



Oktober 2009

GESETZGEBUNG	Neue Anforderungen an Verträge über Auftragsdatenverarbeitung	Dr. Markus Junker	Seite 2
GEMEINSCHAFTSRECHT	„Gesetzliche Krankenkassen sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Europäischen Kartellvergaberechts“	Dr. Jörg Pamperien	Seite 6
HÖCHSTRICHTERLICHE ENTSCHEIDUNGEN	Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht zu Lasten konzernintegrierter GmbHs; vermögensschädigende Überschuldung konzernabhängiger Gesellschaften durch Darlehensgewährung	Jan-F. Schubert	Seite 8
	Zur strafrechtliche Garantienpflicht des Compliancebeauftragten	Eva Klostermann, LL.M. (UWC)	Seite 10
OBERGERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN	Umfang des Deckungsschutzes aus einer D&O-Versicherung	Reinhold Kopp	Seite 12
HINWEIS	Abgestimmtes Verhalten durch Informationsaustausch (Art. 81 Abs. 1 EG – EuGH vom 04.06.2009, Rs. C 8/08 – T-Mobile Netherlands BV)	Dr. Gerhard Pischel, LL.M. (Univ. London)	CCZ 5/2009, 194 f.
	In Ergänzung zu dem Beitrag von Herrn Dr. Pischel, LL.M. (Univ. London) in unserer letzten Ausgabe (Juli 2009) möchten wir Sie auf seine weiterführende Urteilsbesprechung abgedruckt in der Corporate Compliance Zeitschrift CCZ 5/2009, Seite 194, verweisen.		



Oktober 2009

GESETZGEBUNG

Neue Anforderungen an Verträge über Auftragsdatenverarbeitung

Zum 1. September 2009 sind wesentliche Änderungen im Bundesdatenschutzgesetz in Kraft getreten (sog. "BDSG-Novelle II"). Darunter befinden sich – von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt – auch neue Anforderungen an Verträge über Auftragsdatenverarbeitung. Diese Änderungen sind unter dem Aspekt der Datenschutz-Compliance für nahezu alle Unternehmen von Bedeutung.

1. Auftragsdatenverarbeitung

Auftragsdatenverarbeitung i.S.v. § 11 BDSG liegt, vor, wenn personenbezogene Daten im Auftrag des Auftraggebers durch eine andere Stelle, den Auftragnehmer, erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Der Auftragnehmer darf die Daten nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben, verarbeiten oder nutzen. In diesem Fall bleibt der Auftraggeber als „**Herr der Daten**“ anders als im Falle der Funktionsübertragung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften verantwortlich.

Ein typisches Beispiel hierfür ist die Erbringung von **Rechenzentrumsdienstleistungen** durch ein Unternehmen für andere Konzernunternehmen oder im Falle des **Outsourcing** solcher Dienstleistungen durch einen externen IT-Dienstleister. Um Auftragsdatenverarbeitung kann es sich aber auch in vielen anderen Fällen handeln, angefangen von der externen Datenhaltung bzw. **Archivierung** von Daten über die **Papier-/Aktenvernichtung** bzw. Vernichtung von Datenträgern durch ein Entsorgungsunternehmen bis hin zu Leistungen von **Call-Centern** und **Letter-Shops** im Bereich des Direktmarketing.

Der Auftragsdatenverarbeitung gleich gestellt ist die Prüfung oder Wartung automatisierter Verfahren oder von Datenverarbeitungsanlagen durch den Auftragnehmer, wenn dabei ein Zugriff auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann. Das ist regelmäßig bei der Erbringung von **Netzwerkwartungsleistungen** oder ggf. auch bei der Erbringung von **Software-Pflegeleistungen** von Bedeutung.

2. Zehn-Punkte-Katalog

a) Inhalt der Neuregelung

Bereits nach bisherigem Recht war es erforderlich, Aufträge über Auftragsdatenverarbeitung schriftlich zu erteilen. Der Inhalt, der in dem Auftrag schriftlich festzulegen ist, wurde allerdings präzisiert und erweitert. Im Einzelnen ist nun nach § 11 Abs. 2 Satz 2 BDSG n.F. anzugeben:

- der Gegenstand und die Dauer des Auftrags,



Oktober 2009

- der Umfang, die Art und der Zweck der vorgesehenen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten, die Art der Daten und der Kreis der Betroffenen,
- die nach § 9 BDSG zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen,
- die Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten,
- die nach § 11 Abs. 4 BDSG bestehenden Pflichten des Auftragnehmers, insbesondere die von ihm vorzunehmenden Kontrollen,
- die etwaige Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsverhältnissen,
- die Kontrollrechte des Auftraggebers und die entsprechenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers,
- mitzuteilende Verstöße des Auftragnehmers oder der bei ihm beschäftigten Personen gegen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten oder gegen im Auftrag getroffene Festlegungen,
- der Umfang der Weisungsbefugnis, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält,
- die Rückgabe überlassener Datenträger und die Löschung beim Auftragnehmer gespeicherter Daten nach Beendigung des Auftrags.

Zweck der auf einen Vorschlag des Bundesrates aufgenommenen Neuregelung ist es nach der Gesetzesbegründung, dass die Anforderungen an die Ausgestaltung des Auftrags besser erkennbar werden sollen, „um mehr Rechtssicherheit für die beteiligten Auftragnehmer und Auftraggeber sowie die Aufsichtsbehörden zu gewährleisten“ (BT-Drs. 16/13657, S. 28).

b) Folgen eines Verstoßes

Enthält der Vertrag die erforderlichen Angaben nicht, so wird vertreten, dass der Vertrag aufgrund Verstoßes gegen ein gesetzliches Schriftformerfordernis gemäß § 125 S. 1 BGB i.V.m. § 126 Abs. 1 BGB **zivilrechtlich unwirksam** sei (so z.B. Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 11 Rn. 17 und Möglich, CR 2009, 479 (483)); Art. 17 Abs. 4 der Richtlinie 95/46/EG („EG-Datenschutzrichtlinie“), zu deren Umsetzung § 11 BDSG dient, fordert demgegenüber lediglich eine Dokumentation „zum Zwecke der Beweissicherung“ (hierzu z.B. Ehmann/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie, 1999, Art. 17 Rn. 14). Ungeachtet dessen ist ein Verstoß nunmehr zudem ausdrücklich **bußgeldbewehrt**, und zwar i.H.v. bis zu 50.000,- EUR (§ 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG n.F. i.V.m. § 43 Abs. 3 BDSG n.F.), wenn vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 11 Abs. 2 Satz 2 BDSG n.F. ein Auftrag nicht richtig, nicht vollständig oder nicht in der vorgeschriebenen Weise erteilt wird. Ergänzend drohen im Falle eines Verstoßes **aufsichtsrechtliche** Maßnahmen.



Oktober 2009

c) Hinweise für die Umsetzung in der Praxis

Es ist erforderlich, die bestehenden Vertragsmuster zu prüfen, ggf. an die Neuregelung anzupassen und sicherzustellen, bei allen **Neuverträgen** die neuen Vertragsmuster zu verwenden. Die Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung können zu einem großen Teil in eine **Anlage** mit vorformulierten Klauseln ausgelagert werden. Im Übrigen sollten die für den jeweiligen Vertrag spezifischen Angaben im Hauptvertrag, dem die Anlage beigelegt wird, individuell festgelegt werden.

Das Gesetz regelt mangels Übergangsvorschriften nicht ausdrücklich, wie mit **Altverträgen** zu verfahren ist, insbesondere ob eine etwaige Vertragsunwirksamkeit droht. Es spricht viel dafür, dass - zumindest aufsichtsrechtlich - auch Altverträge ab dem 1. September 2009 den neuen Vorgaben entsprechen müssen. Am einfachsten dürfte es sein, bei bestehenden Verträgen eine **Zusatzvereinbarung** zu treffen. Ein Bußgeld dürfte mit Blick auf das Rückwirkungsverbot nicht drohen, der neu eingeführte Bußgeldtatbestand erfasst nur den Neuabschluss von Verträgen seit dem 1. September 2009.

3. Kontroll- und Dokumentationspflicht

a) Inhalt der Neuregelung

Der Auftragnehmer ist unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen sorgfältig auszuwählen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BDSG). Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 4 BDSG n.F. hat sich der Auftraggeber nunmehr zudem "vor Beginn der Datenverarbeitung und sodann regelmäßig" von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu **überzeugen**. Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 5 BDSG n.F. ist das Ergebnis zu **dokumentieren**.

b) Folgen eines Verstoßes

Ein Verstoß gegen § 11 Abs. 2 Satz 4 BDSG n.F. ist **bußgeldbewehrt**, und zwar i.H.v. bis zu 50.000,- EUR (§ 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG n.F. i.V.m. § 43 Abs. 3 BDSG n.F.), wenn sich der Auftraggeber vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 11 Abs. 2 Satz 4 BDSG n.F. nicht vor Beginn der Datenverarbeitung von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen überzeugt. Ergänzend drohen im Falle eines Verstoßes **aufsichtsrechtliche** Maßnahmen.



Oktober 2009

c) Hinweise für die Umsetzung in der Praxis

Die **Pflicht** trifft nicht den Auftragnehmer, sondern den **Auftraggeber**, der ggf. mit dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten ein Verfahren für die Durchführung der Kontrolle und die Dokumentation festlegen sollte.

Bei **Neuverträgen** muss sich der Auftraggeber bereits "vor Beginn der Datenverarbeitung" von der Einhaltung der Maßnahmen überzeugen. Ein Verstoß hiergegen ist bußgeldbewehrt.

Eine Regelung für **Altverträge** fehlt. Der Auftraggeber muss sich aber bei bestehenden Auftragsdatenverarbeitungsverhältnissen jedenfalls "regelmäßig" von der Einhaltung der Maßnahmen überzeugen. Aufsichtsrechtlich besteht im Ergebnis kein Unterschied gegenüber der Rechtslage bei Neuverträgen. Ein Verstoß gegen die Pflicht, "regelmäßig" die Einhaltung der Maßnahmen zu kontrollieren, ist aber nicht bußgeldbewehrt.

Wie und wie oft die Kontrolle durchzuführen ist, hat der Gesetzgeber nicht festgelegt. Er hat insbesondere von einer Verpflichtung des Auftraggebers abgesehen, die Kontrolle „unmittelbar beim Auftragnehmer vor Ort oder selbst in Person vorzunehmen“ (BT-Drs. 16/13657, S. 29). Nach der Gesetzesbegründung kann je nach Sachlage z.B. das Testat eines Sachverständigen oder auch eine schriftliche Auskunft des Auftragnehmers ausreichen. Der Auftragnehmer kann den Auftraggeber bei der Kontrolle unterstützen, indem er z.B. ein **Datenschutzkonzept** oder Ergebnisse eines **Datenschutzaudits** vorlegt. Der Gesetzgeber hat des Weiteren bewusst von der Vorgabe einer starren Frist für die Kontrolle abgesehen, dies werde „der in der Praxis vorkommenden Bandbreite an Auftragsdatenverarbeitungen nicht gerecht“ (BT-Drs. 16/13657, S. 28).

Technische und organisatorische Maßnahmen des Auftragnehmers bedürfen z.B. aufgrund des technischen Fortschritts und geänderter Gefährdungslagen regelmäßig einer Anpassung. So hat der Gesetzgeber im Zuge der Datenschutznovelle zum 1. September 2009 in die Anlage zu § 9 BDSG ausdrücklich die Verwendung von dem Stand der Technik entsprechenden **Verschlüsselungsverfahren** als Maßnahmen zur Zugangs-, Zugriffs- oder Weitergabekontrolle aufgenommen.

Dr. Markus Junker



Oktober 2009

GEMEINSCHAFTSRECHT

„Gesetzliche Krankenkassen sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Europäischen Kartellvergaberechts“

Urteil des EuGH vom 11.07.2009 – C-300/07

Der Ausgangspunkt war, dass im Juni 2006 in einer Fachzeitschrift eine Anzeige durch die AOK Rheinland/Hamburg veröffentlicht wurde mit der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten über die Anfertigung und Lieferung von Schuhwerk. Ein Schuhmacherbetrieb reichte ein Angebot ein und rügte zwei Tage später Verstöße gegen gemeinschaftliches und deutsches Vergaberecht. Diese Beanstandungen wurden von der Krankenkasse zurückgewiesen, da die vergaberechtlichen Vorschriften im vorliegenden Fall nicht einschlägig seien. Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf legte schließlich im wesentlichen diese Frage dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsersuchens vor.

Der EuGH kam zu einer schnellen und eindeutigen Entscheidung. Die gesetzlichen Krankenkassen sind juristische Personen des öffentlichen Rechts. Sie wurden durch Gesetz zu dem besonderen Zweck gegründet, Aufgaben im Zusammenhang mit der Gesundheit der Bevölkerung zu erfüllen, die im allgemeinen Interesse liegen, und diese Aufgaben sind nicht gewerblicher Art, da die genannten Kassen ihre Leistungen nicht in Gewinnerzielungsabsicht erbringen. Dies hatte das vorliegende OLG Düsseldorf bereits ebenso gesehen.

Maßgeblich war somit nur noch das Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Finanzierung durch den Staat. Es sei zunächst daran zu erinnern, dass gemäß Bundesverfassungsgericht der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung eine der Grundaufgaben des Staates ist und das die gesetzlichen Krankenkassen in den Staat eingegliedert sind und der Sache nach Aufgaben in mittelbarer Staatsverwaltung wahrnehmen. Dann ist darauf hinzuweisen, dass nicht zu verlangen ist, dass die Tätigkeit der fraglichen Einrichtungen direkt vom Staat oder einer anderen Stelle des öffentlichen Rechts finanziert wird, damit diese Voraussetzung erfüllt ist. Erstens sei hier festzustellen, dass die Finanzierung der in Rede stehenden gesetzlichen Krankenkassen nach der maßgeblichen gesetzlichen Regelung durch die Beiträge der Mitglieder, unmittelbare Zahlungen der Bundesbehörden sowie Ausgleichszahlungen dieser Kassen untereinander sichergestellt wird, die sich aus dem System des Risikostrukturausgleichs zwischen ihnen ergeben. Die Kassen werden insoweit durch die Pflichtbeiträge der Versicherten finanziert.

Zweitens ergibt sich aus der Vorlageentscheidung, dass die Beiträge der Versicherten ohne spezifische Gegenleistung im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshof gezahlt werden. Die Zahlungen sind nicht mit einer konkreten vertraglichen Gegenleistung verbunden. Weder die Beitragspflicht, noch die Beitragshöhe ist das Ergebnis einer Vereinbarung



Oktober 2009

zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Mitglieder. Diese sind kraft Gesetzes zur Zahlung der Beiträge allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft verpflichtet, die auch gesetzlich vorgeschrieben ist. Zudem richtet sich die Höhe der Beiträge allein nach der Leistungsfähigkeit jedes Versicherten, andere Gesichtspunkte spielen keine Rolle. Drittens wird festgestellt, dass der Beitragssatz nicht durch die Träger der öffentlichen Gewalt, sondern durch die gesetzlichen Krankenkassen selbst festgelegt wird. Allerdings weist das vorliegende Gericht selbst zu Recht darauf hin, dass der Spielraum der Kassen äußerst begrenzt ist, da ihr Auftrag darin besteht, die Leistungen sicherzustellen, die die Regelung auf dem Gebiet der Sozialversicherung vorsieht. Somit ist der Beitragssatz, da die Leistungen und die damit verbundenen Ausgaben gesetzlich vorgesehen sind und die genannten Kassen ihre Aufgaben nicht mit Gewinnerzielungsabsicht wahrnehmen, so festzusetzen, dass die Einnahmen die Ausgaben nicht übersteigen oder unterschreiten. Viertens sei zu betonen, dass die Festsetzung des Beitragssatzes durch die Krankenversicherung der Genehmigung durch die staatliche Aufsichtsbehörde der jeweiligen Krankenkasse bedarf. Somit sei der genannte Satz, wie auch das vorliegende Gericht formuliert, in gewissem Umfang rechtlich vorgegeben.

Im Hinblick auf die Art und Weise der Erhebung der Beiträge ergebe sich bereits aus der Vorlageentscheidung, dass in der Praxis der Arbeitgeber den Beitragsanteil des Versicherten von dessen Gehalt einbehält und ihn zusammen mit seinem Anteil an die Krankenkasse bezahlt. Damit erfolgt die Erhebung der Beträge ohne Interventionsmöglichkeit des Versicherten. Es wird darauf hingewiesen, dass die Beiträge aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zwangsweise eingezogen werden.

Es ist somit davon auszugehen, dass eine Finanzierung eines öffentlichen Krankenversicherungssystems, die durch einen staatlichen Akt eingeführt worden ist, in der Praxis durch die Träger der öffentlichen Gewalt garantiert wird und durch eine öffentlich-rechtlichen Vorschriften unterliegende Art der Erhebung der sich hierauf beziehenden Beiträge sichergestellt wird, die Voraussetzung der überwiegenden Finanzierung durch den Staat für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge erfüllt.

Im Ergebnis bleibt dabei festzuhalten, dass eine überwiegende Finanzierung durch den Staat vorliegt, wenn die Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen hauptsächlich durch Mitgliedsbeiträge finanziert werden, die nach öffentlich-rechtlichen Regeln, wie vorliegend auferlegt, berechnet und erhoben werden. Derartige Krankenkassen sind für die Anwendung der Vorschriften als Einrichtungen des öffentlichen Rechts und damit als öffentliche Auftraggeber anzusehen.



Oktober 2009

Praktikerhinweis:

Nach diesem Urteil des EuGH sind gesetzliche Krankenkassen nunmehr gehalten, zumindest oberhalb der Schwellenwerte das europäische Kartellvergaberecht anzuwenden, d.h. Ausschreibungen im Amtsblatt zu veröffentlichen und Beschaffungsvorgänge grundsätzlich europaweit auszuschreiben. Spiegelbildlich dazu haben Bieter nunmehr die Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten, die sich aus dem GWB i.V.m. der Vergabeverordnung und den Verdingungsordnungen ergeben und sind somit in der Lage, bei öffentlichen europaweiten Ausschreibungen ihre Rechte entsprechend zu wahren und durchzusetzen.

Dr. Jörg Pamperien

**HÖCHSTRICHTERLICHE
ENTSCHEIDUNGEN**

Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht zu Lasten konzernintegrierter GmbHs; vermögensschädigende Überschuldung konzernabhängiger Gesellschaften durch Darlehensgewährung

Beschluss des BGH vom 31.07.2009 – Az. 2 StR 95/09

Die Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten hat derzeit als Folge der Finanzkrise Konjunktur. Angesichts zunehmender Verluste kleiner (Beispiel HRE) und großer (Beispiel Porsche) Investoren erhöht sich deren Bereitschaft, das Handeln von Leitungsorganen in betroffenen Unternehmen nicht nur auf eventuelle zivilrechtliche Schadensersatzansprüche, sondern auch auf deren strafrechtliche Relevanz hin überprüfen zu lassen.

Eine der Zentralnormen des Strafrechts in dieser Hinsicht ist der Tatbestand der Untreue, § 266 StGB. Im Falle von Unternehmen wird durch eine Untreuehandlung in der Regel das Unternehmensvermögen ungerechtfertigt, d.h. unter Missachtung vorgegebener, meist interner Regelungen vermindert. Täter sind dabei primär diejenigen, die sich für den Schutz der Vermögenssphäre eines Unternehmens verantwortlich zeichnen, also in erster Linie dessen Organe, die ihre Vermögensbetreuungspflicht jedoch häufig auf nachgelagerte Mitarbeiter übertragen.

Allerdings ist anerkannt, dass der Tatbestand der Untreue entfallen kann, wenn der (wirtschaftliche) Eigentümer des zu betreuenden Vermögens mit der inkriminierten Handlung einverstanden ist. In Konzernlagen ergibt sich dieses Phänomen u.a. dann, wenn die Konzernobergesellschaft in die Finanzen eines abhängigen Unternehmens (Tochtergesellschaft) eingreift. Insbesondere bei 100%igen Tochtergesellschaften dürfte in dem Eingriff durch die Muttergesellschaft regelmäßig das Einverständnis des Gesellschafters zu erblicken sein.



Oktober 2009

In Einzelfällen hat der BGH trotz des Einverständnisses des Gesellschafters eine Untreuehandlung festgestellt, da er der Tochtergesellschaft eine eigene Vermögenssphäre zuerkannte, die dem Zugriff ihrer Gesellschafter entzogen sei. Eine Voraussetzung für die Strafbarkeit des Eingriffs liegt nach dem BGH darin, dass dieser die wirtschaftliche Existenz der Tochtergesellschaft gefährdet. Dies hat der BGH in der jüngsten Entscheidung vom 31. Juli 2009 (Az: 2 StR 95/09) zu dieser Problematik nochmals unterstrichen.

Der BGH führt in dieser Entscheidung aus, dass einer Tochtergesellschaft zwar mit Zustimmung ihres Gesellschafters grundsätzlich Vermögenswerte entzogen werden dürfen. Gleichwohl gibt es nach Ansicht des BGH einen geschützten Kernbereich, der dem Zugriff des Gesellschafters entzogen ist. Dieser Kernbereich wird dann angetastet, wenn die Vermögensverfügung durch den Gesellschafter geeignet ist, das statutarische Kapital der Tochtergesellschaft zu beeinträchtigen oder wenn ihr durch die Vermögensverfügung die Grundlagen zur Fortführung ihres operativen Geschäftes entzogen werden.

Das Organ der leitenden Konzerngesellschaft verletzt nach Ansicht des BGH seine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Tochtergesellschaft, sofern nicht die Neutralisierung der nachteiligen Vermögensverfügung beispielsweise durch eine ausreichende Gestellung von Sicherheiten gewährleistet ist. Diese Verpflichtung zur Besicherung trifft nach den Ausführungen des BGH

„im mehrstufigen Beherrschungsverhältnis nicht nur die Alleingesellschafterin der geschädigten Gesellschaft, sondern sämtliche die Untergesellschaft beherrschenden Konzernebenen über dieser. Sie wird den Mitgliedern der vertretungsberechtigten Organe der herrschenden Gesellschaften nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB zugerechnet.“

Daran hält der BGH auch angesichts jüngster Gesetzesänderungen (Stichwort: MoMiG) fest und wendet sich gegen die Auffassung, dass im Falle von Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen, nicht mehr der Gesellschafter, sondern nur noch der Geschäftsführer als für den Erhalt der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft Verantwortlichen in die Pflicht zu nehmen.

Praktikerhinweis:

Im Rahmen der konzernweiten Compliance sind detaillierte Vorgaben und Kontrollmechanismen in Bezug auf Vermögensverfügungen bei Tochtergesellschaften zu Gunsten der Gesellschafter festzulegen, um solche Eingriffe in den Kernbereich der operativen Tätigkeit der Tochtergesellschaft zu vermeiden. Ein solcher Eingriff kommt nur im Rahmen einer ordnungsgemäßen Liquidation in Betracht.

Jan-F. Schubert



Oktober 2009

Die innerhalb des Unternehmens als Compliance bezeichnete Ausrichtung beinhaltet die Aufgabe, Rechtsverstöße, insbesondere Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden, zu verhindern. Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, soweit im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen nicht verhindert werden konnten. Dies gilt sowohl für Unternehmen im privaten als auch im öffentlichen Bereich, wenngleich die Begründung des BGH insoweit unterschiedlich ausgestaltet ist.

Urteil des BGH vom 17.07.2009 – Az. 5 StR 394/08

In seinem Urteil vom 17. Juli 2009 stellt der BGH fest, dass aufgrund der Übernahme eines Pflichtenkreises eine rechtliche Einstandspflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB begründet werden kann. Denjenigen, der bestimmte Obhutpflichten für Gefahrenquellen übernimmt, trifft auch eine „Sonderverantwortlichkeit“ für die Integrität des von ihm übernommenen Verantwortungsbereichs.

Der Inhalt und der Umfang der Garantenpflicht bestimmen sich aus dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat. Dabei kommt es bei der Zielrichtung der Beauftragung darauf an, dass der Beauftragte Prüfpflichten gerade dergestalt hat, dass er nicht nur gegen das Unternehmen gerichtete, sondern gerade vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden hat. Eine als „Compliance“ bezeichnete Ausrichtung umfasst präzise dieses Aufgabengebiet. Insbesondere unterfallen der Compliance die Verhinderung von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Reputationsverlust bringen können.

Die Annahme einer Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB ist notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden.

Für die Bestimmung des Verantwortungsbereichs, den der Verpflichtete übernommen hat, kommt es maßgeblich auf den normativen Hintergrund der Pflichtenbindung an. Im hoheitlichen Bereich entfällt die Trennung zwischen einerseits den Interessen des eigenen Unternehmens und andererseits den Interessen außenstehender Dritter. Das, was zu überwachen ist, ist im privaten und im hoheitlichen Bereich unterschiedlich ausgestaltet.

Anders als ein privates Unternehmen, das lediglich innerhalb eines rechtlichen Rahmens, den es zu beachten hat, maßgeblich zur Gewinnerzielung tätig wird, ist z.B. bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts der Gesetzesvollzug das eigentliche Kernstück ihrer Tätigkeit.



Oktober 2009

Daher machte sich im vorliegenden Fall der Leiter der Rechtsabteilung und Innenrevision einer Berliner Anstalt des öffentlichen Rechts der Beihilfe zum Betrug in mittelbarer Täterschaft strafbar. Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit war für den BGH nicht ein vorwerfbares Tun, sondern vielmehr ein Unterlassen, dessen Pflichtwidrigkeit gerade darin lag, die verantwortlichen Organe trotz Möglichkeit und Zumutbarkeit nicht über einen Gesetzesverstoß zu informieren, um einen weiteren Verstoß zu unterbinden.

Praktikerhinweis:

Das vorliegenden Urteil macht einmal mehr deutlich, dass die Übernahme von Compliance-Aufgaben nicht frei von erheblichen Risiken ist. Dabei kommt es von vornherein darauf an, dass das Aufgabengebiet konkret festgelegt wird. Eine zu ausgedehnte Übernahme von Überwachungspflichten birgt nicht nur haftungs- sondern vor allem auch strafrechtliche Gefahren.

Insbesondere im hoheitlichen Bereich wird die Sonderverantwortlichkeit der Beauftragten normativ um die Interessen Außenstehender erweitert. Unrechtmäßige Sachverhalte sind frühzeitig und mit ausreichender Effektivität aufzudecken, zu vermeiden und zu unterbinden.

Eva Klostermann, LL.M. (UWC)



Oktober 2009

**OBERGERICHTLICHE
ENTSCHEIDUNGEN**

Der Deckungsschutz aus einer D&O-Versicherung beschränkt sich nicht zwangsläufig auf die operative Tätigkeit eines Managers im eigenen Unternehmen. Aus den Begleitumständen beim Abschluss und der Auslegung eines Versicherungsvertrages kann sich auch ein Haftpflichtschutz für die Tätigkeit als Aufsichtsrat in einem anderen Unternehmen ergeben.

Urteil des OLG Köln vom 28.04.2009 – Az. 9 U 114/08

Im vorliegenden Fall war der Kläger Geschäftsführer einer Unternehmensbeteiligungsgesellschaft. Letztere hatte bereits für seine Vorgänger eine Haftpflicht-Rechtsschutzversicherung für TOP-Manager mit Straf- und Vermögensschaden-Rechtsschutz abgeschlossen. Dabei sollten ursprünglich für jede Beiratstätigkeit in Beteiligungsunternehmen separate Deckungen konzipiert werden; im Ergebnis hatte sich der Versicherer auf den Standpunkt gestellt, dass die Geschäftsführertätigkeit mit der daraus resultierenden Beiratstätigkeit ein einheitliches Risiko darstelle. Deshalb war nur ein einheitlicher Versicherungsvertrag abgeschlossen worden, der sich auf alle weiteren Funktionen als Beirat in Unternehmen, an denen die Versicherungsnehmerin beteiligt war, erstreckte. In den unveränderten Vertrag wurde nachträglich der Kläger einbezogen. Während seiner Geschäftsführertätigkeit kam es zu weiteren Beteiligungen. U. a. wurde der Kläger Aufsichtsrat in einer AG, die später Insolvenz anmeldete. Der Insolvenzverwalter nahm ihn wegen der Verletzung von Aufsichtsratspflichten im Zusammenhang mit der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit mit einem erheblichen Haftungsbetrag in Anspruch. Der Versicherer bestritt im Prozess, dass sich der Deckungsschutz auf die Abwehr von Haftpflichtansprüchen wegen der Herbeiführung derartiger Vermögensschäden erstrecke.

Im Gegensatz zur ersten Instanz obsiegte der Kläger überwiegend in der Berufung. Das OLG legte den Versicherungsvertrag dahingehend aus, dass auch Deckungsschutz für die Tätigkeit des Managers als Aufsichtsrat der AG bestanden habe. Das Gericht würdigte dabei die Begleitumstände bei dem ursprünglichen Vertragsschluss und die Interessenlage der Beteiligten. Der umfassende Versicherungsschutz beinhalte sämtliche Geschäftsführertätigkeiten. Damit seien auch die Aufsichtsrats-tätigkeiten abgedeckt, da die Wahrnehmung von Aufsichtsrats- und Beiratstätigkeiten gemäß dem Geschäftsführervertrag des Klägers und der Geschäftsordnung der Versicherungsnehmerin zum typischen Umfang der Geschäftsführertätigkeit gehöre. Auch fänden sich in den Bedingungen des Versicherungsvertrages einige Klauseln, die den Versicherungsschutz auch auf aktienrechtliche Verstöße erstreckten, deren Erwähnung es bei einem eingeschränkten Versicherungsumfang nicht bedürft hätte. Schließlich war auch die Berufung des Versicherers auf den Ausschlußgrund einer wissentlichen Pflichtverletzung oder vorsätzlichen Herbeiführung eines Vermögens-



Oktober 2009

schadens durch den Geschäftsführer nicht erfolgreich, weil der beklagte Versicherer hierzu keinen schlüssigen Indizienbeweis geführt habe.

Das Gericht hat die Revision zum BGH nicht zugelassen.

Praktikerhinweis:

In Fällen, in denen die Wahrnehmung von Aufsichtsrats- und Beiratsmandaten in Beteiligungsunternehmen zum typischen Umfang der Geschäftsführertätigkeit gehört, etwa in Holdings oder Verwaltungsgesellschaften, gilt der Versicherungsschutz nach zutreffender Ansicht des OLG Köln auch für die Aufgaben in den Kontrollorganen dieser Unternehmen, ohne dass sich dies ausdrücklich aus dem Wortlaut des Versicherungsvertrages entnehmen lässt. Das Urteil darf aber nicht zur Sorglosigkeit beim Abschluß einer D&O-Versicherung für die Geschäftsleitung führen. Normalerweise muss ein Deckungsschutz auch für Aufsichts- und Kontrolltätigkeiten in anderen Firmen mit der Assekuranz vereinbart werden. Alternativ empfiehlt es sich, eine eigene D&O-Versicherung für die Tätigkeit in einer Fremdfirma abzuschließen.

Ohnehin gibt es Anlass für Manager, ihre Haftpflichtversicherungen regelmäßig auf den Prüfstand zu stellen; seit August dieses Jahres gibt es beispielsweise für Vorstände von Aktiengesellschaften neue Regeln (Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31. Juli 2009), die eine Selbstbeteiligung bei der Schadensregulierung zwingend vorsehen.

Reinhold Kopp



Oktober 2009

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 Rechtsanwalts-gesellschaft 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