

ORGANISATIONSLÜCKEN

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

Dr. Manfred Rack

Rechtsanwalt

Inhaltsverzeichnis:

1.	Das Verhältnis zwischen weisungsbefugten Geschäftsleitern ohne Rechtskenntnisse und weisungsabhängigen Syndikusanwälten als Organisationsrisiko	S. 2
2.	Die Doppelstellung von Syndikusanwälten als Organisationsrisiko und die gesetzliche Regelung in §§ 1, 46 BRAO zur Unabhängigkeit in Rechtsfragen	S. 4
3.	Der vertragliche Ausschluss von „nützlichen Pflichtverletzungen“	S. 5
4.	Die fiktive Eigenschaft von Risiken als Organisationsproblem	S. 6
5.	Die Legal-Tech-Lösung zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht	S. 7
6.	Die Pflicht von Geschäftsleitern zur „eigenen Risikoanalyse“ bei gesetzlich unregelmäßig und gerichtlich noch nicht entschiedenen Unternehmenssachverhalten	S. 7
7.	Die Rechtsberatung zur Plausibilitätskontrolle	S. 8
8.	Die Pflicht zum Widerspruch und zur Eskalation bei rechtswidriger Weisung der Geschäftsleitung	S. 8
9.	Dienstvertragliche Melde- und Beratungspflichten zur Rechtsrisikoabwehr für Unternehmensjuristen aus eigener Initiative	S. 10
10.	„Rechtlich gebundene“ oder „freie unternehmerische Entscheidung“ als Vorfrage zur Geltung der Business-Judgement-Rule nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	S. 10
11.	Vereinbarung zum Complianceaufwand	S. 11
12.	Die Vorlagepflicht von Unternehmensjuristen bei Entscheidungen mit ruinösen Folgen	S. 11
13.	Die Beratungspflicht zum „sichersten Weg“	S. 11
14.	Die Vereinbarung zum direkten Vortrag und Zugang zum Geschäftsleiter	S. 12
15.	Die Vereinbarung eines Benachteiligungsverbots für Unternehmensjuristen und Compliancemanager	S. 12
16.	Ein Rechtsvergleich zu den Pflichten des In-House Counsel zur Vermeidung von Rechtsverstößen im Unternehmen durch präventive Rechtsberatung im US-amerikanischen Unternehmensrecht als Vertragsvorlage	S. 12
17.	Der In-House Counsel als “legal watchdog”	S. 13
18.	Die Beratung zur Pflicht eines Compliance-Management-Systems	S. 14
	Fazit	S. 15

ORGANISATIONSLÜCKEN IM VERHÄLTNISS 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, verweigerte Entlastung für Vorstände, 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's und aus einem Rechtsvergleich mit den USamerikanischen „Model Rules of Professional Conduct“ für In-House Counsel. Typische Konflikte in Rechtsfragen zwischen Geschäftsführern und Unternehmensjuristen sowie Compliancemanagern lassen sich durch achtzehn Vertragsklauseln vermeiden.

1. Das Verhältnis zwischen weisungsbefugten Geschäftsführern ohne Rechtskenntnisse und weisungsabhängigen Syndikusanwälten als Organisationsrisiko

Bei eigener Rechtsunkenntnis sind Vorstände und Geschäftsführer nach der BGH Rechtsprechung verpflichtet, erforderlichen Rechtsrat einzuholen, die Rechtsslage sorgfältig prüfen zu lassen, und die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten.¹ Vorstände und Geschäftsführer tragen das Risiko, die Rechtsslage zu verkennen.² 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 Geschäftsführern mangels eigener Rechtskenntnisse nicht erkannt. Deswegen verkennen Geschäftsführer schon den Anlass, Rechtsrat einzuholen und damit ihren Rechtsberatungsbedarf. Der DunningKrugerEffekt liefert dazu die psychologische Erklärung. Die eigene Rechtsunkenntnis zu erkennen, setzt Rechtskenntnisse voraus.³ Hierbei handelt es sich um ein Organisationsrisiko, das erkannt und abzuwenden ist.

Unternehmensjuristen wiederum können den Rechtsberatungsbedarf der Geschäftssleitung nicht erkennen, weil sie nicht früh genug in Entscheidungsverfahren 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 Rechtsverstoßes 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,

1 BGH, 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: NJWRR 2011, 1670 (ISION); BGH vom 11.01.1984 – VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296, 303; BGH vom 14.06.1994 – XI ZR 210/93; BGH vom 04.07.2001 VII ZR 79/00, WM 2001, 2012, 2014; BGH vom 12.07.2006 – X ZR 157/05, WM 2006, 2011, Rn. 19; BGH, Beschluss vom 29.06.2010 – XI ZR 308/09, ZIP, 2010, 1335, Rn. 3

2 BGH, vom 21.12.1995 – V ZB 4/94, BGHZ 131, 346, 353

3 Rack, Das Rechtsrisiko des DunningKrugerEffekts, Compliance-Berater 6/2017

noch bevor sie sich zu Schäden entwickeln konnten. Die Unternehmensjuristen als Syndikusrechtsanwälte oder als Compliancemanager müssen organisatorisch durch Vorstände und Geschäftsführer in die Lage versetzt werden, alle Rechtsrisiken als offene Rechtsfragen behandeln zu können. Geschäftsführer 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.

2. Die Doppelstellung⁴ von Syndikusanwälten als Organisationsrisiko und die gesetzliche Regelung in §§ 1, 46 BRAO zur Unabhängigkeit in Rechtsfragen

Syndikusrechtsanwälte und Compliancemanager 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 unabhängigem Organ der Rechtspflege nicht vereinbar sei. Lange blieben Syndikusanwälten aus diesem Grunde die Zulassung zur Anwaltschaft versagt⁵, was vom Bundesverfassungsgericht mit der Begründung korrigiert wurde, dass Berufsausübungsregelungen die Unabhängigkeit und damit die Rechte der Syndikusanwälte aus Artikel 12 Abs. 1 GG sichern können⁶. 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 kann⁷. Abzuwenden ist insbesondere das Risiko, dass Geschäftsführer 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-KrugerEffekt 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 Syndikusanwälten 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 wird⁸. 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.⁹ 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.

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

5 BGHZ 71, 138, 140 f.; Schautes S. 264

6 BverfGE, NJW 1993, 317, 320 f.; Schautes, S. 264

7 Schautes, S. 264

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

9 § 46 BRAO (Bundesrechtsanwaltsordnung), 7. Auflage, Kleine-Cosack, 2015 Anhang zu § 46 Anm. 17-19 (Begründung S. 32)

Dies bedeutet, dass er auch zuvor vollständig über alle Sachverhalte im Unternehmen zu informieren ist.¹⁰

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 Compliancemanagers 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 fürs 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.

3. Der vertragliche Ausschluss von „nützlichen Pflichtverletzungen“

Bei allen Entscheidungen und Aktivitäten haben sich Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer rechtmäßig zu verhalten.¹¹ „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.¹²

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 Verhalten ihrer Verwaltungsträger kommt und das Gemeinwohl gefährdet wird.¹³ 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.¹⁴ 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 gesetzeswidrige Vorstandsentscheidung nur noch durch eine solche Anordnung verhindert werden kann.¹⁵ Auch eine GmbH kann nach § 62 Abs. 1 GmbHG aufgelöst werden, wenn Gesellschafter gesetzeswidrige Beschlüsse fassen oder gesetzeswidrige Handlungen des Geschäftsführers wesentlich geschehen lassen.

Die Gesetzestreue gilt zwar als triviale Selbstverständlichkeit.¹⁶ 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

¹⁰ Kaulich, S. 136; BGH, 14.05.2007 – II ZR 48/08, Rn. 16, 17 [Insolvenzreifeprüfung]

¹¹ Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche „Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern“, ZIP, 4/2005, S. 141; Paefgen, Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG 2002, S. 17-26 für die GmbH; Rohwetter/Koppensteiner GmbHG, 4. Auflage 2002, S. 43 Rn. 10; Baumbach/Hueck, 19. Auflage, § 43 GmbHG, Anm. 17 u. 23; Hemeling, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität in: ZAR 175 (2011), S. 368

¹² BegrRegE, KontraG, BT-Drucks. 13, 9712 S. 15

¹³ Hüffer, AktG, 6. Auflage, § 696 Anm. 1 zur Gemeinwohlgefährdung; Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern, S. 148

¹⁴ Fleischer, ZIP 4/2005 S. 148

¹⁵ BGHZ, 124, 111, (127)

¹⁶ Ringleb/Kremer/Lutter/ von Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex 2003, Rn. 432

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.¹⁷ Jedes Gesetz wurde einmal mit Mehrheit beschlossen. Nur solange Gesetze im Entwurfsstadium sind, kann deren Akzeptanz diskutiert werden, nicht aber nach deren Erlass.

Damit diese rechtlichen Zusammenhänge als Grund-satzfrage 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 Compliancemanagern 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.¹⁸ 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 deutlich entschieden, dass eine gesetzeswidrige Tätigkeit auch dann eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers begründet, wenn der Gesetzesverstoß subjektiv ex ante zum Nutzen der Gesellschaft erfolgte, hieraus aber ein Schaden erwächst.¹⁹

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 Justiziere die Ansicht eines rechtlich möglichen „efficient breach of public law“ vertreten.²⁰

4. 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 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.²¹ 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.²² Erfasst werden müssen deshalb alle und zwar auch die unbekanntenen Risiken, an die man im Augenblick der Entscheidung nicht denkt, die aber überraschender Weise sich zu Schä-

¹⁷ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 2016, 9. Auflage Anm. 334

¹⁸ BGHSt 46, 196 Rn. 31 [Berliner Stadtreinigung]

¹⁹ OLG Karlsruhe, 31.07.2013 – 7 U 184/12; Raabe, GWR 2013, 404; Beck, RS, 2013, 13837; Nietsch, ZIP, 2013, 1454

²⁰ Fleischer, ZIP 4/2005, 186, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern; Spindler/Stilz, § 93 AktG, Anm. 36, 4. Auflage, 2019

²¹ Beck, Die Logik des Irrtums, 2008, S. 38.

²² Rack, CB 7/2014, Der Verfügbarkeitsfehler(Availability-Bias) als Organisationsrisiko

den 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.²³ Das Risiko des Rückschaufehlers (HindsightBias) 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.“²⁴

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 BusinessJudgementRule handelt, nicht aber um die vorgelagerte Prüfung, ob und wieweit es sich um eine „gebundene“ Rechtsentscheidung oder eine „freie unternehmerische Entscheidung“ handelt.²⁵ Wie alle Anwälte haben Unternehmensjuristen grundsätz-

lich den „sichersten Weg“²⁶ 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 Recherchetechnik 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 Informationsbeschaffungspflicht²⁷ kann für die Praxis der präventiven Rechtsberatung dahingestellt bleiben. Je umfangreicher Informationen recherchiert werden, umso geringer ist das Risiko des Rückschaufehlers (HindsightBias). Ist ein Schaden eingetreten und kennen alle den Schadensverlauf, sind hinterher alle schlauer und neigen dazu, dessen Vorhersehbarkeit, Vermeidbarkeit und die Schadensersatzansprüche zu bejahen.²⁸

5. Die LegalTechLösung zur Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht

Die LegalTechLösung 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 entweder in Gesetzen, Verordnungen oder in untergesetzlichen Vorschriften verbindlich geregelt sind oder von der Rechtsprechung in gespeicherten Urteilssammlungen 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 Sach-

²³ Rack, Die neue Strafbarkeit der Geschäftsleiter von Banken und Versicherungen im Risiko-Management CB, 8/2013, S. 324, Die Struktur von Risiken als Prognose

²⁴ BGH, 14.07.2008, ZIP, 2008, S. 1676, OLG Düsseldorf 09.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 (IKB); BGH vom 18.06.2013 - II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636 (3638); Kaulich, Die Haftung von Vorstandmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 223; Fischer, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, S. 36

²⁵ Fischer, 2018, S. 36

²⁶ BGH, NJW 1988, 1079, 1080; S. Fn. 51

²⁷ Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. §93 Anm.70, Fleischer

²⁸ Rack, CB 5/2014, Der Rückschaufehler (Hindsight-Bias) als Organisationsrisiko

verhalte, die in Gerichtsurteilen als Risiken festgestellt und zu denen Verkehrssicherungspflichten zur Risikoabwehr formuliert wurden.²⁹ 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 LegalTechStandard unternehmensintern rechtlich beraten zu können. Der ComplianceAufwand 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“³⁰ und dafür „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschöpft zu haben“³¹ und entlastet schließlich den Unternehmensjuristen von dem eventuellen Vorwurf des Beratungsfehlers, auf Rechtsrisiken nicht hingewiesen zu haben.

LegalTechLösungen lassen nicht mehr den Einwand zu, der Complianceaufwand 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.³² Auch die Unternehmensjuristen können als Syndikusanwälte und Compliancemanager 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.

6. 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 IKBEntscheidung des BGH „zur eigenen Risikoanalyse“ verpflichtet.³³ 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 IKBFall 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. Der Geschäftsführer in der IKBEntscheidung 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 Compliancemanager auf die Rechtsberatung zu verpflichten, den Geschäftsleiter zur eigenen Risi-

²⁹ Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 71, 53, 206

³⁰ BGH vom 14.7.2008, ZIP 2008, S. 1676; OLG Düsseldorf vom 9.12.2009, AG 2010, S. 128 (IKB)

³¹ siehe Fn. 24

³² Kaulich, S. 120, 129;

³³ BGH vom 14.7.2008, ZIP 2008, S. 1676; OLG Düsseldorf vom 9.12.2009, AG 2010, S. 128 (IKB Entscheidung)

koanalyse nach dem Vorbild der IKB-Entscheidung zu veranlassen.³⁴

7. 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.³⁵ Die Überprüfung der Rechtslage muss eine Grundlage für die Überprüfung der Plausibilität der Rechtsauskunft bieten.³⁶ Die beratenden Organe sind darlegungs- und beweispflichtig und haben Inhalt und Umfang der Überprüfung der Rechtslage so zu dokumentieren, dass sie einer Plausibilitätskontrolle zugänglich sind.³⁷ Das bloße Vertrauen in die Kompetenz der Anwälte ersetzt die Plausibilitätskontrolle nicht.³⁸ 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“³⁹ zu empfehlen und der Rechtsprechung des BGH zu folgen.

8. 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.⁴⁰ 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 Compliancemanagern 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. Compliancebeauftragte, 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

³⁴ BGH vom 14.7.2008, ZIP 2008, S. 1676; OLG Düsseldorf vom 9.12.2009, AG 2010, S. 128 (IKB-Entscheidung)

³⁵ BGH, 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: Rn. 18, 22, NJW-RR 2011, 1670 (ISON); BGH vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Rn. 16 (Insolvenzzreife Prüfung); Fleischer, NZG 2010, S. 121 (Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat); OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2386, 2389

³⁶ BGH, ISON-Urteil, NJW, RR 2011, Rn. 22

³⁷ BGH, ISON-Urteil, NJW, RR 2011, Rn. 23

³⁸ BGH, ISON-Urteil, NJW, RR 2011, Rn. 25

³⁹ Krieger, Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 4. Auflage, S. 162 f.; Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 4. Auflage, S. 178

⁴⁰ Schautes, Anwaltliche Unabhängigkeit, 2005, S. 268

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.⁴¹

Für alle Fälle der Verletzung ihrer Legalitätspflicht bietet die Rechtsprechung ein Muster, wie Konflikte zwischen den weisungsbefugten Organen und den Syndikusanwälten 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 Angestellter eines nicht-juristischen Arbeitgebers wegen Beihilfe zum Betrug verurteilt, weil er sich „aus falsch verstandener Loyalität dem Finanzvorstand untergeordnet hat.“⁴² 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.⁴³ Aus diesem BGH-Urteil ergibt sich die Pflicht des Syndikusanwalts und Compliancemanagers 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 Syndikusanwalts 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 sichern⁴⁴ 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.

⁴¹ Studie der Technischen Universität (TU Kaiserslautern), Journal of Business Economics, Prof. Lingnau: „Psychopathen missachten Complianceregeln“

⁴² BGH vom 17. Juli 2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 [Berliner Stadtreinigung]

⁴³ BGH vom 17. Juli 2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 [Berliner Stadtreinigung]

⁴⁴ BGH vom 17. Juli 2009 – 5 Str 394/08 Rn. 25 [Berliner Stadtreinigung]

9. 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.“⁴⁵ Diese Risikoabwehrpflichten knüpfen an die Rechtsprechung zur Risikofrüherkennung an, die auch für Unternehmensjuristen wie für alle sonstigen Angestellten eines Unternehmens gelten 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.⁴⁶ Gesetzlich geregelt ist die uneingeschränkte Informationspflicht eines Arbeitnehmers innerhalb seines Verantwortungsbereichs in § 666, 667 BGB i. V. m. § 675 BGB, wonach ein Arbeitnehmer aufgefordert 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 Un-

gewissheit zu beseitigen.⁴⁷ 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 Schadensabwehrpflichten bei drohenden Gefahren.⁴⁸ 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.

10. „Rechtlich gebundene“ oder „freie unternehmerische Entscheidung“ als Vorfrage zur Geltung der Business-Judgment-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

⁴⁵ BGH vom 17. Juli 2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 [Berliner Stadtreinigung]

⁴⁶ RGZ 78, S. 107 vom 14.12.1911 (Kutscher-Urteil) „Rack Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr“, CB 3/2013, S. 99

⁴⁷ Fritz/Nolden, CCZ 5/2010, S. 171; Diller, DB 2004, S. 314; BAG, DB 1968, 2041

⁴⁸ Rack, CB, 3/2013, S. 100, Arbeitnehmerpflichten zur Risikoabwehr mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung zu latenten und zu offensichtlichen Risikofaktoren, von denen auf Grund von Erfahrungssätzen auf drohende Schadensverläufe geschlossen werden kann.

das eigene unternehmerische Ermessen.⁴⁹ Die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung wird geschützt durch die BusinessJudgementRule.

Der Gesetzgeber unterscheidet im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) die „unternehmerische Entscheidung“ von der „rechtlich gebundenen Entscheidung“.⁵⁰ 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 Compliancemanager 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.⁵¹ 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 LegalTechLösung, 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 Unternehmensjuris-

ten 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.

11. Vereinbarung zum Complianceaufwand

Erfahrungsgemäß kommt es zu Konflikten, über Kosten und Aufwand präventiver Rechtsberatung zur Abwendung von Rechtsrisiken. Auch über die Frage des Complianceaufwands empfehlen sich deshalb Vereinbarungen zur Konfliktvermeidung. Der BGH hat in seinem Presseangriffsurteil vom 10.05.1957 entschieden, dass es auf die Kosten der Vermeidung von Rechtsverletzung nicht ankommen darf. Die Compliancekosten dürfen eine Entscheidung zum Rechtsschutz nicht beeinflussen.⁵² Der immer als zu hoch empfundene Complianceaufwand wird regelmäßig als Argument gegen den Einsatz von ComplianceManagementSystemen genutzt. Regelmäßig sind der Complianceaufwand 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 Complianceaufwand als zu hoch behauptet wird. Im Fall des Presseangriffsurteils wurde ein Boykottaufruf wegen verlorenen Druckkosten nicht verhindert, wodurch es zu einem ruinösen Reputationsverlust eines

⁴⁹ Spindler, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, Festschrift für Canaris, 2007, S. 413; Fleischer: „Die Business-Judgement-Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung in ZIP 2004, S. 685; BGH Urteil vom 21.04.1997 – II ZR 175/95 in BGHZ, 135, 244, 253 (ARAG/Garmenbeck)

⁵⁰ BegrRegE UMAG BT-Drs. 15/5092, S. 11

⁵¹ Paefgen, „Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe in der AG“, S. 24; von Falkenhausen, Die Haftung außerhalb der Business-Judgement-Rule, NZG, 2012, S. 647

⁵² BGH, 10.05.1957, I ZR 234/55 in BGHZ 24, S. 200 (Presseangriff)

Handelsunternehmens kam. Unternehmensjuristen haben nach dieser Entscheidung zwar zu beraten aber nicht zu entscheiden.

12. 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.⁵³ 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.

13. 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.⁵⁴ 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 Rechtskennt-

nisse hat. Dem Unternehmensjuristen ist deshalb die verbindliche Einschätzung vorzubehalten, während die vertretungsberechtigten Organe den erteilten Rechtsrat auf Plausibilität kontrollieren müssen.⁵⁵ 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.

14. Die Vereinbarung zum direkten Vortrag und Zugang zum Geschäftsleiter

Es empfiehlt sich die Vereinbarung eines Rechts zum direkten Vortrag und Zugang zum Vorstand und Geschäftsführer für den Unternehmensjuristen ohne zwischengeschaltete Unternehmensmitarbeiter analog zum Recht der gesetzlich geregelten Beauftragten.⁵⁶ Compliancebeauftragte 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.

15. Die Vereinbarung eines Benachteiligungsverbots für Unternehmensjuristen und Compliancemanager

Zu empfehlen sind Vereinbarungen über Benachteiligungsverbote zum Schutz von Unternehmensjuristen und Compliancebeauftragten bei der präventiven Rechtsberatung durch Vertreter des Unternehmens, die gegen die Ergebnisse der Rechtsberatung opponieren. Der Complianceaufwand kollidiert regelmäßig mit dem Interesse der Geschäftsleitung an der Gewinnerzielung und begründet die Gefahr, dass Beauftragte Benachteiligungen beim Durchsetzen ihrer

⁵³ BGH, 10.05.1957, I ZR 234/55 in BGHZ 24, S. 200 (Presseangriff)

⁵⁴ Krieger, Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 4. Auflage, S. 162 f.; Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 4. Auflage, S. 178; BGH Urteil vom 20.10.1994 – IX ZR 116/93, S. 3

⁵⁵ BGH, 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: NJW-RR 2011, 1670 (ISION)

⁵⁶ § 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

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,⁵⁷ für Immissionsschutzbeauftragte⁵⁸, für Störfallbeauftragte⁵⁹, für Datenschutzbeauftragte⁶⁰, für Gefahrgutbeauftragte⁶¹, für Strahlenschutzbeauftragte⁶², für Abfallbeauftragte⁶³ und für Gewässerschutzbeauftragte⁶⁴.

16. 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 Rechtsberatung.⁶⁵ 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 nichtanwaltschaftlichen Arbeitgebers. Auch hier gibt es eine Hierarchie und Kompetenzgefälle mit dem Organisationsrisiko, das 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.⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ 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.⁶⁹ Davor muss er

⁵⁷ § 58 Abs. 1 BImSchV

⁵⁸ § 58 Abs. 2 BImSchG

⁵⁹ § 58 d i.V.m. § 58 Abs. 2 BImSchG

⁶⁰ Art. 38 Abs. 3 DSGVO; § 38 Abs.2, 4, 6 BDSG n.F.

⁶¹ § 91 GbV

⁶² § 70 Abs. 6 StrlSchG

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

⁶⁴ § 66 WHG § 58 Abs. 2 BImSchG

⁶⁵ Schautes, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Berufsrechts, 2005, S. 272, 273

⁶⁶ Schautes, S. 274; ebenso deutlich BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: NJW – RR 2011, 1670 [ISION-Urteil], Rn. 17

⁶⁷ BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in: NJW – RR 2011, 1670 [ISION-Urteil] Rn. 27

⁶⁸ Schautes, S. 274

⁶⁹ Schautes, S. 276

nach einer internen Lösung gesucht haben, wozu es auch nützlich oder geboten sein kann, zu der Rechtsfrage eine unabhängige rechtliche Meinung einzuholen.⁷⁰ 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.⁷¹ 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.

17. 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.⁷² Vergleichbare Bezeichnungen befinden sich auch in der deutschen Literatur. Syndikusanwälte werden als „Wächter des Rechts“ charakterisiert.⁷³

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-amerikanischen Recht entspricht.

18. Die Beratung zur Pflicht eines ComplianceManagementsystems

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

⁷⁰ Schautes, S. 275

⁷¹ Schautes, S. 278

⁷² G. Keyko and Michael J. Larson Corporate Compliance Practice Guide § 57.0 page 14 nr. 14 and 16 nr (11)

⁷³ Merkt, Der Syndikusanwalt und Corporate Governance, NJW 2014, S. 2312

Abs. 2 AktG durch den begleitenden Rechtsrat seiner Unternehmensjuristen sicherstellen.

Schließlich ist zwischen Unternehmen, den vertretungsberechtigten Organen und den Unternehmensjuristen zu vereinbaren, ein ComplianceManagementSystem einzusetzen, zu praktizieren und die Organoberaufsicht durch die Vorstände zu führen. Insbesondere haben Unternehmensjuristen die Organe des Unternehmens zu beraten, dass ein ComplianceManagementSystem Pflicht ist. Dies ergibt sich zuletzt eindeutig aus der BGH Entscheidung vom 9. Mai 2017⁷⁴. Danach wirkt der Einsatz eines ComplianceManagementSystems sanktionsmindernd, gleichgültig ob es vor oder nach einem Rechtsverstoß eingesetzt wird. Kommt es trotz des Einsatzes eines ComplianceManagementSystems 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.⁷⁵

Mit Hilfe der LegalTechLösung⁷⁶ 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 ComplianceManagementSystem 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 ComplianceManagementSystems 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 ComplianceManagementSystem zu praktizieren.⁷⁷

Umfang und Aufbau des ComplianceManagementSystems 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.

⁷⁴ BGH StR 265/16 vom 09.05.2017, S. 46 (Panzerhaubitzenfall)

⁷⁵ Becker, Börsenzeitung Nr. 103 vom 02.06.2018, Sonderbeilage

⁷⁶ Compliance-Management-System „Recht im Betrieb“

⁷⁷ LG München 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 (Neubürger); 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); Fleischer, in: Spindler/Stilz, 4. Auflage, AktG, § 91 Anm. 48; Moosmayer, Compliance, 2. Auflage, S. 16, 2012

FAZIT:

Wenn im Dreiecksverhältnis von Unternehmen, Geschäftsleitern und Compliancejuristen vertraglich vereinbart wird⁷⁸, was schon von der Rechtsprechung als Pflicht vorgegeben ist, dass nämlich legales Verhalten im Unternehmen immer vorgeht und deshalb nützliche Pflichtverletzungen ausgeschlossen sind⁷⁹, jede Entscheidung deshalb ausnahmslos auf ihre Legalität von Unternehmensjuristen geprüft wird⁸⁰, frei von Weisungen ihrer Vorgesetzten⁸¹, alle Risiken erfasst und durch Rechtspflichten präventiv abgewendet werden und zu allen offenen Rechtsfragen Rechtsrat eingeholt wird⁸², dazu alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art erschöpft werden⁸³, niemand persönliche Nachteile durch präventive Rechtsberatung zu fürchten hat⁸⁴, neueste Datentechnik zur Senkung des Complianceaufwands eingesetzt wird, Geschäftsleiter eigene Risikoanalysen vornehmen⁸⁵ die Rechtsberatungsergebnisse auf Plausibilität kontrolliert werden⁸⁶, Unternehmensju-

risten zu Widerspruch und Eskalation gegen rechtswidrige Weisungen durch Geschäftsleiter verpflichtet sind⁸⁷, Rechtsrisiken von Unternehmensjuristen aus eigener Initiative gemeldet werden⁸⁸, freie „unternehmerische Entscheidungen“ von rechtlich gebundenen Entscheidungen unterschieden werden⁸⁹, der erforderliche Complianceaufwand vom Unternehmen getragen wird⁹⁰, bei der Rechtsberatung der „sicherste Weg“⁹¹ gewählt wird, Unternehmensjuristen direkten Vortrag und Zugang zum Geschäftsleiter haben⁹², ein Compliance-Management-System zur Ermittlung und Abwendung aller Rechtsrisiken als Pflicht praktiziert wird⁹³, werden also alle diese Vorgaben erfüllt, kann es nur durch unverschuldeten Zufall und durch Einmalversagen ohne Sanktionsbedarf zur Rechtspflichtverletzung kommen⁹⁴, sodass im Ergebnis die Haftung wegen Organisationsverschuldens ausgeschlossen bleibt.

78 §46 Abs.4 S. 2 BRAO BGHSt 46, 196 RN. 31 [Berliner Stadtreinigung]

79 BGHZ 124, 111, 127, OLG Karlsruhe, 7 U 184/12

80 BGH vom 14.07.2008, ZIP 2008, S. 1676; OLG Düsseldorf vom 09.12.2009, AG 2010, S. 128 (IKB Entscheidung)

81 BGH vom 17. Juli 2009 – 5 Str 394/08 (Berliner Stadtreinigung)

82 BGH vom 14.07.2008 (IKB) und BGH vom 18.06.2013 II ZR 86/11

83 BGH vom 14.07.2008, ZIP, 2008, S. 1676, OLG Düsseldorf 09.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010 1537 (IKB); BGH vom 18.06.2013 – II ZR 86/11, NJW, 2013, 3636; Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, 2012, S. 223; Fischer, Die Business-Judgement-Rule als typübergreifendes Institut, 2018, S. 36

84 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

85 BGH vom 14.07.2008, ZIP 2008, S. 1676; OLG Düsseldorf vom 09.12.2009, AG 2010, S. 128 (IKB Entscheidung)

86 BGH vom 20.09.2011 II ZR 234-09 (ISION)

87 BGH vom 17.07.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 [Berliner Stadtreinigung]

88 BGH vom 17.07.2009 – 5 Str 394/08 Rn. 31 [Berliner Stadtreinigung]

89 §93 Abs. 2 S. 2, BGHZ 135, 253 (ARAG/Garmenbeck)

90 BGH, 10.05.1957, I ZR 234/55 in BGHZ 24, S. 200 (Presseangriff)

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

92 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

93 BGH StR 265/16 vom 09.05.2017, S. 46 (Panzerhaubitzenfall)

94 Becker, Börsenzeitung Nr. 103 vom 02.06.2018, zur Behördenpraxis der BaFin

RACK

RECHTSANWÄLTE NOTARE

Lurgiallee 12 (Mertonviertel) - 60439 Frankfurt am Main - Fon 0 69/95 78 31 0 - Fax 0 69/95 78 31 40

Email anwaltsbuero@rack-rechtsanwaelte.de - www.rack-rechtsanwaelte.de