

§ 6 Beweisrecht

Wettbewerbsfälle sind stark von Informationsasymmetrien geprägt und erfordern regelmäßig eine aufwendige Sachverhaltsaufklärung und -würdigung sowie vertiefte wirtschaftliche Kenntnisse über den gesamten betroffenen Markt. Für den potenziellen Schadensersatzkläger ergeben sich bereits erhebliche Schwierigkeiten beim Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht, wie beispielsweise das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Preisabsprache, die Abgrenzung des relevanten Markts oder die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung. Weitere Beweisschwierigkeiten bestehen beim Nachweis des Schadenseintritts und des Kausalzusammenhangs zwischen Verstoß und Schaden. Die Schadensermittlung erfordert viele Informationen, wie etwa über die Kostenstruktur, die Gewinnmargen und das Absatzvolumen, sowie umfassende Analysen mit Hilfe komplexer wirtschaftlicher Methoden und Techniken. Die relevanten Beweismittel, die den komplexen Sachverhalt belegen können, sind häufig in den Händen der gegnerischen Partei sowie Dritter und dem Kläger nicht hinreichend bekannt oder zugänglich.⁶³⁷

Die kontinentale Rechtstradition kennt keine *pre-trial discovery* wie das US-amerikanische Recht. Angesichts der Besonderheiten der wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten und der großen Beweisschwierigkeiten können die allgemeinen Beweisregeln des materiellen und prozessualen Rechts das Problem der Informationsasymmetrie in den Wettbewerbsfällen nicht beheben. Um die wirksame Geltendmachung von kartellzivilrechtlichen Ansprüchen nicht zu gefährden, ist es notwendig und auch möglich, besondere Beweisregeln für Wettbewerbsfälle im Hinblick auf Beweiserleichterungen (durch Beweislastumkehr und Vermutungsregelungen) und die Offenlegung von Beweismitteln zu schaffen.⁶³⁸

Das europäische und deutsche Wettbewerbsrecht enthält eine Reihe von besonderen Beweisregelungen, die die Darlegungs- und Beweislast der Ge-

637 RL 2014/104/EU, Erwägungsgrund 14. Vgl. EU-Kommission, Commission Staff Working Paper – Annex to the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 19.12.2005, SEC(2005) 1732, Rn. 81: „Information asymmetry exists when one party (usually the defendant) has in its control or has access to more evidence relating to a given claim than the (potential) claimant.“

638 Vgl. *Heinemann*, in: *Public and Private Enforcement in Europe* (2014), S. 167, 170f.

schädigten und den Zugang zu Beweismitteln erleichtern. Zudem wird die Bindungswirkung von kartellbehördlichen Entscheidungen angeordnet. Auch in den OVG-AMG-Bestimmungen gibt es etliche Beweislastregelungen zu Gunsten der Kläger. Dennoch bleibt das Problem des Zugangs zu Beweismitteln in China weiterhin ungelöst. Der folgende Abschnitt vergleicht die Beweisregelungen zwischen der EU sowie Deutschland und China, die insbesondere für kartellrechtliche Zivilverfahren Anwendung finden, wobei die landesspezifischen Verfahrensregelungen des jeweiligen allgemeinen Zivilprozessrechts außer Betracht gelassen werden.

A. Beweislast

I. Grundsatz – objektive Beweislast

Für die Darlegungs- und Beweislast im Kartellzivilverfahren gelten grundsätzlich die allgemeinen Grundsätze des Zivilprozessrechts. Dieser Abschnitt thematisiert die objektive Beweislast. Da diese auf den materiellen Wettbewerbsrechten der EU, Deutschlands und Chinas beruht, die nicht wesentlich voneinander abweichen, ist eine vergleichende Untersuchung der Beweislast möglich.

Die Grundregel der objektiven Beweislast lautet: „Jede Partei trägt die Beweislast für das Vorhandensein aller Voraussetzungen der ihr günstigen Normen.“⁶³⁹ Demnach trägt der Kläger die Beweislast für die anspruchsbegründenden (auch negativen) Tatbestandsmerkmale und der Beklagte die Beweislast für die rechtsvernichtenden, -hindernden und -hemmenden Tatsachen.⁶⁴⁰ Diese Grundregel wurde in Art. 2 VO 1/2003 für Verfahren zur Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV vor europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden oder Gerichten dahingehend übernommen,⁶⁴¹ dass die Behörde oder Partei, die den Vorwurf erhebt, die Beweislast für die Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 oder Art. 102 AEUV trägt, während das Unternehmen, das die vorgeworfene Zuwiderhandlung begangen haben soll, die Beweislast für die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV trägt. Demnach ist der Kläger im Kartellzivilverfahren für sämtliche

639 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., § 115 Rn. 7.

640 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., § 115 Rn. 9.

641 Art. 2 VO 1/2003 gilt als materielle Beweislastverteilung, siehe Bardong/Mühle, in: MüKo EUWettbR, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 6.

Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 bzw. Art. 102 AEUV darlegungs- und beweispflichtig. Dagegen hat der Beklagte, der sich auf die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. einer Gruppenfreistellungsverordnung oder auf die Rechtfertigung im Rahmen des Art. 102 AEUV beruft, die Tatbestandsvoraussetzungen hierfür darzulegen und zu beweisen.⁶⁴²

Gleiches gilt für die Beweisgrundregel im Kartellverfahren vor deutschen Gerichten. Bei § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV muss der Kläger die Tatbestandsmerkmale darlegen und beweisen, nämlich das Bestehen einer Koordinierung (Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen), eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung und das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit.⁶⁴³ Bei § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV muss der Kläger die marktbeherrschende Stellung sowie die entsprechenden normativen Merkmale des missbräuchlichen Verhaltens darlegen und beweisen.

Je nach Art des geltend gemachten Anspruchs kann die Darlegungs- und Beweislast wie folgt aufgeteilt werden: Die Partei, die sich im Wege der prozessualen Einrede auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft, muss die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB darlegen und beweisen. Bei Schadensersatzansprüchen muss der Kläger neben dem Rechtsverstoß gegen das europäische oder deutsche Wettbewerbsrecht die weiteren Merkmale des haftungsbegründenden Tatbestands, das Verschulden sowie den kausal verursachten Schaden darlegen und beweisen. Die Ansprüche aus § 33 GWB setzen kein Verschulden voraus, weswegen der Anspruchsteller für den Beseitigungsanspruch im Wesentlichen nur das Fortbestehen einer aus dem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht resultierenden Beeinträchtigung und für den Unterlassungsanspruch die Wiederholungsgefahr des Rechtsverstoßes respektive die Erstbegehungsgefahr nachweisen muss.

Die allgemeinen zivilrechtlichen Beweislastregeln in China sind vom kontinentaleuropäischen Prozessrecht geprägt. Der in § 67 Abs. 1 ChinZPG geregelte allgemeine Grundsatz der Darlegungs- und Beweislast des chinesischen Zivilprozessrechts lautet *affirmanti incumbit probitas* („wer behauptet, muss auch beweisen“; chinesisch: 谁主张, 谁举证). Gemäß § 67 Abs. 1 ChinZPG sind die Parteien verantwortlich für die Beibringung von

642 *Völcker*, in: *Kartellverfahren und Kartellprozess*, § 12 Beweisrecht Rn. 7ff m.w.N.

643 EuGH v. 30.6.1966, C-56/65, Slg. 1966, 281, 290 – *Maschinenbau Ulm* m.w.N.

Beweisen für ihre Behauptungen. § 90 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des Zivilprozessgesetzes der Volksrepublik China (im Folgenden: OVG-ZPG-Erläuterungen) präzisiert diesen Grundsatz.⁶⁴⁴ § 90 besagt, dass die Parteien für Tatsachen, die als Grundlage für ihre eigenen Klageforderungen dienen, sowie für Tatsachen, die als Grundlage für die Zurückweisung der Klageforderungen der Gegenseite dienen, Beweise erbringen müssen, soweit Gesetze nichts anderes vorsehen; wenn die Parteien vor Erlass des Urteils keine Beweise erbringen oder wenn die Beweise nicht ausreichen, um ihre Tatsachenbehauptungen zu belegen, trägt die Partei, die die Beweislast trägt, die Verantwortung für die ungünstigen Folgen.⁶⁴⁵ Anschließend hieran regeln die OVG-ZPG-Erläuterungen in § 91 die Grundsätze der Beweislastverteilung:

„Das Volksgericht muss nach den folgenden Grundsätzen die Beweislast festlegen, soweit Gesetze nichts Anderes bestimmen:

- (1) Parteien, die das Bestehen eines Rechtsverhältnisses behaupten, müssen die Beweislast für die grundlegenden Tatsachen des Entstehens dieses Rechtsverhältnisses tragen;
- (2) Parteien, die die Änderung, das Erlöschen oder die Behinderung von Rechten eines Rechtsverhältnisses behaupten, müssen die Beweislast für die grundlegenden Tatsachen der Änderung, des Erlöschens oder der Behinderung von Rechten des Rechtsverhältnisses tragen.“⁶⁴⁶

Daher ist die generelle Beweislastverteilung für die Geltendmachung der kartellrechtlichen Ansprüche mit der im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht vergleichbar. Die Unterschiede in den Einzelheiten der materiellen Beweislast für die Tatbestandsvoraussetzungen ergeben sich in

644 Die OVG-ZPG-Erläuterungen sind die juristischen Auslegungen des OVG zum ChinZPG. Sie wurden 2015 bekannt gegeben und zuletzt am 22.3.2022 geändert.

645 Vgl. die Übersetzung für den OVG-ZPG-Erläuterungen in der Fassung 2015 von *Piffler*, Übersetzung: Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des „Zivilprozessgesetzes der Volksrepublik China“ vom 30.1.2015, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2764164>. Seit Erlass der OVG-ZPG-Erläuterungen ist § 90 unverändert geblieben.

646 *Piffler*, Übersetzung: Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung des „Zivilprozessgesetzes der Volksrepublik China“ vom 30.1.2015, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2764164>. Seit Erlass der OVG-ZPG-Erläuterungen ist § 91 unverändert geblieben.

erster Linie aus den Unterschieden zwischen dem deutschen und chinesischen materiellen Wettbewerbsrecht.

Aufgrund der eingangs genannten Besonderheiten des Kartellzivilverfahrens erschweren die allgemeinen Beweislastregelungen dem Kläger häufig die Beweisführung für die Tatbestände des wettbewerbswidrigen Verhaltens und den Nachweis des kausalen Schadens im Schadensersatzverfahren. Das GWB und das AMG enthalten jeweils gesetzliche Vermutungsregelungen für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung. Darüber hinaus sehen das deutsche Kartellrecht seit der 9. GWB-Novelle und die chinesischen OVG-AMG-Bestimmungen einige Sonderregelungen hinsichtlich der Beweislast vor.

II. Sonderregelungen nach europäischen und deutschen Rechtsvorgaben

1. Gesetzliche Vermutung der marktbeherrschenden Stellung nach § 18 Abs. 4 und Abs. 6 GWB

Nach § 18 Abs. 4 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat. Es ist umstritten, ob diese gesetzliche Vermutung eine echte Vermutung i.S.v. § 292 Abs. 1 ZPO begründet⁶⁴⁷ oder zu einer sekundären Darlegungslast führt.⁶⁴⁸ Nach der BGH-Rechtsprechung *Sonderungsverfahren* und einer in der Literatur verbreiteten Meinung führt die Einzelmarktbeherrschungsvermutung zu einer sekundären Darlegungslast des Beklagten, sprich des etwaig marktbeherrschenden Unternehmens, warum es trotz der Erfüllung des Vermutungstatbestands nicht marktbeherrschend ist.⁶⁴⁹ Im Ergebnis führt die substantiierte Darlegungspflicht aus § 18 Abs. 4 GWB zu demselben Ergebnis wie eine materielle Beweislast im non liquet-Fall.⁶⁵⁰

Nach § 18 Abs. 6 GWB gilt eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder aus fünf oder weniger Unternehmen, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln

647 Wolf, in: MüKo GWB, § 18 Rn. 78ff; Hempel, Privater Rechtsschutz, S. 70.

648 Zu dem Meinungsstand siehe Pohlmann, ZHR 164 (2000), 589, 594ff.

649 Vgl. zum alten Recht BGH v. 23.2.1988, WuW/E BGH 2483, 2488 – *Sonderungsverfahren*; Bardong, in: Langen/Bunte, § 18 GWB Rn. 224; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, § 18 GWB Rn. 199.

650 Näheres dazu siehe Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, § 18 GWB Rn. 190f., 199.

erreichen. Diese Oligopolvermutung ist nach § 18 Abs. 7 GWB widerlegbar, indem die Unternehmen nachweisen, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat. Der herrschenden Meinung nach handelt es sich hierbei um eine echte Beweislastumkehr i.S.d. § 292 ZPO.⁶⁵¹ Soweit die Gesamtheit der Unternehmen den Tatbestand des § 18 Abs. 6 GWB erfüllt, obliegt dem beklagten Unternehmen die Beweislast, dies zu widerlegen.

2. Schadensvermutung bei Kartellen und Schadensschätzung

Bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gegen Kartelle trägt der Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität. Beim Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem Verstoß und der Schadensentstehung kommt dem Kläger die Schadensvermutung nach Art. 17 Abs. 2 RL 2014/104/EU zugute, die in § 33a Abs. 2 S. 1 GWB umgesetzt wurde.⁶⁵² Danach wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Hieraus ergibt sich de facto eine Beweislastumkehr, die dazu führt, dass der Beklagte nachweisen muss, dass das Kartell zu keinem Preisaufschlag zu Lasten der unmittelbaren Abnehmer führte. Was unter einem „Kartell“ im Sinne der Vermutungsregelung zu verstehen ist, folgt aus § 33a Abs. 2 S. 2 GWB, der inhaltlich der Legaldefinition des Kartells in Art. 2 Nr. 14 RL 2014/104/EU entspricht und vor allem Hardcore-Kartelle erfasst.⁶⁵³ Diese Vermutung bezieht sich nur auf das Vorliegen des Kausalzusammenhangs zwischen dem Kartell und dem Schaden, aber nicht auf die Höhe des Schadens.⁶⁵⁴

Für die Berechnung der Schadenshöhe erlaubt Art. 17 Abs. 1 RL 2014/104/EU eine Schadensschätzung durch die nationalen Gerichte, wenn es praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig ist, die Höhe des erlittenen Schadens aufgrund der vorhandenen Beweismittel genau zu beziffern. Das deutsche Recht ermöglicht bereits seit der 7. GWB-Novelle,

651 *Wolf*, in: MüKo GWB, § 18 Rn. 96f; *Bardong*, in: Langen/Bunte, § 18 GWB Rn. 232ff; *Pohlmann*, ZHR 164 (2000), 589, 607f.; *Bechtold/Bosch*, § 18 GWB Rn. 77.

652 Diese Vermutungsregelung gilt gemäß § 186 Abs. 3 S. 1 GWB nur für Schadensersatzansprüche, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden sind.

653 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 336.

654 BT-Drucks. 18/10207, S. 55; RL 2014/104/EU, Erwägungsgrund 47.

vgl. § 33 Abs. 3 GWB a.F., eine gerichtliche Schadensschätzung nach § 287 ZPO in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren, was sich nach aktueller Gesetzeslage aus § 33a Abs. 3 S.1 GWB ergibt. Bei der Schadensschätzung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß erzielt hat, berücksichtigt werden, vgl. § 33a Abs. 3 S. 2 GWB. Dadurch beabsichtigt der Gesetzgeber, die Ermittlung des hypothetischen Marktpreises als Grundlage einer Schadensberechnung nach der Differenzmethode zu erleichtern.⁶⁵⁵

3. Schadensabwälzung

Das „jedermann“-Prinzip fordert, dass jede Person, die durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht einen Schaden erlitten hat, Schadensersatz verlangen kann, einschließlich unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer der Produkte oder Dienstleistungen, die von der wettbewerbswidrigen Zuwiderhandlung betroffen sind. Im Fall von Kartellen, die sich auf mehreren Stufen der Lieferkette nachteilig auswirken können, werden Kartellanten möglicherweise von Abnehmern mehrerer Vertriebsstufen in der Lieferkette verklagt. Insofern spielt die Problematik der Schadensabwälzung eine wichtige Rolle. Das Kartellunternehmen kann die *passing-on defense* gegenüber den unmittelbaren Abnehmern als „Schild“ verwenden. Um sich von einer eigenen Haftung zu befreien respektive selbige zu verringern, muss es beweisen, dass die unmittelbaren Abnehmer den aus dem Kartell resultierenden Preisaufschlag ganz oder teilweise weitergegeben haben.⁶⁵⁶ Hingegen kann sich der mittelbare Abnehmer gegenüber den Kartellanten auf die Schadensabwälzung berufen, indem er beweist, dass eine Weiterwälzung des Preisaufschlags durch die unmittelbaren Abnehmern auf ihn stattgefunden hat. Hier wird die Weiterwälzung des Preisaufschlags als „Schwert“ durch die mittelbaren Abnehmer verwendet.⁶⁵⁷ Als Verteidigung hat das Kartellunternehmen dann zu beweisen, dass der Schaden nicht auf diesen mittelbaren Abnehmer abgewälzt wurde.

In Anbetracht der obigen Situation sichern die Art.13 und 14 RL 2014/104/EU und § 33c GWB auf der einen Seite die *passing-on defense*

655 BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

656 RBB Economics und Cuatrecasas/Gonçalves Pereira, Study on the Passing-on of overcharges, S. 6.

657 RBB Economics und Cuatrecasas/Gonçalves Pereira, Study on the Passing-on of overcharges, S. 6.

für das beklagte Unternehmen ab und etablieren auf der anderen Seite eine Vermutung der Schadensabwälzung zugunsten der mittelbaren Abnehmer.

a. Schadensersatzklagen von unmittelbaren Abnehmern⁶⁵⁸

Die *passing-on defense* wird durch den BGH seit dem Urteil *ORWI* grundsätzlich zugelassen. Ob die Abwälzung des kartellbedingten Vermögensnachteils den Schadensersatzanspruch des Geschädigten ausschließt oder mindert, ist laut dem BGH nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen.⁶⁵⁹ Die Darlegungs- und Beweislast der Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und insbesondere der Kausalität des Vorteils liegen beim Beklagten, also dem Kartellunternehmen.⁶⁶⁰ Aus der Sicht des BGH ist hierbei bedenklich, dass die Effizienz des Kartelldeliktsrechts durch die zugelassene *passing-on defense* gefährdet werden könnte. Daher sollen Erleichterungen der Darlegungslast zugunsten der Kartellteilnehmer, wie etwa eine sekundäre Darlegungslast des Klägers, nur zurückhaltend erwogen werden.⁶⁶¹ Solange nicht feststeht, in welchem Umfang die kartellbedingten Preiserhöhungen auf nachfolgende Marktstufen weitergegeben worden sind, kann sich der Beklagte durch eine Streitverkündung vor doppelter Inanspruchnahme schützen. Die vom BGH etablierten Anforderungen an die *passing-on defense* sind in der Tat nur sehr schwer zu erfüllen und führen daher zu einer nur geringen Möglichkeit für das beklagte Kartellunternehmen, diesen Einwand erfolgreich geltend zu machen.⁶⁶² Dies könnte aber den Klageanreiz für direkte Abnehmer erhöhen und somit zur Wirksamkeit der privaten Durchsetzung beitragen.⁶⁶³

Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung i.S.d. BGH-Rechtsprechung stimmen mit den Vorgaben der EU-Schadensersatzrichtlinie nicht ganz überein. Die Möglichkeit der *passing-on defense* wird durch § 33c Abs. 1 S. 2 GWB gewährleistet, der Art. 13 S. 1 RL 2014/104/EU umsetzt. Der Beklagte kann die Einwendung gegen einen Schadensersatzanspruch dahingehend geltend machen, dass der Kläger den Preisaufschlag ganz oder teilweise an

658 Vgl. auch oben § 5 B.III.2.

659 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 57 – *ORWI*. Zu den Voraussetzungen s. oben § 5 B.III.2.

660 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 64 – *ORWI*.

661 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 70 – *ORWI*.

662 Vgl. *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 337; *Lübbig/Mallmann*, WRP 2012, 166, 171.

663 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 337.

die nächste Marktstufe weitergegeben hat. Die Beweislast für den Umfang der Weitergabe des Preisaufschlags trägt der Beklagte. Im Vergleich zu den strengen Bedingungen bezüglich der sekundären Darlegungslast des Klägers nach der Rechtsprechung *ORWI* kann der Beklagte nach Art. 13 S. 2 RL 2014/104/EU in angemessener Weise Offenlegung der benötigten Beweismittel für den Nachweis der Abwälzung vom Kläger oder Dritten verlangen, was durch § 33g Abs. 2 GWB (Art. 5 RL 2014/104/EU Offenlegung von Beweismitteln) gewährleistet wird. Es bleibt abzuwarten, ob an der vom BGH angenommenen Beweislastverteilung und der zurückhaltenden Einstellung bezüglich der sekundären Darlegungslast mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben und die Umsetzung im GWB in der künftigen Praxis noch festgehalten wird.

b. Schadensersatzklagen von mittelbaren Abnehmern

Nach der Rechtsprechung *ORWI* muss der mittelbare Abnehmer einen adäquat kausalen Zusammenhang zwischen dem Kartell und dem ihm entstandenen Vermögensnachteil nachweisen.⁶⁶⁴ Diese Beweislast wird seit der 9. GWB-Novelle zugunsten des mittelbaren Abnehmers durch die Vermutungsregelung des § 33c Abs. 2 GWB, der Art. 14 Abs. 2 RL 2014/104/EU umsetzt, erleichtert, wonach vermutet wird, dass der Preisauflschlag auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzt wurde. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs ist jedoch der Umfang der Schadensweitergabe nicht Gegenstand der Abwälzungsvermutung.⁶⁶⁵ Dennoch ist in der Literatur immer noch umstritten, ob sich die Abwälzungsvermutung nur auf das Vorliegen einer Weitergabe des Preisauflschlags oder auch auf ihren Umfang beziehen kann.⁶⁶⁶ Jedenfalls kann der Umfang des weitergegebenen Preisauflschlags vom Gericht nach § 33c Abs. 5 GWB gemäß § 287 ZPO geschätzt werden, wodurch Art. 12 Abs. 5 RL 2014/104/EU umgesetzt wird. Für die Widerlegung der Abwälzungsvermutung verlangt § 33c Abs. 3 GWB in Einklang mit Art. 14 Abs. 2 S. 2 RL 2014/104/EU nicht den vollen Gegenbeweis, sondern lässt es bereits ausreichen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisauflschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde.

664 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 44 – *ORWI*.

665 BT-Drucks. 18/10207, S. 57.

666 Näheres dazu siehe *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 338f.

III. Sonderregelungen nach chinesischen Rechtsvorgaben

Vor dem Erlass der OVG-AMG-Bestimmungen war die Beweislast für den Geschädigten nach den allgemeinen Beweislastregelungen generell nachteilig ausgestaltet. In diesem Zeitraum wurden die meisten Klagen von den Gerichten zurückgewiesen, weil die Kläger den hohen Beweisanforderungen nicht nachkommen konnten. Bei Kartellverstößen musste der Kläger zunächst beweisen, dass eine horizontale oder vertikale Vereinbarung i.S.d. § 13 Abs. 1 oder § 14 AMG a.F. vorlag. Anschließend musste er beweisen, dass die vorgeworfene Vereinbarung den Tatbestand des § 13 Abs. 2 AMG a.F. erfüllt, sprich eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung aufweist. Im repräsentativen Fall *Shenzhen Huierxun Technology Co., Ltd. vs. Shenzhen Pest Control Association* verlangten die Volksgerichte erster und zweiter Instanz vom Kläger Huierxun Technology den Nachweis, dass die vorgeworfene Vereinbarung – die sogenannte Selbstdisziplinarvereinbarung zwischen dem Verein (Shenzhen Pest Control Association) und seinen Mitgliedern – den Wettbewerb tatsächlich ausschloss oder beschränkte, indem sie beispielsweise zu einer verringerten Anzahl von Schädlingsbekämpfungsfirmen, zu einem erhöhten Marktpreis oder zu einer reduzierten Dienstleistungsqualität im Bereich der Schädlingsbekämpfung führte.⁶⁶⁷

Bei Schadensersatzklagen wegen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung geriet der Geschädigte schon bei dem Nachweis der Marktbeherrschung in eine Sackgasse, ganz zu schweigen von den Schwierigkeiten des Nachweises des Missbrauchs. Der Kläger war oft nicht in der Lage, Beweismittel zu erlangen, die den Kriterien der Prüfung der Marktbeherrschung nach § 18 AMG a.F. (jetzt § 23 AMG) wie z. B. den Marktanteil, die Finanzkraft und die Wettbewerbsverhältnisse entsprachen und damit den Beweisanforderungen nachzukommen.

Um diese Hindernisse zu verringern, hat das OVG mit den OVG-AMG-Bestimmungen versucht, die Beweislastverteilung für Kartellfälle und Fälle des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung zu verdeutlichen und einige Beweisregelungen zugunsten des Klägers aufzustellen. Bei einer Kartellabsprache trägt der Beklagte laut § 7 OVG-AMG-Bestimmungen die Beweislast dafür, dass die vorgeworfene, gegen § 13 Abs. 1 Nr. 1–5 AMG a.F.

667 Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 8.10.2012, Az. (2012) Yue Gao Fa Min San Zhongzi Nr.155 – *Shenzhen Huierxun Technology Co., Ltd. vs. Shenzhen Pest Control Association*.

(jetzt § 17 Nr. 1–5 AMG) verstoßende horizontale Vereinbarung keine wettbewerbsbeschränkende oder -ausschließende Wirkung hat. Im Falle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung trägt der Kläger gemäß § 8 OVG-AMG-Bestimmungen die Beweislast dafür, dass der Beklagte eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese missbraucht. Dem Beklagten obliegt die Beweislast für die Einwendung, dass seine Verhaltensweise aus angemessenen Gründen gerechtfertigt ist. § 9 OVG-AMG-Bestimmungen regelt eine widerlegliche Marktbeherrschungsvermutung öffentlicher Unternehmen oder anderer Unternehmen, die nach dem Gesetz eine monopolisierende Stellung besitzen.⁶⁶⁸ § 10 OVG-AMG-Bestimmungen enthält eine Erleichterung der Beweisführung für den Kläger in Bezug auf das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung: Die vom Beklagten veröffentlichten Informationen, die auf eine eigene marktbeherrschende Stellung hindeuten, können als Beweismittel zugunsten des Klägers verwendet werden, wenn sie nicht durch ausreichende Gegenbeweise widerlegt werden.

Wie bereits unter § 5 B. II. erläutert, schließt das chinesische Recht die Klagebefugnis der mittelbaren Abnehmer grundsätzlich nicht aus. Allerdings lässt sich das Spannungsfeld im Zusammenhang mit den mittelbaren Abnehmern und der Schadensabwälzung bisher nicht klären. Der Entwurf der OVG-AMG-Bestimmungen sah mit § 10 vor, dass das beklagte Unternehmen die Beweislast dafür trägt, dass der Geschädigte den erlittenen Schaden teilweise oder ganz weitergegeben hat. Obwohl sich das Oberste Volksgericht der Problematik der Schadensabwälzung bewusst war, war es aufgrund mangelnder Praxiserfahrung nicht bereit, diesbezüglich einschlägige prozessuale Regelungen zu bestimmen und nahm die genannte Bestimmung nicht in die Endfassung auf. Es ist noch abzuwarten, wie das Volksgericht die entsprechenden Beweisprobleme im Rahmen des allgemeinen Zivilprozessrechts im Einzelnen lösen wird.

Auf die kartellrechtlichen Zivilfälle wenden die Volksgerichte sowohl die allgemeinen Vorschriften des ChinZPG sowie die flankierenden juristischen Auslegungen des OVG als auch die Sonderregelungen der OVG-AMG-Bestimmungen an. Zusammenfassend lässt sich die Beweislast je nach der Art der monopolisierenden Verhaltensweisen wie folgt darstellen.

668 Dazu siehe weiter unten S. 228f.

1. Monopolisierende Vereinbarung

Wie oben dargestellt, muss der Kläger das Vorliegen einer rechtswidrigen Monopolvereinbarung beweisen,⁶⁶⁹ wogegen der Beklagte die Einwendungen nach § 20 AMG (§ 15 AMG a.F.) erheben kann.⁶⁷⁰ Das Verbot von Monopolvereinbarungen nach §§ 17, 18 Abs.1 AMG (§§ 13, 14 AMG a.F.) kann für nicht anwendbar erklärt werden, wenn die an dem Vorwurf beteiligten Unternehmen beweisen können, dass die getroffene Vereinbarung einem der folgenden in § 20 Abs.1 AMG genannten Zwecken dient: (1) Förderung des technischen Fortschritts, (2) Verbesserung der Produktqualität, Senkung der Kosten oder Erhöhung der Effizienz durch Vereinheitlichung von Produktspezifikationen und -normen oder durch spezialisierte Arbeitsteilung, (3) Steigerung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit mittlerer und kleiner Unternehmen, (4) dem allgemeinen Interesse wie Energieeinsparung, Umweltschutz, Katastrophenschutz, (5) Abmilderung eines erheblichen Absatzrückgangs oder einer Überproduktion in einer Konjunkturflaute, (6) Gewährleistung der angemessenen Interessen im Außenhandel und in der wirtschaftlichen Zusammenarbeit mit dem Ausland, oder (7) andere vom Gesetz und vom Staatsrat bestimmte Umstände.⁶⁷¹ In den vorgenannten Fällen (1) bis (5) muss das Unternehmen gemäß Abs. 2 zusätzlich beweisen, dass die Vereinbarung den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt nicht erheblich beeinträchtigt und die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn teilhaben können.

Bei § 16 AMG (§ 13 Abs. 2 AMG a.F.) handelt es sich um eine Definition der Monopolvereinbarung, wonach diese eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Vereinbarung ist. Besonders problematisch ist, was für eine Rolle diese Definition für die Beweislastverteilung spielt. Es ist höchst umstritten, ob der Kläger zusätzlich noch die wettbewerbswidrige Wirkung beweisen muss. In der Rechtsanwendung haben sich unterschiedliche Ansätze für horizontale und vertikale Vereinbarungen herausgebildet.

Das neue AMG führt zwei neue Sonderregelungen für die Freistellung vertikaler Monopolvereinbarung vom Kartellverbot im alten § 14 AMG (jetzt § 18) ein. Der neue § 18 Abs. 2 AMG sieht vor, dass die Vereinbarung nicht verboten ist, wenn die Unternehmen nachweisen können, dass die Vereinbarung über die Festsetzung des Weiterverkaufspreises oder die

669 Zur Monopolvereinbarung siehe oben S. 48.

670 *Zhu*, RMSF-Application 15 (2012), 42, 46.

671 Vgl. Übersetzung von *Masseli*, ZChinR 2007, 307, 310. Abgesehen von der Nummerierung ist § 20 AMG inhaltlich mit dem alten § 15 identisch geblieben.

Begrenzung des Mindestweiterverkaufspreises keine wettbewerbsbeschränkende oder -ausschließende Wirkung hat. § 18 Abs. 3 AMG bietet eine eingeschränkte Freistellung mit der sogenannten „*Safe Harbor*“-Bestimmung: Wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen können, dass ihre Marktanteile auf dem relevanten Markt jeweils unter der von der Antimonopolbehörde festgelegten Schwelle liegen und sie die weiteren von der Antimonopolbehörde festgelegten Bedingungen erfüllen, wird die Vereinbarung nicht verboten. Demnach ist eine vertikale Vereinbarung in einem „*Safe Harbor*“-Bereich nicht generell freigestellt, sondern bedarf einer näheren Prüfung.

Da das neue AMG erst seit August 2022 in Kraft ist, basiert die folgende Untersuchung noch auf der Entscheidungspraxis der Volksgerichte nach dem alten Recht.

a. Horizontale Monopolvereinbarung

§ 7 OVG-AMG-Bestimmungen sieht eine Sonderregelung zur Beweislastverteilung bezüglich horizontaler Vereinbarungen vor. Dem Wortlaut nach obliegt dem Beklagten beim Kartellverstoß gegen § 13 Abs. 1 Nr. 1–5 AMG a.F. die Beweislast dafür, dass die vorgeworfene horizontale Vereinbarung keine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung aufweist. Welche Beweispflicht der Kläger an dieser Stelle hat, wird nicht ausdrücklich vorgeschrieben. In der Literatur ist umstritten, ob es sich bei § 7 OVG-AMG-Bestimmungen um eine echte Beweislastumkehr handelt. Daran schließt sich wiederum die Frage an, ob der Kläger überhaupt beweisen muss, dass die vorgeworfene Vereinbarung eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hat. Eine solche zwischen horizontaler und vertikaler Vereinbarung differenzierende Beweisregelung war im Entwurf der OVG-AMG-Bestimmungen zunächst nicht vorgesehen. Im Entwurf zog das OVG eine Beweislastumkehr für diejenigen monopolisierenden Vereinbarungen in Erwägung, die offensichtlich eine den Wettbewerb schwerwiegend ausschließende oder beschränkende Wirkung aufweisen.⁶⁷² § 8 des Entwurfs der OVG-AMG-Bestimmungen sah folgendes vor:

672 Pressekonferenz mit dem Leiter des IP-Senats des OVG zum Entwurf der OVG-AMG-Bestimmungen, People’s Court Daily vom 26.4.2011, abrufbar unter http://rm.fyb.chinacourt.org/paper/html/2011-04/26/content_26388.htm?div=-1.

„¹Der Geschädigte muss die Beweislast tragen, dass die vorgeworfene Vereinbarung eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung aufweist. ²Stellt die vorgeworfene monopolisierende Verhaltensweise eine monopolisierende Vereinbarung nach § 13 Abs. 1 Nr. 1–5 und § 14 Nr. 1–2 AMG dar, muss der Kläger nicht beweisen, dass die Vereinbarung eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung aufweist, es sei denn, der Beklagte kann das durch ausreichende Gegenbeweise widerlegen. ³Dem Beklagten obliegt die Beweislast, ob die vorgeworfene Vereinbarung die Ausnahmetatbestände des § 15 AMG erfüllt.“

Im Vergleich zu dem Entwurf bleibt die Regelung in der Endfassung der OVG-AMG-Bestimmungen ziemlich vage. Die Beweislastregel hinsichtlich vertikaler Vereinbarungen fiel komplett weg. Die Beweislastverteilung hinsichtlich horizontaler Vereinbarungen wurde auch nicht abschließend klar formuliert. Der mögliche Grund für diese Änderung in der Endfassung könnte darin liegen, dass das OVG zwar eine differenzierte Betrachtung in Bezug auf die unterschiedliche wettbewerbswidrige Wirkung von horizontaler und vertikaler Vereinbarung vornimmt, gleichzeitig aber zurückhaltend ist, eine komplette Beweislastumkehr für horizontale Vereinbarung festzulegen. Gegenüber der relativ strengen Rechtsanwendung im Fall *Shenzhen Huiexun Technology Co., Ltd. vs. Shenzhen Pest Control Association*⁶⁷³ vor dem Erlass der OVG-AMG-Bestimmungen strebte das OVG mit § 7 OVG-AMG-Bestimmungen zunächst eine Beweiserleichterung für den Kläger im Fall horizontaler Vereinbarungen an.

In der jüngste Entscheidungspraxis des OVG ist die Anwendung von § 7 OVG-AMG-Bestimmungen eindeutig zugunsten des Klägers ausgefallen. In der Rechtssache *Shanghai Huaming Power Equipment Co., Ltd. vs. Wuhan Taipu Transformer Switch Co., Ltd.* aus dem Jahr 2022 wies das OVG darauf hin, dass bei einer horizontalen Monopolvereinbarung i.S.d. § 13 Abs. 1 (1) bis (5) AMG a.F. (jetzt § 17 Abs. 1 (1) bis (5) AMG) grundsätzlich angenommen werden kann, dass sie eine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung hatte. In diesem Zusammenhang trug der Kläger keine Beweislast, sondern der Beklagte hatte zu beweisen, dass die

673 Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 8.10.2012, Az. (2012) Yue Gao Fa Min San Zhongzi Nr. 155 – *Shenzhen Huiexun Technology Co., Ltd. vs. Shenzhen Pest Control Association* (letzte Instanz).

Vereinbarung keine ausschließende oder beschränkende Wirkung auf den Wettbewerb hatte.⁶⁷⁴

Der Kläger, der eine Vereinbarung als Monopolvereinbarung i.S.d. Auffangklausel des § 13 Abs. 1 Nr. 6 AMG a.F. (jetzt § 17 Nr. 6 AMG) behauptet, trägt die Beweislast für die Rechtswidrigkeit der Vereinbarung. Stuft die Wettbewerbsbehörde lediglich eine bestimmte Art von Vereinbarung als Monopolvereinbarung ein, muss der Kläger eventuell nachweisen, dass die vorgeworfene Vereinbarung die von der Wettbewerbsbehörde aufgestellten Kriterien erfüllt und zu einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung führt.⁶⁷⁵

Bisher hat das OVG noch keine Gelegenheit gehabt, die Bestimmung der „sonstigen abgestimmten Verhaltensweisen“ als eine Art der Monopolvereinbarung nach § 13 Abs. 2 AMG a.F. (jetzt § 16 AMG) und die Beweislastverteilung im Einzelfall im Kartellzivilverfahren zu klären. Es hat jedoch in einer Klage gegen eine Bußgeldentscheidung die Kriterien für die Bestimmung der „sonstigen abgestimmten Verhaltensweisen“ dargelegt.⁶⁷⁶ Das OVG stellte klar, dass zwei Faktoren, nämlich Informationsaustausch und abgestimmtes Marktverhalten, auf das Vorliegen einer „sonstigen abgestimmten Verhaltensweise“ hindeuten können. Es erläuterte auch, dass grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass die Unternehmen eine horizontale Monopolvereinbarung durch abgestimmte Verhaltensweisen getroffen und umgesetzt haben, wenn sie nicht nachweisen können, dass es sich bei ihren Verhaltensweisen um ihr unabhängiges Marktverhalten aufgrund der Markt- und Wettbewerbsbedingungen handelte. Ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung ist es wahrscheinlich, dass der Kläger in einem Kartellzivilverfahren die beiden vorgenannten Faktoren für „sonstige abgestimmte Verhaltensweisen“ beweisen muss, um das Vorliegen einer Monopolvereinbarung zu begründen, während der Beklagte dies durch den Nachweis der Vernünftigkeit bzw. Angemessenheit seines Verhaltens widerlegen oder sich auf die Freistellung nach § 15 AMG a.F. (jetzt § 20 AMG) berufen kann.

674 OVG v. 22.2.2022, Az. (2021) Zui Gao Fa Zhi Min Zhong Nr.1298 – *Shanghai Huaming Power Equipment Co., Ltd. vs. Wuhan Taipu Transformer Switch Co., Ltd.*

675 Zur Nichtigkeitsfolge der unter die Auffangklausel fallenden Vereinbarung siehe oben § 3 B.III. Bisher gibt es keine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Anwendung dieser Klausel im Kartellzivilverfahren.

676 OVG v. 23.6.2022, Az. (2022) Zui Gao Fa Zhi Xing Zhong Nr.29 – *Maoming Dianbai District Jianke Concrete Co., Ltd. v. Guangdong Provincial Administration for Market Regulation.*

b. Vertikale Monopolvereinbarung

Nach dem Wortlaut findet § 7 OVG-AMG-Bestimmungen keine Anwendung auf vertikale Vereinbarungen i.S.v. § 14 AMG a.F. (jetzt § 18 Abs.1 AMG).⁶⁷⁷ Da es in der Praxis weitgehend anerkannt ist, dass vertikale Vereinbarungen weniger schädlich sind als horizontale und häufig ambivalente Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, muss die Rechtswidrigkeit einer vertikalen Vereinbarung unter Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall beurteilt werden. Demzufolge muss die Partei, die den Vorwurf im Zivilverfahren erhebt, die negativen Auswirkungen der vertikalen Vereinbarung auf den Wettbewerb beweisen, während die Gegenpartei die Beweislast für den Gegenbeweis und die Ausnahmetatbestände des § 15 AMG a.F. (jetzt § 20 AMG) trägt. Diese Auffassung hat das Shanghai Obere Volksgericht im Urteil *Rainbow vs. Johnson & Johnson* geteilt.⁶⁷⁸ Zur Bewertung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung hat das Shanghai Obere Volksgericht als Berufungsgericht vier Kriterien festgelegt: (1) ob auf dem relevanten Markt ausreichend Wettbewerb herrscht; (2) ob der Beklagte eine starke Marktstellung innehat; (3) die Motivation hinter der Festsetzung eines Mindestverkaufspreises; (4) die negativen und positiven Auswirkungen von Mindestverkaufspreisen im jeweiligen Fall. Das Urteil wurde als Modellfall im Amtsblatt des OVG bekannt gegeben, was als eine Bestätigung zu verstehen ist.⁶⁷⁹

Die vier aufgestellten Prüfungskriterien und die wirkungsorientierte Analyse haben erheblichen Einfluss auf die Gerichtspraxis im Zusammenhang mit vertikalen Vereinbarungen.⁶⁸⁰ Andererseits ist es im Schrifttum

677 Dies beruht darauf, dass die vertikale Vereinbarung im Vergleich zur horizontalen Vereinbarung als weniger wettbewerbschädlich angesehen wird, siehe *Kong, Xiangjun*, Die Interpretation und Anwendung der OVG-AMG-Bestimmungen, S.270. *KONG Xiangjun* war damals der stellvertretende Vorsitzende des Zivilsenats beim OVG. Die Gegenansicht in der Literatur weist darauf hin, dass die Beweislastumkehr auch für vertikale Vereinbarungen gelten müsse, da es sich bei § 14 Nr.1–2 AMG, ebenso wie bei § 13 Abs.1 Nr.1–5 AMG um per se Verbote handele. Siehe *Zhang, Ruiping*, S.159.

678 Zum Sachverhalt des Verfahren *Rainbow vs. Johnson & Johnson* siehe oben § 5 D.I.2.a.

679 Amtsblatt des Obersten Volksgerichts 2014 (2).

680 Dem Urteil *Rainbow vs. Johnson & Johnson* folgen die Entscheidungen: Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 19.7.2018, Az. (2016) Yue Min Zhong Nr. 1771 –*Dongguan Guochang v. Dongguan Shengshi & Dongguan Heshi* (letzte Instanz); Shanghai IP-Sondergericht v. 27.7.2018, Az. (2016) Hu 73 Min Chu Nr. 866 –

sehr streitig, ob eine Abwägung der Vor- und Nachteile anhand der vier Prüfungskriterien bereits bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer vertikalen Vereinbarung überhaupt zulässig ist, da die Vorteile prinzipiell erst im nächsten Schritt bei der Anwendung der Freistellungs Voraussetzungen nach § 15 AMG a.F. beachtet werden sollen.⁶⁸¹ In *Rainbow vs. Johnson & Johnson* hat das Volksgericht die Beweislast für die positiven und negativen Auswirkungen der Monopolvereinbarung tatsächlich auf den Kläger verlagert. Dadurch wurde die Beweislast des Klägers deutlich erschwert. Dies würde im Ergebnis die Anwendung des § 15 AMG a.F. ausschließen.⁶⁸²

Im Gegensatz dazu behandelt die Antimonopolbehörde die vertikale Monopolvereinbarung per se als Verstoß gegen das AMG. Die Antimonopolbehörde prüft nicht weiter, ob eine vertikale Monopolvereinbarung eine wettbewerbswidrige Wirkung hat. In einem Verfahren zur gerichtlichen Überprüfung der Bußgeldentscheidung entschied das OVG zugunsten des Preisbüros der Hainan Provinz (die Antimonopolbehörde der Provinz) hinsichtlich einer vertikalen Preisvereinbarung in der Form von Mindestpreisbindung.⁶⁸³ Das OVG erkennt an, dass sich die Prüfungskriterien zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der vertikalen Monopolvereinbarung durch die Antimonopolbehörden erheblich von denen des Kartellzivilverfahrens unterscheiden. Dennoch lässt das OVG letztlich offen, ob die Volksgerichte ihre Ansätze bei der Behandlung vertikaler Vereinbarungen an den der Antimonopolbehörde annähern müssen.

Hanyang Guangming Trade Company vs. Hankook Tires Sales Company (erste Instanz); Shanghai Oberes Volksgericht v. 30.7.2020, Az. (2018) Hu Min Zhong Nr. 475 – *Hanyang Guangming Trade Company vs. Hankook Tires Sales Company* (zweite Instanz).

681 *Hou, Liyang*, FXJ 6 (2016), 70, 79. Entgegen der Auffassung des Shanghai Oberen Volksgerichts geht eine weit verbreitete Ansicht im Schrifttum davon aus, dass die unter §§ 13 und 14 AMG fallenden Vereinbarungen per se rechtswidrig sind. Es wird vermutet, dass sie den Ausschluss oder die Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Siehe *Wang, Jian*, FX 3 (2014), 35, 47.

682 Vgl. auch *Hou, Liyang*, FXJ 6 (2016), 70, 80; *Wang, Jian*, FX 3 (2014), 35, 47.

683 Das OVG weist darauf hin, dass die Mindestpreisabsprache in der Regel eine Monopolvereinbarung nach § 14 AMG a.F. darstellt, die die Tatbestände der Wettbewerbsbeschränkung nach § 13 Abs. 2 AMG a.F. erfüllt. Die Wettbewerbsbehörde trägt nicht die Beweislast für die wettbewerbswidrigen Auswirkungen. Das Unternehmen kann jedoch die Feststellung der Wettbewerbsbehörde widerlegen, indem es nachweist, dass die Vereinbarung den Wettbewerb nicht ausschließt oder einschränkt, oder indem es sich auf eine Freistellung nach § 15 AMG a.F. beruft. Die Wettbewerbsbehörde hat dann zu entscheiden, ob eine Freistellung vorliegt. Siehe OVG v. 18.12.2018, Az. (2018) Zui Gao Fa Xing Shen Nr. 4675 – *Hainan Yutai Scientific Feed Company vs. Hainan Price Bureau*.

2. Missbräuchliche Verhaltensweise

In Missbrauchsfällen muss der Kläger gemäß § 8 Abs. 1 OVG-AMG-Bestimmungen beweisen, dass der Beklagte auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung innehat und er diese missbraucht. Bei der Marktabgrenzung dienen die Methoden und Kriterien der Leitlinien zur Abgrenzung des relevanten Marktes der Antimonopolkommission des Staatsrates (im Folgenden: Leitlinien zur Marktabgrenzung) oft als wichtiger Maßstab für die Volksgerichte in Kartellverfahren.⁶⁸⁴ Der Beklagte trägt nach § 8 Abs. 2 OVG-AMG-Bestimmungen die Beweislast dafür, dass sein Verhalten durch angemessene Gründe gerechtfertigt ist. Mit dieser einfachen Regelung der Beweislastverteilung ist es offensichtlich nicht gelungen, die vielen Probleme bei Missbrauchsfällen in der Praxis zu lösen.

a. Ist es immer notwendig, den relevanten Markt abzugrenzen?

Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist in der Regel der erste Schritt zur Geltendmachung des Anspruchs. Der Kläger muss seine Bestimmung des relevanten Marktes gegenüber dem Gericht glaubhaft machen, um die nachfolgenden darauf basierenden Vorwürfe gut etablieren zu können. Ohne richtige Marktabgrenzung würden die Beweise für die beherrschende Stellung und das missbräuchliche Verhalten ins Leer gehen. Die Abgrenzung des relevanten Marktes, die auf eingehender Kenntnis von Angebot und Nachfrage auf dem Markt gestützt sein sollte, wird deshalb häufig als eine der schwierigsten Aufgaben für den Kläger angesehen.

Zu Beginn der Rechtspraxis waren sich die Kläger oft nicht bewusst, ob und wie der relevante Markt sachlich und räumlich abgegrenzt werden sollte. In der ersten kartellrechtlichen Streitigkeit *LI Fangping vs. China Netcom* sprach der Kläger Li überhaupt nicht von einem relevanten Markt, um seine Behauptung bezüglich einer marktbeherrschenden Stellung von China Netcom zu stützen.⁶⁸⁵ In dem fast gleichzeitig begonnenen Verfahren *Sursen vs. Shanda* benutzte der Kläger einfach eine grobe Beschreibung des

684 Die Volksgerichte sind grundsätzlich nicht an die Leitlinien zur Marktabgrenzung gebunden.

685 Beijing Nr. 2 Mittleres Volksgericht v. 18.12.2009, Az. (2008) Er Zhong Min Chu Zi Nr. 17385 – *LI Fangping vs. China Netcom (Beijing)* (erste Instanz).

Markts aus einer Werbung auf der Website des Beklagten, ohne Nachfrage und Angebot auf dem Markt zu analysieren, geschweige denn irgendeine ökonomische Analysemethode zu verwenden.⁶⁸⁶

Nach dem Erlass der Leitlinien zur Marktabgrenzung und der OVG-AMG-Bestimmungen ist die Situation besser geworden. Es gibt aber immer noch viele Klagen, die wegen fehlerhafter Abgrenzung des relevanten Marktes von den Gerichten zurückgewiesen werden. Die Kläger haben entweder den relevanten Markt zu klein definiert oder konnten ihre Behauptung nicht mit hinreichenden Beweismaterialien belegen. In dem Urteil *Qihoo vs. Tencent* des OVG wurde die Abgrenzung des relevanten Marktes sogar als eine entbehrliche Anspruchsvoraussetzung erachtet.

aa) Sachverhalt des Qihoo vs. Tencent-Verfahrens

Qihoo ist der Software-Entwickler des Antivirenprogramms 360 Safeguard. Tencent ist ein Unternehmen, das Dienstleistungen und Software für soziale Netzwerke und Instant Messaging wie WeChat und QQ anbietet. QQ gehört zu den am meisten genutzten Instant Messaging-Diensten in China.

Im Jahr 2010 führte Tencent ein Antivirenprogramm namens QQ Doctor ein, das in direkter Konkurrenz zu Qihoo 360 Safeguard stand. QQ Doctor wurde mit dem QQ Messaging-Dienst gebündelt und erlangte schnell einen Marktanteil von 40% auf dem Markt für Antivirenprogramme. Gegenüber dem neuen Konkurrenten leitete Qihoo eine Defensivtaktik ein, indem es vorgab, dass die QQ-Software für die Sicherheit der Computer gefährlich sei, und 360 Safeguard dazu verwendete, QQ auf den Geräten zu blockieren. Tencent reagierte mit einem Software-Update, das 360 Safeguard auf mit QQ ausgestatteten Geräten praktisch unbrauchbar machte. Tencent schrieb zudem einen Brief an die QQ-Benutzer, indem sie zur Wahl zwischen der QQ-Software und 360 Safeguard gezwungen wurden. In dem Brief gab Tencent an, dass es sich weigern würde, QQ-Dienstleistungen für 360-Benutzer anzubieten, und dass es technische Mittel einsetzen würde, um 360-Benutzer am Besuch von QQ Space (einer Online-Plattform für soziale Netzwerke) zu hindern.

Qihoo behauptete, dass Tencent gegen das AMG verstoßen habe, indem es seine marktbeherrschende Stellung durch die Beschränkung der Trans-

686 Shanghai Oberes Volksgericht v. 15.12.2009, Az. (2009) Hu Gao Min San (Zhi) Zhong Zi Nr. 135 – *Sursen vs. Shanda* (letzte Instanz).

aktion ohne angemessenen Grund (§ 17 Abs. 1 Nr. 4 AMG a.F.) und durch einen Kopplungsverkauf ohne angemessenen Grund (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 AMG a.F.) missbrauchte. Qihoo reichte eine Klage bei dem Oberen Volksgericht der Guangdong Provinz ein und beantragte, dass Tencent das missbräuchliche Verhalten beenden und Schadensersatz in Höhe von 150 Millionen RMB zahlen solle. Das Volksgericht erster Instanz wies die Klage ab. Qihoo legte daraufhin beim OVG Berufung ein.

bb) Aus den Entscheidungsgründen

Das OVG weist in seiner Entscheidung *Qihoo vs. Tencent* darauf hin, dass die Bestimmung des relevanten Marktes nicht ein Ziel an sich, sondern ein Mittel für die Beurteilung der Marktmacht von Unternehmen und der Auswirkungen auf den Wettbewerb ist. Selbst wenn der relevante Markt nicht eindeutig definierbar sei, könnten die Marktstellung des betroffenen Unternehmens und die vermeintlichen Auswirkungen des monopolistischen Verhaltens auf den Markt durch vorhandene direkte Beweise, die unmittelbar auf eine Marktabschottung oder Marktbeschränkung hinweisen, beurteilt werden. Das OVG kommt daher zum Schluss, dass der relevante Markt nicht in jedem Missbrauchsfall klar und eindeutig abgegrenzt werden muss. Dennoch versucht das OVG, den relevanten Markt zu bestimmen. Es weist darauf hin, dass der SSNIP-Test auf der Grundlage der Preissteigerung im vorliegenden Fall nicht direkt angewendet werden kann, da die betroffenen Produkte und Dienstleistungen kostenfrei angeboten wurden. Nachdem das OVG die Internet-Anwendungsplattform als relevanten Produktmarkt ausgeschlossen hat, stellt es fest, dass der relevante Produktmarkt für Instant-Messaging abzugrenzen ist. Daran schließt sich die Frage an, ob das Gericht den relevanten Markt klar und eindeutig bestimmen muss, wenn die vom Kläger vorgetragene Marktdefinition unbegründet ist. Hierzu vertritt das OVG der Auffassung, dass die Volksgerichte den relevanten Markt so weit wie möglich anhand der spezifischen Tatsachen des gegebenen Falls erneut bestimmen müssen. Das OVG gibt anschließend aber an, dass es in bestimmten Fällen aufgrund der Hemmnisse bei der Beweiserhebung und der Komplexität der Wettbewerbsbedingungen äußerst schwierig sein kann, den relevanten Markt abzugrenzen.⁶⁸⁷

687 Zum Ganzen: OVG v. 8.10.2014, Az. (2013) Min San Zhong Zi Nr. 4 – *Qihoo vs. Tencent* (letzte Instanz).

cc) Anmerkung

Die OVG-Entscheidung *Qihoo vs. Tencent* hat wesentlichen Einfluss auf die Praxis, wahrscheinlich eher im negativen als im positiven Sinne. Auf den ersten Blick scheint die Ansicht des OVG zur Bestimmung des relevanten Marktes zur Folge zu haben, dass der Kläger den relevanten Markt nicht unbedingt klar definieren müsse und seine Beweislast dadurch erleichtert würde. Das Shanghai Obere Volksgericht und das Beijing Obere Volksgericht folgten in zwei Berufungsfällen jeweils dem Urteil *Qihoo vs. Tencent*.⁶⁸⁸ Die Aussage des OVG, dass die Marktabgrenzung kein Muss ist, wurde in beiden Verfahren als Ausrede dafür benutzt, dass die Volksgerichte erster Instanz den relevanten Markt nicht klar bzw. zu weit oder überhaupt nicht festgestellt hatten. Der Schwerpunkt der Streitigkeiten lag dann allein in den ausschließenden oder beschränkenden Auswirkungen des vorgeworfenen missbräuchlichen Verhaltens, wobei es noch schwieriger für die Geschädigten war, die „direkten Beweise“ dafür vorzubringen.

Allerdings kann hier dahingestellt bleiben, ob die zwei Berufungsgerichte das Urteil *Qihoo vs. Tencent* des OVG falsch interpretiert oder falsch angewendet haben sowie ob die Auffassungen in dem Urteil *Qihoo vs. Tencent* fehlerhaft sind.⁶⁸⁹ In der Entscheidung *WU Xiaoqin vs. Shaanxi Radio* hat das OVG zwar die Frage der Marktabgrenzung zwar nicht ausdrücklich adressiert, aber das Urteil erster Instanz bestätigt, wonach die Marktabgrenzung der Ausgangspunkt der kartellrechtlichen Zivilklagen ist.⁶⁹⁰ Es bleibt abzuwarten, wie das OVG diese erhebliche Divergenz in naher Zukunft beilegen wird.

In den meisten Missbrauchsfällen wird die Marktabgrenzung nach wie vor als ein unverzichtbares Mittel für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung angesehen. Darüber hinaus sind die Privatpersonen und

688 Shanghai Oberes Volksgericht v. 26.1.2015, Az. (2014) Hu Gao Min San (Zhi) Zhong Zi Nr.105 – *Tonghua vs. China Mobile (Shanghai)* (letzte Instanz); Beijing Oberes Volksgericht v. 30.4.2015, Az. (2015) Gao Min (Zhi) Zhong Zi Nr.1035 – *Beijing Mishi Technology Co., Ltd. vs. Qihoo*.

689 Vor *Tonghua vs. China Mobile (Shanghai)* gab es Entscheidungen, in denen der relevante Markt im Telekommunikationssektor abgegrenzt wurde. Dies bedeutet, dass es sich bei *Tonghua vs. China Mobile (Shanghai)* nicht um einen Markt handelt, dessen Abgrenzung unmöglich ist. Der relevante Markt im Fall *Beijing Mishi Technology Co., Ltd. vs. Qihoo* könnte möglicherweise ebenfalls abgegrenzt werden.

690 OVG v. 31.5.2016, Az. (2016) Zui Gao Fa Min Zai Nr. 98 – *WU Xiaoqin vs. Shaanxi Radio* (Revision).

die Volksgerichte mit der Zeit erfahrener bei der Marktabgrenzung geworden. Obwohl die Leitlinien zur Marktabgrenzung der Antimonopolkommission in erster Linie eine Anleitung für Vollzugsbehörde sind, spielen sie auch in der Gerichtspraxis eine wichtige Rolle. Das Bedarfsmarktkonzept, das durch § 4 der Leitlinien zur Marktabgrenzung als Hauptanalysekonzept festgelegt wird, hat sich in der Gerichtspraxis durchgesetzt. Auffällig ist, dass der räumliche Markt oft auf eine Region (z.B. eine Stadt, eine Provinz oder eine Flugstrecke zwischen Städten) begrenzt wird. Selten wird von einem nationalen Markt ausgegangen. Bisher wurde der räumliche Markt nur in *Qihoo vs. Tencent*⁶⁹¹ und *XU Shuqing vs. Tencent* letztinstanzlich auf nationaler Ebene abgegrenzt, wobei sich die relevanten Produkte in beiden Fällen auf eine Art Internetdienst bezogen. In *Huawei vs. IDC* wurde der räumliche Markt für die streitigen SEPs auf China und die USA begrenzt.

b. Wann wird eine marktbeherrschende Stellung vermutet?

aa) Gesetzliche Vermutungsregelungen

§ 24 Abs.1 AMG (§ 19 Abs.1 AMG a.F.) sieht die widerlegbare Vermutung für eine Marktbeherrschung vor. Eine marktbeherrschende Stellung wird vermutet, wenn ein Unternehmen auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von 50 Prozent erreicht. Eine kollektive Marktbeherrschung besteht, wenn zwei Unternehmen auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen, oder wenn drei Unternehmen auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von drei Vierteln erreichen. Verfügt ein an der gemeinsamen Marktbeherrschung beteiligtes Unternehmen über einen Marktanteil von unter 10 Prozent auf dem relevanten Markt, besteht für das Unternehmen keine Vermutung für eine marktbeherrschende Stellung. Die beiden Marktbeherrschungsvermutungen in § 24 Abs.1 AMG sind gemäß § 24 Abs.3 AMG durch den Gegenbeweis widerlegbar, dass das betroffene Unternehmen trotz Erreichens der Marktanteilsschwelle keine beherrschende Stellung innehat. Der Gegenbeweis kann beispielsweise darauf hinweisen, dass es wesentlichen Wettbewerb auf dem relevanten Markt

691 Das Obere Volksgericht der Guangdong Provinz hat in erster Instanz im Fall *Qihoo vs. Tencent* einen internationalen Markt festgestellt. Siehe Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 20.3.2013, Az. (2011) Yue Gao Fa Min San Chu Zi Nr.2 – *Qihoo vs. Tencent* (erste Instanz).

gibt und die Möglichkeit eines Marktzutritts für potenzielle Wettbewerber immerhin besteht.

Bemerkenswert sind einige Unterschiede zwischen den Vermutungsregelungen im chinesischen und deutschen Kartellrecht, die zu unterschiedlichen Beweislastverteilungen in den jeweiligen nationalen Zivilverfahren führen. Erstens sind die Marktanteilsschwellen der Marktbeherrschungsvermutung im AMG wesentlich höher als die deutschen Marktanteilsschwellen nach § 18 Abs. 4 ff. GWB. Zweitens handelt es sich im deutschen Recht bei der Marktbeherrschungsvermutung nach § 18 Abs. 4 GWB um eine Begründung einer sekundären Darlegungslast zulasten des marktführenden Unternehmens und bei der Oligopolvermutung nach § 18 Abs. 6 und Abs. 7 GWB um eine echte Beweislastumkehr.⁶⁹² Nach der von WANG Xiaoye vertretenen Auffassung hat die Marktbeherrschungsvermutung, die allein auf den Marktanteil gestützt ist, keine Auswirkung auf den Zivilprozess. Vielmehr diene ein so hoher Marktanteil als ein wichtiges Indiz für eine starke Marktmacht.⁶⁹³ Die anderen Indizien bezüglich der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse aus § 18 Nr. 1–Nr. 6 AMG a.F. (jetzt § 23 Nr. 1–Nr. 6 AMG), wie z. B. die Kontrollfähigkeit der Beschaffungs- oder Absatzmärkte, die Finanzkraft und die Abhängigkeit gegenüber anderer Unternehmen, sind für die Feststellung einer Marktbeherrschung grundsätzlich zu untersuchen.⁶⁹⁴ In der bisherigen Praxis wird die Marktbeherrschungsvermutung generell als echte Vermutung angesehen. Demnach muss der Kläger nur den Marktanteil des beklagten Unternehmens nachweisen.⁶⁹⁵ Wenn der Beklagte keinen Gegenbeweis erbringen und die Marktbeherrschungsvermutung nicht widerlegen kann, wird seine marktbeherrschende Stellung vermutet. Drittens, eine Widerlegung der Oligopolvermutung ähnlich § 24 Abs. 2 AMG (10 % Schwelle), die auf dem Marktanteil eines beteiligten Unternehmens beruht, gibt es im deutschen Kartellrecht nicht. Stattdessen ermöglicht § 18 Abs. 7 GWB eine strukturelle Widerlegung der Oligopolvermutung. Im Fall *WANG Xinyu vs. China Telecom (Xuzhou Branch)* legte der Kläger Beweismittel vor, die auf einen gemeinsamen Marktanteil von China Telecom, China Mobile und China Unicom von mindestens 70 % auf dem chinesischen Markt hinwiesen. Die Beklagte China Telecom konnte weder nachweisen, dass ihr Marktanteil weniger als 10 % betrug, noch

692 Vgl. oben S. 209f.

693 Wang, Xiaoye, *Anti-monopoly law*, S. 200.

694 Wang, Xiaoye, *Anti-monopoly law*, S. 200.

695 Zhan, Hao, S. 152; Dai, Yiting, *DZZSCQ* 1 (2014), 85, 88.

andere Gegenbeweise vortragen. Aufgrund dessen wurde vermutet, dass China Telecom zusammen mit den genannten Telekommunikationsdienstleistern eine kollektive Marktbeherrschung auf dem chinesischen Markt für integrierte Telekommunikationsdienstleistung innehatte.⁶⁹⁶

In den bisherigen abgeschlossenen Kartellzivilverfahren haben sich die Geschädigten zum Nachweis der Marktbeherrschung häufig auf die gesetzliche Vermutung berufen. Trotz einer relativ einfachen Anwendung der gesetzlichen Vermutung, sind die Erfolgsaussichten der Kläger bisher leider nicht so hoch wie gewünscht. Die Schwierigkeit liegt hauptsächlich im Nachweis der Vermutungsgrundlage, sprich des Marktanteils, da hierfür eine Beschaffung der relevanten Marktdaten nötig ist.

bb) Weitere Beweiserleichterungen

Neben den gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutungen sehen die OVG-AMG-Bestimmungen weitere Regelungen hinsichtlich der Beweismittel vor, um die Beweislast für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung zu erleichtern. Zunächst ist die Sonderregelung nach § 9 OVG-AMG-Bestimmungen für öffentliche Unternehmen erwähnenswert. Zu den öffentlichen Unternehmen zählen die Betreiber öffentlicher Versorgungsunternehmen, einschließlich derjenigen, die im Postdienst, in der Telekommunikation, im Transportwesen sowie in der Versorgung mit Wasser, Strom, Wärme, Gas usw. tätig sind.⁶⁹⁷ Anhand der konkreten Marktstruktur und der Wettbewerbssituation kann das jeweilige Volksgericht die marktbeherrschende Stellung des öffentlichen Unternehmens oder eines anderen Unternehmens, das nach dem Recht eine Alleinstellung auf dem Markt besitzt, feststellen. Diese Feststellung ist durch hinreichende Gegenbeweise widerlegbar. Ohne die konkrete Marktstruktur und die Wettbewerbsbedingungen zu berücksichtigen, kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass ein öffentliches Unternehmen oder ein Unternehmen, das nach dem Recht über eine Alleinstellung verfügt, eine marktbeherrschende Stellung innehat. Es handelt sich daher bei § 9 OVG-AMG-Bestimmungen also

696 Mittleres Volksgericht der Stadt Nanjing der Jiangsu Provinz v. 10.26.2015, Az. (2014) Ning Zhi Min Chu Zi Nr. 256 – WANG Xinyu vs. China Telecom (Xuzhou Branch).

697 Die Definition ergibt sich aus der Verordnung über das Verbot wettbewerbswidriger Praktiken öffentlicher Unternehmen, die von der SAIC am 24.12.1993 erlassen wurde.

nicht um eine echte gesetzliche Vermutung,⁶⁹⁸ sondern um eine Beweiserleichterung der für den Kläger.⁶⁹⁹ § 9 OVG-AMG-Bestimmungen ähnelt sehr stark der Regelung des § 6 ChinUWG a.F.: Öffentliche Unternehmen und andere Unternehmen, die kraft Gesetzes nach eine Monopolstellung innehaben, dürfen andere nicht dazu auffordern, Waren nur von bestimmten Unternehmen zu kaufen, um andere Wettbewerber vom fairen Wettbewerb auszuschließen.⁷⁰⁰ Diese Parallele führte in der frühen Rechtspraxis dazu, dass die Volksgerichte viele ihrer Erfahrungen mit Fällen nach dem ChinUWG in den Fällen nach dem AMG anwandten.

Im Vergleich mit der Marktbeherrschungsvermutung nach AMG ist die Funktion des § 9 OVG-AMG-Bestimmungen in der Praxis schwächer und leider nicht so prominent, wie es sich das OVG vorgestellt hatte. Dies ergibt sich aus der unterschiedlichen Haltung lokaler Volksgerichte zu öffentlichen Unternehmen. Die Beweisanforderungen an den Kläger für die besondere Marktstruktur und die Wettbewerbsbedingungen sind daher nicht konsistent. Einige Volksgerichte stellen höhere Beweisanforderungen, andere niedrigere. Beispielsweise wurde der Beklagte *Ningbo Lian Neng Thermal Power Co. Ltd* im Fall *Ningbo Ke Yuan Plastic Co. Ltd. vs. Ningbo Lian Neng Thermal Power Co. Ltd* zwar als öffentliches Unternehmen für Wärmeversorgung eingestuft, doch reichte dies nach dem Mittleren Volksgericht der Stadt Ningbo für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung nicht aus.⁷⁰¹ Es prüfte ferner die Kriterien nach § 18 AMG a.F. (jetzt § 23 AMG) nacheinander durch, um die konkrete Marktstruktur und die Wettbewerbssituation aufzuklären. Im Ergebnis kam das Volksgericht zu dem Schluss, dass der Beklagte keine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt der Wärmeversorgung innehatte, da sein Marktanteil weniger als 30 % betrug und auf diesem relevanten Markt trotz einer hohen Eintrittsbarriere wirksamer Wettbewerb herrschte. Die Volksgerichte berücksichtigen häufig allein den Marktanteil als zusätzliches Indiz für die

698 So aber z. B. *Zhan, Hao*, S. 153.

699 Vgl. Das Mittlere Volksgericht der Stadt Ningbo der Zhejiang Provinz vertrat auch diese Auffassung, siehe Mittleres Volksgericht Ningbo der Zhejiang Provinz v. 3.3.2014, Az. (2016) Zhe Yong Zhi Chu Nr. 86 – *Ningbo Ke Yuan Plastic Co., Ltd. vs. Ningbo Lian Neng Thermal Power Co., Ltd*; *Dai, Yiting*, DZZSCQ 1 (2014), 85, 91.

700 Im Zuge der Novellierung des ChinUWG im Jahr 2017 wurden § 6 ChinUWG a.F. und weitere Vorschriften bezüglich des Missbrauchs von Marktmacht und Verwaltungsbefugnissen aufgehoben, da sie sich mit Vorschriften des AMG überschneiden.

701 Mittleres Volksgericht Ningbo der Zhejiang Provinz v. 3.3.2014, Az. (2016) Zhe Yong Zhi Chu Nr. 86 – *Ningbo Ke Yuan Plastic Co., Ltd. vs. Ningbo Lian Neng Thermal Power Co.*

Marktstruktur und die Wettbewerbssituation. Es ist möglich und im Einzelfall eventuell einfacher, die Monopolvermutung (Marktanteil über 50 %) direkt anzuwenden, ohne eine Subsumtion unter das Merkmal „öffentliches Unternehmen“ vorzunehmen. Abgesehen davon, dass das OVG mit § 9 OVG-AMG-Bestimmungen eine klare Tendenz zugunsten des Geschädigten in Missbrauchsfällen mit Bezug zu öffentlichen Unternehmen ausgedrückt hat, ist diese Regelung eher überflüssig. Die Monopolvermutung wird in der Praxis auch nach dem Erlass der OVG-AMG-Bestimmungen häufiger angewandt.

Um die Beweisschwierigkeit bezüglich der marktbeherrschenden Stellung für den Kläger weiter zu verringern, sieht § 10 OVG-AMG-Bestimmungen vor, dass die von dem Beklagten bekannt gegebenen Informationen über seine Marktstellung als Beweismittel benutzt werden können, um seine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen. Sofern keine Gegenbeweise vorgelegt werden, kann das Volksgericht aufgrund dieser Informationen die beherrschende Stellung feststellen. Beweise zum Nachweis des Marktanteils sind für den Kläger normalerweise nur schwierig und kostspielig zu erlangen. Aber manchmal enthält die Werbung von marktführenden Unternehmen Aussagen, die ihren hohen Marktanteil auf dem Markt zum Ausdruck bringen.

c. Missbrauch und „ohne angemessenen Grund“

§ 22 Abs. 1 AMG (§ 17 Abs. 1 a.F.) listet sechs Regelbeispiele für missbräuchliche Verhaltensweisen auf, nämlich (1) die Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise, (2) die Kampfpreisunterbietung, (3) die Geschäftsverweigerung, (4) die Ausschließlichkeitsbindung, (5) Kopplungsgeschäfte oder die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen sowie (6) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen. Nr. 7 ist ähnlich wie § 17 Nr. 6 AMG eine Auffangklausel für sonstige Verhaltensweisen. „Ohne angemessenen Grund“ wird als Tatbestandsvoraussetzung für das missbräuchliche Verhalten nach (2) bis (6) vorausgesetzt. Mit der Formulierung „Unangemessenheit“ ist das Fehlen angemessenen Grundes auch Tatbestandsvoraussetzung für den Preismissbrauch nach (1). Nach der Beweislastgrundregel und § 8 Abs. 1 OVG-AMG-Bestimmungen obliegt es dem Kläger, der aus einem missbräuchlichen Verhalten zivilrechtliche Ansprüche herleiten will, die Darlegungs- und

Beweislast für das Vorliegen des missbräuchlichen Verhaltens, das die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 Abs. 1 AMG erfüllt. Der Beklagte (das marktbeherrschende Unternehmen) trägt nach § 8 Abs. 2 OVG-AMG-Bestimmungen die Beweislast für das Vorliegen angemessener Gründe, um sein Verhalten zu rechtfertigen. Nicht abschließend geklärt ist jedoch die Frage, wie diese Beweislast im Kartellzivilverfahren anzuwenden ist, sprich wer überhaupt nachweisen muss, dass das vorgeworfene Verhalten eine den Wettbewerb beschränkende oder ausschließende Wirkung aufweist. Dies wird bisher in der Entscheidungspraxis unterschiedlich gehandhabt. Es gibt Entscheidungen, in denen der Kläger die nachteiligen Folgen zu tragen hatte, weil er die wettbewerbsbeschränkende Wirkung nicht nachweisen konnte.⁷⁰² In anderen Entscheidungen wurde die Angemessenheit der fraglichen Handlung anhand des Vortrags des Beklagten auf der Grundlage der geschäftlichen Gegebenheiten geprüft, ohne eine weitere Analyse der wettbewerbswidrigen Wirkung durchzuführen.⁷⁰³ Hingegen gibt es auch Entscheidungen, in denen eine Beurteilung der wettbewerbswidrigen Zwecke oder Auswirkungen des vermeintlich missbräuchlichen Verhaltens durchgeführt wurde, sofern der Beklagte angemessene Gründe vortrug.⁷⁰⁴

Das OVG hat sich im Urteil *Qihoo vs. Tencent* erstmals seine Meinung zu dem Verhältnis zwischen den Tatbestandsmerkmalen „ohne angemessenen Grund“, Missbrauch und wettbewerbsbeschränkender Wirkung geäußert: Die Frage, ob das mutmaßlich missbräuchliche Verhalten sachlich gerechtfertigt sei, unterscheide sich von der Frage, ob es den Wettbewerb ausschließt oder beschränkt. Obwohl diese Fragen miteinander verbunden seien, gebe es dennoch Unterschiede. Der Beklagte müsse die Beweislast für das Vorliegen der Angemessenheit seines Verhaltens tragen, ohne jedoch

702 Z.B. Mittleres Volksgericht der Stadt Kunming der Yunnan Provinz v. 5.7.2018, Az. (2017) Yun 01 Min Chu Nr. 1782 – *Daming Xinghuan Paradise Entertainment Co., Ltd. vs. China Audio-Video Copyright Association, Yunnan Tianhe Shiji Culture Communication Co., Ltd.* (erste Instanz), bei der Beurteilung der ungleichen Behandlung durch den Beklagten.

703 Z.B. Mittleres Volksgericht der Stadt Nanjing der Jiangsu Provinz v. 26.10.2015, Az. (2014) Ning Zhi Min Chu Zi Nr. 256 – *WANG Xinyu vs. China Telecom (Xuzhou Branch)* (erste Instanz) (ungleiche Behandlung).

704 Z.B. Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz vs. 2.6.2017, Az. Yue Min Zhong Nr. 1938 – *XU Shuqing vs. Tencent* (letzte Instanz) (Geschäftsverweigerung); Mittleres Volksgericht der Stadt Kunming der Yunnan Provinz v. 5.7.2018, Az. (2017) Yun 01 Min Chu Nr. 1782 – *Daming Xinghuan Paradise Entertainment Co., Ltd. vs. China Audio-Video Copyright Association, Yunnan Tianhe Shiji Culture Communication Co., Ltd.* (erste Instanz) (Kopplungsgeschäft).

die Beweislast dafür zu tragen, dass sein Verhalten keine wettbewerbsausschließende oder beschränkende Wirkung habe. Zudem ist das OVG der Ansicht, dass das Auftreten einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung zum Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung beitragen könne. Daher sei es nach dem OVG nicht unzulässig gewesen, dass das Volksgericht erster Instanz dem Kläger auferlegte, die wettbewerbswidrigen Auswirkungen der vorgeworfenen Kopplungsgeschäfte nachzuweisen, nachdem der Kläger die beherrschende Stellung des Beklagten nicht nachweisen konnte.⁷⁰⁵

Obwohl das OVG nicht ausdrücklich feststellt hat, dass der Kläger (der Geschädigte) die Beweislast für die wettbewerbsbeschränkende Wirkung tragen sollte, hat es die Auferlegung dieser Beweislast durch das Volksgericht erster Instanz nicht beanstandet. Vielmehr ergibt sich aus den Erwägungen des OVG, dass der Beklagte lediglich die Beweislast dafür trägt, dass sein missbräuchliches Verhalten aus angemessenen Gründen gerechtfertigt ist, nicht aber für das Fehlen einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung. Diese Verteilung der Beweislast durch das OVG erscheint nicht überzeugend. Es scheint, als vermische das OVG die Feststellung des Vorliegens eines missbräuchlichen Verhaltens mit der Beurteilung seiner Auswirkungen auf den Wettbewerb. Es bleibt abzuwarten, wie die objektive Beweislast je nach Art der missbräuchlichen Verhaltensweise durch die richterliche Rechtsfortbildung verdeutlicht wird.

B. Zugang zu Beweismitteln

I. Offenlegungsregelungen in der EU-Schadensersatzrichtlinie

Das Kapitel II der EU-Schadensersatzrichtlinie regelt sehr ausführlich die Offenlegung von Beweismitteln. Es gibt den Mitgliedstaaten auf, zu gewährleisten, dass die nationalen Gerichte auf Antrag des Klägers die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Beklagten oder einen Dritten anordnen können. Konkret verlangt Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU vom Kläger, eine substantiierte Begründung vorzulegen, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die die Plausibilität seines Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen. Außerdem müssen die offenzulegenden Beweismittel nach Abs. 2 so genau und präzise wie

705 OVG v. 8.10.2014, Az. (2013) Min San Zhong Zi Nr. 4 – *Qihoo vs. Tencent* (letzte Instanz).

möglich bezeichnet werden. Abs. 3 legt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Offenlegung von Beweismitteln fest, wobei die Begründung, der Umfang und die Kosten der Offenlegung sowie der Schutz von vertraulichen Informationen berücksichtigt werden müssen. Zur Wahrung der Waffengleichheit können die nationalen Gerichte auf Antrag des Beklagten die Offenlegung von Beweismitteln durch den Kläger oder einen Dritten anordnen. Dies spielt dann eine Rolle, wenn sich der Beklagte gegen einen Schadensersatzanspruch verteidigt, zum Beispiel mittels der *passing-on defense*.

Die Offenlegungsregeln achten besonders auf das Zusammenspiel zwischen der Stärkung der Schadensersatzklage und der Effektivität der öffentlichen Durchsetzung. Eine Ausnahme von der Offenlegung bilden die in Art. 6 Abs. 5 RL 2014/104/EU aufgelisteten Informationen, die die betroffenen Personen und die Wettbewerbsbehörde im Laufe des behördlichen Verfahrens erstellt haben, sowie die zurückgezogenen Vergleichsausführungen. Diese dürfen bis zum Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens nicht herausgegeben werden. Um den Anreiz für rechtswidrig handelnde Unternehmen zur Kooperation mit Wettbewerbsbehörden weiterhin aufrechtzuerhalten, werden gemäß Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU die Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen von vornherein von der Offenlegungspflicht ausgeschlossen. Hierzu findet sich zugleich eine Erläuterung in Erwägungsgrund 26 der EU-Schadensersatzrichtlinie, dass dieser Ausschluss der Offenlegung auf die freiwilligen und selbstbelastenden Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen beschränkt sein sollte, um das Recht der Geschädigten auf Schadensersatz nicht übermäßig zu beeinträchtigen. Für andere, nicht ausgeschlossene Beweismittel in den Behördenakten muss bei der Anordnung der Offenlegung die Verhältnismäßigkeit nach den Abwägungskriterien in Art. 6 Abs. 4 beachtet werden.

Die geregelten Offenlegungsregelungen sind Mindestanforderungen und Art. 5 Abs. 8 RL 2014/104/EU erlaubt es den Mitgliedstaaten, nationale Vorschriften beizubehalten oder neue einzuführen, die zu einer umfassenderen Offenlegung von Beweismitteln führen. Schließlich gibt Art. 8 RL 2014/104/EU den Mitgliedstaaten auf, zu gewährleisten, dass die nationalen Gerichte wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für die Fälle der Nicht- oder Schlechterfüllung der Offenlegungsanordnung verhängen können.

II. Offenlegungsregelungen im deutschen Recht

1. Materiell-rechtlicher Informationsanspruch in der 9. GWB-Novelle

Im Zuge der 9. GWB-Novelle wurden neue beweisrechtliche Sonderregelungen in den §§ 33g, 89b–e GWB für das Kartellschadensersatzrecht eingeführt. Der Gesetzgeber hat mit § 33g GWB einen selbstständigen materiell-rechtlichen Anspruch auf die Herausgabe von Beweismitteln (Herausgabeanspruch) und auf die Erteilung von Auskünften (Auskunftsanspruch) geschaffen. Der Auskunftsanspruch dient einer effektiveren Offenlegung von Beweismitteln. Hierdurch wird der Anspruchssteller angemessen befriedigt, während der Verpflichtete im Vergleich zur Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln durch die Auskunftserteilung häufig nur gering belastet wird.⁷⁰⁶ Die flankierenden prozessualen Regelungen finden sich in den §§ 89b–e GWB.

Einen Ausforschungsbeweis und das amerikanische *pre-trial discovery* Verfahren kennt das deutsche Zivilprozessrecht nicht. Das Offenlegungsrecht der EU-Schadensersatzrichtlinie führte deshalb bei ihrer Umsetzung zu der größten Änderung des deutschen Kartellrechts. Für die Umsetzung der Beweisregeln der EU-Schadensersatzrichtlinie hat sich der deutsche Gesetzgeber für eine „Insellösung“⁷⁰⁷ entschieden, sodass das allgemeine Zivilprozessrecht von den Sonderregelungen für kartellrechtliche Schadensersatzklagen unberührt bleibt.

Die beweisrechtlichen Sonderregelungen im GWB mit sowohl materiell-rechtlichen Ansprüchen als auch verfahrensrechtlichen Regeln dienen zwar der Umsetzung der Vorgaben der EU-Schadensersatzrichtlinie, gehen aber über diese hinaus.⁷⁰⁸ Während die RL 2014/104/EU die Offenlegung von Beweismitteln allein für den Schadensersatzprozess vorsieht, können die materiell-rechtlichen Herausgabe- und Auskunftsansprüche entweder bereits im Vorfeld eines Schadensersatzrechtsstreits oder von Vergleichsver-

706 BT-Drucks. 18/10207, S. 62.

707 Mehr zum Umsetzungskonzept des materiell-rechtlichen Informationsanspruchs siehe Preuß, in: Die 9. GWB-Novelle, Kap. 10 Kartellschadensersatz: Beweismittel Rn. 6f.

708 Bornkamm/Tolkmitt, in: Langen/Bunte, § 33g GWB Rn. 4.

handlungen eigenständig klageweise⁷⁰⁹ oder während des Schadensersatzprozesses geltend gemacht werden.⁷¹⁰

Die Anspruchsvoraussetzungen ergeben sich aus § 33g Abs. 1 GWB. Danach müssen die herauszugebenden Beweismittel bzw. zu erteilenden Auskünfte für die Erhebung des Schadensersatzanspruchs nach § 33a Abs. 1 GWB erforderlich sein und so genau bezeichnet werden, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist. Gemäß § 33g Abs. 3 GWB steht der Herausgabeanspruch ferner unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Die aufgelisteten Abwägungsgründe der Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechen weitgehend Art. 5 Abs. 3 RL 2014/104/EU, jedoch mit zwei zusätzlichen Abwägungsgründen: die Bindungswirkung von Entscheidungen sowie die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung. Diese sind eigentlich nach Art. 6 Abs. 4 RL 2014/104/EU allein für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Offenlegung von Beweismitteln aus den Behördenakten zu berücksichtigen. Wenn die zusätzliche Rücksichtnahme auf Wettbewerbsbehörden die Geltendmachung der Informationsansprüche erschweren würde, könnte dies gegen die Mindestanforderung des Art. 5 Abs. 8 RL 2014/104/EU verstoßen.⁷¹¹

Der zur Herausgabe von Beweismitteln Verpflichtete kann nach § 33g Abs. 7 GWB den Ersatz seiner Aufwendungen von dem Anspruchsteller verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Als Sanktion wegen einer Verletzung der Offenlegungs- oder Auskunftspflichten sieht § 33g Abs. 8 GWB eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Anspruchsberechtigten vor.

2. Offenlegung aus Behördenakten

Art. 6 RL 2014/104/EU wird mit § 89c GWB umgesetzt. Diese Regelungen stellen eine Sonderregelung zu dem bereits möglichen gerichtlichen Ersuchen um Aktenvorlage nach § 273 ZPO und dem Akteneinsichtsrecht nach § 299 ZPO dar.⁷¹² Das Gericht kann in einem Rechtsstreit wegen Schadensersatzansprüchen nach § 33a Abs. 1 GWB oder einem Informati-

709 Ausführlich zur isolierten Herausgabe- oder Auskunftsklage siehe *Preuß*, in: Die 9. GWB-Novelle, Kap. 10 Kartellschadensersatz: Beweismittel Rn. 117ff.

710 BT-Drucks. 18/10207, S. 62.

711 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71; *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 287.

712 BT-Drucks. 18/10207, S. 102.

anspruch nach § 33g Abs. 1 oder Abs. 2 GWB auf Antrag einer Partei die Wettbewerbsbehörde um Vorlegung von Urkunden und Gegenständen ersuchen. Der Antragsteller muss glaubhaft machen, dass er einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 33a Abs. 1 GWB hat und die in der Behördenakte vermuteten Informationen nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder einem Dritten erlangt werden können. Die Wettbewerbsbehörde ist nicht der Anspruchsgegner der aus § 33g Abs. 1 und 2 GWB resultierenden Herausgabe- und Auskunftsansprüche. Durch diese Voraussetzungen wird gewährleistet, dass die Beweismittel – im Einklang mit Art. 6 Abs. 10 RL 2014/104/EU – vorrangig nach § 33g GWB von Privaten verlangt werden. Die Wettbewerbsbehörde kann nur dann zur Offenlegung von Beweismitteln aufgefordert werden, wenn diese nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder von Dritten erlangt werden können.⁷¹³

In Verbindung mit § 33g Abs. 5 GWB kann die Wettbewerbsbehörde die Vorlegung der unter § 89c Abs. 4 S. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 GWB gelisteten Beweismittel, ablehnen. Demnach können neben den Kronzeugenerklärungen und nicht zurückgezogenen Vergleichsausführungen noch die internen Vermerke und die Kommunikation von der Liste der von der Wettbewerbsbehörde herauszugebenden Beweismittel ausgeschlossen werden.⁷¹⁴

III. Bewertung

Der Zugang zu Beweismitteln ist unerlässlich für die Sachverhaltsaufklärung und Schadensermittlung in Kartellzivilverfahren. Das Ermöglichen des Zugangs zu Beweismitteln durch prozessuale Aufklärungs- und Vorlagepflichten kann die Informationsasymmetrie zwischen dem Geschädigten und dem Rechtsverletzer beheben.⁷¹⁵ Die potenziell Geschädigten werden nicht schon deshalb von einer Klageerhebung absehen, weil sie keinen möglichen Zugang zu den relevanten Beweismitteln haben. In Fällen vertikal wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und bei Verstößen gegen das Missbrauchsverbot können die Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln ein nützliches Instrument für die Betroffenen zur Beschaffung der für die Klageerhebung und die Geltendmachung des Anspruchs not-

713 BT-Drucks. 18/10207, S. 103.

714 BT-Drucks. 18/10207, S. 104.

715 Vgl. *Krüger*, S. 288.

wendigen Informationen sein, wenn die gegnerische Partei oder Dritte über die wesentlichen Informationen verfügen. Der Zugang zu Behördenakten hilft den Geschädigten bei der Erhebung von Follow-on-Schadensersatzklagen gegen Hardcore-Kartelle und kann sowohl den Geschädigten als auch den Kartellunternehmen mehr Rechtssicherheit bringen.

An dieser Stelle kann die Situation in China als negatives Gegenbeispiel betrachtet werden. Das Fehlen wirksamer rechtlicher Maßnahmen, die einen Zugang zu Beweismitteln ermöglichen, stellt eines der größten Hindernisse für die Weiterentwicklung der privaten Rechtsdurchsetzung dar. Die Kläger scheiterten in den Zivilverfahren regelmäßig am Nachweis der anspruchsbegründenden Umstände, weil sie entweder keine hinreichenden oder überhaupt keine Beweise vorlegen konnten.

Zwar führt die Einführung eigenständiger Informationsansprüche auf Offenlegung von Beweismitteln im Kartellzivilverfahren unter anderem durch die Erhöhung der Verfahrens- und Beratungskosten zu einer wesentlichen Steigerung der Durchsetzungskosten. Hierdurch könnten jedoch die Fehlerkosten, die infolge fehlender Sanktionen eines tatsächlich begangenen Kartellrechtsverstoßes entstehen,⁷¹⁶ reduziert werden. Zusammen mit dem vorher dargestellten Vorteil der Informationsbeschaffung kann die Offenlegung von Beweismitteln erhöhte Anreize für die private Rechtsdurchsetzung schaffen und damit insgesamt deren gesellschaftliche Kosten reduzieren.

Eine umfangreiche allgemeine Pflicht zur Offenlegung, wie etwa in der *pre-trial discovery* in den USA, birgt die Gefahr von „*fishing expedition*“ und „*discovery blackmail*“. Hierunter versteht man die Praxis, dass unseriöse Anspruchsteller Herausgabe- und Auskunftsansprüche geltend machen, um die gegnerische Partei mit einer vermeintlichen Pflicht zur Offenlegung einer Vielzahl irrelevanter Unterlagen zu belasten und mit etwaigen hohen Schadensersatzforderungen einzuschüchtern, bevor sie überhaupt eine Schadensersatzklage erheben.⁷¹⁷ In diesem Sinne können die Voraussetzungen der Anordnung zur Offenlegung, die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 3 RL 2014/104/EU bzw. § 33g Abs. 3 GWB und der Ausschluss bestimmter Beweismittelarten im Zusammenhang mit Be-

716 Sog. Typ-I-Fehler, vgl. oben S. 87.

717 Vgl. EU-Kommission, Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2.4.2008, SEC(2008) 404, Rn. 79; *Heinemann*, in: *Public and Private Enforcement in Europe* (2014), S. 167, 176.

hördenakten das erwähnte Missbrauchspotenzial kontrollieren. Schließlich hängt die Wirksamkeit dieser neuen Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln auch davon ab, wie die Gerichte die Voraussetzungen auslegen und insbesondere die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Praxis handhaben werden.⁷¹⁸

C. Bindungswirkung

Die Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen kann in vielerlei Hinsicht einen Beitrag zur wirksamen Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen leisten. Zuerst besteht ein stärkerer Anreiz für die Erhebung einer Schadensersatzklage, wenn der Kartellrechtsverstoß durch eine bestandskräftige Entscheidung der Wettbewerbsbehörde oder des Gerichts bereits festgestellt wurde. Insbesondere bei der Verfolgung von Kartellrechtsverstößen in der Form von Hardcore-Kartellen, die selten durch andere Marktteilnehmer aufgedeckt werden können, hat die Wettbewerbsbehörde einen deutlichen Vorteil bei der Informationsbeschaffung.⁷¹⁹ Viele unmittelbare und mittelbare Abnehmer und Lieferanten werden sich häufig erst nach einer behördlichen Kartellverfolgung bewusst, dass sie von einem Kartell betroffen sind und geschädigt wurden. Außerdem können die Durchsetzungskosten für die Geschädigten und der Verfahrensaufwand reduziert werden. Im Vergleich zu den Wettbewerbsbehörden verfügen die Privatpersonen nicht über umfangreiche Ermittlungsbefugnisse zur Aufklärung des Sachverhalts. Die Beschaffung der erforderlichen Beweismittel kann sehr hohe Kosten verursachen. Aufgrund der Bindungswirkung muss die Feststellung der Zuwiderhandlung im Schadensersatzverfahren nicht erneut getroffen werden.⁷²⁰ Nicht zuletzt kann die Bindungswirkung bestandskräftiger Zuwiderhandlungsentscheidungen zur Stärkung der Einheitlichkeit und Kohärenz der Kartellrechtsdurchsetzung beitragen.⁷²¹

718 Vgl. *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71f.

719 Vgl. *Krüger*, S. 310.

720 Die in Kapitel § 5 als Anwendungsbeispiele für die bei der Schadensberechnung verwendeten Ermittlungsmethoden thematisierten erfolgreichen Schadensersatzklagen waren allesamt sog. Follow-on-Klagen.

721 RL 2014/104/EU, Erwägungsgrund 34.

I. Inhalt und Umfang der Bindungswirkung nach deutschen Rechtsvorgaben

§ 33b GWB regelt ausschließlich für die kartellrechtliche Schadensersatzklage eine Bindungswirkung der bestandskräftigen Entscheidungen der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des in dieser Funktion handelnden Gerichts eines Mitgliedstaates in der EU. Bei dieser von den Gerichten zu beachtender Bindungswirkung handelt es sich um eine Feststellungswirkung, die sich auf die tatsächlichen Feststellungen und die darauf beruhende rechtliche Beurteilung bezieht.⁷²²

Die BGH-Entscheidung in Sachen *Lottoblock II* hat in Bezug auf die Reichweite der Bindungswirkung darauf hingewiesen, dass sie „alle im vorangegangenen Verfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen, die den Lebenssachverhalt bilden, bezüglich dessen ein Kartellrechtsverstoß festgestellt wurde, und die seine rechtliche Einordnung als Verstoß tragen“ erfasst.⁷²³ Im Zusammenhang mit der RL 2014/104/EU gehören im Einzelnen auch die Feststellungen zu der Art und Dauer des Verstoßes und der Marktabgrenzung dazu.⁷²⁴ Die Betroffenheit des Klägers, die Schadenskausalität und die Schadenshöhe werden hingegen nicht von der Bindungswirkung erfasst.⁷²⁵

Für Beseitigungs- und Unterlassungsklagen, die sich auch an ein abgeschlossenes behördliches Verfahren anschließen können, findet die Bindungswirkung nach § 33b GWB ausweislich des eindeutigen Wortlauts keine Anwendung. Aber bereits im Sondergutachten zur 7. GWB-Novelle empfahl die Monopolkommission eine allgemeine Regelung bezüglich der Bindungswirkung, die sich nicht nur auf Schadensersatzansprüche, son-

722 BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527 Rn. 13f., 18f. – *Lottoblock II* und die dort angeführten Verweise; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33b GWB Rn. 2 m.w.N.

723 BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527 Rn. 14 – *Lottoblock II*.

724 RL 2014/104/EU, Erwägungsgrund 34: Die Wirkung der Feststellung sollte die Art der Zuwiderhandlung sowie ihre sachliche, persönliche, zeitliche und räumliche Dimension umfassen.

725 BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527 Rn. 12f – *Lottoblock II* und die dort angeführten Verweise; BT-Drucks. 15/3640, S. 54; *Scheffler*, NZKart 2015, 223, 225.

dern auf alle Fälle, in denen eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht Anspruchsvoraussetzung ist, erstrecken soll.⁷²⁶

II. Fehlende Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidung in China

§ 2 OVG-AMG-Bestimmungen ermöglicht es dem Geschädigten nach einer bestandskräftigen Entscheidung der Antimonopolbehörde, in der ein rechtswidriges monopolisierendes Verhalten festgestellt wird, eine Zivilklage zu erheben. Allerdings wird eine Bindungswirkung der Feststellung des Kartellrechtsverstoßes nicht von den OVG-AMG-Bestimmungen beleuchtet. Das geltende Recht kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Volksgerichte an die bestandskräftigen Entscheidungen der Antimonopolvollzugsorgane gebunden sind.⁷²⁷ Im Schrifttum werden zwei Auffassungen vertreten. Einige sind der Auffassung, dass die Bindungswirkung der Entscheidung der Antimonopolbehörde im AMG normiert werden sollte.⁷²⁸ Nach der Gegenauffassung sollte die behördliche Feststellung des Kartellrechtsverstoßes als Beweis zu Gunsten des Klägers betrachtet werden, da die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes in einer kartellbehördlichen Entscheidung in der Regel stärkere Überzeugungskraft habe.⁷²⁹ Innerhalb dieser Ansicht ist aber umstritten, ob die behördliche Feststellung als prima-facie Beweis zu behandeln ist.⁷³⁰

Inwieweit die Feststellung des Kartellrechtsverstoßes in der Bußgeldentscheidung auf ein Follow-on-Zivilverfahren übertragen werden kann, liegt im Ermessen des Volksgerichts. In der bisher begrenzten Praxis von Follow-on-Klagen haben die Volksgerichte die in der Bußgeldentscheidungen getroffenen Feststellungen unterschiedlich bewertet. Im Fall *Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd.* erkannte das Mittlere Volksgericht der Stadt Xi'an die Feststellung des Verstoßes in der

726 Monopolkommission, Sondergutachten 41, Rn. 128. Dies befürworten auch *Rehbin-der*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 73; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 93.

727 Bestätigt durch einen Richter des OVG, siehe *Zhu, Li*, Zehn Jahre kartellrechtliche Zivilklagen: Rückblick und Aussichten, China Intellectual Property News vom 24.8.2018, abrufbar unter <http://www.ipph.cn/news/mtbd/201809/U020180913422905101486.pdf>.

728 *Dai, Bin*, Anti-monopoly litigation, S. 205f, 329; *Wang, Jian*, FSYJ 3 (2010), 23, 32.

729 Vgl. *Wang, Xianlin*, JXCJDXB 69 (2010), 87, 91; *Dai, Yiting*, DZZSCQ 1 (2014), 85, 89; *Zhang, Chenying*, FLSY 7 (2017), 31, 34.

730 Ausdrücklich für prima-facie Beweis: *Zhang, Chenying*, FLSY 7 (2017), 31, 34.

Bußgeldentscheidung an. Das Volksgericht argumentierte, dass die Bußgeldentscheidung bestandskräftig ist und somit davon ausgegangen werden kann, dass Jiacheng als Adressat an der Durchführung der horizontalen Vereinbarung beteiligt war, sofern nicht das Gegenteil bewiesen werden konnte. Da Jiacheng während der Laufzeit der horizontalen Monopolvereinbarung den Betonpreis an Sanjian erhöhte, sollte diese Preiserhöhung bis zum Beweis des Gegenteils als Umsetzung der horizontalen Monopolvereinbarung angesehen werden.⁷³¹ In einer anderen Follow-on-Klage über vertikale Vereinbarung beurteilten die Volksgerichte erster und zweiter Instanz die Rechtswidrigkeit einer nationalen einheitlichen Vertriebsvereinbarung, die mit der in der Bußgeldentscheidung für rechtswidrig erklärten Vertriebsvereinbarung identisch war, jedoch unterschiedlich.⁷³² Das Shanghai Oberes Volksgericht (das Berufungsgericht) ist der Ansicht, dass sich der sachlich und räumlich relevante Markt, wie er in der Bußgeldentscheidung anhand der gesammelten Beweismittel bestimmt wurde, von dem im vorliegenden Fall unterscheidet, so dass die Rechtswidrigkeit der beanstandeten Vereinbarung anders zu prüfen ist. Daher untersuchte das Berufungsgericht die fraglichen Preisbindungsklauseln in der Vereinbarung eingehend anhand der Maßstäbe in der Rechtssache *Rainbow vs. Johnson & Johnson*. Die Preisbindungsklauseln seien keinen Kartellrechtsverstoß, da sie keine Wettbewerbsbeschränkungen bewirkten.⁷³³

Die Anerkennung einer Bindungswirkung einer bestandskräftigen Entscheidung der Antimonopolbehörde für das darauffolgende Schadensersatzverfahren ist angesichts der bisher relativ unabhängig voneinander entwickelten behördlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung sehr problematisch. Es ist nicht selten, dass die Antimonopolbehörde und die Volksgerichte unterschiedliche Ansätze verfolgen, obwohl sie mit derselben Art von wettbewerbswidrigem Verhalten konfrontiert sind. Dies ist insbe-

731 Mittleres Volksgericht der Stadt Xi'an der Shaanxi Provinz v.13.8.2020, Az. (2020) Shaan 01 Zhi Min Chu Nr. 509 – *Yanan Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd.* Zum Sachverhalt siehe oben S. 183.

732 Shanghai IP-Sondergericht v. 27.7.2018, Az. (2016) Hu 73 Min Chu Nr. 866 – *Hanyang Guangming Trade Company vs. Hankook Tires Sales Company* (erste Instanz); Shanghai Oberes Volksgericht v. 30.7.2020, Az. (2018) Hu Min Zhong Nr. 475 – *Hanyang Guangming Trade Company vs. Hankook Tires Sales Company* (zweite Instanz).

733 Shanghai Oberes Volksgericht v. 30.7.2020, Az. (2018) Hu Min Zhong Nr. 475 – *Hanyang Guangming Trade Company vs. Hankook Tires Sales Company* (zweite Instanz).

sondere bei vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen der Fall. Wie oben in diesem Kapitel unter A.III.1.b. dargestellt, haben die Volksgerichte bei solchen Vereinbarungen stets eine auswirkungsorientierte Analyse vorgenommen, während die Wettbewerbsbehörde sie in der bisherigen Praxis in der Regel als per se rechtswidrig behandelt hat. Letztlich muss das OVG dieses Problem der abweichenden Ansätze erklären, wenn es dazu Gelegenheit hat. Darüber hinaus werden gegen die Bußgeldentscheidungen der Antimonopolbehörde bisher ganz selten Einspruch eingelegt, so dass es regelmäßig nicht zu einer gerichtlichen Überprüfung kommt. Nach eigenen Recherchen in öffentlich zugänglichen Informationsquellen (Nachrichten und Datenbanken für gerichtliche Entscheidungen) wurden bis Oktober 2022 insgesamt 15 Klagen gegen Bußgeldentscheidungen der Antimonopolbehörden auf allen Ebenen eingereicht. Im Vergleich dazu wurden 330 behördliche Verfahren durch Antimonopolbehörden auf allen Ebenen allein in Jahren 2019 bis 2021 abgeschlossen.⁷³⁴ Diese Tatsache lässt auf eine geringe Bereitschaft schließen, behördliche Entscheidungen gerichtlich anzufechten. Der Grund dafür liegt nicht darin, dass die bisherigen behördlichen Entscheidungen fehlerfrei waren. Diese wurden sogar oftmals kritisiert. Die Fehler im behördlichen Verfolgungsverfahren könnten aufgrund der Bindungswirkung die Follow-on-Klagen negativ beeinflussen.⁷³⁵ Obwohl die Bindungswirkung, wie oben dargestellt, viele Vorteile mit sich bringt und vor allem die Erhebung der Schadensersatzklagen erleichtern kann, ist es im chinesischen Kontext aufgrund des Konflikts zwischen behördlicher und gerichtlicher Praxis nicht vernünftig, der behördlichen Entscheidung durch eine Bindungswirkung eine Vorrangstellung gegenüber der Follow-on-Klage einzuräumen. Denn ein Aspekt der Verstärkung der privaten Rechtsdurchsetzung in China liegt nämlich gerade in der Stärkung der Anwendung und Auslegung des Antimonopolrechts durch die Gerichte. Insofern ist der Ansicht zuzustimmen, dass die Entscheidungen der Antimonopolbehörde als Grundlage der Sachverhaltsfeststellung zu behandeln sind, die einer freien Beweiswürdigung durch das Gericht unterliegt. Dies entspricht auch der bisherigen Entscheidungspraxis. Es ist zu erwarten, dass bei der Überarbeitung der OVG-AMG-Bestimmungen eine klare Stellungnahme zu diesem Thema abgegeben wird.

734 Statistik aus SAMR, Jahresbericht über die behördliche Durchsetzung des Antimonopolgesetzes von 2019 bis 2021.

735 Vgl. aus der deutschen Literatur *Hempel*, WuW 2005, 137, 143.

D. Fazit: Vergleichende Betrachtungen

Aus der vorhergehenden Untersuchung ist zunächst deutlich zu erkennen, dass das deutsche und das chinesische Wettbewerbsrecht abweichende Schwerpunkte bei den Sonderregeln zur Beweislast setzen.

Infolge des Art. 2 VO 1/2003 ist eine Beweislastumkehr bei den Anspruchsvoraussetzungen nicht gestattet. Die EU-Schadensersatzrichtlinie versucht, die durch Informationsasymmetrien hervorgerufenen Hindernisse für den Nachweis der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht durch eine Pflicht zur Offenlegung von Beweismitteln zu beseitigen. In Bezug auf die haftungsbegründenden Tatbestände wird im Rahmen der 9. GWB-Novelle neben der bestehenden gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutung keine neue Beweislastumkehr normiert. Durch die neu hinzugefügte widerlegbare Schadensvermutung und Schadensschätzung kann der Schadensnachweis jedoch wesentlich erleichtert werden. Für etwaige Schadensersatzklagen von Klägern verschiedener Vertriebsstufen verdeutlichen die Art. 13 und Art. 14 RL 2014/104/EU bzw. § 33c GWB die Beweislastverteilung und statuieren eine Vermutungsregelung für eine Schadensabwälzung zugunsten der mittelbaren Abnehmer, die das Ziel einer Vollentschädigung verfolgt.

Demgegenüber gibt es in China etliche Sonderregelungen für die Beweislast in Kartellzivilverfahren, die sich im Wesentlichen auf die materiellen Anspruchsvoraussetzungen und die Sachverhaltsaufklärung beziehen. In den OVG-AMG-Bestimmungen sind nur wenige Beweisregelungen zu den Einwendungen seitens der Beklagten und keine Beweisregelungen zur Schadensabwälzung und Schadensberechnung zu finden. Die haftungsbegründende Kausalität und die haftungsausfüllenden Tatbestände wie etwa der Schadensumfang richten sich immer noch nach dem allgemeinen Zivilprozessrecht.

Die OVG-AMG-Bestimmungen basieren auf den gerichtlichen Erfahrungen der ersten drei Jahre seit dem Inkrafttreten des AMG. Auf den ersten Blick haben die OVG-AMG-Bestimmungen Beweisregelungen zugunsten der Kläger aufgestellt. Aus der Entscheidungspraxis ist ersichtlich, dass diese Beweisregeln die früher aufgetretenen Probleme nicht abschließend lösen können und neue Probleme aufgetreten sind. Insofern stellt sich die Frage, ob die vorgesehenen Beweiserleichterungen möglicherweise nicht ausreichend und überhaupt angemessen sind.

Eine Lösung der Beweisschwierigkeiten in den chinesischen Kartellzivilverfahren, die lediglich aus zahlreichen Beweiserleichterungen, vor allem

mittels Vermutungsregelungen zugunsten der Kläger, besteht, kann sehr willkürlich sein. Sie geht von der Überlegung aus, dass die Kläger in einem frühen Stadium des Verfahrens in Missbrauchsfällen häufig unterlegen sind, weil sie den Beweisanforderungen für die Anspruchsvoraussetzungen nach dem allgemeinen Beweisrecht nicht nachkommen konnten. Wie bereits mehrfach erwähnt, sind bereits die materiellen Vorschriften im AMG zu einfach und zu abstrakt gehalten, so dass die Anwendung des materiellen Rechts selbst Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit bereitet. Viele Probleme, wie z.B. die Abgrenzung des relevanten Marktes, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung oder die Ermittlung und Beurteilung wettbewerbswidriger Auswirkungen, treten nicht nur bei der privaten, sondern auch bei der öffentlichen Rechtsdurchsetzung auf. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn die lokalen Volksgerichte kein einheitliches Verständnis von der Rechtsanwendung haben. Ganz wenige Verfahren werden schließlich vor dem OVG verhandelt. Die Vereinheitlichung der Rechtsprechung lässt sich nur über eine lange Zeit erreichen. Daher kann die Rechtsanwendung durch Beweiserleichterungen oder Beweislastumkehr nur erschwert werden. Es ist auch bedenklich, dass viele klägerfreundliche Vermutungsregelungen in der Konsequenz zu Ungerechtigkeiten zulasten des Beklagten führen könnten. Die Lösung, den Beweisschwierigkeiten durch viele verfahrensrechtliche Beweiserleichterungen zu begegnen, könnte daher auch hohe Fehlerkosten verursachen.

Darüber hinaus sind die Hindernisse beim Zugang zu Beweismitteln besonders ausgeprägt. Sie können die wirksame Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen übermäßig erschweren. Obwohl ein Volksgericht auf Antrag einer Partei oder nach eigenem Ermessen Beweise erheben und ermitteln kann,⁷³⁶ ist diese allgemeine Regelung in der Kartellrechtspraxis häufig nur sehr schwer umzusetzen. Ohne die Offenlegung von Beweismitteln können Beweisschwierigkeiten nicht vollständig behoben werden. Die an dem Verfahren beteiligten Parteien und ihre Rechtsanwälte sind oft unzureichend vorbereitet und verfügen nicht über ausreichende Erfahrung und Fachwissen. Das Problem der Informationsasymmetrie ist daher ausgeprägter und gravierender, als es in Deutschland zu beobachten ist.

Eine Kombination aus Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln und gesetzlichen Vermutungsregelungen, wie sie in der EU-Schadensersatzrichtlinie und der 9. GWB-Novelle zu finden sind, ist eine vernünftiger

736 §§ 67 und 70 ChinZPG, § 94 OVG-ZPG-Erläuterungen.

Lösung für das chinesische Antimonopolrecht. Die Offenlegung von Beweismitteln spielt eine unersetzliche Rolle bei der Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche. Da eine tiefgreifende Reform der Offenlegung von Beweismitteln im ChinZPG auf absehbare Zeit nicht praktisch erscheint und das Kartellzivilverfahren viele Besonderheiten aufweist, bietet sich auch für das chinesische Antimonopolrecht eine „Insellösung“ eines eigenständigen, materiell-kartellrechtlichen Informationsanspruchs nach deutschem Vorbild an. Die offenzulegenden Beweismittel könnten hierbei zunächst auf bestimmte Kategorien beschränkt werden.⁷³⁷ Bevor weitere Beweiserleichterungen in der Zukunft gewährt werden, wäre es wünschenswert, dass das Oberste Volksgericht zuerst weitere Klarstellungen zur objektiven Beweislast im Kartellzivilverfahren vornimmt. Ausgehend von den Erfahrungen in Deutschland mit Beweiserleichterung hinsichtlich des „Ob“ eines Schadens und der Schadensermittlung ist es überlegenswert, ob ähnliche Sonderregelungen auch in China umsetzbar sind. Darüber hinaus kann es sehr hilfreich sein, wenn die Volksgerichte den Parteien mehrere Orientierungshilfen bieten können. Zugleich ist es auch notwendig, dass die Richter ihr Fachwissen und die Parteien und Rechtsanwälte ihre Professionalität verbessern.

737 Dazu vgl. *Heinemann*, in: *Public and Private Enforcement in Europe* (2014), S. 167, 184.

