



Januar 2010

AKTUELLE KURZMITTEILUNGEN	Rechtswidriger Umgang mit Gesundheitsdaten	Reinhold Kopp	Seite 1
	Kontinuität der EU-Wettbewerbspolitik angekündigt	Reinhold Kopp	Seite 1
GESETZGEBUNG	Informationspflicht bei Datenpannen	Dr. Markus Junker	Seite 2
	Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen	Eva A. Klostermann, LL.M. (UWC)	Seite 5
HÖCHSTRICHTERLICHE ENTSCHEIDUNGEN	Mehrere kartellrechtlich verbundene Unternehmen kön-nen als ein Unternehmen im Sinne des Diskriminierungsverbotes anzusehen sein. Das Verhalten der so verbundenen Unternehmen ist den jeweils anderen verbundenen Unternehmen zuzurechnen.	Dr. Gerhard Pischel, LL.M. (Univ. Lond.)	Seite 7
	Angestellte Redakteure öffentlich-rechtlicher Rundfunk-anstalten sind Amtsträger	Reinhold Kopp	Seite 8
	Untreue eines Bankvorstands durch Gewährung eines riskanten Kredits	Eva A. Klostermann, LL.M. (UWC)	Seite 9

**AKTUELLE
KURZMITTEILUNGEN**

Rechtswidriger Umgang mit Gesundheitsdaten

Die Datenschutzaufsichtsbehörde des Innenministeriums Baden-Württemberg hat die Ulmer Drogeriemarktgruppe Müller wegen unzulässiger Speicherung von Gesundheitsdaten der Mitarbeiter in Personalakten und der Nichtbestellung eines Datenschutzbeauftragten mit Bußgeldern in einer Gesamthöhe von EUR 137.500,00 belegt.

Firmen der Unternehmensgruppe hatten in den Jahren 2006 – 2009 sog. Rückkehrgespräche nach Krankheit geführt und dabei teilweise nach dem Grund für die Erkrankung gefragt; die Ergebnisse wurden formularmäßig festgehalten und später in der Personalakte gespeichert, ohne dass die Akten automatisiert auswertbar waren. Die Mitarbeiter waren zudem nicht datenschutzrechtlich belehrt worden, inwieweit sie zu Auskünften verpflichtet sind und was mit den Erkenntnissen geschieht.

Rückkehrgespräche sind zwar grundsätzlich zulässig, nach dem Grund der Krankheit darf aber nur in den folgenden Fällen gefragt werden:

- wenn der Arbeitgeber eine Ansteckungsgefahr befürchten muss,
- wenn arbeitsplatzbedingte Gefahren beseitigt werden müssen, die zur Erkrankung von Mitarbeitern geführt haben,
- wenn gesundheitliche Wiedereingliederungsmaßnahmen durchzuführen sind oder ein leidensgerechter Arbeitsplatz angeboten werden muss.

Das konnte vorliegend nicht nachgewiesen werden. Sowohl die Speicherung der Daten als auch die Weiterleitung der Personaldaten an die Holding stellen datenschutzrechtliche Verstöße dar. Die Höhe der Geldbuße ist auch vor dem Hintergrund zu betrachten, dass die Unternehmensgruppe sich einsichtig gezeigt und konstruktiv an der Aufklärung des Sachverhaltes mitgewirkt hatte.

Das Verfahren ist ein weiterer Hinweis auf die höhere Aufmerksamkeit, die dem Thema Arbeitnehmerdatenschutz von Öffentlichkeit, Politik und Behörden in jüngster Zeit gewidmet wird.

Reinhold Kopp

**AKTUELLE
KURZMITTEILUNGEN**

Kontinuität der EU-Wettbewerbspolitik angekündigt

Die Anhörung des neuen Wettbewerbskommissars Joaquin Almunia am 13. Januar 2010 durch das Europäische Parlament hat ergeben, dass es auch in Zukunft bei Kartellen und Preisabsprachen ein hartes Durchgreifen geben wird; die Höhe der in der letzten Periode enorm gestiegenen Kartellstrafen, die 10 % des Jahresumsatzes eines Unternehmens erreichen können, nannte Almunia angemessen. Bereits in seiner schriftlichen

Stellungnahme hatte der Kommissar mitgeteilt, dass Regeln und Verfahren streng angewandt würden, insbesondere in den Schlüsselbereichen Energie, Informationstechnologie und Verkehr.

Im Einzelnen kündigte er an:

- Der Verfahrensrahmen für staatliche Beihilfen müsse überarbeitet werden, u. a. zur Anpassung und Verbesserung der Untersuchungsmethoden und -instrumente;
- Versuche von Mitgliedsstaaten, den Wettbewerb im Binnenmarkt durch rechtswidrige staatliche Beihilfen oder Sonder- und Exklusivrechte für öffentliche und private Unternehmen zu verfälschen, würde entschieden entgegengetreten;
- bei den deutschen Landesbanken werde hart durchgegriffen;
- bei den Rettungsbeihilfen für Banken werde er sicherstellen, dass die staatlichen Hilfen im Rahmen der Möglichkeiten schnell zurückgezahlt werden; die Verwendung der Beihilfen etwa für Boni an Vorstände werde überprüft;
- das vor der Benennung der neuen Kommission zurückgestellte Thema des Schadensersatzes für Kartellgeschädigte mittels Sammelklagen soll wieder aufgegriffen werden, wobei exzessive Klagen wie in den USA vermieden werden sollen.

Reinhold Kopp

GESETZGEBUNG Informationspflicht bei Datenpannen

Zu den wesentlichen Änderungen im Bundesdatenschutzgesetz zum 1. September 2009 (sog. „BDSG-Novelle II“) gehört die Einführung einer Informationspflicht „bei unrechtmäßiger Kenntniserlangung von Daten“ (§ 42a BDSG n.F.). In den USA sind derartige „Security Breach Notifications“ seit längerem gesetzlich geregelt. In der Europäischen Union ist im Wege einer Richtlinie die Einführung vergleichbarer Regelungen geplant.

1. Inhalt der Neuregelung

Die **Voraussetzungen** der Informationspflicht im Überblick:

Adressaten des § 42a Satz 1 BDSG n.F. sind alle privatrechtlichen Unternehmen (als nicht-öffentliche Stellen i.S.v. § 2 Abs. 4 BDSG) sowie öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen (§ 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG). Auftragsdatenverarbeiter (§ 11 BDSG) dürften weder zu einer Information verpflichtet noch berechtigt sein, sie müssen bei einer Datenpanne vielmehr den Auftraggeber als Herrn der Daten informieren, was in dem Vertrag über die Auftragsdatenverarbeitung schriftlich festzulegen ist (§ 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 BDSG), damit dieser wiederum die Informationspflicht prüfen und ggf. erfüllen kann.

- Die Neuregelung betrifft nur die im Gesetz aufgeführten personenbezogenen **Daten**, deren Missbrauch der Gesetzgeber als besonders riskant angesehen hat, namentlich
- besondere Arten personenbezogener Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG (§ 42a Satz 1 Nr. 1

- BDSG n.F.), z.B. über die Gesundheit,
- personenbezogene Daten, die einem Berufsgeheimnis unterliegen (§ 42a Satz 1 Nr. 2 BDSG n.F.), z.B. Patientendaten, die Gegenstand der beruflichen Verschwiegenheitspflicht der Ärzte sind,
 - personenbezogene Daten, die sich auf strafbare Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten oder den Verdacht strafbarer Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten beziehen (§ 42a Satz 1 Nr. 3 BDSG n.F.), z.B. Daten, die der Arbeitgeber aufgrund von Compliance-Maßnahmen zur Überwachung eines Mitarbeiters nach Maßgabe von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG erhoben hat,
 - personenbezogene Daten zu Bank- oder Kreditkartenkonten (§ 42a Satz 1 Nr. 4 BDSG n.F.), die z.B. zu unberechtigten Abbuchungen missbraucht werden können.

Über § 15a TMG n.F. wird die Informationspflicht bei **Telemedien** auch auf Bestandsdaten (§ 14 TMG, z.B. Login und Passwort, relevant für den sog. Identitätsdiebstahl im Internet) und Nutzungsdaten (§ 15 TMG, z.B. IP-Adressen) und ebenso im **Telekommunikationsrecht** über § 93 Abs. 3 TKG n.F. auf Bestandsdaten (§ 3 Nr. 3 TKG) und Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 TKG) erstreckt.

Die Daten müssen bei der verantwortlichen Stelle auf einem Datenträger **gespeichert** sein. Ausreichend sind auch mobile Medien, z.B. die Festplatte eines Laptops oder ein USB-Stick.

Die Informationspflicht setzt voraus, dass die verantwortliche Stelle **feststellt** (z.B. anhand von tatsächlichen Anhaltspunkten, z.B. aus dem eigenen Sicherheitsmanagement oder durch Hinweise von Strafverfolgungsorganen (BT-Drs. 16/12011, S. 34), dass Daten **unrechtmäßig**, d.h. ohne Einwilligung des Betroffenen und ohne gesetzliche Erlaubnis **übermittelt** (§ 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG) **oder auf sonstige Weise Dritten unrechtmäßig zur Kenntnis gelangt** sind. Erfasst sind damit unabhängig von einem Verschulden der verantwortlichen Stelle beispielsweise Datendiebstähle durch Hacker-Angriff oder Einbruch, der versehentliche Verlust eines mobilen Speichermediums, technisches Versagen oder auch die unrechtmäßige Übermittlung aufgrund fehlerhafter Auslegung datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestände. In allen Fällen ist nach dem Gesetzeswortlaut die Kenntniserlangung durch Dritte erforderlich. Der Verlust eines mobilen Datenträgers ist daher unbeachtlich, wenn die darauf gespeicherten Risikodaten hinreichend sicher verschlüsselt und damit gegen Kenntnisnahme Dritter geschützt sind.

Des Weiteren müssen **schwerwiegende Beeinträchtigungen** für die Rechte oder schutzwürdigen Interessen der Betroffenen **drohen**. Nach der Gesetzesbegründung soll sich dies u.a. nach der Art der betroffenen Daten und den potenziellen Auswirkungen der unrechtmäßigen Kenntniserlangung durch Dritte auf die Betroffenen bestimmen, z.B. materielle Schäden bei Kreditkarteninformationen oder soziale Nachteile einschließlich des Identitätsbetrugs (BT-Drs. 16/12011, S. 34).

Rechtsfolge des § 42a BDSG ist eine Pflicht zur **unverzöglichen Benachrichtigung** der zuständigen Aufsichtsbehörde sowie des Betroffenen.

Die Benachrichtigung des **Betroffenen** muss unverzüglich erfolgen, sobald angemessene Maßnahmen zur Sicherung der Daten ergriffen worden oder nicht unverzüglich erfolgt sind und die Strafverfolgung nicht mehr gefährdet wird (§ 42a Satz 2 BDSG n.F.). Sie muss zudem eine Darlegung der Art der unrechtmäßigen Kenntniserlangung und Empfehlungen für Maßnahmen zur Minderung möglicher nachteiliger Folgen enthalten (§ 42a Satz 3 BDSG n.F.).

Die Benachrichtigung der zuständigen **Aufsichtsbehörde** muss zusätzlich eine Darlegung möglicher nachteiliger Folgen der unrechtmäßigen Kenntniserlangung und der von der Stelle daraufhin ergriffenen Maßnahmen enthalten (§ 42a Satz 4 BDSG n.F.).

Soweit die Benachrichtigung der Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, insbesondere aufgrund der Vielzahl der betroffenen Fälle, tritt an ihre Stelle die Information der **Öffentlichkeit** durch Anzeigen, die mindestens eine halbe Seite umfassen, in mindestens zwei bundesweit erscheinenden Tageszeitungen oder durch eine andere, in ihrer Wirksamkeit hinsichtlich der Information der Betroffenen gleich geeignete Maßnahme (§ 42a Satz 5 BDSG n.F.).

§ 42a BDSG verpflichtet zu einer Selbstbeziehung. Eine Benachrichtigung, die der Benachrichtigungspflichtige erteilt hat, darf aber in einem **Strafverfahren** oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) gegen ihn oder einen in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen des Benachrichtigungspflichtigen nur mit Zustimmung des Benachrichtigungspflichtigen **verwendet** werden (§ 42a Satz 6 BDSG n.F.). Ein Verwertungsverbot für Zivilverfahren hat der Gesetzgeber hingegen nicht aufgenommen.

2. Drohende Sanktionen

Der Gesetzgeber wollte dem Betroffenen ermöglichen, sich so vor Folgeschäden zu schützen, indem er z.B. bei dem Abhandenkommen von Daten über Bankkonten die Abbuchungen überprüfen oder z.B. bei dem Abhandenkommen der Zugangsdaten sein Passwort ändern kann. § 42a BDSG dürfte daher ein Schutzgesetz sein, ein Verstoß gegen die Informationspflicht mithin **Schadensersatzansprüche** des Betroffenen begründen (§ 823 Abs. 2 BGB).

Wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 42a Satz 1 BDSG eine Mitteilung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig macht, handelt **ordnungswidrig** (§ 43 Abs. 2 Nr. 7 BDSG). Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu dreihunderttausend Euro geahndet werden (§ 43 Abs. 3 Satz 1 BDSG). Unter den Voraussetzungen des § 44 BDSG ist der Verstoß **strafbar**. Die Informationspflichten nach § 15a TMG und § 93 Abs. 3 TKG sind hingegen nicht straf- oder bußgeldbewehrt, eine entsprechende Anordnung in § 16 TMG oder § 149 TKG fehlt.

Ungeachtet dessen drohen im Falle eines Verstoßes **aufsichtsrechtliche Maßnahmen**.

Praktikerhinweis:

Bislang hatten Unternehmen keinen Anlass, über Datendiebstähle oder andere Datenpannen öffentlich zu informieren, dies nicht nur um einen **Image- und ggf. Vertrauensverlust** in der Öffentlichkeit und bei den Kunden zu vermeiden, sondern auch um nicht die Geltendmachung von **Schadensersatzansprüchen** (§§ 7, 8 BDSG) zu

provozieren.

Kommt es nunmehr zu einem konkreten Vorfall, so sollten Unternehmen mit Blick auf die Neuregelung sorgfältig **prüfen, ob und – wenn ja – wer in welchem Umfang zu welchem Zeitpunkt informiert werden muss**, um einerseits den gesetzlichen Anforderungen zu genügen und um sich andererseits keinem unnötigen Haftungsrisiko auszusetzen. So kann eine verfrühte Information der Betroffenen oder ersatzweise der Öffentlichkeit (§ 42a Satz Satz 5 BDSG n.F.), bevor angemessene Maßnahmen zur Sicherung der Daten ergriffen worden sind (§ 42a Satz 2 BDSG n.F.), gerade bei technischen Sicherheitslücken im Internet zu weiteren Schäden führen, wenn die Sicherheitslücke von weiteren Personen ausgenutzt wird. Erforderlich ist insoweit eine „verantwortungsvolle Offenlegung“ (BT-Drs. 16/12011, S. 34).

Unabhängig von einem konkreten Vorfall sollten Unternehmen – ggf. zusammen mit ihrem betrieblichen Datenschutzbeauftragten und Compliance-Beauftragten – klären, welche Daten im Einzelnen betroffen sind, die technischen und organisatorischen Maßnahmen zu deren Schutz überprüfen („Data Loss Prevention“, z.B. Verschlüsselung der Daten) und schriftlich festlegen, wie im Notfall bei einer Datenpanne zu verfahren ist. Ein solches „**Notfallkonzept**“ mit Checklisten und Mustertexten kann ggf. Teil des betrieblichen Datenschutzkonzepts sein.

Dr. Markus Junker

GESETZGEBUNG

Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen

Am 3. Oktober 2009 trat das Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28. September 2009 in Kraft. Mit dieser Gesetzesänderung ist nunmehr die Haftung von Vereinsvorständen, welche unentgeltlich oder bis zu einer jährlichen Vergütung in Höhe von EUR 500,00 für einen Verein tätig sind, auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

1. Haftung des Vereinsvorstands vor der Gesetzesänderung

Vor der Gesetzänderung war im Vereinsrecht kein spezieller Haftungstatbestand existent, welcher die Haftung des Vereinsvorstands gegenüber dem Verein oder seinen Mitgliedern besonders regelte. Auch eine analoge Anwendung spezieller Haftungstatbestände aus verwandten Rechtskreisen, wie z.B. die sogenannte Innenhaftung des AG-Vorstandes gemäß § 93 AktG bzw. die Geschäftsführerhaftung gemäß § 43 GmbHG, waren mangels Regelungslücke und genereller Vergleichbarkeit mit dem Vereinsvorstand grundsätzlich abgelehnt worden. Die allgemeine Haftungsgrundlage für den Vereinvorstand ergab sich daher aus §§ 27 III, 664 ff., 280 Abs. 1 BGB. Danach haftete der Vorstand eines Vereins für jedes Verschulden, also einschließlich einfacher Fahrlässigkeit, und musste grundsätzlich auch selbst unbeschränkt für Schäden eintreten, die er Dritten in Ausübung seiner Tätigkeit zufügte. Da dies insbesondere bei ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen in hohem Maße zu unbilligen Ergebnissen geführt hat, hat der BGH in der Vergangenheit für das Verhältnis zwischen einem ehrenamtlichen Vereinsvorstand und dem Verein die für das Arbeitsrecht

entwickelten Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich angewandt (vgl. BGHZ 89, 153 – Grundsatzentscheidung zur Haftungsentlastung im Rahmen der Vereinsvorstandstätigkeit).

2. Haftung des Vereinsvorstandes nach der Gesetzesänderung

Aufgrund der Einführung des § 31 a BGB durch die seit dem 3. Oktober 2009 geltende Gesetzesänderung ist die Haftung von ehrenamtlich tätigen bzw. geringfügig entlohten Vereinsvorständen sowohl gegenüber dem Verein als auch gegenüber den Vereinsmitgliedern auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt worden. Die Wertgrenze für die Bestimmung einer geringfügigen Entlohnung (unabhängig von einer Aufwandsentschädigung) beläuft sich auf EUR 500,00 pro Jahr und orientiert sich damit an dem Steuerfreibetrag für Nebentätigkeiten gemäß § 3 Nr. 26 a EStG, um – jedenfalls bei Vereinen zur Förderung gemeinnütziger, mildtätiger und kirchlicher Zwecke – einen Gleichlauf zwischen steuerrechtlichen und haftungsrechtlichen Vergünstigungen zu erreichen. Die Haftungsbeschränkung des § 31 a BGB gilt indes unabhängig von dem Zweck des Vereins. Zwar ist die Haftung des Vereinsvorstandes gegenüber Dritten weiterhin unbeschränkt, um den Dritten gegenüber dem Verein nicht schlechter zu stellen, allerdings wurde mit Einführung des § 31 a Abs. 2 BGB dem ehrenamtlich tätigen bzw. geringfügig entlohten Vereinsvorstand dafür ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Verein gewährt, soweit nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt wurde.

Praktikerhinweis:

Mit der Gesetzesänderung möchte der Gesetzgeber bürgerschaftliches Engagement als nach seiner Überzeugung wesentliche Voraussetzung des solidarischen Zusammenlebens in unserer Gesellschaft fördern und weiter stärken. Es sollten Haftungskonstellationen vermieden werden, die ehrenamtlich Tätigen nicht mehr zumutbar erschienen und zu unbilligen Ergebnissen geführt haben. Wenngleich die Haftung von ehrenamtlichen Vereinsvorständen bis dato oftmals entweder durch Anwendung der Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich oder durch eine entsprechende Haftungsbegrenzung in der Vereinssatzung begrenzt waren, ist die Gesetzesänderung zur Klar- und Sicherstellung des für den ehrenamtlich tätigen Vereinsvorstand geltenden Haftungsregimes sehr zu begrüßen, um so auch dem Ehrenamt als solchem gerecht zu werden. Gleichzeitig ist anzuraten, sich die bestehenden Haftungsrisiken bewusst zu machen und ggf. zusätzliche, mögliche Haftungsbeschränkungen (z.B. Ressortverteilung, Weisungen der Mitgliederversammlung, Entlastung, D&O-Versicherung) zu implementieren.

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

HÖCHSTRICHTERLICHE
ENTSCHEIDUNGEN

Mehrere kartellrechtlich verbundene Unternehmen können als ein Unternehmen im Sinne des Diskriminierungsverbotes anzusehen sein. Das Verhalten der so verbundenen Unternehmen ist den jeweils anderen verbundenen Unternehmen zuzurechnen.

Urteil des BGH vom 23.06.2009 – Az. KZR 21/08

Der Missbrauchskontrolle des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung unterliegende Unternehmen dürfen ohne sachlichen Grund vergleichbare Vertragspartner nicht unterschiedlich behandeln. Bislang anerkannt war, dass eine entsprechende Diskriminierung nur dann denkbar ist, wenn die Differenzierung durch ein und dasselbe Unternehmen vorgenommen wurde. Nach dem Urteil des BGH gelten nun aktienrechtlich beherrschte oder herrschende Unternehmen sowie Unternehmen unter gemeinsamer Führung auch als ein Unternehmen im Sinne des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes. Die aus dem Zusammenschlussverfahren bekannten Grundsätze verbundener Unternehmen sind danach auf das gesamte Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – und damit auch das Diskriminierungsverbot – anzuwenden.

Für seine Begründung stützt sich der BGH neben dem allgemeinen Wortlaut der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB auf Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbots: Nach Auffassung des BGH wäre das Diskriminierungsverbot wirkungslos, würde sich ein dominantes Unternehmen den Verboten der Missbrauchskontrolle dadurch entziehen können, dass es sich für die Diskriminierung unterschiedlicher Unternehmen bedient.

Mit dieser Rechtsprechung erweitert der BGH den Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle und damit die Obliegenheiten entsprechend gebundener Unternehmen. Nachdem der deutschen Missbrauchskontrolle nicht nur marktbeherrschende Unternehmen unterliegen, sondern auch Unternehmen, von denen kleinere und mittlere Unternehmen in besonderer Weise abhängig sind, ist das Eingreifen des Missbrauchs- und damit auch des Diskriminierungsverbotes nicht auf Unternehmen beschränkt, die über besondere – regelmäßig anhand von hohen Marktanteilen ausgewiesene – Marktmacht verfügen. Vielmehr können nach dem GWB auch marktmächtige Unternehmen den Bindungen der Missbrauchsverbote unterliegen, selbst wenn sie nur geringe Marktanteile aufweisen. Ansatzpunkt ist in diesem Fall die Abhängigkeit anderer Unternehmen, nicht der Marktanteil des kontrollierten Unternehmens.

Praktikerhinweis:

Nach dieser neusten Rechtsprechung des BGH muss ein Unternehmen zunächst prüfen, ob es der Missbrauchskontrolle aufgrund marktbeherrschender oder marktmächtiger Stellung unterliegt. Besteht eine entsprechende Dominanz und ist dieses Unternehmen mit weiteren Unternehmen kartellrechtlich verbunden, so muss es sich die Handlungen der mit ihm verbundenen Unternehmen zurechnen lassen. Unterschiedliche Vertragsbedingungen der so verbundenen Unternehmen müssen in vergleichbaren Situationen – ein kartellrechtlich weit ausgelegter Begriff – sachlich gerechtfertigt sein. Für die Beurteilung kommt eine

allgemeine, notwendig offene Interessenabwägung zum Tragen. Fehlt es an einem aner kennenswerten Grund unterschiedlichen Verhaltens kartellrechtlich verbundener Unternehmen gegenüber vergleichbaren Partnern, so sind die Bedingungen des dominanten Unternehmens denen des nicht-beherrschenden verbundenen Unternehmens anzupassen, um dem Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens zu entgehen.

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

HÖCHSTRICHTERLICHE ENTSCHEIDUNGEN

Angestellte Redakteure öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten sind Amtsträger

Urteil des BGH vom 27.11.2009 – 3 StR 576/08

Der 2. Strafsenat bestätigt, dass die verantwortlichen Redakteure öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten als Amtsträger im strafrechtlichen Sinne anzusehen sind, weil sie „bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung [...] wahrnehmen“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB).

Dem Urteil lag gemäß der Pressemitteilung des BGH folgender Sachverhalt zugrunde: Der langjährige Leiter der Sportredaktion des HR veranlasste in einer Reihe von Fällen Veranstalter, die sich wegen einer Übertragung von Sportereignissen an ihn als verantwortlichen Leiter gewandt und Bereitschaft zu einer Beteiligung an den Produktionskosten gezeigt hatten, Vermittlungsverträge mit einer Firma zu schließen, die zunächst allein seiner Ehefrau gehörte. Diese Firma behielt von den Zahlungen der Veranstalter Beträge ein, die die Höhe einer üblichen Vermittlungsprovision deutlich überstiegen, in manchen Fällen wurde sogar der Gesamtbetrag einbehalten. Des Weiteren erhielt der Redakteur für eine Großveranstaltung Provisionen für die Vermittlung von Sponsoren, die in Wirklichkeit zumindest zum Teil als Gegenleistung für die Übertragung der Sportveranstaltung dienten. Bei der inhaltlichen Gestaltung von Sendungen, für die die Firma seiner Ehefrau Provisionen bezogen hatte, verstieß der Angeklagte zudem gegen das Schleichwerbungsverbot des Rundfunkstaatsvertrags.

Bereits das Landgericht hatte die Annahme dieser Zahlungen als Bestechlichkeit bewertet. Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten sind als Anstalten des öffentlichen Rechts institutionalisiert und erfüllen eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Die verfassungsrechtlich gewährte Staatsferne des Rundfunks stehe dem nicht entgegen. Da die verantwortlichen Redakteure als Amtsträger anzusehen sind, finden auf sie die Bestechungstatbestände der §§ 332, 334 StGB Anwendung.

Praktikerhinweis:

Erneut hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass nicht nur Beamte im klassischen Sinne als Amtsträger anzusehen sind, sondern ein wesentlich weiterer Personenkreis. Erst kürzlich hatte der 5. Strafsenat des BGH den Geschäftsführer eines Versorgungswerkes für Rechtsanwälte, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, als Amtsträger qualifiziert. Typischerweise zu diesem Kreis gehören auch Angestellte einer öffentlich-rechtlichen

Sparkasse. In einem früheren Fall hat der BGH auch eine private Ingenieurgesellschaft, die ständig für die Deutsche Bahn AG bei hoheitlichen Infrastrukturaufgaben Ausschreibungen beaufsichtigte, einer Behörde gleichgestellt.

Die Gewährung von Vorteilen an diesen Personenkreis kann strafbar sein, selbst wenn damit eine Dienstpflichtverletzung nicht verbunden ist. Bei der Vorteilsgewährung ist daher höchste Vorsicht geboten: Präsentkörbe, Bewirtungen, Geschenke und Einladungen zu hochrangigen Veranstaltungen sind ebenso zu vermeiden wie „Sonderkonditionen“ von Fluglinien, Beherbergungsbetrieben oder anderen Dienstleistungsunternehmen. In unserem Newsletter Juli 2009 hatten wir den Bereich „Sponsoring und Hospitality“ umfassend dargestellt.

Reinhold Kopp

HÖCHSTRICHTERLICHE ENTSCHEIDUNGEN

Untreue eines Bankvorstands durch Gewährung eines riskanten Kredits

Urteil des BGH vom 13.08.2009 – 2 StR 104/09

Der Angeklagte hatte als zuständiges Vorstandsmitglied der Westdeutschen Landesbank (WestLB) Ende 1999 an der Gewährung eines Großkredits an die Boxclever-Gruppe mitgewirkt, die auf dem in Großbritannien verbreiteten Vermietungsmarkt für Elektronikgeräte tätig war. Der Gesamtvorstand stimmte vorbehaltlich einer Prüfung der Unternehmensplanung sowie des Finanzmodells auf Korrektheit und Vollständigkeit durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft („Due Diligence“) der Kreditgewährung zu, obwohl das zentrale Kreditmanagement der WestLB auf hohe Risiken für die Bank hingewiesen hatte. Daraufhin wurde zunächst ein sog. Commitment Letter unterzeichnet, mit dem sich die WestLB zur Gewährung von Krediten verpflichtete. Später, nach Vorlage des Prüfungsberichts der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Mitte 2000, wurden die Kreditverträge unterzeichnet und Darlehen ausbezahlt. Die Boxclever-Gruppe geriet wegen einer Verschlechterung des Marktes in finanzielle Schwierigkeiten und befindet sich seit 2003 in Insolvenzverwaltung. Der WestLB entstand infolge von Kreditausfällen ein Schaden von über 400 Mio. Euro. Das Landgericht Düsseldorf hatte den Angeklagten mangels Vorsatz vom Vorwurf der Untreue freigesprochen, da nicht nachgewiesen sei, dass der Angeklagte die Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs der Bank sicher oder wahrscheinlich vorausgesehen und dies billigend in Kauf genommen habe.

Der BGH hat den Freispruch aufgehoben und den Fall an das Landgericht Düsseldorf zurückverwiesen.

Der BGH zog zunächst die Feststellung des Landgerichts Düsseldorf in Frage, es sei bereits mit der Unterzeichnung des Commitment Letter zu einem Vermögensschaden bei der WestLB gekommen. Üblicherweise stellt erst die Auszahlung der Darlehenssumme eine unmittelbar zu einer Vermögensschädigung führende Verfügung dar. Die Unterzeichnung des Commitment Letter kann nach den Feststellungen des BGH der Auszahlung des Darlehens nur dann gleichgestellt werden, wenn sie eine unwiderrufliche Verpflichtung zur

Gewährung des Darlehens enthält. Ob dies der Fall ist, hätte nach Ansicht des BGH gegebenenfalls die Anhörung eines Sachverständigen zum englischen Wirtschaftsrecht erfordert.

Da die Beweiswürdigung zum Vorsatz auf der Prämisse aufbaut, der Vermögensschaden sei schon mit der Unterzeichnung des Commitment Letter eingetreten, bleibt damit auch unklar, was den Anknüpfungspunkt für den Untreuevorwurf bildet. Für diesen maßgeblichen Zeitpunkt wäre dann vom Landgericht festzustellen gewesen, ob die Risiken und Chancen der Kreditvergabe auf der Grundlage umfassender Informationen sorgfältig abgewogen wurden. Konkretisiert wird der Umfang dieser Informations- und Prüfungspflichten insbesondere durch § 18 KWG, wonach eine Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers zu verlangen ist. Ob der Angeklagte diesen Maßstäben genügte, geht nach Ansicht des BGH aus dem landgerichtlichen Urteil nicht ausreichend hervor. Daher sei auch dessen Schlussfolgerung, für den Angeklagten seien die konkreten Risiken nicht erkennbar gewesen, rechtsfehlerhaft, denn die fehlende Erkennbarkeit war möglicherweise im pflichtwidrigen Unterlassen der gebotenen Risikoanalyse begründet.

Praktikerhinweis:

Nach der vorliegenden Rechtsprechung des BGH macht sich ein Entscheidungsträger einer Bank der Untreue im Sinne des § 266 StGB strafbar, wenn er eine Kreditvergabe veranlasst, ohne zuvor auf Grundlage umfassender Informationen die Chancen und Risiken der Kreditvergabe sorgfältig abgewogen zu haben, und er die mangelnde Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände kannte bzw. mit dem Vorliegen solcher Umstände zumindest rechnete. Unerheblich ist dabei, ob er Umstände falsch bewertet oder glaubt oder hofft, dass der Kredit gleichwohl ordnungsgemäß zurückgeführt wird, und ob ein oder wie der spätere Schaden sich entwickelt. Eine Beteiligung Dritter an der Prüfung der Kreditwürdigkeit entlastet den Entscheidungsträger nur, wenn der Dritte eine der Komplexität des Sachverhalts angemessene Prüfung vornimmt, die auf eigene Tatsachenfeststellungen entweder der Bank oder des Dritten gestützt ist. Unterlassen sowohl die Bank als auch der Dritte die erforderliche Sachverhaltsaufklärung, dann können u.U. auch umfangreiche Prüfungsberichte den bedingten Schädigungsvorsatz nicht entfallen lassen, wenn Anhaltspunkte für ein erhöhtes Kreditrisiko bestanden. Für die Praxis wichtig ist, dass sich ein Entscheidungsträger nicht auf die bloße Existenz von Due Diligence-Berichten verlassen kann. Er muss vielmehr auch prüfen, ob ihnen eine ausreichende Tatsachenbasis zugrunde liegt.

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

Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind im Bereich 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 eva.klostermann@heussen-law.de (HEUSSEN-LAW 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
HEUSSEN-LAW Berlin
Lise-Meitner-Straße 1
10589 Berlin
Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10
Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

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

Jan-F. Schubert
HEUSSEN-LAW Stuttgart
Friedrichstraße 14
70174 Stuttgart
Telefon: +49 (0)711 22 840 0
Telefax: +49 (0)711 22 840 111

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Bereich 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.

Foto

JMDZ - Fotolia.com