschäden durch Rechtsverstöße zeigen, dass diese unbestrittene Rechtspflicht trotz ständiger Rechtsprechung offenbar nicht eingehalten wird. Zu Rechtsverstößen im Unternehmen kommt es, weil sich die Verantwortlichen offenbar rechtlich nicht beraten lassen, obwohl Unternehmensjuristen in Compliance- und Rechtsabteilung professionell dazu in der Lage sein müssen. Offene Rechtsfragen werden von Geschäftsleitern mangels eigener Rechtskenntnisse nicht erkannt. Deswegen verkennen Geschäftsleiter schon den Anlass, Rechtsrat einzuholen und damit ihren Rechtsberatungsbedarf. Der Dunning-Kruger-Effekt liefert dazu die psychologische Erklärung. Die eigene Rechtsunkenntnis zu erkennen, setzt Rechtskenntnisse voraus.<sup>3</sup> Hierbei handelt es sich um ein Organisationsrisiko, das erkannt und abzuwenden ist. Nach einer aktuellen Studie schaffen es Chefjuristen kaum noch in den Vorstand. Nur in neun von achtzig DAX/MDAX-Unternehmen haben Vorstände eine juristische Ausbildung. 2017 waren es nur noch 3% aller neuen Vorstände. Vor mehr als 10 Jahren waren es noch 13% aller Vorstände, die Rechtswissenschaften studiert hatten<sup>4</sup>. Unternehmensjuristen wiederum können den Rechtsberatungsbedarf der Geschäftsleitung nicht erkennen, weil sie nicht früh genug in Ent-

scheidungsverfahren eingebunden werden und sie nicht immer über alle Sachverhalte informiert sind, über die Vorstände und Geschäftsführer entscheiden, obwohl sie auf Grund ihrer juristischen Ausbildung rechtlich über Rechtsrisiken beraten könnten. Unternehmensjuristen sind weisungsabhängige Angestellte des Unternehmens und fühlen sich in der Regel nicht zur Rechtsberatung aus eigener Initiative weder verpflichtet und noch befugt. Im Ergebnis werden Rechtsrisiken vernachlässigt. Damit verbundene offene Rechtsfragen stellen sich erst als Haftungsfragen, wenn zu entscheiden ist, wer einen entstandenen Schaden auf Grund eines Rechtsverstößes zu verantworten hat. Offene Rechtsfragen stellen sich nicht von selbst. Kein Unternehmenssachverhalt lässt ohne rechtliche Prüfung erkennen, ob er Rechtsrisiken verursacht und Rechtspflichten zu ihrer Abwendung auslöst. Erforderlich ist deshalb die Organisation eines Verfahrens, durch das sichergestellt wird, dass Rechtsrisiken so früh wie möglich erfasst und so behandelt werden, dass sie durch Rechtspflichten abgewendet werden können, noch bevor sie sich zu Schäden entwickeln konnten. Die Unternehmensjuristen als Syndikusrechtsanwälte oder als Compliance-Manager müssen organisatorisch durch Vorstände und Geschäftsführer in die Lage versetzt werden, alle Rechts-

1 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 – ISSION; BGH, 11.1.1984 – VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296, 303; BGH, 14.6.1994 – XI ZR 210/93; BGH, 4.7.2001 – VII ZR 79/00, WM 2001, 2012, 2014; BGH, 12.7.2006 – X ZR 157/05, WM 2006, 2011, Rn. 19; BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – XI ZR 308/09, ZIP 2010, 1335, Rn. 3.  
2 BGH, 21.12.1995 – V ZB 4/94, BGHZ 131, 346, 353.  
3 Rack, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts, CB 2017, 216.  
4 FAZ v. 1.7.2019, Seite 20, Korn-Ferry-Untersuchung v. 9.7.2019.

risiken als offene Rechtsfragen behandeln zu können. Geschäftsleiter müssen durch das vereinbarte Verfahren verpflichtet werden, Rechtsrat routinemäßig und präventiv für jeden Unternehmenssachverhalt einzuholen, noch bevor es zur Verletzung einer Rechtspflicht mit Schadensfolgen kommen kann.

## II. Die Doppelstellung<sup>5</sup> von Syndikusrechtsanwälten als Organisationsrisiko und die gesetzliche Regelung in §§ 1, 46 BRAO zur Unabhängigkeit in Rechtsfragen

Syndikusrechtsanwälte und Compliance-Manager sind weisungsabhängige Angestellte des Unternehmens und disziplinarisch weisungsbefugten Nichtjuristen in allen Fällen unterstellt, in denen Vorstände und Geschäftsführer selbst keine Juristen sind. Der BGH ging lange davon aus, dass die Weisungsabhängigkeit eines Anwalts von einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber deshalb mit der Stellung des Anwalts als unabhängigen Organ der Rechtspflege nicht vereinbar sei. Lange blieben Syndikusrechtsanwälte aus diesem Grunde die Zulassung zur Anwaltschaft versagt<sup>6</sup>, was vom Bundesverfassungsgericht mit der Begründung korrigiert wurde, dass Berufsausübungsregelungen die Unabhängigkeit und damit die Rechte der Syndikusrechtsanwälte aus Art. 12 Abs. 1 GG sichern können.<sup>7</sup> Die Unabhängigkeit des Syndikusanwalts bei der unternehmensinternen Rechtsberatung hängt davon ab, dass er in Rechtsfragen weisungsfrei beraten kann und in sämtlichen erforderlichen Informationen ebenfalls weisungsfrei im Unternehmen recherchieren kann.<sup>8</sup> Abzuwenden ist insbesondere das Risiko, dass Geschäftsleiter auf Grund ihrer Weisungsbefugnis ohne eigene Rechtskenntnisse Einfluss auf ihre eigene Rechtsberatung und die Behandlung von Rechtsrisiken nehmen können. Das Risiko der Einflussnahme auf die Rechtsberatung im Unternehmen beruht darauf, dass Geschäftsleiter mangels eigener Rechtskenntnisse ihre rechtliche Inkompetenz verkennen. Mit dem Dunning-Kruger-Effekt lässt sich dieses Risiko zwar erklären, muss aber abgewendet werden, bevor Rechtsrisiken übersehen und offene Rechtsfragen erst gar nicht gestellt werden, weil der Rechtsberatungsbedarf sowohl bei Vorständen als auch bei den Syndikusrechtsanwälten verkannt wird. Fehlt einem Vorstand oder Geschäftsführer schon das Problembewusstsein, dann hilft auch der noch so qualifizierte anwaltliche Unternehmensjurist oder anwaltliche Berater dem Vorstand nicht aus der Haftung, weil ihm die entsprechende Rechtsfrage erst gar nicht gestellt wird.<sup>9</sup> Kritisch beklagt wird in der Praxis häufig, dass Unternehmensjuristen überhaupt nicht oder zu spät eingeschaltet werden, ja sogar umgangen werden, um juristische Bedenken zu vermeiden, durch die Geschäfte erschwert oder sogar verhindert werden. Nach § 46 Abs. 4 Satz 2 BRAO – seit dem 18.05.2017 in Kraft – ist die fachliche Unabhängigkeit der Berufsausübung des Syndikusrechtsanwalts vertraglich und tatsächlich zu gewährleisten. Eine fachliche unabhängige Tätigkeit im Sinne des § 46 Abs. 3 BRAO übt nicht aus, wer sich an Weisungen zu halten hat, die eine eigenständige Analyse der Rechtslage und eine einzelfallorientierte Rechtsberatung ausschließen.<sup>10</sup> Geregelt ist in § 46 Abs. 3 BRAO, dass der Syndikusrechtsanwalt fachlich unabhängig und eigenverantwortlich Rechtsfragen prüft, Sachverhalte aufklärt und Lösungsmöglichkeiten erarbeitet, Rechtsrat erteilt, Rechtsverhältnisse gestaltet durch Verhandlungsführung und schließlich die Befugnis hat nach außen verantwortlich aufzutreten.

Hervorzuheben ist, dass der Syndikusrechtsanwalt nach § 46 Abs. 3

Satz 1 BRAO neben der Prüfung von Rechtsfragen auch den Sachverhalt aufklären muss. Dies bedeutet, dass er auch zuvor vollständig über alle Sachverhalte im Unternehmen zu informieren ist.<sup>11</sup>

Es empfiehlt sich zur Sicherung der Unabhängigkeit der Berufsausübung des Syndikusanwalts zur Klarstellung eine ausdrückliche vertragliche Regelung nach § 46 Abs. 4 BRAO. Man kann nicht sicher sein, dass jedem Vorstand und Geschäftsführer die spezielle berufsrechtliche Regelung im § 46 BRAO auch bewusst ist, dass er zwar Vorgesetzter des Syndikusanwalts und des Compliance-Managers ist, aber sein Weisungsrecht in Rechtsfragen nicht ausüben darf. In allen Fällen, in denen der Unternehmenszweck mit einem speziellen Gesetzeszweck kollidiert, besteht das Risiko, dass Geschäftsleiter auf die Behandlung der Rechtsfrage Einfluss nehmen, um das Unternehmensprinzip „Geschäft geht vor“ zu verfolgen und durchzusetzen. Dieser nahezu unausweichliche Konflikt ist für den unternehmerischen Alltag vorprogrammiert. Es muss deshalb vertraglich geregelt werden, dass die Rechtsfrage nicht zur Machtfrage im Unternehmen wird. Allzu leicht werden die Folgen eines eventuellen Rechtsverstoßes mit dem Nutzen und wirtschaftlichen Vorteil für Unternehmen verglichen. Die Frage darf erst gar nicht gestellt werden, ob sich illegales Verhalten für Unternehmen lohnen kann und durch den geschäftlichen Nutzen zur rechtfertigen ist.

## III. Der vertragliche Ausschluss von „nützlichen Pflichtverletzungen“

Bei allen Entscheidungen und Aktivitäten haben sich Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer rechtmäßig zu verhalten.<sup>12</sup> „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmung zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen ein.“ Diese Pflicht ergibt sich auch aus Ziffer 4.1.3 des DCGK.<sup>13</sup> Die Legalitätspflicht wird von Rechtsprechung und Literatur aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG hergeleitet. Vorstandsmitglieder haben die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Legalitätspflicht hat Vorrang vor allen anderen Pflichten des Vorstands insbesondere auch dann, wenn der Vorstand sich zwischen seiner Legalitätspflicht und der Pflicht der Gewinnerzielung seiner Gesellschaft entscheiden muss. Nach § 396 Abs. 1 AktG kann die Gesellschaft sogar aufgelöst werden, wenn es zu gesetzeswidrigem

5 Schautes, Anwaltliche Unabhängigkeit, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Berufsrechts, 2005, Seite 263; Merkt, Der Syndikusanwalt und Corporate Governance, NJW 2014, 2312.

6 BGHZ 71, 138, 140 f.; Schautes (Fn. 5), Seite 264.

7 BVerfGE, NJW 1993, 317, 320 f.; Schautes (Fn. 5), Seite 264.

8 Schautes (Fn. 5), Seite 264.

9 Hauschka, NJW 2004, 257, 260; Kaulich, 2011, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, Seite 221, 227, 129.

10 § 46 BRAO (Bundesrechtsanwaltsordnung), 7. Auflage, Kleine-Cosack, 2015 Anhang zu § 46 Anm. 17–19 (Begründung Seite 32).

11 Kaulich (Fn. 9), Seite 136; BGH, 14.5.2007 – II ZR 48/08, Rn. 16, 17 – Insolvenzreifeprüfung.

12 Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche „Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern“, ZIP 2005, 141; Paefgen, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG 2002, Seite 17–26 für die GmbH; Rohwetter/Koppensteiner, GmbHG, 4. Auflage 2002, Seite 43 Rn. 10; Baumbach/Hueck, 19. Auflage, § 43 GmbHG, Anm. 17 u. 23; Hemeling, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZAR 175 (2011), 368.

13 BegrRegE, KontraG, BT-Drucks. 13, 9712 Seite 15.

Verhalten ihrer Verwaltungsträger kommt und das Gemeinwohl gefährdet wird.<sup>14</sup> Nach § 243 AktG kann ein Beschluss der Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. Gesetzesverstöße liegen von vornherein nicht im Gesellschaftsinteresse. Einem Vorstandsmitglied ist im Rahmen des § 53 Abs. 1 AktG der Einwand abgeschnitten, er habe bei seinem Rechtsbruch zum Besten seiner Gesellschaft gehandelt.<sup>15</sup> Nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ist der Aufsichtsrat verpflichtet, einen Zustimmungsvorbehalt einzuführen, wenn sich nur so ein rechtswidriges Verhalten des Vorstands verhindern lässt. Die präventive Überwachung der Unternehmensführung durch den Aufsichtsrat ist dadurch geregelt. Der Aufsichtsrat muss handeln, wenn eine gesetzwidrige Vorstandsentscheidung nur noch durch eine solche Anordnung verhindert werden kann.<sup>16</sup> Auch eine GmbH kann nach § 62 Abs. 1 GmbHG aufgelöst werden, wenn Gesellschafter gesetzwidrige Beschlüsse fassen oder gesetzwidrige Handlungen des Geschäftsführers wissentlich geschehen lassen.

Die Gesetzestreue gilt zwar als triviale Selbstverständlichkeit.<sup>17</sup> Gleichwohl ist in der Unternehmenspraxis die Legalitätspflicht ständig zu verteidigen, weil sie mit dem Argument angezweifelt wird, es fehle an der Akzeptanz der Rechtspflichten, als ob es im Belieben der Normadressaten liege, Gesetze zu akzeptieren wie etwa vertragliche Pflichten, die man freiwillig eingehen kann oder auch nicht. Gesetze gelten, weil sie nach den „geltenden Gesetzgebungsverfahren“ erlassen und nicht aufgehoben worden sind. Die Normadressaten sollen ohne Ausnahme an sie gebunden sein.<sup>18</sup> Jedes Gesetz wurde einmal mit Mehrheit beschlossen und gilt solange es nicht durch eine andere Mehrheit aufgehoben wird.

Damit diese rechtlichen Zusammenhänge als Grundsatzfrage zur „nützlichen Pflichtverletzung“ nicht immer wieder diskutiert und ausgefochten werden müssen und das Verhältnis von Unternehmensjuristen und Geschäftsleitern ohne eigene Rechtskenntnisse den Unternehmensalltag nicht unnötig belasten, empfiehlt es sich, entsprechend dem Hinweis nach § 46 Abs. 4 Satz 2 BRAO im Vertrag mit Syndikusrechtsanwälten und Compliance-Managern deren Unabhängigkeit sowohl vertraglich als auch tatsächlich zu gewährleisten und nützliche Pflichtverletzung auszuschließen, um dadurch Vorstände und Geschäftsführer erst gar nicht in die Versuchung kommen zu lassen, ihr Weisungsrecht als Druckmittel bei der Entscheidung einzusetzen, ob die Legalitätspflicht erfüllt ist und ob ein Verhalten im Unternehmen rechtmäßig oder rechtswidrig aber nützlich ist. Durch eine klarstellende Vereinbarung ist dieser Konflikt von vornherein vermeidbar. Auch im Berliner Stadtreinigungsfall verweist der BGH auf dienstvertragliche Vereinbarungen.<sup>19</sup> Das letzte Wort in Rechtsfragen muss den Unternehmensjuristen vorbehalten bleiben, wozu auch die Befugnis zählt, eine zweite Rechtsmeinung zur Bestätigung einzuholen.

Das OLG Karlsruhe hat entschieden, dass eine gesetzwidrige Tätigkeit auch dann eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers begründet, wenn der Gesetzesverstoß subjektiv ex ante zum Nutzen der Gesellschaft erfolgte, hieraus aber ein Schaden erwächst.<sup>20</sup> Die Verhaltensökonomie kennt die „kriminogene Verbandsattitüde“.<sup>21</sup> In Unternehmen entsteht Gruppendruck, zum Vorteil des Unternehmens Rechtsverstöße in Kauf zu nehmen, wenn im Unternehmen die Meinung vorherrscht, der Unternehmenszweck habe Vorrang vor dem Gesetzeszweck und legitimiere den Rechtsverstoß.

Der Vorrang der Legalitätspflicht nach deutschem Recht ist vor allem gegenüber ausländischen Rechtsordnungen hervorzuheben. Es besteht nämlich das Risiko, dass in international tätigen Unternehmen andere Rangverhältnisse vorherrschen und etwa amerikanische Jus-

tiziere die Ansicht eines rechtlich möglichen „efficient breach of public law“ vertreten.<sup>22</sup> Die „kriminogene Verbandsattitüde“ durch Gruppendruck zum Vorteil des Unternehmens bei Rechtsverstößen muss erkannt und durch vertragliche Vereinbarungen ausdrücklich ausgeschlossen werden.<sup>23</sup>

#### IV. Die fiktive Eigenschaft von Risiken als Organisationsproblem

Anlass und Ausgangspunkt für alle Rechtsfragen ist das Rechtsrisiko. Ohne die Annahme eines Risikos, besteht kein Anlass, nach Rechtspflichten zur Abwendung zu suchen. Der Konflikt über Rechtsfragen kann also schon bei der Zusammenstellung des Sachverhalts entstehen. Schon beim Unternehmenssachverhalt kann die offene Rechtsfrage umgangen und vermieden werden, indem ein Rechtsrisiko geleugnet oder unterschlagen wird. Solange sich ein Risiko noch nicht zum Schaden entwickelt hat, bleibt es nicht beweisbar. Ein Risiko kann man nicht wie den schon eingetretenen Schaden erkennen, beschreiben, berechnen und beweisen. Risiken lassen sich deshalb leicht bestreiten, verdrängen, verleugnen, weil man sie nicht wie Tatsachen erkennen und beweisen aber immer bestreiten kann. Die Neigung zum Verdrängen oder Bagatellisieren von Risiken und zur „Willfull blindness“ wird auch dadurch gefördert, dass die Risikoabwehr regelmäßig Kosten verursacht, ohne dass ein sichtbarer Anlass wie ein Schaden den Aufwand rechtfertigen könnte und außerdem immer auch die Möglichkeit besteht, dass ein Risiko sich nicht realisiert und der Schaden ausbleibt. Risiken sind drohende Schäden, keine Fakten, sondern nur Fiktionen.<sup>24</sup> Risiken kann man nicht erkennen. Man muss sie sich denken. Wie alles Fiktive, kann man aber nur an das denken, was man normalerweise schon kennt.<sup>25</sup> Erkannt und vermieden werden muss der Verfügbarkeitsfehler, der immer an dem Argument zu erkennen ist, im eigenen Unternehmen werde nichts passieren, weil in der Vergangenheit auch nichts passiert sei und, weil deshalb kein Risiko angenommen werden muss. Zur Vermeidung des Verfügbarkeitsfehlers (Availability-Bias) müssen deshalb alle Risiken und zwar auch die, an die man im Augenblick der Ent-

14 Hüffer, AktG, 6. Auflage, § 696 Anm. 1 zur Gemeinwohlgefährdung; Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern, Seite 148.

15 Fleischer, ZIP 2005, 148.

16 BGHZ, 124, 111, (127).

17 Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex 2003, Rn. 432.

18 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 2016, 9. Auflage Anm. 334.

19 BGHSt 46, 196 Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

20 OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 7 U 184/12; Raabe, GWR 2013, 404; Beck, RS, 2013, 13837; Nietsch, ZIP, 2013, 1454.

21 Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen, ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 1979, Seite 18; Rack, CB 2015, 277.

22 Fleischer, ZIP 2005, 186, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern; Spindler/Stilz, § 93 AktG, Anm. 36, 4. Auflage, 2019.

23 Rack, Das Organisationsrisiko der „kriminogenen Verbandsattitüde“, CB 2015, 277, 330.

24 Beck, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 38.

25 Rack, Der Verfügbarkeitsfehler (Availability-Bias) als Organisationsrisiko, CB 2014, 236.



scheidung nicht denkt, die aber überraschender Weise sich zu Schäden entwickeln und von denen im Schadensersatzverfahren die Geschädigten, ihre Anwälte, Richter und Gutachter hinterher behaupten könnten, sie seien vorhersehbar und vermeidbar gewesen, weil man an diese speziellen drohenden Schäden hätte denken müssen.<sup>26</sup> Auch das Risiko des Rückschaufehlers (Hindsight-Bias) ist abzuwenden, indem alle Unternehmenssachverhalte ausnahmslos danach geprüft werden, ob sie als potenzielle Schadensursachen zu behandeln sind.

Schon beim Erfassen der Sachverhalte, die einer Vorstandsentscheidung zu Grunde liegen, besteht die Möglichkeit, die Tatsachen so zu selektieren, dass die Annahme eines Risikos bestritten werden kann.

Vertraglich muss mit den Unternehmensjuristen deshalb das Recht und die Pflicht vereinbart werden, zur vollständigen Aufklärung des Sachverhalts nach § 46 Abs. 3 Ziffer 1 BRAO unabhängig von Weisungen alle Informationen über Unternehmenssachverhalte zu recherchieren, um die Rechtsfrage nach einem Rechtsrisiko entscheiden zu können. Dazu zählen auch latente Sachverhalte, von denen später behauptet werden könnte, dass man an sie hätte denken müssen. Diese Vereinbarung entspricht der Rechtsprechung des BGH zur Informationsbeschaffungspflicht, wonach „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen sind.“<sup>27</sup>

Zwar wird dieser Rechtsprechung der Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entgegengehalten, der nur die Recherche „angemessener Informationen“ verlangt. Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass es sich um die Voraussetzung einer Unternehmensentscheidung nach der Business-Judgement-Rule handelt, nicht aber um die vorgelagerte Prüfung, ob und wieweit es sich um eine „gebundene“ Rechtsentscheidung oder eine „freie unternehmerische Entscheidung“ handelt.<sup>28</sup> Wie alle Anwälte haben Unternehmensjuristen grundsätzlich den „sichersten Weg“<sup>29</sup> zu wählen, um im Interesse des beratenen Vorstands den Nachweis führen zu können, „alle verfügbaren tatsächlichen und rechtlichen Informationsquellen erschöpft“ zu haben. Auf dem sichersten Weg sind Unternehmensjuristen immer dann, wenn sie die aktuellste Rechertechnik in größtmöglichen Speichern als Quelle mit dem größten Umfang an tatsächlichen und rechtlichen Informationen durchsuchen. Die unbestimmten Rechtsbegriffe „verfügbar“ und „angemessen“ bestimmen sich im Zweifel nach dem aktuellen Standard der technischen Möglichkeiten bei der Rechtsanwendung. Die umfangreiche Diskussion zur Informationsbeschaffungspflicht<sup>30</sup> kann für die Praxis der präventiven Rechtsberatung dahingestellt bleiben. Je umfangreicher Informationen recherchiert werden, umso geringer ist das Risiko des Rückschaufehlers (Hindsight-Bias). Ist ein Schaden eingetreten und kennen alle den Schadensverlauf, sind hinterher alle schlauer und neigen dazu, dessen Vorhersehbarkeit, Vermeidbarkeit und die Schadensersatzansprüche zu bejahen.<sup>31</sup>

## V. Die Legal-Tech-Lösung zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht<sup>32</sup>

Die Legal-Tech-Lösung ermöglichen durch Datenbanktechnik, in einem einheitlichen Suchvorgang in digital gespeicherten Bibliotheken mit geringem Aufwand in Sekunden und nachweisbar lückenlos große Normenbestände als auch gespeicherte Rechtsprechung und Literatur nach aufgelisteten Sachverhalten zu durchsuchen, die ent-

weder in Gesetzen, Verordnungen oder in untergesetzlichen Vorschriften verbindlich geregelt sind oder von der Rechtsprechung in gespeicherten Urteilsammlungen schon einmal entschieden wurden. Gesetzliche Regelungen von Unternehmenssachverhalten lassen den Schluss zu, dass jeder geregelte Sachverhalt schon einmal als Risiko erfasst wurde, weil der Gesetzgeber Rechtspflichten zur Abwendung dieses Risikos geregelt hat. Das gleiche gilt für Sachverhalte, die in Gerichtsurteilen als Risiken festgestellt und zu denen Verkehrssicherungspflichten zur Risikoabwehr formuliert wurden.<sup>33</sup> Mit allen aktuellen Datenbanken lassen sich die Rechercheergebnisse automatisch protokollieren und abspeichern, sodass Vorstände die Erfüllung ihrer Pflicht zur Klärung der Rechtslage beweisen können. Wenn die technischen Möglichkeiten durch Recherchen in umfassend gefüllten Datenbankspeichern möglich sind, kann auch die Pflicht mit vertretbarem Aufwand zumutbar erfüllt werden, alle verfügbaren Informationsquellen zu erschöpfen, was bisher nach der herkömmlichen Arbeitsweise von Juristen als utopische und unerfüllbare Forderung erscheinen musste.

Zu empfehlen ist deshalb die vertragliche Vereinbarung, Unternehmensjuristen die Recherchemöglichkeiten nach der jeweils aktuellen Datenbanktechnik zur Verfügung zu stellen, um nach dem aktuellen Legal-Tech-Standard unternehmensintern rechtlich beraten zu können. Der Compliance-Aufwand sinkt dadurch auf ein vertretbares Maß, erhöht die Rechtssicherheit und senkt das Haftungsrisiko der Organe bei der Erfüllung ihrer Legalitätspflicht, insbesondere bei „allen offenen Rechtsfragen Rechtsrat einzuholen“<sup>34</sup> und dafür „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschöpft zu haben“<sup>35</sup> und entlastet schließlich den Unternehmensjuristen von dem eventuellen Vorwurf des Beratungsfehlers, auf Rechtsrisiken nicht hingewiesen zu haben.

Drei Organisationspflichten zum Informationsmanagement formuliert der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zur Wissensaufspaltung. Rechtserhebliche Informationen, insbesondere Rechtspflichten, sind im Unternehmen zu speichern, an Verantwortliche weiterzuleiten und abfragen zu lassen.<sup>36</sup> Vom Unternehmen wird ein „Pflichtwissen“ über rechtserhebliche Informationen verlangt, dass der Rechtsverkehr als dokumentiertes Wissen erwarten kann.<sup>37</sup> Wird das rechts-

26 Rack, Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risiko-Management CB, 2013, 324.

27 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 – IKB; BGH vom 18.6.2013 – II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636 (3638); Kaulich, Die Haftung von Vorstandmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, Seite 223; Fischer, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, Seite 36.

28 Fischer (Fn. 27), 2018, Seite 36.

29 BGH, NJW 1988, 1079, 1080; siehe Fn. 51; Die Datenbank „Recht im Betrieb“ ermöglicht die Recherche in 18.000 Rechtsnormen und untergesetzlichen Regelwerken, 9.000 Gerichtsurteilen im Volltext, 55.000 Kurzfassungen zu Fachaufsätzen, 3.000.000 Millionen Links zwischen Sachverhalten und schon geprüften Rechtspflichten.

30 Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. §93 Anm. 70, Fleischer.

31 Rack, Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko, CB 2014, 145.

32 Rack, Informationsmanagement als Organisationspflicht, CB 2013, 58 mit umfangreichem Nachweis der Rechtsprechung in Fn. 1 und 4.

33 Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, Seite 71, 53, 206.

34 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB.

35 Siehe Fn. 24.

36 BGHZ 132, 30, 38 – Wissensaufspaltung.

37 BGHZ 135, 202, 205 – Scheck Inkasso.

erhebliche Pflichtwissen nicht gespeichert, nicht weitergeleitet oder nicht abgefragt und beruft sich ein Unternehmensvertreter auf Unkenntnis, wird ihm die Kenntnis dieser Information unterstellt. Die Pflicht zum Speichern, Weiterleiten und Abfragen gilt als Verkehrssicherungspflicht. Wer Wissen im Unternehmen teilt, muss verstreutes Wissen wieder zusammenführen und die Verfügbarkeit für alle Mitarbeiter garantieren und zwar so, dass eine juristische Person der natürlichen Person gleichgestellt werden kann.<sup>38</sup>

Legal-Tech-Lösungen lassen nicht mehr den Einwand zu, der Compliance-Aufwand sei zu hoch, überfordere die Unternehmen und rechtfertige es, Rechtsrisiken in Kauf zu nehmen und darauf zu vertrauen, dass sie sich nicht zum Schaden entwickeln.

Geschäftsführer können sich vom eventuellen Vorwurf der fahrlässigen Unternehmensführung entlasten.<sup>39</sup> Auch die Unternehmensjuristen können als Syndikusrechtsanwälte und Compliance-Manager den Nachweis führen, ihre vertragliche Pflicht zur fachlich unabhängigen präventiven Rechtsberatung erfüllt zu haben, indem sie die offenen Rechtsfragen geprüft und alle dazugehörigen Sachverhalte nach § 46 Abs. 3 BRAO aufgeklärt haben.

## VI. Die Pflicht von Geschäftsleitern zur „eigenen Risikoanalyse“ bei gesetzlich ungeregelten und gerichtlich noch nicht entschiedenen Unternehmenssachverhalten

Finden sich zu Unternehmenssachverhalten weder gesetzliche noch untergesetzliche Regelungen, noch gerichtliche Entscheidungen, bleibt die Frage offen, ob von diesen Sachverhalten ein Rechtsrisiko ausgeht. In diesen Fällen ist die Geschäftsleitung nach der IKB-Entscheidung des BGH „zur eigenen Risikoanalyse“ verpflichtet.<sup>40</sup> Geschäftsleiter können sich nicht auf Risikoanalysen Dritter wie z. B. Ratingagenturen und Behörden verlassen. Im Falle der offenen Rechtsfrage, ob überhaupt ein Rechtsrisiko vorliegt, wenn ein Sachverhalt vom Gesetzgeber noch nicht geregelt oder von Gerichten nicht entschieden ist, empfiehlt sich als Prüfverfahren das Vorgehen der Rechtsprechung im IKB-Fall nachzuvollziehen. Danach sind Geschäftsleiter erstens zunächst zu Schadensprognosen verpflichtet und zweitens zu der weiteren Prüfung, ob diese Schadensprognosen unbestritten sind. Für den Fall, dass konkurrierende Schadensprognosen alternativ zur Auswahl stehen und der künftige Geschehensverlauf und ein potenzieller künftiger Schadensverlauf umstritten ist, muss die Geltung dieser konkurrierenden Schadensprognosen festgestellt werden. Als Verfahren ist die Falsifikation zu empfehlen. Eine von alternativen Schadensprognosen muss widerlegt werden. Jede Schadensprognose gilt, solange sie nicht zu widerlegen ist.<sup>41</sup> Der Geschäftsführer in der IKB-Entscheidung hatte sich auf die Risikoanalyse von Ratingagenturen verlassen und ein eigenes Risikoanalyseverfahren unterlassen. Für den Ausfall der Wertpapiere in der Finanzkrise wurde er verantwortlich gemacht. Zu empfehlen ist deshalb die Vereinbarung, den Unternehmensjuristen als Syndikusrechtsanwalt oder als Compliance-Manager auf die Rechtsberatung zu verpflichten, den Geschäftsleiter zur eigenen Risikoanalyse nach dem Vorbild der IKB-Entscheidung zu veranlassen.<sup>42</sup>

Seit dem 16. September 2009 gilt im Übrigen die Verordnung EG Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates, wonach gemäß Art. 5 a die in Art. 4 genannten Finanzinstitute eigene Kreditrisikobewertungen vornehmen müssen und sich nicht bei der Bewertung der Bonität eines Unternehmens oder eines Finanzinstruments

ausschließlich oder automatisch auf Ratings stützen dürfen. Auf nationaler Ebene gilt die gleiche Regelung einer Pflicht zur eigenen Risikoanalyse als Reaktion auf die Finanzkrise seit dem 21.12.2014 nach § 29 Abs. 2 a KAGB. Den Verstoß regelt § 340 Abs. 3 Nr. 1 KAGB als Ordnungswidrigkeit. Die gleiche Regelung findet sich in § 120 Abs. 4 Nr. 1 WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, in § 56 Abs. 1 a KWG für Kreditinstitute und in § 322 Abs. 4 VAG für Versicherungsunternehmen. Der Gesetzgeber hat damit mehrfach und systematisch die Pflicht zur eigenen Risikoanalyse hervorgehoben.

Zur eigenen Risikoanalyse sind Unternehmensvertreter auch dann gezwungen, wenn der Gesetzgeber Rechtspflichten nicht geregelt hat und ein Unternehmen Verkehrssicherungspflichten eines Unternehmensrisikos selbst formulieren und einhalten muss, um einen Schaden abzuwenden, der vorhersehbar und vermeidbar ist. Im Kupolofenfall hat der BGH zum Schadensersatz verurteilt, auch ohne dass zum Risiko eine gesetzliche Regelung bestand. Nicht alle Risiken sind nämlich gesetzlich geregelt. Unternehmen sind verpflichtet, Schadensrisiken aus eigener Sachkunde zu erkennen und abzuwenden.<sup>43</sup>

## VII. Die Rechtsberatung zur Plausibilitätskontrolle

Zu empfehlen ist weiterhin die Vereinbarung, den Geschäftsleiter zu verpflichten, den Rechtsrat von Unternehmensjuristen, als auch von externen Rechtsanwälten nach dem Muster der ISON-Entscheidung des BGH sorgfältig auf Plausibilität zu kontrollieren und insbesondere den Geschäftsleiter daran zu hindern, blind auf den Rechtsrat zu vertrauen.<sup>44</sup> Die Überprüfung der Rechtslage muss eine Grundlage für die Überprüfung der Plausibilität der Rechtsauskunft bieten.<sup>45</sup> Die beratenen Organe sind darlegungs- und beweispflichtig und haben Inhalt und Umfang der Überprüfung der Rechtslage so zu dokumentieren, dass sie einer Plausibilitätskontrolle zugänglich sind.<sup>46</sup> Das bloße Vertrauen in die Kompetenz der Anwälte ersetzt die Plausibilitätskontrolle nicht.<sup>47</sup> Unternehmensjuristen sind klarstellend darauf zu verpflichten, den Geschäftsleiter auf die Konsequenzen des Verzichts einer Plausibilitätskontrolle hinzuweisen. Der Angeklagte wurde wegen Betrugs verurteilt. Selbst wenn diese Empfehlung als Überforderung des Geschäftsleiters angesehen werden könnte, ist dem Unternehmensjuristen diese Rechtsberatung als „sicherster Weg“<sup>48</sup> zu empfehlen und der Rechtsprechung des BGH zu folgen.

38 ■ **Bitte diese Fußnote überprüfen – Buck-Heeb Doppelname oder zwei Herausgeber/Autoren? – Wer ist Autor des CCZ-Beitrags? usw.** ■ Buck/Heeb, Information zur Organisation im Kapitalmarktrecht, Buck, Wissen und juristische Person, 2001, S. 432 CCZ 2009, 20.

39 Kaulich (Fn. 27), Seite 120, 129.

40 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB Entscheidung.

41 Rack, Die neue Strafbarkeit von Geschäftsleitern der Banken nach § 54 a KWG, CB 2013, 9.

42 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB Entscheidung.

43 BGHZ 92, 143 – Kupolofen.

44 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), Rn. 18, 22, NJW-RR 2011, 1670 – ISON; BGH, 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265, Rn. 16 – Insolvenzzreife Prüfung; Fleischer, Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121; OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2386, 2389.

45 BGH, NJW, RR 2011, Rn. 22 – ISON.

46 BGH, NJW, RR 2011, Rn. 23 – ISON.

47 BGH, NJW, RR 2011, Rn. 25 – ISON.

48 Krieger/Heinemann, Anwaltschaftsrecht, 4. Auflage, Seite 162 f.; Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltschaft, 4. Auflage, Seite 178.

## VIII. Die Pflicht zum Widerspruch und zur Eskalation bei rechtswidriger Weisung der Geschäftsleitung

Eine Weisung zu rechtswidrigem Verhalten ist nach § 134 BGB nichtig. Berufsrechtswidriges Verhalten kann von einem Unternehmensjuristen nicht verlangt werden. Das Verbot rechtswidrigen Verhaltens nach § 134 BGB hat Vorrang vor dem Weisungsrecht des Arbeitgebers.<sup>49</sup> Während ein freier Rechtsanwalt sein Mandat gemäß § 627 Abs. 1 BGB sofort und ohne Angaben von Gründen niederlegen kann, um sich seine Unabhängigkeit zu bewahren, kann der Syndikusanwalt bei Meinungsverschiedenheiten zu Rechtsfragen nicht das Mandat niederlegen, er kann jedoch sein Dienstverhältnis mit seinem Arbeitgeber kündigen. Umgekehrt kann der Arbeitgeber nur unter besonderen Voraussetzungen nach § 622 Abs. 2 BGB unter Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Bestimmungen kündigen. Syndikusrechtsanwälte können sich durch ein Kündigungsschutzverfahren vor Gericht wehren. Der Arbeitgeber ist somit gegenüber seinen Compliance-Managern in seinen Möglichkeiten arbeitsrechtlich eingeschränkt, Weisungen gegen deren rechtlichen Rat zu erteilen. Bei Meinungsverschiedenheiten ist die anwaltliche Unabhängigkeit nicht gefährdet. Der Arbeitgeber müsste vor Gericht in einem Kündigungsschutzverfahren die Berechtigung seines umstrittenen Weisungsrechts vertreten. Er würde riskieren, dass im Rahmen des Prozesses inzident überprüft wird, ob seine Weisung als rechtswidriges Unternehmensverhalten nach § 134 BGB beurteilt und damit öffentlich würde. Compliance-Beauftragte, die präventive Rechtsberatung betreiben, sind faktisch deshalb vor rechtswidrigen Weisungen gegen ihren Rechtsrat geschützt. Rechtsfragen können im Unternehmen nicht als Machtfragen durch Weisungen gelöst werden. Für den Fall, dass sich Vorstände und Geschäftsführer nicht an die Vereinbarung zur Erfüllung der Legalitätspflicht halten, sich nicht präventiv rechtlich beraten lassen, nicht alle Rechtsrisiken erfassen, nicht alle Unternehmenssachverhalte rechtlich prüfen, um sie durch Rechtspflichten abzuwenden, vielleicht sogar rechtswidrige Weisungen erteilen, ist die Pflicht und das Recht des Unternehmensjuristen zum Widerspruch und zur Eskalation auf eigene Initiative zu vereinbaren. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass Geschäftsleiter der Versuchung unterliegen, ihr Weisungsrecht zu missbrauchen, um die Unabhängigkeit ihrer Unternehmensjuristen bei der Behandlung von Rechtsfragen einzuschränken.

Auch Verhaltensanomalien bei Führungskräften sind einzukalkulieren. Organe können auf Grund verstärkter Neigung zum Risiko, das ebenfalls als Fehlverhalten zu erkennen ist, sich über Risiken hinwegsetzen, weil sie Risiken nicht erfassen können. Dieses Fehlverhalten ist gekennzeichnet durch eine einerseits ausgeprägte Risikofreude mit einem positiven überoptimistischen Charaktermerkmal, unternehmerische Chancen wagemutiger als andere wahrzunehmen aber auch andererseits verbunden mit dem Nachteil, damit verbundene Risiken zu unterschätzen.<sup>50</sup>

Für alle Fälle der Verletzung ihrer Legalitätspflicht bietet die Rechtsprechung ein Muster, wie Konflikte zwischen den weisungsbefugten Organen und den Syndikusrechtsanwälten in einem vereinbarten geordneten Verfahren gelöst werden können. Dieses Muster kann als Vertragsinhalt übernommen werden, um von vornherein klarzustellen, welche Folgen eine berufsrechtswidrige Weisung des weisungsbefugten Vorstands ohne Rechtskenntnisse gegenüber dem weisungsabhängigen Unternehmensjuristen nach sich zieht.

Im Berliner Stadtreinigungsfall wurde der Chefsyndikus in seiner Doppelstellung als unabhängiger Rechtsanwalt und als abhängiger Ange-

stellter eines nichtjuristischen Arbeitgebers wegen Beihilfe zum Betrug verurteilt, weil er sich „aus falsch verstandener Loyalität dem Finanzvorstand untergeordnet hat.“<sup>51</sup> Ihn hat er über eine strafbare Gebührenüberhöhung zwar informiert, den Betrug aber nicht verhindert, obwohl er einen Rechtsverstoß erkannte, es aber unterlassen hat den Betrug des Finanzvorstands dem Vorstandsvorsitzenden und dem Aufsichtsratsvorsitzenden zu melden und im Ergebnis zu unterbinden.<sup>52</sup> Aus diesem BGH-Urteil ergibt sich die Pflicht des Syndikusrechtsanwalts und Compliance-Managers auf Grund seiner Rechtskenntnisse erkannte Rechtsverstöße aus eigener Initiative dem unmittelbaren Vorgesetzten zu melden, auf die Vermeidung des Rechtsverstoßes hinzuwirken und bei erfolglosem Bemühen die nächsthöheren Vorgesetzten, den Vorstandsvorsitzenden und den Aufsichtsratsvorsitzenden einzubinden, jedenfalls nicht das illegale Verhalten seines Vorgesetzten widerspruchs- und tatenlos hinzunehmen.

§ 46 Abs. 3 BRAO lässt die Frage der eigenen Initiative des Syndikusrechtsanwalts offen insbesondere ob er auch ungefragt rechtlich beraten muss. Geregelt ist nur seine Unabhängigkeit, die vertraglich und tatsächlich zu sichern ist. Der BGH geht in dem Berliner Stadtreinigungsfall darüber hinaus und verpflichtet den Unternehmensjuristen, erkannte Rechtsrisiken auch ungefragt zu melden und durch Widerspruch und Eskalation auf weitere Vorgesetzte aus eigener Initiative zu verhindern. Die Entscheidung enthält außerdem den deutlichen Hinweis, dass die Pflicht der Unternehmensjuristen zum Widerspruch gegen rechtswidrige Weisungen durch Dienstverträge zu sichern<sup>53</sup> ist und weitere Vorgesetzte einzuschalten sind, um die eigene Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Tat des Vorgesetzten zu vermeiden. Die Pflicht zu Widerspruch und Eskalation dient letztlich auch dem Selbstschutz des Unternehmensjuristen vor dem Vorwurf der strafrechtlichen Beihilfe. Ganz offensichtlich hält der BGH eine klarstellende dienstvertragliche Regelung zum Pflichtenkreis des weisungsabhängigen Unternehmensjuristen gegenüber seinem weisungsbefugten Vorgesetzten ohne eigene Rechtskenntnis für geboten. Sowohl der Gesetzgeber von § 46 Abs. 4 Satz 2 BRAO als auch der BGH erwarten vertragliche Regelungen im Dreiecksverhältnis zwischen Unternehmensjuristen, dem Unternehmen und dessen vertretungsberechtigten Organen zur Sicherung der Unabhängigkeit der präventiven Rechtsberatung.

## IX. Dienstvertragliche Melde- und Beratungspflichten zur Rechtsrisikoabwehr für Unternehmensjuristen aus eigener Initiative

Unternehmensjuristen sind auf Grund ihrer Rechtskenntnisse eher in der Lage, Rechtsrisiken zu erfassen, als Vorstände und Geschäftsführer ohne eigene Rechtskenntnisse. Der BGH begründet die Pflicht des Unternehmensjuristen unter anderem damit, dass der Fehler der Tarifberechnung „von ihm (dem Chefjuristen und Tarifexperten) erkannt wurde.“<sup>54</sup> Diese Risikoabwehrpflichten knüpfen an die Rechtsprechung zur Risikofrüherkennung an, die auch für Unternehmensjuristen wie für alle sonstigen Angestellten eines Unternehmens gelten

49 Schautes, Anwaltliche Unabhängigkeit, 2005, Seite 268.

50 Studie der Technischen Universität (TU Kaiserslautern), Journal of Business Economics, *Lingnau*, „Psychopathen missachten Compliance-Regeln“.

51 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

52 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

53 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 25 – Berliner Stadtreinigung.

54 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.



müssen. Schon das Reichsgericht hat eine Meldepflicht eines Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag als organisatorisches Mittel des Vorstands einer AG zur Informationsbeschaffung entschieden, verbunden mit einer Vertragsstrafe für den Fall der Verletzung der vertraglich zu vereinbarenden Meldepflicht.<sup>55</sup> Gesetzlich geregelt ist die uneingeschränkte Informationspflicht eines Arbeitnehmers innerhalb seines Verantwortungsbereichs in § 666, 667 BGB i. V. m. § 675 BGB, wonach ein Arbeitnehmer unaufgefordert über die Erledigung seiner Aufgaben zu informieren und umfassend Auskünfte zu erteilen hat. Diese Informationspflichten gelten nur innerhalb des Verantwortungsbereichs des Arbeitnehmers. Unternehmensjuristen haben auf Grund ihrer Rechtskenntnisse die Beobachtung von Rechtsrisiken im Unternehmen aus eigener Initiative zu verantworten. Dies ist durch Dienstverträge klarstellend zu vereinbaren. Neben den gesetzlichen Auskunftspflichten besteht eine zivilrechtliche Pflicht, die sich aus den §§ 241, 242, 261 BGB ergibt, wenn innerhalb eines Schuldverhältnisses eine Partei ohne eigene Schuld über den Umfang eines Rechts im Ungewissen ist, während die andere Partei Auskunft geben kann, um die Ungewissheit zu beseitigen.<sup>56</sup> Auf Grund dieser Rechtslage sind Unternehmensjuristen verpflichtet, aus eigener Initiative auf Rechtspflichten hinzuweisen und zu melden, weisungsbefugten Vorgesetzten, die andere Rechtsansichten vertreten, zu widersprechen und notfalls zu eskalieren und nächsthöhere Vorgesetzte einzuschalten. Ungeschriebene arbeitsvertragliche Treuepflichten zur Risikoabwehr begründen ebenfalls Obhutspflichten, Rücksichtnahmepflichten und Schadensabwehrrpflichten bei drohenden Gefahren.<sup>57</sup> An einer klarstellenden vertraglichen Vereinbarung müssen sowohl Vorstände und Geschäftsführer als auch Unternehmensjuristen interessiert sein, weil bei Rechtsverstößen Unternehmensjuristen Vorwürfen ausgesetzt sein können, entweder trotz ihrer Rechtskenntnisse über Rechtsrisiken nicht oder zu spät oder unzureichend oder nicht nachdrücklich genug wie im Berliner Stadtreinigungsfall informiert zu haben. Zu erwarten und deshalb zu vermeiden sind auch Vorwürfe gegen Geschäftsleiter, sich Informationen über Rechtsrisiken nicht frühzeitig genug beschafft, kein Rechtsrat zu Rechtsrisiken eingeholt oder auf die Rechtsberatung durch Unternehmensjuristen nicht angemessen reagiert zu haben.

## X. „Rechtlich gebundene“ oder „freie unternehmerische Entscheidung“ als Vorfrage zur Geltung der Business-Judgement-Rule nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG

Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt aber nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftiger Weise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Die Eigenverantwortung des Vorstands nach § 76 AktG verlangt einen notwendigen Spielraum für das eigene unternehmerische Ermessen.<sup>58</sup> Die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung wird geschützt durch die Business-Judgement-Rule.

Der Gesetzgeber unterscheidet im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) die „unternehmerische Entscheidung“ von der „rechtlich gebundenen Entscheidung“.<sup>59</sup> Bevor sich ein Vorstand rechtlich frei in seiner Entscheidung „im sicheren Hafen“ fühlen kann, weil er eine „unternehmerische

Entscheidung“ zu treffen glaubt, muss er als Vorfrage klären lassen, ob es eine rechtlich gebundene Entscheidung ist, insbesondere ob der zu entscheidende Sachverhalt rechtlich geregelt oder gerichtlich in letzter Instanz entschieden ist. Syndikusrechtsanwälte und Compliance-Manager sind deshalb verpflichtet, Vorstände und Geschäftsführer auf die Klärung der Vorfrage zu veranlassen und jeden zu entscheidenden Sachverhalt daraufhin rechtlich prüfen zu lassen. Rechtliche Risiken sind im Rahmen des nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichtenden Frühwarnsystems zu erfassen. Zu beurteilen ist vom Vorstand, ob ein bestimmtes rechtliches Risiko bei seinem geplanten unternehmerischen Verhalten sich verwirklichen kann. In dieser Beurteilung ist der Vorstand keineswegs frei. Er hat hierbei keinerlei Spielraum.<sup>60</sup> Weil ein Sachverhalt nicht erkennen lässt, ob er rechtlich geregelt ist und ob eine Entscheidung darüber legal oder illegal ist, müssen alle Sachverhalte auf rechtliche Regelungen geprüft werden.

Zu realisieren ist auch diese Pflicht ebenfalls durch die Legal-Tech-Lösung, mit geringstem Aufwand durch digitale Sammelrecherchen in umfangreichen digital gespeicherten Bibliotheken zu prüfen, ob sich in einem Gesetz oder einer untergesetzlichen Regelung eine Regelung des Sachverhalts findet, an die ein Vorstand bei seinen Entscheidungen gebunden ist. Mit einer klarstellenden vertraglichen Regelung zwischen Unternehmen, deren vertretungsberechtigten Organen und Unternehmensjuristen lassen sich drohende Konflikte zwischen Vorstand und Unternehmensjuristen vermeiden, indem alle Beteiligten zur rechtlichen Prüfung aller Unternehmenssachverhalte verpflichtet werden. Die Unternehmensjuristen sind deshalb über jede geplante Entscheidung des Vorstands zu informieren, um im allseitigen Interesse zum Vorteil des Unternehmens, routinemäßig festzustellen, ob eine rechtlich gebundene oder eine unternehmerische Entscheidung vorliegt. Vorstände gewinnen dadurch Gewissheit darüber, ob sie auf der Grundlage angemessener Informationen entscheiden und unternehmerische Chancen wahrnehmen können, ohne dass sie für einen eventuellen geschäftlichen Misserfolg haften müssen. Im eigenen Interesse ist deshalb Vorständen zu empfehlen, jeden Sachverhalt auf Rechtsrisiken vor einer Entscheidung prüfen zu lassen.

## XI. Vereinbarung zum Compliance-Aufwand

Erfahrungsgemäß kommt es zu Konflikten, über Kosten und Aufwand präventiver Rechtsberatung zur Abwendung von Rechtsrisiken. Auch über die Frage des Compliance-Aufwands empfehlen sich deshalb Vereinbarungen zur Konfliktvermeidung. Der BGH hat in seinem Preseangriffsurteil vom 10.05.1957 entschieden, dass es auf die Kosten

55 RGZ 78, 107, 14.12.1911 – Kutscher-Urteil; *Rack*, Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr, CB 2013, 99.

56 *Fritz/Nolden*, CCZ 2010, 171; *Diller*, DB 2004, 314; BAG, DB 1968, 2041.

57 *Rack*, Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr, CB 2013, 100, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung zu latenten und zu offensichtlichen Risikofaktoren, von denen auf Grund von Erfahrungssätzen auf drohende Schadensverläufe geschlossen werden kann.

58 *Spindler*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, Festschrift für Canaris, 2007, 413; *Fleischer*, „Die Business-Judgement-Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685; BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ, 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck.

59 BegrRegE UMAG BT-Drs. 15/5092, Seite 11.

60 *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG, Seite 24; *von Falkenhausen*, Die Haftung außerhalb der Business-Judgement-Rule, NZG 2012, 647.

der Vermeidung von Rechtsverletzung nicht ankommen darf. Die Compliance-Kosten dürfen eine Entscheidung zum Rechtsschutz nicht beeinflussen.<sup>61</sup> Der immer als zu hoch empfundene Compliance-Aufwand wird regelmäßig als Argument gegen den Einsatz von Compliance-Management-Systemen genutzt. Regelmäßig sind der Compliance-Aufwand und die Kosten der Vermeidung von Rechtsverletzung weitaus geringer als die drohenden Schäden, die es abzuwenden gilt. „If you think compliance is expensive, try non compliance,“ wird üblicherweise als schlagendes Argument angeführt, wenn der Compliance-Aufwand als zu hoch behauptet wird. Im Fall des Presseangriffsurteils wurde ein Boykottaufwurf wegen verlorenen Druckkosten nicht verhindert, wodurch es zu einem ruinösen Reputationsverlust eines Handelsunternehmens kam. Unternehmensjuristen haben nach dieser Entscheidung zwar zu beraten aber nicht zu entscheiden.

## XII. Die Vorlagepflicht von Unternehmensjuristen bei Entscheidungen mit ruinösen Folgen

Der BGH hat vielmehr eine Vorlagepflicht des Leiters der Rechtsabteilung entschieden, wonach alle Entscheidungen mit ruinösen Auswirkungen dem Vorstand zur Entscheidung vorzulegen sind.<sup>62</sup> Es empfiehlt sich deshalb, eine Vorlagepflicht zwischen Unternehmensjuristen und Unternehmen zu vereinbaren. Würden Entscheidungen mit hohem Rechtsrisiko Unternehmensjuristen ohne die Stellung eines Vorstands überlassen, könnte die Organhaftung umgangen werden. Organe könnten sich für das Verhalten eines angestellten Unternehmensjuristen nach § 831 BGB exkulpieren und die Haftung des Geschädigten dadurch schmälern, weil die Organhaftung umgangen werden könnte, von der sich Organe wiederum selbst nicht exkulpieren können.

## XIII. Die Beratungspflicht zum „sichersten Weg“

Zu empfehlen ist die ausdrückliche Vereinbarung, dass die Unternehmensjuristen bei der präventiven Rechtsberatung zur Vermeidung von Rechtsverstößen berechtigt und verpflichtet sind, den in ständiger Rechtsprechung formulierten Sorgfaltsmaßstab des „sichersten Wegs“ zu praktizieren.<sup>63</sup> Damit wird der Maßstab der Rechtsberatung festgelegt. Zum Nachweis des „sichersten Wegs“ ist zu empfehlen, die jeweiligen Alternativen aufzuzeigen und den „sichersten Weg“ im Interesse des Unternehmens zu begründen. Den „sichersten Weg“ zur Rechtsberatung können Unternehmensjuristen besser beurteilen, als das weisungsbefugte vertretungsberechtigte Organ des Unternehmens, wenn er keine eigenen Rechtskenntnisse hat. Dem Unternehmensjuristen ist deshalb die verbindliche Einschätzung vorzubehalten, während die vertretungsberechtigten Organe den erteilten Rechtsrat auf Plausibilität kontrollieren müssen.<sup>64</sup> Das Organisationsrisiko der fachfremden Einmischung in die unternehmensinterne Rechtsberatung kann mit der vereinbarten Pflicht zum „sichersten Weg“ und zur Garantie der Unabhängigkeit des Syndikusanwalts nach § 46 Abs. 4 BRAO abgewendet werden.

## XIV. Die Vereinbarung zum direkten Vortrag und der unmittelbare Zugang zum Geschäftsleiter

Es empfiehlt sich die Vereinbarung eines Rechts zum direkten Vortrag und Zugang zum Vorstand und Geschäftsleiter für den Unterneh-

mensjuristen ohne zwischengeschaltete Unternehmensmitarbeiter analog zum Recht der gesetzlich geregelten Beauftragten.<sup>65</sup> Compliance-Beauftragte können dadurch die Reaktion einschätzen, insbesondere ob die Initiative zur präventiven Rechtsberatung verstanden wurde und vom Geschäftsleiter umgesetzt wird oder ob weitere Überzeugungsarbeit erforderlich ist, um legales Verhalten im Unternehmen sicherzustellen. Vermieden wird mit dieser Vereinbarung die präventive Rechtsberatung über Mittelsmänner als Abstandhalter mit dem Risiko von Missverständnissen.

## XV. Die Vereinbarung eines Benachteiligungsverbots für Unternehmensjuristen und Compliance-Manager

Zu empfehlen sind Vereinbarungen über Benachteiligungsverbote zum Schutz von Unternehmensjuristen und Compliance-Beauftragten bei der präventiven Rechtsberatung durch Vertreter des Unternehmens, die gegen die Ergebnisse der Rechtsberatung opponieren. Der Compliance-Aufwand kollidiert regelmäßig mit dem Interesse der Geschäftsleitung an der Gewinnerzielung und begründet die Gefahr, dass Beauftragte Benachteiligungen beim Durchsetzen ihrer Präventivberatung befürchten müssen, weil sie emotional als „Boten schlechter Nachrichten empfunden werden können.“ Zur Abwendung dieses Risikos hat der Gesetzgeber deshalb Benachteiligungsverbote mit Kündigungsschutz geregelt,<sup>66</sup> für Immissionsschutzbeauftragte<sup>67</sup>, für Störfallbeauftragte<sup>68</sup>, für Datenschutzbeauftragte<sup>69</sup>, für Gefahrgutbeauftragte<sup>70</sup>, für Strahlenschutzbeauftragte<sup>71</sup>, für Abfallbeauftragte<sup>72</sup> und für Gewässerschutzbeauftragte<sup>73</sup>.

## XVI. Ein Rechtsvergleich zu den Pflichten des In-House Counsel zur Vermeidung von Rechtsverstößen im Unternehmen durch präventive Rechtsberatung im US-amerikanischen Unternehmensrecht als Vertragsvorlage

Im Gegensatz zum deutschen Syndikusrechtsanwalt hat der In-House Counsel nach seinem Berufsrecht die Pflicht zur proaktiven Rechts-

61 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.

62 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.

63 Krieger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 4. Auflage, Seite 162 f.; Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 4. Auflage, Seite 178; BGH, Urt. v. 20.10.1994 – IX ZR 116/93, Seite 3.

64 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW-RR 2011, 1670 – ISON.

65 § 57 S. 1 BImSchG für Immissionsschutzbeauftragte; § 58 c 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte; § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 57 BImSchG; § 66 WHG S. 2 BDSG für Datenschutzbeauftragte i. V. m. § 57 BImSchG, § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV Gefahrgutbeauftragte i. V. m. § 57 BImSchG; § 66 WHG i. V. m. § 57 BImSchG.

66 § 58 Abs. 1 BImSchV.

67 § 58 Abs. 2 BImSchG.

68 § 58 d i. V. m. § 58 Abs. 2 BImSchG.

69 Art. 38 Abs. 3 DSGVO; § 38 Abs. 2, 4, 6 BDSG n. F.

70 § 91 GbV.

71 § 70 Abs. 6 StrlSchG.

72 § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 58 BImSchG.

73 § 66 WHG § 58 Abs. 2 BImSchG.

beratung.<sup>74</sup> Schon in der Phase der Entscheidungsfindung ist er zur Ermittlung und zur Vermeidung von Rechtsrisiken für das Unternehmen verpflichtet. Auch der In-House Counsel hat eine Doppelstellung als unabhängiger Anwalt und als weisungsabhängiger Angestellter eines nichtanwaltlichen Arbeitgebers. Auch hier gibt es ein Hierarchie- und Kompetenzgefälle mit dem Organisationsrisiko, dass es zum Konflikt und zu Meinungsverschiedenheiten über Rechtsfragen zwischen Geschäftsleitung ohne eigene Rechtskenntnisse und Unternehmensjuristen kommen kann.

Der Interessenkonflikt ergibt sich aus der Besonderheit des In-House Counsel. In Rule 1.13 (a) der Model Rules of Professional Conduct (MRPC) ist geregelt, dass der Mandant des In-House Counsel die Gesellschaft ist und nicht deren vertretungsberechtigtes Organ.<sup>75</sup> Die Interessen der Gesellschaft, deren vertretungsberechtigte Organe und die Interessen der Unternehmensjuristen können kollidieren. Die Organe vertreten zwar die Gesellschaft. Gleichwohl kann es zum Konflikt über deren Interessen kommen, die der Unternehmensjurist im Interesse der Gesellschaft auch gegenüber den vertretungsberechtigten Organen der Gesellschaft wahren muss. Der BGH unterscheidet, ob die beratenden Anwälte im Auftrag und im Interesse der Gesellschaft oder im Auftrag der vertretungsberechtigten Organe rechtlich beraten.<sup>76</sup> In Rule 1.13. (b) (c) (MRPC) sind berufsrechtliche Verhaltensregeln dem Unternehmensanwalt für den Fall vorgeschrieben, dass er von drohenden Rechtsverletzungen durch Angestellte des Unternehmens erfährt, die dem Unternehmen angelastet werden können. Zu den Angestellten des Unternehmens gehören auch seine vertretungsberechtigten Organe. Der In-House Counsel ist verpflichtet, im Interesse der Gesellschaft dafür zu sorgen, dass es nicht zu Rechtsverletzungen kommt.<sup>77</sup> Er ist zur Vermittlung zwischen den Interessen von Unternehmen und ihren vertretungsberechtigten Organen verpflichtet. Bleiben die Bemühungen des In-House Counsel erfolglos, ist er zur Eskalation verpflichtet, nämlich die nächsthöhere Instanz bis zum board of directors nacheinander einzuschalten.

Erst wenn er trotz aller Bemühungen auch die letzte Instanz im Unternehmen nicht von seiner Rechtsmeinung überzeugen und die Rechtsverletzung nicht vermeiden konnte, und zusätzlich ein erheblicher Schaden (substantial injury) dem Unternehmen droht, erst dann kann er sein Mandat als Ultima Ratio nach Rule 1.13 (b) und (c) MRPC niederlegen.<sup>78</sup> Davor muss er nach einer internen Lösung gesucht haben, wozu es auch nützlich oder geboten sein kann, zu der Rechtsfrage eine unabhängige rechtliche Meinung einzuholen.<sup>79</sup> Kommt es zum Schaden für das Unternehmen durch rechtswidrige Managemententscheidungen gegen den ausdrücklichen Rechtsrat des In-House Counsel, verliert die Geschäftsleitung jede eigene Entlastungsmöglichkeit vom Vorwurf des vorsätzlichen rechtswidrigen Managementverhaltens. Eine Offenlegung der internen Entscheidungsfindung und der präventiven Rechtsberatung unterliegen den Vertraulichkeitsbestimmungen der Model-Rules, die eine Offenlegung durch den In-House Counsel nach Rule 1.6 (b) MRPC (Confidentiality of Information), erst dann zulassen, wenn nur so Todesfälle oder erhebliche körperliche Beeinträchtigungen verhindert werden können oder wenn es zur eigenen Rechtsverteidigung des In-House Counsel erforderlich ist.<sup>80</sup> Auch diese Regelung eignet sich als Vorbild zum Mustervertrag mit Unternehmensjuristen. Geregelt ist das Verfahren im Falle eines Konflikts zwischen Unternehmensjuristen und weisungsbefugten Vorgesetzten in Rechtsfragen. Mit der Erfüllung seiner Pflicht zur Initiative für rechtmäßiges Verhalten des Unternehmens und der Ultima Ratio einer Mandatsniederlegung kann der Unternehmensjurist seine Funktion als „rechtliches Gewissen“ des Unternehmens ausfüllen, ohne

sich als Angestellter bei unternehmerischem Fehlverhalten einer Mithaftung für rechtswidriges Verhalten auszusetzen, wie es dem Chefjuristen im Berliner Stadtreinigungsfall ergangen ist. Außerdem kann er seine anwaltliche Unabhängigkeit bewahren. Schließlich bietet das vereinbarte Verfahren zu Konflikten in Rechtsfragen den Vorständen und Geschäftsführern die Absicherung vor dem Vorwurf, keinen Rechtsrat eingeholt zu haben, nicht alle Informationsquellen rechtlicher und tatsächlicher Art ausgeschöpft und nicht oder unzureichend die eigene Legalitätspflicht erfüllt zu haben.

## XVII. Der In-House Counsel als „legal watchdog“

Der Sarbanes Oxley Act vom 13. Juli 2002 verpflichtet US-amerikanische Anwälte in Verdachtsfällen zur Information der Organe der von Ihnen vertretenen Gesellschaften. Insbesondere berechtigt er Anwälte, jedoch ohne sie zu verpflichten, vertrauliche Informationen gegenüber der SEC (United States Securities and Exchange Commission) offen zu legen, soweit die Anwälte annehmen, dass es notwendig ist, das Unternehmen vor Rechtsverletzungen zu bewahren, um substantielle finanzielle Schäden zu verhindern. Durch den Sarbanes Oxley Act werden die Verpflichtungen der Anwälte über die berufsrechtlichen Pflichten hinaus erweitert, insbesondere sollen sie als „watchdogs“ im Unternehmen fungieren.<sup>81</sup> Vergleichbare Bezeichnungen befinden sich auch in der deutschen Literatur. Syndikusrechtsanwälte werden als „Wächter des Rechts“ charakterisiert.<sup>82</sup>

Die Model Rules als auch der Sarbanes Oxley Act eignen sich als Muster und Vorbild für dienstvertragliche Vereinbarungen zwischen Unternehmen, deren vertretungsberechtigten Organen und den Unternehmensjuristen. Sämtliche Regelungen empfehlen sich zur Übernahme in einen Dienstvertrag, weil sie die gleiche Interessenlage mit den gleichen Konfliktmöglichkeiten gesetzlich regeln. Der Rechtsvergleich ergibt, dass die Rechtsprechung aus dem Berliner Stadtreinigungsfall zum Widerspruch gegen rechtswidrige Weisungen und zur Eskalation der Rechtsfrage in die jeweils nächsthöhere Instanz des Unternehmens den gesetzlichen Regelungen nach US-amerikanischem Recht entspricht.

## XVIII. Die Beratung zur Pflicht eines Compliance-Management-Systems

Vor allem empfiehlt sich aus dem US-amerikanischen Recht die Pflicht zu übernehmen, den Unternehmensjuristen so früh wie möglich in die Entscheidungsfindung einzubinden. Der Vorstand würde auf diese Weise seine Risikofrüherkennungspflicht nach § 91 Abs. 2 AktG

74 *Schautes*, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Berufsrechts, 2005, Seite 272, 273.

75 *Schautes* (Fn. 74), Seite 274; ebenso deutlich BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW – RR 2011, 1670 – ISON-Urteil, Rn. 17.

76 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), NJW – RR 2011, 1670 – ISON, Rn. 27.

77 *Schautes* (Fn. 74), Seite 274.

78 *Schautes* (Fn. 74), Seite 276.

79 *Schautes* (Fn. 74), Seite 275.

80 *Schautes* (Fn. 74), Seite 278.

81 G. Keyko and *Michael J. Larson*, Corporate Compliance Practice Guide § 57.0 page 14 nr. 14 and 16 nr (11).

82 *Merkt*, Der Syndikusanwalt und Corporate Governance, NJW 2014, S. 2312.

durch den begleitenden Rechtsrat seiner Unternehmensjuristen sicherstellen.

Schließlich ist zwischen Unternehmen, den vertretungsberechtigten Organen und den Unternehmensjuristen zu vereinbaren, ein Compliance-Management-System einzusetzen, zu praktizieren und die Organoberaufsicht durch die Vorstände zu führen. Insbesondere haben Unternehmensjuristen die Organe des Unternehmens zu beraten, dass ein Compliance-Management-System Pflicht ist. Dies ergibt sich zuletzt eindeutig aus der BGH-Entscheidung vom 9. Mai 2017<sup>83</sup>. Danach wirkt der Einsatz eines Compliance-Management-Systems sanktionsmindernd, gleichgültig ob es vor oder nach einem Rechtsverstoß eingesetzt wird. Kommt es trotz des Einsatzes eines Compliance-Management-Systems zu einem Rechtsverstoß, wird dieser Fall in der Behördenpraxis des BaFin als nicht ahndungsbedürftiges Einmalversagen behandelt, nicht aber als Systemverschulden mit dem Risiko der Organhaftung.<sup>84</sup>

Mit Hilfe der Legal-Tech-Lösung<sup>85</sup> ist es technisch möglich, dass Geschäftsführer und sonstige Führungskräfte für ihren Verantwortungsbereich mit einem Blick erkennen, ob sämtliche Pflichten erfasst, delegiert und im Ergebnis erfüllt oder überfällig sind. Mit einem Klick können Vorstände und Geschäftsführer die Erfüllung der überfälligen Pflichten anmahnen und durch Protokolle das Anmahnen dokumentieren so und Beweise über die Erfüllung ihrer Organoberaufsichtspflicht sichern. Wird das Compliance-Management-System systematisch praktiziert, kann es beim Normalbetrieb nicht zu Rechtsverstößen kommen. Das System ist dazu geeignet, Rechtsverstöße präventiv zu vermeiden.

Kommt es zu einem Rechtsverstoß mit Schadensfolgen und wurde der Einsatz eines Compliance-Management-Systems unterlassen, begründet die Rechtsprechung damit Schadensersatzansprüche nach der Organhaftung gegen Vorstände und Geschäftsführer. Erübrigt hat sich die bisherige Diskussion, ob und inwieweit die Pflicht besteht, ein Compliance-Management-System zu praktizieren.<sup>86</sup>

Umfang und Aufbau des Compliance-Management-Systems ergeben sich inzwischen aus der international geltenden Selbstregulierung zur sorgfältigen Unternehmensführung nach der DIN-ISO 19600 vom 15.12.2014. Danach sind sechs Pflichtaufgaben zu erfüllen. Erstens sind die einschlägigen Rechtspflichten im Unternehmen zu ermitteln, zweitens auf die Verantwortlichen im Unternehmen zu delegieren, drittens zu aktualisieren, viertens zu erfüllen, fünftens zu kontrollieren und sechstens zu dokumentieren.

## XIX. Fazit

Wenn im Dreiecksverhältnis von Unternehmen, Geschäftsleitern und Compliance-Juristen vertraglich vereinbart wird<sup>87</sup>, was schon von der Rechtsprechung als Pflicht vorgegeben ist, dass nämlich legales Verhalten im Unternehmen immer vorgeht und deshalb nützliche Pflichtverletzungen ausgeschlossen sind<sup>88</sup>, jede Entscheidung deshalb ausnahmslos auf ihre Legalität von Unternehmensjuristen geprüft wird<sup>89</sup>, frei von Weisungen ihrer Vorgesetzten<sup>90</sup>, alle Risiken erfasst und durch Rechtspflichten präventiv abgewendet werden und zu allen offenen Rechtsfragen Rechtsrat eingeholt wird<sup>91</sup>, dazu alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art erschöpft werden<sup>92</sup>, rechtserhebliche Informationen über Rechtspflichten als „Pflichtwissen“ gespeichert, weitergeleitet und abgefragt werden<sup>93</sup>, niemand persönliche Nachteile durch präventive Rechtsberatung zu fürchten hat<sup>94</sup>, neueste Datentechnik zur Senkung des Compliance-

Aufwands eingesetzt wird, Geschäftsleiter eigene Risikoanalysen vornehmen<sup>95</sup>, und zwar auch bei Sachverhalten, die noch nicht gesetzlich oder gerichtlich entschieden wurden<sup>96</sup>, die Rechtsberatungsergebnisse auf Plausibilität kontrolliert werden<sup>97</sup>, Unternehmensjuristen zu Widerspruch und Eskalation gegen rechtswidrige Weisungen durch Geschäftsleiter verpflichtet sind<sup>98</sup>, Rechtsrisiken von Unternehmensjuristen aus eigener Initiative gemeldet werden<sup>99</sup>, freie „unternehmerische Entscheidungen“ von rechtlich gebundenen Entscheidungen unterschieden werden<sup>100</sup>, der erforderliche Compliance-Aufwand vom Unternehmen getragen wird<sup>101</sup>, bei der Rechtsberatung der „sicherste Weg“<sup>102</sup> gewählt wird, Unternehmensjuristen direkten Vortrag und Zugang zum Geschäftsleiter haben<sup>103</sup>, ein Compliance-Management-System zur Ermittlung und Abwendung aller Rechtsrisiken als Pflicht praktiziert wird<sup>104</sup>, werden also alle diese Vorgaben erfüllt, kann es nur durch unverschuldeten Zufall und durch Einmalversagen ohne Sanktionsbedarf zur Rechtspflichtverletzung kommen<sup>105</sup>, sodass im Ergebnis die Legalitätspflicht des Geschäftsführers erfüllt wird und die Haftung wegen Organisationsverschuldens ausgeschlossen bleibt.

83 BGH, 9.5.2017 – StR 265/16 – Panzerhaubitzen, Seite 46.

84 *Becker*, Börsenzeitung Nr. 103 vom 2.6.2018, Sonderbeilage.

85 Compliance-Management-System „Recht im Betrieb“.

86 LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell; ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551,13 – Libor-Manipulation; BGH, 15.01.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, 4. Auflage, AktG, § 91 Anm. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Auflage, S. 16, 2012.

87 §46 Abs. 4 S. 2 BRAO, BGHSt 46, 196, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

88 BGHZ 124, 111, 127, OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 7 U 184/12.

89 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, Seite 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB Entscheidung.

90 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 – Berliner Stadtreinigung.

91 BGH, 14.7.2008 (IKB) und BGH vom 18.06.2013 II ZR 86/11.

92 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 – IKB; BGH vom 18.6.2013 – II ZR 86/11, NJW 2013, 3636; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, Seite 223; *Fischer*, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, Seite 36.

93 BGHZ 132, 30, 38 – Wissensaufspaltung; BGHZ 135, 202, 205 – Scheckinkasso.

94 In Analogie zu §57 S. 1 BImSchG für Immissionsschutzbeauftragte, § 58 c 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte; §60 Abs. 3 KrWG i. V. m. §57 BImSchG; § 66 WHG S. 2 BDSG für Datenschutzbeauftragte i. V. m. §57 BImSchG, § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV Gefahrgutbeauftragte i. V. m. §57 BImSchG, §66 WHG i. V. m. §57 BImSchG.

95 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, 128 – IKB.

96 BGHZ 92, 143 – Kupofofen.

97 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234–09 – ISION.

98 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

99 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

100 § 93 Abs. 2 S. 2, BGHZ 135, 253 – ARAG/Garmenbeck.

101 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.

102 BGH, 20.10.1994 – IX ZR 116/1993, *Krieger/Heinemann*, Anwaltschaftsrecht, 4. Auflage, Seite 162 f.; *Borgmann/Jungk/Schwaiger*, Anwaltschaft, 4. Auflage, Seite 178.

103 In Analogie zu §57 S. 1 BImSchG für Immissionsschutzbeauftragte, § 58 c 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte; § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 57 BImSchG; § 66 WHG S. 2 BDSG für Datenschutzbeauftragte i. V. m. § 57 BImSchG, § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV Gefahrgutbeauftragte i. V. m. § 57 BImSchG, §66 WHG i. V. m. § 57 BImSchG.

104 BGH, 9.5.2017 – StR 265/16, Seite 46 – Panzerhaubitzen.

105 *Becker*, Börsenzeitung Nr. 103 v. 2.6.2018, zur Behördenpraxis der BaFin.



## XX. Vereinbarung zur präventiven Rechtsberatung zwischen Unternehmen, vertretungsberechtigten Organen und weisungsabhängigen Syndikusanwälten und Compliance-Managern

Im Dreiecksverhältnis von Unternehmen, deren weisungsbefugten vertretungsberechtigten Organen und den weisungsabhängigen Unternehmensjuristen kann es aus Erfahrung zu Konflikten in Rechtsfragen kommen, die sich wiederholen, die präventive Rechtsberatung beeinträchtigen und deshalb zu Rechtsverstößen mit Schadensfolgen für das Unternehmen führen können. Viele der Rechtsfragen sind gesetzlich geregelt oder durch höchstrichterliche Rechtsprechung schon einmal entschieden, sodass der Streit darüber sich erübrigt und das Arbeitsverhältnis zwischen Vorständen und Geschäftsführern einerseits und Unternehmensjuristen andererseits unnötig belastet. Zur Konfliktvermeidung sind nach § 46 Abs. 4 Satz 2 BRAO und der BGH-Entscheidung zum Berliner Stadtreinigungsfall Vertragsvereinbarungen zu empfehlen, die Rechtsfragen verbindlich für das Unternehmen, seine vertretungsberechtigten Organe und die Unternehmensjuristen klären. Unternehmensjuristen beraten ihre Unternehmen mit dem Zweck, Rechtsverstöße durch Angestellte des Unternehmens und dadurch verursachte Schäden zu verhindern. Zu den Angestellten zählen auch Vorstände und Geschäftsführer, sowie die Unternehmensjuristen selbst. Vor allem soll die Unabhängigkeit der Unternehmensjuristen bei ihrer Beratung in Rechtsfragen gesichert werden, insbesondere vor fachfremden Weisungen ihrer nichtanwaltlichen Arbeitgeber. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit werden im Folgenden achtzehn Vertragsklauseln zur Konfliktvermeidung vorgeschlagen.

### 1. Die Pflicht zum uneingeschränkten Vorrang legalen Verhaltens im Unternehmen

Unternehmensjuristen sind verpflichtet, ihre Geschäftsleiter dahingehend zu beraten, dass die Legalitätspflicht Vorrang vor allen anderen Pflichten des Vorstands hat, insbesondere auch dann, wenn der Vorstand sich zwischen seiner Legalitätspflicht und der Pflicht zur Gewinnerzielung für seine Gesellschaft entscheiden muss. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass es auf die Akzeptanz von hoheitlichen Rechtspflichten im Gegensatz zu vertraglichen Pflichten nicht ankommt. Gesetzliche Pflichten sind einzuhalten, weil sie nach dem geltenden Gesetzgebungsverfahren erlassen und nicht aufgehoben sind.<sup>106</sup>

### 2. Die anwaltliche Weisungsunabhängigkeit von Unternehmensjuristen

Die anwaltliche Unabhängigkeit der Unternehmensjuristen von Weisungen ihrer nichtanwaltlichen Arbeitgeber ist vertraglich und tatsächlich zu gewährleisten. Die Unabhängigkeit der Syndikusanwälte und der Compliance Manager bei der präventiven Rechtsberatung ist entsprechend der Regelung nach § 46 Abs. 4 BRAO zu sichern, indem die weisungsbefugten nichtanwaltlichen Vorgesetzten in Rechtsfragen keine Weisungen erteilen.<sup>107</sup>

### 3. Der Ausschluss nützlicher Pflichtverletzungen

Nützliche Rechtspflichtverletzungen sind grundsätzlich ausgeschlossen. Klarstellend wird hiermit verbindlich festgestellt, dass es in Deutschland kein „useful breach of public law“ gibt und dieser Grundsatz für das Unternehmen gilt.<sup>108</sup>

### 4. Die Ermittlung und Prüfung aller Unternehmenssachverhalte

Zur vollständigen Aufklärung aller Unternehmenssachverhalte nach § 46 Abs. 3 Ziff. 1 BRAO und zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht von Vorständen und Geschäftsführern sind alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen, insbesondere sind ausnahmslos alle Unternehmenssachverhalte erstens zu ermitteln und zweitens rechtlich daraufhin zu überprüfen, ob sie Rechtsrisiken enthalten und durch Rechtspflichten abzuwenden sind.<sup>109</sup>

### 5. Digitale Recherchen nach dem aktuellen Legal-Tech-Standard

Zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht sind die Unternehmensjuristen berechtigt, alle Recherchemöglichkeiten nach der modernen Datenbanktechnik einzusetzen, um nach dem aktuellen Legal-Tech-Standard unternehmensintern mit dem geringstmöglichen Compliance-Aufwand alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art zu erschöpfen, rechtlich beraten, und insbesondere rechtserhebliche Informationen wie Rechtspflichten als Pflichtwissen speichern, weiterleiten und abfragen zu können.<sup>110</sup>

### 6. Die Pflicht von Vorständen und Geschäftsführern zur eigenen Risikoanalyse

Unternehmensjuristen sind verpflichtet, die Organe des Unternehmens auf deren Pflicht zur eigenen Risikoanalyse bei gesetzlich unregulierten und gerichtlich noch nicht entschiedenen Unternehmens-

<sup>106</sup> *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche „Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern“, ZIP 2005, 141; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG 2002, Seite 17–26 für die GmbH; Rohwetter/Koppensteiner GmbHG, 4. Auflage 2002, Seite 43, Rn. 10; Baumbach/Hueck, 19. Auflage, § 43 GmbHG, Anm. 17 u. 23; *Hemeling*, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZAR 175 (2011), 368; BegrRegE, KontraG, BT-Drucks. 13, 9712, Seite 15; *Hüffer*, AktG, 6. Auflage, § 696 Anm. 1 zur Gemeinwohlgefährdung; *Fleischer*, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern, Seite 148; BGHZ, 124, 111, (127); Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex 2003, Rn. 432; § 46 Abs. 4 S. 2 BRAO; BGHSt 46, 196, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

<sup>107</sup> BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08 – Berliner Stadtreinigung.

<sup>108</sup> BGHZ 124, 111, 127; OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 7 U 184/12.

<sup>109</sup> BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB.

<sup>110</sup> BGHZ 132, 30, 38 – Wissensaufspaltung; BGHZ 135, 202, 205 – Scheck Inkasso.

sachverhalten hinzuweisen und sie dabei beratend zu unterstützen.<sup>111</sup>

## 7. Die Rechtsberatungspflicht und die Plausibilitätskontrolle

Die Organe verpflichten sich zu allen offenen Rechtsfragen Rechtsrat einzuholen und das Rechtsberatungsergebnis auf Plausibilität zu kontrollieren.<sup>112</sup>

## 8. Die Pflicht zum Widerspruch und zur Eskalation bei rechtswidrigen Weisungen

Folgen die Vorgesetzten dem Rechtsrat nach deren Plausibilitätsprüfung nicht und erteilt der Vorstand oder Geschäftsführer Unternehmensjuristen rechtswidrige Weisungen, ist der Syndikusanwalt und Compliance-Manager verpflichtet, zu widersprechen und sein rechtliches Beratungsergebnis dem jeweils nächsten Vorgesetzten vorzutragen, um ihn von seinem Rechtsrat zu überzeugen und zwar einschließlich Vorstandsvorsitzenden und Aufsichtsratsvorsitzenden.<sup>113</sup>

## 9. Die Pflicht von Unternehmensjuristen zur Meldung von Rechtsrisiken aus eigener Initiative

Aus eigener Initiative sind Unternehmensjuristen dienstvertraglich zur Beobachtung und Ermittlung von Rechtsrisiken im Unternehmen und zur ungefragten Meldung an ihre weisungsbefugten Vorgesetzten verpflichtet.<sup>114</sup>

## 10. Das Benachteiligungsverbot

Kollidiert die präventive Rechtsberatung mit den Interessen der Geschäftsleitung zur Gewinnerzielung und müssen deshalb die Unternehmensjuristen beim Durchsetzen ihrer Präventivberatung persönliche Benachteiligungen befürchten, wird vorsorglich ein Benachteiligungsverbot zu Gunsten von Unternehmensjuristen und Compliance-Managern vereinbart und zwar analog zu den gesetzlich geregelten Benachteiligungsverboten für Beauftragte im Immissionsschutz-, Störfall-, Datenschutz-, Gefahrgut-, Strahlenschutz-, Abfall-, und Gewässerschutzrecht.<sup>115</sup>

## 11. Die Pflicht zur Prüfung der „business judgement rule“

Unternehmensjuristen sind verpflichtet, verbindlich festzustellen, ob es sich bei den Entscheidungen eines vertretungsberechtigten Organs des Unternehmens um eine „rechtlich gebundene“ oder um eine freie „unternehmerische Entscheidung“ nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG handelt. Der Vorstand verpflichtet sich, jede geplante Entscheidung im Interesse des Unternehmens routinemäßig danach rechtlich überprüfen zu lassen.<sup>116</sup>

## 12. Die Sicherstellung des erforderlichen Compliance-Aufwands

Vorstände und Geschäftsführer verpflichten sich zur Vermeidung von Rechtspflichtverletzungen, den erforderlichen Compliance-Aufwand zu sichern und alle Entscheidungen unabhängig vom Aufwand zur Abwehr einer Rechtsrisikoverletzung zu treffen.<sup>117</sup>

## 13. Die Pflicht zur Vorlage von Entscheidungen mit ruinösen Folgen

Unternehmensjuristen und Compliance-Manager verpflichten sich, eventuelle Entscheidungen mit ruinösen Folgen dem Vorstand oder Geschäftsführer des Unternehmens zu überlassen und vorzulegen, um die Organhaftung nicht zu umgehen.<sup>118</sup>

## 14. Die Beratungspflicht zum „sichersten Weg“

Als Maßstab bei der Rechtsberatung vereinbaren die Parteien den „sichersten Weg“. Dessen verbindliche Einschätzung ist dem beratenden Unternehmensjuristen vorzubehalten.<sup>119</sup>

## 15. Das Recht zum direkten Vortrag und Zugang zu Vorstand und Geschäftsführer

Vereinbart wird das Recht des Syndikusanwalts und Compliance Managers auf den direkten Vortrag und Zugang des Unternehmens bei Vorstand und Geschäftsführer, ohne zwischengeschaltete Mitarbeiter, um die Reaktion persönlich einschätzen zu können, insbesondere ob weitere Überzeugungsarbeit erforderlich ist.<sup>120</sup>

## 16. Die Pflicht zur internen Lösung bei der präventiven Rechtsberatung

Unternehmensjuristen verpflichten sich, auf interne Lösungen bei der

111 BGH, 14.7.2008, ZIP 2008, 1676; OLG Düsseldorf, 9.12.2009 – AG 2010, Seite 128 – IKB.

112 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234-09 – ISON.

113 BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.

114 BGH, 20.9.2011 – II ZR 234-09 – ISON.

115 In Analogie zu § 57 S. 1 BImSchG für Immissionsschutzbeauftragte, zu § 58 (c) Abs. 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte, zu § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Abfallbeauftragte; zu § 66 WHG S. 2 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Gewässerschutzbeauftragte, zu § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Gefahrgutbeauftragte.

116 § 93 Abs. 2 S. 2 AktG; BGHZ 135, 253 – ARAG/Garmenbeck.

117 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.

118 BGH, 10.5.1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200 – Presseangriff.

119 BGH, 20.10.1994 – IX ZR 116/1993, Krieger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 4. Auflage, Seite 162 f.; Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 4. Auflage, Seite 178.

120 In Analogie zu § 57 S. 1 BImSchG für Immissionsschutzbeauftragte, zu § 58 (c) Abs. 1 i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Störfallbeauftragte, zu § 60 Abs. 3 KrWG i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Abfallbeauftragte, zu § 66 WHG S. 2 BDSG i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Datenschutzbeauftragte, zu § 9 Abs. 2 Nr. 4 GbV i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Gefahrgutbeauftragte, zu § 66 WHG i. V. m. § 57 S. 1 BImSchG für Gewässerschutzbeauftragte.

präventiven Rechtsberatung hinzuwirken, rechtswidrige Weisungen zu widersprechen und im Konfliktfall in Rechtsfragen die jeweils nächsthöheren Vorgesetzten zu informieren und erst bei erfolglosem Bemühen um legales Verhalten im Unternehmen als ultima ratio das Mandat niederzulegen und das Dienstverhältnis zu kündigen.<sup>121</sup>

### 17. Die Pflicht zur Vertraulichkeit der Rechtsberatung

Unternehmensjuristen und die vertretungsberechtigten Organe verpflichten sich zur Vertraulichkeit im Rahmen der präventiven Rechtsberatung, insbesondere gegenüber Behörden, die interne Entscheidungsfindung als letztes Mittel erst dann offenzulegen, um Todesfälle und erhebliche körperliche Beeinträchtigung zu verhindern oder zur eigenen Rechtsverteidigung gegenüber dem Unternehmen.

### 18. Die Pflicht zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems

Vorstände und Geschäftsführer verpflichten sich ein Compliance-Management-System einzuführen, um erstens die Erfüllung ihrer Legalitätspflicht beweisen zu können und um zweitens den Syndikusanwälten und Compliance Managern die systematische Beratung, Delegation, Aktualisierung, Erfüllung, Kontrolle und Dokumentation aller Unternehmenspflichten zu ermöglichen.<sup>122</sup>



---

#### 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“: Umwelt- und arbeitsschutzrechtliche Betriebsorganisation, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.

- 
- 121 *Schautes*, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Berufsrechts, 2005, Seite 274, 276; BGH, 17.7.2009 – 5 Str 394/08, Rn. 31 – Berliner Stadtreinigung.
- 122 BGH, 9.5.2017 – StR 265/16, Seite 46 – Panzerhaubitzen; *Becker*, Börsenzeitung Nr. 103 vom 2.6.2018, Sonderbeilage; LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell; ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551,13 – Libor-Manipulation; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, 4. Auflage, AktG, § 91 Anm. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Auflage, 2012, Seite 16.

PRÄVENTIVE  
RECHTSBERATUNG  
SEIT 26 JAHREN!

RACK  
RECHTSANWÄLTE

## DAS COMPLIANCE-SYSTEM „RECHT IM BETRIEB“

# SOFTWARE MIT INHALTEN AUS EINER HAND!

## Die rechtliche Vorsorgeuntersuchung für Unternehmen.

Nutzen Sie unsere gespeicherten **Erfahrungen aus 26 Jahren Complianceberatung**. Wir vermeiden die Haftung für Organisationsverschulden von Führungskräften. Sie müssen organisatorisch dafür sorgen, dass sie sich selbst und dass sich alle Mitarbeiter des Unternehmens legal verhalten. Dazu lassen sich alle Risiken und Pflichten eines Unternehmens mit unserem System ermitteln, delegieren, monatlich aktualisieren, erfüllen, kontrollieren, digital speichern und für alle jederzeit verfügbar halten. Die Verantwortlichen können digital abfragen, wer, welche Pflicht, an welchem Betriebsteil, wie zu erfüllen hat. Führungskräfte können auf einer Oberaufsichtsmaske mit einem Blick kontrollieren, ob alle Pflichten im Unternehmen erfüllt sind. **Systematisch senken wir den Complianceaufwand durch Standardisierung um 60 %**. Sachverhalte im Unternehmen wiederholen sich, verursachen gleiche Risiken und lösen gleiche Rechtspflichten zur Risikoabwehr aus. Rechtspflichten werden nur einmal geprüft, verlinkt, gespei-

chert und immer wieder mehrfach genutzt. Wir sind Rechtsanwältinnen mit eigenen Informatikern und bieten eine Softwarelösung mit Inhalten und präventiver Rechtsberatung aus einer Hand. Auf Anregungen aus den Unternehmen passen unsere EDV-Spezialisten die Software unseres Compliance-Management-Systems an. Der aktuelle Inhalt unserer Datenbank: 18.000 Rechtsvorschriften von EU, Bund, Ländern und Berufsgenossenschaften, 7.500 Gerichtsurteile, standardisierte Pflichtenkataloge für 45 Branchen und 57.000 vorformulierte Betriebspflichten. **44.000 Unternehmensrisiken sind mit 59.000 Rechtspflichten drei Millionen Mal verlinkt und gespeichert**. Auf die Inhalte kommt es an. Je umfangreicher die Datenbank umso geringer ist das Risiko eine Unternehmenspflicht zu übersehen.

Weitere Informationen unter:  
[www.rack-rechtsanwaelte.de](http://www.rack-rechtsanwaelte.de)

