

§ 7 Ausblick für die Weiterentwicklung der privaten Durchsetzung und Vorschläge für AMG

A. Differenzierte Ansätze für die private Durchsetzung

Ausgehend von der Diskussion über die Zielsetzungen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ist davon auszugehen, dass nur durch die Verfolgung sowohl des Kompensations- als auch des Abschreckungsziels die private Rechtsdurchsetzung insgesamt gestärkt werden kann. Für eine Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung im Allgemeinen sollten zum einen mehrere Anreize zur Erhebung der kartellrechtlichen Zivilklagen geschaffen werden, zum anderen sollten Hindernisse im Verfahren durch Beweiserleichterungen (mittels Beweislastumkehr und Vermutungsregelungen) und einen verbesserten Zugang zu Beweismitteln beseitigt werden, um eine wirksamere Geltendmachung kartellrechtlicher Ansprüche zu gewährleisten. Die vorstehende Untersuchung hat die Fallgruppen identifiziert, in denen sich die Geltendmachung der jeweiligen kartellrechtlichen Ansprüche als wirksam erweist. Gleichzeitig hat die Untersuchung aber auch gezeigt, dass trotz der stetigen Verbesserung der Rechtsrahmen weiterhin viele Hindernisse bestehen, die es den Geschädigten erschweren, den erlittenen Schaden vollständig zu kompensieren oder den gewünschten Rechtsschutz zu erhalten. Entsprechenden Verbesserungen der rechtlichen Rahmenbedingungen und Anpassungen der erforderlichen Ansätze sollten vorgenommen werden, um den maximalen Nutzen der jeweiligen Rechtsmittel in ihren Anwendungsbereichen zu erzielen.⁷³⁸ Denkbar wären auch weitere Maßnahmen, die die Betroffenen auf den passenden Zivilrechtsweg verweisen.

Aufgrund der Untersuchung der rechtlichen Rahmenbedingungen und der gerichtlichen Praxis der Nichtigkeitssanktion wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, der Beseitigungs- und Unterlassungsklagen sowie der Schadensersatzklagen kommt die vorliegende Arbeit zu dem Ergebnis, dass die drei Rechtsinstitute bei der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts unterschiedliche, sich aber auch ergänzende Rollen einnehmen. Die Privatpersonen haben in der Regel abweichende Interessen und Schwerpunkte bei der gerichtlichen Verfolgung von Kartellrechtsverstößen

738 Vgl. *Hüschelrath/Peyer*, 36 *World Competition* 585 (2013), 603.

und verfügen bei bestimmten Arten von Kartellrechtsverstößen über unterschiedliche Stärken gegenüber den Wettbewerbsbehörden. Um die private Durchsetzung zu verbessern, ist es daher nicht erforderlich, in allen Bereichen das gleiche Durchsetzungsniveau wie bei der öffentlichen Durchsetzung anzustreben.

Hüschelrath und *Peyer* haben eine optimale Mischung von behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung vorgestellt, der je nach Art der Wettbewerbsrechtsverstöße variiert. Ihr Vorschlag basiert auf der Untersuchung, die insbesondere Kosten und Nutzen der Aufdeckung und Verfolgung von Verstößen durch die Wettbewerbsbehörden und Privatpersonen berücksichtigt.⁷³⁹ Ausgehend von der vorliegenden Untersuchung der reichhaltigen Rechtspraxis zivilrechtlicher Ansprüche ist ihrer Vorstellung im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung prinzipiell zuzustimmen, dass je nach Art des Wettbewerbsrechtsverstoßes unterschiedliche Ansätze zu wählen sind.

Ist eine Erhöhung des derzeitigen zivilrechtlichen Sanktionsniveaus anzustreben, lässt sich dies unmittelbar vor allem durch die Verstärkung der Schadensersatzklage erzielen. Um die Schadensersatzklagen zu fördern, werden differenzierte Multiplikatoren des Schadensersatzes in Abhängigkeit von der Art des Kartellrechtsverstoßes und der gerichtlichen Verfolgung (Stand-alone- oder Follow-on-Klageverfahren) vorgeschlagen, wie oben unter § 5 D. III. 2. vorgestellt. Allerdings stellt der nachträgliche Schadensersatz, wie bereits mehrmals erwähnt, keine „one fits all“-Lösung dar. Die anderen vorgestellten rechtlichen Mittel dürfen neben der Schadensersatzklage auf keinen Fall außer Acht gelassen werden. Sie müssen gezielter gefördert werden, um ihre präventive und abschreckende Wirkung zu verstärken. Im Folgenden werden die differenzierten Ansätze für die Förderung der privaten Durchsetzung nach der Art der wettbewerbsbeschränkenden Praktiken und auf der Grundlage der Schlussfolgerungen der vorangegangenen Untersuchung beschrieben.

I. Vertikale Vereinbarungen

Die private Durchsetzung hat in der bisherigen Praxis eine aktive und wichtige Rolle gegen vertikale wettbewerbsbeschränkende Praktiken ge-

739 *Hüschelrath/Peyer*, 36 *World Competition* 585 (2013), 596ff.

spielt. Für die Betroffenen besteht bereits ein großer Klageanreiz. Die Vertragspartei kann sich auf die Nichtigkeit des kartellrechtswidrigen Vertrages oder der kartellrechtswidrigen Klausel berufen, oft auch als Einwand gegen die vertragliche Leistungspflicht. Die Nichtigkeitssanktion gilt dabei als das unmittelbarste rechtliche Mittel.⁷⁴⁰ Der Betroffene kann auch versuchen, den erlittenen Schaden im Wege der Schadensersatzklage auszugleichen. Durch die Hinzufügung praktischer und durchführbarer Regeln über die Offenlegung von Beweismitteln, kann die Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung in diesem Bereich weiter verbessert werden.

II. Missbräuchliche Verhaltensweisen

Die Feststellung, dass das beklagte Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt hat, stellt aufgrund der Beweisschwierigkeiten und der komplexen Beurteilung der Marktbedingungen und der problematischen Verhaltensweisen ein wesentliches Hindernis für kartellrechtliche Zivilklagen dar. Die Verfolgung der missbräuchlichen Verhaltensweisen ist sowohl für die Wettbewerbsbehörden als auch für Privatpersonen keine leichte Aufgabe.⁷⁴¹ Dennoch ist eine große Anzahl von privaten Klagen in der Praxis sowohl in Deutschland als auch in China zu beobachten. Dies lässt sich damit erklären, dass es sich in vielen Fällen um gezielte Behinderungs- und Diskriminierungspraktiken handelt, den Betroffenen erhebliche wirtschaftliche Nachteile drohen und sie daher sehr aktiv bei der Aufdeckung und Verfolgung sind. Beseitigungs- und Unterlassungsklagen werden in Deutschland häufig gegen Liefersperren (oder ähnlich diskriminierende Praktiken) aufgrund der Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung geltend gemacht und erweisen sich als sehr effektiv.⁷⁴² Die Anzahl der Missbrauchsfälle, in denen den Klägern Schadensersatz zugesprochen wurde, ist hingegen gering. Ein wesentlicher Teil des Verlusts der Geschädigten ist der entgangene Gewinn, dessen Quantifizierung neben den bereits genannten eine weitere große Schwierigkeit

740 Siehe Kapitel § 3.

741 *Hüschelrath/Peyer* kommen zu dem Schluss, dass die Durchsetzung des Missbrauchsverbots eine höhere Beteiligung der Wettbewerbsbehörde erfordere. Siehe *Hüschelrath/Peyer*, 36 *World Competition* 585 (2013), 585, 606. Diese verallgemeinernde Betrachtung wird hier nicht gefolgt.

742 Siehe § 4 C.I.

darstellt. In diesem Praxisgebiet sind noch weitere Verbesserungsmaßnahmen zur Überwindung der Beweisschwierigkeiten erforderlich.⁷⁴³ Um den Anreiz zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu erhöhen, ist eine Verdoppelung des Schadensersatzes zu erwägen.⁷⁴⁴

III. Hardcore-Kartelle

Bei Hardcore-Kartellen muss die öffentliche Rechtsdurchsetzung aufgrund der umfassenden Ermittlungsbefugnisse zur Informationsgewinnung und der hohen Geldbußen als starke Abschreckungswaffe die führende Rolle spielen.⁷⁴⁵ Wegen der großen Schwierigkeiten und des hohen Aufwands bei der Aufdeckung des Kartells sind die betroffenen Unternehmen und Verbraucher oft nicht in der Lage, durch kartellrechtliche Zivilklagen gegen das Kartell vorzugehen. Die Follow-on-Schadensersatzklage erweist sich für die Geschädigten als einfachster Weg, den erlittenen Schaden auszugleichen.⁷⁴⁶ Im Anschluss an das abgeschlossene behördliche Bußgeldverfahren haben die Geschädigten bessere Erfolgsaussichten in der Schadensersatzklage. Bei der Ausgestaltung und Anwendung der Regelungen hinsichtlich der Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen, der Offenlegung von Beweismitteln durch die Wettbewerbsbehörden und der Gewährung von Mehrfachschaftensersatz ist die Balance zwischen der Förderung von Follow-on-Klagen und der Effektivität der behördlichen Kartellverfolgung und der Kronzeugenprogramme zu beachten.⁷⁴⁷

B. Vorschläge für Ausgestaltung der privaten Durchsetzung des AMG

Aus der vergleichenden Untersuchung geht hervor, dass China mit ähnlichen Problemen konfrontiert ist, wie sie bereits innerhalb der EU und Deutschlands bei der Durchsetzung und Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts aufgetreten sind. Die gemeinsamen Probleme können teilwei-

743 Siehe § 6 B.III. und D.

744 Siehe § 5 D.III.2.b.

745 *Hüschelrath/Peyer*, 36 *World Competition* 585 (2013), 604f.; *Krüger*, S. 313f.

746 Vgl. oben § 5 D.II.2.a. und § 6 A.II.2. Im Rahmen der Follow-on-Klage in Deutschland haben die Kläger Vorteile beim Nachweis des Schadens und bei der Schadensberechnung.

747 Vgl. oben § 5 D.III.2.a., § 6 B. und C.

se auf die inhärenten Merkmale des gleichen Wettbewerbsrechtsmodells zwischen der EU und China zurückgeführt werden. Das chinesische Antimonopolrecht orientiert sich seit seiner Implementierung am Durchsetzungssystem der EU, welches von der behördlichen Durchsetzung und damit einhergehend von einer starken Vollzugsbehörde dominiert wird. Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass die mangelnde Aufmerksamkeit des Gesetzgebers und der politischen Entscheidungsträger auf die private Durchsetzung zu begrenzten Durchsetzungsressourcen und einer verspäteten gesetzgeberischen Tätigkeit auf diesem Gebiet geführt hat. Dies mündete letztendlich in einer Unterentwicklung dieses Durchsetzungsweges.

Zudem kann ein weiteres gemeinsames Problemfeld identifiziert werden, das sich nach der Implementierung des Durchsetzungssystems stellt. Dieses ergibt sich aus der Fundierung der Anspruchsgrundlagen zur Geltendmachung von Abwehr- und Schadensersatzansprüchen bei Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrechts. Die eigentliche Entwicklung der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts begann innerhalb der Europäischen Union im Zuge des wegweisenden EuGH-Urteils *Courage* aus dem Jahr 2001, das die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vor den nationalen Gerichten für jedermann ermöglichte. Für das deutsche Recht wurden die Anspruchsgrundlagen für kartellrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche durch die 7. GWB-Novelle mit § 33 Abs. 1 S. 1 und § 33 Abs. 3 S. 1 geschaffen. Die Unsicherheit über die Anspruchsgrundlage für kartellzivilrechtliche Ansprüche wurde so durch die Rechtsprechung bzw. die Novellierung des GWB behoben. Ein derartiges Pendant, welches die Gewährleistung des privaten Rechtsschutzes gegen Kartellrechtsverstöße und der entsprechenden Klagebefugnis regelt, fehlt im chinesischen Antimonopolrecht. Der privaten Durchsetzung in China fehlt es an einer soliden Grundlage für materiell-rechtliche Ansprüche. Weiter fehlt es auf der Ebene der EU, in Deutschland und in China an griffigen zivilprozessualen Informationsmitteln, mit denen die für Kartellstreitigkeiten charakteristischen Informationsasymmetrien überwunden werden können. Dies ist besonders im Hinblick auf die Gewährung von Schadensersatz von Relevanz.

Darüber hinaus stößt die private Kartellrechtsdurchsetzung in China auf weitere Hindernisse, die dem chinesischen Rechtssystem und der Rechtskultur inhärent sind und sich insbesondere in der AMG Rechtspraxis niedergeschlagen haben. Das erste größte Hindernis ergibt sich aus der Unklarheit im AMG. Der äußerst kurz gefasste Paragraph im AMG, der die zivilrechtliche Haftung des Rechtsverletzers normiert, enthält keine

substanziellen Vorgaben für die Praxis und beschränkt sich darauf, lediglich die Möglichkeit der privaten Durchsetzung vorzusehen. Dies hat sich auch durch die jüngste Gesetzesnovellierung nicht verbessert. e weitere erhebliche Schwierigkeiten ergibt sich aus den uneinheitlichen Beurteilungsansätzen, die zu widersprüchlichen Entscheidungen zwischen den Volksgerichten sowie zwischen den Wettbewerbsbehörden und den Volksgerichten geführt hat. Nicht nur im Bereich der Kartellrechtsdurchsetzung stellt sich das Problem der Schnittstelle zwischen gerichtlicher Rechtsprechung und behördlicher Durchsetzung, im Zusammenhang mit der Kartellrechtsdurchsetzung ist es jedoch noch ausgeprägter.

Trotz aller Hindernisse und Schwierigkeiten ist eine wirksame private Durchsetzung des Antimonopolrechts in China möglich und zudem notwendig. Die private Durchsetzung kann auch einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung des Antimonopolrechts in China leisten.

Die rasche Entwicklung der Marktwirtschaft und die tiefgreifenden Reformen im Zusammenhang mit den chinesischen Staatsunternehmen haben die Marktstruktur und die Wettbewerbsbedingungen dramatisch verändert und zu einer Intensivierung des Marktwettbewerbs geführt. Das Wettbewerbsbewusstsein der Marktteilnehmer nimmt allmählich zu, was sich u.a. in der stetigen Zunahme kartellrechtlicher Streitigkeiten in den vergangenen Jahren widergespiegelt.

Die von den Wettbewerbsbehörden verhängten Bußgelder unterliegen einer möglichen Kontrolle durch die Gerichte. Die Rechtsprechung spielt eine besonders wichtige Rolle bei der Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts innerhalb der EU. Der Ermessensspielraum der Wettbewerbsbehörden wird dadurch in gewissem Maße kontrolliert. In China hingegen wurden bisher nur selten Einsprüche gegen Bußgeldentscheidungen eingelegt.⁷⁴⁸ Dies erklärt, warum der Einfluss der Rechtsprechung der Rechtsmittelinstanzen auf die behördliche Durchsetzung des AMG in China noch sehr gering ist. Die Volksgerichte können systembedingt nur in kartellzivilrechtlichen Verfahren eine aktive Rolle übernehmen und die Rechtsanwendung fortentwickeln und somit einen konstitutiven Beitrag zur Rechtsdurchsetzung des AMG leisten. Insbesondere im ersten Jahrzehnt des AMG, als die Vollzugskompetenz für das AMG auf drei Vollzugsbehörden verteilt und die Rechtsdurchsetzung insgesamt ineffizient war, stellte die gerichtliche Praxis einen besonders

748 Vgl. oben § 6 C.II.

wichtigen Beitrag zur Anwendung und Auslegung des Antimonopolgesetzes dar.

Im Jahr 2014 wurden drei spezialisierte IP-Sondergerichte mit spezialisierten Richtern eingerichtet, die als erste Instanz für kartellrechtliche Zivilklagen in Beijing, Shanghai und der Guangdong Provinz zuständig sind. In diesen Regionen sind die meisten Kartellfälle mit hohen Streitwerten zu verzeichnen. Berufungen gegen erstinstanzliche Entscheidungen werden ab 2019 direkt vor dem neu eingerichteten Senat für geistiges Eigentum des OVG verhandelt.⁷⁴⁹ Obwohl die Einrichtung eines Kartellsenats beim OVG und von Kartellkammern bei den örtlichen Volksgerichten aufgrund der begrenzten Ressourcen und anderer Prioritäten in naher Zukunft nicht vorgesehen ist, ist die Bereitschaft des Obersten Volksgericht zur Erhöhung der Professionalität der Gerichtsverfahren in Kartellrechtsstreitigkeiten offensichtlich.

Das neue Antimonopolgesetz ist im August 2022 in Kraft getreten. Die juristische Auslegungsrichtlinie befindet sich derzeit in Überarbeitung und soll 2023 verabschiedet werden. Eine Verbesserung des rechtlichen Rahmens für die privaten Rechtsdurchsetzung ist in Aussicht gestellt. Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden Änderungsvorschläge unterbreitet, die sich aus den Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung ergeben.

I. Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen

Eine wirksame private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts hängt zunächst von der Fortentwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen ab. Gesetzesänderungen zugunsten der Geltendmachung der kartellzivilrechtlichen Ansprüche können unmittelbare Anreize setzen, die private Durchsetzung in Anspruch zu nehmen. Dies lässt sich deutlich an den Erfahrungen mit der Entwicklung der privaten Durchsetzung in der EU und in Deutschland ablesen. Für eine wirksamere Durchsetzung des AMG ist eine Verbesserung der allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen für die private Durchsetzung erforderlich. Die möglichen zivilrechtlichen Ansprüche, sprich der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, der Schadensersatzanspruch sowie die Nichtigkeitsfolge der wettbewerbsbeschrän-

749 § 2 Nr.1 der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zu verschiedenen Fragen bezüglich des Senats für geistiges Eigentum. Diese Bestimmungen gelten ab dem 1.1.2019.

kenden Vereinbarung, müssen im AMG eindeutig normiert werden, wobei die Tatbestandsvoraussetzungen der kartellzivilrechtlichen Haftung bzw. die Anspruchsvoraussetzungen klargestellt werden sollten. Angesichts der insgesamt unterentwickelten Durchsetzung des Antimonopolrechts ist eine gesetzliche Klarstellung der Zielsetzung der privaten Rechtsdurchsetzung dringend anzuraten. Diese besteht in der Verfolgung des Kompensations- und Abschreckungsziels, nämlich die Zuwiderhandlungen gegen das Antimonopolrecht zu verhindern, Unternehmen und Verbraucher davor zu schützen und ihnen die dadurch erlittenen Schäden auszugleichen.

II. Verbesserung der Schadensersatzklage

Die Erfahrungen aus der EU und Deutschland zeigen, dass die Verbesserung der rechtlichen Bedingungen für Schadensersatzklagen eine bedeutende Rolle bei der Förderung des privaten Rechtsdurchsetzungssystems spielt. Darüber hinaus können Schadensersatzklagen den wohl stärksten Anreiz für Privatpersonen schaffen, im Wege zivilrechtlicher Klagen gegen wettbewerbswidriges Verhalten vorzugehen. Der Schadensumfang und die Schadensermittlung bedürfen einer weiteren Klärung entweder seitens des Obersten Volksgerichts oder seitens des Gesetzgebers. Eine reibungslose Geltendmachung der kartellrechtlichen Zivilansprüche bedarf weiterhin einer höchstrichterlichen Klarstellung der Verteilung der objektiven Beweislast im Kartellzivilverfahren. Schließlich müssen Reformen betreffend Beweisregelungen, Beweislasteasierungen und Offenlegungspflichten von Beweismitteln Schritt für Schritt durchgeführt werden.⁷⁵⁰

⁷⁵⁰ Zu den Vorschlägen s. oben § 6 D.