

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 591

Die Hinweisgeberverantwortung des Wirtschaftsanwalts

Der Wirtschaftsanwalt im Spannungsfeld
zwischen anwaltlichen Grundwerten und
dem öffentlichen Interesse an der Bekämpfung
von Wirtschaftskriminalität

Von

Philipp Thomssen



Duncker & Humblot · Berlin

PHILIPP THOMSEN

Die Hinweisgeberverantwortung des Wirtschaftsanwalts

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 591

Die Hinweisgeberverantwortung des Wirtschaftsanwalts

Der Wirtschaftsanwalt im Spannungsfeld
zwischen anwaltlichen Grundwerten und
dem öffentlichen Interesse an der Bekämpfung
von Wirtschaftskriminalität

Von

Philipp Thomassen



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59443-6> abrufbar



Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Philipp Thomassen
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-19443-8 (Print)
ISBN 978-3-428-59443-6 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59443-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit entstand im Rahmen einer Promotion an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg. Im Oktober 2024 wurde die Arbeit von der Hochschule als Dissertation angenommen. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 27. November 2024 statt.

Mein besonderer Dank gilt Prof. Dr. Heribert Hirte, der die Entstehung der Arbeit begleitet und gefördert hat. Prof. Dr. Kai Cornelius danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand von Juli 2023.

Für ihre langjährige Unterstützung danke ich Viktoria Nissen, Dr. Paolo Ramadori und meinen Eltern.

Lübeck, im Januar 2025

Philipp Thomssen

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
A. Gegenstand, Anlass und Ziel der Untersuchung	23
B. Einführung durch exemplarische Falldarstellungen	25
C. Stand der Debatte	31
D. Gang der Untersuchung	37
<i>Erster Teil</i>	
Whistleblowing und Corporate Governance	39
A. Grundlagen	39
B. Whistleblowing als Instrument der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität	43
C. Whistleblowing im System der Corporate Governance	54
D. Zwischenergebnis	66
<i>Zweiter Teil</i>	
Wirtschaftsanwälte als Akteure im System der Corporate Governance	67
A. Das Berufsbild des Wirtschaftsanwalts	67
B. Rechtlicher Rahmen der Tätigkeit des Wirtschaftsanwalts	75
C. Die Rolle des Wirtschaftsanwalts in der Corporate Governance	89
D. Fehlsteuerungen durch Zielkonflikte und Fehlanreize	118
E. Zwischenergebnis	122
<i>Dritter Teil</i>	
Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber in den USA	124
A. Einführung	124
B. Kapitalmarktrechtliche Meldepflichten und Anzeigerechte für Rechtsanwälte	124
C. Berufsrechtliche Meldepflichten und Anzeigerechte für Rechtsanwälte	147

D. Zwischenergebnis	165
---------------------------	-----

Vierter Teil

Gesetzliche Anzeige- und Auskunftspflichten in Deutschland	167
---	-----

A. Einführung	167
B. Anzeigepflichten	167
C. Auskunftspflichten gegenüber Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden	186
D. Zwischenergebnis	194

Fünfter Teil

Rechtspolitische Diskussion zur Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber	196
---	-----

A. Gründe für Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber	196
B. Vereinbarkeit von Whistleblowing mit dem anwaltlichen Berufsbild	205
C. Verfassungsrechtliche Grenzen für Hinweisgeberpflichten von Rechtsanwälten	219

Zusammenfassung	253
------------------------------	-----

Anhang 1: Gesetzestexte	256
--------------------------------------	-----

Anhang 2: Korrespondenz zum Geldwäschegesetz	269
---	-----

Literaturverzeichnis	271
-----------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	291
-----------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
A. Gegenstand, Anlass und Ziel der Untersuchung	23
B. Einführung durch exemplarische Falldarstellungen	25
I. Enron	25
II. Cum/Ex	26
III. Wölbern Invest	28
IV. Wirecard	28
V. Adler Group	29
VI. Schlussfolgerung	31
C. Stand der Debatte	31
I. Rechtspolitische Erwägungen in den USA	31
1. Savings-and-Loan-Krise	31
2. Sarbanes-Oxley Act	32
a) Meinungsbild im Schrifttum	32
b) Gesetzgebung	33
II. Stand der Debatte in Deutschland	34
1. Gesetzgebung	34
a) Geldwäschebekämpfung	34
b) Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken	35
2. Politisches Meinungsbild	35
3. Meinungsbild im Schrifttum	36
III. Zwischenergebnis	37
D. Gang der Untersuchung	37
<i>Erster Teil</i>	
Whistleblowing und Corporate Governance	39
A. Grundlagen	39
I. Begriff	39
II. Entwicklung des Whistleblowings	40
1. Individualschutz	41
2. Meldesysteme	41

B. Whistleblowing als Instrument der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität	43
I. Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität als Regelungziel	44
1. Begriff der Wirtschaftskriminalität	44
a) Sozio-kriminologischer Begriff	44
b) Rechtsdogmatische Definition	45
c) Formeller Begriff	45
d) Unternehmenskriminalität als Unterbegriff	46
e) Zwischenergebnis	46
2. Ursachen für wirtschaftskriminelles Handeln	46
a) Kosten-Nutzen-Kalkül nach der Rational-Choice-Theorie	47
b) Geringe Entdeckungswahrscheinlichkeit	47
3. Lösungsansätze	48
a) Erhöhung der Sanktionsandrohung	48
b) Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit	49
4. Folgen von Wirtschaftskriminalität und gesetzgeberische Maßnahmen	49
a) Wirtschaftliche Auswirkungen	49
b) Rechtspolitische Maßnahmen zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität	50
5. Zwischenergebnis	51
II. Regelungsebenen des Whistleblowingrechts	51
1. Adressat der Verdachtsmeldung oder Anzeige	52
a) Internes Whistleblowing	52
b) Externes Whistleblowing	52
2. Whistleblowing und Anzeigepflichten	53
a) Freiwilligkeit als notwendiges Element des Whistleblowings	53
b) Melde- und Anzeigepflichten	53
C. Whistleblowing im System der Corporate Governance	54
I. Corporate Governance	54
1. Begriffliches	54
2. Grundsätze der Corporate Governance	55
a) Shareholder Value und Stakeholder Value	55
b) Diskretionärer Entscheidungsspielraum	55
3. Ökonomisch-theoretische Grundlagen	56
a) Neue Institutionenökonomik	56
b) Principal-Agent-Konflikt	56
c) Governance-Systeme	57
4. Rechtsquellen und Regulierungsebenen	58
a) Gesetz und Satzung	58
b) Deutscher Corporate Governance Kodex	59
c) Unternehmensinterne Richtlinien	59

5. Akteure im System der Corporate Governance	60
a) Gesellschaftsorgane	60
b) Gatekeeper	61
II. Compliance und Corporate Governance	62
1. Corporate Compliance	62
2. Compliance als Bestandteil der Corporate Governance	63
III. Institutionalisierung des Whistleblowings	64
1. Whistleblowing als integraler Bestandteil des Compliance-Management-Sys-tems	64
2. Whistleblowing und Prüfungsausschuss	64
D. Zwischenergebnis	66

Zweiter Teil

Wirtschaftsanwälte als Akteure im System der Corporate Governance	67
A. Das Berufsbild des Wirtschaftsanwalts	67
I. Begriff des Wirtschaftsanwalts	67
II. Formen der Berufsausübung	68
1. Externer Wirtschaftsanwalt	68
a) Entwicklung der Wirtschaftskanzleien	68
b) Einfluss der angelsächsischen Law Firms	70
2. Syndikusanwalt	71
a) Begriffliches	71
b) Gesetzliches Berufsbild des Syndikusrechtsanwalts	72
c) Bedeutung der Syndikusanwälte	73
III. Zwischenergebnis	74
B. Rechtlicher Rahmen der Tätigkeit des Wirtschaftsanwalts	75
I. Berufsrechtliche Regelungsquellen	75
1. Regelungszweck	75
2. Wesentliche Regelungsgegenstände der BRAO	76
3. § 43 BRAO als Generalklausel anwaltlicher Berufspflichten	77
a) „Bastille-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts	77
b) Berufsrechtsnovelle von 1994	78
c) Bedeutung der Generalklausel	78
aa) Ablehnende Ansicht	79
bb) Generalklausel als Auffangtatbestand	79
cc) Generalklausel als Transportnorm	80
dd) Stellungnahme	81
d) Zwischenergebnis	81

II.	Weitere einfachgesetzliche Regelungsquellen	82
III.	Anwaltsvertrag	83
1.	Vertragsschluss und Rechtsnatur des Anwaltsvertrags	83
2.	Die Aktiengesellschaft als Mandant	84
a)	Einbeziehung der Vorstandsmitglieder	84
b)	Einbeziehung der Aufsichtsratsmitglieder	85
3.	Die Rechtsanwaltskanzlei als Vertragspartei	86
4.	Vertragsinhalt	87
a)	Umfang des Mandats	87
b)	Allgemeine Vertragspflichten	87
IV.	Zwischenergebnis	88
C.	Die Rolle des Wirtschaftsanwalts in der Corporate Governance	89
I.	Vertragliche Hinweis- und Warnpflichten	89
1.	Pflicht zur Beratung und Belehrung über mandatsbezogene Risiken und Gefahren	89
a)	Umfang des Mandats	90
aa)	Unbeschränktes Mandat	90
bb)	Beschränktes Mandat	90
b)	Inhalt und Reichweite der Belehrungs- und Beratungspflicht	91
aa)	Umfassende Beratungs- und Belehrungspflicht	91
bb)	Bindung an den Auftragsgegenstand	91
cc)	Belehrung über Risiken bei der Rechtsgestaltung	92
2.	Hinweis- und Warnpflicht	93
a)	Rechtliche Grundlagen der nebenvertraglichen Hinweis- und Warnpflicht	94
b)	Konkretisierung der Hinweis- und Warnpflicht bei Anwaltsverträgen	94
aa)	Abweichende Ansicht	95
bb)	Entwicklung der Rechtsprechung	95
cc)	Stellungnahme	97
c)	Positive Kenntnis und Offenkundigkeit	97
d)	Grenzen der Hinweis- und Warnpflicht	98
aa)	Anderweitige Beratung	98
bb)	Persönlichen Eigenschaften und Kenntnisse	98
cc)	Verantwortungslücke bei der Beratung großer Unternehmen	98
3.	Überwachungspflicht	99
a)	Umfang der Ermittlungs- und Aufklärungspflicht	99
b)	Sachverhaltaufklärung bei Vorliegen verdachtsbegründender Tatsachen	100
4.	Besonderheiten bei Syndikusanwälten	101
a)	Übertragbarkeit der Pflichten des externen Anwalts	101
b)	Allgemeine arbeitsvertragliche Anzeigepflichten	101

5. Adressaten der Anzeige	102
a) Allgemeine Anzeigepflicht gegenüber dem Ansprechpartner oder Vorgesetzten	103
b) Anzeigepflicht gegenüber dem Vorstand	103
aa) Ablehnung einer Eskalationspflicht	103
bb) Befürwortung einer Eskalationspflicht	104
cc) Stellungnahme	105
c) Anzeigepflicht gegenüber dem Aufsichtsrat	106
aa) Pflichtenkollision	106
bb) Pflicht zur Verschwiegenheit gegenüber dem Aufsichtsrat	107
cc) Zulässigkeit der Informationsweitergabe im Krisenfall	108
(1) Generelle Zulässigkeit der Berichterstattung an den Aufsichtsrat ..	109
(2) Information des Aufsichtsrats nur in notstandsähnlicher Lage ..	109
(3) Vermittelnde Auffassung	109
(4) Stellungnahme	110
d) Anzeigepflicht gegenüber Behörden und Dritten	112
6. Zwischenergebnis	112
II. Einbindung des Wirtschaftsanwalts in die Corporate Governance durch Mandatsniederlegungspflichten	113
1. Vertragliche und berufsrechtliche Pflicht zur Niederlegung des Mandats ..	113
2. Rechtsverletzung ohne Bezug zur Beratungsleistung	113
3. Rechtsverletzung mit Bezug zur Beratungsleistung	114
a) Meinung im Schrifttum	115
b) Rechtsprechung	115
c) Stellungnahme	117
4. Zwischenergebnis	117
D. Fehlsteuerungen durch Zielkonflikte und Fehlanreize	118
I. Veränderung des Marktumfelds und Wettbewerb	118
1. Der Wirtschaftsanwalt als projektbezogener Spezialist	119
2. Der Wirtschaftsanwalt als willfähriger Komplize	119
II. Vergütungsmodelle	120
III. Kognitive Verzerrungen	121
IV. Bewertung	122
E. Zwischenergebnis	122

Dritter Teil

Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber in den USA 124

A. Einführung	124
---------------------	-----

B. Kapitalmarktrechtliche Meldepflichten und Anzeigerechte für Rechtsanwälte	124
I. Wirtschaftsanwälte als Regelungssubjekt des Sarbanes-Oxley Acts	125
1. Rechtspolitischer Hintergrund und Gesetzgebungsverfahren	125
2. Regelungsgehalt der Norm	127
3. Normzweck	127
4. Implementierung durch die SEC	129
a) Standards of Professional Conduct for Attorneys gemäß 17 CFR § 205 . .	129
b) Grenzen des Ermessens	130
II. Persönlicher Anwendungsbereich des 17 CFR § 205	130
1. Rechtsanwaltseigenschaft	130
2. Anwaltliche Vertretung des Emittenten	131
a) Bestehen eines Mandatsverhältnisses	131
b) Emittenteneigenschaft im Sinne des Sarbanes-Oxley Acts	131
3. SEC-Bezug der anwaltlichen Tätigkeit	133
a) Vorgaben gemäß Section 307 SOX	133
b) Definition gemäß 17 CFR § 205.2(a)	133
c) Kritik der Anwaltschaft	134
4. Ausnahmen für ausländische Berufsträger	134
III. Interne Meldepflichten	134
1. Voraussetzungen des Meldetatbestands	134
a) Kenntnis meldepflichtbegründender Tatsachen	134
b) Erkennbarkeit der Rechtsverletzung	135
aa) Ursprünglicher Verordnungsentwurf	135
bb) Kritik der Anwaltschaft	135
cc) Finale Fassung der Verordnung	135
dd) Kritik der Literatur	136
ee) Stellungnahme	136
c) Sachlicher Anwendungsbereich	137
aa) Securities Law	137
bb) Fiduciary Duties	137
cc) Vergleichbare Vorschriften	138
dd) Materiality	138
2. Ausgestaltung des Meldeverfahrens	139
a) Erste Stufe: Meldung auf Arbeitsebene	139
b) Zweite Stufe: Meldung auf Ebene des obersten Leitungs- und Überwachungsorgans	140
aa) Angemessenheit der Reaktion des Managements	140
bb) Ermessen des Rechtsanwalts	141
cc) Umgehung des Managements	141

c) Alternatives Meldeverfahren	141
aa) Qualified Legal Compliance Committee	142
bb) Meldung an das QLCC	142
3. Ausnahmen von der Meldepflicht	143
4. Sanktionen	143
IV. Externes Anzeigerecht	144
1. Offenlegung in einem gegen den Rechtsanwalt gerichteten Verfahren	144
2. Freiwillige Anzeige des vermuteten Rechtsverstoßes bei der SEC	144
a) Voraussetzungen des Anzeigerechts gemäß 17 CFR § 205.3(d)(2)	144
b) Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses	145
V. Zwischenergebnis	146
C. Berufsrechtliche Meldepflichten und Anzeigerechte für Rechtsanwälte	147
I. Grundlagen zum anwaltlichen Berufsrecht in den USA	147
1. Regelungskompetenz	147
2. Historische Entwicklung der ABA Model Rules	148
3. Tradition tätigkeitsspezifischer Verhaltensstandards für Wirtschaftsanwälte	148
II. Interne Meldepflichten gemäß Rule 1.13	149
1. Entstehungsgeschichte	150
a) Task Force on Corporate Responsibility	150
b) Corporate-Governance-Funktion von Wirtschaftsanwälten	150
c) Grenzen der anwaltlichen Verantwortung	151
d) Implementierung der Empfehlungen	151
2. Regelungszweck	152
a) Informationsasymmetrien	152
b) Interessenkonflikte	152
c) Vertrauensverlust	153
3. Meldetatbestände gemäß Rule 1.13	154
a) Persönlicher Anwendungsbereich von Rule 1.13	154
b) Verdachtsmeldung gemäß Rule 1.13(b)	154
aa) Kenntnis einer Rechtsverletzung	154
bb) Bezug zum Mandatsgegenstand	155
cc) Ermessen	155
c) Meldung bei Kündigung oder Mandatsniederlegung	156
III. Externe Anzeigerechte gemäß Rule 1.13(c) und 1.6(b)	157
1. Anwaltliche Verschwiegenheit	157
a) Gesetzliche Verankerung	157
b) Zweck der Verschwiegenheitspflicht	158
c) Reichweite der Verschwiegenheitspflicht	158
d) Einschränkungen der Verschwiegenheitspflicht	158

2. Anzeigerecht gemäß Rule 1.13(c)	159
a) Regelungszweck	159
b) Rechtspolitische Diskussion	161
c) Voraussetzungen	161
3. Anzeigerecht gemäß Rule 1.6	162
a) Regelungszweck	163
b) Voraussetzungen und Rechtsfolgen	164
IV. Zwischenergebnis	165
D. Zwischenergebnis	165

Vierter Teil

Gesetzliche Anzeige- und Auskunftspflichten in Deutschland	167
A. Einführung	167
B. Anzeigepflichten	167
I. Interne Anzeigepflichten	168
1. Strafrechtliche Anzeigepflichten	168
a) Interne Anzeigepflicht aus Garantenstellung	168
aa) Garantenstellung des Compliance Beauftragten	168
bb) Garantenstellung aus Ingerenz	170
b) Anzeige geplanter Straftaten gemäß den §§ 138, 139 StGB	171
2. Berufsrechtliche Anzeigepflichten	172
a) § 11 BORA	172
b) § 43 BRAO	172
c) Zwischenergebnis	173
II. Externe Anzeigepflichten	174
1. Anzeige geplanter Straftaten, §§ 138, 139 StGB	174
2. Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung	174
a) Mandatsniederlegung bei fehlender Identifizierungsmöglichkeit	175
b) Meldepflicht gemäß § 43 Abs. 1 GwG	176
aa) Meldetatbestände gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1–3 GwG	176
bb) Rückausnahme gemäß § 43 Abs. 2 GwG	176
cc) Kritik der Anwaltschaft	178
dd) Stellungnahme	178
c) Identifizierungs- und Meldepflicht für Syndikusanwälte	178
3. Mitteilung von grenzüberschreitenden Steuergestaltungen	180
a) Sachlicher Anwendungsbereich	180
b) Persönlicher Anwendungsbereich	180
c) Kollision mit dem anwaltlichen Berufsgeheimnis	181

4. Berichterstattung durch den Compliance Officer	182
5. Geschäftsgeheimnisgesetz	183
6. Whistleblowing-Richtlinie und HinSchG	184
III. Zwischenergebnis	185
C. Auskunftspflichten gegenüber Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden	186
I. Auskunfts- und Vorlagepflicht bei Ermittlungen der BaFin	186
1. Auskunfts- und Vorlagepflicht gemäß § 44c Abs. 1 KWG	186
2. Rechtsprechung	187
a) Verwaltungsgericht Frankfurt am Main vom 14. Mai 2009	187
b) Verwaltungsgerichtshof Kassel vom 10. November 2010	187
c) Bundesverwaltungsgericht vom 13. Dezember 2012	188
d) Literaturstimmen	189
e) Stellungnahme	189
3. Übertragbarkeit der Rechtsprechung	190
4. Zwischenergebnis	190
II. Kein Beschlagnahmeschutz bei internen Untersuchungen	191
1. Streitstand	191
a) Herrschende Meinung	191
b) Andere Ansicht	192
2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	192
3. Folgen für die Praxis	192
III. Auskunftspflichten nach dem Geldwäschegesetz	193
D. Zwischenergebnis	194

Fünfter Teil

Rechtspolitische Diskussion zur Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber	196
A. Gründe für Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber	196
I. Effektive Aufklärung und Verfolgung von Straftaten	196
1. Reduzierung unternehmensinterner Informationsasymmetrien	197
2. Aufsichtsrechtliche Informationsbeschaffung	197
II. Das Rollenbild des Wirtschaftsanwalts als Anknüpfungspunkt	198
III. Fehlverhalten von Wirtschaftsanwälten am Beispiel Cum/Ex	199
1. Die Rolle von Wirtschaftsanwälten bei Cum/Ex-Geschäften	200
2. Rechtlich relevantes Fehlverhalten	200
a) Nichtanzeige gegenüber Ermittlungs- oder Aufsichtsbehörden	200
b) Fehlerhafte Beratung im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften	201
c) Beihilfe zur Steuerhinterziehung	202

3. Bewertung gemäß § 138d Abs. 1 AO	203
IV. Zwischenergebnis	204
B. Vereinbarkeit von Whistleblowing mit dem anwaltlichen Berufsbild	205
I. Historische Entwicklung des Anwaltsberufs in Deutschland	205
1. Die staatlich gebundene Anwaltschaft in Preußen	206
2. Die Freiheit der Advokatur	207
a) Reformbemühungen	207
b) Inhaltliche Forderungen	208
aa) Unabhängigkeit vom Staat	208
bb) Zulassungsfreiheit	209
c) Die Rechtsanwaltsordnung von 1878	210
3. NS-Zeit	210
4. Zwischenergebnis	211
II. Gegenwärtiges Berufsbild in Deutschland	211
1. Allgemeine Beschreibung des anwaltlichen Berufsbilds	211
2. Zugehörigkeit zur Rechtspflege	212
3. Organ der Rechtspflege	213
a) Rechtsprechung	213
b) Schrifttum	214
c) Spannungsfeld zwischen Rechtspflegefunktion und Interessenvertretung ..	215
d) Zwischenergebnis	216
4. Verfassungsmäßige Verankerung	217
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	217
b) Schrifttum	217
c) Rechtfertigung von Eingriffen	218
III. Zwischenergebnis	218
C. Verfassungsrechtliche Grenzen für Hinweisgeberpflichten von Rechtsanwälten	219
I. Schutzbereich der anwaltlichen Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG	220
1. Einheitlichkeit des Schutzbereichs	220
2. Grundsatz der anwaltlichen Unabhängigkeit	221
a) Gesetz	221
b) Rechtsprechung	222
aa) Bundesverfassungsgericht	222
bb) Bundesgerichtshof	223
c) Meinungsbild im Schrifttum	224
aa) Unabhängigkeit von staatlichen Interessen	224
bb) Politische Unabhängigkeit	226
d) Europarecht	226
aa) CCBE	226
bb) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	226

3. Das anwaltliche Berufsgeheimnis	227
a) Historischer Zusammenhang	227
b) Zweck und verfassungsmäßige Verankerung	228
aa) Individualschutz	229
bb) Funktionsschutz	229
cc) Verweigerungsrechte	229
dd) Verfassungsrechtliche Grundlagen	230
c) Sachlicher Anwendungsbereich und Grenzen des Berufsgeheimnisses	230
aa) Geheimnisschutz	230
bb) Ausnahmen	231
(1) Gesetzliche Ausnahmen	231
(2) Grundsätze über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen	231
d) Besonderheiten des Syndikusanwalts	233
e) Besonderheiten bei der Beratung von Kapitalgesellschaften	234
II. Eingriff und Rechtfertigung	235
1. Anzeigepflichten	236
a) Anzeigepflicht bei Gefahr einer strafbewehrten Schädigung Dritter	236
aa) Grundrechtseingriff	236
(1) Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit	237
(2) Gefährdung der anwaltlichen Verschwiegenheit	238
(3) Chilling Effect	238
(4) Besonderheit der Mandatsbeziehung	240
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	240
(1) Eingeschränkte Eignung	241
(2) Eingriffsintensität	242
b) Meldepflichten gemäß § 43 GwG und § 138d AO	242
aa) § 43 GwG	242
bb) § 138d AO	243
2. Auskunftspflichten	244
a) Grundrechtseingriff	244
b) Maßstab für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung	244
3. Interne Hinweisgeberpflichten gegenüber Leitungs- und Kontrollorganen	245
a) Grundrechtseingriff	245
aa) Loyalität gegenüber dem Vorstand	246
bb) Gefahr eines Interessenkonflikts	246
cc) Verletzung der Verschwiegenheit	247
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	247
aa) Schutz der Integrität der Wirtschaft und des Kapitalmarkts	248
bb) Kein Erfordernis gesetzlicher Pflichten	248

cc) Geringer Nutzen	249
dd) Wertende Betrachtung	250
4. Optionales Reporting-out	250
a) Schutz der Wirtschaft und des Kapitalmarkts als legitimer Zweck	250
b) Fehlender Anwendungsbereich der Regelung	251
c) Unangemessene Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit	251
III. Zwischenergebnis	252
Zusammenfassung	253
Anhang 1: Gesetzestexte	256
Anhang 2: Korrespondenz zum Geldwäschegegesetz	269
Literaturverzeichnis	271
Stichwortverzeichnis	291

Abkürzungsverzeichnis*

ABA	American Bar Association
Ann. Am. Acad. Pol. Soc. Sci.	The Annals of the American Academy of Political and Social Science
ArbeitsR	Arbeitsrecht
Ass'n	Association
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BankR	Bankrecht
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Elektronische Entscheidungsdatenbank in beck-online
börs.	börsennotiert
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
Buff. Crim. L. Rev.	Buffalo Criminal Law Review
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Bus. Law.	Business Lawyer
Case W. Rsrv. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
CEO	Chief Executive Officer
CFR	Code of Federal Regulations
Charlotte L. Rev.	Charlotte Law Review
Cir.	Circuit (United States of Appeals)
Co.	Company
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cong. Rec.	Congressional Record
Conn. Law Rev.	Connecticut Law Review
Corp.	Corporation
CRD	Capital Requirements Directive
DAC 6	Directive on Administrative Cooperation 6
D.D.C.	The United States District Court for the District of Columbia
Drake L. Rev.	Drake Law Review
EPRS	European Parliamentary Research Service
FATF	Financial Action Task Force
Fed. Reg.	Federal Register
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
FISG	Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz
FIU	Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
F.R.D.	Federal Rules Decisions

* In diesem Abkürzungsverzeichnis sind nur solche Abkürzungen aufgeführt, die nicht in Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage, Berlin/Boston 2021 sowie in Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 28. Auflage, Berlin 2020 enthalten sind.

F. Supp.	Federal Supplement
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
Geo. Wash. L. Rev.	The George Washington Law Review
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HinSchG	Hinweisgeberschutzgesetz
H.r.	Bill originating in the House of Representatives
J. Corp. Finance	Journal of Corporate Finance
J. Fin. Econ	Journal of Financial Economics
J. Law Econ. Organ.	Journal of Law and Economics and Organization
JPE	Journal of Political Economy
KK	Karlsruher Kommentar
Ky. L. J.	Kentucky Law Journal
LobbyRG	Lobbyregistergesetz
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mich. St. L. Rev.	Michigan State Law Review
MoPeG	Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
MüKo	Münchener Kommentar
No.	Number
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
Penn St. L. Rev.	Penn State Law Review
PwC	PricewaterhouseCoopers
QLCC	Qualified Legal Compliance Committee
Quinnipiac L. Rev.	Quinnipiac Law Review
S.D.N.Y.	United States District Court of the Southern District of New York
SEC	United States Securities and Exchange Commission
SOX	Sarbanes-Oxley Act of 2002
SPE	Special Purpose Entity
StaRUG	Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz
StrafR	Strafrecht
US	United States
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
U.S. G.P.O.	United States Government Publishing Office
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VerSanG	Verbandsanktionsgesetz
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WirtschaftsR	Wirtschaftsrecht
WiStrafR	Wirtschaftsstrafrecht
ZAG	Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz

Einleitung

A. Gegenstand, Anlass und Ziel der Untersuchung

Das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant ist notwendige Voraussetzung für die anwaltliche Berufsausübung und genießt daher besonderen Schutz. Die gesetzlich verankerte Unabhängigkeit und Verschwiegenheit des Rechtsanwalts stellen sicher, dass sich der Rechtsuchende vertrauensvoll an einen Rechtsanwalt zur rechtlichen Beratung und Interessenvertretung wenden kann. Diese Grundpfeiler des anwaltlichen Berufsbilds geraten durch die vermehrte Inanspruchnahme von wirtschaftsberatenden Anwälten als Informationsquelle zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität zunehmend in Bedrängnis. Deutlich sichtbar wird diese Entwicklung bei der Geldwäschebekämpfung und Fiskalaufsicht sowie im Bankenaufsichtsrecht. In diesen Bereichen gehört es zur Realität der anwaltlichen Berufsausübung, dass unter bestimmten Umständen Berufsgeheimnisse an Behörden weiterzugeben sind. Aus rechtspolitischer Sicht mag es dafür gute Gründe geben. Die anwaltliche Unabhängigkeit und der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses drohen indes durch die Einbindung der Wirtschaftsanwälte in die Gefahrenabwehr zu erodieren.

In einer globalisierten Wirtschaft mit komplexen regulatorischen Anforderungen für Unternehmen und Investoren nimmt der Wirtschaftsanwalt eine wichtige Rolle ein. Er liefert der Geschäftsleitung und anderen Entscheidungsträgern die rechtlichen Grundlagen für unternehmerische Maßnahmen und unterstützt mit seinem Fachwissen bei der Strukturierung und Umsetzung. Damit erfüllt der Wirtschaftsanwalt die ihm als Rechtsanwalt durch § 3 Abs. 1 BRAO zugewiesene Funktion des berufenen und unabhängigen Beraters und Vertreters in allen Rechtsangelegenheiten. Indem er den Unternehmen den Zugang zum Recht ermöglicht und rechtlichen Auseinandersetzungen vorbeugt, leistet er einen wesentlichen Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Gleichzeitig erlangt er bei seiner Tätigkeit vertrauliche Informationen über Vorgänge in Unternehmen, die im Falle von Rechtsverletzungen zur Aufklärung oder Verhinderung von größeren Schäden nutzbar gemacht werden können.

Die Kernargumente für die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Informationsquelle stützen sich auf die dadurch bedingten komparativen Informationsvorteile. Zum einen erwartet man eine Verbesserung der Aufdeckungsquote im Bereich der Wirtschaftskriminalität und zum anderen sollen die Informationsdefizite der gesellschaftsinternen Überwachungsorgane reduziert werden. Ohne den Zugriff auf spezifisches Insiderwissen ist Wirtschaftskriminalität von den Kontrollorganen

des Unternehmens oder den Ermittlungsbehörden nur schwer als solche zu erkennen. Aufgedeckt wird sie meistens nur durch Zufälle oder Hinweise von Insidern. Der durch Wirtschaftskriminalität verursachte gesamtgesellschaftliche Schaden ist indes gewaltig. Zudem haben öffentlichkeitswirksame Fälle schwerwiegender Wirtschaftskriminalität das Vertrauen der Bürger und Anleger in die Integrität der Wirtschaft und des Kapitalmarkts in den letzten Jahren immer wieder erschüttert.¹ Aus rechtspolitischer Sicht bestehen daher gute Gründe, auf das Insiderwissen von Mitarbeitern, Finanzdienstleistern, Steuerberatern, Notaren oder Rechtsanwälten zuzugreifen.

Auch der Blick ins Ausland, insbesondere in die USA zeigt, dass die Einbindung von Wirtschaftsanwälten in Whistleblowingsysteme keinen Tabubruch darstellt. Mit dem Sarbanes-Oxley Act (SOX)² hat der US-Gesetzgeber im Jahr 2002 die Securities and Exchange Commission (SEC) ermächtigt, tätigkeitsspezifische Kontroll- und Berichtspflichten für kapitalmarktrechtlich beratende Wirtschaftsanwälte zu schaffen. Im Kern handelt es sich um unternehmensinterne Hinweispflichten für Wirtschaftsanwälte, die Grund zu der Annahme haben, dass Mitarbeiter oder Organmitglieder der beratenen Gesellschaft Rechtsverletzungen begangen haben oder begehen werden. Darüber hinaus erlaubt die Verordnung als letztes Mittel zur Abwendung schwerwiegender Schäden eine Verdachtsanzeige gegenüber Behörden.

Hierzulande gibt es keinen vergleichbaren ganzheitlichen Ansatz. Relevante Berichts- und Offenlegungspflichten für Wirtschaftsanwälte gibt es lediglich vereinzelt, insbesondere in den Bereichen der Geldwäschebekämpfung und Fiskalaufsicht sowie im Bankenaufsichtsrecht. Im Schriftum werden diese Vorschriften zum Teil scharf kritisiert. Die Kritiker argumentieren, dass bei einer gesetzlichen Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber stets die Gefahr bestehe, dass die anwaltliche Unabhängigkeit und das anwaltliche Berufsgeheimnis als unverzichtbare Grundwerte der Anwaltschaft beeinträchtigt und damit das verfassungsrechtlich geschützte Berufsbild des Rechtsanwalts als loyaler und verschwiegener Berater und Vertreter seines Mandanten nachhaltig verändert wird. Andere befürworten dagegen eine stärkere Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten und plädieren für eine Einbindung von Wirtschaftsanwälten in das System der Corporate Governance nach US-amerikanischem Vorbild. Der gesamten Debatte liegt dabei die Frage zugrunde, ob und, wenn ja, bis zu welchem Punkt die anwaltliche Unabhängigkeit und der Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit durch staatliche Eingriffe zum Schutz wichtiger Gemeinwohlbelange zurückgedrängt werden dürfen, ohne dass das anwaltliche Berufsbild in seinem Wesenskern berührt wird.

¹ Insolvenz der Wirecard AG (2020); Cum/Ex-Geschäfte (2001–2016); Dieselskandal bei Volkswagen AG u.a. (2015); Anlagebetrug durch Wölbern Invest (2013); Korruptionsaffäre bei Siemens AG (2006).

² Sarbanes-Oxley Act of 2002: Conference Report (to Accompany H.r. 3763). Washington, D.C.: U.S. G.P.O., 2002.

Diese Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, zu dieser bereits im Gang befindlichen berufspolitischen Diskussion einen Beitrag zu leisten. Ihren Schwerpunkt legt die Untersuchung auf die in Deutschland bestehenden berufsrechtlichen und außerberufsrechtlichen Regelungsansätze und Pflichten zur Verhinderung und Aufklärung von Wirtschaftsstraftaten für unternehmensberatende Anwälte und deren Implikationen für das verfassungsrechtlich geschützte Berufsbild des Rechtsanwalts. Eine wichtige Rolle spielt dabei der durch die Rechtsprechung entwickelte zivilrechtliche Pflichtenkatalog des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten und die sich daraus ergebenden Hinweis- und Warnpflichten. Darüber hinaus soll die in der Literatur diskutierte Möglichkeit einer Rezeption der US-amerikanischen Verhaltensstandards für Wirtschaftsanwälte zur Verbesserung der Corporate Governance vor dem Hintergrund der zu befürchtenden Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit kritisch hinterfragt werden. Dabei wird untersucht, ob und inwieweit sich die staatliche Inanspruchnahme der Anwaltschaft als interne und externe Hinweisgeber zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität eignet und mit dem auf dem rechtsstaatlichen Verständnis einer freien Advokatur basierenden Berufsbild des Rechtsanwalts vereinbaren lässt.

B. Einführung durch exemplarische Falldarstellungen

I. Enron

Die Insolvenz des amerikanischen Energieunternehmens Enron ist eine der größten Insolvenzen der US-amerikanischen Geschichte.³ Sie war zusammen mit der Worldcom-Insolvenz⁴ und weiteren Unternehmensskandalen um die Jahrtausendwende Auslöser einer bis heute andauernden internationalen Corporate-Governance-Debatte.

Die Insolvenz von Enron hatte nicht nur unmittelbare Auswirkungen auf die betroffenen Arbeitnehmer und Anleger, sondern erschütterte das Vertrauen der Bürger in die Integrität der US-amerikanischen Wirtschaft und den Kapitalmarkt. Im Rahmen der Aufarbeitung der Insolvenz wurde aufgedeckt, dass das Management durch unlautere Bilanzierungspraktiken, insbesondere durch die Auslagerung von Verbindlichkeiten auf Zweckgesellschaften, die tatsächliche finanzielle Schieflage des Unternehmens verschleiert hatte.

Der Untersuchungsbericht des gerichtlich bestellten Insolvenzprüfers stellte fest, dass sowohl externe als auch interne Rechtsanwälte auf unterschiedlichste Weise an den unlauteren Bilanzierungspraktiken einschließlich der damit zusammenhängenden Transaktionen beteiligt gewesen sind. Die internen Juristen des Unterneh-

³ Zum Ganzen *Batson, Court-Appointed Examiner, Final Report, In re: Enron Corporation (November 2003); Peemöller, Bilanzskandale, S. 29 ff.*

⁴ *Peemöller, Bilanzskandale, S. 39 ff.*

mens hätten versäumt, das Unternehmen in gebotener Weise über Transparenz- und Publizitätspflichten bei Transaktionen mit nahestehenden Personen oder verbundenen Unternehmen aufzuklären und zu beraten. Außerdem seien weder das Board of Directors als Gesamtorgan noch seine Ausschüsse ausreichend über bestehende rechtliche Risiken aufgeklärt worden. Zudem gebe es Hinweise, dass einzelne Unternehmensjuristen die betroffenen Mitglieder des Managements bei der Durchführung rechtswidriger Transaktionen bewusst unterstützt hätten.

Das vermeintliche Kontrollversagen der beteiligten Rechtsanwälte war in den USA unter anderem Auslöser für die Verschärfung des anwaltlichen Berufs- und Standesrechts im Rahmen der Gesetzesreform durch den Sarbanes-Oxley Act.

II. Cum/Ex

Der Cum/Ex-Skandal ist der wohl größte Steuerskandal der deutschen Geschichte. Laut Medienberichten ist von einem Gesamtschaden für den deutschen Fiskus im Milliardenbereich auszugehen.⁵ Die sogenannten Cum/Ex-Geschäfte basieren auf Leerverkäufen von Aktien rund um den Dividendenstichtag, die vereinfacht wie folgt abgelaufen sind. Vor dem Dividendenstichtag kaufte eine Partei von der anderen Aktien mit Dividendenanspruch („cum“). Geliefert wurden die Aktien erst nach dem Dividendenstichtag ohne Dividendenanspruch („ex“), wobei der Verkäufer als Ausgleich für den fehlenden Dividendenanspruch eine Kompensationszahlung an den Käufer leistete. Im Zusammenhang mit der Kompensationszahlung stellte die Depotbank regelmäßig eine Kapitalertragsteuerbescheinigung aus, obwohl für den gezahlten Ausgleichsbetrag tatsächlich keine Kapitalertragsteuer abgeführt wurde.

Der Käufer konnte auf diese Weise eine unrechtmäßige Erstattung der Kapitalertragsteuer beantragen. Rechtlich begründet wurde der Erstattungsanspruch damit, dass der Käufer bereits zum Dividendenstichtag steuerrechtlich als Aktionär angesehen werden müsse. Auf diese Weise wurde die durch die ausschüttende Aktiengesellschaft nur einmal einbehaltene und abgeföhrte Kapitalertragsteuer doppelt, nämlich dem Inhaber der Aktien zum Stichtag einerseits und dem Leerkäufer andererseits, angerechnet oder erstattet.⁶ Berechtigt ist indes ausschließlich der zivilrechtliche Aktieneigentümer zum Dividendenstichtag, nicht aber der Käufer bei einem Cum/Ex-Geschäft.

⁵ Spengel, Wirtschaftsdienst 97 (2017), 454 (454); zum Ganzen Finanzwende e.V., CumEx – Ein nicht enden wollender Skandal, 17.08.2022, abrufbar unter <https://www.finanzwende.de/themen/cumex/> (zuletzt abgerufen am 08.04.2023).

⁶ Zum Ganzen Florstedt, in: Ellenberger/Bunte, BankR-Hdb, Band 1, 6. Aufl., § 96 Rn. 41 ff.; Spengel, Wirtschaftsdienst, 97 (2017), 454 (454 f.); Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785 (785 ff.).

Die beteiligten Berater betrieben großen Aufwand, um durch rechtliche Gutachten zu belegen, dass der Leerkäufer bereits zum Dividendenstichtag steuerrechtlich als Aktionär angesehen werden müsse und die Erstattung der (nicht abgeföhrten) Kapitalertragsteuer daher rechtmäßig gewesen sei. Der Bundesgerichtshof hat mittlerweile klargestellt, dass diese Auffassung jeglicher Grundlage entbehre. Nach Ansicht des Gerichts erfüllt die Beantragung einer Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften den Tatbestand der Steuerhinterziehung und des Betrugs.⁷ Im Rahmen der Aufarbeitung des Cum/Ex-Skandals ist auch die Rolle von Wirtschaftskanzleien oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in den Fokus gerückt.⁸ Nach dem Bericht des Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages wären diese Geschäfte ohne die gewerbsmäßige Bereitstellung von steuerlichen Gutachten durch namhafte Wirtschaftskanzleien oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften nicht möglich gewesen. Der Untersuchungsausschuss kommt zu dem Schluss, dass die Berater auf diese Weise kriminellen Netzwerken Hilfe geleistet und dabei erhebliche eigene finanzielle Vorteile erlangt hätten.⁹

Inwieweit das Verhalten der Beteiligten tatsächlich pflichtwidrig bzw. strafbar war, ist Gegenstand laufender Verfahren und muss im Einzelnen durch die Gerichte geklärt werden. Im Sommer 2022 begann die Hauptverhandlung vor dem Landgericht Wiesbaden (Az. 6 KJs – 1111 Js 18753/21) gegen einen Steuerrechtsanwalt, der aufgrund seiner Verwicklungen als „Schlüsselfigur“ im gesamten Cum/Ex-Komplex gesehen wird.¹⁰ In einem anderen Prozess wurde derselbe Anwalt im Dezember 2022 vom Landgericht Bonn in erster Instanz im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften wegen Steuerhinterziehung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt (Az. 62 KJs 2/20). Zudem sind zwei ehemalige Partner einer namhaften internationalen Wirtschaftskanzlei vor dem Landgericht Frankfurt am Main wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung angeklagt.¹¹ Gleichzeitig hat sich dieselbe Kanzlei in einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung mit einer der durch die Kanzlei beratenen Banken, die aufgrund der Steuerrückforderungen in Schieflage geraten war, gegen Zahlung eines Betrags von 50 Millionen Euro außergerichtlich verglichen.¹²

⁷ BGH, Urt. v. 28.07.2021 – 1 StR 519/20, BGHSt 66, 182 = NStZ 2022, 176; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 09.03.2021 – 2 Ws 132/20, NZWiSt 2021, 229.

⁸ Iwersen/Votsmeier, Deutlich mehr Banken involviert: Die geheime Cum-Ex-Kundenliste von Freshfields, in: handelsblatt.com, 19.01.2022, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/cum-ex-steuerskandal-deutlich-mehr-banken-involviert-die-geheime-cum-ex-kundenliste-von-freshfields/27985726.html> (zuletzt abgerufen am 29.09.2022).

⁹ BT-Drucks. 18/12700, Abschlussbericht des Cum/Ex-Ausschusses (2017), S. 346 ff.

¹⁰ Vgl. Meldung der beck-aktuell-Redaktion v. 07.03.2022, becklink 2022448.

¹¹ LG Frankfurt am Main, Beschl. v. 26.03.2021 – Az. 5/24 KJs 17/19, BeckRS 2021, 19841.

¹² Reuters.com, Großkanzlei Freshfields droht im Cum-Ex-Skandal Millionenbuße, 17.01.2020, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/article/deutschland-cum-ex-freshfields-idDEKBN1ZG1MO> (zuletzt abgerufen am 29.09.2022).

III. Wölbern Invest

Im Jahr 2013 wurde bekannt, dass die Vermögensverwaltungsgesellschaft Wölbern Invest AG über mehrere Jahre hinweg Anlegergelder in dreistelliger Millionenhöhe veruntreut hat, indem Fondsgelder zweckwidrig verwendet wurden. Die Veruntreuung ist nach den Ausführungen des Landgerichts Hamburg aufgrund eines umfangreichen Vertragswerks, das der verantwortliche Fondsmanager mit seinen rechtlichen Beratern zur Verdunkelung geschaffen habe, zunächst unentdeckt geblieben.¹³ Die beiden beteiligten Rechtsanwälte wurden jeweils wegen Beihilfe zum Betrug angeklagt, wobei es bis heute zu keiner Verurteilung gekommen ist, sodass die Unschuldsvermutung gilt. Unabhängig von der strafrechtlichen Bewertung des Falles legen die Fakten des Falles zumindest nahe, dass durch die Mitwirkung hochspezialisierter Anwälte ein System geschaffen werden konnte, das die Veruntreuung von Anlegergeldern über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren ermöglicht hat. Dies wurde durch das Landgericht Hamburg bestätigt, das in einem Grundurteil aus dem Jahr 2022 die betroffene Rechtsanwaltskanzlei zum Schadensersatz verurteilt hat.¹⁴ Die Urteilsgründe lagen zum Redaktionsschluss dieser Arbeit noch nicht vor.

IV. Wirecard

Mit der Insolvenz der Wirecard AG im Jahr 2020 hat auch Deutschland einen Bilanzskandal¹⁵ vergleichbar zu Enron¹⁶ oder Parmalat¹⁷, der die Corporate-Governance-Debatte hierzulande neu belebt hat.¹⁸ Die juristische Aufklärung des Skandals ist noch nicht abgeschlossen. Es steht der Vorwurf im Raum, dass das

¹³ Zum Ganzen LG Hamburg, Urt. v. 20.04.2015 – 630 KLS 1/14, BeckRS.

¹⁴ LG Hamburg, Az. 327 O 637/14, zitiert von Naumann, Beraterhaftung. Bird & Bird muss Wölbern-Fonds entschädigen, in: juve.de, 26.08.2022, abrufbar unter: <https://www.juve.de/verfahren/bird-bird-muss-woelbern-fonds-entschaedigen/> (zuletzt abgerufen am 29.09.2022); Rottwilm, Wölbern-Fonds fordern Millionen-Schadensersatz. Mammutklage gegen internationale Kanzlei Bird & Bird, in: manager-magazin.de, 22.01.2015, abrufbar unter: <https://www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/bird-bird-woelbern-fonds-fordern-millionen-schadensersatz-a-1013460.html> (zuletzt abgerufen am 29.09.2022).

¹⁵ Vgl. hierzu Bartz/Hesse, Wirecard-Chronik: Der Skandal des Jahres, in: spiegel.de, 31.12.2020, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/wirecard-chronik-der-skandal-des-jahres-a-00000000-0002-0001-0000-000174196875> (zuletzt abgerufen am 29.09.2022); Strenger, Wirtschaftskrimi des Jahres: Der Skandal um Wirecard, in: handelsblatt.com, 28.12.2020, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/wirtschaftskrimi-des-jahres-eine-schmerzhafte-lektion-die-lehren-aus-dem-fall-wirecard/26716394.html> (zuletzt abgerufen am 29.09.2022).

¹⁶ Peemöller, Bilanzskandale, S. 29 ff.

¹⁷ Peemöller, Bilanzskandale, S. 71 ff.

¹⁸ Vgl. Langenbucher/Leuz/Krahnen/Pelizzon, What are the wider supervisory implications of the Wirecard case?; Schäfer, Wirtschaftsdienst, 100 (2020), 562.

Management des Konzerns durch Scheinbuchungen die Bilanz des Unternehmens massiv manipuliert und damit Anleger, Gläubiger und Aufsichtsbehörden über die tatsächlichen finanziellen Verhältnisse des Unternehmens über Jahre getäuscht hat.¹⁹ Nachdem im Jahr 2019 die Financial Times diverse Berichte zu Unregelmäßigkeiten in der Finanzberichterstattung der Wirecard AG veröffentlicht hat²⁰ und in dieser Sache eine Sonderprüfung durchgeführt worden ist, verweigerten die Abschlussprüfer im Jahr 2020 die Erteilung des Testats für den Jahresabschluss des Geschäftsjahrs 2019. Als Grund hierfür wird angegeben, dass die Existenz von Barmitteln in Milliardenhöhe nicht belegt werden konnte. Nachdem sich herausstellte, dass die vermeintlich auf ausländischen Treuhandkonten gebuchten Beträge tatsächlich nicht existierten, geriet der Konzern in die Insolvenz.

Der Fall Wirecard löste eine politische Diskussion über die Versäumnisse und Verantwortlichkeiten der beteiligten Prüfer, Berater und Aufsichtsbehörden aus, wobei insbesondere dem langjährigen Abschlussprüfer vorgeworfen wurde, den Betrug nicht rechtzeitig erkannt zu haben.²¹ Der Gesetzgeber hat umgehend reagiert und insbesondere Schwächen bei der Bilanzkontrolle, Regulierung der Abschlussprüfung und Aufsichtsstrukturen sowie Befugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ausgemacht, die mit dem Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG)²² behoben werden sollten. Ziel des Gesetzes ist es, das Vertrauen in den deutschen Finanzplatz wiederherzustellen und dauerhaft zu stärken.²³ Inwieweit Wirtschaftsanwälte an dem Betrug beteiligt gewesen sind oder vermeintlich weggesehen haben, ist nicht bekannt. Der Fall zeigt jedoch, dass auch in Deutschland schwerwiegende Fälle von Bilanzmanipulation bei börsennotierten Unternehmen vorkommen, die das Vertrauen der Anleger in den Finanzplatz Deutschland beeinträchtigen. Die Insolvenz der Wirecard AG ist ein drastisches Beispiel für das Versagen der Corporate Governance auf allen Ebenen, einschließlich der beteiligten Berater.

V. Adler Group

Ein weiterer Fall schweren Corporate-Governance-Versagens zeichnet sich bei der Adler Group S.A. ab, die mit einem Bestand von mehr als 50.000 Mieteinheiten

¹⁹ Zum Ganzen: Bericht des Wirecard-Untersuchungsausschusses, BT-Drucks. 19/30900.

²⁰ McCrum/Palma, Senior Wirecard executives approved transactions in fraud probe, in: ft.com, 21.03.2019, abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/24d958b6-4afe-11e9-bbc9-6917dce3dc62> (zuletzt abgerufen am 29.09.2022).

²¹ Bericht des Wirecard-Untersuchungsausschusses, BT-Drucks. 19/30900, S. 1573 f.

²² Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität v. 03.06.2021 (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz), BGBl. 2021 I S. 1534.

²³ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität, BT-Drucks. 19/26966, S. 55 f.

im Jahr 2020²⁴ zu einem der größten deutschen Immobilienunternehmen zählte. Es steht der Vorwurf im Raum, dass die Kapitalmärkte über Jahre hinweg über den wahren Zustand der Adler Group getäuscht worden seien. Im Mittelpunkt stehen dabei mutmaßliche Überbewertungen der Liegenschaften in der Handelsbilanz des Unternehmens sowie diverse Scheingeschäfte mit nahestehenden Personen, die dazu gedient haben sollen, die tatsächliche Verschuldungsquote des Unternehmens zu verschleieren.²⁵

Ähnlich dem Fall Wirecard kamen die Verdachtsmeldungen zunächst aus der Presse und von einzelnen Kapitalmarktteilnehmern bis schließlich die Abschlussprüfer, die den Konzernabschluss und zusammengefassten Lagebericht der ADLER Real Estate AG²⁶ für das Geschäftsjahr 2021 zu prüfen hatten, die Erteilung des Testats mit dem Hinweis versagten, dass sich Erkenntnisse ergeben hätten, die auf das Vorliegen von Geschäften mit nahestehenden Personen und Unternehmen hindeuten, die nicht entsprechend IAS 24 offengelegt wurden. Zudem habe die Gesellschaft keine vollumfängliche Einsicht in den angeforderten E-Mailverkehr zur Aufklärung der Umstände gewährt.²⁷ Vergleichbare Unregelmäßigkeiten hat die BaFin auch für den Konzernabschluss 2019 bestätigt, den sie gegenwärtig neben den Konzernabschlüssen für die Jahre 2020 und 2021 im Rahmen einer Bilanzkontrolle überprüft.²⁸ Entsprechend weist die ADLER Real Estate AG in einer Studie zur Qualität der Corporate-Governance-Berichterstattung in Deutschland aus dem Jahr 2023 den niedrigsten Wert von allen untersuchten Unternehmen auf.²⁹

Bei den vermeintlichen Scheingeschäften handelt es sich um Veräußerungen von Immobilienportfolios zu Kaufpreisen im dreistelligen Millionenbereich. Derartige Transaktionen werden typischerweise durch eine Vielzahl von Rechts-, Steuer- und Finanzberatern begleitet. Es ist nicht bekannt, ob aus dem Kreis der beteiligten Berater Bedenken gegen die Zulässigkeit der Transaktionen geäußert wurden. Sollten die Vorwürfe bestätigt werden, steht die Frage im Raum, wieso die Scheingeschäfte durchgeführt und zur Täuschung des Kapitalmarkts genutzt werden

²⁴ ADLER Real Estate AG, Geschäftsbericht 2021, S. 2.

²⁵ Zum Ganzen: *Bergemann*, Aufstieg und Absturz der Adler Group, in: wiwo.de, 01.07.2022, abrufbar unter: https://www.wiso-net.de/document/WWON_8e63e25d77ce02694bcbdea82430bc0d3b3229be (zuletzt abgerufen am 18.05.2023).

²⁶ Gemäß Stimmrechtsmitteilung v. 19.04.2023 hielt die Adler Group S.A. am 13.04.2023 insgesamt 96,90 % der Stimmrechte an der ADLER Real Estate AG (einschließlich zugerechneter Stimmrechte gemäß § 34 WpHG).

²⁷ ADLER Real Estate AG, Geschäftsbericht 2021, Versagungsvermerk des unabhängigen Abschlussprüfers, S. 207 f.

²⁸ Pressemitteilung der BaFin v. 17.11.2022, ADLER Real Estate AG: BaFin stellt weitere Rechnungslegungsfehler im Abschluss 2019 fest, abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2022/pm_2022_11_16_ADLER_Real_Estate.html (zuletzt abgerufen am 18.05.2023).

²⁹ *Quick/Gauch/Heinze*, DB 2023, 913 (914).

konnten, ohne dass die beteiligten Berater dies verhindert oder für Transparenz gesorgt haben.

VI. Schlussfolgerung

Die anekdotischen Fallbeispiele führen vor Augen, dass Wirtschaftsanwälte bei ihrer beruflichen Tätigkeit in Situationen geraten können, in denen sie entweder Kenntnis von Fehlverhalten und Missständen in Unternehmen erlangen oder ihre Beratungsleistung zur Begehung von Rechtsverletzungen ausgenutzt wird. Wie sich ein Rechtsanwalt in einer solchen Situation verhalten muss oder sollte und wie seine Rolle im Gesamtkontext der Whistleblowingdebatte zu bewerten ist, ist Gegenstand der weiteren Untersuchung. Fraglich ist dabei insbesondere, ob das anwaltliche Berufsbild eine Inanspruchnahme des Rechtsanwalts zur Verhinderung oder Aufklärung von Fehlverhalten in Unternehmen überhaupt zulässt und inwieweit solche Fälle durch anwaltliche Hinweisgeberpflichten hätten verhindert werden können.

C. Stand der Debatte

I. Rechtspolitische Erwägungen in den USA

Die Debatte über die Verantwortung von Rechtsanwälten zur Verhinderung und Aufklärung von unternehmensbezogenen Missständen reicht in den USA bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts zurück. Bereits 1905 hat Brandeis in einer Rede vor der Harvard Ethical Society die These aufgeworfen, dass sich die führenden Anwälte des Landes von der Wirtschaft haben vereinnahmen lassen und nicht mehr in der Lage seien, im Sinne einer verantwortungsvollen Rechtpflege das Gemeinwohl zu sichern:

„Instead of holding a position of independence, between the wealthy and the people, prepared to curb the excesses of either, able lawyers have, to a large extent, allowed themselves to become adjuncts of great corporations and have neglected the obligation to use their powers for the protection of the people.“³⁰

1. Savings-and-Loan-Krise

Im Nachgang der Savings-and-Loan-Krise, die in den 1980er-Jahren in den USA zum Zusammenbruch diverser Savings and Loan Associations (vergleichbar mit Bausparkassen) führte, wurde die These von Brandeis wieder aktuell. Bei der Aufarbeitung ging es unter anderem um die Bilanzierungsmethoden der betroffenen Finanzinstitute. Im Fokus standen komplexe (Schein-)Transaktionen, deren Zweck

³⁰ Brandeis, The Opportunity of the Law, S. 12.

ausschließlich darin bestand, die bilanzielle Situation der in Schieflage geratenen Finanzinstitute unter Verstoß gegen geltende Bilanzierungsstandards zu verschleieren. Bei der rechtlichen Aufarbeitung der Insolvenz der Lincolns Savings and Loan Association hat Richter Sporkin in einer oft zitierten Urteilsbegründung die Untätigkeit der zahlreichen externen Berater, die das Management der Bank zur Planung und Durchführung der in Rede stehenden Transaktionen hinzugezogen habe, scharf kritisiert:

„Where were these professionals, a number of whom are now asserting their rights under the Fifth Amendment, when these clearly improper transactions were being consummated? Why didn't any of them speak up or disassociate themselves from the transactions? Where also were the outside accountants and attorneys when these transactions were effectuated? What is difficult to understand is that with all the professional talent involved (both accounting and legal), why at least one professional would not have blown the whistle to stop the overreaching that took place in this case.“³¹

Nennenswerte Konsequenzen in Form einer stärkeren Regulierung haben sich für die kritisierten Wirtschaftsanwälte zu dieser Zeit indes (noch) nicht ergeben.

2. Sarbanes-Oxley Act

Ein Paradigmenwechsel in der US-amerikanischen Debatte über die Verantwortlichkeit von Rechtsanwälten in der Corporate Governance vollzog sich erst im Nachgang zu den schwerwiegenden Bilanzmanipulationsskandalen um Enron und andere börsennotierte Unternehmen kurz nach der Jahrtausendwende. In einer Senatsdebatte zum Sarbanes-Oxley Act, der als großes Reformgesetz die damals zutage getretenen Schwächen im System der Corporate Governance US-amerikanischer Unternehmen austarieren sollte, hat Senator Corzine seine Erfahrungen aus seiner Zeit als leitender Mitarbeiter und Vorstandsvorsitzender einer führenden Investmentbank hinsichtlich der Rolle von Rechtsanwälten im Zusammenhang mit Fehlverhalten in drastischen Worten wie folgt zusammengefasst:

„[W]hen executives and accountants have been engaged in wrongdoing, there have been some other folks at the scene of the crime—and generally they are lawyers.“³²

a) Meinungsbild im Schrifttum

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde deutlich artikuliert, dass sich erneut gezeigt habe, dass die beteiligten Rechtsanwälte und Berater nicht eingeschritten sind, obwohl die (Bilanz-)Manipulationen für jeden gewissenhaften Rechtsanwalt oder Wirtschaftsprüfer hätten erkennbar sein müssen.³³ Befürworter

³¹ U.S. District Court of the District Columbia, Lincoln Savings & Loan Ass'n v. Wall, 743 F. Supp. 901, 920 (D.D.C. 1990).

³² 148 Cong. Rec. S6556 (July 10, 2002).

³³ Koniak, 103 Colum. L. Rev. 1236, 1237–43 (2003).

einer stärkeren Inanspruchnahme der Anwaltschaft argumentieren deshalb, der Anwalt einer börsennotierten Gesellschaft sei in erster Linie dem Recht und der Gerechtigkeit sowie dem Unternehmen, den Anlegern und dem Gemeinwohl verpflichtet und habe deshalb die Aufgabe und Pflicht, Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen zu verhindern und, wenn dies nicht möglich ist, gegenüber Behörden anzuseigen. Das Gemeinwohl und das Wohl des Unternehmens seien im Konfliktfall höher zu bewerten als die Loyalität und Vertraulichkeit zwischen dem Rechtsanwalt und den Mitgliedern der Leitungsorgane der Gesellschaft.³⁴ Kritiker vertreten dagegen die Ansicht, dass die Rolle des Anwalts im Unterschied zum Wirtschaftsprüfer keine Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit vorsehe. Der Anwalt habe die Unternehmensleitung als loyaler Berater in der Umsetzung ihrer wirtschaftlichen Ziele zu unterstützen. Er dürfe zwar nicht an Rechtsverstößen mitwirken, habe aber auch nicht die Aufgabe und Pflicht, die Begehung von Rechtsverletzungen zu verhindern oder zu melden. Jede Form der Illoyalität gefährde das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Unternehmensleitung, das aber im Interesse des Unternehmens und eines funktionierenden Rechtspflegesystems zu schützen ist.³⁵

b) Gesetzgebung

Der US-Bundesgesetzgeber hat sich mit dem Sarbanes-Oxley Act den Befürwortern einer stärkeren Einbindung der Anwaltschaft in das System der Corporate Governance durch gemeinwohlorientierte Verhaltensstandards angeschlossen und die SEC zur Implementierung entsprechender Mindestsorgfaltspflichten ermächtigt. Gleichzeitig hat die American Bar Association ihre standesrechtlichen Leitlinien (Model Rules of Professional Conduct) überarbeitet und unternehmensberatenden Anwälten interne Verdachtsanzeigepflichten auferlegt. Dabei unterscheidet das US-amerikanische Recht grundsätzlich nicht zwischen externem Rechtsanwalt und angestellten Unternehmensjuristen. Rechtsanwälte, die Grund zu der Annahme haben, dass Mitarbeiter oder Organmitglieder der beratenen Gesellschaft Rechtsverletzungen begehen oder begangen haben, die zu erheblichen Schäden bei der Gesellschaft selbst oder Dritten führen können, sind verpflichtet, den Verdacht gegenüber höheren Leitungsebenen, gegebenenfalls auch gegenüber dem Verwaltungsrat anzuseigen. Im Ausnahmefall gestattet ihnen das neu implementierte Hinweisgebersystem, den Verdacht auch gegenüber Behörden offenzulegen. Hierauf wird in dieser Arbeit noch vertiefend einzugehen sein.

³⁴ *Gordon*, 35 Conn. Law Rev. 1185, 1212–16 (2002–2003).

³⁵ ABA, Comments on Proposed Rule: Professional Standards for Attorneys (12/2002).

II. Stand der Debatte in Deutschland

Eine vergleichbare Einbindung der Anwaltschaft in das System der Corporate Governance durch eine tätigkeitsspezifische Regulierung des anwaltlichen Berufshandelns gibt es im deutschen Recht gegenwärtig nicht. Die einleitenden Beispiele zu Cum/Ex, Wirecard und Wölbern haben jedoch gezeigt, dass das vermeintliche Wegsehen oder Untätigbleiben von Wirtschaftsanwälten bei offensichtlichen Fällen schwerster Wirtschaftskriminalität tatsächlich nicht nur ein US-amerikanisches, sondern auch ein in Deutschland auftretendes Phänomen ist.³⁶

1. Gesetzgebung

Spezifische Verhaltensstandards für unternehmensberatende Anwälte zur Überwachung und Kontrolle von Unternehmensleitern haben für den deutschen Gesetzgeber bisher keine Rolle gespielt. In den umfänglichen gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Gesetzesnovellen der letzten Jahre finden sich keine Anhaltspunkte hinsichtlich spezifischer Corporate-Governance-Pflichten für Anwälte. Entsprechend bleibt der (Wirtschafts-)Anwalt im Deutschen Corporate Governance Kodex unerwähnt. Im Gegensatz zu den USA kennt auch das anwaltliche Berufsrecht hierzulande keine besonderen Vorschriften für die Mandatsbeziehung von Anwälten zu einem Unternehmen.

a) Geldwäschebekämpfung

Auch wenn der Gesetzgeber die spezifischen Umstände bei der anwaltlichen Beratung von Unternehmen bisher nicht in den Blick genommen hat, so hatte er sich im Rahmen der Umsetzung der zweiten Geldwäsche-Richtlinie³⁷ und der nachfolgenden Novellierungen (zuletzt die fünfte Geldwäsche-Richtlinie) mit der Inanspruchnahme von Anwälten zur effektiven Bekämpfung von Straftaten im Bereich der Wirtschaftskriminalität zu befassen. Mit dem Geldwäschebekämpfungsgesetz³⁸ hat der Gesetzgeber das Geldwäschegegesetz entsprechend der europäischen Vorgaben geändert, sodass seither auch Freiberufler, namentlich Rechtsanwälte, zur Anzeige von Verdachtsfällen verpflichtet sind und weitreichende Sorgfaltstestsstandards einhalten müssen. Im Gegensatz zu den US-amerikanischen Vorschriften, die ausdrücklich auf die Mandatsbeziehung zu einem Unternehmen abstellen, knüpft die Anzeigepflicht des Geldwäschegegesetzes an die anwaltliche Mitwirkung bei besonders geldwäs-

³⁶ Andere Ansicht Fleischer/Schmolke, WM 2012, 1013 (1021).

³⁷ Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 04.12.2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. EU L 344/76 v. 18.12.2001.

³⁸ Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus v. 08.08.2002.

schegefährdeten Geschäften an, unabhängig davon, ob der Mandant eine juristische oder natürliche Person ist.

b) Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken

Ebenso ist die Anwaltschaft im Zusammenhang mit der Verhinderung von Steuervermeidungspraktiken und Gewinnverlagerungen in den Blick des Gesetzgebers geraten. So sind Rechtsanwälte seit Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes³⁹ der DAC-6-Richtlinie⁴⁰ am 1. Januar 2020 unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, an der Aufklärung von Steuervermeidungspraktiken und Gewinnverlagerungen mitzuwirken. Der neu eingeführte § 138d Abs. 1 AO verpflichtet sogenannte „Intermediäre“ (z. B. Rechtsanwälte und andere Berater), den zuständigen Steuerbehörden Informationen über bestimmte grenzüberschreitende Steuergestaltungen, an deren Strukturierung sie mitgewirkt haben, mitzuteilen. Dies beinhaltet vor allem eine abstrakte Beschreibung der Steuergestaltung und unter bestimmten Voraussetzungen auch individuelle Angaben über den Nutzer der Steuergestaltungen.

2. Politisches Meinungsbild

Auch abseits der Bekämpfung von Geldwäsche und Steuervermeidungspraktiken zeigt sich, dass die Politik der wirtschaftsberatenden Anwaltschaft grundsätzlich eine Verantwortung für die Rechtskonformität des Handelns ihrer Mandanten bemisst. So bemängelt der Bericht des Untersuchungsausschusses zu den Cum/Ex-Geschäften die unzureichende Kooperation der mitwirkenden Berater mit der Finanzverwaltung:

„Als Organe der Rechtspflege hätte es für diese Rechts- und Steuerberater nicht fern gelegen, sich zur Klärung der umstrittenen Rechtsfragen – wie bei Geschäften dieser finanziellen Größenordnung üblich – frühzeitig an die Finanzverwaltung zu wenden. Dann wäre es nach Überzeugung des Ausschusses nie zu den Cum/Ex-Gestaltungen gekommen.“⁴¹

Der Untersuchungsausschuss geht folglich von einem Berufsbild aus, wonach der Anwalt als Organ der Rechtspflege mit den Behörden zusammenzuwirken hat, um die rechtlichen Rahmenbedingungen von Transaktions- oder Steuergestaltungen zu evaluieren. Dem kann insoweit zugestimmt werden, als zur sorgfältigen Beratung auch die Abstimmung mit zuständigen Behörden gehören kann. Dies schuldet der Anwalt seinem Mandanten bereits aus dem Mandatsvertrag.

³⁹ Gesetz zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen v. 21.12.2019, BGBl. 2019 I S. 2875.

⁴⁰ Richtlinie 2018/822/EU des Rates v. 25.05.2018 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich des verpflichtenden automatischen Informationsaustauschs im Bereich der Besteuerung über meldepflichtige grenzüberschreitende Gestaltungen, ABI. EU L 131/1 v. 05.06.2018.

⁴¹ BT-Drucks. 18/12700, Abschlussbericht des Cum/Ex-Ausschusses (2017), S. 348.

Die Annahme, der Anwalt habe im Interesse des Gemeinwohls eine Pflicht, in solchen Fällen mit den Behörden zu kooperieren, wirft dagegen unter Berücksichtigung des anwaltlichen Berufsbilds grundsätzliche Fragen zur Unabhängigkeit des Anwalts auf, die im Rahmen dieser Arbeit zu diskutieren sein werden. Dem Anwalt würde damit unter Rückgriff auf seine Stellung in der Rechtspflege implizit die Aufgabe übertragen, im Gemeinwohlinteresse unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Behörden auf ein rechtskonformes Verhalten seines Mandanten hinzuwirken.

3. Meinungsbild im Schrifttum

Ausgehend von den Entwicklungen im US-amerikanischen Recht hat in der Literatur eine kontroverse Debatte über die Rolle der Anwaltschaft im System der Corporate Governance eingesetzt.⁴² Eine rechtsvergleichende monografische Untersuchung zur Reichweite der anwaltlichen Verschwiegenheit im Unternehmenskontext aus dem Jahr 2009 diskutiert eine mögliche Rezeption des anwaltlichen Meldesystems im Zusammenhang mit kapitalmarktrechtlichen Sachverhalten nach US-amerikanischem Vorbild. Im Ergebnis wird dort festgestellt, dass in der Bundesrepublik Deutschland die gegenwärtige Einbindung der Anwaltschaft in das System der Corporate Governance unzureichend sei und daher eine stärkere Inanspruchnahme der Anwaltschaft, insbesondere aus Gründen der Kapitalmarkttransparenz und des Anlegerschutzes, rechtspolitisch wünschenswert sei. Der verfassungsrechtliche Rahmen beschränke indessen den Umfang möglicher Berichtspflichten auf eine interne Berichterstattung gegenüber den Organen der Gesellschaft.⁴³

Andere gehen weiter und fordern eine berufsrechtliche Regelung, die einen Anwalt „bei der dringenden Gefahr der strafbewehrten Schädigung Dritter“ zur Berichterstattung nach außen gegenüber den zuständigen Behörden verpflichtet.⁴⁴ In Bezug auf die Rolle des Syndikusanwalts im System der Corporate Governance wird teilweise vertreten, dass sich aus der nunmehr anerkannten Bindung des Syndikusanwalts an das anwaltliche Berufsrecht eine Rolle als „rechtliches Gewissen“ des Unternehmens und damit eine eigenständige Verantwortung im System der Corporate Governance zur Überwachung des rechtmäßigen Verhaltens des Unternehmens ableiten lasse.⁴⁵

Die Anwaltschaft hat mit Kritik reagiert. Es wird mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die Einführung einer über die bestehenden Regelungen hinausgehenden Berichtspflicht für Anwälte eine unverhältnismäßige Verkürzung der Verschwiegenheitspflicht bewirke und dadurch das für eine effektive anwaltliche Beratung

⁴² Den Meinungsstand zusammenfassend *Fleischer/Schmolke*, WM 2012, 1013 (1018).

⁴³ *Mann*, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 225 ff.

⁴⁴ *Knoefel/Mock*, AnwBl 2010, 230 (236).

⁴⁵ *Merkt*, AnwBl 2015, 552 (553 f.).

notwendige Vertrauensverhältnis zum Mandanten beeinträchtigt werde.⁴⁶ Andere bemängeln, dass bereits die bestehenden gesetzlichen Anzeige- und Auskunfts pflichten weitergehende Einschnitte in die anwaltliche Verschwiegenheit und das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant zuließen, als dies nach dem US- amerikanischen Recht der Fall ist.⁴⁷ Durch die Einbindung der Anwälte in die Gefahrenabwehr werde nicht nur die Berufsausübungsfreiheit des einzelnen Berufs trägers beeinträchtigt, sondern auch die für die rechtsstaatliche Funktion der Anwältschaft unabdingbare Unabhängigkeit vom Staat gefährdet.⁴⁸

III. Zwischenergebnis

Die Rolle des Rechtsanwalts in der Corporate Governance und bei der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität ist sowohl in den USA als auch hierzulande Gegenstand politischer und wissenschaftlicher Diskussionen. Der Wirtschaftsanwalt steht dabei im Spannungsfeld zwischen der loyalen und vertraulichen Wahrnehmung der rechtlichen Interessen seines Mandanten einerseits und dem Gemeinwohlinteresse an einer effektiven Gefahrenabwehr und Rechtsdurchsetzung andererseits. In den USA haben der Gesetzgeber und die anwaltlichen Berufsverbände im Nachgang zu großen Unternehmensskandalen in den 2000er-Jahren eine stärkere Einbindung der Wirtschaftsanwälte in das System der Corporate Governance durch dezidierte Verhaltenspflichten gesetzlich und berufsrechtlich verankert. In Deutschland gibt es vergleichbare Regelungen nicht.

Gleichwohl wird der wirtschaftsberatende Rechtsanwalt auch hierzulande zunehmend durch einen außerberufsrechtlichen Regelungszugriff in die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität eingebunden. Teilweise wird gefordert, über die bestehenden Regelungen hinaus auch hierzulande eine weitergehende Einbindung des Wirtschaftsanwalts in die Corporate Governance nach dem US-amerikanischen Vorbild zu erwägen.

D. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit der Wirtschaftsanwalt in Deutschland bereits heute zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität und Verbesserung der Corporate Governance in Anspruch genommen wird und wie sich diese Entwicklung mit dem anwaltlichen Berufsbild in Einklang bringen lässt. Die Thematik ist in die allgemeine Whistleblowing- und Corporate-Governance-Debatte eingebettet und beschäftigt sich gleichzeitig mit der Stellung des Rechtsanwalts in

⁴⁶ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (127).

⁴⁷ Schürre, ZGR 2014, 627 (647).

⁴⁸ Schürre, ZGR 2014, 627 (648).

der Rechtspflege und bezieht daher weite Teile des anwaltlichen Berufsrechts mit ein. Durch einen rechtsvergleichenden Blick in die USA soll zudem untersucht werden, wie andere Rechtsordnungen die Rolle des Wirtschaftsanwalts im System der Corporate Governance interpretieren und welche Lehren sich daraus ziehen lassen.

Die Untersuchung ist dabei in fünf Abschnitte gegliedert: Im ersten Teil werden das Phänomen Whistleblowing und die Einbeziehung von Whistleblowing in die Corporate-Governance-Debatte näher beleuchtet. Der zweite Teil untersucht die Rolle des Wirtschaftsanwalts im System der Corporate Governance unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse und des rechtlichen Rahmens der anwaltlichen Tätigkeit, wobei der vertragliche Pflichtenkanon des Wirtschaftsanwalts und die sich daraus ergebenden Implikationen für die Rolle des Wirtschaftsanwalts in der Corporate Governance im Mittelpunkt der Untersuchung stehen. Im dritten Teil richtet sich der Blick auf das bestehende Hinweisgeberregime für Wirtschaftsanwälte in den USA. Ziel ist es, die Intention des US-amerikanischen Gesetzgebers bei der Einführung des Spezialrechts für Wirtschaftsanwälte herauszuarbeiten und die Schwierigkeiten bei der rechtlichen Umsetzung des regulatorischen Rahmens zu beleuchten, um daraus Schlüsse für die weitere Debatte zu ziehen.

Im folgenden vierten Teil wird untersucht, ob und inwieweit Wirtschaftsanwälte auch in Deutschland durch öffentlich-rechtliche Normen zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität in das System der Corporate Governance und Compliance *de lege lata* bereits eingebunden sind. Im fünften Teil folgt eine rechtspolitische Diskussion, in der es darum geht, die rechtspolitischen Gründe für die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber herauszuarbeiten und die Vereinbarkeit der funktionalen Einbindung von Wirtschaftsanwälten in die Gefahrenabwehr und Verbrechensaufklärung mit dem anwaltlichen Berufsbild zu diskutieren. Zudem werden die verfassungsrechtlichen Grenzen für die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber untersucht. Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen.

Zur besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Es wird das generische Maskulinum verwendet, wobei beide Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

Erster Teil

Whistleblowing und Corporate Governance

Die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität kann als Spezialbereich systematisch dem Whistleblowingrecht zugeordnet werden. Bevor gezielt auf die Problematik der Einbindung von Rechtsanwälten in das Whistleblowingrecht eingegangen wird, werden im Folgenden daher zunächst die allgemeinen Züge des Whistleblowingsrechts dargestellt.

A. Grundlagen

Das Whistleblowingrecht beschäftigt sich in seinen verschiedenen Facetten stets mit der Kernfrage, ob ein Informationsträger, der aufgrund eines besonderen Treueverhältnisses in den Besitz von Informationen gelangt ist, diese preisgeben darf oder muss, wenn dadurch schwerwiegendes Fehlverhalten oder grobe Missstände in Unternehmen oder Organisationen aufgedeckt und dadurch größere Schäden für die betroffenen Organisationen oder Dritte vermieden werden können.⁴⁹

I. Begriff

In Deutschland ist das Phänomen des Whistleblowings lange Zeit ausschließlich in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung thematisiert worden. Als regulatorisches Instrument hat das „Whistleblowing“ seinen Ursprung dagegen in den USA und meint gemeinhin die interne oder externe Anzeige oder Aufdeckung von Fehlverhalten und Missständen in Unternehmen oder Organisationen durch interne Wissensträger, um Schäden für das Unternehmen, die jeweilige Organisation, Dritte oder die Allgemeinheit zu verhindern.⁵⁰ Der Begriff „Whistleblowing“ ist weit und umfasst viele Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Die vorliegende Un-

⁴⁹ Casper, in: FS Winter, S. 77 (78 f.); Sänger, Whistleblowing in der börs. AG, S. 38 ff.; Weber-Rey, AG 2006, 406 (406 f.).

⁵⁰ Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, S. 7; Berndt/Hoppler, BB 2005, 2623 (2624 ff.); Casper, in: FS Winter, S. 77 (78 f.); Graser, Whistleblowing (2000), S. 14 ff.; Groneberg, Whistleblowing (2011), S. 34 ff.; Pfeifle, Finanzielle Anreize für Whistleblower, S. 43 ff.; Weber-Rey, AG 2006, 406 (407 ff.).

tersuchung hat dagegen insbesondere die Anzeige oder Aufdeckung von rechtswidrigem Fehlverhalten innerhalb von Unternehmen zum Gegenstand. Erfolgt eine Anzeige oder Verdachtsmeldung innerhalb eines Unternehmens oder einer Organisation, spricht man von internem Whistleblowing, während die Anzeige gegenüber außenstehenden Dritten, z. B. Behörden oder Medien, als externes Whistleblowing bezeichnet wird.

Eine Person, die als „Insider“ oder „interner Wissensträger“ in diesem Sinne zur Aufklärung von Missständen beiträgt, wird als „Whistleblower“ bezeichnet. In der Regel handelt es sich dabei um gegenwärtige oder ehemalige Angestellte oder Mitglieder der betroffenen Unternehmen oder Organisationen.⁵¹ Eine formale Beschränkung auf Mitarbeiter sieht der Begriff jedoch nicht vor. Vielmehr kommt es maßgeblich darauf an, dass die betreffende Person aufgrund eines privilegierten Informationszugangs über einen Informationsvorsprung verfügt und jede unbefugte Weitergabe der erlangten Informationen aufgrund einer rechtlichen oder faktischen Treuebindung zu der betroffenen Organisation einen Interessenkonflikt begründet.⁵²

Da ein Whistleblower durch seine Anzeige zur Aufklärung von Fehlverhalten beiträgt, das anders möglicherweise nicht hätte aufgedeckt werden können, ist der Begriff nach dem hier dargestellten Verständnis grundsätzlich positiv besetzt. Einige Stimmen in der Literatur sehen den Schutz von Whistleblowern aus sozialethischen Gründen kritisch, weil Whistleblowing gleichzusetzen sei mit Denunziantentum.⁵³ Diese Herabsetzung des Begriffs erscheint vor dem Hintergrund des positiven Beitrags, den ein effektives Hinweisgebersystem leisten kann, nicht mehr zeitgemäß.

II. Entwicklung des Whistleblowings

Während in den USA Whistleblowing bereits seit Langem als Rechtsmaterie durch diverse Schutzzvorschriften⁵⁴ und monetäre Anreizsysteme⁵⁵ für Whistleblower dezidiert besetzt ist, wurde die Thematik in Deutschland erst allmählich als eigener Regelungsbereich wahrgenommen.

⁵¹ Berndt/Hoppler, BB 2005, 2623 (2624).

⁵² Pfeifle, Finanzielle Anreize für Whistleblower, S. 70 f.

⁵³ Mahnhold, NZA 2008, 737 (738).

⁵⁴ Whistleblower Protection Act of 1989; Sarbanes-Oxley Act of 2002; siehe dazu ausführlich Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, S. 121 ff.; weitere Beispiele bei Groneberg, Whistleblowing (2011), S. 75 ff.

⁵⁵ Belohnung für *Qui-tam*-Kläger gemäß 31 U.S.C. §§ 3730(d) (False Claims Act); zum Ganzen Pfeifle, Finanzielle Anreize für Whistleblower, S. 80 ff.

1. Individualschutz

Ausgangspunkt der Entwicklung in Deutschland war die arbeitsrechtliche Rechtsprechung, die einzelfallbezogen in der Regel im Rahmen von Kündigungs-schutzklagen die rechtliche Stellung von Whistleblowern ausdifferenziert hat.⁵⁶ Gemeinsam ist den Entwicklungen hierzulande und in den USA, dass zunächst der Individualschutz des einzelnen Hinweisgebers im Vordergrund stand. Das Bundesarbeitsgericht vertritt in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung die Auffassung, dass die Anzeige von schwerwiegenden Straftaten durch einen Mitarbeiter grundsätzlich keinen Kündigungsgrund darstellen könne, soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden.⁵⁷ Damit folgt das Bundesarbeitsgericht der Wertung des Bundesverfassungsgerichts, das in einer früheren Entscheidung dargelegt hatte, dass eine Aussage in einem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren gegen den Arbeitgeber grundsätzlich nicht geeignet sei, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, soweit nicht „wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben“ gemacht werden.⁵⁸

Einschränkend geht das Bundesarbeitsgericht allerdings davon aus, dass eine verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt sein könne, wenn die freiwillige Preisgabe von Information gegenüber den Strafverfolgungsbehörden eine „unverhältnismäßige Reaktion“ darstelle. Als Indiz für eine unverhältnismäßige Reaktion könnte auch ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände herangezogen werden, wobei einer innerbetrieblichen Anzeige kein genereller Vorrang einzuräumen sei.⁵⁹ Entsprechend geht auch das Schrifttum ganz überwiegend von einem ungeschriebenen Recht aus, wonach Mitarbeiter Fehlverhalten und Missstände gegenüber ihrem Arbeitgeber und unter Umständen auch außenstehenden Dritten anzeigen dürfen.⁶⁰

2. Meldesysteme

Heutzutage wird der Individualschutz sowohl in den USA als auch in Deutschland – hierzulande im Wesentlichen induziert durch das Unionsrecht – flankiert durch aufsichtsrechtliche Vorgaben für große (börsennotierte) Unternehmen zur Einrichtung von internen Whistleblowingsystemen. In den USA wurde diese Entwicklung maßgeblich durch den Sarbanes-Oxley Act vorangetrieben, in dessen Folge kapitalmarktorientierte Unternehmen verpflichtet wurden, Verfahren für die

⁵⁶ LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 03.02.1987 – 7 (13) Sa 95/86, NZA 1987, 756 (756 f.).

⁵⁷ BAG, Urt. v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427 (430); BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 (704).

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 02.07.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888 (889 f.).

⁵⁹ BAG, Urt. v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427 (430); BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 (704).

⁶⁰ Vgl. Groneberg, Whistleblowing (2011), S. 218 ff. m.w.N.

vertrauliche und anonyme Meldung von fragwürdigen Bilanzierungsmethoden durch Mitarbeiter einzurichten.⁶¹ Im Rahmen des Dodd-Frank Act von 2010⁶² wurden diese Vorschriften weiter ausgebaut und um Anreiz- und Schutzmechanismen für Whistleblower ergänzt.⁶³

Mit der Whistleblowing-Richtlinie⁶⁴ hat der europäische Gesetzgeber konkrete Vorgaben für eine allgemeine Pflicht zur Einrichtung interner Meldekanäle in Behörden und Unternehmen des privaten Sektors beschlossen und die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Vorgaben der Whistleblowing-Richtlinie bis zum 17. Dezember 2021 in nationales Recht zu überführen. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Vorgaben des Unionsgesetzgebers mit dem Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Hinweisgeberschutzgesetz – HinSchG) vom 31. Mai 2023, das am 2. Juli 2023 in Kraft getreten ist, mit Verzug in das nationale Recht überführt.⁶⁵ Der Beschlussfassung des Deutschen Bundestages am 11. Mai 2023 und des Bundesrates am 12. Mai 2023 lagen die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Regierungsentwurf des Umsetzungsgesetzes⁶⁶ sowie die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses⁶⁷ zugrunde.

Das HinSchG sieht nunmehr gemäß §§ 12 ff. für Unternehmen mit in der Regel mindestens 50 Beschäftigten eine Pflicht zur Einrichtung interner Meldestellen vor, an die sich Beschäftigte zur Meldung und Offenlegung von Informationen über Rechtsverstöße im Sinne des § 2 HinSchG wenden können. Für Unternehmen aus dem Finanzsektor bestanden schon vor Einführung des Hinweisgeberschutzgesetzes branchenspezifische Pflichten zur Einrichtung interner Hinweisgebersysteme, die im Wesentlichen auf Vorgaben des Unionsrechts gemäß Artikel 71 der CRD IV-Richtlinie⁶⁸, Artikel 32 der Marktmisbrauchsverordnung⁶⁹ und Artikel 99d der

⁶¹ Section 10 A(m)(4) Exchange Act (1934) (15 U.S.C. § 78j-1(m)(4)); *Pfeifle*, Finanzielle Anreize für Whistleblower, S. 47 f.

⁶² Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (Dodd-Frank Act).

⁶³ Section 21F Exchange Act (1934) (15 U.S.C. § 78u-6); *Lee*, 77 Brook. L. Rev. 303, 311–14 (2011).

⁶⁴ Richtlinie (EU) 2019/1937, ABl. EU L 305/17 v. 26.11.2019.

⁶⁵ BGBl. I Nr. 140 vom 02.06.2023.

⁶⁶ BT-Drucks. 20/4909, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 20/3442, 20/3709, 20/4001 Nr. 1.2), eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden.

⁶⁷ BT-Drucks. 20/6700, Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses.

⁶⁸ Richtlinie (EU) 2013/36 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, ABl. EU L 176/338 v. 27.06.2013.

⁶⁹ Verordnung (EU) 596/2014, ABl. EU L 173/1 v. 12.06.2014.

OGAW-Richtlinie⁷⁰ zurückgehen. Verpflichtet in diesem Sinne sind gemäß § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 Kreditwesengesetz (KWG), § 23 Abs. 6 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) und § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) insbesondere Finanzinstitute, Versicherungsunternehmen und Kapitalverwaltungsgesellschaften. Ferner enthält der Deutsche Corporate Governance Kodex⁷¹ unter A.2 eine Empfehlung, wonach in börsennotierten Gesellschaften und ihren Tochterunternehmen den Beschäftigten und Dritten auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden soll, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben.

Neben den Pflichten zur Einrichtung interner Meldesysteme durch Unternehmen sieht das HinSchG gemäß §§ 19 ff. auch die Errichtung externer Meldestellen vor. Neu sind dabei die nun auch im nationalen Recht verankerten Pflichten zur Errichtung externer Meldestellen für allgemeine Rechtsverstöße beim Bundesministerium für Justiz sowie für kartell- und wettbewerbsrechtliche Verstöße beim Bundeskartellamt.⁷² Zudem referenziert das HinSchG auf die bereits existierenden Vorschriften zur Errichtung externer Meldestellen gemäß § 4d Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) und gemäß § 53 Abs. 1 GwG, wonach die zuständigen Behörden im Bereich der Finanzdienstleistungsaufsicht und Geldwäschekämpfung bereits vor Inkrafttreten des HinSchG zur Einrichtung von Systemen zur anonymen Annahme von Hinweisen über potenzielle oder tatsächliche Rechtsverstöße verpflichtet waren.

B. Whistleblowing als Instrument der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität

Der Whistleblower-Schutz und die Einrichtung von Whistleblowingsystemen sind fester Bestandteil der objektiven Rechtsordnung geworden und werden durch die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie zukünftig weiter gestärkt werden. Das Whistleblowingrecht dient dem übergeordneten rechtspolitischen Regelungsziel der Aufdeckung und Bekämpfung wirtschaftskrimineller Handlungen.⁷³ Der Begriff der

⁷⁰ Richtlinie (EU) 2014/91 zur Änderung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Hinblick auf die Aufgaben der Verwahrstelle, die Vergütungspolitik und Sanktionen, ABl. EU L 257/186 v. 28.08.2014.

⁷¹ Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung v. 16.12.2019.

⁷² Tatsächlich war die Bundesrepublik Deutschland aufgrund der nach dem Fristablauf einsetzenden Direktwirkung von EU-Richtlinien bereits seit Ablauf der Umsetzungsfrist der Whistleblowing-Richtlinie am 17.12.2021 verpflichtet, gemäß Art. 11 der Whistleblowing-Richtlinie externe Meldestellen einzurichten.

⁷³ Vgl. *OECD*, Committing to Effective Whistleblowing Protection, S. 19 ff.; Erwägungsgründe 6 bis 15 der Whistleblowing-Richtlinie, 2019/1937/EU; vgl. auch anekdotische Dar-

Wirtschaftskriminalität ist diffus und bedarf daher einer näheren Betrachtung, bevor anschließend die Regelungsansätze des Whistleblowingrechts untersucht werden.

I. Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität als Regelungsziel

Rechtsverletzungen innerhalb von Unternehmen können nicht nur erhebliche Vermögensnachteile bei den unmittelbar betroffenen Unternehmen, Anlegern, Kunden, Geschäftspartnern, Wettbewerbern und Investoren, sondern auch signifikante gesamtgesellschaftliche Folgen verursachen, indem es zu Reputationsverlusten für den jeweiligen Wirtschaftsstandort kommt und das Vertrauen der Bürger in die Funktionsfähigkeit der Wirtschaftsordnung verloren geht.⁷⁴ Welche Gefahren von der Wirtschaftskriminalität ausgehen und wieso private Akteure zunehmend in die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität einbezogen werden, soll nachfolgend untersucht werden.

1. Begriff der Wirtschaftskriminalität

a) Sozio-kriminologischer Begriff

Einer der Pioniere auf dem Gebiet der Erforschung von Wirtschaftskriminalität war der US-amerikanische Soziologe Sutherland, der Wirtschaftskriminalität aus kriminologischer Sicht als ein Phänomen beschreibt, das in erster Linie aus dem sozioökonomischen Status des Täters herzuleiten sei. Dieser täterspezifische Ansatz fasst unter dem Begriff „*white collar crime*“ solche Straftaten zusammen, die durch Personen mit hohem sozialen Ansehen in Ausübung ihres Berufes begangen werden.⁷⁵ Aus rechtsdogmatischer Sicht kann diese Definition freilich nicht überzeugen, da sie entgegen der verfassungsrechtlichen Wertung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht die strafbare Tat als solche beschreibt, sondern an eine Täterdefinition anknüpft.⁷⁶ Gleichwohl ist die Definition von Sutherland nützlich, denn sie zeigt das Kernproblem der Wirtschaftskriminalität auf: Wirtschaftskriminelle Handlungen sind als solche für Außenstehende nur schwer zu erkennen, da sie in der Regel unter dem Deckmantel berufstypischer Handlungen von Personen begangen werden, die aufgrund ihrer sozialen Stellung als integer angesehen werden. Der Schutz von Hinweisgebern und die Einrichtung effektiver Hinweisgebersysteme, die es dem Insider ermöglichen, Fehlverhalten zu melden, ohne dabei Sanktionen befürchten zu müs-

stellung diverser prominenter Whistleblowing-Fälle in den USA bei *Mueller, Crisis of conscience*.

⁷⁴ Vgl. Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Zukunftsfähige Unternehmensverantwortung, BT-Drucks. 18/10038, S. 1.

⁷⁵ *Sutherland, White Collar Crime*, S. 7.

⁷⁶ *Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 79.

sen, können daher dazu beitragen, die Aufdeckungswahrscheinlichkeit wirtschaftskrimineller Handlungen zu erhöhen.

b) Rechtsdogmatische Definition

In der deutschen Strafrechtswissenschaft wird der Begriff Wirtschaftskriminalität bzw. Wirtschaftsstrafrecht dagegen ganz überwiegend aus strafrechtsdogmatischer Sicht als Oberbegriff für Straftaten bzw. Straftatbestände verwendet, die gegen überindividuelle Rechtsgüter gerichtet sind bzw. dem Schutz solcher Rechtsgüter dienen. Beispiele für solche Kollektivrechtsgüter sind der Schutz des Bank- und Kreditwesens, der Funktionsschutz des Kapitalmarkts, Schutz des freien Wettbewerbs und der Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften. Einbezogen werden daher insbesondere strafbare Handlungen im Bereich des Betrugs, der Korruption, der Marktmanipulation und Kartellabsprachen.⁷⁷ Dieser Ansicht wird teilweise entgegengehalten, dass sie an diffuse Belange der Allgemeinheit anknüpfe, die keine klare Abgrenzung zuließen und somit die strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Rechtsgutsbegriffs außer Kraft setzen.⁷⁸ Es wird daher vorgeschlagen, die Definition auf den Missbrauch von Instrumenten des Wirtschaftsverkehrs zu beschränken. Dies können vor allem die kaufmännische Rechnungslegung und Mittel des unbaren Zahlungsverkehrs sein. Nach dieser Ansicht fasst der Begriff Wirtschaftskriminalität daher solche Straftaten zusammen, die sich gegen überindividuelle Schutzgüter staatlicher Wirtschafts- und Sozialplanung richten und im Regelfall den Missbrauch von Instrumenten oder Institutionen des Wirtschaftslebens zum Gegenstand haben.⁷⁹ Eine Begehung der Rechtsverletzung unter Ausnutzung von Organisationsstrukturen in Unternehmen setzt dieses Begriffsverständnis dagegen nicht voraus.

c) Formeller Begriff

Eine verfahrensrechtliche Definition des Begriffs findet sich in § 74c GVG, der die dort aufgeführten Katalogtaten den Wirtschaftsstrafkammern zuweist.⁸⁰ Das Begriffsverständnis des § 74c GVG ist allerdings für rechtspolitische Erwägungen kaum geeignet. Als prozessuale Zuständigkeitsnorm für die Zuweisung eines Verfahrens an eine Spezialkammer orientiert sich die Norm ausschließlich daran, ob für die Beurteilung eines entsprechenden Falles Spezialkenntnisse auf dem Gebiet des Wirtschaftslebens erforderlich sind. Kriminologische oder dogmatische Aspekte spielen dagegen keine Rolle. Im Zusammenhang mit der Hinweisgeberverantwortung von Wirtschaftsanwälten geht es indes um Rechtsverstöße, die in erster Linie

⁷⁷ Zum Ganzen *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 81 m. w. N.

⁷⁸ *Roxin/Greco*, StrafR AT Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 75 ff.

⁷⁹ *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 82 ff.

⁸⁰ Vgl. zur formellen Begriffsbestimmung *Dessecker*, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), Wi-StrafR-Hdb, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 4 f.

durch oder aus Unternehmen heraus begangen werden, sodass eine deliktspezifische Eingrenzung der betreffenden Rechtsverstöße erforderlich ist.

d) Unternehmenskriminalität als Unterbegriff

Einen Unterfall der Wirtschaftskriminalität stellt die Unternehmenskriminalität oder „*corporate crime*“ dar. Unter Berücksichtigung kriminologischer Gesichtspunkte erfasst der Begriff der Unternehmenskriminalität rechtsgutsverletzende Verhaltensweisen von Unternehmensangehörigen, die sich nicht unmittelbar gegen das Unternehmen selbst richten, sondern mit der Philosophie des Unternehmens in Einklang stehen und durch die Organisationsform des Unternehmens begünstigt werden.⁸¹ Der Begriff Unternehmenskriminalität meint insbesondere wirtschaftskriminelle Handlungen, die unter Zuhilfenahme des Deckmantels eines Unternehmens aus diesem heraus und auch in dessen (kurzfristigem) wirtschaftlichen Interesse begangen werden.⁸² Im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen von Organmitgliedern werden diese Verhaltensweisen auch unter dem Begriff der „nützlichen Pflichtverletzungen“ diskutiert.⁸³ Typischerweise wirkt die Tatbegehung bei Unternehmenskriminalität nicht unmittelbar zugunsten des Täters, sondern verspricht diesem lediglich mittelbare Vorteile.

e) Zwischenergebnis

Die Vielfalt der Definitionsansätze zeigt die Schwierigkeiten einer klaren Eingrenzung des Begriffs der Wirtschaftskriminalität. Für die Zwecke dieser Arbeit werden unter dem Begriff Wirtschaftskriminalität sämtliche Straftaten zusammengefasst, die durch Angehörige eines Unternehmens im Zusammenhang mit ihrer Berufsausübung zulasten des Unternehmens oder unter Ausnutzung des Unternehmensumfeldes aus dem Unternehmen heraus gegen Dritte begangen werden.

2. Ursachen für wirtschaftskriminelles Handeln

Die Ursachen für wirtschaftskriminelles Verhalten sind vielfältig und unscharf, da sich die Beweggründe des Einzelnen oder einer Gruppe in der Regel aus dem Zusammenspiel der jeweiligen Persönlichkeiten der Täter und den Umständen des Einzelfalls ergeben. Gleichwohl wird verschiedentlich versucht, basierend auf modelltheoretischen Annahmen Erklärungsansätze zu entwickeln, die das Phänomen der Wirtschaftskriminalität greifbar machen und als Argumentationsstütze für rechtpolitische Erwägungen dienen können. Während der weitverbreitete ökonomische Ansatz auf die finanziellen Anreize und die geringe Strafkostenerwartung

⁸¹ Lampe, ZStW 1994, 683 (697 ff.); Boers, MschrKrim 2001, 335 (338 ff.).

⁸² Theile, in: Berndt/Theile (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 5.

⁸³ Fleischer, ZIP 2005, 141.

abstellt, sehen andere eher psychologische und soziologische Umstände als Hauptantrieb. Die unterschiedlichen Erklärungsansätze schließen sich nicht zwangsläufig aus, sondern stehen komplementär zueinander, wobei im Folgenden der ökonomische Ansatz im Mittelpunkt stehen wird, da er mit seinen modelltheoretischen Annahmen als Grundlage für rechtspolitische Erwägungen besonders geeignet ist.

a) Kosten-Nutzen-Kalkül nach der Rational-Choice-Theorie

Der ökonomische Erklärungsansatz stellt das Kosten-Nutzen-Kalkül des Täters in den Vordergrund und knüpft damit an die modelltheoretische Prämisse der Nutzenmaximierung an (Rational-Choice-Theorie).⁸⁴ Nach der Rational-Choice-Theorie folgt der Anreiz zur Begehung von Wirtschaftsstraftaten einem rein ökonomischen Kosten-Nutzen-Kalkül unabhängig von der psychischen Prädisposition des Täters oder anderen äußeren Einflüssen.⁸⁵ Eine geringe Strafkostenwahrscheinlichkeit in Verbindung mit einem hohen Nutzen machen die Begehung von Rechtsverletzungen im Unternehmenskontext aus ökonomischer Perspektive attraktiv. Vereinfacht gesagt werden Wirtschaftsstraftaten begangen, weil es sich für die Täter lohnt.⁸⁶

b) Geringe Entdeckungswahrscheinlichkeit

Die Strafkostenwahrscheinlichkeit ist das Produkt aus der Höhe der zu erwartenden Sanktion und der Entdeckungswahrscheinlichkeit. Je geringer die Entdeckungswahrscheinlichkeit, desto geringer ist auch die Strafkostenwahrscheinlichkeit. Unter ansonsten gleichbleibenden Bedingungen steigt demnach mit abnehmender Entdeckungswahrscheinlichkeit der Anreiz zur Begehung wirtschaftskrimineller Handlungen. Die Bekämpfung der (Wirtschafts-)Kriminalität darf sich folglich nicht in der Schaffung materieller Vorschriften erschöpfen, sondern muss insbesondere die bestehenden Rechtsdurchsetzungsdefizite verringern.

So stellt auch die Europäische Kommission fest, dass in vielen Fällen von Wirtschaftskriminalität, wie manipulierten Pkw-Abgaswerten, Wasserverschmutzung, illegalen Deponien und Verkehrssicherheit, nicht fehlende Rechtsvorschriften das Problem seien, sondern vielmehr die Tatsache, dass das Recht nicht wirksam angewendet werde. Deshalb werde ein konsequentes, effizientes und wirksames

⁸⁴ Vgl. zu den Grundlagen der Rational-Choice-Theorie Olson, Die Logik des kollektiven Handelns, S. 8 ff.; Coleman, Handlungen und Handlungssysteme, S. 38 ff.; Esser, Situationslogik und Handeln, S. 183 ff.

⁸⁵ Vgl. zu den ökonomischen Grundlagen der Kosten-Nutzen-Kalkulation von Straftätern Becker, 76 JPE 169, 176–79 (1968).

⁸⁶ Lehmann, in: Rotsch (Hrsg.), Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, 1. Aufl. 2012, 52.

Durchsetzungssystem benötigt, das gewährleiste, dass die Mitgliedstaaten das Recht in vollem Umfang anwenden, umsetzen und durchsetzen.⁸⁷

Entscheidend für eine effektive Rechtsdurchsetzung sind die zuverlässige Aufklärung und Entdeckung von Fehlverhalten durch Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden, was im Zusammenhang mit Wirtschaftskriminalität aufgrund der Komplexität der Sachverhalte typischerweise schwierig ist. Daher ist das Dunkelfeld von nicht aufgedeckten Straftaten im Bereich der Wirtschaftskriminalität vergleichsweise hoch.⁸⁸ Empirische Untersuchungen zeigen, dass wirtschaftskriminelle Handlungen in der Regel nicht durch Anzeigen der Opfer und systematische Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden aufgeklärt werden, sondern vielfach nur durch Zufälle oder die Bereitschaft von Hinweisgebern, zum Wohle der Allgemeinheit interne Informationen preiszugeben.⁸⁹

Verstärkt wird das Problem der geringen Entdeckungswahrscheinlichkeit durch das zögerliche Anzeigeverhalten der betroffenen Unternehmen, die aufgrund von möglichen Reputationsverlusten Rechtsverletzungen der eigenen Mitarbeiter oder Führungspersonen nicht zur Anzeige bringen.⁹⁰

3. Lösungsansätze

a) Erhöhung der Sanktionsandrohung

Nach den modelltheoretischen Annahmen könnte eine geringe Entdeckungswahrscheinlichkeit durch eine Erhöhung der Sanktionsandrohung ausgeglichen werden. Unter gleichbleibenden Umständen würde die Erhöhung der Sanktionsandrohung im Kosten-Nutzen-Kalkül des Wirtschaftsstraftäters unmittelbar zu einer Erhöhung der Strafkostenwahrscheinlichkeit führen und präventive Wirkung entfalten. Tatsächlich unterliegt die Erhöhung von Sanktionen aber strengen verfassungsrechtlichen Beschränkungen, da ein Strafmaß oder Bußgeld den Anforde-

⁸⁷ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission „EU-Recht: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung“ (2017/C 18/02), ABl. EU C 18 v. 19.01.2017, S. 10 („Die wirksame Durchsetzung der EU-Vorschriften – in Bereichen, die von den Grundfreiheiten über die Lebensmittel und Produktsicherheit und die Luftqualität bis hin zum Schutz der gemeinsamen Währung reichen – ist für die Europäer wichtig und beeinflusst ihr tägliches Leben. Die Durchsetzung der Vorschriften liegt im allgemeinen Interesse. Wenn ein Thema in den Vordergrund rückt – wie Pkw-Abgaswerte bei Zulassungstests, Wasserverschmutzung, illegale Deponien und Verkehrssicherheit –, dann sind nicht fehlende EU-Vorschriften das Problem, sondern vielmehr die Tatsache, dass das EU-Recht nicht wirksam angewendet wird. Wir brauchen deshalb ein konsequentes, effizientes und wirksames Durchsetzungssystem, das gewährleistet, dass die Mitgliedstaaten das EU-Recht in vollem Umfang anwenden, umsetzen und durchsetzen, und den Bürgern angemessener Rechtsschutz zur Verfügung steht.“).

⁸⁸ Bussmann/Veljovic, NZWiSt 2020, 417 (418).

⁸⁹ PwC, Economic crime: people, culture and controls (2007), S. 10; PwC, Wirtschaftskriminalität (2012), S. 11.

⁹⁰ BKA, Bundeslagebericht zur Wirtschaftskriminalität 2017, S. 2.

rungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht werden muss. Die Verhältnismäßigkeit einer Sanktion ist in der Regel nur dann gewahrt, wenn das Sanktionsniveau im Verhältnis zu anderen Straftaten oder Gesetzesverstößen angemessen ist.⁹¹ Eine beliebige Verschiebung der Strafandrohung besteht daher nur in der Theorie.

b) Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit

Die entscheidende rechtspolitische Stellschraube zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität ist daher die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit. Dies kann entweder durch Stärkung der Ermittlungsbehörden und ihrer Befugnisse erreicht werden oder durch Implementierung alternativer Kontroll- und Aufklärungssysteme, z.B. verpflichtende Compliance-Management-Systeme, Whistleblowing oder Kronzeugenregelungen. Da die Stärkung der Ermittlungsbehörden naturgemäß mit erheblichen Kosten verbunden ist und die Ermittlungsbefugnisse strengen rechtsstaatlichen Grenzen unterliegen, werden sowohl in der Forschung⁹² als auch in der Politik⁹³ alternative Kontroll- und Aufklärungssysteme befürwortet.

4. Folgen von Wirtschaftskriminalität und gesetzgeberische Maßnahmen

a) Wirtschaftliche Auswirkungen

Rechtswidriges Verhalten und Rechtsmissbrauch durch Unternehmen und ihre Mitarbeiter schwächen das Vertrauen der Bürger und Investoren in die Integrität der Wirtschaft und verursachen dadurch erhebliche volkswirtschaftliche Schäden. Schätzungen zufolge verursacht allein die Korruption in der Europäischen Union einen jährlichen Schaden von bis zu 990 Milliarden Euro, wobei die Studie untersucht hat, welche volkswirtschaftlichen Kosteneffekte, einschließlich sozialer und politischer Kosten, die Korruption in der Europäischen Union insgesamt verursacht.⁹⁴ Dies entsprach im Jahr 2017 unter Einbeziehung von Großbritannien circa fünf Prozent des Bruttoinlandsprodukts der Europäischen Union.

In Deutschland verursachen die in der polizeilichen Kriminalstatistik erfassten Wirtschaftsstraftaten – erfasst sind nur tatsächlich angezeigte Taten und der unmittelbar verursachte Schaden – einen jährlichen Schaden von circa drei Milliarden Euro, wobei 1,1 Milliarden Euro auf Insolvenzdelikte, 432 Millionen Euro auf Anlage- und Finanzierungsdelikte sowie 725 Millionen Euro auf Betrug und Untreue im Zusammenhang mit Kapitalanlagen entfallen.⁹⁵ Die Dunkelziffern dürften indes

⁹¹ *Freund*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2020, Vor. § 13 Rn. 37 ff.

⁹² *Kraakman*, 2 J. Law Econ. Organ. 53 (1986).

⁹³ Vgl. Erwägungsgründe 6 bis 9 der Whistleblowing-Richtlinie.

⁹⁴ *EPRS*, The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption, S. 12 ff.

⁹⁵ *BKA*, Bundeslagebericht zur Wirtschaftskriminalität 2020, S. 6.

wegen der geringen Entdeckungswahrscheinlichkeit und dem zurückhaltenden Anzeigeverhalten erheblich höher liegen.

Hinzu kommt, dass wirtschaftskriminelle Handlungen durch Wettbewerbsverzerrungen, Reputationsverluste für gesamte Branchen und einen generellen Vertrauensverlust in die Funktionsfähigkeit der bestehenden Wirtschaftsordnung erhebliche nicht quantifizierbare volkswirtschaftliche Schäden nach sich ziehen.⁹⁶ Die Zahlen belegen, dass aus Unternehmen heraus begangene Rechtsverletzungen keine Randerscheinung sind, sondern ein ernst zu nehmendes Problem, das den Gesetzgeber und die Justiz vor große Herausforderungen stellt.

Dass es sich hierbei keineswegs um ein Phänomen handelt, das nur kleine und mittelständische Unternehmen betrifft, belegen nicht nur die bekannten Bilanzmanipulationsskandale in den US-amerikanischen Unternehmen Enron, Worldcom und Tyco, sondern auch die Bilanzfälschungen in den deutschen Unternehmen des Neuen Marktes sowie die Korruptionsaffäre von Siemens, der Dieselskandal in der Automobilbranche, diverse Kartellabsprachen in unterschiedlichen Branchen⁹⁷ sowie nicht zuletzt die Insolvenz des Zahlungsdienstleisters Wirecard und die Cum/Ex-Geschäfte, an denen wiederum zahlreiche Großbanken beteiligt waren. Sämtlichen Fällen ist gemeinsam, dass schwerwiegende Rechtsverletzungen von hochrangigen Managern oder Vorstandsmitgliedern entweder selbst begangen oder zumindest geduldet wurden.

b) Rechtspolitische Maßnahmen zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität

Die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität hat vor diesem Hintergrund aus gesetzgeberischer Perspektive sowohl auf deutscher als auch auf europäischer Ebene höchste Priorität. Hierzulande wird das Reformtempo maßgeblich durch das Unionsrecht bestimmt. Die unionsrechtlichen Maßnahmen zielen zum einen auf eine Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit und folglich auf eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung, indem die Aufklärungsmöglichkeiten verbessert werden sollen. Ein besonders prominentes Beispiel hierfür ist die Whistleblowing-Richtlinie. Weitere Beispiele für die Einführung alternativer Rechtsdurchsetzungssysteme sind die Geldwäsche-Richtlinien⁹⁸ und das Geldwäschegesetz, wonach insbesondere Institutionen aus dem Finanzsektor zur Überwachung ihrer Kunden verpflichtet werden. Gleichermaßen gilt für die Kronzeugenregelung im Kartellrecht gemäß § 81h ff. Kartellgesetz (GWB), die dem Kartellbeteiligten, der sich als Erster an die Behörden wendet, Bußgelderlass gewährt. Ebenso sind die Anzeigepflichten bezüglich grenzüberschreitender Steuervermeidungsmodelle gemäß dem am 1. Januar 2020 in

⁹⁶ BKA, Bundeslagebericht zur Wirtschaftskriminalität 2017, S. 6.

⁹⁷ „Fahrstuhl-Kartell“, „Kaffeekartell“, „Lkw-Kartell“ etc.

⁹⁸ Zuletzt: Richtlinie (EU) 2018/843, ABl. EU L 156 v. 19.06.2018, S. 43 (fünfte EU-Geldwäsche-Richtlinie).

Kraft getretenen Gesetz zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen vom 21. Dezember 2019⁹⁹ zu nennen.

Zum anderen ist auch auf der Rechtsfolgenseite eine Erhöhung der Sanktionen zu beobachten. Beispielsweise wurde das Sanktionsregime bei Kapitalmarktverstößen durch die zweite Marktmisbrauchsrichtlinie¹⁰⁰ signifikant verschärft. Der Gesetzgeber ist folglich bestrebt, die Strafkostenerwartung für die potenziellen Täter zu erhöhen, indem er beide ihm zur Verfügung stehenden Stellschrauben justiert.

5. Zwischenergebnis

Rechtsverletzungen müssen verfolgt und effektiv geahndet werden, damit die entsprechenden Sanktionsandrohungen ihre präventive Wirkung entfalten. Die Aufklärungsquote im Bereich der Wirtschaftskriminalität ist aufgrund der besonderen Tatumstände allgemein niedrig. Daraus folgt für die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, dass weitere Verbote und höhere Sanktionsandrohungen mit großer Wahrscheinlichkeit nur geringe Effekte haben dürften. Wesentlich wirkungsvoller sind daher Strategien, die auf eine verbesserte Rechtsdurchsetzung gerichtet sind. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und setzt wegen der begrenzten Möglichkeiten zur staatlichen Kontrolle und Überwachung verstärkt auf alternative Kontroll- und Aufklärungsregime, die das staatliche Kontrolldefizit durch die Anspruchnahme privater Akteure als Hinweisgeber kompensieren sollen. Dies geschieht auf unterschiedlichen Ebenen.

II. Regelungsebenen des Whistleblowingrechts

Der Themenkomplex Whistleblowing ist vielschichtig und erfordert deshalb eine mehrdimensionale Betrachtung. Dazu gehört die eingangs erörterte Differenzierung zwischen dem Individualschutz des einzelnen Hinweisgebers und der organ-schaftlichen Pflicht zur Errichtung von Hinweisgebersystemen in Unternehmen. Ein weiteres Unterscheidungskriterium ist die Frage, ob Hinweise lediglich intern weitergegeben werden oder an externe Stellen, wie Ermittlungsbehörden, die Medien oder die Öffentlichkeit. Schließlich ist bei der Untersuchung von Regelungsstrategien zum Whistleblowing zwischen freiwilligen Meldungen und gesetzlich vorgeschriebenen Anzeigen zu unterscheiden.

⁹⁹ BGBl. 2019 I S. 2875.

¹⁰⁰ Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.04.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmisbrauchsrichtlinie), ABl. EU L 173 v. 12.06.2014, S. 179.

1. Adressat der Verdachtsmeldung oder Anzeige

a) Internes Whistleblowing

Das wesentliche Merkmal des internen Whistleblowings ist, dass der Verdachtsfall gegenüber einer internen Stelle angezeigt wird, die entweder im Rahmen eines internen Hinweisgebersystems gezielt zur Entgegennahme von Hinweisen eingerichtet wurde oder von der ein Hinweisgeber nach den Umständen erwarten kann, dass sie den Verdachtsfall prüfen und notwendige Maßnahmen ergreifen wird. Als Adressaten der internen Meldung kommen die Geschäftsleitung, der Compliance Beaufragte („*compliance officer*“), eigens eingerichtete Meldestellen für Whistleblowing oder der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats in Betracht.¹⁰¹ Aus regulatorischer Sicht kann das interne Whistleblowing durch die Institutionalisierung von Hinweisgebersystemen, den Schutz von Whistleblowern und interne Anzeige- oder Berichtspflichten verbessert werden. Die Wirksamkeit eines rein internen Hinweisgebersystems setzt indes voraus, dass die Geschäftsleitung oder der Aufsichtsrat nach Kenntnisserlangung angemessen auf die angezeigten Verdachtfälle reagiert. Die Praxis zeigt jedoch, dass Leitungsorgane in vielen Fällen trotz Kenntnis des Fehlverhaltens nicht angemessen reagieren.¹⁰² In diesen Fällen bleibt als letztes Mittel häufig nur eine Anzeige gegenüber den Aufsichts- oder Ermittlungsbehörden.

b) Externes Whistleblowing

Die Anzeige von Verdachtfällen gegenüber unternehmensexternen Stellen ist naturgemäß konfliktbehaftet, da es dabei stets um die Abwägung des Gemeinwohlinteresses an einer effektiven Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung einerseits und den Geheimhaltungsinteressen des Unternehmens andererseits geht. Im Arbeitsrecht wurde dieser Konflikt durch die Rechtsprechung dahingehend aufgelöst, dass ein Arbeitnehmer grundsätzlich zur Strafanzeige gegen seinen Arbeitgeber berechtigt ist, soweit es sich nicht um eine offensichtlich unbegründete Anzeige handelt.¹⁰³ Im Regelfall soll dem Arbeitnehmer das externe Anzeigerecht jedoch nur subsidiär zustehen, soweit der Arbeitgeber nach interner Anzeige nicht angemessen reagiert. Dies zeigt auch die vom Gesetzgeber in § 17 Abs. 2 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) getroffene Wertung. Auf die bisher weniger untersuchte Frage, ob dies auch für Rechtsanwälte gilt, die das Unternehmen beraten und in diesem Zusammenhang Rechtsverletzungen feststellen, gleichzeitig aber als Berufsgeheimnisträger gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB und § 43a Abs. 2 BRAO zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, wird im Rahmen dieser Arbeit noch einzugehen sein.

¹⁰¹ *Buchert*, in: Hauschka/Moosmayer (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016, § 42 Rn. 7 ff.

¹⁰² *ABA Task Force on Corporate Responsibility*, 59 Bus. Law. 145, 150–51 (2003).

¹⁰³ BAG, Urt. v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427 (430); BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 (704).

2. Whistleblowing und Anzeigepflichten

a) Freiwilligkeit als notwendiges Element des Whistleblowings

Nach klassischer Auffassung beschränkt sich Whistleblowing auf die freiwillige Meldung von Fehlverhalten oder Missständen. So werden in den USA Belohnungen für Whistleblower nach dem im False Claims Act verankerten „Qui-Tam-Prinzip“¹⁰⁴ und dem im Zuge der Umsetzung des Dodd-Frank Acts durch die SEC eingeführten „Bounty-Programm“¹⁰⁵ nur dann gewährt, wenn der Hinweis freiwillig an die Behörden herangetragen wurde. Auch sind die wesentlichen Säulen des Whistleblowingsrechts, wie der Individualschutz oder die Verpflichtung zur Einrichtung interner Hinweisgebersysteme, in erster Linie darauf gerichtet, die Hemmschwelle für freiwillige Anzeigen von Missständen möglichst gering zu halten.

b) Melde- und Anzeigepflichten

Neben der Gewährung finanzieller Anreize setzen Gesetzgeber und Verordnungsgeber zur Verbesserung des Anzeigeverhaltens durch Insider in spezifischen Bereichen auch straf- oder bußgeldbewehrte Melde- und Anzeigepflichten ein. In der Praxis finden sich sowohl gesetzliche als auch durch Unternehmen im Rahmen interner Compliance-Richtlinien implementierte Melde- und Anzeigepflichten, wobei sich unternehmenseigene Melde- und Anzeigepflichten regelmäßig auf interne Anzeigen beschränken. Erstrecken sich die Anzeige- und Meldepflichten lediglich auf einen bestimmten, abgrenzbaren Personenkreis, wie Rechtsanwälte, Notare oder Wirtschaftsprüfer, werden die Verpflichteten in der US-amerikanischen Literatur auch als Gatekeeper bezeichnet.¹⁰⁶ Strukturell kann auch diese Form der verpflichtenden Inanspruchnahme eines bestimmten Personenkreises als Hinweisgeber dem Whistleblowingrecht zugeordnet werden, denn auch hier geht es um die Nutzbarmachung von Insiderwissen zur Aufklärung und Rechtsdurchsetzung. Dennoch gibt es Unterschiede bei der Interessenlage der beteiligten Personen: Im Fall des freiwilligen Whistleblowings hat der Hinweisgeber *ex ante* grundsätzlich das volle Vertrauen seiner Kollegen und Vorgesetzten, weil er vor der Anzeige (und bei anonymen Hinweisgebersystemen auch danach) nicht als solcher enttarnt wird. Er hat demnach vollen Zugang zu Informationen. Anders verhält es sich bei einer Person, die aufgrund ihrer Berufszugehörigkeit oder anderer Merkmale gesetzlich zur Anzeige verpflichtet ist. Sie leidet von vornherein unter einem Vertrauensdefizit, da ihre Funktion als Hinweisgeber für jedermann transparent ist. Dies birgt die Gefahr, dass anzeigepflichtige Personen generell nur Zugang zu bestimmten In-

¹⁰⁴ 31 U.S.C. §§ 3730(d); *Pfeifle*, Finanzielle Anreize für Whistleblower, S. 81 ff.

¹⁰⁵ SEC Release 34–64545, Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21 F of the Securities Exchange Act of 1934 (May 25, 2011); *Schürrle/Fleck*, CCZ 2011, 218 (219).

¹⁰⁶ *Fisch/Rosen*, 48 Vill. L. Rev. 1097, 1102 (2003).

formationen erhalten oder vollständig vom Informationsfluss abgeschnitten werden. Trotz dieses vermeintlichen Nachteils macht der Gesetzgeber in den USA, beispielsweise im Kapitalmarktrecht („*securities law*“) durch Section 307 SOX, verstärkt von Anzeige- und Meldepflichten für Rechtsanwälte Gebrauch. Ebenso werden in Europa und Deutschland zunehmend Anzeige- und Meldepflichten zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität für bestimmte Berufsgruppen gesetzlich verankert.

C. Whistleblowing im System der Corporate Governance

Whistleblowingsysteme sind Teil der Corporate Governance, weil sie dazu beitragen können, dass Informationsasymmetrien innerhalb von Unternehmen abgebaut und dadurch die Leistungsfähigkeit der Überwachungs- und Kontrollorgane gestärkt werden. So empfiehlt der Deutsche Corporate Governance Kodex unter A.2, dass Mitarbeitern und Dritten auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden soll, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben.

I. Corporate Governance

1. Begriffliches

Der Begriff „Corporate Governance“ bezeichnet den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitungs- und Kontrollstruktur eines Unternehmens.¹⁰⁷ Gelegentlich wird der Begriff auch zur ganz allgemeinen Umschreibung einer guten Unternehmensführung verwendet. Dies ist insoweit zutreffend, als eine effektive Corporate Governance stets darauf gerichtet sein sollte, eine gute Unternehmensführung und -überwachung zu gewährleisten.¹⁰⁸ Begrifflich ist jedoch zu differenzieren zwischen Corporate Governance als normativer Rahmen einerseits und der Unternehmensführung als Führung der Geschäfte im eigentlichen Sinn andererseits.

Spätestens seit der Einführung des Deutschen Corporate Governance Kodex im Jahr 2002 ist der aus den USA stammende Begriff auch in Deutschland fester Bestandteil des Unternehmensalltags und der gesellschaftsrechtlichen Literatur. Im

¹⁰⁷ Deutscher Corporate Governance Kodex, Präambel; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2023, § 1 Rn. 1.80; v. *Werder*, in: Hommelhoff/Hopt/v. *Werder* (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 3 (4 f.). Die klassischen Corporate-Governance-Probleme treten wegen der fragmentierten Aktionärsstruktur insbesondere bei börsennotierten Aktiengesellschaften auf. Wenn in dieser Arbeit von einem Unternehmen gesprochen wird, ist folglich die Aktiengesellschaft gemeint. Die Überlegungen lassen sich zum Teil aber auch auf andere Gesellschaftsformen übertragen.

¹⁰⁸ *Wernsmann/Gatzka*, NZG 2011, 1001 (1002).

Kern geht die Corporate-Governance-Forschung auf den Prinzipal-Agent-Konflikt zurück, der durch die Trennung von Eigentum und Verfügungsgewalt in Publikumsgesellschaften verursacht wird und opportunistisches Verhalten der Geschäftsleitung begünstigen kann. Vor diesem Hintergrund versucht die Corporate-Governance-Forschung, effektive Leitungs- und Kontrollstrukturen zu entwickeln, die zur Überwindung dieses Prinzipal-Agent-Konflikts beitragen.

2. Grundsätze der Corporate Governance

a) Shareholder Value und Stakeholder Value

Eine gute Corporate-Governance-Struktur zeichnet sich durch eine effiziente und leistungsstarke Kontrolle der Geschäftsführung aus. Maßstab ist der langfristige Unternehmenserfolg.

Während in der US-amerikanischen Debatte der Unternehmenserfolg in erster Linie mit den wirtschaftlichen Interessen der Aktionäre gleichgesetzt wird (Shareholder-Ansatz), ist die Debatte in Deutschland breiter aufgestellt und schließt die Belange der Arbeitnehmer, der Gläubiger, der Zulieferer und anderer Interessengruppen mit ein (Stakeholder-Ansatz). Der Grund hierfür wird in den tatsächlichen und wirtschaftshistorischen Gegebenheiten gesehen. Aufgrund des deutlich stärker auf Fremdkapital ausgerichteten Systems der Unternehmensfinanzierung spielt im Vergleich zu den USA im deutschen Gesellschaftsrecht der Gläubigerschutz eine wesentlich größere Rolle.

Der besonders ausgeprägte Schutz von Gläubigern zeigt sich beispielsweise an den strengen Kapitalerhaltungsvorschriften für deutsche Kapitalgesellschaften. Vergleichbare Pfadabhängigkeiten können als Erklärung für die ausgeprägten Mitarbeitermitbestimmungsrechte und andere Bereiche herangezogen werden. Eine gute Corporate-Governance-Struktur wird deshalb hierzulande daran gemessen, dass sie den Interessen aller Bezugsgruppen zu einem angemessenen Ausgleich verhilft und verhindert, dass Vorstandsmitglieder ihren Handlungsspielraum zur Verfolgung eigener Interessen und zum Nachteil der anderen Bezugsgruppen ausnutzen.¹⁰⁹

b) Diskretionärer Entscheidungsspielraum

Dies bedeutet indes nicht, dass in einer guten Corporate-Governance-Struktur unternehmerische Entscheidungen des Vorstands, die zum Wohle des Unternehmens stets mit gewissen Risiken verbunden sind, einer vollständigen Überwachung und Kontrolle unterstellt werden müssen. Vielmehr soll und muss dem Vorstand zur erfolgreichen Führung der Geschäfte ein diskretionärer Entscheidungsspielraum

¹⁰⁹ Vgl. statt vieler v. Werder, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 3 (7 ff.); Fleischer, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 185 (185 ff.).

verbleiben, der es ihm ermöglicht, unternehmerische Entscheidung nach bestem Wissen und Gewissen zum Wohle der Gesellschaft zu treffen und umzusetzen.¹¹⁰ Dieser Grundsatz findet sich im deutschen Gesellschaftsrecht beispielsweise im Haftungsfreiraum für Vorstandsmitglieder gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, der insofern an das US-amerikanische Rechtsinstitut der Business Judgment Rule angelehnt ist.¹¹¹

3. Ökonomisch-theoretische Grundlagen

Methodisch wird die Debatte durch die ökonomische Analyse des Rechts geprägt, die darauf gerichtet ist, anhand ökonomischer Modelle die Wirkung von Normen auf das Verhalten von Individuen zu untersuchen (positive Analyse) und unter Effizienzgesichtspunkten mit alternativen Regelungskonzepten zu vergleichen (normative Analyse).¹¹²

a) Neue Institutionenökonomik

Ausgangspunkt ist dabei das von der neoklassischen Theorie entwickelte Verhaltensmodell des „*homo oeconomicus*“, das ein rationales, den eigenen Nutzen maximierendes Verhalten zugrunde legt.¹¹³ In der ökonomischen Analyse des Gesellschaftsrechts wird dieses Konzept um die modelltheoretischen Annahmen der Neuen Institutionenökonomik erweitert, deren wesentlicher Grundgedanke darin besteht, dass im Rahmen von Austauschbeziehungen aufgrund unvollständiger Verträge, asymmetrischer Information, beschränkter Rationalität, Opportunismus oder Moral Hazard erhebliche Transaktionskosten entstehen, sodass unter bestimmten Umständen die Integration von (Markt-)Transaktionen in eine hierarchisch organisierte Struktur eines Unternehmens Transaktionskosten senken und damit effizienzsteigernd wirken kann.¹¹⁴ Institutionelle Arrangements und Governance-Strukturen sind aus Sicht der Neuen Institutionenökonomik demnach allein das Resultat positiver Transaktionskosten in Austauschbeziehungen.¹¹⁵

b) Principal-Agent-Konflikt

Das Unternehmen wird auf dieser Grundlage von Coase, einem der wichtigsten Vertreter der Neuen Institutionenökonomik, nicht als geschlossene Einheit be-

¹¹⁰ Leyens, Information des Aufsichtsrats, S. 16.

¹¹¹ Fleischer, ZIP 2004, 685 (685 f.).

¹¹² Voigt, Institutionenökonomik, 2. Aufl. 2009, S. 35.

¹¹³ Voigt, Institutionenökonomik, 2. Aufl. 2009, S. 19 ff.

¹¹⁴ Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, S. 34 ff.

¹¹⁵ Zum Ganzen Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, S. 101 ff.; Furubotn/Richter, Institutions and Economic Theory, S. 386 ff.

trachtet, sondern als ein vertragliches Geflecht einzelner Bezugsgruppen.¹¹⁶ Dabei steht in der Corporate-Governance-Forschung die auf Dauer angelegte Vertragsbeziehung zwischen Aktionären („principal“) und der Geschäftsleitung („agent“) im Mittelpunkt. Sie ist in hohem Maße unvollständig, da nicht alle künftigen Konstellationen und Umstände vorhergesehen und *ex ante* geregelt werden können.¹¹⁷

Die Geschäftsleitung hat folglich diskretionäre Entscheidungsspielräume, innerhalb derer sie ohne Weisung oder Zustimmung der Aktionäre im freien Ermessen unternehmerische Entscheidungen treffen kann und soll. Die Vertragsbeziehung zwischen den Aktionären und der Geschäftsleitung wird daher auch als relationaler Vertrag bezeichnet.¹¹⁸ Unter der Annahme eigener Nutzenmaximierung liegt die Annahme nahe, dass die Geschäftsleitung ihren Entscheidungsspielraum durch opportunistisches Verhalten ausnutzen wird, d. h. ihre persönlichen Präferenzen über die Interessen der Aktionäre und des Unternehmens stellen.¹¹⁹ Um sicherzustellen, dass die Geschäftsleitung im Interesse der Aktionäre bzw. im Unternehmensinteresse handelt, ist daher eine effektive Überwachung und Kontrolle erforderlich. Strukturell bedingte Informationsasymmetrien und fehlende Handlungsanreize verhindern allerdings, dass Aktionäre die Geschäftsleitung ausreichend überwachen und kontrollieren können. Für den einzelnen Aktionär ist es in der Regel nicht rational, Überwachungskosten in Bezug auf ein bestimmtes Unternehmen aufzuwenden, da er aufgrund der regelmäßig geringen Beteiligungsquote von den Vorteilen seines Einsatzes nur unverhältnismäßig profitieren würde. Man spricht insoweit von „rationaler Apathie“.¹²⁰

c) Governance-Systeme

Die Neue Institutionenökonomik gelangt daher zu der Erkenntnis, dass das opportunistische Verhalten durch Kontroll-, Überwachungs- oder Anreizsysteme zu unterbinden sei, wobei der Gewaltenteilung, Transparenz und Interessenangleichung als grundlegende Prinzipien eine wesentliche Bedeutung beigemessen wird.¹²¹ Durch die notwendigen Überwachungs- und Kontrollsysteme entstehen Reibungsverluste, die sich als interne Transaktionskosten niederschlagen.¹²² In der Theorie wird ein optimales Verhältnis zwischen Verlusten durch opportunistisches Verhalten und

¹¹⁶ Coase, 4 *Economica* 386 (1937); Jensen/Meckling, 3 *J. Fin. Econ* 305, 310 (1976).

¹¹⁷ Furubotn/Richter, *Institutions and Economic Theory*, S. 388; zum Ganzen auch Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2023, § 1 Rn. 1.29 ff.; Kieser/Ebers, *Organisationstheorien*, S. 207 ff.

¹¹⁸ Williamson, *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus*, S. 290 ff.

¹¹⁹ Jensen/Meckling, 3 *J. Fin. Econ* 305, 308 (1976).

¹²⁰ Dazu Servatius, *Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung*, S. 196 ff.

¹²¹ Williamson, *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus*, S. 272 ff.

¹²² Williamson, *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus*, S. 102 ff.; Furubotn/Richter, *Institutions and Economic Theory*, S. 54 f.

Agency-Kosten angestrebt, sodass die internen Transaktionskosten auf ein Minimum reduziert werden.¹²³

Im Kern setzt die ökonomische Theorie damit auf das Prinzip der Selbstkontrolle bzw. -überwachung. Die privaten Kontroll-, Überwachungs- oder Anreizsysteme werden grob in die bereits angesprochenen Kategorien der internen und externen Governance unterteilt. So können einerseits interne Kontrollstrukturen geschaffen werden, indem bestimmten Bezugsgruppen Informations-, Überwachungs- oder Entscheidungsrechte zugewiesen werden, die es ihnen ermöglichen, opportunistisches Verhalten zu identifizieren und zu unterbinden. Dieser Mechanismus tritt im deutschen Aktienrecht beispielsweise in Gestalt des dualistischen Führungssystems zutage, das den Aufsichtsrat als Überwachungs- und Kontrollagenten einsetzt.¹²⁴

Andererseits kann ein Governance-System auch auf die Kräfte des Marktes setzen und diese durch Errichtung eines geeigneten Ordnungsrahmens gezielt fördern. Ein Beispiel hierfür ist der Markt für Unternehmensübernahmen.¹²⁵ Das dahinterstehende Prinzip geht davon aus, dass opportunistisches Verhalten des Managements zu einem Abschlag des Börsenwerts führt. Da sich potenzielle Käufer versprechen, durch Auswechselung des Managements das Delta zwischen Marktpreis und wahren Wert abschöpfen zu können, wird das Unternehmen als Übernahmeziel interessant. Das Risiko, nach einer erfolgreichen Übernahme ersetzt zu werden, soll auf das amtierende Management disziplinierend wirken. Dieser externe Kontrollmechanismus wird durch die Stillhalte- und Neutralitätspflicht des Vortandes einer Gesellschaft, deren Aktien Gegenstand eines öffentlichen Übernahmeangebots sind, gemäß den §§ 33 f. WpÜG abgesichert.

4. Rechtsquellen und Regulierungsebenen

Die Corporate-Governance-Struktur einer börsennotierten Aktiengesellschaft wird über die formellen und materiellen Gesetze hinaus insbesondere auch durch untergesetzliche Regelwerke geprägt.

a) Gesetz und Satzung

Ausgangspunkt bleiben indes die gesetzlichen Vorschriften des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, die in Deutschland durch ihren überwiegend zwingenden Charakter die Grundordnung der Governance-Struktur vorschreiben. Wesentliche Parameter der Organisations- und Finanzverfassung sind damit der Entscheidungskompetenz der Gründungsaktionäre entzogen. Beispielsweise ist in der Organisationsverfassung das dualistische Führungssystem mit Vorstand und Auf-

¹²³ Kieser/Ebers, Organisationstheorien, S. 211 f.

¹²⁴ Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, S. 274.

¹²⁵ Garvey/Swan, 1 J. Corp. Finance 139, 145–46 (1994).

sichtsrat zwingend vorgeschrieben. Die gesetzlichen Vorgaben werden durch die Satzung ergänzt. In der Satzung müssen Grundfragen zur Kapitalausstattung und Größe des Vorstands festgelegt werden. Soweit das Gesetz dispositiv bzw. nicht abschließend ist, können abweichende oder ergänzende Regelungen getroffen werden. Die Satzung ist für alle Organe bindend und kann gemäß § 179 Abs. 1 Satz 1 AktG nur durch Hauptversammlungsbeschluss geändert werden. Daneben spielen untergesetzliche Regelwerke eine wesentliche Rolle (sogenanntes „soft law“). Diese können sowohl als unternehmensübergreifende Richtlinien ausgestaltet sein als auch in Form interner Leitlinien.

b) Deutscher Corporate Governance Kodex

Zuvorderst ist in diesem Zusammenhang der Deutsche Corporate Governance Kodex mit seinen untergesetzlichen Empfehlungen und Anregungen zu nennen. Die Durchsetzung dieser von einer Expertengruppe definierten untergesetzlichen Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung wird über einen *comply-or-explain*-Mechanismus gewährleistet. Gemäß § 161 AktG sind börsennotierte Aktiengesellschaften verpflichtet, sich jährlich über die Einhaltung der Empfehlungen zu erklären und Abweichungen zu begründen. Damit soll einerseits die notwendige Flexibilität für die unterschiedlichen Bedürfnisse der Unternehmen gewahrt werden. Andererseits sollen die selbstregulierenden Kräfte des Marktes Unternehmen zur Befolgung der Empfehlungen zwingen. Abweichungen von den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex sind somit zulässig, müssen aber begründet werden. Ist die Entsprechenserklärung unrichtig oder wird sie nicht korrigiert, wenn sie nach ihrer Abgabe unrichtig geworden ist, handeln die Organmitglieder pflichtwidrig. So kann beispielsweise die Entlastung der Organmitglieder aufgrund einer falschen Entsprechenserklärung verweigert oder eine bereits erteilte Entlastung angefochten werden, soweit die Organmitglieder die Unrichtigkeit der Erklärung kannten oder kennen mussten.¹²⁶ Denkbar sind zudem haftungsrechtliche Folgen bei Abgabe einer wahrheitswidrigen Entsprechenserklärung, wenn der Gesellschaft dadurch ein Schaden entstanden ist.¹²⁷ Die Organmitglieder sind insoweit verpflichtet, die Einhaltung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex durch das Unternehmen sorgfältig zu überwachen und die Richtigkeit der Entsprechenserklärung zu gewährleisten.

c) Unternehmensinterne Richtlinien

Schließlich können Corporate-Governance- und Compliance-Standards auch durch Geschäftsordnungen der Organe und unternehmensinterne Richtlinien fest-

¹²⁶ BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Tz. 18 ff. (Kirch/Deutsche Bank) = NZG 2009, 342; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2023, § 1 Rn. 1.82.

¹²⁷ *Hirte*, TransPuG, Rz. I 42 ff. m. w. N.; *Bayer/Scholz*, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.07.2022, § 161 Rn. 143 ff.

gelegt werden.¹²⁸ Der Geltungsanspruch dieser internen Regelwerke beschränkt sich auf das jeweilige Unternehmen, das sie erlassen hat. Die inhaltliche Gestaltung und Zielsetzung liegt im Ermessen des Unternehmens und kann sich an dessen individuellen Bedürfnissen ausrichten. Zur Regelsetzung befugt ist der Aufsichtsrat in Bezug auf seine eigene Geschäftsordnung und die des Vorstands bzw. der Vorstand in Bezug auf seine eigene Geschäftsordnung, wenn nicht der Aufsichtsrat gemäß § 77 Abs. 2 AktG befugt ist, und hinsichtlich unternehmensinterner Richtlinien im Rahmen seiner allgemeinen Leitungskompetenz. Verstöße gegen interne Regelwerke können nur im Innenverhältnis sanktioniert werden, haben aber keine Außenwirkung.

5. Akteure im System der Corporate Governance

a) Gesellschaftsorgane

Die wichtigsten Akteure im internen Corporate-Governance-System einer deutschen Aktiengesellschaft sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung. Während der Vorstand gemäß § 76 AktG die Geschäfte der Gesellschaft leitet, sind Aufsichtsrat und Hauptversammlung von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Die Kernaufgabe des Aufsichtsrats besteht darin, die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen und diesem beratend zur Seite zu stehen. Darüber hinaus ist der Aufsichtsrat für Personalfragen hinsichtlich des Vorstands, namentlich die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder zuständig. Diese klare Abgrenzung der Leitungs- und Überwachungsfunktion wird als dualistisches Leitungssystem bezeichnet. Im Gegensatz dazu besteht die oberste Führungsebene in einem monistischen System, wie es in den USA und vielen anderen Industrieländern üblich ist, mit dem Board of Directors aus nur einem einheitlichen Leitungs- und Überwachungsorgan. Trotz dieser institutionellen Unterschiede haben sich die Systeme zunehmend angenähert. Während in den USA für börsennotierte Gesellschaften seit den Reformen des Sarbanes-Oxley Acts eine zwingende Mindestanzahl von unabhängigen Direktoren vorgesehen ist, wodurch es faktisch ebenfalls zu einer Trennung von Leitung und Überwachung kommt, wird in Deutschland insbesondere durch den Deutschen Corporate Governance Kodex versucht, den Aufsichtsrat stärker in die Vorstandstätigkeit einzubeziehen, um dessen Informationsgrundlage zu stärken.¹²⁹ Zudem ermöglicht die Rechtsform der Societas Europaea auch für in Deutschland ansässige Gesellschaften gemäß Art. 38 Buchst. b SE-Verordnung¹³⁰

¹²⁸ Zum Ganzen *Hommelhoff/Schwab*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 71 (111 ff.).

¹²⁹ *Böckli*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 255 (269 ff.).

¹³⁰ Verordnung 2157/2001/EG des Rates v. 08.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Verordnung – SE-VO), ABl. EU L 294 v. 10.11.2001, S. 1.

i. V. m. § 20 des SE-Ausführungsgesetzes (SEAG) eine Wahl zwischen dem monistischen und dualistischen Leitungssystem.¹³¹

Der Hauptversammlung kommt in Bezug auf die Geschäftsführung naturgemäß eine untergeordnete Rolle zu. Abgesehen von Grundlagenentscheidungen zur Gesellschaftsstruktur und Geschäftsführungsmaßnahmen, die der Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen, beschränkt sich die Zuständigkeit der Hauptversammlung im Wesentlichen auf die Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder, Entscheidung über die Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie die Beschlussfassung über die Gewinnverwendung. Die durch die Aktionärsrechterichtlinie¹³² angestoßene Modernisierung der Teilnahmemöglichkeiten hat die Stimmrechtsausübung der Aktionäre vereinfacht und strengere Transparenzvorschriften haben die Informationsgrundlage der Aktionäre verbessert, sodass die Einflussmöglichkeiten der Aktionäre grundsätzlich besser geworden sind.¹³³ Abgesehen von sogenannten „aktivistischen Investoren“, die durch öffentlichkeitswirksame Kampagnen versuchen, Einfluss auf die Geschäftsführung zu nehmen, und der Einflussnahme von Stimmrechtsberatern auf das Abstimmungsverhalten von institutionellen Investoren bleibt es im Grundsatz beim Phänomen der rationalen Apathie der Aktionäre, das durch die Verbreitung passiver Index-Fonds möglicherweise noch verstärkt wird.¹³⁴

b) Gatekeeper

Neben den unmittelbar der Gesellschaft angehörenden Organmitgliedern spielen in der Corporate Governance auch externe Akteure wie Wirtschaftsprüfer, Ratingagenturen und Analysten als Gatekeeper eine wichtige Rolle. In der Corporate-Governance-Forschung wird mit dem Begriff „Gatekeeper“ klassischerweise ein unabhängiger Experte bezeichnet, von dessen Zustimmung, Beurteilung oder Rating abhängt, ob ein Marktteilnehmer bestimmte Transaktionen durchführen oder einen angestrebten Status erreichen kann.¹³⁵ Beispielsweise hat ein uneingeschränktes Testat des Abschlussprüfers positive Signalwirkung auf die Aktionäre und Investoren.¹³⁶ Ebenso dürfen bestimmte Investorengruppen, wie Pensionskassen oder

¹³¹ *Kalss/Klampfl*, in: Dauseis/Ludwig (Hrsg.), Hdb. EU-WirtschaftsR, 55. EL Januar 2022, E.III. Rn. 574 f.

¹³² Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.07.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften (Aktiönsrechterichtlinie), ABI. EU L 184 v. 14.07.2007, S. 17.

¹³³ *Habersack/Versch*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 7 Rn. 1 f.

¹³⁴ *Klöhn*, ZHR 185 (2021), 182 (182 ff.).

¹³⁵ Vgl. zum Begriff *Westhoff*, Fairness Opinion, S. 8 ff., 224 f.; *Kraakman*, 2 J. Law Econ. Organ. 53, 54 (1986).

¹³⁶ *Grotheer*, Die Verantwortung des Wirtschaftsprüfers, S. 186 f.

Versicherungen, erst dann in ein Wertpapier investieren, wenn hierfür ein positives Rating durch eine anerkannte Ratingagentur abgegeben wurde.¹³⁷

Gatekeeper sind demnach unabhängige Experten, die bestimmte Aspekte eines Unternehmens, wie die Finanzberichterstattung, die Kreditwürdigkeit oder die Geschäftsaussichten, bewerten und damit als Intermediär zwischen dem Unternehmen und anderen Marktteilnehmern stehen. Dazu gehören in erster Linie Wirtschaftsprüfer, aber auch Ratingagenturen, Finanzanalysten und Investmentbanken. Ihre Glaubwürdigkeit basiert im Wesentlichen auf ihrer über Jahre aufgebauten Reputation. Je größer die Reputation, desto stärker ist die steuernde Wirkung, die ihre Bewertung im Markt entfalten kann. Gatekeeper steuern auf diese Weise den Zugang von Unternehmen zum Kapitalmarkt. Ihnen kommt daher eine wesentliche Rolle in der Überwachung und Kontrolle der Geschäftsleitung zu.

II. Compliance und Corporate Governance

1. Corporate Compliance

Der moderne Begriff „Corporate Compliance“ beschreibt im Wortsinn die Pflicht zur Einhaltung von Recht und Gesetz im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Unternehmens.¹³⁸ Im Kern handelt es sich um die gesetzlich verankerte Legalitätspflicht der Leitungssorgane einer Gesellschaft. Bei der Aktiengesellschaft folgt die Legalitätspflicht, d. h. die Verantwortung des Vorstands für die Einhaltung von Recht und Gesetz durch das Unternehmen, seine Organmitglieder und seine Mitarbeiter, aus den §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG sowie § 130 OWiG. Kritiker kanzeln die Compliance-Debatte daher gerne als „alten Wein in neuen Schläuchen“ ab.¹³⁹ Obwohl diese Kritik nicht unberechtigt ist, greift sie in der Sache zu kurz. Wegen der Größe und Internationalität moderner Konzerne ist die Gewährleistung der Einhaltung von Gesetzen und untergesetzlichen Regelwerken immer komplexer und schwieriger geworden.¹⁴⁰ Darüber hinaus gibt es zunehmend gesetzliche Anforderungen an die Einrichtung einer Compliance-Organisation. Beispielsweise wurde mit dem FISG gemäß § 91 Abs. 3 AktG erstmalig für börsennotierte Gesellschaften eine branchenübergreifende Pflicht zur Schaffung geeigneter Compliance-Management-Systeme in das Aktienrecht eingeführt. Neu ist außerdem die Entschlossenheit, mit der die Strafverfolgungs- und Ordnungsbehörden bei Pflichtverstößen gegen Organmitglieder¹⁴¹ vorgehen, gegen Unternehmen Bußgelder verhängen und von der

¹³⁷ Vgl. BaFin, Rundschreiben 11/2017 (VA), Abschnitt B.3.1 Buchst. c.

¹³⁸ Grundsatz 5 des DCGK; Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2023, § 3 Rn. 3.42a ff.; Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 76 Rn. 11; Unmuth, AG 2017, 249 (249).

¹³⁹ Spindler, WM 2008, 905 (905).

¹⁴⁰ Unmuth, AG 2017, 249 (249 f.).

¹⁴¹ LG München, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, ZIP 2014, 570; BGH, Urt. v. 17.07.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 = AG 2009, 740.

Möglichkeit zur Gewinnabschöpfung¹⁴² Gebrauch machen. Zudem unterstreicht die politische Diskussion zur Einführung eines Unternehmensstrafrechts¹⁴³ sowie das gestiegene Bewusstsein der institutionellen Investoren für Compliance-Themen¹⁴⁴ den Bedeutungszuwachs in der Praxis.

2. Compliance als Bestandteil der Corporate Governance

Ein gutes Corporate-Governance-System schafft eine effektive Kontroll- und Überwachungsstruktur, die Fehlverhalten von Organmitgliedern und anderen Unternehmensangehörigen unterbinden soll, ohne dabei die unternehmerische Handlungsfreiheit über das erforderliche Maß hinaus zu beschränken. Compliance bezeichnet dagegen die Aufgabe der Leitungs- und Kontrollorgane, innerhalb der durch die Corporate Governance vorgegebenen organschaftlichen Pflichten ein rechtmäßiges und auf den gesellschaftlichen Konsens ausgerichtetes Unternehmenshandeln sicherzustellen.¹⁴⁵ Im dualistischen System der Aktiengesellschaft ist der Vorstand im Rahmen seiner organschaftlichen Pflichten für die Ausarbeitung und Einrichtung eines angemessenen Compliance-Management-Systems verantwortlich. Streng genommen ist die konkrete Gestaltung eines Compliance-Management-Systems daher nicht unmittelbar der Corporate Governance zuzuordnen, da diese lediglich den Ordnungsrahmen für das Vorstandshandeln beschreibt, nicht aber die Art und Weise der Umsetzung der Geschäftsführungsmaßnahmen im Einzelfall. Beide Systeme sind jedoch durch die organschaftliche Verantwortung des Vorstands zur Einrichtung eines angemessenen Compliance-Management-Systems und der korrespondierenden Verantwortung des Aufsichtsrats zur Kontrolle und Überwachung der Wirksamkeit des Compliance-Management-Systems eng miteinander verknüpft. Diese Verzahnung spiegelt sich sowohl in § 107 Abs. 3 AktG wider, wonach der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss einzurichten hat, der sich mit der Überwachung der Wirksamkeit des internen Kontrollsystens und des Risikomanagementsystems zu befassen hat, als auch in den entsprechenden Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex. Daneben kann und sollte ein Compliance-Management-System indes auch strukturell in die Vorstandüberwachung eingebunden werden, indem beispielsweise direkte Informationskanäle zwischen Mitarbeitern und dem Aufsichtsrat etabliert werden, um eine vorstandsunabhängige Information des Aufsichtsrats zu gewährleisten.¹⁴⁶ Dies gilt erst recht für Unternehmen, die gemäß § 12 Abs. 1 HinSchG zur Einrichtung interner Meldestellen verpflichtet sind.¹⁴⁷

¹⁴² Ad-hoc-Mitteilung der Volkswagen AG v. 13.06.2018, abrufbar im Internet unter: https://www.volkswagengroup.com/de/news/2018/06/Ad-hoc_VW_Group_Fine_diesel_crisis.html (zuletzt abgerufen am 06.06.2022).

¹⁴³ *Leipold*, ZRP 2013, 34; *Heinrichs*, in: Bürkle (Hrsg.), *Compliance*, 3. Aufl. 2020, § 17, Rn. 95 f.

¹⁴⁴ *Moosmayer*, *Compliance*, § 2 Rn. 70.

¹⁴⁵ *Berndt/Hoppler*, BB 2005, 2623 (2627).

¹⁴⁶ *Leyens*, *Information des Aufsichtsrats*, S. 193 ff.

III. Institutionalisierung des Whistleblowings

1. Whistleblowing als integraler Bestandteil des Compliance-Management-Systems

Ein effektives Compliance-Management-System setzt eine entsprechende Unternehmenskultur voraus, in der alle Mitarbeiter des Unternehmens sich der Bedeutung bewusst sind und ihren Beitrag leisten.¹⁴⁸ In der Literatur wird daher zu Recht betont, dass eine Implementierung durch bloße Weisung der Unternehmensführung („*top down*“) in der Regel nicht genügt. Es kommt vielmehr darauf an, die Mitarbeiter durch regelmäßige Compliance-Schulungen zu sensibilisieren und flankierend mit der Einrichtung eines Hinweisgebersystems in die Compliance einzubinden, indem die Weitergabe von Informationen über potenzielles Fehlverhalten an die Unternehmensleitung ermöglicht wird („*bottom up*“). Durch Einrichtung eines Hinweisgebersystems wird ein institutionalisierter Informationskanal geschaffen, der dazu beitragen kann, dass Verstöße aufgedeckt werden und die Unternehmensleitung durch entsprechende Maßnahmen das Fehlverhalten unterbinden und größeren Schäden vom Unternehmen abwenden kann. Entscheidend für die Wirksamkeit eines Hinweisgebersystems ist das Vertrauen der Hinweisgeber in die Integrität der jeweiligen Meldestelle, denn ein Mitarbeiter wird mögliche Verstöße insbesondere dann melden, wenn er darauf vertrauen kann, dass ihm daraus kein Nachteil erwächst. Dies kann durch anonyme Meldesysteme und ausdrückliche Bekenntnisse des Unternehmens zum Hinweisgeberschutz erreicht werden. Das Whistleblowing kann daher als zusätzliche Informationsquelle integraler Bestandteil eines effektiven Compliance-Management-Systems sein.¹⁴⁹

2. Whistleblowing und Prüfungsausschuss

Die genannten Vorteile eines Hinweisgebersystems sind mittlerweile gemeinhin anerkannt. Während der Vorstand für die Implementierung zuständig ist, erfolgt die Überwachung und Kontrolle des Hinweisgebersystems durch den Aufsichtsrat. Gemäß Empfehlung D.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex soll der Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft einen Prüfungsausschuss einrichten, der sich insbesondere mit der Prüfung der Rechnungslegung, der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsysteins, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung und der Compliance befasst. Außerdem ist seit Inkrafttreten des FISG die Einrichtung eines Prüfungsausschusses gemäß § 107 Abs. 4 AktG für Unternehmen von öffentlichem Interesse im Sinne des § 316a Satz 2 HGB ver-

¹⁴⁷ *Hirte*, GS Tilp, S. 135 (163) m. w. N.; *Gerdemann*, Überlegungen zur nationalen Umsetzung, sub. 3.

¹⁴⁸ *Windthorst*, in: MHdb GesR, Band 9, 6. Aufl. 2021, § 14 Rn. 47 ff.

¹⁴⁹ *Berndt/Hoppler*, BB 2005, 2623 (2627 f.).

pflichtend. Entsprechende Verpflichtungen bestehen gemäß § 25d Abs. 7 KWG für Banken und andere Unternehmen des Finanzsektors.

Zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses gehört auch, die Wirksamkeit des Hinweisgebersystems zu prüfen, soweit eine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung eines Meldesystems besteht oder im Einzelfall die Einrichtung eines Meldesystems geboten erscheint. Zudem durchbricht § 107 Abs. 4 AktG das im Aktienrecht angelegte Informationsmonopol des Vorstands zugunsten eines unmittelbaren Informationszugriffsrechts des Vorsitzenden des Prüfungsausschusses gegenüber den Ressortleitern, die für die Aufgaben zuständig sind, die den Prüfungsausschuss betreffen. Im Anwendungsbereich des § 107 Abs. 4 AktG ist der Vorsitzende des Prüfungsausschusses demnach berechtigt, etwaige Erkenntnisse aus einem Hinweisgebersystem beim zuständigen Ressortleiter abzufragen. Die Übertragung der Verantwortung für die Überwachung der Wirksamkeit des Compliance-Managements und damit auch des Hinweisgebersystems auf den Prüfungsausschuss ist konsequent und trägt zur Etablierung professioneller Standards bei.

Noch wirkungsvoller wäre eine direkte Einbeziehung des Prüfungsausschusses in das Hinweisgebersystem in der Weise, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses automatisch über relevante Meldungen von Hinweisgebern informiert wird.¹⁵⁰ Eine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung entsprechender Berichtslinien bestand bereits vor Einführung des Hinweisgeberschutzgesetzes nicht¹⁵¹ und hat sich durch die Vorgaben zur Errichtung interner Meldestellen gemäß §§ 12 ff. HinSchG auch nicht geändert. Die Entscheidung, den Aufsichtsrat bzw. den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses in das Hinweisgebersystem einzubinden, obliegt damit allein dem Vorstand. In der Praxis zeigt sich jedoch, dass viele Dax-Unternehmen in ihren Compliance-Richtlinien eine entsprechende Möglichkeit zur direkten Berichterstattung an den Prüfungsausschuss bereits heute vorsehen.¹⁵² Deutsche Unternehmen passen sich damit den internationalen Gepflogenheiten an. In den USA ist die Pflicht zur Einbindung des „audit committee“ in das Hinweisgebersystem spätestens seit Inkrafttreten des Sarbanes-Oxley Acts verpflichtend.¹⁵³

¹⁵⁰ Hirte, GS Tilp, S. 135 (163) m. w. N.

¹⁵¹ Andere Ansicht Henning, in: Hopt/Binder/Böcking (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance von Banken, 2. Aufl. 2020, § 14 Rn. 62.

¹⁵² Vgl. § 8 der Geschäftsordnung des Prüfungsausschusses der Siemens AG (Stand: 01.10.2020), abrufbar im Internet unter: https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:5d813dc6-eed6-4c0a-81f7-8dd757fd388a/gopruefungsausschuss-2020.pdf?ste_sid=14f41d296502ceb9db1fefeb97a4a6ed (zuletzt abgerufen am 06.06.2022).

¹⁵³ Section 301 SOX.

D. Zwischenergebnis

Wirtschaftskriminalität beeinträchtigt das Vertrauen der Bürger und Anleger in die Integrität der Wirtschaftsordnung und schwächt damit den Wirtschaftsstandort der Bundesrepublik Deutschland. Untersuchungen zeigen, dass Wirtschaftsstraftaten meist unentdeckt bleiben oder erst aufgedeckt werden, wenn der Schaden bereits eingetreten ist. Aufgrund rechtlicher und tatsächlicher Grenzen bei der staatlichen Aufklärung herrscht Einigkeit, dass eine effektive Rechtsdurchsetzung im Bereich der Unternehmens- und Wirtschaftskriminalität verstärkt auf Selbstkontrolle und das Insiderwissen der beteiligten Akteure setzen muss. Die Regelungsansätze sind vielfältig. In den letzten beiden Jahrzehnten wurden in Deutschland, der Europäischen Union und den USA durch diverse Reformgesetze erhebliche Anstrengungen unternommen, um die internen Kontroll- und Überwachungssysteme von Unternehmen zu stärken und damit die Selbstheilungskräfte innerhalb der Unternehmen nutzbar zu machen. Dabei kommt der Verbesserung des Whistleblower-Schutzes und der Verpflichtung von Unternehmen zur Einrichtung von Hinweisgebersystemen eine immer größere Bedeutung zu. Die in dieser Arbeit zu untersuchende Hinweisgeberverantwortung von Wirtschaftsanwälten ist als Spezialbereich des Whistleblowingrechts daher den gesetzgeberischen Bemühungen zur Stärkung der Corporate Governance und Corporate Compliance zuzuordnen.

Zweiter Teil

Wirtschaftsanwälte als Akteure im System der Corporate Governance

A. Das Berufsbild des Wirtschaftsanwalts

Die Untersuchung der Frage, ob und welche Rolle der Wirtschaftsanwalt im Zusammenhang mit Whistleblowingsystemen in der Corporate Governance einnehmen kann und sollte, muss in Bezug zu seiner Tätigkeit und seinem Wirkungskreis gesetzt werden. Ausgangspunkt der Untersuchung ist daher das Berufsbild des Wirtschaftsanwalts und der rechtliche Rahmen seiner Tätigkeit.

I. Begriff des Wirtschaftsanwalts

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff „Wirtschaftsanwalt“ in der Regel verwendet, um Rechtsanwälte zu beschreiben, die Unternehmen beraten. Teilweise wird der Wirtschaftsanwalt als fachlich spezialisierter, externer Rechtsanwalt im Bereich der Rechtsberatung von Unternehmen bezeichnet.¹⁵⁴ Andere knüpfen bei der Begriffsbeschreibung ausschließlich an die fachliche Ausrichtung an, indem sie den Wirtschaftsanwalt als einen außergerichtlich beratenden Anwalt betrachten, der in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts tätig wird, ohne dabei einen konkreten Bezug zur Beratung von Unternehmen herzustellen.¹⁵⁵

Die vorliegende Untersuchung orientiert sich an einem breiten Begriffsverständnis. Umfasst sind danach sämtliche Rechtsanwälte, die im Rahmen ihrer Tätigkeit schwerpunktmäßig Rechtsdienstleistungen gegenüber Unternehmen im Bereich des Wirtschaftsrechts erbringen. Gegenstand der Untersuchung ist damit eine heterogene Gruppe von Anwälten, deren Tätigkeiten und Arbeitsweisen sich mitunter erheblich unterscheiden können, abhängig von der Art und Größe der eigenen Kanzlei und der beratenen Unternehmen sowie der fachlichen Ausrichtung. Ebenso kann es einen Unterschied machen, ob der jeweilige Berufsträger seine Beratungsleistungen als externer Anwalt erbringt oder ob er als angestellter Anwalt im Unternehmen tätig ist.

¹⁵⁴ Pöllath, in: Pöllath/Saenger (Hrsg.), 200 Jahre Wirtschaftsanwälte in Deutschland, 1. Aufl. 2009, S. 7 (9).

¹⁵⁵ Commichau, WiB 1994, 2.

Die Wirtschaftsanwälte lassen sich daher grob in folgende drei Gruppen einteilen: Als erste Gruppe sind Rechtsanwälte zu nennen, die in großen internationalen Kanzleien arbeiten und große multinationale Konzerne, meist börsennotiert, Banken oder andere Finanzinstitutionen beraten. Die zweite Gruppe besteht aus Rechtsanwälten, die ihre Dienste für eigentümergeführte mittelständische Unternehmen erbringen. Die letzte Gruppe umfasst Syndikusanwälte, die als festangestellte Rechtsanwälte für ein Unternehmen tätig sind.¹⁵⁶ Hiesige Untersuchung legt ihren Fokus auf jene Wirtschaftsanwälte, die börsennotierte Aktiengesellschaften, Banken und andere Finanzinstitutionen beraten. Dieser Bereich der unternehmensbezogenen Rechtsberatung wird im Wesentlichen durch überregionale und internationale Großkanzleien und die Rechtsabteilungen der Unternehmen mit spezialisierten Syndikusanwälten geleistet. Das schließt jedoch nicht aus, dass viele der gewonnenen Erkenntnisse auch auf die anwaltliche Beratung kleinerer eigentümergeführter Unternehmen übertragen werden können, auf deren Besonderheiten in dieser Arbeit jedoch nicht im Detail eingegangen werden soll.

II. Formen der Berufsausübung

1. Externer Wirtschaftsanwalt

Der gesellschaftliche und wirtschaftliche Wandel sowie die zunehmende Komplexität des Rechts erfordern von der Anwaltschaft ständige Anpassung an die Veränderungen der äußeren Umstände. Dies hat dazu geführt, dass sich der Rechtsanwaltsberuf von dem klassischen Bild des Generalisten, der seine Mandanten als Einzelanwalt in allen Rechtsangelegenheiten berät oder vertritt, entfernt hat. Im Bereich der rechtlichen Beratung von Unternehmen zeigt sich diese Entwicklung besonders deutlich.

a) Entwicklung der Wirtschaftskanzleien

Moderne Wirtschaftsanwälte sind heute zunehmend in großen überregionalen oder internationalen Kanzleien zusammengeschlossen.¹⁵⁷ Dabei spielen internationale Großkanzleien eine immer bedeutendere Rolle.¹⁵⁸ Durch den Zugang zu den Führungsebenen der größten und wichtigsten Unternehmen und Finanzinstitutionen des Landes können sie an entscheidenden Stellen Einfluss nehmen und die Unternehmenskultur mitgestalten. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, da der Rechtsbe-

¹⁵⁶ Vgl. Loughrey, Corporate Lawyers and Corporate Governance, S. 7 ff.

¹⁵⁷ Zum Ganzen Knöfel, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, S. 547 ff.

¹⁵⁸ de Lousanoff, ZZP, 115 (2002), 357 (365 ff.); Hessler, ZZP, 115 (2002), 321 (322); Pöllath, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, S. 899 (899 ff.); Ahrens, ZZP, 115 (2002), 281 (282).

ratungsbedarf international agierender Unternehmen und Investoren meistens nur durch entsprechend breit aufgestellte Kanzleien gedeckt werden kann.

Auf der anderen Seite eröffnen die Größe und Vernetzung der Kanzleien neue Wege für die anwaltliche Interessenvertretung. Dabei richtet sich der Blick insbesondere auf die Einflussnahme der Großkanzleien auf Politik und Justiz. Offensichtlich treten die Verbindungen der internationalen Großkanzleien zur Politik beispielsweise zutage, wenn Ministerien bei der Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen oder der Begutachtung von Sachverhalten auf die Hilfe von Wirtschaftsanwälten zurückgreifen.¹⁵⁹ Darüber hinaus mehren sich Stimmen, die den fachlichen Austausch zwischen Anwälten und (Bundes-)Richtern bzw. Universitätsprofessoren als Einfallstor für anwaltliche Lobbyarbeit in der Justiz und Rechtswissenschaft sehen, insbesondere wenn Bundesrichter bei Vortragstätigkeiten und fachlichen Veröffentlichungen mit Wirtschaftsanwälten kooperieren und teilweise für ihre Beiträge erhebliche Honorare vereinnahmen.¹⁶⁰

Die Anfänge der modernen Wirtschaftsanwaltskanzleien in Deutschland gehen bis in das frühe 19. Jahrhundert zurück. Damals entstanden erste Kanzleien, die sich ausschließlich auf die Beratung von Unternehmen spezialisiert haben.¹⁶¹ Das Standesrecht und die regionale Zersplitterung der Wirtschaft verhinderten zunächst die Bildung überörtlicher Sozietäten, sodass diese Kanzleien bis in die 1980er-Jahre als kleine lokale Sozietäten mit nur wenigen Partnern und einer regional begrenzten Mandantschaft organisiert waren.¹⁶² Die standesrechtlich bedingte regionale Fragmentierung des Rechtsberatungsmarktes wurde erst Ende der 1980er-Jahre beendet. Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1989 hat der Bundesgerichtshof den Weg für überregionale Zusammenschlüsse von Sozietäten geebnet und damit eine Welle der Konsolidierung ausgelöst.¹⁶³

Gleichzeitig öffnete sich der Markt für internationale Großkanzleien („*law firms*“) aus dem angelsächsischen Raum, die durch Zusammenschlüsse mit oder Übernahmen von nationalen Kanzleien eine signifikante Stellung im deutschen Rechtsberatungsmarkt eingenommen haben und diesen nunmehr prägen.¹⁶⁴ Die

¹⁵⁹ Anger, Bundesregierung vergab mindestens 15 Aufträge an Kanzlei Freshfields – trotz Cum-Ex-Skandal, in: handelsblatt.com, 20.03.2020, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/aufstellung-bundesregierung-vergab-mindestens-15-auftraege-an-kanzlei-freshfields-trotz-cum-ex-skandal/25664062.html> (zuletzt abgerufen am 08.10.2022).

¹⁶⁰ Hirte, FS Heidel, S. 57 (75 f.); Finanzwende, Lobbyismus in Justiz, Januar 2022, S. 13 ff., 25 ff.

¹⁶¹ Pöllath, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, S. 899 (900 ff.).

¹⁶² Pöllath, in: Pöllath/Saenger (Hrsg.), 200 Jahre Wirtschaftsanwälte in Deutschland, 1. Aufl. 2009, S. 7 (16 ff.).

¹⁶³ BGH, Beschl. v. 18.09.1989 – AnwZ (B) 30/89 (EGH Nordrhein-Westfalen), BGHZ 108, 290 Tz. 12 ff. = NJW 1989, 2890.

¹⁶⁴ de Lousanoff, ZZP, 115 (2002), 357 (365 f.); Hessler, ZZP, 115 (2002), 321 (322).

meisten dieser Kanzleien verstehen sich als Full-Service-Dienstleister. Sie vereinen Rechtsanwälte mit Expertenwissen in unterschiedlichen Rechtsgebieten und können somit eine umfassende Beratung in allen für Unternehmen relevanten Rechtsbereichen anbieten.¹⁶⁵

b) Einfluss der angelsächsischen Law Firms

In Deutschland sind die umsatzstärksten Sozietäten ausnahmslos wirtschaftsberatende Großkanzleien.¹⁶⁶ Die 50 umsatzstärksten Kanzleien beschäftigten im Jahr 2021 Schätzungen zufolge insgesamt etwas mehr als 10.000 Berufsträger¹⁶⁷, was bei deutschlandweit im Jahr 2021 insgesamt 165.680 zugelassenen Rechtsanwälten¹⁶⁸ in etwa einem Anteil von sechs Prozent entspricht. Gleichzeitig generierten dieselben Kanzleien in der Summe einen Umsatz von knapp 6,3 Milliarden Euro.¹⁶⁹ Damit entfielen vom Gesamtumsatz des deutschen Rechtsberatungsmarktes, der im Jahr 2015 vom Statistischen Bundesamt mit 23,2 Milliarden Euro angegeben wird (einschließlich Notariate und Patentanwaltskanzleien)¹⁷⁰, mehr als ein Viertel auf die 50 größten Kanzleien des Landes. Mehr als die Hälfte dieser Kanzleien sind globale Law Firms mit Hauptsitz in England oder den USA. Die angelsächsische Kanzlei- und Rechtsberatungskultur hat damit erheblichen Einfluss auf den wirtschaftsberatenden Rechtsmarkt in Deutschland. Verstärkt wird dieser Trend durch die Erwartungshaltung internationaler Großunternehmen und Finanzinstitutionen, bei ihren globalen Aktivitäten auf die rechtliche Expertise ihnen aus den Heimatmärkten bekannter Law Firms zurückgreifen zu können. Die internationalen Großkanzleien haben sich an diesen Beratungsbedarf angepasst. Ihre deutschen Niederlassungen beraten zwar mit in Deutschland zugelassenen Rechtsanwälten in erster Linie zum deutschen Recht. Die Vertragsdokumentationen und interne Richtlinien zum Umgang mit Mandanten basieren jedoch typischerweise auf den angelsächsischen Standards. Erkenntnisse aus der angelsächsischen Debatte über die Rolle wirtschaftsberatender Rechtsanwälte können daher, soweit ihnen nicht die Besonderheiten des deutschen Berufs- und Standesrechts entgegenstehen, auch für die hier zu führende Diskussion fruchtbar gemacht werden.

¹⁶⁵ *de Lousanoff*, ZZP, 115 (2002), 357 (361 f.).

¹⁶⁶ Vorjahresvergleich der Umsätze der JUVE 100 2021 (Stand: 15.09.2021), abrufbar unter: <https://www.juve-plus.de/organisation-und-finanzen/rechtsanwaltskanzleien/umsatz-und-personalzahlen/juve-100/vorjahresvergleich-umsaetze-2021/> (zuletzt abgerufen am 08.10.2022).

¹⁶⁷ JUVE Rechtsmarkt Heft 10/2021, Juve 100 Umsatz, S. 36 ff.

¹⁶⁸ BRAK, Entwicklung der Zahl zugelassener Rechtsanwälte seit 1915 (Stand: 2022).

¹⁶⁹ JUVE Rechtsmarkt Heft 10/2021, Juve 100 Umsatz, S. 36 ff.

¹⁷⁰ Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Informationen zum Preisindex Rechtsberatung, 2018, S. 6.

2. Syndikusanwalt

Die Institution des Syndikusanwalts ist über die letzten Jahrzehnte zu einem festen Bestandteil der modernen Rechtsberatungs- und Unternehmenspraxis geworden. Die Veränderung des rechtlichen und tatsächlichen Unternehmensumfelds hat zu einem erheblichen Bedeutungszuwachs des Syndikusanwalts geführt, der sich quantitativ an der steigenden Zahl der festangestellten Unternehmensanwälte ablesen lässt. Mit dieser Entwicklung haben sich auch der Aufgabenbereich und die Verantwortung des Syndikusanwalts gewandelt. Der Syndikusanwalt hat die Rolle eines bloß sachbearbeitenden Juristen verlassen und ist zum zentralen Gestalter der rechtlichen Belange eines Unternehmens aufgestiegen.¹⁷¹

a) Begriffliches

Das Wort „Syndikusanwalt“ bezeichnet im weitesten Sinne den juristischen Berater und Vertreter eines Unternehmens, eines Verbands oder vergleichbarer Organisationen.¹⁷² In diesem Sinne wird die Bezeichnung in Deutschland seit dem Aufkommen dieses Anwaltstyps zum Ende des 19. Jahrhunderts verwendet. Der Begriff „Syndikus“ geht zurück auf das spätrömische Wort „syndicus“ (lateinisch: Vertreter und Verteidiger einer Gemeinde), das seinerseits wiederum dem altgriechischen Wort „σύνδικος“ (altgriechisch: Fürsprecher, Sachwalter, Beistand vor Gericht) entstammt. In anderen Ländern ist der Begriff des Syndikus im hier dargelegten Sinne unbekannt. Im angelsächsischen Sprachraum findet er inhaltlich seine Entsprechung in der Bezeichnung „*in-house counsel*“. Bereits diese etymologische Analyse zeigt, dass die Bezeichnung ein weites Spektrum an Tätigkeiten abdeckt.

Die unterschiedlichen Erscheinungsformen der juristischen Tätigkeit, die sich hinter der Berufsbezeichnung „Syndikusanwalt“ verbergen, können wie folgt kategorisiert werden. Die wohl wichtigste und für die Zwecke dieser Arbeit interessanteste Gruppe beststeht aus Rechtsanwälten, die in einem festen Arbeitsverhältnis zu einem Unternehmen stehen und ausschließlich für diesen Arbeitgeber intern als juristische Berater tätig werden. Daneben umfasste der Begriff vor der Reform des Rechts der Syndikusrechtsanwälte im Jahr 2016 auch Berufsträger, die zwar als Juristen in einem festen Arbeitsverhältnis angestellt sind, jedoch hauptsächlich außerjuristische Funktionen erfüllen, sowie Rechtsanwälte, die sowohl in einem festen Anstellungsverhältnis als auch in der eigenen Kanzlei tätig werden.¹⁷³ Schließlich zählen auch Verbandsjuristen, die ihre anwaltliche Tätigkeit in der Regel in den Dienst der Verbandsmitglieder stellen, zum Kreise der Syndizi.

¹⁷¹ Merkt, AnwBl 2014, 278 (281); Kremer/Voet van Vormizeele, AG 2011, 245.

¹⁷² Vgl. zum Begriff des Syndikusanwalts Offermann-Burkart, AnwBl 2012, 778 (778 f.); Römermann, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 2. Aufl. 2015, S. 3 (4 f.).

¹⁷³ Römermann, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 2. Aufl. 2015, S. 3 (4).

b) Gesetzliches Berufsbild des Syndikusrechtsanwalts

Die berufsrechtliche Stellung des Syndikusrechtsanwalts war Gegenstand einer langjährigen Debatte.¹⁷⁴ Im Kern ging es dabei um die wichtige Frage, ob der Syndikusanwalt als festangestellter Rechtsanwalt in einem Unternehmen oder Verband überhaupt eine originär anwaltliche Tätigkeit ausübt.¹⁷⁵ Lange hat der Bundesgerichtshof mit seiner Doppelberufstheorie dieser Nichtanerkennung der Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts als anwaltliche Tätigkeit Vorschub geleistet.¹⁷⁶ Auch der Europäische Gerichtshof hat mit seiner Rechtsprechung dem Syndikusanwalt den Berufsgeheimnisschutz verwehrt und dies mit dem Fehlen der für den Anwaltsberuf kennzeichnenden Unabhängigkeit begründet.¹⁷⁷

Nachdem auch das Bundessozialgericht mit Verweis auf die Doppelberufstheorie feststellte, dass die Tätigkeit des Syndikusanwalts im Angestelltenverhältnis keine anwaltliche Berufsausübung darstellt und somit die Voraussetzungen für die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für die Tätigkeit eines Syndikusanwalts nicht vorliegen,¹⁷⁸ wurden die Rufe nach einer Klarstellung durch den Gesetzgeber lauter.¹⁷⁹ Der Gesetzgeber hat daraufhin mit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte vom 21. Dezember 2015 die Gleichstellung von interner und externer Rechtsberatung anerkannt.¹⁸⁰ Durch die Klarstellung des Gesetzgebers steht der Status des Syndikusanwalts als Rechtsanwalt nunmehr außer Frage. Dies schafft Rechtssicherheit und wertet die Stellung des Syndikusrechtsanwalts innerhalb des Unternehmens auf.

Gemäß § 46 Abs. 2 BRAO n.F. ist ein Syndikusrechtsanwalt ein angestellter Rechtsanwalt, der im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses für seinen nicht anwaltlichen Arbeitgeber anwaltlich tätig wird. Gemäß § 46 Abs. 3 BRAO liegt eine anwaltliche Tätigkeit vor, wenn das Arbeitsverhältnis durch fachlich unabhängige und eigenverantwortlich auszuübende Tätigkeiten, wie die Prüfung von Rechtsfragen, Erteilung von Rechtsrat, Gestaltung von Rechtsverhältnissen und das eigenverantwortliche Auftreten nach außen geprägt ist. Wesentliche Kriterien der Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts sind demnach das Anstellungsverhältnis bei einem nicht anwaltlichen Arbeitgeber, das Ausüben einer anwaltlichen Tätigkeit für diesen

¹⁷⁴ Kleine-Cosack, BB 2005, 2309 (2309 ff.); Hellwig, AnwBl 2015, 2 (2 ff.); Merkt, AnwBl 2014, 278 (278 ff.); Hommerich/Prütting, AnwBl (Beilage) 1997, 3 (5 ff.); Hamacher, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, S. 913 (929 ff.).

¹⁷⁵ Hellwig, AnwBl 2015, 2 (6 ff.).

¹⁷⁶ BGH, Beschl. v. 07.11.1960 – AnwZ (B) 2/60, BGHZ 33, 266 = NJW 1961, 216.

¹⁷⁷ EuGH, Urt. v. 14.09.2010 – Rs. C-550/07 P, CELEX-Nr. 62007CJ0550 = NJW 2010, 3557 (Akzo-Nobel).

¹⁷⁸ BSG, Urt. v. 03.04.2014 – B 5 RE 3/14 R, B 5 RE 9/14 R, B 5 RE 13/14 R, BSGE 115, 267 = DStR 2014, 2185.

¹⁷⁹ Merkt/Müller, ZRP 2015, 173 (173).

¹⁸⁰ Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte und zur Änderung der Finanzgerichtsordnung vom 21.12.2015, BGBl. 2015 I S. 2517.

Arbeitgeber sowie fachliche Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit.¹⁸¹ Syndikusrechtsanwalt im berufsrechtlichen Sinne kann damit nicht sein, wer zwar die Voraussetzung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft erfüllt und bei einem nicht anwaltlichen Arbeitgeber fest angestellt ist, aber im Rahmen des Anstellungsverhältnisses keine anwaltliche Tätigkeit im Sinne des § 46 Abs. 3 BRAO ausübt oder nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt. Der Syndikusanwalt ist dem Rechtsanwalt damit grundsätzlich (berufs-)rechtlich gleichgestellt. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch weiterhin darin, dass den Syndikusanwälten die prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte nicht in vollem Umfang zuerkannt wurden.

c) Bedeutung der Syndikusanwälte

Der Beruf des Syndikusanwalts ist eng mit der Entstehung großer Wirtschaftsunternehmen im Zuge der Industrialisierung verbunden.¹⁸² Das komplexer werdende Wirtschaftssystem führte zu einem gesteigerten Bedarf an interner Rechtsberatung. Dieser Trend hat sich in den vergangenen Jahren noch einmal beschleunigt. In dieser Zeit ist die Zahl der Syndikusanwälte im Vergleich zum ebenfalls starken Anstieg der niedergelassenen Rechtsanwälte überproportional gewachsen. Eine statistische Erhebung aus dem Jahr 1998 ergab, dass die Syndikusanwälte damals sechs bis sieben Prozent der gesamten Anwaltschaft ausmachten.¹⁸³ In ihrer Mitgliederstatistik gibt die Bundesrechtsanwaltskammer an, dass zum 1. Januar 2022 17.615 Rechtsanwälte und Syndikusrechtsanwälte mit Doppelzulassung sowie 5.149 Syndikusrechtsanwälte zugelassen waren, was einem Anteil an der gesamten Anwaltschaft von knapp 14 Prozent entspricht.¹⁸⁴ Die tatsächliche Zahl dürfte deutlich darüberliegen, da nicht alle Syndikusanwälte auch als solche zugelassen sind. So wird in der Literatur davon ausgegangen, dass bereits 2012 rund 40.000 Syndikusanwälte in Deutschland tätig waren, dies würde etwa einem Viertel der gesamten Anwaltschaft entsprechen.¹⁸⁵ Der zahlenmäßige Anstieg in Deutschland korrespondiert mit der weltweiten Entwicklung des zunehmenden Ausbaus der Rechtsabteilungen großer Unternehmen. In den USA wird dies bereits seit den 1970er-Jahren beobachtet.¹⁸⁶

Der Bedeutungszuwachs des Syndikusanwalts ist auf eine zunehmende Verrechtlichung des Wirtschaftslebens als Folge einer immer komplexeren, globalisierten Wirtschaft zurückzuführen.¹⁸⁷ Die steigenden regulatorischen Anforderungen stellen Unternehmen vor neue rechtliche und strategische Fragestellungen, deren

¹⁸¹ Prütting, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 46 Rn. 25 ff.

¹⁸² Hommerich/Prütting, AnwBl (Beilage) 1997, 3 (5).

¹⁸³ Hommerich/Prütting, AnwBl (Beilage) 1997, 3 (19).

¹⁸⁴ BRAK, Mitgliederstatistik (Stand: 01.01.2022).

¹⁸⁵ Merkt, NJW 2014, 2310 (2310).

¹⁸⁶ Heineman, The Inside Counsel Revolution, S. 5 ff.

¹⁸⁷ Hamacher, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, S. 913 (915); Heineman, The Inside Counsel Revolution, S. 10 f.

Bewältigung eine enge Zusammenarbeit zwischen Anwälten und den Entscheidungsträgern im Unternehmen erfordert.¹⁸⁸ Voraussetzung hierfür sind ein ständiger Austausch und eine vollständige Integration in die Abläufe des Unternehmens, was durch externe Anwälte in der Regel nicht geleistet werden kann. Ein weiterer wesentlicher Faktor des Aufstiegs der Syndikusanwälte ist die mit der Internalisierung von Rechtsdienstleistungen verbundene Kosteneinsparung.¹⁸⁹

Der Aufgabenreich des modernen Syndikusanwalts hat sich entsprechend den besonderen Bedürfnissen der Unternehmen in diesem veränderten Umfeld entwickelt. Der moderne Syndikusanwalt hat sich aus dem Status eines reinen Sachbearbeiters emanzipiert und berät das Unternehmen heutzutage in allen Rechtsgebieten.¹⁹⁰ Dabei ist er in die strategischen Entscheidungen eingebunden und dient dem Management als wichtiger Ansprechpartner. Darüber hinaus organisiert er den gesamten externen Rechtsberatungsbedarf des Unternehmens, indem er – soweit erforderlich – für spezifische Problemstellungen spezialisierte Kanzleien auch unter Berücksichtigung strenger Kostengesichtspunkte mandatiert.¹⁹¹ Der Syndikusanwalt ist damit zu einer bedeutenden Figur in der Unternehmenshierarchie aufgestiegen.

Als Kehrseite der wachsenden Bedeutung der Rechtsabteilungen verliert der externe Rechtsanwalt seine Funktion als ständiger rechtlicher Begleiter des Unternehmens und wird in hochspezialisierte Teildisziplinen zurückgedrängt.¹⁹² Die Verantwortung als rechtliches Korrektiv, dem Vorstand in Konfliktsituationen zum Wohle des Unternehmens entgegenzutreten, liegt damit immer mehr bei der Rechtsabteilung. Der Syndikusanwalt wird daher bereits als das „rechtliche Gewissen“ des Unternehmens bezeichnet.¹⁹³

III. Zwischenergebnis

Wirtschaftsanwälte sind Rechtsanwälte, die im Rahmen ihrer Tätigkeit schwerpunktmäßig Rechtsdienstleistungen gegenüber Unternehmen im Bereich des Wirtschaftsrechts erbringen. Dazu zählen sowohl externe Rechtsanwälte als auch Syndikusanwälte. Der Markt wird in Deutschland verstärkt durch internationale Großkanzleien („*law firms*“) bestimmt, die in einem starken Wettbewerb stehen, der durch die wachsende Bedeutung der Syndikusanwälte weiter zunimmt. Rechtsabteilungen internalisieren weite Teile des Tätigkeitsspektrums eines Wirtschaftsanwalts und

¹⁸⁸ *Redeke*, AG 2017, 289 (289 f.).

¹⁸⁹ *Heineman*, The Inside Counsel Revolution, S. 10 f.

¹⁹⁰ *Merk*, AnwBl 2015, 552 (553).

¹⁹¹ *Römermann*, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 2. Aufl. 2015, S. 3 (4); *Heineman*, The Inside Counsel Revolution, S. 6.

¹⁹² *Coffee*, Gatekeepers, S. 194.

¹⁹³ *Hommerich*, AnwBl 2009, 406 (407); *Merk*, AnwBl 2015, 552 (553); *Merk*, NJW 2014, 2310 (2312).

vergeben Mandatsaufträge nach streng wirtschaftlichen Kriterien. Die Folge ist eine Fragmentierung der Rechtsberatung des einzelnen Unternehmens.

B. Rechtlicher Rahmen der Tätigkeit des Wirtschaftsanwalts

Wirtschaftsanwälte unterliegen bei ihrer Tätigkeit dem allgemeinen Berufsrecht der Rechtsanwälte. Ein spezifisches Berufsrecht für Wirtschaftsanwälte gibt es in Deutschland dagegen nicht. In Abwesenheit ausdrücklicher Regelungen soll daher untersucht werden, ob sich aus den berufsrechtlichen und vertragsrechtlichen Verhaltenspflichten für Rechtsanwälte eine Funktion des Wirtschaftsanwalts im System der Corporate Governance ableiten lässt.

I. Berufsrechtliche Regelungsquellen

Der Rechtsanwalt und damit auch der Wirtschaftsanwalt ist bei seiner Tätigkeit an das anwaltliche Berufsrecht gebunden. Das anwaltliche Berufsrecht setzt sich aus der Bundesrechtsanwaltsordnung als Parlamentsgesetz und der von der Satzungsversammlung gemäß § 59b BRAO erlassenen Berufsordnung für Rechtsanwälte und der Fachanwaltsordnung zusammen. Die berufsrechtlichen Pflichten sollen gewährleisten, dass die Anwaltschaft ihre institutionelle Funktion im System der Rechtspflege und die daraus resultierenden Aufgaben wahrnehmen kann.

1. Regelungszweck

Das anwaltliche Berufsrecht besteht im Kern aus den Vorschriften der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Berufsordnung für Rechtsanwälte und der Fachanwaltsordnung. Diese regeln den Zugang zum Beruf, die Selbstverwaltung des Berufsstands sowie die Gewährleistung von Kompetenz und Integrität. Ziel ist es, die Achtung und die Stellung des Rechtsanwalts sowie die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sicherzustellen. Der Gesetzgeber der Bundesrechtsanwaltsordnung hat sich an den Grundprinzipien der Rechtsanwaltsordnung von 1878 orientiert, indem er den Rechtsanwaltsberuf als freien, vom Staat unabhängigen Beruf ausgestaltet hat, wobei dem Status und der Funktion des Rechtsanwalts in der Rechtspflege sowie den rechtsstaatlich notwendigen und gerechtfertigten Versagungsgründen der Zulassung besondere Bedeutung zukam.¹⁹⁴ Mit Ausnahme der in § 46c Abs. 2 bis 5 BRAO genannten Abweichungen finden die berufsrechtlichen Vorschriften der Rechtsanwälte auch auf zugelassene Syndikusanwälte Anwendung. Insbesondere die berufsrechtlichen Verhaltenspflichten gelten damit sowohl für den Rechtsanwalt als auch für den Syndikusanwalt.

¹⁹⁴ Stern, Anwaltschaft und Verfassungsstaat, S. 11.

Im Gegensatz zu den Pflichten aus dem Mandatsvertrag dienen die berufsrechtlichen Verhaltenspflichten nicht unmittelbar dem Schutz von Individualinteressen des Mandanten, sondern dem Schutz der Anwaltschaft als Institution im System der Rechtspflege und damit der Verwirklichung des Rechtsstaats.¹⁹⁵ Gleichwohl wirken die berufsrechtlichen Pflichten mittelbar auch zugunsten des Mandanten, da sie gewisse Mindeststandards für das anwaltliche Berufshandeln festlegen. Für die Konkretisierung der Rolle des Wirtschaftsanwalts in der Corporate Governance und bei der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität ist das anwaltliche Berufsrecht dagegen wenig geeignet. Bereits der Gesetzeszweck deutet darauf hin, dass die Herleitung konkreter Handlungspflichten des Wirtschaftsanwalts zur Stärkung der Corporate Governance und Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität aus dem anwaltlichen Berufsrecht nicht gelingen kann. Vorschriften zur Verbesserung der Corporate Governance dienen dem Schutz der Anleger und des Kapitalmarkts. Die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität trägt in erster Linie dem Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Gefahrenabwehr und Strafverfolgung Rechnung. Beides lässt sich mit dem Zweck des anwaltlichen Berufsrechts nicht in Einklang bringen.

2. Wesentliche Regelungsgegenstände der BRAO

Die Bundesrechtsanwaltsordnung enthält in ihrem ersten Teil überwiegend deskriptive Normen, die den Rahmen für das anwaltliche Berufsbild setzen. In § 2 Abs. 1 BRAO wird ausdrücklich klargestellt, dass der Rechtsanwalt einen freien Beruf ausübt. Gemäß § 3 Abs. 1 BRAO ist er der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Jedermann hat gemäß § 3 Abs. 3 BRAO im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften das Recht, sich in Rechtsangelegenheiten aller Art durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vor Gerichten, Schiedsgerichten oder Behörden vertreten zu lassen. Die Ausübung des anwaltlichen Berufs ist dabei frei von staatlicher Einflussnahme.

Im zweiten Teil der Bundesrechtsanwaltsordnung ist die Zulassung des Rechtsanwalts geregelt. Der Zugang zum Rechtsanwaltsberuf ist gemäß § 4 BRAO ausschließlich an die fachliche Qualifikation geknüpft. Die Zulassung ist gemäß § 5 Abs. 1 BRAO auf Antrag zu erteilen und darf gemäß § 5 Abs. 2 BRAO nur aus den in § 7 BRAO abschließend aufgezählten Gründen versagt werden. Hierbei handelt es sich um persönliche Eigenschaften des Bewerbers, die geeignet sind, das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Integrität des Anwaltsstandes und damit das Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Rechtspflege zu gefährden. Die Versagung ist in diesen Ausnahmefällen gerechtfertigt, weil mit der Rechtspflege ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut betroffen ist.

Im dritten Teil sind die Verhaltenspflichten des Rechtsanwalts niedergelegt. Die für die Zwecke dieser Arbeit wichtigsten Regelungen finden sich in den §§ 43 und

¹⁹⁵ Zum Ganzen Prütting, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 18.

43a BRAO. Während § 43 BRAO generalklauselartig die allgemeine Berufspflicht statuiert, sind die Grundpflichten des Rechtsanwalts in § 43a BRAO konkretisiert. Auf das Zusammenspiel dieser Normen wird im folgenden Abschnitt näher einzugehen sein. Die übrigen Teile der Bundesrechtsanwaltsordnung haben insbesondere die Selbstverwaltung des Berufsstands und entsprechende Verfahrensvorschriften zum Inhalt. Explizite Regelungen zum Berufshandeln von Wirtschaftsanwälten enthält die Bundesrechtsanwaltsordnung dagegen nicht. Nachfolgend soll daher untersucht werden, ob sich aus der Generalklausel des § 43 BRAO mittelbar Verhaltensvorschriften für Wirtschaftsanwälte ableiten lassen.

3. § 43 BRAO als Generalklausel anwaltlicher Berufspflichten

Gemäß § 43 BRAO hat der Rechtsanwalt seinen Beruf gewissenhaft auszuüben und sich innerhalb und außerhalb des Berufes der Achtung und des Vertrauens, die die Stellung des Rechtsanwalts erfordert, würdig zu erweisen. Eine entsprechende Generalklausel zu den anwaltlichen Berufspflichten war bereits Bestandteil der Rechtsanwaltsordnung von 1878 und fand sich seither in allen Rechtsanwaltsordnungen wieder. Ihre Existenz verdankt die gesetzliche Statuierung der allgemeinen Berufspflicht dem Umstand, dass mit der Herauslösung der Anwaltschaft aus dem Beamtentum am Ende des 19. Jahrhunderts die staatliche Kontrolle über die anwaltliche Berufsausübung weggefallen ist und die standesrechtliche Aufsicht von den Rechtsanwaltskammern als Selbstverwaltungskörperschaften übernommen wurde.¹⁹⁶ Bis 1987 wurde die Generalklausel durch die von der Bundesrechtsanwaltskammer niedergelegten Standesrichtlinien konkretisiert, denen in der Spruchpraxis der Kammer vorstände und Ehrengerichte eine gewisse Rechtserheblichkeit beigemessen wurde, obwohl sie schon aufgrund ihrer Entstehung keine Normenqualität aufweisen konnten.¹⁹⁷

a) „Bastille-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts

Dieser Praxis hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner sogenannten „Bastille-Entscheidung“ im Jahre 1987¹⁹⁸ einen Riegel vorgeschieben, indem es erklärt hat, dass die Standesrichtlinien nicht als Konkretisierung des § 43 BRAO herangezogen werden können, da sie keine Grundlage im Gesetz haben und damit gegen den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen. Dem Gesetzgeber wurde aufgegeben, unter Beachtung der Wesentlichkeitstheorie alle wesentlichen Berufspflichten selbst zu regeln und im Übrigen die Kammern durch ein Gesetz, das den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG entspricht, zum Erlass einer konkretisierenden

¹⁹⁶ Prütting, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 16 f.

¹⁹⁷ Kilian, in: Kilian/Koch (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018, Teil A. Rn. 13; kritisch zu Rückgriff auf generalklauselartige Tatbestände in der Berufshaftung Hirte, Berufsrecht, S. 357 ff.

¹⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 14.07.1987 – 1 BvR 537/81, NJW 1988, 191.

Berufsordnung zu ermächtigen. Diese Entscheidung fügt sich ein in die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das die rechtsstaatliche Bedeutung einer unabhängigen und freien Anwaltschaft stets betont und durch seine Rechtsprechung stärkt. Im Schrifttum wird insoweit auch von einer „Deregulierung“ der Anwaltschaft gesprochen.¹⁹⁹

b) Berufsrechtsnovelle von 1994

Dem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts ist der Gesetzgeber mit der Berufsrechtsnovelle von 1994²⁰⁰ nachgekommen. Durch das Reformgesetz wurden die wesentlichen Berufspflichten vom Gesetzgeber in der BRAO geregelt und mit § 59b BRAO die Satzungskompetenz zur weiteren Konkretisierung der Berufspflichten der Satzungsversammlung übertragen. Die Satzungsversammlung machte von ihrer Kompetenz Gebrauch, indem sie die Berufspflichten des Anwalts in der am 11. März 1997 in Kraft getretenen Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) konkretisierte. Hierzu zählen die Berufspflichten im Zusammenhang mit Werbung gemäß den §§ 6 ff. BORA, die Berufspflichten bei der Annahme, Wahrnehmung und Beendigung des Mandats gemäß den §§ 11 ff. BORA, die Berufspflichten gegenüber Gerichten und Behörden gemäß den §§ 19 f. BORA, die Berufspflichten bei Vereinbarung und Abrechnung von Gebühren gemäß den §§ 21 ff. BORA, die Berufspflichten gegenüber der Rechtsanwaltskammer, deren Mitgliedern und gegenüber Mitarbeitern gemäß den §§ 24 ff. BORA, die Berufspflichten im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr gemäß den §§ 29a f. BORA und die Berufspflichten bei beruflicher Zusammenarbeit gemäß den §§ 30 ff. BORA.

c) Bedeutung der Generalklausel

Aufgrund der Konkretisierung der anwaltlichen Berufspflichten in einem Regelwerk mit Normqualität, an das die Kammervorstände und Ehrengerichte in ihrer Spruchpraxis gebunden sind, ist die Bedeutung des § 43 BRAO zweifelhaft geworden. Unstreitig ist, dass die normierten Berufspflichten in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich als *leges specialis* die Generalklausel verdrängen.²⁰¹ Umstritten ist allerdings, inwieweit aus § 43 BRAO über die rechtlich normierten Verhaltenspflichten hinaus ungeschriebene Berufspflichten abgeleitet werden können. Die Beantwortung dieser Frage ist im Kontext dieser Untersuchung von besonderer Relevanz, denn Verhaltenspflichten für Wirtschaftsanwälte können nur dann auf § 43 BRAO gestützt werden, wenn diese zur Herleitung von ungeschriebenen Berufspflichten herangezogen werden darf.

¹⁹⁹ *Filges*, NJW 2010, 2619; siehe zur Anwaltswerbung *Hirte*, ZZP 116 (2003), 135 (139 f.).

²⁰⁰ Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte vom 02.09.1994, BGBl. 1994 I S. 2278.

²⁰¹ *Kleine-Cosack*, in: *Kleine-Cosack*, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43 Rn. 7 ff.

aa) Ablehnende Ansicht

Teilweise wird vertreten, dass die Generalklausel aufgrund der gesetzlichen Konkretisierung der Berufspflichten keinen eigenen normativen Bedeutungsgehalt mehr aufweise und damit überflüssig geworden sei.²⁰² Die in § 59b BRAO genannten Regelungsgegenstände zur näheren Ausgestaltung der Berufspflichten durch die Satzungsversammlung haben als abschließender Katalog nur dann eine eigenständige Bedeutung, wenn aus § 43 BRAO nicht weitere Berufspflichten im Wege einer isolierten Normkonkretisierung herausgelesen werden können.²⁰³ Zudem sei § 43 BRAO mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich, da der unbestimmte Wortlaut des § 43 BRAO einer unzulässigen anwaltsgerichtlichen Überprüfung der sachlichen Richtigkeit und Zweckmäßigkeit anwaltlicher Tätigkeit den Weg bereite.²⁰⁴ Dies zeige beispielsweise eine Entscheidung des Saarländischen Anwaltsgerichtshofs²⁰⁵, der eine Verletzung anwaltlicher Berufspflichten gemäß § 43 BRAO auch darin erblickte, dass zivilrechtliche Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verletzt worden seien, die „die äußere Seite der Anwaltstätigkeit“ betreffen. Im zu entscheidenden Fall hatte der Anwaltsgerichtshof eine berufsrechtliche Ahndung wegen hartnäckiger Bummelei und Untätigkeit für zulässig erachtet. Mit der Neufassung²⁰⁶ des § 11 Abs. 1 BORA wurde die Bearbeitung des Mandats in angemessener Zeit mittlerweile als besondere Berufspflicht normiert, sodass eine Anwendung des § 43 BRAO bei einem Sachverhalt wie in dem genannten Fall ohnehin nicht mehr in Betracht kommen würde.

bb) Generalklausel als Auffangtatbestand

Nach herrschender Meinung hat § 43 BRAO dagegen auch weiterhin einen eigenen Anwendungsbereich. Unter den Vertretern der herrschenden Meinung ist lediglich die Reichweite der Generalklausel umstritten. Nach einer weitverbreiteten Ansicht in der Literatur stellt die Generalklausel einen Auffangtatbestand dar. Trotz des unbestimmten Wortlauts begründe § 43 BRAO aus sich selbst heraus Verhaltenspflichten, wo der Gesetzgeber planwidrige Regelungslücken gelassen hat.²⁰⁷

²⁰² Hartung, AnwBl 2008, 782 (783).

²⁰³ Prütting, AnwBl 1999, 361 (362).

²⁰⁴ Der Grundsatz der freien selbstverantwortlichen Berufsausübung (§§ 1 und 3 BRAO) verbietet eine inhaltliche Überprüfung anwaltlicher Tätigkeit durch Anwaltsgerichte. Eine Kontrolle findet ausschließlich im zivilrechtlichen Verfahren statt. Ausnahmen sind nur unter besonderen Umständen zulässig, wenn eine grobe Vertragsverletzung geeignet ist, die Integrität der Anwaltschaft allgemein zu beeinträchtigen. Vgl. hierzu Träger, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 43 Rn. 23 f.

²⁰⁵ Saarländischer AGH, Urt. v. 31.03.2003 – AGH 3/03, BRAK-Mitt. 2003, 179 (180).

²⁰⁶ Neufassung in Kraft seit 01.07.2015 durch Beschl. v. 10./11.11.2014 (BRAK-Mitt. 2/2015 S. 83).

²⁰⁷ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43 Rn. 9 ff.; Dittmann, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 113 Rn. 11.

Kleine-Cosack argumentiert, dass es keinen sachlichen Grund für eine einschränkende Auslegung gebe. Die Generalklausel könne als Auffangtatbestand bei von der Satzungsversammlung nicht regelbaren, nicht behandelten bzw. übersehenden oder neuartigen Verhaltensweisen zum Tragen kommen. Eine solche Vorgehensweise entspreche außerdem der Rechtsprechung zur Anwendung der Generalklauseln des Berufsrechts anderer freier Berufe.²⁰⁸ In der Tat greifen die ärztlichen Berufsgerichte ebenfalls auf die entsprechenden Generalklauseln der Landesheilberufsgesetze²⁰⁹ als Auffangtatbestand zurück. Sie stellen dabei ebenso auf den unbestimmten Rechtsbegriff der gewissenhaften Berufsausübung ab, obwohl auch das Berufsrecht der Heilberufe detaillierte Regelungen zu den Berufspflichten enthält.²¹⁰ Dieser Ansicht folgt auch die anwaltsgerichtliche Rechtsprechung.²¹¹

cc) Generalklausel als Transportnorm

Der überwiegende Teil der Literatur vertritt dagegen die Ansicht, dass aus § 43 BRAO selbst keine Berufspflichten hergeleitet werden können.²¹² Der Vorschrift komme einzig als Transportnorm, die den gesamten Aufgaben- und Pflichtenkreis eines praktizierenden Rechtsanwalts in das Standesrecht einfüge, eigenständige Bedeutung zu. Dies gelte allerdings nur, soweit das zu beanstandende Verhalten nicht bereits durch die spezielleren Verhaltenspflichten geregelt werde.²¹³ Diese Transportfunktion sei notwendig, da andernfalls eine anwaltsgerichtliche Ahndung von Verstößen gegen Verpflichtungen aus den Vorschriften des öffentlichen Rechts, des Privatrechts und von vertraglichen Bindungen nicht möglich wäre.²¹⁴ Gemäß § 113 Abs. 1 BRAO ist eine anwaltsgerichtliche Ahndung nämlich nur bei Verstößen gegen diejenigen Pflichten zulässig, die in der BRAO selbst oder in der BORA normiert sind. Gleichwohl ist nicht jeder tätigkeitsbezogene Rechtsverstoß eines Rechtsanwalts über das Einfallstor des § 43 BRAO in den Rang einer berufsrechtlich relevanten Pflichtverletzung zu erheben. Die Transportfunktion des § 43 BRAO greift

²⁰⁸ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43 Rn. 7 ff.

²⁰⁹ Beispielsweise § 29 Abs. 1 Heilberufsgesetz NRW (HeilBerG) vom 09.05.2000 (GV.NW 2000 S. 403 ff.).

²¹⁰ VG Münster, Beschl. v. 27.04.2011 – 14 K 791/10.T, BeckRS 2011, 51433.

²¹¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.07.2001 – 1 BvR 2272/00, NJW 2001, 3325 (3326); AnwGH NRW, Beschl. v. 07.09.2012 – 2 AGH 8/12, NJW-RR 2013, 624 (625 f.).

²¹² AGH Hamburg, Beschl. v. 05.09.2013 – AGH I EVY 1/13, BRAK-Mitt. 2014, 81; Saarländischer AGH, Urt. v. 31.03.2003 – AGH 3/03, BRAK-Mitt. 2003, 179; AnwG Freiburg, Urt. v. 12.04.2002 – EV 146/00, BRAK-Mitt. 2002, 244; Jähnke, NJW 1988, 1888 (1889 f.); Busse, AnwBl 1998, 231 (232); Prütting, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 23; Träger, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 43 Rn. 11 f.

²¹³ Prütting, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 21.

²¹⁴ Jähnke, NJW 1988, 1888 (1889).

vielmehr nur bei solchen Verfehlungen, die das Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Rechtspflege berühren (Abschichtungsfunktion).²¹⁵

dd) Stellungnahme

Der ersten Ansicht, wonach § 43 BRAO vollständig obsolet geworden sei, kann nicht gefolgt werden, denn sie verkennt die Bedeutung der Generalklausel als Auffangtatbestand oder Transportnorm. Auch wenn sich der Anwendungsbereich der Norm wegen der Neuregelung der Berufspflichten erheblich verkleinert hat, so sind dennoch Fälle denkbar, bei denen sich ein Berufsträger pflichtwidrig verhält, ohne dass das Verhalten bereits von den konkreten berufsrechtlichen Verhaltensvorschriften missbilligt wird. Die Pflichtwidrigkeit ergibt sich dann, je nachdem, welcher der beiden anderen Auffassungen gefolgt wird, entweder direkt aus § 43 BRAO wegen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur gewissenhaften Berufsausübung oder aus § 43 BRAO in Verbindung mit einer Gebotsnorm aus dem öffentlichen Recht oder Zivilrecht. Stets zu beachten ist dabei der Vorrang der spezielleren Berufspflichten mit den jeweiligen gesetzgeberischen Erwägungen. Soweit der Gesetz- oder Satzungsgeber zu einem bestimmten Tatbestand eine bewusste Entscheidung getroffen hat, sei es durch ausdrückliche Regelung oder beredtes Schweigen, ist eine Anwendung des § 43 BRAO ausgeschlossen.²¹⁶ Obwohl zwischen den Vertretern der beiden letztgenannten Ansichten Uneinigkeit über die Reichweite der Generalklausel besteht, dürfte es in der Praxis kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, denn in der Regel dürften solche anwaltliche Nachlässigkeiten, die als unmittelbarer Verstoß gegen die Pflicht zur gewissenhaften Berufsausübung qualifiziert werden können, gleichsam einen Verstoß gegen die vertraglichen Sorgfaltspflichten darstellen.²¹⁷ Bei der Frage, ob sich aus der Generalklausel eine Berufspflichtverletzung herleiten lässt, entscheidet sich demnach regelmäßig am Merkmal der berufsrechtlichen Relevanz des Verstoßes.²¹⁸

d) Zwischenergebnis

Nach der herrschenden Meinung kann die Generalklausel des § 43 BRAO grundsätzlich zur Herleitung ungeschriebener Verhaltenspflichten entweder als Auffangtatbestand oder Transportnorm herangezogen werden. Voraussetzung ist indes in beiden Fällen, dass das zu regelnde Verhalten eine berufsrechtliche Relevanz

²¹⁵ Saarländischer AGH, Urt. v. 31.03.2003 – AGH 3/03, BRAK-Mitt. 2003, 179 (180); Jähnke, NJW 1988, 1888 (1889).

²¹⁶ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43 Rn. 11 ff.

²¹⁷ Vgl. hierzu die von Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43 Rn. 16 aufgeführten Beispiele. Untätigkeit oder schleppende Mandatsbearbeitung dürften in der Regel jeweils auch einen Verstoß gegen zivilrechtliche Pflichten aus dem Anwaltsvertrag darstellen.

²¹⁸ Saarländischer AGH, Urt. v. 31.03.2003 – AGH 3/03, BRAK-Mitt. 2003, 179 (180).

aufweist, mithin geeignet ist, die Achtung und die Stellung des Rechtsanwalts sowie die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu gefährden. Nach diesem Maßstab lässt sich die Einbindung des Wirtschaftsanwalts in die Corporate Governance und Aufklärung von Wirtschaftskriminalität nicht aus der Generalklausel herleiten. Denn die damit verfolgten rechtspolitische Zielsetzung ist – wie oben bereits erörtert wurde – nicht auf die Gewährleistung der anwaltlichen Integrität und Funktionsfähigkeit der Rechtspflege gerichtet.

II. Weitere einfachgesetzliche Regelungsquellen

Normen mit berufsregelndem Inhalt finden sich auch außerhalb der BRAO und des Satzungsrechts. Hierzu gehören insbesondere die Straftatbestände der §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 352, 356 StGB sowie die Verfahrensvorschriften der §§ 78 ff. ZPO oder der §§ 53, 97, 137 ff. StPO.²¹⁹ Zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch die Meldepflicht bei Verdacht auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung gemäß § 43 Abs. 1 GwG sowie die Pflicht zur Mitteilung bestimmter grenzüberschreitender Steuergestaltungen gegenüber den Steuerbehörden gemäß § 138d Abs. 1 AO oder die im Lobbyregistergesetz (LobbyRG)²²⁰ neu eingeführte Pflicht zur Offenlegung des Auftraggebers, wenn Rechtsanwälte oder andere Interessenvertreter die Interessen Einzelner gegenüber den Organen des Deutschen Bundestages oder Bundesregierung vertreten, soweit sie nicht gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 8 LobbyRG Rechtsberatung erbringen.²²¹

Über die Generalklausel des § 43 BRAO finden diese Vorschriften Eingang in das Berufsrecht, sodass Verstöße auch disziplinarrechtlich geahndet werden können.²²² Selbstverständlich ist jeder Anwalt bei seiner Tätigkeit an die allgemeinen Gesetze gebunden, auch wenn sie nicht unmittelbar berufsregelnden Charakter haben. Bei Verstößen können im Einzelfall, wenn die Überleitungsvoraussetzungen des § 43 BRAO vorliegen, auch disziplinarrechtliche Sanktionen verhängt werden.²²³ Die Auswirkung der außerberufsrechtlichen Normen auf das anwaltliche Rollenbild und die Einbindung als Hinweisgeber werden später noch ausführlich zu diskutieren sein.

²¹⁹ Prütting, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 12.

²²⁰ Gesetz zur Einführung eines Lobbyregisters für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und gegenüber der Bundesregierung v. 16.04.2021, BGBl. 2021 I S. 818.

²²¹ Träger, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 43 Rn. 16; vgl. auch Hirte mit Tweet vom 18.07.2020 als Kommentar auf die Einführung eines verbindlichen Lobbyregisters: „In diesem Zusammenhang gehört auch die Reichweite des #Anwaltsgeheimnis|ses auf den Prüfstand. Denn #Rechtsgestaltung ist nicht gleich #Rechtsberatung. #Lobbyregister“ sowie Tweet vom 18.07.2020: „Vorbild für Abgrenzung könnte auch die Neuregelung des Berufsrechts der Steuerberater sein – einerseits unabhängiges Organ der Steuerrechtspflege (§ 32 StBerG n.F.), andererseits Anzeigepflicht grenzüberschreitender Steuergestaltungen (§§ 138dff. AO n.F.).“

²²² Prütting, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 12.

²²³ Träger, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 43 Rn. 16.

III. Anwaltsvertrag

Eine wichtige Quelle des anwaltlichen Pflichtenkanons ist der Mandatsvertrag, der das Mandatsverhältnis begründet und die wesentlichen Rechte und Pflichten des (Wirtschafts-)Anwalts gegenüber dem Mandanten definiert. Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit die vertraglichen Pflichten den Wirtschaftsanwalt binden und als potenzielle Grundlage für spezifische Pflichten für Wirtschaftsanwälte im System der Corporate Governance und bei der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität herangezogen werden können.

1. Vertragsschluss und Rechtsnatur des Anwaltsvertrags

Das Mandatsverhältnis zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Rechtsanwalt wird durch den Abschluss eines Anwaltsvertrags oder durch konkludente Mandatsübernahme begründet. Das Mandatsverhältnis entsteht zwischen der Gesellschaft einerseits und dem Rechtsanwalt als natürliche Person oder der Rechtsanwaltskanzlei als (teil-)rechtsfähige Personengesellschaft (z.B. GbR oder Partnerschaftsgesellschaft)²²⁴ oder juristische Person (z.B. Anwalts-GmbH oder Anwalts-LLP, sofern sie ihren Verwaltungssitz im Vereinigten Königreich oder den USA hat²²⁵) andererseits. Die für die Gesellschaft handelnden natürlichen Personen werden in der Regel – wie weiter unten noch auszuführen sein wird – nicht Partei des Anwaltsvertrags. Gesellschaftsseitig ist grundsätzlich das Leitungsorgan als gesetzlicher Vertreter (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG; § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG) berechtigt, den Anwaltsvertrag im Namen der Gesellschaft abzuschließen. Häufig wird das Leitungsorgan bestimmten Führungspersonen unterhalb der Vorstands- oder Geschäftsführungsebene eine Handlungsvollmacht erteilen, die dazu berechtigt, anwaltliche Beratungsverträge im Namen der Gesellschaft abzuschließen. In der Praxis werden dies in der Regel – soweit vorhanden – Mitarbeiter der Rechtsabteilung sein, damit diese den externen rechtlichen Beratungsbedarf selbstständig koordinieren können.

Der Anwaltsvertrag ist nicht als eigener Vertragstyp im besonderen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt. Nach herrschender Meinung hat der Anwaltsvertrag eine entgeltliche Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB zum

²²⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056, wonach die (Außen-)GbR Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet; mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) am 01.01.2024 wird die Rechtsfähigkeit der am Rechtsverkehr teilnehmenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 705 Abs. 2 BGB n.F. kraft Gesetzes begründet.

²²⁵ Nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union (Brexit) sind die Privilegierungen durch die Niederlassungsfreiheit weggefallen, sodass eine UK-LLP mit Verwaltungssitz in Deutschland post-Brexit als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts qualifiziert wird mit der Konsequenz, dass die Haftungsprivilegierung der Gesellschafter entfällt, vgl. Hellwig, AnwBl Online 2018, 9 (11 f.).

Inhalt, die in der Regel dienstvertraglichen Charakter aufweist.²²⁶ In Einzelfällen kann der Anwaltsvertrag aber auch als Werkvertrag ausgestaltet sein, wenn sich die anwaltliche Tätigkeit beispielsweise in der Erstellung eines Rechtsgutachtens erschöpft.²²⁷ Erforderlich ist allerdings, dass nach der vertraglichen Vereinbarung ausschließlich der Erfolg der Leistung geschuldet ist. Soweit dies nicht ausdrücklich vereinbart wurde, muss sich ein solcher Wille der Parteien zumindest im Wege der Auslegung ergeben. Auswirkung hat diese Unterscheidung insbesondere im Bereich der Leistungsstörung. Anders als bei einem Dienstvertrag stünden dem Mandanten bei Anwendung des Werkvertragsrechts die Mängelgewährleistungsrechte nach den §§ 634, 633 BGB zu. Die nachfolgende Untersuchung geht bei der Analyse der vertraglichen Pflichten von einem Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichem Charakter aus, da dies dem in der Praxis weit überwiegenden Teil der Anwaltsverträge entspricht.

2. Die Aktiengesellschaft als Mandant

Der Anwalt berät die Aktiengesellschaft, nicht aber die Mitglieder des Vorstands oder andere Mitarbeiter, soweit unter Beachtung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen nichts anderes vereinbart wurde.²²⁸ Diese Unterscheidung ist für das Verständnis der rechtlichen Grundlagen des Berufshandelns von Wirtschaftsanwälten wichtig, weil ihre Rechte und Pflichten nur so im Einzelnen klar abgegrenzt werden können. Unabhängig von den handelnden Personen schuldet der Anwalt seine Leistung daher nur der Gesellschaft. Auch die vertraglichen Nebenpflichten wirken grundsätzlich ausschließlich zwischen den Parteien.

a) Einbeziehung der Vorstandsmitglieder

Teilweise wird in Rechtsprechung²²⁹ und Literatur²³⁰ bei der Bestimmung der Reichweite des anwaltlichen Berufsgeheimnisses vertreten, dass Organmitglieder im Einzelfall in das Mandatsverhältnis zwischen Anwalt und Gesellschaft mit einbezogen werden können, wenn zwischen dem Anwalt und dem einzelnen Vorstandsmitglied ein „mandatsähnliches Vertrauensverhältnis“ entstanden ist. Dies wird von

²²⁶ Kilian, in: Kilian/Koch (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018, Teil B. Rn. 423 f.

²²⁷ Heermann, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 675 Rn. 26.

²²⁸ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (118).

²²⁹ AG Bonn, Beschl. v. 12.03.2010 – 51 GS 557/10, NJW 2010, 1390; OLG Schleswig, Beschl. v. 27.05.1980 – I Ws 160, 161/80, NJW 1981, 294; LG Düsseldorf, Beschl. v. 18.03.1958 – III a Qs 107/58, NJW 1958, 1152.

²³⁰ Hamm, NJW 2010, 1332 (1335); Krause, NStZ 2012, 663 (666); Krause, in: FS Dahs, S. 349 (366 ff.); Schroer, DStR 1994, 1173 (1175).

der herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt.²³¹ Die persönlichen Verhältnisse und Interessen des Organs werden nicht dadurch Gegenstand des Mandats, dass die Organmitglieder dem Anwalt der Gesellschaft Tatsachen über eigene, möglicherweise ihre eigene Schadensersatzpflicht oder Strafbarkeit begründende Handlungen mitteilen.²³² Denn zum einen dürfte den betroffenen Organmitgliedern bekannt sein, dass der Anwalt allein im Auftrag und Interesse der Gesellschaft tätig wird, sodass sie beispielsweise nicht darauf vertrauen können, dass ihre Kommunikation mit dem Rechtsanwalt gegen den Willen des Unternehmens geheim bleibt.²³³ Zum anderen würde die Annahme einer quasi konkludenten Mandatsübernahme auch für Organmitglieder oder Mitarbeiter des Unternehmens aufgrund der im Regelfall gegebenen Interessen des Unternehmens zu einem strukturellen Konflikt mit dem standesrechtlichen Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen führen.²³⁴

b) Einbeziehung der Aufsichtsratsmitglieder

Es ist in der Praxis nicht unüblich, dass auch der Aufsichtsrat eigenständige anwaltliche Beratung in Anspruch nimmt; beispielsweise bei der Untersuchung und Durchsetzung möglicher Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder oder im Zusammenhang mit Zustimmungspflichtigen Geschäften.²³⁵ Dies ist nach Maßgabe der §§ 109 Abs. 1 Satz 2, 111 Abs. 2 Satz 2 AktG grundsätzlich zulässig. Institutionalisiert ist die Einbeziehung externer Sachverständiger durch den Aufsichtsrat im Zusammenhang mit der Prüfung des Jahresabschlusses, denn die Beauftragung des Abschlussprüfers fällt gemäß § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG in die ausschließliche Kompetenz des Aufsichtsrats. Darüber hinaus kann der Aufsichtsrat seit Inkrafttreten des FISG gemäß § 111 Abs. 2 Satz 4 AktG auch eine Prüfung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Gesellschaft beauftragen. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Prüfungsausschuss zu, der gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG sowohl für die Überwachung der internen Kontroll- und Risikomanagementsysteme als auch für den Vorschlag zur Wahl des Abschlussprüfers durch die Hauptversammlung sowie die Überwachung der Qualität der Abschlussprüfung

²³¹ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 27.10.2003 – 2 BvR 2211/00, BVerfGK 2, 97 = NStZ-RR 2004, 83; BGH, Urt. v. 30.11.1989 – III ZR 112/88, BGHZ 109, 260 Tz. 33 = NJW 1990, 510 (512); LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, NJW 2011, 942; LG Bonn, Beschl. v. 13.02.2012 – 27 Qs-410 Js 511/10–21/11, NStZ 2013, 712; Schmitt, in: Meyer-Goßner, 63. Aufl. 2020, § 53 Rn. 46a; Greven, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 97 Rn. 6; Passarge, BB 2010, 591 (593); Tully/Kirch-Heim, NSZ 2012, 657 (661).

²³² LG Bonn, NStZ 2013, 712 (713); LG Bielefeld, Beschl. 20.06.2003 – 20 T 19/03, NZG 2003, 1076.

²³³ BGH, Urt. v. 30.11.1989 – III ZR 112/88, BGHZ 109, 260 Tz. 33 = NJW 1990, 510 (512); Passarge, BB 2010, 591 (592); Tully/Kirch-Heim, NSZ 2012, 657 (661).

²³⁴ BGH, Urt. v. 30.11.1989 – III ZR 112/88, BGHZ 109, 260 Tz. 33 = NJW 1990, 510 (512); OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.07.1976 – 5 W 21/76, OLGZ 1977, 370 (374); Tully/Kirch-Heim, NStZ 2012, 657 (662 f.).

²³⁵ Vgl. LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, NJW 2011, 942 (943).

verantwortlich ist. Der Mandatsvertrag wird in sämtlichen Fällen auf der Grundlage eines Aufsichtsratsbeschlusses (oder eines Ausschussbeschlusses, sofern eine Delegation des Beschlussgegenstandes im konkreten Fall zulässig ist) im Allgemeinen durch den hierzu ermächtigten Aufsichtsratsvorsitzenden geschlossen.²³⁶ Vertragspartner und damit Mandant ist auch hier die Gesellschaft, nicht aber die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder.²³⁷ Die Ausführungen zum Vorstand gelten entsprechend.

3. Die Rechtsanwaltskanzlei als Vertragspartei

Der Anwalt ist zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet. Bei Einzelanwälten ist dies unproblematisch, da der Mandatsvertrag in diesen Fällen auch nur mit dem jeweiligen Anwalt abgeschlossen wurde. Wirtschaftsanwälte sind indes überwiegend in größeren überregionalen oder internationalen Sozietäten zusammengeschlossen. Die Mandatserteilung an eine Sozietät ist zulässig. Dabei wird die Sozietät in ihrer jeweiligen Rechtsform Partei des Anwaltsvertrags. Dies gilt für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts spätestens seit Anerkennung ihrer Teilrechtsfähigkeit durch die Rechtsprechung²³⁸ und ab dem 1. Januar 2024 auch gemäß dem durch das MoPeG neu eingeführten § 705 Abs. 2 BGB n. F. sowie grundsätzlich für jede andere Rechtsform, soweit diese als Rechtsform für den Zusammenschluss als Anwaltskanzlei zugelassen ist und als rechtsfähige juristische Person in Deutschland anerkannt wird.²³⁹ Dies ist auch für die unter Wirtschaftskanzleien häufig gewählte Rechtsform der englischen oder US-amerikanischen LLP anerkannt, sofern sich ihr Verwaltungssitz im Vereinigten Königreich oder den USA befindet.²⁴⁰ Soweit nicht ausdrücklich vereinbart, können die Sozien „darüber [...] bestimmen, wer von ihnen den Mandanten betreuen, seine Sache bearbeiten und je nach den Umständen behalten oder abgeben soll“.²⁴¹ Verpflichtet wird nur die Sozietät und nicht der einzelne Berufsträger. Diese haften als Gesellschafter allenfalls akzessorisch (soweit es sich nicht um Kapitalgesellschaften oder andere Gesellschaftsformen mit beschränkter Haftung handelt); im Falle der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 128 HGB analog.

²³⁶ *Habersack*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 86; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, Band 2/2, 3. Aufl. 2013, § 111 Rn. 61; *Hoffmann-Becking*, ZGR 2011, 136 (140 f.).

²³⁷ *Spindler*, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.07.2022, § 111 Rn. 57; v. *Falkenhausen*, in: FS Winter, S. 117 (118).

²³⁸ BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

²³⁹ Künftig stehen den Freiberuflergesellschaften auch die Rechtsformen der Personenhandelsgesellschaften offen, vgl. Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.08.2021, BGBl. 2021 I S. 3436 ff.

²⁴⁰ Vgl. *Hessler*, NJW 2014, 1761 (1761 ff.); vgl. zu den Brexit-Folgen für die Anwaltskanzlei in Form einer UK-LLP *Hellwig*, AnwBl Online 2018, 9 (11 f.).

²⁴¹ BGH, Urt. v. 06.07.1971 – VI ZR 94/69, BGHZ 56, 355 Tz. 15 = NJW 1971, 1801 (1803).

4. Vertragsinhalt

a) Umfang des Mandats

Der konkrete Mandatsumfang folgt unmittelbar aus der Willensrichtung der Vertragsparteien, die entweder ausdrücklich in der Mandatsvereinbarung Niederschlag gefunden hat oder, soweit dies nicht der Fall ist, im Wege der Vertragsauslegung gemäß den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist. Das Mandat bestimmt den Tätigkeitsbereich des Anwalts und legt damit auch den Umfang der anwaltlichen Pflichten fest. Maßgeblich für deren Bestimmung ist das vertragliche Innenverhältnis.²⁴² Soweit sich aus dem Anwaltsvertrag und den Umständen im Einzelfall keine Einschränkungen ergeben, ist im Grundsatz davon auszugehen, dass der Mandant eine rechtliche Beratung in sämtliche in Betracht kommenden Richtungen erwartet und diese auch erwarten darf.²⁴³ Besonderheiten bei der Beratung juristischer Personen ergeben sich in Bezug auf den Umfang des Mandats nicht.

b) Allgemeine Vertragspflichten

Die Vertragspflichten des Rechtsanwalts richten sich nach dem Inhalt und Umfang des Mandats sowie den Umständen des Einzelfalls.²⁴⁴ Im Wege einer typisierenden Betrachtung des Anwaltsvertrags und aus den Vorschriften über den Auftrag hat die Rechtsprechung indes allgemeingültige Haupt- und Nebenleistungspflichten abgeleitet, an denen der Anwalt sein Handeln grundsätzlich auszurichten hat. Maßstab für die Reichweite der Leistungspflicht des Anwalts ist – wie bei jedem anderen Schuldner auch – der allgemeine vertragsrechtliche Grundsatz, dass der Schuldner nicht mehr zu leisten braucht, als der Gläubiger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 242 BGB) erwarten darf.²⁴⁵ Auf dieser rechtlichen Grundlage hat der Bundesgerichtshof die allgemeinen Vertragspflichten des Anwalts folgendermaßen umschrieben:

„Nach fester Rechtsprechung des BGH ist der Rechtsanwalt, soweit sein Auftraggeber nicht unzweideutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. Er hat dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem er strebten Zielen zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den si-

²⁴² Jungk, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), *Analtshaftung*, 6. Aufl. 2020, § 14 Rn. 79.

²⁴³ BGH, Urt. v. 21. 11. 1960 – III ZR 160/59, NJW 1961, 601; BGH, Urt. v. 20. 10. 1994 – IX ZR 116/93, NJW 1995, 449.

²⁴⁴ Hirte, *Berufshaftung*, S. 13; Vill, in: Hdb. der Analtshaftung, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 3.

²⁴⁵ G. Fischer, in: Hdb. der Analtshaftung, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 6.

chersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist.“²⁴⁶

Mit diesem Pflichtenkatalog orientiert sich die Rechtsprechung an dem aus den §§ 1 bis 3 BRAO folgenden Berufsbild des Rechtsanwalts. Die von der Rechtsprechung definierten abstrakten Leitlinien spiegeln diejenige Leistung wider, die der Mandant unter Berücksichtigung eines objektiven, berufsspezifischen Sorgfaltsmäßigstabs gemäß § 276 BGB allgemein von jedem gewissenhaften und sorgfältigen Anwalt erwarten darf.²⁴⁷ Hieraus werden im Einzelfall die konkreten Pflichten des Anwalts abgeleitet, die sich aus dem Inhalt und Umfang des jeweiligen Mandats in Verbindung mit den Umständen des Einzelfalls ergeben.²⁴⁸ Von Teilen der Anwaltschaft wird kritisiert, dass die Gerichte insbesondere im Bereich der zu erwartenden Fachkenntnis tatsächlich weit über diesen an der Leistungsfähigkeit eines durchschnittlichen Berufsträgers orientierten Maßstab hinausgehen und stattdessen einen „allwissenden Anwaltstypus“ voraussetzen.²⁴⁹ Begrüßt wurde deshalb eine jüngere Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der das Gericht sich bei der im konkreten Fall zu erwartenden Fachkenntnis an den Vorgaben der Fachanwaltsordnung für das betroffene Rechtsgebiet orientiert hat.²⁵⁰

Der vertragliche Pflichtenmaßstab bildet damit die Grundlage des rechtlichen Rahmens für das anwaltliche Handeln, da hierdurch die unmittelbaren Rechte und Pflichten im Innenverhältnis geregelt werden. Die allgemeinen vertraglichen Pflichten gelten ohne Einschränkung auch für Wirtschaftsanwälte und werden der beratenen Gesellschaft als Mandant geschuldet, nicht aber den für die Gesellschaft auftretenden Personen.

IV. Zwischenergebnis

Das überwiegend in der BRAO geregelte anwaltliche Berufsrecht kennt keine Sondervorschriften für Wirtschaftsanwälte. Auch aus der Generalklausel des § 43 BRAO lassen sich keine Verhaltenspflichten für Wirtschaftsanwälte ableiten, da die Norm nach herrschender Meinung lediglich als Auffangtatbestand oder Transportnorm in Betracht kommt, wenn das zu regelnde Verhalten eine berufsrechtliche Relevanz aufweist. Dies ist konsequent, da der Zweck des Berufsrechts ausschließlich auf die Gewährleistung einer funktionierenden Rechtspflege gerichtet ist.

²⁴⁶ BGH, Urt. v. 22. 10. 1987 – IX ZR 175/86, NJW 1988, 563 (566).

²⁴⁷ *Hirte*, Berufshaftung, S. 21; *G. Fischer*, in: Hdb. der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 7.

²⁴⁸ BGH, Urt. v. 17. 12. 1987 – IX ZR 41/86, NJW 1079 (1080 f.); *Hirte*, Berufshaftung, S. 13; *Vill*, in: Hdb. der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 3.

²⁴⁹ Vgl. *Heinemann*, in: Vollkommer/Greger/Heinemann (Hrsg.), Anwaltshaftungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 9 Rn. 3 ff. m. w.N.

²⁵⁰ BGH, Urt. v. 21. 06. 2018 – IX ZR 80/17, NJW 2018, 2476 (2478).

Der Inhalt und die Qualität der Berufsausübung sind der Aufsicht durch die Kammern und Anwaltsgerichte dagegen grundsätzlich entzogen. Die Verantwortlichkeit von Wirtschaftsanwälten im System der Corporate Governance und Compliance bemisst sich in Deutschland daher in erster Linie nach dem vertraglichen Pflichtenprogramm. Ein geschlossenes System eines tätigkeitsspezifischen Sonderrechts für Wirtschaftsanwälte wie in den USA gibt es in Deutschland nicht.

C. Die Rolle des Wirtschaftsanwalts in der Corporate Governance

Anders als dem Abschlussprüfer weist das deutsche Recht dem Wirtschaftsanwalt keine konkrete Funktion im System der Corporate Governance und Compliance zu. Insbesondere lassen sich weder aus den berufsrechtlichen Normen noch aus anderen Gesetzen konkrete Verhaltenspflichten für einen Wirtschaftsanwalt herleiten, der im Rahmen seiner Tätigkeit von Tatsachen Kenntnis erlangt, die auf gravierende Missstände oder Rechtsverletzungen in einem beratenen Unternehmen hindeuten. Mangels spezifischer gesetzlicher Regelungen sind als Grundlage für die Rolle des Wirtschaftsanwalts im System der Corporate Governance in erster Linie die Pflichten aus dem Anwaltsvertrag heranzuziehen. Nachfolgend soll gezeigt werden, dass die durch die Rechtsprechung ausdifferenzierten Pflichten aus dem Mandatsvertrag grundsätzlich geeignet sind, dem Wirtschaftsanwalt eine wesentliche Rolle im System der Corporate Governance zuzuweisen.

I. Vertragliche Hinweis- und Warnpflichten

1. Pflicht zur Beratung und Belehrung über mandatsbezogene Risiken und Gefahren

Der Wirtschaftsanwalt ist – wie jeder andere Rechtsanwalt auch – aus dem Anwaltsvertrag verpflichtet, die beratene Gesellschaft unaufgefordert über alle für die Gesellschaft bedeutenden Umstände im Zusammenhang mit dem Mandatsgegenstand zu informieren.²⁵¹ Er hat seinen jeweiligen Ansprechpartner im Unternehmen umfassend zum Auftragsgegenstand zu beraten und über mögliche Risiken und Gefahren aufzuklären. Auf diese Weise stellt der Wirtschaftsanwalt sicher, dass die verantwortlichen Personen ihre Entscheidungen auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage treffen können. Das Berufshandeln des Wirtschaftsanwalts leistet damit einen wesentlichen Beitrag zur Corporate Governance und Compliance.

²⁵¹ Jungk, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), *Anwaltshaftung*, 6. Aufl. 2020, § 14 Rn. 83 ff.

Inhalt und Reichweite der Beratungs- und Belehrungspflicht sollen nachfolgend näher beleuchtet werden.

a) Umfang des Mandats

aa) Unbeschränktes Mandat

Der Auftragsgegenstand umfasst grundsätzlich die gesamte durch die Vertreter der Gesellschaft präsentierte Rechtsangelegenheit.²⁵² Soweit der Mandatsvertrag oder die Umstände des Falles keine konkrete Einschränkung des Mandats vorsehen, hat der Anwalt die rechtlichen Interessen der Gesellschaft umfassend zu wahren und diese erschöpfend in alle Richtungen zu beraten und zu belehren. Das Reichsgericht stellte hierzu fest, dass derjenige, der „einen Rechtsanwalt in Anspruch nimmt und dabei nicht zu erkennen gibt, er bedürfe seines Rates nur in einer bestimmten Richtung, [...] eine allgemeine und möglichst erschöpfende Belehrung über die sachliche Durchführung des erbetenen Rates“ will.²⁵³ Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung ebenfalls davon aus, dass der Anwalt zur „allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung“ des Mandanten verpflichtet ist, soweit der Mandant „nicht unzweideutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedürfe“²⁵⁴.

bb) Beschränktes Mandat

Haben sich die Parteien dagegen auf eine bestimmte Richtung des zu erteilenden Rates geeinigt, spricht man von einem „eingeschränkten“²⁵⁵ oder „beschränkten“²⁵⁶ Mandat. Das Mandat beschränkt sich in diesen Fällen regelmäßig auf die Bearbeitung einer konkreten Fragestellung oder eines bestimmten Rechtsgebiets innerhalb einer Rechtsangelegenheit. Der Umfang der primären Belehrungs- und Beratungspflicht korrespondiert mit dem Mandatsumfang. Typische Beispiele sind die Mandatierung zur Durchsetzung nur eines bestimmten vorher definierten Anspruchs oder zur Beratung im Zusammenhang mit einer spezifischen rechtlichen Fragestellung.

²⁵² *Hirte*, Berufshaftung, S. 13; *Jungk*, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltshaftung, 6. Aufl. 2020, § 14 Rn. 82.

²⁵³ RG, Urt. v. 26.02.1932, JW 1932, 2855 (zitiert bei *Jungk*, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltshaftung, 6. Aufl. 2020, § 14 Rn. 80).

²⁵⁴ BGH, Urt. v. 12.07.1960 – III ZR 89/59, VersR 1960, 932 (933); BGH, Urt. v. 28.06.1990 – IX ZR 209/89, NJW-RR 1990, 1241 (1243).

²⁵⁵ *Jungk*, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltshaftung, 6. Aufl. 2020, § 14 Rn. 93.

²⁵⁶ *Vill*, in: Hdb. der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 16.

b) Inhalt und Reichweite der Belehrungs- und Beratungspflicht

Der Vorstand soll durch den anwaltlichen Rat in die Lage versetzt werden, dass dieser eigenverantwortlich entscheiden kann, wie er die Interessen der Gesellschaft in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zur Geltung bringen will.²⁵⁷

aa) Umfassende Beratungs- und Belehrungspflicht

Die Beratungs- und Belehrungspflicht erstreckt sich im Rahmen des Auftragsgegenstands grundsätzlich auf alle Rechtsfragen. Es kommt darauf an, dass dem Mandanten, „der verlässlich über bestimmte Rechtsfolgen unterrichtet werden will, um darauf seine Entscheidung gründen zu können, eine annähernd zutreffende Vorstellung von den Handlungsmöglichkeiten und deren Vor- und Nachteilen“ vermittelt wird.²⁵⁸ Der Vorstand bzw. der jeweilige Ansprechpartner ist dabei über mögliche Risiken und deren ungefähres, abschätzbares Ausmaß aufzuklären.²⁵⁹ Im Einzelfall kann sie insbesondere unter Zweckmäßigkeitssaspekten auch die Pflicht zur Beratung im Hinblick auf Wirtschafts- und Geschäftsfragen enthalten, sofern diese in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen.²⁶⁰ Der Anwalt hat dabei grundsätzlich von der Belehrungsbedürftigkeit seines Mandanten auszugehen, selbst wenn dieser rechtlich und wirtschaftlich erfahren ist.²⁶¹

bb) Bindung an den Auftragsgegenstand

Die Belehrungspflicht ist jedoch beschränkt auf den konkreten Auftragsgegenstand. Der Anwalt braucht „Vorgänge, die ihm lediglich bei Gelegenheit des Mandats bekannt geworden sind, die jedoch in keiner inneren Beziehung zu der ihm übertragenen Aufgabe stehen, nicht daraufhin zu untersuchen, ob sie Veranlassung zu einem Rat oder Hinweis geben“.²⁶² Beiläufig erkannte Rechtsverletzungen von Mitarbeitern oder Organmitgliedern lösen daher in der Regel keine Beratungs- und Belehrungspflicht aus. Erlangt der Anwalt bei Bearbeitung des Mandats dagegen von betriebsbezogenen Rechtsverletzungen Kenntnis, die das Auftragsziel gefährden und auf andere Weise in einer inneren Beziehung zu dem Auftragsgegenstand stehen, so

²⁵⁷ BGH, Urt. v. 14.01.1993 – IX ZR 76/92, NJW 1993, 1325 (1326); *Vill*, in: Hdb. der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 293.

²⁵⁸ BGH, Urt. v. 07.02.2008 – IX ZR 149/04, NJW 2008, 2041 (2041).

²⁵⁹ BGH, Urt. v. 06.02.1992 – IX ZR 95/91, NJW 1992, 1159 (1160); BGH, Urt. v. 16.05.1991 – IX ZR 131/90, NJW 1991, 2079 (2080); BGH, Urt. v. 08.12.1983 – I ZR 183/81, NJW 1984, 791 (792 f.).

²⁶⁰ *Jungk*, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltshaftung, 6. Aufl. 2020, § 20 Rn. 72 ff.

²⁶¹ BGH, Urt. v. 06.02.1992 – IX ZR 95/91, NJW 1992, 1159 (1160).

²⁶² BGH, Urt. v. 29.11.2001 – IX ZR 278/00, NJW 2002, 1117 (1118).

hat er den Mandanten über die damit verbundenen Risiken zu belehren und zu beraten.

Bei der Beratung im Rahmen eines Unternehmensverkaufsprozesses besteht beispielsweise dann eine Pflicht zur Warnung, wenn der Anwalt des Verkäufers erkennt, dass die durch seinen Mandanten vorgelegten Jahresabschlüsse der zum Verkauf stehenden Gesellschaft manipuliert worden sind, um einen besseren Kaufpreis zu erzielen. Der Anwalt darf in einem solchen Fall nicht wegsehen. Er muss seinen Mandanten über die damit verbundenen Risiken aufklären und belehren. Dies gilt gemäß § 102 StaRUG²⁶³ insbesondere, wenn ein möglicher Insolvenzgrund vorliegt, der durch die Manipulation verdeckt werden sollte, und der Rechtsanwalt an der Erstellung der Jahresabschlüsse beteiligt war. Gelingt es ihm nicht, den Mandanten zu einem rechtmäßigen Vorgehen zu bewegen, sollte er das Mandat niedergelegen, um eine mögliche Haftung gegenüber Dritten²⁶⁴ und potenzielle strafrechtliche Konsequenzen²⁶⁵ zu vermeiden.

c) Belehrung über Risiken bei der Rechtsgestaltung

Ebenso verlangt die Beratungs- und Belehrungspflicht, dass der Rechtsanwalt auf mögliche Rechtsverletzungen bei der Rechtsgestaltung und daraus resultierende Risiken hinweist. Dies bedeutet aber nicht, dass es dem Wirtschaftsanwalt verwehrt ist, bei seiner Beratung die Grenzen des rechtlich Zulässigen auszuloten. Wirtschaftsrechtliche Beratung bedeutet auch rechtliche Innovation. Unternehmen und Finanzinstitutionen verlangen von ihren Rechtsberatern in einem sich ständig ändernden rechtlichen und regulatorischen Umfeld, dass diese ihnen Wege und Möglichkeiten aufzeigen, wie sie ihre wirtschaftlichen Ziele einerseits rechtssicher, andererseits aber auch möglichst effizient und kostengünstig erreichen können. Gibt es bei einem Geschäft die Möglichkeit, durch die Art und Weise der rechtlichen Ausgestaltung die Zahlung von Abgaben (z. B. Steuern) oder bestimmte gesetzliche Einschränkungen rechtmäßig zu vermeiden, so ist es Aufgabe des Anwalts, seinen Mandanten auf zulässige Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen. Denn der Anwalt ist den Interessen seines Mandanten verpflichtet und hat diesem die sicherste, aber auch die wirtschaftlich günstigste Rechtsgestaltung vorzuschlagen. Dies folgt nicht nur aus dem Mandatsvertrag, sondern gehört zu den Wesensmerkmalen der anwaltlichen Berufsausübung.²⁶⁶ Insoweit ist ein Wirtschaftsanwalt sogar verpflichtet, dem beratenen Unternehmen rechtmäßige Wege zur Reduzierung der Steuerlast aufzuzeigen, soweit es sich um rechtlich zulässige Gestaltungen handelt. Der Anwalt

²⁶³ Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen v. 22.12.2020 (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG), BGBI. 2020 I S. 3256.

²⁶⁴ BGH, Urt. v. 05.04.1971 – VII ZR 163/69, NJW 1971, 1309 (1310).

²⁶⁵ Beisel, in: Beck'sches Mandats-Hdb. Due Diligence, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 45.

²⁶⁶ Heinemann, in: Vollkommer/Greger/Heinemann (Hrsg.), Anwaltshaftungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 6.

ist dagegen nicht verpflichtet, den Mandanten zu einem ethisch oder gesellschaftlich verantwortlichen Handeln zu beraten, sondern er hat die Aufgabe, dessen (wirtschaftliche) Interessen innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen bestmöglich zur Geltung zu bringen.²⁶⁷

Problematisch wird es, wenn er den Mandanten zu wirtschaftlich günstigen Rechtsgestaltungen berät, deren Rechtmäßigkeit aufgrund einer unklaren Rechtslage nicht eindeutig festgestellt werden kann. Hierbei besteht stets das Risiko, dass sich die geplante Maßnahme als unzulässig erweist. Auch in diesen Fällen ist es dem Anwalt gestattet, seinen Mandanten über alle denkbaren Gestaltungsalternativen zu beraten. Allerdings muss er auf die mit der jeweiligen Maßnahme verbundenen Unsicherheiten und Risiken ausdrücklich hinweisen und das Risiko zutreffend darstellen. Die Beratung muss auf einer vertretbaren rechtlichen Bewertung beruhen und darf die Risiken nicht verharmlosen oder anderweitig verschleiern.²⁶⁸ Das Gebot des sichersten Wegs verlangt von ihm, dass er von der Durchführung einer entsprechend riskanten Maßnahme abrät und eine rechtssichere Alternative vorschlägt. Ist die Durchführung der beabsichtigten Maßnahme auf rechtmäßige Weise nicht zu erreichen, muss der Anwalt den Vorstand oder seinen jeweiligen Ansprechpartner auf die Rechtswidrigkeit hinweisen und über sämtliche damit verbundene Risiken aufklären.²⁶⁹

2. Hinweis- und Warnpflicht

Erfährt ein Wirtschaftsanwalt im Rahmen des Mandats von betriebsbezogenen Rechtsverletzungen, die zur Schädigung des Unternehmens führen können, so kann eine Pflicht zur Warnung vor den erkannten Risiken bestehen, wenn die besondere Schutzbedürftigkeit des Unternehmens dies im Einzelfall erfordert. Dies folgt aus der nebenvertraglichen Schadensverhütungspflicht des Rechtsanwalts, wonach der Anwalt seinen Auftraggeber auch außerhalb des Mandats „vor voraussehbaren und vermeidbaren Schäden“ zu bewahren hat.²⁷⁰ Die Schadensverhütungspflicht kann demnach als ein zentrales Instrument zur Integration des Wirtschaftsanwalts in die Corporate Governance und Compliance angesehen werden. Sie stellt sicher, dass der Wirtschaftsanwalt seine Ansprechpartner im Unternehmen auf Missstände, die ihm

²⁶⁷ Heinemann, in: Vollkommer/Greger/Heinemann (Hrsg.), *Anwaltshaftungsrecht*, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 6.

²⁶⁸ Jungk, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), *Anwaltshaftung*, 6. Aufl. 2020, § 21 Rn. 132 ff.

²⁶⁹ BGH, Urt. v. 06.02.1992 – IX ZR 95/91, NJW 1992, 1159 (1160); Heinemann, in: Vollkommer/Greger/Heinemann (Hrsg.), *Anwaltshaftungsrecht*, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 56.

²⁷⁰ BGH, Urt. v. 13.03.1997 – IX ZR 81/96, NJW 1997, 2168 (2169); BGH, Urt. v. 09.07.1998 – IX ZR 324/97, VI Z 1998, 571 (572); BGH, Urt. v. 15.04.1999 – IX ZR 328–97, NJW 1999, 2183 (2188); BGH, Urt. v. 29.11.2001 – IX ZR 278/00, NJW 2002, 1117 (1118); Steuerberater: BGH, Urt. v. 26.01.1995 – IX ZR 10/94, BGHZ 128, 358 Tz. 12 = NJW 1995, 958 (958); BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, NJW 2009, 1141 (1142 f.).

im Rahmen seiner Tätigkeit bekannt geworden sind, hinweist, und erhöht damit die Transparenz im Unternehmen. Gemäß § 12 Abs. 1 HinSchG sind Unternehmen mit in der Regel mindestens 50 Beschäftigten verpflichtet, interne Meldestellen einzurichten, an die sich Mitarbeiter oder Dritte, einschließlich Rechtsanwälte, mit Verdachtsmeldungen wenden können.²⁷¹

a) Rechtliche Grundlagen der nebenvertraglichen Hinweis- und Warnpflicht

Dogmatisch handelt es sich bei den nebenvertraglichen Hinweis- und Warnpflichten um nebenvertragliche Schutzpflichten gemäß den §§ 241 Abs. 2, 242 BGB, die jede Partei zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners verpflichten. Zweck der Hinweis- und Warnpflichten ist der Schutz des Integritätsinteresses der jeweils anderen Partei, d. h. deren personen- und vermögensrechtlicher *status quo*.²⁷² Anknüpfungspunkt ist das Informationsgefälle zwischen Anwalt und Mandant. Hinweis- und Warnpflichten kommen daher immer dann in Betracht, wenn ein schutzwürdiges Informationsbedürfnis des Mandanten einem Informationsvorsprung des Anwalts gegenübersteht, sodass der Mandant gemäß § 242 BGB Aufklärung erwarten kann.²⁷³ Allgemein ist der eine Teil zur Aufklärung des anderen jedenfalls dann verpflichtet, wenn „der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind“.²⁷⁴ Je enger die vertragliche Beziehung und je höher das gegenseitig in Anspruch genommene Vertrauen ist, desto ausgeprägter sind auch die gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten.²⁷⁵

b) Konkretisierung der Hinweis- und Warnpflicht bei Anwaltsverträgen

Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ist ein Anwalt zum Hinweis verpflichtet, wenn er dem Mandanten drohende rechtliche Gefahren erkennt oder diese für ihn offenkundig sind oder sich ihm bei ordnungsgemäßer Bearbeitung des Mandats aufdrängen und der Anwalt Grund zu der Annahme hat, dass sich der Mandant der drohenden Nachteile nicht bewusst ist.²⁷⁶ Nach diesem rechtlichen Maßstab kann ein Wirtschaftsanwalt im Einzelfall verpflichtet sein, der Gesellschaft betriebsbezogene Rechtsverletzungen, die ihm bei der Bearbeitung des Mandats bekannt geworden sind, anzulegen, soweit diese geeignet sind, eine rechtliche oder

²⁷¹ Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2023, § 3 Rn. 3.42a.

²⁷² Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 241 Rn. 6.

²⁷³ Zugehör, in: FS Ganter, S. 573 (576).

²⁷⁴ BGH, Urt. v. 11.08.2010 – XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362 (3362).

²⁷⁵ Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, § 241 Rn. 22.

²⁷⁶ BGH, Urt. v. 13.03.2008 – IX ZR 136/07, NJW-RR 2008, 1235 (1236); BGH, Urt. v. 29.11.2001 – IX ZR 278/00, NJW 2002, 1117; BGH, Urt. v. 09.07.1998 – IX ZR 324/97, VI Z 1998, 571 (572).

wirtschaftliche Gefahr für das Unternehmen zu begründen. Dabei ist es unerheblich, ob das erkannte rechtliche Risiko in einer inneren Beziehung zum Auftragsgegenstand steht, denn die nebenvertragliche Warnpflicht gilt gerade auch für außerhalb des Mandats liegende Gefahren.²⁷⁷

aa) Abweichende Ansicht

Teilweise wird in der Literatur unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²⁷⁸ angenommen, dass zur Begründung einer Hinweis- und Warnpflicht wenigstens ein enger Zusammenhang zum Mandatsgegenstand erforderlich sei.²⁷⁹ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die nebenvertraglichen Schutzpflichten einen über den Vertragsgegenstand hinausgehenden Schutz der Rechtsgüter und (Vermögens-)Interessen der anderen Vertragspartei verlangen, dessen Reichweite sich im Wesentlichen an der Art des Schuldverhältnisses orientiert, nicht aber am konkreten Vertragsgegenstand.²⁸⁰ Aufgrund des besonderen Vertrauens- und Treueverhältnisses und der überlegenen Fachkunde kann und darf der Rechtsuchende von einem Rechtsanwalt grundsätzlich erwarten, dass dieser ihn über rechtliche und damit zusammenhängende wirtschaftliche Risiken, die dieser im Rahmen des Mandats erkennt, auch dann aufklärt, wenn diese nicht Gegenstand des konkreten Mandats sind.²⁸¹ Deshalb muss der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geforderte Zusammenhang zum Mandatsgegenstand richtigerweise dahingehend verstanden werden, dass die Nähe zum Mandatsgegenstand ein Indiz für die Offenkundigkeit des Risikos darstellen kann, nicht aber eine zwingende Haltungsvoraussetzung ist.²⁸²

bb) Entwicklung der Rechtsprechung

Eine schematische Betrachtung führt bei der Auslegung von Nebenpflichten nicht weiter, da es auf eine wertende Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls ankommt.²⁸³ Dementsprechend gibt es eine umfangreiche Kasuistik, mit teilweise widersprüchlichen Ergebnissen, insbesondere im Vergleich zu den Maßstäben für Steuerberater und Rechtsanwälte.²⁸⁴ Zuletzt ist jedoch eine Vereinheitlichung der

²⁷⁷ BGH, Urt. v. 21.07.2005 – IX ZR 6/02, NJW-RR 2005, 1511 (1511 f.).

²⁷⁸ BGH, Urt. v. 09.07.1998 – IX ZR 324/97, VI Z 1998, 571 (572).

²⁷⁹ Chab, AnwBl 2011, 392 (392); Fahrendorf, in: Haftung des Rechtsanwalts, 10. Aufl. 2021, Kapitel 2 Rn. 266 ff.; Jungk, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltshaftung, 6. Aufl. 2020, § 14 Rn. 85.

²⁸⁰ Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, § 241 Rn. 22.

²⁸¹ Zugehör, WM 2013, 1965 (1972).

²⁸² Vgl. Vill, in: Hdb. der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 20; Heinemann, in: Vollkommer/Greger/Heinemann (Hrsg.), Anwaltshaftungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 5.

²⁸³ Olzen, in: Staudinger, BGB, § 241 Rn. 454.

²⁸⁴ Vgl. Zugehör, WM 2013, 1965 (1972 f.).

Rechtsprechung dahingehend zu beobachten, dass der Bundesgerichtshof nun auch bei Steuerberatern²⁸⁵ – wie zuvor bereits bei den Anwälten²⁸⁶ – Hinweis- und Warnpflichten außerhalb des konkreten Mandats bejaht. Danach ist ein für die Aufstellung des Jahresabschlusses mandatierter Steuerberater verpflichtet, die Geschäftsführung auf Zweifel an der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens hinzuweisen, wenn sich aus den ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen Hinweise auf eine mögliche Insolvenzreife des Unternehmens ergeben.²⁸⁷

Pape, damaliges Mitglied des erkennenden IX. Zivilsenats, begründete in einem Vortrag auf dem 12. Marburger Insolvenzrechtstag, dass die Entscheidung nicht nur für die Erstellung des Jahresabschlusses gelte, sondern auch auf andere Fälle auszuweiten sei, in denen der Berater bei Wahrnehmung des allgemeinen Mandats von Umständen erfährt, die für eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sprechen.²⁸⁸ In der Literatur wird das Urteil begrüßt, da es zur Rechtssicherheit beiträgt.²⁸⁹ Gleichzeitig wird vor der deutlichen Erhöhung des Haftungsrisikos für Steuerberater, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer gegenüber der Gesellschaft gewarnt.²⁹⁰

Kritisch wird in diesem Zusammenhang auch die Gefahr einer möglichen Inanspruchnahme der Berufsträger durch Gläubiger der insolventen Gesellschaft gesehen, sofern diese in den Schutzbereich des Mandatsvertrags einbezogen werden und es dadurch zu einer Verschiebung der haftungsrechtlichen Verantwortung auf die externen Berater kommt (sog. Dritthaftung).²⁹¹ Die Haftungsverlagerung dürfte bei ökonomischer Betrachtung zu höheren Kosten bei den Beratern führen, da sie für das gestiegene Haftungsrisiko zusätzlich Vorsorge treffen müssen. Diese Zusatzkosten werden sie mit hoher Wahrscheinlichkeit über eine Anhebung der Vergütung an die Mandanten weitergeben, was im Ergebnis zu einer Quersubventionierung führt und die Effizienz des Marktes für insolvenznahe Beratungsleistungen beeinträchtigen kann.²⁹²

Gleichwohl hat der Gesetzgeber diesen von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz mit dem StaRUG in Gesetzesrecht überführt. Gemäß § 102 StaRUG sind Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer und Rechtsanwälte bei der Erstellung eines Jahresabschlusses für einen Mandanten verpflichtet, diesen auf das Vorliegen eines möglichen Insolvenzgrundes und die sich daran anknüpfenden Pflichten der Geschäftsleiter und Mitglieder der Überwa-

²⁸⁵ BGH, Urt. v. 07.03.2013 – IX ZR 64/12, ZIP 2013, 829.

²⁸⁶ BGH, Urt. v. 26.10.2000 – IX ZR 289/99, NJW 2001, 517.

²⁸⁷ BGH, Urt. v. 26.01.2017 – IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 = DStR 2017, 942.

²⁸⁸ Pape, NZI 2019, 260 (264).

²⁸⁹ Wagner, EWiR 2017, 173 (174).

²⁹⁰ Eckert, DStRK 2017, 290.

²⁹¹ Mock, KTS 2020, 245 (266 f.); Mock, in: BeckOK, StaRUG, 8. Edition, Stand: 01.04.2023, § 102 Rn. 20 f.

²⁹² Mock, KTS 2020, 245 (279).

chungsorgane hinzuweisen. Anstatt die damit verbundenen Haftungsrisiken für Berufsträger angemessen zu adressieren, ist der Gesetzgeber dem von der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg gefolgt, ohne auf die berechtigte Kritik aus dem Schrifttum einzugehen.

cc) Stellungnahme

Vor diesem Hintergrund lässt sich als Richtschnur festhalten: Je offenkundiger sich die Gefahr für den Wirtschaftsanwalt darstellt, je enger der Zusammenhang der gefährbegründenden Umstände mit dem Mandatsgegenstand und je relevanter die Gefahr für das Unternehmen ist, umso eher wird man eine Hinweispflicht annehmen dürfen.²⁹³ Inhaltlich genügt es, wenn der Anwalt die Verantwortlichen im Unternehmen auf die erkannten Gefahren hinweist. Darüber hinaus gibt es keine Pflicht, die Gesellschaft ausführlich zu den Gefahren zu beraten oder weitere Nachforschungen anzustellen. Sowohl für Steuerberater als auch für Anwälte gilt jedoch, dass sie nicht sehenden Auges hinnehmen dürfen, dass sich ein vermeidbares rechtliches Risiko verwirklicht und die beratende Gesellschaft dadurch geschädigt wird.²⁹⁴

c) Positive Kenntnis und Offenkundigkeit

Der Anwalt hat nur vor solchen Gefahren zu warnen, die er positiv kennt oder die für ihn offenkundig sind. Mit dem Merkmal der Offenkundigkeit hat die Rechtsprechung faktisch eine Beweiserleichterung für den klagenden Mandanten geschaffen, denn dieser muss damit nicht die positive Kenntnis des Anwalts nachweisen, was in der Regel schwierig sein dürfte. Diese Ausweitung der Haftung darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Anwalt indirekt eine Ermittlungspflicht bezüglich außerhalb des Auftragsgegenstands liegender Umstände auferlegt wird. Dies würde dem Eigenverantwortlichkeitsprinzip widersprechen und zu einem Ungleichgewicht in der Leistungsbeziehung führen, da der Anwalt für diese Zusatzleistung keinen Honoraranspruch hat. Zudem wäre der Anwalt automatisch bei jedem Mandat auch für Umstände, die außerhalb seines Mandats liegen, einem der Höhe nach unüberschaubaren Haftungsrisiko ausgesetzt, das er vor Übernahme des Mandats auch nicht versichern konnte. Zu Recht konkretisiert die Rechtsprechung das Merkmal der Offenkundigkeit deshalb dahingehend, dass eine Hinweispflicht nur für solche Gefahren besteht, die für einen durchschnittlichen Anwalt mit der für das konkrete Mandat erforderlichen Fachkenntnis bei ordnungsgemäßer Bearbeitung auf den ersten Blick ersichtlich sind oder auf der Hand liegen.²⁹⁵

²⁹³ Olzen, in: Staudinger, BGB, § 241 Rn. 455.

²⁹⁴ Vgl. Zugehör, DStR 2010, 2595 (2596).

²⁹⁵ BGH, Urt. v. 26.01.1995 – IX ZR 10/94, BGHZ 128, 358 Tz. 12 = NJW 1995, 958 (958); BGH, Urt. v. 29.11.2001 – IX ZR 278/00, NJW 2002, 1117 (1118).

d) Grenzen der Hinweis- und Warnpflicht

Eine Hinweis- und Warnpflicht besteht allerdings nur, soweit der Mandant auch tatsächlich schutzbedürftig ist.²⁹⁶

aa) Anderweitige Beratung

Die Warnpflicht entfällt beispielsweise, wenn der Anwalt davon ausgehen kann, dass der Mandant anderweitig fachkundig beraten wird. Erkennt der Anwalt jedoch, dass der Mandant fehlerhaft beraten wurde, oder ist dies offenkundig, kann er sich nicht mit Verweis auf die anderweitige Beratung exkulpieren.²⁹⁷ Die Warnpflicht lebt dann wieder auf.

bb) Persönlichen Eigenschaften und Kenntnisse

Auch fehlt es an der Schutzbedürftigkeit, wenn der Mandant aufgrund seiner persönlichen Eigenschaften und Kenntnisse in der Lage ist, selbst zu erkennen, dass ihm die Beachtung bestehender Rechte Vorteile und deren Nichtbeachtung Nachteile bringen kann.²⁹⁸ Insoweit ist ein Anwalt nicht zur Warnung verpflichtet, wenn der Mandant die Folgen seines Handelns kennt und bereit ist, das Risiko auf sich zu nehmen.²⁹⁹

cc) Verantwortungslücke bei der Beratung großer Unternehmen

Gerade bei börsennotierten Gesellschaften wird eine Pflichtverletzung des Anwalts wegen Untätigkeit häufig an einer der genannten Ausnahmen scheitern, denn zum einen werden die in Rede stehenden Unternehmen nicht selten von mehreren Kanzleien und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gleichzeitig beraten und zum anderen verfügen sie in der Regel über leistungsfähige und fachlich exzellent besetzte Rechts- und Compliance-Abteilungen, sodass die Einwendungen einer anderweitigen fachkundigen Beratung oder von besonderer Fachkenntnis vielfach durchgreifen werden. Andererseits scheidet eine Hinweispflicht nicht schon von vornherein aus, weil die Zuständigkeit für die Verhinderung von Rechtsverletzungen in einer Aktiengesellschaft nach der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung

²⁹⁶ BGH, Urt. v. 13.03.1997 – IX ZR 81/96, NJW 1997, 2168 (2169).

²⁹⁷ BGH, Urt. v. 21.07.2005 – IX ZR 6/02, NJW-RR 2005, 1511 (1511 f.).

²⁹⁸ BGH, Urt. v. 30.09.1976 – III ZR 140/74 (teilweise abgedruckt bei *Borgmann/Jungk/Schwaiger* (Hrsg.), *Anwaltschaftung*, 6. Aufl. 2020, § 14 Rn. 88); OLG München, Urt. v. 10.07.1985 – 15 U 4266/84, NJW 1986, 726 (727).

²⁹⁹ BGH, Urt. v. 06.02.1992 – IX ZR 95/91, NJW 1992, 1159 (1160); BGH, Urt. v. 11.01.1977 – VI 261/75, NJW 1977, 2073 (2074).

gemäß den §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG beim Vorstand liegt.³⁰⁰ Entsteht durch Untätigkeit des Rechtsanwalts und des Vorstands ein Schaden bei der beratenen Gesellschaft, so können sowohl der Rechtsanwalt als auch die Vorstandsmitglieder dem Grunde nach verantwortlich sein, wobei der Schadensbeitrag der Vorstandsmitglieder eine Schadensersatzpflicht des Steuerberaters nach den Grundsätzen des Mitverschuldens (§ 254 BGB) ausschließen oder mindern kann.³⁰¹

3. Überwachungspflicht

Der Wirtschaftsanwalt ist grundsätzlich nicht verpflichtet, etwaige Rechtsverletzungen im Unternehmen aufzuklären oder Überwachungsaufgaben zu übernehmen. Seine allgemeine vertragliche Ermittlungs- und Aufklärungspflicht beschränkt sich auf den konkreten Auftragsgegenstand und erschöpft sich im Regelfall in der Abfrage der benötigten Informationen bei den verantwortlichen Unternehmensvertretern. Dies gilt nicht, wenn der Wirtschaftsanwalt ausdrücklich zur Aufklärung eines Sachverhalts mandatiert wurde, zum Beispiel im Rahmen von internen Untersuchungen oder als Compliance Beauftragter.³⁰² In diesen Fällen ist er an den weitergehenden Mandatsauftrag und die konkrete Vereinbarung zur Durchführung einer internen Untersuchung oder zur Wahrnehmung der Überwachungsaufgaben als Compliance Beauftragter gebunden.

a) Umfang der Ermittlungs- und Aufklärungspflicht

Der Rechtsanwalt ist im Rahmen des Mandats zur Klärung des Sachverhalts als Basis für die Prüfung und Feststellung der Rechtslage verpflichtet.³⁰³ Der Anwalt hat sich durch gezielte Befragung des Mandanten ein möglichst vollständiges und objektives Bild der Sachlage zu verschaffen. Dabei darf er sich nicht auf die Vollständigkeit der Angaben des Mandanten verlassen, sondern muss durch gezielte Fragen an seinen Auftraggeber die tatsächlichen Grundlagen ermitteln, d. h. die Informationen, die er für eine richtige und umfassende Beratung braucht, schaffen und ergänzen.³⁰⁴ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Mandant infolge von Un erfahrenheit, Unkenntnis oder infolge eines offensichtlichen Irrtums seine Lage nicht richtig erkennt.³⁰⁵ Der Anwalt ist dagegen nicht verpflichtet, an Ort und Stelle Er-

³⁰⁰ Vgl. zu den Hinweis- und Warnpflichten eines Steuerberaters *Zugehör*, WM 2013, 1965 (1970).

³⁰¹ *Zugehör*, WM 2013, 1965 (1973).

³⁰² Siehe hierzu unten S. 168 ff., 182 f.

³⁰³ *Heinemann*, in: *Vollkommer/Greger/Heinemann* (Hrsg.), *Anwaltshaftungsrecht*, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 3 f.

³⁰⁴ BGH, Urt. v. 21.11.1960 – III ZR 160/59, NJW 1961, 601 (602).

³⁰⁵ OLG Nürnberg v. 14.01.1977 – 6 U 165/76, zitiert nach *Jungk*, in: *Borgmann/Jungk/Schwaiger* (Hrsg.), *Anwaltshaftung*, 6. Aufl. 2020, § 18 Rn. 20.

mittlungen tatsächlicher Art vorzunehmen.³⁰⁶ Auch darf der Anwalt grundsätzlich auf die Richtigkeit der Angaben seines Mandanten vertrauen, solange er die Unrichtigkeit weder kennt noch kennen muss.³⁰⁷ Wenn allerdings ein begründeter Verdacht besteht, dass die Informationen unrichtig sind, hat er seinen Mandanten auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken einer unrichtigen Auskunft hinzuweisen.³⁰⁸

b) Sachverhaltsaufklärung bei Vorliegen verdachtsbegründender Tatsachen

Erlangt der unternehmensberatende Anwalt bei Bearbeitung seines Mandats Kenntnis von möglichen Rechtsverletzungen durch Mitarbeiter oder Organmitglieder, ist er verpflichtet, den Sachverhalt mit den dargestellten Mitteln aufzuklären. Die Aufklärungspflicht gilt allerdings nur für Vorgänge, die in einer inneren Beziehung zum Mandatsgegenstand stehen.³⁰⁹ Dabei genügt es nach den genannten Grundsätzen, wenn er durch gezielte Befragung seines Ansprechpartners und Auswertung der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen versucht, den Sachverhalt zu klären. Ohne konkreten Auftrag ist er nicht verpflichtet, darüber hinaus eigene Ermittlungen anzustellen, wie die Befragung von Mitarbeitern. Soweit dringende und begründete Anhaltspunkte bestehen, dass die von seinem Ansprechpartner zur Verfügung gestellten Informationen unrichtig oder unvollständig sind, hat er sich in zumutbarer Weise um weitere Aufklärung zu bemühen.³¹⁰

Dem Anwalt bekannt gewordene Umstände, die auf einen Rechtsverstoß hindeuten, aus dem sich erhebliche rechtliche und wirtschaftliche Risiken für die beratene Gesellschaft ergeben können, ohne dass ein konkreter Bezug zum Auftragsgegenstand besteht, muss er dem Unternehmen nach Maßgabe der oben beschriebenen Voraussetzungen mitteilen; gegebenenfalls an die gemäß dem neuen Hinweisgeberschutzgesetz zu schaffenden internen Meldestellen. Eine Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung besteht in solchen Fällen dagegen nicht. Denn die vertragliche Sachverhaltsaufklärungspflicht beschränkt sich auf die Beschaffung derjenigen Informationen, die für eine zuverlässige rechtliche Bewertung des Auftragsgegenstands erforderlich sind. Sie erstreckt sich nicht auf außerhalb des Auftragsgegenstands liegende Umstände, die zwar für den Mandanten aus rechtlicher oder wirtschaftlicher Sicht von Bedeutung sein können, aber für die rechtliche Bewertung des Auftragsgegenstands unerheblich sind. Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass eine Sachverhaltsaufklärungspflicht nur in den engen Grenzen des Auftragsgegenstands

³⁰⁶ BGH, Urt. v. 23.06.1981 – VI ZR 42/80, NJW 1981, 2741 (2743); Jungk, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), *Anwaltshaftung*, 6. Aufl. 2020, § 18 Rn. 29.

³⁰⁷ BGH, Urt. v. 18.11.1999 – IX ZR 420/97, NJW 2000, 730 (731).

³⁰⁸ Jungk, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), *Anwaltshaftung*, 6. Aufl. 2020, § 18 Rn. 25.

³⁰⁹ BGH, Urt. v. 29.11.2001 – IX ZR 278/00, NJW 2002, 1117 (1118).

³¹⁰ Jungk, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), *Anwaltshaftung*, 6. Aufl. 2020, § 18 Rn. 25 f.

besteht. Der Mandant darf und kann nicht erwarten, dass der Anwalt unaufgefordert jeder möglichen Rechtsverletzung von Unternehmensangehörigen nachgeht.

4. Besonderheiten bei Syndikusanwälten

a) Übertragbarkeit der Pflichten des externen Anwalts

Der Syndikusanwalt ist im Unterschied zum externen Anwalt angestellter Mitarbeiter des Unternehmens. Im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber haftet er deshalb ausschließlich nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung. Dies hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte ausdrücklich klargestellt.³¹¹ Die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs gelten somit auch für den Syndikusanwalt.³¹² Der Syndikusanwalt ist demnach bei seiner betrieblich veranlassten Tätigkeit in Bezug auf den Verschuldensmaßstab in der Weise privilegiert, dass er bei leichtester Fahrlässigkeit überhaupt nicht, bei normaler Fahrlässigkeit anteilig und nur bei grober Fahrlässigkeit sowie Vorsatz volumnäßig haftet.³¹³ Auch inhaltlich dürften sich seine Pflichten in erster Linie nach den arbeitsvertraglichen Grundsätzen bestimmen.

b) Allgemeine arbeitsvertragliche Anzeigepflichten

Das Arbeitsverhältnis begründet verschiedene Nebenpflichten, deren Umfang sich nach den Umständen des Einzelfalls richtet, wobei insbesondere die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, seine Tätigkeit und die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit maßgebliche Faktoren sein können.³¹⁴ Je höher die Position des Arbeitnehmers, desto größer ist auch der Pflichtenkreis.³¹⁵ Zu den wesentlichen Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses gehört die arbeitsvertragliche Schadensabwendungspflicht.³¹⁶ Danach ist jeder Mitarbeiter grundsätzlich verpflichtet, dem Arbeitgeber drohende Gefahren anzuseigen.³¹⁷ Dies gilt auch für unternehmensbezogene Rechtsverletzungen von Mitarbeitern oder Organmitgliedern, die zu Schäden beim betroffenen Unternehmen führen können.³¹⁸

³¹¹ BT-Drucks. 18/6915, S. 23.

³¹² Grams, in: Hartung/Scharmer BORA, 7. Aufl. 2020, Vor. § 51 Rn 71.

³¹³ Hessler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 619a Rn. 34.

³¹⁴ Giesen, CCZ 2009, 102 (106); Reichold, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, 4. Aufl. 2018, § 55 Rn. 9 f.

³¹⁵ Lützeler/Müller-Sartori, CCZ 2011, 19 (19).

³¹⁶ Linck, in: ArbeitsR-Hdb., 18. Aufl. 2019, § 53 Rn. 38.

³¹⁷ BGH, Urt. v. 23.02.1989 – IX ZR 236/86, NJW-RR 1989, 614 (615); Lützeler/Müller-Sartori, CCZ 2011, 19 (19); Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240 (243).

³¹⁸ BAG, Urt. v. 18.06.1970 – I AZR 520/69, NJW 1970, 1861; LAG Hamm, Urt. v. 29.07.1994 – 18 (2) Sa 2016/93, BeckRS.

Die Anzeigepflicht gilt nach herrschender Meinung jedoch nur eingeschränkt.³¹⁹ Ein Arbeitnehmer muss nicht jedes ihm bekannt gewordene rechtswidrige Verhalten von Kollegen melden. Vielmehr darf er aus Gründen der Kollegialität von einer Anzeige absehen, wenn weder ein Personenschaden noch ein erheblicher Schaden droht.³²⁰ Auch ist niemand verpflichtet, sich durch eine interne Anzeige selbst zu belasten.³²¹ Ein strengerer Maßstab gilt jedoch dann, wenn dem betroffenen Angestellten konkrete Überwachungspflichten übertragen worden sind oder eine sogenannte aktualisierte Überwachungs- und Kontrollpflicht besteht.³²² Für den Syndikusanwalt besteht somit grundsätzlich die Pflicht, eine ihm bekannt gewordene betriebsbezogene Rechtsverletzung intern zu melden, wenn erhebliche Schäden für das Unternehmen drohen. Besondere Überwachungs- und Anzeigepflichten hat der Syndikusanwalt nur dann, wenn ihm diese Aufgaben konkret übertragen worden sind. So kann ein Compliance Beauftragter je nach Ausgestaltung seines Arbeitsvertrags verpflichtet sein, rechtswidriges Verhalten von Mitarbeitern zu melden.³²³ Auch hier gelten jedoch die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs.³²⁴

5. Adressaten der Anzeige

Es wurde gezeigt, dass externe Wirtschaftsanwälte oder Syndikusanwälte unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sein können, Rechtsverletzungen von Mitarbeitern oder Organmitgliedern, die sich gegen das Unternehmen oder aus dem Unternehmen heraus gegen Dritte richten, der Gesellschaft als Mandant oder Arbeitgeber mitzuteilen. Hieran schließt sich notwendigerweise die Frage an, wer im Unternehmen der richtige Adressat der Anzeige ist, d.h. an wen sich der Rechtsanwalt oder Syndikusanwalt wenden darf und muss. Insbesondere gilt es zu klären, ob der Wirtschaftsanwalt es dabei belassen darf, seinen unmittelbaren Ansprechpartner im Unternehmen – bei Syndikusanwälten den direkten Vorgesetzten – zu unterrichten oder ob er darüber hinaus auch andere übergeordnete interne Stellen in Kenntnis setzen muss, wozu auch interne Meldestellen gehören können, deren Einrichtung für Unternehmen mit in der Regel mindestens 50 Beschäftigten gemäß § 12 Abs. 1 HinSchG verpflichtend ist.

³¹⁹ BGH, Urt. v. 23.02.1989 – IX ZR 236/86, NJW-RR 1989, 614 (615); BAG, Urt. v. 18.06.1970 – 1 AZR 520/69, NJW 1970, 1861; *Reichold*, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, 4. Aufl. 2018, § 55 Rn. 10; *Spinner*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 1001.

³²⁰ *Reichold*, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, 4. Aufl. 2018, § 55 Rn. 10.

³²¹ *Diller*, DB 2004, 313 (314).

³²² BAG, Urt. v. 18.06.1970 – 1 AZR 520/69, NJW 1970, 1861 (1861).

³²³ *Buchert*, in: Hauschka/Moosmayer (Hrsg.), Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 42 Rn. 12.

³²⁴ *Giesen*, CCZ 2009, 102 (106); *Favoccia/Richter*, AG 2010, 137 (144).

a) Allgemeine Anzeigepflicht gegenüber dem Ansprechpartner oder Vorgesetzten

Der richtige Adressat der internen Anzeige ist grundsätzlich der direkte Ansprechpartner des externen Anwalts im Unternehmen (z.B. Mitarbeiter der Rechtsabteilung) oder der direkte Vorgesetzte des Syndikusanwalts (z.B. Leiter der Rechtsabteilung oder ein Mitglied der Geschäftsleitung). Das gilt nicht nur dann, wenn dies ausdrücklich vertraglich vereinbart wurde, gegebenenfalls durch unternehmensinterne Richtlinien, sondern auch, wenn eine ausdrückliche vertragliche Regelung fehlt. Der externe Anwalt schuldet die Information dem Mandanten, d.h. der Aktiengesellschaft als juristischer Person. Erfüllen kann er seine Informationspflicht, indem er den Vorstand oder einen sonstigen Bevollmächtigten (z.B. einen Mitarbeiter der Rechtsabteilung) unterrichtet.³²⁵ Es liegt nahe, dass der Rechtsanwalt seine Bedenken zunächst dem Mitarbeiter der Rechtsabteilung mitteilt, der bereits während der gesamten Mandatsbeziehung als zentraler Ansprechpartner für den Anwalt fungierte. Damit hat er seine Pflicht grundsätzlich erfüllt. Für den Syndikusanwalt gelten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze, wonach es in der Regel genügt, wenn der Arbeitnehmer drohende Gefahren seinem direkten Vorgesetzten anzeigt.³²⁶

b) Anzeigepflicht gegenüber dem Vorstand

Ist dagegen ein Vorstandsmitglied Ansprechpartner des Rechtsanwalts oder ist der Syndikusanwalt direkt einem Vorstandsmitglied unterstellt, so wird der betroffene Berufsträger sich direkt an das jeweilige Vorstandsmitglied wenden müssen, um seiner Anzeigepflicht gerecht zu werden. Inwieweit darüber hinaus eine Pflicht zur Unterrichtung der übrigen Vorstandsmitglieder bestehen kann, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet.

aa) Ablehnung einer Eskalationspflicht

Einige Stimmen in der Literatur vertreten die Auffassung, dass es bei Fehlen einer vertraglich vereinbarten Eskalationsroutine keine rechtliche Grundlage für eine Eskalationspflicht zum (Gesamt-)Vorstand gebe. Insbesondere könne eine Pflicht zur Eskalation entlang der Unternehmenshierarchie nicht den allgemeinen Grundsätzen über die anwaltlichen Beratungs- und Aufklärungspflichten entnommen werden. Es sei allgemein anerkannt, dass aus den anwaltsvertraglichen Pflichten keine besondere Nachdrücklichkeit oder Eindringlichkeit der Beratung abgeleitet werden könne. So sei ein Anwalt nicht verpflichtet, seine Hinweise und Warnungen zu intensivieren, wenn sich der Adressat dem anwaltlichen Rat verschließe.³²⁷ Für diese Ansicht

³²⁵ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (122).

³²⁶ Joussen, in: BeckOK ArbR, 64. Edition, Stand: 01.06.2022, § 611a BGB Rn. 446.

³²⁷ Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 209; vgl. zu den Pflichten des Compliance Officers Rübenstahl, NZG 2009, 1341 (1343).

spricht außerdem, dass die anwaltlichen Beratungs- und Aufklärungspflichten von einem betroffenen Berufsträger nicht verlangen, etwaige Abhilfemaßnahmen auf ihre Angemessenheit und Wirksamkeit zu überprüfen.

Dies wäre aber erforderlich, wenn man eine Eskalationspflicht bejahen wollte. Denn eine Eskalationspflicht kann immer nur dann in Betracht gezogen werden, wenn der Adressat der Anzeige keine angemessenen Abhilfemaßnahmen unternommen hat, um einen Schaden vom Unternehmen abzuwenden. Problematisch ist dabei, dass der anzeigenende Anwalt in der Regel davon ausgehen darf, dass die Nichtvornahme von Abhilfemaßnahmen trotz des anwaltlichen Hinweises eine unternehmerische Entscheidung darstellt, die unter Abwägung des Unternehmensinteresses getroffen wurde. Auch vor dem Hintergrund des gesteigerten Haftungsrisikos erscheint es unbillig, dem Rechtsanwalt ungeschriebene Eskalationspflichten aufzuerlegen. Sofern Unternehmen ihren Anwälten weitergehende Hinweispflichten auferlegen möchten, steht es ihnen frei, dies im Wege vertraglich vereinbarter Eskalationsroutinen umzusetzen.

bb) Befürwortung einer Eskalationspflicht

Andere sind der Auffassung, dass sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die anwaltlichen Beratungs- und Aufklärungspflichten unter bestimmten Voraussetzungen eine Eskalationspflicht ableiten lässt. Der externe oder interne Anwalt sei vertraglich nicht nur zur Unterrichtung des jeweiligen Ansprechpartners oder Vorgesetzten verpflichtet, sondern habe vielmehr alles Mögliche und Zumutbare zu unternehmen, damit die Information auch an die richtige Stelle gelange.³²⁸ Dies schließe ein, dass im Krisenfall auch die Unternehmensspitze, d.h. der Gesamtvorstand, informiert werde, und gelte erst recht, wenn der Anwalt gegenüber der Gesellschaft besondere Überwachungs- und Kontrollpflichten übernommen habe, beispielsweise die Aufgaben eines Compliance Beauftragten.³²⁹

Insbesondere wenn das für das betroffene Ressort zuständige Vorstandsmitglied selbst in die Missetat verwickelt ist, wird mindestens die Unterrichtung des für Compliance zuständigen Vorstandsmitglieds oder des Vorstandsvorsitzenden gefordert.³³⁰ Dies folge aus der allgemeinen nebenvertraglichen Schutzpflicht, die von einem Anwalt, gleich ob extern oder intern, verlange, dass er drohende Gefahren von der Gesellschaft als Mandant oder Arbeitgeber abhält, soweit ihm dies möglich und zumutbar sei.³³¹ Einem Wirtschaftsanwalt dürfe es – ebenso wie einem Compliance

³²⁸ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (122).

³²⁹ Hessler, Der Konzern 2003, 255; vgl. Bürkle, CCZ 2010, 4 (9) zu den Eskalationspflichten des Compliance Officers.

³³⁰ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (123); vgl. auch zu den Hinweispflichten des Compliance Officers Bürkle, CCZ 2010, 4 (9); so im Ergebnis wohl auch Knöfel, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, S. 539.

³³¹ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (122).

Officer – im Regelfall zumutbar sein, dass er im Krisenfall einer entsprechenden Eskalationsroutine folgt, insbesondere wenn er erkennt oder es für ihn offenkundig ist, dass sein Ansprechpartner oder Vorgesetzter nicht angemessen auf die Unterrichtung reagiert oder selbst in das gesetzeswidrige Verhalten verwickelt ist.³³²

cc) Stellungnahme

Der Wirtschaftsanwalt hat aufgrund seiner Schadensverhütungspflicht alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um eine drohende Gefahr für die Gesellschaft abzuwenden, wenn er diese erkennt oder sie für ihn offenkundig ist und er Grund zu der Annahme hat, dass sich der Mandant der Gefahr nicht bewusst ist. Demnach hat der Anwalt den Mandanten zwar vor der drohenden Gefahr zu warnen, eigene Abhilfemaßnahmen kann und muss er aber nicht vornehmen. Die Schadensverhütungspflicht des Wirtschaftsanwalts verlangt im Krisenfall jedoch nicht nur, dass er irgendeine Person im Unternehmen informiert, sondern auch – soweit ihm das möglich und zumutbar ist – diejenige Person, die aufgrund ihrer Position, Weisungsbefugnis und Fachkenntnis geeignet ist und die Bereitschaft zeigt, die erforderlichen Abhilfemaßnahmen zu ergreifen. Der betroffene Berufsträger ist im Rahmen seiner Schadensverhütungspflicht verpflichtet, ähnlich einem Mitarbeiter, dafür Sorge zu tragen, dass die richtigen Stellen im Unternehmen über die drohenden Gefahren unterrichtet werden. Dies kann grundsätzlich ein Ansprechpartner auf Arbeitsebene sein. Erkennt der Anwalt aber oder ist für ihn offenkundig, dass sein Ansprechpartner die erforderlichen Abhilfemaßnahmen nicht ergreifen wird und dass diese Untätigkeit auf einem offensichtlichen Ermessensfehlgebrauch beruht, so kann und muss von dem Anwalt verlangt werden, dass er die nächsthöhere Hierarchieebene im Unternehmen informiert. Dies kann je nach den Umständen des Einzelfalls bedeuten, dass das sachlich zuständige Vorstandsmitglied, ein unbefangenes Vorstandsmitglied oder der Vorstandsvorsitzende unterrichtet werden muss. Nach diesem Maßstab verdient die wohl herrschende Meinung Zustimmung, wonach der Wirtschaftsanwalt im Krisenfall zur Befolgung einer Eskalationskette bis zum Gesamtvorstand verpflichtet ist.

Dem steht auch nicht der von der Rechtsprechung zur Anwaltshaftung entwickelte Grundsatz entgegen, dass die Belehrungs- oder Hinweispflicht keiner besonderen Nachdrücklichkeit oder Eindringlichkeit bedarf, wenn sich der Mandant dem anwaltlichen Rat verschließt. Denn von einem Sichverschließen kann bei einer juristischen Person dann nicht ausgegangen werden, wenn die Untätigkeit des unternehmensinternen Adressaten offensichtlich auf sachfremden Erwägungen beruht oder der Adressat in die Rechtsverletzungen selbst verstrickt ist. Der Mandant ist die Aktiengesellschaft als juristische Person, nicht aber der Ansprechpartner auf Arbeitsebene oder das einzelne Vorstandsmitglied. Der Anwalt hat im Interesse der Gesellschaft zu handeln und muss allein diese vor drohenden Schäden bewahren. Hat

³³² BGH, Urt. v. 17.07.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 Tz. 31 = AG 2009, 740 (742).

der Anwalt seinen Ansprechpartner im Unternehmen über die Missstände unterrichtet und bleibt dieser für ihn erkennbar aus sachfremden Erwägungen untätig, setzt sich die bedrohliche Lage und damit auch die Schadensverhütungspflicht fort. Dieser ist erst dann Genüge getan, wenn dem Anwalt keine zumutbaren Handlungsalternativen mehr zur Verfügung stehen. Dies dürfte in der Regel dann der Fall sein, wenn der Vorstandsvorsitzende oder, falls dieser in das gesetzeswidrige Verhalten verwickelt ist, die übrigen Vorstandsmitglieder unterrichtet wurden.

c) Anzeigepflicht gegenüber dem Aufsichtsrat

Vereinzelt wird es darüber hinaus Fälle geben, bei denen sämtliche Vorstandsmitglieder persönlich in die Pflichtverletzungen verstrickt sind, das rechtswidrige Verhalten billigen oder keine geeigneten Maßnahmen zur Abhilfe ergreifen. Ob der Anwalt in diesen Fällen den Aufsichtsratsvorsitzenden oder den Prüfungsausschuss (soweit vorhanden) unterrichten muss, ist umstritten. Gegenstand der Diskussion ist vor allem die Reichweite der in § 203 StGB und § 43a Abs. 2 BRAO verankerten anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht im Verhältnis des Rechtsanwalts der Aktiengesellschaft zum Aufsichtsrat.³³³

aa) Pflichtenkollision

Der Wirtschaftsanwalt schuldet seine Pflichten der Gesellschaft und nicht dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat. Es wäre daher naheliegend, analog zur Hinweispflicht gegenüber dem Vorstand eine Pflicht des Rechtsanwalts zur Information des Aufsichtsrats als oberstem Überwachungsorgan der Gesellschaft anzunehmen.³³⁴ Dies müsste in erster Linie dann gelten, wenn der Vorstand trotz Hinweises durch den Rechtsanwalt keine angemessenen Abhilfemaßnahmen ergreift oder selbst in die Missetaten verstrickt ist. Bei genauerem Hinsehen ergeben sich jedoch Bedenken. Die Informationsrechte des Aufsichtsrats und die Berichtslinien zum Aufsichtsrat sind durch die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft gesetzlich vorgegeben und führen in der Regel über den Vorstand, soweit der Aufsichtsrat nicht zur Einholung vorstandsunabhängiger Information bei Ressortleitern oder beim Abschlussprüfer berechtigt ist.³³⁵ Eine Weitergabe vertraulicher Informationen an den Aufsichtsrat ohne Zustimmung des Vorstands könnte daher als Bruch der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht gewertet werden. Der Wirtschaftsanwalt bewegt sich folglich im Spannungsfeld zwischen seinen vertraglichen Schadensabwendungspflichten und der unbedingten Pflicht zur Verschwiegenheit.

³³³ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (122 f.); Knöfel/Mock, AnwBl 2010, 230 (232).

³³⁴ Vgl. Hirte, GS Tilp, S. 135 (163) m. w. N.; Gerdemann, Überlegungen zur nationalen Umsetzung, sub. 3.

³³⁵ Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.07.2022, § 90 Rn. 44 m. w. N.

Sofern es dem Rechtsanwalt aufgrund seiner Verschwiegenheitspflicht versagt ist, den Aufsichtsrat direkt und ohne Zustimmung des Vorstands über Missstände im Unternehmen zu informieren, ist eine nebenvertragliche Hinweispflicht ausgeschlossen. Die vertraglichen Nebenpflichten oder Garantenpflichten finden dort ihre Grenzen, wo der Betroffene in eine Pflichtenkollision gerät. Niemand kann zu etwas verpflichtet werden, was er von Gesetzes wegen nicht leisten darf.³³⁶ Ist eine Pflichtenkollision dagegen nicht zu befürchten oder fällt eine Interessenabwägung im Einzelfall eindeutig zugunsten einer Information des Aufsichtsrats aus, ist der Weg für die Annahme einer nebenvertraglichen Hinweispflicht grundsätzlich offen. Ob diese besteht, ist dann eine Frage der Vertragsauslegung.

bb) Pflicht zur Verschwiegenheit gegenüber dem Aufsichtsrat

Im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft ist allein der Vorstand verpflichtet und berechtigt, dem Aufsichtsrat die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen, damit dieser seine Überwachungsaufgaben erfüllen kann.³³⁷ Der Aufsichtsrat ist deshalb grundsätzlich auf die Informationsversorgung durch den Vorstand beschränkt. Direktkontakte zwischen Mitarbeitern (oder Vertragspartnern) und dem Aufsichtsrat sind nach diesem klassischen Kompetenzgefüge nicht vorgesehen und allenfalls in Ausnahmefällen zulässig. Tragender Gedanke ist, dass eine direkte Kommunikation zwischen Mitarbeitern und Aufsichtsrat die Autorität des Vorstands untergraben, Loyalitätskonflikte erzeugen und das Vertrauensverhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat stören könnte.³³⁸

Ebenso ist es dem Aufsichtsrat grundsätzlich nicht erlaubt, ohne Zustimmung des Vorstands direkt mit Geschäftspartnern der Aktiengesellschaft in Kontakt zu treten.³³⁹ Auch inhaltlich liegt die Zuständigkeit für die Aufklärung und Ahndung von Compliance-Verstößen im Unternehmen zunächst beim Vorstand, der hierfür allein die Verantwortung trägt. Bleibt er untätig, könne dies stets auch auf einer im Unternehmensinteresse getroffenen Ermessensentscheidung beruhen.³⁴⁰ Zulässig ist eine direkte Unterrichtung des Aufsichtsrats folglich nur dann, wenn der Anwalt durch den Aufsichtsrat mandatiert wurde, beispielsweise zur Prüfung möglicher Pflichtverletzungen des Vorstands, oder der Vorstand entsprechenden Berichtswegen von vornherein zugestimmt hat, z.B. durch unternehmensinterne Richtlinien zur Umsetzung der Pflicht zur Einrichtung internen Meldestellen gemäß § 12 Abs. 1 HinSchG. Ein Direktkontakt zwischen den externen oder internen Anwälten der

³³⁶ Freund, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 197; Reinelt, NJW 2009, 1 (5); Rübenstahl, NZG 2009, 1341 (1342).

³³⁷ Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.07.2022, § 90 Rn. 44 m. w. N.

³³⁸ Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. AktG, Band 2/1, 3. Aufl. 2010, § 90 Rn. 52; Arnold, ZGR 2014, 76 (90 ff.).

³³⁹ OLG Zweibrücken, Beschl. v. 28.05.1991 – 3 W 93/90, AG 1991, 70.

³⁴⁰ Rübenstahl, NZG 2009, 1341 (1343); ähnlich Rönnau/Schneider, ZIP 2010, 53 (59).

Gesellschaft und dem Aufsichtsrat ohne Zustimmung des Vorstands widerspricht dagegen der Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft.

Im Grundsatz hat die Dispositionsbefugnis über unternehmensinterne Informationen allein der Vorstand als berufener Vertreter der Aktiengesellschaft. Der Vorstand ist „Herr der Gesellschaftsgeheimnisse“.³⁴¹ Darüber hinaus spielt im Verhältnis der Vorstandsmitglieder zum Rechtsanwalt das wechselseitige Vertrauen eine entscheidende Rolle. Nur wenn die Vorstandsmitglieder Vertrauen in die Diskretion des Anwalts haben, werden sie dem Anwalt mit der für die Beratung erforderlichen Offenheit begegnen. Besteht dagegen das Risiko, dass der Anwalt die im Rahmen seines Mandats erhaltene Informationen ungefragt an den Aufsichtsrat weitergibt, wird das Vertrauensverhältnis zwischen Vorstand und Anwalt gestört. Dies kann zur Folge haben, dass der Vorstand dem Anwalt wichtige Informationen vorenthält, sodass diesem die erforderliche Grundlage für eine zuverlässige Rechtsberatung fehlt.

Auf Grundlage dieser Erwägungen wird die Weitergabe vertraulicher Informationen vom Rechtsanwalt an den Aufsichtsrat ohne Zustimmung des Vorstands gemeinhin als unbefugte Weitergabe von Geheimnissen an Dritte und damit als Verletzung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht gemäß § 203 StGB und § 43a Abs. 2 BRAO qualifiziert.³⁴² Dass es im Fall schwerwiegender Rechtsverstöße durch die Leitungsebene Ausnahmen von diesem Grundsatz geben muss, um Schaden vom Unternehmen und Dritten abzuwenden, soll nachstehend erörtert werden.

cc) Zulässigkeit der Informationsweitergabe im Krisenfall

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt im Krisenfall. In der Literatur wird nahezu einhellig die Meinung vertreten, dass weder das Berufsgeheimnis des externen Anwalts noch die aus dem Arbeitsverhältnis resultierende Verschwiegenheitspflicht des Syndikusanwalts einer direkten Kommunikation zwischen Anwalt und Aufsichtsrat entgegenstehen dürfen, wenn eine drohende Gefahr für das Unternehmen auf andere Weise nicht mehr verhindert werden kann.³⁴³ Lediglich bei den Begründungsansätzen gibt es Unterschiede.

³⁴¹ BGH, Urt. v. 26.04.2016 – XI ZR 108/15, NJW 2016, 2569 (2571).

³⁴² So auch *Knöfel/Mock*, AnwBl 2010, 230 (232).

³⁴³ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (123 f.); *Fleischer/Schmolke*, WM 2012, 1013 (1019); *Sänger*, Whistleblowing in der börs. AG, S. 203 f.; *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1343); Informationsweitergabe an den Aufsichtsrat generell erlaubend *Ziemons*, ZGR 2016, 839 (862 f.); *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, S. 169; *Mann*, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 270 f.

(1) Generelle Zulässigkeit der Berichterstattung an den Aufsichtsrat

Die am wenigsten restriktive Ansicht geht von einer generellen Zulässigkeit der direkten Kommunikation zwischen Anwalt und Aufsichtsrat aus.³⁴⁴ Der Mandant sei die Aktiengesellschaft und nicht der Vorstand oder Aufsichtsrat, sodass die Weitergabe von Informationen an den Aufsichtsrat bereits keine Offenbarung gegenüber einem Dritten darstellen könne. Besonders deutlich werde dies beim Vergleich mit einer monistisch organisierten Societas Europaea, wo die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gemeinsam in einem Organ sitzen und damit gleichzeitig Zugang zu sämtlichen Informationen haben.

(2) Information des Aufsichtsrats nur in notstandsähnlicher Lage

Am anderen Ende des Meinungsspektrums wird der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat grundsätzlich Vorrang eingeräumt. Eine Unterrichtung des Aufsichtsrats durch einen externen Anwalt könne daher nur aufgrund einer notstandsähnlichen Lage gerechtfertigt sein.³⁴⁵

(3) Vermittelnde Auffassung

Die Mehrheit der Stimmen vertritt dagegen eine vermittelnde Auffassung, wonach die Bedeutung des Vertrauensverhältnisses zwischen Vorstand und Anwalt zwar ebenfalls gewährleistet werden sollte, jedoch sei ein Direktkontakt des Anwalts zum Aufsichtsrat ausnahmsweise bereits tatbestandlich zulässig, wenn offenkundig ist, dass der Vorstand entweder selbst in die Rechtsverletzung verwickelt sei oder den Aufsichtsrat pflichtwidrig nicht oder nicht vollständig informieren werde. Handelt der Vorstand selbst pflichtwidrig und lässt sich ein Schaden von der Gesellschaft nicht anders abwenden, muss es dem Syndikusanwalt, aber auch dem externen Anwalt gestattet sein, den Aufsichtsrat zu involvieren. Einer effektiven Überwachung müsse stets der Vorrang vor den Partikularinteressen des Vorstands eingeräumt werden.³⁴⁶ Hierfür spricht der Rechtsgedanke des § 112 AktG, wonach die organ-schaftliche Vertretungsbefugnis auf den Aufsichtsrat übergeht, wenn der Vorstand zu einer unbefangenen Wahrung der Gesellschaftsbelange nicht imstande ist.³⁴⁷

Zudem ist es Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, mögliche Pflichtverletzungen des Vorstands aufzuklären und gegebenenfalls im Namen der Gesellschaft zu verfolgen. Daher werden Direktkontakte zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und Mitarbeitern ausnahmsweise als zulässig erachtet, wenn zu befürchten ist, dass der Vorstand den Aufsichtsrat nicht ausreichend oder nicht zu-

³⁴⁴ Ziemons, ZGR 2016, 839 (862 f.); Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 270 f.

³⁴⁵ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (123 f.).

³⁴⁶ Altmeppen, ZGR 2004, 390 (408).

³⁴⁷ Fleischer/Schmolke, WM 2012, 1013 (1019); Praß, in: BeckOK, BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022, § 43a Rn. 141.

treffend informiert und die Gesellschaft bei Untätigkeit Schaden nehmen könnte.³⁴⁸ Ein solcher Direktkontakt sei ohnehin bereits im Recht der Hinzuziehung von Sachverständigen und Auskunftspersonen zu Aufsichtsratssitzungen gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG und im umfassenden Einsichts- und Prüfungsrecht gemäß § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG angelegt und gelte erst recht für den Krisenfall, bei dem es um die Aufklärung von Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern gehe.³⁴⁹ Dem Aufsichtsrat würde ansonsten eine wichtige Informationsquelle abgeschnitten.³⁵⁰

Mithin muss auch der entgegengesetzte Weg, d.h. direkte Berichte von Mitarbeitern an den Aufsichtsrat, zulässig sein, um Gefahren von der Gesellschaft abzuwenden. Der 5. Strafseminar des Bundesgerichtshofs weist sogar ausdrücklich darauf hin, dass in einem derartigen Fall die Unterrichtung des Aufsichtsratsratsvorsitzenden zur Erfüllung der Garantenpflicht zwingend erforderlich sei.³⁵¹ Überträgt man diese Argumentation auf externe Wirtschaftsanwälte, sind auch diese im Krisenfall zur direkten Berichterstattung an den Aufsichtsrat berechtigt, ohne gegen ihre Verschwiegenheitspflicht zu verstößen. Die Aufsichtsratsmitglieder wären als empfangsberechtigte Stellen schon nicht als Dritte anzusehen, jedenfalls aber erfolgt die Offenbarung der vertraulichen Informationen nicht unbefugt.

(4) Stellungnahme

Die vermittelnde Ansicht verdient uneingeschränkt Zustimmung. Grundsätzlich folgt sowohl aus dem gesellschaftsrechtlichen Kompetenzgefüge als auch der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht, dass die Kommunikation zwischen Anwalt und Gesellschaft über den Vorstand oder von ihm bestimmte Vertreter geführt wird. Dennoch muss die aktienrechtliche Kompetenzordnung und die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht gestatten, dass ein Wirtschaftsanwalt im Krisenfall auch ohne entsprechende unternehmensinterne Richtlinien, d.h. ohne Zustimmung des Vorstands, den Aufsichtsrat involvieren darf, um Schäden von der Gesellschaft abzuwenden.

Hierfür spricht insbesondere, dass im Krisenfall fast immer auch eine Pflichtverletzung des Vorstands im Raum steht. Die Verfolgung der Pflichtverletzung fällt in den funktionalen Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats, auf den somit auch das Dispositionsrecht über die mit der Pflichtverletzung in Zusammenhang stehenden Informationen übergeht. Dies ist anerkannt für den Fall, dass beispielsweise der Aufsichtsratsvorsitzende im Unternehmensinteresse durch Beschluss des Aufsichtsrats von seiner Verschwiegenheitspflicht befreit wird, um unternehmensbe-

³⁴⁸ Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. AktG, Band 2/1, 3. Aufl. 2010, § 90 Rn. 52; E. Vetter, in: Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg.), Hdb. börs. AG, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 7; Altmeppen, ZGR 2004, 390 (408); Lieder, ZGR 2018, 523 (564).

³⁴⁹ Huwer, Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats, S. 152.

³⁵⁰ Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. AktG, Band 2/1, 3. Aufl. 2010, § 90 Rn. 52.

³⁵¹ BGH, Urt. v. 17.07.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 Tz. 31 = AG 2009, 740 (742).

zogene Informationen an Dritte weitergeben zu können.³⁵² Wenn dem Aufsichtsrat aber das Dispositionssrecht über sämtliche Informationen zusteht, die seinen funktionalen Zuständigkeitsbereich betreffen, dann ist es nur folgerichtig, ihm auch den Zugang zu diesen Informationen zu eröffnen. Jedenfalls lässt sich vor diesem Hintergrund ein Verbot der Benachrichtigung des Aufsichtsrats weder mit der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung noch mit der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht begründen. Erst recht gilt dies für die Information des Prüfungsausschusses, nachdem der Gesetzgeber mit § 107 Abs. 4 Satz 4 AktG n. F. ein ausdrückliches Recht der Mitglieder des Prüfungsausschusses geschaffen hat, direkte Auskünfte bei Ressortleitern einzuholen.

Die Einbindung des Aufsichtsrats in die Eskalationsroutine zur Aufdeckung von betriebsbezogenen Rechtsverletzungen ist Grundvoraussetzung für eine wirksame Überwachung und Kontrolle der Geschäftsleitung durch den Aufsichtsrat. Es verbietet sich, die möglichen Informationsquellen des Überwachers allein zur Disposition des Überwachten zu stellen. Andernfalls würde „der Bock zum Gärtner“ gemacht.³⁵³ Die Möglichkeit einer Eskalation bis hin zum Aufsichtsrat ist im Krisenfall erforderlich, um Informationsasymmetrien abzubauen und die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats zu gewährleisten. Die unabhängige Informationsversorgung des Aufsichtsrats ist ein wesentlicher Baustein zur Verbesserung der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats und trägt damit entscheidend zur Verbesserung des Systems der Corporate Governance in einer Aktiengesellschaft bei.³⁵⁴ Die Möglichkeit zur direkten Benachrichtigung des Aufsichtsrats liegt insoweit nicht nur im Interesse des Unternehmens, sondern ist im Ergebnis auch gesamtgesellschaftlich erstrebenswert, da es die Aktionäre, Investoren und die übrigen Stakeholder schützt und damit das Vertrauen in den Wirtschaftsstandort stärkt.

Aufgrund dieser Erwägungen ist eine vertragliche Meldepflicht des Anwalts gegenüber dem Aufsichtsrat zu bejahen, wenn der Anwalt erkennt, dass Unternehmensangehörige schwerwiegende Rechtsverstöße begangen haben, die erhebliche Gefahren für das Unternehmen zur Folge haben und die Vorstandsmitglieder selbst in die Rechtsverletzungen verwickelt sind oder pflichtwidrig unterlassen, Abhilfe zu schaffen. Die Pflicht folgt aus den zivilrechtlichen Nebenpflichten des Anwalts- oder Arbeitsvertrags und kann im Einzelfall auch eine Garantenpflicht gegenüber dem Unternehmen begründen. Weder die gesellschaftsrechtliche Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft noch die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht gemäß § 43a Abs. 2 BRAO oder § 203 StGB stehen dem entgegen.

³⁵² Spindler, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.07.2022.

³⁵³ Vgl. Möllers, ZIP 1995, 1725 (1728).

³⁵⁴ Leyens, Information des Aufsichtsrats, S. 158 ff.; Gerdemann, Überlegungen zur nationalen Umsetzung, sub. 3; Hirte, GS Tilp, S. 135 (163) m. w. N.

d) Anzeigepflicht gegenüber Behörden und Dritten

Einer Anzeigepflicht gegenüber Behörden oder Dritten steht die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht entgegen.³⁵⁵ Gleichwohl kann der Rechtsanwalt im Ausnahmefall nach den Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen berechtigt sein, einen Verdacht auf Begehung einer schwerwiegenden Straftat anzuseigen, die geeignet ist, zu erheblichen Schäden bei dem Unternehmen oder Dritten zu führen, wenn eine anderweitige Abwendung der Gefahr aussichtslos wäre.³⁵⁶

6. Zwischenergebnis

Das zivilrechtliche Pflichtenregime sieht grundsätzlich sowohl für den externen Wirtschaftsanwalt als auch für den Syndikusanwalt eine allgemeine Beratungs- und Belehrungspflicht vor, durch die er auf ein rechtmäßiges Geschäftsgebaren des Unternehmens und seiner Angehörigen hinwirken kann. Zudem folgen aus dem Anwaltsvertrag interne Hinweispflichten, wenn der Anwalt rechtswidriges Verhalten von Mitarbeitern oder Organmitgliedern erkennt. Die jeweiligen Anzeigepflichten folgen jedoch keinem starren System, sondern müssen jeweils nach den Gesamtumständen des Falles bewertet werden. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass weder ein externer Anwalt noch ein Syndikusanwalt seine Augen vor gesetzeswidrigem Verhalten von Mitarbeitern oder Organmitgliedern verschließen darf. Im schlimmsten Fall droht eine Haftung gegenüber der Gesellschaft. Da das vertragliche Haftungssystem eine Risikoverteilung unter Berücksichtigung der Interessenslage im Einzelfall vornimmt, wird man im Regelfall eine Anzeigepflicht nur bei erheblichen Risiken annehmen können, insbesondere wenn diese auf beiläufig erkannten Gesetzesverletzungen außerhalb des Mandats beruhen.

Der Wirtschaftsanwalt ist demnach durch das allgemeine vertragsrechtliche Haftungsregime mittelbar als interner Hinweisgeber in das System der Corporate Governance eingebunden. Potentielle Haftungsrisiken dürften einen Anreiz darstellen, die Verantwortlichen über etwaige Missstände im Unternehmen zu informieren. Im Vordergrund stehen jedoch die schützenswerten Interessen des Mandanten, d.h. der Aktiengesellschaft, nicht das übergeordnete Interesse der Allgemeinheit an der Integrität der Wirtschaft oder kapitalmarktbezogener Funktions- und Anlegerschutz. Auf diese Weise besteht keine Gefahr, dass der Wirtschaftsanwalt in einen Interessenkonflikt geraten könnte.

³⁵⁵ Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 277 f.; Praß, in: BeckOK, BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022, § 43a Rn. 144.

³⁵⁶ Siehe hierzu unten, S. 231 ff.

II. Einbindung des Wirtschaftsanwalts in die Corporate Governance durch Mandatsniederlegungspflichten

Fraglich ist, ob über die Hinweis- und Warnpflichten hinaus eine Pflicht zur Niederlegung des Mandats bestehen kann, wenn ein externer Rechtsanwalt erkennt oder für ihn offenkundig ist, dass die Verantwortlichen trotz seiner Meldung keine angemessenen Abhilfemaßnahmen ergreifen. Bei der rechtlichen Untersuchung dieser Frage ist ebenfalls zu differenzieren, ob die vermeintliche Rechtsverletzung Bezug zur Beratungsleistung aufweist oder nicht.

1. Vertragliche und berufsrechtliche Pflicht zur Niederlegung des Mandats

Eine vertragliche oder berufsrechtliche Pflicht zur Niederlegung des Mandats wegen Rechtsverletzungen des Mandanten gibt es im deutschen Recht nicht. Andererseits bestehen keine ernsthaften Zweifel, dass ein Anwalt jegliche Weisung seines Mandanten zu verweigern hat, die in einem rechtswidrigen Rat münden oder die darauf hinauslaufen würde, dass er selbst rechtswidrig handeln müsste. Es gilt der Grundsatz, dass es dem Anwalt als „ein unabhängiges Organ der Rechtspflege [...] – trotz aller Pflicht, die Interessen des Mandanten in jeder Richtung wahrzunehmen – verboten [ist], rechtliche Schritte anzuraten, die sich im Einzelfall als Unredlichkeit, als Rechtsmissbrauch oder gar als Delikt darstellen“.³⁵⁷ Eine vertragliche oder berufsrechtliche Pflicht zur Niederlegung des Mandats dürfte im Einzelfall dagegen nur bei einem drohenden Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen bestehen.³⁵⁸

Ein relevanter Interessengegensatz besteht allerdings nicht schon deshalb, weil ein Wirtschaftsanwalt im Rahmen seines Mandats schwerwiegender Rechtsverletzungen von Unternehmensangehörigen erkannt hat. Die Kenntnis einer potenziellen Gefahr kann zwar unter bestimmten Voraussetzungen eine Hinweispflicht auslösen, sie begründet aber keinen Interessenkonflikt. Mandant bleibt die Gesellschaft, in deren Interesse der Rechtsanwalt zu handeln hat. Etwas anderes dürfte nur dann gelten, wenn er auch den betroffenen Mitarbeiter oder das betroffene Organmitglied vertreten würde.³⁵⁹

2. Rechtsverletzung ohne Bezug zur Beratungsleistung

Eine allgemeine vertragliche Pflicht zur Niederlegung des Mandats in Situationen, in denen der Anwalt schwerwiegender Rechtsverletzungen durch Unterneh-

³⁵⁷ Heinemann, in: Vollkommer/Greger/Heinemann (Hrsg.), Anwaltshaftungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 6.

³⁵⁸ Träger, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 43a Rn. 64 ff.

³⁵⁹ BGH, Urt. v. 21.07.2016 – IX ZR 252/15, BGHZ 211, 251 Tz. 24 ff. = NJW 2016, 3432 (3435 f.).

mensangehörige erkannt hat, die keinen engeren Bezug zu seiner Beratungsleistung aufweisen, und die benachrichtigte Geschäftsleitung bzw. das Aufsichtsorgan nicht angemessen darauf reagiert, besteht nicht. Soweit ersichtlich, verlangen weder die Rechtsprechung noch das Schrifttum, dass der Anwalt eigene Abhilfemaßnahmen ergreifen muss, wenn der Mandant die drohende Gefahr bewusst in Kauf nimmt. Begründet wird dies damit, dass es keine allgemeine Pflicht gibt, den Mandanten vor sich selbst zu schützen. Deshalb wird nach herrschender Meinung auch nicht verlangt, die Belehrung zu intensivieren oder andere Maßnahmen zu ergreifen, wenn der Anwalt seinen Mandanten über die drohenden Risiken adäquat aufgeklärt hat, der Mandant die Hinweise und Warnungen aber missachtet.³⁶⁰ Allein aus der Schadensverhütungspflicht lässt sich demnach keine Pflicht zur Niederlegung des Mandats ableiten. Eine zivilrechtliche Haftung des Anwalts würde in dieser Konstellation ohnehin an der haftungsausfüllenden Kausalität scheitern, denn der Schaden dürfte in dieser Konstellation regelmäßig auch dann eintreten, wenn der Anwalt sein Mandat niedergelegt hätte.

3. Rechtsverletzung mit Bezug zur Beratungsleistung

Anders verhält es sich dagegen, wenn die Rechtsverletzung einen Bezug zur Beratungsleistung aufweist, d.h. wenn ein Rechtsanwalt Beratungsleistungen erbringt, die der Mandant zur Begehung von Straftaten ausnutzt. In diesen Konstellationen stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen der Rechtsanwalt das Mandat niederlegen muss, um einer möglichen Strafbarkeit zu entgehen. Ein ausdrückliches strafbewehrtes Gebot zur Niederlegung des Mandats gibt es nicht. Gleichwohl ist auch ein Anwalt nicht davor geschützt, dass er durch sein Berufshandeln zum Täter oder Teilnehmer einer Straftat wird. Besteht die Gefahr, dass er durch seine Beratung und Planung an rechtswidrigen und strafbaren Handlungen seines Mandanten mitwirkt, muss er das Mandat niederlegen oder die Beratung aussetzen, um nicht als Gehilfe für die Straftaten seines Mandanten verantwortlich gemacht zu werden.

Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit bei berufstypischen Handlungen sind jedoch seit jeher streitig. So hat das Reichsgericht in Bezug auf einen Anwalt, der weiß, dass seine Beratungsleistung zur Begehung einer Straftat genutzt werden soll, die Auffassung vertreten, dass „man von vornherein und präsumtiv davon ausgehen“ müsse, „daß das Bewusstsein und der Wille des Anwalts in solchen Fällen lediglich darauf gerichtet ist, pflichtmäßig Rat zu erteilen, insbesondere nicht darauf, auf das, was der Klient infolge der rechtsgutachtlichen Äußerung seines Rechtsbeistandes tut, einzzuwirken“.³⁶¹ Das Gericht hat in den Urteilsgründen darüber hinaus deutlich gemacht, dass allein die Kenntnis von der strafbaren Handlung des Mandanten nicht ausreiche, vielmehr komme es maßgeblich auf den Willen des Anwalts an.

³⁶⁰ Heermann, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 675 Rn. 30.

³⁶¹ RG, Urt. v. 17.11.1904 – 1178/04, RGSt 37, 321 (323).

„Will der Anwalt [...] nichts weiter tun, als seinen berufs- und pflichtmäßigen Rat [...] erteilen, ist ihm dabei bekannt, daß sein Gutachten zur Begehung eines Delikts führt, [...] hat jedoch sein Wille mit dieser Folge seiner rechtlichen Begutachtung oder Ratserteilung nichts zu schaffen, so kann von einer wissentlichen Beihilfe nicht die Rede sein.“³⁶²

Diese – den Rechtsanwalt schützende – Wertung des Reichsgerichts wird sich nach den heutzutage vertretenen Kriterien kaum aufrechterhalten lassen.

a) Meinung im Schrifttum

In der Literatur wird zur Beihilfestrafbarkeit im Zusammenhang mit berufstypischen „neutralen“ Handlungen eine unübersichtliche Fülle an Meinungen vertreten, die grob in drei Stränge eingeteilt werden kann.³⁶³ Die Vertreter eines primär objektiven Ansatzes versuchen, bestimmte Kriterien herauszuarbeiten, die neben dem Kausalitätszusammenhang und Förderbeitrag gegeben sein müssen, um eine neutrale Handlung als strafrechtlich relevanten Gehilfenbeitrag zu werten. Danach spreche etwa die Einhaltung allgemein anerkannter beruflicher Standards für eine Tatbestandslosigkeit.³⁶⁴ Andere wiederum stellen einzig auf subjektive Kriterien ab, indem allein die innere Willensrichtung des potenziellen Gehilfen maßgeblich sein soll. Demnach sei eine Tatbestandsmäßigkeit gegeben, wenn sich der vermeintliche Gehilfe mit dem Täter solidarisiert.³⁶⁵ Die gemischt objektiv-subjektive Theorie grenzt sowohl nach der inneren Willensrichtung des Gehilfen als auch nach den objektiven Umständen der Beihilfehandlung ab.³⁶⁶ Handelt dieser in Kenntnis des Deliktentschlusses des Haupttäters (*dolus directus* zweiten Grades), so ist eine Beihilfestrafbarkeit grundsätzlich zu befürworten, wenn der Tatbeitrag einen „objektiven Sinnbezug“ zur Haupttat hat.³⁶⁷ Hält der Gehilfe eine Tatbegehung dagegen lediglich für möglich und nimmt er diese billigend in Kauf (*dolus eventualis*), scheidet eine Beihilfestrafbarkeit in der Regel aus, es sei denn, es liegen konkrete und für den potenziellen Gehilfen erkennbare Anhaltspunkte für die „Tatgeneigtheit“ des Haupttäters vor.³⁶⁸

b) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich weitestgehend der gemischt objektiv-subjektiven Theorie angeschlossen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei

³⁶² RG, Urt. v. 17.11.1904 – 1178/04, RGSt 37, 321 (323 f.).

³⁶³ Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 27 Rn. 12; Joecks/Scheinfeld, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 66 ff.; Rönnau/Schneider, ZIP 2010, 53 (528 f.).

³⁶⁴ Hassemer, wistra 1995, 81 (83).

³⁶⁵ Trüg, ZWH 2014, 433 (437).

³⁶⁶ Roxin, StrafR AT Band 2, § 26 Rn. 218 ff.

³⁶⁷ Roxin, StrafR AT Band 2, § 26 Rn. 224.

³⁶⁸ Roxin, StrafR AT Band 2, § 26 Rn. 241.

berufstypischen „neutralen“ Handlungen, die den (weiten) Beihilfetatbestand eigentlich erfüllen würden, eine Beihilfestrafbarkeit nach folgenden Grundsätzen einzugrenzen: Die Beihilfestrafbarkeit ist aus objektiven Gründen zu verneinen, wenn das durch den Gehilfen geförderte Handeln des Täters keinen „deliktischen Sinnbezug“ aufweist, weil es nicht auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der fördernde Beitrag auch ohne das strafbare Handeln des Täters für diesen sinnvoll bleibt. Der betroffene Berufsträger mache sich demnach nicht der Beihilfe strafbar, wenn er durch seinen Beitrag zwar den Täter, nicht aber dessen strafbares Tun fördere.³⁶⁹

Auf subjektiver Ebene grenzt der Bundesgerichtshof wie folgt ab:

„Zielts das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den ‚Alltagscharakter‘; es ist als ‚Solidarisierung‘ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.“³⁷⁰

Vor diesem Hintergrund hielt der Bundesgerichtshof eine Beihilfestrafbarkeit eines Rechtsanwalts für möglich, der in einer für die Einwerbung von Anlegergeldern bestimmten Kundenbroschüre zutreffende Rechtsausführungen über die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Risiken von Warentermingeschäfte machte, obwohl er wusste, dass der Zweck der Unternehmung allein in der betrügerischen Erlangung von Kundengeldern bestand.³⁷¹ Nach diesem rechtlichen Maßstab muss ein Rechtsanwalt, der von den dolosen Absichten seines Mandanten Kenntnis erlangt und diesen im Rahmen der Beratung nicht von der Rechtsgutsverletzung abhalten kann, das Mandat niederlegen oder wenigstens die Ausführung der Weisung verweigern, um nicht selbst für das Verhalten seines Mandanten verantwortlich gemacht zu werden. Gleichwohl verbietet sich eine schematische Lösung. Vielmehr sind die Grenzen des Beihilfetatbestands im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu bestimmen.³⁷²

³⁶⁹ BGH, Urt. v. 22.01.2014 – 5 StR 468/12, BeckRS Rn. 28.

³⁷⁰ BGH, Beschl. v. 20.09.1999 – 5 StR 729/98, NStZ 2000, 34; Beschl. v. 01.08.2000 – 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107 = NJW 2000, 3010; Urt. v. 22.01.2014 – 5 StR 468/12, BeckRS; Beschl. v. 26.01.2017 – 1 StR 636/16, NStZ 2017, 461.

³⁷¹ BGH, Beschl. v. 20.09.1999 – 5 StR 729/98, NStZ 2000, 34.

³⁷² Rönnau/Wegner, JuS 2019, 527 (530).

c) Stellungnahme

Die „organisierte Unverantwortlichkeit“, die als eines der großen Probleme der Wirtschaftskriminalität beschrieben wird, tritt gerade bei großen Unternehmen und Finanzinstitutionen, deren Organisation durch einen hohen Grad an Spezialisierung und Arbeitsteilung gekennzeichnet ist, besonders zutage.³⁷³ Rechtspolitisch versucht man dieses Phänomens auf unterschiedliche Weise Herr zu werden. Hierzu gehören hierzulande die gescheiterten Reformvorhaben zur Einführung eines Unternehmensstrafrechts.³⁷⁴ In dieselbe Richtung gehen aber auch die berufsregelnden Vorschriften des US-amerikanischen Gesetzgebers, die eine stärkere Einbindung der Anwaltschaft in die Corporate Governance bezeichnen. Das Beispiel der Beihilfestrafbarkeit für „berufstypisches Handeln“ zeigt, dass das deutsche Strafrecht durchaus Mittel kennt, um derartige Formen arbeitsteiliger Rechtsgutsangriffe erfassen zu können. Trotz der stets erforderlichen Einzelfallbetrachtung zeigen die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, dass sich Rechtsanwälte generell, aber insbesondere auch Wirtschaftsanwälte, im Rahmen ihres „berufstypischen Handelns“ nicht in einem (straf-)rechtsfreien Raum bewegen. Wirtschaftsanwälte, die durch ihre Beratungsleistung oder Arbeitsprodukte wissentlich strafbare Handlungen von Unternehmensangehörigen fördern, machen sich als Gehilfe strafbar. Dies gilt unabhängig davon, ob die Beratung oder das Arbeitsprodukt für sich genommen die allgemeinen Sorgfaltsanforderungen für anwaltliche Arbeiten erfüllt. Erfasst werden somit sämtliche Fälle, in denen der Anwalt ein strafbares Handeln seines Mandanten bewusst fördert und sich auf diese Weise mit dem Täter solidarisiert. Die Diskussion im Schrifttum und der Rechtsprechung über die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Beihilfestrafbarkeit bei berufstypischen Handlungen zeigt jedoch, wie schwierig die Bewertung im Einzelfall sein kann.

4. Zwischenergebnis

Eine allgemeine berufsrechtliche oder vertragliche Pflicht für Wirtschaftsanwälte zur Niederlegung eines Mandats wegen Rechtsverletzungen des Mandanten oder der für den Mandanten arbeitenden Personen gibt es im deutschen Recht nicht. Gleichwohl endet die zulässige Rechtsberatung, wenn der Rechtsanwalt durch seine Dienste das rechtswidrige Verhalten des Mandanten bewusst ermöglicht oder fördert.

³⁷³ Vgl. Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 13 ff.; Scholz, ZRP 2000, 435 (436).

³⁷⁴ Vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandsanktionsgesetz – VerSanG), abrufbar im Internet unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integrität_Wirtschaft.html (zuletzt abgerufen am 15.08.2022); Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden des Landes Nordrhein-Westfalen, Information 16/127, abrufbar im Internet unter: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/do/kumentenarchiv/Dokument/MMI16-127.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.08.2022); zum Ganzen Schlagowski, Originäre Verbandsstrafbarkeit, *passim*.

Er läuft Gefahr, sich als Gehilfe strafbar zu machen, wenn er das Mandant weiterführt. Das Strafrecht setzt dem beruflichen Handeln von Rechtsanwälten somit klare Grenzen, die auch von Wirtschaftsanwälten im Zusammenhang mit ihrer unternehmensberatenden Tätigkeit zu beachten sind. Eine Regelungslücke, die es Anwälten erlaubt, in einem (quasi) rechtsfreien Raum zu agieren und widerrechtliche Handlungen von Unternehmensangehörigen sanktionslos zu fördern, konnte nicht festgestellt werden.

D. Fehlsteuerungen durch Zielkonflikte und Fehlanreize

Das Vertrauen des Mandanten in Integrität, Loyalität und Fachkompetenz ist das Wesen des Anwaltsberufs.³⁷⁵ Der Wirtschaftsanwalt darf Pflicht- und Gesetzesverstöße der von ihm beratenen Unternehmen daher nicht dulden.³⁷⁶ Die eingangs beschriebenen Fälle deuten jedoch an, dass dies nicht immer gelingt. Darüber hinaus zeigt die anhaltende Diskussion über die Notwendigkeit ethischer Leitlinien für Anwälte, dass die Bindung des einzelnen Anwalts an ein ungeschriebenes Berufsethos offenbar nicht als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt werden kann.³⁷⁷ Die beschriebenen Beispiele möglichen Fehlverhaltens wirtschaftsberatender Rechtsanwälte lassen sich einerseits als bedauerliche Einzelfälle abtun. Andererseits gilt es zu hinterfragen, ob die beobachteten Verhaltensmuster nicht durch systembedingte Gründe begünstigt werden.

I. Veränderung des Marktumfelds und Wettbewerb

Beobachter des Rechtsberatungsmarktes stellen immer häufiger eine „Kommerzialisierung des Anwaltsberufs“ fest und machen diese für „die faktische Entbindung der Rechtsanwälte von der Gemeinwohlbindung“ verantwortlich.³⁷⁸ Den damit verbundenen ökonomischen Parametern dürfte auch im Zusammenhang mit der Verantwortung des Wirtschaftsanwalts bei der Aufklärung und Verhinderung von Missständen in Unternehmen ein gewisses Gewicht beigemessen werden. Nachfolgend soll daher diskutiert werden, inwieweit der gestiegene Wettbewerb und die veränderte Mandatsvergabepraxis durch große Unternehmen Einfluss auf das Berufshandeln von Wirtschaftsanwälten haben können.

³⁷⁵ Peitscher, in: Hartung/Scharmer BORA, 7. Aufl. 2020, Vor. § 43 Rn. 14; Hessler, AnwBl 2018, 22 (22).

³⁷⁶ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (127).

³⁷⁷ Hessler, AnwBl 2018, 22 (22 ff.); Hellwig, AnwBl 2009, 465 (465 ff.).

³⁷⁸ Wolf, in: FS 60 Jahre BRAK, S. 63 (84 ff.).

1. Der Wirtschaftsanwalt als projektbezogener Spezialist

Rechtsabteilungen gewinnen stetig an Bedeutung und verändern die Art und Weise, wie Unternehmen Rechtsdienstleistungen „einkaufen“.³⁷⁹ Heute werden viele der klassischen Tätigkeitsfelder der wirtschaftsrechtlichen Beratung von den Rechtsabteilungen der Unternehmen intern bearbeitet.³⁸⁰ Externe Rechtsanwälte werden zunehmend nur noch einzelfallbezogen bei komplexen rechtlichen Fragestellungen oder größeren Transaktionen mandatiert.³⁸¹ Regelmäßig werden sogenannte „*beauty contests*“ für einzelne Mandatsaufträge durchgeführt, bei denen die Kanzleien direkt um das zu vergebende Mandat konkurrieren.³⁸² Die Fluktuation ist damit höher als bei einer klassischen, gewachsenen Mandatsbeziehung. Dies führt zu einem harten Wettbewerb um Mandate, der maßgeblich durch internationale Großkanzleien bestimmt wird. Viele dieser Kanzleien betrachten Rechtsberatung in erster Linie als Dienstleistung, die sich dem „Diktat von Wirtschaftlichkeit und Effizienz unterzuordnen hat“.³⁸³ Der Markt für wirtschaftsrechtliche Beratung läuft damit Gefahr, sich zunehmend zu einem Spotmarkt³⁸⁴ zu entwickeln, auf dem anwaltliche Dienstleistungen als austauschbare Güter („*commodity*“)³⁸⁵ gehandelt werden.

2. Der Wirtschaftsanwalt als willfähriger Komplize

Die aufgezeigte Entwicklung steht im Widerspruch zu dem tradierten – häufig idealisierten – Berufsbild des Wirtschaftsanwalts als „*wise counselor*“ oder „*lawyer-statesman*“, der im Rahmen einer langfristigen, vertrauensvollen und loyalen Zusammenarbeit das Unternehmen als rechtlicher Sparringspartner in verschiedenen Rechtsbereichen begleitet und auch auf kritische Themen hinweist, ohne dabei den Verlust des Mandats befürchten zu müssen.³⁸⁶ Auf den ersten Blick muss dies nicht zwingend ein Nachteil sein. Die Diversifizierung des Mandantenstamms kann die wirtschaftliche Abhängigkeit der Kanzleien von einzelnen Mandanten reduzieren

³⁷⁹ Reimann, NJW-aktuell 2014, 14; Hamacher, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, S. 913 (918); Wilke, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 3. Aufl. 2019, S. 23 (40).

³⁸⁰ Hamacher, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, S. 913 (918).

³⁸¹ Wilke, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 3. Aufl. 2019, S. 23 (40); Coffee, Gatekeepers, S. 194.

³⁸² Reimann, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 3. Aufl. 2019, S. 45 (55 f.); Kim, Fordham L. Rev., 74 (2005), 984 (999).

³⁸³ Arnemann-Bredohl, Anwalt im Spannungsfeld zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, S. 1.

³⁸⁴ Vgl. Kraakman, J. Law Econ. Organ., 2 (1986), 53 (62 ff.).

³⁸⁵ Reimann, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 3. Aufl. 2019, S. 45 (53).

³⁸⁶ Gordon, Conn. Law Rev., 35 (2002–2003), 1185 (1207 ff.); Coffee, Gatekeepers, S. 193.

und dadurch einen positiven Effekt für die anwaltliche Unabhängigkeit und die Qualität der Beratung haben.

Die Kehrseite dieser Entwicklung ist allerdings, dass ein Rechtsdienstleistungsmarkt, bei dem es weniger auf langfristig gewachsene Beziehungen ankommt, den Entscheidungsträgern in den Unternehmen ermöglicht, stets denjenigen Anwalt zu wählen, der ihr Fehlverhalten willfährig und unkritisch duldet oder fördert.³⁸⁷ Der Marktdruck kann dazu führen, dass Wirtschaftsanwälte ihrer natürlichen Rolle als rechtliches Korrektiv immer weniger gerecht werden.³⁸⁸ Es sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass systematisch begangene Manipulationen, Korruption oder Betrug durch Rechtsanwälte des Unternehmens erkannt werden und auf diese angemessen reagiert wird. Verstärkt wird dieser Effekt dadurch, dass der einzelne Rechtsanwalt in einem stark fragmentierten Markt meist keinen Gesamtüberblick über die Aktivitäten des einzelnen Unternehmens hat und schon aus diesem Grunde rein tatsächlich oft nicht in der Lage sein wird, Fehlverhalten zuverlässig zu erkennen.

II. Vergütungsmodelle

Auch birgt die Vergütungspraxis internationaler Großkanzleien die Gefahr, dass im Einzelfall Fehlanreize entstehen können oder verstärkt werden. Die Vergütungsmodelle basieren zum Teil auf dem Grundsatz „eat-what-you-kill“, wonach sich der Gewinnanteil des einzelnen Partners jeweils am geleisteten Beitrag zum Gesamtergebnis der Kanzlei orientiert. Aus Sicht der Kanzleien ist dies ein zulässiges Mittel, um die eigenen wirtschaftlichen Ziele bestmöglich zu erreichen. Der interne Umsatzdruck erhöht jedoch die wirtschaftliche Abhängigkeit des einzelnen Partners von seinen Mandanten, was ihn im Einzelfall davon abhalten könnte, auf kritische Themen hinzuweisen und dadurch womöglich das Wohlwollen des Mandanten zu verspielen.³⁸⁹ Der Vorteil einer Diversifizierung der Mandatsstruktur auf Kanzleiebene wird dadurch auf Ebene der Partner konterkariert, die im Gegensatz zu ihrer Kanzlei in der Regel nur über wenige Mandanten verfügen. Bei Syndikusanwälten ist die wirtschaftliche Abhängigkeit naturgemäß noch stärker ausgeprägt, da sie regelmäßig bei nur einem einzigen Unternehmen angestellt sind.³⁹⁰ Diese faktische Bindung des Syndikusanwalts hat den Europäischen Gerichtshof dazu veran-

³⁸⁷ Gilson, Md. L. Rev., 49 (1990), 870 (899 ff.); Kraakman, J. Law Econ. Organ., 2 (1986), 53 (61 ff.).

³⁸⁸ Gilson, Md. L. Rev., 49 (1990), 870 (899 ff.); Kraakman, J. Law Econ. Organ., 2 (1986), 53 (61 ff.).

³⁸⁹ Coffee, Gatekeepers, S. 196 f.

³⁹⁰ Redeke, AG 2017, 289 (294 f.); Hommerich, AnwBl 2009, 406 (407 f.); andere Ansicht Merkt, NJW 2014, 2310 (2312 f.); Hamacher, in: Deutscher Anwältsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, S. 913 (934 ff.).

lasst, die Tätigkeit des Syndikusanwalts als nicht anwaltliche Tätigkeit zu qualifizieren.³⁹¹

III. Kognitive Verzerrungen

Ebenso geben die Erkenntnisse der Verhaltensforschung Aufschluss. Danach können unterbewusste Verhaltensmuster dazu beitragen, dass Wirtschaftsanwälte ein mögliches Fehlverhalten von Mitarbeitern oder Organmitgliedern der beratenen Unternehmen systematisch erkennen.³⁹² Dies gilt sowohl für externe Rechtsanwälte als auch für Syndikusanwälte. Letztere sind aufgrund ihrer engen Einbindung in die persönlichen und sozialen Strukturen eines Unternehmens womöglich sogar anfälliger für kognitive Verzerrungen als externe Anwälte.³⁹³

Untersuchungen haben gezeigt, dass die soziale Interaktion in hierarchischen Strukturen, wie sie in einem Unternehmen vorzufinden sind, die Fähigkeit zur Distanzierung von Fehlverhalten und kritischen Hinterfragung bestimmter Vorgehensweisen beeinträchtigen kann.³⁹⁴ Ein wesentlicher Faktor in diesem Zusammenhang ist die systematische Überbewertung der Interessen des jeweiligen persönlichen Ansprechpartners (z.B. Leiter der Rechtsabteilung oder Vorstandsmitglied).³⁹⁵ Die eigentlich maßgeblichen Interessen des Unternehmens werden dagegen aufgrund der persönlichen und sozialen Bindungen unterbewusst ausgeblendet. Immer wenn es um Fehlverhalten der jeweils aufseiten des Unternehmens handelnden Personen geht, stehen deren Interessen dem Unternehmensinteresse jedoch naturgemäß diametral entgegen. Es besteht daher die Gefahr, dass wegen kognitiver Verzerrungen mögliche Warnsignale systematisch übersehen werden und notwendige Maßnahmen zur Aufklärung unterbleiben.³⁹⁶ Verstärkt werden diese Verhaltensmuster, wenn eine Aufdeckung des Fehlverhaltens eines anderen die eigenen Interessen beeinträchtigen könnten, z.B. weil der Verlust eines Mandats oder des Arbeitsplatzes zu befürchten ist.³⁹⁷

³⁹¹ EuGH, Urt. v. 14.09.2010 – Rs. C-550/07 P, CELEX-Nr. 62007CJ0550 = NJW 2010, 3557 ff. (Akzo Nobel).

³⁹² *Langevoort*, 46 Vand. L. Rev. 75, 76–117 (1993).

³⁹³ *Kim*, 74 Fordham L. Rev. 984, 1001–34 (2005).

³⁹⁴ *Fisch/Rosen*, 48 Vill. L. Rev. 1097, 1124 (2003); *Bainbridge/Johnson*, 2004 Mich. St. L. Rev. 299, 306–07 (2004).

³⁹⁵ *Langevoort*, 46 Vand. L. Rev. 75, 98–100 (1993).

³⁹⁶ *Langevoort*, 46 Vand. L. Rev. 75, 95–101 (1993).

³⁹⁷ *Kim*, 74 Fordham L. Rev. 984, 1005–08 (2005).

IV. Bewertung

Grundsätzlich unterliegt jeder Anwalt wirtschaftlichen Zwängen, sodass eine Unabhängigkeit vom Mandanten, wie sie das Berufsrecht gemäß den §§ 1 und 3 Abs. 1 BRAO vorsieht, tatsächlich nie vollständig erreicht werden kann, und zwar unabhängig von den Entwicklungen im Rechtsberatungsmarkt.³⁹⁸ Die Vergütungsmodelle in großen Wirtschaftskanzleien können jedoch bewirken, dass die Wahrscheinlichkeit von monetär induzierten Fehlanreizen zunimmt. Ferner besteht die Gefahr, dass sich die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten des Wirtschaftsanwalts auf das Handeln der Unternehmensleitung im Zuge der Fragmentierung der wirtschaftsrechtlichen Beratung im Vergleich zu der traditionell vorherrschenden langfristig angelegten Mandatsbeziehung verringert. Im gleichen Maße wie der externe Wirtschaftsanwalt aus der Rolle des langfristig und umfassend beratenden Rechtsbeistands herausgedrängt wird, wachsen die Bedeutung und Verantwortung des Syndikusanwalts.³⁹⁹ Teile der Literatur betrachten den Syndikusanwalt deshalb als das „rechtliche Gewissen“ des Unternehmens und heben seine wachsende Bedeutung als Kontrollinstanz im System der Corporate Governance ausdrücklich hervor.⁴⁰⁰ Wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit und der sozialen Vernetzung im Unternehmen ist allerdings fraglich, ob Syndikusanwälte über die erforderliche Unabhängigkeit verfügen und damit geeignet sind, diese Rolle effektiv auszufüllen.⁴⁰¹ In der Gesamtschau gibt es daher gute Gründe zur Annahme, dass die Bereitschaft von Wirtschaftsanwälten zur korrigierenden Einflussnahme in das Vorstandshandeln wegen finanzieller Anreizstrukturen und des Wettbewerbs auf dem Rechtsberatungsmarkt sinkt. Fraglich ist, ob dies allein als Begründung für gesetzgeberische Eingriffe in die Berufsfreiheit der Anwälte genügt.

E. Zwischenergebnis

Die einleitenden Fallbeispiele haben gezeigt, dass es nicht nur in den USA, sondern auch in Deutschland Fälle schwerster Wirtschaftskriminalität gab, in deren Zusammenhang beteiligte Wirtschaftsanwälte vermeintlich wegesehen haben oder untätig geblieben sind, obwohl eine Verhinderung von größeren Schäden bei den betroffenen Unternehmen und der Allgemeinheit möglich gewesen wäre. Nach geltendem Recht gibt es in Deutschland gegenwärtig keine allgemeine Pflicht für

³⁹⁸ v. *Falkenhausen*, AnwBl 2000, 26 (28).

³⁹⁹ *Reimann*, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 3. Aufl. 2019, S. 45 (52 f.); *Redeke*, AG 2017, 289 (289 f.); *Heineman*, The Inside Counsel Revolution, S. 3 ff.; *Coffee*, Gatekeepers, S. 197; *Kim*, 74 Fordham L. Rev. 984, 999–1001 (2005).

⁴⁰⁰ Vgl. *Merk*, AnwBl 2015, 552 (554); *Merk*, NJW 2014, 2310 (2313 f.); *Hamacher*, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, S. 913 (933).

⁴⁰¹ *Kim*, 74 Fordham L. Rev. 984, 1001–34 (2005); *Fisch/Rosen*, 48 Vill. L. Rev. 1097, 1123–24 (2003); *Bainbridge/Johnson*, 2004 Mich. St. L. Rev. 299, 307 (2004).

Wirtschaftsanwälte, Rechtsverstöße durch Unternehmen oder Unternehmensangehörige aufzuklären oder zu verhindern. Wirtschaftsanwälte sind als Rechtsanwälte oder Syndikusanwälte zwar an das allgemeine Berufsrecht der Rechtsanwälte gebunden. Ein Sonderrecht für Wirtschaftsanwälte mit gemeinwohlorientierten Verhaltenspflichten gibt es dagegen nicht. Ob und inwieweit Wirtschaftsanwälte in entsprechenden Fällen zur Schadensabwendung verpflichtet sind, hängt damit maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls ab.

Der Wirtschaftsanwalt ist verpflichtet, im Interesse seines Mandanten – des Unternehmens – zu handeln. Die Rechtsprechung leitet aus dem Mandatsvertrag des externen Wirtschaftsanwalts sowie dem Anstellungsvertrag des Syndikusanwalts allgemein anerkannte Schadensvermeidungspflichten ab, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht zur Verhinderung von unternehmensschädigendem Verhalten der Mitarbeiter begründen können. Ebenso setzt das Strafrecht dem Berufshandeln des Wirtschaftsanwalts dort Grenzen, wo sein Berufshandeln Straftaten von Unternehmensangehörigen wissentlich fördert.

Das Zusammenspiel der bestehenden Pflichten und Verbote schafft einen umfassenden Regelungsrahmen, der den Wirtschaftsanwalt in die Corporate Governance integriert, ohne dabei das Mandatsverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Unternehmen durch öffentlich-rechtliche Regelungszugriffe unter Bezugnahme auf den Schutz von Allgemeinwohlbelangen zu belasten. Ein pflichtgemäß handelnder Wirtschaftsanwalt trägt zur Überwindung von Informationsasymmetrien bei, indem er den Informationsfluss zwischen den Hierarchieebenen und Organen verbessert. Dies stärkt die Kontroll- und Überwachungsfunktion der zuständigen Organe und reduziert die Agency-Kosten.

Untersuchungen haben indes gezeigt, dass Veränderungen im Rechtsberatungsmarkt, monetäre Fehlanreize sowie kognitive Verzerrungen die Rolle des Wirtschaftsanwalts als rechtliches Korrektiv im Rahmen von Entscheidungsprozessen innerhalb eines Unternehmens und damit als Akteur im System der Corporate Governance beeinträchtigen können. Die Verwertbarkeit der Schlussfolgerungen der dargestellten Untersuchungen ist zwar stets kritisch zu hinterfragen, da insbesondere Verhaltensstudien stark verallgemeinern und vollständig ausblenden, dass das Verhalten des einzelnen Anwalts ganz maßgeblich von seiner (Anwalts-)Persönlichkeit und den Umständen des Einzelfalls abhängt. Dennoch lassen sich auf diese Weise bestimmte Fehlanreize identifizieren, die dazu beitragen können, dass sich Anwälte nicht ausreichend vom Fehlverhalten einzelner Unternehmensangehöriger distanzieren oder diese bei ihren Missetaten sogar unterstützen. Ob diese Erkenntnisse als Rechtsfertigung für die Einführung gemeinwohlorientierter Verhaltenspflichten von Wirtschaftsanwälten herangezogen werden können, gilt es im weiteren Verlauf dieser Arbeit zu untersuchen.

Dritter Teil

Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber in den USA

A. Einführung

In den USA gibt es ein tätigkeitsspezifisches Berufsrecht, das unternehmensberatenden Anwälten dezidierte Hinweisgeberpflichten auferlegt und von verschiedenen Stimmen in der deutschen Literatur bereits als Regelungsvorbild für Deutschland vorgeschlagen wurde. Bei Vertretern der US-amerikanischen Anwaltschaft hat sich bereits früh die Erkenntnis durchgesetzt, dass das eigene gesellschaftliche Ansehen und die Legitimation der eigenen Tätigkeit schon aus Selbstschutz durch engmaschige selbstformulierte Verhaltensvorschriften gestützt werden müssen. Auf diese Weise glaubte man, einer staatlichen Regulierung zuvorkommen zu können. Die tätigkeitsspezifische Regulierung wirtschaftsberatender Anwälte hat im US-amerikanischen System daher eine lange Tradition. So nahm bereits die erste von der American Bar Association eingeführte Berufsordnung, die Canons of Ethics for Lawyers aus dem Jahr 1908 (Canons of Ethics)⁴⁰², in Abschnitt 32 auf das Unternehmen als Mandant Bezug. Dennoch konnte die Anwaltschaft nicht verhindern, dass Wirtschaftsanwälte in der Folge des Enron-Skandals durch kapitalmarktrechtliche Vorschriften gesetzlich in das Corporate-Governance-System börsennotierter Gesellschaften eingebunden wurden.

B. Kapitalmarktrechtliche Meldepflichten und Anzeigerechte für Rechtsanwälte

Der US-amerikanische Kongress hat mit dem Sarbanes-Oxley Act auf die schwerwiegenden Bilanzmanipulationsskandale bei den Unternehmen Enron, Worldcom und Tyco reagiert, die zu Beginn der 2000er-Jahre das Vertrauen der US-amerikanischen Öffentlichkeit in die Funktionsfähigkeit der Wirtschaftsordnung nachhaltig erschütterten. Mit den Reformen des Sarbanes-Oxley Acts sollte das Vertrauen in die Integrität der Wirtschaft, insbesondere die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts, wiederhergestellt werden. Das Reformvorhaben diente vor allem

⁴⁰² Abgedruckt in ABA, 101 Ann. Am. Acad. Pol. Soc. Sci. 245, 245–60 (1922).

dem Anlegerschutz und Funktionsschutz des Kapitalmarkts. Anknüpfungspunkte für Reformen waren die Corporate Governance und Kapitalmarktpublizität börsennotierter Gesellschaften. Im Einzelnen fokussierten sich die Reformansätze auf die Verschärfung der Vorstandshaftung, die Regulierung der Wirtschaftsprüfer und Finanzanalysten sowie die Ausweitung von Publizitätspflichten. Darüber hinaus wurde das strafrechtliche Sanktionssystem erweitert und das Strafmaß für Kapitalmarktverstöße empfindlich erhöht. Der Sarbanes-Oxley Act enthält zudem ein Gesetz, das erstmalig auch Wirtschaftsanwälte gezielt in das System der Corporate Governance einbinden sollte.⁴⁰³

I. Wirtschaftsanwälte als Regelungssubjekt des Sarbanes-Oxley Acts

Mit Section 307 SOX hat der US-amerikanische Gesetzgeber die SEC im Wege einer Verordnungsermächtigung verpflichtet, im Interesse des Gemeinwohls und zum Schutz der Anleger besondere Verhaltensregeln für Rechtsanwälte zu erlassen, die börsennotierte Unternehmen in kapitalmarktrechtlich relevanten Bereichen beraten. Gegenstand der Verordnung sollte in erster Linie eine Verpflichtung der Anwälte zur Meldung kapitalmarktbezogener Rechtsverletzungen an verantwortliche Stellen innerhalb des Unternehmens sein.⁴⁰⁴

1. Rechtspolitischer Hintergrund und Gesetzgebungsverfahren

Die Frage der Verantwortung von Wirtschaftsanwälten im Umgang mit Rechtsverstößen durch Angehörige der von ihnen beratenen Unternehmen war zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens zum Sarbanes-Oxley Act in der US-amerikanischen Debatte nicht neu. Die Forderung nach einer stärkeren Regulierung der Wirtschaftsanwälte wurde maßgeblich durch die wissenschaftliche Debatte geprägt. In der Literatur wurde bereits seit der Savings-and-Loan-Krise auf eine Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Whistleblower und Gatekeeper gedrängt.⁴⁰⁵

Durch die bei der Enron-Insolvenz offensichtlich gewordenen Schwächen in der Corporate Governance und das vermeintliche Wegsehen und Untätigbleiben der beteiligten Wirtschaftsanwälte gewann die Debatte in der rechtspolitischen Aufarbeitung des Falles wieder an Bedeutung. Ausgangspunkt waren die Feststellungen der durch Enrons Verwaltungsrat eingesetzten Untersuchungskommission:

⁴⁰³ Zum Ganzen: 148 Cong. Rec. S 6524–60 (10.07.2002); *Bainbridge*, Sarbanes-Oxley, S. 1 ff.; *Bainbridge*, Corporate Governance, S. 5 ff.; *Eslick*, 53 Drake L. Rev. 133 (2004); aus der deutschen Literatur: *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, S. 30 ff.

⁴⁰⁴ Ausführlich hierzu *Bainbridge*, Corporate Governance, S. 188 ff.; *Coffee*, Gatekeepers, S. 216 ff.; aus der deutschen Literatur: *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, S. 245 ff.

⁴⁰⁵ *Painter*, Geo. Wash. L. Rev., 63 (1995), 221; *Langevoort*, 46 Vand. L. Rev. 75 (1993); *Wilkins*, Harv. L. Rev., 104 (1990–1991), 468; *Palmieri*, 56 Harv. Bus. Rev. 30 (1978).

„There was an absence of forceful and effective oversight by Senior Enron Management and in-house counsel, and objective and critical professional advice by outside counsel at Vinson & Elkins, or auditors at Andersen.“⁴⁰⁶

Weiter heißt es im Bericht:

„Vinson & Elkins, as Enron's longstanding outside counsel, provided advice and prepared documentation in connection with many of the transactions discussed in the Report. It also assisted Enron with the preparation of its disclosures of related-party transactions in the proxy statements and the footnotes to the financial statements in Enron's periodic SEC filings, [see footnote 2] Management and the Board relied heavily on the perceived approval by Vinson & Elkins of the structure and disclosure of the transactions. Enron's Audit and Compliance Committee, as well as in-house counsel, looked to it for assurance that Enron's public disclosures were legally sufficient. It would be inappropriate to fault Vinson & Elkins for accounting matters, which are not within its expertise. However, Vinson & Elkins should have brought a stronger, more objective and more critical voice to the disclosure process.“⁴⁰⁷

Im Nachgang der Enron-Krise wandte sich eine Gruppe renommierter Rechtswissenschaftler mit der Forderung einer stärkeren Regulierung von Wirtschaftsanwälten direkt an die SEC, die den Vorschlag aber aus formalen Gründen mit Hinweis auf fehlende Rechtsetzungskompetenz ablehnte. Der Kongress nahm dies als Anregung, im Rahmen des Sarbanes-Oxley Acts eine gesetzliche Grundlage für die Regulierung kapitalmarktbezogener Tätigkeit von Wirtschaftsanwälten durch die SEC zu schaffen.⁴⁰⁸ Der Gesetzesvorschlag wurde im Wesentlichen damit begründet, dass im Zusammenhang mit dem Enron-Skandal deutlich geworden sei, dass die beteiligten Rechtsanwälte trotz des offensichtlichen Fehlverhaltens von Unternehmensangehörigen und Wirtschaftsprüfern weggesehen hätten oder untätig geblieben seien und dadurch ihrer berufsethischen Verantwortung nicht gerecht geworden seien.⁴⁰⁹

Einer der Initiatoren des Gesetzgebungsvorhabens, Senator *Enzi*, hob entsprechend hervor, dass neben den Mitgliedern des Managements und den Wirtschaftsprüfern auch Rechtsanwälte an den Missetaten im Zusammenhang mit der Enron-Insolvenz beteiligt waren:

„[O]ne of the thoughts that occurred to me was that probably in almost every transaction there was a lawyer who drew up the documents involved in that procedure.“⁴¹⁰

Senator *Corzine* fügte unter Bezugnahme auf seine beruflichen Erfahrungen in der Finanzindustrie ergänzend hinzu:

⁴⁰⁶ Powers/Troubh/Winokur, Special Investigative Committee of the Board of Directors of Enron Corp., Report of Investigation, S. 16.

⁴⁰⁷ Powers/Troubh/Winokur, Special Investigative Committee of the Board of Directors of Enron Corp., Report of Investigation, S. 24f.

⁴⁰⁸ Zum Ganzen Bainbridge, Corporate Governance, S. 188 ff.; Coffee, Gatekeepers, S. 216 ff.; Fisch/Rosen, 48 Vill. L. Rev. 1097, 1107–08 (2003).

⁴⁰⁹ 148 Cong. Rec. S6554–56 (10.07.2002).

⁴¹⁰ 148 Cong. Rec. S6554 (10.07.2002).

„In fact, in our corporate world today – and I can verify this by my own experiences – executives and accountants work day to day with lawyers. They give them advice on almost each and every transaction. That means when executives and accountants have been engaged in wrongdoing, there have been some other folks at the scene of the crime – and generally they are lawyers.“⁴¹¹

Der Vorschlag wurde schließlich vom Kongress angenommen und ist als Section 307 SOX Bestandteil des Reformgesetzes geworden.

2. Regelungsgehalt der Norm

Section 307 SOX verpflichtet die SEC, zum Wohle der Allgemeinheit und zum Schutze der Anleger Minimumstandards für die Regulierung kapitalmarktbezogener Tätigkeiten von Rechtsanwälten zu erlassen. Gemäß Section 307(1) SOX soll die Rechtsverordnung vorsehen, dass diejenigen Rechtsanwälte, die für einen Emittenten gegenüber der SEC tätig werden, verpflichtet sind, relevante kapitalmarktrechtliche Verstöße, Treuepflichtverletzungen oder ähnliche Rechtsverstöße, die entweder durch die Emittentin selbst oder eine für sie handelnde Person begangen werden, an den Leiter der Rechtsabteilung oder den Vorstandsvorsitzenden zu melden. Wenn ein solcher Verstoß einmal gemeldet wurde und der jeweilige Empfänger nicht in angemessener Weise reagiert, soll gemäß Section 307(2) SOX der meldende Anwalt den Sachverhalt dem Prüfungsausschuss des Board of Directors, einem anderen Ausschuss des Board of Directors, der mehrheitlich mit unabhängigen Mitgliedern besetzt ist, oder dem gesamten Board of Directors vorlegen.

3. Normzweck

Die Norm ist darauf gerichtet, die Regelkonformität kapitalmarktorientierter Unternehmen hinsichtlich kapitalmarktrechtlicher Vorschriften sicherzustellen, und dient damit dem Anlegerschutz und Funktionsschutz des Kapitalmarktes.⁴¹² Die Vorschrift steht insoweit im Einklang mit den Reformzielen des Sarbanes-Oxley Acts.⁴¹³ Die Inanspruchnahme der wirtschaftsberatenden Anwaltschaft entspricht der auch im Übrigen sichtbar gewordenen Strategie des Gesetzgebers, Berater im Interesse des Anleger- und Funktionsschutzes verstärkt in die Kontrolle und Überwachung der Geschäftsleitung einzubinden. Weitere Beispiele für die ordnungsrechtliche Einbeziehung Dritter in das System der Corporate Governance finden sich vor allem in den Reformvorschriften über Wirtschaftsprüfer und Finanzanalysten,

⁴¹¹ 148 Cong. Rec. S6556 (10.07.2002).

⁴¹² Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 68, Fed. Reg. 6296, 6296 (06.02.2003).

⁴¹³ Vgl. Einleitung der Gesetzgebungsdebatte im Kongress 148 Cong. Rec. S6524 (10.07.2002).

deren Funktion als Gatekeeper durch eine Verschärfung der Haftung und strengere Vorgaben zur Unabhängigkeit weiterentwickelt wurde.⁴¹⁴

Im Gegensatz zu Wirtschaftsprüfern erbringen Rechtsanwälte jedoch keine Verifikationsleistungen gegenüber Aktionären und Anlegern.⁴¹⁵ Sie sind daher keine Gatekeeper im klassischen Sinne.⁴¹⁶ Aufgrund ihrer Einbindung in die Entscheidungsprozesse im Unternehmen und ihrer Beteiligung an der Umsetzung von Transaktionen und anderer Maßnahmen verfügen sie gleichwohl über komparative Informationsvorteile, die im Interesse des Unternehmens und der Aktionäre nutzbar gemacht werden können, um die interne Corporate Governance börsennotierter Gesellschaften zu stärken.⁴¹⁷ Die interne Meldepflicht soll vor diesem Hintergrund die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass schädigendes Verhalten innerhalb des Unternehmens rechtzeitig erkannt wird und von den verantwortlichen Personen angemessene Abhilfemaßnahmen ergriffen werden können.⁴¹⁸

Aus Sicht des Gesetzgebers war eine Flankierung des Berufsrechts durch eine gezielte kapitalmarktrechtliche Regulierung erforderlich, weil die damals geltenden Standesrichtlinien der Bundesstaaten und auch die von der American Bar Association herausgegebenen Leitlinien zum anwaltlichen Berufshandeln (ABA Model Rules)⁴¹⁹ die Verantwortung der Anwaltschaft bei der Beratung von Unternehmen nur unzureichend adressiert hätten. Die Pflicht der Anwaltschaft, das Unternehmen und dessen Aktionäre vor Fehlverhalten des Vorstands zu schützen, sei dort allenfalls implizit zum Ausdruck gekommen und letztlich auch nicht ausreichend durchgesetzt worden. Im Übrigen sei infolge des Enron-Skandals von der American Bar Association zwar eine Arbeitsgruppe zur Untersuchung der Rolle der Anwaltschaft eingesetzt worden, jedoch bestünden erhebliche Zweifel an deren Effektivität und Entschlossenheit der Anwaltschaft zur Änderung der maßgeblichen berufsrechtlichen Regeln.⁴²⁰

Durch die sanktionsbewehrten ordnungsrechtlichen Vorschriften soll vermieden werden, dass Rechtsanwälte trotz Kenntnis schwerwiegender Rechtsverstöße aus einem falschen Loyalitätsverständnis gegenüber ihren Ansprechpartnern im Unternehmen oder ökonomischen Fehlanreizen wegsehen und untätig bleiben.⁴²¹ Dem

⁴¹⁴ Bainbridge, Corporate Governance, S. 181 ff.; vgl. in der Europäischen Union Verordnung 537/2014/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.04.2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission, ABl. EU L 158/77 v. 27.05.2014.

⁴¹⁵ Henning, 8 Buff. Crim. L. Rev. 101, 103–04 (2004); State Bar of California's Committee on Professional Responsibility and Conduct, Comments on Proposed Rule (04/2002).

⁴¹⁶ Siehe zum Begriff Westhoff, Fairness Opinion, S. 8 ff.

⁴¹⁷ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 155–56 (2003).

⁴¹⁸ 148 Cong. Rec. S6554 (10.07.2002); Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 68, Fed. Reg. 6296, 6296–97 (06.02.2003).

⁴¹⁹ Model Rules of Professional Conduct (1983) (zuletzt geändert im August 2020).

⁴²⁰ 148 Cong. Rec. S6555 (10.07.2002).

⁴²¹ Fisch/Rosen, 48 Vill. L. Rev. 1097, 1112–13 (2003).

unternehmensberatenden Rechtsanwalt müsse stets bewusst sein, dass er sein Berufshandeln ausschließlich am Interesse des Unternehmens und der Aktionäre auszurichten habe und demzufolge relevante Rechtsverletzungen den zuständigen Stellen innerhalb des Unternehmens melden muss.⁴²²

4. Implementierung durch die SEC

a) *Standards of Professional Conduct for Attorneys gemäß 17 CFR § 205*

Die SEC hat das Gesetz innerhalb der vorgegebenen Frist von 180 Tagen durch den Erlass der „Standards of Professional Conduct for Attorneys Appearing and Practicing before the Commission in the Representation of an Issuer“ implementiert und dezidierte kapitalmarktspezifische Berufspflichten für Rechtsanwälte statuiert. Als bundesbehördliche Rechtsverordnung („*federal regulation*“) verdrängen die Vorschriften kollidierendes Standes- und Gesetzesrecht der Bundesstaaten, sofern mindestens zwei Bundesstaaten betroffen sind („*interstate commerce*“).⁴²³ Die Verordnung geht in ihrem Anwendungsbereich über die gemäß Section 307 SOX vorgegebenen Mindeststandards hinaus, denn sie berechtigen den Rechtsanwalt unter bestimmten Voraussetzungen unter Befreiung von seiner Verschwiegenheitspflicht zur Anzeige von Rechtsverstößen gegenüber der SEC, wenn die interne Anzeige wirkungslos bleibt. Im Ergebnis ist die SEC mit dieser Regelung jedoch hinter ihrem ursprünglichen Verordnungsentwurf zurückgeblieben.⁴²⁴ Dieser sah zusätzlich vor, dass der betroffene Rechtsanwalt im Falle einer Untätigkeit des Board of Directors das Mandat unter Hinweis auf berufsethische Bedenken hätte niederlegen und die SEC hiervon in Kenntnis setzen müssen („*noisy withdrawal*“).⁴²⁵ Nach Kritik aus der Anwaltschaft, die darin eine unangemessene Beeinträchtigung der anwaltlichen Verschwiegenheit sah, wurde diese Vorschrift aus dem Verordnungstext gestrichen.⁴²⁶

⁴²² 148 Cong. Rec. S6551–52 (10.07.2002).

⁴²³ Cramton/Cohen/Koniak, 49 Vill. L. Rev. 725, 741 (2004); aus der deutschen Literatur: Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, S. 168.

⁴²⁴ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 67 Fed. Reg. 71670 (02.12.2002).

⁴²⁵ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 67 Fed. Reg. 71670, 71688 (02.12.2002) (to be codified at 17 CFR § 205.3(d)(1)).

⁴²⁶ Die kritische Haltung der Anwaltschaft gegenüber der vorgeschlagenen „Noisy-withdrawal“-Regel kommt insbesondere in den Stellungnahmen der Berufsverbände während des öffentlichen Konsultationsverfahrens zum Ausdruck, vgl. ABA, Comments on Proposed Rule: Professional Standards for Attorneys (12/2002); NYC Bar, Comments on Proposed Rule (04/2003).

b) Grenzen des Ermessens

Vonseiten der Anwaltschaft wurde in diesem Zusammenhang außerdem argumentiert, dass derart weitreichende Bestimmungen nicht von Section 307 SOX gedeckt seien. Die Norm ermächtige die SEC lediglich zum Erlass interner Meldepflichten, nicht aber zu weitergehenden Verhaltensvorschriften.⁴²⁷ Die ganz überwiegende Meinung in der Literatur sieht in Section 307 SOX indes eine weitreichende Ermächtigungsgrundlage. Dafür spreche der Wortlaut der Norm, wonach die SEC beauftragt wurde, Vorschriften zur Regulierung von Wirtschaftsanwälten zu erlassen, einschließlich interner Meldepflichten. Die Verwendung des Plurals impliziere, dass der Gesetzgeber die SEC grundsätzlich ermächtigen wollte, für kapitalmarktrechtlich beratende Rechtsanwälte Verhaltensregeln zu schaffen, soweit dies aus Gründen des Allgemeinwohls oder zum Schutze der Anleger erforderlich ist, die wenigstens interne Meldepflichten enthalten sollten, aber gegebenenfalls auch darüber hinaus gehen können.⁴²⁸

II. Persönlicher Anwendungsbereich des 17 CFR § 205

Die berufsregelnden Vorschriften des 17 CFR § 205 gelten für alle Rechtsanwälte („*attorneys*“), die eine (Aktien-)Gesellschaft anwaltlich vertreten, die als Emittentin („*issuer*“) den Vorschriften des Sarbanes-Oxley Acts unterliegt und deren Tätigkeit Bezugspunkte zum Aufsichtsbereich der SEC aufweist.⁴²⁹ Die drei wichtigsten Anknüpfungspunkte für die berufsregelnden Vorschriften des 17 CFR § 205 sind demnach die Rechtsanwaltsqualifikation des Beraters, die Eigenschaft der beratenen Gesellschaft als Emittentin im Sinne des Sarbanes-Oxley Acts und der kapitalmarktrechtliche Bezug der anwaltlichen Tätigkeit. Der persönliche Anwendungsbereich der Vorschrift ist sehr weit, sodass grundsätzlich jeder US-amerikanische Rechtsanwalt, der anwaltliche Dienste für börsennotierte Gesellschaften erbringt, von den Verhaltenspflichten betroffen sein kann.

1. Rechtsanwaltseigenschaft

Der von der Verordnung verwendete Rechtsanwaltsbegriff ist ausschließlich formeller Natur. Gemäß 17 CFR § 205.2(c) betrifft die Norm jeden Rechtsanwalt, dem aufgrund einer Zulassung, Lizenz oder sonstigen Genehmigung in seinem Herkunftsland die Ausübung rechtlicher Beratung offiziell gestattet ist. Die Anwaltseigenschaft ergibt sich somit nicht aus der Art der Tätigkeit, sondern allein aus

⁴²⁷ ABA, Comments on Proposed Rule: Professional Standards for Attorneys (12/2002); so auch Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 187 ff.

⁴²⁸ Cramton/Cohen/Koniak, 49 Vill. L. Rev. 725, 789–92 (2004); Henning, 8 Buff. Crim. L. Rev. 101, 115–16 (2004); Painter, Comments on Proposed Rule (12/2002).

⁴²⁹ Vgl. Begriffsdefinition in 17 CFR § 205.1 und Section 2(a)(7) Sarbanes-Oxley Act.

der Zulassung zum anwaltlichen Berufsstand. Auch Unternehmensjuristen, die für einen nicht anwaltlichen Arbeitsgeber in einem ständigen Dienstverhältnis tätig sind, können in den Anwendungsbereich der Norm fallen, soweit sie als Rechtsanwälte anerkannt werden und als solche zugelassen sind.⁴³⁰

2. Anwaltliche Vertretung des Emittenten

a) Bestehen eines Mandatsverhältnisses

Eine Einschränkung erfährt der weitreichende Rechtsanwaltsbegriff auf zweiter Ebene durch das Merkmal „*appearing and practicing before the Commission in the representation of an issuer*“ gemäß 17 CFR § 205.3(b). Danach betrifft die Vorschrift nur solche Berufsträger, die im Rahmen eines Mandatsverhältnisses anwaltliche Tätigkeiten für einen Emittenten erbringen. Insoweit wird der rein formelle Rechtsanwaltsbegriff durch eine funktionale Komponente eingeschränkt. Ausgenommen sind Rechtsanwälte, die zwar für einen Emittenten tätig sind, die Tätigkeit inhaltlich jedoch nicht als anwaltliches Berufshandeln zu qualifizieren ist. Ein Rechtsanwalt, der ausschließlich nicht anwaltliche Dienste erbringt, gehört nicht zum Kreis der Verpflichteten.⁴³¹

Der Begriff des Mandatsverhältnisses ist weit zu verstehen. Gemäß 17 CFR § 205.2(g) kommt es nicht darauf an, dass die anwaltliche Tätigkeit im Rahmen eines vertraglichen Beratungs- oder Dienstverhältnisses erfolgt. Nach Ansicht der SEC genügt es, wenn sich das Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Emittent in tatsächlicher Hinsicht als ein Mandatsverhältnis darstellt. Nach dem Willen der SEC sollen damit auch Rechtsanwälte einbezogen werden, die zwar nicht direkt von einem Emittenten mandatiert worden sind, aber nach den tatsächlichen Umständen für den Emittenten Rechtsdienstleistungen erbringen. Dies gelte beispielsweise für Rechtsanwälte, die von einer nicht unter den Regelungsbereich des Sarbanes-Oxley Acts fallenden Tochtergesellschaft des Emittenten mandatiert worden sind, in diesem Rahmen aber in tatsächlicher Hinsicht auch Rechtsdienstleistungen für den Emittenten erbringen.⁴³²

b) Emittenteneigenschaft im Sinne des Sarbanes-Oxley Acts

Das Mandatsverhältnis muss zu einem „*issuer*“ im Sinne des Sarbanes-Oxley Acts bestehen. Dies kann gemäß Section 2(a)(7) SOX grundsätzlich jede „*stock corporation*“ sein, deren Aktien nach den Vorschriften des Securities Exchange Act

⁴³⁰ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 68 Fed. Reg. 6296, 6301 (06.02.2003).

⁴³¹ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 68 Fed. Reg. 6296, 6301–02 (06.02.2003).

⁴³² Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 68 Fed. Reg. 6296, 6303 (06.02.2003).

von 1934 (Exchange Act von 1934) zum Handel an einer US-amerikanischen Börse zugelassen sind oder die aus anderen Gründen nach den Vorschriften des Exchange Acts von 1934 berichtspflichtig ist, und zwar unabhängig davon, in welchem Land die Gesellschaft ihren Sitz hat.⁴³³ Die berufsregelnden Vorschriften sind somit grundsätzlich geeignet, extraterritoriale Wirkung zu entfalten. Unter bestimmten Voraussetzungen können daher auch in Deutschland zugelassene Rechtsanwälte von den Verhaltensvorschriften für Rechtsanwälte betroffen sein.

Eine Berichtspflichtigkeit nach dem Exchange Act von 1934 besteht unabhängig von einer Börsennotierung, wenn eine Gesellschaft ihre Aktien beispielsweise im Rahmen eines außerbörslichen öffentlichen Angebots in den USA bei Investoren platzieren möchte und deshalb einer Registrierungspflicht nach den Vorschriften des Securities Act von 1933 unterliegt.⁴³⁴ Die Registrierungspflicht folgt dabei dem Regel-Ausnahme-Prinzip. Gemäß Section 5 Securities Act von 1933⁴³⁵ sind grundsätzlich alle Aktien (und sonstige Wertpapiere), bevor sie innerhalb der USA öffentlich angeboten werden, bei der SEC nach dem Verfahren gemäß Section 6 Securities Act von 1933 zu registrieren.⁴³⁶ Von diesem Grundsatz gibt es verschiedene Ausnahmen, die sowohl durch den Securities Act von 1933 selbst als auch durch Rechtsverordnungen geregelt sind. Ausgenommen von der Registrierungspflicht sind danach beispielsweise öffentliche Angebote, die sich nur an einen eng begrenzten Investorenkreis richten oder ein nur ein geringes Volumen haben.⁴³⁷ Auch regional begrenzte Angebote können von der Registrierungspflicht ausgenommen sein.⁴³⁸ Das Gesetz erfasst dabei auch ausländische Gesellschaften, die ihre Aktien öffentlich anbieten. Im Einzelfall kann dies zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen, insbesondere wenn ein Angebot nicht direkt an US-amerikanische Investoren gerichtet ist, diese aber vom Erwerb nicht ausgeschlossen werden.⁴³⁹ Dies kann für einen Rechtsanwalt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen.

⁴³³ Vgl. zur extraterritorialen Anwendung des US-Kapitalmarktrechts *Richter*, Die extraterritoriale Anwendung, S. 41 ff.; *Lehmann*, RIW 2010, 841.

⁴³⁴ *Merk*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, S. 170.

⁴³⁵ 15 U.S.C. § 77f(a).

⁴³⁶ *Hazen*, Securities Regulation, 2nd Edition, S. 60 ff.; *Werlen/Sulzer*, in: *Habersack/Mülbert/Schlitt* (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung, 3. Aufl. 2013, § 45 Rn. 23 f.

⁴³⁷ *Hazen*, Securities Regulation, 2nd Edition, S. 124 ff.

⁴³⁸ *Hazen*, Securities Regulation, 2nd Edition, S. 141 ff.; *Werlen/Sulzer*, in: *Habersack/Mülbert/Schlitt* (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung, 3. Aufl. 2013, § 45 Rn. 25 ff.

⁴³⁹ Vgl. *Hazen*, Securities Regulation, 2nd Edition, S. 804 ff.; *Merk*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, S. 170; *Werlen/Sulzer*, in: *Habersack/Mülbert/Schlitt* (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung, 3. Aufl. 2013, § 45 Rn. 116 ff.

3. SEC-Bezug der anwaltlichen Tätigkeit

a) Vorgaben gemäß Section 307 SOX

Der Gesetzgeber hat die Regelungskompetenz der SEC gemäß Section 307 SOX auf Rechtsanwälte beschränkt, die gegenüber der SEC auftreten oder tätig werden, ohne dies genauer zu definieren.⁴⁴⁰ Die Konkretisierung, welche Form des Auftretens oder Tätigwerdens in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt, wurde damit der SEC überlassen. Der Wortlaut lässt darauf schließen, dass die Verhaltensregeln der SEC auf Anwälte beschränkt werden sollten, die börsennotierte Gesellschaften bei der Einhaltung und Umsetzung kapitalmarktrechtlicher Vorgaben beraten und unterstützen, beispielsweise der Einhaltung kapitalmarktrechtlicher Publizitätsvorschriften. Dafür spricht auch der Gesetzeszweck, wonach aus Gründen des Anlegerschutzes die Qualität der Unternehmenspublizität verbessert werden soll.

b) Definition gemäß 17 CFR § 205.2(a)

Die SEC hat den Begriff „*appearing and practicing before the Commission*“ in 17 CFR § 205.2(a) definiert. Dabei hat sie sich zunächst an dem weiten Begriffsverständnis aus ihren allgemeinen Verfahrensvorschriften orientiert, die unter anderem auch die Verfahrensvertretung durch einen Rechtsanwalt regeln.⁴⁴¹ Demnach erfüllt grundsätzlich jede rechtsgeschäftliche Handlung, die gegenüber der SEC ausgeführt wird, vor allem die anwaltliche Vertretung in einem SEC-Verwaltungsverfahren, das Merkmal des Tätigwerdens. Der wichtigste Anknüpfungspunkt dürften jedoch das Erstellen und Entwerfen von Registrierungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Berichten oder sonstigen Dokumenten sein, die von dem jeweiligen Rechtsanwalt oder mit dessen Einverständnis durch das Unternehmen bei der SEC eingereicht werden. Es genügt dabei, dass der Rechtsanwalt in Kenntnis der Tatsache, dass das Dokument bei der SEC eingereicht werden soll, in irgendeiner Weise an der Erstellung dieser Unterlagen beteiligt war. Nicht erforderlich ist, dass er das Dokument im eigenen Namen einreicht. Darüber hinaus soll ein Rechtsanwalt auch dann vom Anwendungsbereich der Norm erfasst sein, wenn er eine rechtliche Prüfung kapitalmarktrechtlicher Registrierungs- und Berichtspflichten durchgeführt hat und zum Ergebnis gekommen ist, dass eine entsprechende kapitalmarktrechtliche Pflicht nicht besteht.⁴⁴²

⁴⁴⁰ Section 307 SOX.

⁴⁴¹ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 67 Fed. Reg. 71670, 71675 (02.12.2002).

⁴⁴² 17 CFR § 205.2(a)(iv).

c) Kritik der Anwaltschaft

Diese von der SEC vorgeschlagene Begriffsdefinition wurde während des öffentlichen Konsultationsverfahrens von der Anwaltschaft kritisiert. Die American Bar Association hat in ihrer Stellungnahme zum Verordnungsentwurf argumentiert, dass die weite Begriffsdefinition unter Berücksichtigung der sanktionsbewehrten Handlungspflichten eine unangemessene Beeinträchtigung für Rechtsanwälte darstellen würde, die nicht auf Kapitalmarktrecht („*securities law*“) spezialisiert seien und lediglich isolierte Bereiche eines Dokuments bearbeiten würden, das für die Einreichung bei der SEC bestimmt ist. Vor diesem Hintergrund wurde vorgeschlagen, die Vorschrift nur auf diejenigen Anwälte anzuwenden, die maßgeblich für die kapitalmarktrechtliche Regelkonformität des beratenen Unternehmens verantwortlich seien. Für die übrigen Anwälte würden die allgemeinen standesrechtlichen Verhaltenspflichten genügen.⁴⁴³

4. Ausnahmen für ausländische Berufsträger

Unter Berücksichtigung der Vorbehalte ausländischer Berufsverbände⁴⁴⁴ hat die SEC einen Ausnahmetatbestand für ausländische Rechtsanwälte geschaffen. Diese sind gemäß 17 CFR § 205.2(j) von den Verhaltenspflichten ausgenommen, wenn kumulativ folgende Bedingungen erfüllt sind: Der ausländische Rechtsanwalt darf (i) weder als Berater für amerikanisches Kapitalmarktrecht auftreten und in diesem Bereich beraten (ii) noch regulär Tätigkeiten ausüben, die als Auftreten und Tätigwerden gegenüber der SEC zu qualifizieren sind, es sei denn, dies geschieht in Zusammenarbeit mit einem Rechtsanwalt, der in den USA zugelassen ist.

III. Interne Meldepflichten

Fällt ein Rechtsanwalt in den Anwendungsbereich der Norm, unterliegt er den gesetzlichen Meldepflichten zur Verhinderung und Aufklärung von schwerwiegenden Rechtsverstößen. Im Folgenden sollen die Voraussetzungen der Meldepflicht und die Rechtsfolgen im Einzelnen beleuchtet werden.

1. Voraussetzungen des Meldetatbestands

a) Kenntnis meldepflichtbegrunder Tatsachen

Die Meldepflicht setzt gemäß 17 CFR § 205.3(b)(1) voraus, dass ein Rechtsanwalt von Tatsachen Kenntnis erlangt, die die Annahme rechtfertigen, dass der

⁴⁴³ ABA, Comments on Proposed Rule: Professional Standards for Attorneys (12/2002).

⁴⁴⁴ Beispielsweise BRAK, Comments on Proposed Rule (12/2002).

Emittent oder eine für ihn in zurechenbarer Weise handelnde natürliche Person einen schwerwiegenden Rechtsverstoß begangen hat, dieser noch andauert oder unmittelbar bevorsteht. Die Vorschrift verlangt positive Kenntnis hinreichend konkreter Tatsachen. Dem Rechtsanwalt obliegt grundsätzlich keine Nachforschungspflicht. Unerheblich ist daher, ob der Rechtsanwalt unter Beachtung der erforderlichen Sorgfalt die relevanten Tatsachen hätte erkennen können oder müssen.⁴⁴⁵

b) Erkennbarkeit der Rechtsverletzung

Schwieriger ist die Frage, welche Sorgfaltsanforderungen an die rechtliche Bewertung der Tatsachen durch den Rechtsanwalt zu stellen sind. Dies war im Gesetzgebungsverfahren umstritten.

aa) Ursprünglicher Verordnungsentwurf

Im ursprünglichen Verordnungsentwurf hatte die SEC einen strengen Maßstab vorgegeben, wonach allein darauf abzustellen sei, ob ein Rechtsanwalt auf Basis der konkreten Tatsachen vernünftigerweise davon ausgehen müsse, dass ein schwerwiegender Rechtsverstoß begangen wurde, noch andauert oder unmittelbar bevorsteht.⁴⁴⁶

bb) Kritik der Anwaltschaft

Nach Ansicht der Anwaltschaft war dieser Maßstab aufgrund des weitreichenden persönlichen Anwendungsbereichs der Norm zu streng. Die Meldepflicht wäre dann mit unzumutbaren Nachteilen für Rechtsanwälte verbunden, die nicht im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht spezialisiert sind, denn diese hätten anders als ihre spezialisierten Berufskollegen im Einzelfall stets zusätzliche Anstrengungen unternehmen müssen, um die Rechtslage richtig beurteilen zu können, beispielsweise durch Einholung von Rechtsgutachten.⁴⁴⁷

cc) Finale Fassung der Verordnung

Unter Berücksichtigung dieser Kritik hat die SEC im Ergebnis einen Maßstab für das Erkennenmüssen der Rechtsverletzung entwickelt, der zwar nicht auf eine subjektive, personale Seite der Vorwerfbarkeit abstellt, dafür aber dem Maßstab einer objektiv grobfahrlässigen Pflichtverletzung entspricht. Danach ist eine Tatsache nur dann meldepflichtig, wenn es aus Sicht eines umsichtig und gewissenhaft han-

⁴⁴⁵ Kritisch dazu Cramton/Cohen/Koniak, 49 Vill. L. Rev. 725, 755–59 (2004).

⁴⁴⁶ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 67 Fed. Reg. 71670, 71682 (02.12.2002) (to be codified at CFR § 205.2(e)).

⁴⁴⁷ ABA, Comments on Proposed Rule: Professional Standards for Attorneys (12/2002).

delnden Rechtsanwalts in der konkreten Lage unbillig wäre, nicht zu dem Schluss zu gelangen, dass es überwiegend wahrscheinlich ist, dass ein schwerwiegender Rechtsverstoß begangen wurde, noch andauert oder unmittelbar bevorsteht.⁴⁴⁸

dd) Kritik der Literatur

In der Literatur wurde diese Aufweichung des Sorgfaltsmäßigstabs kritisiert. Die Voraussetzungen für die Meldepflicht seien nunmehr so hoch, dass die Vorschrift kaum noch Regelungswirkung entfalte. Schließlich dürften die Tatsachen in den wenigsten Fällen derart eindeutig sein, dass sich der Schluss auf das Vorliegen eines abgeschlossenen oder bevorstehenden Rechtsverstoßes für jeden umsichtig und gewissenhaft handelnden Rechtsanwalt aufdrängt.⁴⁴⁹ Zudem habe die verwirrende Formulierung gegen den Grundsatz der Verwendung eines „*plain English*“ verstößen, sodass die Vorschrift kaum noch vollstreckbar sein dürfte.⁴⁵⁰

ee) Stellungnahme

Der gefundene Kompromiss für das Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit der Rechtsverletzung ist nicht nur sprachlich ungelungen, sondern aufgrund der hohen Anforderungen auch in der Sache nahezu wirkungslos. Hinzu kommt, dass ohne eine Verpflichtung, die vom Rechtsanwalt ein Mindestmaß an Aufklärung verlangt, durch die betroffenen Rechtsanwälte kein erkennbarer Beitrag zur Verhinderung und Aufklärung von Rechtsverletzungen geleistet werden kann. Im Gegenteil erhöht das gesetzlich aufgezwungene Rollenbild als Whistleblower und Gatekeeper die Wahrscheinlichkeit, dass die Mitarbeiter und Organmitglieder den Rechtsanwalt grundsätzlich von der Kommunikation ausschließen. Ebenso wird der Rechtsanwalt schon aus Selbstschutzgründen ein Interesse haben, möglichst wenig in den internen Informationsfluss eingebunden zu werden, um seine Haftungsrisiken wegen unterlassener Hinweise zu verringern. Dies bedeutet nicht, dass der Rechtsanwalt Rechtsverletzungen der Mitarbeiter oder Geschäftsleiter des beratenen Unternehmens tolerieren soll, vielmehr hat er im Rahmen seiner Möglichkeiten darauf hinzuwirken, dass die Geschäftsleitung ihrer Legalitätspflicht gerecht wird. Diese Möglichkeiten, durch verantwortungsvolle Beratung Rechtsverletzungen effektiv entgegenzuwirken, können durch Hinweisgeberpflichten aber gerade beeinträchtigt werden, ohne dass dem ein signifikanter Nutzen gegenübersteht.

⁴⁴⁸ 17 CFR 205.2(e).

⁴⁴⁹ Koniak, 103 Colum. L. Rev. 1236, 1275 (2003); Cramton/Cohen/Koniak, 49 Vill. L. Rev. 725, 752–55 (2004).

⁴⁵⁰ Henning, Buff. Crim. L. Rev., 8 (2004), 101 (117).

c) Sachlicher Anwendungsbereich

Nicht jeder nach diesem Maßstab begründete Verdacht ist meldepflichtig. Der sachliche Anwendungsbereich der Vorordnung beschränkt sich auf schwerwiegende Verstöße („*material violations*“) gegen US-Kapitalmarktrecht („*securities law*“), schwerwiegende Verletzungen von Treuepflichten („*fiduciary duties*“) und vergleichbare Verstöße gegen US-amerikanisches Bundesrecht oder bundesstaatliches Recht. Die Vorschrift begrenzt demnach das Spektrum berichtspflichtiger Verstöße nach Intensität des Rechtsverstoßes und Rechtsgebiet.

aa) Securities Law

Keine Probleme bereitet die Frage, welche Vorschriften dem US-Kapitalmarktrecht zuzurechnen sind. Darunter fallen sowohl materiell-rechtliche Vorschriften zur Zulassung und zum Handel von Wertpapieren einschließlich entsprechender Publizitätspflichten für Emittenten als auch prozessrechtliche Vorschriften zu den wertpapierspezifischen Verfahrensrechten der beteiligten Parteien.⁴⁵¹ Darüber hinaus stellt die Vorschrift ausdrücklich klar, dass nicht nur Verstöße gegen das US-Bundeswertpapierrecht („*federal securities law*“), sondern auch gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften der Bundesstaaten berichtspflichtig sind. Nicht erfasst sind dagegen Verstöße gegen ausländisches Kapitalmarktrecht. In der Praxis dürfte es indes insbesondere um Verstöße gegen materiell-rechtliche Vorschriften des US-Bundeswertpapierrechts gehen, da diese den ganz überwiegenden Teil des US-Kapitalmarktrechts ausmachen.

bb) Fiduciary Duties

Die Meldepflicht besteht auch dann, wenn ein Rechtsanwalt den begründeten Verdacht einer bereits begangenen, noch andauernden oder bevorstehenden Verletzung von *fiduciary duties* hat. *Fiduciary duties* sind Treuepflichten der Direktoren gegenüber der Gesellschaft und deren Gesellschaftern bzw. Aktionären, die in der Tradition des *common law* durch die Rechtsprechung entwickelt wurden.⁴⁵² Zuständig für die Konkretisierung der Treuepflichten sind die Gerichte der Einzelpa-
staaten, da im Gegensatz zum Kapitalmarktrecht die gesellschaftsrechtliche Ge-
setzgebungskompetenz ausschließlich bei den Einzelpa-
staaten liegt. Die wichtigsten von der Rechtsprechung entwickelten Treuepflichten sind die allgemeine Sorg-
faltspflicht bei der Besorgung der Gesellschaftsangelegenheiten („*duty of care*“) und

⁴⁵¹ Vgl. Strauch, in: Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg.), Hdb. börs. AG, 4. Aufl. 2018, § 11 Rn. 11.1 ff.; das US-Wertpapierrecht wird im Wesentlichen durch folgende US-Bundesgesetze geregelt: Securities Act of 1933; Securities Exchange Act of 1934; Trust Indenture Act of 1939; Investment Company Act of 1940; Investment Advisers Act of 1940; Sarbanes-Oxley Act of 2002; Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010; Jumpstart Our Business Startups Act of 2012.

⁴⁵² Black, The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors, S. 1.

die Loyalitätspflicht gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären („*duty of loyalty*“).⁴⁵³ Die Fiduciary Duties bilden damit den Kern des gesellschaftsrechtlichen Aktionärs- und Anlegerschutzes. Die Einbeziehung der Treuepflichtverletzungen in das System anwaltlicher Meldepflichten ist daher aus rechtspolitischer Perspektive konsequent.

Die Anwaltschaft hat die Ausweitung der Meldepflicht auf gesellschaftsrechtliche Treuepflichtverletzungen kritisiert und sich für eine Beschränkung auf Verletzungen kapitalmarktspezifischer Treuepflichten ausgesprochen.⁴⁵⁴ Von einigen Rechtswissenschaftlern wurde im Konsultationsverfahren dagegen die Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs über die ungeschriebenen Treuepflichten hinaus auch auf die Verletzung gesetzlicher Treuepflichten angeregt. Begründet wurde dies mit dem gesetzgeberischen Auftrag in Section 307 SOX, der ausdrücklich auf das Wohl der Allgemeinheit und den Anlegerschutz verweist. Der Sinn und Zweck der Ermächtigungsnorm verlangen daher, dass der Begriff der Fiduciary Duties weit ausgelegt wird.⁴⁵⁵

cc) Vergleichbare Vorschriften

Die SEC hat diese Anregung aufgenommen und im endgültigen Verordnungstext klargestellt, dass neben den allgemeinen richterrechtlichen Treuepflichten auch gesetzliche Treuepflichten erfasst werden, gleich ob sich diese aus dem Bundesrecht ergeben oder dem Recht der Bundesstaaten.⁴⁵⁶ Der sachliche Anwendungsbereich des anwaltlichen Meldetatbestands reicht damit über rein kapitalmarktrechtliche Rechtsverstöße hinaus.

dd) Materiality

Eingeschränkt wird die Meldepflicht durch eine Wesentlichkeitsschwelle. Meldepflichtig sind danach nur „wesentliche“ Rechtsverstöße („*material violations*“). In der Verordnungsgründung weist die SEC darauf hin, dass die Einstufung einer Rechtsverletzung als „wesentlich“ nach den allgemeinen kapitalmarktrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen habe.⁴⁵⁷ Die tatbestandliche Schwelle für das Entstehen einer internen Hinweispflicht gemäß 17 CFR § 205.3(b)(1) fügt sich folglich in die

⁴⁵³ *Lafferty/Schmidt/Wolfe, Jr.*, 116 Penn St. L. Rev. 837, 841–47 (2012).

⁴⁵⁴ *ABA*, Comments on Proposed Rule: Professional Standards for Attorneys (12/2002).

⁴⁵⁵ *Painter*, Comments on Proposed Rule (12/2002).

⁴⁵⁶ 17 CFR §205.2(i).

⁴⁵⁷ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 68 Fed. Reg. 6296, 6303 (06.02.2003).

allgemeinen Grundsätze der Unternehmenspublizität ein und korrespondiert auch mit dem aus der Rechnungslegung bekannten Wesentlichkeitsgrundsatz.⁴⁵⁸

Danach ist eine Tatsache wesentlich, wenn es überwiegend wahrscheinlich ist, dass ein vernünftiger Anleger diese Information zur Grundlage seiner Investitionsentscheidung oder seiner Entscheidung über die Ausübung von Stimmrechten gemacht hätte.⁴⁵⁹ Verändert sich durch das Weglassen oder die Fehlerhaftigkeit einer Information der Aussagegehalt der übrigen verfügbaren Informationen, dürfte die Information ebenfalls als wesentlich einzustufen sein.⁴⁶⁰ Gleichwohl verbietet sich eine schematische Einordnung. Vielmehr ist die Wesentlichkeitsschwelle im Einzelfall aus Sicht eines vernünftigen Anlegers unter Berücksichtigung aller Umstände zu bestimmen.⁴⁶¹ Diese Grundsätze wurden originär in Bezug auf die Erheblichkeit von publizitätspflichtigen Tatsachen („*material facts*“) entwickelt, inwieweit sie sich auch für die Eingrenzung der anwaltlichen Meldepflicht eignet, ist fraglich.⁴⁶² Dafür spricht, dass aufgrund der einheitlichen Begriffsverwendung die Rechtssicherheit erhöht wird.

Die anwaltliche Meldepflicht wird demzufolge nur ausgelöst, wenn die Information konkret genug ist und sich der vermeintliche Rechtsverstoß als so schwerwiegend erweist, dass dies die Anlageentscheidung eines gewissenhaften Anlegers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit beeinflussen würde.⁴⁶³

2. Ausgestaltung des Meldeverfahrens

a) Erste Stufe: Meldung auf Arbeitsebene

Liegen die Voraussetzungen vor, ist der Rechtsanwalt gemäß 17 CFR § 205.3(b)(1) verpflichtet, den Verdacht an den Leiter der Rechtsabteilung (CLO)

⁴⁵⁸ Vgl. betreffend die International Financial Reporting Standards (IFRS) IAS 1 para. 7 und IAS 8; siehe außerdem Kahle/Kopp, DStR 2022, 2627 (2627 ff.) zur Bedeutung des Wesentlichkeitsgrundsatzes im deutschen Bilanzrecht.

⁴⁵⁹ Vgl. Basic, Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224, 231–236 (1988); TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc., 426 U.S. 438, 439 (1976); vgl. auch 17 CFR § 230.405 („The term material, when used to qualify a requirement for the furnishing of information as to any subject, limits the information required to those matters to which there is a substantial likelihood that a reasonable investor would attach importance in determining whether to purchase the security registered“).

⁴⁶⁰ TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc., 426 U.S. 438, 449 (1976).

⁴⁶¹ TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc., 426 U.S. 438, 449 (1976).

⁴⁶² Vgl. Begriffsverwendung in Section 17(a)(2) Securities Act (1933) („It shall be unlawful for any person in the offer or sale of any securities [...] to obtain money or property by means of any untrue statement of a material fact or any omission to state a material fact necessary in order to make the statements, in light of the circumstances under which they were made, not misleading; [...]“).

⁴⁶³ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 68 Fed. Reg. 6296, 6301–02 (06.02. 2003).

und gegebenenfalls auch an den Vorstandsvorsitzenden (CEO) des Unternehmens oder Personen mit vergleichbaren Positionen zu melden. Inhaltlich beschränkt sich die Meldepflicht auf die dem Verdacht zugrunde liegenden Tatsachen. Die Meldung kann gemäß 17 CFR § 205.2(n) persönlich, telefonisch, per E-Mail, elektronisch oder schriftlich erfolgen. Entscheidend ist, dass die genannten Adressaten unmittelbar und unverzüglich in Kenntnis gesetzt werden. Die Regelung geht damit nach Ansicht der Literatur nicht über das hinaus, was die allgemeinen berufsrechtlichen Regeln ohnehin zulassen und verlangen. Der zusätzliche Nutzen wird daher als gering angesehen.⁴⁶⁴

b) Zweite Stufe: Meldung auf Ebene des obersten Leitungs- und Überwachungsorgans

Neben der Erstmeldung muss der Rechtsanwalt die meldepflichtigen Tatsachen an den Prüfungsausschuss des Board of Directors, an einen anderen mehrheitlich mit unabhängigen Direktoren besetzten Ausschuss oder an das gesamte Board of Directors melden, wenn er Zweifel hat, dass der CLO oder der CEO in sachgerechter und zeitlich angemessener Weise auf die Erstmeldung reagiert hat („*reporting up the ladder*“). Wenn die Reaktion aus Sicht des Rechtsanwalts dagegen angemessen ist, kann er von einer Meldung an den Prüfungsausschuss oder das Board of Directors absehen. Maßgeblich für den Fortgang des internen Meldeverfahrens ist demnach die Frage, ob der Rechtsanwalt die Reaktion des Managements im Einzelfall für angemessen halten darf.

aa) Angemessenheit der Reaktion des Managements

Gemäß 17 CFR § 205.2(b) kann der Rechtsanwalt von einer angemessenen Reaktion („*appropriate response*“) des CLO oder CEO ausgehen, wenn er nach Rückmeldung des CLO oder CEO billigerweise darauf vertrauen darf, dass eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist: Erstens: Der CLO hat nach der gemäß 17 CFR § 205.3(b)(2) gebotenen internen Untersuchung festgestellt, dass ein schwerwiegender Rechtsverstoß nicht vorliegt.⁴⁶⁵ Zweitens: Das Unternehmen hat sachgerechte Maßnahmen ergriffen, um die Fortsetzung eines Rechtsverstoßes zu beenden, dessen Begehung zu verhindern oder hinsichtlich bereits abgeschlossener Rechtsverstöße Abhilfe zu schaffen.⁴⁶⁶ Drittens: Das Unternehmen hat mit Zustimmung des Board of Directors, des Prüfungsausschusses oder – soweit vorhanden – des Qualified Legal Compliance Committee (QLCC) einen anderen Rechtsanwalt beauftragt, den Fall zu untersuchen, und hat daraufhin die von jenem Rechtsanwalt empfohlenen Abhilfemaßnahmen ergriffen oder jener Rechtsanwalt ist zu dem Schluss gekom-

⁴⁶⁴ Cramton/Cohen/Koniak, 49 Vill. L. Rev. 725, 770 (2004).

⁴⁶⁵ 17 CFR § 205.3(b)(3)(i).

⁴⁶⁶ 17 CFR § 205.3(b)(3)(ii).

men, dass die Rechtslage unklar ist, die Rechtsauffassung des Unternehmens aber im Falle eines verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Verfahrens durchdringen könnte.⁴⁶⁷ Auch hier zeigt sich die Schwierigkeit einer klaren Tatbestandsdefinition. Insbesondere die zweite Voraussetzung, lässt den Rechtsanwender bei der Frage, was eine sachgerechte Maßnahme darstellt, im Dunkeln.⁴⁶⁸ Aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs muss davon ausgegangen werden, dass jede Maßnahme als sachgerecht anzusehen ist, die nicht offensichtlich ungeeignet ist, wodurch die Vollstreckbarkeit der Norm weiter erschwert werden dürfte.

bb) Ermessen des Rechtsanwalts

Die Frage, ob die Voraussetzungen einer angemessenen Reaktion vorliegen, hat der Rechtsanwalt nach pflichtgemäßem Ermessen zu beantworten. Ihm steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu. Begrenzt wird das Ermessen nach überwiegender Auffassung lediglich durch das Kriterium der Willkür („[...] and that the circumstances are such that the belief is not unreasonable“).⁴⁶⁹

cc) Umgehung des Managements

Der meldepflichtige Rechtsanwalt kann sich im Einzelfall auch direkt ohne vorherige Information des CLO oder CEO an das Board of Directors oder seine jeweiligen Ausschüsse wenden, wenn er dies für sachgerecht hält. Dieser Weg steht gemäß 17 CFR § 205.3(b)(4) immer dann offen, wenn der Rechtsanwalt vernünftigerweise davon ausgeht („reasonably believes“), dass eine vorherige Information des Managements zwecklos ist. Bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Einschaltung des Managements steht ihm ebenso ein weiter Ermessensspielraum zu.⁴⁷⁰

c) Alternatives Meldeverfahren

Das Gesetz räumt den Unternehmen im Umgang mit anwaltlichen Meldungen einen gewissen Grad an Flexibilität ein. Den regulären Berichtsweg über den CLO

⁴⁶⁷ 17 CFR § 205.3(b)(3)(iii).

⁴⁶⁸ ABA, Comments on Proposed Rule: Professional Standards for Attorneys (12/2002).

⁴⁶⁹ Systematisch spricht vieles dafür, dass die SEC „unreasonable“ hier im Sinne von „willkürlich“ oder „ohne sachlichen Grund“ verwendet hat, denn im Gegensatz zu 17 CFR § 205.2(e) hat sie in 17 CFR § 205.2(m) den Begriff „unreasonable“ nicht um den Zusatz „for a prudent and competent attorney“ ergänzt, sodass es ihr hier gerade nicht auf einen objektiven Maßstab ankommen soll; vgl. Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 68 Fed. Reg. 6296, 6305 (06.02.2003) (to be codified at 17 CFR § 205.2(m)); Cramton/Cohen/Koniak, 49 Vill. L. Rev. 725, 764 (Fn. 161) (2004); a. A. Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 184.

⁴⁷⁰ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 67 Fed. Reg. 71670, 71686 (02.12.2002).

oder CEO bis zum Board of Directors kann ein Unternehmen durch die Implementierung eines gesonderten Meldesystems vermeiden. Gemäß 17 CFR § 205.3(c) setzt dies voraus, dass das betreffende Unternehmen ein QLCC eingerichtet hat, das den Voraussetzungen des 17 CFR § 205.2(k) entspricht.

aa) Qualified Legal Compliance Committee

Grundsätzlich stellt das QLCC einen eigenen Ausschuss des Board of Directors dar, der mit mindestens drei unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrats besetzt sein muss, wobei mindestens eines dieser Mitglieder auch dem Prüfungsausschuss oder einem vergleichbaren mit unabhängigen Direktoren besetzten Ausschuss angehören muss.⁴⁷¹ Es ist auch zulässig, den Prüfungsausschuss oder einen anderen Ausschuss mit den Aufgaben des QLCC zu betrauen. Der QLCC muss durch das Board of Directors in einem förmlichen Verfahren eingerichtet werden, wobei die Abläufe für den Umgang mit Verdachtsmeldungen in einer Geschäftsordnung zu regeln sind.⁴⁷² In materieller Hinsicht kommt es darauf an, dass das QLCC mit der Befugnis ausgestattet wird, eigene Untersuchungen durchzuführen, den CLO, den Prüfungsausschuss und das Board of Directors über Verdachtsanzeigen und den Fortgang von Untersuchungen zu informieren und Maßnahmen zur Beendigung und Verhinderung von Rechtsverstößen zu ergreifen.⁴⁷³ Darüber hinaus muss dem QLCC die Befugnis erteilt werden, im Falle einer nicht sachgerechten Reaktion des Managements auf der Grundlage eines Mehrheitsbeschlusses den Rechtsverstoß gegenüber der SEC anzugezeigen.⁴⁷⁴

bb) Meldung an das QLCC

Verfügt das Unternehmen über ein QLCC, genügt es gemäß 17 CFR § 205.3(c)(1), wenn der Rechtsanwalt den Ausschuss über meldepflichtige Tatsachen unterrichtet. Weitere Maßnahmen des Rechtsanwalts sind nicht erforderlich. Vor allem muss der Rechtsanwalt nicht prüfen, ob etwaige Abhilfemaßnahmen des QLCC gemäß dem „*appropriate response*“-Maßstab angemessen sind.⁴⁷⁵ Dies gilt auch dann, wenn der Rechtsanwalt den Verdacht zunächst im Wege des regulären Meldeverfahrens an das CLO gemeldet hat und dieser, anstatt eigene Untersuchungen nach 17 CFR § 205.3(b)(2) anzustellen, das QLCC über den Verdacht informiert hat. Ab dem Zeitpunkt der Unterrichtung des QLCC geht die Verantwortung zur Aufklärung der Verdachtsmeldung vollständig auf diesen über.

⁴⁷¹ 17 CFR § 205.2(k)(1).

⁴⁷² 17 CFR § 205.2(k)(2).

⁴⁷³ 17 CFR § 205.2(k)(3).

⁴⁷⁴ 17 CFR § 205.2(k)(4).

⁴⁷⁵ 17 CFR § 205.3(c)(1).

3. Ausnahmen von der Meldepflicht

Rechtsanwälte, die im Auftrag des CLO oder QLCC gemeldete Verdachtsfälle untersuchen oder die Interessen des Unternehmens in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren vertreten, sind gemäß 17 CFR § 205.3(b)(6) und (7) von den Pflichten der Verordnung ausgenommen, soweit gewährleistet ist, dass sie direkt an den CLO oder das QLCC über den Fortgang der Untersuchung oder des Verfahrens berichten. Im Falle einer Beauftragung oder Mandatierung durch den CLO ist darüber hinaus sicherzustellen, dass dieser das Board of Directors über die Ergebnisse der Untersuchung oder des Verfahrens unterrichtet, es sei denn, der untersuchende Rechtsanwalt und der CLO stimmen nach Abschluss der Untersuchung darüber ein, dass kein meldepflichtiger Rechtsverstoß vorliegt.

Diese Ausnahmen bezwecken den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Management. Die Ausnahmeverordnungen tragen damit den besonderen Bedeutungen des vertrauenswürdigen Austauschs zwischen Rechtsanwalt und Management im Zusammenhang mit einer internen Untersuchung oder Prozessführung Rechnung. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass das Management aus Sorge vor einer Weiterleitung belastender Informationen an die SEC vor der Inanspruchnahme eines rechtlichen Beistands abgehalten werden könnte, obwohl dies im Interesse des Unternehmens wäre.

Durch die Beauftragung eines anderen Rechtsanwalts zur Durchführung einer internen Untersuchung wird der CLO gemäß 17 CFR § 205.3(b)(5) jedoch nicht von seiner Pflicht befreit, dem anzeigenenden Rechtsanwalt über die durchgeföhrten Maßnahmen zu berichten.

4. Sanktionen

Die SEC überwacht gemäß 17 CFR § 205.6(a) die Einhaltung der in 17 CFR § 205 statuierten Verhaltenspflichten. Im Falle eines Verstoßes kann sie gegen den betreffenden Rechtsanwalt ein Bußgeld oder andere ordnungsrechtliche Sanktionen verhängen. Gemäß 17 CFR § 205.6(b) gilt dies unabhängig davon, ob der Rechtsanwalt für denselben Verstoß auch berufsrechtlich verantwortlich gemacht wird. Eine strafrechtliche oder zivilrechtliche Haftung kann ein Verstoß gegen die Verhaltenspflichten der SEC dagegen nicht begründen.⁴⁷⁶ Bezüglich der zulässigen Bußgelder und ordnungsrechtlichen Sanktionen verweist 17 CFR § 205.6(a) auf die allgemeinen kapitalmarktrechtlichen Vorschriften und entspricht damit der Regelungstechnik des Sarbanes-Oxley Acts, der gemäß Section 3(b)(1) SOX auf den Sanktionskatalog des Exchange Acts von 1934 verweist. Darüber hinaus kann die SEC im Falle eines Verstoßes gemäß 17 CFR § 205.6(b) Disziplinarmaßnahmen

⁴⁷⁶ Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, 68 Fed. Reg. 6296, 6314 (06.02.2003).

gegen den betreffenden Rechtsanwalt verhängen, die bis hin zu einem dauerhaften Betätigungsverbot gegenüber der SEC reichen können.

IV. Externes Anzeigerecht

Die oben dargestellten internen Meldepflichten werden durch das Recht des Wirtschaftsanwalts zur Anzeige von Verstößen gegenüber Behörden flankiert, das die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht bei Vorliegen der Voraussetzungen verdrängt. Die Vorschrift deckt dabei zwei verschiedene Fallgruppen ab. Zum einen regelt sie die Offenlegung von Berufsgeheimnissen in einem gegen den meldepflichtigen Rechtsanwalt gerichteten Verfahren. Zum anderen gestattet sie im Ausnahmefall die Anzeige des Verdachts gegenüber der SEC („*reporting out*“). Für die vorliegende Untersuchung ist besonders der zweite Anwendungsfall von Interesse. Das Recht zum „*reporting out*“ stellt eine Durchbrechung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht dar, die das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant nachhaltig beeinträchtigen kann.

1. Offenlegung in einem gegen den Rechtsanwalt gerichteten Verfahren

Gemäß 17 CFR § 205.3(d)(1) dürfen grundsätzlich sämtliche während eines internen Meldeverfahrens angefertigten Berichte des meldepflichtigen Rechtsanwalts und entsprechende Antwortschreiben der Unternehmensvertreter in Ermittlungs-, Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren als Beweismittel verwendet werden, die einen Verstoß des Rechtsanwalts gegen die Pflichten dieser Verordnung zum Gegenstand hat. Letztlich kommt dieser Vorschrift lediglich deklaratorische Wirkung zu, da das anwaltliche Berufsrecht bereits entsprechende Ausnahmen vom anwaltlichen Berufsgeheimnis vorsieht.⁴⁷⁷ Nach den ABA Model Rules, die insoweit mit den Berufsordnungen der meisten Bundesstaaten übereinstimmen, ist es einem Rechtsanwalt grundsätzlich gestattet, Berufsgeheimnisse als Beweismittel im Rahmen eines das Mandat betreffenden Straf- oder Zivilverfahrens offenzulegen.⁴⁷⁸

2. Freiwillige Anzeige des vermuteten Rechtsverstoßes bei der SEC

a) Voraussetzungen des Anzeigerechts gemäß 17 CFR § 205.3(d)(2)

Die weitaus wichtigere Regelung betrifft 17 CFR § 205.3(d)(2). Diese Vorschrift erlaubt es meldepflichtigen Rechtsanwälten, im Einzelfall Berufsgeheimnisse gegenüber der SEC offenzulegen. Voraussetzung ist, dass der meldepflichtige Rechtsanwalt eine solche Anzeige vernünftigerweise für erforderlich hält („*reason-*

⁴⁷⁷ Cramton/Cohen/Koniak, 49 Vill. L. Rev. 725, 786 (2004).

⁴⁷⁸ Vgl. ABA Model Rules 1.6(b)(5).

ably believes necessary“), entweder um das Unternehmen von einem schwerwiegenden Rechtsverstoß abzuhalten, der wahrscheinlich einen erheblichen Vermögensschaden beim Unternehmen selbst oder bei dessen Aktionären zur Folge hätte,⁴⁷⁹ oder um zu verhindern, dass ein Unternehmensangehöriger im Namen des Unternehmens in einem Untersuchungsverfahren der SEC oder einem Verwaltungsverfahren unter Eid falsch aussagt⁴⁸⁰ oder damit dem Unternehmen oder seinen Aktionären diejenigen Vermögennachteile ersetzt werden können, die infolge eines schwerwiegenden Rechtsverstoßes entstanden sind, dessen Begehung durch die Dienste des Rechtsanwalts gefördert wurde.⁴⁸¹ Es handelt sich folglich um eine durch Rechtsverordnung geregelte Befreiung von der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht.⁴⁸² Das „*reporting out*“ gilt jedoch ausschließlich für Rechtsanwälte, die nach den Voraussetzungen der Norm zur internen Meldung verpflichtet sind.

b) Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses

Die Vorschrift ist umstritten, da mit dem anwaltlichen Berufsgeheimnis ein Grundpfeiler der anwaltlichen Berufsausübung beeinträchtigt wird. Die Kritik richtet sich vor allem gegen die negativen Folgen für das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Die Kritiker wenden ein, dass die Regelung auf einem falschen Verständnis der Rolle des Rechtsanwalts und des Wesens der Mandatsbeziehung beruhe. Der Rechtsanwalt habe anders als der Wirtschaftsprüfer, der die Finanzberichte der Gesellschaft zu prüfen und testieren habe, keine vergleichbaren Pflichten gegenüber der Öffentlichkeit. Vielmehr sei das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant die fundamentale Grundlage anwaltlicher Tätigkeit.⁴⁸³ Der Rechtsanwalt habe die Aufgabe, den Mandanten gewissenhaft im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu beraten und, wenn nötig, auf die mit Rechtsverstößen verbundenen Risiken hinzuweisen. Hierfür sei es unerlässlich, dass zwischen Rechtsanwalt und Mandant eine vertrauensvolle und offene Beziehung besteht. Die Möglichkeit zur Anzeige von vermeintlichen Rechtsverstößen beschädige dieses Vertrauensverhältnis und könne dazu führen, dass sich der Mandant gegenüber seinem Rechtsanwalt nicht mehr vollständig offenbare, wodurch

⁴⁷⁹ 17 CFR § 205.3(d)(2)(i).

⁴⁸⁰ 17 CFR § 205.3(d)(2)(ii).

⁴⁸¹ 17 CFR § 205.3(d)(2)(iii).

⁴⁸² Zu „attorney confidentiality“ ausführlich *Mann*, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 147 ff.

⁴⁸³ Vgl. dazu auch *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981) („The attorney-client privilege is the oldest of the privileges for confidential communications known to the common law. [...] Its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients, and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege recognizes that sound legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer's being fully informed by the client.“).

dessen Möglichkeiten, auf das Handeln des Mandanten einzuwirken, eingeschränkt werden.⁴⁸⁴

V. Zwischenergebnis

Das rechtspolitische Ziel der Initiatoren des Reformgesetzes, wirtschaftsberatende Anwälte als verlängerten Arm des Staates zur Bekämpfung von Bilanzmanipulationen und anderen schwerwiegenden Kapitalmarktdelikten durch anlegerschützende Verhaltensvorschriften effektiv in Anspruch zu nehmen, wurde letztlich nur teilweise erreicht. Die SEC hat bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben des Sarbanes-Oxley Acts aufgrund der berechtigten Bedenken der Anwaltschaft das Melderegime auf ein gerade noch zumutbares Maß abgeschwächt.

Dies zeigt sich sowohl bei den tatbestandlichen Voraussetzungen der Verhaltensvorschrift als auch bei den konkreten Anforderungen an die geforderten Handlungen. So wurde beim Tatbestand die Messlatte für die Auslösung der Meldepflicht derart hoch angesetzt, dass die Berichtspflicht in der Praxis kaum Relevanz haben dürfte, denn bei den Rechtsverstößen, gegen die sich die Verordnung richtet, dürfte in den wenigsten Fällen von vornherein offensichtlich sein, dass ein solcher vorliegt. Vielmehr handelt es sich bei komplexen Bilanzmanipulationen oder anderen Kapitalmarktdelikten in der Regel um selbst für Experten schwer zu durchdringende Konstruktionen, bei denen eine eindeutige rechtliche Bewertung auf den ersten Blick meist schwierig sein dürfte.

Bei der Art der geforderten Maßnahmen hat man sich auf interne Anzeigepflichten beschränkt und als letztes Mittel lediglich eine Befreiung von der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht statuiert, die letztlich nicht wesentlich über die in den meisten einzelstaatlichen Berufsordnungen bekannte „*crime-fraud-exception*“ hinausgeht. Der zusätzliche Nutzen der neu entstandenen kapitalmarktspezifischen Berufspflichten für Wirtschaftsanwälte dürfte daher gering sein, sodass bei einer abwägenden Betrachtung die Nachteile überwiegen. Insbesondere besteht die Gefahr, dass Wirtschaftsanwälte aufgrund des durch die Meldepflichten erzeugten Rollenbilds von wichtigen Informationen abgeschnitten werden und mögliche Rechtsverletzungen noch schwieriger erkennen können.

⁴⁸⁴ Vgl. zum Ganzen *State Bar of California's Committee on Professional Responsibility and Conduct, Comments on Proposed Rule* (04/2002); *Law Society of England and Wales, Comments on Proposed Rule* (12/2002); *Eslick*, 53 Drake L. Rev. 133, 176–79 (2004); a. A.: *Hirte* mit Tweet vom 18.07.2020 als Kommentar auf die Einführung eines verbindlichen Lobbyregisters: „In diesem Zusammenhang gehört auch die Reichweite des #Anwaltsgeheimnis|ses auf den Prüfstand. Denn #Rechtsgestaltung ist nicht gleich #Rechtsberatung. #Lobbyregister“ sowie Tweet vom 18.07.2020: „Vorbild für Abgrenzung könnte auch die Neuregelung des Berufsrechts der Steuerberater sein – einerseits unabhängiges Organ der Steuerrechtspflege (§ 32 StBerG n. F.), andererseits Anzeigepflicht grenzüberschreitender Steuergestaltungen (§§ 138dff. AO n. F.).“

C. Berufsrechtliche Meldepflichten und Anzeigerechte für Rechtsanwälte

Nachdem der Gesetzgeber und die SEC aufgrund des vermeintlichen Fehlverhaltens von Rechtsanwälten im Zusammenhang mit der Enron-Insolvenz und anderen Unternehmenszusammenbrüchen kapitalmarktrechtliche Meldepflichten für Wirtschaftsanwälte erlassen hatte, hat die American Bar Association reagiert und die durch die SEC statuierten Meldepflichten in ähnlicher Form in die ABA Model Rules überführt. Die in den ABA Model Rules bereits existierenden Verhaltensvorschriften für unternehmensberatende Anwälte gemäß Rule 1.13 wurden um eine ausdrückliche Pflicht zum „*reporting up the ladder*“ und ein Recht zum „*reporting out*“ ergänzt. Zudem hat man die bestehenden Ausnahmen von der anwaltlichen Verschwiegenheit gemäß Rule 1.6(b) um das Recht zur Anzeige von Vermögens- und Eigentumsdelikten ergänzt. Bevor die Regelungen im Einzelnen dargestellt werden, sollen nachfolgend zunächst die Grundzüge des US-amerikanischen Berufsrechts für Rechtsanwälte beleuchtet werden.

I. Grundlagen zum anwaltlichen Berufsrecht in den USA

1. Regelungskompetenz

Eine vollständige Selbstverwaltung des anwaltlichen Berufsstandes, wie sie in Deutschland durch die Rechtsanwaltskammern als Selbstverwaltungskörperschaften gewährleistet wird, gibt es in den USA nicht. Die Anwaltschaft ist in den USA als Teil des Justizsystems nach den Grundsätzen der „*inherent power doctrine*“ der Gerichtsverwaltung unterstellt. Die Rechtsetzungskompetenz und Disziplinargewalt liegen damit grundsätzlich bei den jeweiligen Supreme Courts der Bundesstaaten. Kernstück des anwaltlichen Berufsrechts der Bundesstaaten sind daher die von den jeweiligen Supreme Courts erlassenen Berufsordnungen („*rules of professional conduct*“). Obgleich verfahrensrechtlich die Supreme Courts zuständig sind, haben in der Praxis die anwaltlichen Berufsverbände („*state bar associations*“) maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung des Berufsrechts, denn die von den Gerichten erlassenen Berufsordnungen orientieren sich im Wesentlichen an den von der jeweiligen State Bar Association vorgeschlagenen Standesrichtlinien („*model rules*“). Diese basieren wiederum zu großen Teilen auf den von der American Bar Association entwickelten und veröffentlichten ABA Model Rules.⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Zum Ganzen Johnstone, 26 Quinnipiac L. Rev. 737, 751–53 (2007–2008).

2. Historische Entwicklung der ABA Model Rules

Vorgänger der seit 1983 geltenden ABA Model Rules waren die Canons of Ethics und die American Bar Association Model Code of Professional Responsibility aus dem Jahr 1969. Die ABA Model Rules stehen damit in einer langen Tradition der anwaltlichen (Quasi-)Selbstregulierung, wobei sich die Systematik und Konzeption der Verhaltensregeln im Laufe der Zeit grundlegend verändert hat. Die Canons of Ethics stellten eine pathetische und standesideologische Aufzählung anwaltlicher Grundprinzipien dar, die vor allem auf die Tätigkeit eines einzelnen Allroundanwalts ausgerichtet waren.⁴⁸⁶

Mit den ABA Model Rules hat sich die Anwaltschaft von dieser prinzipienbasierten Selbstregulierung abgewandt und sich auf die Definition leichter durchzusetzender Mindestverhaltensstandards beschränkt.⁴⁸⁷ Auf die Formulierung auslegungsbedürftiger Grundprinzipien hat man bewusst verzichtet. Der Grund hierfür war, dass sich die Canons of Ethics zunehmend als unpraktikabel herausstellten, da sie aufgrund ihrer Unbestimmtheit für die State Bar Associations kaum durchzusetzen waren und bei den Anwälten für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgten.⁴⁸⁸ Sie wurden daher im Jahr 1969 durch den ABA Model Code of Professional Responsibility (ABA Model Code) ersetzt, der sowohl Grundprinzipien und Empfehlungen als auch verbindliche Disziplinarvorschriften statuierte. Die heutigen ABA Model Rules, die den ABA Model Code im Jahr 1983 ablösten, verzichteten schließlich vollständig auf unverbindliche Empfehlungen und definieren ausschließlich verbindliche Mindeststandards für das anwaltliche Berufshandeln.⁴⁸⁹

3. Tradition tätigkeitsspezifischer Verhaltensstandards für Wirtschaftsanwälte

Das Berufshandeln von Wirtschaftsanwälten als Regelungsgegenstand des anwaltlichen Berufsrechts hat in den USA eine lange Tradition. Bereits die Canons of Ethics nahmen Bezug auf die unternehmensberatende Tätigkeit von Anwälten. So sollten Rechtsanwälte weder gegenüber natürlichen noch gegenüber juristischen Personen Beratungsleistungen erbringen, die im Widerspruch zum geltenden Recht stehen oder in irgendeiner Weise mit Korruption oder Betrug und Verrat an der Öffentlichkeit in Verbindung gebracht werden können.⁴⁹⁰ Auch war der Anwalt

⁴⁸⁶ Rueschemeyer, Lawyers and Their Society, S. 170.

⁴⁸⁷ ABA, F.R.D. 112 (1986), 243; Coffee, Gatekeepers, S. 201.

⁴⁸⁸ Tyson, 1 Charlotte L. Rev. 9, 17 (2008–2009); ABA, F.R.D. 112 (1986), 243 (258); Coffee, Gatekeepers, S. 201.

⁴⁸⁹ Tyson, 1 Charlotte L. Rev. 9, 17 (2008–2009).

⁴⁹⁰ Canons of Ethics No. 32 („No client, corporate or individual, however powerful, nor any cause, civil or political, however important, is entitled to receive, nor should any lawyer render, any service or advice involving disloyalty to the law whose ministers we are, or

gehalten, seine Mandanten zur Einhaltung von Moral und Recht anzuweisen.⁴⁹¹ Im unverbindlichen Teil des ABA Model Code (1969) wurde dieser Ansatz vertieft und Grundprinzipien zum Umgang mit Unternehmensmandanten festgelegt. Dort wurde betont, dass der Rechtsanwalt bei seiner Tätigkeit für ein Unternehmen ausschließlich dem Interesse der Gesellschaft und nicht dem der Organmitglieder, Anteilseigner oder Mitarbeiter verpflichtet ist. Bei seiner anwaltlichen Tätigkeit für ein Unternehmen muss der Anwalt daher sicherstellen, dass seine fachliche Urteilsfähigkeit nicht durch die Partikularinteressen der Organmitglieder, Anteilseigner oder Mitarbeiter beeinträchtigt wird.⁴⁹²

Mit Veröffentlichung der ABA Model Rules im Jahr 1983 wurden vonseiten der Anwaltschaft in Rule 1.13 zum ersten Mal standesrechtliche Regelungen für Wirtschaftsanwälte entwickelt, die über bloße Verhaltensgrundsätze hinausgingen. Die heutige Fassung entspricht im Wesentlichen den Änderungsvorschlägen der ABA Task Force on Corporate Responsibility aus dem Jahr 2003.⁴⁹³ Aufgrund der Empfehlungen dieser Arbeitsgruppe enthalten die ABA Model Rules in ihrer heutigen Fassung in Rule 1.13 dezidierte Verhaltensstandards für unternehmensberatende Anwälte im Umgang mit Rechtsverstößen von Unternehmensangehörigen, die sich im Wesentlichen an die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften der SEC anlehnen. Dies betrifft sowohl die Pflichten zum „*reporting up the ladder*“ als auch zum „*reporting out*“.

II. Interne Meldepflichten gemäß Rule 1.13

Entsprechend den kapitalmarktrechtlichen Vorschriften, die das interne Meldeverhalten von unternehmensberatenden Anwälten als wesentlichen Aspekt für eine Stärkung der Corporate Governance in US-amerikanischen Unternehmen adressieren, verlangt auch Rule 1.13(b) von Anwälten, die im Zusammenhang mit ihrer anwaltlichen Tätigkeit einen Verdacht auf rechtswidriges Verhalten von Unternehmensangehörigen festgestellt haben, das zu erheblichen Schäden beim jeweiligen Unternehmen führen kann, die dem Verdacht zugrunde liegenden Tatsachen inner-

disrespect of the judicial office, which we are bound to uphold, or corruption of any person or persons exercising a public office or private trust, or deception or betrayal of the public.“).

⁴⁹¹ Canons of Ethics No. 32 („Correspondingly, he advances the honor of his profession and the best interests of his client when he renders service or gives advice tending to impress upon the client and his undertaking exact compliance with the strictest principles of moral law. He must also observe and advise his client to observe the statute law, [...].“).

⁴⁹² American Bar Association Model Code EC 5–18 („A lawyer employed or retained by a corporation or similar entity owes his allegiance to the entity and not to a stockholder, director, officer, employee, representative, or other person connected with the entity. In advising the entity, a lawyer should keep paramount its interests and his professional judgment should not be influenced by the personal desires of any person or organization.“).

⁴⁹³ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145 (2003).

halb des Unternehmens entlang der Berichtskette, wenn nötig bis zum Board of Directors, zu melden.

1. Entstehungsgeschichte

Im Sog der Aufarbeitung des Enron-Skandals entschloss sich auch die American Bar Association zur Implementierung spezifischer Berichtspflichten für Wirtschaftsanwälte in das anwaltliche Standesrecht. Es liegt die Vermutung nahe, dass dieser Schritt lediglich als Reaktion auf die neuen gesetzlichen Vorgaben des Sarbanes-Oxley Acts und der SEC unternommen wurde. Zu deutlich war die Kritik der Politik, dass die anwaltlichen Berufsorganisationen bisher nicht genug unternommen hätten, um das Berufsrecht an die spezifischen Herausforderungen der anwaltlichen Beratung von Unternehmen anzupassen, und auch keine effektiven Maßnahmen zu erwarten gewesen seien.⁴⁹⁴

a) Task Force on Corporate Responsibility

Der American Bar Association muss indes zugestanden werden, dass sie tatsächlich bereits vor Inkrafttreten des Sarbanes-Oxley Acts eigene Untersuchungen eingeleitet und eine Arbeitsgruppe zur Evaluierung der anwaltlichen Verantwortung bei der Beratung von Unternehmen eingesetzt hatte (American Bar Association Task Force on Corporate Responsibility).⁴⁹⁵ Die Task Force hatte den Auftrag, die Rolle der unternehmensberatenden Anwälte vor dem Hintergrund der offensichtlich gewordenen Corporate-Governance-Probleme zu untersuchen.⁴⁹⁶ Noch während ihrer Arbeit ist die Task Force jedoch von den Maßnahmen des Gesetzgebers und der SEC überholt worden, deren kapitalmarktrechtliche Verhaltensvorschriften für Rechtsanwälte bereits in Kraft getreten waren. Unter Berücksichtigung der neuen Rechtswirklichkeit ist die Task Force in ihrem Abschlussbericht zu dem Ergebnis gekommen, dass die von der SEC eingeführten Verhaltensvorschriften grundsätzlich Zustimmung verdient hätten und die American Bar Association ihre eigenen berufsständischen Regeln an diese Standards anpassen sollte, um die kapitalmarktbezogenen Verhaltensvorschriften durch allgemeingültige berufsrechtliche Standards zu flankieren und zu ergänzen.⁴⁹⁷

b) Corporate-Governance-Funktion von Wirtschaftsanwälten

In ihrer Begründung hob die Task Force hervor, dass unternehmensberatenden Anwälten eine besondere Verantwortung im Zusammenhang mit der Einhaltung von

⁴⁹⁴ 148 Cong. Rec. S6555 (10.07.2002).

⁴⁹⁵ Vertiefend Hamermesh, 17 Geo. J. Legal Ethics 35, 36–40 (2003).

⁴⁹⁶ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 145–46 (2003).

⁴⁹⁷ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 149 (2003).

Gesetzen und Vorschriften durch Unternehmen und ihre Angehörigen zukomme. Dies sei zum einen Ausfluss der tatsächlichen Stellung des Rechtsanwalts im Unternehmen als rechtlicher Berater der Unternehmensleitung und des Kontrollorgans. Zum anderen folge dies aus dem anwaltlichen Selbstverständnis, wonach der Rechtsanwalt dazu berufen sei, das öffentliche Rechtsverständnis und die Anerkennung des geltenden Rechts zu fördern. Deshalb sei es wichtig, durch entsprechende Verhaltensstandards dem einzelnen Berufsträger seine Verantwortung bei der Beratung von Unternehmen zu verdeutlichen. Jeder unternehmensberatende Rechtsanwalt müsse verinnerlichen, dass bei seiner anwaltlichen Tätigkeit für ein Unternehmen die Interessen des Unternehmens stets Vorrang vor den Partikularinteressen der handelnden Personen hätten. Demnach hätten unternehmensberatende Rechtsanwälte eine bedeutende Funktion im System der Corporate Governance.⁴⁹⁸

c) Grenzen der anwaltlichen Verantwortung

Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Die Task Force stellt deshalb klar, dass Rechtsanwälte im Gegensatz zu Wirtschaftsprüfern keine unabhängige Prüffunktion hätten und ihre Rolle im System der Corporate Governance daher von der klassischen Gatekeeperfunktion des Wirtschaftsprüfers zu unterscheiden sei. Im Rahmen der jeweiligen Beratungssituation hätten Wirtschaftsanwälte zwar alles Erforderliche dafür zu tun, dass die anwendbaren Vorschriften und Gesetze von den handelnden Personen erkannt, verstanden und befolgt werden. Rechtsanwälten komme diesbezüglich jedoch keine gemeinwohlbezogene Kontroll- und Überwachungsfunktion zu. Denn eine Kontroll- oder Überwachungsfunktion im Interesse des Gemeinwohls würde das für die anwaltliche Tätigkeit notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant nachhaltig beeinträchtigen. Es bestehe zudem die Gefahr einer Arbeitsatmosphäre, die es dem Anwalt erschwere, im Rahmen einer vertrauensvollen und offenen Beziehung die handelnden Personen zu einem rechtmäßigen Verhalten zu bewegen.⁴⁹⁹

d) Implementierung der Empfehlungen

Trotz vehementer Kritik, insbesondere hinsichtlich der über die internen Meldepflichten hinaus geplanten Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht zur Anzeige unternehmensbezogener Rechtsverletzungen, hat die American Bar Association die ABA Model Rules entsprechend den Empfehlungen der Task Force geändert.

⁴⁹⁸ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 155–57 (2003).

⁴⁹⁹ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 156 (2003).

2. Regelungszweck

Analog zu den kapitalmarktrechtlichen Hinweisegebergpflichten für Wirtschaftsanwälte zielen auch die Änderungen der ABA Model Rules auf eine Stärkung der Corporate Governance ab.⁵⁰⁰ Bei der Begründung ihrer Regelungsempfehlungen stellt die Task Force allerdings deutlich stärker als die SEC auf die mit den Hinweisegebergpflichten verbundene Stärkung der Position des unternehmensberatenden Anwalts gegenüber seinen Ansprechpartnern im Unternehmen ab. Die Argumentation der Task Force basiert dabei auf der Überlegung, dass vor allem in Situationen, bei denen ein unternehmensberatender Anwalt mit Rechtsverstößen von Mitarbeitern oder Führungspersonen konfrontiert wird, die sich entweder unmittelbar gegen das Unternehmen richten oder mittelbar zu Schäden beim Unternehmen führen können, bei den betroffenen Rechtsanwälten aufgrund der Nähe zu den handelnden Personen Interessens- oder Loyalitätskonflikte entstehen können. Die Task Force ist der Auffassung, dass diese Interessens- oder Loyalitätskonflikte durch klare Handlungsleitlinien und institutionalisierte Kommunikationskanäle abgemildert werden sollten.⁵⁰¹

a) Informationsasymmetrien

Im Vordergrund steht der Schutz des Unternehmens vor schädigenden Eingriffen durch Unternehmensangehörige. Entscheidend sei deshalb, dass die unabhängigen Mitglieder des Board of Directors vorstandsunabhängigen Zugang zu wesentlichen Compliance-Themen bekämen. Damit adressiert die Vorschrift die typischerweise in Kapitalgesellschaften durch die strukturelle Trennung von Leitung und Überwachung auftretenden Informationsasymmetrien. Ziel der Regelung ist es, diese Informationsasymmetrien durch die Einbindung von Rechtsanwälten in das Berichtswesen zu reduzieren. Darüber hinaus sollen Unternehmen angeregt werden, eigene Informationskanäle und routinemäßige Austauschplattformen zwischen Anwälten des Unternehmens und dem Board of Directors zu schaffen, um bei den Mitarbeitern und Leitungspersonen die Akzeptanz der anwaltlichen Hinweisegeberverantwortung zu stärken.⁵⁰²

b) Interessenkonflikte

Das Auseinanderfallen der Mandatsbeziehung in einerseits die juristische Person als Bezugspunkt der anwaltlichen Pflichten und andererseits die für das Unternehmen auftretenden Personen als weisungsbefugte Ansprechpartner kann im Einzelfall zu Loyalitätskonflikten führen. Ursächlich dafür ist, dass die Mandatsbeziehung zwar formal zur Gesellschaft besteht und der Anwalt seine mandatsbezogenen

⁵⁰⁰ *ABA Task Force on Corporate Responsibility*, 59 Bus. Law. 145, 155–57 (2003).

⁵⁰¹ *ABA Task Force on Corporate Responsibility*, 59 Bus. Law. 145, 162–66 (2003).

⁵⁰² *ABA Task Force on Corporate Responsibility*, 59 Bus. Law. 145, 163–66 (2003).

Pflichten deshalb ausschließlich der Gesellschaft schuldet, diese aber als fiktives Gebilde weder einen eigenen Willen bilden noch selbst handeln kann. In tatsächlicher Hinsicht wird der Anwalt nicht von der Gesellschaft selbst, sondern von ihren Vertretern, die in ihrem Namen handeln, mandatiert, angewiesen oder gekündigt. Ein Rechtsanwalt ist bei seiner Tätigkeit für ein Unternehmen deshalb an die Entscheidungen der vertretungsberechtigten Personen gebunden. Dies gilt auch dann, wenn die Entscheidungen risikobehaftet sind oder den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens zuwiderlaufen.⁵⁰³

Diese Konstellation ist unproblematisch, wenn die Interessen der Geschäftsleitung mit den Interessen des Unternehmens übereinstimmen. Es ist dabei grundsätzlich auch im Interesse des Unternehmens, dass unternehmerische Risiken eingegangen werden, um auf diese Weise Innovationen zu ermöglichen. Fallen die Interessen jedoch auseinander, weil die Geschäftsleitung rechtswidrig handelt oder eigene Interessen verfolgt, ergibt sich für den Anwalt die Gefahr eines Interessen- oder Loyalitätskonflikts.⁵⁰⁴ Verstärkt wird dieser Interessengegensatz durch äußere Einflüsse; so besteht für den Anwalt schon aus finanziellen Gründen ein starker Anreiz, das Verhältnis zu den verantwortlichen Personen im Unternehmen, die über die Mandatierung oder Anstellung entscheiden, nicht zu belasten.⁵⁰⁵ Ferner kann der persönliche Kontakt zu den Unternehmensvertretern zu kognitiven Verzerrungen führen, aufgrund derer die Fähigkeit des Anwalts zur Unterscheidung der Interessen seiner Kontaktpersonen von denen des Unternehmens beeinträchtigt sein kann.⁵⁰⁶ Der Anwalt muss daher bei seiner Tätigkeit stets die nötige Distanz und Unabhängigkeit gegenüber den Unternehmensvertretern wahren.⁵⁰⁷

Dieses zentrale Problem der anwaltlichen Beratung von Unternehmen wird durch Rule 1.13(a) adressiert, die als Programmsatz ausdrücklich klarstellt, dass bei der anwaltlichen Beratung einer Gesellschaft allein die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, die Mandantin ist.

c) Vertrauensverlust

Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass der Anwalt durch die gesetzlichen Hinweispflichten als interner Überwachungsagent wahrgenommen wird. Dieses Rollenbild birgt die Gefahr, die für die anwaltliche Tätigkeit unerlässliche Vertrauensbeziehung zu den aufseiten des Unternehmens handelnden Person zu gefährden, sodass die Qualität der anwaltlichen Dienste leidet und die Möglichkeiten des Rechtsanwalts, auf ein gesetzmäßiges Verhalten im Rahmen seiner Beratung

⁵⁰³ ABA Model Rule 1.13 cmt. 3 (2020).

⁵⁰⁴ *NYC Bar*, Report of the Task Force (November 2006), S. 56.

⁵⁰⁵ *Langevoort*, 46 Vand. L. Rev. 75, 106–08 (1993).

⁵⁰⁶ Anschaulich dazu *Batson*, Court-Appointed Examiner, Final Report, In re: Enron Corporation (November 2003), S. 115; *Sen. Edwards*, 148 Cong. Rec. S6551–52 (10.07.2002).

⁵⁰⁷ *ABA Task Force on Corporate Responsibility*, 59 Bus. Law. 145, 157 (2003).

hinzuwirken, eingeschränkt wären. Dem soll zum einen durch institutionalisierte Kommunikationslinien entgegengewirkt werden.⁵⁰⁸ Zum anderen lässt Rule 1.13(b) dem betroffenen Rechtsanwalt einen gewissen Ermessensspielraum, ob er direkt die nächsthöhere Managementebene informiert oder andere, mildernde Maßnahmen gegebenenfalls genügen.⁵⁰⁹

3. Meldeatbestände gemäß Rule 1.13

a) Persönlicher Anwendungsbereich von Rule 1.13

Die besonderen Verhaltenspflichten gemäß Rule 1.13 knüpfen an die Tätigkeit der anwaltlichen Beratung von Gesellschaften und andere juristische Personen an.⁵¹⁰ Der persönliche Anwendungsbereich umfasst daher jeden Rechtsanwalt, der entweder als externer Rechtsanwalt ein Mandatsverhältnis zu einem Unternehmen begründet hat oder als „*inhouse counsel*“ in einem Unternehmen festangestellt ist. Im Gegensatz zu 17 CFR § 205 setzt die Regelung keinen Bezug der Beratungsleistung zu spezifischen Bereichen des Ordnungsrechts voraus. Sie richtet sich daher an einen größeren Adressatenkreis.

b) Verdachtsmeldung gemäß Rule 1.13(b)

aa) Kenntnis einer Rechtsverletzung

Gemäß Rule 1.13(b) ist ein unternehmensberatender Rechtsanwalt verpflichtet, bei Kenntnis einer Pflichtverletzung gegenüber dem Unternehmen oder einer Verletzung eines die Interessen des Unternehmens schützenden Gesetzes durch einen Geschäftsleiter, Angestellten oder eine andere mit dem Unternehmen verbundene Person, die nach gewöhnlichem Verlauf zu erheblichen Schäden bei der Gesellschaft führen kann, die zugrunde liegenden Umstände der nächsthöheren Leitungsebene anzugezeigen. Erfasst sind damit grundsätzlich alle Arten von Rechtsverletzungen, die in irgendeiner Weise das Unternehmen erheblich beeinträchtigen können. Es wird auch nicht unterschieden, ob die Rechtsverletzung bereits stattgefunden hat, noch anhält oder lediglich beabsichtigt ist.

Voraussetzung ist allerdings, dass der betroffene Anwalt positive Kenntnis von der Begehung oder der Absicht zur Begehung einer relevanten Rechtsverletzung hat.

⁵⁰⁸ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 164 (2003).

⁵⁰⁹ ABA Model Rule 1.13 cmt. 4 (2020); ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 167–68 (2003).

⁵¹⁰ Der Wortlaut der Rule 1.13(a) verwendet nicht den bestimmten Begriff „corporation“, sondern den Überbegriff „organization“. Damit wird klargestellt, dass neben Gesellschaften auch andere Formen von juristischen Personen (z. B. Non-Profit-Organizations, etc.), bei denen ähnliche Probleme auftreten können, vom Anwendungsbereich der Norm umfasst werden. Vgl. ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 169 (2003).

Während in der SEC-Verordnung aufgrund der kontroversen Debatte im Konsultationsverfahren eine schwer verständliche Formulierung als Kompromiss Eingang in den Verordnungstext gefunden hat, beschränkte sich die American Bar Association auf das in Rule 1.0(f) legaldefinierte Merkmal der positiven Kenntnis. Nicht gefolgt ist die American Bar Association dem Vorschlag der Task Force, den Maßstab am Sorgfaltsniveau eines durchschnittlichen Rechtsanwalts auszurichten, indem zwar auf die positive Kenntnis von Tatsachen abgestellt wird, es für die Tatbestandsmäßigkeit aber ausreichen soll, wenn ein durchschnittlicher Rechtsanwalt in einer vergleichbaren Situation vernünftigerweise zu dem Schluss gelangt wäre, dass das bekannt gewordene Verhalten des Unternehmensangehörigen eine Rechtsverletzung darstellt, die geeignet ist, dem Unternehmen erheblichen Schaden zuzufügen.⁵¹¹ In ihren Auslegungshinweisen stellt die American Bar Association klar, dass nach ihrer Vorstellung ein Rechtsanwalt nach den ABA Model Rules nur dann meldepflichtig sein soll, wenn unter Berücksichtigung der bekannten Tatsachen die Schlussfolgerung einer Rechtsverletzung offensichtlich ist oder sich geradezu aufdrängt.⁵¹² Im Ergebnis entspricht der Maßstab damit dem SEC-Standard aus 17 CFR 205.2(e).

bb) Bezug zum Mandatsgegenstand

Im Rahmen der Debatte zu den Regelungsvorschlägen der Task Force war zunächst umstritten, ob die Anzeigepflicht bei jeder relevanten Rechtsverletzung ausgelöst werden sollte, auch wenn diese keinen Bezug zum konkreten Mandatsgegenstand hat, oder nur dann, wenn das dem Anwalt zur Kenntnis gelangte Fehlverhalten in einem inneren Zusammenhang mit dem jeweiligen Mandat steht. Im Ergebnis wurde der bereits von der Task Force empfohlene, restriktive Ansatz, der einen inneren Bezug zum Mandat verlangt, von der American Bar Association in die ABA Model Rules aufgenommen. Damit sollte vermieden werden, dass betroffene Rechtsanwälte unzumutbar belastet werden, indem sie faktisch gezwungen werden, Sachverhalte außerhalb des Mandatsgegenstands auf mögliche Rechtsverstöße zu prüfen.⁵¹³

cc) Ermessen

Dem meldepflichtigen Rechtsanwalt wird auf Rechtsfolgenseite ein Ermessensspielraum zugestanden. Gemäß Rule 1.13(b) muss die Rechtsverletzung nur dann an die nächsthöhere Ebene gemeldet werden, wenn der Anwalt vernünftigerweise davon ausgehen muss, dass dies im besten Interesse des Unternehmens notwendig ist.

⁵¹¹ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 167 (2003).

⁵¹² ABA Model Rule 1.13 cmt. 3 (2020).

⁵¹³ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 168 (2003); ABA Task Force on Corporate Responsibility, 58 Bus. Law. 189, 203–04 (2002).

Andernfalls kann er auch andere mildere Maßnahmen ergreifen.⁵¹⁴ Im Gegensatz zur kapitalmarktrechtlichen Meldepflicht, die bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eine Meldung zwingend vorsieht, bleibt dem Anwalt daher aus standesrechtlicher Sicht auf Rechtsfolgenseite ein gewisser Grad an Eigenständigkeit in der Wahl der Maßnahme. Gleichwohl wird man davon ausgehen müssen, dass eine Meldung an die nächsthöhere Managementebene nur dann nicht im Interesse des Unternehmens liegt, wenn das Fehlverhalten nach einer direkten Ansprache des Missetäters abgestellt wurde und keine Schäden für das Unternehmen zu befürchten sind.⁵¹⁵

c) Meldung bei Kündigung oder Mandatsniederlegung

Daneben sieht Rule 1.13 eine interne Meldepflicht vor für den spezifischen Fall, dass das Mandatsverhältnis oder das Anstellungsverhältnis wegen einer internen Meldung gemäß Rule 1.13 gekündigt wird oder der Rechtsanwalt das Mandat niederlegt. Gemäß Rule 1.13(e) ist ein Rechtsanwalt verpflichtet, die oberste Leitungsebene des Unternehmens in Kenntnis zu setzen, wenn er berechtigterweise davon ausgehen kann, dass sein Mandats- oder Arbeitsvertrag infolge einer Maßnahme, zu der er gemäß Rule 1.13(b) verpflichtet war oder die ihm gemäß Rule 1.13(c) gestattet war, gekündigt wurde, oder wenn er das Mandat niedergelegt hat. Die Vorschrift ist darauf gerichtet, sicherzustellen, dass rechtswidrige Vorgänge im Unternehmen nicht durch die Kündigung einer meldepflichtigen Person verdeckt werden können.⁵¹⁶ Anwälte, die in entsprechende Situationen gelangen, werden ausdrücklich verpflichtet, sich an der internen Aufklärung zu beteiligen. Einerseits werden Anwälte dadurch zusätzlich in die Verantwortung genommen, denn aufgrund dieser Pflicht können sie sich der kritischen Auseinandersetzung nicht mehr durch Passivität entziehen. Andererseits beseitigt die Norm aber auch die diffuse Drohkulisse, die durch das latente Risiko einer Kündigung der Mandatsbeziehung die Tätigkeit des Anwalts stets begleitet und die Bereitschaft des Anwalts zur Verdachtsmeldung erheblich beeinträchtigen könnte.⁵¹⁷ Die Vorschrift stellt vor diesem Hintergrund eine konsequente Ergänzung des gesamten internen Hinweisgerichtssystems für Wirtschaftsanwälte dar.

⁵¹⁴ ABA Model Rule 1.13 cmt. 4 (2020); *ABA Task Force on Corporate Responsibility*, 59 Bus. Law. 145, 167–68 (2003).

⁵¹⁵ ABA Model Rule 1.13 cmt. 4 (2020).

⁵¹⁶ *ABA Task Force on Corporate Responsibility*, 59 Bus. Law. 145, 169 (2003).

⁵¹⁷ *Schaefer*, 69 Case W. Rsrv. L. Rev. 975, 984–87 (2019); *Cramton*, 58 Bus. Law. 143, 155–56 (2002).

III. Externe Anzeigerechte gemäß Rule 1.13(c) und 1.6(b)

Die internen Meldepflichten gemäß Rule 1.13 werden flankiert durch ein Anzeigerecht, das den Rechtsanwalt unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, Rechtsverletzungen des Unternehmens oder seiner Angestellten gegenüber Behörden oder Dritten anzuzeigen. Diese punktuellen Durchbrechungen der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht sind in Rule 1.6(b) und Rule 1.13(c) normiert. Auch insoweit ist die American Bar Association dem Regelungsvorbild der SEC gemäß 17 CFR § 205 gefolgt und hat die kapitalmarktrechtlichen Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht damit zu einem allgemeinen Prinzip anwaltlicher Beratung von Unternehmen erhoben. Bevor die berufsrechtlichen Reporting-Out-Regelungen im Einzelnen dargestellt werden, soll im Folgenden zunächst in Grundzügen auf die Ausgestaltung der anwaltlichen Verschwiegenheit in den USA eingegangen werden.

1. Anwaltliche Verschwiegenheit

Das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant basiert auf gegenseitigem Vertrauen. Dazu gehört, dass sich der Mandant darauf verlassen kann, dass der Anwalt die ihm anvertrauten Mandatsgeheimnisse nicht unbefugt gegenüber Dritten offenbart. Dies wird auch im US-amerikanischen Recht durch die unbedingte Pflicht des Anwalts zur Verschwiegenheit („*duty of confidentiality*“) und Auskunftsverweigerungsrechte gegenüber Behörden oder in Gerichtsverfahren („*attorney-client privilege*“) gewährleistet.⁵¹⁸ Da nachfolgend die berufsrechtlichen Durchbrechungen der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht („*duty of confidentiality*“) im Vordergrund stehen, wird das Rechtsinstitut des „*attorney-client privilege*“ an dieser Stelle nur der Vollständigkeit halber erwähnt, ohne aber im Detail darauf einzugehen.

a) Gesetzliche Verankerung

Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht ist in den entsprechenden Rules of Professional Conduct der Bundesstaaten normiert. Diese orientieren sich im Regelfall an dem in Rule 1.6(a) durch die American Bar Association vorgegebenen Standard, der den Anknüpfungspunkt für die nachfolgende Untersuchung bilden soll. Eine dezidierte Auseinandersetzung mit den einzelstaatlichen Regelungen ist für die Zwecke dieser Arbeit nicht erforderlich. Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht können im Einzelfall als berufliches Fehlverhalten („*professional misconduct*“) durch berufsrechtliche Disziplinarmaßnahmen sanktioniert werden. Ein strafrechtliches Verschwiegenheitsgebot gibt es in den USA, anders als in Deutschland, dagegen nicht. Auf zivilrechtlicher Ebene können bei Verstößen gegen die Verschwiegenheitspflicht Schadensersatzansprüche wegen einer Pflichtverletzung aus dem Mandatsvertrag („*legal malpractice*“) geltend gemacht werden.

⁵¹⁸ Zum Ganzen Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 81 ff.

b) Zweck der Verschwiegenheitspflicht

Der Zweck der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht ist in den USA wie in Deutschland der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Mandant und Anwalt sowie das allgemeine Vertrauen des rechtsuchenden Publikums in die Verschwiegenheit der Rechtsanwälte.⁵¹⁹ In den Auslegungshinweisen der American Bar Association zu Rule 1.6 wird entsprechend hervorgehoben, dass ein rechtsuchender Bürger nur dann mit einem Anwalt umfassend und offen kommunizieren werde, wenn er uneingeschränktes Vertrauen in die Verschwiegenheit seines anwaltlichen Beistands habe. Die umfassende und offene Kommunikation zwischen Mandant und Anwalt sei Voraussetzung für eine effektive Vertretung und Beratung, da der Rechtsanwalt nur so die hierfür notwendigen Informationen erhalte.⁵²⁰

c) Reichweite der Verschwiegenheitspflicht

Gemäß Rule 1.6(a) darf ein Rechtsanwalt Informationen, die im Zusammenhang mit der Vertretung oder Beratung eines Mandanten stehen, nicht gegenüber Dritten offenbaren, es sei denn, der Mandant hat der Offenlegung zugestimmt, die Offenlegung ist zur ordnungsgemäßen Bearbeitung des Mandats erforderlich oder die Offenlegung ist nach Maßgabe der in Rule 1.6(b) abschließend aufgezählten Gründe erlaubt. Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht ist weit. Sie gilt nicht nur für Informationen, die ausdrücklich als geheime Informationen gekennzeichnet wurden, sondern für alle mit dem Mandat im Zusammenhang stehenden Informationen, unabhängig von deren Quelle.⁵²¹ Die Verschwiegenheitspflicht bleibt darüber hinaus auch nach dem Ende der Mandatsbeziehung bestehen.⁵²²

d) Einschränkungen der Verschwiegenheitspflicht

Die Verschwiegenheitspflicht gilt nicht grenzenlos. Gemäß Rule 1.6(b) ist eine Offenbarung von Berufsgeheimnissen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, wenn die Offenlegung zur Vermeidung bestimmter schwerwiegender Straftaten oder zur Durchsetzung eigener Rechte des Rechtsanwalts in einem Disziplinarverfahren oder einer rechtlichen Auseinandersetzung mit dem Mandanten erfolgt. Vertrauliche Informationen dürfen zudem ohne Verletzung der Verschwiegenheitspflicht offenbart werden, wenn der Rechtsanwalt aufgrund eines Gesetzes oder einer gerichtlichen Anordnung zur Offenlegung der Informationen verpflichtet ist oder die Offenlegung erforderlich ist, um Interessenkonflikte zu erkennen und aufzulösen. Ferner kann ein Anwalt gemäß Rule 3.3(b) im Falle einer Falschaussage seines

⁵¹⁹ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981); *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40, 51 (1980).

⁵²⁰ ABA Model Rule 1.6 cmt. 2 (2020).

⁵²¹ ABA Model Rule 1.6 cmt. 3 (2020).

⁵²² ABA Model Rule 1.6 cmt. 20 (2020).

Mandanten vor Gericht unter Umständen verpflichtet sein, dies dem Gericht mitzuteilen.⁵²³ Diese für den deutschen Rechtsanwender befreimliche Regelung hat ihren Grund in der deutlich ausgeprägteren Ausrichtung des US-amerikanischen Prozesses auf die Findung der materiellen Wahrheit.⁵²⁴ Ebenso hat die Rechtsprechung insbesondere im Bereich des „*attorney-client privilege*“ Fallgruppen gebildet, in denen die Durchbrechung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses gerechtfertigt sein kann. So ist eine Offenbarung von Mandatsgeheimnissen unter bestimmten Voraussetzungen, vor allem bei der Gefährdung von Leib und Leben, aber auch bei der Gefährdung von Eigentum und Vermögen („*crime-fraud-exception*“) unter engen Voraussetzungen möglich.⁵²⁵ Auch ist eine Offenbarung durch den Rechtsanwalt regelmäßig zulässig, um eigene Ansprüche gegen den Mandanten zu verfolgen oder sich gegen solche des Mandanten zu verteidigen.⁵²⁶ Einen absoluten Geheimnisschutz gibt es und gab es folglich nie.⁵²⁷ Vielmehr zeigt sich, dass das Berufsgeheimnis kein Mittel zum Selbstzweck ist, sondern zum Schutze höherrangiger Rechtsgüter eingeschränkt werden kann.⁵²⁸

2. Anzeigerecht gemäß Rule 1.13(c)

Gemäß Rule 1.13(c) ist ein Anwalt berechtigt, vertrauliche Informationen zu offenbaren, wenn er nach Bekanntwerden einer andauernden oder geplanten Pflicht- oder Rechtsverletzung eine interne Meldung gemäß Rule 1.13(b) gemacht hat, das Leitungs- und Überwachungsorgan des Unternehmens jedoch keine angemessenen Abhilfemaßnahmen unternommen hat und der Anwalt billigerweise davon ausgehen kann, dass dem Unternehmen durch die in Rede stehende Pflicht- oder Rechtsverletzung ein erheblicher Schaden entstehen wird.

a) Regelungszweck

Das Anzeigerecht gemäß Rule 1.13(c) dient dem Schutz des Unternehmens vor schädigenden Pflichtverletzungen durch Organmitglieder, Mitarbeiter und andere mit dem Unternehmen verbundene Personen.⁵²⁹ In den meisten Fällen dürfte eine Meldung gegenüber dem Board of Directors zwar genügen, um eine angemessene Reaktion auf die jeweilige Konfliktlage herbeizuführen. Die Corporate-Governance-Forschung hat jedoch sowohl theoretisch als auch empirisch nachgewiesen, dass

⁵²³ ABA Model Rule 1.6 cmt. 11 (2020).

⁵²⁴ ABA Model Rule 1.13(c).

⁵²⁵ *Brown*, 87 Ky. L. J. 1191, 1215–42 (1999).

⁵²⁶ Vgl. *Meyerhofer v. Empire Fire & Marine Ins. Co.*, 497 F.2d 1190, 1194–95 (2d Cir. 1974).

⁵²⁷ *Cramton*, 58 Bus. Law. 143, 186 (2002); *NYC Bar*, Report of the Task Force (November 2006), S. 75.

⁵²⁸ Vgl. *Coffee*, 84 B.U. L. Rev. 301, 361 (2004).

⁵²⁹ ABA Task Force on Corporate Responsibility, Bus. Law., 59 (2003), 145 (175).

Organmitglieder systemimmanenter Fehlanreizen unterliegen, die opportunistisches Verhalten, d.h. die Verfolgung eigener Interessen zulasten des Unternehmens, fördern können.⁵³⁰ Vor diesem Hintergrund muss zur Kenntnis genommen werden, dass es Situationen geben kann, in denen das Board of Directors unter Umständen trotz Kenntnis von Pflicht- oder Rechtsverletzungen diese nicht abstellt oder duldet. Ein prominentes Beispiel hierfür ist der bereits mehrfach angesprochene Enron-Fall, in dem das Board of Directors trotz eindeutiger Warnsignale hinsichtlich rechtswidriger Bilanzierungspraktiken des Managements nicht ausreichend unternommen hat, um das Fehlverhalten abzustellen und Schäden vom Unternehmen abzuwenden.⁵³¹

Bleibt eine interne Meldung wirkungslos, muss den beteiligten Anwälten nach überwiegender Auffassung ein alternatives Mittel, z.B. ein Anzeigerecht, zur Abwendung schwerwiegender Schäden vom Unternehmen zur Verfügung stehen.⁵³² Grundsätzlich hat ein Unternehmen zwar ein berechtigtes Interesse, dass seine Vertreter und Mitarbeiter in vertraulicher Weise mit Rechtsanwälten kommunizieren können, ohne dass die Rechtsanwälte die anvertrauten Informationen gegenüber Dritten oder den Behörden offenbaren. Dieses Vertraulichkeitsinteresse trete nach Ansicht der Task Force jedoch hinter dem Schutzinteresse zur Abwehr von schädigendem Verhalten zurück, wenn das höchste Entscheidungsorgan in einem Unternehmen trotz warnender Hinweise eines Rechtsanwalts die Verletzung der Rechte des Unternehmens fortsetzt oder duldet. Der Anwalt soll daher in einer entsprechenden Situation, ohne Rücksicht auf die Verschwiegenheitspflicht nehmen zu müssen, alles Erforderliche unternehmen können, um Schäden vom Unternehmen abzuwenden.⁵³³

Darüber hinaus kann ein Anzeigerecht für Rechtsanwälte auch präventive Wirkung entfalten. Durch die latente Gefahr einer möglichen Anzeige durch den Rechtsanwalt gegenüber Behörden im Falle eines Untätigbleibens des Board of Directors wird der Druck erhöht, sodass die verantwortlichen Personen nach interner Meldung durch den Rechtsanwalt die zur Abwendung des Schadens erforderlichen Maßnahmen ergreifen. Andernfalls laufen sie Gefahr, dass das Fehlverhalten durch die Anwälte des Unternehmens gegenüber Behörden oder Dritten offenbart werden könnte.⁵³⁴ Letztendlich dient die Vorschrift auch der Rechtssicherheit für die betroffenen Rechtsanwälte, indem sie einen Regelungsrahmen für Konfliktsituationen setzt, in denen der Rechtsanwalt die Verschwiegenheitspflicht und die Loyalität zu den handelnden Personen gegen das Integritätsinteresse des Unternehmens abwägen muss.

⁵³⁰ Siehe hierzu oben, S. 56 ff.

⁵³¹ *Fisch/Rosen*, 48 Vill. L. Rev. 1097, 1121–22 (2003).

⁵³² *NYC Bar*, Report of the Task Force (November 2006), S. 83 f.

⁵³³ *ABA Task Force on Corporate Responsibility*, 59 Bus. Law. 145, 175–76 (2003).

⁵³⁴ Vgl. *Henning*, 8 Buff. Crim. L. Rev. 101, 147 (2004).

b) Rechtspolitische Diskussion

Das „*reporting out*“ gemäß Rule 1.13(c) wurde wegen der Durchbrechung der anwaltlichen Verschwiegenheit von ähnlichen rechtspolitischen Debatten begleitet wie die korrespondierende kapitalmarktrechtliche Regelung. Kritiker haben auch hier eingewendet, dass durch die Möglichkeit der Anzeige von vermeintlichen Rechtsverletzungen das Vertrauensverhältnis zwischen den Geschäftsleitern oder anderen für das Unternehmen handelnden Personen und dem Anwalt nachhaltig gestört werde. Das Rollenbild des Rechtsanwalts als verschwiegener rechtlicher Berater wandele sich zwangsläufig in das eines Ermittlers, der das Unternehmen nach möglichen Rechtsverstößen ausforscht. Damit werden das Vertrauen, die Loyalität und die Verschwiegenheit des Anwalts beeinträchtigt, die für die Funktionsfähigkeit des Rechtspflegesystems unerlässlich sind.⁵³⁵

Von Befürwortern der Regelung wird dies grundsätzlich nicht bestritten. Die Task Force selbst hat unter Bezugnahme auf diese Gründe von einer zunächst in Erwägung gezogenen Anzeigepflicht Abstand genommen. Auch bei unternehmensberatenden Anwälten sei es von größter Bedeutung, dass sich die Unternehmensangehörigen vertrauensvollen Rechtsrat suchen können, um rechtliche Erwägungen bei unternehmerischen Entscheidungen im Interesse des Unternehmens adäquat zu berücksichtigen. Gleichwohl könne ein Geschäftsleiter oder Mitarbeiter des Unternehmens keinen unbedingten Vertraulichkeitsschutz erwarten. Das Unternehmen ist der Mandant, sodass der Schutz der Vertraulichkeit ausschließlich aus dessen Perspektive betrachtet werden muss. Wenn die Geschäftsleiter oder Mitarbeiter aber unter Verletzung ihrer Pflichten dem Unternehmen erheblichen Schaden zufügen und dieser Schaden durch eine Offenbarung der schadensbegründenden Tatsachen durch den Anwalt vermieden werden kann, besteht aus Sicht des Unternehmens kein Interesse an einer vertraulichen Behandlung der Informationen. Die Offenbarung der Umstände gegenüber Dritten zur Vermeidung weiterer Schäden sei deshalb durch das Interesse des Unternehmens gerechtfertigt. Vor diesem Hintergrund und wohl auch zur Wiederherstellung der Reputation der Anwaltschaft, hat man sich letztlich für die Schaffung eines berufsrechtlichen Anzeigerechts für unternehmensberatende Anwälte entschieden. Zum Schutz der anwaltlichen Vertraulichkeit wurden jedoch strenge Voraussetzungen geschaffen.⁵³⁶

c) Voraussetzungen

Das Recht zur Anzeige von Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen gegenüber Behörden gemäß Rule 1.13(c) setzt zunächst die positive Kenntnis eines Gesetzesverstoßes eines Unternehmensangehörigen oder einer mit dem Unternehmen verbundenen Person voraus, der zu erheblichen Schäden beim Unternehmen

⁵³⁵ Kritik zusammenfassend *Hamermesh*, 17 Geo. J. Legal Ethics 35, 48–53 (2003).

⁵³⁶ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 172–76 (2003).

führen kann. Nicht erforderlich ist, dass die Dienste des Rechtsanwalts für die Begehung der Rechtsverletzung missbraucht wurden. Es genügt, dass die Rechtsverletzung einen Zusammenhang zu der anwaltlichen Beratung aufweist.⁵³⁷

Darüber hinaus setzt die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht zwei weitere Tatbestandsmerkmale voraus, die kumulativ vorliegen müssen. Voraussetzung ist erstens, dass die durch die Norm geschützten Rechtsgüter des Unternehmens trotz interner Anzeige weiterhin gefährdet sind. Dies ist der Fall, wenn das Board of Directors das eindeutig rechtswidrige Verhalten trotz Hinweis des Rechtsanwalts fortsetzt oder keine angemessenen Maßnahmen zur Abhilfe unternommen hat. Zweitens muss der Anwalt die Anzeige subjektiv für geeignet und erforderlich halten, um etwaige Schäden für Rechtsgüter des Unternehmens zu verhindern.⁵³⁸

Zum Schutz besonders vertraulicher Mandatsbeziehungen hat der Regelgeber zwei Rückausnahmen statuiert. Eine Offenbarung von vertraulichen Informationen ist demzufolge ausdrücklich ausgeschlossen, wenn der Rechtsanwalt vom betroffenen Unternehmen zur Untersuchung einer vermeintlichen Rechtsverletzung mandatiert wurde oder er das Unternehmen, ein Organmitglied, Mitarbeiter oder eine andere mit dem Unternehmen verbundene Person im Zusammenhang mit vermeintlichen Rechtsverletzungen anwaltlich vertritt.⁵³⁹

Als Rechtsfolge gewährt die Norm dem Rechtsanwalt das Recht, das rechtswidrige Verhalten gegenüber Behörden oder Dritten anzuseigen. Er kann folglich vertrauliche Informationen zur Abwendung von Schäden preisgeben, ohne berufsrechtliche Disziplinarmaßnahmen befürchten zu müssen. Dabei hat er jedoch darauf zu achten, dass die Informationen nur insoweit und nur gegenüber solchen Personen oder Institutionen offenbart werden, wie es für die Verhinderung des Schadens erforderlich ist.⁵⁴⁰

3. Anzeigerecht gemäß Rule 1.6

Ein Recht zur Anzeige von Rechtsverletzungen durch Unternehmensangehörige kann auch aus Rule 1.6(b)(2)⁵⁴¹ und Rule 1.6(b)(3)⁵⁴² folgen. Hiernach sind Rechtsanwälte grundsätzlich berechtigt, vertrauliche Informationen zu offenbaren, um Straftaten aus dem Bereich der Vermögens- und Eigentumsdelikte oder hieraus folgende Schäden zu verhindern, wenn ihre Dienste für die Begehung der Straftat ausgenutzt wurden.

⁵³⁷ ABA Model Rule 1.13 cmt. 6 (2020).

⁵³⁸ ABA Model Rule 1.13 cmt. 6 (2020).

⁵³⁹ ABA Model Rule 1.13 cmt. 7 (2020).

⁵⁴⁰ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 176 (2003).

⁵⁴¹ ABA Model Rules 1.6(b)(2) (2003).

⁵⁴² ABA Model Rules 1.6(b)(3) (2003).

a) Regelungszweck

Während Rule 1.13(c) ausschließlich das beratene Unternehmen vor Schädigung durch eigene Mitarbeiter und Organmitglieder schützt, dienen Rule 1.6(b)(2) und Rule 1.6(b)(3) nicht nur dem Schutz des Unternehmens, sondern auch dem Schutz von Rechtsgütern Dritter. Anders als Rule 1.13 sind die Vorschriften nicht spezifisch auf Wirtschaftsanwälte ausgerichtet, sondern gelten grundsätzlich für alle Mandatstypen gleichermaßen. Trotz des weiten Adressatenkreises ist die Vorschrift wegen des auf Eigentum und Vermögen gerichteten Schutzzwecks gerade im Bereich der anwaltlichen Beratung von Unternehmen besonders relevant. Sie sind zum einen darauf gerichtet, präventiv die Begehung von Straftaten mit eigentums- oder vermögensschädigendem Charakter zu verhindern. Zum anderen sollen sie den Eintritt oder die Vertiefung eines Schadens verhindern, wenn die Tat zwar vollendet ist, der eigentums- oder vermögensschädigende Erfolg aber noch abgewendet werden kann.

Im Kern bezweckt die Norm daher vor allem den Schutz fremder Rechtsgüter vor einer strafbewehrten Einwirkung durch den Mandanten. Darüber hinaus dient sie aber auch dem Schutz der Integrität der Anwaltschaft, indem sie den Grundsatz bestätigt, dass ein Anwalt seine Beratungsleistung nicht zur Verfügung stellen darf, wenn er weiß, dass sein Mandant diese zur Begehung einer Straftat ausnutzen will.⁵⁴³ Der Vertraulichkeitsanspruch des Mandanten hat nach Wertung der American Bar Association hinter diesen Interessen zurückzustehen. Dafür spreche insbesondere, dass ein Mandant, der die Dienste eines Anwalts bewusst dazu missbraucht, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder das Vermögen anderer zu schädigen, seinen Anspruch auf Geheimhaltung vertraulicher Informationen verwirkt hat.⁵⁴⁴ Es bestehe in dieser Konstellation auch kein öffentliches Interesse am Schutz der anwaltlichen Vertraulichkeit, denn das Vertrauen in die Verschwiegenheit eines Rechtsanwalts, dessen Dienste lediglich zur Begehung von Straftaten genutzt werden, ist nicht schutzwürdig. Die Verschwiegenheit ist unerlässlich und deshalb schutzwürdig, weil sie Voraussetzung für die adäquate anwaltliche Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Mandanten ist. Nutzt der Mandant die anwaltlichen Dienste dagegen für die Begehung von Straftaten, entferne er sich aus der schutzwürdigen Sphäre der anwaltlichen Beratung und stelle sich bewusst gegen die Rechtsordnung.⁵⁴⁵

Ferner entspreche diese Wertung auch der Interessengewichtung bei anderen Ausnahmeregelungen. Es seien keine Gründe ersichtlich, weshalb das Interesse eines Anwalts zur Durchsetzung eigener Ansprüche gegen den Mandanten höher gewichtet werden sollte als das öffentliche Interesse an der Verhinderung von

⁵⁴³ ABA Model Rules 1.2(d) und 4.1.

⁵⁴⁴ Cramton, 58 Bus. Law. 143, 175 (2002); NYC Bar, Report of the Task Force (November 2006), S. 81; ABA Model Rule 1.6 cmt. 7 (2020).

⁵⁴⁵ ABA Model Rule 1.6 cmt. 7 (2020).

schwerwiegenden Straftaten, die durch missbräuchliche Inanspruchnahme von anwaltlichen Diensten begangen wurden.⁵⁴⁶

b) Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Gemäß Rule 1.6(b)(2) ist ein Rechtsanwalt berechtigt, vertrauliche Informationen zu offenbaren, um die Begehung einer Straftat durch seinen Mandanten zu verhindern, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erheblichen Vermögensschäden oder Eigentumsverletzungen bei Dritten führen würde und für deren Begehung der Mandant die Dienste des Rechtsanwalts ausgenutzt hat. Voraussetzung ist demnach das Vorliegen einer Straftat, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer erheblichen Verletzung fremder Vermögens- oder Eigentumsinteressen führt.⁵⁴⁷ In Anlehnung an die „*crime-fraud-exception*“ setzt der Befreiungstatbestand jedoch voraus, dass der Mandant die Dienste des Anwalts eben zur Begehung der Straftat ausgenutzt hat. Dabei ist unerheblich, ob die Tätigkeit des Anwalts für den Erfolg der Straftat ursächlich ist.⁵⁴⁸ Werden anwaltliche Dienste dagegen erst nach Vollendung der Straftat geleistet, gilt die Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht nicht.⁵⁴⁹

Gemäß Rule 1.6(b)(3) ist ein Rechtsanwalt berechtigt, vertrauliche Informationen zu offenbaren, um den Eintritt von schwerwiegenden Vermögensschäden oder Eigentumsverletzungen bei Dritten zu verhindern, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit durch eine Straftat des Mandanten verursacht wurden, für deren Begehung der Mandant die Dienste des Rechtsanwalts ausgenutzt hat. Rule 1.6(b)(3) ist somit auf Fälle anwendbar, wo die Tat bereits vollendet, der Schädigungserfolg aber noch nicht eingetreten ist. Solange der Rechtsanwalt durch eine Anzeige gegenüber Behörden oder Dritten die Entstehung oder Vertiefung schwerwiegender Vermögensschäden oder Eigentumsverletzungen verhindern kann, ist er von seiner Verschwiegenheitspflicht befreit.

Rule 1.6(b)(2) und (3) haben im Vergleich zu Rule 1.13(c) strengere Tatbestandsvoraussetzungen. Während Rule 1.13(c) bei jeder Gesetzesverletzung greift, die zu einem erheblichen Schaden bei einem Unternehmen führen kann, setzen Rule 1.6(b)(2) und (3) einen eigentums- oder vermögensschädigenden Charakter der Straftat voraus. Außerdem muss im Gegensatz zu Rule 1.13(c) die anwaltliche Beratungsleistung eben zur Begehung der Gesetzesverletzung in Anspruch genommen worden sein. Beiläufig erkannte Verstöße, die in irgendeiner Weise mit dem Mandat in Zusammenhang stehen, berechtigen nicht zur Anzeige gemäß Rule 1.6(b)(2) und (3).⁵⁵⁰ Der enge Anwendungsbereich ist notwendig, um das Vertrau-

⁵⁴⁶ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 174 (2003).

⁵⁴⁷ ABA Model Rule 1.6 cmt. 7 (2020).

⁵⁴⁸ ALI, Restatement of the Law Governing Lawyers, 3rd Ed., § 67 cmt. e.

⁵⁴⁹ ALI, Restatement of the Law Governing Lawyers, 3rd Ed., § 67 cmt. e.

⁵⁵⁰ ABA Model Rule 1.13 cmt. 6 (2020).

ensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant zu schützen. Im Gegensatz zu Rule 1.13(c), wo die Offenbarung der vertraulichen Informationen im vermeintlichen Interesse des Unternehmens, d.h. des Mandanten, erfolgt, weil dessen Rechtsgüter bedroht sind, steht die Offenbarung vertraulicher Informationen gemäß Rule 1.6(b) regelmäßig im Widerspruch zum Interesse des Mandanten. Die Offenbarung kann daher nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Mandant durch den Missbrauch der anwaltlichen Dienste sein Recht auf vertraulichen Umgang mit Mandatsgeheimnissen verwirkt hat.

IV. Zwischenergebnis

Dem durch den Sarbanes-Oxley Act angestoßenen Paradigmenwechsel konnte sich die American Bar Association nicht länger entziehen. Die American Bar Association hat in der Folge das vom Kongress und der SEC implementierte Melde-regime in das anwaltliche Berufsrecht übernommen und die interne Hinweisgeber-verantwortung von unternehmensberatenden Rechtsanwälten als allgemeine berufsrechtliche Verhaltenspflicht etabliert. Ebenso wurde das Recht zum „*reporting out*“ als letztes Mittel zur Verhinderung von Gesetzesverstößen, die zu schwerwiegenden Schäden beim Unternehmen oder Dritten führen können, in das Berufsrecht implementiert. Zum Schutz des Vertrauens des rechtsuchenden Publikums in die unbedingte Verschwiegenheit des Rechtsanwalts wurden die Tatbestands-voraussetzung jedoch eng gefasst, sodass die Anwendungsfälle und der Nutzen der Vorschriften begrenzt bleiben dürften.

D. Zwischenergebnis

Die bei den Unternehmenszusammenbrüchen zu Beginn des 21. Jahrhunderts in den USA zutage getretenen Corporate-Governance-Probleme in großen börsennotierten Gesellschaften haben in den USA eine umfangreiche Debatte über die Corporate Governance von börsennotierten Gesellschaften entfacht, die in den tiefgreifenden Reformgesetzen des Sarbanes-Oxley Acts mündeten. Neben anderen Bezugsgruppen wurden auch die Wirtschaftsanwälte als relevante Größe im System der Corporate Governance ausgemacht. Rechtspolitisch bestand die Überzeugung, dass die aus dem Berufsbild des Rechtsanwalts folgende besondere Verpflichtung gegenüber dem Recht und der Gerechtigkeit eine Allgemeinwohlverantwortung des Wirtschaftsanwalts begründe, aus der sich besondere Gefahrenabwehr- und Schadensverhütungspflichten ableiten ließen.

Vor diesem Hintergrund hat der US-Bundesgesetzgeber die SEC ermächtigt, spezifische Verhaltensvorschriften für unternehmensberatende Anwälte zu statuieren. Unter dem politischen Druck hat auch die American Bar Association ihre Model

Rules entsprechend angepasst. Beide Regelwerke sehen nunmehr vor, dass unternehmensberatende Anwälte, die den begründeten Verdacht haben, dass Unternehmensangehörige gegen geltende Gesetze verstoßen oder ihre Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft verletzen und die Gesellschaft oder Dritte damit der Gefahr eines erheblichen finanziellen Schadens aussetzen, ihre Erkenntnisse soweit erforderlich die Unternehmenshierarchie hinauf bis zum Board of Directors melden müssen. Diese Verpflichtung zur Verdachtsanzeige bei Compliance-Verstößen soll zur Verbesserung des gesellschaftsinternen Informationsaustauschs beitragen und den Anwälten eine aktive Rolle im Gesamtsystem der Corporate Governance zuweisen. Flankiert wird die Pflicht zum „*reporting up the ladder*“ durch Lockerungen der Verschwiegenheitspflicht, die es dem betroffenen Anwalt im Ausnahmefall zur Vermeidung weiterer Schäden erlauben, den Verdacht gegenüber Behörden anzugeben.

Die Einbindung der Anwälte in das unternehmensinterne Meldesystem und die Lockerung der Verschwiegenheitspflicht zum Zwecke der Verdachtsanzeige gegenüber den Behörden haben das Berufsbild des Anwalts nachhaltig verändert. Der Wirtschaftsanwalt ist zum Gatekeeper und Whistleblower im System der Corporate Governance geworden. Kritiker wenden ein, dass diese Rolle dem Berufsbild des Rechtsanwalts widerspreche und das für die anwaltliche Tätigkeit unerlässliche Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant gefährdet werde. Tatsächlich sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschriften jedoch so hoch, dass der Anwendungsbereich der Vorschriften sehr begrenzt sein dürfte. Es ist fraglich, ob der geringe Nutzen der Vorschriften den verursachten Vertrauensverlust und die damit verbundene Beeinträchtigung der anwaltlichen Berufsausübung rechtfertigen.

Vierter Teil

Gesetzliche Anzeige- und Auskunftspflichten in Deutschland

A. Einführung

Ein vergleichbares geschlossenes Regelungsregime für unternehmensberatende Rechtsanwälte gibt es im deutschen Recht nicht. In der Literatur wurde daher die Rezeption des US-amerikanischen Modells diskutiert.⁵⁵¹ Diese Vorstöße stießen in der Anwaltschaft auf heftigen Widerstand.⁵⁵² Konkrete Erwägungen der Rechtsanwaltskammern oder des Gesetzgebers zur Einführung eines tätigkeitsspezifischen Hinweisgeberregimes für Wirtschaftsanwälte gibt es gegenwärtig nicht. Gleichwohl zeigt sich auch in Deutschland, dass wirtschaftsberatende Rechtsanwälte zunehmend im außerberufsrechtlichen Kontext einzelfallbezogen als Hinweisgeber in Anspruch genommen werden. Die Eingriffsintensität dieser Regelungen geht möglicherweise sogar über den US-amerikanischen Ansatz hinaus.⁵⁵³ Nachfolgend soll daher untersucht werden, ob und inwieweit Wirtschaftsanwälte auch in Deutschland durch öffentlich-rechtliche Normen zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität in das System der Corporate Governance und Compliance *de lege lata* bereits eingebunden sind.

B. Anzeigepflichten

Im Mittelpunkt des US-amerikanischen Regelungsansatzes stehen interne Anzeigepflichten. Diese sollen die Rolle des Wirtschaftsanwalts im System der Corporate Governance stärken und den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit zur Selbstheilung verschaffen. Zur externen Anzeige ist der Wirtschaftsanwalt nur im Ausnahmefall berechtigt, wenn durch die interne Anzeige keine Abhilfe geschaffen werden konnte. In Deutschland trägt der Rechtsanwalt zwar – wie bereits festgestellt wurde – eine vertragliche Verantwortung gegenüber der Gesellschaft zur Warnung vor Risiken, was unter bestimmten Voraussetzungen auch die Meldung von

⁵⁵¹ Knöfel/Mock, AnwBl 2010, 230 (233 ff.); Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 225 ff.

⁵⁵² v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (126 ff.).

⁵⁵³ Schürrle, ZGR 2014, 627 (647 f.).

Rechtsverstößen an den Aufsichtsrat beinhalten kann. Eine gezielte Einbindung des Wirtschaftsanwalts in das System der Corporate Governance gibt es dagegen nicht. Weder das Aktiengesetz noch das Kapitalmarktrecht weisen dem Wirtschaftsanwalt eine konkrete Rolle in der Corporate Governance zu. Auch der Deutsche Corporate Governance Kodex erwähnt den Wirtschaftsanwalt an keiner Stelle. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass im Einzelfall auch außerhalb des Mandatsvertrags bereits heute interne und externe Anzeigepflichten für Wirtschaftsanwälte bestehen können, die darauf abzielen, komparative Informationsvorteile zur Verhinderung von Rechtsverstößen nutzbar zu machen.

I. Interne Anzeigepflichten

Nachstehend soll untersucht werden, ob und welche gesetzlichen Pflichten zur Meldung von Rechtsverstößen gegenüber der Unternehmensleitung den Wirtschaftsanwalt *de lege lata* in das System der Corporate Governance einbinden.

1. Strafrechtliche Anzeigepflichten

Einschlägige Pflichten von Wirtschaftsanwälten zur Anzeige von Fehlverhalten und Missständen in beratenen Unternehmen können sich aus strafrechtlichen Gebotsnormen ergeben. In Betracht kommen insbesondere Erfolgsabwendungs-pflichten im Falle einer Garantenstellung im Sinne von § 13 StGB und die straf-bewehrte Pflicht zur Anzeige geplanter Straftaten gemäß den §§ 138, 139 StGB.

a) Interne Anzeigepflicht aus Garantenstellung

aa) Garantenstellung des Compliance Beauftragten

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 über die Garantenpflichten eines Innenrevisionsleiters einer öffentlich-rechtlichen Anstalt wesentliche Eckpunkte für die Hinweisgeberverantwortung des Compliance Beauftragten festgelegt.⁵⁵⁴ Der Senat führte aus, dass bei einem Angestellten eine Garantenstellung bestehe, wenn die Zielrichtung der Beauftragung nach der Beschreibung des Dienstpostens darauf gerichtet ist, sowohl gegen das Unternehmen als auch aus dem Unternehmen heraus gegen Dritte gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und zukünftig zu verhindern. Bei einem Angestellten, der die Position eines Compliance Officers bekleidet, sei dies regelmäßig anzunehmen, denn das Aufgabengebiet eines Compliance Beauftragten besteht gerade in der Verhinderung von unternehmensbezogenen Rechtsverstößen. Dazu gehören vor

⁵⁵⁴ BGH, Urt. v. 17.07.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 = AG 2009, 740.

allem Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Haftungsrisiken oder Reputationsverlust bringen könnten.

In der Literatur wurde diese Entscheidung kritisiert.⁵⁵⁵ Zum einen sei eine Strafbarkeit des Compliance Officers mit der gesetzgeberischen Wertung des § 130 OWiG unvereinbar, wonach die Verletzung von Aufsichtspflichten in Unternehmen nicht als Straftat, sondern lediglich als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird.⁵⁵⁶ Zum anderen wird die Annahme des Bundesgerichtshofs, dass sich ein Compliance Beauftragter gegenüber dem Unternehmen regelmäßig verpflichte, alle betriebsbezogenen Straftaten zu verhindern, als praxisfern abgelehnt.⁵⁵⁷ Dem Compliance Beauftragten sei es rechtlich und faktisch in der Regel gar nicht möglich, sämtliche Straftaten zu verhindern, da er nicht über die hierfür erforderliche selbstständige Verbots-, Weisungs- und Anordnungskompetenz verfügt.⁵⁵⁸ Der Bundesgerichtshof führt allerdings selbst aus, dass eine interne Anzeige beim direkten Vorgesetzten als erforderliche Verhinderungshandlung genügen kann.⁵⁵⁹

Gleichwohl ist deutlich erkennbar, dass der Bundesgerichtshof dem Compliance Officer eine zentrale Funktion und Verantwortung innerhalb der Corporate Governance und Compliance zuweist. Dies hat weitreichende Folgen für die Stellung der Syndikusanwälte, die in ihren Unternehmen nicht selten auch die Rolle des Compliance Officers innehaben. Syndikusanwälte werden künftig genau prüfen müssen, ob sie sich im Falle unternehmensbezogener und insbesondere auch aus dem Unternehmen heraus begangener Pflicht- oder Rechtsverletzungen durch Untätigkeit oder Wegsehen strafbar machen.⁵⁶⁰ Bei externen Rechtsanwälten dürfte eine ausdrückliche oder konkludent vereinbarte Übernahme von Compliance-Aufgaben dagegen eher der Ausnahmefall sein. Allein die nebenvertraglichen Schutzpflichten begründen in der Regel noch keine Garantenstellung im strafrechtlichen Sinne.⁵⁶¹ Denn für die Bejahung einer Garantenpflicht ist nach der Rechtsprechung mindestens erforderlich, dass der betroffene Berufsträger gegenüber dem Unternehmen konkludent zum Ausdruck gebracht hat, dafür einstehen zu wollen, dass Pflichtverstöße von Unternehmensangehörigen aufgeklärt und verhindert werden.⁵⁶²

⁵⁵⁵ *Momsen*, in: FS Puppe, S. 751 (755 ff.); *Stoffers*, NJW 2009, 3173 (3176); *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1344).

⁵⁵⁶ *Stoffers*, NJW 2009, 3173 (3176); a. A.: *Ransiek*, AG 2010, 147 (149).

⁵⁵⁷ *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1342).

⁵⁵⁸ *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1342).

⁵⁵⁹ BGH, Urt. v. 17.07.2009 – 5 StR 394/08, AG 2009, BGHSt 54, 44 Tz. 31 = 740 (742); so auch *Favoccia/Richter*, AG 2010, 137 (139).

⁵⁶⁰ *Wybitul*, BB 2009, 2263 (2264).

⁵⁶¹ BGH, Urt. v. 08.11.2000 – 5 StR 433/00, juris Rn. 19; anders *Mann*, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 212 f., der eine Garantenstellung aus dem Anwaltsvertrag herleitet.

⁵⁶² BGH, Urt. v. 08.11.2000 – 5 StR 433/00, BGHSt 46, 196 Tz. 20; *Momsen*, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), WiStrafR-Hdb, 2. Aufl. 2020, § 3 Rn. 43.

Bemerkenswert ist, dass der Senat mit seiner Entscheidung die Frage nach der Stellung des Compliance Officers im System der Corporate Governance im Ergebnis wie der US-amerikanische Gesetzgeber beantwortet hat. Das US-amerikanische Regelungsregime zielt ebenfalls darauf ab, zentrale Wissensträger im Unternehmen als Hinweisgeber in die Geschäftsleiterkontrolle einzubinden, indem ein bewusstes Wegsehen oder Untätigbleiben sanktioniert wird. Aufgrund der damit verbundenen Rechtsunsicherheit für den Compliance Officer ist jedoch fraglich, ob das vom 5. Strafsenat gewählte strafrechtliche Zurechnungskonstrukt das geeignete Rechtsinstitut zur Einbindung des Compliance Officers in die Corporate Governance ist. In der Literatur wird deshalb im Interesse der Rechtssicherheit ein klares Regelungskonzept gefordert.⁵⁶³ Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass sich bestimmte Hinweispflichten und damit eine Verantwortung des Wirtschaftsanwalts für rechtskonformes Unternehmenshandeln auch aus dem Strafrecht ableiten lassen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die strafrechtliche Verantwortung nicht Ausfluss einer etwaigen Allgemeinwohlverantwortung des Rechtsanwalts ist, sondern allein aus seinen im konkreten Fall gegenüber dem Unternehmen tatsächlich übernommenen Verpflichtungen resultiert.

bb) Garantenstellung aus Ingerenz

Eine strafrechtlich relevante Sonderverantwortung des Wirtschaftsanwalts könnte sich auch aus pflichtwidrigem Vorverhalten ergeben. Es sind Situationen denkbar, in denen der Wirtschaftsanwalt eine rechtmäßige Beratungsleistung erbringt, nachträglich aber erkennt, dass sein Arbeitsprodukt durch seine Mandanten zur Begehung strafbarer Handlungen missbraucht wird, beispielsweise wenn ein Rechtsanwalt ein Gutachten erstellt, das der Mandant später abredewidrig für die Begehung von Straftaten einsetzt und der Rechtsanwalt hiervon erfährt. In diesen Fällen wäre es nicht fernliegend, eine Handlungspflicht aus einem rechtsgutsgefährdenden Vorverhalten (Ingerenz) abzuleiten. Fraglich ist allerdings, ob allein die nachträgliche Kenntnisserlangung, dass das Arbeitsprodukt zur Begehung von Rechtsgutsangriffen genutzt wird, als Anknüpfungspunkt für die Erfolgsabwendungspflicht ausreicht.

Der Rechtsanwalt hat in dieser Konstellation die Begehung einer Straftat zwar durch seine Beratung ermöglicht und damit die Gefahrenlage (mit-)verursacht. Nach herrschender Meinung verlangt die Begründung einer Garantenstellung aus Ingerenz jedoch ein pflichtwidriges Vorverhalten.⁵⁶⁴ Ein in diesem Sinne vorwerfbares Vorverhalten liegt im genannten Beispiel eindeutig nicht vor. Bei der anwaltlichen Beratungsleistung handelt es sich grundsätzlich um eine berufstypische „neutrale“ Tätigkeit, von der in der Regel keine besondere Gefahr ausgeht.⁵⁶⁵ Bei berufstypi-

⁵⁶³ *Momsen*, in: FS Puppe, S. 751 (766).

⁵⁶⁴ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 35 f.

⁵⁶⁵ BGH, Beschl. v. 20.09.1999 – 5 StR 729/98, NStZ 2000, 34 (34); Beschl. v. 21.12.2016 – 1 StR 112/16, NStZ 2017, 337 (338).

schen Tätigkeiten darf aber der Handelnde gerade wegen des Alltagscharakters seines Tuns darauf vertrauen, dass der andere dieses nicht zur Begehung einer vorsätzlichen Straftat ausnutzen wird.⁵⁶⁶ Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit⁵⁶⁷ verbietet hier die Annahme einer strafbewehrten Verantwortung des Anwalts für das Handeln seiner Mandanten. Gleichwohl ist in diesen Konstellationen stets an eine mögliche Beihilfestrafbarkeit zu denken, wenn der Anwalt von vornherein weiß, dass sein Arbeitsprodukt zur Begehung einer Straftat eingesetzt wird.

Eine Sonderverantwortlichkeit kann auch dann nicht angenommen werden, wenn man bei einer Garantepflicht aus Ingerenz – wie teilweise in der Literatur vertreten – kein pflichtwidriges Vorverhalten verlangt.⁵⁶⁸ Denn auch nach dieser Ansicht wird wenigstens das Vorliegen eines sachlichen Grundes verlangt, der die Verantwortlichkeit für das Handeln von anderen Personen rechtfertigen kann. Hierzu zählen beispielsweise qualifiziert riskante Tätigkeiten, die mit dem Vorbehalt versehen sind, dass der Handelnde gegebenenfalls gefahrenabwendend tätig wird. Beim berufstypischen Handeln des Rechtsanwalts dürfte die Annahme einer solchen evident risikanten Tätigkeit fernliegen.

b) Anzeige geplanter Straftaten gemäß den §§ 138, 139 StGB

Die allgemeine strafbewehrte Pflicht zur Anzeige geplanter Straftaten gemäß § 138 StGB gilt grundsätzlich auch für Rechtsanwälte. Danach ist jedermann zur Anzeige gegenüber einer Behörde oder dem Bedrohten verpflichtet, der von dem Vorhaben oder der Ausführung einer der in § 138 Abs. 1 Nr. 1 bis 8 StGB abschließend aufgezählten Katalogstrafarten zu einer Zeit, zu der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann, glaubhaft erfährt. Für Rechtsanwälte als Berufsgeheimsträger gelten dabei die Einschränkungen des § 139 StGB. Gemäß § 139 Abs. 3 Satz 2 StGB sind Rechtsanwälte, die von der geplanten Straftat im Rahmen ihrer Berufsausübung erfahren haben, von der Anzeigepflicht befreit, wenn sie sich ernsthaft bemüht haben, den Erfolg abzuwenden. Überträgt man diese Pflicht zur Abwendung des Erfolgs auf den Wirtschaftsanwalt, ließe sich daraus grundsätzlich eine interne Anzeigepflicht gegenüber den Verantwortlichen im Unternehmen herleiten. Bei den Katalogstrafarten gemäß den §§ 138, 139 StGB handelt es sich jedoch um schwerwiegende Straftaten, die typischerweise im Bereich der Wirtschaftskriminalität keine Rolle spielen.

⁵⁶⁶ BGH, Urt. v. 22.01.2014 – 5 StR 468/12, BeckRS Rn. 29; vgl. vertiefend zum Vertrauensgrundsatz *Roxin/Greco*, StrafR AT Band 1, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 21.

⁵⁶⁷ *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 51.

⁵⁶⁸ *Freund*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 141 ff.

2. Berufsrechtliche Anzeigepflichten

Eine über die zivilrechtlichen Pflichten hinausgehende generelle berufsrechtliche Pflicht für Wirtschaftsanwälte, pflicht- oder gesetzeswidriges Verhalten von Mitarbeitern dem beratenen Unternehmen anzuzeigen, gibt es anders als im US-amerikanischen Recht in Deutschland nicht. In seltenen Einzelfällen können sich interne Anzeigepflichten jedoch aus § 11 BORA oder der Generalklausel gemäß § 43 BRAO ergeben; dies allerdings nur, wenn das Handeln oder Unterlassen des Anwalts im konkreten Fall eine berufsrechtliche Relevanz aufweist.

a) § 11 BORA

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 BORA ist jeder Rechtsanwalt verpflichtet, seinen Mandanten über alle für den Fortgang der Sache wesentlichen Vorgänge und Maßnahmen zu unterrichten.⁵⁶⁹ Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass sich daraus eine Pflicht für unternehmensberatende Rechtsanwälte zur internen Anzeige von Fehlverhalten oder Pflichtverletzungen des Vorstands ableiten lässt.⁵⁷⁰ Dem ist allerdings nur insoweit zuzustimmen, als das anzuzeigende Fehlverhalten in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Mandat steht. Nur in diesem Fall ist der Rechtsanwalt verpflichtet, das Unternehmen über die ihm bekannt gewordenen Umstände zu informieren. Nicht einschlägig ist § 11 Abs. 1 BORA allerdings, wenn Missstände lediglich beiläufig im Rahmen der Mandatsarbeit erkannt wurden, weil in diesen Fällen regelmäßig der erforderliche Bezug zum Mandatsgegenstand fehlen dürfte. Die Vorschrift des § 11 Abs. 1 BORA wird zudem wegen ihrer inhaltlichen Vorgaben für die Mandatsarbeit als unzulässig kritisiert, da die Inhalts- und Qualitätskontrolle den Zivilgerichten vorbehalten sei. Ihr Anwendungsbereich sei daher auf Extremfälle beschränkt.⁵⁷¹ Zudem gibt es keinen spezifischen Bezug zur Einbindung des Wirtschaftsanwalts in das Whistleblowingsystem, weil insbesondere die zufällige Kenntnisserlangung von Fehlverhalten nicht von der Vorschrift umfasst ist. Vor diesem Hintergrund stellen die Bestimmungen gemäß § 11 Abs. 1 BORA weder einen besonders intensiven Eingriff in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit dar noch lässt sich eine konkrete Implikation für die Corporate-Governance-Debatte ableiten.

b) § 43 BRAO

Im Schrifttum wird teilweise darauf verwiesen, dass eine allgemeine interne Anzeigepflicht von Missständen in einem beratenen Unternehmen außerdem aus der Generalklausel des § 43 BRAO in Verbindung mit dem anwaltlichen Berufsethos

⁵⁶⁹ Prütting, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 11 BORA Rn. 4 ff.

⁵⁷⁰ v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (122).

⁵⁷¹ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 11 BORA Rn. 1.

abgeleitet werden könne.⁵⁷² Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, weil § 43 BRAO nach zutreffender Auffassung allein als Transportnorm oder Auffangtatbestand in Betracht kommt, wenn das konkrete Verhalten des Anwalts eine berufsrechtliche Relevanz aufweist.⁵⁷³ Eigenständige Berufspflichten können aus der Generalklausel dagegen nicht abgeleitet werden. Soweit die Untätigkeit oder das Wegsehen des Anwalts im Einzelfall eine vertragliche oder nebenvertragliche Pflichtverletzung darstellt, kann dies disziplinarrechtlich auf der Grundlagen von § 43 BRAO nur dann geahndet werden, wenn die Pflichtverletzung mit einer gewissenhaften Berufsausübung und mit der Stellung des Rechtsanwalts nicht mehr vereinbar ist.⁵⁷⁴ Das maßgebliche Entscheidungskriterium ist daher, ob sich die Verfehlung auf die äußere Seite der Anwaltstätigkeit bezieht oder lediglich die sachliche Richtigkeit der Beratung betrifft, denn sofern es um eine inhaltliche Bewertung der Beratungstätigkeit des Anwalts geht, ist eine staatliche Kontrolle aufgrund der statusbildenden und verfassungsmäßig geschützten Unabhängigkeit des Anwaltsberufs ausgeschlossen. Die Bewertung von inhaltlichen Fehlern obliegt grundsätzlich allein den Zivilgerichten im Rahmen von Schadensersatzprozessen.

Eine berufsrechtlich relevante Verfehlung liegt dann vor, wenn sich der betroffene Rechtsanwalt durch seine Untätigkeit oder sein Wegsehen derart von seiner Funktion als Rechtsberater entfernt und er die Grenzen einer gewissenhaften Berufsausübung in der Weise überschritten hat, dass sich der Verstoß auch auf die äußere Seite der Anwaltstätigkeit bezieht. Dies kann beispielsweise bei vorsätzlicher Schädigung des Mandanten oder bei sittenwidrigem Verhalten der Fall sein.⁵⁷⁵ Nach diesem Maßstab beschränkt sich der Anwendungsbereich der Norm auf Fälle, die typischerweise bereits im strafrechtlich relevanten Bereich sind, sodass die Vorschrift mit Blick auf die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten im System der Corporate Governance und Compliance keinen eigenständigen Anwendungsbereich hat.

c) Zwischenergebnis

Das anwaltliche Berufsrecht enthält keine generelle Verpflichtung zur Anzeige von Missständen in Unternehmen, die dem Wirtschaftsanwalt bei seiner Tätigkeit bekannt werden. Gemäß § 11 BORA besteht eine Anzeigepflicht nur dann, wenn die anzugegenden Umstände unmittelbar im Zusammenhang mit dem Mandat stehen und für die Entscheidung in der konkreten Sache relevant sind. Beiläufig erkannte Missstände sind berufsrechtlich nur dann anzeigepflichtig, wenn die Nichtanzeige einen vertraglichen Pflichtverstoß oder einen allgemeinen Gesetzesverstoß darstellen würde, der die äußere Seite der Anwaltstätigkeit berührt. Darüber hinaus besteht keine berufsrechtliche Pflicht zur internen Anzeige von etwaigen Miss-

⁵⁷² Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 211.

⁵⁷³ Siehe hierzu oben, S. 80 ff.

⁵⁷⁴ Jähnke, NJW 1988, 1888 (1891).

⁵⁷⁵ Jähnke, NJW 1988, 1888 (1891).

ständen in den beratenen Unternehmen. Dies entspricht dem Regelungszweck des anwaltlichen Berufsrechts, das vor allem der Gewährleistung einer funktionsfähigen Rechtspflege dient, nicht aber dem Schutz anderer Allgemeinwohlbelange oder den Individualinteressen des Mandanten.

II. Externe Anzeigepflichten

Während eine gezielte Einbindung von Rechtsanwälten in das interne Hinweisgebersystem im deutschen Recht nicht festgestellt werden konnte, zeichnet sich im Bereich des Wirtschaftsaufsichtsrechts eine zunehmende Inanspruchnahme von Rechtsanwälten als Hinweisgeber durch außerberufsrechtliche Regelungsinstrumente ab. Die Inanspruchnahme als gesetzlich verpflichteter Hinweisgeber hat für die Anwaltschaft weitreichende Folgen. Das für die anwaltliche Tätigkeit zwingend erforderliche Vertrauensverhältnis wird empfindlich gestört. Zudem muss ein erheblicher administrativer Aufwand geleistet werden, um organisatorische Strukturen zu schaffen, die eine lückenlose Erfüllung der Anzeigepflichten gewährleisten. Die Anwaltschaft beobachtet daher mit Sorge, dass der deutsche Gesetzgeber – im Einklang mit dem Unionsrecht – Rechtsanwälte immer stärker durch ordnungsrechtliche Regelungen als Hinweisgeber in Anspruch nimmt.⁵⁷⁶ Nachfolgend soll untersucht werden, inwieweit diese Sorge begründet ist.

1. Anzeige geplanter Straftaten, §§ 138, 139 StGB

Rechtsanwälte sind grundsätzlich wie jedermann gemäß § 138 StGB zur Anzeige geplanter schwerwiegender Straftaten gegenüber den Ermittlungsbehörden verpflichtet, wobei für den Rechtsanwalt und andere Berufsgeheimnisträger zum Schutz der Vertraulichkeit die Ausnahmeverordnungen des § 139 StGB gelten. Wie oben bereits festgestellt wurde, spielt aufgrund des begrenzten Anwendungsbereichs die Anzeigepflicht gemäß den §§ 138, 139 StGB jedoch in Bezug auf die hier zu untersuchende Sonderverantwortung von Wirtschaftsanwälten keine wesentliche Rolle und soll an dieser Stelle daher nicht weiter vertieft werden.

2. Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Relevante Sorgfalt- und Meldepflichten ergeben sich indes insbesondere im Bereich der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ist ein zentrales rechtspolitisches Ziel der Europäischen Union. Auf Basis der Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF) hat die Europäische Union Maßnahmen zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terroris-

⁵⁷⁶ Uwer, AnwBl Online 2019, 327 (327 ff.); Schierrle, ZGR 2014, 627 (647 f.).

musfinanzierung stetig fortentwickelt und entsprechende Richtlinien verabschiedet, die sich mit der Gefahr der Geldwäsche befassen.⁵⁷⁷ Ein wesentlicher Bestandteil der Strategie der Europäischen Union ist die Einbindung von Berufsgruppen in die Geldwäschebekämpfung, die an Finanz- oder Unternehmenstransaktionen beteiligt sind und bei denen die Gefahr besteht, dass ihre Dienste für das Waschen von Erträgen aus kriminellen Tätigkeiten oder für die Zwecke der Terrorismusfinanzierung missbraucht werden.⁵⁷⁸ Erfasst werden auch rechtsberatende Berufe, soweit deren Dienste im Einzelfall im Zusammenhang mit als besonders gefährdet eingestuften Rechtsgeschäften erbracht werden. Der deutsche Gesetzgeber hat im Geldwäschegesetz spezifische Transparenz- und Meldepflichten für Rechtsanwälte statuiert und damit das Unionsrecht in nationales Recht überführt. Für den Rechtsanwalt sieht das Geldwäschegesetz in bestimmten Fällen dezidierte Sorgfals- und Meldepflichten zur Bekämpfung von Geldwäsche vor.

a) Mandatsniederlegung bei fehlender Identifizierungsmöglichkeit

Bei Vorliegen eines Kataloggeschäfts sind Anwälte gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG verpflichtet, den Vertragspartner oder gegebenenfalls die für diesen auftretenden natürlichen Personen zu identifizieren. Darüber hinaus wird gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG verlangt, dass sie abklären, ob der Vertragspartner für den wirtschaftlich Berechtigten handelt und, soweit dies der Fall ist, dass der wirtschaftlich Berechtigte identifiziert wird. Ferner muss jeder betroffene Berufsträger gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 3 GwG Informationen über den Zweck und über die angestrebte Art der Geschäftsbeziehung einholen und bewerten oder mit angemessenen, risikoorientierten Verfahren feststellen, ob es sich beim Vertragspartner oder wirtschaftlich Berechtigten um eine politisch exponierte Person handelt. Wenn diese Sorgfalsmaßnahmen nicht eingehalten werden können, dürfen Anwälte gemäß § 10 Abs. 9 Satz 1 GwG eine Geschäftsbeziehung zu diesen Personen nicht begründen. Falls eine Geschäftsbeziehung bereits besteht, sind sie gemäß § 10 Abs. 9 Satz 2 GwG verpflichtet, diese zu beenden. Davon ausgenommen sind Geschäftsbeziehungen zur Erbringung originär anwaltlicher Leistungen, d. h. Rechtsberatung oder Prozessvertretung. Die Ausnahme gilt jedoch nicht, wenn der Rechtsanwalt weiß, dass die Rechtsberatung oder Prozessvertretung bewusst für den Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung genutzt wurde oder wird. Das Geldwäschegesetz verursacht damit bei der Anwaltschaft nicht nur einen erheblichen Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Anbahnung und Aufrechterhaltung von Mandatsbeziehungen, sondern schafft darüber hinaus tiefgreifende bereichsspezifische Verhaltenspflichten, die geeignet sind, das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant berühren.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ Zuletzt: Fünfte EU-Geldwäsche-Richtlinie.

⁵⁷⁸ Erwägungsgrund 9 der Richtlinie (EU) 2015/8491, ABl. EU L 141 vom 05.06.2015, S. 73 (vierte EU-Geldwäsche-Richtlinie).

⁵⁷⁹ Pelz, in: BeckOK, GwG, 10. Edition, Stand: 01.06.2022, § 43 Rn. 41; Mader/Scaraggi-Kreitmayer, DStR 2020, 181 (184).

b) Meldepflicht gemäß § 43 Abs. 1 GwG

aa) Meldetatbestände gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1–3 GwG

Die zentrale Norm in Bezug auf die Hinweisgeberverantwortung von Rechtsanwälten ist § 43 Abs. 1 GwG. Danach sind Rechtsanwälte verpflichtet, der beim Zoll angesiedelten Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU) unverzüglich Anzeige zu erstatten, wenn sie bei der Planung oder Durchführung eines Kataloggeschäfts im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG Tatsachen feststellen, die darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand, der mit einer Geschäftsbeziehung, einem Maklergeschäft oder einer Transaktion im Zusammenhang steht, aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG), ein Geschäftsvorfall, eine Transaktion oder ein Vermögensgegenstand im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung steht (§ 43 Abs. 1 Nr. 2 GwG) oder der Vertragspartner seine Offenlegungspflichten nicht erfüllt hat (§ 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG).

Der Meldetatbestand hat einen weiten Anwendungsbereich, da seit der Änderung des § 261 Abs. 1 StGB durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche⁵⁸⁰ jede rechtswidrige Tat eine taugliche Vortat der Geldwäsche sein kann. Der Gesetzgeber hat den sehr weiten Meldetatbestand zum Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses jedoch eingeschränkt. Gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 GwG sind grundsätzlich sämtliche Informationen von der Meldepflicht ausgenommen, die ein Rechtsanwalt im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit erlangt hat. Die Vorschrift begegnet daher aus verfassungsrechtlicher Sicht keinen durchgreifenden Bedenken.⁵⁸¹ Zu Recht wird allerdings kritisiert, dass es in der Praxis schwierig sein dürfte, zwischen rein anwaltlichen Tätigkeiten und nicht anwaltlichen Tätigkeiten zu unterscheiden.⁵⁸²

bb) Rückausnahme gemäß § 43 Abs. 2 GwG

Der Schutz vertraulicher Informationen durch das Berufsgeheimnis entfällt gemäß § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG jedoch, wenn der betroffene Rechtsanwalt weiß, dass sein Mandant die Rechtsberatung oder Prozessvertretung für den Zweck der Geldwäsche, der Terrorismusfinanzierung oder einer anderen Straftat genutzt hat. Dies ist

⁵⁸⁰ Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09.03.2021, BGBl. 2021 I S. 327.

⁵⁸¹ Pelz, in: BeckOK, GwG, 10. Edition, Stand: 01.06.2022, § 43 Rn. 41; Barreto da Rosa, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 67.

⁵⁸² Vgl. Mader/Scaraggi-Kreitmayer, DStR 2020, 181 (182 f.) zur Steuerrechtsberatung; vgl. Hirte, GS Tilp, S. 135 (160 f.) m. w. N.; Hirte, Interview im Deutschlandfunk vom 18.10.2022: Geldwäsche und Oligarchen – Was das neue Sanktionsdurchsetzungsgesetz bewirken soll, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/sanktionsdurchsetzungsgesetz-ii-referenzen-tenentwurf-ermittler-behoerden-geldwaesche-sanktionen-100.html> (zuletzt abgerufen am 08.04.2023).

grundsätzlich konsequent und vertretbar, da das Berufsgeheimnis nicht schützenswert ist, wenn die anwaltliche Tätigkeit zum Zweck der Begehung von Straftaten missbraucht wird. Insoweit gibt es kein rechtsstaatliches Interesse am Aufrechterhalten des Berufsgeheimnisschutzes.⁵⁸³ Eine vergleichbare Wertung hat die American Bar Association in Rule 1.13 der ABA Model Rules getroffen. Die Einbeziehung des Ausnutzens der anwaltlichen Dienste für die Begehung „anderer Straftaten“ als Rechtfertigung für eine Offenlegungspflicht wirft jedoch Fragen auf.

In der Literatur wird die Tatbestandsalternative „oder eine andere Straftat“ als redaktionelles Versehen angesehen und als systemwidrig kritisiert.⁵⁸⁴ Es sei nicht ersichtlich, warum im Fall des § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG von dem Wortlaut der vergleichbaren Regelungen in § 6 Abs. 6 Satz 4 und § 10 Abs. 9 Satz 3 GwG abgewichen werde. Es bestehe daher die Gefahr, dass das Tatbestandsmerkmal „einer anderen Straftat“ so verstanden wird, dass sich die Meldepflicht inhaltlich auch auf die Meldung dieser anderen Straftat erstrecke.⁵⁸⁵ Dies hätte zur Folge, dass die Rückausnahme weitergehende Pflichten als die originäre Meldepflicht statuieren würde.⁵⁸⁶ Diese Bedenken erscheinen jedoch vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlauts unbegründet. Das Merkmal „einer anderen Straftat“ ist lediglich Voraussetzung für die Eröffnung der Rückausnahme, betrifft aber nicht den Inhalt der Meldepflicht selbst.

Nach überwiegender Auffassung im Schrifttum ist ein Rechtsanwalt, der bei seinem Mandanten Hinweise auf geldwäscherelevante Handlungen erkannt hat, daher nicht nur dann meldepflichtig, wenn er erkennt, dass seine Beratung für den Zweck der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung genutzt wird oder wurde, sondern auch, wenn er erkennt, dass sein Mandant die anwaltliche Beratung zur Begehung einer anderen Straftat nutzt oder genutzt hat.⁵⁸⁷ Inhaltlich umfasst die Meldepflicht allerdings nur den Geldwäscheverdacht, nicht aber die anderen Straftaten. Für dieses Verständnis spricht außerdem, dass der Gesetzgeber die Formulierung bei der letzten Novellierung des Geldwäschegegesetzes⁵⁸⁸ nicht überarbeitet hat.⁵⁸⁹

⁵⁸³ *Barreto da Rosa*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 73.

⁵⁸⁴ BRAK, Stellungnahme Nr. 24/2017 zum Regierungsentwurf des Umsetzungsgesetzes zur vierten Geldwäsche-Richtlinie, S. 2 ff.; *Barreto da Rosa*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 72; *Uwer*, AnwBl Online 2019, 327 (329).

⁵⁸⁵ *Barreto da Rosa*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 72.

⁵⁸⁶ *Uwer*, AnwBl Online 2019, 327 (329).

⁵⁸⁷ *Schubert*, NJOZ 2018, 41 (48 f.); *BNotK*, Anwendungsempfehlungen zum Geldwäschegegesetz 2017 (2018), S. 24.

⁵⁸⁸ Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 12. 12. 2019, BGBl. 2019 I S. 2602.

⁵⁸⁹ Eine diesbezügliche Anfrage beim damaligen Berichterstatter des für den Gesetzesentwurf verantwortlichen Finanzausschusses ergab, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens nicht mit der Frage befasst hat (siehe *Müller*, E-Mail vom 13.07.2023 (abgedruckt im Anhang)).

cc) Kritik der Anwaltschaft

Ungeachtet der Einschränkung gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 GwG stellt die Meldepflicht aus Sicht der Anwaltschaft eine Durchbrechung des Berufsgeheimnisses dar. Dies sei ein schwerwiegender Eingriff in die Berufsfreiheit, der das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant von Anfang an belaste. Aufgrund der überragenden Bedeutung des Vertrauensverhältnisses für die anwaltliche Berufsausübung müsse es aus Sicht der Anwaltschaft daher genügen, dass ein Rechtsanwalt sich nicht an Vorgängen der Geldwäsche beteiligen darf und das Mandat niederlegen muss, wenn er feststellt, dass sein Rat zur Begehung von Straftaten ausgenutzt wird.⁵⁹⁰

dd) Stellungnahme

Die verfassungsmäßigen Bedenken der Anwaltschaft sind nach herrschender Auffassung aus rechtsdogmatischer Sicht wegen der Einschränkung gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 GwG und des überragenden öffentlichen Interesses an einer effektiven Geldwäschebekämpfung unbegründet. Die Anwaltschaft wird die Rechtswirklichkeit daher akzeptieren müssen. Angesichts der Entwicklung der vergangenen Jahre steht zu befürchten, dass die Vorschriften zur Geldwäschebekämpfung in der Zukunft sogar noch verschärft werden. Die Anwaltschaft ist daher gut beraten, ihrerseits zu überlegen, wie sich ein weiterer Regulierungszugriff in der Zukunft vermeiden lässt, damit die Unabhängigkeit des Anwaltsberufs und das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Integrität der Anwaltschaft gewährleistet werden können. Denn es dürfte unstreitig sein, dass eine Inanspruchnahme von Rechtsanwälten als Hilfsperson der Ermittlungsbehörden einen Widerspruch zu den Grundwerten des anwaltlichen Berufs darstellt und deshalb nur als letztes Mittel in Betracht gezogen werden darf.

c) Identifizierungs- und Meldepflicht für Syndikusanwälte

Das Geldwäschesgesetz findet grundsätzlich auch auf Syndikusanwälte Anwendung. Das dürfte trotz der berechtigten Kritik aus der Literatur⁵⁹¹ und der Wirtschaft⁵⁹² spätestens seit der letzten Novellierung des Gesetzes unbestritten sein.⁵⁹³ Mit der Einfügung des § 10 Abs. 8a GwG hat der Gesetzgeber klargestellt, dass Syndikusanwälte, die für ein Unternehmen tätig sind, das selbst zum Kreis der Verpflichteten gehört, von den Sorgfaltspflichten des § 10 Abs. 1 GwG befreit

⁵⁹⁰ v. Galen, NJW 2003, 117 (117).

⁵⁹¹ Brian/Frey/Krais, CCZ 2019, 245 (251); Krais, CCZ 2019, 96 (96 f.); Pelz/Schorn, NJW 2018, 1351 (1352 ff.).

⁵⁹² Vgl. BDI/DAI, Gemeinsame Stellungnahme zum Regierungsentwurf des GwG (Stand: 06.11.2019), S. 4.

⁵⁹³ Vgl. BRAK, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum GwG, 7. Aufl. 2022, S. 8 ff.

sind.⁵⁹⁴ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die geldwäscherichtlichen Sorgfaltspflichten im Regelfall auch für Syndikusanwälte gelten.⁵⁹⁵ Der Gesetzgeber schießt damit über den vom Unionsgesetzgeber und der FATF geforderten Anwendungsbereich hinaus. Die FATF-Empfehlungen stellen ausdrücklich klar, dass sie bei der Einbeziehung von Rechtsanwälten in das Geldwäsche-Regime vor allem an externe Anwälte gedacht haben:

„Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants – this refers to sole practitioners, partners or employed professionals within professional firms. It is not meant to refer to ‚internal‘ professionals that are employees of other types of businesses [...].“⁵⁹⁶

Entsprechend beschränkt die vierte EU-Geldwäsche-Richtlinie in Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b den persönlichen Anwendungsbereich auf die „selbstständigen Angehörigen der rechtsberatenden Berufe“. Die Gesetzgebungsmaterialien des Deutschen Bundestages geben keinen Hinweis, aufgrund welcher Erwägungen der deutsche Gesetzgeber im nationalen Umsetzungsgesetz über diese Empfehlungen und Vorgaben hinausgegangen ist, sodass die gesetzgeberische Intention unklar bleibt.⁵⁹⁷

Da der Gesetzgeber abgesehen von den Ausnahmen gemäß § 6 Abs. 3 und § 10 Abs. 1 GwG den Anwendungsbereich des Geldwäschege setzes für den Syndikusanwalt nicht eingeschränkt hat, muss der Rechtsanwender davon ausgehen, dass für den Syndikusanwalt im Übrigen die gleichen Sorgfalt- und Meldepflichten gelten wie für andere Verpflichtete auch. Der Syndikusanwalt kann daher wie ein Rechtsanwalt zur Meldung nach § 43 Abs. 1 GwG verpflichtet sein. Konsequenterweise muss sich der Syndikusanwalt dann allerdings auf den Befreiungstatbestand gemäß § 43 Abs. 2 GwG berufen können, soweit es seine anwaltliche Tätigkeit betrifft und diese nicht zum Zwecke der Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder einer anderen Straftat ausgenutzt wird oder wurde und er hiervon Kenntnis hat.

⁵⁹⁴ Vgl. Bericht des Finanzausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur vierten EU-Geldwäscherichtlinie, BT-Drucks. 19/15196, S. 7.

⁵⁹⁵ Zum Ganzen Rodatz/Judis/Bergschneider, CCZ 2020, 93 (93 ff.).

⁵⁹⁶ FATF, The FATF Recommendations on Combating Money Laundering, S. 116.

⁵⁹⁷ Der damalige Berichterstatter des Finanzausschusses, Sepp Müller, begründete gegenüber dem Verfasser die Einbeziehung der Syndikusanwälte in den Anwendungsbereich des Gesetzes mit E-Mail vom 13.07.2023 wie folgt: „Dies ist sachgerecht, da Syndikusanwälte in gleicher Weise wie freie Rechtsanwälte über einen besonderen Status als unabhängiges Organ der Rechtspflege sowie über besonderes juristisches Fachwissen verfügen. Ihre rechtliche Tätigkeit kann grundsätzlich zur Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung missbraucht werden und eine Besserstellung von Syndikusanwälten gegenüber freien Rechtsanwälten wäre – gerade bei der Verdachtsmeldepflicht – schwer zu begründen.“ (abgedruckt im Anhang).

3. Mitteilung von grenzüberschreitenden Steuergestaltungen

Ein weiteres Beispiel für die ordnungsrechtliche Inanspruchnahme von Rechtsanwälten als Hinweisgeber ist die im Jahr 2020 in Kraft getretene Meldepflicht von grenzüberschreitenden Steuergestaltungen gemäß § 138d Abs. 1 AO. Rechtsanwälte, die eine grenzüberschreitende Steuergestaltung im Sinne des § 138d Abs. 2 AO vermarkten, für Dritte konzipieren, organisieren oder zur Nutzung bereitstellen oder ihre Umsetzung durch Dritte verwalten, gelten als Intermediär im Sinne des § 138d Abs. 1 AO und haben die grenzüberschreitende Steuergestaltung dem Bundeszentralamt für Steuern nach Maßgabe der §§ 138f und 138h AO mitzuteilen. Damit hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben der DAC-6-Richtlinie in nationales Recht überführt.

a) Sachlicher Anwendungsbereich

Eine grenzüberschreitende Steuergestaltung im Sinne von § 138d Abs. 2 AO liegt insbesondere bei Steuergestaltungen vor, die mehr als einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder mindestens einen Mitgliedstaat der Europäischen Union und einen oder mehrere Drittstaaten betreffen. Erforderlich ist zudem, dass die Beteiligten an der Steuergestaltung in verschiedenen Steuerhoheitsgebieten ansässig sind oder mindestens ein Beteiligter gleichzeitig in mehreren Steuerhoheitsgebieten ansässig ist. Die grenzüberschreitende Steuergestaltung ist meldepflichtig, wenn sie in eine der beiden folgenden Kategorien fällt. Erstens nennt das Gesetz in § 138e Abs. 1 AO abschließend bestimmte Kennzeichen, die in Verbindung mit dem so genannten „Main-Benefit-Test“⁵⁹⁸ das Merkmal einer meldepflichtigen Steuergestaltung verwirklichen. Der Main-Benefit-Test prüft, ob ein verständiger Dritter unter Berücksichtigung aller wesentlichen Fakten und Umstände vernünftigerweise erwarten kann, dass der Hauptvorteil oder einer der Hauptvorteile der Gestaltung die Erlangung eines steuerlichen Vorteils ist. Zweitens zählt das Gesetz in § 138e Abs. 2 AO eine abschließende Liste von Kennzeichen auf, bei deren Vorliegen stets von einer meldepflichtigen Steuergestaltung auszugehen ist, ohne dass der „Main-Benefit-Test“ angewendet werden muss.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich erfasst gemäß § 138d Abs. 1 AO Intermediäre, d. h. jede natürliche oder juristische Person, die grenzüberschreitende Steuergestaltungen vermarktet, für Dritte konzipiert, organisiert oder zur Nutzung bereitstellt oder ihre Umsetzung durch Dritte verwaltet. Die Unschärfe der Tatbestandsmerkmale ist problematisch und sorgt für erhebliche Rechtsunsicherheit.⁵⁹⁹ Das Bundesfinanzministerium hat mit einem Schreiben zur Anwendung der Vor-

⁵⁹⁸ Vgl. Anhang IV der DAC-6-Richtlinie.

⁵⁹⁹ Moser/Asmus, RIW 2021, 339 (340 f.).

schriften über die Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen Auslegungshinweise bereitgestellt, die als Hilfestellung herangezogen werden können.⁶⁰⁰

Nach den Ausführungen des Bundesjustizministeriums setzt der persönliche Tatbestand voraus, dass die betroffene Person „eine aktive Tätigkeit im unmittelbaren Zusammenhang mit einer grenzüberschreitenden Steuergestaltung“ ausführt.⁶⁰¹ Rechtsanwälte, denen „die steuerliche Bedeutung des Schaffensprozesses nicht bewusst ist, z. B. weil [sie] lediglich eingesetzt [werden], den in der Gestaltung vorgesehenen Betriebsübergang arbeitsrechtlich zu begleiten oder [sie] für Umsetzungsfragen etwa des Gesellschaftsrechts oder des Kapitalmarktrechts eingeschaltet [werden]“, sind demnach nicht als Intermediäre zu qualifizieren.⁶⁰² Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass nach diesem Maßstab eine anwaltliche Beratungstätigkeit in der Regel nicht zu einer Mitteilungspflicht führt, wenn der betroffene Rechtsanwalt an der Umsetzung einer ansonsten mitteilungspflichtigen grenzüberschreitenden Steuergestaltung lediglich mitwirkt.⁶⁰³

Dieses Verständnis ist jedoch zweifelhaft. Gemäß Art. 1 Nr. 1 der DAC-6-Richtlinie soll der Begriff Intermediär gerade auch jene Personen erfassen, die – unter Berücksichtigung der relevanten Fakten und Umstände und auf der Grundlage der verfügbaren Informationen sowie des einschlägigen Fachwissens und Verständnisses, die für die Erbringung solcher Dienstleistungen erforderlich sind – wissen oder vernünftigerweise wissen müssten, dass sie unmittelbar oder über andere Personen Hilfe, Unterstützung oder Beratung im Hinblick auf Konzeption, Vermarktung, Organisation, Bereitstellung zur Umsetzung oder Verwaltung der Umsetzung einer meldepflichtigen grenzüberschreitenden Gestaltung geleistet haben. Dementsprechend geht auch die Bundesrechtsanwaltskammer davon aus, dass eine bloß unterstützende Tätigkeit bereits genügen kann, um die Mitteilungspflicht auszulösen.⁶⁰⁴

c) Kollision mit dem anwaltlichen Berufsgeheimnis

Die Mitteilungspflicht verlangt gemäß § 138f Abs. 1 und 3 AO eine abstrakte Beschreibung der Transaktion und individuelle Angaben zu den Nutzern der Steuergestaltung. Bei Rechtsanwälten unterliegen die mitzuteilenden Informationen der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht gemäß § 203 StGB und § 43a Abs. 2 BRAO, soweit sie ihm in der Eigenschaft als Rechtsanwalt anvertraut worden oder bekannt geworden sind. Der deutsche Gesetzgeber hat von der durch die DAC-6-Richtlinie

⁶⁰⁰ *BMF*, Schreiben vom 29.03.2021.

⁶⁰¹ *BMF*, Schreiben vom 29.03.2021, S. Tz. 51.

⁶⁰² *BMF*, Schreiben vom 29.03.2021, S. Tz. 48.

⁶⁰³ *Federmann/Bischoff*, BB 2021, 791 (794 f.).

⁶⁰⁴ *BRAK*, DAC-6-Handlungshinweise (03/2021), S. 2 f.

eröffneten Möglichkeit, für Berufsgeheimnisträger Ausnahmen von der Mitteilungspflicht vorzusehen, jedoch nur eingeschränkt Gebrauch gemacht.

So verlangt das Gesetz von einem Berufsgeheimnisträger gemäß § 138f Abs. 6 AO lediglich die Mitteilung abstrakter Angaben gemäß § 138f Abs. 3 Nr. 1 und 4–9 AO.⁶⁰⁵ Ein Auskunftsverweigerungsrecht besteht gemäß § 102 Abs. 1 Nr. 3 b) und Abs. 4 Satz 3 AO dagegen in Bezug auf persönliche Daten des Nutzers im Sinne von § 138f Abs. 3 Nr. 2, 3 und 10 AO, wenn der Rechtsanwalt den Nutzer über das Bestehen der Meldepflicht informiert hat und solange der Nutzer dem Rechtsanwalt keine Befreiung erteilt hat.

Liegt nach diesem Maßstab ein Auskunftsverweigerungsrecht vor, geht die Mitteilungspflicht hinsichtlich der persönlichen Daten nach Maßgabe des § 138f Abs. 6 AO auf den Nutzer über (subsidiäre Mitteilungspflicht). Gleichzeitig bleibt der Rechtsanwalt für die Übermittlung der abstrakten Angaben, einschließlich der Darstellung der Gestaltung der Transaktionsstruktur und der steuerlichen Konsequenzen, an das Bundeszentralamt für Steuern verantwortlich. Dies gilt gemäß § 102 Abs. 4 Satz 3 AO auch dann, wenn mit diesen Angaben der betroffene Nutzer identifizierbar sein sollte.

Die Mitteilungspflicht gemäß § 138d Abs. 1 AO stellt eine gesetzliche Durchbrechung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses dar, sodass eine Offenbarung von vertraulichen Informationen an das Bundeszentralamt für Steuern in diesem Zusammenhang weder einen Verstoß gegen § 43 Abs. 2 BRAO noch gegen § 203 StGB begründet. Neben dem beträchtlichen administrativen Aufwand für Rechtsanwälte und Kanzleien stellt eine Pflicht zur Weitergabe mandatsbezogener Informationen an Behörden einen schwerwiegenden Eingriff in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit dar und kann deshalb nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein.

4. Berichterstattung durch den Compliance Officer

Fraglich ist, ob sich aus der Funktion des Compliance Officers neben der internen Anzeigepflicht auch eine Anzeigepflicht gegenüber Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden ergeben kann. Wie oben bereits dargestellt wurde, kann aus der Garantiestellung eines Compliance Officers eine strafbewehrte Handlungspflicht zur Verhinderung von unternehmensbezogenen Straftaten folgen. Dazu gehört vor allem auch die Information des Vorstands über etwaige unternehmensbezogene Rechtsverletzungen.

Eine externe Anzeigepflicht kann aus der Garantiestellung jedoch nicht abgeleitet werden, da der Compliance Officer regelmäßig einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht oder im Fall des Syndikusanwalts der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht gemäß § 43a Abs. 2 BRAO unterliegt. Nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision ist ein Unterlassen nicht rechtswidrig,

⁶⁰⁵ Schnitger/Brink/Welling, IStR 2021, 229 (252).

wenn bei der Kollision zweier (gleichrangiger) Handlungspflichten nur eine der beiden Pflichten erfüllt werden kann.⁶⁰⁶ Nach den Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen kann umgekehrt die Offenbarung von Geheimnissen gegenüber den Ermittlungsbehörden zur Wahrung eines höherwertigen Rechtsguts gerechtfertigt sein,⁶⁰⁷ wobei der Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht stets ein besonderes Gewicht in der Abwägung beizumessen ist, da sie nicht nur dem Interesse des Einzelnen dient, sondern auch dem Schutz der Allgemeinheit.⁶⁰⁸ Folglich besteht keine Pflicht zur Anzeige, sie kann im Einzelfall allerdings gerechtfertigt sein.

5. Geschäftsgeheimnisgesetz

Das Geschäftsgeheimnisgesetz enthält keine Hinweisgeberpflichten für Rechtsanwälte. Die Gesetzgebungsgeschichte zeigt gleichwohl, dass der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses in Gesetzgebungsprozessen ungewollt in Bedrängnis geraten kann. Mit dem Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) vom 18. April 2019⁶⁰⁹ hat der Gesetzgeber die Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie⁶¹⁰ in nationales Recht umgesetzt. Dies war notwendig, da der bisherige Schutz von Geschäftsgeheimnissen über die Strafvorschriften der §§ 17 bis 19 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie über die §§ 823 und 826 BGB gegebenenfalls in Verbindung mit § 1004 BGB analog den Anforderungen der EU-Richtlinie nicht entsprach.⁶¹¹ Neben einer Definition des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses enthält das Gesetz insbesondere Handlungsverbote und Bestimmungen zu den Rechtsfolgen bei Verstößen.

Ein Geschäftsgeheimnis darf gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GeschGehG nicht nutzen oder offenlegen, wer gegen eine Verpflichtung zur Beschränkung der Nutzung des Geschäftsgeheimnisses verstößt oder gegen eine Verpflichtung verstößt, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen. Die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses fällt gemäß § 5 Nr. 2 GeschGehG allerdings dann nicht unter die Verbote des § 4 GeschGehG, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, vor

⁶⁰⁶ Paeffgen/Zabel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, Vor. § 32 Rn. 170 ff.

⁶⁰⁷ BGH, Urt. v. 07.06.1968 – VI ZR 1/67, NJW 1968, 2288 (2290); a.A.: Cierniak/Niehaus, in: Müko StGB, 4. Aufl. 2021, § 203 Rn. 92, die allein den Maßstab des § 34 StGB gelten lassen wollen.

⁶⁰⁸ BGH, Urt. v. 07.06.1968 – VI ZR 1/67, NJW 1968, 2288 (2290) zur Bedeutung der ärztlichen Schweigepflicht bei der Abwägung. Die Überlegungen gelten für die anwaltliche Schweigepflicht analog.

⁶⁰⁹ BGBI. 2019 I S. 466.

⁶¹⁰ Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. EU L 157 vom 15.06.2016, S. 1.

⁶¹¹ BT-Drucks. 19/4724, S. 1.

allem zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung entsprechend dem Erwägungsgrund 20 der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie eine Whistleblowingausnahme geschaffen, die nach dem Referenten-Entwurf⁶¹² zunächst für jedermann, d. h. auch Berufsgeheimnisträger, gelten sollte.

Dies hätte dazu geführt, dass durch die Hintertür ein externes Anzeigerecht für Rechtsanwälte eingeführt worden wäre, das in seiner Reichweite noch weitergehend gewesen wäre, als die externen Anzeigerechte für Rechtsanwälte nach US-amerikanischen Recht, da eine erfolglose vorherige Berichterstattung an die Organe der Gesellschaft nicht vorausgesetzt worden wäre. Erst nach einer Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, die den offensichtlichen Konflikt dieser Regelung mit der Verschwiegenheitspflicht und die Nachteile einer Aufweichung oder Durchbrechung hervorhob, wurde § 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG dahingehend geändert, dass der berufs- und strafrechtliche Schutz von Geschäftsgeheimnissen, deren unbefugte Offenbarung von § 203 StGB erfasst wird, unberührt bleibt.⁶¹³

6. Whistleblowing-Richtlinie und HinSchG

Die Whistleblowing-Richtlinie schafft erstmals eine einheitliche europarechtliche Rechtsgrundlage für den Schutz von Whistleblowern. Danach sollen in den Mitgliedstaaten gemeinsame Mindeststandards zur Gewährleistung eines wirksamen Hinweisgeberschutzes umgesetzt werden, um die Rechtsdurchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten zu verbessern. Anwendung finden sollen die Regelungen der Richtlinie in erster Linie in Bereichen, wo eine unzureichende Meldung von Verstößen durch Hinweisgeber die Rechtsdurchsetzung wesentlich beeinträchtigt und Verstöße gegen das Unionsrecht das öffentliche Interesse ernsthaft schädigen können. Die Vorgaben der Whistleblowing-Richtlinie wurden durch das Hinweisgeberschutzgesetz mittlerweile in nationales Recht überführt.

Der Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt sich auf das Unionsrecht. Erwägungsgrund 5 sieht jedoch vor, dass die Mitgliedstaaten entscheiden können, den Anwendungsbereich der nationalen Bestimmungen auf andere Bereiche auszudehnen, um auf nationaler Ebene für einen umfassenden und kohärenten Rahmen für den Hinweisgeberschutz zu sorgen. Dies schließt mit ein, dass Personen, die im privaten oder im öffentlichen Sektor tätig sind und im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße erlangt haben, bei Offenlegung der Informationen keine

⁶¹² Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 19.04.2018 – Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

⁶¹³ BRAK, Stellungnahme Nr. 17/2018 zum Referentenentwurf des Umsetzungsgesetzes zur Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, S. 3 f.

Nachteile zu befürchten haben und besonders geschützt werden. Eine Einbindung von Rechtsanwälten als Hinweisgeber ist nicht vorgesehen. Gemäß Erwägungsgrund 26 soll sich die Richtlinie nicht auf den im nationalen Recht und gegebenenfalls – im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs – im Unionsrecht vorgesehenen Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant auswirken.

Im Entwurf der Europäischen Kommission⁶¹⁴ war der Schutz des Berufsgeheimnisses von Rechtsanwälten zunächst nicht ausdrücklich erwähnt. Dort hieß es in Erwägungsgrund 69 lediglich, dass die Richtlinie den Schutz gesetzlicher und sonstiger beruflicher Vorrechte nach nationalem Recht unberührt lassen soll. Die ausdrückliche Erwähnung des Schutzes der anwaltlichen Verschwiegenheit in der Whistleblowing-Richtlinie ist daher umso mehr zu begrüßen und verdeutlicht, dass der Unionsgesetzgeber dem Berufsgeheimnis der Rechtsanwälte eine hohe Bedeutung beimisst und dieses nicht vollständig hinter dem Allgemeininteresse an einer effizienten Rechtsdurchsetzung zurückstellen will. Dieser Linie folgend sieht auch das HinSchG gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 3 eine ausdrückliche Ausnahme zum Schutz des Berufsgeheimnisses von Rechtsanwälten und anderen Berufsgeheimnisträgern vor. Die Vorschriften des HinSchG verpflichten den Rechtsanwalt folglich weder zur Offenlegung von Informationen noch berechtigen sie ihn dazu, sodass insoweit keine weitere Erosion der anwaltlichen Verschwiegenheit zu befürchten ist.

Auch wenn die Vorschriften zur Errichtung interner Meldesysteme gemäß §§ 12 ff. HinSchG keine Pflicht zur Einbindung des Aufsichtsrats vorsehen, wird der Vorstand einer verpflichteten Aktiengesellschaft (oder SE mit zweigliedrigem Führungs- und Überwachungsorgan) künftig ernsthaft in Betracht ziehen müssen, ob ein direkter Meldekanal an den Prüfungsausschuss (oder ein ausgewähltes Aufsichtsratsmitglied) etabliert werden soll, der dann auch von Rechtsanwälten – unabhängig vom Vorliegen etwaiger Rechtfertigungsgründe – zur direkten Berichterstattung an den Aufsichtsrat genutzt werden kann.

III. Zwischenergebnis

Die bereichsspezifischen Sorgfalts- und Meldepflichten des Geldwäschege setzes und die neu eingeführten Mitteilungspflichten bei grenzüberschreitenden Steuer gestaltungen deuten einen Wandel in der Wahrnehmung und Gestaltung des anwaltlichen Berufsbilds durch den Gesetzgeber an. Das anwaltliche Berufsgeheimnis als tragende Säule der anwaltlichen Berufsausübung verliert den Nimbus der Unantastbarkeit. Das staatliche Interesse an einer effektiven Gefahrenabwehr oder auch Fiskalinteressen mögen eine entsprechende Inanspruchnahme von Rechtsanwälten als Hinweisgeber im Einzelfall rechtfertigen. Im Gesamtbild besteht jedoch die Gefahr, dass die rechtsstaatliche Funktion der Anwaltschaft als Sachwalter der In-

⁶¹⁴ COM(2018) 218 final.

teressen des Rechtsuchenden zumindest in der kautelarjuristischen Beratung zunehmend in Bedrängnis gerät. Hinzu kommt ein erheblicher Bürokratieaufwand für den einzelnen Anwalt und die zuständigen Behörden.

C. Auskunftspflichten gegenüber Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden

Neben internen und externen Auskunftspflichten, die den Wirtschaftsanwalt aktiv in Hinweisgebersysteme einbinden, verlangt ein vollständiges Bild des staatlichen Informationszugriffs auf Rechtsanwälte zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität auch die Darstellung möglicher Auskunftsansprüche von Aufsichts- oder Ermittlungsbehörden gegenüber Wirtschaftsanwälten, da die Mandatsbeziehung des Wirtschaftsanwalts zum Unternehmen und dessen Rolle in der Corporate Governance durch den fehlenden Schutz vor staatlichem Zugriff auf vertrauliche Informationen maßgeblich beeinflusst werden kann. Dies soll nachfolgend näher untersucht werden.

I. Auskunfts- und Vorlagepflicht bei Ermittlungen der BaFin

1. Auskunfts- und Vorlagepflicht gemäß § 44c Abs. 1 KWG

Rechtsanwälte, die in die Abwicklung von Geschäften eines Unternehmens einbezogen sind oder einbezogen waren, können auf Verlangen der BaFin zur Erteilung von Auskünften oder zur Vorlage von Unterlagen verpflichtet werden, wenn das Unternehmen im Verdacht steht, unerlaubte Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen zu erbringen.⁶¹⁵

Die BaFin hat gemäß § 6 Abs. 2 KWG Missstände im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen entgegenzuwirken, die die Sicherheit der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen können. Zu diesem Zweck kann die BaFin gemäß § 44c Abs. 1 KWG von einem Unternehmen oder einem anderen Unternehmen, das in die Abwicklung der Geschäfte des Unternehmens einbezogen ist oder war, die Erteilung von Auskünften oder die Vorlage von Unterlagen hinsichtlich aller Geschäftsangelegenheiten verlangen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen oder feststeht, dass das Unternehmen Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen ohne die nach § 32 KWG oder die nach § 15 WpIG erforderliche

⁶¹⁵ BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, BVerwGE 141, 262 = NJW 2012, 1241 (1241 ff.).

Erlaubnis oder ohne die nach Artikel 14 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 erforderliche Zulassung betreibt oder erbringt.

2. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gilt die Auskunfts- und Vorlagepflicht gemäß § 44c Abs. 1 KWG auch für einen Rechtsanwalt, wenn ein direktes Vorgehen gegen seinen Mandanten nicht möglich oder nicht Erfolg versprechend ist und soweit die Maßnahmen auch im Übrigen verhältnismäßig sind.⁶¹⁶ Hintergrund der Entscheidung war die Anfechtungsklage eines Rechtsanwalts, die sich unter Berufung auf die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht gegen ein Auskunftsverlangen der BaFin gemäß § 44c Abs. 1 KWG richtete. Die BaFin hatte den Kläger aufgefordert, ihr sämtliche Geschäfts- und Kontounterlagen vorzulegen, die die Geschäftstätigkeit des Rechtsanwalts im Zusammenhang mit zwei von der BaFin benannten Unternehmen betrafen.⁶¹⁷ Als Begründung trug die BaFin vor, dass diverse Zahlungsflüsse über ein Konto des Rechtsanwalts abgewickelt worden seien, die den Verdacht des Betreibens erlaubnispflichtiger Bankgeschäfte rechtfertigt.

a) Verwaltungsgericht Frankfurt am Main vom 14. Mai 2009

Das in der Vorinstanz zuständige Verwaltungsgericht Frankfurt am Main hat mit Urteil vom 14. Mai 2009 die Anfechtungsklage des Rechtsanwalts mit der Begründung zurückgewiesen, dass die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht gemäß § 43a Abs. 2 BRAO und § 2 Abs. 2 BORA der Auskunftspflicht gemäß § 44c Abs. 1 KWG nicht entgegenstünde, da der betroffene Mandant im konkreten Fall ebenso zur Auskunft verpflichtet gewesen wäre.⁶¹⁸ Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht gelte aber nur in dem Maße, wie auch der Mandant selbst keine Auskunft geben muss.

b) Verwaltungsgerichtshof Kassel vom 10. November 2010

Der Verwaltungsgerichtshof Kassel hat mit Entscheidung vom 10. November 2010 der Berufung des Rechtsanwalts stattgegeben und festgestellt, dass die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht der Auskunftspflicht gemäß § 44c Abs. 1 KWG grundsätzlich entgegenstehe.⁶¹⁹ Die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht stelle einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG dar und unterliege deshalb einem Gesetzesvorbehalt. Erforderlich sei daher eine

⁶¹⁶ BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, BVerwGE 141, 262 Tz. 27 ff. = NJW 2012, 1241 (1241 ff.).

⁶¹⁷ VG Frankfurt am Main, Urt. v. 14.05.2009 – 1 K 3874/08.F, DStRE 2009, 1413 (1413).

⁶¹⁸ VG Frankfurt am Main, Urt. v. 14.05.2009 – 1 K 3874/08.F, DStRE 2009, 1413 (1413 ff.).

⁶¹⁹ VGH Kassel, Urt. v. 10.11.2010 – 6 A 1896/09, WM 2011, 555.

spezialgesetzlich ausdrücklich normierte Beschränkung der Verschwiegenheitspflicht. Eine derartige Beschränkung lasse sich der Vorschrift des § 44c KWG – oder anderen Vorschriften des Kreditwesengesetzes – nicht entnehmen.

c) Bundesverwaltungsgericht vom 13. Dezember 2012

Mit Urteil vom 13. Dezember 2012 hat das Bundesverwaltungsgericht das Befürfungsurteil des Verwaltungsgerichtshofs Kassel geändert und die Berufung des Rechtsanwalts zurückgewiesen.⁶²⁰ Im Ergebnis hat das Bundesverwaltungsgericht damit die erstinstanzliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main bestätigt. Bei der Begründung weicht es jedoch von der umstrittenen Argumentation des Verwaltungsgerichts ab, wonach die anwaltliche Verschwiegenheit nur so weit reichen könne, wie auch der Mandant selbst keine Auskunft geben muss.⁶²¹

Das Bundesverwaltungsgericht stützt seine Entscheidung im Kern auf die Feststellung, dass die Auskunfts- und Vorlagepflicht gemäß § 44c Abs. 1 KWG eine zulässige Einschränkung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht im Sinne von § 2 Abs. 3 BORA darstellt.⁶²² Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Kassel sei es nicht erforderlich, dass Rechtsvorschriften, die eine Ausnahme im Sinne von § 2 Abs. 3 BORA begründen, ausdrücklich auf die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht Bezug nehmen. Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht könne demnach nicht nur durch berufsspezifische Regelungen eingeschränkt werden, sondern auch durch allgemeine Rechtsvorschriften, die für jedermann gelten.

Der Vorschrift des § 44c Abs. 1 KWG stünden zudem auch keine durchgreifenden verfassungsmäßigen Bedenken entgegen. Die Vorschrift habe einen legitimen Zweck, weil der Aufsichtsbehörde durch dieses Gesetz Erkenntnisquellen verschafft werden, damit diese gegen Unternehmen einschreiten kann, die unerlaubte Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen. Die Regelung diene damit dem Schutz der Allgemeinheit und des einzelnen Anlegers vor unseriösen Angeboten auf dem Finanzmarkt.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt jedoch klar, dass ein gegen einen Rechtsanwalt gerichtetes Auskunftsverlangen gemäß § 44c Abs. 1 KWG stets auch im konkreten Fall verhältnismäßig sein muss. Bei ihrer Ermessensentscheidung habe die BaFin daher die verfassungsmäßige Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts angemessen zu berücksichtigen. Dies gelte aber nur, wenn der Rechtsanwalt die Voraussetzungen eines Auskunftsverweigerungsrechts schlüssig

⁶²⁰ BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, BVerwGE 141, 262 = NJW 2012, 1241.

⁶²¹ VG Frankfurt am Main, Urt. v. 14.05.2009 – 1 K 3874/08.F, DStRE 2009, 1413 (1414); a. A.: VGH Kassel, Urt. v. 10.11.2010 – 6 A 1896/09, WM 2011, 555 (558); Weitze, DStR 2009, 1827 (1828).

⁶²² BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, BVerwGE 141, 262 = NJW 2012, 1241 (1241 ff.).

darlegen kann. Eine allgemeine Vermutung zugunsten einer zumindest auch anwaltlichen Tätigkeit dürfe nicht unterstellt werden.

d) Literaturstimmen

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hat in der Literatur in rechtsdogmatischer Hinsicht überwiegend Zustimmung erhalten.⁶²³ Kritisiert wurde es jedoch dahingehend, dass das Bundesverwaltungsgericht die Darlegungslast für das Vorliegen eines Auskunftverweigerungsrechts auf den Rechtsanwalt übertragen hat. Der Rechtsanwalt werde dadurch gezwungen, konkrete Umstände darzulegen, aus denen sich ergibt, dass ihm die in Rede stehenden Informationen in Ausübung einer anwaltlichen Tätigkeit anvertraut oder sonst bekannt geworden sind. Da dies in der Regel nur durch Offenlegung der Identität des Mandanten und Beschreibung des Mandatsgegenstands erreicht werden kann, kommt es zwangsläufig zu einer Durchbrechung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses, noch bevor die BaFin dies in der Ermessensentscheidung zur eigentlichen Sache berücksichtigen konnte.⁶²⁴

e) Stellungnahme

Der Kritik aus der Literatur ist zuzustimmen. Das Bestehen des Mandatsverhältnisses ist aus gutem Grund bereits durch das Berufsgeheimnis geschützt. Der rechtsuchende Bürger soll sich jederzeit an einen Rechtsanwalt wenden können, ohne befürchten zu müssen, dass diese Tatsache gegenüber Dritten oder Behörden offengelegt wird. Ist dies aber nicht mehr selbstverständlich, weil Behörden jederzeit Aufklärung über das Bestehen eines Mandatsverhältnisses abfragen können, wird das Vertrauen des Einzelnen in die Institution der Anwaltschaft schwer beeinträchtigt.⁶²⁵ Es wird daher zu Recht gefordert, dass die BaFin bereits in diesem

⁶²³ Siegmund, Die anwaltliche Verschwiegenheit, S. 233; Schürrle, ZGR 2014, 627 (647); Kleine-Cosack, EWiR 2012, 325 (326); ablehnend dagegen Weitze, DStR 2012, 1474 (1474 f.).

⁶²⁴ Siegmund, Die anwaltliche Verschwiegenheit, S. 233 f.; Schürrle, ZGR 2014, 627 (647); Grunewald, NJW 2012, 3622 (3624).

⁶²⁵ Die Entwicklung zu mehr Transparenz beschränkt sich nicht auf die Diskussion zum Anwaltsgeheimnis. In einer ähnlich gelagerten Debatte über die Vertraulichkeit von Protokollen der Sitzungen des wissenschaftlichen Beirats des Bundesministeriums der Finanzen wurde vom Bundesverwaltungsgericht der Anspruch auf Auskunft gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 IfG bejaht (vgl. BVerwG, Urt. v. 05.05.2022 – 10 C 1/21, BVerwGE 175, 338). Ebenso entschied das Verwaltungsgericht Karlsruhe, dass die Universität Heidelberg hinsichtlich der Namen der Gutachter, die im Verfahren der Bestellung des heutigen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Stephan Harbarth, zum Honorarprofessor der Universität Heidelberg Gutachten erstellt hatten, zur Offenlegung verpflichtet sei (vgl. VG Karlsruhe, Urt. v. 18.01.2022 – 11 K 1571/20 – juris). In diesen Fällen ging es allerdings stets um Informationsansprüche der Bürger gegen den Staat und nicht wie in der für das anwaltliche Berufsgeheimnis relevanten Konstellation um Auskunftsansprüche des Staates gegenüber Rechtsanwälten zu lasten von rechtssuchenden Bürgern.

Zusammenhang die Bedeutung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses in ihre Ermessensentscheidung mit angemessener Gewichtung einfließen lassen müsse.⁶²⁶ Die Offenlegung des Mandatsverhältnisses sollte deshalb nur verlangt werden, wenn unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ernsthafte Zweifel an der Existenz eines Auskunftsverweigerungsrechts bestehen.

3. Übertragbarkeit der Rechtsprechung

Die Bedeutung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts reicht über das Kreditwesengesetz hinaus. Die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts, dass das anwaltliche Berufsgeheimnis einem behördlichen Auskunftsverlangen nicht entgegensteht, soweit eine Ermächtigungsgrundlage für das Auskunftsverlangen existiert, ist allgemeingültig. Sie lässt sich daher auch auf andere vergleichbare Auskunftsrechte der Aufsichtsbehörden übertragen. Hierzu zählen beispielsweise die Auskunftsrechte der BaFin oder Deutschen Bundesbank im Zusammenhang mit der Verfolgung unerlaubter Zahlungsdienste und E-Geld-Geschäfte gemäß § 8 Abs. 1 ZAG sowie die Auskunftsrechte der Versicherungsaufsichtsbehörden im Zusammenhang mit der Verfolgung unerlaubter Versicherungsgeschäfte gemäß § 305 Abs. 3 VAG. Nicht übertragbar ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf Ermächtigungsgrundlagen, die Berufsgeheimnisträger ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich ausnehmen, um die Unversehrtheit des Berufsgeheimnisses zu gewährleisten, wie dies ganz überwiegend der Fall ist. So enthält etwa das Auskunftsrecht der BaFin gemäß § 6 Abs. 3 WpHG im Zusammenhang mit der Überwachung der Einhaltung der Marktmisbrauchsverordnung und anderer kapitalmarktrechtlicher Vorschriften in Satz 3 einen Vorbehalt, wonach gesetzliche Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrechte sowie gesetzliche Verschwiegenheitspflichten unberührt bleiben.

4. Zwischenergebnis

Mit der Erweiterung des Kreises der Auskunfts- und Vorlagepflichtigen durch das vierte Finanzmarktförderungsgesetz⁶²⁷ verfolgte der Gesetzgeber ausdrücklich das Ziel, die Aufklärungsmöglichkeiten der BaFin noch effizienter zu gestalten.⁶²⁸ Der Gesetzgeber hat bewusst keine Ausnahme für Berufsgeheimnisträger geschaffen, wie dies bei vergleichbaren Normen üblich ist. Es kann somit unterstellt werden, dass der Gesetzgeber zugunsten verbesserter Aufklärungsmöglichkeiten durch die BaFin in Kauf genommen hat, dass auch Rechtsanwälte von der Auskunfts- und Vorlagepflicht betroffen sein können. Auch hier zeigt sich, dass das anwaltliche Berufs-

⁶²⁶ Siegmund, Die anwaltliche Verschwiegenheit, S. 233.

⁶²⁷ Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland vom 21.06.2002, BGBl. 2002 I S. 2316.

⁶²⁸ BT-Drucks. 14/8017, S. 128.

geheimnis nach dem Willen des Gesetzgebers hinter dem Interesse der Allgemeinheit an einer effizienten Aufklärung von Wirtschaftskriminalität zurückweichen muss.

II. Kein Beschlagnahmeschutz bei internen Untersuchungen

Rechtsanwälte sind unter den Voraussetzungen der §§ 94 ff. StPO grundsätzlich verpflichtet, auf Verlangen der Ermittlungsbehörden Aufzeichnungen herauszugeben, die im Zusammenhang mit internen Untersuchungen („internal investigations“) angefertigt wurden. Dies kann den üblicherweise erstellten Abschlussbericht umfassen, aber auch Protokolle von Interviews mit Mitarbeitern des betroffenen Unternehmens, die von Rechtsanwälten im Rahmen der internen Untersuchungen geführt wurden. Das Beschlagnahmeverbot gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO greift in diesen Fällen nicht.

Die Auskunfts- bzw. Zeugnisverweigerungsrechte des Rechtsanwalts gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO werden grundsätzlich von den Beschlagnahmeverboten gemäß § 97 Abs. 1 StPO und dem Schutz vor weiteren Ermittlungsmaßnahmen gemäß § 160a StPO flankiert. Dabei gewähren die Vorschriften des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO und § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO einen umfassenden Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant.⁶²⁹ Geschützt sind sämtliche Umstände, die dem Rechtsanwalt in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt anvertraut worden sind.⁶³⁰ Die Reichweite des Beschlagnahmeverbots gemäß § 97 Abs. 1 StPO ist dagegen umstritten.⁶³¹ Insbesondere im Zusammenhang mit der Beschlagnahme von Aufzeichnungen aus von Rechtsanwälten durchgeföhrten internen Untersuchungen stellt sich die Frage, ob die Untersuchungsergebnisse und die im Zusammenhang mit den internen Untersuchungen gemachten Aufzeichnungen einem Beschlagnahmeschutz unterliegen.

1. Streitstand

a) Herrschende Meinung

Die herrschende Meinung misst die Zulässigkeit von Beschlagnahmen bei Rechtsanwälten allein an § 97 StPO, wonach das Beschlagnahmeverbot nur im Verhältnis zwischen dem im konkreten Ermittlungsverfahren Beschuldigten und seinem Rechtsanwalt greift.⁶³² Handelt es sich bei den zu beschlagnehmenden

⁶²⁹ *Percic*, in: MüKo StPO, 1. Aufl. 2014, § 53 Rn. 1.

⁶³⁰ *Bader*, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 53 Rn. 16.

⁶³¹ Vgl. *Park/Eggers*, in: MAH WiStrafR, 3. Aufl. 2020, § 11 Rn. 178 ff.

⁶³² BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, NJW 2018, 2385 (2387 f.); LG Bochum, Beschl. v. 16.03.2016 – II-6 Qs 1/16, NStZ 2016, 500 (502); LG

Aufzeichnungen um Informationen, die ein Rechtsanwalt zwar bei seiner anwaltlichen Tätigkeit erlangt hat, sein Mandant aber nicht Gegenstand des jeweiligen Ermittlungsverfahrens ist, kann sich der Rechtsanwalt nicht auf § 97 StPO berufen und muss die Aufzeichnungen an die Ermittlungsbehörden herausgeben.

b) Andere Ansicht

Vereinzelte Stimmen in der Literatur halten dies für unzulässig.⁶³³ Sie sind der Auffassung, dass der Anwendungsbereich des § 97 StPO durch den umfassenden Schutz des § 160a StPO lediglich ergänzt werde. Es bestehe gerade kein Spezialitätsverhältnis, da der Gesetzgeber mit Einführung des § 160a StPO einen absoluten Schutz der anwaltlichen Geheimnisträger angestrebt habe.

2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Nichtannahmebeschluss vom 27. Juni 2018 im Zusammenhang mit den Verfassungsbeschwerden der Volkswagen AG und der beratenden Rechtsanwaltskanzlei gegen die Durchsuchung der Kanzleiräume im Zuge des VW-Diesel-Skandals der Mindermeinung eine klare Absage erteilt und festgestellt, dass § 97 StPO eine Spezialregelung für Beschlagnahmen darstelle, die § 160a Abs. 1 StPO grundsätzlich verdränge. Dies ergebe sich sowohl aus dem Wortlaut des § 160a Abs. 5 StPO, wonach die Vorschrift des § 97 StPO unberührt bleibe, als auch aus der Gesetzeszusammenfassung, weil die engeren und ausdifferenzierten Regelungen des § 97 StPO andernfalls leerlaufen würden. Auch die Gesetzgebungsmaßnahmen gäben keinen Anlass zu der Annahme, dass der Gesetzgeber durch die Miteinbeziehung sämtlicher Rechtsanwälte in den persönlichen Anwendungsbereich des § 160a StPO das systematische Verhältnis zwischen § 160a StPO und § 97 StPO ändern wollte.⁶³⁴

3. Folgen für die Praxis

Ermittlungsbehörden haben unter den Voraussetzungen der §§ 94 ff. StPO das Recht, auf die Ergebnisse und Aufzeichnungen interner Untersuchungen zuzugreifen, selbst wenn sich die Aufzeichnungen im Gewahrsam von Rechtsanwälten be-

Mannheim, Beschl. v. 03.07.2012 – 24 Qs 1/12, NZWiSt 2012, 424 (425); LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, NJW 2011, 942 (943 f.); *Griesbaum*, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 160a Rn. 21; *Hauschild*, in: MüKo StPO, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 64; *Kölbl*, in: MüKoStPO, 1. Aufl. 2016, § 160a Rn. 8.

⁶³³ *Szesny*, CCZ 2017, 25 (28 f.); *Ballo*, NZWiSt 2013, 46 (48 ff.); *Schuster*, NZWiSt 2012, 424 (432 ff.); *Bertheau*, StV 2012, 303 (306); *v. Galen*, NJW 2011, 942 (945); *Szesny*, GWR 2011, 169 (169).

⁶³⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, NJW 2018, 2385 (2385 f.).

finden. Dies hat weitreichende Implikationen für die Praxis. Aufgrund der Zugriffsmöglichkeiten der Ermittlungsbehörden besteht die Gefahr, dass die Mitarbeiter des betroffenen Unternehmens nur eingeschränkt mit den beauftragten Rechtsanwälten kooperieren werden. Die Leitungsorgane von betroffenen Unternehmen werden künftig bei der Entscheidung zur Durchführung einer internen Untersuchung das Risiko in ihre Abwägung miteinbeziehen müssen, dass sämtliche im Rahmen der internen Untersuchungen gesammelten Erkenntnisse potenziell dem Zugriff der Ermittlungsbehörden ausgesetzt sind. Eine umfassende interne Aufklärung, wie sie in einem vertraulichen Umfeld möglich wäre, wird hierdurch erschwert.

Meist wird es aus rechtlichen Gründen und der Gefahr eines Reputationsverlustes jedoch keine Alternative zur Durchführung einer internen Untersuchung geben. So wird bei Vorliegen eines Verdachtsmoments aufgrund der Legalitätspflicht gemäß § 93 Abs. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG die Unternehmensleitung regelmäßig verpflichtet sein, angemessene Aufklärungsmaßnahmen zu unternehmen.⁶³⁵ Zudem werden Compliance-Maßnahmen schon heute von den Behörden und Gerichten sanktionsmindernd berücksichtigt.⁶³⁶ Ob in der Zukunft ausdrückliche gesetzliche Grundlagen für eine Milderung der Sanktionen bei Durchführung interner Untersuchungen geschaffen werden, wie bereits in §§ 17 Abs. 1, 18 des VerSanG-RegE⁶³⁷ vorgesehen war, bleibt abzuwarten, nachdem der Entwurf des VerSanG dem Ende der 19. Legislaturperiode zum Opfer gefallen ist.

In der Praxis wird daher bereits dazu übergegangen, die Untersuchungsergebnisse nicht mehr schriftlich festzuhalten, sondern lediglich mündlich zu präsentieren.⁶³⁸ Hinzu kommen rechtliche Folgefragen im Hinblick auf die Verwertbarkeit von selbstbelastenden Aussagen von Mitarbeitern in gegen sie gerichteten Ermittlungs- oder Strafverfahren.⁶³⁹ Wieder zeigt sich, dass der Gesetzgeber und die Rechtsprechung das Berufsgeheimnis des Rechtsanwalts zwar grundsätzlich anerkennen, aber punktuell hinter dem Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung zurücktreten lassen.

III. Auskunftspflichten nach dem Geldwäschegesetz

Die Anzeigepflicht gemäß § 43 Abs. 1 GwG wird von § 52 Abs. 1 GwG flankiert, wonach den Aufsichtsbehörden weitreichende Ermittlungsbefugnisse gegen Rechtsanwälte eingeräumt und den betroffenen Rechtsanwälten entsprechende Mitwirkungspflichten auferlegt werden. Rechtsanwälte, die im Sinne des Gesetzes

⁶³⁵ Park/Eggers, in: MAH WiStrafR, 3. Aufl. 2020, § 11 Rn. 7 ff.

⁶³⁶ BGH, Urt. v. 09.05.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2018, 379.

⁶³⁷ BT-Drucks. 19/23568.

⁶³⁸ Habbe/Pelz, BB 2020, 1226 (1231).

⁶³⁹ Reinhardt/Kaindl, CB 2017, 210 (213 f.).

als Verpflichtete gelten, haben der zuständigen Aufsichtsbehörde gemäß § 52 Abs. 1 GwG auf Verlangen Auskunft über alle Geschäftsangelegenheiten und Transaktionen zu erteilen und Unterlagen vorzulegen, die für die Einhaltung der im GwG festgelegten Anforderungen von Bedeutung sind.⁶⁴⁰

Sie können jedoch gemäß § 52 Abs. 5 Satz 1 GwG die Auskunft auf Fragen verweigern, wenn sich diese Fragen auf Informationen beziehen, die sie im Zusammenhang mit der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung des Vertragspartners erhalten haben. Anders als von Teilen in der Literatur vertreten wird, hat der betroffene Rechtsanwalt kein Wahlrecht.⁶⁴¹ Vielmehr muss er von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen, andernfalls verstößt er gegen seine Verschwiegenheitspflicht aus § 203 StGB. Analog zu den Zeugnisverweigerungsrechten gemäß § 53 StPO begründe die Auskunft nur dann keinen Verstoß gegen § 203 StGB, wenn die Offenbarung gerechtfertigt ist, insbesondere nach Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen.⁶⁴² Damit wird das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant korrespondierend zu den prozessualen Zeugnis- bzw. Auskunftsverweigerungsrechten geschützt. Der Rechtsanwalt wird aus der Zwangslage des Pflichtenwiderstreits befreit, einerseits das Vertrauen zu wahren und andererseits an der Aufklärung von Straftaten mitzuwirken.⁶⁴³

Gemäß § 52 Abs. 5 Satz 2 GwG macht das Gesetz hiervon eine Ausnahme, wenn der Verpflichtete weiß, dass sein Mandant seine Rechtsberatung für den Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung in Anspruch genommen hat oder nimmt. In diesem Fall bleibt die Auskunftspflicht bestehen. Dieser Ausnahmeregelung könnte entgegengehalten werden, dass sie den Rechtsanwalt zurück in die Zwangslage eines Pflichtenwiderstreits versetzt, die durch das Zeugnisverweigerungsrecht gerade vermieden werden soll. Bei Lichte betrachtet dürfte jedoch auch hier gelten, dass das Vertrauensverhältnis im Falle eines Missbrauchs der anwaltlichen Tätigkeit nicht schutzwürdig ist. Zudem dürfte der Anwendungsbereich der Ausnahme gering sein, weil dem betroffenen Rechtsanwalt in vielen dieser Fälle wegen einer möglichen Beihilfestrafbarkeit ein eigenes Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zustehen dürfte.⁶⁴⁴

D. Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, dass der Wirtschaftsanwalt durch außerberufsrechtliche Regulierung zunehmend als Hinweisgeber im System der Corporate

⁶⁴⁰ Achtelik, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. 2020, § 52 Rn. 3.

⁶⁴¹ Bayer, in: BeckOK, GwG, 10. Edition, Stand: 01.06.2022, § 52 Rn. 26.

⁶⁴² Bader, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 53 Rn. 4.

⁶⁴³ Vgl. zu § 53 StPO BGH, Urt. v. 12.01.1956 – 3 StR 195/55, BGHSt 9, 59 (61) = NJW 1956, 599 (600).

⁶⁴⁴ Bayer, in: BeckOK, GwG, 10. Edition, Stand: 01.06.2022, § 52 Rn. 33.

Governance und Compliance in Anspruch genommen wird und dadurch wesentliche anwaltliche Grundwerte, wie die staatliche Unabhängigkeit und der Schutz des Berufsgeheimnisses, schlechend erodieren. Dies gilt vor allem für die Anzeige- und Auskunftspflichten für Rechtsanwälte im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und grenzüberschreitenden Steuergestaltungen, für die Auskunftspflichten gegenüber der BaFin bei Ermittlungen im Zusammenhang mit unerlaubten Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen sowie die strafbewehrte Pflicht des Syndikusanwalts in seiner Funktion als Compliance Officer zur Verhinderung von Fehlverhalten und Missständen in Unternehmen.

Der Regulierungszugriff auf die Anwaltschaft durch wirtschaftsordnungsrechtliche Spezialvorschriften steht im Widerspruch zur verfassungsmäßig geschützten freien und unreglementierten Berufsausübung des Rechtsanwalts, die in den letzten Jahren besonders im Bereich des Berufsrechts durch das Bundesverfassungsgericht immer wieder als Begründung für die Notwendigkeit einer Deregulierung angeführt wurde.

Fünfter Teil

Rechtspolitische Diskussion zur Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber

A. Gründe für Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber

Für die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten zur Aufklärung von Wirtschaftskriminalität und Verbesserung der Corporate Governance lassen sich verschiedene rechtspolitische Gründe anführen. Das wichtigste Argument für die Einführung von Meldepflichten von Wirtschaftsanwälten ist ihr tätigkeitsbedingter Zugang zu Insiderwissen, das für die Aufklärung und Verhinderung von Straftaten nutzbar gemacht werden kann. Zweitens besteht bei Wirtschaftsanwälten aufgrund ihrer Tätigkeit stets das Risiko, dass ihre Dienste für Zwecke der Begehung von Wirtschaftsstraftaten ausgenutzt werden, was es aus rechtspolitischer Sicht zu verhindern gilt. Drittens kann aus der Rolle des Wirtschaftsanwalts eine Allgemeinwohlverantwortung abgeleitet werden, die ihn in besonderem Maße dem Recht und der Verhinderung von Straftaten verpflichtet. Dies könnte durch entsprechende Verhaltensvorschriften im Gesetz abgebildet werden, soweit dies zum Schutz von Gemeinwohlbelangen notwendig ist. Die Tragfähigkeit dieser Thesen soll nachgehend erörtert werden.

I. Effektive Aufklärung und Verfolgung von Straftaten

Ein zentrales Element der Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten bei der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität ist die Nutzbarmachung von Insiderwissen sowohl unternehmensintern als auch durch Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden. Als Rechtsberater werden Wirtschaftsanwälte in nahezu alle relevanten Finanz- und Unternehmenstransaktionen einbezogen, sodass sie aufgrund ihrer Tätigkeit naturgemäß über unternehmensspezifisches Insiderwissen verfügen. Der Wirtschaftsanwalt befindet sich daher in einer Position, die es ihm ermöglicht, durch eine frühzeitige Verdachtsmeldung gegenüber den Leitungs- und Überwachungsorganen der Gesellschaft oder gegenüber Behörden die Begehung rechtmäßiger Handlungen zu verhindern und damit größere Schäden von dem betroffenen Unternehmen, Dritten oder der Öffentlichkeit abzuwenden. Zudem gilt es aus Sicht der Ermittlungs- und

Aufsichtsbehörden, das Insiderwissen der Wirtschaftsanwälte für die Aufklärung von rechtswidrigem Fehlverhalten nutzbar zu machen.

1. Reduzierung unternehmensinterner Informationsasymmetrien

Interne Meldepflichten, wie sie beispielsweise das US-amerikanische Regulierungsregime vorsieht, zielen darauf ab, das unternehmensinterne Corporate-Governance- und Compliance-Management-System zu stärken. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass eine ausdrückliche interne Meldepflicht für Wirtschaftsanwälte einerseits das Risiko verringert, dass sie aus falsch verstandenen Loyalitätspflichten die Augen vor Pflichtverletzungen oder Rechtsverstößen verschließen. Andererseits soll der Informationsfluss zu den Leitungsorganen verbessert und dadurch interne Informationsasymmetrien abgebaut werden.

Ziel ist es, die Überwachungs- und Kontrollfunktion der Überwachungsorgane zu stärken, indem diese frühzeitig über Fehlverhalten informiert werden und angemessene Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Schäden unternehmen können. Wirtschaftsanwälte werden auf diese Weise funktional als Gatekeeper und Whistleblower in das System der Corporate Compliance und Governance eingebunden, um strukturelle Überwachungs- und Kontrolldefizite auszugleichen.⁶⁴⁵

Voraussetzung für die Effektivität eines internen Meldesystems ist allerdings, dass die Leitungsorgane des jeweiligen Unternehmens auf eine entsprechende Meldung mit angemessenen Abhilfemaßnahmen reagieren. Sollte keine angemessene Reaktion erfolgen, müsste den betroffenen Wirtschaftsanwälten die Möglichkeit eröffnet werden, den Verdacht gegenüber Ermittlungs- oder Aufsichtsbehörden zu melden.

2. Aufsichtsrechtliche Informationsbeschaffung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten in Deutschland in erster Linie auf die Informationsbeschaffung von Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden fokussiert. Hintergrund ist, dass Wirtschaftsstrafaten aufgrund ihrer undurchsichtigen und unauffälligen Charakteristik für Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden häufig nicht zu entdecken sind.⁶⁴⁶ Die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität erfordert daher die Unterstützung privater Akteure, deren Dienste von den Tätern typischerweise zur Begehung von Wirtschaftsstrafaten missbraucht werden.⁶⁴⁷ Dies umfasst auch Wirtschaftsanwälte, wenn diese an der Umsetzung von Finanz- oder Unternehmenstransaktionen beteiligt sind.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Zum Ganzen Bainbridge, *Corporate Governance*, S. 188 ff.; Coffee, *Gatekeepers*, S. 216 ff.

⁶⁴⁶ Siehe hierzu oben, S. 47 f.

⁶⁴⁷ Vgl. zur Geldwäschebekämpfung Erwägungsgrund 15 der Richtlinie (EWG) 91/308, ABI. EG L 166/77 v. 28.06.1991 (erste Geldwäsche-Richtlinie); BT-Drucks. 14/8739, S. 12.

Zudem wird von Befürwortern der Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Auskunfts Personen der Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden argumentiert, dass die Mandatierung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Rechtsanwalts nicht dazu führen dürfe, dass die Aufklärung von Wirtschaftsstrafaten verhindert wird, indem wesentliche Teile eines rechtswidrigen Geschäftsmodells bei einem Rechtsanwalt monopolisiert werden, sodass die vermeintlichen Täter selbst mangels Kenntnis und der Rechtsanwalt wegen der Verschwiegenheitspflicht keine Auskunft erteilen können.⁶⁴⁹ Ferner sei ein normativer Auskunftsanspruch der Aufsichtsbehörden gegenüber einem Rechtsanwalt gerechtfertigt, wenn dieser dem Schutz übergeordneter Gemeinwohlbelange wie der Integrität des Kredit- und Finanzmarktes oder des Ein- und Anlegerschutzes diene.⁶⁵⁰

II. Das Rollenbild des Wirtschaftsanwalts als Anknüpfungspunkt

Bei der Frage, ob der Gesetzgeber dem Wirtschaftsanwalt tätigkeitspezifische Überwachungs- und Kontrollpflichten auferlegen sollte, wird von Teilen der Literatur auch die Rolle und das Berufsbild des Wirtschaftsanwalts als Begründung herangezogen. Der Wirtschaftsanwalt habe aufgrund seiner Stellung als Rechtsanwalt eine gesteigerte Verantwortung für das Allgemeinwohl, aus der sich die Übertragung von Kontroll- und Überwachungspflichten im System der Corporate Governance ableiten lasse.

Zum Teil wird in der Literatur vertreten, der Wirtschaftsanwalt sei als Rechtsanwalt „in besonderem Maße dem öffentlichen Interesse an der Bekämpfung schwerer gemeinschädlicher Rechtsverstöße verpflichtet“.⁶⁵¹ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass aus der berufsrechtlichen Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege eine besondere Verantwortung gegenüber dem Recht und Gesetz folgt. Der Wirtschaftsanwalt handelt im „wohlverstandenen Interesse“⁶⁵² des Unternehmens und wirkt durch entsprechende Beratung und Aufklärung der Mitarbeiter und Organmitglieder des Unternehmens auf ein rechtmäßiges Verhalten hin.

Das klassische Rollenverständnis des Rechtsanwalts als Interessenvertreter wird damit für Wirtschaftsanwälte generell infrage gestellt. Als Begründung wird darauf

⁶⁴⁸ Vgl. zur Geldwäschekämpfung Erwägungsgrund 9 der vierten Geldwäsche-Richtlinie.

⁶⁴⁹ VG Frankfurt am Main, Urt. v. 14.05.2009 – 1 K 3874/08.F, DStRE 2009, 1413 (1414); vgl. zu Syndikusanwälten BT-Drucks. 17/8567, S. 40; vgl. Klagebegründung der BaFin in BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, BVerwGE 141, 262 Tz. 10.

⁶⁵⁰ BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, BVerwGE 141, 262 Tz. 30 ff. = NJW 2012, 1241 (1243).

⁶⁵¹ Knöfel/Mock, AnwBl 2010, 230 (234).

⁶⁵² Hommerich, AnwBl 2009, 406 (406).

verwiesen, dass das klassische Rollenverständnis dem Aufgabenfeld und der Verantwortung des Wirtschaftsanwalts innerhalb eines Unternehmens nicht mehr gerecht werde. Bei der Beratung von Unternehmen habe der Wirtschaftsanwalt mehr zu erfüllen als die bloße technische Beratung in spezifischen Rechtsfragen. Er trage aufgrund seiner Stellung eine Verantwortung, das Allgemeinwohl vor möglichen Schäden durch wirtschaftskriminelle Handlungen zu schützen.⁶⁵³

Vor diesem Hintergrund leiten die Befürworter der anwaltlichen Hinweisgeberpflichten aus dem anwaltlichen Berufsbild eine Verantwortlichkeit der Wirtschaftsanwälte für die Legalität des Unternehmenshandelns ab. Der Wirtschaftsanwalt soll ähnlich den Abschlussprüfern, Ratingagenturen oder Analysten im Interesse der Aktionäre und Anleger Überwachungs- und Kontrollfunktionen übernehmen.⁶⁵⁴ Dies gelte insbesondere für den Syndikusanwalt, der als „rechtliches Gewissen“ des Unternehmens eine Verantwortung trage, die weit über die Rolle des rechtlichen Beraters hinausgehe.⁶⁵⁵ Der Syndikusanwalt habe eine Kontroll- und Überwachungsfunktion, die sich unabhängig von seiner Eingliederung in die Unternehmenshierarchie und ökonomischen Interessen aus seiner „normativen Verpflichtung“ als Angehöriger des anwaltlichen Berufsstandes legitimiert.⁶⁵⁶ Er hat im Unternehmensinteresse und zum Wohle der Allgemeinheit über das rechtmäßige Unternehmensverhalten zu wachen.⁶⁵⁷ Der moderne Syndikusanwalt nehme im Beziehungsgeflecht eines Unternehmens wegen seiner Doppelrolle als rechtlicher Berater einerseits und Bewahrer der Rechtskonformität andererseits eine Schlüsselrolle ein.⁶⁵⁸ Diese spezifische Bedeutung des Unternehmensanwalts für das Corporate-Governance- und Compliance-Management-System eines Unternehmens gelte es zu erkennen und zu stärken.⁶⁵⁹

III. Fehlverhalten von Wirtschaftsanwälten am Beispiel Cum/Ex

Die eingangs dargestellten Fallbeispiele haben aufgezeigt, dass es auch hierzu-lande Wirtschaftsskandale gibt, in deren Zusammenhang Rechtsanwälte nicht ausreichend versucht haben, schwerwiegende Rechtsverletzungen zu verhindern oder sogar in die Begehung von Straftaten involviert waren. Nachfolgend soll daher am Beispiel des Cum/Ex-Skandals erörtert werden, welche Erkenntnisse sich aus dem Verhalten der beteiligten Rechtsanwälte für die Debatte zur Einbindung von

⁶⁵³ *Coffee*, Gatekeepers, S. 192 ff.; *Knöfel/Mock*, AnwBl 2010, 230 (234).

⁶⁵⁴ *Coffee*, Gatekeepers, S. 192 ff.

⁶⁵⁵ *Hommerich*, AnwBl 2009, 406 (407); *Merk*, AnwBl 2015, 552 (553).

⁶⁵⁶ *Hommerich*, AnwBl 2009, 406 (407).

⁶⁵⁷ *Merk*, AnwBl 2015, 552 (553).

⁶⁵⁸ *Schwung*, AnwBl 2007, 14 (15); *Hommerich*, AnwBl 2009, 406 (406 f.).

⁶⁵⁹ *Merk*, AnwBl 2015, 552 (554).

Rechtsanwälten in das System der Corporate Governance ableiten lassen. Die Grundlagen der Cum/Ex-Geschäfte wurden bereits dargelegt und sollen hier nicht wiederholt werden. Vielmehr geht es in diesem Abschnitt um die spezifische Rolle der beteiligten Rechtsanwälte im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften.

1. Die Rolle von Wirtschaftsanwälten bei Cum/Ex-Geschäften

Die rechtliche Aufarbeitung des Cum/Ex-Skandals ist aufgrund der Komplexität der Fälle noch nicht abgeschlossen. Im Jahr 2021 hat der Bundesgerichtshof die Strafbarkeit von Cum/Ex-Geschäften gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO wegen Steuerhinterziehung grundsätzlich bestätigt, soweit es um die Geltendmachung tatsächlich nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer zur Steueranrechnung bzw. Steuererstattung gegenüber den Finanzbehörden auf der Grundlage von Cum/Ex-Leerverkaufsgeschäften geht.⁶⁶⁰ Die konkrete Beteiligung von Rechtsanwälten im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften ist einzelfallbezogen und bisher nur zum Teil öffentlich bekannt. Der Bericht des mit der Aufarbeitung des Cum/Ex-Skandals befassten Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages stellt jedoch fest, dass sich Rechts- und Steuerberater „aktiv an der Durchführung und Verschleierung von Cum/Ex-Geschäften beteiligt“ haben.⁶⁶¹ Auch der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass die Cum/Ex-Geschäfte in der Regel unter anwaltlicher Beratung erfolgten.⁶⁶²

Dabei sollen Rechtanwälte sowohl im Vorfeld der Transaktionen mit der Gestaltung und Entwicklung der Strukturen befasst gewesen sein als auch Rechtsgutachten für Banken, Initiatoren sowie Investoren erstellt haben, die die steuerliche Anerkennung der Cum/Ex-Geschäfte bestätigten.⁶⁶³ Unter dieser Prämisse soll nachfolgend untersucht werden, ob den beteiligten Rechtsanwälten ein rechtlich relevantes Fehlverhalten vorgeworfen werden kann.

2. Rechtlich relevantes Fehlverhalten

a) Nichtanzeige gegenüber Ermittlungs- oder Aufsichtsbehörden

Der Bericht des Untersuchungsausschusses stellt fest, dass es für die beteiligten Rechts- und Steuerberater als Organe der Rechtspflege nicht fernengelegen hätte, „sich zur Klärung der umstrittenen Rechtsfragen – wie bei Geschäften dieser finanziellen Größenordnung üblich – frühzeitig an die Finanzverwaltung zu wenden“.⁶⁶⁴ Im Kern muss diese Aussage dahingehend verstanden werden, dass aus der Stellung des

⁶⁶⁰ BGH, Urt. v. 28.07.2021 – 1 StR 519/20, BGHSt 66, 182 = NStZ 2022, 176.

⁶⁶¹ BT-Drucks. 18/12700, Abschlussbericht des Cum/Ex-Ausschusses (2017), S. 348.

⁶⁶² BGH, Beschl. v. 07.02.2017 – 1 BGs 74/17, NJW 2017, 1405 (1407).

⁶⁶³ BT-Drucks. 18/12700, Abschlussbericht des Cum/Ex-Ausschusses (2017), S. 346; Zapf, BB 2019, 1182 (1183).

⁶⁶⁴ BT-Drucks. 18/12700, Abschlussbericht des Cum/Ex-Ausschusses (2017), S. 348.

Rechts- und Steuerberaters als Organ der Rechtspflege eine Kooperationspflicht mit der Finanzverwaltung folgt. Ob dieser Schluss belastbar ist, dürfte mehr als fraglich sein. Darauf wird nachstehend noch ausführlich einzugehen sein. Abgesehen davon gab es nach damaliger Rechtslage keine ausdrückliche gesetzliche Pflicht zur Anzeige der in Rede stehenden Steuergestaltungen. Eine mögliche Anzeigepflicht gemäß § 43 Abs. 1 GwG in der damals geltenden Fassung dürfte ausscheiden, da sich die Beteiligung der Rechtsanwälte in den Cum/Ex-Fällen in der Regel auf die Vortat selbst bezog und nicht etwa auf eine Transaktion zur Verschleierung der Herkunft der erlangten Vermögenswerte. Dies ist aber tatbestandliche Voraussetzung für die Meldepflicht gemäß § 43 Abs. 1 GwG.⁶⁶⁵ Auch eine Meldepflicht gemäß § 138 StGB scheidet aus, weil die Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO keine Katalogtat im Sinne des § 138 Abs. 1 StGB ist.

b) Fehlerhafte Beratung im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften

Im Jahr 2018 verurteilte das OLG Düsseldorf einen Rechtsanwalt zur Leistung von Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung der anwaltsvertraglichen Beratungspflicht, weil er in einem Gutachten zur Zulässigkeit von Cum/Ex-Geschäften versäumt hatte, seinen Mandanten auf das Risiko hinzuweisen, dass trotz der Ausstellung von zwei Kapitalertragsteuerbescheinigungen im Zusammenhang mit der typischen Konstellation der doppelten Eigentümerstellung bei Cum/Ex-Geschäften der Erstattungsanspruch am fehlenden Nachweis einer tatsächlichen Abführung der Kapitalertragsteuer durch den Verkäufer scheitern könnte.⁶⁶⁶ Tragender Grund für die Entscheidung war, dass der Rechtsanwalt einen für die Entscheidung seines Mandanten relevanten Aspekt verschwiegen hatte. Eine Beratung, die bestehende Risiken verschweigt, sei stets fehlerhaft. Dabei komme es nicht darauf an, ob der Rechtsanwalt die bestehenden Risiken berechtigterweise für vertretbar halten durfte.

Die Entscheidung wurde in der Literatur dafür kritisiert, dass sich das Gericht nicht dezidiert mit dem Umfang des Beratungsauftrags und der Frage des Mitverschuldens auseinandergesetzt habe.⁶⁶⁷ Auch wenn sich im Einzelnen über die zivilrechtliche Dogmatik streiten lässt, zeigt das Urteil deutlich, dass das Vertragsrecht grundsätzlich wirksame Mittel bereithält, um die Verantwortung für Fehlverhalten angemessen zuzuordnen. Die möglichen Haftungsrisiken im Falle einer fehlerhaften Beratung dürften grundsätzlich geeignet sein, die richtigen Anreize zu setzen. Schon aus Selbstschutz müsste jeder Rechtsanwalt ein Interesse daran haben, mögliche Risiken klar zu artikulieren, wenn Mandanten rechtswidrige Geschäfte planen oder umsetzen wollen. Jene Rechtsanwälte, die aus vermeintlichem Gewinnstreben im Zusammenhang mit den Cum/Ex-Geschäften bereit waren, die erheblichen Haftungsrisiken bewusst in Kauf zu nehmen, dürften vor diesem Hintergrund bedau-

⁶⁶⁵ Pelz, in: BeckOK, GwG, 10. Edition, Stand: 01.06.2022, § 43 Rn. 25.

⁶⁶⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2018 – 9 U 179/16, DStRE 2020, 116 (119).

⁶⁶⁷ Zapf, BB 2019, 1182 (1186 f.); Heilbock/Geissler, GWR 2019, 211 (213).

erliche Einzelfälle gewesen sein. Dies soll gleichwohl den gesamtgesellschaftlichen Schaden, der durch die fehlerhaften Steuererstattungen entstanden ist, nicht kleindenken.

c) Beihilfe zur Steuerhinterziehung

Neben der Frage der zivilrechtlichen Haftung stellt sich insbesondere im Fall von Gefälligkeitsgutachten zur Legitimierung der Cum/Ex-Geschäfte die Frage nach einer strafbaren Beihilfehandlung. Im Kern geht es um die bereits erörterte Problematik der Beihilfestrafbarkeit bei berufstypisch neutralen Tätigkeiten. Nach dem von der Rechtsprechung entwickelten objektiv-subjektiven Maßstab ist es nicht fernliegend, dass die Erstellung von Gefälligkeitsgutachten zur Legitimierung von Cum/Ex-Geschäften den Tatbestand der Beihilfe erfüllt. Dies dürfte vor allem dann gelten, wenn die relevanten Gutachten ausschließlich auf die Begehung einer Steuerhinterziehung abzielten und darüber hinaus für die auftraggebenden Banken und Investoren keine andere sinnvolle Verwendung hatten. Voraussetzung ist stets, dass die betroffenen Rechtsanwälte wussten, dass die Cum/Ex-Geschäfte der Banken und Investoren ausschließlich darauf gerichtet waren, eine Steuerhinterziehung zu begehen. Es wird Aufgabe der Gerichte sein, dies in jedem Einzelfall zu bewerten.

Auf Basis der Feststellungen des Untersuchungsausschusses, dass „die Berater ihren Mandanten die Missbrauchsanfälligkeit des Verfahrens zur Abwicklung der Aktiengeschäfte als ‚Schwäche‘ [schilderten], deren Ausnutzung ebenso geboten wie zulässig sei“, dürfte es jedoch nicht ausgeschlossen sein, dass sich die erforderlichen objektiven Tatbeiträge und der Beihilfversatz in der Mehrheit der Fälle nachweisen lassen werden. Dafür spricht auch der Schluss des Untersuchungsausschusses, dass es sich bei den Cum/Ex-Geschäften um ein gezieltes Zusammenwirken von Banken, Wirtschaftskanzleien und Investoren handelte.⁶⁶⁸ Das Strafrecht setzt dem Handeln der Wirtschaftsanwälte enge Grenzen. Dies dürfte jedem der beteiligten Rechtsanwälte bekannt gewesen sein.

Die Beteiligung an derartigen Steuergestaltungen deutet daher auf eine „besondere kriminelle Energie“⁶⁶⁹ der einzelnen Akteure hin. Auch vor dem Hintergrund möglicher strafrechtlicher Sanktionen spricht vieles dafür, dass es sich bei der Beteiligung von Rechtsanwälten an den Cum/Ex-Skandalen um bedauerliche Einzelfälle gehandelt hat, aber kein Systemversagen vorlag. Durch eine konsequente Strafverfolgung könnte ein wirksames Zeichen gesetzt werden, das Rechtsanwälte künftig noch sorgfältiger agieren lässt und damit generalpräventive Wirkung entfaltet.

⁶⁶⁸ BT-Drucks. 18/12700, Abschlussbericht des Cum/Ex-Ausschusses (2017), S. 173 ff.

⁶⁶⁹ OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 09.03.2021 – 2 Ws 132/20, NZWiSt 2021, 229 (235).

3. Bewertung gemäß § 138d Abs. 1 AO

Die Meldepflicht grenzüberschreitender Steuergestaltungen gemäß § 138d Abs. 1 AO ist erst im Jahr 2020 in Kraft getreten. Da die fraglichen Cum/Ex-Geschäfte vor allem im Zeitraum von 2005 bis 2011 stattgefunden haben⁶⁷⁰, bestand unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten im relevanten Zeitraum keine Pflicht für die beteiligten Rechtsanwälte zur Anzeige der Cum/Ex-Geschäfte. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob die neu eingeführte Meldepflicht für Rechtsanwälte und andere Intermediäre gemäß § 138d Abs. 1 AO zur frühzeitigen Aufdeckung der rechtswidrigen Steuergestaltungen geführt und damit die gewaltigen Steuerschäden für das Allgemeinwohl verhindert hätte.

In der Begründung des Vorschlags für die DAC-6-Richtlinie führt die Europäische Kommission aus, dass durch die vorgeschlagenen Rechtsvorschriften die Transparenz und der frühzeitige Zugang zu den richtigen Informationen verbessert werden sollen, um die zuständigen Behörden in die Lage zu versetzen, ihre Risikobewertung effektiver durchführen und rechtzeitig fundierte Entscheidungen zum Schutz ihrer Steuereinnahmen treffen zu können.⁶⁷¹ Die Cum/Ex-Geschäfte fallen damit in die Kategorie grenzüberschreitender Steuergestaltungen, die durch die DAC-6-Richtlinie und die mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetze aufgedeckt und verhindert werden sollen.

Folgt man dem weiten Tatbestandsverständnis des Bundesfinanzministeriums und der Bundesrechtsanwaltskammer, dürfte die rechtliche Begutachtung derartiger Steuergestaltungen und erst recht die Beteiligung an ihrer Gestaltung und Umsetzung den Meldetatbestand für Rechtsanwälte auslösen.⁶⁷² Die Cum/Ex-Geschäfte dürften in den meisten Fällen die bedingten Kennzeichen gemäß § 138e Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 c) AO und die Voraussetzungen des Main-Benefit-Tests erfüllt haben. Nach den Erkenntnissen des Untersuchungsausschusses und den Gerichten handelte es sich um Gestaltungen, bei denen inländische und ausländische Gesellschaften beteiligt waren, die auf einer standardisierten Struktur basierten und letztlich eine zirkuläre Vermögensverschiebung darstellten, die ausschließlich dem Zweck diente, Profite aus der unberechtigten Geltendmachung nicht einbehaltener Kapitalertragsteuer zu generieren.⁶⁷³ Die beteiligten Rechtsanwälte wären demnach gemäß den §§ 138d Abs. 1, 138f Abs. 1 und 6 AO zur Mitteilung von abstrakten Angaben, einschließlich der Darstellung der Gestaltung der Transaktionsstruktur und der steuerlichen Konsequenzen, an das Bundeszentralamt für Steuern verpflichtet gewesen.

Ob die beteiligten Rechtsanwälte angesichts der verhältnismäßig geringen Bußgeldandrohung von höchstens 25.000 Euro ihrer Meldepflicht aus § 138d Abs. 1

⁶⁷⁰ BT-Drucks. 18/12700, Abschlussbericht des Cum/Ex-Ausschusses (2017), S. 466 f.

⁶⁷¹ COM(2017) 335 final.

⁶⁷² Siehe hierzu oben, S. 180 ff.

⁶⁷³ BT-Drucks. 18/12700, Abschlussbericht des Cum/Ex-Ausschusses (2017), S. 320 f.; BGH, Urt. v. 28.07.2021 – I StR 519/20, BGHSt 66, 182 = NStZ 2022, 176 (176 ff.).

AO nachgekommen wären und den Behörden damit eine frühzeitige Aufdeckung der Cum/Ex-Geschäfte ermöglicht hätten, scheint eher unwahrscheinlich.⁶⁷⁴ Wenn sich die beteiligten Rechtsanwälte schon nicht von den möglichen Konsequenzen einer Beihilfestrafbarkeit und zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen haben abschrecken lassen, dann wird dies erst recht für das verhältnismäßig geringe Bußgeld gelten. Auf der anderen Seite ist es nicht unwahrscheinlich, dass jene Anwälte, die nur am Rande involviert waren oder nur einzelne Aspekte der Steuergestaltungen betrachtet haben, entweder tatbestandlich nicht meldepflichtig gewesen wären oder gar nicht erkannt haben, dass es sich um grenzüberschreitende Steuergestaltungen handelte. Der praktische Nutzen der Verpflichtung von Rechtsanwälten zur Meldung grenzüberschreitender Steuergestaltungen dürfte daher besonders in jenen Konstellationen gering sein, in denen der Wirtschaftsanwalt selbst in die Gestaltung involviert ist und über das Honorar an den Profiten beteiligt wird.

IV. Zwischenergebnis

Die gesetzgeberischen Maßnahmen zur Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität basieren auf dem zentralen rechtspolitischen Argument, dass das Insiderwissen von Wirtschaftsanwälten zur Aufklärung und Verhinderung von schwerwiegenden Straftaten, die durch oder aus Unternehmen begangen werden, nutzbar gemacht werden soll. Während der US-amerikanische Ansatz durch eine funktionale Einbindung der Wirtschaftsanwälte in den unternehmensinternen Informationsfluss auf eine Stärkung der Corporate Governance setzt, werden die unionsrechtlich induzierten Melde- und Auskunftspflichten für Rechtsanwälte gegenüber Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden vor allem mit der für die Verhinderung und Aufklärung von gemeinschädlichen Wirtschaftsstrafaten notwendigen Transparenz begründet. Als weiteres Argument zur Rechtfertigung der gesetzlichen Melde- und Auskunftstatbestände für Wirtschaftsanwälte wird die Allgemeinwohlverantwortung des Anwaltsberufs angeführt, die sich aus seiner Organstellung ableitet.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass es auch in Deutschland schwerwiegende Fälle von Wirtschaftskriminalität gab, bei denen Rechtsanwälte zum Teil eine aktive, gestaltende Rolle eingenommen haben oder es versäumt haben, ihre Mandanten vor Risiken zu warnen. Insbesondere im Zusammenhang mit dem Cum/Ex-Skandal wurde deutlich, dass Rechtsanwälte trotz signifikanter zivil- und strafrechtlicher Haftungsrisiken bereit waren, strafbare (Beihilfe-)Handlungen zu begehen oder ihre anwaltsvertraglichen Pflichten zu verletzen. Ob diese Einzelfälle als Rechtfertigung für zusätzliche Melde- und Auskunftspflichten für Rechtsanwälte taugen, ist fraglich. Im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften ist ein besonders hohes Maß an krimineller Energie einzelner Individuen zutage getreten, das eher die These von

⁶⁷⁴ Im Ergebnis so auch *Sparfeld*, BRAK-Mitt. 2020, 11 (17).

bedauerlichen Einzelfällen stützt, als auf ein systematisches Versagen der Anwirtschaft schließen lässt. Meldepflichten können zwar dazu beitragen, die Sensibilität der beteiligten Akteure zu erhöhen, es erscheint aber mehr als fraglich, ob die tatsächlichen Wissensträger, die meist auch selbst in die rechtswidrigen Taten verstrickt sind, allein aufgrund von bußgeldbewehrten Meldepflichten gegenüber internen Stellen oder Behörden die rechtswidrigen Vorgänge melden.

B. Vereinbarkeit von Whistleblowing mit dem anwaltlichen Berufsbild

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass das Berufshandeln von Wirtschaftsanwälten im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität erheblichen regulatorischen Eingriffen ausgesetzt ist. Der Wirtschaftsanwalt wird hierzulande durch außerberufsrechtliche Regelungen zunehmend als Hinweisgeber und Auskunftsperson zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität in Anspruch genommen. Unter Bezugnahme auf die kapitalmarkt- und berufsrechtlichen Verhaltensvorschriften in den USA, die den Wirtschaftsanwalt als „Whistleblower“ und „Gatekeeper“ in das System der Corporate Governance einbinden, wird von Teilen der Literatur eine Ausweitung der Hinweisgeberverantwortung von Wirtschaftsanwälten nach US-amerikanischem Vorbild vorgeschlagen. Die Inanspruchnahme des Rechtsanwalts als Hinweisgeber wird unter anderem mit dem anwaltlichen Berufsbild begründet, wonach der Rechtsanwalt in besonderem Maß dem Schutz des Gemeinwesens vor (wirtschafts-)krimineller Aktivität verpflichtet sei.⁶⁷⁵ Nachfolgend soll daher untersucht werden, ob sich aus dem anwaltlichen Berufsbild tatsächlich Allgemeinwohlpflichten ableiten lassen, die eine Inanspruchnahme von Rechtsanwälten als Hinweisgeber rechtfertigen können.

I. Historische Entwicklung des Anwaltsberufs in Deutschland

Die Unabhängigkeit und Selbstbestimmtheit der Anwaltschaft sind historisch bedingte Grundpfeiler, deren Bedeutung nicht zuletzt durch das Bundesverfassungsgericht zu Recht hervorgehoben wird.⁶⁷⁶ In Deutschland war die Geschichte des Anwaltsberufs vor allem in Preußen von starker Regulierung und einer engen Bindung an den Staat geprägt. Erst mit der deutschen Reichsgründung und der damit verbundenen Herausbildung des Verfassungsstaats wurde der Bedeutung einer unabhängigen und selbstbestimmten Anwaltschaft für das rechtsstaatliche Zusam-

⁶⁷⁵ Knöfel/Mock, AnwBl 2010, 230 (234); Müller, E-Mail vom 13.07.2023 (abgedruckt im Anhang).

⁶⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535 (1536).

menleben Rechnung getragen. Gerade die deutsche Geschichte zeigt, dass eine unabhängige und selbstbestimmte Anwaltschaft keine Selbstverständlichkeit ist, sondern stets aufs Neue gegen staatlichen Regulierungszugriff verteidigt werden muss.

1. Die staatlich gebundene Anwaltschaft in Preußen

Die historische Entwicklung der deutschen Anwaltschaft und auch ihre Unterdrückung lassen sich weit zurückverfolgen. Umfassende Darstellungen der Geschichte der deutschen Anwaltschaft finden sich bei Weißler⁶⁷⁷, Ostler⁶⁷⁸ und Hartstang⁶⁷⁹. Für den Zweck der vorliegenden Untersuchung soll als Ausgangspunkt die Situation der Anwaltschaft in Preußen im 18./19. Jahrhundert genügen.

Eine unabhängige und selbstbestimmte Anwaltschaft, wie wir sie heute kennen, existierte damals nicht. Die rechtliche Vertretung einer Partei im Prozess war in Preußen nach der unter Friedrich Wilhelm II. von seinem Justizminister (Großkanzler) Johann Heinrich Casimir Graf von Carmer entwickelten Zivilprozeßordnung vom 26. April 1781 (*Corpus Juris Fridericianum: Erstes Buch von der Prozeßordnung*) ausschließlich verbeamteten „Assistenzräten“ vorbehalten, die zusammen mit dem Richter von Amts wegen den Sachverhalt ermittelten und ausdrücklich keine Sachwalter der Parteien, sondern Gehilfen des Richters sein sollten. Die Aufgabe der sonstigen anwaltlichen Beratung in allen anderen Rechtsangelegenheiten wurde sogenannten „Justizkommissaren“ übertragen. Auf diese Weise sollte die Effizienz der Bearbeitung von Rechtsstreitigkeiten erhöht werden.⁶⁸⁰

Eine anwaltliche Prozeßvertretung im Interesse der Parteien gab es damals nicht. Nachdem sich gegen das Fehlen anwaltlichen Beistands starker Widerstand regte, wurde die Rolle der Assistenzräte in den Folgejahren schrittweise wieder abgeschafft. Dafür erhielten die Justizkommissare das Recht, ihre Mandanten als Sachwalter und Rechtsbeistand auch im Prozess zu vertreten. Die Justizkommissare standen ähnlich wie die Assistenzräte zwar in einem beamtenähnlichen Verhältnis, jedoch nahmen sie für sich in Anspruch, nicht die Interessen der Obrigkeit zu vertreten, sondern dem Mandanten zu dienen.⁶⁸¹ Der Zugang zum Beruf war dabei durch ein Lizenzvergabesystem streng reglementiert, wodurch die staatliche Kontrolle mittelbar weiterhin bestand.⁶⁸² So war die Vergabe der sogenannten „Patente“ zu einem hohen Maß durch staatliche Willkür geprägt, da es an objektiven Vergabe-

⁶⁷⁷ Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft.

⁶⁷⁸ Ostler, Die deutschen Rechtsanwälte.

⁶⁷⁹ Hartstang, Der deutsche Rechtsanwalt.

⁶⁸⁰ Zum Ganzen Grahl, Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen, S. 103 ff.; Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 340 ff.; Hartstang, Der deutsche Rechtsanwalt, S. 17.

⁶⁸¹ Blinn, Die deutsche Anwaltschaft, S. 19.

⁶⁸² Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 362.

kriterien fehlte. Damit stand der Anwaltsberuf nur einem kleinen Kreis staatstreuer Juristen offen, die durch das willkürliche Lizenzvergabesystem weiterhin in einer beamtenähnlichen Stellung an den Staat gebunden waren.⁶⁸³

Durch das Disziplinarverfahren, das zwar einem von den Anwälten selbst gewählten Ehrenrat übertragen worden war, der jedoch materiell-rechtlich das Beamtenrecht anzuwenden hatte und im Rechtsmittelverfahren der staatlichen Gerichtsbarkeit weichen musste, wurde die Bindung der Justizkommissare an das Beamtentum auch über das Disziplinarverfahren beibehalten.⁶⁸⁴ Aufgrund der Anwendung des Beamtenrechts waren die Justizkommissare zur Treue gegenüber der Regierung und dem König verpflichtet und jede Form der politischen Opposition stellte eine Verletzung anwaltlicher Berufspflichten dar.⁶⁸⁵ Auch in den übrigen deutschen Ländern herrschte ein unübersichtlicher Zustand des Berufsrechts und der Staatsabhängigkeit.⁶⁸⁶

Ferner war die Anwaltschaft als Folge der stark regulierten Zulassung zahlenmäßig begrenzt und konnte somit dem steigenden Rechtsberatungsbedarf der sich fortentwickelnden Wirtschaft nicht gerecht werden. Zwar hat die Anwaltschaft durch die Wiedereinführung der Justizkommissare einen Schritt in Richtung Unabhängigkeit und Selbstbestimmung gemacht, in der Gesamtschau waren die Anwälte aber weiterhin in einer Quasi-Beamtenstellung gebunden, die es ihnen nicht erlaubte, die Rechte ihrer Mandanten unabhängig von staatlicher Einflussnahme zu vertreten.

2. Die Freiheit der Advokatur

Diese Form der buchstäblich staatlich gefesselten Anwaltschaft war Ausdruck des absolutistisch geprägten Staates, der spätestens seit der Märzrevolution von 1848 durch die immer stärker werdende freiheitlich demokratische Bewegung infrage gestellt und mit der Reichsgründung von 1871 schließlich in einen Verfassungsstaat überführt wurde, wenngleich zunächst nur in Form einer konstitutionellen Monarchie. Damit einher ging die Liberalisierung der Anwaltschaft.

a) Reformbemühungen

Der Berliner Staatsrechtler Rudolf von Gneist bezeichnete die damalige Anwaltschaft in seiner berühmten Schrift „Freie Advocatur: Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen“ aus dem Jahr 1867 als „geschlossene Advokatur“.⁶⁸⁷ Er begründete seine Bestandsaufnahme mit dem stark regulierten Zugang zum An-

⁶⁸³ Hartstang, Der deutsche Rechtsanwalt, S. 18 ff.

⁶⁸⁴ Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 371.

⁶⁸⁵ Gneist, Freie Advocatur, S. 44; Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 360 ff.

⁶⁸⁶ Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 379 ff.; Hartstang, Der deutsche Rechtsanwalt, S. 18 ff.

⁶⁸⁷ Gneist, Freie Advocatur, S. 42 ff.

waltsberuf und mit den beamtenähnlichen Treuepflichten, die das Verhältnis der Anwaltschaft zum Staat prägten. Gneist legte im Geist der demokratischen Reformbestrebungen ausführlich dar, dass ein freiheitliches Verfassungsleben eine vom Staat unabhängige Anwaltschaft als Gegengewicht zum Gewalt- und Rechtsdurchsetzungsmonopol des Staates voraussetze. Ein fachkundiger Rechtsbeistand sei nicht nur unentbehrlich, um die Bedürfnisse der rechtsuchenden Bürger zu befriedigen, sondern bedeute „nichts Geringeres [...] als eine Vorbedingung für alle Selbstständigkeit des Gemeindelebens, des Selfgovernment, des constitutionellen Verfassungslebens im größten Maßstab“.⁶⁸⁸

b) Inhaltliche Forderungen

Für die Verwirklichung der „Freien Advokatur“ waren angesichts des damaligen Zustands der Anwaltschaft zwei Aspekte von wesentlicher Bedeutung. Erstens galt es, die Anwaltschaft aus der beamtenähnlichen Stellung herauszulösen und in die Selbstverwaltung zu überführen. Zweitens war ein freier Zugang zum Berufsstand sicherzustellen. An die Stelle der willkürlichen staatlichen Bedürfnisprüfung sollte ein Zulassungsverfahren treten, das ausschließlich die fachliche Qualifikation berücksichtigt.⁶⁸⁹

aa) Unabhängigkeit vom Staat

Die staatliche Abhängigkeit der Anwaltschaft stand der damals einsetzenden Entwicklung eines konstitutionellen Rechtsstaats und der damit verbundenen Selbstständigkeit des Staatsbürgertums entgegen. Besonders zeigte sich der Widerspruch zwischen Beamtentum und Anwaltschaft im Gerichtsprozess. Es liegt auf der Hand, dass individuelle Parteiinteressen, die gerade im Straf- oder Verwaltungsprozess den staatlichen Interessen regelmäßig entgegenstehen, nicht von staatstreuen Quasi-Beamten vertreten werden können. Für die Akzeptanz eines rechtsstaatlich geprägten Rechtspflegesystems ist es von grundlegender Bedeutung, dass der rechtsuchende Bürger von einer Anwaltschaft vertreten wird, die dem Richter gleichgeordnet und unabhängig von staatlicher Gewalt rechtskundigen Beistand leisten kann.

Im Prozess sollte der Anwalt deshalb ausschließlich dazu berufen sein, als Sachwalter die Rechte und Interessen seines Mandanten zu vertreten und auf diese Weise der Gerechtigkeitsfindung zur Geltung zu verhelfen. Eine unabhängige und selbstbestimmte Anwaltschaft war für die Entwicklung eines konstitutionellen Rechtsstaats, in dem die Bürger ihre Rechte gegenüber dem Staat als Subjekt wahrnehmen und verteidigen konnten, von wesentlicher Bedeutung:

⁶⁸⁸ Gneist, Freie Advocatur, S. 70.

⁶⁸⁹ Zum Ganzen Gneist, Freie Advocatur, S. 70 ff.

„Nur aus der Selbstverwaltung heraus hat sich die parlamentarische Verfassung gebildet, nur auf diesem Boden hat sie sich bis jetzt als lebensfähig bewährt. Auch in diesem höchsten Kreise ist aber eine Selbstverwaltung des Volkes nur denkbar, wenn praktische Rechts- und Geschäftskunde nicht ausschließlich mit dem Staatsbeamtentum zusammenfällt. Der constitutionelle Staat kann kein Element weniger entbehren als einen von der Beamtenstellung freien Juristenstand.“⁶⁹⁰

bb) Zulassungsfreiheit

Die Anwaltschaft in Preußen war wegen der Zulassungsbeschränkungen durch den Numerus Clausus bereits zahlenmäßig nicht ausreichend, um die Aufgabe der Versorgung der rechtsuchenden Bürger mit fachkundigem Rechtsrat vor Gericht oder außergerichtlich zu erfüllen. Der Rechtsberatungsbedarf führte zu einer Schattenwirtschaft, in der nicht zugelassene und oft nur unzureichend qualifizierte „Winkeladvokaten“ ihre Dienste anboten. Die damit verbundene Verschlechterung der Rechtsberatungsqualität fügte dem Ansehen der Anwaltschaft insgesamt schweren Schaden zu.⁶⁹¹

Es zeigte sich deutlich, dass das Rechtspflegesystem den Herausforderungen des zunehmend komplexer werdenden Wirtschaftslebens nicht mehr gewachsen war:

„Vor zwei Menschenaltern konnte ein Gesetzgeber wirklich noch daran denken, die in dem ländlichen Leben und dem Kleinverkehr der Städte vorkommenden Rechtscollisionen unmittelbar durch die Autorität des Richteramts zu schlichten, und diese patriarchalische Thätigkeit mag auch in Gottes Namen fortdauern, soweit das Amt des Einzelrichters reicht. Aber das, was damals die Regel war, ist es unter heutigen Verhältnissen nicht mehr. Die Gewerbefreiheit, der Handel und Wandel des heutigen Bauern, die unermeßlich multiplizirten Wechselbeziehungen des Verkehrs, die fungible Natur der Güter und der menschlichen Arbeit ergeben heutigen Tages zehn, und in den Sammelpunkten der industriellen Gesellschaft hundert mögliche Rechtsverletzungen, an der Stelle, wo ein halbes Jahrhundert früher nur eine stand.“⁶⁹²

Erforderlich war eine Anwaltschaft, die qualitativ und quantitativ imstande war, die Bedürfnisse der Gesellschaft nach rechtlichem Beistand zu erfüllen. Hierzu sollte der bestehende Numerus Clausus abgeschafft und die Zulassung zur Anwaltschaft ausschließlich von der fachlichen Qualifikation abhängig gemacht werden. Dem lag der Gedanke zugrunde, dass sich die Zahl der Anwälte durch die freie Zulassung schnell der Nachfrage anpassen würde. Den Bedenken, dass darunter die Qualität der Beratung leiden könne, wurde entgegnet, dass die hohen Ansprüche an die Qualifikation, der Wettbewerb und die Selbstdisziplin der Anwaltschaft ein ausreichendes Maß an Qualität sicherstellen würden.⁶⁹³

⁶⁹⁰ *Gneist*, Freie Advocatur, S. 76 f.

⁶⁹¹ *Gneist*, Freie Advocatur, S. 59 f.

⁶⁹² *Gneist*, Freie Advocatur, S. 59.

⁶⁹³ *Gneist*, Freie Advocatur, S. 52 ff.

c) Die Rechtsanwaltsordnung von 1878

Mit Inkrafttreten der Rechtsanwaltsordnung von 1878 gelang es schließlich, die Anwaltschaft aus dem Beamtentum herauszulösen und die von Gneist geforderte „Freie Advokatur“ zu kodifizieren. Aus heutiger Sicht ist dies der Grundstein für die moderne Anwaltschaft im freiheitlich demokratischen Rechtsstaat. Die damals geschaffenen Grundpfeiler der staatlichen Unabhängigkeit und Zulassungsfreiheit beanspruchen bis heute Gültigkeit und zeigen deutlich, dass jede Staatsnähe des Anwaltsberufs unbedingt zu vermeiden ist. Auf dieser Grundlage erstarkte die Anwaltschaft bis zum Ende der Weimarer Republik zu einer gefestigten Institution, „die aufgrund ihrer Unabhängigkeit, ihrer Kenntnis des Rechts und der Einsichtnahme in die gesamte res publica bis heute Garant für die Verteidigung von Recht und Freiheit ist“.⁶⁹⁴ Freilich kann hier nur insoweit von einer gefestigten Institution gesprochen werden, als die Gleichschaltung der Anwaltschaft während der NS-Zeit ausgeblendet wird.

3. NS-Zeit

Die in der Weimarer Republik weiterentwickelte Freie Advokatur wurde mit der Machtergreifung der Nationalsozialisten beendet. Die Nationalsozialisten haben in kürzester Zeit auf menschenverachtende Weise Juden und Regimekritiker vollständig aus der Anwaltschaft entfernt und eine politische Gleichschaltung der Anwaltschaft herbeigeführt. Die Zulassungsfreiheit wurde aufgehoben und der Zugang zum Beruf der Anwaltschaft an ein Selektionsverfahren geknüpft, das wie in der vorkonstitutionellen Zeit vollständig der staatlichen Willkür unterlag. Zugelassen wurde nur, „wer der nazistischen Justizverwaltung genehm war und von den nationalsozialistischen Kadern im Bund der Nationalsozialistischen Deutschen Juristen als linientreu bestätigt wurde“.⁶⁹⁵

Auch die Selbstverwaltung der Anwaltschaft durch die körperschaftlich organisierten Rechtsanwaltskammern wurde beseitigt, indem diese der Reichsrechtsanwaltskammer unterstellt wurden, die wiederum den Weisungen des Reichsjustizministeriums unterlag. Auf diese Weise konnte sichergestellt werden, dass die Kammerpräsidenten linientreu die nationalsozialistische Rechtspolitik vertraten. Bei der Berufsausübung war das oberste Gebot nicht mehr die Wahrung der Interessen der Mandanten, sondern der Anwalt hatte sich in der Weise in den Dienst des Rechts zu stellen, dass er zur Wahrung des Rechts im Sinne des nationalsozialistischen Staats und der Volksgemeinschaft beitrug.⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ *Friese*, AnwBl 1985, 601 (602).

⁶⁹⁵ *Hartstang*, Der deutsche Rechtsanwalt, S. 44.

⁶⁹⁶ Zum Ganzen *Hartstang*, Der deutsche Rechtsanwalt, S. 32 ff.; *Rüping*, AnwBl 2002, 615 (615 ff.).

4. Zwischenergebnis

Die historische Entwicklung zeigt, dass die Unabhängigkeit der Anwaltschaft von staatlichen Zwängen gerade in Deutschland einen besonderen Stellenwert hat. Die Errungenschaft der freien Advokatur ist die Herausbildung einer Anwaltschaft, die ohne staatliche Bindung allein den Interessen ihrer Mandantschaft verpflichtet ist und dem rechtsuchenden Bürger auf diese Weise zu seinem Recht verhilft. Eine irgendwie geartete Gemeinwohlverpflichtung zur Bekämpfung von schwerwiegenden Straftaten lässt sich hieraus nicht ableiten. Im Gegenteil liefert die Einbindung der Rechtsanwaltschaft in die staatliche Aufklärung von Straftaten dem Grundsatz einer vom Staat unabhängigen freien Advokatur zuwider.

II. Gegenwärtiges Berufsbild in Deutschland

Der Rechtsanwalt vertritt den Bürger in allen Rechtsangelegenheiten und verschafft dem rechtsunkundigen Bürger Zugang zum Recht. Aufgrund dieser grundlegenden rechtsstaatlichen Funktion besteht ein schützenswertes Allgemeininteresse an einer freien und unabhängigen Anwaltschaft, die ihren Beruf selbstbestimmt und unreglementiert ausüben kann. Eine Allgemeinwohlverpflichtung von Rechtsanwälten als Hinweisgeber zur Aufklärung von Rechtsverletzungen, die durch Unternehmen oder aus Unternehmen heraus begangen wurden, lässt sich aus diesem Berufsbild nicht ableiten. Vielmehr steht sie dazu im Widerspruch. Die freie und unabhängige Anwaltschaft ist der Regelfall. Eine staatliche Inanspruchnahme von Rechtsanwälten im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Wirtschaftsstrafrecht kann als Ausnahme nur in begründeten Einzelfällen zulässig sein und muss auf das erforderliche Minimum begrenzt werden.

1. Allgemeine Beschreibung des anwaltlichen Berufsbilds

Das anwaltliche Berufsbild ist heute aufgrund der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der modernen globalisierten Wirtschaftsordnung sowie der zunehmenden Komplexität des Rechts vielfältiger denn je. Dies gilt sowohl für die fachliche Ausrichtung als auch für die Form der Berufsausübung. So wird der heutige Anwaltsmarkt zunehmend bestimmt durch Spezialisten, die ihre Tätigkeit auf bestimmte Teilbereiche des Rechts konzentrieren. Dies zeigt bereits die Gesamtzahl von rund 58.000 erworbenen Fachanwaltschaften bis zum Jahr 2022.⁶⁹⁷ Gleichzeitig unterliegt auch die Form der Berufsausübung einem weitreichenden Wandel. Es gibt eine wachsende Zahl mittelständischer und großer internationaler Kanzleien, teilweise mit weit mehr als hundert Berufsträgern, von denen die Mehrheit als ange-

⁶⁹⁷ BRAK, Entwicklung der Fachanwaltschaften seit 1960.

stellte Anwälte tätig sind.⁶⁹⁸ Hinzu kommt eine schnell wachsende Zahl von Syndikusanwälten.⁶⁹⁹ Trotz dieser Vielfalt sieht die Anwaltschaft den gemeinsamen Kern der anwaltlichen Tätigkeit in der rechtlichen Vertretung der Interessen des Mandanten gegenüber Dritten oder dem Staat.⁷⁰⁰

Die tatsächliche Entwicklung hat sich vom ursprünglichen Berufsbild des Rechtsanwalts entfernt. Das Berufsbild eines Generalisten, der seinen Mandanten in allen Rechtsangelegenheiten berät und vertritt, das der Gesetzgeber bei Einführung der Bundesrechtsanwaltsordnung im Jahr 1959 vor Augen hatte, gibt es in der heutigen Realität der anwaltlichen Berufsausübung immer seltener.⁷⁰¹ Mit den Novellen der Bundesrechtsanwaltsordnung von 1994⁷⁰², 1998⁷⁰³ und 2015⁷⁰⁴ hat der Gesetzgeber teilweise auf die tatsächlichen Entwicklungen reagiert und gleichzeitig die Deregulierung der Anwaltschaft vorangetrieben. Die grundlegende Beschreibung des Rechtsanwalts gemäß § 1 BRAO als ein unabhängiges Organ der Rechtspflege und die Übertragung der Aufgabe der unabhängigen Beratung und Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten gemäß § 3 Abs. 1 BRAO bestehen indes unverändert fort.

2. Zugehörigkeit zur Rechtspflege

Gemäß § 1 BRAO ist der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. Der vom Gesetzgeber verwendete Rechtspflegebegriff geht nach heutigem Verständnis über den Justizgewährleistungsanspruch hinaus und umfasst sämtliche Aspekte der Verwirklichung des Rechts des einzelnen Bürgers und erstreckt sich damit insbesondere auch auf die kautelarjuristische Beratung, die heutzutage den weit überwiegenden Teil der Anwaltstätigkeit ausmacht.⁷⁰⁵ Indem der Rechtsanwalt den einzelnen Bürger in die Lage versetzt, seine Rechte rechtskundig geltend zu machen, dient er der Verwirklichung des Rechtsstaates und nimmt damit an der Rechtspflege teil.

Der Begriff des „unabhängigen Organs der Rechtspflege“ muss im Kontext dieser verfassungsmäßig garantierten, rechtsstaatlichen Funktion der Anwaltschaft gelesen

⁶⁹⁸ Hessler, ZZP 115 (2002), 321 (351 ff.).

⁶⁹⁹ Hamacher, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, S. 913 (917).

⁷⁰⁰ v. Falkenhausen, Sonderheft AnwBl 2/2000, 26 (27 f.).

⁷⁰¹ Busse, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 9.

⁷⁰² Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte v. 02.09.1994, BGBl. 1994 I S. 2278.

⁷⁰³ Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung und anderer Gesetze v. 31.08.1998, BGBl. 1998 I S. 2600.

⁷⁰⁴ Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte und zur Änderung der Finanzgerichtsordnung v. 21.12.2015, BGBl. 2015 I S. 2517.

⁷⁰⁵ Busse, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 23.

werden. Organ der Rechtspflege kann daher nicht bedeuten, dass der Anwalt in die staatliche Organisationsordnung in der Weise eingebunden ist, dass er besonderen staatlichen Treue- oder Loyalitätspflichten unterliegt oder gar an staatliche Weisungen gebunden ist. Insoweit versteht die herrschende Meinung den Begriff heute dahingehend, dass der Rechtsanwalt im Dienste der Rechtspflege tätig wird, dabei aber einen freien und unabhängigen Beruf ausübt, der frei von jeglicher staatlicher Einflussnahme ist.⁷⁰⁶

Der Organbegriff dient nicht der Eingliederung des Rechtsanwalts in den staatlichen Justizapparat, sondern macht deutlich, dass der Rechtsanwalt seine Funktion gleichberechtigt neben den in die Staatsorganisation eingegliederten Richtern und Staatsanwälten ausfüllt.⁷⁰⁷ Spezifische berufsrechtliche Einschränkungen der Berufsfreiheit lassen sich verfassungsmäßig deshalb nur dann rechtfertigen, soweit sie zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege erforderlich sind.⁷⁰⁸ Hierauf wird nachfolgend im Einzelnen einzugehen sein.

3. Organ der Rechtspflege

Die Interpretation des Begriffs „Organ der Rechtspflege“ ist gleichwohl bis heute Gegenstand einer lebhaften Auseinandersetzung im Schrifttum.⁷⁰⁹ Grund hierfür ist die Deutung der Rechtspflege als eine originäre Staatsaufgabe, sodass die Bezeichnung der Anwaltschaft als Organ der Rechtspflege den Beruf des Rechtsanwalts im Widerspruch zum Prinzip einer freien und unreglementierten Anwaltschaft in gefährliche Nähe eines staatlichen Verantwortungsbereichs stellt.⁷¹⁰ Der Begriff wird daher teilweise noch immer als Hinweis auf die Allgemeinwohlverpflichtung des Anwaltsberufs verstanden und entsprechend als Eingriffsgrundlage verwendet.⁷¹¹ Dieser Ansicht kann vor dem Hintergrund der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Auffassung in der Literatur nicht gefolgt werden.

a) Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht hat der Diskussion durch eine unglückliche Formulierung ungewollt Auftrieb gegeben, indem es feststellte, dass der Rechtsanwalt einen „staatlich gebundenen Vertrauensberuf“ ausübe, der dem Rechtsanwalt „eine

⁷⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 2 BvR 667/72, NJW 1973, 696 (697); Busse, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 29.

⁷⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535 (1536).

⁷⁰⁸ BVerfG, Beschl. v. 14.07.1987 – 1 BvR 537/81, NJW 1988, 191 (194).

⁷⁰⁹ Vgl. zur Genese des Begriffs Arnemann-Bredohl, Anwalt im Spannungsfeld zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, S. 20 ff.

⁷¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 05.05.1964 – 1 BvL 8/62, NJW 1964, 1516, 1517.

⁷¹¹ Kilian, DStR-Beih. 2019, 38 (45).

auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtete amtsähnliche Stellung“ zuweise.⁷¹² Obwohl das Bundesverfassungsgericht, wie es in einer späteren Entscheidung⁷¹³ klarstellte, nicht beabsichtigte, dem Anwalt eine beamtenähnliche Stellung mit korrespondierenden Treuepflichten zuzuschreiben, sondern die umstrittene Formulierung im Gegenteil dazu wählte, um den Anwaltsberuf in seiner Stellung auf eine dem Richteramt gleichgeordnete Ebene zu heben und dessen Bedeutung im Rechtspflegesystem zu betonen, zeigt ein Blick in die Rechtsprechung, dass dieses Verständnis auch unter Juristen nicht selbstverständlich ist. Der Begriff „Organ der Rechtspflege“ wird von einigen Gerichten als „Allzweckwaffe“ für die Begründung einer besonderen Allgemeinwohlverantwortlichkeit der Rechtsanwälte eingesetzt, wo keine spezielle Eingriffsnorm zur Verfügung steht.⁷¹⁴ Auch der Bundesgerichtshof hat vereinzelt versucht, aus der Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege eine besondere Verpflichtung zur Wahrung öffentlicher Interessen herzuleiten.⁷¹⁵

Um mögliche Missverständnisse auszuräumen, hat der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts deshalb in jener späteren Entscheidung klargestellt, dass die Anerkennung der Anwaltschaft als Organ der Rechtspflege allein herangezogen werden könne, „um den Anwalt in seiner freien und unreglementierten Berufsausübung zu schützen“. Die Stellung als Rechtspflegeorgan bringe zum Ausdruck, dass „im freiheitlichen Rechtsstaat die Rechtsanwälte als berufene Berater und Vertreter der Rechtsuchenden neben Richtern und Staatsanwälten eine eigenständige wichtige Funktion im ‚Kampf um das Recht‘ ausüben und daß ihnen deshalb weitergehende Befugnisse und damit korrespondierende Pflichten als ihren Mandanten zukommen“. Die Einordnung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege enthalte dagegen keinen Eingriffstatbestand für alle Fälle, in denen der Anwalt dem Leitbild nicht entspreche.⁷¹⁶

b) Schrifttum

Das Schrifttum spricht sich im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einhellig gegen die Verwendung des Begriffs des Organs der Rechtspflege als Eingriffstatbestand aus.⁷¹⁷ Aufgrund der offenkundigen Interpre-

⁷¹² BVerfG, Beschl. v. 08.10.1974 – 2 BvR 747/73, NJW 1975, 103 (105).

⁷¹³ BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535 (1536).

⁷¹⁴ Vgl. VG Berlin, Beschl. v. 05.02.2021 – VG 12 L 258/20, DStRE 2021, 1082 (1086); weitere Beispiele bei *Kilian*, DStR-Beih. 2019, 38 (45).

⁷¹⁵ BGH, Urt. v. 04.07.2001 – StR 513/00, BGHSt 47, 68 Tz. 16 = NJW 2001, 2891 (2892).

⁷¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535 (1536).

⁷¹⁷ Busse, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 25 ff.; Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 1 Rn. 5 ff.; Römermann, in: BeckOK, BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022, § 1 Rn. 12; Borgmann, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltshaftung, 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 26 ff.

tationsschwierigkeiten wird der Begriff vor allem im anwaltlichen Schrifttum mit Attributen wie „fragwürdig“⁷¹⁸, „dunkel“⁷¹⁹ oder „mehr als missverständlich“⁷²⁰ belegt, der „ausschließlich einen standesideologischen Hintergrund“⁷²¹ habe. Zudem wird vor dem Hintergrund der historischen Erfahrungen gewarnt, dass sich ein derart vieldeutiger Begriff immer wieder den Einflüssen des Zeitgeistes öffnen würde und damit als Einfallstor für die Durchsetzung bürokratischer Interessen dienen könnte.⁷²² Der Begriff sei deshalb zu vermeiden.⁷²³ Ohnehin könne das verfassungsmäßig garantierte Berufsbild nicht auf Grundlage einfachgesetzlicher Normen bestimmt werden, sondern müsse stets aus dem historischen und rechtsstaatlichen Kontext hergeleitet werden.⁷²⁴

c) Spannungsfeld zwischen Rechtspflegefunktion und Interessenvertretung

Mit der Verwendung der Bezeichnung „Organ der Rechtspflege“ und der Übertragung der Aufgabe der unabhängigen Beratung und Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten weist das Gesetz dem Rechtsanwalt nach ganz überwiegender Meinung eine Doppelfunktion zu.⁷²⁵ Er hat einerseits als Organ der Rechtspflege rechtsstaatliche Funktionen, indem er an der Seite von Gerichten und Staatsanwaltschaften an der Rechtspflege mitwirkt und damit eine „originäre Staatsaufgabe“⁷²⁶ eigenverantwortlich wahrnimmt.⁷²⁷ Dazu gehört auch der bedeutende Bereich der überwiegend außergerichtlich beratenden Tätigkeit des Rechtsanwalts.⁷²⁸ Andererseits besteht der Kern der anwaltlichen Tätigkeit in der Vertretung von Individualinteressen des rechtsuchenden Bürgers.

Im Idealfall stehen beide Funktionen in einem komplementären Verhältnis in der Weise zueinander, dass die Rechtspflegefunktion aus der Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Bürgers resultiert. Die Wahrnehmung der Interessen des Mandanten dient damit nach der Konzeption des Rechtsanwaltsberufs nicht nur dem

⁷¹⁸ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 1 Rn. 1.

⁷¹⁹ Redeker, NJW 1987, 2610 (2611).

⁷²⁰ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 1 Rn. 22.

⁷²¹ Herzog, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: April 1971, Art. 92 Rn. 98.

⁷²² Knauer, in: MAH der Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 2 ff.; Busse, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 26 ff.

⁷²³ Busse, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 29.

⁷²⁴ Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL, Stand: Januar 2022, Art. 12 Rn. 28 ff.

⁷²⁵ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 1 Rn. 5 f.

⁷²⁶ BVerfG, Beschl. v. 05.05.1964 – 1 BvL 8/62, NJW 1964, 516 (517).

⁷²⁷ Brüggemann, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 1 Rn. 6; Busse, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 23.

⁷²⁸ Brüggemann, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 1 Rn. 6.

Individualinteresse des Mandanten, sondern sie fördert auch die objektive Rechtspflege im Ganzen.⁷²⁹

Teile des Schrifttums betrachten die Rechtspflegefunktion deshalb als einen bloßen Reflex, der aus der Wahrnehmung der Interessen des Mandanten folgt. Dies sei bedingt durch die spezielle Aufgabe der Anwaltschaft, die ausschließlich darin bestehe, dem rechtsuchenden Publikum durch Beratung und Vertretung im außergerichtlichen und vorgerichtlichen Bereich sowie vor den Gerichten rechtliches Gehör zu verschaffen. Dabei sei er nur an die Interessen seiner Mandanten und an das Gesetz gebunden, nicht aber an etwaige Interessen der Justiz.⁷³⁰

So betont Krämer, dass sich die subjektive Beratungsfunktion und objektive Rechtspflegefunktion nicht antagonistisch gegenüberstehen, sondern dass sich Letztere gerade aus der einseitigen Interessenvertretung ergibt:

„Während der öffentliche Dienst auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen hat und unparteiisch sein muß, ferner ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis begründet, darf und muß der Rechtsanwalt parteiischer Interessenvertreter sein. Seine „Zuordnung zur Rechtspflege“ wird gerade auch durch diese in § 3 BRAO normierte Beistandsfunktion charakterisiert.“⁷³¹

Ebenso hebt v. Falkenhausen die subjektive Funktion des Rechtsanwalts hervor:

„Spezifisch für den Rechtsanwalt ist vielmehr, dass er bei all seinem Handeln das Interesse seines Mandanten und nur dieses Interesse, nicht aber Wünsche und Bedürfnisse anderer zu beachten hat. Der Mandant muss sich darauf verlassen können, dass der Anwalt (vielleicht anders als ein Gewerkschafts- oder sonstiger Verbandsvertreter) nicht aus vermeintlich übergeordneten Interessen der Allgemeinheit seine spezifischen Bedürfnisse vernachlässigt. Zum Handeln im Mandanteninteresse – und das dürfte eigentlich selbstverständlich sein – gehört nicht nur das Auftreten nach außen, sondern insbesondere und vielleicht noch wichtiger die sachgerechte Beratung des Mandanten im Innenverhältnis.“⁷³²

d) Zwischenergebnis

Nach alledem steht der Terminus „Organ der Rechtspflege“ der unreglementierten und selbstbestimmten Berufsausübung und damit der freien Advokatur nicht entgegen. Vielmehr ist die Formel im Sinne des Bundesverfassungsgerichts zuvörderst als Schutz der freien Advokatur zu verstehen. Ein Eingriff in die anwaltliche Berufsausübung kann auf § 1 BRAO nicht gestützt werden. Auch folgt aus dem Begriff nach überwiegender Meinung keine Verpflichtung der Anwaltschaft, sich den Interessen der Justiz oder der Allgemeinheit unterzuordnen. Maßstab für das anwaltliche Handeln sind ausschließlich die Interessen des Mandanten und das geltende Recht. Es wäre deshalb falsch, aus dem Organbegriff eine Allgemein-

⁷²⁹ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, § 31 Rn. 588.

⁷³⁰ Kilian, in: Kilian/Koch (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018, Teil B. Rn. 11.

⁷³¹ Krämer, NJW 1975, 849 (851 f.).

⁷³² v. Falkenhausen, Sonderheft AnwBI 2/2000, 26 (27 f.).

wohlverpflichtung im Sinne einer Verantwortlichkeit des Rechtsanwalts zur Aufklärung und Verhinderung von Fehlverhalten und Missständen in Unternehmen abzuleiten. Demnach haben Wirtschaftsanwälte in ihrer Funktion als Organ der Rechtspflege zwar die Aufgabe, Unternehmen rechtlich zu beraten und dabei rechtliche Risiken zu identifizieren.⁷³³ Eine Überwachungs- und Kontrollfunktion im Interesse der Aktionäre oder der Allgemeinheit steht dieser Rolle aber grundsätzlich entgegen.

4. Verfassungsmäßige Verankerung

Der Beruf des Rechtsanwalts findet anders als der des Richters, der in Art. 97 Abs. 1 GG verankert ist, keine ausdrückliche Erwähnung im Grundgesetz. Gleichwohl ist unbestritten, dass der Beruf des Rechtsanwalts in Art. 12 Abs. 1 GG und vor allem in den Justizgrundrechten verfassungsmäßig verankert ist.⁷³⁴

a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat bislang davon abgesehen, die verfassungsrechtliche Verankerung des Rechtsanwaltsberufs näher zu konkretisieren.⁷³⁵ Dies ist in erster Linie dem Umstand geschuldet, dass das Bundesverfassungsgericht normative Einschränkungen des Anwaltsberufs ausschließlich an Art. 12 Abs. 1 GG misst, der die berufliche Freiheit als besonderes Grundrecht schützt. Im Rahmen der Grundrechtsprüfung sei eine exakte und umfassende Beschreibung des anwaltlichen Status daher aus verfassungsrechtlicher Sicht entbehrlich, weil im Einzelfall stets nur auf die streitgegenständlichen Elemente der anwaltlichen Tätigkeit einzugehen ist.⁷³⁶ Gleichwohl betont auch das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung stets die rechtsstaatliche Bedeutung der freien Advokatur.⁷³⁷

b) Schrifttum

Im Schrifttum herrscht Einigkeit, dass der Beruf des Anwalts nicht nur durch Art. 12 Abs. 1 GG und einfaches Gesetzesrecht geschützt ist, sondern darüber hinaus vor allem durch den Gleichheitsgrundsatz, gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, die justiziellen Grundrechte, den Art. 19 Abs. 4 und 101 ff. GG sowie das Rechtsstaatsprinzip gemäß

⁷³³ *Merk*, AnwBl 2015, 552 (554); *ABA Task Force on Corporate Responsibility*, 59 Bus. Law. 145, 155–56 (2003).

⁷³⁴ *Hartstang*, Der deutsche Rechtsanwalt, S. 61 ff.

⁷³⁵ So auch *Krämer*, NJW 1995, 2313 (2315).

⁷³⁶ Vgl. *Krämer*, NJW 1995, 2313 (2315).

⁷³⁷ BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – I BvR 1078/80, NJW 1983, 1535 (1535 f.).

den Art. 20, 28, 103 GG institutionalisiert wird.⁷³⁸ Im Kern leitet sich die Garantie eines freien und unabhängigen anwaltlichen Berufsstandes aus der Menschenwürde und der Rechtsstaatlichkeit als zentrale Verfassungsprinzipien ab, denn als unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten hat der Rechtsanwalt seine Mandanten gemäß § 1 Abs. 3 BORA vor Rechtsverlusten zu schützen, rechtsgestaltend, konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten, vor Fehlentscheidungen durch Gerichte und Behörden zu bewahren und gegen verfassungswidrige Beeinträchtigung und staatliche Machtüberschreitung zu sichern. In letzter Konsequenz ist der Beruf des Anwalts nach diesem Verständnis in seinem Kernbereich durch die verfassungsmäßigen Grundprinzipien geschützt und kann deshalb nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehen.

c) Rechtfertigung von Eingriffen

Eingriffe in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit sind an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Der Gesetzesvorbehalt verlangt, dass in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden darf. Normative Einschränkungen der Berufsausübung können gerechtfertigt sein, wenn sie zur Gewährleistung übergeordneter Gemeinwohlbelange unter strikter Wahrung und Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geboten und erforderlich sind. Dabei ist der verfassungsmäßige Grundsatz der freien Advokatur sowie das Allgemeininteresse an einer funktionierenden Rechtspflege zu berücksichtigen.⁷³⁹ Nach diesem Maßstab kann eine staatliche Inanspruchnahme von Rechtsanwälten als Hinweisgeber oder Auskunftsperson durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes im Einzelfall gerechtfertigt sein, wenn der Schutz höherwertiger Rechtsgüter dies verlangt und das Gesetz oder die Maßnahme den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.

III. Zwischenergebnis

Die Unabhängigkeit und Selbstbestimmtheit der Anwaltschaft gehört zu den Grundpfeilern des anwaltlichen Berufsbilds. Diese Wesensmerkmale der freien Advokatur, die heute als selbstverständlich gelten, hat die Anwaltschaft erst allmählich durch Überwindung staatlicher Widerstände errungen. Aufgrund der historischen Entwicklung des anwaltlichen Berufsbilds muss jede Form von staatlicher Inanspruchnahme der Anwaltschaft sorgfältig abgewogen werden. Die freie und unreglementierte Berufsausübung der Rechtsanwälte wird durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Demnach dürfen berufsregelnde Eingriffe nur durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, das selbst den verfassungsmäßigen Anforderun-

⁷³⁸ Krämer, NJW 1975, 849 (849 ff.); Hartstang, Der deutsche Rechtsanwalt, S. 61 ff.; Friese, AnwBl 1985, 601 (602).

⁷³⁹ Brüggemann, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 1 Rn. 9a.

gen entspricht. Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit sind nach dem verfassungsmäßigen Maßstab nur gerechtfertigt, wenn sie dem Interesse des Gemeinwohls dienen und im Übrigen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Nach welchem Maßstab die Verhältnismäßigkeit im Einzelnen zu messen ist, wird Gegenstand der weiteren Untersuchung sein.

Teilweise wird aus dem Begriff des Organs der Rechtspflege eine Allgemeinwohlverpflichtung des Rechtsanwalts hergeleitet und als Begründung für Eingriffe in die Berufsfreiheit herangezogen. Dieser Argumentation liegt ein falsches Verständnis der Rolle des Rechtsanwalts zugrunde, da sie sowohl die historische Entwicklung der Anwaltschaft in Deutschland als auch das verfassungsmäßig verankerte Berufsbild des Rechtsanwalts ausblendet. Deshalb ist die Klarstellung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Einordnung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege ausschließlich dem Schutz der freien und unreglementierten Berufsausübung des Rechtsanwalts dient und nicht als Eingriffstatbestand herangezogen werden kann, zu begrüßen.

Die objektive Rechtspflegefunktion des Rechtsanwalts folgt aus seiner subjektiven Beratungsfunktion als Sachwalter der Interessen seines Mandanten. Eine darüber hinaus gehende Allgemeinwohlverantwortung des Rechtsanwalts kann aus seiner Stellung als Organ der Rechtspflege nicht abgeleitet werden. Demnach kann die Einbindung des Rechtsanwalts in staatliche Ermittlungs- und Aufsichtsaufgaben nicht mit der Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege begründet werden.

C. Verfassungsrechtliche Grenzen für Hinweisgeberpflichten von Rechtsanwälten

Trotz unterschiedlicher Schwerpunkte der US-amerikanischen und deutschen Regelungen zur Einbindung von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber in die Verhinderung und Aufklärung von unternehmensbezogenen Straftaten ist beiden Regelungskonzepten gemeinsam, dass sie dem Berufsbild des Rechtsanwalts entgegenstehen, der als loyaler und verschwiegener Rechtsberater ausschließlich den Interessen seines Mandanten verpflichtet ist. In der Literatur wird gleichwohl eine mögliche Rezeption des US-amerikanischen Hinweisgeberregimes durch das deutsche Recht diskutiert.⁷⁴⁰ Darüber hinaus wird vorgeschlagen, bei der dringenden Gefahr einer strafbewehrten Schädigung Dritter eine Hinweispflicht für Wirtschaftsanwälte gegenüber den zuständigen Ermittlungs- oder Aufsichtsbehörden zu implementieren.⁷⁴¹ Nachfolgend sollen die verfassungsrechtlichen Implikationen der

⁷⁴⁰ Knöfel/Mock, AnwBl 2010, 230 (235 f.); Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 225 ff.

⁷⁴¹ Knöfel/Mock, AnwBl 2010, 230 (236).

diskutierten Regulierungsansätze im Hinblick auf die Berufsfreiheit untersucht werden. Ausgangspunkt ist dabei der Schutz der anwaltlichen Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.

I. Schutzbereich der anwaltlichen Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG

Das Berufsbild des Rechtsanwalts und seine freie Berufsausübung werden durch die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet. Aus Sicht des Mandanten kann die Inanspruchnahme von Rechtsanwälten als Hinweisgeber auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 GG, den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG und die justiziellen Grundrechte gemäß Art. 19 Abs. 4 und 101 ff. GG berühren. Diese für eine Gesamtbetrachtung ebenso wichtigen verfassungsrechtlichen Leitplanken werden nachfolgend ausgeklammert, da der Fokus dieser Untersuchung auf der anwaltlichen Perspektive liegen soll. Im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Untersuchung steht demnach das Verhältnis der Hinweisgeberverantwortung von Rechtsanwälten zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.

1. Einheitlichkeit des Schutzbereichs

Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist einheitlich und umfasst die freie Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte sowie die freie Berufsausübung.⁷⁴² Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet die Berufsausübungsfreiheit „dem Einzelnen die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung und zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab“.⁷⁴³ Dabei ergibt sich das geschützte Berufsbild insbesondere aus der Berufsrealität bzw. aus der gesellschaftlichen Funktion.⁷⁴⁴ Legt man das oben dargelegte, klassische Berufsbild des Rechtsanwalts zugrunde, wird sehr schnell deutlich, dass sich die Inanspruchnahme von Rechtsanwälten weder mit dem Grundsatz der anwaltlichen Unabhängigkeit noch mit dem für die anwaltliche Berufsausübung unerlässlichen Berufsgeheimnis verträgt.

⁷⁴² Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL, Stand: Januar 2022, Art. 12 Rn. 22.

⁷⁴³ BVerfG, Urt. v. 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01 und 2 BvR 1521/01, NJW 2004, 1305 (1307).

⁷⁴⁴ Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL, Stand: Januar 2022, Rn. 269.

2. Grundsatz der anwaltlichen Unabhängigkeit

Die anwaltliche Unabhängigkeit ist neben der anwaltlichen Verschwiegenheit und dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen einer der drei wesentlichen Grundwerte des anwaltlichen Berufsbilds.⁷⁴⁵ Als solche nimmt sie am Grundrechtsschutz des Art. 12 Abs. 1 GG teil. Sie ist Grundvoraussetzung für die Glaubwürdigkeit und Vertrauensstellung des Rechtsanwalts⁷⁴⁶ und damit ein „notwendiges Wesensmerkmal der Stellung des Rechtsanwalts“.⁷⁴⁷ Sie wird als Synonym für den Begriff Freiheit verstanden⁷⁴⁸ und gilt als „Kernelement des Verfassungsgrundgesetzes der freien Advokatur“.⁷⁴⁹ Bei der Frage der Vereinbarkeit der Einbeziehung des Anwalts in die staatliche Aufgabe der Gefahrenabwehr und Rechtsdurchsetzung mit dem anwaltlichen Berufsbild ist die mögliche Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit daher von zentraler Bedeutung.

a) Gesetz

Die Bundesrechtsanwaltsordnung erwähnt die anwaltliche Unabhängigkeit an verschiedenen Stellen: In § 1 BRAO bezeichnet das Gesetz den Rechtsanwalt als „unabhängiges Organ der Rechtepflege“. Der Rechtsanwalt übt gemäß § 2 Abs. 1 BRAO einen freien Beruf aus. Die Gesetzesbegründung der Bundesrechtsanwaltsordnung von 1959 stellt klar, dass der Gesetzgeber mit der Betonung des freien Berufs vor allem die Abwesenheit staatlicher Einflussnahme im Sinn hatte.⁷⁵⁰ Gemäß § 3 Abs. 1 BRAO ist der Rechtsanwalt „der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“. Die Zulassung zur Anwaltschaft kann gemäß § 7 Nr. 8 BRAO versagt bzw. gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO widerrufen werden, „wenn die betroffene Person eine Tätigkeit ausübt, die mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtepflege nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann“. Zudem ist der Rechtsanwalt gemäß § 43a Abs. 1 BRAO verpflichtet, keine Bindungen einzugehen, „die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden“. Gemäß § 46 Abs. 3 BRAO handelt es sich bei anwaltlichen Tätigkeiten um „fachlich unabhängig und eigenverantwortlich auszuübende Tätigkeiten“.

⁷⁴⁵ Ewer, AnwBl 2009, 657 (657).

⁷⁴⁶ Quack, NJW 1975, 1337 (1342); Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltschaftung, 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 30.

⁷⁴⁷ Bülow, in: Kommentar BRAO (1959), § 1 Rn. 1.

⁷⁴⁸ Redeker, NJW 1987, 2610 (2615).

⁷⁴⁹ Busse, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 38.

⁷⁵⁰ BT-Drucks. 3/120, S. 49.

b) Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht stellt in ständiger Rechtsprechung klar, dass dem verfassungsmäßigen Grundsatz der freien Advokatur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund ihrer rechtsstaatlichen Bedeutung stets besonderes Gewicht beizumessen ist.⁷⁵¹

aa) Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht hat unter Bezugnahme auf die historische Entwicklung des Anwaltsberufs festgestellt, dass „die Herauslösung des Anwaltsberufs aus beamtenähnlichen Bindungen und seine Anerkennung als ein vom Staat unabhängiger freier Beruf [...] als ein wesentliches Element des Bemühens um rechtsstaatliche Begrenzung der staatlichen Macht angesehen werden [kann]“.⁷⁵² Das Gericht führt weiter aus, dass es dem Rechtsstaatsgedanken entspreche und der Rechtspflege diene, „dass dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Verfügung stehen, zu denen er Vertrauen hat und die seine Interessen möglichst frei und unabhängig von staatlicher Einflussnahme wahrnehmen können“. Der Anwalt übe einen freien Beruf aus, der „staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt“. An anderer Stelle betont das Bundesverfassungsgericht, dass die „anwaltliche Berufsausübung unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen“ unterliegt.⁷⁵³ Die anwaltliche Unabhängigkeit schütze zudem im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege das Erscheinungsbild einer von staatlichen Einflüssen freien Advokatur, indem die beruflichen Sphären der Anwaltschaft und des öffentlichen Dienstes deutlich getrennt werden.⁷⁵⁴

Noch deutlicher hob der Bundesverfassungsrichter Simon in seinem Sondervotum zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1983 die Wichtigkeit einer unabhängigen Anwaltschaft hervor. Er betrachtet eine unabhängige Anwaltschaft als Wesensmerkmal eines freiheitlichen Rechtsstaats und führt dazu aus, dass „dem Bürger auch Rechtsanwälte zur Verfügung stünden, welche im Streit um die richtige Entscheidung keine besondere Loyalität schuldeten, sondern das geltende Recht und seine Anwendung durch freie Meinungsäußerung kritisch in Frage stellten“.⁷⁵⁵ Er bezieht sich dabei auf das im sogenannte „KPD-Urteil“ beschriebene Selbstverständnis der freiheitlichen Demokratie, wonach „nur die ständige geistige Auseinandersetzung zwischen den einander begegnenden sozialen Kräften und Interessen, den politischen Ideen und damit auch den sie vertretenden

⁷⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 28.06.1967 – 2 BvR 143, NJW 1967, 2051 (2052).

⁷⁵² BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535 (1536).

⁷⁵³ BVerfG, Beschl. v. 08.11.1978 – 1 BvR 589/72, NJW 1979, 1159 (1160).

⁷⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 30.06.2009 – 1 BvR 893/09, NJW 2009, 3710 (3711).

⁷⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535 (1539).

politischen Parteien der richtige Weg zur Bildung des Staatswillens ist – nicht in dem Sinne, dass er immer objektiv richtige Ergebnisse liefere, denn dieser Weg ist a process of trial and error (I. B. Talmon), aber doch so, dass er durch die ständige gegenseitige Kontrolle und Kritik die beste Gewähr für eine (relativ) richtige politische Linie als Resultante und Ausgleich zwischen den im Staat wirksamen politischen Kräften gibt“.⁷⁵⁶

Obwohl – wie im Schrifttum kritisch angemerkt – diese „zutreffenden Darstellungen“ bisher nie wirklich entscheidungserheblich waren, weil sich das Bundesverfassungsgericht in der Regel auf formalrechtliche Begründungen zurückgezogen habe,⁷⁵⁷ hat das Bundesverfassungsgericht mit seinen Ausführungen deutlich gemacht, dass es die freie Advokatur im Sinne eines freien und unabhängigen Berufsstandes der Rechtsanwälte als wesentliches Merkmal eines freiheitlichen Rechtsstaats ansieht. Eine staatliche Einschränkung des Anwaltsberufs muss sich daher immer auch an der fundamentalen rechtsstaatlichen Bedeutung der freien Advokatur als Garant für die Gewährleistung der gerichtlichen und außergerichtlichen Durchsetzbarkeit subjektiver Rechte des Bürgers messen lassen.

bb) Bundesgerichtshof

Der Bundesgerichtshof stellt ergänzend dazu fest, dass das Vertrauen der Bevölkerung in die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts auch ohne konkreten Interessenkonflikt allein schon wegen der Art der neben dem Anwaltsberuf gleichzeitig ausgeübten öffentlichen Aufgaben eines Rechtsanwalts erschüttert werden kann. Die Belange der Rechtspflege seien bereits dann gefährdet, wenn bei den Rechtsuchenden die Vorstellung einer irgendwie gearteten Staatsnähe des Anwalts entstehen kann.⁷⁵⁸ Diese Feststellungen stehen zwar jeweils in Bezug zu einem Sachverhalt, bei dem neben dem Anwaltsberuf noch ein weiterer (staatsnaher) Beruf ausgeübt wird, der geeignet ist, die Unabhängigkeit zu gefährden. In der Sache lassen sie sich aber auch auf die in dieser Arbeit zu untersuchende Interessenslage übertragen. Die staatliche Inanspruchnahme des Anwalts als Hinweisgeber zur Aufklärung von Wirtschaftsstrafaten ist geradezu paradigmatisch für eine Konstellation, die bei den Rechtsuchenden eine diffuse Vorstellung der Staatsnähe des Anwaltsberufs hervorrufen kann und damit die Rechtspflegefunktion des Rechtsanwalts beeinträchtigt.

⁷⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, NJW 1956, 1394 (1396).

⁷⁵⁷ Reifner, NJW 1984, 1151 (1151).

⁷⁵⁸ BGH, Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (B) 68/17, NJW 2018, 3712 (3713); BGH, Beschl. v. 25.02.2008 – AnwZ (B) 23/07, NJW-RR 2008, 1504 (1504).

c) Meinungsbild im Schrifttum

aa) Unabhängigkeit von staatlichen Interessen

Während die richtige Gestaltung der Advokatur, d. h. eine vom Staat unabhängige Anwaltschaft, für Gneist der „archimedische Punkt“ war, von dem aus die in Preußen vorherrschende Staatsobrigkeit des Justizapparats in die rechten Bahnen zurückzulenken war,⁷⁵⁹ geht es heutzutage verstärkt darum, die bereits erlangte Freiheit der Advokatur gegen staatliche Eingriffe zu verteidigen. Die besondere Bedeutung der freien Advokatur ist umstritten. Die freie Advokatur wird daher als „eines der Fundamente des Rechtsstaats“⁷⁶⁰ oder als „der Träger und Schutz des Rechtsstaates [sic!]“⁷⁶¹ hervorgehoben.

Für Gneist stand eine beamtenähnliche Stellung in einem „unlösbarer Widerspruch“ zur Rolle des Rechtsanwalts als sachverständiger Vertreter individueller Rechte und Interessen. Dies gelte insbesondere für den Strafprozess, denn ein Beamter mit seinen Treuepflichten gegenüber dem Staat könne unmöglich das individuelle Recht gegen die verfolgende Staatsbehörde vertreten. Aber auch bei außergerichtlicher Beratung handele der Rechtsanwalt als Vertreter von Parteiinteressen, was in einer naturgemäßen Entwicklung der Dinge kein Staatsamt sein könne.⁷⁶² Das wohl gewichtigste Argument für einen freien und unabhängigen Anwaltsberuf sah Gneist aber in der rechtsstaatlichen Bedeutung der Anwaltschaft als kontrollierendes Gegengewicht zur Judikative und Exekutive.⁷⁶³

Krämer, der das historische Bewusstsein für die verfassungsmäßige Stellung des Rechtsanwalts hervorhebt, verweist ebenfalls auf die rechtsstaatliche Bedeutung der freien Advokatur als Mittel zur Verwirklichung des Rechtsstaats:

„[Die freie Advokatur] ist die Gewähr dafür, daß der einzelne seine Rechte vor Gericht und staatlichen Behörden geltend machen und durchsetzen kann. Hierdurch garantiert der Anwalt kraft der ihm zur Verfügung stehenden verfahrensrechtlichen Möglichkeiten, daß sein Mandant nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns wird. Gerade auch dies ist, wie das Bundesverfassungsgericht unter Rückgriff auf Art. 1 GG hervorgehoben hat, ein Gebot des Rechtsstaats.“⁷⁶⁴

Stern sieht die entscheidende Bedeutung der freien Advokatur im rechtsstaatlichen Grundprinzip der Gewaltenteilung. Wenn die Gewalten- bzw. Funktionsteilung auf Ebene des Rechtsstaats unerlässlich sei, dann müsse dies auch im Bereich der Rechtspflege gelten, um Irrtümer und Ungerechtigkeiten auf ein Minimum zu re-

⁷⁵⁹ Gneist, Freie Advocatur, S. 49.

⁷⁶⁰ Busse, AnwBl 2001, 130 (133).

⁷⁶¹ Huffmann, Kampf um freie Advokatur, S. 13.

⁷⁶² Gneist, Freie Advocatur, S. 50 f.

⁷⁶³ Gneist, Freie Advocatur, S. 70 ff.

⁷⁶⁴ Krämer, NJW 1995, 2313 (2317).

duzieren. Dies könne nur gelingen, wenn die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts im Funktionsgefüge der Rechtspflege gewährleistet sei:

„Unabhängigkeit, jene große Errungenschaft des Verfassungsstaates im Vergleich zu den vielen Abhängigkeiten, in die Bürger und Amtswalter im absoluten Staat eingebunden waren, Panzer, mit dem der parlamentarisch demokratische Rechtsstaat Abgeordnete und Richter umgürtet, damit sie ihre Aufgaben funktionsgerecht erfüllen können, ist auch dem Rechtsanwalt zuerkannt.“⁷⁶⁵

Für Busse bedeutet freie Advokatur unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Unabhängigkeit vom und gegenüber dem Staat, d. h. Freiheit von staatlicher Kontrolle und Bevormundung. Denn nur so sei gewährleistet, dass dem Bürger ein rechtlicher Berater und Vertreter zur Verfügung stehe, dem er vertrauen könne und der völlig unabhängig sei, sodass er in den Grenzen der Rechtsordnung „ausschließlich die Interessen seines Auftraggebers“ verfolgen könne, ohne auf andere Interessen Rücksicht nehmen zu müssen. Es sei daher eines der Fundamente des Rechtsstaates, dass der Staat es dem Berufsstand der Anwälte „erlaubt und ihn hierin gegenüber jedermann schützt, seine Tätigkeit ‚frei, selbst-bestimmt und unreglementiert‘ auszuüben, und ihn nur an das Recht und an nichts anderes bindet“.⁷⁶⁶ An anderer Stelle führt Busse aus:

„Ein Beruf, der seine für den Bürger unverzichtbare Aufgabe nur in Rede und Gegenrede und nur durch die Bereitschaft zum Angriff auf alles, was dem Mandanteninteresse zuwider läuft, ausüben kann, wird schnell zur Zielscheibe der hiervon Betroffenen. Daher ist es eines der Fundamente des Rechtsstaates, daß der Staat es einem dafür sachkundig ausgebildeten Berufsstand ohne jede Gefahr von Sanktionen erlaubt, den Stachel in die Wunde zu legen, auch wenn er sich gegen Staatsorgane oder gefestigte staatliche Ordnungsvorstellungen insgesamt richtet, für das Recht im Einzelfall einzutreten, auch wenn die staatliche Auf-gabenerfüllung darunter leidet, die Meinungsfreiheit auch der Bürger zu schützen, die sich gewaltlos nicht nur gegen einzelne staatliche Maßnahmen, sondern gegen die Ordnung dieses Staates überhaupt stellen.“⁷⁶⁷

Ebenso wird in der Kommentarliteratur die Bedeutung der Staatsunabhängigkeit hervorgehoben⁷⁶⁸ und als „eines der tragenden Elemente des Verfassungsgrundsatzes der freien Advokatur“⁷⁶⁹ bzw. als „Kernstück der besonderen Stellung des Rechtsanwalts“⁷⁷⁰ bezeichnet. Gerade gegenüber staatlichen Eingriffen sei deshalb „Wachsamkeit“ geboten.⁷⁷¹

⁷⁶⁵ Stern, Anwaltschaft und Verfassungsstaat, S. 13 ff.

⁷⁶⁶ Busse, AnwBl 2001, 130 (133).

⁷⁶⁷ Busse, NJW 1993, 2009 (2009).

⁷⁶⁸ Brüggemann, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 1 Rn. 15; Borgmann, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltshaftung, 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 31; Busse, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 45 f.; Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 1 Rn. 11 ff.

⁷⁶⁹ Busse, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 45.

⁷⁷⁰ Brüggemann, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 1 Rn. 14.

⁷⁷¹ Busse, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 46.

bb) Politische Unabhängigkeit

Reifner versteht die freie Advokatur ebenfalls als verfassungsmäßig verbürgtes Prinzip der Rechtspflege im demokratischen Rechtsstaat, das durch Art. 12 Abs. 1 GG umfassend geschützt und im Rechtsstaatsprinzip verankert sei. Hieraus leitet er einen „Kernbereich“ der freien Advokatur ab, der normativen Einschränkungen grundsätzlich entzogen sei. Dazu gehöre insbesondere die politische Freiheit des einzelnen Berufsträgers. Weiter führt er aus:

„Die Advokatur hat ihre besondere Bedeutung für die Demokratie dadurch erhalten, daß die ‚Sache der Freiheit gegen das Monopol der Regierung bei der Rechtsbildung‘ berufliches und staatsbürgerliches Interesse miteinander verband. Deshalb haben alle autoritären Regime vom preußischen Absolutismus über Bismarck bis zu Hitler immer wieder vor allem über die Zulassungsfrage und die Disziplinargewalt vermittelt versucht, die Anwaltschaft zum politischen Gleichklang mit der jeweiligen Regierung zu zwingen. Daher gehört es zum Kerngehalt der freien Advokatur, daß die Zulassung zum Anwaltsberuf ebenso wie zu allen mit dem Beruf zusammenhängenden Tätigkeiten bei den verschiedensten Gerichten und Behörden niemals von politischen Kriterien abhängig gemacht werden kann. Dasselbe gilt auch für die Disziplinargewalt, die niemals wieder in den Dienst politischer Gleichrichtung gestellt werden darf.“⁷⁷²

d) Europarecht

aa) CCBE

Ebenso wie im deutschen Berufsrecht betonen auch die Berufsregeln des Rats der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaften⁷⁷³ die besondere Wichtigkeit der anwaltlichen Unabhängigkeit. In Ziffer 2.1.1. der CCBE-Berufsregeln wird die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts wie folgt hervorgehoben:

„Die Vielfältigkeit der dem Rechtsanwalt obliegenden Pflichten setzt seine Unabhängigkeit von sachfremden Einflüssen voraus; dies gilt insbesondere für die eigenen Interessen des Rechtsanwalts und die Einflussnahme Dritter. Diese Unabhängigkeit ist für das Vertrauen in die Justiz ebenso wichtig wie die Unparteilichkeit des Richters. Der Rechtsanwalt hat daher Beeinträchtigungen seiner Unabhängigkeit zu vermeiden und darf nicht aus Gefälligkeit gegenüber seinem Mandanten, dem Richter oder einem Dritten das Berufsrecht außer Acht lassen.“

bb) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof versteht die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts aus einer institutionellen Perspektive basierend auf der „spezifischen Vorstellung von der Funktion des Anwalts als eines Mitgestalters der Rechtspflege, der in völliger Un-

⁷⁷² Reifner, NJW 1984, 1151 (1154 f.).

⁷⁷³ Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Union (CCBE-Berufsregeln) in der Fassung v. 19.05.2006.

abhängigkeit und in deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die dieser benötigt. Diesem Schutz stehen auf der anderen Seite die Berufs- und Standespflichten gegenüber, die im allgemeinen Interesse von dazu ermächtigten Institutionen festgelegt und kontrolliert werden.“⁷⁷⁴

In den beiden Entscheidungen „AM & S Europe“ und „Akzo Nobel“ hat der Europäische Gerichtshof neben diesem positiven Begriffsverständnis auch eine negative Abgrenzung vorgenommen, wonach unabhängig nicht sein kann, wer durch ein festes Anstellungsverhältnis an den Mandanten gebunden ist.⁷⁷⁵ Hintergrund war jeweils die Frage, ob die Europäische Kommission im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Ermittlungsverfahren den Schriftverkehr mit unternehmensinternen Syndikusanwälten beschlagnahmen darf oder der Schriftverkehr durch das anwaltliche Berufsgeheimnis geschützt ist und damit einem Beschlagnahmeverbot unterliegt. Aufgrund der fehlenden (wirtschaftlichen) Unabhängigkeit der Syndikusanwälte von ihrem Mandanten entschied der Europäische Gerichtshof gegen den Schutz der Kommunikation mit Syndikusanwälten innerhalb des Unternehmens.

3. Das anwaltliche Berufsgeheimnis

Im Zusammenhang mit der Diskussion über die Rolle des Rechtsanwalts als Whistleblower kommt neben der anwaltlichen Unabhängigkeit dem Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses naturgemäß eine besonders wichtige Rolle zu.

a) Historischer Zusammenhang

Die anwaltliche Verschwiegenheit ist Grundvoraussetzung für das Entstehen einer Vertrauensbeziehung zwischen Mandant und Anwalt.⁷⁷⁶ Daher gilt sie seit jeher als Grundprinzip des Anwaltsberufs. In den Kodifikationen des oströmischen Kaisers Justinian finden sich Hinweise, dass die anwaltliche Vertraulichkeit auch schon im römischen Recht unter besonderem Schutz stand.⁷⁷⁷ Später erhielt das anwaltliche Berufsgeheimnis über die Reichskammergerichtsordnungen von 1495 und 1555 Einzug in das deutsche Recht. Die beim Reichskammergericht zugelassenen Advokaten mussten den Schwur leisten, dass sie „Heimlichkeiten und Behelfe, so sie von den Partheyen empfohlen, oder Unterrichtung der Sachen, die sie von ihnen selbst merken werden, ihren Partheyen zum Schaden niemanden offenbahren“.⁷⁷⁸

⁷⁷⁴ EuGH, Urt. v. 18.05.1982 – Rs. 155/79, CELEX-Nr. 61979CJ0155 = GRUR Int 1983, 38 (40) (AM & S Europe); EuGH, Urt. v. 14.09.2010 – Rs. C-550/07 P, CELEX-Nr. 62007CJ0550 = NJW 2010, 3557 (3559 f.) (Akzo-Nobel).

⁷⁷⁵ EuGH, Urt. v. 18.05.1982 – Rs. 155/79, CELEX-Nr. 61979CJ0155 = GRUR Int 1983, 38 (40 f.) (AM & S Europe); EuGH, Urt. v. 14.09.2010 – Rs. C-550/07, CELEX-Nr. 62007CJ0550 = NJW 2010, 3557 (3560) (Akzo-Nobel).

⁷⁷⁶ Henssler, in: Henssler/Prüting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 41.

⁷⁷⁷ Präß, in: BeckOK, BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022, § 43a Rn. 29.

⁷⁷⁸ Zitiert bei Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 127.

Zwar enthielten weder die Rechtsanwaltsordnung von 1878 noch die Bundesrechtsanwaltsordnung von 1959 normative Regelungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis, jedoch fand es im strafrechtlichen Verbot der Verletzung von Privatgeheimnissen in § 300 StGB a.F. (heute: § 203 StGB) und den verfahrensrechtlichen Komplementärvorschriften, die für Rechtsanwälte ein Verschwiegenheitsrecht in Form der Zeugnisverweigerungsrechte vorsahen, seine einfachgesetzliche Grundlage.⁷⁷⁹ Der Normzweck des § 203 StGB ist der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausprägung als informationelles Selbstbestimmungsrecht. § 203 StGB ist daher primär auf das Individualinteresse an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen gerichtet.⁷⁸⁰

Seit 1929 war die Verschwiegenheitspflicht zudem in den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts niedergelegt, die von den Ehrengerichten bis zur Bastille-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1987 als Auslegungshilfe für die allgemeine Berufspflicht gemäß § 43 BRAO herangezogen wurden.⁷⁸¹ Wegen ihrer Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die Verschwiegenheit trotz der Unverbindlichkeit der Standesrichtlinien weiter Geltung beanspruchen sollte.⁷⁸² Ihr sachlicher Umfang umfasste alles, was der Anwalt im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit erfahren hat, soweit die Geheimhaltung im Interesse des Mandanten geboten ist. Abgesehen von wenigen Nuancierungen hat das anwaltliche Standesrecht bis heute an dieser materiellen Ausgestaltung der Schweigepflicht festgehalten.

Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht wurde schließlich im Zuge der Berufsrechtsnovelle von 1994 in § 43a Abs. 2 BRAO gesetzlich verankert. Darüber hinaus wird die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in § 2 BORA konkretisiert. Unter Bezugnahme auf § 43a Abs. 2 BRAO und das strafrechtliche Verbot der Verletzung von Privatgeheimnissen aus § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird die zusätzliche Kodifizierung der Verschwiegenheitspflicht in der Berufsordnung für Rechtsanwälte von einigen Stimmen in der Literatur jedoch als obsolet angesehen.⁷⁸³

b) Zweck und verfassungsmäßige Verankerung

Das anwaltliche Berufsgeheimnis ist notwendige Voraussetzung für das Entstehen des für die anwaltliche Berufsausübung erforderlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant, der sich nur unter diesem Schutz zur Wahrung

⁷⁷⁹ Friedländer, in: Friedländer/Friedländer (Hrsg.), Kommentar zur RAO, Exkurs zu § 28 Anm. 1; Hessler, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 38; Praß, in: Beck-OK, BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022, § 43a Rn. 30.

⁷⁸⁰ Cierniak/Niehaus, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 203 Rn. 7.

⁷⁸¹ Hessler, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 30.

⁷⁸² BVerfG, Beschl. v. 14.07.1987 – I BvR 537/81, NJW 1988, 191 (193).

⁷⁸³ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 1.

seiner Rechte seinem Berater voll anvertrauen kann.⁷⁸⁴ Es bildet damit die rechtsstaatlich unverzichtbare Basis der anwaltlichen Berufsausübung.

aa) Individualschutz

Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht und die damit korrespondierenden Auskunftsverweigerungsrechte dienen zunächst dem Individualinteresse des Mandanten, der davor geschützt werden soll, dass dem Rechtsanwalt anvertraute Informationen, die nicht selten den persönlichen Lebensbereich betreffen, gegen seinen Willen offenbart werden.⁷⁸⁵ Dies folgt insbesondere aus dem Verbot der Verletzung von Privatgeheimnissen gemäß § 203 StGB. Die Verschwiegenheitspflicht steht damit zugleich zur Disposition des Mandanten. Der Mandant ist „Herr des Geheimnisses“ und kann den Rechtsanwalt von der Verschwiegenheitspflicht entbinden.⁷⁸⁶

bb) Funktionsschutz

Zudem liegt der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses im Interesse der Allgemeinheit an einer funktionstüchtigen Rechtspflege.⁷⁸⁷ Das anwaltliche Berufsgeheimnis dient dem Schutz des allgemeinen Vertrauens in die Verschwiegenheit der Anwälte und ist damit unerlässlich für die rechtsstaatliche Funktion des Anwalts in der Rechtspflege als berufenem unabhängigen Berater und Beistand. Das Bundesverfassungsgericht hat die Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht für die Rechtspflegefunktion wie folgt treffend zusammengefasst:

„Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen sowie das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit sind die Grundbedingungen dafür, dass dieses Vertrauen entstehen kann. Die Verschwiegenheitspflicht rechnet daher von jeher zu den anwaltlichen Grundpflichten. Als unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung hat sie Teil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG.“⁷⁸⁸

cc) Verweigerungsrechte

Um den umfassenden Schutz des Berufsgeheimnisses und damit die anwaltliche Rechtspflegefunktion abzusichern, muss es dem Rechtsanwalt möglich sein, Auskünfte über vertrauliche Informationen zu verweigern, insbesondere im Gerichts-

⁷⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02, NJW 2005, 1917 (1919).

⁷⁸⁵ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43a Rn. 6.

⁷⁸⁶ Hessler, in: Hessler/Prüting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 62 ff.

⁷⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.07.1987 – 1 BvR 537/81, NJW 1988, 191 (193).

⁷⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01 und 2 BvR 1521/01, NJW 2004, 1305 (1307).

verfahren oder gegenüber staatlichen Stellen. Ergänzt wird die Verschwiegenheitspflicht deshalb durch diverse Auskunftsverweigerungsrechte, z.B. die Zeugnisverweigerungsrechte gemäß den §§ 383 Abs. 1 Nr. 6, 385 Abs. 2 ZPO, §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 53a StPO, § 29 Abs. 2 FamFG, § 98 VwGO oder § 84 Abs. 1 FGO. Dazu gehören auch das Verbot der Beschlagnahme schriftlicher Aufzeichnungen des Anwalts über das ihm Anvertraute gemäß § 97 Abs. 1 StPO sowie das Verbot der Durchführung anderer Ermittlungsmaßnahmen gemäß § 160a StPO.

dd) Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das anwaltliche Berufsgeheimnis genießt als Wesensmerkmal des Rechtsanwaltsberufs den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG.⁷⁸⁹ Soweit es das Individualinteresse betrifft, folgt der grundrechtliche Schutz außerdem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als informationelles Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK.⁷⁹⁰ Gewährleistet wird das anwaltliche Berufsgeheimnis darüber hinaus durch das Rechtsstaatsprinzip sowie das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁷⁹¹

c) Sachlicher Anwendungsbereich und Grenzen des Berufsgeheimnisses

aa) Geheimnisschutz

Das anwaltliche Berufsgeheimnis umfasst gemäß § 43a Abs. 2 BRAO in sachlicher Hinsicht alles, was dem Rechtsanwalt in Ausübung seines Berufs bekannt geworden ist. Die Norm ist jedoch entsprechend ihrer Vertrauenschutzfunktion im Einklang mit § 203 StGB insoweit teleologisch einschränkend auszulegen, als nur „Geheimnisse“ erfasst sind, d.h. Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind.⁷⁹² Ein Schutzbedürfnis für offenkundige Tatsachen besteht dagegen nicht. Entscheidend ist, dass der Berufsträger die Geheimnisse „als Rechtsanwalt“ (§ 203 StGB) demnach „in Ausübung seines Berufs“ (§ 43a Abs. 2 BRAO) anvertraut bekommen hat und nicht privat oder in Ausübung einer Nebentätigkeit. Unerheblich ist dagegen, auf welche Gegenstände sich die Geheimnisse beziehen, ob konkret auf das Mandat oder auf Tatsachen aus dem privaten, betrieblichen oder geschäftlichen Bereich, die dem Anwalt im Rahmen seiner Tätigkeit zufällig bekannt

⁷⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01 und 2 BvR 1521/01, NJW 2004, 1305 (1307).

⁷⁹⁰ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43a Rn. 8.

⁷⁹¹ BVerfG, Urt. v. 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01 und 2 BvR 1521/01, NJW 2004, 1305 (1307); EGMR, Urt. v. 19.12.2006 – 14385/04, NJW 2007, 3409 (3411); Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43a Rn. 5.

⁷⁹² Eisele, in: Schöne/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 5 f.; Hessler, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 45; Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43a Rn. 14.

geworden sind.⁷⁹³ Erfasst sind damit bei der anwaltlichen Beratung von Unternehmen vor allem auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.⁷⁹⁴

bb) Ausnahmen

Die Verschwiegenheitspflicht gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Gemäß § 2 Abs. 3 und 4 BORA tritt die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts zurück, soweit Gesetz und Recht eine Ausnahme fordern oder zulassen, die Offenlegung der Informationen zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist, z. B. zur Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis oder zur Verteidigung in eigener Sache, oder die Offenbarung im Rahmen der Arbeitsabläufe der Kanzlei objektiv einer üblichen, von der Allgemeinheit gebilligten Verhaltensweise im sozialen Leben entspricht (Sozialadäquanz). Korrespondierend dazu handelt es sich nicht um eine unbefugte Offenbarung eines fremden Geheimnisses im Sinne von § 203 StGB, wenn die Preisgabe des Geheimnisses gemäß § 2 BORA gestattet ist.

(1) Gesetzliche Ausnahmen

Der Gesetzgeber hat verschiedene Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht gesetzlich geregelt, die – soweit für die Zwecke dieser Arbeit relevant – bereits dargestellt wurden. Eine Offenbarung von Mandatsgeheimnissen gegenüber den festgelegten Stellen ist danach auch ohne Befreiung durch den Mandanten erlaubt, wenn die Voraussetzungen der jeweiligen Norm vorliegen. Soweit eine gesetzliche Pflicht zur Preisgabe von Geheimnissen besteht, kann sich der Rechtsanwalt auch dann nicht auf seine Verschwiegenheitspflicht berufen, wenn die in Rede stehende Norm keine ausdrückliche Einschränkung enthält, sondern lediglich allgemeine Auskunftspflichten statuiert.⁷⁹⁵ Die genannten Anzeige- und Auskunftspflichten stellen insoweit eine Durchbrechung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses dar. Dies bedeutet indes nicht, dass die Verschwiegenheit durch den Gesetzgeber beliebig verkürzt werden darf. Jede gesetzliche Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht muss sich an den Grundrechten und dem verfassungsmäßigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen, wobei der besonderen Bedeutung der Verschwiegenheit für die rechtsstaatliche Funktion der Anwaltschaft Rechnung zu tragen ist.

(2) Grundsätze über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen

Die Rechtsprechung lässt außerdem Einschränkungen der Verschwiegenheitspflicht nach den allgemeinen Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender

⁷⁹³ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43a Rn. 15 ff.

⁷⁹⁴ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 11.

⁷⁹⁵ BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, BVerwGE 141, 262 Tz. 25 = NJW 2012, 1241 (1242).

Pflichten oder Interessen zu.⁷⁹⁶ So könne ein Rechtsanwalt zur Offenbarung von Geheimnissen berechtigt sein, wenn das zur Wahrung eines höherwertigen Rechtsguts erforderlich ist und der Widerstreit der rechtlich geschützten Güter nur durch die Offenbarung des Geheimnisses gelöst werden kann.⁷⁹⁷ Dies gelte in erster Linie auch für den Rechtsanwalt, der sich als Organ der Rechtpflege der Aufgabe stellen dürfe, Unrecht zu verhindern.⁷⁹⁸ Für einen Rückgriff auf die Grundsätze über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen spreche außerdem, dass der Bereich strafloser Offenbarungsmöglichkeiten gemäß § 34 StGB durch das Erfordernis des Vorliegens einer gegenwärtigen Gefahr und des wesentlichen Überwiegens des geschützten Interesses zu weit eingeschränkt werde.⁷⁹⁹

Dieser Auffassung wird zum Teil entgegengehalten, dass eine Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht gerade nur unter den strengereren Voraussetzungen des § 34 StGB zulässig sein dürfe.⁸⁰⁰ Erforderlich ist demnach eine gegenwärtige Gefahrenlage für das geschützte Rechtsgut sowie ein wesentlich überwiegendes Interesse. Dies ergebe sich aus der Funktion des Rechtsanwalts als Vertreter der Interessen seines Mandanten und dem anerkannten Treueverhältnis zum Mandanten. Der Rechtsanwalt dürfe die Interessen seines Mandanten nicht durch eine „quasi-richterliche Abwägung“ gegenüber den Interessen anderer zurückstellen. Die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht könne daher nur ausnahmsweise im Einzelfall als letztes Mittel zum Schutz eindeutig überwiegender Rechtsgüter zulässig sein.⁸⁰¹ Eine Anzeige gegenüber Behörden zur Verhinderung einer bevorstehenden Straftat, die nicht gemäß § 138 StGB anzeigepflichtig ist, kann demnach nur gerechtfertigt sein, wenn es sich um eine schwerwiegende Straftat handelt und sich der Rechtsanwalt entsprechend der Regelung in § 138 Abs. 3 Satz 2 StGB zunächst erfolglos um eine Verhinderung der Tat bemüht hat.⁸⁰²

Unabhängig davon, welcher Ansicht man den Vorzug gibt, kann die Anzeige eines Wirtschaftsanwalts gegenüber dem Aufsichtsrat des betroffenen Unternehmens oder den Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden gerechtfertigt sein, wenn die bevorstehende Straftat geeignet ist, dem Unternehmen oder Dritten erhebliche Schäden zuzufügen, und keine weiteren Mittel zur Erfolgsabwendung zur Verfügung stehen. Dies setzt allerdings voraus, dass er sich vorher ernsthaft auf andere Weise um die Verhinderung der Straftat bemüht hat, indem er beispielsweise den Vorstand und andere

⁷⁹⁶ BGH, Urt. v. 08.10.1968 – VI ZR 168/67, NJW 1968, 2288; OLG Köln, Beschl. v. 04.07.2000 – Ss 254/00, NJW 2000, 3656.

⁷⁹⁷ OLG Köln, Beschl. v. 04.07.2000 – Ss 254/00, NJW 2000, 3656 (3657).

⁷⁹⁸ OLG Köln, Beschl. v. 04.07.2000 – Ss 254/00, NJW 2000, 3656 (3657); Hessler, NJW 1994, 1817 (1823).

⁷⁹⁹ OLG Köln, Beschl. v. 04.07.2000 – Ss 254/00, NJW 2000, 3656 (3657); Rogall, NStZ 1983, 1 (6).

⁸⁰⁰ Rüpke, NJW 2002, 2835 (2836); Cierniak/Niehaus, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 203 Rn. 92 m. w. N.

⁸⁰¹ Rüpke, NJW 2002, 2835 (2836).

⁸⁰² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 58.

Entscheidungsträger im Unternehmen informiert hat, diese aber keine angemessenen Abhilfemaßnahmen unternommen haben. Eine direkte Meldung an den Aufsichtsrat wäre allerdings stets zulässig, wenn Aktiengesellschaften mit mindestens 50 Beschäftigten im Rahmen der Umsetzung der Pflicht zur Einrichtung von internen Meldestellen gemäß §§ 12 ff. HinSchG einen direkten Meldeweg zum Aufsichtsrat implementieren würden. Auch wenn ein direkter Meldeweg zum Aufsichtsrat gesetzlich nicht zwingenden vorgeschrieben ist, wäre die freiwillige Einrichtung eines solchen Meldewegs im Sinne einer guten Corporate Governance empfehlenswert, um in Fällen schwerwiegender Rechtsverstöße durch die Leitungsebene interne Meldungen an unabhängige Stellen zu ermöglichen.⁸⁰³

d) Besonderheiten des Syndikusanwalts

Die Frage, ob auch der Syndikusanwalt der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegt, vor allem aber, ob dem Syndikusanwalt die damit korrespondierenden Zeugnis- bzw. Auskunftsverweigerungsrechte zustehen, war lange Zeit umstritten.⁸⁰⁴ Mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte hat sich der Gesetzgeber gegen eine vollständige Gewährung der Privilegien für Berufsgeheimnisträger entschieden. Gemäß § 46c Abs. 1 BRAO gelten für den Syndikusanwalt grundsätzlich zwar dieselben Rechte wie für den Rechtsanwalt, d. h. die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 43a Abs. 2 BRAO und die damit korrespondierenden Zeugnisverweigerungsrechte.

Ausgenommen sind allerdings die strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechte gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO, der Beschlagnahmeschutz gemäß § 97 StPO und der Schutz vor anderen Ermittlungsmaßnahmen gemäß § 160a StPO. Damit hat der Gesetzgeber dem Syndikusanwalt wesentliche Privilegien zum Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses nicht zuerkannt. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der ein Zeugnis- bzw. Auskunftsverweigerungsrecht des Syndikusanwalts bei kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren aufgrund dessen fehlender Unabhängigkeit verneint hat.⁸⁰⁵

Der deutsche Gesetzgeber hat die Einschränkung des Berufsgeheimnisses der Syndikusanwälte auf das Gebot einer effektiven Strafverfolgung gestützt.⁸⁰⁶ Anders als der Europäische Gerichtshof stellt er allerdings nicht auf die fehlende Unabhängigkeit des Syndikusanwalts ab, die aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs

⁸⁰³ Gerdemann, Überlegungen zur nationalen Umsetzung, sub. 3, der diesbezüglich sogar eine zwingende gesetzliche Vorgabe befürwortet; siehe auch Hirte, GS Tilp, S. 135 (163) m. w. N.

⁸⁰⁴ Zum Ganzen Siegmund, MDR 2016, 374 (374 ff.); Merkt/Müller, ZRP 2015, 173 (175); Merkt, AnwBl 2014, 278; Roxin, NJW 1992, 1129.

⁸⁰⁵ EuGH, Urt. v. 18. 05. 1982 – Rs. 155/79, CELEX-Nr. 61979CJ0155 = GRUR Int 1983, 38 (AM & S Europe); EuGH, Urt. v. 14. 09. 2010 – Rs. C-550/07 P, CELEX-Nr. 62007CJ0550 = NJW 2010, 3557 (Akzo-Nobel).

⁸⁰⁶ BT-Drucks. 18/5201, S. 40.

einer Zuerkennung des Anwaltsprivilegs grundsätzlich entgegensteht. Dies ist konsequent, da dies zu einem unauflösbarer Widerspruch geführt hätte. Denn das Bestehen der Unabhängigkeit des Syndikusanwalts, vor allem im fachlichen Bereich, ist nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 3 BRAO gerade kennzeichnend für die Anerkennung als Syndikusanwalt. Eine generelle Verneinung der Unabhängigkeit hätte dem entgegengestanden.

Der Gesetzgeber stützt sich bei der Begründung in den Gesetzgebungsmaterialen stattdessen auf das Ziel einer effektiven Strafverfolgung und führt aus, dass bei einem Beschlagnahmeschutz die Gefahr bestünde, dass relevante Beweismittel den Strafverfolgungsbehörden vorenthalten werden könnten; denn innerhalb der Tätigkeit des Syndikusanwalts ließe sich nicht anhand äußerlich einfach feststellbarer Kriterien zwischen „Rechtsberatung“ und „sonstiger geschäftlicher Beratung“ des Unternehmens durch den Syndikusanwalt unterscheiden. Dies sei nach Ansicht des Gesetzgebers aber für die von den Ermittlungsbehörden vorzunehmende Bewertung des Vorliegens eines Beweiserhebungsverbots unerlässlich.⁸⁰⁷

Während die berufsrechtliche Aufwertung des Syndikusrechtsanwalts in der Literatur überwiegend Lob erfahren hat, ist die Entscheidung des Gesetzgebers zur Nichtanerkennung der Auskunftsverweigerungsrechte mit Hinweis auf die Bedeutung der anwaltlichen Verschwiegenheit auf Ablehnung gestoßen.⁸⁰⁸ Im Ergebnis zeigt die Nichtgewährung der strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechte, dass der Vertraulichkeitsschutz des Syndikusanwalts in den Augen des Gesetzgebers weniger schutzwürdig ist als das Berufsgeheimnis des externen Rechtsanwalts.

e) Besonderheiten bei der Beratung von Kapitalgesellschaften

Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht gilt auch bei der anwaltlichen Beratung juristischer Personen uneingeschränkt.⁸⁰⁹ In sachlicher Hinsicht sind alle „Geheimnisse“ erfasst, die dem Rechtsanwalt oder Syndikusanwalt in Ausübung seiner Tätigkeit zur Kenntnis gelangen.⁸¹⁰ Dazu gehören gemäß § 203 StGB Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Erfasst sind zudem Informationen, die auf Rechtsverletzungen des Mandanten hindeuten. Gerade dann wird es sich um sensible Informationen handeln, an deren Geheimhaltung der Mandant ein gesteigertes Interesse haben dürfte. Erlangt ein Rechtsanwalt bei seiner Tätigkeit beispielsweise Kenntnis von Tatsachen, die den Verdacht einer Bilanzmanipulation, Verletzung von Um-

⁸⁰⁷ BT-Drucks. 18/5201, S. 40.

⁸⁰⁸ Siegmund, MDR 2016, 374 (376 f.).

⁸⁰⁹ Tully/Kirch-Heim, NStZ 2012, 657 (657); Hessler, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 63.

⁸¹⁰ Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 43a Rn. 15; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 5; Hessler, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 45.

weltschutzworschriften oder Untreue rechtfertigen, sind diese Erkenntnisse daher ebenfalls von der Verschwiegenheitspflicht erfasst.

Daraus folgt zunächst, dass der Wirtschaftsanwalt das ihm durch Mitarbeiter des Unternehmens Anvertraute oder ihm anderweitig im Zusammenhang mit dem Mandat bekannt gewordene Tatsachen außenstehenden Dritten nicht offenbaren darf. Bei der Beratung einer Aktiengesellschaft ist die Weitergabe von geheimen Informationen an Aktionäre, andere Kapitalmarktteilnehmer oder Behörden demnach nicht erlaubt, es sei denn, es gibt gesetzliche Ausnahmen oder die Offenbarung von Informationen ist nach den Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen gerechtfertigt. Dies gilt auch, wenn der Verdacht einer schweren Rechtsverletzung durch Unternehmensangehörige im Raum steht. Damit wird der Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit des Rechtsanwalts und das Individualinteresse der Aktiengesellschaft am Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet.

Als Träger des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG genießen auch juristische Personen den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Dies folgt bereits aus dem Bedürfnis der juristischen Person am Schutz ihrer wirtschaftlichen Interessen sowie ihrer Reputation. Das Schutzniveau steht gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einer natürlichen Person nur insoweit zurück, als die juristische Person sich nicht auf den Persönlichkeitsschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG berufen kann.⁸¹¹

Hinsichtlich der internen Informationsweitergabe durch den Wirtschaftsanwalt ist dagegen nach den oben dargestellten Grundsätzen zu unterscheiden: Danach hat der Wirtschaftsanwalt grundsätzlich dem Vorstand zu berichten, der die Informationshoheit im Unternehmen hat. Eine direkte Berichterstattung an den Aufsichtsrat ist nur im Ausnahmefall zulässig, insbesondere wenn der Vorstand trotz Information untätig bleibt und sich größere Schäden für das Unternehmen oder Dritte auf andere Weise nicht abwenden lassen oder das betroffene Unternehmen einen direkten Meldeweg zum Aufsichtsrat gemäß §§ 12 ff. HinSchG eingerichtet hat. Bleibt auch der Aufsichtsrat untätig, kann der Wirtschaftsanwalt nach den Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen ausnahmsweise zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter unter Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht den Verdacht gegenüber Dritten oder Behörden melden.

II. Eingriff und Rechtfertigung

Die anwaltliche Unabhängigkeit und die anwaltliche Verschwiegenheit sind unverzichtbare Grundwerte der anwaltlichen Berufsausübung. Sie prägen das verfassungsrechtlich geschützte Berufsbild des Rechtsanwalts als loyalen und verschwiegenen Berater und Vertreter seines Mandanten. Öffentlich-rechtliche An-

⁸¹¹ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL, Stand: Januar 2022, Art. 2 Rn. 224 f.

zeige- und Auskunftspflichten für Wirtschaftsanwälte sind geeignet, die Unabhängigkeit und Verschwiegenheit zu gefährden und das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Integrität und Loyalität des Anwalts zu beschädigen. Nachfolgend soll daher untersucht werden, inwieweit die Eingriffe in die anwaltliche Berufsfreiheit gerechtfertigt sein können. Dazu werden die in dieser Arbeit dargestellten Eingriffs-tatbestände wie folgt kategorisiert: Anzeigepflichten gegenüber Behörden, Auskunftspflichten gegenüber Behörden, interne Hinweisgeberpflichten und fakultative Anzeigerechte.

1. Anzeigepflichten

a) Anzeigepflicht bei Gefahr einer strafbewehrten Schädigung Dritter

In Teilen der Literatur wird gefordert, dass Wirtschaftsanwälte bei der dringenden Gefahr einer strafbewehrten Schädigung Dritter durch Angehörige des von ihnen beratenen Unternehmens zur Verdachtsanzeige gegenüber den zuständigen Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden gesetzlich verpflichtet werden sollten.⁸¹² In letzter Konsequenz muss das wohl als Forderung nach einer allgemeine Anzeigepflicht beim Vorliegen eines Verdachts auf geplante unternehmensbezogene Straftaten verstanden werden, die zu einer Schädigung Dritter führen können. Ob ein solche gesetzliche Regelung vor dem Hintergrund des Schutzbereichs der Berufsfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann, soll nachfolgend erörtert werden.

aa) Grundrechtseingriff

Ein entsprechendes Gesetz würde aufgrund seiner berufsregelnden Tendenz einen Eingriff in die gemäß Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts darstellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügt es für die Eröffnung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit, wenn sich eine gesetzliche Regelung unmittelbar auf einen Beruf bezieht, indem sie beispielsweise die Rahmenbedingungen des Berufs verändert, unter denen er ausgeübt werden kann.⁸¹³ Dies wäre bei einer ausdrücklichen Verpflichtung von Wirtschaftsanwälten zur Anzeige von bevorstehenden Rechtsverletzungen der Fall.

Zudem kann die gesetzliche Verpflichtung zur Anzeige geplanter Straftaten geeignet sein, das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Wirtschaftsanwalt und dem Vorstand, das unverzichtbare Grundlage der anwaltlichen Beratung eines Unternehmens ist, zu beeinträchtigen oder gar zu verhindern. Die funktionale Einbindung des Rechtsanwalts in die Kontrolle und Überwachung der Mitarbeiter und Organmitglieder des Unternehmens ist mit der Gefahr eines Inter-

⁸¹² Knöfel/Mock, AnwBl 2010, 230 (233).

⁸¹³ BVerfG, Urt. v. 08.04.1997 – I BvR 48/94, NJW 1997, 1975 (1975 f.).

essenkonflikts verbunden, der die professionelle Arbeit des Wirtschaftsanwalts erheblich erschweren oder sogar unmöglich machen kann.

Ein Rechtsanwalt, der als (quasi-)staatliche Kontrollinstanz für die Verhinderung von Rechtsverstößen seines Mandanten in Anspruch genommen wird, kann die von ihm gewählte berufliche Tätigkeit naturgemäß nicht mehr frei und unabhängig ausführen und ist daher nicht in der Lage, seine rechtsstaatliche Funktion als einseitiger Interessenvertreter seines Mandanten zu erfüllen, da er gleichzeitig seine Anzeige- bzw. Hinweispflichten gegenüber den Behörden im Blick halten muss.

(1) Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit

Die Tätigkeit des Wirtschaftsanwalts, die sich durch seine staatliche Unabhängigkeit und das Gebot umfassender und ausschließlicher Wahrnehmung der Interessen seines Mandanten sowie den Schutz des Berufsgeheimnisses auszeichnet, würde durch die Implementierung von gesetzlichen Anzeigepflichten nachhaltig verändert werden. Der Wirtschaftsanwalt wäre gezielt in die staatliche Aufgabe der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung eingebunden und wäre mithin bei der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit an übergeordnete Gemeinwohlbelange gebunden.

Es besteht die Gefahr einer schleichenden Veränderung des anwaltlichen Verständnisses der Berufsausübung weg vom loyalen Interessenvertreter eines Mandanten hin zu einem misstrauischen Wachmann im Dienst des Staates. Es fällt schwer, sich vorzustellen, wie ein Anwalt unter diesen Bedingungen seine rechtsstaatliche Aufgabe, nämlich Gesetze oder Maßnahmen der Behörden im Interesse seines Mandanten kritisch zu hinterfragen und für die Sache seines Mandanten auch gegen staatliche Widerstände einzutreten, wahrnehmen soll.

Gesetzliche Anzeigepflichten sind mit dem klassischen Berufsbild des (Wirtschafts-)Anwalts daher nicht vereinbar, der im Interesse der Rechtspflege ausschließlich die Interessen seines Mandanten zu vertreten hat. Die statusbildende Unabhängigkeit des Anwalts wäre nicht mehr gewahrt und die Vorstandsmitglieder und Mitarbeiter des beratenen Unternehmens hätten stets das diffuse Gefühl, einen „Informanten und verdeckten Ermittler“⁸¹⁴, „Hilfsermittler“⁸¹⁵ oder „verkappten Mann der BaFin“⁸¹⁶ im Unternehmen zu haben.

Das für die Mandatsbeziehung notwendige Vertrauen des Vorstands oder anderer Mitarbeiter des beratenen Unternehmens in die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts würde verloren gehen, wodurch die Rechtspflegefunktion der Anwaltschaft insgesamt Schaden nähme. Im Sinne einer funktionierenden Rechtspflege ist der Rechtsanwalt selbstverständlich an Recht und Gesetz gebunden, er steht beim „Kampf ums Recht“ aber gerade aufseiten seines Mandanten und nicht aufseiten des

⁸¹⁴ Wittig, AnwBl 2004, 193 (193).

⁸¹⁵ Klugmann, NJW 2012, 641 (645).

⁸¹⁶ Präß, in: BeckOK, BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022, § 43a Rn. 144.

Staates.⁸¹⁷ Bereits der Anschein von Staatsnähe des Anwalts genügt, um das für die anwaltliche Berufsausübung notwendige Vertrauensverhältnis zum Mandanten schwerwiegend zu beeinträchtigen.⁸¹⁸

(2) Gefährdung der anwaltlichen Verschwiegenheit

Eine allgemeine Anzeigepflicht für Wirtschaftsanwälte würde zudem die anwaltliche Verschwiegenheit als unverzichtbare Voraussetzung für das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant und damit als verfassungsrechtlich geschütztes Wesensmerkmal des anwaltlichen Berufs durchbrechen. Das hier interessierende Vertrauensverhältnis zwischen Wirtschaftsanwalt und Vorstand oder anderen Mitarbeitern des beratenen Unternehmens wäre gefährdet.

Der sachliche Anwendungsbereich der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht ist weit und erfasst alle nicht öffentlich bekannten Informationen, die dem Rechtsanwalt in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit zur Kenntnis gelangt sind. Geschützt sind daher auch Informationen, die den Verdacht einer bevorstehenden Rechtsverletzung durch Angehörige des beratenen Unternehmens begründen. Der Vorstand oder andere Mitarbeiter des Unternehmens würden sich vor dem Hintergrund der Gefahr einer Verdachtsanzeige durch ihren Rechtsanwalt auf dessen absolute Verschwiegenheit nicht mehr verlassen können.

(3) Chilling Effect

Wenn die Angehörigen eines beratenen Unternehmens im Zweifel mit der Offenbarung vertraulicher Informationen gegenüber Ermittlungs- oder Aufsichtsbehörden rechnen müssen, so werden sie schon aus Selbstschutzgründen darauf bedacht sein, die offene und freie Informationsweitergabe mit dem Rechtsanwalt auf das Nötigste zu reduzieren und den Rechtsanwalt aus den Entscheidungsprozessen heraushalten.⁸¹⁹ Dem eigentlichen Ziel, der Verhinderung von Rechtsverletzungen durch Unternehmensangehörige, wäre damit nicht geholfen. Im Gegenteil, der Rechtsanwalt verlöre die Möglichkeit, auf das Verhalten der beteiligten Personen positiven Einfluss zu nehmen. Schlimmer noch: Ohne den für die anwaltliche Tätigkeit erforderlichen vertraulichen Informationsaustausch steht die anwaltliche Berufsausübung überhaupt infrage.⁸²⁰

Coffee vertritt dagegen die Ansicht, dass die Gefahr einer „Abkühlung“ der Mandatsbeziehung („chilling effect“) durch Hinweisgeberpflichten in der Phase vor

⁸¹⁷ Krämer, NJW 1995, 2313 (2316 f.).

⁸¹⁸ BGH, Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (B) 68/17, NJW 2018, 3712 (3713); BGH, Beschl. v. 25.02.2008 – AnwZ (B) 23/07, NJW-RR 2008, 1504 (1504).

⁸¹⁹ Szesny, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Hrsg.), Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 30 Rn. 109; Präf., in: BeckOK, BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022, § 43a Rn. 144.

⁸²⁰ Hessler, in: Hessler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 41.

Begehung einer Rechtsverletzung gering sei.⁸²¹ Wegen der Verfolgung von Fehlverhalten durch Behörden und der damit verbundenen Haftungsrisiken habe die Geschäftsführung im Vorfeld von wichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen ohnehin ein Interesse, rechtskundige Berater zu konsultieren und sich gegebenenfalls gutachterlich absichern zu lassen. Das bloße Risiko, dass Behörden oder das oberste Aufsichts- und Kontrollorgan des Unternehmens durch den Rechtsanwalt über Rechtsverstöße unterrichtet werden könnten, dürfte aus Sicht von Coffee daher nicht zum Erliegen der *ex-ante*-Kommunikation führen.

Unter Wohlfahrtsgesichtspunkten sei vor allem diese *ex-ante*-Kommunikation zwischen Vorstand und Anwalt besonders schützenswert, da der Anwalt nur in dieser *ex-ante*-Phase in der Lage ist, das Verhalten des Vorstands durch seinen Rat positiv zu beeinflussen.⁸²² Es wird dabei angenommen, dass die große Mehrzahl der Anwälte ihren Beruf gewissenhaft ausübt und anders als im Zusammenhang mit den Cum/Ex-Geschäften bekanntgewordenen Fällen auf eine rechtmäßiges Verhalten der Mandanten hinwirkt.

Weniger schutzwürdig sei dagegen die Kommunikation zwischen Anwalt und Vorstand nach Begehung einer Rechtsverletzung (*ex post*). Denn in der *ex-post*-Phase hat der Vorstand entweder einen Aufklärungswillen, sodass er mit den Anwälten und dem Aufsichtsrat kooperieren wird, und zwar unabhängig davon, ob der Anwalt den Aufsichtsrat unterrichten könnte, oder er verschließt sich einer Aufklärung von vornherein, z. B. weil er selbst Haftungsrisiken zu befürchten hat. Ist er selbst Haftungsrisiken ausgesetzt, liegt die Vermutung nahe, dass er den Anwalt in erster Linie dazu instrumentalisieren wird, einer eigenen Haftung zu entgehen oder die Haftungsfolgen zu minimieren. Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Vorstand ist nach Auffassung von Coffee in der *ex-post*-Phase daher von wesentlich geringerer Bedeutung als in der *ex-ante*-Phase.

Es lässt sich nicht abstreiten, dass ein Vorstand vor wichtigen Geschäftsführungsentscheidungen ein gesteigertes Interesse an der Einbeziehung von spezialisierten Rechtsanwälten haben wird, um seine Entscheidung rechtlich abzusichern. Dieses Interesse besteht grundsätzlich. Auf der anderen Seite wird ein Vorstand, der sich auf die absolute Verschwiegenheit seines Anwalts verlassen kann, offener kommunizieren als derjenige, der befürchten muss, dass sein Anwalt im Lager der Aufsichtsbehörden steht. Im Vergleich wird man davon ausgehen können, dass ein Rechtsanwalt in einer Welt mit anwaltlichen Hinweisgeberpflichten stets mit dem Makel behaftet sein wird, im Lager des Staates zu stehen und nicht aufseiten des Mandanten. Vor diesem Hintergrund kann die Argumentation von Coffee nur teilweise überzeugen.

⁸²¹ *Coffee*, 103 Colum. L. Rev. 1293, 1307–10 (2003); *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1 (5 f.).

⁸²² Zum Ganzen *Coffee*, 103 Colum. L. Rev. 1293, 1307–10 (2003).

(4) Besonderheit der Mandatsbeziehung

Der vorstehenden Argumentation kann entgegengehalten werden, dass es bei der Beratung eines Unternehmens, insbesondere in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, nicht auf das Interesse des Vorstands und das Vertrauensverhältnis zwischen Vorstand und Rechtsanwalt ankommt, weil nicht der Vorstand, sondern die Aktiengesellschaft der Mandant ist. Diese im Grundsatz zutreffende Feststellung verkennt aber, dass in der aktienrechtlichen Kompetenzordnung der Vorstand im Namen des Unternehmens nach außen auftritt, d.h. auch gegenüber dem Rechtsanwalt, und damit den Brückenkopf für das Vertrauensverhältnis aufseiten der Gesellschaft darstellt. Denn Vertrauen kann nur bei den handelnden Personen selbst, nicht aber bei einer juristischen Person entstehen. Maßgeblich für die Qualität der anwaltlichen Beratung des Unternehmens ist deshalb die Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Vorstand. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Anwalt durch den Aufsichtsrat zur Beratung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung originärer Aufsichtsratstätigkeiten beauftragt wurde. Dann kommt es allerdings auf die Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Aufsichtsrat an.

Ebenso wenig kann der Einwand überzeugen, dass die Aufklärung und Verhinderung von Unternehmensverstößen grundsätzlich im Unternehmensinteresse liege.⁸²³ Zwar ist diesem Argument zuzustimmen, dass die Gesetzmäßigkeit des Unternehmens ein übergeordnetes gesellschaftsrechtliches Prinzip ist, das in der Legalitätspflicht der Organe Ausdruck findet.⁸²⁴ Dennoch wird das Unternehmensinteresse zunächst durch den Vorstand im Rahmen seiner organschaftlichen Pflichten definiert.⁸²⁵ Der Vorstand entscheidet über Geschäftsführungsmaßnahmen selbstständig, soweit nicht im Ausnahmefall eine Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich ist. Korrespondierend trägt er auch die Verantwortung für die Sicherstellung der Rechtmäßigkeit des Geschäftsbetriebs durch die Implementierung eines funktionstüchtigen Compliance-Management-Systems.⁸²⁶ Der Wirtschaftsanwalt hat sich demnach an dem durch den Vorstand definierten Unternehmensinteresse zu orientieren und darf dieses nicht eigenständig durch ein wohlverstandenes Unternehmensinteresse oder gar die Interessen des Gemeinwohls ersetzen.

bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen darüber hinaus Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis zueinan-

⁸²³ Loughrey, Corporate Lawyers and Corporate Governance, S. 70.

⁸²⁴ Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2023, § 3 Rn. 3.42 ff.; Fleischer, in: Beck-OGK AktG, Stand: 01.07.2022, § 93 Rn. 1 ff.; Spindler, in: Müko AktG, 5. Aufl. 2019, § 76 Rn. 86 ff.; Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 93 Rn. 9 ff.

⁸²⁵ Hopt, ZGR 1993, 534 (536 ff.).

⁸²⁶ Verse, ZHR 175 (2011), 401 (403 f.).

der stehen.⁸²⁷ Überdies darf eine gesetzliche Regelung auch keine übermäßige und unzumutbare Belastung für den Betroffenen darstellen.⁸²⁸ Mit der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität zur Gewährleistung der Integrität und Stabilität der Wirtschaft würde ein entsprechendes Gesetz zwar einen legitimen Zweck verfolgen, da es wichtigen Gemeinwohlbelangen dient. Unabhängig von seiner Geeignetheit und Erforderlichkeit ergeben sich verfassungsrechtliche Bedenken jedoch vor allem wegen der Intensität des Eingriffs in die anwaltliche Berufsfreiheit.

(1) Eingeschränkte Eignung

Bei der gebotenen Abwägung der betroffenen Interessen ist vor allem zu berücksichtigen, dass die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als externe Hinweisgeber nur wenig geeignet ist, den durch ein solches Gesetz verfolgten Zweck der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität signifikant zu fördern. Die Untersuchung des zivilrechtlichen Pflichtenkreises hat gezeigt, dass der Wirtschaftsanwalt schon aufgrund seiner vertraglichen Schutzpflichten gegenüber dem Unternehmen als Mandant nicht wegsehen oder untätig bleiben darf, wenn ihm konkrete Anhaltspunkte über rechtswidriges Verhalten bekannt geworden sind, die beim Unternehmen zu Schäden führen können.

Ferner dürften Unternehmensangehörige bei heiklen Themen bereits ohne ausdrückliche Anzeigepflichten für Anwälte geneigt sein, solche Informationen, die auf ein vermeintlich rechtswidriges Verhalten hindeuten können vor ihren anwaltlichen Beratern zu verbergen und Anwälte nur so weit unbedingt nötig in den internen Informationsaustausch einzubeziehen. Die Einführung einer gesetzlichen Anzeigepflicht gäbe dem Wirtschaftsanwalt den Anstrich eines staatlichen Hilfsermittlers, wodurch seine Abschottung vom unternehmensinternen Informationsfluss mit hoher Wahrscheinlichkeit verstärkt würde. Der komparative Informationsvorteil des Wirtschaftsanwalts, der gemeinhin als sachliche Legitimation für die Einführung von Hinweisgeberpflichten herangezogen wird⁸²⁹, würde durch eine gesetzliche Pflicht konterkariert.

Zudem bestünde die Gefahr, dass der Wirtschaftsanwalt in seiner Fähigkeit geschwächt wird, auf das Handeln des Vorstands und anderer Mitarbeiter positiv einzuwirken und damit seiner originären Aufgabe als Rechtsanwalt nachzukommen.⁸³⁰ Zwar kann ein Rechtsanwalt seinen Mandanten nicht von der Begehung einer Straftat abhalten. Erlangt er jedoch frühzeitig Kenntnis von geplanten Rechtsverletzungen, kann er bei seiner Beratungstätigkeit darauf hinwirken, dass die verantwortlichen Personen von der Weiterverfolgung ihrer Pläne abrücken. Dies setzt allerdings Informationszugang und ein Vertrauensverhältnis zwischen den handelnden

⁸²⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 23.04.2021 – AnwZ 35/11, NJW 2012, 3039 (3041) m. w. N.

⁸²⁸ BVerfG, Urt. v. 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01 und 2 BvR 1521/01, NJW 2004, 1305 (1310).

⁸²⁹ Fleischer/Schmolke, WM 2012, 1013 (1020).

⁸³⁰ NYC Bar, Comments on Proposed Rule (04/2003).

Personen voraus. Allgemeine gesetzliche Anzeigepflichten dürften das Gegenteil bewirken. Sie beschädigen das Vertrauensverhältnis und beeinträchtigen dadurch den Informationsfluss.

(2) Eingriffsintensität

Demgegenüber wiegt der durch eine allgemeine Anzeigepflicht von unternehmensbezogenen Straftaten für Rechtsanwälte bewirkte Eingriff in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit schwer. Die gesetzliche Einbindung des Wirtschaftsanwalts in die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität gefährdet sowohl die anwaltliche Unabhängigkeit als auch die anwaltliche Verschwiegenheit und beeinträchtigt als Folge das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Dem rechtsuchenden Unternehmen wird damit der Zugang zu einer loyalen und unabhängigen Rechtberatung erschwert, wenn nicht sogar versperrt. Der Zugang des Einzelnen zum Recht als eine der Maximen des Rechtsstaatsprinzips wird damit infrage gestellt. Durch eine allgemeine Anzeigepflicht im Interesse der Gefahrenabwehr würde der Anwalt zum „Spitzel der Obrigkeit“⁸³¹ gegen seinen Mandanten, was einer „Perversion des anwaltlichen Berufsbilds“⁸³² gleichkommt. Es geht mithin nicht nur um das Individualinteresse des einzelnen Anwalts, sondern um die anwaltliche Funktion im Rechtspflegesystem insgesamt. Es besteht die Gefahr, dass der Zugang unabhängiger rechtlicher Beratung erschwert und die Qualität rechtlicher Beratung von Unternehmen insgesamt leidet.

b) Meldepflichten gemäß § 43 GwG und § 138d AO

aa) § 43 GwG

Die Vorschrift des § 43 Abs. 1 GwG verpflichtet Rechtsanwälte, die an bestimmten Kataloggeschäften beteiligt sind, zur Anzeige eines Verdachts auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung. Ausgenommen sind jedoch sämtliche Informationen, die im Zusammenhang einer anwaltlichen Tätigkeit erlangt wurden, es sei denn, der Rechtsanwalt wusste, dass sein Vertragspartner die anwaltlichen Dienste für den Zweck der Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder andere Straftaten genutzt hat.⁸³³ Aufgrund der berufsregelnden Tendenz liegt ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit vor. Anderes als bei dem oben diskutierten Vorschlag einer allgemeinen Anzeigepflicht ist die Eingriffsintensität jedoch gering und vor dem Hintergrund der überragenden Bedeutung der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gerechtfertigt.

⁸³¹ Hellwig, AnwBl 2000, 614 (615).

⁸³² Präsident der Rechtsanwaltskammer Köln in einem Schreiben an die BRAK v. 27.02. 2022, zitiert bei v. Galen, NJW 2003, 117 (117).

⁸³³ Siehe hierzu oben, S. 176 ff.

Dafür spricht, dass die anwaltliche Verschwiegenheit nur am Rande berührt wird. Die Anzeigepflicht gemäß § 43 Abs. 1 GwG entsteht grundsätzlich nur für Informationen, die nicht dem anwaltlichen Berufsgeheimnis unterliegen, weil sie nicht im Zusammenhang mit einer anwaltlichen Tätigkeit erlangt wurden, oder deren vertrauliche Behandlung im Einzelfall nicht schützenswert ist, weil der Vertragspartner die anwaltlichen Dienste zur Begehung einer Straftat ausgenutzt hat. Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nach der hier vertretenen Auffassung daher nicht.

bb) § 138d AO

Gemäß § 138d Abs. 1 AO ist ein Rechtsanwalt, der an der Gestaltung oder Umsetzung von grenzüberschreitenden Steuergestaltungen beteiligt ist, bei Vorliegen bestimmter Kennzeichen zur Meldung von Informationen über die Steuergestaltung an die Finanzverwaltung verpflichtet. Auch hier liegt aufgrund der berufsregelnden Tendenz ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts vor. Berührt ist vor allem der Grundsatz der anwaltlichen Verschwiegenheit. Der Eingriff dürfte jedoch aufgrund der besonderen Bedeutung des in Art. 3 GG verfassungsrechtlich verankerten Prinzips der Steuergerechtigkeit gerechtfertigt sein, das die mit der neu eingeführten Meldepflicht bezweckte Sicherung des inländischen Steuersubstrats zur Geltung bringen soll. Im Gegensatz zu § 43 GwG ist die Eingriffsintensität des § 138d Abs. 1 AO zwar höher. Bei einer gebotenen Abwägung der widerstreitenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter dürfte jedoch das öffentliche Interesse an der Sicherung des inländischen Steuersubstrats das Recht des Rechtsanwalts auf freie Berufsausübung überwiegen. Es ist nicht erkennbar, dass die Regelung den Rechtsanwalt auf unangemessene und unzumutbare Weise in seinen Rechten einschränkt.

Die Vorschrift des § 138f Abs. 6 AO gewährt zum Schutz des Berufsgeheimnisses unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahme von der Meldepflicht für personenbezogene Daten. Gemeldet werden müssen lediglich abstrakte Informationen über die relevante Steuergestaltung. Problematisch ist allerdings, dass abstrakte Informationen gemäß § 102 Abs. 4 Satz 3 AO auch dann gemeldet werden müssen, wenn sich die Identität des Nutzers oder Mandanten aufgrund dieser Informationen ermitteln lässt. Die Bundesrechtsanwaltskammer wies in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf des Gesetzes zutreffend darauf hin, dass die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich auf das gesamte Mandat erstrecke, d. h. auch auf das Bestehen der Mandatsbeziehung, und nicht nur auf die Angabe von persönlichen Angaben zum Mandanten. Die Pflicht zur Meldung bloß abstrakter Informationen sei daher nicht hinnehmbar und verfassungswidrig.⁸³⁴

⁸³⁴ BRAK, Stellungnahme Nr. 22/2019 zum RefE des Gesetzes zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen, S. 3.

Ob diese Schlussfolgerung vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung der Sicherung des Steuersubstrats haltbar ist, kann bezweifelt werden. Denn die Beeinträchtigung der anwaltlichen Verschwiegenheit durch die Preisgabe bloß abstrakter Informationen ist gering, selbst wenn sich aus diesen Informationen die Identität des Mandanten ermitteln lässt. Zumal das Gesetz auch die Möglichkeit vorsieht, dass in Fällen, in denen der Rechtsanwalt nicht von der Verschwiegenheitspflicht befreit wurde, der Mandant die Informationen im Auftrag des Rechtsanwalts selbst übermitteln kann.⁸³⁵

2. Auskunftspflichten

Darüber hinaus wurde gezeigt, dass Rechtsanwälte in Deutschland durch das Banken-, Zahlungsverkehrs- und Versicherungsaufsichtsrecht auf Verlangen der zuständigen Behörden gemäß § 44c KWG, § 8 Abs. 1 ZAG und § 305 Abs. 3 VAG zur Preisgabe vertraulicher Informationen gegenüber den zuständigen Behörden verpflichtet werden können.⁸³⁶ Art. 12 Abs. 1 GG steht einem entsprechenden behördlichen Auskunftsverlangen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zwar grundsätzlich entgegen. Der Eingriff kann im Einzelfall jedoch gerechtfertigt sein.

a) Grundrechtseingriff

Ein Auskunftsverlangen gegenüber einem Rechtsanwalt hinsichtlich vertraulicher Informationen aus einem Mandatsverhältnis auf Basis der genannten Ermächtigungsgrundlagen stellt aufgrund der Durchbrechung der anwaltlichen Verschwiegenheit einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG dar.

b) Maßstab für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt die Auffassung, dass ein Auskunfts- und Vorlageverlangen der zuständigen Behörde im Einzelfall die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, wenn kein anderes milderes Mittel zur Erreichung des Zwecks zur Verfügung steht.⁸³⁷ Dies gelte vor allem, wenn die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht aufgrund der Art und des Umfangs der konkreten Tätigkeit durch die Preisgabe der verlangten Informationen nur am Rande berührt wird.

⁸³⁵ Brandis, in: Tipke/Kruse, 169. EL 4/2020, § 138f Rn. 14.

⁸³⁶ Siehe hierzu oben, S. 186 ff.

⁸³⁷ BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2011 – 8 C 24/10, BVerwGE 141, 262 Tz. 30 ff. = NJW 2012, 1241 (1243).

Dieser Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Das Gericht hat die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit deutlich hervorgehoben und betont, dass zunächst stets ein Einschreiten gegen den Mandanten als milderes und die Verschwiegenheitspflicht nicht beeinträchtigendes Mittel geprüft werden müsse. Ein entsprechendes Auskunftsverlangen gegenüber einem Rechtsanwalt ist demnach unverhältnismäßig und mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar, wenn ein Einschreiten gegen den Mandanten möglich und Erfolg versprechend ist. Die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts erscheint gleichwohl angesichts der Bedeutung der anwaltlichen Verschwiegenheit für die anwaltliche Berufsausübung und die Rechtspflege insgesamt etwas knapp. Das Gericht hätte noch stärker auf die abzuwägenden Interessen eingehen können. Zu begrüßen ist jedoch, dass das Gericht den zuständigen Behörden keinen Freifahrtschein ausgestellt hat, sondern das Auskunftsverlangen gegenüber einem Rechtsanwalt stets nur als letztes Mittel zulässt.

3. Interne Hinweisgeberpflichten gegenüber Leitungs- und Kontrollorganen

Wie oben dargestellt, ist der Wirtschaftsanwalt nach dem US-amerikanischen Regelungsvorbild verpflichtet, Hinweise auf schwerwiegende Rechtsverstöße von Unternehmensangehörigen entlang der Unternehmenshierarchie bis zum obersten Leitungs- und Überwachungsorgan zu melden. Dabei wird nicht unterschieden, ob die Rechtsverletzung bereits abgeschlossen ist, andauert oder noch bevorsteht.⁸³⁸ Eine Rezeption dieser Regelung durch das deutsche Recht führte bei der rechtlichen Beratung der Aktiengesellschaft zu einer Pflicht des Rechtsanwalts zur vorstandsunabhängigen Berichterstattung an den Aufsichtsrat.

a) Grundrechtseingriff

Ein Gesetz, das dem deutschen Wirtschaftsanwalt interne Hinweisgeberpflichten nach dem US-amerikanischen Regelungsvorbild auferlegen würde, hätte eine subjektiv berufsregelnde Tendenz und würde damit einen Eingriff in die gemäß Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsausübungsfreiheit darstellen. Jedenfalls wären die anwaltliche Unabhängigkeit und anwaltliche Verschwiegenheit als Wesensmerkmale des anwaltlichen Berufsbilds berührt.

Der Eingriff in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit durch eine gesetzliche Inanspruchnahme des Wirtschaftsanwalts als internen Whistleblower wiegt indes auf den ersten Blick weniger schwer. Erstens erfolgt die Verdachtsanzeige lediglich intern gegenüber einem Gesellschaftsorgan und ist damit ein milderes Mittel als die Anzeige gegenüber Behörden oder Dritten. Zweitens fördert das Reporting-up die Transparenz innerhalb der Gesellschaft und verbessert auf diese Weise die Über-

⁸³⁸ Siehe hierzu oben, S. 134 ff.

wachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrats, was grundsätzlich auch im Interesse des Unternehmens liegen dürfte.

aa) Loyalität gegenüber dem Vorstand

Diese Betrachtung greift indes zu kurz und verkennt die Rolle des Rechtsanwalts. Der Wesenskern des anwaltlichen Berufshandelns ist die ausschließliche und loyale Wahrung der Interessen des Mandanten. Für den Wirtschaftsanwalt bedeutet das, dass er an das durch den Vorstand definierte Unternehmensinteresse gebunden ist. Seine rechtliche Beratung schuldet er der Gesellschaft und damit dem Vorstand, der die Geschäfte der Gesellschaft selbstständig führt. Der Anwalt selbst ist dagegen nicht Teil der Corporate Governance und darf auch nicht als „besserer Vorstand“ instrumentalisiert werden, um Versäumnisse oder Fehler des Vorstands auszugleichen.⁸³⁹

Voraussetzung für die Ausübung seiner anwaltlichen Tätigkeit als rechtlicher Berater der Gesellschaft ist demnach ein Vertrauensverhältnis zu den Vorstandsmitgliedern. Wenn der Wirtschaftsanwalt aber gesetzlich dazu verpflichtet wäre, gleichzeitig als Überwachungsinstanz das Vorstandshandeln fortlaufend zu kontrollieren und bei vermeintlichen Rechtsverstößen an den Aufsichtsrat zu berichten, bestünde die Gefahr, dass dieses Vertrauensverhältnis empfindlich gestört wird.⁸⁴⁰

bb) Gefahr eines Interessenkonflikts

Gleichzeitig würden die Hinweisgeberpflichten den Wirtschaftsanwalt in die Situation eines dauernden Interessenkonflikts bringen. Der Anwalt dient zwar bei der Erfüllung der Hinweispflichten einem wohlverstandenen Unternehmensinteresse. Gleichzeitig müsste er aber gegenüber dem Vorstand und Mitarbeitern misstrauisch bleiben und stets das übergeordnete Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung potenzieller Rechtsverstöße im Blick behalten. Dies führt den Rechtsanwalt zwangsläufig in einen unlösbar Konflikt, der geeignet ist, die Qualität der anwaltlichen Beratung stark zu beeinträchtigen oder gar unmöglich zu machen. Neben dem inneren Konflikt des einzelnen Berufsträgers dürfte die staatlich angeordnete Kontroll- und Überwachungsfunktion des Rechtsanwalts bei den rechtsuchenden Vorstandsmitgliedern ein tiefgreifendes Misstrauen gegenüber den Anwälten hervorrufen. Jedes Misstrauen in die Integrität und Loyalität des Anwalts führt aber zu einer Verschlechterung der für die Beratungstätigkeit unerlässlichen Kommunikation und gefährdet damit die Qualität der anwaltlichen Arbeit.

⁸³⁹ *Praß*, in: BeckOK, BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022, § 43a Rn. 144.

⁸⁴⁰ Vgl. v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (118 ff.).

cc) Verletzung der Verschwiegenheit

Mit Blick auf die anwaltliche Verschwiegenheit ist die besondere gesellschaftliche Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft zu berücksichtigen. Herrin des Geheimnisses ist grundsätzlich die Aktiengesellschaft. Als gesetzliches Vertretungsorgan ist nur der Vorstand berufen, über die Verschwiegenheitspflicht des Anwalts zu disponieren.⁸⁴¹ Zudem ist grundsätzlich der Vorstand für die Information des Aufsichtsrats zuständig, es sei denn, der Aufsichtsrat ist gemäß § 107 Abs. 4 Satz 4 AktG zur Einholung vorstandsunabhängiger Information bei den Ressortleitern unterhalb des Vorstands oder gemäß § 111 Abs. 2 Satz 4 AktG bei Sachverständigen und Abschlussprüfern berechtigt oder der Vorstand hat durch die Einrichtung eines internen Meldeweges zum Aufsichtsrat (§§ 12 ff. HinSchG) der direkten Berichterstattung an den Aufsichtsrat zugestimmt. Sofern der Anwalt nicht direkt durch den Aufsichtsrat beauftragt wurde, schuldet er seine Verschwiegenheit demnach der Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand.⁸⁴²

Dies entspricht dem Sinn und Zweck der anwaltlichen Verschwiegenheit, wonach die Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant geschützt werden soll. Bei der Beratung einer Aktiengesellschaft wird diese Beziehung personalisiert durch das Verhältnis des Anwalts zum Vorstand, da ein Vertrauensverhältnis nur zwischen natürlichen Personen existieren kann.⁸⁴³ Nur wenn der Vorstand Vertrauen in die Integrität und Loyalität des Rechtsanwalts hat, kann der Rechtsanwalt seine Tätigkeit in professioneller Weise ausüben. Ist der Rechtsanwalt aber verpflichtet, Rechtsverstöße des Vorstands oder von Mitarbeitern an den Aufsichtsrat zu berichten, wird dieses Vertrauensverhältnis beschädigt.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Einführung interner Hinweisgeberpflichten für Wirtschaftsanwälte nach dem US-amerikanischen Regelungsvorbild kann rechtspolitisch auf die gleichen Argumente gestützt werden, die den US-amerikanischen Kongress und die SEC bewogen haben, Wirtschaftsanwälte durch Whistleblowingpflichten in das System der Corporate Governance einzubinden. Ob die Grundrechtseingriffe damit verfassungsmäßig gerechtfertigt werden können, soll nachfolgend erörtert werden.

⁸⁴¹ BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – StB 44/20, BGHSt 65, 278 Tz. 26 = NZI 2021, 337 (338 f.); BGH, Urt. v. 26.04.2016 – XI ZR 108/15, NJW 2016, 2569 (2571).

⁸⁴² v. Falkenhausen, in: FS Winter, S. 117 (118 ff.); Fleischer/Schmolke, WM 2012, 1013 (1019); Sänger, Whistleblowing in der börs. AG, S. 200; Knöfel/Mock, AnwBl 2010, 230 (232).

⁸⁴³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.12.1992 – 1 Ws 1155/92, BeckRS 1992, 1435 Rn. 3; Krause, in: FS Dahs, 349 (367 f.); a. A.: BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – StB 44/20, BGHSt 65, 278 Tz. 26 = NZI 2021, 337 (338 f.).

aa) Schutz der Integrität der Wirtschaft und des Kapitalmarkts

Die Nutzbarmachung des Insiderwissens von Wirtschaftsanwälten erhöht die Transparenz im Unternehmen und kann dazu beitragen, dass Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen früher erkannt wird und auf diese Weise schwerere Schäden von der Gesellschaft und ihren Aktionären abgewendet werden können. Die Regelung dient der Bekämpfung von Wirtschaftsstraftaten und soll dadurch die Integrität der Wirtschaft und des Kapitalmarkts schützen. Sie dient damit wichtigen Gemeinwohlbelangen.

Die American Bar Association hat darüber hinaus im Zusammenhang mit den korrespondierenden Änderungen der ABA Model Rules angeführt, dass die Hinweisgeberpflichten auch der Verbesserung der Qualität der anwaltlichen Beratung von Unternehmen dienten.⁸⁴⁴ Dem Argument muss jedoch entgegengehalten werden, dass das interne Hinweisgeberregime zur Erreichung dieses Zwecks ungeeignet ist, da die Qualität der Rechtsberatung maßgeblich durch die inhaltliche Auseinandersetzung mit Rechtsfragen bestimmt wird und nicht durch die organisatorische Einbindung des Rechtsanwalts in das Überwachungs- und Kontrollsysteem der Corporate Governance. Die Überwachung und Kontrolle des Vorstands gehören nicht zu den Aufgaben des Rechtsanwalts und sind deshalb für die Beurteilung der Qualität der anwaltlichen Beratung unerheblich.

Der Zweck einer solchen Regelung bestünde daher nicht in der Qualitätssicherung der anwaltlichen Beratungstätigkeit, sondern im Schutz der Integrität der Wirtschaft und des Kapitalmarkts.

bb) Kein Erfordernis gesetzlicher Pflichten

Vor dem Hintergrund des in Deutschland vorhandenen vertragsrechtlichen Haftungsregimes, aus dem sich sowohl für den externen Wirtschaftsanwalt als auch für den Syndikusanwalt interne Anzeigepflichten bis hin zur Anzeige an den Aufsichtsrat ergeben, wenn sie rechtswidriges Verhalten von Mitarbeitern oder Organmitgliedern erkennen, bestehen jedoch erhebliche Zweifel, ob die Einführung interner Hinweisgeberpflichten nach dem US-amerikanischen Vorbild überhaupt erforderlich ist. Wie oben bereits dargelegt wurde, folgen aus dem Anwaltsvertrag nahezu identische Verhaltenspflichten, die im Zweifel aufgrund der in diesen Fällen im Raum stehenden Haftungssummen erheblichen Einfluss auf das anwaltliche Berufshandeln haben dürften. Zwar gibt es Bedenken an der mittelbaren Steuerungswirkung des vertraglichen Haftungsregimes im Kontext der anwaltlichen Berufsausübung, weil häufig die Möglichkeit einer Durchsetzung von Ansprüchen im Interesse aller (potenziell) Geschädigten fehlt.⁸⁴⁵ Die Verurteilung eines Rechtsan-

⁸⁴⁴ ABA Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145, 155–57 (2003).

⁸⁴⁵ Vgl. Hirte, ZZP 116 (2003), 135 (162) zur mittelbaren Steuerungswirkung vertraglicher Ansprüche bei irreführenden Werbeangaben durch Anwälte.

walts zur Leistung von Schadensersatz in Millionenhöhe bei der Aufarbeitung des Cum/Ex-Skandals hat jedoch gezeigt, dass bei anwaltlichen Pflichtverstößen das Risiko einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme nicht bloß theoretischer Natur ist, sondern existenzvernichtende Folgen haben kann, und insoweit auch eine relevante Steuerungswirkung entfalten dürfte.⁸⁴⁶ Dies gilt jedenfalls für Konstellationen, bei denen durch die Pflichtverletzung (auch) bei dem Mandanten ein zurechenbarer Schaden entsteht.

cc) Geringer Nutzen

Unabhängig davon wurde in dieser Untersuchung dargelegt, dass die internen Hinweisgeberpflichten die Corporate Governance einer Gesellschaft zwar stärken können, da sie geeignet sind, ökonomischen oder kognitiven Fehlanreizen bei Wirtschaftsanwälten entgegenzuwirken und die Transparenz innerhalb eines Unternehmens, insbesondere die Information des Aufsichtsrats, zu verbessern. Diesen Vorteilen stehen jedoch Nachteile gegenüber, die den Beitrag, den interne Hinweisgeberpflichten für Wirtschaftsanwälte zum Schutz der Integrität der Wirtschaft und des Kapitalmarkts leisten können, schmälern oder gar ins Gegenteil kehren können.

Aufgrund der zunehmenden Fragmentierung des Rechtsberatungsmarkts sehen externe Wirtschaftsanwälte in vielen Fällen nur einen kleinen Ausschnitt der betrieblichen Aktivitäten eines Unternehmens, sodass ihre Möglichkeiten, systematische Rechtsverletzungen zuverlässig zu erkennen, ohnehin beschränkt sind.⁸⁴⁷ Die Beeinträchtigung des Informationsflusses dürfte durch gesetzliche Hinweisgeberpflichten noch verstärkt werden, da diese mehr noch als vertragliche Pflichten geeignet sind, das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Vorstandsmitgliedern oder anderen Mitarbeitern zu beeinträchtigen. Die Unternehmensangehörigen dürften daher wie bei externen Anzeigepflichten geneigt sein, Informationen über rechtswidriges Verhalten vor den Anwälten zu verbergen. Ebenso würde für Rechtsanwälte ein Anreiz gesetzt, möglichst wenige Informationen zu erlangen, um das Risiko einer berufsrechtlichen oder ordnungsrechtlichen Sanktion zu verringern. Dies würde nicht nur die Fähigkeit der Rechtsanwälte, rechtswidriges Verhalten frühzeitig zu erkennen, weiter schwächen, sondern auch die Möglichkeiten zur positiven Einflussnahme durch die Beratungstätigkeit erheblich eingrenzen.

Zudem hat der US-amerikanische Gesetzgebungsprozess gezeigt, dass die Formulierung der tatbestandlichen Anforderung der Kenntnisserlangung erhebliche Schwierigkeiten bereiten, wenn unzumutbare Belastungen für Rechtsanwälte vermieden werden sollen, deren Kenntnisse auf einem spezifischen Rechtsgebiet, z. B. dem Kapitalmarktrecht, geringer ausgeprägt sind. Der vor diesem Hintergrund gewählte Kompromiss setzt die tatbestandliche Schwelle so hoch, dass die Melde-

⁸⁴⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2018 – 9 U 179/16, DStRE 2020, 116 (119).

⁸⁴⁷ Loughrey, Corporate Lawyers and Corporate Governance, S. 234 f.

pflicht nur bei positiver Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis der Rechtswidrigkeit des Handelns ausgelöst wird. Im Ergebnis greift die Meldepflicht deshalb nur in dem seltenen Fall, dass ein für jeden erkennbarer, offensichtlicher Rechtsverstoß begangen wird. Die Wirkung dürfte daher gering sein.⁸⁴⁸

dd) Wertende Betrachtung

Der Eingriff in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit wiegt demgegenüber schwer. Die Rolle als interner Whistleblower oder Gatekeeper steht dem anwaltlichen Berufsbild grundsätzlich entgegen, da sie in erster Linie die anwaltliche Unabhängigkeit und die anwaltliche Verschwiegenheit beeinträchtigt. Dies gilt nicht nur für externe Anzeigepflichten, sondern – wie gezeigt wurde – auch für interne Hinweisgeberpflichten. Die Rezeption des US-amerikanischen Regelungsvorbrids in das deutsche Recht wäre vor diesem Hintergrund ein unverhältnismäßiger Eingriff in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit und begegnet daher durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.⁸⁴⁹

4. Optionales Reporting-out

Das US-amerikanische Hinweisgeberregime ergänzt die internen Hinweisgeberpflichten durch eine fakultative Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht als letztes Mittel, wenn trotz interner Anzeige gegenüber dem Board of Directors keine angemessenen Maßnahmen zur Verhinderung oder Unterbindung des rechtswidrigen Verhaltens unternommen wurden.⁸⁵⁰ Der Wirtschaftsanwalt darf das festgestellte Fehlverhalten in diesem Fall unter Befreiung von seiner Verschwiegenheitspflicht gegenüber den zuständigen Behörden anzeigen. Eine entsprechende Regelung wäre geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant nachhaltig zu beschädigen und damit die Berufsausübung des Rechtsanwalts zu beeinträchtigen.

a) Schutz der Wirtschaft und des Kapitalmarkts als legitimer Zweck

Als legitimer Zweck ließe sich auch hier der Schutz der Integrität der Wirtschaft und des Kapitalmarkts anführen. Für ein gesetzlich normiertes optionales Reporting-out spricht, dass es die Rechtssicherheit bei der Aufdeckung von Missständen erhöht. Das Whistleblowing durch Rechtsanwälte wird gesetzlich abgesichert und institutionalisiert. Dem schließt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht die Frage an, ob ein gesetzlich verankerter Whistleblowerschutz für Wirtschaftsanwälte erforderlich und angemessen ist.

⁸⁴⁸ Siehe hierzu oben, S. 146 f.

⁸⁴⁹ Andere Ansicht *Mann*, Anwaltliche Verschwiegenheit, S. 267 ff.

⁸⁵⁰ Siehe hierzu oben, S. 144 ff.

b) Fehlender Anwendungsbereich der Regelung

Tatsächlich bestehen aus denselben Gründen, die bereits im Zusammenhang mit der ausdrücklichen Pflicht zur Anzeige von Rechtsverletzungen genannt wurden, erhebliche Zweifel, ob ein optionales Reporting-out für Wirtschaftsanwälte geeignet ist, den Schutz der Integrität der Wirtschaft und des Kapitalmarkts zu fördern. Auch hier steht zu befürchten, dass der Rechtsanwalt als potenzieller Whistleblower vom unternehmensinternen Informationsfluss abgeschnitten wird und Einflussmöglichkeiten verliert. Zudem würde die Regelung in Deutschland keinen eigenen Anwendungsbereich haben. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen erlauben dem Rechtsanwalt bereits nach geltendem Recht, etwaige Missstände in Unternehmen rechtssicher gegenüber Behörden anzuseigen, soweit der Schutz höherwertiger Rechtsgüter dies verlangt.

c) Unangemessene Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit

Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Rechtsanwälte und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Unternehmen wiegen dagegen schwer. Die Frage der Durchbrechung des Berufsgeheimnisses zur Verhinderung schwerwiegender Rechtsgutsverletzungen ist nach der gesetzgeberischen Wertung eine einzelfallbezogene Abwägungsentscheidung des Rechtsanwalts. Dabei hat er stets vom Grundsatz des unbedingten Vertraulichkeitsschutzes mandatsbezogener Informationen auszugehen, von dem nur ausnahmsweise abgewichen werden darf, soweit dies zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter zwingend erforderlich ist.

Bei Einführung einer gesetzlichen Regelung zum optionalen Reporting-out nach US-amerikanischem Vorbild bestünde dagegen die Gefahr, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt wird. Denn wenn die gesetzlich normierten Voraussetzungen für das optionale Reporting-out im Einzelfall vorliegen, wäre der Rechtsanwalt ohne weitere Abwägung der Umstände des Einzelfalls zur Anzeige berechtigt. Es bliebe ihm zwar weiterhin selbst überlassen, ob er von diesem Recht im konkreten Fall auch tatsächlich Gebrauch machen will. Allein das Bestehen einer solchen gesetzlichen Ausnahmeregelung ist jedoch geeignet, bei einem betroffenen Rechtsanwalt den Anzeigedruck zu erhöhen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese gesetzliche Ausnahmeregelung von einem Rechtsanwalt als Aufforderung oder gar implizite Pflicht zur Meldung von Missständen verstanden wird.

Die Wahrscheinlichkeit präventiver Anzeigen durch Rechtsanwälte – auch zum Selbstschutz, um möglichen Vorwürfen des Untätigbleibens zu begegnen – nimmt zu und schafft die Gefahr, dass vermehrt auch unklare Verdachtsmomente zur Anzeige gebracht werden, die nicht zwingend eine schwerwiegende Rechtsgutsgefährdung darstellen. Das Vertrauen in die Verschwiegenheit der Rechtsanwälte wäre dadurch erheblich beeinträchtigt. Auch ein optionales Reporting-out würde daher unzulässig in die Grundwerte des Anwaltsberufs eingreifen.

III. Zwischenergebnis

Die freie und unreglementierte Berufsausübung des Rechtsanwalts wird durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet. Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung liegt nicht im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtsuchenden, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege. Zum Wesenskern des geschützten Berufsbilds gehören die anwaltliche Unabhängigkeit und das anwaltliche Berufsgeheimnis. Kennzeichnend für die anwaltliche Unabhängigkeit ist, dass der Rechtsanwalt seinen Beruf frei von staatlicher Einflussnahme ausüben kann und bei seiner Berufsausübung dem Staat keine Loyalität schuldet. Zusammen mit der anwaltlichen Verschwiegenheit ist die anwaltliche Unabhängigkeit notwendige Voraussetzung für das Entstehen des für die anwaltliche Berufsausübung erforderlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Mandant und Rechtsanwalt.

Anzeige- und Auskunftspflichten für Wirtschaftsanwälte sind geeignet, die anwaltliche Unabhängigkeit und Verschwiegenheit zu gefährden und das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Integrität und Loyalität des Anwalts zu beschädigen. Die Einbindung des Wirtschaftsanwalts in die Gefahrenabwehr und Rechtsverfolgung degradiert ihn zu einem Informanten und verdeckten Ermittler des Staates. Dies würde das Berufsbild des Rechtsanwalts erschüttern und nachhaltig verändern. Anzeige- und Auskunftspflichten im außerberufsrechtlichen Bereich, wie sie in Deutschland schon heute in den Bereichen der Geldwäschebekämpfung, der Fiskalaufsicht sowie des Banken- und Versicherungsaufsichtsrechts bestehen, gefährden die anwaltliche Berufsfreiheit. Sie sind verfassungsrechtlich nur deshalb unbedenklich, weil sie wichtigen Gemeinwohlbelangen dienen und ihre Eingriffsintensität durch Ausnahmeregelungen zum Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit begrenzt ist oder im Einzelfall den Behörden durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Grenzen gesetzt sind.

Ein breit angelegtes Hinweisgeberregime nach dem US-amerikanischen Regelungsvorbild, das den Wirtschaftsanwalt als „Whistleblower“ und „Gatekeeper“ strukturell in das System der Corporate Governance und die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität einbindet, beschränkt die anwaltliche Berufsfreiheit dagegen in unangemessener und unzumutbarer Weise. Eine Ergänzung der im deutschen Recht geltenden Anzeige- und Auskunftspflichten durch Rezeption des US-amerikanischen Regelungsansatzes begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken und ist daher abzulehnen.

Zusammenfassung

1. Wirtschaftskriminalität beeinträchtigt das Vertrauen der Bürger und Anleger in die Integrität der Wirtschaftsordnung und schwächt damit den Wirtschaftsstandort der Bundesrepublik Deutschland. Der staatlichen Gefahrenabwehr und Rechtsdurchsetzung im Bereich der Unternehmens- und Wirtschaftskriminalität sind rechtliche und tatsächliche Grenzen gesetzt. Der Gesetzgeber setzt daher zur effektiven Gefahrenabwehr und Rechtsdurchsetzung zunehmend auf die Selbstkontrolle und das Insiderwissen der beteiligten Akteure. Ein anschauliches Beispiel für diese Tendenz ist das unionsrechtlich induzierte Hinweisgeberschutzgesetz. Im Zusammenhang mit Hinweisgebersystemen spielt die Einbindung von externen Experten wie Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern sowie insbesondere Wirtschaftsanwälten eine immer wichtigere Rolle.
2. Fallbeispiele aus der Praxis zeigen, dass es nicht nur in den USA, sondern auch in Deutschland immer wieder Fälle schwerster Wirtschaftskriminalität gibt, in deren Zusammenhang sowohl interne als auch externe Wirtschaftsanwälte durch Wegsehen oder Untätigkeit größere Schäden von den betroffenen Unternehmen oder der Allgemeinheit nicht abgewendet haben. Die Fragmentierung des Rechtsberatungsmarkts für Unternehmen, finanzielle Anreizsysteme sowie kognitive Verzerrungen können dazu beitragen, dass Wirtschaftsanwälte bei Missständen in den beratenen Unternehmen bewusst oder unbewusst wegsehen oder untätig bleiben. Dies führte auch in Deutschland zur rechtspolitischen Forderung, Wirtschaftsanwälte durch dezidierte Verhaltenspflichten als Whistleblower oder Gatekeeper in das System der Corporate Governance einzubinden.
3. Ein tätigkeitsspezifisches Sonderrecht für Wirtschaftsanwälte, das den Wirtschaftsanwalt strukturell als „Whistleblower“ oder „Gatekeeper“ in das System der Corporate Governance und die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität einbindet, gibt es in Deutschland bisher nicht. Gleichwohl hat die Rechtsprechung aus den Sorgfalts- und Nebenpflichten des Mandatsvertrags ein Pflichtenprogramm für Rechtsanwälte entwickelt, aus dem sich für den Wirtschaftsanwalt die Pflicht ergeben kann, Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen intern gegenüber dem Vorstand oder im Ausnahmefall auch gegenüber dem Aufsichtsrat zu melden, sofern das Fehlverhalten geeignet ist, Schäden beim betroffenen Unternehmen zu verursachen.
4. Im Gegensatz zum deutschen Recht sieht das US-amerikanische Kapitalmarktrecht und Berufsrecht sanktionsbewehrte Verhaltensvorschriften für die Einbindung von Wirtschaftsanwälten in das System der Corporate Governance

vor. Danach sind Wirtschaftsanwälte verpflichtet, Tatsachen, die den Verdacht begründen, dass Unternehmensangehörige gegen geltende Gesetze verstößen oder ihre Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft verletzen und die Gesellschaft oder Dritte damit der Gefahr eines erheblichen finanziellen Schadens ausgesetzt werden, innerhalb des Unternehmens entlang der Berichtskette bis zum Board of Directors zu melden. Als letztes Mittel gewährt das US-amerikanische Hinweisgeberregime den Wirtschaftsanwälten das Recht, den Verdacht nach eigenem Ermessen gegenüber zuständigen Behörden anzuzeigen.

5. Obgleich das deutsche Recht vergleichbare öffentlich-rechtliche Hinweisgeberpflichten für Wirtschaftsanwälte nicht kennt, ist auch in Deutschland, in den Bereichen der Geldwäschebekämpfung, des Banken-, Versicherungs-, Zahlungsmittel- und Fiskalaufsichtsrechts, ein zunehmender außerberufsrechtlicher Regelungszugriff zu beobachten, der den Wirtschaftsanwalt in die staatlichen Aufgaben der Gefahrenabwehr und Rechtsdurchsetzung einbindet und daher geeignet ist, das anwaltliche Berufsbild nachhaltig zu verändern.
6. Die gesetzgeberischen Maßnahmen zur Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität basieren auf der rechts-politischen Überzeugung, dass die Nutzbarmachung des Insiderwissens von Wirtschaftsanwälten durch Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung und Verhinderung von schwerwiegenden Wirtschaftsstraftaten leistet. Zudem wird aus dem Begriff des Organs der Rechtspflege eine Allgemeinwohlverpflichtung des Rechtsanwalts hergeleitet und als Begründung für die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber herangezogen.
7. Die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität steht im Widerspruch zum anwaltlichen Berufsbild des unabhängigen Rechtsbeistands, der ausschließlich der Wahrung der Interessen seines Mandanten verpflichtet ist. Die Einordnung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege dient ausschließlich dem Schutz der freien und unreglementierten Berufsausübung des Rechtsanwalts und kann nicht als Eingriffstatbestand herangezogen werden. Die objektive Rechtspflegefunktion des Rechtsanwalts folgt aus seiner subjektiven Funktion als Sachwalter der Interessen seines Mandanten. Eine darüber hinaus gehende Allgemeinwohlverantwortung des Rechtsanwalts kann aus seiner Stellung als Organ der Rechtspflege nicht abgeleitet werden.
8. Anzeige- und Auskunftspflichten für Wirtschaftsanwälte sind geeignet, die anwaltliche Unabhängigkeit und das anwaltliche Berufsgeheimnis, das gemäß § 203 StGB strafrechtlichen Schutz genießt, zu gefährden und das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Integrität und Loyalität des Anwalts zu beschädigen. Die Einbindung des Wirtschaftsanwalts in die Gefahrenabwehr und Rechtsverfolgung degradiert ihn zu einem Informanten und verdeckten Ermittler des Staates. Dies ist mit dem verfassungsrechtlich geschützten anwaltlichen Berufsbild nicht

vereinbar. Im Gegensatz zu Deutschland besteht in den USA eine lange Tradition dezidierter Verhaltensstandards für die anwaltliche Berufsausübung, die in den Ethic Codes der anwaltlichen Berufsverbände kodifiziert sind und bereits seit Jahrzehnten tätigkeitsspezifische Verhaltensregeln für Wirtschaftsanwälte vorsehen. Die Einführung zusätzlicher Hinweisgeberpflichten für Rechtsanwälte durch den Sarbanes-Oxley Act und die nachfolgenden Anpassungen der ABA Model Rules fügen sich damit in eine bestehende Regelungssystematik ein.

9. In Deutschland begegnet die Inanspruchnahme von Wirtschaftsanwälten als Hinweisgeber durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, da sie mit einer Gefahr für die anwaltliche Unabhängigkeit und Verschwiegenheit verbunden ist und das verfassungsrechtlich geschützte Berufsbild des Rechtsanwalts nachhaltig verändern und erschüttern würde. Anzeige- und Auskunftspflichten für Rechtsanwälte können nur in wohlgegründeten Ausnahmefällen verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn sie wichtigen Gemeinwohlbelangen dienen und die Eingriffsintensität auf ein angemessenes und zumutbares Maß begrenzt wird. Eine allgemeine Einbindung von Wirtschaftsanwälten in die Verhinderung und Aufklärung von Wirtschaftskriminalität durch Hinweisgeber- und Auskunftspflichten ist daher abzulehnen.
10. Erst recht gilt dies für die Rezeption des umfassenden Hinweisgeberregimes für Wirtschaftsanwälte nach dem US-amerikanischen Regelungsvorbild, das den Wirtschaftsanwalt als Whistleblower und Gatekeeper strukturell in das System der Corporate Governance und die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität einbindet. Vor dem Hintergrund des geltenden zivilrechtlichen Pflichtenkanons bestehen zudem erhebliche Zweifel an der Erforderlichkeit eines gesetzlich normierten Hinweisgeberregimes für Wirtschaftsanwälte.

Anhang 1: Gesetzesstexte

1. Sarbanes-Oxley Act (SOX)

15 U.S. Code § 7201 (Section 2 SOX).

Definitions

Except as otherwise specifically provided in this Act, in this Act, the following definitions shall apply:

[...]

(7) Issuer

The term “issuer” means an issuer (as defined in section 78c of this title), the securities of which are registered under section 78 l of this title, or that is required to file reports under section 78o(d) of this title, or that files or has filed a registration statement that has not yet become effective under the Securities Act of 1933 (15 U.S.C. 77a et seq.), and that it has not withdrawn.

[...]

15 U.S. Code § 7245 (Section 307 SOX).

Rules of professional responsibility for attorneys

Not later than 180 days after July 30, 2002, the Commission shall issue rules, in the public interest and for the protection of investors, setting forth minimum standards of professional conduct for attorneys appearing and practicing before the Commission in any way in the representation of issuers, including a rule –

(1) requiring an attorney to report evidence of a material violation of securities law or breach of fiduciary duty or similar violation by the company or any agent thereof, to the chief legal counsel or the chief executive officer of the company (or the equivalent thereof); and

(2) if the counsel or officer does not appropriately respond to the evidence (adopting, as necessary, appropriate remedial measures or sanctions with respect to the violation), requiring the attorney to report the evidence to the audit committee of the board of directors of the issuer or to another committee of the board of directors comprised solely of directors not employed directly or indirectly by the issuer, or to the board of directors.

2. Standards of Professional Conduct for Attorneys

17 C.F.R. § 205.

Standards of professional conduct for attorneys appearing and practicing before the commission in the representation of an issuer

§ 205.1 Purpose and scope.

This part sets forth minimum standards of professional conduct for attorneys appearing and practicing before the Commission in the representation of an issuer. These standards supplement applicable standards of any jurisdiction where an attorney is admitted or practices and are not intended to limit the ability of any jurisdiction to impose additional obligations on an attorney not inconsistent with the application of this part. Where the standards of a state or other United States jurisdiction where an attorney is admitted or practices conflict with this part, this part shall govern.

§ 205.2 Definitions.

For purposes of this part, the following definitions apply:

(a) **Appearing and practicing** before the Commission:

(1) Means:

- (i) Transacting any business with the Commission, including communications in any form;
- (ii) Representing an issuer in a Commission administrative proceeding or in connection with any Commission investigation, inquiry, information request, or subpoena;

(iii) Providing advice in respect of the United States securities laws or the Commission's rules or regulations thereunder regarding any document that the attorney has notice will be filed with or submitted to, or incorporated into any document that will be filed with or submitted to, the Commission, including the provision of such advice in the context of preparing, or participating in the preparation of, any such document; or

(iv) Advising an issuer as to whether information or a statement, opinion, or other writing is required under the United States securities laws or the Commission's rules or regulations thereunder to be filed with or submitted to, or incorporated into any document that will be filed with or submitted to, the Commission; but

(2) Does not include an attorney who:

(i) Conducts the activities in paragraphs (a)(1)(i) through (a)(1)(iv) of this section other than in the context of providing legal services to an issuer with whom the attorney has an attorney-client relationship; or

(ii) Is a non-appearing foreign attorney.

(b) **Appropriate response** means a response to an attorney regarding reported evidence of a material violation as a result of which the attorney reasonably believes:

(1) That no material violation, as defined in paragraph (i) of this section, has occurred, is ongoing, or is about to occur;

(2) That the issuer has, as necessary, adopted appropriate remedial measures, including appropriate steps or sanctions to stop any material violations that are ongoing, to prevent any material violation that has yet to occur, and to remedy or otherwise appropriately address any material violation that has already occurred and to minimize the likelihood of its recurrence; or

(3) That the issuer, with the consent of the issuer's board of directors, a committee thereof to whom a report could be made pursuant to § 205.3(b)(3), or a qualified legal compliance

committee, has retained or directed an attorney to review the reported evidence of a material violation and either:

(i) Has substantially implemented any remedial recommendations made by such attorney after a reasonable investigation and evaluation of the reported evidence; or

(ii) Has been advised that such attorney may, consistent with his or her professional obligations, assert a colorable defense on behalf of the issuer (or the issuer's officer, director, employee, or agent, as the case may be) in any investigation or judicial or administrative proceeding relating to the reported evidence of a material violation.

(c) **Attorney** means any person who is admitted, licensed, or otherwise qualified to practice law in any jurisdiction, domestic or foreign, or who holds himself or herself out as admitted, licensed, or otherwise qualified to practice law.

(d) **Breach of fiduciary duty** refers to any breach of fiduciary or similar duty to the issuer recognized under an applicable Federal or State statute or at common law, including but not limited to misfeasance, nonfeasance, abdication of duty, abuse of trust, and approval of unlawful transactions.

(e) **Evidence of a material violation** means credible evidence, based upon which it would be unreasonable, under the circumstances, for a prudent and competent attorney not to conclude that it is reasonably likely that a material violation has occurred, is ongoing, or is about to occur.

(f) **Foreign government issuer** means a foreign issuer as defined in 17 CFR 230.405 eligible to register securities on Schedule B of the Securities Act of 1933 (15 U.S.C. 77a et seq., Schedule B).

(g) **In the representation of an issuer** means providing legal services as an attorney for an issuer, regardless of whether the attorney is employed or retained by the issuer.

(h) **Issuer** means an issuer (as defined in section 3 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78c)), the securities of which are registered under section 12 of that Act (15 U.S.C. 78 l), or that is required to file reports under section 15(d) of that Act (15 U.S.C. 78o(d)), or that files or has filed a registration statement that has not yet become effective under the Securities Act of 1933 (15 U.S.C. 77a et seq.), and that it has not withdrawn, but does not include a foreign government issuer. For purposes of paragraphs (a) and (g) of this section, the term "issuer" includes any person controlled by an issuer, where an attorney provides legal services to such person on behalf of, or at the behest, or for the benefit of the issuer, regardless of whether the attorney is employed or retained by the issuer.

(i) **Material violation** means a material violation of an applicable United States federal or state securities law, a material breach of fiduciary duty arising under United States federal or state law, or a similar material violation of any United States federal or state law.

(j) **Non-appearing foreign attorney** means an attorney:

(1) Who is admitted to practice law in a jurisdiction outside the United States;

(2) Who does not hold himself or herself out as practicing, and does not give legal advice regarding, United States federal or state securities or other laws (except as provided in paragraph (j)(3)(ii) of this section); and

(3) Who:

(i) Conducts activities that would constitute appearing and practicing before the Commission only incidentally to, and in the ordinary course of, the practice of law in a jurisdiction outside the United States; or

(ii) Is appearing and practicing before the Commission only in consultation with counsel, other than a non-appearing foreign attorney, admitted or licensed to practice in a state or other United States jurisdiction.

(k) ***Qualified legal compliance committee*** means a committee of an issuer (which also may be an audit or other committee of the issuer) that:

(1) Consists of at least one member of the issuer's audit committee (or, if the issuer has no audit committee, one member from an equivalent committee of independent directors) and two or more members of the issuer's board of directors who are not employed, directly or indirectly, by the issuer and who are not, in the case of a registered investment company, "interested persons" as defined in section 2(a)(19) of the Investment Company Act of 1940 (15 U.S.C. 80a-2(a)(19));

(2) Has adopted written procedures for the confidential receipt, retention, and consideration of any report of evidence of a material violation under § 205.3;

(3) Has been duly established by the issuer's board of directors, with the authority and responsibility:

(i) To inform the issuer's chief legal officer and chief executive officer (or the equivalents thereof) of any report of evidence of a material violation (except in the circumstances described in § 205.3(b)(4));

(ii) To determine whether an investigation is necessary regarding any report of evidence of a material violation by the issuer, its officers, directors, employees or agents and, if it determines an investigation is necessary or appropriate, to:

(A) Notify the audit committee or the full board of directors;

(B) Initiate an investigation, which may be conducted either by the chief legal officer (or the equivalent thereof) or by outside attorneys; and

(C) Retain such additional expert personnel as the committee deems necessary; and

(iii) At the conclusion of any such investigation, to:

(A) Recommend, by majority vote, that the issuer implement an appropriate response to evidence of a material violation; and

(B) Inform the chief legal officer and the chief executive officer (or the equivalents thereof) and the board of directors of the results of any such investigation under this section and the appropriate remedial measures to be adopted; and

(4) Has the authority and responsibility, acting by majority vote, to take all other appropriate action, including the authority to notify the Commission in the event that the issuer fails in any material respect to implement an appropriate response that the qualified legal compliance committee has recommended the issuer to take.

(l) ***Reasonable or reasonably*** denotes, with respect to the actions of an attorney, conduct that would not be unreasonable for a prudent and competent attorney.

(m) ***Reasonably believes*** means that an attorney believes the matter in question and that the circumstances are such that the belief is not unreasonable.

(n) ***Report*** means to make known to directly, either in person, by telephone, by e-mail, electronically, or in writing.

§ 205.3 Issuer as client.

(a) Representing an issuer. An attorney appearing and practicing before the Commission in the representation of an issuer owes his or her professional and ethical duties to the issuer as an

organization. That the attorney may work with and advise the issuer's officers, directors, or employees in the course of representing the issuer does not make such individuals the attorney's clients.

(b) Duty to report evidence of a material violation.

(1) If an attorney, appearing and practicing before the Commission in the representation of an issuer, becomes aware of evidence of a material violation by the issuer or by any officer, director, employee, or agent of the issuer, the attorney shall report such evidence to the issuer's chief legal officer (or the equivalent thereof) or to both the issuer's chief legal officer and its chief executive officer (or the equivalents thereof) forthwith. By communicating such information to the issuer's officers or directors, an attorney does not reveal client confidences or secrets or privileged or otherwise protected information related to the attorney's representation of an issuer.

(2) The chief legal officer (or the equivalent thereof) shall cause such inquiry into the evidence of a material violation as he or she reasonably believes is appropriate to determine whether the material violation described in the report has occurred, is ongoing, or is about to occur. If the chief legal officer (or the equivalent thereof) determines no material violation has occurred, is ongoing, or is about to occur, he or she shall notify the reporting attorney and advise the reporting attorney of the basis for such determination. Unless the chief legal officer (or the equivalent thereof) reasonably believes that no material violation has occurred, is ongoing, or is about to occur, he or she shall take all reasonable steps to cause the issuer to adopt an appropriate response, and shall advise the reporting attorney thereof. In lieu of causing an inquiry under this paragraph (b), a chief legal officer (or the equivalent thereof) may refer a report of evidence of a material violation to a qualified legal compliance committee under paragraph (c)(2) of this section if the issuer has duly established a qualified legal compliance committee prior to the report of evidence of a material violation.

(3) Unless an attorney who has made a report under paragraph (b)(1) of this section reasonably believes that the chief legal officer or the chief executive officer of the issuer (or the equivalent thereof) has provided an appropriate response within a reasonable time, the attorney shall report the evidence of a material violation to:

(i) The audit committee of the issuer's board of directors;

(ii) Another committee of the issuer's board of directors consisting solely of directors who are not employed, directly or indirectly, by the issuer and are not, in the case of a registered investment company, "interested persons" as defined in section 2(a)(19) of the Investment Company Act of 1940 (15 U.S.C. 80a-2(a)(19)) (if the issuer's board of directors has no audit committee); or

(iii) The issuer's board of directors (if the issuer's board of directors has no committee consisting solely of directors who are not employed, directly or indirectly, by the issuer and are not, in the case of a registered investment company, "interested persons" as defined in section 2(a)(19) of the Investment Company Act of 1940 (15 U.S.C. 80a-2(a)(19))).

(4) If an attorney reasonably believes that it would be futile to report evidence of a material violation to the issuer's chief legal officer and chief executive officer (or the equivalents thereof) under paragraph (b)(1) of this section, the attorney may report such evidence as provided under paragraph (b)(3) of this section.

(5) An attorney retained or directed by an issuer to investigate evidence of a material violation reported under paragraph (b)(1), (b)(3), or (b)(4) of this section shall be deemed to be appearing and practicing before the Commission. Directing or retaining an attorney to inves-

tigate reported evidence of a material violation does not relieve an officer or director of the issuer to whom such evidence has been reported under paragraph (b)(1), (b)(3), or (b)(4) of this section from a duty to respond to the reporting attorney.

(6) An attorney shall not have any obligation to report evidence of a material violation under this paragraph (b) if:

(i) The attorney was retained or directed by the issuer's chief legal officer (or the equivalent thereof) to investigate such evidence of a material violation and:

(A) The attorney reports the results of such investigation to the chief legal officer (or the equivalent thereof); and

(B) Except where the attorney and the chief legal officer (or the equivalent thereof) each reasonably believes that no material violation has occurred, is ongoing, or is about to occur, the chief legal officer (or the equivalent thereof) reports the results of the investigation to the issuer's board of directors, a committee thereof to whom a report could be made pursuant to paragraph (b)(3) of this section, or a qualified legal compliance committee; or

(ii) The attorney was retained or directed by the chief legal officer (or the equivalent thereof) to assert, consistent with his or her professional obligations, a colorable defense on behalf of the issuer (or the issuer's officer, director, employee, or agent, as the case may be) in any investigation or judicial or administrative proceeding relating to such evidence of a material violation, and the chief legal officer (or the equivalent thereof) provides reasonable and timely reports on the progress and outcome of such proceeding to the issuer's board of directors, a committee thereof to whom a report could be made pursuant to paragraph (b)(3) of this section, or a qualified legal compliance committee.

(7) An attorney shall not have any obligation to report evidence of a material violation under this paragraph (b) if such attorney was retained or directed by a qualified legal compliance committee:

(i) To investigate such evidence of a material violation; or

(ii) To assert, consistent with his or her professional obligations, a colorable defense on behalf of the issuer (or the issuer's officer, director, employee, or agent, as the case may be) in any investigation or judicial or administrative proceeding relating to such evidence of a material violation.

(8) An attorney who receives what he or she reasonably believes is an appropriate and timely response to a report he or she has made pursuant to paragraph (b)(1), (b)(3), or (b)(4) of this section need do nothing more under this section with respect to his or her report.

(9) An attorney who does not reasonably believe that the issuer has made an appropriate response within a reasonable time to the report or reports made pursuant to paragraph (b)(1), (b)(3), or (b)(4) of this section shall explain his or her reasons therefor to the chief legal officer (or the equivalent thereof), the chief executive officer (or the equivalent thereof), and directors to whom the attorney reported the evidence of a material violation pursuant to paragraph (b)(1), (b)(3), or (b)(4) of this section.

(10) An attorney formerly employed or retained by an issuer who has reported evidence of a material violation under this part and reasonably believes that he or she has been discharged for so doing may notify the issuer's board of directors or any committee thereof that he or she believes that he or she has been discharged for reporting evidence of a material violation under this section.

(c) Alternative reporting procedures for attorneys retained or employed by an issuer that has established a qualified legal compliance committee.

(1) If an attorney, appearing and practicing before the Commission in the representation of an issuer, becomes aware of evidence of a material violation by the issuer or by any officer, director, employee, or agent of the issuer, the attorney may, as an alternative to the reporting requirements of paragraph (b) of this section, report such evidence to a qualified legal compliance committee, if the issuer has previously formed such a committee. An attorney who reports evidence of a material violation to such a qualified legal compliance committee has satisfied his or her obligation to report such evidence and is not required to assess the issuer's response to the reported evidence of a material violation.

(2) A chief legal officer (or the equivalent thereof) may refer a report of evidence of a material violation to a previously established qualified legal compliance committee in lieu of causing an inquiry to be conducted under paragraph (b)(2) of this section. The chief legal officer (or the equivalent thereof) shall inform the reporting attorney that the report has been referred to a qualified legal compliance committee. Thereafter, pursuant to the requirements under § 205.2(k), the qualified legal compliance committee shall be responsible for responding to the evidence of a material violation reported to it under this paragraph (c).

(d) Issuer confidences.

(1) Any report under this section (or the contemporaneous record thereof) or any response thereto (or the contemporaneous record thereof) may be used by an attorney in connection with any investigation, proceeding, or litigation in which the attorney's compliance with this part is in issue.

(2) An attorney appearing and practicing before the Commission in the representation of an issuer may reveal to the Commission, without the issuer's consent, confidential information related to the representation to the extent the attorney reasonably believes necessary:

(i) To prevent the issuer from committing a material violation that is likely to cause substantial injury to the financial interest or property of the issuer or investors;

(ii) To prevent the issuer, in a Commission investigation or administrative proceeding from committing perjury, proscribed in 18 U.S.C. 1621; suborning perjury, proscribed in 18 U.S.C. 1622; or committing any act proscribed in 18 U.S.C. 1001 that is likely to perpetrate a fraud upon the Commission; or

(iii) To rectify the consequences of a material violation by the issuer that caused, or may cause, substantial injury to the financial interest or property of the issuer or investors in the furtherance of which the attorney's services were used.

§ 205.4 Responsibilities of supervisory attorneys.

(a) An attorney supervising or directing another attorney who is appearing and practicing before the Commission in the representation of an issuer is a supervisory attorney. An issuer's chief legal officer (or the equivalent thereof) is a supervisory attorney under this section.

(b) A supervisory attorney shall make reasonable efforts to ensure that a subordinate attorney, as defined in § 205.5(a), that he or she supervises or directs conforms to this part. To the extent a subordinate attorney appears and practices before the Commission in the representation of an issuer, that subordinate attorney's supervisory attorneys also appear and practice before the Commission.

(c) A supervisory attorney is responsible for complying with the reporting requirements in § 205.3 when a subordinate attorney has reported to the supervisory attorney evidence of a material violation.

(d) A supervisory attorney who has received a report of evidence of a material violation from a subordinate attorney under § 205.3 may report such evidence to the issuer's qualified legal compliance committee if the issuer has duly formed such a committee.

§ 205.5 Responsibilities of a subordinate attorney.

(a) An attorney who appears and practices before the Commission in the representation of an issuer on a matter under the supervision or direction of another attorney (other than under the direct supervision or direction of the issuer's chief legal officer (or the equivalent thereof)) is a subordinate attorney.

(b) A subordinate attorney shall comply with this part notwithstanding that the subordinate attorney acted at the direction of or under the supervision of another person.

(c) A subordinate attorney complies with § 205.3 if the subordinate attorney reports to his or her supervising attorney under § 205.3(b) evidence of a material violation of which the subordinate attorney has become aware in appearing and practicing before the Commission.

(d) A subordinate attorney may take the steps permitted or required by § 205.3(b) or (c) if the subordinate attorney reasonably believes that a supervisory attorney to whom he or she has reported evidence of a material violation under § 205.3(b) has failed to comply with § 205.3.

§ 205.6 Sanctions and discipline.

(a) A violation of this part by any attorney appearing and practicing before the Commission in the representation of an issuer shall subject such attorney to the civil penalties and remedies for a violation of the federal securities laws available to the Commission in an action brought by the Commission thereunder.

(b) An attorney appearing and practicing before the Commission who violates any provision of this part is subject to the disciplinary authority of the Commission, regardless of whether the attorney may also be subject to discipline for the same conduct in a jurisdiction where the attorney is admitted or practices. An administrative disciplinary proceeding initiated by the Commission for violation of this part may result in an attorney being censured, or being temporarily or permanently denied the privilege of appearing or practicing before the Commission.

(c) An attorney who complies in good faith with the provisions of this part shall not be subject to discipline or otherwise liable under inconsistent standards imposed by any state or other United States jurisdiction where the attorney is admitted or practices.

(d) An attorney practicing outside the United States shall not be required to comply with the requirements of this part to the extent that such compliance is prohibited by applicable foreign law.

§ 205.7 No private right of action.

(a) Nothing in this part is intended to, or does, create a private right of action against any attorney, law firm, or issuer based upon compliance or noncompliance with its provisions.

(b) Authority to enforce compliance with this part is vested exclusively in the Commission.

3. ABA Model Rules

Model Rules of Professional Conduct

Client-Lawyer Relationship

Rule 1.6: Confidentiality of Information

(a) A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent, the disclosure is impliedly authorized in order to carry out the representation or the disclosure is permitted by paragraph (b).

(b) A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary:

(1) to prevent reasonably certain death or substantial bodily harm;

(2) to prevent the client from committing a crime or fraud that is reasonably certain to result in substantial injury to the financial interests or property of another and in furtherance of which the client has used or is using the lawyer's services;

(3) to prevent, mitigate or rectify substantial injury to the financial interests or property of another that is reasonably certain to result or has resulted from the client's commission of a crime or fraud in furtherance of which the client has used the lawyer's services;

(4) to secure legal advice about the lawyer's compliance with these Rules;

(5) to establish a claim or defense on behalf of the lawyer in a controversy between the lawyer and the client, to establish a defense to a criminal charge or civil claim against the lawyer based upon conduct in which the client was involved, or to respond to allegations in any proceeding concerning the lawyer's representation of the client;

(6) to comply with other law or a court order; or

(7) to detect and resolve conflicts of interest arising from the lawyer's change of employment or from changes in the composition or ownership of a firm, but only if the revealed information would not compromise the attorney-client privilege or otherwise prejudice the client.

(c) A lawyer shall make reasonable efforts to prevent the inadvertent or unauthorized disclosure of, or unauthorized access to, information relating to the representation of a client.

Rule 1.13: Organization as Client

(a) A lawyer employed or retained by an organization represents the organization acting through its duly authorized constituents.

(b) If a lawyer for an organization knows that an officer, employee or other person associated with the organization is engaged in action, intends to act or refuses to act in a matter related to the representation that is a violation of a legal obligation to the organization, or a violation of law that reasonably might be imputed to the organization, and that is likely to result in substantial injury to the organization, then the lawyer shall proceed as is reasonably necessary in the best interest of the organization. Unless the lawyer reasonably believes that it is not necessary in the best interest of the organization to do so, the lawyer shall refer the matter to higher authority in the organization, including, if warranted by the circumstances to the highest authority that can act on behalf of the organization as determined by applicable law.

(c) Except as provided in paragraph (d), if

(1) despite the lawyer's efforts in accordance with paragraph (b) the highest authority that can act on behalf of the organization insists upon or fails to address in a timely and appropriate manner an action, or a refusal to act, that is clearly a violation of law, and

(2) the lawyer reasonably believes that the violation is reasonably certain to result in substantial injury to the organization, then the lawyer may reveal information relating to the representation whether or not Rule 1.6 permits such disclosure, but only if and to the extent the lawyer reasonably believes necessary to prevent substantial injury to the organization.

(d) Paragraph (c) shall not apply with respect to information relating to a lawyer's representation of an organization to investigate an alleged violation of law, or to defend the organization or an officer, employee or other constituent associated with the organization against a claim arising out of an alleged violation of law.

(e) A lawyer who reasonably believes that he or she has been discharged because of the lawyer's actions taken pursuant to paragraphs (b) or (c), or who withdraws under circumstances that require or permit the lawyer to take action under either of those paragraphs, shall proceed as the lawyer reasonably believes necessary to assure that the organization's highest authority is informed of the lawyer's discharge or withdrawal.

(f) In dealing with an organization's directors, officers, employees, members, shareholders or other constituents, a lawyer shall explain the identity of the client when the lawyer knows or reasonably should know that the organization's interests are adverse to those of the constituents with whom the lawyer is dealing.

(g) A lawyer representing an organization may also represent any of its directors, officers, employees, members, shareholders or other constituents, subject to the provisions of Rule 1.7. If the organization's consent to the dual representation is required by Rule 1.7, the consent shall be given by an appropriate official of the organization other than the individual who is to be represented, or by the shareholders.

4. Securities Act of 1933

15 U.S. Code §77f. (Section 6 Securities Act of 1933)

Registration of securities

(a) Method of registration

Any security may be registered with the Commission under the terms and conditions hereinafter provided, by filing a registration statement in triplicate, at least one of which shall be signed by each issuer, its principal executive officer or officers, its principal financial officer, its comptroller or principal accounting officer, and the majority of its board of directors or persons performing similar functions (or, if there is no board of directors or persons performing similar functions, by the majority of the persons or board having the power of management of the issuer), and in case the issuer is a foreign or Territorial person by its duly authorized representative in the United States; except that when such registration statement relates to a security issued by a foreign government, or political subdivision thereof, it need be signed only by the underwriter of such security. Signatures of all such persons when written on the said registration statements shall be presumed to have been so written by authority of the person whose signature is so affixed and the burden of proof, in the event such authority shall be denied, shall be upon the party denying the same. The affixing of any signature without the authority of the purported signer shall constitute a violation of this subchapter. A registration statement shall be deemed effective only as to the securities specified therein as proposed to be offered.

[...]

5. False Claims Act (FCA)

31 U.S. Code § 3730.

Civil actions for false claims

(a) Responsibilities of the Attorney General. – The Attorney General diligently shall investigate a violation under section 3729. If the Attorney General finds that a person has violated or is violating section 3729, the Attorney General may bring a civil action under this section against the person.

(b) Actions by Private Persons. – (1) A person may bring a civil action for a violation of section 3729 for the person and for the United States Government. The action shall be brought in the name of the Government. The action may be dismissed only if the court and the Attorney General give written consent to the dismissal and their reasons for consenting.

(2) A copy of the complaint and written disclosure of substantially all material evidence and information the person possesses shall be served on the Government pursuant to Rule 4(d)(4) of the Federal Rules of Civil Procedure. The complaint shall be filed in camera, shall remain under seal for at least 60 days, and shall not be served on the defendant until the court so orders. The Government may elect to intervene and proceed with the action within 60 days after it receives both the complaint and the material evidence and information.

(3) The Government may, for good cause shown, move the court for extensions of the time during which the complaint remains under seal under paragraph (2). Any such motions may be supported by affidavits or other submissions in camera. The defendant shall not be required to respond to any complaint filed under this section until 20 days after the complaint is unsealed and served upon the defendant pursuant to Rule 4 of the Federal Rules of Civil Procedure.

(4) Before the expiration of the 60-day period or any extensions obtained under paragraph (3), the Government shall –

(A) proceed with the action, in which case the action shall be conducted by the Government; or

(B) notify the court that it declines to take over the action, in which case the person bringing the action shall have the right to conduct the action.

(5) When a person brings an action under this subsection, no person other than the Government may intervene or bring a related action based on the facts underlying the pending action.

(c) Rights of the Parties to Qui Tam Actions. – (1) If the Government proceeds with the action, it shall have the primary responsibility for prosecuting the action, and shall not be bound by an act of the person bringing the action. Such person shall have the right to continue as a party to the action, subject to the limitations set forth in paragraph (2).

(2)(A) The Government may dismiss the action notwithstanding the objections of the person initiating the action if the person has been notified by the Government of the filing of the motion and the court has provided the person with an opportunity for a hearing on the motion.

(B) The Government may settle the action with the defendant notwithstanding the objections of the person initiating the action if the court determines, after a hearing, that the proposed settlement is fair, adequate, and reasonable under all the circumstances. Upon a showing of good cause, such hearing may be held in camera.

(C) Upon a showing by the Government that unrestricted participation during the course of the litigation by the person initiating the action would interfere with or unduly delay the

Government's prosecution of the case, or would be repetitious, irrelevant, or for purposes of harassment, the court may, in its discretion, impose limitations on the person's participation, such as –

- (i) limiting the number of witnesses the person may call;
- (ii) limiting the length of the testimony of such witnesses;
- (iii) limiting the person's cross-examination of witnesses; or
- (iv) otherwise limiting the participation by the person in the litigation.

(D) Upon a showing by the defendant that unrestricted participation during the course of the litigation by the person initiating the action would be for purposes of harassment or would cause the defendant undue burden or unnecessary expense, the court may limit the participation by the person in the litigation.

(3) If the Government elects not to proceed with the action, the person who initiated the action shall have the right to conduct the action. If the Government so requests, it shall be served with copies of all pleadings filed in the action and shall be supplied with copies of all deposition transcripts (at the Government's expense). When a person proceeds with the action, the court, without limiting the status and rights of the person initiating the action, may nevertheless permit the Government to intervene at a later date upon a showing of good cause.

(4) Whether or not the Government proceeds with the action, upon a showing by the Government that certain actions of discovery by the person initiating the action would interfere with the Government's investigation or prosecution of a criminal or civil matter arising out of the same facts, the court may stay such discovery for a period of not more than 60 days. Such a showing shall be conducted in camera. The court may extend the 60-day period upon a further showing in camera that the Government has pursued the criminal or civil investigation or proceedings with reasonable diligence and any proposed discovery in the civil action will interfere with the ongoing criminal or civil investigation or proceedings.

(5) Notwithstanding subsection (b), the Government may elect to pursue its claim through any alternate remedy available to the Government, including any administrative proceeding to determine a civil money penalty. If any such alternate remedy is pursued in another proceeding, the person initiating the action shall have the same rights in such proceeding as such person would have had if the action had continued under this section. Any finding of fact or conclusion of law made in such other proceeding that has become final shall be conclusive on all parties to an action under this section. For purposes of the preceding sentence, a finding or conclusion is final if it has been finally determined on appeal to the appropriate court of the United States, if all time for filing such an appeal with respect to the finding or conclusion has expired, or if the finding or conclusion is not subject to judicial review.

(d) Award to Qui Tam Plaintiff. – (1) If the Government proceeds with an action brought by a person under subsection (b), such person shall, subject to the second sentence of this paragraph, receive at least 15 percent but not more than 25 percent of the proceeds of the action or settlement of the claim, depending upon the extent to which the person substantially contributed to the prosecution of the action. Where the action is one which the court finds to be based primarily on disclosures of specific information (other than information provided by the person bringing the action) relating to allegations or transactions in a criminal, civil, or administrative hearing, in a congressional, administrative, or Government Accounting Office report, hearing, audit, or investigation, or from the news media, the court may award such sums as it considers appropriate, but in no case more than 10 percent of the proceeds, taking into account the significance of the information and the role of the person bringing the action in advancing the case to lit-

igation. Any payment to a person under the first or second sentence of this paragraph shall be made from the proceeds. Any such person shall also receive an amount for reasonable expenses which the court finds to have been necessarily incurred, plus reasonable attorneys' fees and costs. All such expenses, fees, and costs shall be awarded against the defendant.

(2) If the Government does not proceed with an action under this section, the person bringing the action or settling the claim shall receive an amount which the court decides is reasonable for collecting the civil penalty and damages. The amount shall be not less than 25 percent and not more than 30 percent of the proceeds of the action or settlement and shall be paid out of such proceeds. Such person shall also receive an amount for reasonable expenses which the court finds to have been necessarily incurred, plus reasonable attorneys' fees and costs. All such expenses, fees, and costs shall be awarded against the defendant.

(3) Whether or not the Government proceeds with the action, if the court finds that the action was brought by a person who planned and initiated the violation of section 3729 upon which the action was brought, then the court may, to the extent the court considers appropriate, reduce the share of the proceeds of the action which the person would otherwise receive under paragraph (1) or (2) of this subsection, taking into account the role of that person in advancing the case to litigation and any relevant circumstances pertaining to the violation. If the person bringing the action is convicted of criminal conduct arising from his or her role in the violation of section 3729, that person shall be dismissed from the civil action and shall not receive any share of the proceeds of the action. Such dismissal shall not prejudice the right of the United States to continue the action, represented by the Department of Justice.

(4) If the Government does not proceed with the action and the person bringing the action conducts the action, the court may award to the defendant its reasonable attorneys' fees and expenses if the defendant prevails in the action and the court finds that the claim of the person bringing the action was clearly frivolous, clearly vexatious, or brought primarily for purposes of harassment.

[...]

Anhang 2: Korrespondenz zum Geldwäschegegesetz

E-Mail von Sepp Müller, MdB an den Verfasser vom 13. Juli 2023:

Sehr geehrter Herr Thomassen,

vielen Dank für Ihre Anfrage zum Gesetzgebungsprozess zur Umsetzung der Geldwäscherichtlinien. Dies gab mir Gelegenheit noch einmal intensiv in dieses spannende Themenfeld einzutauchen.

Zu Ihren Fragen kann ich folgendes erklären:

Bereits vor meiner Berichterstattung zum Gesetz, also vor 2018, war von „anderer Straftat“ die Rede. Hier müssten Sie nochmal in die vorherigen Gesetze, die Gesetzesbegründungen, die Ausschussprotokolle, insbesondere die der Anhörungen zu dem Thema, reinschauen. Siehe beispielhaft die nachstehenden Drs., bei denen schon von „anderer Straftat“ die Rede ist.

Drs. 18/11555 S. 157

Drs. 18/12405 S. 82

Zu Punkt 2 „Syndikusanwalt“

Der Referentenentwurf sah eine deutlich schärfere Regelung vor, als am Ende im Gesetz beschlossen wurde. Dafür gab es folgende Begründung.

Syndikusrechtsanwälte sind grundsätzlich als Verpflichtete vom GwG erfasst. Für die Tätigkeit von Syndikusrechtsanwälten gibt es keine Einschränkung bei der Begründung der Verpflichteneigenschaft durch § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG und die Einschränkung des Pflichtenkreises durch die Sonderregelung des § 6 Abs. 3 GwG zeigt, dass sie im Übrigen dem Pflichtenprogramm des GwG unterliegen.

Beim Risikomanagement wird der Syndikusrechtsanwalt aufgrund seines Anstellungsverhältnisses bereits jetzt entlastet, indem die internen Sicherungsmaßnahmen, die Teil des unternehmensinternen Risikomanagements sind, dem Unternehmen obliegen. Damit wird dem besonderen Umstand, dass der Syndikusanwalt seine berufliche Tätigkeit als Angestellter ausübt, durch § 6 Absatz 3 GwG (in Umsetzung von Artikel 46 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Vierten Geldwäscherechtlinie) Rechnung getragen und eine Doppelung von Pflichten des Anwalts mit den Pflichten des Arbeitgebers vermieden.

Mit Blick auf die allgemeinen Sorgfaltspflichten und die Verdachtsmeldepflicht sind Syndikusrechtsanwälte hingegen den freien Rechtsanwälten gleichgestellt. Dies ist sachgerecht, da Syndikusrechtsanwälte in gleicher Weise wie freie Rechtsanwälte über einen besonderen Status als unabhängiges Organ der Rechtspflege sowie über besonderes juristisches Fachwissen verfügen. Ihre rechtliche Tätigkeit kann grundsätzlich zur Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung missbraucht werden und eine Besserstellung von Syndikusrechtsanwälten gegenüber freien Rechtsanwälten wäre – gerade bei der Verdachtsmeldepflicht – schwer zu begründen.

Die Verpflichtung von Syndikusrechtsanwälten ist sachgerecht.

Da mir im Gesetzgebungsprozess diese Behandlung als unsachgerecht erschien, habe ich dies in der 60. Sitzung des Finanzausschusses am 06.11.2019 thematisiert. Dies können Sie entsprechend dem Protokoll auf S. 10 entnehmen.

<https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19>

Daraufhin haben wir als CDU/CSU-Bundestagsfraktion gemeinsam mit der SPD-Bundestagfraktion am 11.11.2019 einen Änderungsantrag zum Gesetz mit folgender Begründung in den Ausschuss eingebracht.

Dem nachvollziehbaren Anliegen, dass Syndikusanwälte und Syn.Stb. als Angestellte in einer schwierigen Position bei Verdachtsmeldungen sind, da sie ihrem AG ggü. im Angestelltenverhältnis verpflichtet sind, wurde Rechnung getragen.

Deswegen wurde folgende Klarstellung vorgenommen:

Es wird folgender Absatz 8a eingefügt:

„Soweit ein Verpflichteter nach § 2 Absatz 1 Nummer 10 als Syndikusrechtsanwalt oder als Syndikuspatentanwalt oder ein Verpflichteter nach § 2 Absatz 1 Nummer 12 als Syndikussteuerberater für ein Unternehmen tätig wird, das selbst Verpflichteter nach § 2 Absatz 1 ist, obliegen die Verpflichtungen nach Absatz 1 diesem Unternehmen.“

II. Begründung

Syndikusrechtsanwälte (§ 46 Absatz 5 BRAO), Syndikuspatentanwälte (§ 41a Absatz 5 PAO) und Syndikussteuerberater (§ 58 Absatz 5a StBerG) werden unter den Voraussetzungen des Absatz 8a von den Kundensorgfaltspflichten nach § 10 Absatz 1 befreit. Absatz 8a sieht nun vor, dass die entsprechenden Sorgfaltspflichten nur von dem Unternehmen vorzunehmen sind. Grundlage der Änderung ist entsprechend dem Gedanken der bereits bestehenden Regelung zum Risikomanagement (§ 6 Absatz 3 GwG) die Überleitung von Pflichten. Voraussetzung ist jedoch, dass das Unternehmen selbst Verpflichteter ist. Auf diese Weise bleibt die lückenlose und richtlinienkonforme Erfüllung geldwäscherechtlicher Pflichten gewährleistet.

Ich hoffe Ihnen mit meinen Ausführungen weitergeholfen zu haben. Bitte bestellen Sie Prof. Heribert Hirte die besten Grüße von mir. Ich wünsche Ihnen für Ihre Promotion alles erdenklich Gute und verbleibe

mit freundlichen Grüßen

Sepp Müller, MdB

Stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion

Deutscher Bundestag

Platz der Republik 1 | 11011 Berlin | Tel. (030) 227–70090 sepp.mueller@bundestag.de | www.sepp-müller.de

Büro Lutherstadt Wittenberg

Johann-Friedrich-Böttger-Straße 10 | 06886 Lutherstadt Wittenberg | Tel. (03491) 505945

Büro Jessen

Markt 23 | 06917 Jessen | Tel. (03537) 203777

Büro Dessau-Roßlau

Markt 1 | 06862 Dessau-Roßlau

Informationen zum Schutz Ihrer Daten finden Sie auf meiner Homepage.

Literaturverzeichnis

ABA Task Force on Corporate Responsibility: Preliminary Report of the American Bar Association Task Force on Corporate Responsibility, 58 Bus. Law. 189–218 (2002).

ABA Task Force on Corporate Responsibility: Report of the American Bar Association Task Force on Corporate Responsibility, 59 Bus. Law. 145–187 (2003).

Ahrens, Hans-Jürgen: Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung – Erfordernis und Grenzen der Staatsintervention aus Gemeinwohlgründen, ZZP 115 (2002), 281–320.

Altmeppen, Holger: Der Prüfungsausschuss – Arbeitsteilung im Aufsichtsrat, ZGR 2004, 390–415.

American Bar Association (ABA): The Canons of Ethics for Lawyers Adopted by the American Bar Association, 101 Ann. Am. Acad. Pol. Soc. 245–260 (1922).

American Bar Association (ABA): A Blueprint for the Rekindling of Lawyer Professionalism: Report of the Commission on Professionalism to the Board of Governors and the House of Delegates of the American Bar Association, 112 F.R.D. 243–321 (1986).

American Bar Association (ABA): Comments on Proposed Rule: Implementation of Professional Standards for Attorneys, (12/2002), abrufbar im Internet unter: <https://www.sec.gov/rules/proposed/s74502/apcarlton1.htm> (zuletzt abgerufen am: 25.09.2022), zitiert als: *ABA*, Comments on Proposed Rule: Professional Standards for Attorneys (12/2002).

American Bar Association (ABA): Rule 1.13 Organization as a Client – Comment, 2020, abrufbar im Internet unter: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_13_organization_as_client/comment_on_rule_1_13/ (zuletzt abgerufen am: 01.10.2022), zitiert als: ABA Model Rule 1.13 cmt.

American Bar Association (ABA): Rule 1.6 Confidentiality of Information – Comment, 2020, abrufbar im Internet unter: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_6_confidentiality_of_information/comment_on_rule_1_6/ (zuletzt abgerufen am: 01.10.2022), zitiert als: ABA Model Rule 1.6 cmt.

American Law Institute (ALI): Restatement of the Law Governing Lawyers, 3rd Edition, St. Paul (Minnesota) 2001, zitiert als: *ALI*, Restatement of the Law Governing Lawyers, 3rd Ed.

Arnemann-Bredohl, Carolin: Der Anwalt im Spannungsfeld zwischen Rechtspflege und Dienstleistung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der deutschen und englischen Anwaltschaft, Bonn 2010, zitiert als: *Arnemann-Bredohl*, Anwalt im Spannungsfeld zwischen Rechtspflege und Dienstleistung.

Arnold, Michael: Verantwortung und Zusammenwirken des Vorstands und Aufsichtsrats bei Compliance-Untersuchungen, ZGR 2014, 76–106.

- Bachmann*, Gregor: Reformbedarf bei der Business Judgement Rule? ZHR 177 (2013), 1–12.
- Bainbridge*, Stephen M.: The Complete Guide to Sarbanes-Oxley: Understanding How Sarbanes-Oxley Affects Your Business, Avon (Massachusetts) 2007, zitiert als: *Bainbridge*, Sarbanes-Oxley.
- Bainbridge*, Stephen M.: Corporate Governance after the Financial Crisis, New York 2012, zitiert als: *Bainbridge*, Corporate Governance.
- Bainbridge*, Stephen M./*Johnson*, Christina J.: Managerialism, Legal Ethics, and Sarbanes-Oxley Section 307, 2004 Mich. St. L. Rev. 299–326 (2004).
- Ballo*, Emanuel H. F.: Beschlagnahmeschutz im Rahmen von Internal Investigations – Zur Reichweite und Grenze des § 160a StPO, NZWiSt 2013, 46–52.
- Batson*, Neal: US Bankruptcy Court, Southern District of New York, In re: Enron, Final report of Neal Batson, Court-Appointed Examiner (4 November 2003). Chapter 11, Case No. 01–16034 (AJG), zitiert als: *Batson*, Court-Appointed Examiner, Final Report, In re: Enron Corporation (November 2003).
- Becker*, Gary S.: Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 JPE 169–217 (1968).
- Beisel*, Daniel/*Andreas*, Friedhold E.: Beck'sches Mandats-Handbuch Due Diligence, 3. Aufl., München 2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Beck'sches Mandats-Hdb. Due Diligence, 3. Aufl. 2017.
- Berndt*, Markus/*Theile*, Hans: Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, Heidelberg 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Berndt/Theile (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht.
- Berndt*, Thomas/*Hoppler*, Ivo: Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance, BB 2005, 2623–2629.
- Bertheau*, Camilla: § 160a StPO neuer Fassung – doch offene Fragen bleiben, StV 2012, 303–306.
- Black*, Bernard S.: The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors. Presentation at Third Asian Roundtable on Corporate Governance Singapore, 2001, abrufbar im Internet unter: <https://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/1872746.pdf> (zuletzt abgerufen am: 14.09.2022), zitiert als: *Black*, The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors.
- Blinn*, Hans-Jürgen: Die deutsche Anwaltschaft. Berufsstand im Wandel, Stuttgart 2000, zitiert als: *Blinn*, Die deutsche Anwaltschaft.
- Bochmann*, Christian/*Scheller*, Johannes/*Prietting*, Jens: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 9, 6. Aufl., München 2021, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MHdb GesR, Band 9, 6. Aufl. 2021.
- Boers*, Klaus: Wirtschaftskriminologie. Vom Versuch, mit einem blinden Fleck umzugehen, MschrKrim 2001, 335–356.
- Borgmann*, Brigitte/*Jungk*, Antje/*Schwaiger*, Michael: Anwaltshaftung, 6. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltshaftung, 6. Aufl. 2020.

Brandeis, Louis D.: The Opportunity of the Law, 1905, abrufbar im Internet unter: [http://www.minnestotalegalhistoryproject.org/assets/Brandeis%20-%20\(1905\).pdf](http://www.minnestotalegalhistoryproject.org/assets/Brandeis%20-%20(1905).pdf), zitiert als: Brandeis, The Opportunity of the Law.

Brian, Ilka/Frey, Tobias/Krais, Jürgen: Umsetzung der Fünften Geldwäsche-Richtlinie in Deutschland, CCZ 2019, 245–262.

Brown, Lowell H.: The Crime-Fraud Exception exception to the Attorney-Client Privilege in the Context of Corporate Counseling, 87 Ky. L. J. 1191–1269 (1999).

Bülow, Arthur (Hrsg.): Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959, Erläuterungsbuch für die Praxis, Berlin-Lichterfelde/Frankfurt am Main 1959, zitiert als: Bearbeiter, in: Kommentar BRAO (1959).

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin): Rundschreiben 11/2017 (VA), 2017, abrufbar im Internet unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veröffentlichungen/DE/Rundschreiben/2017/rs_1711_hinweise_anlage_sicherungsvermögen_va.html, zitiert als: BaFin, Rundschreiben 11/2017 (VA).

Bundeskriminalamt (BKA): Wirtschaftskriminalität. Bundeslagebild 2017, 2018, abrufbar im Internet unter: [https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Jahresberichte/UndLagebilder/Wirtschaftskriminalitaet/wirtschaftskriminalitaetBundeslagebild2017.pdf?__blob=publicationFile&v=2#:~:text=Starker%20Fallanstieg%20bei%20Wirtschaftskriminalität%20im%20Jahr%20\(65.484%20F%C3%A4lle\)](https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Jahresberichte/UndLagebilder/Wirtschaftskriminalitaet/wirtschaftskriminalitaetBundeslagebild2017.pdf?__blob=publicationFile&v=2#:~:text=Starker%20Fallanstieg%20bei%20Wirtschaftskriminalität%20im%20Jahr%20(65.484%20F%C3%A4lle)), zitiert als: BKA, Bundeslagebericht zur Wirtschaftskriminalität 2017.

Bundeskriminalamt (BKA): Wirtschaftskriminalität. Bundeslagebild 2020, 2021, abrufbar im Internet unter: [https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Jahresberichte/UndLagebilder/Wirtschaftskriminalitaet/wirtschaftskriminalitaetBundeslagebild2020.pdf?__blob=publicationFile&v=3#:~:text=Der%20im%20Jahr%202020%20durch,Euro\)%20verantwortlich](https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Jahresberichte/UndLagebilder/Wirtschaftskriminalitaet/wirtschaftskriminalitaetBundeslagebild2020.pdf?__blob=publicationFile&v=3#:~:text=Der%20im%20Jahr%202020%20durch,Euro)%20verantwortlich) (zuletzt abgerufen am: 03. 10. 2022), zitiert als: BKA, Bundeslagebericht zur Wirtschaftskriminalität 2020.

Bundesministerium der Finanzen (BMF): Schreiben vom 29. März 2021, Anwendung der Vorschriften über die Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen, 2021/0289747, 29.03.2021, abrufbar im Internet unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Weitere_Steuertopics/Abgabenordnung/2021-03-29-Anwendung-Vorschriften-Pflicht-Mitteilung-grenzueberschreitende-Steuergestaltung.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am: 30.09.2022), zitiert als: BMF, Schreiben vom 29.03.2021.

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK): Auslegungs- und Anwendungshinweise der Bundesrechtsanwaltskammer zum Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten, Geldwäschegesetz – GwG, 7. Auflage 2022, zitiert als: BRAK, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum GwG, 7. Aufl. 2022.

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK): Comments on Proposed Rule: Implementation of Professional Standards for Attorney, (12/2002), abrufbar im Internet unter: <https://www.sec.gov/rules/proposed/s74502/dombek1.htm> (zuletzt abgerufen am: 25.09.2022), zitiert als: BRAK, Comments on Proposed Rule (12/2002).

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK): DAC-6 Handlungshinweise, (03/2021), abrufbar im Internet unter: https://www.brak.de/fileadmin/01_ueber_die_brak/aus-der-arbeit-der-ausschu

esse/2021_03_25_handlungshinweise-dac-6-stand-2021-03-final.pdf (zuletzt abgerufen am: 18.02.2022), zitiert als: *BRAK*, DAC-6 Handlungshinweise (03/2021).

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK): Entwicklung der Fachanwaltschaften seit 1960, abrufbar im Internet unter: https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/statistiken/2022/entwicklung-fa-seit-1960.pdf (zuletzt abgerufen am: 25.08.2022), zitiert als: *BRAK*, Entwicklung der Fachanwaltschaften seit 1960.

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK): Entwicklung der Zahl zugelassener Rechtsanwälte seit 1915, Stand: 2022, abrufbar im Internet unter: https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/statistiken/2022/entwicklung-rae-2022.pdf (zuletzt abgerufen am: 08.10.2022), zitiert als: *BRAK*, Entwicklung der Zahl zugelassener Rechtsanwälte seit 1915 (Stand: 2022).

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK): Mitgliederstatistik, Stand: 01.01.2022, abrufbar im Internet unter: https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/statistiken/2022/2022_brak-mg_statistik.pdf, zitiert als: *BRAK*, Mitgliederstatistik (Stand: 01.01.2022).

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK): Stellungnahme Nr. 17/2018 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, 2018, abrufbar im Internet unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2018/mai/stellungnahme-der-brak-2018-17.pdf (zuletzt abgerufen am: 03.10.2022), zitiert als: *BRAK*, Stellungnahme Nr. 17/2018 zum Referentenentwurf des Umsetzungsgesetzes zur Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen.

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK): Stellungnahme Nr. 22/2019 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen eines Gesetzes zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen, 2019, abrufbar im Internet unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/september/stellungnahme-der-brak-2019-22.pdf (zuletzt abgerufen am: 09.03.2022), zitiert als: *BRAK*, Stellungnahme Nr. 22/2019 zum RefE des Gesetzes zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen.

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK): Stellungnahme Nr. 24/2017 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentrale für Finanztransaktionsuntersuchungen (BT-Drucks. 18/11555), 2017, abrufbar im Internet unter: https://www.brak.de/zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2017/mai/stellungnahme-der-brak-2017-24.pdf (zuletzt abgerufen am: 03.10.2022), zitiert als: *BRAK*, Stellungnahme Nr. 24/2017 zum Regierungsentwurf des Umsetzungsgesetzes zur vierten Geldwäsche-Richtlinie.

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)/Deutsches Aktieninstitut e.V. (DAI): Gemeinsame Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 6. November 2019, BT-Drucksache 19/13827, 19/11098, 19/10218, Praxisnahe und effektive Geldwäscheprävention ermöglichen, Stand: 06.11.2019, Anlage 4 zum Wortprotokoll der 60. Sitzung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages vom 6. November 2019, 15:00 Uhr, zitiert als: *BDI/DAI*, Gemeinsame Stellungnahme zum Regierungsentwurf des GwG (Stand: 06.11.2019).

Bürkle, Jürgen: Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Officers, CCZ 2010, 4–12.

- Bürkle*, Jürgen: Compliance in Versicherungsunternehmen, 3. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Bürkle* (Hrsg.), Compliance, 3. Aufl. 2020.
- Busse*, Felix: Die Anwaltschaft im geeinten Deutschland, NJW 1993, 2009–2015.
- Busse*, Felix: Anwaltsethik unter der Geltung des neuen Berufsrechts, AnwBl 1998, 231–236.
- Busse*, Felix: Die freie Advokatur. Entwicklung, Bedeutung, Perspektiven für die Rechtspflege, AnwBl 2001, 130–136.
- Bussmann*, Kai-D./*Veljovic*, Miguel: Die hybride strafrechtliche Verfolgung der Geldwäsche – Schlussfolgerungen aus den Ergebnissen einer bundesweiten Studie, NZWiSt 2020, 417–425.
- Casper*, Matthias: Whistleblowing zwischen Denunziantentum und integralem Baustein von Compliance-Systemen, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hüffer, Uwe/Reichert, Jochem (Hrsg.), Liber amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 77–98.
- Chab*, Bertin: Warnung vor der Warnpflicht – Tipps für die Anwaltspraxis, AnwBl 2011, 392–394.
- Coase*, Ronald H.: The Nature of the Firm, 4 Economica 386–405 (1937).
- Coffee*, John C.: The Attorney as Gatekeeper: An Agenda for the SEC, 103 Colum. L. Rev. 1293–1316 (2003).
- Coffee*, John C.: Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms, 84 B.U. L. Rev. 301–364 (2004).
- Coffee*, John C.: Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance, New York 2006, zitiert als: *Coffee*, Gatekeepers.
- Coleman*, James S.: Grundlagen der Sozialtheorie. Band 1: Handlungen und Handlungssysteme, 3. Aufl., München 2010, zitiert als: *Coleman*, Handlungen und Handlungssysteme.
- Commichau*, Gerhard: Der Wirtschaftsanwalt, WiB 1994, 2–4.
- Cramton*, Roger C.: Enron and the Corporate Lawyer: A Primer on Legal and Ethical Issues, 58 Bus. Law. 143–188 (2002).
- Cramton*, Roger C./*Cohen*, George M./*Koniak*, Susan P.: Legal and Ethical Duties of Lawyers after Sarbanes-Oxley, 49 Vill. L. Rev. 725–831 (2004).
- Cum/Ex-Ausschuss*: Beschlussempfehlung und Bericht vom 20.06.2017, BT-Drucks. 18/12700, zitiert als: BT-Drucks. 18/12700, Abschlussbericht des Cum/Ex-Ausschusses (2017).
- Dauner-Lieb*, Barbara/*Langen*, Werner (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch: Schuldrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021.
- Diller*, Martin: Der Arbeitnehmer als Informant, Handlanger und Zeuge im Prozess des Arbeitgebers gegen Dritte, DB 2004, 313–319.
- Eckert*, Rainer: Zur Haftung des Steuerberaters bei fehlerhafter Insolvenzreifeprüfung, DStRK 2017, 290.
- Ellenberger*, Jürgen/*Bunte*, Hermann-Josef: Bankrechts-Handbuch, Band 1, 6. Aufl., München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Ellenberger/Bunte*, BankR-Hdb, Band 1, 6. Aufl.

- Eslick, Matthew:* Tension among Section 307 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, 17 C.F.R. 205.3(d)(2), and State Rules Governing Disclosure of Confidential Client Information, 53 Drake L. Rev. 133–180 (2004).
- Esser, Hartmut:* Soziologie. Spezielle Grundlagen. Band 1: Situationslogik und Handeln, Frankfurt am Main/New York 1999, zitiert als: *Esser, Situationslogik und Handeln*.
- European Parliamentary Research Service (EPRS):* The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption. Annex II – The Cost of Non-Europe in the Area of Corruption Research paper by RAND Europe, 2016, abrufbar im Internet unter: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf, zitiert als: *EPRS, The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption*.
- Ewer, Wolfgang:* Anwaltliche Unabhängigkeit zwischen Interessenvertretung und Gemeinwohlorientierung, AnwBl 2009, 657–662.
- Fahrendorf, Klaus/Mennemeyer, Siegfried:* Die Haftung des Rechtsanwalts, 10. Aufl., Köln 2021, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Haftung des Rechtsanwalts*, 10. Aufl. 2021.
- Falkenhausen, Joachim Freiherr v.:* Bei aller Vielfalt – der gemeinsame Kern anwaltlicher Tätigkeit, AnwBl 2000, 26–29.
- Falkenhausen, Joachim Freiherr v.:* Bei aller Vielfalt – der gemeinsame Kern anwaltlicher Tätigkeit, Sonderheft AnwBl 2/2000, 26–29.
- Falkenhausen, Joachim Freiherr v.:* Die anwaltliche Beratung der Aktiengesellschaft. Der Anwalt im Spannungsfeld zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hüffer, Uwe/Reichert, Jochem (Hrsg.), *Liber amicorum für Martin Winter*, Köln 2011, S. 117–128.
- Favoccia, Daniela/Richter, Thomas:* Rechte, Pflichten und Haftung des Compliance Officers aus zivilrechtlicher Sicht, AG 2010, 137–147.
- Federmann, Bernd/Bischoff, Christian:* Meldepflichten für grenzüberschreitende Steuergestaltungen (DAC-6): Regelungssystematik, Compliance und M&A-Relevanz, BB 2021, 791–797.
- Feuerich, Wilhelm E. (Hrsg.):* Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 10. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020.
- Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF):* Internatioinal Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendations, 2012–2022, abrufbar im Internet unter: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf> (zuletzt abgerufen am: 03.10.2020), zitiert als: *FATF, The FATF Recommendations on Combating Money Laundering*.
- Finanzwende e.V.:* Bericht über Lobbyismus in Justiz und Rechtswissenschaft, Januar 2022, abrufbar im Internet unter: https://www.finanzwende-recherche.de/wp-content/uploads/Report_Lobbyismus-in-Justiz-und-Rechtswissenschaft.pdf (zuletzt abgerufen am: 18.04.2023), zitiert als: *Finanzwende, Lobbyismus in Justiz*, Januar 2022.
- Fisch, Jill E./Rosen, Kenneth M.:* Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?, 48 Vill. L. Rev. 1097–1138 (2003).

- Fischer, Gero et al.: Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl., Köln 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hdb. der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020.
- Fleischer, Holger: Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685–692.
- Fleischer, Holger: Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141–152.
- Fleischer, Holger/Schmolke, Klaus Ulrich: Whistleblowing und Corporate Governance. Zur Hinweisgeberverantwortung von Vorstandsmitgliedern und Wirtschaftsanwälten, WM 2012, 1013–1060.
- Frey, Tobias/Pelz, Christian (Hrsg.): BeckOK GwG, 10. Edition, Stand: 01.06.2022, München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK, GwG, 10. Edition, Stand: 01.06.2022.
- Friedländer, Adolf/Friedländer, Max (Hrsg.): Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung, 2. Aufl., Berlin 1878, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Friedländer/Friedländer (Hrsg.), Kommentar zur RAO.
- Friese, Franz-Josef: Die freie Advokatur als notwendiger Bestandteil der Rechtspflege im demokratischen Rechtsstaat, AnwBl 1985, 601–608.
- Furubotn, Eirik Grundtvig/Richter, Rudolf: Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics, 2. Ed., Ann Arbor 2014, zitiert als: *Furubotn/Richter*, Institutions and Economic Theory.
- Galen, Margarete v.: Bekämpfung der Geldwäsche – Ende der Freiheit der Advokatur?, NJW 2003, 117–118.
- Galen, Margarete v.: Anmerkung zu LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, NJW 2011, 942–945.
- Garvey, Gerald T./Swan, Peter L.: The economics of corporate governance: Beyond the Marshallian firm, 1 J. Corp. Finance 139–174 (1994).
- Gerdemann, Simon: Transatlantic Whistleblowing, Tübingen 2018, zitiert als: *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing.
- Gerdemann, Simon: Überlegungen zur nationalen Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden („Whistleblowing-Richtlinie“), Transparency International e.V., abrufbar im Internet unter: https://www.transparency.de/fileadmin/Redaktion/Aktuelles/Pressemitteilungen_verlinkte_PDFs/UEberlegungen_zur_nationalen_Umsetzung_der_Whistleblowingrichtlinie.pdf (zuletzt abgerufen am 20.05.2023).
- Giesen, Tom: Die Haftung des Compliance-Officers gegenüber seinem Arbeitgeber – Haftungsprivilegierung bei innerbetrieblichem Schadensausgleich, CCZ 2009, 102–106.
- Gilson, Ronald J.: The Devolution of the Legal Profession: Demand Side Perspective, 49 Md. L. Rev. 870–916 (1990).
- Gneist, Rudolf: Freie Advocatur. Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen, Berlin 1867, zitiert als: *Gneist*, Freie Advocatur.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl., München 2019, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019.

Gordon, Robert W.: A New Role for Lawyers?: The Corporate Counselor After Enron, 35 Conn. Law Rev. 1185–1216 (2002–2003).

Grahl, C.: Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen. Prozeßbetrieb und Parteibeistand im preußischen Zivilgerichtsverfahren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Materialien zum Corpus Juris Fridericianum von 1781, Göttingen 1994, zitiert als: *Grahl*, Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen.

Graser, Daniela: Whistleblowing. Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main/Berlin 2000, zitiert als: *Graser*, Whistleblowing (2000).

Groneberg, Rut: Whistleblowing. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB, Berlin 2011, zitiert als: *Groneberg*, Whistleblowing (2011).

Grotheer, Marc: Die Verantwortung des Wirtschaftsprüfers für fehlerhafte Kapitalmarktinformation. Eine Studie zu konzeptionellen Grundlagen und Grenzen einer Wirtschaftsprüferhaftung gegenüber Sekundärmarktteilnehmern de lege lata et ferenda, Berlin 2011, zitiert als: *Grotheer*, Die Verantwortung des Wirtschaftsprüfers.

Grüneberg, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 81. Aufl., München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Grüneberg*, BGB, 81. Aufl. 2022.

Grunewald, Barbara: Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts im Jahr 2012, NJW 2012, 3622–3625.

Habbe, Julia/*Pelz*, Christian: Interne Untersuchungen – Status quo und Zukunftsbetrachtung, BB 2020, 1226–1232.

Habersack, Mathias/*Mülbert*, Peter O./*Schlitt*, Michael: Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 3. Aufl., Köln 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Habersack/Mülbert/Schlitt* (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung, 3. Aufl. 2013.

Habersack, Mathias/*Verse*, Dirk A.: Europäisches Gesellschaftsrecht. Einführung für Studium und Praxis, 5. Aufl., München 2019, zitiert als: *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019.

Hamacher, Peter: Der Syndikusanwalt, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, Zum 140. Gründungsjahr des deutschen Anwaltvereins, Tübingen 2011, S. 913–948.

Hamermesh, Lawrence A.: The ABA Task Force on Corporate Responsibility and the 2003 Changes to the Model Rules of Professional Conduct 17 Geo. J. Legal Ethics 35–66 (2003).

Hamm, Rainer: Compliance vor Recht? – Anwälte bei der Bewältigung eines „Datenskandals“, NJW 2010, 1332–1336.

Hannich, Rolf (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 8. Aufl., München 2019, zitiert als: *Bearbeiter*, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019.

Hartstang, Gerhard: Der deutsche Rechtsanwalt. Rechtsstellung und Funktion in Vergangenheit und Gegenwart, Heidelberg 1986, zitiert als: *Hartstang*, Der deutsche Rechtsanwalt.

Hartung, Wolfgang: Sanktionsfähige Berufspflichten aus einer Generalklausel? AnwBI 2008, 782–783.

- Hartung, Wolfgang/Scharmer, Hartmut (Hrsg.): Berufs- und Fachanwaltsordnung, Kommentar, 7. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hartung/Scharmer BORA, 7. Aufl. 2020.
- Hassemer, Winfried: Professionelle Adäquanz, wistra 1995, 81–87.
- Hauschka, Christoph E./Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas: Corporate Compliance, 3. Aufl., München 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hauschka/Moosmayer (Hrsg.), Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016.
- Hazen, Thomas Lee: The law of securities regulation, 2nd Edition, St. Paul (Minnesota), 1990, zitiert als: *Hazen*, Securities Regulation, 2nd Edition.
- Heilbock, Jürgen/Geissler, Dennis: Rechtsprechung zum Cum-Ex-Skandal – Rechtsanwaltshaftung, GWR 2019, 211–213.
- Heineman, Ben W.: The Inside Counsel Revolution. Resolving the partner-guardian tension, Chicago 2016, zitiert als: *Heineman*, The Inside Counsel Revolution.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.): Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2020.
- Hellwig, Hans-Jürgen: EU – Geldwäscherichtlinie: Kommt die Verdachtsmeldepflicht für Rechtsanwälte? Oder: Der Anwalt als Spitzel der Obrigkeit? AnwBl 2000, 614–616.
- Hellwig, Hans-Jürgen: Anwaltsethos – Lehren aus der Finanzkrise. Wie können Anwälte der ethischen Verantwortung ihres Berufs gerecht werden, AnwBl 2009, 465–472.
- Hellwig, Hans-Jürgen: Der Syndikusanwalt – neue Denkansätze. Die systematische Ausgrenzung des Syndikusanwalts seit 1934, AnwBl 2015, 2–12.
- Hellwig, Hans-Jürgen: Brexit – Verfahren, Austrittswirkungen und Ausblick – Ein Überblick aus der Perspektive von Anwälten und Kanzleien, AnwBl Online 2018, 9–23.
- Henning, Peter J.: Sarbanes-Oxley Act 307 and Corporate Counsel: Who Better to Prevent Corporate Crime, 8 Buff. Crim. L. Rev. 101–161 (2004).
- Henssler, Martin: Das anwaltliche Berufsgeheimnis, NJW 1994, 1817–1824.
- Henssler, Martin: Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, ZZP 115 (2002), 321–355.
- Henssler, Martin: Der Einfluss des Sarbanes Oxley Acts auf die Fortentwicklung des deutschen Gesellschaftsrechts – Eine Einführung, Der Konzern 2003, 255–259.
- Henssler, Martin: Die LLP – die bessere Alternative zur PartG mbB? NJW 2014, 1761–1840.
- Henssler, Martin: Die Anwaltschaft und die Ethikdiskussion: Bilanz und Ausblick nach 10 Jahren. Dissonanzen, Differenzen und Konsense: Schnittmengen in der Debatte über Leitlinien für Anwälte, AnwBl 2018, 22–27.
- Henssler, Martin/Krüger, Wolfgang (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020.
- Henssler, Martin/Prütting, Hanns (Hrsg.): Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 5. Aufl., München 2019, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019.
- Herzog, Felix/Achtelik, Olaf Christoph (Hrsg.): Geldwäschegesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. 2020.

- Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.* (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 97. EL, Stand: Januar 2022, München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL, Stand: Januar 2022.
- Hirte, Heribert*: Berufshaftung – Ein Beitrag zur Entwicklung eines einheitlichen Haftungsmodells für Dienstleistungen, München 1996, zitiert als: *Hirte*, Berufshaftung.
- Hirte, Heribert*: Anwaltswerbung – Zulässigkeit, Grenzen und deren verfahrensrechtliche Durchsetzung, ZZP 116 (2003), 135–163.
- Hirte, Heribert*: Wer „setzt das Recht“ im Gesellschaftsrecht? Unabhängigkeitsfragen bei Stakeholdern im Gesetzgebungsprozess, in: Gehle, Burkhard/Hirte, Heribert/Lochner, Daniel (Hrsg.), Festschrift für Thomas Heidel, Baden-Baden 2021, S. 57–77.
- Hirte, Heribert*: Kapitalgesellschaftsrecht, 9. Aufl., Köln 2023, zitiert als: *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2023.
- Hirte, Heribert*: Sachverständige und Sachverständ - im Spannungsverhältnis zwischen Recht, Wissenschaft und Politik, in: Redenius-Hövermann, Julia/Halfmeier, Axel (Hrsg.), Kapitalmarkt und kollektiver Rechtsschutz – Symposium in Gedenken an Andreas Tilp, Tagungsband, München 2023, S. 135–164.
- Hoffmann-Becking, Michael*: Das Recht des Aufsichtsrats zur Prüfung durch Sachverständige nach § 111 II 2 AktG, ZGR 2011, 136–154.
- Hommelhoff, Peter*: Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., Stuttgart/Köln 2009, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009.
- Hommerich, Christoph*: Professionals in Organisations – oder: Vom Sinn des Syndikusanwalts. Anmerkungen zur Notwendigkeit von Syndikusanwälten, AnwBl 2009, 406–408.
- Hommerich, Christoph/Prütting, Hanns*: Das Berufsbild des Syndikusanwalts – Kurzfassung –, AnwBl (Beilage) 1997, 3–43.
- Hopt, Klaus J.*: Aktionärskreis und Vorstandsneutralität, ZGR 1993, 534–566.
- Hopt, Klaus J./Binder, Jens-Hinrich/Böcking, Hans-Joachim*: Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hopt/Binder/Böcking (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance von Banken, 2. Aufl. 2020.
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens*: Kommentar Aktiengesetz, 17. Aufl., München 2023, zitiert als: *Koch, AktG*, 17. Aufl. 2023.
- Huffmann, Helga*: Kampf um freie Advokatur, Essen 1967, zitiert als: *Huffmann*, Kampf um freie Advokatur.
- Huwer, Wolfram*: Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats. Aufgaben, Anforderungen und Arbeitsweise in der Aktiengesellschaft und im Aktienkonzern, Berlin 2010, zitiert als: *Huwer*, Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats.
- Irmscher, Philipp*: Lobbyregistergesetz – weit anwendbares Neuland auch für Anwälte, NJW 2022, 273–278.
- Jähnke, Burkhard*: Rechtliche Vorgaben einer künftigen Neuregelung des anwaltlichen Standardsrechts, NJW 1988, 1888–1893.

- Jensen, Michael C./Meckling, William H.:* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. Fin. Econ 305–360 (1976).
- Johnstone, Quintin:* An Overview of the Legal Profession in the United States, how that Profession Recently has been Changing, and its Future Prospects, 26 Quinnipiac L. Rev. 737–797 (2007–2008).
- Kahle, Holger/Kopp, Nicolas:* Der Wesentlichkeitsgrundsatz in der Handels- und Steuerbilanz, DStR 2022, 2627–2637.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut:* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4. Auflage, München 2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Münchener Hdb. ArbeitsR, 4. Aufl. 2018.
- Kieser, Alfred/Ebers, Mark:* Organisationstheorien, 8. Aufl., Stuttgart 2019, zitiert als: *Kieser/Ebers, Organisationstheorien*.
- Kilian, Matthias:* Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege – eine Spurensuche, DStR-Beih. 2019, 38–47.
- Kilian, Matthias/Koch, Ludwig:* Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl., München 2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kilian/Koch (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018.
- Kim, Sung Hui:* The Banality of Fraud: Re-Situating the Inside Counsel as Gatekeeper, 74 Fordham L. Rev. 984–1077 (2005).
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.):* Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017.
- Kleine-Cosack, Michael:* Syndikusanwälte zwischen Tabuisierung und Legitimierung. Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen, BB 2005, 2309–2316.
- Kleine-Cosack, Michael:* Anmerkung zu BVerwG, Urt. v 13.12.2011 – 8 C 24/10, EWiR 2012, 325–326.
- Kleine-Cosack, Michael (Hrsg.):* Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 9. Auflage, München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022.
- Klöhn, Lars:* Passive Investoren, Aktivisten und die Reform des deutschen Hauptversammlungsrechts, ZHR 185 (2021), 182–225.
- Klugmann, Marcel:* Das Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention und seine Auswirkungen auf die anwaltliche Praxis, NJW 2012, 641–645.
- Knierim, Thomas C./Rübenstahl, Markus/Tsambikakis, Michael:* Internal Investigations, 2. Aufl., Heidelberg 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Hrsg.), Internal Investigations, 2. Aufl. 2016.
- Knöfel, Oliver L.:* Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, Bonn 2005, zitiert als: *Knöfel, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten*.
- Knöfel, Oliver L./Mock, Sebastian:* Anwaltliche Verschwiegenheit und Corporate Governance. Blick in die USA zeigt: Die Pflicht zum Schweigen steht im Wirtschaftsrecht auf dem Prüfstand, AnwBl 2010, 230–236.

- Koniak, Susan P.: Symposium Regulating the Lawyers: Past Efforts and Future Possibilities. When the Hurlyburly's Done: The Bar's Struggle with the SEC, 103 Colum. L. Rev. 1236–1280 (2003).*
- Kraakman, Reinier H.: Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy, 2 J. Law Econ. Organ. 53–104 (1986).*
- Krais, Jürgen: Syndikusrechtsanwälte als Verpflichtete nach dem Geldwäschegesetz, CCZ 2019, 96–97.*
- Krämer, Achim: Der Rechtsanwalt – ein „staatlich gebundener Vertrauensberuf“? NJW 1975, 849–853.*
- Krämer, Achim: Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, NJW 1995, 2313–2317.*
- Krause, Daniel M.: Die Befugnis zur Entbindung von der beruflichen Verschwiegenheitspflicht bei Mandatsverhältnissen juristischer Personen mit Wirtschaftsprüfer (§ 53 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2 StPO), in: Widmaier, Gunter/Lesch, Heiko/Müssig, Bernd/Wallau, Rochus (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, Köln 2005, S. 349–379, zitiert als: Krause, FS Dahs.*
- Krause, Daniel M.: Befugnis zur Entbindung von der Schweigepflicht bei juristischen Personen nach personellen Wechseln in den Organen, „Gegen“ Thesen zum Beitrag von VorsRiLG Dr. Tully, NStZ 2012, 663–666.*
- Kremer, Thomas/Voet van Vormizele, Philipp: Neues Rollenverständnis für Syndikusanwälte und das Anwaltsprivileg. Eine rechtspolitische Einordnung des EuGH-Urturts „Akzo/Akros“ (EuGH v. 14.09.2010 – Rs. C-550/07 P), AG 2011, 245–254.*
- Kudlich, Hans (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1. Aufl., München 2014, zitiert als: Bearbeiter, in: MüKo StPO, 1. Aufl. 2014.*
- Lafferty, William M./Schmidt, Lisa A./Wolfe, Donald J., Jr.: A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law, 116 Penn St. L. Rev. 837–877 (2012).*
- Lampe, Ernst-Joachim: Systemumrecht und Unrechtssysteme, ZStW 1994, 683–745.*
- Langenbucher, Katja/Leuz, Christian/Krahnen, Jan Pieter/Pelizzon, Loriana: What are the wider supervisory implications of the Wirecard case? 2020, abrufbar im Internet unter: <https://www.econstor.eu/handle/10419/226215/> (zuletzt abgerufen am: 03.10.2022), zitiert als: Langenbucher/Leuz/Krahnen/Pelizzon, What are the wider supervisory implications of the Wirecard case?*
- Langevoort, Donald C.: Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers' Responsibility for Clients' Fraud, 46 Vand. L. Rev. 75–119 (1993).*
- Law Society of England and Wales: Comments on Proposed Rule: Implementation of Professional Standards for Attorney, (12/2002), abrufbar im Internet unter: <https://www.sec.gov/rules/proposed/s74502/c kirby1.htm> (zuletzt abgerufen am: 25.09.2022), zitiert als: Law Society of England and Wales, Comments on Proposed Rule (12/2002).*
- Lee, Jenny: Corporate Corruption & the New Gold Mine: How the Dodd-Frank Act Overincentivizes Whistleblowing, 77 Brook. L. Rev. 303–340 (2011).*
- Lehmann, Matthias: Eine neue Ära der extraterritorialen Anwendung US-amerikanischen Rechts, RIW 2010, 841–850.*

Leipold, Klaus: Unternehmensstrafrecht – Eine rechtspolitische Notwendigkeit? Wird Fehlverhalten in Unternehmen ausreichend sanktioniert? Eine immer wiederkehrende Meinung sagt: „nein“. An diese Diskussion anknüpfend, geht dieser Beitrag der Frage der rechtspolitischen Notwendigkeit eines Unternehmensstrafrechts nach, ZRP 2013, 34–37.

Lenz, Tobias: Die Rechtsabteilung, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 2. Aufl. 2015.

Lenz, Tobias: Die Rechtsabteilung, 3. Aufl., Wiesbaden 2019, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lenz (Hrsg.), Rechtsabteilung, 3. Aufl. 2019.

Leyens, Patrick C.: Information des Aufsichtsrats. Ökonomisch-funktionale Analyse und Rechtsvergleich zum englischen Board, Tübingen 2006, zitiert als: *Leyens*, Information des Aufsichtsrats.

Lieder, Jan: Unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats, ZGR 2018, 523–583.

Loughrey, Joan: Corporate Lawyers and Corporate Governance, Cambridge/New York 2011, zitiert als: *Loughrey*, Corporate Lawyers and Corporate Governance.

Lousanoff, Oleg de: Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, ZZP 115 (2002), 357–384.

Ludwigs, Markus/*Dauses*, Manfred A.: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 55. EL (Stand: Januar 2022), München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Dauses/Ludwig* (Hrsg.), Hdb. EU-WirtschaftsR, 55. EL Januar 2022.

Lützeler, Martin/*Müller-Sartori*, Patrick: Die Befragung des Arbeitnehmers – Auskunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht, CCZ 2011, 19–25.

Mader, Raimund/*Scaraggi-Kreitmayer*, Annamaria: Die Novelle des Geldwäschegesetzes und die damit verbundenen Anforderungen an den Berufsstand, DStR 2020, 181–184.

Mahnhold, Thilo: „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, 737–743.

Mann, Marius E.: Anwaltliche Verschwiegenheit und Corporate Governance, Lohmar/Köln 2009, zitiert als: *Mann*, Anwaltliche Verschwiegenheit.

Marsch-Barner, Reinhard/*Schäfer*, Frank A.: Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl., Köln 2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg.), Hdb. börs. AG, 4. Aufl. 2018.

Maunz, Theodor/*Dürig*, Günter (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, München 1971, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), GG, Stand: April 1971.

Mengel, Anja/*Ullrich*, Thilo: Arbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Investigations, NZA 2006, 240–246.

Merkt, Hanno: US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2013, zitiert als: *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht.

Merkt, Hanno: Der Syndikusanwalt und Corporate Governance, NJW 2014, 2310–2315.

Merkt, Hanno: Syndikusanwalt und Anwaltsprivileg – Chance für das Rechtssystem, AnwBl 2014, 278–285.

Merkt, Hanno: Der Syndikusanwalt als „rechtliches Gewissen“ der Unternehmen, AnwBl 2015, 552–559.

- Merkt, Hanno/Müller, Marco:* Das Syndikusanwaltsrecht vor der Neuordnung, ZRP 2015, 173–176.
- Meyer, Sebastian/Kramer, Sören:* Weitere Verzögerungen beim Hinweisgeberschutzgesetz, ZVertriebsR 2023, 69–70.
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram (Hrsg.):* Kommentar zur Strafprozeßordnung, 63. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Meyer-Goßner, 63. Aufl. 2020.
- Mock, Sebastian:* Gatekeeper und Insolvenzverschleppung, KTS 2020, 245–281.
- Möllers, M. J. Thomas:* Professionalisierung des Aufsichtsrats, ZIP 1995, 1725–1735.
- Momsen, Carsten:* Der „Compliance-Officer“ als Unterlassensgarant. Ein neues Zurechnungsmodell oder ein weiterer Schritt auf dem Weg der Evaporation von Zurechnungsparametern? in: Paefgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 751–766.
- Momsen, Carsten/Grützner, Thomas:* Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., München 2020, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), WiStraF-R-Hdb, 2. Aufl. 2020.
- Moosmayer, Klaus:* Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen, 4. Aufl., München 2021, zitiert als: *Moosmayer, Compliance*.
- Moser, Till/Asmus, Lia:* Überlegungen zur DAC 6 Umsetzung in Deutschland, RIW 2021, 339–342.
- Mueller, Tom:* Crisis of Conscience: whistleblowing in an age of fraud, New York 2019, zitiert als: *Mueller, Crisis of conscience*.
- Müller, Eckhart/Schllothauer, Reinhold/Knauer, Christoph:* Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl., München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MAH der Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022.
- New York City Bar Association (NYC Bar):* Comments on Proposed Rule: Implementation of Professional Standards for Attorneys, (04/2003), abrufbar im Internet unter: <https://www.sec.gov/rules/proposed/s74502/abcny040703.htm> (zuletzt abgerufen am: 25.09.2022), zitiert als: *NYC Bar, Comments on Proposed Rule* (04/2003).
- New York City Bar Association (NYC Bar):* Report of the Task Force on the Lawyer's Role in Corporate Governance, (November 2006), abrufbar im Internet unter: http://www.nycbar.org/pdf/report/CORPORATE_GOVERNANCE06.pdf (zuletzt abgerufen am: 25.09.2022), zitiert als: *NYC Bar, Report of the Task Force* (November 2006).
- Offermann-Burckart, Susanne:* Die Systemrelevanz von Syndikusanwälten. Zwischen traditionellem Rollenverständnis, Berufsrecht und Lebenswirklichkeit, AnwBl 2012, 778–787.
- Olson, Mancur:* Die Logik des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen, 4. Aufl., Tübingen 1998, zitiert als: *Olson, Die Logik des kollektiven Handelns*.
- Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD):* Committing to Effective Whistleblowing Protection, 2016, abrufbar im Internet unter: <https://www.oecd.org/corruption-integrity/reports/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.html>, zitiert als: *OECD, Committing to Effective Whistleblowing Protection*.
- Ostler, Fritz:* Die deutschen Rechtsanwälte. 1871–1971, Essen 1971, zitiert als: *Ostler, Die deutschen Rechtsanwälte*.

- Painter*, Richard W.: Towards a Market for Lawyer Disclosure Services: In Search of Optimal Whistleblowing Rules, 63 Geo. Wash. L. Rev. 221–296 (1995).
- Painter*, Richard W.: Comments on Proposed Rule: Implementation of Professional Standards for Attorney (12/2002), abrufbar im Internet unter: https://www.sec.gov/rules/proposed/s74_502/rwpainter1.htm (zuletzt abgerufen am: 25.09.2022), zitiert als: *Painter*, Comments on Proposed Rule (12/2002).
- Palmieri*, Victor H.: The lawyer's role: an argument for change, 56 Harv. Bus. Rev. 30–44 (1978).
- Pape*, Gerhard: Hinweis- und Warnpflichten des Steuerberaters bei Insolvenzreife des Mandanten, NZI 2019, 260–266.
- Passarge*, Malte: Zur Entbindung der Berufsgeheimnisträger von Zeugnisverweigerungsrechten durch juristische Personen, BB 2010, 591–594.
- Peemöller*, Volker H.: Bilanzskandale. Delikte und Gegenmaßnahmen, Berlin 2005, zitiert als: *Peemöller*, Bilanzskandale.
- Pelz*, Christine/*Schorn*, Martin: Geldwäscherrechtliche Pflichten von Syndikusrechtsanwälten – Infektionsgefahr für Arbeitgeber? NJW 2018, 1351–1355.
- Pfeifle*, Theresia: Finanzielle Anreize für Whistleblower im Kapitalmarktrecht, Baden-Baden 2016, zitiert als: *Pfeifle*, Finanzielle Anreize für Whistleblower.
- Pöllath*, Reinhard: Woher kommen und wohin gehen die Wirtschaftsanwaltsfirmen in und aus Deutschland? Zwei Jahrzehnte „Urknaall“ – zwei Jahrhunderte Wirtschaftsanwälte, in: *Pöllath*, Reinhard/*Saenger*, Ingo (Hrsg.), 200 Jahre Wirtschaftsanwälte in Deutschland, 1. Aufl., Baden-Baden 2009, S. 7–28.
- Pöllath*, Reinhard: Der Wirtschaftsanwalt, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, Zum 140. Gründungsjahr des deutschen Anwaltvereins, Tübingen 2011, S. 899–912.
- Powers*, William C./*Troubh*, Raymond S./*Winokur*, Herbert S.: Report of Investigation, 2002, abrufbar im Internet unter: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1024401/000090951802000089/big.txt>, zitiert als: *Powers/Troubh/Winokur*, Special Investigative Committee of the Board of Directors of Enron Corp., Report of Investigation.
- Prütting*, Hanns: Die rechtlichen Grundlagen anwaltlicher Berufspflichten und das System der Reaktionen bei anwaltlichem Fehlverhalten, AnwBl 1999, 361–368.
- Quack*, Karlheinz: Sinn und Grenzen anwaltlicher Unabhängigkeit heute, NJW 1975, 1337–1343.
- Quick*, Reiner/*Gauch*, Kevin/*Heinze*, Manuel: Qualität der Corporate-Governance-Berichterstattung in Deutschland, DB 2023, 913–917.
- Ransiek*, Andreas: Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers, AG 2010, 147–153.
- Redeke*, Julian: Zur gesellschaftsrechtlichen Gremienberatung durch die Rechtsabteilung, AG 2017, 289–300.
- Redeker*, Konrad: Freiheit der Advokatur – heute, NJW 1987, 2610–2616.
- Reifner*, Udo: Die freie Advokatur und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1984, 1151–1155.

- Reimann*, Carsten: Legal Sourcing – Rechtsberatung gut einkaufen, NJW-aktuell 2014, 14.
- Reinelt*, Ekkehart: Haftung aus Prospekt und Anlageberatung bei Kapitalanlagefonds, NJW 2009, 1–8.
- Reinhardt*, Sarah/*Kaindl*, Gerd: Mitarbeiterinterviews im Rahmen von Internal investigations – ein schmaler Grat zwischen Befragung und Verhör, CB 2017, 210–215.
- Richter*, Johannes: Die extraterritoriale Anwendung der antifraud-Vorschriften im US-amerikanischen Kapitalmarktrecht, Berlin 2012, zitiert als: *Richter*, Die extraterritoriale Anwendung.
- Rodatz*, Arndt/*Judis*, Christian/*Bergschneider*, Michael: Der Syndikusanwalt als Verpflichteter nach dem Geldwäschegegesetz, CCZ 2020, 93–96.
- Rogall*, Klaus: Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) – Aktuelle Probleme und ungelöste Fragen –, NStZ 1983, 1–9.
- Rolfs*, Christian/*Giesen*, Richard/*Meßling*, Miriam/*Udsching*, Peter (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 64. Edition, Stand: 01.06.2022, München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK ArbR, 64. Edition, Stand: 01.06.2022.
- Römermann*, Volker (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022, München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK, BRAO, 16. Edition, Stand: 01.08.2022.
- Rönnau*, Thomas/*Schneider*, Frédéric: Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant, ZIP 2010, 53–61.
- Rönnau*, Thomas/*Wegner*, Kilian: Grundwissen – Strafrecht: Beihilfe und „neutrales“ Verhalten, JuS 2019, 527–531.
- Rotsch*, Thomas: Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, 1. Aufl., Baden-Baden 2012, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Rotsch* (Hrsg.), Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, 1. Aufl. 2012.
- Roxin*, Claus: Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, NJW 1992, 1129–1136.
- Roxin*, Claus: Strafrecht. Allgemeiner Teil 2, München 2003, zitiert als: *Roxin*, StrafR AT Band 2.
- Roxin*, Claus/*Greco*, Luís: Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Band 1, 5. Aufl., München 2020, zitiert als: *Roxin/Greco*, StrafR AT Band 1, 5. Aufl. 2020.
- Rübenstahl*, Markus: Zur „regelmäßigen“ Garantenstellung des Compliance Officers, NZG 2009, 1341–1344.
- Rueschemeyer*, Dietrich: Lawyers and Their Society. A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and in the United States, Cambridge (Massachusetts) 1973, zitiert als: *Rueschemeyer*, Lawyers and Their Society.
- Rüping*, Hinrich: Die Beseitigung der freien Advokatur im Nationalsozialismus, AnwBl 2002, 615–620.
- Rüpke*, Giselher: Das Anwaltsgeheimnis auf dem Prüfstand des Strafrechts – ein quasi-datenenschutzrechtliches Missverständnis zu § 203 StGB? NJW 2002, 2835–2838.

- Sander, Günther M. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2021, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021.
- Sänger, Marc: Whistleblowing in der börsennotierten Aktiengesellschaft, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Wien 2011, zitiert als: *Sänger*, Whistleblowing in der börs. AG.
- Schaefer, Paula: Behavioral Ethics Lessons for Corporate Counsel 69 Case W. Rsrv. L. Rev. 975–1005 (2019).
- Schäfer, Dorothea: Wirecard – ein Menetekel für die Wirtschaftsprüfung, Wirtschaftsdienst 100 (2020), 562–563.
- Schaub, Günter/Ahrendt, Martina/Koch, Ulrich: Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., München 2019, zitiert als: *Bearbeiter*, in: ArbeitsR-Hdb., 18. Aufl. 2019.
- Schilken, Eberhard: Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., Köln/München 2007, zitiert als: *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht.
- Schlagowski, Julien: Originäre Verbandsstrafbarkeit, Eine kritische Analyse des (nordrhein-westfälischen) Entwurfes eines (Bundes-)Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, Hamburg 2017, zitiert als: *Schlagowski*, Originäre Verbandsstrafbarkeit.
- Schneider, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1. Aufl., München 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKoStPO, 1. Aufl. 2016.
- Schnitger, Arne/Brink, Thomas/Welling, Timo: Die neue Meldepflicht für grenzüberschreitende Steuergestaltungen (Teil III), IStR 2021, 229–259.
- Scholz, Rupert: Strafbarkeit juristischer Personen, ZRP 2000, 435–440.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin (Hrsg.): Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., München 2019, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019.
- Schroer, Heinrich J.: Der Steuerberater als Zeuge, DStR 1994, 1173–1176.
- Schubert, Peter: Das neue Geldwäschegesetz – Versuch einer ersten Annäherung aus Sicht des rechtlichen Beraters und Kautelarjuristen – Teil I, NJOZ 2018, 41–50.
- Schünemann, Bernd: Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln 1979, zitiert als: *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht.
- Schürrele, Thomas: Schweigerecht vs. Meldepflicht: Rechtsanwälte und Attorneys-at-law als Gatekeeper des Staates, ZGR 2014, 627–648.
- Schürrele, Thomas/Fleck, Franziska: „Whistleblowing Unlimited“ – Der U.S. Dodd-Frank Act und die neuen Regeln der SEC zum Whistleblowing, CCZ 2011, 218–221.
- Schuster, Frank Peter: Anmerkung zu LG Mannheim, Beschl. v. 03.07.2012 – 24 Qs 1/12; 24 Qs 2/12, NZWiSt 2012, 424–434.
- Schwung, Siegfried: Corporate Governance/Compliance und der Syndikusanwalt. Die Rolle des Leiters der Rechtsabteilung einer börsennotierten Gesellschaft, AnwBl 2007, 14–16.
- Servatius, Wolfgang: Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung. Die Vorstandspflichten bei unternehmerischen Entscheidungen der Hauptversammlung, Köln 2004, zitiert als: *Servatius*, Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung.

- Siegmund*, Alexander: Die anwaltliche Verschwiegenheit in der berufspolitischen Diskussion, München 2014, zitiert als: *Siegmund*, Die anwaltliche Verschwiegenheit.
- Siegmund*, Alexander: Syndikusrechtsanwälte im Fadenkreuz der Strafverfolgung? Die neue gesetzliche Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts MDR 2016, 374–377.
- Skaurdzun*, Dominik/*Fridgen*, Alexander: Beck'scher Online-Kommentar StaRUG, 8. Edition, Stand: 01.04.2023, München 2023, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK, StaRUG, 8. Edition, Stand: 01.04.2023.
- Sparfeld*, Silvia: Mitteilungspflicht für Grenzüberschreitende Steuergestaltungen. Handlungspflichten auch für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, BRAK-Mitt. 2020, 11–18.
- Spengel*, Christoph: Kollektivversagen: Cum/Cum, Cum/Ex und Hopp! 97 Wirtschaftsdienst 454–455 (2017).
- Spengel*, Christoph/*Eisgruber*, Thomas: Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum/Ex-Geschäften, DStR 2015, 785–801.
- Spindler*, Gerald: Compliance in der multinationalen Bankengruppe, WM 2008, 905–918.
- Spindler*, Gerald/*Stilz*, Eberhard (Hrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR AktG, Stand: 01.07.2022, München 2022, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.07.2022.
- State Bar of California's Committee on Professional Responsibility and Conduct*: Comments on Proposed Rule: Implementation of Professional Standards for Attorney (04/2002), abrufbar im Internet unter: <https://www.sec.gov/rules/proposed/s74502/copracsbc040403.htm> (zuletzt abgerufen am: 25.09.2022), zitiert als: *State Bar of California's Committee on Professional Responsibility and Conduct*, Comments on Proposed Rule (04/2002).
- Statistisches Bundesamt Wiesbaden*: Erzeugerpreisindizes für Dienstleistungen: Informationen zum Preisindex Rechtsberatung, 2018, abrufbar im Internet unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Erzeugerpreisindex-Dienstleistungen/Methoden/branchen/info-rechtsberatung-basis2015.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am: 03.10.2022), zitiert als: *Statistisches Bundesamt Wiesbaden*, Informationen zum Preisindex Rechtsberatung, 2018.
- Staudinger*, Julius von (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2019, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB.
- Stoffers*, Kristian: Anmerkung: BGH – Garantenpflichten eines Innenrevisionsleiters einer öffentlich-rechtlichen Anstalt – Überhöhte Straßenreinigungsentgelte, NJW 2009, 3173–3177.
- Sutherland*, Edwin Hardin: White Collar Crime, New Haven (Connecticut) 1983, zitiert als: *Sutherland*, White Collar Crime.
- Szesny*, André-M.: Anmerkung zu LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, GWR 2011, 169–170.
- Szesny*, André-M.: Anmerkung und Praxishinweise zu LG Bochum, Beschl. v. 16.03.2016 – 6 Qs 1/16, CCZ 2017, 25–31.
- Tiedemann*, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil; mit wichtigen Rechtstexten, 5. Aufl., München 2017, zitiert als: *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017.

- Tipke, Klaus/Kruse, Heinrich Wilhelm (Hrsg.): Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 169. EL, Köln 2020, zitiert als: Bearbeiter, in: Tipke/Kruse, 169. EL 4/2020.*
- Triig, Gerson: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.01.2014 – 5 StR 468/12, ZWH 2014, 433–437.*
- Tully, Marc/Kirch-Heim, Claudio: Zur Entbindung von Rechtsbeiständen juristischer Personen von der Verschwiegenheitspflicht gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 StPO, NStZ 2012, 657–663.*
- Tyson, John M.: A Short History of the American Bar Association's Canons of Professional Ethics, Code of Professional Responsibility, and Model Rules of Professional Responsibility: 1908–2008, 1 Charlotte L. Rev. 9–19 (2008–2009).*
- Unmuth, Nicolai: Die Entwicklung der Corporate Compliance in Recht und Praxis, AG 2017, 249–258.*
- Uwer, Dirk: Das Anwaltsgeheimnis im außer-berufsrechtlichen Regulierungszugriff. Der Berufsgeheimnisschutz droht zu erodieren, AnwBl Online 2019, 327–332.*
- Verse, Dirk A.: Compliance im Konzern. Zur Legalitätskontrollpflicht der Geschäftsleiter einer Konzernobergesellschaft, ZHR 175 (2011), 401–425.*
- Voigt, Stefan: Institutionenökonomik, 2. Aufl., München 2009, zitiert als: Voigt, Institutionenökonomik, 2. Aufl. 2009.*
- Volk, Klaus/Beukelmann, Stephan: Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., München 2020, zitiert als: Bearbeiter, in: MAH WiStraF, 3. Aufl. 2020.*
- Vollkommer, Max/Greger, Reinhard/Heinemann, Jörn: Anwaltshaftungsrecht, 5. Aufl., München 2021, zitiert als: Bearbeiter, in: Vollkommer/Greger/Heinemann (Hrsg.), Anwaltshaftungsrecht, 5. Aufl. 2021.*
- Wagner, Magnus: Haftung des Steuerberaters für Jahresabschluss unter Zugrundelegung von Fortführungswerten trotz Insolvenzreife der Gesellschaft, EWiR 2017, 173–174.*
- Weber-Rey, Daniela: Whistleblowing zwischen Corporate Governance und Better Regulation, AG 2006, 406–411.*
- Weißler, Adolf: Geschichte der Rechtsanwaltschaft, Frankfurt am Main 1967, zitiert als: Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft.*
- Weitze, Dirk: Anmerkung zu VG Frankfurt am Main, Urt. v. 14.05.2009 – 1 K 3874/08.F, DStR 2009, 1827–1828.*
- Weitze, Dirk: Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, DStR 2012, 1474–1475.*
- Wernsmann, Rainer/Gatzka, Ulrich: Der Deutsche Corporate Governance Kodex und die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Anforderungen des Verfassungsrechts, NZG 2011, 1001–1007.*
- Westhoff, André Oliver: Die Fairness Opinion, Düsseldorf 2006, zitiert als: Westhoff, Fairness Opinion.*
- Wilkins, David B.: Legal Realism for Lawyers, 104 Harv. L. Rev. 468–524 (1990–1991).*
- Williamson, Oliver E.: Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus: Unternehmen, Märkte, Kooperationen, Tübingen 1990, zitiert als: Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus.*

- Wittig*, Petra: Die staatliche Inanspruchnahme des Rechtsanwalts durch das neue Geldwäschegesetz, *AnwBl* 2004, 193–198.
- Wolf*, Christian: Die jüngere Geschichte der Bundesrechtsanwaltskammer – zwischen Autonomie, Fremdbestimmung und Deregulierung, in: *Gaier, Reinhard/Schäfer, Frank L./Singer, Reinhard/Stürner, Rolf/Wolf, Christian* (Hrsg.), *Festschrift 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer*, Köln 2019, S. 63–176.
- Wybitul*, Tim: BGH: Grundsatzentscheidung zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten, *BB* 2009, 2263–2264.
- Zapf*, Alexander: Die Haftung von Rechts- und Steuerberatern im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften, *BB* 2019, 1182–1188.
- Ziemers*, Hildegard: Rechtsanwälte im Aufsichtsrat – im Dickicht von Berufsrecht, Aktienrecht und Corporate Governance Kodex, *ZGR* 2016, 839–865.
- Zöllner*, Wolfgang/*Noack*, Ulrich (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Köln 2010, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Kölner Komm. AktG*, Band 2/1, 3. Aufl. 2010.
- Zöllner*, Wolfgang/*Noack*, Ulrich (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Köln 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Kölner Komm. AktG*, Band 2/2, 3. Aufl. 2013.
- Zugehör*, Horst: Das beschränkte Mandat des Rechtsanwalts und des steuerlichen Beraters, in: *Berger, Christian* (Hrsg.), *Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare, Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag*, München 2010, S. 573–586.
- Zugehör*, Horst: Das beschränkte Mandat des Rechtsanwalts und des steuerlichen Beraters, *DStR* 2010, 2595–2599.
- Zugehör*, Horst: Haftung des Steuerberaters für einen fehlerhaften Jahresabschluss, *WM* 2013, 1965–1976.

Stichwortverzeichnis

- ABA Model Rules** 128, 147 ff., 177, 248
Abschlussprüfer 61, 85, 106, 199, 247
 siehe auch Wirtschaftsprüfer
Allgemeinwohlverantwortung 165, 170, 196, 204, 219
Anzeigepflicht 53 ff., 101 ff., 167 ff., 236 ff.
Aufsichtsrat 52, 58 ff., 85 f., 106 ff., 168, 185, 232 ff.
Auskunftspflicht 37, 186 ff., 193 ff., 231 ff.
- Bastille-Entscheidung** 77 f., 228
Beihilfe 114 ff., 194, 202 ff.
Belehrungspflicht 90 ff.
Beratungspflicht 90 ff.
Berufsausübungsfreiheit 25, 37, 172, 182, 187, 218 ff., 236 ff.
Berufsbild 24 f., 67 ff., 198 ff., 205 ff.
Berufsgeheimnis 52, 72, 84, 144 f., 158 f., 176 ff., 227 ff., 251
 siehe auch Vertrauensverhältnis
Berufsordnung für Rechtsanwälte 75 ff.
Berufspflichten 77 ff., 173, 207
Berufsrecht 75 ff.
Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Union 226
Beschlagnahmeschutz 191 ff., 233 f.
Bundesrechtsanwaltsordnung 75 ff., 221 ff.
- Chilling Effect** 238 f.
Compliance 53, 59, 62 ff., 98 ff.
 siehe auch Compliance Officer, Compliance-Management-System
Compliance-Management-System 49, 62 ff., 197 ff., 240
Compliance Officer 168 ff., 182 f.
Corporate Governance 36, 54 ff., 89 ff., 150 ff., 167 ff., 196 ff., 248
Cum/Ex 26 ff., 199 ff.
- Deutscher Corporate Governance Kodex** 59
- Ermittlungs- und Aufklärungspflicht** 99 f.
Eskalationspflicht 103 ff.
- Freie Advokatur** 207 ff., 223 ff.
- Garantenstellung** 168 ff.
Gatekeeper 53, 61 f., 125 ff., 151, 166, 197, 205, 250
Geldwäschegesetz 34 f., 174 ff., 242 f.
Geldwäsche-Richtlinie 34 f., 50, 179
Geschäftsgesheimnisgesetz 183 f.
Grundrechtseingriff 236 ff., 244, 245 ff.
- Hinweis- und Warnpflicht** 89 ff.
Hinweisgeber *siehe* Whistleblowing
Hinweisgeberschutzgesetz 42 f., 65, 94, 100, 102, 107, 184 f., 233, 235
- Informationsasymmetrien** 54, 57, 111, 123, 152, 197
- Interessenvertretung** 215 f.
Internal Investigations 191 ff.
Interne Meldestellen 94, 102
- Kognitive Verzerrung** 121 ff.
- Loyalitätspflicht** 138, 197, 213
- Mandatsniederlegung** 113 ff., 156, 175 f.
Mandatsverhältnis 83 ff., 131 f., 156, 189 f., 231, 244
Meldetabestand 134 ff., 154 ff., 176 ff., 203
- Optionales Reporting-out** 250 ff.
Organ der Rechtspflege 35, 113, 198, 201, 212 ff., 232
- Pflichtenkollision** 106 f., 182 f.
Prüfungsausschuss 52, 63 ff., 85, 106, 111, 127, 140 ff., 185

- Qualified Legal Compliance Committee** 142 f.
- Rational-Choice-Theorie** 47 f.
- Rechtsanwalt *siehe* Berufsbild
- Rechtspflegefunktion 215 f., 219, 223, 229 f., 237
- Reporting up the ladder 140, 147 ff., 166
- Sanktionsandrohung 48 ff.
- Sarbanes-Oxley Act 124 ff.
- Standards of Professional Conduct for Attorneys 129 ff.
- Steuergestaltungen 35, 51, 82, 180 ff., 202 ff., 243
- Syndikusanwalt 36, 68, 71 ff., 101 ff., 120 f., 169, 178 f., 199, 212, 227, 233 f.
- Umfang des Mandats** 87 ff.
- Unabhängigkeit 208 f., 221 ff., 237
- Unternehmenskriminalität 46
- Verdachtsmeldung** 40, 52, 142, 154 ff., 196 f.
- Verfassungsrechtliche Grenzen 219 ff.
- Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 240 ff.
- Verschwiegenheitspflicht 36, 106 ff., 145, 151, 157 ff., 182 ff., 228 ff.
- Vertrauensverhältnis 37, 84, 107 f., 145 f., 161, 174 f., 194, 229, 238 ff.
- Whistleblowing** 39 ff.
- Whistleblowing-Richtlinie 42, 50, 184 f.
- Wirtschaftsanwalt 67 ff., 118 ff., 130 ff., 148, 150 f., 198 ff.
- Wirtschaftskriminalität 44 ff.
- Wirtschaftsprüfer 61 f., 96, 125 f.