

Gesetzgebung

Neues Recht für Vorstandsgehälter

Auf der Basis eines Formulierungsvorschlages der Bundesregierung vom 11.03.2009 wollen die Koalitionsfraktionen Änderungen zum Handels- und Aktienrecht einbringen, wonach bei erfolgsabhängiger Vergütung von Vorständen verstärkt Anreize für eine nachhaltige und auf Langfristigkeit ausgerichtete Unternehmensentwicklung gesetzt werden. Das Gesetz benötigt nicht die Zustimmung des Bundesrates; die Beratungen sollen noch vor der Sommerpause abgeschlossen werden.

Die Koalition reagiert mit Regelungen zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen auf die durch die Finanzmarktkrise in die Kritik geratenen Anreizsysteme für Topmanager. Von kurzfristig ausgerichteten Vergütungsinstrumenten und extremer Ausweitung variabler Vergütungsbestandteile könnten fehlerhafte Verhaltensanreize ausgehen, die zu unverantwortlichen Risiken verleiten. Durch erhebliche Eingriffe in die Autonomie der zum Abschluss von Dienstverträgen berufenen Unternehmensorgane in Bezug auf die Struktur und die Höhe der Vergütungen verspricht sich der Gesetzgeber positive Wirkungen auf wertorientierte Unternehmensentwicklung. Das Gesetz soll am Tage nach seiner Verkündung in Kraft treten.

Die Regelungen im Einzelnen:

- Die Gesamtbezüge und Pensionen müssen künftig in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen des Vorstandes, der Lage der Gesellschaft und der (branchen- oder landes-) üblichen Vergütung stehen. Die Vergleichbarkeit im Unternehmen ist zu berücksichtigen. Die Bezüge sollen langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen. Es wird klargestellt, dass diese Vorgaben auch für anreizorientierte Vergütungszusagen (sog. „Boni“) wie z.B. Aktienbezugsrechte gelten.
- Aktienoptionen können künftig frühestens vier Jahre nach Einräumung der Option ausgeübt werden.
- Die Möglichkeit des Aufsichtsrats, die Vergütung bei einer Verschlechterung der Lage des Unternehmens nachträglich zu reduzieren, wird erweitert. Es bedarf hierfür einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, weil in bestehende Verträge eingegriffen wird. Eine Verschlechterung liegt beispielsweise vor, wenn die Gesellschaft Entlassungen vornehmen muss und keine Gewinne mehr auszahlen kann. Eine Insolvenz ist dafür nicht erforderlich.
- Die Entscheidung über die Vergütung eines Vorstandsmitglieds soll künftig vom Plenum des Aufsichtsrats getroffen werden und darf nicht mehr an einen Ausschuss delegiert werden.

- Die Haftung des Aufsichtsrats wird verschärft. Setzt er eine unangemessene Vergütung fest, macht er sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig.
- Die Unternehmen werden zu einer weitgehenden Offenlegung von Vergütungen, Versorgungszusagen und sonstigen Leistungen (einschließlich ihres Barwertes) an Vorstandsmitglieder im Falle der vorzeitigen oder regulären Beendigung der Vorstandstätigkeit verpflichtet. Die Bestimmungen über die Offenlegung von Vorstandvergütungen im Jahres- und Konzernabschluss sind erstmals für die Geschäftsjahre anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2009 beginnen.
- Ehemalige Vorstandsmitglieder können für eine „Cooling-Off“ - Periode von drei Jahren nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand nicht Mitglied eines Prüfungsausschusses im Aufsichtsrat werden.

Praktikerhinweis:

Das Gesetzesvorhaben wird erneut die Verantwortung und demzufolge die zivilrechtliche Haftung des Aufsichtsrates gegenüber der Gesellschaft verschärfen, diesmal bei der Beurteilung der angemessenen Vergütung. Der Maßstab für Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit ist das „gewissenhafte Aufsichtsratsmitglied“, das die Kontrolle und Überwachung der Geschäftsleitung mit der notwendigen Sachkunde und Intensität vergangenheitsbezogen, aber auch im Hinblick auf die künftige Geschäftspolitik, wahrnimmt. Wiewohl dem Aufsichtsrat, ähnlich wie dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung ein unternehmerisches Ermessen zusteht, muss sich das Organmitglied bewusst sein, dass es im Falle eines Schadens den Entlastungsbeweis führen muss. Sorgfältige Dokumentation der Fakten und Beurteilungsmassstäbe sind daher von Nöten.

Reinhold Kopp

*Gemeinschaftsrecht***Kein Anwaltsprivileg für Syndikusanwälte im europäischen Kartellrecht**

Die Kartellbehörden haben die Möglichkeit, bei Verletzung von Kartellrecht Durchsuchungen bei mutmaßlichen Kartellsündern durchzuführen und Unterlagen zu beschlagnahmen, um die so erlangten Informationen für entsprechende Verfahren gegen die Unternehmen zu nutzen.

Seit 1982 ist auf europäischer Ebene der Schutz des Briefwechsels zwischen Anwalt und Mandant, der der Beratung oder Verteidigung des Mandanten dient, als Grundrecht anerkannt. Das so genannte Anwaltsprivileg gilt dabei nicht nur für ein Verwertungsverbot von darauf gerichtetem Schriftverkehr, sondern erstreckt sich bereits auf ein Verbot der (auch nur flüchtigen) Durchsicht entsprechender Unterlagen. Kartellbehörden dürfen danach entsprechende Korrespondenz weder lesen noch bei ihren Verfahren wegen mutmaßlicher Kartellverletzungen nutzen.

Diese Privilegierung gilt jedoch nach Auffassung der Gemeinschaftsgerichte nur für Korrespondenz zwischen einem Mandanten und einem unabhängigen Anwalt zum Zwecke der Beratung oder Verteidigung. Syndikusanwälte, also von einem Unternehmen angestellte Rechtsanwälte, können sich hingegen nach gefestigter Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte nicht auf das Anwaltsprivileg berufen. Unterlagen, die ein Syndikusanwalt ohne Einschaltung eines externen Anwalts erstellt bzw. sammelt, kann die Kommission als europäische Kartellbehörde uneingeschränkt in Kartellverfahren verwerten. Ausnahmen gelten nur für interne Schriftstücke des Unternehmens, die ausschließlich, unzweifelhaft und nachweisbar deswegen vom Syndikusanwalt verfasst oder zusammengestellt werden, um die Beratung eines externen Anwalts zu erhalten sowie für entsprechende Dokumente, die die Beratung mit einem externen Anwalt dokumentieren oder intern darüber informieren.

Praktikerhinweis:

Im Einzelfall werden Unternehmen, die sich gegen eine Verwertung von Unterlagen wehren, schwer nachweisen können, dass die Rechtsabteilung Dokumente zum Zweck der Verteidigung oder Beratung durch einen externen Anwalt zusammengestellt hat; dies gilt um so mehr, als eine entsprechende Sammlung ausschließlich und unzweifelhaft für einen externen Anwalt erstellt worden sein muss. Deshalb sollte jedes unternehmensinterne Schriftstück, das der Verteidigung oder Beratung in Kartellsachen dient, immer auch einem externen Rechtsanwalt zur Kenntnis zu gebracht werden. Auf eine entsprechende Einbeziehung ist im jeweiligen Dokument deutlich – etwa in der Kopfzeile – hinzuweisen, um sicherzustellen, dass die Kommission in einem Kartellverfahren sensible Dokumente nicht gegen das Unternehmen verwenden kann, weil diese Schriftstücke der Beratung oder Verteidigung durch einen externen Rechtsanwalt dienen.

Dr. Gerhard Pischel, LL.M. (Univ. Lond.)

*Obergerichtliche
Entscheidungen***„Vorstandshaftung: Pflicht zur Durchführung des konzerneigenen Risikomanagementverfahrens bei Vergabe eines ungesicherten Kredits in Millionenhöhe?“****Urteil des OLG Celle vom 28.05.2008 – 9 U 184/07 (rechtskräftig)**

Die klagende Aktiengesellschaft hatte an einen Kooperationspartner (ein finanzschwaches Start-up-Unternehmen) im Zusammenhang mit dem Kooperationsvertrag und entsprechend der vertraglichen Abmachung ein Darlehen von etwa EUR 5 Mio. ausgereicht. Der Kooperationspartner konnte das Darlehen nicht an die AG zurück zahlen und wurde insolvent. Nach dem Ausscheiden des Vorstandes, der die Verträge für die AG abgeschlossen hatte, war die Gesellschaft der Auffassung, der Vorstand habe durch die Kreditgewährung seine Pflichten verletzt und hafte gem. § 93 Abs. 1 AktG auf Schadensersatz. Sie war der Auffassung, der beklagte Vorstand habe pflichtwidrig gehandelt, indem er

- sich vor der Darlehensvergabe nicht hinreichend informiert habe,
- das obligatorische Risikomanagementverfahren nicht beachtet habe,
- das Darlehen ohne jegliche Sicherheiten gewährt und
- die Freigabe der beiden Darlehenstranchen verfügt habe.

Das OLG lehnte eine Schadensersatzverpflichtung des ehemaligen Vorstandes ab.

Der Vorstand sei insb. nicht verpflichtet gewesen, vor der Kreditvergabe das im Konzern der klagenden AG übliche Risikomanagementverfahren durchzuführen. Auch aus § 91 Abs. 2 AktG ergebe sich keine Pflicht, ein umfassendes Risikomanagementsystem einzuführen oder bei bestimmten Geschäften durchzuführen. Dem Vorstand seien im konkreten Fall alle zum Sachverhalt gehörigen Informationen bekannt gewesen, und er sei alleine zur Entscheidung befugt gewesen. Auf die Durchführung eines formellen Verfahrens komme es bei dieser Sachlage nicht an, da der Vorstand auch nach Durchführung des Verfahrens im Zweifel ebenso entschieden hätte wie er es tatsächlich getan hat.

Die Tatsache, dass der Aufsichtsrat (und insb. der Aufsichtsratsvorsitzende und Hauptaktionär) sich mit dem Kooperationsvertrag und auch mit der darin vorgesehenen Kreditgewährung beschäftigt habe, ohne Sicherheiten zu verlangen, spricht nach Ansicht des Gerichtes dafür, dass die Kreditgewährung aus der damaligen Sicht des Unternehmens kein unvertretbares Risiko darstellte. Die Klägerin habe auch nicht dargelegt, dass sie nach Durchführung eines eventuellen Risikomanagementverfahrens bereit gewesen wäre, die Kooperation aufzugeben, wenn keine Sicherheiten gestellt worden wären.

Das Gericht stellt fest, dass die seit dem 2005 in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG enthaltene sog. Business Judgement Rule auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden ist, da dieser einen Sachverhalt aus dem Jahr 2001 betrifft. Maßgeblich seien hier die Kriterien, die der BGH in der Entscheidung ARAG/Garmenbeck (BGHZ 135, 244) im Jahr 1997 für die Beurteilung des unternehmerischen Ermessens des Vorstandes erarbeitet habe, wobei beide Maßstäbe zu weitgehend gleichen Ergebnissen kommen.

Der Vorstand könne danach unternehmerisches Ermessen in Anspruch nehmen,

- wenn es sich um eine Entscheidung mit unternehmerischem Handlungsspielraum (also ohne rechtliche Bindung) handelt,
- wenn die Entscheidung (subjektiv) zum Wohl der von ihm geleiteten Gesellschaft getroffen wird und
- wenn dabei hinsichtlich der Risikobereitschaft keine unvertretbaren Grenzen überschritten würden.

Unvertretbar sei das Vorstandshandeln, wenn sich für einen Außenstehenden das Vorliegen eines Leitungsfehlers förmlich aufdrängt. Zu beachten seien dabei die Marktlage des Unternehmens, seine Struktur, bestehende Geschäftschancen und Risiken und sonstige Umstände des Einzelfalles. Der Vorstand ist danach verpflichtet, die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen, hat dabei aber die Reichweite der Ermittlung unter Abwägung von Kosten und Nutzen bei Einbeziehung der Eilbedürftigkeit der Entscheidung festzulegen.

Praktikerhinweis:

Aus Sicht der Gesellschaft / des Aufsichtsrates: Der von der klagenden Gesellschaft behauptete Fehler (unkontrollierte, fehlerhafte Alleinentscheidung des Vorstandes) wäre vergleichsweise einfach zu vermeiden gewesen: In der Satzung oder (besser) in der Geschäftsordnung für den Vorstand hätte festgelegt werden können, dass der Vorstand bei Geschäften, die ein bestimmtes Volumen überschreiten oder auch bei Darlehen jeder Art der Zustimmung des Aufsichtsrates bedarf.

Macht die Gesellschaft von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so zeigt die Entscheidung, dass dem Vorstand bei unternehmerischen Entscheidungen ein doch recht erheblicher Spielraum zusteht, der ihn auch dann vor der persönlichen Haftung schützt, wenn sich seine Entscheidung als falsch und nachteilig herausstellt.

Aus Sicht des Vorstandes ergibt sich aus dem Urteil, dass er seinerseits im Vorfeld einer solchen Entscheidungen gut daran tut, nicht nur seine Überlegungen zu dokumentieren, sondern auch, welche Informationen er an die anderen Gesellschaftsorgane, insb. den Aufsichtsrat, gegeben hat, und wie diese darauf reagiert haben. In kritischen Fällen sollte der Vorstand wenn möglich auch eine Äußerung des Aufsichtsrates einholen oder andere bestehende Risikomanagement-Vorgaben nutzen – zu seiner eigenen Absicherung.

Dr. André Turiaux

Pflicht des Aufsichtsrats zur Bekanntmachung einer unterjährigen Abweichung vom Deutschen Corporate Governance Kodex (nachfolgend „DCGK“) bei uneingeschränkter Entsprechenserklärung

Urteil des OLG München vom 6.8.2008 – 7 U 5628/07 (nicht rechtskräftig)

Mit Urteil vom 6. August 2008 entschied das OLG München, dass § 161 AktG Vorstand und Aufsichtsrat dazu verpflichte, neben der jährlichen Erklärungspflicht des Aufsichtsrats über die Befolgung oder Nichtbefolgung des DCGK, auch unterjährig seine diesbezüglich geänderte Absicht bekannt zu machen. Ein Verstoß begründe die Nichtigkeit des in dieser Sache gefassten Aufsichtsratsbeschlusses und führe zur Anfechtbarkeit des auf Grundlage des Aufsichtsratsbeschlusses gefassten Hauptversammlungsbeschlusses.

Das OLG München hatte in dem hier besprochenen Berufungsverfahren über die Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses betreffend die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern einer DAX-notierten Aktiengesellschaft (nachfolgend „MAN AG“) zu entscheiden, deren Kernbereich in der Produktion von Nutzfahrzeugen liegt. Zwei der zur Wahl gestellten Aufsichtsratsmitglieder waren der Chef der „Nutzfahrzeuge“-gruppe der VW AG sowie der am 17. April 1937 geborener Aufsichtsratsvorsitzende der VW AG. Unter Verweis auf die Tätigkeit und das Alter der designierten Aufsichtsratsmitglieder machte der Kläger Verstöße gegen die Empfehlungen des DCGK geltend, deren uneingeschränkte Beachtung Vorstand und Aufsichtsrat im Dezember 2006 erklärt hatten. Das OLG München wies die Berufung mangels Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses mit der Begründung ab, dass im konkreten Fall kein Verstoß gegen den DCGK vorgelegen habe.

Weder verstoße die Einführung einer „Regel-“Altersgrenze gegen Ziffer 5.4.1 Satz 2 DCGK, da die vom Kodex geforderte Festlegung einer Altersgrenze nicht zwingend eine starre Altersgrenze vorsieht, sondern dem Vorstand und Aufsichtsrat auch flexible Lösungen wie die Einführung einer Regelaltersgrenze gewähre. Von der festgelegten Regelaltersgrenze kann sodann im Einzelfall im Wege des Regel-Ausnahme-Prinzips abgewichen werden. Des Weiteren sieht zwar Ziffer 5.4.1. DCGK vor, dass Vorstand und Aufsichtsrat bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern u.a. potenzielle Interessenkonflikte zu berücksichtigen haben. Diese Empfehlung des DCGK verlangt nach Ansicht des OLG München jedoch nicht mehr als Berücksichtigung, ein Verstoß gegen Ziffer 5.4.1. DCGK wurde vom Kläger hingegen nicht hinreichend dargelegt. Mangels Nachweis konnten auch die vom Kläger behaupteten Verstöße gegen Ziffer 5.4.2 S. 1, 2 DCGK, wonach dem Aufsichtsrat eine nach seiner Einschätzung ausreichende Zahl unabhängiger Mitglieder angehören solle, und gegen Ziffer 5.4.2 S. 4 DCGK, wonach Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktion oder Beratungsaufgabe bei wesentlichen Wettbewerben des Unternehmens ausüben sollen, nicht angenommen werden.

Gleichwohl hat das OLG München unmißverständlich klargestellt, dass die Nicht-beachtung der im DCGK niedergelegten Grundsätze, denen sich Aufsichtsrat und Vorstand durch

uneingeschränkte Entsprechungserklärung unterworfen haben, die Anfechtbarkeit wegen eines Verstoßes gegen § 161 AktG begründe, wenn Vorstand und Aufsichtsrat die ihren Beschlussvorschlägen innewohnende Abweichung von den Kodex-Empfehlungen nicht ebenfalls veröffentlicht haben. Zwar besitze der DCGK selbst weder Gesetzesqualität noch komme ihm eine satzunggleiche Wirkung zu, so dass ein Hauptversammlungsbeschluss, der gegen die Empfehlungen des DCGK verstößt, allein nicht unmittelbar zur Anfechtbarkeit des Beschlusses gemäß § 243 Abs. 1 AktG führe. Nach Auffassung des OLG München verlange jedoch § 161 AktG nicht nur eine jährliche Erklärung des Vorstands und Aufsichtsrats einer deutschen börsennotierten Aktiengesellschaft, ob und in welchem Umfang den Empfehlungen des DCGK entsprochen werde. Vielmehr verpflichte § 161 AktG beide Organe auch dazu, unterjährig Abweichungen von den Empfehlungen des DCGK bekannt zu machen. Dies jedenfalls dann, wenn sie der Hauptversammlung einen Beschlussvorschlag unterbreiten, der inhaltlich im Widerspruch steht zu den Kodex-Empfehlungen, denen sie sich zuvor durch öffentliche Erklärungen im Sinne des § 161 AktG unterworfen haben. Die freiwillige Selbstbindung einer deutschen Aktiengesellschaft an die Empfehlungen des DCGK durch Erklärung ihres Vorstandes und Aufsichtsrats schaffe einen allgemeinen Vertrauenstatbestand und einen konkreten Vertrauensschutz der Aktionäre, die aufgrund der öffentlichen Erklärung von Vorstand und Aufsichtsrat davon ausgehen dürfen, dass sich Aufsichtsrat und Vorstand an die Empfehlungen des DCGK entsprechend ihrer Erklärung halten werden.

In der Literatur findet die Ansicht des OLG München sowohl Zustimmung (Vetter, NZG 2008, 121 ff. mwN.) als auch Ablehnung (Kocher/Bedkowski, BB 2009, 232 ff.).

Praktikerhinweis:

Das Urteil des OLG München ist bisher nicht rechtskräftig und es ist derzeit unter dem Az. II ZR 14/09 beim BGH die Nichtzulassungsbeschwerde anhängig. Es bleibt für dieses Verfahren somit zunächst abzuwarten, ob der BGH die Revision zulässt und wie er sich dann in der Sache entscheiden wird. Es ist jedoch anzumerken, dass derselbe Senat des BGH in einem anderen Fall jüngst entschieden hat, dass Hauptversammlungsbeschlüsse, welche trotz Unrichtigkeit der gemäß § 161 AktG vom Vorstand und Aufsichtsrat abzugebenden Entsprechungserklärung, gefasst werden, anfechtbar sind (BGH, Urteil vom 16. Februar 2009, Az. II ZR 185/07).

Wenngleich der vorliegend besprochene Fall eine Vorschrift des AktG betrifft, welche nur deutsche börsennotierte Aktiengesellschaften tangiert, bleibt festzustellen, dass das Thema „Corporate Governance“ und die Beachtung des DCGK innerhalb der Rechtsprechung und insbesondere für deutsche Unternehmen stetig an Bedeutung gewinnt. Da es auch nicht-börsennotierten Gesellschaften erlaubt (ggf. sogar angeraten) ist, eine solche Entsprechungserklärung betreffend die Empfehlungen des DCGK abzugeben, sollte dies mit äußerster Sorgfalt und Ernsthaftigkeit sowie auf Basis regelmäßiger Überprüfungen geschehen.

Eva A. Klostermann, LL.M. (UWC)

„Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte“**Urteil des OLG Jena vom 8.12.2008 – 9 U 431/08****Primärrechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten durch einstweilige Verfügung bei Unterschwellenvergaben**

Dieses Thema ist in den letzten zwei Jahren ausgiebig diskutiert worden. Nunmehr hat sich auch das OLG Jena (Urteil vom 8.12.2008 – 9 U 431/08) für eine derartige Stärkung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Bieters ausgesprochen. Auch unterhalb der Schwellenwerte könnten Bieter Rechtsschutz durch eine einstweilige Verfügung vor den ordentlichen Gerichten erreichen. Ein Unterlassungsanspruch könne sich aus §§ 311 II, 241, 280 BGB ergeben. Dazu müsste der pflichtwidrig geschaffene Zustand noch andauern. Der Bieter müsse im Rahmen des Verfügungsanspruchs glaubhaft machen, dass er eine echte Chance auf die Beauftragung gehabt hätte, hätte sich der Auftraggeber vergaberechtskonform verhalten.

Mit der Teilnahme des Bieters am Wettbewerb werde zur Vergabestelle ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis begründet, welches entsprechende Pflichten nach sich ziehe. Daher sei der Bieter in seinem Vertrauen auf ein vergaberechtskonformes Verfahren geschützt.

Hervorzuheben ist, dass das OLG Jena nicht etwa fordert, dass das Handeln des Auftraggebers grob rechtswidrig oder willkürlich sein muss. Vielmehr reiche schlicht rechtswidriges Handeln aus für einen derartigen Unterlassungsanspruch.

Dr. Jörg Pamperien

***Compliance
in der Praxis*****Vermeidung kartellrechtlicher Risiken durch Compliance**

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft ist gesetzlich verpflichtet, Risiken für sein Unternehmen durch angemessene Überwachungsmechanismen zu vermeiden. Auch in anderen Gesellschaftsformen sind die Führungskräfte gehalten, Schaden von der Gesellschaft abzuhalten und hierfür entsprechende Sicherungsinstrumente zu schaffen. Angesichts erhöhten Verfolgungsdrucks, gesteigerter Bußgelder und der erleichterten Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gewinnen dabei Risiken aus der Verletzung von Kartellrecht zunehmend Relevanz. Handeln die Verantwortlichen nicht angemessen und steht kartellrechtswidriges Verhalten fest, sehen sich das Unternehmen wie seine Organe Bußgeld- und Schadenersatzansprüchen ausgesetzt, die Existenz bedrohende Höhen erreichen können und durch Versicherungen regelmäßig nicht abgedeckt werden.

Um die Unternehmensführung wie das Unternehmen selbst vor einer kartellrechtlichen Haftung abzuschirmen, ist ein internes System erforderlich, das in seiner Regelungsdichte den

drohenden Risiken in angemessener Weise entspricht, eine entsprechende Haftung vermeidet und einen kartellrechtskonformen Zustand schafft und dauerhaft erhält.

Dies lässt sich durch drei Schritte erreichen: Ermittlung der Vergangenheit, Beendigung etwaiger Kartellverletzungen und Erhalt eines rechtskonformen Zustandes für die Zukunft. Der **erste Schritt** dient der Feststellung des Ist-Zustandes eines Unternehmens, seiner Risikoneigung und seines bisherigen Verhaltens. Hierbei kommt es auf die Marktstellung, das Marktumfeld, vorangegangenen Kontakt mit Kartellbehörden sowie das bisherige Verhalten gegenüber Lieferanten, Kunden und insbesondere Wettbewerbern durch Verträge oder abgestimmtes Verhalten an. Besondere Bedeutung besitzt dabei die Befragung von Mitarbeitern und die Sichtung kartellrechtsrelevanter Unterlagen. Soweit sich hier mögliche Verletzungen von Kartellrecht zeigen, sind diese in einem **zweiten Schritt** unverzüglich abzustellen, da die Dauer eines Verstoßes maßgeblichen Einfluss auf die Höhe drohender Bußgelder hat. Neben einer Beendigung kommt bei einem kartellrechtswidrigen Verhalten durch Absprachen mit Konkurrenten auch die Einschaltung der Kartellbehörden in Betracht, um die Höhe möglicher Bußgelder zu verringern oder Strafzahlungen ganz auszuschließen. In einem **dritten Schritt** ist die Einhaltung eines dauerhaft kartellrechtskonformen Zustandes für die Zukunft sicher zu stellen. Hierzu sind gefährdete Mitarbeiter - also insbesondere im Ein- und Verkauf Beschäftigte - zu zulässigem und unzulässigem Verhalten im Wettbewerb und im Umgang mit Wettbewerbern zu schulen sowie durch arbeitsrechtliche Anweisungen und Sanktionen auf rechtskonformes Verhalten zu verpflichten. Sämtliche Maßnahmen eines Unternehmens, die kartellrechtliche Relevanz haben, sind vor ihrer Umsetzung durch die Rechtsabteilung unter Einschaltung eines externen Rechtsanwalts auf ihre kartellrechtliche Unbedenklichkeit hin zu untersuchen, worauf die Mitarbeiter ebenfalls hinzuweisen sind (vgl. „Kein Anwaltsprivileg für Syndikusanwälte im europäischen Kartellrecht“ - in diesem Newsletter). All diese Maßnahmen sind nur dann von Erfolg getragen, wenn seitens der Unternehmensleitung die unzweifelhafte, intern klar kommunizierte und dokumentierbare Bereitschaft besteht, nachhaltig kartellrechtskonform im Wettbewerb zu agieren.

Sollten Sie Interesse an detaillierten Ausführungen zur Einrichtung eines kartellrechtlichen Compliance-Systems und der dazu notwendigen Schritte haben, senden wir Ihnen gerne einen ausführlicheren Leitfaden zu diesem Thema zu.

Dr. Gerhard Pischel, LL.M. (Univ. Lond.)

Verhaltenskodices und irreführende Geschäftspraktiken nach dem neuen UWG

Die Praxis freiwilliger Selbstverpflichtungen von Unternehmen und Verbänden zur Einhaltung der Menschenrechte, zur Umsetzung und Compliance mit vielfältigen Umwelt- und Sozialstandards und Managementsystemen, mit Qualitäts- und Integritätsaudits in allen Unternehmensfunktionen bis hin zu den Wurzeln der Wertschöpfungsketten schreitet voran. Immer öfter ist das Bekenntnis zu einem Ethik- oder Verhaltenskodex Teil der gesellschaftlichen Verantwortung eines Unternehmens (CSR) und in die Unternehmenskommunikation integriert.

Leicht wird dabei übersehen, dass bereits die Zugehörigkeit zu einem Unternehmens- oder Wirtschaftsverband die Übernahme von Verhaltenspflichten indiziert. Vereinbarungen oder Vorschriften über das Verhalten von Unternehmern, zu welchen sich diese in Bezug auf Wirtschaftszweige oder einzelne geschäftliche Handlungen verpflichtet haben, ohne dass sich solche Verpflichtungen aus Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften ergeben, sind keineswegs rechtlich irrelevant, sondern begründen nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) das Risiko unlauterer Handlungen im Wettbewerb.

- Die UWG-Novelle setzte die europäische Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken aus dem Jahr 2005, der sogenannten UGP-Richtlinie, um. Freiwillige Verhaltenskodizes sind mit dieser Änderung des UWG vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I, 2949) in den Regelungsbereich des Verbraucherschutzes einbezogen worden. Das neue UWG ist zum 30. Dezember 2008 in Kraft getreten.
- Durch die UGP-Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet worden, ein hohes Niveau für den Verbraucherschutz zu gewährleisten. Der deutsche Gesetzgeber war hierdurch gezwungen, die Regeln für unlautere Geschäftspraktiken zu ergänzen. Der zentrale Begriff der *Wettbewerbshandlung* ist durch den Begriff der *geschäftlichen Handlung* ersetzt und für unlauter erklärt worden, soweit sie die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher spürbar schädigt. Die in einen Anhang, der als **Schwarze Liste** bezeichnet wird, aufgenommenen Geschäftspraktiken gelten als generell unlautere geschäftliche Handlungen, wenn sie Verbrauchern gegenüber vorgenommen werden. Diese Verbote gelten also unter allen Umständen und sind mithin sogenannte Verbote ohne Wertungsvorbehalt. Eine weitere Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 3 Abs. 1, 2 UWG für diese Geschäftspraktiken entfällt damit.
- Neben der so genannten Schwarzen Liste gilt die Generalklausel des § 3 UWG und der Unlauterkeits-Katalog der §§ 4-7 UWG zur Beurteilung von geschäftlichen Handlungen weiter.

Für Unternehmen und Verbände die sich einen freiwilligen Verhaltenskodex gegeben haben, sind insbesondere die folgenden gemäß Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG unzulässigen geschäftlichen Handlungen relevant:

- Nr. 1: „Die unwahre Angabe eines Unternehmers, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodex zu gehören“. Es werden alle Arten von Verhaltenskodizes erfasst so z.B.

der Kodex des deutschen Presserates, der Verhaltenskodex der Freiwilligen Selbstkontrolle Fernsehen e.V., Ethikrichtlinien, Umwelt- und Sozialverpflichtungen, nach hiesiger Auffassung auch Richtlinien über das Verhalten von Vorlieferanten etc. In Deutschland gibt es eine Vielzahl von solchen Kodices; eine Liste der Selbstverpflichtungen von Unternehmen und Verbänden findet sich bspw. auf der Homepage des BMU, unter www.bmu.de/wirtschaft_und_umwelt/selbstverpflichtungen/doc/36514.php. Die Eigenschaft als Unterzeichner erhält der Unternehmer bereits durch Beitritt zu einem Verband, der den Kodex herausgegeben oder unterzeichnet hat und die Verpflichtung zu seiner Einhaltung über die Mitgliedschaft an seine Mitglieder weitergibt. Nr. 1 ist auch anwendbar wenn die Unterzeichnung oder der Kodex nichtig sind, da es nur auf die Abgabe der Verpflichtungserklärung zu dem besagten Kodex ankommt. Es bedarf keiner ausdrücklichen Berufung des Unternehmers darauf, dass die in einem Kodex verankerten Standards von seinem Unternehmen eingehalten würden. Ein Verstoß ist bereits dann anzunehmen, wenn der Durchschnittsverbraucher aufgrund der bloßen Bezugnahme auf die Unterzeichnereigenschaft eine solche Erwartung hegt und dadurch irregeführt wird. Eine Täuschung über den Inhalt eines Verhaltenskodex fällt hingegen nicht unter Nr. 1.

- Nr. 3: „Die unwahre Angabe, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt“. Diese Vorschrift schützt den Verbraucher vor der Irreführung, wonach eine öffentliche Billigung oder Genehmigung einer von der Wirtschaft eingegangenen Selbstverpflichtung eine höhere Reputation und Glaubwürdigkeit vermitteln könnte. Bereits die unwahre Angabe begründet die unlautere Geschäftspraxis; auf die potentielle Billigung oder Genehmigung einer (oder gar der zuständigen) Behörde kommt es nicht an.
- Eine Verbindung der beiden vorstehend aufgeführten unlauteren Geschäftspraktiken kann auch mit Nr. 2 der Schwarzen Liste bestehen, sofern *die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung erfolgt*. Die Unterzeichnung von Verhaltenskodices oder das Bekenntnis zu Umwelt- und Sozialmanagementsystemen ist zuweilen mit der Vergabe von Logos, Labels und Qualitätszertifikaten verbunden. Die Irreführung des Verbrauchers knüpft an der unzutreffenden Behauptung an, zu den autorisierten Zeichenverwendern zu gehören. Es kommt nicht darauf an, ob die Produkte und Dienstleistungen die durch das Zeichen verbürgte Qualität wirklich aufweisen. Gleiches gilt, wenn die Genehmigung zur Führung eines Zeichens zwischenzeitlich erloschen ist, weil das erforderliche update nicht erfolgt ist.

Praktikerhinweis:

Das seit dem 30. Dezember 2008 geltende neue UWG-Recht stellt eine Kehrtwende zur großen UWG-Reform aus dem Jahr 2004 dar, die sich der Liberalisierung des Lauterkeitsrechts verschrieben hatte. Diese Liberalisierung gilt nur noch im Verhältnis Unternehmen gegenüber Unternehmen, das Lauterkeitsrecht im Verhältnis Unternehmen gegenüber Verbrauchern wurde insbesondere durch die Schwarze Liste enorm verschärft. Um neue

Abmahnwellen, die von unseriösen Unternehmen oder Anwälten initiiert werden, zu vermeiden, sind alle Maßnahmen, die eine geschäftliche Handlung im Sinne des UWG darstellen, vorab genauestens zu prüfen. Dies gilt insbesondere für die Aufstellung und Veröffentlichung eines Verhaltenskodex.

Reinhold Kopp, Eva A. Klostermann, LL.M. (UWC)

Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Compliance unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an Frau RAin Eva Klostermann, LL.M. (UWC) unter eva.klostermann@heussen-law.de (Büro Berlin).

Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

Geschäftsführung

RA Dr. Christof Schmidt

Verantwortlich i.S.d. § 55 RStV und des Presserechts:

Reinhold Kopp
Büro Berlin:
Lise-Meitner-Straße 1
10589 Berlin
Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10
Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

Dr. André Turiaux
Büro München:
Brienner Straße 9 / Amiraplatz
80333 München
Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0
Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Compliance im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.