

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

Erster Teil

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.*