

Wir sind nicht nur verantwortlich für das, was wir tun,
sondern auch für das, was wir nicht tun.
JEAN BAPTISTE MOLIERE (1622 - 1673)

Gesetzgebung

Wird in Zukunft die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung von Mitgliedern der Verwaltungs- und Aufsichtsorgane überprüft?

Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/12783 / BR-Drs. 277/09

Die Bundesregierung hat am 25.03.2009 einen Gesetzentwurf zur Verstärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht beschlossen, der wesentliche Änderungen im Kreditwesengesetz und Versicherungsaufsichtsgesetz vorsieht. Damit soll der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) u.a. mehr Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten im Rahmen der Beurteilung der Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung von Mitgliedern der Kontrollgremien von Banken und Versicherungen eingeräumt werden. Trotz erheblicher Kritik hält die Bundesregierung laut Bericht des Handelsblatts vom 1.07.2009 auch weiterhin im Grundsatz an dem Gesetzesentwurf fest.

Als Reaktion auf die Finanzkrise will die Bundesregierung mit einer strengeren Finanzmarktaufsicht einen weiteren Teil des von ihr am 13. Oktober 2008 angekündigten Maßnahmenpakets umsetzen. Wenngleich der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 15. Mai 2009 einige Änderungsvorschläge machte und Bedenken gegen einen nationalen Alleingang bei der Finanzmarktaufsicht äußerte, die meisten Experten den Gesetzentwurf im Rahmen einer Anhörung des Finanzausschusses am 27. Mai 2009 bemängelten, scheint die Bundesregierung mangels gegenteiliger Äußerungen an der Umsetzung des Vorhabens festzuhalten. Der Gesetzentwurf soll noch im Sommer 2009 in Kraft in treten.

Laut Bundesministerium der Finanzen (BMF) sind die Ziele der Gesetzesänderungen, der BaFin weitere präventive Befugnisse einzuräumen bzw. die bereits bestehenden gezielt zu stärken sowie ihre Eingriffsrechte in Krisenzeiten zu verbessern. Gleichzeitig ist vorgesehen, durch zusätzliche Meldepflichten die Informationsbasis der Aufsichtsbehörden zu vergrößern, um Risikopotenziale zukünftig besser einschätzen zu können.

Die geplanten Regelungen im Einzelnen:

- Zukünftig sollen Kreditinstitute im Rahmen der Bestellung eines Mitglieds des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans verpflichtet werden, die BaFin und die Deutsche Bundesbank über deren Zuverlässigkeit und fachliche Eignung zu unterrichten. Die fachliche Eignung soll sich gemäß der Gesetzesbegründung an der Art der von der Bank schwerpunktmäßig getätigten Geschäfte orientieren. Verwal-

tungs- und Aufsichtsratsmitglieder sollen dazu imstande sein, die vom Unternehmen getätigten Geschäfte zu verstehen, deren Risiken beurteilen und ggf. Änderungen in der Geschäftsführung durchsetzen zu können. Dazu zählt auch die notwendige Erfahrung und Befähigung zur Wahrnehmung der Kontroll- und Überwachungsfunktion. Erweist sich die fachliche Ungeeignetheit oder Unzuverlässigkeit eines bestellten Mitglieds eines Kontrollgremiums von Banken und Versicherungen oder übt es sorgfaltswidrig seine Überwachungs- und Kontrollfunktion aus, soll die BaFin das Recht erhalten, dieses Mitglied abzurufen bzw. die Abberufung verlangen zu können. Auch soll die Zahl der Mandate für Geschäftsleiter und Mitglieder von Kontrollgremien begrenzt werden, um eine verantwortliche Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen.

- Bei besonderen Geschäftsrisiken soll die BaFin leichter höhere Eigenmittel verlangen können, insbesondere wenn die nachhaltige Angemessenheit der Eigenmittelausstattung eines Instituts oder einer Gruppe nicht mehr gewährleistet werden kann oder die Risikotragfähigkeit des Instituts nicht mehr gegeben ist.
- Gleiches gilt im Bereich der Liquiditätsausstattung, deren Erhöhung die BaFin verlangen können soll, wenn dies zur Sicherung eines Instituts oder einer Gruppe angemessen ist.
- Ein Kredit- und Gewinnausschüttungsverbot soll zukünftig bereits möglich sein, wenn eine Unterschreitung der aufsichtsrechtlichen Kennziffern *droht* oder die Ausschüttung Eigenmittelbestandteile betrifft, die am Verlust teilnehmen.
- Außerdem soll in Krisenfällen ein Zahlungsverbot zu Lasten konzerninterner Gläubiger zulässig sein, um zu verhindern, dass dem deutschen Tochterinstitut durch die ausländische Muttergesellschaft oder ausländischen Schwestergesellschaften Liquidität entzogen wird.
- Des Weiteren sieht der Gesetzentwurf neue Meldepflichten betreffend das Leverage Ratio, mögliche Risikokonzentrationen bei Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen und Versicherungsgruppen sowie Meldepflichten im Bereich von Versicherungsverbriefungen, insbesondere bei Verbriefungen über Zweckgesellschaften mit Sitz in einem Drittstaat, vor.

Praktikerhinweis:

Insbesondere das Vorhaben die fachliche Eignung von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen einer Prüfung zu unterziehen, wird massive Auswirkungen auf Kreditinstitute wie Sparkassen haben, bei denen solche Posten nach Parteien- oder Regionalproporz vergeben werden, oder auch auf regionale Volks- und Genossenschaftsbanken, deren Kontrollgremien zu einem Großteil aus Vertretern der Wirtschaft und des Handwerks bestehen. Aufgrund der massiven Kritik des Gesetzesvorhabens im Rahmen der Expertenanhörung im Bundestag und den Vorhaben auf EU-Ebene bleibt jedoch zunächst abzuwarten, in welcher Form der deutsche Gesetzgeber tatsächlich Änderungen im

Bereich der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht vornimmt. Laut Handelsblatt vom 1. Juli 2009 will die große Koalition den Gesetzesentwurf über die geplanten Eignungstests verabschieden.

Eva Klostermann, LL.M. (UWC)

Gemeinschaftsrecht

Abgestimmte Verhaltensweisen, die einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck verfolgen, sind unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen nach Art. 81 Abs. 1 EG verboten. Ein einmaliger Informationsaustausch von Wettbewerbern kann dieses Verbot bereits verwirklichen. Verbleiben die Unternehmen, die Informationen ausgetauscht haben, weiterhin am Markt, so muss das betroffene Unternehmen nachweisen, dass sein Verhalten am Markt nicht auf die Abstimmung mit anderen Unternehmen zurückzuführen ist. Diese Grundsätze gelten auch bei der Auslegung von Art. 81 Abs. 1 EG durch nationale Gerichte.

Urteil des EuGH vom 04.06.2009, Rs. C-8/08 – T-Mobile Netherlands B.V. u. a.

Art. 81 Abs. 1 EG verbietet Unternehmen unter anderem Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Entscheidungen der Kommission als europäischer Kartellbehörde sowie der Gemeinschaftsgerichte – des EuG und des EuGH – sind auch für Unternehmen in Deutschland von Relevanz, findet doch dieses Verbot unmittelbar auch auf Verhalten von Unternehmen in der Bundesrepublik Anwendung, wenn dieses eine gemeinschaftsweite Bedeutung besitzt; darüber hinaus enthält das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in § 1 GWB für rein nationale Sachverhalte inhaltlich eine dem Art. 81 Abs. 1 EG gleichlautende Norm, die entsprechend der Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane auszulegen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei einer abgestimmten Verhaltensweise um eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst die Risiken des Wettbewerbs durch eine praktische Zusammenarbeit ersetzt. Dieser Begriff wird damit sehr weit ausgelegt. Insbesondere können unter abgestimmtes Verhalten Handlungen von Unternehmen fallen, die auf Basis von Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern erfolgen – auch unter Einschaltung von Dritten, wie z. B. Unternehmensverbänden oder Vertriebspartnern. Soweit dieser Informationsaustausch die Unsicherheit des Marktgeschehens einzelner Wettbewerber

verringert oder beseitigt, ist nach dem EuGH in einem derartigen Informationsaustausch selbst dann eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu sehen, wenn auch Marktgegebenheiten einen Einfluss auf das Verhalten der Wettbewerber haben. Der Informationsaustausch muss dabei nicht Ziel oder Hauptbestandteil eines Treffens sein: auch en passant ausgetauschte Informationen sind verboten, wenn sie eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens möglich machen.

Ein abgestimmtes Verhalten der Unternehmen muss, um den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG zu verwirklichen, darüber hinaus entweder den Zweck oder die Wirkung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung besitzen. Ausreichend für einen wettbewerbsbeeinträchtigenden Zweck ist dabei, dass die Maßnahme – z. B. ein Informationsaustausch – konkret angesichts der Umstände des Einzelfalls, insbesondere hinsichtlich des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Subjektive Vorstellungen der Beteiligten sind nicht ausschlaggebend.

Dies wiegt umso schwerer für Unternehmen, als ein Zusammenhang zwischen Abstimmung und einem der Abstimmung entsprechenden Marktverhalten der beteiligten Unternehmen bereits dann von Kartellbehörden und Gerichten (widerleglich) vermutet wird, wenn die an der Abstimmung beteiligten Unternehmen weiterhin am Markt tätig sind. Diese Vermutung kann das betroffene Unternehmen nur entkräften, wenn es nachzuweisen in der Lage ist, dass die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung des eigenen Marktverhaltens keine Relevanz besaßen, was in der überwiegenden Zahl der Fälle praktisch ausgeschlossen sein dürfte. Erstmals hat der EuGH in diesem Zusammenhang festgestellt, dass bereits ein einmaliger Informationsaustausch diese Vermutung zulasten der beteiligten Unternehmen zur Anwendung gelangen lässt und dass diese Auslegungsgrundsätze auch von nationalen Kartellbehörden und Gerichten zu beachten sind, wenn diese Art. 81 EG anwenden.

Praktikerhinweis:

Bereits ein einmaliger Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern kann einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck haben, wenn er die Kräfte des Marktes durch Abstimmung ersetzt. Auf die Vorstellung der Parteien von ihrem Tun kommt es dabei ebenso wenig an wie auf konkret negative Auswirkungen des Verhaltens für den Wettbewerb, Vertragspartner und Verbraucher. Bleiben die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt, auf den sich die Informationen bezogen haben, aktiv, so wird der Nachweis, dass ihr Verhalten nicht auf den ausgetauschten Informationen basiert, praktisch in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht zu führen sein. Die konkreten Auswirkungen auf den entsprechenden Markt haben nur für die Höhe, nicht jedoch die Geltendmachung von Bußgeldern durch Kartellbehörden und Schadensersatzansprüchen durch Geschädigte Relevanz.

Eine konkrete Auswirkung von abgestimmtem Verhalten zwischen Wettbewerbern ist für ein Verbot nach Art. 81 Abs. 1 EG nicht erforderlich.

Insbesondere beim Umgang mit Wettbewerbern ist nach diesem Urteil besondere Vorsicht angebracht; sensible, die Handlungen der Konkurrenten beeinflussende Daten sind – auch nicht einseitig – weiterzugeben oder zu erhalten, wollen die beteiligten Unternehmen (und auch die persönlich Handelnden) ein Verbot und damit zusammenhängend Bußgelder und Schadensersatzansprüche vermeiden.

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

Obergerichtliche Entscheidungen

Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte; es gibt ihn doch - aber bei welchem Verstoß?

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15.10.2008 – 27 W 2/08; Urteil des LG Düsseldorf vom 29.10.2008 – 14 c 264/08

Das OLG Düsseldorf hat in seinem Beschluss festgestellt, dass auch im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens unterhalb der Schwellenwerte nach der VOB/A, in dem sich der öffentliche Auftraggeber den Vorgaben der VOB/A unterworfen hat, der Bieter aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis heraus einen Anspruch darauf hat, dass die Vorgaben der VOB/A beachtet werden. Diesen Anspruch kann der Bieter vor Zuschlagserteilung mit einer einstweiligen Verfügung durchsetzen, wobei das OLG klarstellt, dass sich der Rechtsschutz gerade nicht auf die Überprüfung von Willkürmaßnahmen beschränke. Das Gericht kann im Wege einstweiliger Maßnahmen gemäß § 570 Abs. 3 ZPO dem öffentlichen Auftraggeber aufgeben, bis zur entgeltigen Entscheidung über die Beschwerde einen Zuschlag nicht zu erteilen. Hervorzuheben an der Entscheidung ist, dass nach Auffassung des OLG Düsseldorf sich der Rechtsschutz nicht auf bloße Willkürmaßnahmen beschränkt.

Genau 14 Tage später entschied das Landgericht Düsseldorf einen ähnlichen Fall des Primärrechtsschutzes, der auch unterhalb der Schwellenwerte lag. Hier lag ein Fall einer Aufhebung der Ausschreibung wegen geringfügiger Änderungen an Leistungsverzeichnis und Neuausschreibung vor. Bei der zweiten Submission lag nunmehr der zuvor preisgünstigste Bieter auf dem zweiten Platz, der das Vergabeverfahren nunmehr stoppen wollte und die Feststellung begehrte, das erste Verfahren dürfe nicht aufgehoben, sondern müsse fortgesetzt werden.

Allerdings hatte der Bieter keinen Erfolg, da das Landgericht Düsseldorf ohne Weiteres die Auffassung vertrat, dass Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nur dann in Betracht komme, wenn der öffentliche Auftraggeber vorsätzlich oder willkürlich

die Vergabevorschriften verletze (anders wie gesagt das OLG). Vorliegend lasse nichts auf Vorsatz oder Willkür oder unsachliche Bevorzugung eines Konkurrenten schließen. Diese Entscheidung zeigt auch, dass die Parteien bei Rechtsschutz vor den Zivilgerichten mit dem Beibringungsgrundsatz zu kämpfen haben. Das Gericht klärt hier nämlich nicht von Amts wegen auf. So ging es auch um Fragen, ob ohne weiteres ersichtlich sei, dass der dortige öffentliche Auftraggeber regelmäßig unterhalb der Schwellwerte nach VOB/A verfahren würde. Es folgten Ausführungen über die Aufhebung einer Aufhebungsentscheidung einer Vergabestelle.

Praktikerhinweis:

Dem öffentlichen Auftraggeber kann nur geraten werden, ausdrücklich die Anwendung der VOB/A auszuschließen. Einem sich benachteiligt fühlenden Bieter kann bei begründbaren Anhaltspunkten hierfür und möglicherweise auch vorliegenden Indizien für die Anwendung der Vorschriften der VOB/A durchaus geraten werden, den Weg des einstweiligen Rechtsschutzes zu beschreiten. Interessant wird auch die Frage sein, wenn sich die Auffassung des OLG Düsseldorf durchgesetzt hat und der Bieter im einstweiligen Rechtsschutz obsiegt, aber später unterliegt, welche Kosten er dann verschuldensunabhängig zu tragen hat. Wenn dazu auch die Mehrkosten wegen der Verzögerung des Verfahrens zählen, dann sollte sich der Bieter allerdings sehr genau überlegen, ob er den Weg des einstweiligen Rechtsschutzes beschreitet.

Dr. Jörg Pamperien

Sponsoring und Hospitality – Vermeidung straf- und haftungsrechtlicher Risiken

1. Ein Geschäftsmodell vor Problemen

„Sponsoren fürchten ein Nachspiel“, titelte am 5. Mai 2009 das Handelsblatt in ungewöhnlich großen Lettern. Der Artikel befasst sich mit der unsicheren Rechtslage bei Einladungen von Partnern zu attraktiven Sport- und Kulturereignissen. Wenn solche Einladungen prinzipiell als strafrechtlich relevanter Vorteil zu werten sind, ist das weitere Wachstum im Hospitality-Segment nachhaltig gefährdet, befürchten Eventveranstalter, Sportmarketingagenturen und die Kommunikationsabteilungen großer und mittlerer Unternehmen.

Reale Grundlage derartiger Befürchtungen sind so unterschiedliche Urteile wie die des 1. Strafsenats des BGH vom 14. August 2008 im Fall des prominenten ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der EnBW, Utz Claasen oder des Landesarbeitsgerichts (LAG) Rheinland-Pfalz vom 16. Januar 2009 zu einem anonymen Personalleiter.

Im Karlsruher Fall hatte der Vorstandsvorsitzende der EnBW anlässlich einer Weihnachtsgrußaktion namentlich an den Ministerpräsidenten und vier Minister des Landes Baden-Württemberg sowie an einen beamteten Staatssekretär in Berlin Gutscheine für WM-Tickets versenden lassen. EnBW war Hauptsponsor der FIFA-Weltmeisterschaft 2006 und hatte 14.000 Eintrittskarten zur Verfügung. Die Eintrittskarten zu den WM-Spielen stellten dem BGH zufolge einen Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB dar. Der Freispruch von Claasen erfolgte im Wesentlichen mit beweisrechtlichen Ausführungen (Nichtnachweislichkeit einer Unrechtsvereinbarung), und liefert deshalb keine definitive Klärung des Verhältnisses von Sponsoring und Korruption.

Das LAG in Mainz hatte die Kündigung eines langjährigen Personalleiters ohne vorherige Abmahnung gerechtfertigt, da dieser von einer Firma, mit der sein Arbeitgeber in Vertragsbeziehungen stand, eine VIP-Eintrittskarte zu einem Bundesligaspiel in der Arena auf Schalke angenommen hatte. Auch ohne konkrete Gegenleistung genügte für die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung schon der Anschein, der Personalleiter könnte in seinem geschäftlichen Verhalten zugunsten Dritter beeinflusst worden sein.

2. Strafrechtliche Risiken: Das Korruptionsstrafrecht knüpft an Dienstausbübung an

Während sich vor dem Inkrafttreten des Korruptionsbekämpfungsgesetzes zum 20. Juli 1997 das Fordern bzw. das Anbieten eines Vorteils, auf den es keinen rechtlich begründeten Anspruch gibt, auf eine konkrete Diensthandlung bezogen sein musste, genügt seither bereits ein allgemeiner Bezug zur Dienstausbübung des Amtsträgers. Weil ein Vorteil jegliche Leistung materieller und immaterieller Art ist, die den Betroffenen oder einen Dritten wirtschaftlich, rechtlich oder persönlich besserstellt, wird von einer Unrechtsvereinbarung bereits gesprochen, wenn der Vorteil dem allgemeinen Wohlwollen oder der Klima- und Stimmungspflege dienen kann. Der Begriff des Amtsträger ist dabei weiter als der allgemeine Sprachgebrauch vermuten lässt und bezieht öffentliche, im Extremfall sogar private Unternehmen mit ein, die im Bereich hoheitlicher Aufgaben, etwa bei Sparkassen oder der öffentlichen Infrastruktur, tätig sind. Ausgenommen vom Tatbestand der §§ 331 ff. StGB sind nur rein statusbezogene Zuwendungen, die weder für eine vergangene noch künftige Tätigkeit gewährt werden.

Was bedeutet diese Rechtslage für Einladungen an Amtsträger zu hochrangigen Events? Denn das einladende Unternehmen hat an solchen Einladungen regelmäßig ein kommerzielles Eigeninteresse: es wird sich Aufwertung und positive Werbung durch die Anwesenheit öffentlicher Repräsentanten versprechen. Die Beteiligung von Amtsträgern an der Durchführung kommerzieller Ziele schließt aber die Aspekte der Dienstausbübung nicht von vorneherein aus.

Folgende Fälle sind zu unterscheiden: Unproblematisch ist der Fall, wenn es zwischen Sponsor und Amtsträger keinerlei dienstlichen Bezug gibt. Bestehen hingegen – wenn auch nur weitläufige – dienstliche Bezüge zwischen Amtsträger und Einlader, kommt es bei der Einladung auf den Bezug zwischen Amt und Veranstaltung (nicht Sponsor) an., Besucht ein Amtsträger, beispielsweise ein hochrangiger Politiker, ein herausgehobenes kulturelles oder sportliches Ereignis als Repräsentant des Staates in der Öffentlichkeit, um ausschließlich Repräsentationsaufgaben der Gebietskörperschaft oder Verwaltung wahrzunehmen, stellt die Einladung eine statusbezogene Zuwendung dar. Dabei ist eine enge Betrachtung geboten. Dass ein Krankenhausdezernent neben dem Oberbürgermeister der Stadt bei einem hochrangigen Kulturereignis Repräsentationsaufgaben wahrnimmt, ist schwer zu begründen. Der Amtsträger darf allerdings bei Gelegenheit des Veranstaltungsbesuchs durchaus eine Begleitperson mitbringen und an der Bewirtung im VIP-Bereich teilnehmen, wenn dies „sozialüblich“ ist. Besteht ein Bezug des Amtsträgers zum Sponsor der Einladung und nimmt dieser eben keine nachweisbaren Repräsentationsaufgaben wahr, ist im Zweifel von einer kostenfreien Einladung abzuraten. Das gilt selbst dann, wenn eine Genehmigung des Vorgesetzten vorliegt, die die Behörde aber regelmäßig nicht im Rahmen ihrer Befugnisse erteilen darf. Es bleibt zudem angeraten, auch im Bereich unbedenklicher Einladungen exzessive Zuwendungen zu vermeiden, die Zweifel an der Lauterkeit des Amtsträgers wecken könnten. Da es bei den schwierigen Abgrenzungsfragen immer sowohl auf die Gesamtschau als auch auf die einzelfallbezogene Betrachtung ankommt, wie der BGH beispielsweise im Falle von Spenden an einen zur Wiederwahl anstehenden kommunalen Amtsträger ausgeführt hat, tut ein Sponsor gut daran, sich rechtzeitig beraten zu lassen.

Vorsicht ist aber auch bei Zuwendungen an private Unternehmen geboten. Bestechung im geschäftlichen Verkehr ist ebenfalls ein Straftatbestand. Die Zuwendung darf nicht zu dem Zweck gemacht werden, eine konkrete Entscheidung eines Kunden zu beeinflussen. Zuwendungen an Mitarbeiter von Kunden dürfen nur geringfügig sein und müssen sich – abhängig vom Level des Empfängers – im Rahmen des Marktüblichen bewegen. Einladungen in die VIP-Loungen von Bundesligavereinen, die üblicherweise pro Spiel mehrere 100 EUR kosten, überschreiten diesen Rahmen zweifelsfrei. Auch Incentive-Programme, die Einladungen zu teuren Sport- und Kulturveranstaltungen enthalten, für Mitarbeiter von Vertriebspartnern führen zu sachfremder Beeinflussung und sind daher kritisch.

3. Grenzen für Spenden und Sponsoring von Unternehmen

Die Förderung von kulturellen, sportlichen oder sozialen Aktivitäten und deren Trägern ist gerade in Zeiten knapper öffentlicher Kassen gesellschaftlich hoch willkommen. Die prinzipielle Zulässigkeit von Budgets für Spenden und Sponsoring in Unternehmen wird daher im Wesentlichen nicht in Frage gestellt. Während der

Einzelunternehmer weitgehend frei disponieren kann, muss der Geschäftsführer einer GmbH auch im Marketing darauf achten, dass er keine nachteiligen Geschäfte tätigt. Nachteilig sind Verträge, bei denen Leistung und Gegenleistung für die GmbH im Missverhältnis stehen oder gar ohne Gegenleistung und sonstigen Vorteil getätigt werden. Altruistisch motivierte Spenden für karitative und soziale Zwecke und Sponsoring, welches nachvollziehbar im Unternehmensinteresse liegt, sind dennoch prinzipiell möglich. Übersteigen solche Zuwendungen allerdings das übliche und nach Lage der Gesellschaft vertretbare Maß oder ist ein Vorteil für die GmbH nicht ersichtlich, begründet dies eine Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführers mit der Folge einer zivilrechtlichen Haftung und eventuell auch dem Risiko, dass eine gravierende Pflichtverletzung die Grenze zur strafrechtlich relevanten Untreue überschreitet. Auf jeden Fall sollte darauf geachtet werden, dass die steuerliche Abzugsfähigkeit als Spende oder Betriebsausgabe nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass mit ihnen Amtshandlungen gelenkt oder kaufmännische Entscheidungen von Geschäftspartnern kollusiv beeinflusst werden. In allen Zweifelsfällen sollte der Geschäftsführer die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen.

Bei großen Aktiengesellschaften (AG) besteht oft ein umfangreiches Spenden- und Sponsoringbudget mit breit ausdifferenziertem Zielkatalog, der von Mäzenatentum über Corporate Social Responsibility bis hin zu Marketingaktivitäten reicht. Alle in diesem Zusammenhang stehenden Ausgaben müssen berücksichtigen, dass Vorstände den Bilanzgewinn nicht durch kompensationslose Leistungen an Dritte schmälern dürfen; sie verletzen durch ungerechtfertigte Zuwendungen ihre Vermögensbetreuungspflicht für die AG. Die Bereitstellung eines Budgets für soziale, umweltpolitische, kulturelle und wissenschaftliche Zwecke sollte daher entweder direkt durch die Satzung der AG gedeckt sein oder zumindest implizit aus der in der Satzung festgeschriebenen Leitungsverantwortung hergeleitet werden können. Im Allgemeinen wird man ein Sponsoring im üblichen Rahmen und bezüglich der Größenordnung und finanziellen Situation des Unternehmens angemessenen Umfang als Konkretisierung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums und zur Verbesserung der Akzeptanz des Unternehmens in seinem gesellschaftlichen Umfeld auch ohne Satzungsermächtigung oder Zustimmung der Hauptversammlung akzeptieren. Das Sponsoring darf allerdings nicht zur Finanzierung von als Informationsreisen verbrämten Vergnügungsreisen oder als Einladung zu luxuriösen VIP-Veranstaltungen („Opernball“) missbraucht werden. In der Regel darf die Höhe des Budgets 5 % des ausgeschütteten Jahresgewinns nicht überschreiten. Es sollte Transparenz über Zuwendungshöhe, -zweck und Adressatenkreis bestehen und an möglichst objektivierbare Kriterien geknüpft werden.

4. Arbeitsrecht und „Schmiergeld“

Wer sich Schmiergelder versprechen lässt oder solche annimmt, verstößt offenkundig gegen die Treuepflicht gegenüber seinem Arbeitgeber. Bisher resultierte daraus

jedenfalls dann das Recht zu einer außerordentlichen Kündigung, wenn der Geber für die Zuwendung eine geschäftliche Bevorzugung erwartete, ohne dass es darauf ankam, ob sie auch tatsächlich gewährt wurde. Eine Ausnahme bilden branchenübliche Gelegenheitsgeschenke, die allerdings im Wert strikt limitiert sind und über den Gegenwert für eine Flasche Wein kaum hinausgehen dürfen. Die Ausweitung der Hospitality-Programme auf fast alle massenattraktive Sportarten und zahlreiche herausgehobene Kulturevents hat allerdings die Problematik verschärft. Das LAG Rheinland-Pfalz sah eine gravierende Pflichtverletzung bei einem herausgehobenem Mitarbeiter darin, dass dieser von einem Vertragspartner, mit dem er bei der Vertragsabwicklung zu tun hatte, ein Geschenk in Form einer VIP-Eintrittskarte zu einem Fußballspiel ohne Information und Zustimmung des Arbeitgebers angenommen hatte. Ein Mitarbeiter, der Vorteile entgegennimmt, die auch nur geeignet sind, ihn in seinem geschäftlichen Verhalten zugunsten Dritter zu beeinflussen, akzeptiere einen Anschein, der nicht hinnehmbar sei. Dadurch sei das Vertrauen für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Dauer zerstört.

Arbeitgeber sind gut beraten, unter dem Gesichtspunkt arbeitsrechtlicher Compliance Richtlinien zu erarbeiten oder in einen unternehmenseigenen Ethikcode zu integrieren, an die sich alle Arbeitnehmer bei der Entgegennahme von Einladungen und Geschenken ausrichten können. Diese Richtlinien müssen kommuniziert und nachgehalten werden. Umgekehrt sollte auch die Geschäftsführung eines Unternehmens, das Sponsoring- und Marketingaktivitäten vorbereitet, klare Anweisungen über die rechtlich und ethisch vertretbare operative Ausführung des Konzepts erteilen.

Reinhold Kopp

Compliance im Mittelstand

Die zunehmende Regelungsdichte in allen Bereichen wirtschaftlicher Betätigung zieht eine Zunahme von Haftungsrisiken nach sich. Über den in der Öffentlichkeit wahrgenommenen Bereich börsennotierter Unternehmen hinaus haben sich die Punkte „Haftungsvermeidung“ und „Risikominimierung“ zu einem generellen Aspekt der Unternehmensorganisation und damit zu einer herausfordernden Aufgabe entwickelt, vor der gerade auch das Management mittelständischer Industrie- und Handelsunternehmen steht. Denn: Rechtmäßiges Verhalten der Mitarbeiter schützt nicht allein die Vermögenssphäre des Unternehmens. Die Risikovermeidung durch Compliance dient daneben der Informationsbeschaffung als Entscheidungsgrundlage für dessen Leitungsorgane und Gesellschaftern und ermöglicht letzteren eine verbesserte Kontrolle gerade auch der Leitungsorgane. Außerdem ist ein positives

Image bei den Marktteilnehmern und der sonstigen Öffentlichkeit essentiell. In Compliance-Systemen als Risikofrüherkennungs- und Risikomanagementsystem kann daher auch ein Marketinginstrument gesehen werden.

Der Gedanke der Corporate Compliance hat zwischenzeitlich Eingang in den Deutschen Corporate Governance Kodex (dort Ziffer 4.1.3) gefunden. Der Grundgedanke des Corporate Governance Kodex hat Auswirkungen auf andere – nicht börsliche – Unternehmensformen, insbesondere auch auf die GmbH bzw. GmbH & Co. KG. Ausgehend von der Erfassung zunächst spezifischer Einzelaspekte (Kartellrecht, Kapitalmarktrecht etc.) entwickeln sich heute strukturierte Compliance-Systeme, zumal der Bundesgerichtshof im Jahr 2004 die wirtschaftslenkende Funktion des Strafrechts hervorhob, was verdeutlicht, wie notwendig es ist, wirksame Kontrollmechanismen zur Verhinderung von rechtswidrigem Verhalten oder gar Straftaten durch Mitarbeiter des Unternehmens einzurichten.

Corporate-Governance-Regeln großer Unternehmen sind zwar auf den Mittelstand in vielen Aspekten nicht anwendbar (Auseinanderfallen von Kapitalgebern und Management hier, geschäftsführende Gesellschafter dort). Die Geschäftsleitung eines jeden Unternehmens hat jedoch vor dem Hintergrund des Schutzes der Vermögenssphäre des Unternehmens als eigenständigem Rechtsträger unabhängig von Unternehmensgröße bzw. Börsennotierung seit jeher dafür zu sorgen, dass Haftungsrisiken durch Normverletzungen vermieden werden. Ausgangspunkt ist die Verpflichtung eines jeden Mitglieds der Geschäftsleitung eines Unternehmens, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, siehe z. B. § 43 GmbHG und § 93 AktG, aber auch § 117 HGB. Die gegenüber dem Unternehmen geschuldete Sorgfalt wird von einem Mitglied der Geschäftsleitung dann beachtet, wenn es bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (sog. „business judgement rule“). Das bedeutet, dass Voraussetzung pflichtgemäßen Verhaltens eine umfassende Kenntnis des Sachverhaltes ist, die wiederum nur durch effiziente Informationsbeschaffung und -verwertung erzielt werden dürfte.

Soweit allerdings gesetzliche Verpflichtungen ein Handeln vorschreiben, hat das Geschäftsleitungsmitglied keinen Ermessensspielraum. Die Unkenntnis über gesetzliche Verpflichtungen ist in der Regel für die Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft als Indiz für ein fehlendes Compliance-System haftungsbegründend. U.U. besteht sogar eine Rechtspflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems, so ausdrücklich bei Kreditinstituten (§ 25a KWG) oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 WpHG). Es ist aber keine gewagte Prognose, dass sich mittelfristig die Einrichtung eines Compliance-Systems durch Verschärfungen der Rechtsprechung bzw. der Ratingkriterien ergeben dürfte.

Ein funktionierendes Compliance-System berührt eine Vielzahl von Geschäftsbereichen. Beispielhaft seien folgende Themen genannt, die auch den Mittelstand betreffen:

- Rechnungslegung und Abschlussprüfung
- Steuerrecht (Verpflichtungen können z.T. nicht delegiert werden – Stichwort „Bilanzverantwortung“)
- Kartellrecht
- Außenwirtschaftsrecht (Export)
- Arbeitsrecht (Beispiele Niedriglohnssektor, Überlassung von Arbeitnehmern, Gleichbehandlungsgesetz)
- Gewerblicher Rechtsschutz (Geschäftsgeheimnisse, spezifisches Know-how)
- Sozialversicherungsrecht (korrekte Abführung von Sozialversicherungsabgaben)
- Produkthaftung (Produktbeobachtungs- und Rückrufpflichten, Qualitätssicherung)
- IT und Datenschutz
- Umweltrecht
- Korruption
- Insolvenz (laufende Prüfung auf Illiquidität und/oder Überschuldung)

In der Regel kann sich die Geschäftsleitung nicht damit begnügen, einzelne Maßnahmen zu ergreifen, sondern muss ein auf die Bedürfnisse des Unternehmens bzw. des Konzerns zugeschnittenes Compliance-System entwickeln. Hierfür ist zunächst eine Risikoanalyse erforderlich, bei der Größe, Struktur, Branche und Territorium besonders zu berücksichtigen sind. Als Ergebnis der Analyse ist ein Abgleich mit einschlägigen gesetzlichen Pflichten oder gegebenenfalls auch ungeschriebenen Branchenstandards vorzunehmen. Daraus leitet sich dann ein Maßnahmenkatalog ab, der in eine Struktur von ausführendem und kontrollierendem Organ einzupassen ist. Einzelne Elemente eines Corporate Compliance-Systems können beispielsweise sein:

- Die Entwicklung eines Mitarbeiterhandbuchs
- Die Einsetzung eines Compliance-Beauftragten
- In größeren Unternehmen/Konzernen die Schaffung einer Compliance-Abteilung
- Die Durchführung regelmäßiger Mitarbeiterschulungen
- Die Schaffung einer Anlaufstelle („Hotline“) für Mitarbeiter

- Die Schaffung eines internen Sanktionssystems („Whistleblower“) und gegebenenfalls die Einführung von Betriebsbußen
- Die Erstellung eines Katalogs spezifischer Einzelmaßnahmen
- Die Überwachung des Systems durch interne oder externe Prüfer

Praktikerhinweis:

Die Aufgabe der Geschäftsleitung und der Gesellschafter mittelständischer Unternehmen ist es infolgedessen, für die unternehmensrelevanten Themen effiziente Risikofrüherkennungs- und Risikomanagement-Maßnahmen zu definieren, im Unternehmen zu implementieren und deren Durchführung zu überwachen.

Jan-F. Schubert

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

Jan-F. Schubert
Büro 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 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.