

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 72

Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage

Eine Untersuchung am Beispiel des Kartellrechts

Von

Rafael Harnos



Duncker & Humblot · Berlin

RAFAEL HARNOS

Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 72

Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage

Eine Untersuchung am Beispiel des Kartellrechts

Von

Rafael Harnos



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz
hat diese Arbeit im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-14167-8 (Print)

ISBN 978-3-428-54167-6 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84167-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz im Wintersemester 2012/13 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 15. Februar 2013 statt. Soweit möglich sind die Rechtsprechung und das Schrifttum bis Mai 2013 berücksichtigt worden.

Bedanken möchte ich mich vor allem bei Herrn Professor Dr. Jens Koch, der als mein akademischer Lehrer die Arbeit umfassend gefördert hat. Als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl hatte ich stets die Möglichkeit, mich juristisch und persönlich weiterzuentwickeln. Diese prägende Zeit werde ich in schöner Erinnerung behalten.

Herrn Professor Dr. Jörg Eisele danke ich für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Mein ganz herzlicher Dank gilt auch Herrn Dr. Moritz Rudzio, der die Arbeit durch zahlreiche Diskussionen maßgeblich beeinflusst und das Manuskript kritisch durchgesehen hat.

Schließlich möchte ich meiner Familie danken, die mich während des Studiums sowie bei der Anfertigung dieser Arbeit kräftig unterstützt hat.

Konstanz, im Mai 2013

Rafael Harnos

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einführung 25

§ 1 Problemaufriss 25

§ 2 Kartellrecht als Referenzmodell 27

§ 3 Gang der Untersuchung 36

Kapitel 2

Grundlagen der Vorstandshaftung 39

§ 4 Vorstandsmitglieder als Adressaten einer Geldbuße 39

§ 5 Deliktische Schadensersatzpflicht des Vorstands 46

§ 6 Innenhaftung des Vorstands gem. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG 71

Kapitel 3

Ermessensspielräume des Vorstands 108

§ 7 Ermessensspielräume bei der Außenhaftung 108

§ 8 Ermessensspielräume bei der Innenhaftung 115

Kapitel 4

Rechtliche Unsicherheit als Problem der Irrtumsdogmatik 155

§ 9 Irrtum im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht 155

§ 10 Irrtum im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht 230

§ 11 Rechtsirrtum im Zivilrecht 233

*Kapitel 5***Rechtsirrtum und Verschuldensmaßstab** 257

§ 12 Beurteilungsmaßstab im Ordnungswidrigkeiten- und Zivilrecht 257

§ 13 Strategien zur Haftungsvermeidung 298

*Kapitel 6***Untersuchungsergebnisse** 331**Literaturverzeichnis** 336**Stichwortverzeichnis** 371

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einführung	25
§ 1 Problemaufriss	25
§ 2 Kartellrecht als Referenzmodell	27
I. System der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung und <i>more economic approach</i>	27
II. Beispiele für Rechtsanwendungsschwierigkeiten	30
1. Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB	30
2. Legalausnahme in Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB	32
3. Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB	33
III. Parallelprobleme in anderen Rechtsgebieten	35
§ 3 Gang der Untersuchung	36

Kapitel 2

Grundlagen der Vorstandshaftung	39
§ 4 Vorstandsmitglieder als Adressaten einer Geldbuße	39
I. Bußgeldrechtliche Haftung der Geschäftsleiter im GWB	39
1. Eigenständiges Handeln des Vorstands	39
2. Verletzung einer betriebsbezogenen Aufsichtspflicht	43
3. Einzel- oder Kollegialverantwortung	44
II. Haftungslage in der europäischen Kartellverfahrensordnung	45
III. Zusammenfassung	45
§ 5 Deliktische Schadensersatzpflicht des Vorstands	46
I. Vorstandsmitglieder als Adressaten des § 33 Abs. 1, 3 GWB	46

II. Unternehmenseigenschaft als Voraussetzung des § 33 Abs. 1, 3 GWB	48
1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 33 GWB	48
2. Passivlegitimation im Kartelldeliktsrecht aus europäischer Perspektive ...	49
3. Sanktionssystem des GWB	50
a) Innere Systematik des § 33 GWB	50
b) Struktur der zivil- und bußgeldrechtlichen Sanktionsnormen	51
4. Ergebnis	51
III. Zurechnung der Unternehmenseigenschaft	52
1. § 81 GWB als Verbotsnorm i.S.d. § 33 Abs. 1, 3 GWB	52
2. Außenhaftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht	55
a) Schadensersatzhaftung der Geschäftsleiter nach § 9 UWG	55
b) Schadensersatzhaftung der Geschäftsleiter im Immaterialgüterrecht ...	58
3. Haftungsmodell des § 830 BGB	59
4. Analoge Anwendung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG	59
5. Ergebnis	64
IV. Deliktische Außenhaftung wegen mangelnder Organisation	64
1. Verletzung von Verkehrspflichten	64
2. Verletzung eines Schutzgesetzes, § 823 Abs. 2 i.V.m. § 130 OWiG	66
V. Zusammenfassung	70
§ 6 Innenhaftung des Vorstands gem. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG	71
I. Wirtschaftlicher Hintergrund der Innenhaftung	71
II. Legalitätspflicht des Vorstands als Anknüpfungspunkt der Innenhaftung ...	72
1. Legalität und Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG	72
a) Geschriebene Geschäftsleiterpflichten im Innen- und Außenverhältnis .	72
b) Pflichten der Gesellschaft im Außenverhältnis	73
c) Legalitätspflicht als Unterfall der allgemeinen Sorgfaltspflicht	76
2. Begründungsansätze im Schrifttum	79
3. Legalitätspflicht als Grundlage der Vorstandskontrolle	80
a) Bestimmungen des Deutschen Corporate Governance Kodex	80
b) Interne Legalitätspflicht und Allgemeinwohlbindung	81

c) Wertungen des Aktiengesetzes	82
aa) Auflösung der Gesellschaft nach § 396 Abs. 1 AktG	82
bb) Einfluss des § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG	84
cc) Sonderprüfung und Aktionärsklage	85
dd) Risikofrüherkennungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG	87
ee) Zwischenergebnis	88
d) Regierungsbegründung zum UMAG	88
e) Regelungsziel des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG	89
f) Legalitätspflicht und Kartellverstoß	93
4. Nützliche Gesetzesverletzung als Ausnahme von der Legalitätspflicht	96
5. Ergebnis	98
III. Verschulden	99
IV. Schaden der Gesellschaft	100
1. Mögliche Schadensposten	100
2. Vorteilsanrechnung im Spannungsfeld zwischen Kompensation und Prävention	101
3. Ergebnis	103
V. Regressverbot und Regressbeschränkungen	104
1. Meinungsstand	104
2. Kein Regressverbot wegen bußgeldrechtlicher Besonderheiten	105
3. Möglichkeit einer Regressbeschränkung	106
VI. Zusammenfassung	107

Kapitel 3

Ermessensspielräume des Vorstands 108

§ 7 Ermessensspielräume bei der Außenhaftung	108
I. Begrenzung der Haftungsgefahr durch Ermessensspielräume	108
II. Spielräume der Verwaltung im deutschen und europäischen Recht	110
1. Tatbestandlicher Beurteilungsspielraum im deutschen Verwaltungsrecht ..	110
2. Ermessen der europäischen Behörden	111

III. Beurteilungsspielraum des Normadressaten im Kartellrecht	113
IV. Zusammenfassung	114
§ 8 Ermessensspielräume bei der Innenhaftung	115
I. Zusammenspiel zwischen Legalitätspflicht und Business Judgment Rule in der Rechtsprechung und im Schrifttum	115
1. Rechtslage vor Einführung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	115
2. Problemaufriss und Meinungsstand unter Geltung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	116
a) Unternehmerische Entscheidung als Tatbestandsmerkmal mit Filter- funktion	116
b) Vorrang der Legalitätspflicht vor der Business Judgment Rule	118
c) Unbestimmte Rechtsbegriffe als ein Anwendungsfall der Business Judgment Rule	119
d) Analoge Anwendung der Business Judgment Rule auf unbestimmte Rechtsbegriffe	123
e) Ausnahme von der Legalitätspflicht bei unbestimmten Rechtsbegriffen	124
II. Kartellrechtlich determinierte Maßnahmen als unternehmerische Entschei- dungen i.S.d. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	125
1. Unternehmerische Entscheidungen in der Umgangssprache	125
2. Zweideutige Aussagen in den Gesetzesmaterialien	126
3. Zweck der Business Judgment Rule und unbestimmte Rechtsbegriffe	127
a) Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG im Haftungsprozess	127
b) Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG durch den Aufsichtsrat	130
4. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG als Vermutung pflichtgemäßen Verhaltens	131
a) Dogmatischer Charakter des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	131
b) Folgerungen für kartellrechtlich determinierte Entscheidungen	133
5. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und Schutz des Entscheidungsinhalts	134
a) Funktionsweise der Business Judgment Rule im Schrifttum	134
b) Unterscheidung zwischen Entscheidungsprozess und Entscheidungs- inhalt	135
c) Entscheidungsprozess aus betriebswirtschaftlicher Sicht	138
d) Folgerungen für kartellrechtlich determinierte Entscheidungen	139
6. Ergebnis	141

III. Keine Analogie zu § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bei rechtlichen Unsicherheiten	141
IV. Beurteilungsspielräume außerhalb des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	142
1. Unterscheidung zwischen Business Judgment Rule und tatbestandlichem Beurteilungsspielraum	142
2. Vorschriften mit tatbestandlichem Beurteilungsspielraum	143
a) Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG	143
b) Upstream loans nach § 57 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 AktG	144
c) Vorstandsvergütung nach § 87 AktG	146
d) Weitere Normen mit tatbestandlichem Beurteilungsspielraum	147
V. Rechtliche Unsicherheit als Verschuldensproblem	149
1. Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Sorgfaltsverstoß	149
2. Rechtsfolgenbetrachtung	150
3. Beispiele für Normen ohne Beurteilungsspielraum	153
VI. Zusammenfassung	154

Kapitel 4

Rechtliche Unsicherheit als Problem der Irrtumsdogmatik	155
§ 9 Irrtum im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht	155
I. Zusammenspiel zwischen Irrtum, Geldbuße und zivilrechtlicher Haftung	155
II. Irrtumsarten im Rahmen des § 11 OWiG	156
1. Irrtum bei deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen	156
2. Irrtum bei gesamtatbewertenden Merkmalen	159
3. Irrtum bei Blankettgesetzen	161
4. Erlaubnis- und Erlaubnistatbestandsirrtum	162
5. Praktische Relevanz der Unterscheidung zwischen den Irrtumsarten im Kartellordnungswidrigkeitenrecht	164
III. Entwicklung der Irrtumslehre im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht	167
1. Rechtslage unter Geltung des § 59 RStGB	167
a) Reichsgerichtliche Rechtsprechung zum Rechts- und Tatsachenirrtum	167
b) Kritik und Lösungsansätze im Schrifttum	168

2. Entwicklung im Kernstrafrecht in der Nachkriegszeit	169
3. Übernahme der Schuldtheorie ins Ordnungswidrigkeitenrecht	171
IV. Parallelwertungslehre als herrschendes Konzept	172
1. Die Parallelwertungslehre im straf- und ordnungsrechtlichen Schrifttum ..	172
a) Deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale	172
b) Misslungene Parallelwertung und Verbotsirrtum	173
c) Parallelwertungslehre im kartellrechtlichen Schrifttum	175
2. Übernahme der Parallelwertungslehre durch die Rechtsprechung	176
a) Deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale	176
b) Misslungene Parallelwertung und Verbotsirrtum	176
3. Ergebnis	177
V. Abkehr von der Parallelwertungslehre im Schrifttum	178
1. Teleologische Lösungsansätze	178
2. Eingeschränkte Vorsatztheorien	180
3. Rückkehr zur reichsgerichtlichen Unterscheidung	182
a) Kuhlens Zeitstruktur als Abgrenzungskriterium	182
b) Gegenstandsbezogener und begriffsbezogener Irrtum (Haft)	183
c) Subsumtionsvorgang als Abgrenzungshilfe (Kindhäuser)	184
d) Sprachwissenschaftlicher Ansatz von Puppe	184
e) Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum	186
4. Ergebnis	186
VI. Lösungsansatz zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum ..	187
1. Tragfähigkeit der Unterscheidung zwischen deskriptiven, normativen und gesamttatbewertenden Tatbestandsmerkmalen	187
2. Parallelwertung in der Laiensphäre als „Bauchgefühlkriterium“	190
a) Systematische Bedenken gegen die Parallelwertungslehre	190
b) Inkonssequenzen in der Rechtsprechung	193
aa) Irrtumsrechtsprechung des BGH zum Parteiverrat	193
bb) Judikatur zu den sonstigen Straftatbeständen des StGB	195
cc) Inkonssequenzen der Instanzgerichte	196
c) Rechtsunsicherheit als Folge der Parallelwertungslehre	197

3. Schwächen einer rechtsgutsbezogenen Betrachtung	200
4. Eingeschränkte Vorsatztheorie als Vorschlag de lege lata?	201
5. Teilweise Rückkehr zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung	203
a) Unzulänglichkeiten der reichsgerichtlichen Rechtsprechung	203
b) Unpräzise Fassung des § 11 Abs. 1 OWiG	206
c) Systematische Überlegungen	207
d) Unterscheidung zwischen der Kenntnis von Tatsachen und der rechtlichen Wertung	208
6. Reichsgerichtliche Unterscheidung im Kartellrecht	213
7. Ergebnis	215
VII. Verhältnis zwischen Verbotsirrtum und Unrechtszweifeln	215
1. Problemaufriss und Meinungsstand	215
2. Unrechtszweifel als Fall des Verbotsirrtums	218
a) Keine Übertragung der Grundsätze über den Eventualvorsatz	218
b) Unrechtszweifel und Unzumutbarkeit	221
c) Analoge Anwendung des § 11 Abs. 2 OWiG bzw. § 17 StGB	224
VIII. Zusammenfassung	229
§ 10 Irrtum im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht	230
I. Bedeutung der europäischen Irrtumsdogmatik für die Vorstandshaftung	230
II. Grundzüge der europäischen Irrtumsdogmatik	231
§ 11 Rechtsirrtum im Zivilrecht	233
I. Zusammenspiel zwischen Rechtsirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit	233
1. Fehlende Legaldefinition des Rechtsirrtums	233
2. Vorsatztheorie im Zivilrecht	234
a) Auswirkungen des Rechtsirrtums auf Vorsatz und Fahrlässigkeit	234
b) Bedingter Vorsatz bei Rechtsfragen	239
3. Ergebnis	242
II. Verschuldenserfordernis im Kartelldeliktsrecht	243
1. Bedeutung des Verschuldens in § 33 Abs. 1, 3 GWB	243
2. Auswirkungen des Europarechts auf das Verschuldensprinzip	243

3. Schuldtheorie im Rahmen des § 33 Abs. 1, 3 GWB?	246
a) Problemaufriss und Meinungsstand	246
b) Einfluss der Vorschriften über die Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen	247
c) Fehlende Vergleichbarkeit zu § 826 BGB	249
d) Unterschied zwischen § 33 Abs. 1, 3 GWB und § 823 Abs. 2 BGB	250
4. Anwendung des § 33 Abs. 1, 3 GWB auf dem Boden der Vorsatztheorie	251
III. Verschuldenserfordernis bei der Innenhaftung	253
1. Bedeutung des Verschuldens für die Geschäftsleiterhaftung	253
2. Zwei Anknüpfungspunkte für den Rechtsirrtum	255
IV. Zusammenfassung	256

Kapitel 5

Rechtsirrtum und Verschuldensmaßstab	257
§ 12 Beurteilungsmaßstab im Ordnungswidrigkeiten- und Zivilrecht	257
I. Tendenzen in der Rechtsprechung und im Schrifttum	257
1. Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums als Regelfall	257
a) Rechtsirrtum im allgemeinen Ordnungswidrigkeiten- und Zivilrecht ...	257
b) Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums im Kartell- und Aktienrecht	260
2. Gesteigerte Beachtlichkeit des Rechtsirrtums	261
II. Rechtsirrtum und Verschuldensprinzip im Ordnungswidrigkeitenrecht	264
1. Vorwerfbarkeit als Voraussetzung einer Ordnungswidrigkeit	264
2. Sozialethische Farblosigkeit des Ordnungswidrigkeitenrechts	265
3. Unvermeidbarkeit als Folge staatlicher Ingerenz	268
4. Systematische Überlegungen	271
5. Verhaltenssteuerung durch Ordnungswidrigkeitenrecht	272
6. Verschuldensprinzip im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht ..	273
7. Ergebnis	274
III. Rechtsirrtum und Verschuldensprinzip im Zivilrecht	274
1. Behandlung des Rechtsirrtums im Zivilrecht vor Kodifizierung des BGB ..	274
2. Vorstellungen der Gesetzesverfasser: Vom BGB zur 7. GWB-Novelle	276

3. Milderer Verschuldensmaßstab in ausgewählten Gebieten des Zivilrechts .	278
a) Verschulden und Rechtsirrtum im Staatshaftungsrecht	278
b) Sorgfaltsmaßstab bei unbegründeter Rechtsverfolgung	279
aa) Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung	279
bb) Geltendmachung von vertraglichen Ansprüchen	283
cc) Vergleich mit kartellrechtlichen Sachverhalten	284
c) Verschulden bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht	286
4. Zweck des Verschuldensprinzips	287
a) Verschulden und Risikoverteilung	287
b) Risikoverteilung bei der Gefährdungshaftung	290
aa) Grundsätze der Gefährdungshaftung	290
bb) Tätigkeit am Markt als Fall der Gefährdungshaftung?	293
c) Anwendung des Kartellrechts als Risiko	294
5. Ergebnis	297
IV. Zusammenfassung	297
§ 13 Strategien zur Haftungsvermeidung	298
I. Anwaltlicher Rechtsrat	298
1. Auswahl der Auskunftsperson	298
a) Unternehmensinterne Rechtsabteilung	298
b) Externe Rechtsberater	300
c) Anforderungen an die Sachkunde	301
2. Offenlegung des Sachverhalts	302
3. Plausibilitätsprüfung	304
4. Zurechnung von Fehlern der Auskunftsperson	305
5. Rechtmäßiges Alternativverhalten	308
6. Zusammenfassende Bewertung aus Sicht der Geschäftsleitung	310
II. Auskunft der Kartellbehörden	310
1. Behördliche Auskunft zwischen Vertrauensschutz und Orientierungsfunktion	310

2. Möglichkeiten des Vorstands im formalisierten Verfahren	313
a) Positiventscheidung nach Art. 10 VerfVO	313
aa) Enger Anwendungsbereich des Art. 10 VerfVO	313
bb) Weitreichende Folgen der europarechtlichen Positiventscheidung ..	316
b) Nichttätigkeitsverfügung nach § 32c GWB	317
aa) Weiter Tatbestand des § 32c GWB	317
bb) Eingeschränkte Rechtsfolgen der Nichttätigkeitsverfügung	320
3. Informelle Beratung durch Kartellbehörden	324
a) Beratungsschreiben der Europäischen Kommission	324
b) Informelle Beratung durch das Bundeskartellamt	327
4. Zusammenfassende Bewertung aus Sicht der Geschäftsleitung	327
III. Dokumentation	329
IV. Zusammenfassung	329

Kapitel 6

Untersuchungsergebnisse	331
Literaturverzeichnis	336
Stichwortverzeichnis	371

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Absch.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte(r) Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AL	AD LEGENDUM
allg.	allgemein
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich(e)
Az.	Aktenzeichen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBergG	Bundesberggesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DVBf.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf	Einführung
Einl	Einleitung
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht/Generalanwalt
gem.	gemäß
GenTG	Gentechnikgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GS	Gedächtnisschrift/Liber Amicorum
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.A.	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HPfIG	Haftpflichtgesetz
Hs.	Halbsatz
HwO	Handwerksordnung
i.H.v.	in Höhe von
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung

i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JehrJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
krit.	kritisch(e)
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LG	Landgericht
lit.	litera/Buchstabe
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Millionen
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MMR	Multimedia und Recht
Mrd.	Milliarden
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
N&R	Netzwirtschaften und Recht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PatG	Patentgesetz
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz

ProdHaftG	Produkthastungsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RegBegr	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
s.	siehe
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannte(r/n)
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SVR	Straßenverkehrsrecht (Zeitschrift)
teilw.	teilweise
TVR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
UrhG	Urhebergesetz
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	van/von
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (Teil A)
Vor	Vorbemerkung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Kommentierende Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRFC	Risk, Fraud & Compliance (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Kapitel 1

Einführung

§ 1 Problemaufriss

Die Geschäftsleiterhaftung steht seit Jahren im Mittelpunkt der politischen und wissenschaftlichen Diskussion. In der Rechtspolitik zeigen sich in den letzten Jahren immer stärkere Tendenzen, die Haftung der Geschäftsleiter zu verschärfen und den Aktionären Mittel in die Hände zu geben, mit denen sie Ansprüche gegen pflichtvergessene Vorstandsmitglieder wirksam verfolgen können.¹ Auch staatliche Institutionen und gesellschaftsfremde Gläubiger sollen in die Lage versetzt werden, etwaiges Fehlverhalten der Geschäftsleiter wirksam zu sanktionieren. Die Summen, die der Vorstand im Fall einer Inanspruchnahme leisten muss, können dabei beträchtlich sein. Zugleich webt der Gesetzgeber im Sekundentakt ein immer undurchsichtigeres Netz von Pflichten, die Geschäftsleiter im Rahmen ihrer Organ-tätigkeit zu beachten haben. Die Grenzen dieser Pflichten sind dabei nicht immer klar umrissen, sondern erfordern von den Vorstandsmitgliedern eine sorgfältige juristische Analyse, die selbst ausgebildete Juristen vor erheblichen Herausforderungen stellt. Die fortschreitende Verschärfung der Vorstandshaftung ist irritierend, wenn man bedenkt, dass das Fehlverhalten der Geschäftsleitung häufig nur in reinen Auslegungsfehlern liegt, die in ihrem Unrechtsgehalt zwar nicht besonders schwerwiegend erscheinen, aber dennoch mit voller Wucht sanktioniert werden: Der Vorstand muss nicht nur mit Geldbußen und Schadensersatzansprüchen rechnen, sondern ihm droht darüber hinaus ein Verlust des Arbeitsplatzes und der Reputation. Hinzu kommt, dass diese Auslegungsfehler des Vorstands in zahlreichen Fällen lediglich darauf zurückzuführen sind, dass der Gesetzgeber selbst seinen rechtsstaatlichen Pflichten nur dürftig nachgekommen ist, indem er nicht für eine hinreichend klare Rechtslage gesorgt hat.

¹ Im Zuge des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.9.2005 (BGBl. I, S. 2802; im Folgenden: UMAG) stärkte der Gesetzgeber die Verfolgungsrechte der Aktionäre. Mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31.7.2009 (BGBl. I, S. 2509; im Folgenden: VorstAG) führte er in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG eine Selbstbehaltspflicht für Vorstandsmitglieder für den Fall ein, dass die Gesellschaft zu deren Gunsten einen D&O-Versicherungsvertrag abgeschlossen hatte. Zudem wurde im Zuge des Restrukturierungsgesetzes (BGBl. I 2010, S. 1900) die Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche gegen Geschäftsleiter börsennotierter Unternehmen auf zehn Jahre verlängert.

Diese – aus Sicht des Vorstands missliche – Situation hat zu zahlreichen Versuchen geführt, die Geschäftsleiterhaftung auf ein angemessenes Maß zu beschränken. Im legislatorischen Bereich ist etwa die Kodifizierung der Business Judgment Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG durch das UMAG zu nennen.² Das Schrifttum bemüht sich, die Folgen der Vorstandshaftung durch Regressbeschränkungen oder im Rahmen der Schadensberechnung zu entschärfen.³ Im Mittelpunkt dieser Arbeit soll die Frage stehen, ob und inwieweit Auslegungsfehler die Geschäftsleiterhaftung begründen können und unter welchen Umständen sich der Vorstand entlasten kann, wenn er eine Fehlentscheidung aufgrund unklarer Rechtslage getroffen hat. Um eine Verständniskulisse zu schaffen, werden in einem ersten Schritt die Grundlagen der Vorstandshaftung untersucht. Die herrschende Auffassung im Schrifttum geht davon aus, dass die Geschäftsleiter für ihr Fehlverhalten bußgeld-, straf- und zivilrechtlich sanktioniert werden können. Insbesondere im Aktienrecht ist das Meinungsbild einhellig: Zahlreiche Autoren stellen auf die sog. Legalitätspflicht ab, deren schuldhafte Verletzung einen Schadensersatzanspruch begründet. Darunter wird die Pflicht des Vorstands verstanden, dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft im Außenverhältnis rechtmäßig handelt. Die Grundlagen der Legalitätspflicht werden aber meist stiefmütterlich behandelt. Kann die ordnungs- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands – insbesondere die interne Legalitätspflicht – entgegen der herrschenden Auffassung nicht begründet werden, stellt sich auch die Frage nach einer Enthftung nicht.

Muss die Geschäftsleitung mit einer Inanspruchnahme rechnen, ist zu untersuchen, wie die Rechtsordnung auf Verstöße gegen Normen reagiert, deren Reichweite nicht hinreichend deutlich umrissen ist. Es ist zu klären, ob und inwieweit ein Vorstandsmitglied haftet, wenn es eine unscharf formulierte Vorschrift anders auslegt als die Gerichte, und mit welchen Mitteln es sich in einem solchen Fall verteidigen kann. Dabei sind im Ausgangspunkt zwei dogmatische Wege denkbar: Zum einen könnte sich der Vorstand auf einen Ermessensspielraum berufen, um der Haftung zu entgehen. Steht dem Vorstand ein solcher Spielraum zu, kann er sich innerhalb dessen Grenzen bewegen, ohne dass er für sein Verhalten sanktioniert werden darf. In diesem Zusammenhang spielt insbesondere die Business Judgment Rule eine zentrale Rolle: In § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG hat der Gesetzgeber die Grenzen des Geschäftsleiterermessens kodifiziert. Zum anderen ist zu untersuchen, ob sich der Vorstand exkulpieren kann, indem er sich auf einen Rechtsirrtum beruft. Der Rechtsirrtum als Entlastungsinstrument beschäftigt die Wissenschaft und Praxis seit einigen Jahrhunderten. Dennoch ist bislang weder der Rechtsprechung noch dem Schrifttum gelungen, eine überzeugende Lösung des Problems zu entwickeln. Mit Blick auf die bisherige Entwicklung wird in der Untersuchung der Versuch unternommen, einen dogmatisch abgesicherten und zugleich praktikablen Weg zu finden, um das Irrtumsproblem in den Griff zu bekommen.

² Zur Business Judgment Rule ausf. unter § 8.

³ Dazu § 6 IV. und V.

Als Referenzmodell soll dabei ein Rechtsgebiet dienen, dessen praktische Relevanz für die Vorstandsverantwortlichkeit bislang nicht hinreichend gewürdigt wurde: das Kartellrecht. Zahlreiche Unternehmen kommen mit dem Wettbewerbsrecht in Berührung, etwa wenn sie mit ihren Lieferanten und Kunden über Preise oder Vertragsbedingungen verhandeln oder planen, mit Konkurrenten zur Ausnutzung von Synergieeffekten eine gemeinsame Geschäftstätigkeit einzugehen. Aus Sicht der Geschäftsleiter sind solche Kontakte eine Quelle erheblicher Haftungsrisiken, weil kartellrechtliche Regelungen häufig unklar und dadurch in der praktischen Anwendung schwer zu handhaben sind.⁴ Hinzu kommt, dass die Kartellbehörden eine Wettbewerbspolitik verfolgen, die auf Abschreckung ausgerichtet ist.⁵ Die Europäische Kommission verhängte im Zeitraum zwischen 2007 und 2010 Geldbußen in einer Gesamthöhe von über 10 Mrd. Euro.⁶ Auch das Bundeskartellamt verschärfte seine Sanktionspraxis: Während die Summe der im Zeitraum zwischen 1994 und 1997 verhängten Geldbußen ca. 165 Mio. Euro betrug, stieg sie im Zeitraum zwischen 2006 und 2009 auf ca. 1 Mrd. Euro an. Im Durchschnitt verhängte das Bundeskartellamt gegen ein wettbewerbswidrig handelndes Unternehmen von 2006 bis 2009 eine Geldbuße i.H.v. ca. 12 Mio. Euro.⁷ Schließlich ist nicht zu vernachlässigen, dass die private Durchsetzung des Kartellrechts schrittweise fortentwickelt wird, wodurch die Haftungsgefahren steigen.⁸ Vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Besonderheiten beschäftigt sich die Untersuchung nicht nur mit den allgemeinen Fragen der Ermessens- und Irrtumsdogmatik, sondern geht auch auf spezifisch wettbewerbsrechtliche Probleme ein und rundet die methodischen Ausführungen mit praxisrelevanten Beispielen ab.

§ 2 Kartellrecht als Referenzmodell

I. System der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung und *more economic approach*

Die besondere Haftungsrelevanz des Kartellrechts ergibt sich aus zwei Umständen: Zum einen gehen die Wettbewerbsbehörden dazu über, schärfere Sanktionen gegen kartellrechtswidrig handelnde Unternehmen zu verhängen.⁹ Zum anderen ist das Kartellverfahrensrecht auf europäischer und deutscher Ebene grund-

⁴ Dazu im Detail § 2.

⁵ Hierzu etwa der Präsident des Bundeskartellamts *Mundt*, FS Möschel, S. 427, 429 ff.

⁶ Zu den Zahlen *Fabisch*, WuW 2013, 91, 92 f.; *Meyer-Lindemann*, WuW 2011, 1235, 1236. Vgl. aber auch *Weitbrecht/Mühle*, EuZW 2012, 290 f., die feststellen, dass die Kommission seit Beginn der Finanzmarktkrise bemüht ist, die Bußgelder nicht weiter ansteigen zu lassen.

⁷ So die Zusammenstellung von *Mundt*, FS Möschel, S. 427, 431 f. Vgl. ferner *Meyer-Lindemann*, WuW 2011, 1235, 1236.

⁸ Dazu *Meyer-Lindemann*, WuW 2011, 1235, 1243 ff.; *Mundt*, FS Möschel, S. 427, 438 f.

⁹ Vgl. bereits § 1.