

Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage

Eine Untersuchung am Beispiel des Kartellrechts

Von

Rafael Harnos



Duncker & Humblot · Berlin

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) 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

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 |
|-----------------------------------|-----|