

Betriebs Berater

8 | 2017

Recht | Wirtschaft | Steuern

20.2.2017 | 72. Jg.
Seiten 385–448

DIE ERSTE SEITE

Georg Gößwein, LL.M., RA

Die Führungskraft als Treiber eines ressourcenschonenden Compliance-Management-Systems

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Benjamin Koch, RA

Passt der IP-Oldtimer noch in die „Garagen“ von heute? – zu den IP-rechtlichen Herausforderungen bei agilen Arbeitsmodellen | 387

Dr. Albin Ströbl, RA, und **Dr. Cathrin Wentzel**, LL.M., RAin

Der Ausgleichsanspruch beim Vertrieb von Dauerschuldverhältnissen | 390

STEUERRECHT

Dr. Axel Nientimp, StB/FBISTr, **Dr. Stefan Stein**, StB/FBISTr, **Dr. Christian Schwarz** und **Dr. Nils Holinski**, StB

Zuordnung und Vergütung immaterieller Werte in Betriebsstättenstrukturen | 407

Wolfgang Neyer, StB

Der neue § 8d KStG: Verlustretter mit Schwachstellen | 415

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Joachim Schulze-Osterloh

Rangrücktritt in der Handelsbilanz zwischen BGH und BFH | 427

ARBEITSRECHT

Dr. Martin Nebeling, RA/FAArbR, und **Benjamin Karcher**, RA

Zugang einer Kündigungserklärung: Zustellungsmöglichkeiten und Probleme | 437

BB-Kommentar

„Das Kartellschadensersatzrecht gewinnt an Profil“

PROBLEM

Im Kartellschadensersatzrecht ist derzeit Vieles in Bewegung. Hierzu wird auch die kommende 9. GWB-Novelle ihren Beitrag leisten, welche die mit der 7. GWB-Novelle (2005) eingeführten Erleichterungen für Schadenersatzkläger auf Basis der Kartellschadenersatzrichtlinie fundamental erweitern wird. Unabhängig davon ist die Rechtsprechung zur geltenden Rechtslage – insbesondere die Frage der temporalen Anwendung des seit 2005 geltenden § 33 GWB noch uneinheitlich und höchstrichterlich nicht geklärt. Im Rahmen dieser Entwicklung ist das Urteil des OLG Karlsruhe als bedeutsame – wenn auch keineswegs abschließende – Entscheidung einzuschätzen. Selten hat eine Gerichtsentscheidung so viele – sich auch in den Leitsätzen niederschlagende – und z.T. umstrittene Grundaussagen zum Kartellschadensersatz in einem Fall gemacht. Die Revision wurde zugelassen – und beide Parteien haben Revision eingelegt. Der Fall wird daher viele umstrittene Fragen des Kartellschadensersatzrechtes höchstrichterlich klären. Er hat daher eine gewisse Sprengkraft.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Bundeskartellamt hatte im April 2003 u.a. gegen die Beklagte einen Bußgeldbescheid wegen kartellrechtswidriger Gebiets- und Quotenabsprachen (Grauzementkartell) erlassen. Auf deren Einspruch hatte das OLG Düsseldorf gegen die Beklagte Geldbußen wegen der Teilnahme an Quotenabsprachen auf einzelnen regional abgegrenzten Märkten festgesetzt. Dieses Urteil wurde mit Beschluss des BGH vom 26.2.2013 rechtskräftig. Die Klägerin erhob hierauf Anfang 2015 Feststellungsklage gegen die Beklagte im Hinblick auf den Ersatz sämtlicher durch die Absprachen im Zeitraum von 1993 bis 2002 entstandenen Schäden nebst Zinsen. Das LG Mannheim entsprach dem Klagantrag weitgehend. Beide Parteien haben Berufung eingelegt.

Der Fall des OLG Karlsruhe kann wie eine *tour d'horizon* des Kartellschadensersatzrechtes gelesen werden. Zunächst beschäftigt sich das Gericht mit den Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Feststellungsklage. Der Senat schränkt in Abweichung seiner bisherigen Rechtsprechung aus 2004 den Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage ein: Eine Feststellungsklage sei trotz einer an sich möglichen Leistungsklage zulässig, wenn die Erhebung einer Feststellungsklage aus prozessökonomischen Gründen geboten sei, was der Senat als erfüllt ansieht, wenn die Schadensermittlung eine komplexe Analyse der zugrunde liegenden Tatsachen und der wirtschaftlichen Zusammenhänge erfordere. Der Geschädigte müsse sich nicht unter Verweis auf die Möglichkeit der Schadensschätzung die Möglichkeit des Nachweises eines höheren Schadens abschneiden lassen.

Mit der Feststellung, bei einem Quotenkartell spreche der erste Anschein dafür, dass es sich allgemein preisstärker auswirke, bestätigt der Senat die bestehende BGH-Rechtsprechung und die entsprechende Richtlinienvorgabe in Art. 17 Abs. 2 der EU-Schadensersatzrichtlinie. Für die Praxis der Schadensermittlung bedeutsam ist ferner die Vermutung, dass ein Kartell im Regelfall innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr nach seiner Beendigung Nachwirkungen auf das Preisniveau hat. Gleiches gilt für die Anerkennung des „Umbrella-Effekts“ (betreffend Beschaffungsvorgänge von nicht am Kartell beteiligten Lieferanten [„Kartellaußenseitern“]). Dabei sei davon auszugehen, dass sich auch das Angebot eines Kartellaußenseiters daran orientieren werde, welcher Preis am Markt zu erzielen sei. Der

Senat bejaht auch insoweit einen Anscheinsbeweis. Darin sieht er sich auch nicht durch die EuGH-Rechtsprechung gehindert, da diese keine Einschränkung beim Beweismaß zu Lasten des Geschädigten vorsehe.

Im Hinblick auf die von Kartellanten regelmäßig vorgetragene „Passing-on-Defence“ macht der Senat es den Kartellanten schwer. Um ihrer Darlegungslast nach der ORWI-Rechtsprechung des BGH zu genügen, müssten sie zunächst anhand der allgemeinen Marktverhältnisse auf dem relevanten Absatzmarkt plausibel vortragen, dass eine Weiterwälzung der kartellbedingten Preiserhöhung zumindest ernsthaft in Betracht komme. Außerdem sei darzutun und nachzuweisen, dass der Weiterwälzung keine Nachteile des Abnehmers gegenüber stehen, insbesondere kein mit der Preiserhöhung korrespondierender Nachfragerückgang. Ob an dieser Rechtsprechung für die geltende Rechtslage allerdings nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle in dieser Strenge festzuhalten sein wird, ist eine offene Frage.

Für viele überraschend hat das OLG Karlsruhe festgestellt, dass die Hemmungswirkung des § 33 Abs. 5 GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle nur für seit dem 1.7.2005 entstandene Ansprüche gelte. Das OLG berief sich dabei auf eine Entscheidung des LG Düsseldorf, welche in Widerspruch zu zwei Entscheidungen des OLG Düsseldorf steht. Das LG Düsseldorf hat seine Meinung angesichts der beiden anderslautenden Entscheidungen des OLG Düsseldorf mittlerweile allerdings geändert (LG Düsseldorf, 8.9.2016 – 37 O 27/11 (Kart), NZKart 2016, 490 – Aufzugskartell).

Nach der bisher wohl herrschenden Meinung wäre damit die Klage wohl abweisungsreif gewesen. Denn die kenntnisunabhängige absolute Verjährung wäre überwiegend Ende 2011 eingetreten. Das OLG Karlsruhe vertritt jedoch die Auffassung, dass der Restschadensersatzanspruch gemäß § 852 S. 1 BGB noch nicht verjährt sei – allerdings ohne sich mit der Frage der Verjährung desselben überhaupt auseinanderzusetzen. Möglicherweise hat das Gericht angenommen, dass dessen zehnjährige Verjährung (§ 852 S. 2 BGB) erst mit dem *Ablauf* der kenntnisabhängigen Verjährung beginne. Soweit sich die Literatur mit dieser Frage auseinandersetzt, ging man bisher wohl davon aus, dass die 10-Jahres-Fristen in § 852 S. 2 BGB und § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB parallel laufen würden. Die Auffassung des OLG Karlsruhe würde hingegen zu einer Verlängerung der eigentlich absoluten zehnjährigen Verjährung führen.

Da der Anspruch aus § 852 BGB auf die „Herausgabe des durch das Kartell Erlangten“ zielt und somit nicht der gesamtschuldnerischen Haftung für alle Schäden dient, unterlag die Klägerin in Bezug auf sämtliche nicht bei der Beklagten bezogene Lieferungen. Bis zur Klärung durch den BGH werden Kartellgeschädigte daher gut daran tun, sich bei vor dem 1.7.2005 entstandenden Kartellschäden nicht auf die gesamtschuldnerische Haftung zu verlassen, sondern sämtliche Kartellanten zu verklagen, wenn sie sich nämlich – hilfsweise – doch noch auf den § 852 BGB berufen möchten.

PRAXISFOLGEN

Das Urteil ist für die Praxis von immenser Bedeutung, auch wenn nicht alle Fragen abschließend geklärt und neue aufgeworfen wurden. Die Erleichterungen der Voraussetzungen zur Erhebung einer Feststellungsklage mögen Kartellrechtsgeschädigte aufatmen lassen. Die Entscheidung könnte sich jedoch auch als Danaergeschenk erweisen. Lässt man nämlich unter erleichterten Voraussetzungen eine Feststellungsklage zu, so könnte die Rechtsprechung bei der nachfolgenden Leistungsklage dazu tendieren, § 287 ZPO eher eng zu Lasten der Kartellgeschädigten auszulegen (Begründung: Die Geschädigten hätten ja nun mehr Zeit für eine Schadensermittlung gehabt). Die in der 9. GWB-Novelle vorgesehene Ver-

längerung der kenntnisabhängigen Verjährung auf fünf Jahre dürfte die praktische Relevanz der Problematik aber entschärfen.

Für die Praxis ebenfalls von Bedeutung sind die Ausführungen zur Passing-On Defence. Nach diesen Grundsätzen würden Kartellanten im Regelfall wenig Chancen haben, mit dieser Verteidigung einen Kartellschaden in Abrede zu stellen. Allerdings ist zu bedenken, dass die bisherige Rechtslage endlich ist: Mit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle werden die Kartellanten gegen die Geschädigten Auskunftsansprüche haben, die es ihnen erleichtern dürften, ein Passing-On in prozesstauglicher Form nachzuweisen. Insofern bringt die 9. GWB-Novelle nicht nur Erleichterungen für die Kartellgeschädigten. Es ist zu erwarten, dass über diese Auskunftsansprüche, die in dieser Form ein völliges Novum in der deutschen Gerichtsbarkeit sind, in Zukunft sehr intensiv gestritten werden wird.

Hoch streitig ist natürlich die Frage der Anwendung von § 33 Abs. 5 GWB auf vor Inkrafttreten der Norm entstandene „Altansprüche“. Hierzu wird man eine Klärung des BGH erwarten dürfen (es sei denn, dieser würde

wider Erwarten nicht in der Sache entscheiden). Nur wenn der BGH der Ansicht des OLG Karlsruhe folgt, muss er die weitere Frage entscheiden, ab welchem Zeitpunkt die zehnjährige Verjährung des Restschadensanspruchs nach § 852 S. 2 BGB zu laufen beginnt. Auch hier ist der BGH gefragt. Man darf gespannt bleiben.

Dr. Thomas Kapp, LL.M. (UCLA), Rechtsanwalt und Partner Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Stuttgart, leitet die Praxisgruppe Kartellrecht von Luther und berät zu allen Fragen des Kartellrechts, insbesondere bei Bußgeldverfahren und Kartellschadensersatzprozessen.

Anne Wegner, LL.M. (EUI, Florenz), Rechtsanwältin und Partnerin Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf, berät zu allen Fragen des Kartellrechts, insbesondere zum Vertriebskartellrecht und Kartellschadensersatzprozessen.

Rezension

Der Lutter/Hommelhoff – etablierter Kurzkommentar auf dem Gebiet des GmbH-Rechts

Marcus Lutter und Peter Hommelhoff, *GmbH-Gesetz, Kommentar*, 19. Aufl. 2016, 2000 S., Hardcover, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 129,- Euro

Der *Lutter/Hommelhoff* gehört seit Jahrzehnten zu den etablierten Kurzkommentaren auf dem Gebiet des GmbH-Rechts. Die Neuauflage wird von *Walter Bayer*, *Peter Hommelhoff* und *Detlef Kleindiek* bearbeitet; der Namensgeber *Marcus Lutter* ist aus dem Autorenkreis ausgeschieden, wird aber weiter als Bearbeiter geführt, soweit Kommentarabschnitte auf von ihm geschaffenen Grundlagen beruhen. Das zuvörderst den Bedürfnissen der Praxis verpflichtete Erläuterungswerk berücksichtigt die neu eingeführte Regelung des § 36 zur gleichberechtigten Teilhabe von Männern und Frauen wie auch die Modifikationen durch das Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz. Selbstverständlich wird der Fortentwicklung der Rechtsprechung ein besonderes Augenmerk gewidmet.

Die praktisch bedeutsame Existenzvernichtungshaftung wird im Rahmen des § 13 erörtert. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass ein solcher Eingriff in der Befriedigung der Forderung eines Gesellschafters liegen kann, die zur Insolvenz der Gesellschaft führt (*Bayer*, § 13 Rn. 34; vgl. auch BGH, 24.7.2012 – II ZR 177/11, WM 2012, 1779 Rn. 21). Im Unterschied zum früheren Rechtszustand ermöglicht § 16 Abs. 3 den gutgläubigen Erwerb eines Geschäftsanteils oder eines Rechts daran von einem Nichtberechtigten. Rechtsscheinträger ist die Gesellschafterliste (*Bayer*, § 16 Rn. 67). Nicht existierende Geschäftsanteile können nicht gutgläubig erworben werden (*Bayer*, § 16 Rn. 72); dies sollte folgerichtig auch gelten, wenn Geschäftsanteile fehlerhaft gestückelt sind (*Bayer*, § 16 Rn. 73). Kritisiert wird die BGH-Rechtsprechung (BGH, 20.9.2011 – II ZB 17/10,

BGHZ 191, 84, BB 2011, 2832), die den gutgläubigen Erwerb eines auf-schiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils durch einen Zweiterwerber ablehnt (*Bayer*, § 16 Rn. 80 ff). Schiedsvereinbarungen sind auch im Blick auf Beschlussmängelstreitigkeiten verbreitet. Vor diesem Hintergrund wird die Rechtsprechung (BGHZ 180, 221) begrüßt, welche die Schiedsfähigkeit derartiger Streitigkeiten anerkennt, wenn die Schiedsabrede bestimmten Mindestvoraussetzungen genügt (*Bayer*, Anhang zu § 47 Rn. 95 ff). Nicht erörtert wird die Frage, ob die Anfechtungsfrist des § 246 AktG durch eine Klage vor einem unzuständigen Schiedsgericht gewahrt wird (vgl. *Gehrlein*, GmbHR 2016, 329).

Die Regelung des § 64 GmbHG, derzufolge der Geschäftsführer nach Insolvenzzureife zu Lasten der Gesellschaft vorgenommene Zahlungen zu erstatten hat, steht im Blickpunkt vielfältiger Diskussionen. Hier folgt die Kommentierung dem Verständnis der Rechtsprechung, wonach es sich um einen Ersatzanspruch eigener Art handelt, welcher im Interesse der Gläubigersamtheit die Erhaltung der verteilungsfähigen Vermögensmasse bezweckt (*Kleindiek*, § 64 Rn. 5). Überzeugend wird der Deutung widersprochen, die der Vorschrift einen Anspruch auf Ersatz des Insolvenzverschleppungsschadens entnimmt (*Kleindiek*, § 64 Rn. 3, 4). Mit der verbotenen Zahlung unmittelbar zusammenhängende Massezuflüsse mindern den Anspruch aus § 64, auch wenn sie zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht mehr vorhanden sind (*Kleindiek*, § 64 Rn. 17). Abgelehnt wird das Verständnis, für die Beurteilung, ob der erforderliche unmittelbare Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung vorliegt, die Regelung des § 142 InsO (Bargeschäft) fruchtbar zu machen (*Kleindiek*, § 64 Rn. 18).

Die notwendigerweise nur cursorische Durchsicht belegt, dass sich die Kommentierung im Blick auf Rechtsprechung und Schrifttum auf aktuellem Stand befindet. Die Darstellungsweise ist klar, prägnant und leicht verständlich. Die Anschaffung des Werks kann uneingeschränkt empfohlen werden.

Prof. Dr. Markus Gehrlein, Karlsruhe/Landau