

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 Tritsch 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*

<b>Einführung</b>	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*

<b>Grundlagen der Vorstandshaftung</b>	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) Inkonsequenzen in der Rechtsprechung .....	193
aa) Irrtumsrechtsprechung des BGH zum Parteiverrat .....	193
bb) Judikatur zu den sonstigen Straftatbeständen des StGB .....	195
cc) Inkonsequenzen 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*

<b>Rechtsirrtum und Verschuldensmaßstab</b>	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*

<b>Untersuchungsergebnisse</b>	331
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	336
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	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)
DVBl.	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	Genechnikgesetz
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
PfIVG	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.<sup>1</sup> 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.

---

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Das Schrifttum bemüht sich, die Folgen der Vorstandshaftung durch Regressbeschränkungen oder im Rahmen der Schadensberechnung zu entschärfen.<sup>3</sup> 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.

---

<sup>2</sup> Zur Business Judgment Rule ausf. unter § 8.

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Hinzu kommt, dass die Kartellbehörden eine Wettbewerbspolitik verfolgen, die auf Abschreckung ausgerichtet ist.<sup>5</sup> Die Europäische Kommission verhängte im Zeitraum zwischen 2007 und 2010 Geldbußen in einer Gesamthöhe von über 10 Mrd. Euro.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> Schließlich ist nicht zu vernachlässigen, dass die private Durchsetzung des Kartellrechts schrittweise fortentwickelt wird, wodurch die Haftungsgefahren steigen.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Zum anderen ist das Kartellverfahrensrecht auf europäischer und deutscher Ebene grund-

---

<sup>4</sup> Dazu im Detail § 2.

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

<sup>6</sup> 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.

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

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

<sup>9</sup> Vgl. bereits § 1.