

Unternehmensrecht- Ticker

Themenübersicht

- Überblick über die Änderungen des Corporate Governance Kodex 2010
- Aktualisierungspflicht bereits abgegebener Entsprechenserklärungen aufgrund der Neufassung des Kodex?
- Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung für Vertriebsverträge seit 1.6.2010 eingeschränkt
- Neue Leitlinien für den Vertrieb im Internet
- Lockerung des Preisbindungsverbotes in Vertriebsverträgen?

Überblick über die Änderungen des Corporate Governance Kodex 2010

Am 26. Mai 2010 beschloss die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex („Kommission“) Änderungen des deutschen Corporate Governance Kodex („Kodex“), die am 2. Juli 2010 in Kraft getreten sind.

Die wesentlichen Änderungen sind:

1. Präzisierung des Begriffs „Diversity“,
2. Förderung der Fortbildung von Aufsichtsräten
3. Ausweitung der Begrenzung von Aufsichtsratsmandaten.

1. Keine Frauenquote, aber: Unternehmen müssen Farbe bekennen (Stichwort „Diversity“)

Bereits seit der Kodexfassung aus 2009 soll der Aufsichtsrat bei der Zusammensetzung des Vorstands und bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern u.a. auch auf Vielfalt („Diversity“) achten. Der Kodex 2010 präzisiert nun die bisher noch allgemein gefasste Empfehlung vor allem für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats: Dieser soll für seine eigene Zusammen-

setzung konkrete Ziele benennen und hierbei neben ausländischen Experten insbesondere den Frauenanteil „angemessen berücksichtigen“. Die Zielsetzung und der Stand der Umsetzung sollen außerdem veröffentlicht werden. Bloße Umschreibungen, etwa durch Begriffe wie „angemessen“ oder „ausreichend“, wird für die Benennung der konkreten Ziele nicht genügen. Damit gilt: Obwohl eine starre Frauenquote trotz lebhafter politischer Diskussionen vom Gesetzgeber oder der Kommission (noch) nicht festgelegt wurde, soll der Kodex 2010 dazu beitragen, das Bewusstsein dahin zu schärfen, dass Führungspositionen immer noch überwiegend mit Männern besetzt werden. Will ein Unternehmen künftig eine auch „politisch korrekte“ Entsprechenserklärung abgeben, muss es in jedem Falle klar Farbe bekennen.

Auch bei der Zusammensetzung des Vorstands soll der Aufsichtsrat „insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben“. Gleiches gilt für die Besetzung von „Führungsfunktionen“ durch den Vorstand.

Der Kodex belässt es auch für die weiteren Führungsfunktionen bei einer stärkeren Betonung und Präzisierung des Begriffs „Diversity“ und sieht (noch) von der Empfehlung einer festen Frauenquote ab. Im Rahmen dieser vagen Begrifflichkeiten des Kodex wird vor allem ergänzend zu klären sein, was unter „Führungsfunktionen“ gemeint ist. Jedenfalls die Hierarchieebene unterhalb der Vorstandsebene dürfte nach unserer Einschätzung hierunter fallen. Inwieweit weitere Ebenen zu berücksichtigen sind, wird davon abhängen, wie viele Hierarchiestufen ein Unternehmen aufweist. Sofern sich Unternehmen an die Empfehlung des Kodex halten und auf stärkere Berücksichtigung von Frauen unterhalb der Vorstandsebene achten wollen, müssten Frauen zukünftig verstärkt in Führungsfunktionen unterhalb des Vorstandes vertreten sein. In der Praxis dürfte dieser Frage dann eher geringe Bedeutung zukommen.

2. Förderung der Fortbildung von Aufsichtsratsmitgliedern

Aufsichtsratsmitglieder sollen nach Vorstellung der Kommission künftig bei – aus Sicht der Kommission zur Erfüllung der Aufgaben des Amtes in der Praxis offenbar verstärkt erforderlichen – Aus- und Fortbildungsmaßnahmen „angemessen“ unterstützt werden. Zu denken ist an die Kostenübernahme für externe Fortbildungen, aktive Vorschläge für und Organisation von bestimmte(n), aus Sicht der Gesellschaft und des Aufsichtsratsmitgliedes sinnvolle(n) Fortbildungen. In der Praxis dürfte ein weiter Beurteilungsspielraum bestehen, der abhängig ist von der Größe des Aufsichtsrats und den finanziellen Möglichkeiten des Unternehmens.

3. Begrenzung von Mandaten in Aufsichtsgremien

Die bisherige Empfehlung des Kodex 2009 ging dahin, dass Aufsichtsratsmitglieder, die gleichzeitig dem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehören, insgesamt nicht mehr als drei Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften wahrnehmen sollen. Diese Empfehlung wird durch den Kodex 2010 auch auf Mandate „in Aufsichtsgremien von Gesellschaften mit vergleichbaren Anforderungen“ erweitert. Hintergrund dieser Begrenzung parallel zulässiger Aufsichtsfunktionen ist, dass die Anforderungen an Mitglieder des Aufsichtsrats – unter anderem auch durch die sich jährlich verschärfenden Anforderungen der Kommission mit der jeweiligen Aktualisierung des Kodex – seit Jahren steigen, wobei die Kapitalmarktorientierung nur eines von vielen Kriterien darstellt.

Allerdings ist das Merkmal der „vergleichbaren Anforderungen“ unscharf und begründet damit Schwierigkeiten bei der Abgrenzung, welche Mandate für die Begrenzung zu berücksichtigen sind. Dies gilt insbesondere für die bereits vor der Kodex-Änderung diskutierte Frage, ob auch Mandate in ausländischen börsennotierten Gesell-

schaften in die Berechnung eingehen. Der Kodex meint üblicherweise durch die Verwendung des Begriffs „börsennotierte Gesellschaft“ Gesellschaften im Sinne von § 3 Abs. 2 AktG und erfasst damit auch Notierungen in regulierten Märkten außerhalb Deutschlands. Nach der Zielrichtung, die der Kodex 2010 mit der Reduktion parallel zulässiger Aufsichtsfunktionen verfolgt, ist die Einbeziehung in- und ausländischer Mandate auch außerhalb einer Börsennotierung schlüssig: Gerade Aufsichtsrats- oder Boardmandate in ausländischen Gesellschaften sind erfahrungsgemäß mit einem hohen Zeitaufwand verbunden. Dem Aufsichtsratsmitglied obliegt die – sich bereits aus allgemeinen Aktienrecht ergebende – Pflicht, sicherzustellen, dass ihm genügend Zeit zur Verfügung steht, um das Mandat angemessen wahrzunehmen. Es kann daher aus Sicht der Kommission keinen Unterschied machen, ob es sich um deutsche oder ausländische Aufsichtsratsmandate handelt. Die diesjährigen Kodex-Empfehlungen „Fortbildung“ und „Begrenzung von Mandaten“ zielen damit in dieselbe Richtung.

Bei Aufsichtsratsmitgliedern mit mehr als drei Aufsichtsratsmandaten, u.a. im Ausland, wird die Gesellschaft im Einzelfall deshalb abwägen müssen, ob sie vorsorglich eine Abweichung von der Empfehlung des Kodex erklärt, jedenfalls wenn unklar ist, ob die im Einzelnen wahrgenommenen (ausländischen) Mandate „vergleichbare Anforderungen“ stellen.

Ausblick

Aufsichtsrat und Vorstand börsennotierter Gesellschaften werden sich spätestens vor Abgabe der nächsten Entsprechenserklärung entscheiden müssen, wie sie sich zu den Empfehlungen verhalten wollen und welche konkreten Besetzungsziele im Einzelnen sinnvoll sind. Die starke Betonung einer Erhöhung der Frauenquote in Führungsgremien durch die Kommission kommt nicht von ungefähr. Sollte die Frauenquote in den kommenden Jahren nicht signifikant steigen, ist mit einem Tätig-

werden des Gesetzgebers zu rechnen. Erst kürzlich kündigte die Familienministerin Kristina Schröder (CDU) in einem Interview im Handelsblatt an, dass sie zusammen mit Justizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP) ein Gesetz vorlegen wolle, das den Unternehmen vorschreibt, auf Führungsebene eine eigene Frauenquote festzulegen und zu veröffentlichen. Diese sogenannte verbindliche Berichtspflicht, die im Koalitionsvertrag vereinbart ist, solle "so schnell wie möglich" kommen. Sie wünsche sich einen Frauenanteil von im Schnitt 20 Prozent im Jahr 2015, sagte Schröder, "und ich halte das auch für machbar". Die Empfehlung des Kodex, Frauen „angemessen“ zu berücksichtigen, ist daher auch und gerade im Lichte dieser Debatte zu sehen.

*Frank Müller, München
f.mueller@skwschwarz.de*

Aktualisierungspflicht bereits abgegebener Entsprechenserklärungen aufgrund der Neufassung des Kodex?

Für börsennotierte Gesellschaften, die bereits vor dem 02.07.2010 (Tag der Bekanntmachung des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 26.05.2010 im elektronischen Bundesanzeiger) ihre jährliche Entsprechenserklärung nach § 161 AktG abgegeben haben, stellt sich die Frage, ob sie diese bereits abgegebenen Erklärungen an den Kodex anzupassen und insoweit unterjährig eine neue Erklärung abzugeben haben. Sind Vorstand und Aufsichtsrat beispielsweise bereits jetzt gehalten, zu erklären, ob sie den erweiterten Anforderungen des neuen Kodex an die Vielfalt (Diversity) bei der Besetzung der Führungsebenen entsprechen (wollen)?

Die ganz herrschende Meinung bejaht eine Pflicht zur umgehenden Aktualisierung bereits abgegebener

Entsprechenserklärungen nur dann, wenn:

- die Entsprechenserklärung in ihrem vergangenheitsbezogenen oder zukunftsbezogenen Teil (Absichtserklärung) von Anfang an unrichtig war, also unrichtige Verhältnisse wiedergegeben hat, oder
- die Absichtserklärung im Nachhinein unrichtig wird, weil die Gesellschaft – ausgelöst etwa durch einen personellen Wechsel in der Unternehmensführung – ihre Geschäftspolitik bzw. ihr tatsächliches Verhalten im Hinblick auf die Kodex-Empfehlungen ändert.

Dagegen sollen unterjährige Änderungen des Kodex (wie auch Änderungen des § 161 AktG selbst) keine erneute Erklärungspflicht vor der nächsten turnusmäßigen Entsprechenserklärung auslösen. Denn die Pflicht zur jährlichen Abgabe spreche für eine statische Verweisung der Erklärung auf den Kodex in der zum Abgabezeitpunkt gültigen Fassung. Zudem sei eine Überarbeitung des Kodex dem Kapitalmarkt bekannt, so dass Marktteilnehmer wüssten, dass die Absichtserklärung durch die Neufassung des Kodex unrichtig geworden sein könne.

Zur unterjährigen Aktualisierungspflicht bei Kodexänderungen existiert allerdings keine herrschende Rechtsprechung. Daher kann es aufgrund der dadurch erhöhten Transparenz und des damit ggf. zu erzielenden Vertrauensgewinns der Aktionäre in die Führungsebene im Einzelfall unternehmenspolitisch sinnvoll sein, die bereits abgegebenen Erklärungen schon jetzt zu aktualisieren, jedenfalls soweit dies den Organen der Gesellschaften mit einem entsprechend geringen Aufwand möglich ist.

Praxistipp: Börsennotierte Gesellschaften werden spätestens bei der Vorbereitung der nächsten turnusmäßigen Entsprechenserklärung dazu Stellung beziehen, ob und bzw. inwieweit sie die neuen Empfehlungen befolgen, und etwaige Abweichungen begründen müssen. Aufgrund des sehr realen An-

fechtungsrisikos von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen unrichtiger Entsprechenserklärungen ist dabei höchste Sorgfalt geboten, vor allem im Hinblick auf die Ermittlung der inhaltlichen Reichweite der neuen Empfehlungen. Für den retrospektiven Teil der nächsten Entsprechenserklärung sollte der Wechsel des Bezugspunkts für den Berichtszeitraum (alte Fassung des Kodex vom 18.06.2009 und neue Fassung des Kodex vom 26.05.2010) taggenau benannt werden.

Sabine Kröger, München
s.kroeger@skwschwarz.de

Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung für Vertriebsverträge seit 1.6.2010 eingeschränkt

Seit 1. Juni 2010 gilt EU-weit ein reformiertes Vertriebskartellrecht (*Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen vom 20.4.2010, Amtsblatt Nr. L 102 vom 23.4. 2010, S. 1 ff.*). Das Grundprinzip der Verordnung ist erhalten geblieben: Vertikale Verträge sind vom Kartellverbot freigestellt, wenn die Unternehmen begrenzte Marktmacht haben und keine sogenannten Kernbeschränkungen vereinbaren, z.B. Preisabsprachen treffen. Auch Unternehmen mit höherer Marktmacht können solche vertikalen Verträge schließen, müssen aber weiterhin individuell prüfen, ob etwaige wettbewerbsbeschränkende Wirkungen durch wettbewerbsfördernde aufgewogen werden.

Geändert wurde mit der Reform insbesondere:

- Die Vertikal-GVO findet nur noch Anwendung, wenn jeweils beide Parteien einer Vertriebs- oder sonstigen vertikalen Vereinbarung einen Marktanteil von 30% nicht überschreiten. Bisher war es in der Regel

ausreichend, wenn der Lieferant die 30%-Grenze nicht überschritt.

- Die Vertikal-GVO findet auf Wettbewerber nur noch Anwendung, wenn die Parteien lediglich auf der untersten Stufe in der Vertriebskette Wettbewerber sind, d. h. entweder ist der Lieferant im Rahmen des konkreten Vertriebsvertrages Hersteller und Händler, der Abnehmer der Waren jedoch nur Händler, oder der Abnehmer nach dem konkreten Vertrag ist ausschließlich auf Einzelhandelsebene tätig und konkurriert dort mit dem konkreten Lieferanten. Die Beschränkung auf die Umsatzschwelle in Höhe von € 100 Mio. ist dagegen weggefallen.

Für alte Vertriebsvereinbarungen, die vor dem 1. Juni 2010 geschlossen wurden und nach der Neuregelung nicht mehr von der Vertikal-GVO geschützt sind, gilt eine Übergangsfrist bis 31. Mai 2011.

Zusammen mit der Vertikal-GVO wurde auch die Gruppenfreistellungsverordnung für den Kraftfahrzeugsektor neu erlassen. Weitere Informationen hierzu stellen wir Ihnen gerne auf Anfrage zur Verfügung.

Praxistipp: Bevor Sie weitere Vertriebsverträge abschließen, überprüfen Sie die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO! Ihre bestehenden Vertriebsverträge sollten Sie sukzessive bis zum 31. Mai 2011 kontrollieren. Wir sind Ihnen gerne dabei behilflich.

Eva Bonacker, München
e.bonacker@skwschwarz.de

Neue Leitlinien für den Vertrieb im Internet

Zusammen mit der neuen Vertikal-GVO (s.o.) hat die Europäische Kommission neue Leitlinien für vertikale Be-

schränkungen veröffentlicht, deren Erfassung von der GVO entweder näherer Erläuterung bedarf oder die über die Anwendung der Vertikal-GVO hinausgehen (Amtsblatt Nr. C 130 vom 19.5.2010, S. 1 ff.). Diese Gelegenheit wurde genutzt, um einige Zweifelsfragen aus dem Gebiet des Onlinevertriebs aus Sicht der Europäischen Kommission zu klären:

Aktiver Online-Vertrieb in fremde Gebiete:

In Vertriebssystemen können Exklusivhändler vor aktivem Einbrechen Dritter in ihr Vertriebsgebiet geschützt werden. Unklar war bislang oft, welche Formen des Internetvertriebs bereits als aktives Einbrechen galten. Die Kommission hat klargestellt: Die Nutzung des Internets als Vertriebsweg gilt grundsätzlich nicht als aktiver Verkauf in bestimmte Vertriebsgebiete und kann daher nicht verboten werden. Als aktiver und damit untersagbarer Verkauf wird aber zielgerichtete Werbung angesehen, z.B. die unaufgeforderte Versendung von E-Mails, Internetwerbung, die sich offensichtlich an bestimmte Gruppen/Regionen wendet oder z.B. die Nutzung von sogenannten „metatags“.

Vorgaben für den Vertrieb über das Internet

Der Betrieb eines Onlineshops darf nicht untersagt werden. Vertriebspartnern darf aber vorgeschrieben werden,

- mindestens einen physischen Verkaufsraum zu betreiben,
- einen absoluten Offline-Mindestumsatz einzuhalten,
- Online die gleichen Qualitäts- und Kundendienstanforderungen zu erfüllen.

Vertriebspartnern darf dagegen nicht auferlegt werden,

- Kunden aus fremden Vertriebsgebieten entweder automatisch per Web-Rerouting von der eigenen Web-

site wegzuleiten oder z.B. nach Kreditkartenadresse den Zugang zu verweigern,

- proportionale Vorgaben für den Offline-Vertrieb im Gegensatz zum Online-Vertrieb zu erreichen.

Auch die Verwendung unterschiedlicher Preise für den On- und Offlinevertrieb ist untersagt.

Bitte beachten Sie, dass die Leitlinien unmittelbare Bindungswirkung nur für die Europäische Kommission haben. Deutsche Gerichte könnten daher trotz Einhaltung dieser Leitlinien eine Vertriebsvereinbarung für ungültig erklären. Die Rechtsprechung ist derzeit noch im Fluss.

Praxistipp: Wenn Ihre Vertriebsbedingungen Vorschriften zum Online-Vertrieb enthalte, sollten Sie diese anhand der neuen Vorgaben überprüfen. Möglicherweise lassen sich jetzt auch neue Vertriebskonzepte einführen, die vorher noch als rechtlich unsicher einzustufen waren.

*Eva Bonacker, München
e.bonacker@skwschwarz.de*

Lockerung des Preisbindungsverbotes in Vertriebsverträgen?

Die neuen Leitlinien der Europäischen Kommission (s.o.) enthalten unter anderem einen kurzen Abschnitt über die Preisbindung der zweiten Hand. Zur Erinnerung: Preisbindung der zweiten Hand, also eine zwischen Hersteller und Händler vereinbarte Preisbindung in Vertriebsverträgen, ist als sogenannte Kernbeschränkung strengstens verboten. Ausnahmen gelten lediglich für Höchstpreisbindungen und unverbindliche Preisempfehlungen, sowie für echte Handelsvertreter ohne eigenes wirtschaftliches Risiko.

Mit den Leitlinien wird nun nicht mehr ausgeschlossen, in besonderen Ausnahmefällen Ausnahmen von diesem Preisbindungsverbot zu gestatten (Abschnitt VI.2.10). Dies könne beispielsweise in Betracht kommen, wenn

- eine Preisbindung zur Einführung eines neuen Produktes notwendig ist, wenn eine anderweitige Verpflichtung der Händler zu verkaufsfördernden Maßnahmen nicht sinnvoll erscheint,
- in Vertriebs- oder Franchisesystemen kurzfristige Sonderaktionen von max. zwei bis sechs Wochen koordiniert werden sollen, oder
- damit effektiv sogenannte Trittbrettfahereffekte vermieden werden können, die entstehen, wenn Einzelhändler ohne Kundenbetreuung zu besonders niedrigen Preisen die Ware anbieten, aber darauf angewiesen sind, dass der Kunde sich bereits bei anderen Einzelhändlern mit Kundenbetreuung hat beraten lassen.

Wichtig ist, dass die Kommission hier lediglich in Erwägung zieht, dass im Einzelfall eine Ausnahme gelten kann. Eine grundsätzliche Aussage, dass in diesen Fällen eine Preisbindung allgemein möglich ist, wird nicht getroffen. Die Rechtsunsicherheit ist daher nach wie vor erheblich.

Praxistipp: Bevor Sie von einer Produkteinführung oder Erschließung eines neuen Vertriebsgebietes absehen, weil sie ausschließlich mit einer Preisbindung der zweiten Hand Erfolgchancen sehen, prüfen Sie, ob ein Ausnahmefall vom Preisbindungsverbot in Betracht kommt. Das Gespräch mit den Behörden kann vorab gesucht werden, um die Risiken der Selbsteinschätzung zu minimieren.

Eva Bonacker, München
e.bonacker@skwschwarz.de

Praxisgruppe Gesellschaftsrecht / M&A

Frank van Aalen
Eva Bonacker
Dr. Michael Brauch
Dr. Oliver M. Bühn²
Dr. Andrea Geiger³
Matthias Götz
Dr. Christoph Haesner M.C.L.
Dr. Bernd Joch
Klaus Kelwing
Dr. Olaf Kreißl
Stefan Kridlo²
Sabine Kröger
Dr. Eberhard Kromer MBA
Natalia Labedi
Caroline Lorenz
1 Fachanwälte für Handels- und Gesellschaftsrecht
2 Notar
3 Avocat a lá Cour

Frank Müller
Dr. Ulrich Muth
Dr. Matthias Nordmann M.A.¹
Manfred Ottinger
Ulrich Ruchartz LL.M. oec.
Ermbrecht Rindtorff
Dr. Tatjana Schroeder
Andreas Seidel
Dr. Jürgen Sparr LL.M.
Dr. Johannes Thoma
Dr. Sebastian Graf von Wallwitz LL.M.¹
Dr. Bettina Wawretschek
Dr. Manfred Westpfahl²
Eylem Yıldiz
Dr. Josef Zeller¹

Impressum

SKW Schwarz Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer
Partnerschaft, AG München PR 884
Vertretungsberechtigter: Prof. Dr. Mathias Schwarz
Redaktionell Verantwortlicher: Dr. Tatjana Schroeder
E-Mail: gesellschaftsrecht@skwschwarz.de

Standorte:

10719 **Berlin**
Kurfürstendamm 38/39
T +49 (0) 30.8892650-0
F +49 (0) 30.889265010

40212 **Düsseldorf**
Steinstraße 1/Kö
T +49 (0) 221.828959-0
F +49 (0) 221.828959-60

60598 **Frankfurt/Main**
Mörfelder Landstraße 117
T +49 (0) 69.630001-0
F +49 (0) 69.635522

20095 **Hamburg**
Ferdinandstraße 3
T +49 (0) 40.33401-0
F +49 (0) 40.33401-521

80333 **München**
Wittelsbacherplatz 1
T +49 (0) 89.28640-0
F +49 (0) 89.28094-32

Um den Unternehmensrechts-Ticker abzubestellen, senden Sie uns bitte eine E-Mail oder informieren Ihren Ansprechpartner in der Kanzlei. Gerne informieren wir Sie auch über unsere anderen Ticker und Newsletter. Gesetzliche Berufsbezeichnung: Rechtsanwalt/-anwältin der BRD Zuständige Rechtsanwaltskammer: Rechtsanwaltskammern Berlin, Düsseldorf, Frankfurt a.M., Hamburg und München Die berufsrechtlichen Regelungen sind unter <http://www.brak.de> in der Rubrik „Berufsrecht“, Informationspflichten gem. § 5 TMG abrufbar.
© SKW Schwarz 2010